



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه و آله

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

هُدَى إِلَى طَرِيقِ

إِلَى

شَرِيحِ الْمَكَائِبِ

تأليف سماحة آية الله العظمى
الشيخ محمد باقر الرضائي

الطبعة الثالثة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هدى الطالب الى شرح المكاسب (انصاري)

كاتب:

السيد محمد جعفر الجزائري المروج

نشرت في الطباعة:

مؤسسه التاريخ العربي

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
9	هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري] المجلد 3
9	هوية الكتاب
9	اشارة
13	[تممة كتاب البيع]
13	[المقبوض بالعقد الفاسد]
13	اشارة
14	[الأمر الأول المتفرع على المقبوض بالعقد الفاسد: عدم الملك]
14	اشارة
15	[أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]
15	اشارة
16	[أ: الإجماع]
17	[ب: الحديث النبوي «على اليد...»]
56	[ج: الدليل الثالث: أخبار ضمان منفعة الأمة المسروقة]
64	[د: الدليل الرابع: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»]
70	[بيان معنى القاعدة أصلا و عكسا]
70	اشارة
71	[المبحث الأول: المراد بالعقد ما يشتمل على المعاوضة]
75	[المبحث الثاني: المراد بالضمان في العقد الصحيح و الفاسد]
88	[المبحث الثالث: عموم «كل عقد» هل يكون بلحاظ الصنف أو غيره؟]
94	[المبحث الرابع: اعتبار كون الضمان مقتضى العقد لا الشرط]
105	[المبحث الخامس: حرف «الباء» ظرفية أو سببية]
122	[مستند قاعدة «ما يضمن»]

122	[الأول: إقدام المتعاملين]
131	[الدليل الثاني: قاعدة الاحترام]
134	[الدليل الثالث: قاعدة نفي الضرر]
136	[الدليل الرابع: حديث «على اليد...»]
145	[عدم اختصاص الضمان بالجهل بفساد المعاملة]
151	[قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده]
166	[الجهة الثانية: موارد النقض على قاعدة «ما لا يضمن»]
166	اشارة
166	[أ: النقض بعارية الصيد]
177	[ب: النقض على القاعدة بمنفعة المبيع فاسدا]
180	[ج- النقض على القاعدة بحمل المبيع فاسدا]
184	[د- النقض على القاعدة بالشركة الفاسدة]
186	[الجهة الثالثة: مستند قاعدة «ما لا يضمن»]
186	[أ: الأولوية]
195	[ب: عموم دليل الهبة والأمانات]
209	[الأمر الثاني المتفرع على المقبوض بالعقد الفاسد: وجوب ردّ المبيع فاسدا إلى مالكه فوراً]
221	[الأمر الثالث ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد]
221	[أ: المنفعة المستوفاة]
259	[ب: ضمان المنفعة الفائتة]
302	[الأمر الرابع ضمان المثليّ بالمثل]
302	اشارة
328	[حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيميّاً]
371	[الخامس ارتفاع ثمن المثليّ]
383	[السادس: لو تعدّر المثل في المثليّ]
383	اشارة

- 411 [الوجوه المحتملة في قيمة المثل المتعذر، ومبانيها]
- 424 [استظهار بعض الوجوه المتقدمة من أدلة الضمان]
- 429 [اختصاص انقلاب الضمان إلى القيمة بالتعذر الطارئ]
- 437 [هل مناط تعذر المثل فقده في البلد وما حوله؟]
- 443 [المعيار في قيمة المثل المتعذر]
- 446 [هل العبرة بقيمة بلد التلف أو المطالبة أو أعلى التيمتين؟]
- 452 [لحوق حكم سقوط المثل عن المالية بتعذره]
- 459 [القدرة على المثل بعد دفع القيمة]
- 464 [السابع ضمان القيمي بالقيمة]
- 464 إشارة
- 484 [الأقوال في القيمة المعتبرة في ضمان القيمي]
- 484 [أ: اعتبار قيمة يوم التلف]
- 490 [ب: ضمان القيمي بقيمة يوم الضمان]
- 490 إشارة
- 491 [الاستدلال بصححة أبي ولاد على اعتبار قيمة يوم الضمان]
- 523 [تضعيف دلالة الصححة على اعتبار قيمة وقت الضمان]
- 538 [ج: القول الثالث: ضمان أعلى القيم]
- 556 [د: ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بقيمة يوم البيع]
- 558 [حكم زيادة ثمن القيمي بعد التلف]
- 561 [ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة]
- 562 [ضمان ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية]
- 564 [مباحث بدل الحيلولة]
- 564 إشارة
- 566 [أ- مورد بدل الحيلولة]
- 570 [ب: المراد بالتعذر هو العرفي لا العقلي]

- 573 [ج: جواز امتناع المالك من أخذ بدل الحيلولة]
- 574 [د: خروج العين عن المالية]
- 575 [ه: هل البدل ملك المضمون له أم مباح له؟]
- 578 [و: دفع بدل الحيلولة لا يقتضي انتقال العين إلى الغارم]
- 584 [ز: اشتراط وجوب البدل بفوات معظم منافع العين]
- 598 [ح: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البدل]
- 600 [ط: ضمان ارتفاع قيمة العين و النماء قبل دفع البدل إلى المالك]
- 602 [ي: وجوب ردّ العين فوراً بارتفاع العذر]
- 605 [ك: هل ينتقل البدل إلى الغارم بتمكّن دفع العين؟]
- 612 [ل- لو حبس العين فتلقت، فالعبرة بأيّ القيم؟]
- 650 تعريف مركز

هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري] المجلد 3

هوية الكتاب

بطاقة تعريف: الجزائري المروج، السيد محمد جعفر، 1378 - 1288، شارح

عنوان واسم المؤلف: هدى الطالب الى شرح المكاسب [انصاري]/ تاليف السيد محمد جعفر الجزائري المروج

تفاصيل المنشور: بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 1416 ق. = - 1375.

ISBN : 1250 ريال (ج.1) ؛ 1250 ريال (ج.1)

لسان : العربية.

ملحوظة : الإدراج على أساس معلومات الفيفا.

ملحوظة : ج. 5 (1421 ق. = 1379) 10000 ريال (ج. x) ISBN 964-5594-43-5

ملحوظة : ج. 4 (چاپ اول: 1420 ق. = 1378) 27500 ريال : ISBN 964-5594-28-6

ملحوظة : كتابنامه

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع : انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214 ق.، المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضى بن محمد امين، 1281 - 1214، المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/BP190/الف 8 م 1375 70213

تصنيف ديوي: 297/372

ص: 1

اشارة

الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع

THE ARABIC HISTORY Publishing - Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس 800717 - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440-455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

ص: 2

«بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين، لا سيما الإمام المبين وغيث
المضطر المستكين عجل الله تعالى فرجه الشريف، واللعن المؤبد على أعدائهم أجمعين.

ص: 4

مسألة: (1) لو قبض ما ابتاعه

المقبوض بالعقد الفاسد

(1) هذه المسألة- بما لها من الفروع- من مهمات مسائل المعاملات، وقد تعرّض لها المصنف قدس سرّه بعد الفراغ من المقدمة الباحثة عمّا يعتبر في صيغة البيع مائة و هيئة، كالظهور الوضعي و تقديم الإيجاب على القبول و الموالاة بينهما و التنجيز و غيرها ممّا تقدم البحث فيه تفصيلاً. إذ يتّجه حينئذ البحث عن حكم المقبوض بالعقد المختلّ بعض شرائطه، بحيث لم يؤثر في النقل و التمليك.

و لا يخفى أنّ فساد العقد كما ينشأ من فقد شرط الصيغة، كذلك ينشأ من خلل في ما اعتبره الشارع في المتعاقدين أو العوضين، على ما استظهره المصنف في ثامن تنبيهات المعاطاة بقوله: «لأنّ مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة .. و إمّا ما يشمل هذا و غيره، كما هو الظاهر» (1).

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.

(1) راجع هدى الطالب، ج 2، ص 280

بالعقد (1) الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه (2).

[الأمر الأول المتفرع على المقبوض بالعقد الفاسد: عدم الملك]

إشارة

أمّا عدم الملك فلاّنه مقتضى فرض الفساد (3).

الثالث: وجوب ردّه فوراً إلى المالك مع بقائه. 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 منفعه المستوفاة، بل الفائتة 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.

(1) 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 المتحقق بعده، تحقق المعاطاة» (1).

(2) كذا عنوان المسألة في الشرائع (2). و قريب منه ما في قواعد العلامة، حيث قال: «و لو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك، و ضمن» (3).

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

(1) هدى الطالب، ج 2، ص 274.

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 13.

(3) قواعد الأحكام، ص 47 (الطبعة الحجرية).

و أمّا الضمان- بمعنى (1) كون تلفه عليه (2)، و هو أحد الأمور المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد- فهو المعروف (3).

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

و ادّعى صاحب الجواهر قدّس سرّه عدم الخلاف في هذا الحكم، و استدّل عليه «بالإجماع بقسميه و بالأصل، بعد فرض بطلان السبب الذي أريد التسبّب به إلى الانتقال، و فرض عدم إرادة غيره من أسباب الملك حتى المعاطاة» (1)، فراجع.

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

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

أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد أ: الإجماع

(3) و في الجواهر أيضا: «بلا- خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لعموم على اليد» (2). و لا يخفى أن ما في المتن من «أن الضمان هو المعروف» لا ينافي الإجماع- المنقول عن شيخ الطائفة- على الضمان، و ذلك للفرق بين التعبير بالمعروف و المشهور، فالمشهور مشعر بوجود قول آخر في المسألة، بل هو ظاهر فيه. بخلاف المعروف، فإنّه مساوق لتعبير الجواهر من عدم الظفر بالخلاف، و من المعلوم أنّ عدم وجدان الخلاف يلتزم مع الإجماع المدّعى في المبسوط.

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 256

(2) المصدر، ص 257

ص: 7

و ادّعى الشيخ في باب الرهن، وفي موضع من البيع الإجماع عليه (1) صريحا. و تبعه (2) في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد.

وفي السرائر: «أنّ (3) البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب في

(1) أي: على الضمان، وهذا الإجماع هو الدليل الأوّل في المسألة، وقد ادّعاه الشيخ قدّس سرّه في مسألة ما إذا شرط أحدهما في الرهن شرطا فاسدا، ككون العين المرهونة مبيعا لو لم يؤدّ المديون الدين إلى المرتهن، قال في المبسوط: «إذا رهن رجل عند غيره شيئا بدين إلى شهر - على أنّه إن لم يقبض إلى محلّه كان بيعا منه بالدين الذي عليه - لم يصح الرهن ولا البيع إجماعا، لأنّ الرهن مؤقت، و البيع متعلق بزمان مستقبل. فإن هلك هذا الشيء في يده في الشّهر لم يكن مضمونا عليه، لأنّ صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف بفاسده؟ و بعد الأجل فهو مضمون عليه، لأنّه في يده بيع فاسد، و البيع الصحيح و الفاسد مضمون عليه إجماعا» (1) و لا يخفى صراحة الجملة الأخيرة في كون المقبوض بالبيع الفاسد مضمونا على القابض.

وقال أيضا في كتاب البيع - في حكم المقبوض بالعقد الفاسد - ما لفظه: «فإذا ثبت أنّ البيع فاسد، نظر، فإن كان المبيع قائما أخذه مالكة .. و إن كان تالفا كان له أن يطالب بقيمته كل واحد منهما، لأنّ الأوّل لم يبرء بتسليمه إلى الثاني، لأنّه سلّمه بغير إذن صاحبه، و المشتري الثاني قبضه مضمون بالإجماع» (2).

(2) يعني: تبع الفقيه كاشف الغطاء - في شرح القواعد - شيخ الطائفة قدّس سرّهما في دعوى الإجماع صريحا على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(3) دلالة كلام ابن إدريس قدّس سرّه على الإجماع من جهة أنه نسب إلى محصّلي الأحكام الشرعية - وهم الفقهاء - اتحاد المقبوض بالعقد الفاسد و المغصوب في الحكم بالضمان.

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 204

(2) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 150

الضمان» (1). وفي موضع آخر نسبه (1) إلى «أصحابنا» (2).

[ب: الحديث النبوي «على اليد»]

ويدلّ عليه (2) النبويّ المشهور «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (3).

(1) نسبة الضمان إلى «أصحابنا» ظاهرة في الإجماع وإن لم تكن صريحة فيه، قال في السرائر: «و من ابتاع بيعا فاسدا، فهلك المبيع في يده، أو حدث فيه فساد كان ضامنا لقيمه أكثر ما كانت إلى يوم التلف والهلاك، ولأرش ما نقص من قيمته بفساده، لأنّه باق على ملك صاحبه، ما انتقل عنه، فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب، إلا في ارتفاع الإثم بامساكه».

ب: الحديث النبوي «على اليد»

(2) يعني: ويدلّ على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد- مضافا إلى تظافر نقل الإجماع عليه حديث «على اليد» وهذا هو الدليل الثاني. والاستدلال به يقع في مقامين أحدهما السند، والآخر الدلالة. أمّا الأوّل فقد تبيّه عليه المصنف قدّس سرّه بتوصيف هذا النبوي ب «المشهور» ومقصوده: أنّ سنده وإن كان في غاية الضعف- بل من أردء الإسناد، لكون راويه عن الرسول صلّى الله عليه وآله وسلّم هو سمرة بن جندب لعنه الله، وعناده للنبي وأهل بيته عليه السلام ووقوفه بوجهه في حديث نفي الضرر معلوم، وكذلك افتراؤه واختلاق الأكاذيب عليه وحثّ الناس على قتال السبّط الشهيد عليه السلام غير خفي على من راجع ترجمته- إلا أن شهرة الحديث بين عامة الفقهاء وعملهم بمضمونه جارية لضعف سنده، بناء على ما هو الحق من عموم دليل حجّية الخبر الواحد للوثوق الخبري، وعدم اختصاصه بالوثوق المخبري.

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 285

(2) المصدر، ص 326

(3) عوالي اللئالي، ج 1، ص 224، الحديث 106

ص: 9

وعليه فالغرض من «المشهور» هنا ليس مجرد شهرة الرواية بين الأصحاب، بل الشهرة العملية فإنها الجارية لضعف السند، كما أنّ إعراضهم عن الرواية الصحيحة كاسر لصحتها. وقد تّبّه المصنف على هذه الجهة في قاعدة ما يضمن بقوله: «وأما خير اليد.. وسنده منجبراً» ومن المعلوم أنّ الجابر هو اشتها الفتوى بمضمون الخبر. فلا- وجه لطرحة بضعف رواته- بناء على كونه مسنداً كما في كتب العامة وفي الخلاف- ولا بالإرسال.

و ما في المتن من انجبار الضعف بالعمل- موافق لما عليه عدة من أساطين الفقه، قال العلامة الشيخ البلاغي قدس سرّه: «.. لكنّه قد شاعت روايته بين الفريقين، وكثرت روايته و الاعتماد عليه بين الأصحاب، بل لم يخل 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. وكاشف الغطاء في شرح القواعد بالمستفيض المجمع على مضمونه. وفي الرياض بالمشهور المقبول. وفي غصب مفتاح الكرامة بالمشهور المعمول به في أبواب الفقه. وفي ودیعة المقاييس بالقويّة المعروفة المجمع عليها. وفي العناوين بالمنجبر بالشّهرة المتلقّى بالقبول عند العامة والخاصة، والملحق بالقطعيات في الصدور.. وفي الجواهر أنّه مجبور بالعمل» (1).

هذا بعض الكلام في سند الحديث، وله تنمة تذكر في التعليقة إن شاء الله تعالى.

وأما المقام الثاني- وهو دلالة النبوي صلّى الله عليه وآله وسلّم على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد- فتوضيحه: أن هذه الجملة وإن كانت بظاهرها إخباراً عن كون الشيء المأخوذ فوق يد الآخذ، إلا أنّ المناسب لشأنه صلّى الله عليه وآله وسلّم إنشاء الحكم الشرعي،

(1) العقود المفصلة، المطبوعة مع تعليقة المكاسب، ص 2

إمّا التكليفي كما نسب إلى جمع، وإمّا الوضعي كما استظهره آخرون. ويتم ذلك ببيان أمرين:

الأول: أنّ المراد باليد ليس هو الجارحة الخاصة، بل المراد صاحبها، تسمية لكل باسم الجزء، كما شاع تسمية الجاسوس عينا، والترجمان لسانا، والمستمع أذنا.

وعليه فالمقصود باليد هو المستولي على الشيء.

الثاني: أنّ المراد بالموصل هو الشيء المأخوذ بما أنّه مال عرفا. ولّمّا كان المال عينا خارجية كما هو الغالب، أو ما بحكمها- كالمنفعة وبعض الحقوق- توقّف إسناد الحكم إليها على تقدير فعل مناسب يتعلّق بالمال، كتقدير الأكل في حلية الطعام، والشرب في حرمة الدم والخمر، ونحوهما ممّا ورد في الكتاب والسنة.

وفي هذا النبوي يدور الأمر بين إرادة التكليف والوضع. فعلى الأول إمّا أن يقدر وجوب الرد والأداء بأن يكون المدلول: «يجب على ذي اليد أداء ما أخذه إلى مالكه» وإمّا أن يقدر وجوب الحفاظ، بأن يكون المفاد: «يجب على ذي اليد حفظ ما أخذه إلى أن يؤدّيه إلى مالكه».

وعلى الثاني يكون معنى الجملة: «اليد الآخذة لمال الغير ضامنة له». ورجّح المصنف قدّس سرّه هذا الاحتمال، بدعوى ظهورها عرفا في الضمان، من جهة إسناد الظرف إلى المال، لا إلى سائر الأعيان والأفعال، للفرق بين أن يقال: «لزيد عليّ دين» حيث لا يستفاد منه إلا الإقرار بالدين واشتغال العهدة به، وبين أن يقال: «كتب عليكم الحج أو الصوم» أو «حرّم عليكم الدّم» فإنّ الظرف- في المثال الأول- أسند إلى الفعل وهو الحج والصوم، ولا يراد به إلا الوجوب التكليفي، وفي المثال الثاني أسند التحريم إلى عين خارجية، وهو ظاهر في النهي عن الشرب والأكل.

والحاصل: أنّ ظهور الجملة في الحكم الوضعي- وهو الضمان- ممّا لا ينكر.

وبه يتم الاستدلال بالنبوي على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(1) ذكر هذه الخدشة في دلالة الحديث على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد شيخ الطائفة والعلامة والفاضل النراقي قدس سره حيث إنهم استفادوا منه الحكم التكليفي لا الوضعي، فالأولان ذهبوا إلى أن مفاده وجوب رد المأخوذ، والفاضل ذهب إلى أن مدلوله وجوب الحفظ عن التلف.

أمّا شيخ الطائفة قدس سره فيظهر منه ذلك في استدلاله بالنبوي على تحريم الغصب و وجوب ردّ المغصوب إلى مالكه. قال في غضب المبسوط بعد ذكر جملة من الآيات و الروايات: «و روي عن الحسن عن سمرة أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» (1). وقال بعده: «فإذا غضب غاصب من هذا شيئا فإن كان قائما ردّه، وإن كان تالفا فعليه مثله، لقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (2).

و الظاهر أنه قدس سره استفاد من الحديث حكم بقاء العين المغصوبة، فاستدلّ بالنبوي على وجود ردّها، و استفاد وجوب ردّ المثل من الآية الشريفة.

وقال أيضا 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 يردّها فعل، بدلالة ما تقدّم من الأخبار والآي. و روى سمرة أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» (3). و مراده بالآيات و الأخبار هو ما دلّ على وجوب ردّ الأمانات و الودائع إلى أهلها، فراجع.

و أمّا العلامة قدس سره فقال في وجوب ردّ العين المغصوبة: «كلّ من غضب شيئا وجب عليه ردّه على المالك، سواء طالب المالك برده أولا، ما دامت العين باقية،

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 59 و 60

(2) سورة البقرة، الآية: 194

(3) المبسوط في فقه الإمامية، ج 4، ص 132

بلا خلاف، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» (1).

وقال في لقطة المختلف: «وقوله عليه السّلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه أوجب دفع العين» (2).

وأما الفاضل النراقي قدّس سرّه فقال- بعد المناقشة في استظهار كلّ من وجوب الأداء والضمان- ما لفظه: «فالأظهر تقدير الحفظ من الضياع والتلف، أو نحوه.. فيكون معنى الحديث: يجب على ذي اليد حفظ ما أخذت إلى زمان أدائه..» (3).

و كيف كان فتقريب دلالة الحديث على مجرد الحكم التكليفي، واختصاص مدلوله بحال بقاء العين الواقعة تحت اليد هو: أنّ جعل شيء على شخص ظاهر في التكليف، كأن يقال: إذا بلغ الصغير فعلية الصوم والصلاة. فإنّ المراد بهذه العبارة هو الوجوب التكليفي. وعليه فلا يستفاد من الحديث النبوي حكم وضعي وهو استقرار المال المأخوذ في عهدة الآخذ حتى يجب عليه دفع المثل أو القيمة إذا تلف المال بيده.

(1) يعني: في مطلق موارد وضع اليد على مال الغير، سواء في المقام وهو المقبوض بالبيع الفاسد، أم غيره.

(2) خبر قوله: «و الخدشة» وتضعيف لها، ومحصله: أنّ ظهور «على» في التكليف مسلّم فيما إذا أسند حرف الاستعلاء إلى فعل كالصلاة والصوم والحج ونحوها، دون ما إذا أسند إلى مال من الأموال، كقوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ «4» فإنّه ظاهر حينئذ في استقرار النفقة على عهدة الوالد. وكذا الحال في الحديث النبوي، إذ المراد بالموصول في «على اليد ما أخذت»

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383 (الطبعة الحجرية).

(2) مختلف الشيعة، ج 6، ص 87

(3) عوائد الأيام، ص 110، العائدة الثالثة والثلاثون.

(4) سورة البقرة، الآية: 233

فإنّ (1) هذا الظهور إنّما هو إذا أسند الظرف إلى فعل (2) من أفعال المكلّفين، لا إلى مال من الأموال (3)، كما يقال (4): «عليه دين» فإنّ لفظة «على» حينئذ لمجرّد الاستقرار في العهدة (5)، عينا (6) كان أو دينا (7).

و من هنا (8) كان المتّجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون

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

(1) هذا تقريب ضعف الخدشة، وقد عرفته آنفا.

(2) كالصلاة و الصوم و الزكاة و الحجّ و نحوها من أفعال المكلّفين، فإنّ إسناد «على» إلى الفعل ظاهر في التكليف.

(3) كما في الحديث النبوي.

(4) غرضه الاستشهاد بظهور إسناد حرف الاستعلاء إلى المال في استفادة الحكم الوضعي لا التكليف.

(5) فيصح الاستدلال به على الضمان، بناء على استقلال الأحكام الوضعية في الجعل، و عدم انتزاعها من التكليف.

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

(7) كما إذا تلفت العين، أو كان المستقر في العهدة- من أول الأمر- دينا، كالمبيع سلفا.

(8) 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 تميّز و شعور، حيث إنّ الآخذ ظاهر في الإرادة و الاختيار. فإن لم يكن لهما شعور لم يصدق «الآخذ» على فعلهما حتّى يصحّ الاستدلال به على الضمان. و لو كان مفاد الحديث الحكم التكليفي امتنع شموله للطفل و المجنون، لحديث رفع القلم عنهما.

إذا لم تكن يدهما ضعيفة، لعدم (1) التمييز [التمييز] والشعور.

(1) تعليل لتقييد ضمان الصبي والمجنون بعدم الضعف، إذ لو كانت يدهما ضعيفة لم يصدق «الأخذ» على الاستيلاء على مال الغير، و كان الحديث النبوي قاصرا عن إثبات ضمانهما حينئذ [1].

[1] تنقيح البحث في هذه المسألة المعروفة بالمقبوض بالعقد الفاسد يتوقف على بيان أمور:

الأول: في موضوعها، وهو: أن مورد البحث على ما يستفاد من كلمات الأصحاب هو كون القبض بعنوان الوفاء بالعقد و من لوازمه و آثاره. و عدم كونه بنفسه إنشاء للملك كالمعاطة، فإنّ الباء في قوله: «العقد الفاسد» للسببية، فالقبض بعنوان الإنشاء خارج عن ظاهر كلامهم. إمّا لعدم سببية المعاطة للملك عندهم، و إمّا لعدم قصد المتعاقدين لها، فمصّبّ كلامهم هو القبض المترتب على العقد الفاسد، و لذا قال في الجواهر: «نعم لو علم منهما و لو بالقرائن بعد ذكرهما العقد عدم إرادتهما ذلك، بل قصد الإنشاء بتقابضهما و أرادا حصول الملك أو الإباحة جرى عليه حينئذ حكم المعاطة، و كان خارجا عمّا نحن فيه. و بذلك ظهر الفرق بين البيع الفاسد و المعاطة. لكن قد عرفت سابقا أنّ قصد التملك العقدي غير مشخّص مع فرض تحقق البيع بالمعاطة التي منها الصيغة الملحونة مثلا. على أنّ الأصحاب قد أطلقوا عدم الملك به و إن لم يكن قصد إلا إلى البيعية. فهذا شاهد على عدم صحة بيع المعاطة عندهم. و من هنا يتجه إطلاقهم عدم الملك» [1].

و أنت خبير بعدم شهادة إطلاق كلامهم عدم الملك بعدم صحة المعاطة، لتوقف هذه الشهادة على كون المعاطة عبارة عن مطلق التقابض و لو كان حاصلًا مع الصيغة الملحونة و نحوها من أفراد العقد الفاسد كما يراه الشهيد و المحقق الثانیان قدّس سرّه. إذ على هذا الفرض يدلّ إطلاق كلامهم عدم الملك في المقبوض بالبيع الفاسد على عدم صحة

(1) جواهر الكلام، ج 22، ص 257

ص: 15

المعاطاة، حيث إنَّها لو كانت صحيحة كانت مملَّكة، فيحصل الملك بها، و لم يكن وجه لإطلاق القول بعدم الملك.

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

والحاصل: أنَّ إطلاق كلامهم المزبور لا يدلُّ 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 يعمّ المقبوض بكل عقد فاسد يباع أم صلحا أم غيرهما. وقولهم: «لو قبض ما ابتاعه .. إلخ» إنّما 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 ممّا ذكرنا: عدم خصوصية بالبيع، بل العنوان عام، وهو المقبوض بالعقد الفاسد سواء أكان يباع أم صلحا أم غيرهما.

الثاني: المراد بالمقبوض هو كون الشيء تحت اليد و التصرف و الاستيلاء، بحيث لو ترتب عليه أثر كصحة عقد السلم و الصرف و الرهن و غيرهما ممّا يتوقف عليه صحة العقد، لترتّب عليه، فالقبض هنا كالقبض في سائر الموارد.

والحاصل: أنَّ المراد بالمقبوض معنى يصحّ الاستدلال على حكمه بقاعدة اليد الآتية.

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

أمّا الأوّل فحاصله: أنّ مقتضى القاعدة العقلية و النقلية حرمة التصرف و قبحه في المقبوض بالعقد الفاسد، لإناطة جوازه بطيب نفس المالك و رضاه، فيحرم على القابض التصرف فيه إلا بإذن المالك، و الرضا المعاوضي المتقوم بالعقد قد ارتفع، فلا مسوّغ للتصرف، إذ احتمال تجدد الرضا- بعد ثبوت فساد العقد- منفي بالأصل و هو الاستصحاب. و لو نوقش فيه فلا مانع من جريان الاستصحاب الحكمي أعني به استصحاب الحرمة.

مضافا إلى كونه خلاف الفرض، إذا الكلام في جواز التصرف في المقبوض لأجل الرضا المعاملي، لا الرضا الحادث بعد العلم بفساد العقد، فإنّ الرضا الجديد غير محرز، و هو منفي بالأصل.

فدعوى بقاء الاذن و الرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد، لأنّ الجنس لا يتقوم بفصل خاص، غير مسموعة، لأنّ الرضا ليس جنسا حتى يقال بعدم تقوّمه بفصل خاص، بل هو أمر بسيط ما به امتيازه عين ما به اشتراكه.

و الحاصل: أنّ التصرف في مال الغير حرام إلا بطيب نفس المالك و رضاه، و لا يجوز عقلا إلا بعد إحراز الرضا، هذا. فما عن المحقق الأردبيلي قدّس سرّه من إباحة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد مما لم يظهر له وجه «1».

و أمّا الثاني: و هو الحكم الوضعي أعني به الصّمان فيدلّ عليه- مضافا إلى الشهرة و الإجماعات المحكيّة في المتن و غيره- «النبوي المشهور» كما في كلام المصنف و غيره، و «المعمول به عند الفريقين» كما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني قدّس سرّه «2»، و غيره من أساطين الفقه. و غرضهم من نحو هذا التعبير كفاية الوثوق الخبري في العمل بالحديث، و هو متحقق في المقام، و ذلك لتماميّة أمرين:

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 192

(2) منية الطالب، ج 1، ص 116

أحدهما: إحراز استناد المشهور إلى هذا النبوي والعمل بمضمونه، و ثانيهما: كون العمل برواية ضعيفة سندا جابرا لضعفها، وإعراضهم عن رواية قويّة سندا كاسرا لصحتها و موهنا لاعتبارها. و الأمر كما أفادوه.

تحقيق سند النبوي «على اليد» لكن قد نوقش في كلا الأمرين، أمّا في الكبرى فبمنع كون عمل المشهور جابرا، وإعراضهم كاسرا، كما تكرر في كلمات بعض الأعظم فقها و أصولا «1». و أمّا في الصغرى فلما في كلامه أيضا و كلام بعض الأجلّة من عدم إحراز عمل قدماء الأصحاب بهذا النبوي «فإنّ جمعا منهم لم يذكروه في كتبهم كما يظهر بمراجعة نكت النهاية و المقنع و الهداية و المراسم و الوسيلة و جواهر الفقه.

و جمعا منهم و إن أوردوا هذا الحديث في كتبهم كالسيدين و شيخ الطائفة، بل و ابن إدريس أيضا. إلّا أن الظاهر إيراده احتجاجا على المخالفين لا- اعتمادا عليه. قال السيّد في الانتصار في مسألة ضمان الصّدّاع: «و مما يمكن أن يعارضوا به لأنّه موجود في رواياتهم و كتبهم- ما يروونه عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: من قوله: على اليد ما أخذت حتى تؤديه» لظهور كلامه في الإيراد على المخالفين بما هو مسلّم عندهم، و لا يستفاد منه استناد السيد إليه.

و قريب منه كلام السيّد أبي المكارم في غضب الغنية و إجارتها، لقوله: «و يحتجّ على المخالف بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم .. إلخ».

و أورده شيخ الطائفة في غير مورد من الخلاف و المبسوط رواية و احتجاجا على القوم كما هو دأبه في كتابيه، لا استنادا. ففي غضب الخلاف، مسألة 20، بعد عنوانها و ذكر خلاف أبي حنيفة قال: «دليلنا أنه ثبت أنّ هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه،

(1) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 88 و 89

فمن ادّعى أنّه زال ملكه بعد التغيير فعليه الدلالة. وروى قتادة عن الحسن عن سمرة: أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم، قال: علي اليد ما أخذت حتى تؤديه». أخذت حتى تؤديه».

و الظاهر أنّ 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 صلّى الله عليه وآله وسلّم 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: «ويحتجّ على المخالف بقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: علي اليد. وهذا يوجب حصول الاحتمال بأن سائر الموارد من قبيل الاحتجاج عليهم، لا التمسك به، وإن كان خلاف الظاهر.

و لم أر إلى الآن فيما حضرني من كتب العلامة تمسكه به لإثبات حكم، وإنّما نقل عن ابن الجنيد وابن إدريس التمسك به على ما حكى. و حدوث الاشتهار بعده لا يفيد شيئاً.

و عليه فالاعتماد على هذا الحديث مشكل، و ترك العمل به مشكل آخر، مع جزم ابن إدريس بصدوره عن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم مع طريقتة في العمل بالأخبار. مع احتمال أن يكون ذلك لاجتهاد منه وقيام قرائن عنده ربما لا تقيدها علماً ولا عملاً. و اختلاف عبارات الحديث بحيث ربما يكشف عن تكرّره و تظافره و اعتماد محققي أصحابنا من بعد ابن إدريس إلى عصرنا مع تورّعهم و التفاتهم الى ضعفه، و لا بدّ من الجبر في مثله، و هو لا يمكن إلاّ باعتماد قدماء الأصحاب عليه، مع إتقان متنه و فصاحته بما يورث قوّة الاحتمال بأنّه من كلمات رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم لا سمرة و لعلّ بناء العقلاء على مثله

مع تلك الشواهد لا يقصر عن العمل بخبر الثقة. لكن بعد اللتيا والتي في النفس تردد «1».

أقول: أمّا المناقشة في كبرى الجبر بالعمل فقد فرغنا من الجواب عنها بما علّقناه على بحث حجّية الشهرة «2»، و محصّله: أنّ عمل المشهور برواية ضعيفة مع تشتت آرائهم في حجّية أخبار الآحاد، 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 أمّا المناقشة في الصغرى - بمعنى عدم إحراز استناد قدماء الأصحاب إلى هذا النبوي - فغير ظاهرة أيضا.

أمّا قوله: «و الظاهر أنّ مستنده هو الأمر الأوّل .. إلخ» ففيه: أنّ كلمات قدماء الأصحاب و متأخريهم في مقام الاستدلال مشحونة بذكر الأصل و الرواية و الإجماع في عرض واحد، فيقولون: «للأصل و لقول الصادق عليه السّلام و للإجماع». مع أنّ الأصل ليس في رتبة الدليل، فالشيخ في الخلاف يذكر الأصل و هو الاستصحاب بقوله: «دليلنا: أنّه ثبت أنّ هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه .. إلخ» ثم يعقبه بحديث على اليد. و بقول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا يحل مال امرء مسلم إلاّ (بطيب من نفسه) عن طيب نفس منه». فهل يمكن التفكيك بين كلاميه قدّس سرّه بأن يقال: إنّ الشيخ أورد الأوّل احتجاجا و الثاني استنادا، مع وحدة السياق، و ذكره لهما بعد قوله: «دليلنا» فإنّ هذه اللفظة قرينة واضحة على كون ما يذكر بعدها دليلا على الحكم و مستندا له. فإنّ الاحتجاج على الخصم و إلزامه بما ألزم به نفسه لا ينافي الاستناد. فظهور كلام الشيخ في الاستناد إلى كلا النبيّين ممّا لا ينبغي إنكاره.

(1) كتاب البيع، ج 1، ص 247 الى 250

(2) منتهى الدراية، ج 4، ص 390

ص: 20

و نظير هذه المسألة ما أفاده الشيخ في غضب الخلاف (في المسألة 22): «إذا غضب ساجدة فبنى عليها .. إلى أن قال: كان عليه ردّه .. إلى أن قال: دليلنا ما قلناه في المسألة الأولى .. إلى أن قال: و روى سمرة أنّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال: على اليد ما أخذت حتى تؤديه، و هذه يد قد أخذت ساجدة، فعليها أن تؤديها. و أيضا قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا يحلّ مال امرء مسلم إلّا بطيب نفسه، نفس منه، يدلّ عليه، لأنّه ما طابت نفسه بالبناء على ساجته» (1).

فإنّ قوله: «و أيضا .. إلخ» يدلّ على أنّ ذكر «على اليد» كان للاستناد.

مضافا إلى أنّه ذكر هذا الحديث بعد قوله: «دليلنا» فكلّ ما يذكره بعد هذا اللفظ يكون حجة و مستندا للحكم، و إلّا كان عليه قدّس سرّه أن يقول: «و يؤيده». و لو كان مقصوده الاحتجاج على العامة لكان المناسب أن يعبّر بما عبّر به السيد قدّس سرّه بقوله: «و ممّا يمكن أن يعارضوا به ما يروونه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أو يقول- كما عبّر به في بعض الموارد- «و يحتج على المخالف» حتى لا يحرز استناد فتواه إلى خصوص هذا الحديث.

و نظير هذا في العمل بالحديث ما نسبته إليه العلامة في المختلف بقوله: «مسألة:

إذا ارتهن الغاصب الغصب صحّ. قال الشيخ في الخلاف: و لا يزول الضمان، لثبوته قبل الرهن، فمن ادّعى براءته منه فعليه الدلالة. و لما روي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنّه قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» ثم قال العلامة: «و قد ذكرنا نحن في بعض كتبنا زوال الضمان، لأنّه مأذون له في الإمساك، فيسقط الضمان، و قول الشيخ لا يخلو من قوّة» (2).

و لا يخفى دلالة كلامه في تقوية الضمان على عمله بالحديث تبعا 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،

(1) الخلاف، ج 3، ص 408 و 409

(2) الخلاف، ج 3، ص 228، مختلف الشيعة، ج 5، ص 417

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

هذا مضافا إلى تصريح هذا القائل باستدلال الشيخ بقاعدة اليد، في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد- في الاشكال على المصنف في ما نسبه الى الشيخ من استدلاله بالاقدام- حيث قال: «مع أن عبارة الشيخ في بيع المبسوط و غصبه على ما عثرت عليه ليست كما نقلها، بل ظاهرة بضمان اليد بدليلها» (1).

فلو كان ذكر النبوي لمجرد التأييد لا الاستناد كان إشكال شيخنا الأعظم على شيخ الطائفة في استدلاله بالاقدام في محله، و لا يتجه الاعتراض عليه بأنّ الدليل المتكرر في بيع المبسوط و غصبه هو اليد لا الاقدام. هذا كله في استناد شيخ الطائفة إلى النبوي.

و استند ابن الجنيد إلى هذا النبوي على ما نقله العلامة عنه قدّس سرّهما في عارية المختلف، فقال: «وقال ابن الجنيد: و ليس يضمن المعار تلف ما تلف منها إذا كانت السلعة متاعا، إلا أن يتعدى. و ما كان منها عينا أو ورقا أو حيوانا ضمن المعار تلف ذلك، إلا أن يشترط المال [المالك] سقوط الضمان عنه .. احتجّ بقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» (2).

و أورده السيّد أبو المكارم أيضا في الغنية (3)، و هو وإن كان في مقام الاحتجاج عليهم، إلا أنّه لم يعبّر بمثل ما عبّر به السيد المرتضى من قوله: «و ممّا يمكن أن يعارضوا به» و إنّما أسند الحديث إلى الرسول صلّى الله عليه و آله و سلّم، و ظاهره القطع بصدوره عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم، لأنّه لا يعمل بالأخبار الآحاد المفيدة للظن.

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

(1) كتاب البيع، ج 1، ص 270

(2) مختلف الشيعة، ج 6، ص 72

(3) غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) ج 4، ص 536، السطر 21 و ص 537، السطر 27

في كون مال وديعة أو قرصنا، وقال: «و يكون القول قول من ادعى أنه دين، لأنه قد أقر بأن الشيء في يده أولاً، و ادعى كونه وديعة، و الرسول عليه السلام قال: على اليد ما أخذت حتى تردّه .. إلخ» (1). و ليس في هذا الكلام شائبة الاحتجاج على المخالفين، و إنما عارض رأي شيخ الطائفة في نهايته.

و قال أيضا في مسألة أخرى في باب الرهن: «و الرسول عليه السلام قال: على اليد ما أخذت حتى تؤديه، إلا ما خرج بالدليل» (2).

و قال في كتاب الغصب: «و يحتج على المخالف بقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (3).

و قال في كتاب الغصب أيضا: «و من غصب ساحة فأدخلها في بناءه، لزمه ردّها، و إن كان في ذلك قلع ما بناه في ملكه، لمثل ما قدّمناه من الأدلة، من قوله عليه السلام: لا يحلّ مال امرء مسلم إلا عن طيب نفس منه. و قوله عليه السلام أيضا: على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (4).

و مبناه الأصولي في حجية الخبر غير خفي على من يتصفح السرائر، و أنه قدّس سرّه لا يسند الحديث الى المعصوم عليه السلام إلا بالقطع، فقد تكرر منه هذه الجملة في الإيراد على شيخ الطائفة قدّس سرّه: «و قد بينا أن أخبار الآحاد عند أصحابنا لا توجب علما و لا عملا، و الواجب على المفتي الرجوع في صحة الفتوى إلى الأدلة القاطعة» (5) و نحوه كلامه في باب الرهن (6).

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 437

(2) المصدر، ص 425

(3) المصدر، ص 481

(4) المصدر، ص 484

(5) المصدر، ص 322

(6) المصدر، ص 422

ولا ينافي حجّية هذا الحديث عنده واستناده إليه إرادته احتجاجاً على المخالف في موضع من كتاب الغصب، لأنّ غايته إلزامهم بما هو حجة عندهم أيضاً. فيكون الحديث مقبولاً عند الخاصّة والعامة، ولعلّ هذا منشأ استظهار صاحب العناوين وغيره من اتفاق الفريقين على صدوره منه صلّى الله عليه وآله وسلّم.

وبهذا ظهر أن شبهة إرادته احتجاجاً- في عبارة الغنية- غير جارية في كلام ابن إدريس في المواضع التي استند فيها إلى الحديث.

وأما العلامة قدّس سرّه فقد أوردته في المختلف والتذكرة، فاستند إلى الحديث في الكتابين، ونقل في المختلف استدلال الشيخ في الخلاف، واستدلال ابن الجنيد وابن إدريس به، وكذا نقل استدلال المشهور به.

أما استناده إلى الحديث ففي مواضع، ففي التذكرة: «كلّ من غصب شيئاً وجب عليه ردّه على المالك، سواء طالب المالك برده أو لا، ما دامت العين باقية، بلا خلاف، لقول النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» (1) وأسنده إليه صلّى الله عليه وآله وسلّم في الضمان بالباشرة، فراجع (2).

وقال في المختلف: «إذا ادّعى الراكب الإجارة والمالك العارية المضمونة بعد تلفها قبل مضيّ مدة لمثلها أجرة، قال الشيخ في المبسوط: القول قول الراكب مع يمينه، لأنّ صاحبها يدّعي ضماناً في العارية فعلية البيّنة، والأصل براءة ذمة الراكب. والأقرب أنّ القول قول المالك، لأنّ الأصل تضمين مال الغير، لقوله عليه السّلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» (3) ونحوه في الاستناد كلامه في باب اللقطة (4).

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 382 و 383

(2) المصدر، ص 374

(3) مختلف الشيعة، ج 5، ص 77

(4) المصدر، ص 87

ونقل استدلال المشهور به بقوله: «مسألة: المشهور أن المقبوض بالسوم مضمون كالمقبوض بالبيع الفاسد. وقال ابن إدريس: لا يكون مضمونا، وهو الأقرب، وله قول آخر في باب الغصب: إنه مضمون. لنا: الأصل عدم الضمان .. احتجوا بعموم قوله عليه السلام:

على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (1). وهذه الجملة الأخيرة هي المعتمدة في إحراز عمل المشهور بهذا النبوي والفتوى بمضمونه، و ظاهره الأخبار الحسني باستناد المشهور إليه، وإلا كان المناسب أن يقول: «ويحتج لهم».

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

كما ظهر أيضا التأمل فيما ذكره القائل من «عدم ظفره باستدلال العلامة بهذا النبوي، وإنما اقتصر على نقل استدلال ابن الجنيد به» إذ عرفت استناد العلامة إليه في مواضع عديدة، ونقل استناد شيخ الطائفة و ابن إدريس و المشهور به أيضا في مواضع أخرى.

هذا مضافا 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 و المحقق الثاني وغيرهم فقد أسندوه إلى الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بلا تأمل، كما لا يخفى على من راجع الدروس و جامع المقاصد و المسالك وغيرها.

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

(1) مختلف الشيعة، ج 5، ص 321

فالحقّ أنّ النبوي المزبور لا يكون أقلّ من خبر الثقة، فيصح الاستناد إليه و الاعتماد عليه في استنباط الحكم الشرعي، فلا بدّ من عطف عنان البحث إلى دلالاته، فنقول و به نستعين، و بوليّه صلوات الله عليه نتوسل و نستجير:

محتملات حديث «على اليد» إنّ الوجوه المحتملة في معنى الحديث كثيرة:

الأوّل: أنّه يدلّ على الحكم التكليفي ما دام المأخوذ موجودا، فيختص بحال وجود العين، و لا يدلّ على حكم ما بعد تلفها، و للقائلين بذلك مسلكان:

أحدهما: أن يكون متعلق الحكم التكليفي ردّ العين، فيجب ردّ العين على من أخذها. و هذا الاحتمال يستفاد من كلام الشيخ قدس سرّه في المبسوط، حيث إنّه- بعد بيان تحريم الغصب و إقامة الأدلة الأربعة عليه و ذكر النبوي على اليد ما أخذت .. إلخ- قال: «و الإجماع ثابت على أنّ 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 أجزاءه، و معناه تساوت قيمة أجزائه، فكلّ هذا له مثل كالحبوب و الأدهان و التمور و الأقطان و الخلول التي لا- ماء فيها، و الأثمان و نحو هذا كلّ له مثل، فإذا غصب غاصب من هذا شيئا فإن كان قائما ردّه، و إن كان تالفا فعليه مثله، لقوله تعالى:

فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (1) انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علوّ مقامه.

و قريب منه عبارة التذكرة: «و كلّ من يثبت يده على مال الغير و لا- حقّ له في إمساكه و كان المال باقيا و جب عليه ردّه على مالكة، بلا خلاف، لقول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم:

على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي. و لأنّ حق المالك متعلق بمالّيته، و مالّيته لا تتحقّق إلّا

(1) المبسوط، ج 3، ص 59 و 60

برده إليه» (1).

ولعل وجهه عدم تأصل الوضع بالجعل، وكونه منتزعا عن الأحكام التكليفية.

والمناسب لكونه منشأ لانتزاع الوضع عنه هو وجوب الردّ بالنسبة إلى نفس المأخوذ، لا بدله، ولا الأعم منه ومن بدله، لمنافاته للغاية، ولا وجوب الحفظ.

ثانيهما: ما يفيد كلام الفاضل النراقي قدس سرّه من: أن المراد به وجوب حفظ المال عن الضياع والتلف، إلى أن يرده إلى المالك. والوجه فيه: أن الكلام محتاج إلى التقدير، ويدور المقدر بين الردّ والأداء والضمان. ولا يجوز تقدير ما عدا الحفظ من الردّ والأداء والضمان، لأنّ تقدير الأولين يوجب خروج المعنى عن السلاسة، إذ معناه حينئذ وجوب الردّ حتى يتحقق الردّ. وتوقف الحكم على بقاء موضوعه عقلي، وكذلك انتفاء بانتفائه، فالغاية حينئذ عقلية لا شرعية تعبدية.

وتقدير الأخير مناف لجعل الغاية أداء نفس المأخوذ، على ما يقتضيه رجوع الضمير المنصوب مفعولا ل «تؤديه»- المحذوف في بعض طرق الحديث، والمذكور في البعض الآخر كما تقدّم في نقل الحديث- إلى الموصول.

وجه المنافاة: أنّ الضمان عبارة عن الغرامة المجعولة في ظرف التلف، إذ لا معنى للغرامة والخسارة مع وجود العين وردها، فإن ردّ نفس العين ليس غرامة على الآخذ، بل ردّا للمال إلى مالكة كما لا يخفى.

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

وحاصل تقرّبه: أنّ تلف العين تحت يده سبب لتعلق الغرامة به، والمراد بالضمان هو دفع المثل أو القيمة عند التعذّر، وهو المعبر عنه بتحمّل الغرامة، إذ لا يعقل

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 374، السطر 20

لضمان العين معنى محصّل، لأنّ دفع عين المال إلى المالك ليس ضمانا ولا غرامة، فمعنى الحديث حينئذ: أنّ ضمان ما أخذته اليد ثابت عليه، وأنّه لا يخرج عن الضمان إلّا بدفع بدله القائم مقامه مثلا أو قيمة، هذا. وليس معنى الحديث «أنّه يجب دفع عين المال إلى مالكة» إذ لا يحتاج إلى هذا التعبير، بل العبارة الدالة عليه: «أنّه يجب دفع أموال الناس إلى مآلكها» فالتعبير بقوله: «على اليد» إنّما 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 مشكّك بعد ملاحظة فهم العرف حتّى من لم يتشرّع بشرعنا أيضا».

الثالث: ما حكى عن بعض، وهو: أنّ الحديث مسوق لإفادة كلّ من الحكم التكليفي والوضعي، وأنّ كلا- الحكمين مستفادان من الحديث، فيجب على الآخذ ردّ المأخوذ، ويكون عهده أيضا عليه.

ولعلّ وجه الاستفادة هو: أنّ العرف يفهمون من كون العين المتموّلة على شخص أنّ الأعم من العين والبدل يثبت على عهده، فلتبوت المأخوذ في عهدة ذي اليد آثار تكليفية ووضعية من حفظه، وأدائه مع التمكن، وأداء بدله عند الحيلولة أو عند التلف، فإنّ معنى اعتباره في عهده هو كون ذي اليد مرجعا ومأخوذا به، فيجب عليه ردّه مع بقاء عينه و ردّ بدله مع تلفه، فبنحو الطولية يثبت الحكم التكليفي والوضعي بعد إرجاعه إلى التكليفي، هذا.

وأورد عليه بما حاصله: أنّ وجوب الردّ إنّما يستفاد من قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «على اليد» أو من قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «حتّى تؤدّي» ولا يتمّ المدعى على شيء منهما.

أمّا الأول: فلأنّ لازم استفادة الحكم التكليفي إنّما هو تقدير الردّ، ولازم الحكم الوضعي تقدير الضمان بمعنى كون المأخوذ على عهدة الآخذ، وأنّه لو تلف كان عليه

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

وأمّا الثاني: فلأنّ المغيّا- 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 بدّ من إثبات وجوب الرد قبل التلف بدليل آخر.

إذا عرفت الاحتمالات المتطرفة في معنى الحديث المزبور، فاعلم: أنّ تنقيح معنى الحديث منوط ببيان أمور:

الأول: أنّ الأصل عدم التقدير، فإذا لم يكن صحة الكلام عقلا منوطة بالتقدير- كقوله تعالى وَ سَدَّ لِلْ قُرْبَىٰ أَوْ شَرَعَا كَقَوْلِهِ تَعَالَى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ- فلا وجه للالتزام به.

الثاني: أنّ الأصل في الظرف أن يكون مستقرا، إذ اللغوية منوطة بتقدير فعل خاصّ ربّما لا يكون لتعيين متعلّقه دليل، فيصير الكلام لأجله مجملا، فإذا كان الظرف متعلقا ب «يجب» مثلا فلا بدّ من تقدير متعلّق له كالرّد والحفظ والضمان، ولا قرينة على أحدها، فيصير الكلام مجملا. بخلاف المستقر فإنّه لا يحتاج إلى فعل خاصّ، بل العامل في الظرف هو أفعال العموم. فمع الدوران بين كون الظرف مستقرا ولغوا يبنى على كونه مستقرا متعلقا بفعل من أفعال العموم.

الثالث: أنّ الأصل في كلام الشارع أن يكون في مقام التشريع والإنشاء لا التكوين والاختبار، فمع الشك في كون كلامه إنشاء أو إخبارا يحمل على الإنشاء، فلا يصح أن يقال: إنّ معنى «على اليد» هو الاختبار عن كون المال تحت استيلاء الآخذ، وأنّه لا يرتفع خارجا هذا الاستيلاء إلا بالرّدّ والأداء.

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

الشارع، فإذا اعتبر الشارع شيئاً من الأعيان على شخص كقوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ فَالاعتبار 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 و الالتزام 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 الآخذ.

ففي وعاء الاعتبار يكون المأخوذ فوق يده، كما أنه بوجوده التكويني يكون تحت يده، فللمأخوذ وجودان تكويني، و بهذا الوجود يكون تحت اليد. و اعتباري ناش من التشريع، و بهذا الوجود يكون فوق اليد، لأنه مقتضى كلمة «على» الاستعلائية.

و حيث إن الحاكم بكون نفس المال على العهدة هو الشارع، و ثبوته الشرعي على اليد ليس إلا ثبوتاً اعتبارياً مقتضياً لكون الثابت بهذا الثبوت موجوداً اعتبارياً في العهدة، لأن العهدة وعاء الاعتباريات، فالمعنى حينئذ هو: أن نفس المال المأخوذ بوجوده الاعتباري ثابت على العهدة، و هذا الثبوت مستمر إلى أن يحصل الأداء. و هذا الاستمرار يستفاد من كلمة «حتى» لدلالاتها على ما ثبت بما قبلها من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد». و ليس هذا

إلا عبارة عن الضمان، حيث إنّ مصداق ذلك الموجود الاعتباري مع تلف العين هو الأقرب الى التالف القائم مقامه، الواجد لغير خصوصياته المشخّصة من الجهات النوعية والصنفيه.

وقد ظهر ممّا ذكرنا ضعف الاحتمال الأوّل، أعني به كون مفاد الحديث تكليفا محضاً، وهو وجوب ردّ العين، أو وجوب حفظها عن التلف، على الوجهين المتقدّمين عن الشيخ والعلامة و النراقي قدّس سرّهم وأنّ الحديث متكفل للحكم التكليفي المختص بالعين حال بقائها دون حكمها بعد تلفها.

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

كما أنّه ظهر أيضاً ضعف الاحتمال الثاني، وهو كون الحديث مسوقاً لبيان الحكم الوضعي بالنسبة إلى خصوص صورة التلف، بأن يقدر الضمان، بعد قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «على اليد» بأن يقال: على اليد ضمان أي غرامة ما أخذته.

وجه الضعف: أنّ تقدير الضمان خلاف الأصل بعد كون ظاهر الكلام هو اعتبار ثبوت نفس المال المأخوذ على عهدة صاحب اليد. و حيث إنّ الاعتبار يتعلق بالموجودات الاعتبارية لا التكوينية، فلا بدّ أن يكون الثابت بهذا الاعتبار موجوداً اعتبارياً ثابتاً في العهدة. وهذا الثبوت الاعتباري مستمر حتّى يحصل الأداء بعين المأخوذة التي هي مصداق حقيقي للوجود الاعتباري الذي اعتبره الشارع، لأنّه واجد للمقومات النوعية والصنفيه والشخصية. و ببدله وهو المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان قيمياً، و مع فقد المماثل في المثلي يكون مصداق الأداء منحصرًا بالمالية، هذا.

و كذا ظهر ضعف الوجه الثالث وهو الجمع بين الحكم التكليفي والوضعي، وذلك لأنّه موقوف على كون الظرف لغوا حتى يتعلق بكلمة «يجب» وعلى كون المتعلق كلمتين وهما: الرد والضمان. و لا قرينة على شيء منهما، فإنّه مع إمكان الظرف

المستقر لا تصل النوبة إلى الظرف اللغو.

فالمتحصل: أنّ النبوي الشريف يدلّ على كون المال في وعاء الاعتبار على عهدة الآخذ، فإن كان موجوداً رده إلى المالك، لأنّه المصدق الحقيقي لرد المال، حيث إنّ واجد للمقومات النوعية والصنافية والشخصية. فمفاد الحديث على هذا حكم وضعي، ولا يتكفل حكماً تكليفاً، فيرجع في حكمه التكليفي إلى ما يدلّ على حرمة حبس الحقوق ووجوب ردها إلى مالكيها.

وبالجملة: فاستدلال المصنف وغيره بهذا النبويّ على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد في محلّه، هذا.

ثمّ إنّّه لا بأس بالتعرّض لبعض الجهات المتعلقة بالنبويّ المذكور:

1- عدم اختصاص الآخذ بالقهر والغلبة منها: أنّ الآخذ هل يكون عامّاً أم مختصاً بما يكون على وجه القهر والغلبة؟

فلا يشمل الأيدي الأمانيّة، ويكون خروجها عن موضوع الحديث المزبور بالتخصص، فيختص الحديث بالغصب، ولا يشمل موارد إذن المالك الحقيقي كاللقطة وغيرها من الأمانات الشرعية، وتسليط المالك غيره على ماله كالوديعة وغيرها من الأمانات المالكيّة.

وربّما يستشهد لذلك- أي الآخذ بالقهر والغلبة- بقوله تعالى وَكَذَلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذَا أَخَذَ الْقُرَىٰ «1»، وقوله تعالى لَأَخْذُنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ثُمَّ لَقَطْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ «2» وقوله تعالى فَأَخْذُنَاهُمْ أَخْذَ عَزِيزٍ مُّقْتَدِرٍ «3» وغير ذلك من موارد

(1) سورة هود، الآية 120

(2) سورة الحاقة، الآية: 45

(3) سورة القمر، الآية 42

استعماله في الأخذ بالقهر والغلبة. وجعل المحقق النائيني هذا المعنى هو الظاهر «1».

وفيه: أن الأخذ لغة هو تناول الشيء مطلقاً وإن لم يكن عن قهر وعدوان، كقوله تعالى خُذِ الْعَفْوَ «2» وقوله عز اسمه خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً «3» فتأمل، وقوله عليه السلام: «خذها فإني إليك معتذر». وغير ذلك من الموارد.

وخصوصية القهر والغلبة تستفاد من القرائن الحالية أو المقالية، 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.

وبالجملة: فلم يثبت كون مفهوم الأخذ عرفاً هو التناول القهري حتى يحمل اللفظ عليه، فيحمل على معناه اللغوي، وهو مطلق التناول الذي منه المقبوض بالعقد الفاسد، والمسروق، والوديعة، والعارية. فالأخذ يكون من قبيل المتواطى لا المشكك.

ولو سلم التشكيك فإنما هو من قبيل التشكيك البدوي الذي لا عبرة به في رفع اليد عن إطلاق مفهومه، هذا.

2- اعتبار الإرادة والاختيار في الأخذ المضمّن ومنها: أن «الأخذ» لما كان فعلاً اختياريّاً فلا بدّ من عدم صدوره بلا إرادة ولا اختيار، فإذا ألقى مال في حجر شخص بحيث صار تحت يده واستيلائه من دون دخل لإرادته واختياره في ذلك لم يصدق عليه الأخذ حتى يشملته الحديث الشريف.

وكذا لا يصدق «الأخذ» على تناول الصبي غير المميّز الذي لا شعور ولا تمييز له بحيث

(1) منية الطالب، ج 1، ص 117

(2) سورة الأعراف، الآية 19

(3) سورة التوبة، الآية 103

لا يلتفت إلى ما يصدر منه من الفعل وعنوانه، وكذا المجنون.

فيظهر من اعتبار الإرادة في حال الأخذ وكون الآخذ مستشعرا مميّزا لفعله خروج الصبي غير المميز و المجنون و النائم عن حيّز الحديث إذا أمسكوا على شيء من المنقولات و استولوا عليه، فلا يشملهم الحديث حتى يحكم عليهم بالضمان.

و يشمل الصبي المميّز المستشعر لفعله، لصدق الأخذ الاختياري على فعله، وفاقا للمصنّف قدّس سرّه، حيث قال: «و من هنا كان المتّجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون إذا لم تكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز و الشعور».

و الحاصل: أنّه يعتبر في شمول الحديث كون الفاعل مختارا في فعله، هذا.

3- شمول إطلاق الضمان للعلم بالحكم و الجهل به و منها: أنّ إطلاق الحديث يشمل كون صاحب اليد عالما بالحكم التكليفي - و هو وجوب الأداء- و الوضعي أعني به الضمان، و جاهلا- بهما. كما يشمل كونه عالما بالموضوع و هو العلم بأنه مال الغير أو مغصوب أو مقبوض بالعقد الفاسد، و كونه جاهلا به كما إذا زعم أنّه مال نفسه أو أنّه وكيل عن مالكه أو وليّ عليه.

4- 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 ظاهرا. و كذا الحال في الوكيل في قبض المبيع بالبيع الفاسد، و ذلك لأنّه يعتبر في صحة الوكالة كون متعلّقها مباحا، و لذا قال في المسالك في ذيل قول المحقق قدّس سرّه: «و لو وكّله في بيع فاسد لم يملك الصحيح» ما لفظه: «كما لو قال: اشتر لي كذا إلى إدراك الغلات، أو مقدم الحاج، أو بعه كذلك، أو ما شاكلة. و لا فرق في ذلك بين أن يكونا عالمين بالفساد

و جاهلين وبالتفريق، وإثما لم يملك الصحيح، لعدم التوكيل فيه فيقع فضوليا» (1).

ففي الصورة المذكورة يكون الوكيل هو الذي يشملته الحديث دون الموكل.

لا يقال: إنَّ المقرّر عندهم أنّ يد الوكيل يد الموكل، وكذا يد الأمين يد الحاكم فلا يعدّ يد أحدهما في العرف يدا له، بل يد الموكل و الحاكم.

فإنّه يقال: إنّ معنى كون يد الوكيل يد الموكل هو إجراء أحكام يد الموكل عليه في التصرفات كالأثار المترتبة على قبض المالك، كفراغ ذمة المقبوض منه بقبض الوكيل، كفراغ ذمته بقبض الموكل، فإنّ قبض الوكيل كقبض الموكل في تلك الآثار. وهذا لا ينافي صدق الاستيلاء و التسلط عرفا على يد الوكيل الموجب لضمّانه، فلا وجه لما قيل من:

أنّ المالك لا يرجع على الوكيل، بل على الموكل، لأنّه صاحب اليد.

والحاصل: أنّ معنى كون يد الوكيل يد الموكل وقبضه قبضه هو: أنّ القبض - الذي من شأنه أن يصدر من الموكل - إذا صدر من الوكيل كان كصدوره من الموكل في فراغ ذمة المقبوض منه، أو صحة العقد كالتوكيل في عقد الصرف أو السلم. وإجراء حكم الضمان الثابت للوكيل على الموكل أجنبي عن معنى قولهم: «يد الوكيل يد الموكل» إذ ظاهره هو أنّ كل ما يكون من وظيفة شخص إذا صدر عن غيره وكالة كان كصدوره عن نفس ذلك الشخص في الحكم الشرعي المترتب عليه، هذا.

5- إطلاق الضمان لليد المستقلّة والمشاركة ومنها: أنّ قضية الإطلاق عدم الفرق بين انفراد اليد بالأخذ و تعددها بأن شاركها غيره فيها بحيث أسند إلى المتعدد، وكان المستولي على المال المأخوذ اثنين في عرض واحد. أو ترتبت إحدى اليدين على الأخرى، وهذه مسألة تعاقب الأيدي على المغصوب، وإن كان في كيفية التضمين إشكال ليس هنا محل ذكره، هذا.

6- أقسام المأخوذ باليد ومنها: أن المأخوذ قد يكون عينا من المنقول وغيره، وقد يكون منفعة كسكنى الدار و منفعة الدكان ونحوهما، و قد يكون من قبيل الحقوق كحق التحجير، و قد يكون من قبيل ما لا يدخل تحت الاستيلاء و الاستحقاق كالحرّ و الخمر و الخنزير بالنسبة إلى المسلم، فهنا أقسام أربعة:

القسم الأول: الأعيان الشخصية و الكلية الأول: كون المأخوذ هو العين، و ذلك يتصور على نحوين:

أحدهما: أن يكون المأخوذ من المنقولات.

ثانيهما: أن يكون من غير المنقولات، كالدار و الدكان و الأرض و نحوها.

أمّا الأول فملخصه: أنّه لا ريب في صدق أخذ اليد على الاستيلاء عليه بالقبض و نحوه، فيصدق الأخذ و الاستيلاء باليد على ركوب دابة الغير، فيشملة النبوي «على اليد ما أخذت» و إن لم يحركها من مكانها.

و أمّا الثاني فحاصله: أنّ إثبات اليد عليه حقيقة غير ممكن، لعدم الإحاطة بها كالمنقول، لكن التصرف فيه بالدخول و نحوه ممكن، و هو يتصور على وجهين:

أحدهما: ما يوجب صدق الاستيلاء عليه، كدخول الجائر - عدوانا - دار غيره للتصرف و التسلط أو السكنى فيها، أو إيجارها. و هذا القسم لا إشكال في صدق اليد عليه، فيشملة النبوي الموجب للضمان.

ثانيهما: ما لا يوجب صدق التسلط و الاستيلاء عليه، كما إذا دخل دار الغير أو بستانه بغير إذن المالك للتفرّج و التترّج مثلا، فإنّ الاستيلاء لا يصدق عليه، فلا يشمله النبوي، فلا دليل حينئذ على الضمان. و قد صرح بذلك العلامة في التذكرة حيث قال:

«و لو دخل دار غيره أو بستانه لم يضمن بنفس الدخول من غير استيلاء، سواء دخلها

بإذنه أو بغير إذنه، و سواء كان صاحبها فيها أم لم يكن» (1).

ولا فرق في هذا القسم - أعني الأعيان - بين ما لو كان مفزوا وما لو كان مشاعا، لإطلاق المأخوذ وعدم اختصاصه بالمفزز، فيعدّ من سكن دار غيره مع مالها قهرا ذائدا على النصف. ولهذا قال العلامة قدّس سرّه في التذكرة: «ولو لم يزعج المالك، ولكنه دخل واستولى مع المالك كان غاصبا لنصف الدار، لاجتماع يدهما واستيلائهما عليه. نعم لو كان الداخل ضعيفا والمالك قويا لا يعدّ مثله مستوليا عليه لم يكن غاصبا لشيء من الدار» (2).

لا يقال: إنّ الاستيلاء لا يتحقق إلا على الشيء المعين.

فإنّه يقال: إنّ الاستيلاء أمر عرفي يتحقق في المشاع كتحقّقه في المعين. ويدل عليه صحة بيع المشاع وصلحه وهبته ووقفه، فقبضه جائز كالمقسوم.

وأما الكلّي فلا يدخل تحت اليد وإن قيل به، لأنّ ما يقع تحت الاستيلاء خارجا هو الفرد كما لا يخفى.

إلا أن يقال: أنّ وجود الفرد عين وجود الكلّي الطبيعي، فلاجله يدخل الكلّي تحت اليد والاستيلاء.

ثمّ إنّ مقتضى الإطلاق عدم اعتبار كون العين ممّا له قيمة ومالية. ودعوى تبادل ما كان له مالية ممنوعة.

إلا أن يقال: إنّ الضمان الذي يدل عليه النبويّ - وهو تدارك خسارة المال المفوّت أو الفائت - لا يتصوّر إلا فيما له مالية، فلا بد من شموله للمأخوذ الذي هو مال، فما ليس كذلك لا يندرج تحت هذا النبوي، هذا.

ثمّ إنّه لا فرق في ضمان المأخوذ بين بقاء عينه وبين تلفه، كعدم الفرق في ضمانه بين الأوصاف الطارئة عليه من مزجه بشيء أو تغيير صورته كالطحن، فإنّ المأخوذ في

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 337، السطر 16

(2) المصدر، السطر: 22

جميع الصور مضمون على الآخذ. كما لا فرق في الحكم بالضمان بين كون المتصدّي لذلك التصرف نفس الآخذ وغيره، وإن كان للمالك أيضا الرجوع إلى ذلك المتصرّف، 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، و لهذا قال في الرياض: «و يضمن حمل الدابة لو غصبها. وكذا غصب الأمة الحامل غصب لحملها بلا خلاف أجده ظاهرا، لأنّه مغصوب كالأمّ. والاستقلال باليد حاصل بالتبعية لها. وليس كذلك حمل المبيع فاسدا، حيث لا يدخل في البيع، لأنّه ليس مبيعا، فيكون أمانة في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان، ولأنّ تسلّمه بإذن البائع. مع احتمال الضمان، لعموم على اليد ما أخذت حتّى تؤدي، مع الشك في صدق الأمانة عليه وبه قطع الماتن في الشرائع» (1) انتهى كلامه رفع مقامه.

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 استيفاء الأول شيئا من منافعها، فإنّ المنافع بالنسبة إلى الآخذ الأول غير مستوفاة، فلا تدخل تحت عنوان قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت» وإن قلنا بضمان الثاني لها، لمباشرته للاستيفاء بدليل آخر.

وكذا الحال لو بقيت تحت يده ولكن لم يستعملها ولم ينتفع بها، فإنّه لا يصدق على المنافع حينئذ أنّها مأخوذة، لعدم استيفائه لها، وعدم تعلّق فعل منه بها. وإن قلنا بكونها مضمونة عليه لجهة أخرى من جهات الضمان وهي قاعدة الإتلاف، حيث إنّ

(1) رياض المسائل، ج 2، ص 301

أُتلف المنافع على المالك، ولذا قال العلامة قدّس سرّه في التذكرة: «منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و القوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه، سواء أُلّفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت في يده ولا يستعملها، عند علمائنا أجمع» (1)».

ثانيهما: المنافع المستوفاة، كما إذا ركب الدابة التي غصبها، أو استخدم العبد أو الجارية مثلاً. وهذا كسابقه في عدم صدق الاستيلاء على المنافع، لأنّ 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 استيفائها، فلا يمكن إثبات ضمانها حتى مع الاستيفاء بحديث اليد. نعم لها سبب آخر للضمان وهو الإتلاف على المالك، وتدلّ عليه العبارة المتقدمة عن العلامة قدّس سرّه.

لكن خالف فيما ذكرناه صاحب الجواهر قدّس سرّه، حيث استدللّ على ضمان المنافع المستوفاة بالحديث المزبور. قال في كتاب العارية: «ولو استعار 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 فاتت في يده، لعموم من أُلّف و على اليد كما هو المشهور بين الأصحاب هنا، وفي الغصب عند ذكر حكم الأيدي المترتبة على يد الغاصب» (2)».

و أنت خبير بضعف التمسك بقاعدة اليد، لما عرفت من ظهور «ما» الموصولة في قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت» في عين خارجيّة استولت عليه اليد. وليست المنفعة موجودة مجتمعة أجزاؤها في الوجود، بل هي من الموجودات التدريجية المتصرّمة التي يتوقف وجود جزء منها على انعدام سابقه، فلا تجتمع أجزاؤها في الوجود حتى تأخذها

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381

(2) جواهر الكلام، ج 27، ص 166

اليد و تستولي عليها، فالمتعین التمسك لضمان المنافع مطلقا حتى المستوفاة بقاعدة الإلتاف.

لا يقال: إن مجموع منافع الدار سنة مثلا يعدّ في نظر العرف موجودا واحدا، ولذا يبذل بإزائه الأجرة. وهذا يدلّ على أنّ المنافع كالأعيان مما يمكن أن تنالها اليد و تدرج تحتها.

فإنّه يقال: إنّ الاعتبار العرفي المزبور إنّما يصحّ اعتبار المالية المعتبرة في العوضين، كاعتبار مالية عين كالحنطة مثلا في الذمّة، أو عمل كذلك كخياطة ثوب، أو بناء دار، فإنّ الاعتبار المزبور لا يوجب صيرورة الكلّي في الذمّة موجودا خارجيا قابلا لأن تدخل تحت اليد. بل يجدي في المالية فقط، لا في الوجود الخارجي المتوقف عليه صدق الأخذ باليد. فدعوى عدم صدق اليد على المنافع مطلقا في غاية القرب، هذا.

لكن الانصاف صدق اليد على المنافع كصدقها على الأعيان. توضيحه: أنّ المنفعة هي الحيشية القائمة بالعين التي تستوفى تارة و لا تستوفى أخرى. و إن شئت فقل: إنّ المنفعة- التي هي معنى اسم المصدر- قائمة بالعين قيام بالملزوم والعرض بالمعروض، فمنفعة الدار مثلا- هي صلاحيتها للمسكوّية. وهذا القابلية ثابتة للعين، و ليست تدريجية الوجود، فلا يتقوم باستيفاء المستوفي لها تدريجا، حتى يستشكل في شمول النبوي لها بعدم كونها موجودة مجتمعة أجزاءها في الوجود.

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

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

لكنّه في غاية الضعف و السقوط، إذ لا شبهة في صحة إسناد الفوت إلى المنفعة، بأن يقال: فأت المنفعة، أو: فوّتها الغاصب، أو: استوفاه. و صحة هذه الإضافة منوطة

بكون المنفعة هي الحيثية القائمة بنفس العين التي تستوفى تارة ولا تستوفى اخرى.

وليس الاستيفاء الذي هو معنى مصدري دخيلا في مفهوم المنفعة التي هي من الحيثيات القائمة بالعين كالدار، هذا.

ثم إنّه لو شكّ 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 أنّ 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: وهو أخذ الحقوق، والحكم فيه عند جماعة منهم العلامة المامقاني قدّس سرّه هو حكم المنفعة في عدم تناول حديث اليد لها، لعدم صدق أخذ اليد عليها «1». وعند جماعة أخرى شمول الحديث لها كشموله للمنافع على ما عن غير واحد، فغصب الحقوق كالتحجير وحقّ السبق إلى المشتركات كالسوق والمسجد والخان ونحوها كغصب الأعيان و المنافع، فإنّها تدخل تحت اليد، لصدق الاستيلاء عليها عرفا. ولا يراد من الأخذ القبض حتى يختص المأخوذ بالأعيان. ولا يشمل غيرها من المنافع و الحقوق.

وبالجملة: فغصب العين المتعلقة للحق كغصب العين المتعلقة للملك في شمول النبوي لها، وأداء الحق بأداء موضوعه، فأداء حق التحجير و السبق إلى المشتركات بأداء متعلّقه كالأرض والمسجد وغيرهما.

والحاصل: أنّه بناء على ظهور الأخذ باليد والتأدية في العين خاصّة لا يشمل

(1) غاية الآمال، ص 272

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

القسم الرابع: ما ليس بملك و لا حقّ القسم الرابع: أعني به ما لا يدخل تحت التسلط بالتملك أو الاستحقاق كالحرّ و الخمر 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 لأنّ غاية الضمان هو الأداء إلى من يجب الدفع إليه كالمالك و نحوه، و لا تأدية في غير المملوك، لعدم وجود المؤدّي إليه، فخروجه عن الرواية واضح.

و لا فرق في غير المملوك بين أن لا يكون قابلا للتملك من أصله كالحرّ المسلم و الخنزير و غيرها، فإنّ ذلك غير مضمون باليد، و بين أن يكون قابلا له و لكن لم يجر عليه ملك أحد كالمباحات، فإنّه لا ضمان في أخذه.

و عن جماعة تعليل الحكم في الحرّ بأنّه لا يدخل تحت اليد.

فإن أرادوا بذلك أنّه لا يدخل تحت اليد شرعا فهو حسن، إذ ليس الحرّ مالا مملوكا شرعا حتى يدخل تحت اليد و يكون مضمونا 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، لأنّه لا يدلّه شرعا على المال. و يلزم ضمان من له يد على المال شرعا كالأولياء. و هذا عكس المدعى.

و إن أرادوا بقولهم: «إنّه لا يدخل تحت اليد» عدم دخوله عرفا تحت اليد، ففيه منع، ضرورة أنّ الحرّيّة و الرقيّة أمران اعتباريان لا مدخل لهما في الصدق العرفي، بدهاء أنّ كل من تسلّط على إنسان بحيث يتصرّف فيه كيف يشاء يقال: إنّه مستول عليه، و هو في يده، من غير فرق فيه بين كونه حرّا و مملوكا.

فالأولى أن يقال في عدم ضمانه: إنّ دليل الضمان لا يشملّه إذ المتبادر منه هو

المملوك، خصوصا بقريظة قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «حتى تؤدّي» ونحو 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 يؤدي إليه المأخوذ.

اللهم إلا أن يقال: إنّ المملوكية مما لا دخل له في صدق الأخذ والأداء العرفيين، فلا يعتبر في الضمان كون المأخوذ مملوكا شرعا. فالقول باعتبار كون المأخوذ ملكا شرعا في صدق الأخذ والأداء خال عن الدليل، و مناف لأوضاع الألفاظ العربية، ولا إشعار للأخذ والأداء باعتبار كون المأخوذ مملوكا شرعا.

و عليه فخر المسلم و خنزيره من جملة مصاديق الحديث، لثبوت الإضافة العرفية إلى المسلم الموجبة لصدق الأداء إليه المجعول غاية 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 عرفا، إذ لا يضاف الحرّ إلى أحد بالمملوكية والاستحقاق. ولولا التقييد بالغاية لقلنا بأنّ من استولى على الحرّ وأثبت يده عليه ضمنه لو تلف تحت يده، لصدق قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت» بالمعنى الذي تقدّم، وهو كون ضمانه وعهدته عليه لو تلف.

و الحاصل: أنّ الحر يخرج عن مقتضى الحديث من جهة عدم قابليته للأداء لأجل عدم وجود من يؤدّي إليه المأخوذ ولو عرفا، إذ لا يضاف الحرّ إلى أحد بالمملوكية والاستحقاق عرفا أيضا.

و أمّا الخمر و الخنزير فلخروجهما عن مفاد الحديث، لما دلّ على عدم احترامهما، وإلا فلا إشكال في صدق الأخذ والأداء عليهما عرفا، وفي ثبوت الإضافة العرفية لهما إلى المسلم الموجبة لصدق الأداء إليه المجعول غاية في الكلام، كصدق الأخذ عليهما.

فالمحصل: أنّ الحرّ خارج عن حيّز الحديث تخصّصا، لعدم إضافته إلى أحد حتى

يصدق الأداء عليه وأن الخمر والخنزير اللذين هما تحت يد المسلم خارجان عن حيز الحديث بالتخصيص، لصدق الأخذ والأداء عرفاً عليهما، فالخروج حينئذ يكون بالتخصيص الناشئ عما دلّ على عدم احترامهما. وعدم كونهما معنوين بعنوان من الملكية والوقفية والزكاة وغيرها حتى يكون بدلها حافظاً لذلك العنوان، فإن من أتلّف الغنم التي هي زكاة، كان بدلها المضمون على المتلف معنواً أيضاً بعنوان الزكاة، ويقال:

إنّه زكاة كما كان مبدلها زكاة. وهذا بخلاف الخمر والخنزير المضافين إلى المسلم. هذا.

ثم إن ما تقدّم في الحرّ كان بالنسبة إلى نفسه. وأمّا بالإضافة إلى منفعه، فإن استوفائها الآخذ ضمنها، لأنّ استيفاء عمل الغير يوجب الضمان، لقاعدة الاستيفاء.

وإن لم يستوفها فضمنها مشكل إلا أن يتمسك فيه بقاعدة الإتلاف. وقد تقدم شطر من الكلام فيه في بحث عمل الحرّ، فراجع. (1)

وأما حديث «على اليد» فلا يشمل منافع الحرّ، لأنّ اليد على نفس الحرّ كالعدم فضلاً عن منفعه، فلا بدّ من التمسك فيها بقاعدة الإتلاف، كما تقدم.

7- المراد من الأداء المجعول غاية للضمان بقي الكلام في ارتفاع الضمان المدلول عليه بالحديث. اعلم: أنّه قد جعل في الحديث رافع الضمان التأديّة، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «حتّى تؤدّي» ومحصل ما يستفاد من هذه الغاية أنّ الغاصب ضامن للمغصوب، ولا يرتفع ضمانه بمجرد إذن المالك له في إبقائه تحت يده، بل المترتب على الاذن ليس إلا ارتفاع الإثم الذي نشأ عن عدوانية يده، ولا ملازمة بين ارتفاع الإثم وبين بقاء الحكم الوضعي الثابت إلى أن يتحقق الأداء بتسليمه إلى المالك كما هو قضية قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «حتّى تؤدّي» فلا يرتفع الضمان إلا بالأداء.

(1) هدى الطالب، ج 1، ص 71 إلى 85

ص: 44

نعم إذا وُكِّلَ المالك في التسلم من قبله، فتسلم الغاصب ما غصبه وكالة عن مالكة أمكن القول بارتفاع الضمان حينئذ، لتبدل يده العادية باليد الأمانية. فالغاصب لصيرورته وكيلا فعلا صار قبضه و تسلمه كتسلم المالك موجبا لارتفاع الضمان عنه، هذا.

وقد استشكل 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 بالإجماع، وأما الغاصب الوكيل فخروجه غير معلوم، والأصل يقضي بالعدم، هذا.

لكنه مندفع بأن أدلة الوكالة- على فرض تماميتها- حاکمة على أدلة الضمان، لكونها موجبة لتبدل الموضوع الموجب للضمان، فإنّ موجب و هو اليد العدوانية يتبدل بسبب الوكالة بالأمانية، فإذا صارت يد الغاصب أمانية ارتفع 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 أيضا، لعدم كونه بالخصوص مورد الإجماع حتى يمتاز به عن الغاصب كما لا يخفى.

ثمّ الظاهر أنّ المراد بالتأدية إلى المالك هو جعله مستوليا عليه. فكما أنّ مجرد وضع اليد على ثوب الغير ليس غصبا له، فكذلك مجرد وضع المالك يده على ما غصب منه من دون استيلائه عليه- كما إذا وضع يده على ثوبه الذي غصبه غاصب- ليس رافعا للغصب و مصداقا للتأدية الراجعة للضمان. فإذا غصب شخص نقدا من صراف ثم دفعه إلى ذلك الصراف لينقده لم يكن هذا الدفع ضدّا للغصب و تأدية للمغصوب حتى يرتفع الضمان، بل الغاصب ضامن له إذا تلف بأفة سماوية أو أخذه ثالث من يده، لعدم حصول التأدية الراجعة للضمان.

و الحاصل: أنّه لا يصدق التأدية إلى أحد إلا إذا استولى عليه. ألا ترى أنّ تسليم النقد إلى الصراف لينقده لا يسمّى تأدية إليه.

هذا مضافا إلى الإجماع المستنبط من تتبع كلماتهم.

وإلى الأصل مع الإغماض عن دلالة الحديث، فإن الاستصحاب يقضي بقاء الضمان ما لم يحصل استيلاء المالك على المغصوب.

فتلخص: أنّ براءة ذمة الغاصب عن المغصوب منوطة باستيلاء المالك أو من يقوم مقامه عليه و لو قهرا و بدون اطلاع الغاصب و إذنه، كما إذا أخذ المالك بالقهر و الغلبة و استولى عليه. فالمدار في حصول البراءة- و سقوط الضمان- على وصول المال إلى مالكة على وجه يكون مستوليا عليه. و هذا المعنى يتحقق قطعاً بما إذا دفع المغصوب إلى المغصوب منه بعنوان أنّه ماله و ملكه ليتصرف فيه كتصرف سائر الملاك في أملاكهم كما اختاره الشهيد الثاني قدس سرّه قائلا: «بأنّ التسليم التام إلى المالك الموجب لارتفاع الضمان هو التسليم بهذا النحو» (1).

و أمّا 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 المعوّضة أو الإجارة أو الصلح غير المحاباتي أو نحو ذلك أو التملك المجاني كالهبة غير المعوّضة، ففي كونه رافعا للضمان إشكال.

و التحقيق أن يقال: إنّ رافع الضمان هو التأدية التي هي أمر عرفي، فلا بدّ من تحقق التأدية عرفاً. و الظاهر تحققاً باستيلاء المالك على التصرفات في العين، بحيث يكون تصرفه فيها مستندا إلى مالكيته لها و لو 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، لأنّ التأدية مقدمة للوصول إلى المالك بنحو يكون مستوليا عليه و متصرفا فيه تصرف الملاك في أملاكهم، كما كان متصرفا فيه قبل غصب الغاصب. فالتأدية مقدّمة 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، إلّا إذا علم بالحال. فحينئذ لا يكون قبول المالك

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 205؛ الروضة البهية، ج 7، ص 55

قبولا للوديعة و العارية، فلا يتحقق عقداهما.

و على كل حال إذا شك في كون الردّ تأدية رافعة للضمان فلا استصحاب يقضي ببقاء الضمان كما لا يخفى.

و اعلم أنّ في حكم التأدية الرافعة للضمان إتلاف المالك لما غضب منه إذا كان موجبا لضمانه 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، فغضبه 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 غضب زيد شاة عمرو ثم أطعمه إياها بعنوان الضيافة، فحينئذ و إن استولت يد المالك على ماله و أتلفه بالأكل، لكنّه لا يوجب سقوط ضمان الغاصب، لتغيره للمالك. بل يتأكد الضمان بقاعدة الغرور، و لذا يستقر الضمان على الغازّ لو أكل المغرور مال ثالث بتغيره.

و اتّضح ممّا ذكرنا سرّ ما أفاده الشهيد قدّس سرّه في اللعة و غيره من الفقهاء من: أنّه لو غضب شاة فأطعمها المالك مع جهل المالك بكونها شاة ضمنها الغاصب «1».

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

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

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

(1) راجع الروضة البهية، ج 7، ص 54؛ مسالك الأفهام، ج 12، ص 157 و 205؛ شرائع الإسلام، ج 3، ص 242

و يدلّ على الحكم المذكور (1)

الدليل الثالث: أخبار ضمان منفعة الأمة المسروقة

(1) وهو ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، وهذا دليل ثالث على المدعى، ومحصّله استظهار الحكم بضمن الأصل بالأولية من ضمان المنافع غير المستوفاة، توضيحه: أنّه ورد في عدّة روايات «1» السؤال عن حكم شراء جارية من السوق، وأنّه استخدمها أو استولدها المشتري، ثمّ تبين كونها مسروقة، وقد ظفر بها مالكةا. فأجاب عليه السّلام بأنّ المشتري يأخذ ولده، ويردّ الجارية وقيمة الولد إلى مالكةا.

وتقريب الاستدلال بها على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد هو: أنّ جواب الامام عليه السّلام متضمن لحكّمين، أحدهما: وجوب ردّ الجارية، وهو مقتضى فرض فساد البيع، و ثانيهما: - وهو محلّ الشاهد- كون المشتري ضامنا لقيمة الولد.

والاستدلال بهذا الحكم على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد يتوقف على مقدمتين:

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

الثانية: إثبات أولويّة ضمان الجارية من ضمان نمائها.

أمّا الأولى فبيانها: أنّ الضمان مستند إلى التلف الحكمي لا- إلى الإتلاف والتسبيب والاستيفاء، وذلك لوضوح أنّ الجارية و منافعها مملوكة لسيدّها، و من منافعها قابليتها للاستيلاد، فمن استوفى شيئا من منافعها من كنس و طبخ و خياطة و وطي كان ضامنا لبدلها للمالك، كضمان من يلقي البذر في أرض الغير و يزرعه فيها، فإذا استولدها المشتري كان الولد منفعة لها، لكنّه لم يستوف هذه المنفعة، لأنّ الولد ينعقد حرّا بحكم الشارع تبعاً لأبيه، و لا ينعقد رقّاً حتى يقابل بالمال. و عليه فحكمه عليه السّلام بضمن نمائها- وهو الولد- إنّما هو لتلفه على مالك الجارية بسبب حرّيته

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592-590، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

أيضا (1) قوله عليه السلام في الأمة المبتاعة- إذا وجدت مسروقة، بعد أن أولدها المشتري- «أنه يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمة» (2)

التي هي بحكم التلف السماوي.

فإن قلت: إن المشتري بمباشرته للجارية ألقى نطفة الحرّ في رحمها و أتلف على مالها قابليتها لأن تصير حاملة بالرق، فيكون ضمان قيمة الولد مستندا إلى إتلاف نماء الأمة لا إلى التلف، لأنه نظير منع المستأجر أو المالك عن السكنى في الدار، فإن المانع ضامن لاجرة المثل.

قلت: الإتلاف هو إعدام الموجود عن صفحة الوجود، وهذا غير صادق في المقام، إذ المشتري بمباشرته معها أحدث نماء لها غير قابل للتملك، وعدم تملكه لا يستند إليه، بل إلى حكم الشارع بحرّية الولد تبعا لأبيه في الحرّية، فلم يبق إلا أن يكون ضمان قيمة الولد لأجل تلف النماء حكما، وهو كالتلف الحقيقي السماوي في اقتضائه للضمان.

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

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

هذا بيان الاستدلال بهذه الطائفة على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

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

(2) هذا مفاد رسالة جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى جارية فأولدها، فوجدت مسروقة، قال: يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل

فإن (1) ضمان الولد بالقيمة- مع كونه (2) نماء لم يستوفه المشتري- يستلزم ضمان

ولده بقيمته» (1).

وبهذا المضمون روايات أخرى، منها معتبرة جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولدها، ثم يحييها مستحقّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه» (2). وكان الأولى الاستدلال بهذه المعتبرة لا بالمرسلة، ولعلّ نظر المصنف إلى وحدة المضمون المتصاغر نقله، لا إلى خصوصيّة الخبر المتكفّل للحكم، فتأمّل.

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

(2) أمّا كون الولد نماء و منفعة للجارية فواضح، لأنّه قد تكوّن في رحمها. وأمّا أنّ المشتري لم يستوف هذه المنفعة الخاصة كما استوفى سائر خدماتها من كس و طبخ و خياطة و شبهها فلأنّ الولد تابع لوالده في الحرّيّة، فهو من حين انعقاد نطفته يتكوّن حرّاً، و من المعلوم أنّ الحرّ لا يقوّم بالمال.

وعليه فغرض المصنف من قوله: «لم يستوفه» هو دفع ما توهمه بعضهم من أنّ ضمان المشتري لقيمة الولد يكون لأجل استيفاء منفعة رحم الأمة بإشغاله بنطفته التي هي نطفة حرّ، كما يضمن قيمة سائر منافعها المستوفاة، فتكون الرواية أجنبيّة عن ضمان المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف بيد القابض، لدالتها على الضمان باستيفاء المنفعة، وهو ممّا لا ريب فيه.

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 3

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 5

وليس (2) استيلادها من قبيل إتلاف النماء (3) بل من قبيل إحداث

وأجاب عنه المصنف بمنع صدق الاستيفاء هنا، لعدم انتفاع المشتري منها بالولد، ضرورة عدم مقابلة الحرّ بالمال. وبهذا يظهر الفرق بين الاستيلاذ وبين منافعتها الأخرى، لصدق الاستيفاء عليها، فتكون مضمونة بأجرة المثل، بخلاف الاستيلاذ.

(1) لما عرفت من أنّ اليد على المنافع تكون بتبع اليد على العين، فإذا كانت اليد التابعة مضمّنة فالأصلية أولى بالتضمين.

(2) غرضه قدّس سرّه دفع إشكال، محصّله: عدم ارتباط ضمان النماء بما نحن فيه- وهو ضمان التلف باليد- حتى يصحّ الاستدلال به على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، وذلك لأنّ مورد الرواية ضمان الإتلاف لا التلف، وبيانه: أنّ استيلاذ الجارية أتلف منفعتها على مالکها، لأنّ رحمها كان مستعدّاً لانماء نطفة الرّق، وقد سلب المشتري عنه ذلك بإشغاله بنطفته. وبهذا يصدق الإتلاف، ولا يتوقف صدقه على فعلية النماء، بشهادة أنّ من سقى أشجار الغير- المستعدة للإثمار- بماء مالح يمنعه عن الإثمار يصدق عليه عرفاً أنّه أتلف ثمرها. وكذا في المقام، فإنّ الاستيلاذ بمنزلة إتلاف النماء، لانعقاده حرّاً، هذا.

وقد دفعه المصنف قدّس سرّه بمنع صدق الإتلاف- الذي هو إعدام الموجود- هنا، إذ ليس للجارية نماء موجود حتّى يتلفه المشتري. بل أحدث فيها نماء غير قابل لأنّ يتملّكه مالك الجارية، حيث إن حرّية المشتري منعت- شرعاً- عن انعقاد ولده رقّاً.

وليس مستند عدم دخوله في ملك مالکها فعل المشتري حتى يضاف التلف إليه، ويصير هو المتلف له. ولما كان الولد بمنزلة التلف على المالك كان ضمان قيمته مقتضياً لضمان التالف الحقيقي بالألوية.

(3) حتى يكون أجنبياً عن المدعى وهو ضمان اليد.

المشتري نماءها غير (1) قابل للملك، فهو كالتالف (2) لا كالمثلث (3)، فافهم (4) [1].

(1) حال ل «إحداث» يعني: أحدث المشتري باستيلادها نماء غير قابل للدخول في ملك مالك الجارية، وعدم دخول هذا النماء الخاص في ملكه يستند إلى حكم الشارع بحرّية الولد، لا إلى وطى المشتري لها.

(2) أي: التالف بالتلف السماوي، وهو مورد ضمان اليد.

(3) حتى يكون موردا لإتلاف مال الغير، فقاعدة الإتلاف أجنبية عنه.

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

أو إلى: أنّ الاستيلاء إشغال لها بالولد، فهو استيفاء لنمائها، فيكون الولد مضمونا بقاعدة الاستيفاء، لا باليد التي هي مورد البحث، هذا.

إلا أن يقال: إنّ الولد من منافع الجارية، وليس إشغالها بالمحلّ منفعة لها عرفاً، ولذا تضمّنت الرواية قيمة الولد لا قيمة الأشغال.

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، وهو جار في المقام و مورد الرواية.

لكن هذه الدعوى لا تخلو عن مجازفة.

[1] لا يخفى أنّه اختلفت أنظار الأعلام قدّس سرّهم في موجب الضمان في النصوص المتكفلة لضمان قيمة الولد، فاختار المصنّف أنّه التالف الحكمي، و وافقه المحقق النائيني قدّس سرّه ببيان آخر سيأتي التعرّض له، و رجّح السيد و المحقق الأصفهاني قدّس سرّهما أنّه إتلاف منفعة الرّحم، و احتمل المحقق الايرواني قدّس سرّه كلّاً من الاستيفاء و الإتلاف.

فلعلّ الأولى أن يكون الأمر بالفهم إشارة إلى: أنّ الوطي إذا كان مانعا عن صدق الإلتاف على حدوث الولد غير قابل للملك، فلا محالة يكون مانعا أيضا عن صدق الضمان باليد، ضرورة أنّ التلف تحت اليد إنّما يوجب الضمان باليد إذا كان التالف ملكا للمضمون له. و من المعلوم أنّ الولد ليس كذلك، لعدم كونه ملكا 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 الرّدّ يومي إلى عدم ضمان الرّدّ بالنسبة إلى المنافع.

فالمتحصل: أنّ الروايات الدالة على ضمان قيمة الولد لا تدلّ على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ضمان اليد.

أمّا المحقق النائيني فقد أفاد في تقريب استناد الضمان إلى التلف - لا إلى الإلتاف و الاستيفاء و التسيب - ما حاصله: «أنّ استيلاء الأمة ليس داخلا تحت العناوين المذكورة، لعدم استيفاء المشتري منفعة الأمة، فإنّ استيفاء المنافع إنّما هو من قبيل الركوب على الدابة و السكنى في الدار و أكل الثمرة و شرب لبن الشاة و وطى الجارية و نحوها، و ليس الولد منفعة لها، و لا ممّا كان المشتري سببا لإلتافها، إذ ليس الولد ملكا لمالك الأمة حتّى يكون المشتري سببا لإلتافه. و عدّ العرف إيّاه منفعتها لا اعتبار به، لعدم كون نظره متّبعًا في تشخيص المصاديق. نعم أوجد المشتري سبب فوت النماء على المالك، لأنّ وطيه - الذي استلزم الحمل - صار سببا لفوت المنفعة عليه، لكن لا ضمان على من منع المالك من التصرف حتى تلفت المنفعة. و عليه فضمن قيمة الولد لكونه حرّا إنّما هو من جهة تبعية المنافع التالفة للعين المغصوبة، فيدلّ الخبر على ضمان العين، لا للأولوية، بل لأنّ ضمان العين صار سببا لضمان التالف» (1).

أقول: ما أفاده قدّس سرّه مخالف لما استظهره المصنّف قدّس سرّه من وجهين: أحدهما: إنكار

كون الولد منفعة للجارية، و الآخر: إنكار الأولوية، و جعل ضمان قيمة الولد مسببا عن ضمان العين المغصوبة. و صرح في آخر كلامه بأن حكم الشارع بحرية الولد تلف حكمي ملحق بالتلف الحقيقي.

أما إنكار كون الولد نماء للأمة- لعدم تبعية نظر العرف المسامحي في مقام تعيين المصاديق- فغير ظاهر، لصدق المنفعة عليه حقيقة، خصوصا بملاحظة إطلاق الانتفاع على الولد في ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حكم الجارية المسروقة التي استولدها المشتري: «يرد إليه جاريته، و يعوّضه بما انتفع، قال: كان معناه قيمة الولد» (1) و الظاهر أنّ تفسير عوض المنفعة بقيمة الولد من زرارة، و المهم إطلاق المنفعة المستوفاة على الاستيلاء، إذ لم يذكر في هذه الرواية استيفاء منفعة أخرى من منافع الجارية. و هذا المقدار كاف في عدم العناية و المسامحة في إطلاق المنفعة على الولد.

لكن هذه الرواية ربّما تشكل الأمر على المصنّف قدّس سرّه أيضا، فإنّه و إن اعترف بكون الولد نماء للجارية، إلّا أنّه ادّعى عدم استيفاء المشتري له، مع أنّ ظاهر قوله عليه السلام:

«بما انتفع» بل صريحه كون الولد منفعة مستوفاة، هذا.

و أما إنكار الأولوية فغير ظاهر أيضا، لما سيأتي في بحث ضمان المنافع المستوفاة من تأمل بعضهم في صدق الأخذ عليها، و اختصاص حديث اليد بما يقبل الردّ إلى مالكة و هو العين. و حينئذ إذا حكم الشارع بضمان قيمة الولد الذي هو من قبيل منفعة الجارية كان ضمان نفسها ثابتا بالأولوية، مع اعترافه بتسبب ضمان المنفعة عن ضمان العين، لليد.

نعم يمكن أن يكون نظر المصنّف الى أنّ الانتفاع لا يختص بما يقوم بالمال حتى يصدق الانتفاع المالي على الولد، بل هو أعم من المال و الاعتبار العرفية كتحصيل الوجاهة بين الناس، و لا شكّ في أن الولد منفعة بهذا المعنى.

هذا مضافا إلى غموض قياس الاستيلاء بمنع المالك عن استيفاء منفعة ملكه، مع

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 591، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 2

ما في المقيس عليه من الاشكال، لما ذكرناه في ضمان حبس الحرّ الكسوب من أن تقويت المنافع مضمّن كاستيفائها. و الوجه في فساد القياس أنّ الوطي ليس سببا للحمل، وإنّما هو معدّله، فتسميته سببا كما ترى. هذا بعض ما يتعلق بكلام المحقق النائيني قدّس سرّه.

و أمّا كون الضمان للإتلاف فقد ذكرنا تقرّبه في التوضيح عن المحقق الايرواني قدّس سرّه «1»، و محصّله: إتلاف منافع الرّحم، و مثل له بضمنان من سقى أشجار الغير بماء مالح منع من إثمارها، لاستناد التلّف إلى فعله.

و قريب منه ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه، من «أن النطفة وإن كانت من الرّجل، إلّا أنّها كانت مكّملة بدم الامّ، و كانت تكوّنها حيوانا بالقوى المودعة في الرّحم، فكان صيرورتها حيوانا من قبل الأمّ، فقد أتلّفها الرّجل على الأب [على المالك] خصوصا إذا قيل بتكوّنه من نطفة المرأة، و كان اللقاح من الرّجل» «2».

لكن لا يخلو ما أفاده من الغموض، فإنّ الإتلاف يقتضي ضمان الدم التالف و قوى الرّحم، مع أن المضمون في النصوص قيمة الولد. و دعوى «كون قيمة الولد تقديرا لما أصاب من منافع رحمها و لبنها، فالمضمون حقيقة هي المنفعة التي أتلّفها المشتري بالاستيلاء» ممنوعة بأنّه لا شاهد لهذا الحمل، فيكون تخرّصا على الغيب.

بل يشهد بخلافه ما ورد في رواية أخرى لزرارة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السّلام:

رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولادا، ثم أتاها من يزعم أنّها له، و أقام على ذلك البيّنة. قال: يقبض ولده، و يدفع إليه الجارية، و يعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها» «3» للتصريح بضمنان خدمتها مضافا الى ضمان الولد. و عليه فالأقرب ما اختاره المصنّف من كون الضمان للتلّف الحكمي لا لسائر موجباته.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 93

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 75

(3) وسائل الشيعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 4

[د الدليل الرابع: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده»]

ثم إن هذه المسألة (1) من جزئيات القاعدة المعروفة (2) «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» (3). و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

و هذه القاعدة أصلاً و عكساً (4) وإن لم أجد لها بهذه العبارة في كلام

الدليل الرابع: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده»

(1) الظاهر أنّ غرضه قدّس سرّه من التعرّض لقاعدة «ما يضمن» هنا هو إقامة دليل رابع على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، لكونه من صغريات قاعدة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» المقتضية لاتحاد حكم العقد الصحيح و الفاسد في الضمان، و حيث إنّ البيع الصحيح يقتضي ضمان المشتري بالثمن، و البائع بالثمن، فكذا فاسده.

و الأمر كما أفاده قدّس سرّه لو تمّت هذه القاعدة في نفسها بأن كانت مجمعا عليها أو دلّ عليها قاعدة الإقدام كما سيأتي نقله عن المسالك. و أمّا إذا كان الدليل عليها قاعدة اليد كما يظهر من المسالك أيضا لم تكن قاعدة «ما يضمن» دليلاً مستقلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، إذ المدار حينئذ على ما يستفاد من نفس حديث «على اليد» و بناء على هذا يكون تعرّض المصنّف قدّس سرّه لهذه القاعدة هنا مماشاة للأصحاب، حيث يظهر من بعضهم إرسال القاعدة إرسال المسلّمات.

(2) قال الفقيه المامقاني قدّس سرّه: «وصف القاعدة في الرياض بالشهرة، و في كتاب الإجارة منها بكونها متّفقا عليها. و في شرح القواعد بالشهرة و بكونها مجمعا عليها، و كونها موافقة للقواعد الشرعية» (1).

(3) لا يخفى أنّ مورد الاستدلال هنا هو هذه الجملة لا عكسها، إذ المقصود مضمنيّة قبض المبيع بالعقد الفاسد كالمقبوض بصحيحه.

(4) التعبير بالعكس مسامحة، و أطلق المحقق الثاني قدّس سرّه العكس على أصل القاعدة، فقال في عدم ضمان المستأجر للعين - سواء أ كانت الإجارة صحيحة أم فاسدة-: «أمّا الصحيحة فظاهر، للقطع بأنّ ذلك من مقتضياتها. و أمّا الفاسدة

(1) غاية الآمال، ص 275

ص: 56

فلأنّ كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، وبالعكس» (1) فيكون مراده بالعكس هو أصل قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده».

وكيف كان فإطلاق العكس على «ما لا يضمن» مسامحة، لعدم انطباق شيء من العكس المستوي وعكس النقيض عليه. أما الأوّل فلأنّه تبديل طرفي القضية مع بقاء الكيف على حاله. وكلاهما مفقود في المقام، لعدم تبدل الموضوع والمحمول، ولعدم تغيير الكيف من الإيجاب إلى السلب، لقولهم: «لا يضمن بفساده».

وأما الثاني فلأنّ عكس النقيض هو تبديل نقيضي الطرفين مع الاختلاف في الكيف. ووجه عدم صدقه على قاعدة «ما لا يضمن» هو: أنّ الكيف وإن كان مختلفاً، إلا أن التبدل مفقود، فالصواب التعبير بالنقيض دون العكس. أو التعبير بما في الجواهر (2) من المفهوم تارة كما في بيعه، والسالبة أخرى كما في إجارته.

(1) قال في رهن التذكرة: «إذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان، لأنّه قبضه بحكم أنّه رهن. وكلّ عقد كان صحيحه غير مضمون ففساده أيضاً كذلك».

وكلّ عقد كان صحيحه مضموناً ففساده مثله. أمّا الأوّل فلأنّ الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاقد أولى باقتضائه. وأما الثاني فلأنّ من أثبت اليد عليه أثبتته عن إذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضماناً، ولا يكاد يوجد التسليم والتسلّم إلا من معتقدي الصحة» (3).

ولا يخفى وقوع السهو في العبارة- ولعلّه من الناسخ- فإنّ المناسب تبديل «أما الأوّل» ب «أما الثاني» لأن الأوّل في استدلاله هو قوله: «وكلّ عقد كان صحيحه غير مضمون ففساده أيضاً كذلك». وكذا ينبغي تبديل قوله «وأما الثاني» ب «وأما الأوّل». والأمر سهل.

(1) جامع المقاصد، ج 7، ص 258

(2) جواهر الكلام، ج 22، ص 259 وج 27، ص 252

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 32، ولاحظ كلامه في كتاب الإجارة، ج 2، ص 318

إلا (1) أنها تظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في المبسوط، فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة «بأنه دخل على أن يكون المال مضمونا عليه» (2).

وقد تعرّض قدّس سرّه أيضا لذكر القاعدتين في إجارة التذكرة.

هذا كلّ في ورود القاعدة في كلام العلامة.

وأما ورودها في كلمات من تأخّر عنه كالشهيد والمحقق الثانيين والمحقق الأردبيلي وغيرهم قدّس سرّهم فكثير، وسيأتي نقل بعض عبارهم في المتن.

(1) غرضه من هذا الاستدراك أنّ قاعدة «ما يضمن» أصلا وعكسا وإن لم ترد بهذه الألفاظ في كلام من تقدّم على العلامة، لكنّها تظهر من كلمات شيخ الطائفة قدّس سرّه، وعلى هذا تكون القاعدة جارية على السنة القديما أيضا، وليست متداولة بين المتأخرين خاصّة. أمّا أصل القاعدة فتستفاد من مواضع من غصب المبسوط. وأمّا عكسها فيستفاد من كتاب الرهن.

(2) كقوله في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد: «فإن كان المبيع قائما ردّه، وإن كان تالفًا ردّ بدله، إن كان له مثل، وإلا قيمته. لأنّ البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمّى في مقابلة ملكه، فإذا لم يسلم له المسمّى اقتضى الرجوع إلى عين ماله. فإذا هلكت كان له بدلها. وكذلك العقد الفاسد في النكاح يضمن المهر مع الدخول، وكذلك الإجارة الفاسدة. الباب واحد» (1).

وقال في موضع آخر: «وهكذا كلّ ما كان قبضا مضمونا، مثل أن يأخذه على سبيل السّوم، أو على أنّه بيع صحيح، أو كان ثوبا فأخذه على أنّه عارية مضمونة، فكلّ هذا يستقرّ عليه، لأنّه دخل على أنه مضمون عليه، فلم يكن مغرورا فيه» (2).

وقال أيضا: «لأنّه - أي المشتري - دخل على أنّ العين عليه مضمونة بالبدل» (3).

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 65

(2) المصدر، ص 89

(3) المصدر، ص 85

و حاصله (1) [1]: أن قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعي أو جعلي موجب للضمان. و هذا المعنى (2) يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها (3).

(1) يعني: و حاصل تعليل الضمان في جملة من العقود الفاسدة- بالدخول على الضمان- هو: أن وضع اليد على مال الغير موجب للضمان إذا كان مقترنا بالبناء على التعهد ببدله الواقعي، كما في المقبوض بالسوم، أو ببدله الجعلي المسمّى كما في العقود المعاوضية الصحيحة. و هذا الاقدام يمكن أن يكون دليلا على ما ذكره العلامة و المتأخرون عنه من قولهم: «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» الظاهر في جعل الملازمة في مضمّنية العقد المعاوضي بين صحيحه و فاسده. و على هذا فقاعدة «ما يضمن» و إن لم يصرح بها في كلام من تقدّم على العلامة قدّس سرّه، إلا أنها مذكورة في المبسوط تلويحا.

(2) أي: الدخول على الضمان و الاقدام عليه، و مقصود المصنّف قدّس سرّه استظهار جريان قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» في جميع العقود التي توجب صحيحها ضمّانا. و الوجه في التعميم- مع كون كلام الشيخ قدّس سرّه مختصا ببعضها كالبيع و الإجارة- هو جريان الاقدام على الضمان في كل عقد مبني على تعهد الآخذ حتى في العارية المشروط فيها الضمان أو عارية الذهب و الفضة، فإنّها و إن لم تكن معاوضة، إلا أن الاستيلاء على العين مبني على الضمان، هذا.

(3) كالصالح المتضمن للمعاوضة، و كالهبة المشروط فيها العوض، بناء على عدم اختصاص اقتضاء الضمان بنفس العقد، و شموله للاقتضاء العرضي، على ما سيأتي في المتن.

[1] ظاهر هذا التعليل كون سبب الضمان الاقدام، لكن ظاهر قولهم: «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هو سببية نفس العقد كالإتلاف للضمان، فاستظهار قاعدة «ما يضمن» من هذا التعليل الذي ذكره الشيخ قدّس سرّه في المبسوط محل نظر.

وذكر (1) أيضا في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد «أنّ صحيحه لا يوجب الضمان، فكيف بفاسده؟»

(1) غرضه استظهار قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» من كلام شيخ الطائفة في رهن المبسوط، فيما إذا فسد الرهن لاشتماله على شرط فاسد، قال قدّس سرّه:

«إذا رهن رجل عند غيره شيئا بدين إلى شهر، على أنّه إن لم يقبض إلى محلّه كان بيعا منه بالدين الذي عليه، لم يصحّ الرهن، و لا البيع إجماعا، لأنّ الرهن موقتّ و البيع متعلّق بزمان مستقبل. فإن هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضمونا عليه، لأنّ صحيح الرهن غير مضمون فكيف فاسده؟ و بعد الأجل فهو مضمون عليه، لأنّه في يده بيع فاسد، و البيع الصحيح و الفاسد مضمون عليه إجماعا» (1).

و الشاهد في قوله: «لأنّ صحيح الرهن غير مضمون فكيف فاسده» إذ استفاد منه الملازمة في عدم الضمان بين الرهن الصحيح و الفاسد. و حيث إنّ لا خصوصية في عقد الرهن أمكن استظهار القاعدة الكلية، يعني: أنّ كل عقد صحيح لا يقتضي الضمان ففاسده مثله.

و قد تحصّل إلى هنا استظهار أصل القاعدة و عكسها من كلام شيخ الطائفة، و إن كان تعبيره مغايرا لتعبير العلامة و من تأخّر عنه.

ثم إنّ قد يورد على الشيخ قدّس سرّه بأنّ الإقدام بنفسه ليس علّة للضمان، فلا يصحّ تعليل الضمان به. لكنّه يندفع بأنّ الاستدلال به ليس لأجل عليّته له، بل للتنبية على أنّه ليس بمانع عن تأثير المقتضي - و هو القبض - كما هو مورد كلامه في جميع الموارد التي استدلّ فيها على ثبوت الضمان مع فساد العقد، فتعليل الضمان بالإقدام عليه من قبيل تعليل الشيء بعدم المانع عن تأثير مقتضية.

و الحاصل: أنّ في تعليل الشيخ دلالة على الملازمة بين الضمان و الإقدام وجودا و عدما.

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 204

ص: 60

و هذا (1) يدلّ على العكس المذكور.

و لم أجد (2) من تأمّل فيها عدا الشهيد (3) في المسالك فيما لو فسد عقد السبق، فهل يستحق السابق أجره المثل، أم لا (4)؟

(1) يعني: قول الشيخ: «إنّ صحيحه لا يوجب الضمان فكيف فاسده» يدلّ على العكس المذكور.

(2) مقصوده من هذه الجملة: أنّ ظاهرهم الاتفاق على الأصل و العكس المذكورين، إلّا أنّ المخالف هو الشهيد الثاني قدّس سرّه حيث تأمّل في أصل القاعدة أي:

«ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» في كتاب السبق و الرماية، و هذا التأمّل قادح في دعوى الإجماع على الأصل المذكور.

(3) 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 صحتهما غير ظاهر، و الأصل يقتضي العدم» (1).

(4) توضيحه: أن المحقق قدّس سرّه فصل - في ما لو تبين بعد المسابقة فساد العقد - بين كون منشأ الفساد اختلال شرط ممّا يتوقف عليه صحة العقد كتعيين مبدأ المسافة و منتهاها، و تعيين ما يسبق عليه، و تساوي ما به السباق، و غير ذلك، و بين كونه مغضوبية العوض و عدم مملوكيته لمن عليه بذله، فإنّ العقد يقع صحيحا و يتوقف على إجازة المالك، و لو لم يجز و جب على البازل مثله أو قيمته.

و أمّا إن كان الفساد من الجهة الأولى فقد نقل الشهيد الثاني قولين في المسألة:

أحدهما: أنّه لا شيء للسابق، و هو اختيار الشيخ و المحقق «و وجهه: أنّه لم يعمل له شيئاً، و لا قوت عليه عمله، و لا عاد نفع ما فعله إليه، و إنّما فائدة عمله راجعة إليه. بخلاف ما إذا عمل في الإجارة و الجعالة الفاسدتين، فإنّه يرجع إلى أجره مثل عمله، لأنّ فائدة العمل للمستأجر و الجاعل».

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 192

ص: 61

و كيف كان (1) فالمهمّ بيان معنى القاعدة أصلا و عكسا، ثم بيان المدرك فيها، فنقول و من الله الاستعانة:

و القول الآخر للعلامة و جماعة من المتأخرين، و هو وجوب أجره المثل، قال قدّس سرّه: «لأنه عقد استحق المسمّى في صحيحه، فإذا وجد المفقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل. و لا نسلم أنّ وجه وجوب اجرة المثل في العقدين و نظائرهما رجوع عمل العامل إلى من يجب عليه العوض، لأنّ العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك، و مع ذلك يكون مضمونا».

ثم ناقش الشهيد الثاني في استدلال العلامة مفضّلا إلى أن قال: «و قاعدة: أنّ كل ما كان صحيحه موجبا للمسمّى 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 شيء فالأصل يخالف مدّعي القاعدة» (1).

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 اختلاف 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 العارية أن تكون عندنا غير مضمونة .. و أمّا مع فساده فلا أنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه، كما أسلفناه في مواضع قاعدة كليّة» (2).

(1) أي: سواء وجدت هذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة أم لا؟ و سواء تمّ تأمل الشهيد الثاني في عمومها أم لا؟ فالمهمّ .. إلخ. و هذا شروع في تحقيق أصل القاعدة الذي عدّ دليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، و الكلام يقع في مقامين، أحدهما في ما يتعلق بالأصل، و الثاني في ما يتعلق بالعكس.

(1) مسالك الأفهام، ج 6، ص 109 و 110

(2) مسالك الافهام، ج 5، ص 139

إنّ المراد بالعقد (1) أعمّ من الجائز و اللّازم، بل ممّا كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب اليه.

و الكلام في المقام الأوّل يقع في جهات:

الجهة الأولى: في معاني ألفاظ القاعدة، وهي متضمنة لأبحاث:

الأوّل: في شمول العقد للعقد الجائز و عدم اختصاصه بالعقد اللّازم.

الثاني: في معنى الضمان.

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

الرابع: في أنّ اقتضاء العقد الصحيح للضمان هل يختص بذات العقد أم يعمّ الاقتضاء العرضي الناشئ من الشرط في ضمن العقد؟

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

الجهة الثانية: في مدرك القاعدة و مستندها.

الجهة الثالثة: في أنّ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد هل يختص بحال جهل الدافع بالفساد أم يعمّ صورة علمه به أيضا؟ و سيأتي الكلام في

هذه المباحث بترتيب المتن إن شاء الله تعالى.

المبحث الأول: المراد بالعقد ما يشتمل على المعاوضة

(1) هذا شروع في البحث الأوّل من الجهة الأولى، و محصل ما أفاده: أنّ المراد بالعقد في قولهم: «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن

بفاسده» كلّ ما يشتمل على المعاوضة، سواء أ كان عقدا لازما كالبيع و الصلح، أم جائزا كالجعالة بناء على كونها عقدا لا إيقاعا، و كالهبة

المشروطة بالعوض. و الوجه في الشمول وجود ملاك الضمان في كلّ من العقد اللّازم و الجائز.

بل يندرج في القاعدة بعض العناوين الاعتبارية مما يحتمل كونه إيقاعا أو كان أقرب إلى الإيقاع، و ذلك كالجعالة و الطلاق الخلعي، فإنّه و

إن ذهب جمع الى كونهما

من العقود، إلا أنّ القائل بكونهما من الإيقاعات موجود أيضا.

أمّا الجعالة فهي عند جمع كابن إدريس والعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم قدس سرهم عقد جائز. قال العلامة: «الجعالة عقد جائز من الطرفين إجماعا، لكلّ منهما فسخها قبل التلبس بالعمل، وبعده قبل تمامه، لأنّ الجعالة تشبه الوصية من حيث إنّها تعليق بشرط، والرجوع عن الوصية جائز، وكذا ما يشبهها. وأمّا بعد تمام العمل فلا معنى للفسخ، ولا أجر، لأنّ الجعل قد لزم بالعمل» (1) هذا.

ولكن استظهر صاحب الجواهر - تبعا للشهيد الثاني - من عبارة الشرائع كونها إيقاعا، قال المحقق: «أمّا الإيجاب فهو أن يقول: من ردّ عبيدي أو ضالّتي أو فعل كذا فله كذا، ولا يفتقر إلى قبول .. ويصح على كل عمل مقصود محلّل، ويجوز أن يكون العمل مجهولا، لأنّه عقد جائز كالمضاربة» (2).

قال الشهيد الثاني قدس سره في شرحه: «قد اختلف كلام الأصحاب وغيرهم في الجعالة هل هي من قسم العقود أو الإيقاعات؟ والمصنف جعلها من الإيقاع وضعا وحكما، حيث صرح بعدم افتقارها إلى القبول، وهو المطابق لتعريفهم لها، حيث جعلوها التزام عوض على عمل. ويؤيده عدم اشتراط تعيين العامل، وإذا لم يكن معينا لا يتصور للعقد قبول، وعلى تقدير قبول بعض لا ينحصر فيه إجماعا. و منهم من جعلها من العقود، وجعل القبول الفعلي كافيا فيها كالوكالة، والمنفي هو القبول اللفظي. وهو ظاهر كلام المصنف فيما سيأتي حيث جعله عقدا جائزا. والظاهر أنّه تجوّز في ذلك، إذ لو كان عقدا عنده حقيقة لذكره في قسم العقود لا في قسم الإيقاعات .. إلخ» (3).

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 288

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 163

(3) مسالك الأفهام، ج 11، ص 149 و 150

و اختار صاحب الجواهر كونها إيقاعا بقوله: «و لعلّه الأصح، لما تسمعه من صحة عمل المميّز بدون إذن وليّه بعد وضعها- بل قيل في غير المميّز و المجنون و جهان- و من المعلوم عدم صحة ذلك مع فرض اعتبار القبول فيها و لو فعلا، لسلب قابلية الصبي و المجنون قولاً و فعلاً عن ذلك، و لذا لا يجوز معه عقد من العقود الجائزة .. إلخ» (1).

و كأنّ هذه الوجوه أوجبت تردّد المصنّف في كون الجعالة عقدا جائزا، و احتمال كونها إيقاعا، و لذا قال: «مما كانت فيه شائبة الإيقاع».

و تظهر الثمرة بين كونها عقدا و إيقاعا في ما إذا صدر العمل من العامل خاليا عن قصد العوض و التبرّع مطلقا، سواء أطلع على الإيجاب أم لا، فإنّه يستحق مال الجعالة على الإيقاعية دون العقدية، هذا.

و أمّا الطلاق الخلعي ففيه أيضا احتمالان بل قولان، أحدهما كونه عقدا، و الآخر كونه إيقاعا.

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 مدّعيًا مخالفته لمذهب جميع الأصحاب، و وافقه الفاضل الأصفهاني قدّس سرّه.

و لا- بأس بنقل جملة من عبارة المسالك، فقال: «و أمّا بذله من المتبرّع عنها، بأن يقول للزوج: طلق امرأتك بمائه من مالي، بحيث يكون عوضا للخلع، ففي صحته قولان، أظهرهما بين الأصحاب- و هو الذي اختاره 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 المعوّض، كالبيع، لو قال:

بعتك كذا بمائة في ذمة فلان» إلى أن قال: «وقول بالصحة لا يعلم قائله من الأصحاب، لكنّه مذهب جميع من خالفنا من الفقهاء إلا من شدّ منهم.

و مبنى القولين على أن الخلع فداء أو معاوضة، أو على أنّه طلاق أو فسخ.

فعلى الأولين يصح من الأجنبي، لجواز الافتداء منه، وبذل مال له ليطلقها، كما يصحّ التزام المال ليعتق عبده. وقد يتعلّق به غرض بأن كان ظالما بالإمساك، وتعذر إزالة يده بالحجة، أو كان يسيء العشرة و يمنع الحقوق، فأراد المختلّع تخليصها.

وعلى تقدير كونه طلاقا فالطلاق يستقل به الزوج، فجاز أن يسأله الأجنبي على مال، كما إذا قال: ألق متاعك في البحر وعلّي كذا» إلى أن قال: «و يرحّح جانب الفداء: الآية الدالة عليه، إلا أنّ مفهوم خطابها اختصاصها بها، لكن مفهوم الخطاب ليس بحجة» (1).

وهذه الجملة الأخيرة تشهد بنفي كون الطلاق الخلعي عقدا، وأنّه إيقاع، ويتفرع عليه جواز تبرّع الأجنبي ببذل الفداء، فراجع تمام كلامه.

واقصر قدّس سرّه في شرح اللمعة على بيان وجهي المنع والصحة، وإن أمكن استفادة ترجيح كون الخلع إيقاعا «لأنه افتداء، وهو جائز من الأجنبي».

ونحوه كلام الفاضل الأصفهاني قدّس سرّه (2).

والحاصل: أنّ بذل الفداء في الخلع لا يوجب صيرورته عقدا مؤلّفا من بذل الزوجة و طلاق الزوج، بل الغرض من البذل إحداث الداعي في نفس الزوج على الطلاق. نظير ما لو التزم رجل لرجل آخر مالا ليعتق عبده أو يطلق زوجته طلاقا رجعيا أو بائنا، بأن يقول له: «أعتق عبدك أو طلق زوجتك وعلّي ألف دينار» فإنّ الألف ليس عوضا، وإنّما يقصد به حصول الرغبة لمن بيده الأمر فيما يراد منه من العتق و الطلاق.

(1) مسالك الأفهام، ج 9، ص 392 و 393

(2) كشف اللثام، ج 1، (القسم الثاني) كتاب الطلاق، ص 151

[المبحث الثاني: المراد بالضمان في العقد الصحيح و الفاسد]

و المراد (1) بالضمان في الجملتين هو كون درك المضمون

المبحث الثاني: المراد بالضمان في العقد الصحيح و الفاسد

(1) هذا هو المبحث الثاني من مباحث الجهة الاولى، و هو بيان معنى الضمان بحيث يكون جامعا للعقد الصحيح و الفاسد، بأن يراد من الضمان في جملتي «ما يضمن بصحيحه» و «يضمن بفاسده» معنى واحد. و قد فسره المصنّف قدّس سرّه بوجهين:

أحدهما: ما اختاره من أن الضمان كون درك المضمون عليه.

و الثاني: ما نقله عن بعض من أنّه «كون تلفه عليه بحيث يتلف مملوكا له».

و توضيح المعنى الأول هو: أنّ 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: أنّ خسارة تلف المال تكون على عهدة الضامن، سواء أ كانت الخسارة بدفع البديل المسمّى كما في العقد الصحيح، أم بدفع البديل الواقعي كما في غيره.

مثلا إذا باع زيد كتابه من عمرو ودينار، فالكتاب هو المال الأصلي المملوك لزيد قبل العقد، و الدينار ماله الفعلي الذي حصله ببيع كتابه. و بالعكس بالنسبة إلى المشتري، فالدينار ماله الأصلي و الكتاب ماله الفعلي. فإن كان العقد صحيحا اقتضى ضمان كل من الطرفين لمال صاحبه بالضمان المعاوضي، يعني أنّ البائع يتعهد بالكتاب قبل تسليمه للمشتري بحيث لو تلف بيده التزم بخسارته و دركه من ماله، لا من مال المشتري. و كذا يتعهد المشتري بالدينار بحيث لو تلف بيده كانت خسارته عليه لا على البائع.

عليه (1)، بمعنى (2) كون خسارته و دركه (3) في ماله الأصلي (4)، فإذا (5) تلف (6)

وإن كان العقد معاوضي فاسدا و ترتب عليه القبض - فصار الكتاب بيد المشتري، و الدينار بيد البائع - كان المشتري ضامنا للكتاب بحيث لو تلف بيده كانت خسارته عليه لا على البائع، و لو تلف الدينار كان على عهدة البائع لا المشتري.

و الدليل على ضمان كلّ 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 جامعا بين موارد الضمان فسيأتي.

(1) خبر «كون» و الضمير راجع إلى «الضامن» المستفاد من كلمة «الضمان».

ثم إن تفسير الضمان بهذا الوجه لعلّه لمراعاة قرينة السياق المقتضية لوحدة الضمان في العقد الصحيح و الفاسد، لصدق «تدارك المضمون على الضامن» سواء أ كان 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.

(2) هذا تفسير لقوله: «كون درك المضمون عليه» و قد عرفته.

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

(4) قد عرفت المراد بما هو مال أصلي للضامن، في قبال ماله الفعلي الذي حلّ محلّ المال الأصلي بالمعاوضة.

(5) لا يخفى أنّ الضمان المعاوضي يحصل بنفس العقد، و لا يتقيّد هذا الضمان بتلف أحد العوضين أو كليهما، فذكر «التلف» إنّما هو لبيان موضوع الخسارة الواردة في المال الأصلي، إذ لو لا التلف لم ترد خسارة على المتبايعين، لوضوح أنّ 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.

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

وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه.

وأما مجرد كون تلفه في ملكه (1)

(1) أي: في ملك الضامن، وهذا إشارة إلى معنى آخر للضمان نسبة الفقيه المامقاني قدس سره إلى العالم الجليل الشيخ علي في حواشي الروضة، قال فيما حكاه عنه:

«معنى قولهم في القاعدة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده: كل عقد يضمن المال أو الشيء فيه بسبب كونه صحيحا يضمن بسبب كونه فاسدا، بمعنى: أن صحة العقد إن كانت سببا للضمان كان الفساد كذلك. فالبيع الصحيح مثلا سبب في كون المبيع إذا تلف كان من مال المشتري فكذا البيع الفاسد. وما لا يضمن بصحيحه كالعارية و مال المضاربة و الوديعة و نحو ذلك، فإن صحيح مثله لا يوجب الضمان، فكذا فاسده» (1).

وقد ينسب هذا التفسير إلى صاحب الرياض قدس سره في مسألة تقدير الثمن (2)، لكن في النسبة تأمل، فراجع الرياض. و نسبه المحقق النائيني إلى العلامة فيما احتمله في الأواني المكسورة و إلى صاحب المقابس (3). لكنه لا يخلو من تأمل أيضا، فإنه نقل عن المحقق التستري دخول المضمون- في مطلق موارد الضمان- في ملك الضامن أنا ما قبل التلف حتى يقع التلف في ملكه، وهذا أجنبي عما يكون المصنف بصدده من تحديد معنى «الضمان» الوارد في قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده».

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

(1) غاية الآمال، ص 277، لكن لم أعثر على هذه العبارة في هامش النسخة المطبوعة من الروضة، و هي طبعة عبد الرحيم، فراجع، ج 1 ص 323

(2) حاشية السيد الاشكوري على المكاسب، ص 41

(3) منية الطالب، ج 1، ص 118؛ المكاسب و البيع، ج 1، ص 303

ص: 69

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 أنا ما، ويكون دفع البدل خسارة واردة عليه بسبب التلف عنده.

و الوجه في العدول عن تفسير الضمان بما أفاده المصنّف - من «تدارك المضمون ببذله»- إلى تقييد المضمون بكونه مملوكاً للضامن هو: أنّ الضمان - بمعنى تدارك المضمون - مخصوص بالعقد الفاسد، إذ المقبوض به لو تلف بيد المشتري كانت خسارته عليه، ووجب عليه دفع بدله إلى البائع. وأمّا في العقد الصحيح فلا يتصور معنى للضمان - بمعنى تدارك مال الغير - وذلك لأنّ المبيع إذا تلف عند المشتري لم يلزمه شيء أصلاً، لأنّ المال تلف من ملكه، لا من ملك البائع حتّى يجب على المشتري تداركه، وحينئذ لم يتضح المراد من كلمة «الضمان» الواردة في قولهم:

«ما يضمن بصحيحه».

ولذا عدل هذا القائل إلى تعريف الضمان بنحو ينطبق على مورد العقد الصحيح أيضاً، وقال: «إنّ الخسارة الواردة على الشخص حال كونها مملوكة له» فإنّ هذا المعنى ينطبق على المأخوذ بالعقد الصحيح، كما تقدم آنفاً في مثال الكتاب المقبوض بالبيع الصحيح إذا تلف بيد المشتري، إذ يصدق عليه أنّ المشتري ضامن بهذا العقد، ووجه ضمانه هو وقوع التلف في ملكه.

و اعترض المصنّف قدس سرّه على هذا التفسير بأنّه أجنبيّ عن معنى الضمان لغة و عرفاً، إذ لا يصدق على «تلف المال المملوك لشخص» أنّه 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 مملوكا له (1) - كما يتوهم - فليس (2) هذا معنى للضمان أصلا فلا يقال (3): إن الإنسان ضامن لأمواله.

ثم (4) تداركه من ماله

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

(1) أي: مملوكا للضامن، يعني: أن الجامع بين ضمان المال في العقد الصحيح و الفاسد هو وقوع التلف في ملك الضامن.

(2) هذا جواب قوله: «و أمّا» و ردّ تفسير الضمان المنقول عن بعضهم.

(3) هذا متفرع على قوله: «فليس» و الوجه في فساد تعريف الضمان بأنه «يتلف مملوكا له» هو: أنه لو كان هذا المعنى صحيحا لزم صدق ضمان الشخص لأموال نفسه التي قد تتلف منه، مع أنه لا يصحّ الصدق المذكور، و يستكشف من عدم صدقه بطلان التعريف المذكور.

(4) بعد أن اختار المصنّف قدّس سرّه تعريف الضمان بأنه «كون درك المال المضمون على عهدة الضامن» أراد إثبات جامعية هذا التعريف، و عدم كون الضمان مشتركا لفظيا، و عدم لزوم التفكيك في معنى الضمان بين جملة «ما يضمن بصحيحه» و «ما يضمن بفاسده».

و توضيحه: أنه قد يتوهم اختلاف معنى الضمان في الجملتين، لأنّه في العقد

تارة يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى (1) هو و المالك على كونه عوضاً، و أمضاه الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح.
و أخرى بأداء عوضه

الصحيح يكون بالبدل الجعلي المسمّى في العقد كبديلية الدينار عن الكتاب. و لكن 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 قدس سرّه بأنّ للضمان في جميع موارد مفهومها وحدانياً، و هو التدارك بمال الضامن، إلا أنّ الاختلاف يكون فيما يتدارك به، إذ هو تارة بدل واقعي، و أخرى بدل جعليّ، و ثالثة أقلّ الأمرين من البدل الواقعي و الجعلي كما سيأتي بيانه في الهبة المعوّضة التالفة قبل دفع العوض، فللمتّهب الاقتصار في تدارك العين الموهوبة على أقلّ البدلين قيمة، فإن كان العوض المشترط أقلّ اكتفى به، و إن كانت القيمة الواقعية أقلهما اكتفى به.

و الحاصل: أنّ الضمان في جميع موارد بمعنى «تدارك المال المضمون و تحمّل خسارته» و يراد به عند الإطلاق 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- بدلا عن الكتاب.

(1) كتراضي مالك الكتاب و مالك الدينار على كون كلّ منهما عوضاً عن الآخر. و كتراضي مالك الدار و المستأجر على كون عشرة دنانير عوضاً عن منفعتها مدة شهر مثلاً. و هذا التراضي إنّما يترتب عليه الأثر بعد إمضاء الشارع لهذين العقدين و حكمه بصحتهما.

الواقعي - وهو المثل أو القيمة- وإن لم يتراضيا عليه (1). و ثلاثة بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي، كما ذكره بعضهم (2) في بعض المقامات، مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

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

(2) كالشاهد الثاني، حيث قال: «و حاصل الأمر: أنّ العين الموهوبة المشروط فيها الثواب لو تلفت في يد المتهب أو عابت قبل دفع العوض المشروط و قبل الرجوع، سواء أ كان ذلك بفعله كلبس الثوب، أم لا، فهل يضمن المتهب الأرش أو الأصل أم لا؟ قولان: أحدهما عدم الضمان، و هو الذي اختاره المصنف، ثم تردّد فيه.

و جزم به العلامة في التذكرة و ولده في الشرح .. و الثاني: الضمان، جزم به ابن الجنيّد من المتقدمين و بعض المتأخرين، لعموم على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي، و لأنّه لم يقبضها مجاناً بل ليؤدّي عوضها فلم يفعل، و لأنّ الواجب أحد الأمرين، ردّها أو دفع العوض، فإذا تعدّر الأول و جب الثاني. و هذا هو الوجه.

إذا تقرّر ذلك و قلنا بالضمان مع التلف، فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته أو أقلّ الأمرين من ذلك و من العوض؟ و جهان أجودهما الثاني، لما عرفت من أنّ المتهب مخيّر بين الأمرين، و المحقّق لزومه هو الأقل، لأنّه إن كان العوض الأقلّ فقد رضي به الواهب في مقابلة العين. و إن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتهب لا يتعين عليه العوض، بل يتخيّر بينه و بين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها. و هذا هو الأقوى. و وجه اعتبار 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» (1).

(1) مسالك الأفهام، ج 6، ص 63 الى 65

ص: 73

فإذا ثبت هذا (1) فالمراد بالضمان بقول مطلق (2) هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأنّ هذا (3) هو التدارك حقيقة، ولذا (4) لو اشترط ضمان العارية

(1) يعني: فإذا ثبت أنّ معنى الضمان هو كون تدارك المضمون على عهدة الضامن وأنّ التدارك إمّا بالعوض المسمّى وإمّا بالواقعي وإمّا بأقلّ الأمرين، فالمراد .. إلخ.

وغيره قدّس سرّه أنّ الضمان وإن كان هو التدارك بأحد الأنحاء الثلاثة، إلّا أنه عند الإطلاق وعدم تقييده بالعوض الواقعي أو الجعلي أو أقلّ الأمرين يحمل على التدارك الحقيقي الذي هو جبر الخسارة بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة.

وأما أداء البدل المسمّى أو أقلّ الأمرين فيحتاج إلى دليل على جوازه، مثل ما دلّ على صحة عقد البيع والإجارة، المقتضي لضمان كلّ منهما بالضمان المعاوضي، لا الواقعي، فلو ثبت الضمان في مورد ولم يقترن معه ما يقيده بالبدل الجعلي تعيّن تداركه بالعوض الواقعي. لما عرفت من أنّ جبران خسارة مال الغير لا يكون إلّا بأداء عوضه الحقيقي، ولأجله يحمل «الضمان» الوارد في أدلّة ضمان المغصوب مثل «الغاصب ضامن» وغير المغصوب مثل «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» على التعهّد بالبدل الواقعي، لا غير.

و لا يخفى أن قوله قدّس سرّه: «فالمراد بالضمان .. إلخ» تمهيد لردّ ما احتمله بعضهم من حمل الضمان في العقود الفاسدة على العوض الجعلي لا الواقعي، وسيأتي بيانه.

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

(3) أي: لأنّ التدارك بالعوض الواقعيّ هو التدارك الحقيقي، وغيره منوط بقريضة تدلّ عليه.

(4) يعني: ولأجل كون الضمان بقول مطلق هو لزوم التدارك بعوضه الواقعي لزم غرامة مثلها أو قيمتها.

لزم غرامة مثلها أو قيمتها (1). ولم يرد (2) في أخبار ضمان المضمونات- من المغصوبات (3) و غيرها (4)- عدا لفظ الضمان بقول مطلق (5).

(1) فإن كانت العين المعارة مثلية كان ضمانها بمثلها، وإن كانت قيمة فقيمتها.

(2) غرضه قدس سره أنه لم يفسر لفظ الضمان- في أخبار المضمونات- بشيء من الواقعي و الجعلي و غيرهما، بل الوارد فيها لفظ «الضمان» فينصرف إلى المعهود منه، وهو الواقعي من المثل أو القيمة.

(3) مثل ما في مرسل حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السلام: «لأن الغصب كله مردود» (1).

(4) مثل ما ورد في ضمان المستودع مع التفريط في الحفظ من قوله عليه السلام:

«هو ضامن لها إن شاء..» (2).

و ما ورد في عدم ضمان المستعير من قوله عليه السلام: «ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن» (3).

و ما روي في ضمان عارية النقدين، و العارية المشروط فيها الضمان من قوله عليه السلام: «لا تضمن العارية إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان» (4) الحديث. و قوله عليه السلام في ضمان المستعير: «إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن» (5).

و غيرها من الأخبار الواردة في ضمان الصّناع، و المستأجر المفترط في العين المستأجرة، فإنّ الضمان فيها ينصرف إلى التدارك بالبدل الواقعي، لا غير.

(5) يعني: غير مقيد بالبدل الواقعي و لا المسمّى.

(1) وسائل الشريعة، ج 17، ص 309، الباب 1 من أبواب الغصب، الحديث 3

(2) المصدر، ج 13، ص 229، الباب 5 من أبواب الوديعة، الحديث 1

(3) المصدر، ج 13، ص 237، الباب 1 من أبواب العارية، الحديث 6

(4) المصدر، ج 13، ص 239، الباب 3، الحديث 1

(5) المصدر، ج 13، ص 240، الباب 4، الحديث 1

و أما (1) تداركه بغيره فلا- بدّ من ثبوته من طريق آخر، مثل توأطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع. فاحتمال (2) «أن يكون المراد بالضمان في قولهم: - يضمن بفاسده- هو وجوب أداء العوض المسمّى، نظير الضمان في العقد الصحيح»

(1) أي: و أمّا تدارك المضمون بغير البدل الحقيقي من المثل أو القيمة فلا يستفاد من نفس دليل الضمان، بل لا بدّ من دليل آخر عليه، و هو مؤلّف من أمرين:

أحدهما: توافق المتعاقدين على أن يضمن كلّ منهما مال الآخر بالعوض المعيّن في المعاملة.

ثانيهما: إمضاء الشارع هذا التراضي حتى يترتب عليه الأثر، كما مضى البيع بآية حلّ البيع، و إمضاء الإجارة و الصلح المعاوضي بأدلة صحّتهما، و هكذا سائر الموارد.

فإن كان العقد صحيحا كانت صحّته قرينة على إرادة الضمان بالبدل الجعلي، و إن كان فاسدا تعيّن حمل الضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» على التدارك بالبدل الواقعي.

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

و المحتمل - كما أفاده الفقيه المامقاني قدّس سرّه - هو الشيخ الفقيه كاشف الغطاء قدّس سرّه 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 التقييد غير مفهوم منها» «1».

و هو قدّس سرّه و إن احتمل الضمان بالمسمّى، إلّا أنّه رجّح الضمان بالبدل الواقعي.

و على هذا فلا بدّ أن يكون غرض المصنف من الاشكال عليه هو: أنّ أصل إبداء احتمال الضمان بالبدل المسمّى في العقد المعاوضي الفاسد ممّا لا ينبغي صدوره من فقيه خصوصا مثل كاشف الغطاء قدّس سرّه.

(1) غاية الآمال، ص 279

ص: 76

ضعيف (1) في الغاية، لا لأنّ (2) ضمانه بالمسمّى يخرجّه عن فرض الفساد، إذ (3)

(1) خبر قوله: «فاحتمال» ودفع له، وقد ذكر في دفع الاحتمال وجهان:

أحدهما: ما تكرّر في كلام المصنّف من أنّ الضمان بقول مطلق يحمل على التدارك بالبدل الحقيقي.

و ثانيهما: ما أفاده بعضهم وهو لزوم الخلف، توضيحه: أنّ الضمان في العقد الفاسد بمقدار ما أقدم عليه - أي المسمّى - يوجب خروج العقد الفاسد عن فرض الفساد ويجعله صحيحاً، إذ الضمان بالمسمّى يتوقّف على توافق المتعاضين وإمضاء الشارع له، وحيث إنّ المفروض فساد العقد لم يكن توافقه ماضياً شرعاً ولا موضوعاً للأثر، فلا وجه لرفع اليد عن الضمان الواقعي الذي هو مقتضى إطلاق «الضمان» والالتزام بالضمان الجعلي.

(2) فكأنّ هذا القائل فهم استلزام صحة العقد لتعيّن المسمّى، فإذا فسد كان تعيّن المسمّى بلا معيّن.

(3) تعليل لقوله: «لا» وهذه مناقشة المصنّف في جواب الاحتمال، وحاصلها:

منع توقف الضمان بالعرض المسمّى على صحّة البيع من حين العقد، بل يمكن تعيّن بعد تلف أحد العوضين.

توضيحه: أنّه إذا كان العقد فاسداً لم ينتقل المبيع إلى المشتري، ولا الثمن إلى البائع، ويحرم التصرف في كل منهما. ولو كان لأحدهما نماء كان لمالكه الأصلي، هذا مع بقاء العينين. وأمّا إذا تلف أحدهما - كما إذا تلف المبيع بيد المشتري - فنقول بأنّ الثمن المسمّى في ذلك العقد الفاسد هو الذي يضمّنه المشتري، ويجب عليه تسليمه إلى البائع، ولا يتعيّن البدل الواقعي من المثل أو القيمة للعوضيّة.

ولا استيحاش من هذا، لوجود نظيره في الفقه وهو المعاطاة بناء على الإباحة، لما تقدّم في التنبيه السادس المعقود لبيان الملزمات من: أنّ تلف أحد العوضين ملزم للمعاطاة، ويتعيّن العوض الجعليّ للعوضيّة ويملكه مالك التالف،

يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة (1) وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضية، نظير المعاطة على القول بالإباحة (2).

بل (3) لأجل ما عرفت من معنى الضمان، وأن التدارك بالمسمى في الصحيح

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

وعلى هذا فلا ملازمة بين الصحة وتعيين المسمى، حتى يكون ضمان المسمى في العقد الفاسد مخالفا لفرض الفساد. بل يمكن القول بضمان المسمى في العقد الفاسد أيضا بعد تلف أحد العوضين.

فالنتيجة: أن الاحتمال الذي أبداه كاشف الغطاء قدس سره لا يندفع بما أفيد من اختصاص ضمان المسمى بالعقد الصحيح، هذا.

(1) بأن كان المالان باقيين على ملك مالكيهما إلى أن يتلف أحدهما، فحينئذ ينتقل التالف منهما عند التلف - أنا ما - إلى ملك من تلف عنده، وبالعكس.

(2) فإن العوضين باقيان على ملك مالكيهما - وهما المتعاطيان - ولا يتعين أحدهما للعوضية إلا بعد تلف الآخر.

ولا يخفى أن تنظير المقام بالمعاطة - بناء على الإباحة التي لا يقول بها المصنف - إنما هو لمجرد دفع الاستبعاد عن تغيير الضمان في العقد الفاسد من الواقعي إلى الجعلي حين تلف أحد المالين، إذ القائل بالإباحة يلتزم بانتقال التالف قبل التلف أنا ما إلى من تلف عنده، و يتعين العوض الآخر للعوضية.

وإلا فيرد على المصنف قدس سره أن قياس المقام بالمعاطة في غير محلّه، لكون العقد الفاسد فاسدا إلى الأبد، بخلاف المعاطة، فإنّها صحيحة، ولأجل صحتها - بالإجماع المدعى على الإباحة - يتعين المالان للعوضية عند التلف، هذا.

(3) معطوف على قوله: «لا لأن» و غرضه بيان وجه ضعف الاحتمال الذي أفاده الفقيه كاشف الغطاء قدس سره. وقد عرفته، و محصله: أن الضمان بقول مطلق يراد به التدارك بالعوض الواقعي، وأن التدارك بالمسمى يتوقف على أمرين، أحدهما توافق

لإمضاء الشارع ما تواطئاً على عوضيته، لا لأن (1) معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا في العبارة (2)، فافهم (3).

المتعاملين، والآخر إمضاء الشارع لما تواطئاً عليه، وهذا الأمر الثاني مفقود في العقد الفاسد، فلا وجه للضمان بالمسمى فيه.

(1) هذا قد استفيد من قوله قبل أسطر: «و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات ..»

إلخ» وكأنه قدس سره يريد دفع توهم، حاصله: أنّ الضمان في العقد الصحيح إن كان بالمسمى وفي الفاسد بالواقعي لزم التفكيك في مدلول كلمة «ما يضمن بصحيحه» بحمله على ما يضمن بمسمّاه، وكلمة «ما يضمن بفاسده» بحمله على ضمانه الواقعي، وهذا التفكيك مخالف لظهور الكلام في إرادة معنى واحد من كلمة «الضمان» في الجملتين.

ومحصل دفعه: عدم لزوم التفكيك في معنى الضمان، لأنه بمعنى تدارك مال الغير بحيث لو تلف كانت خسارته في ماله الأصلي. وهذا جار في كلّ من العقد الصحيح والفاسد، إلا أنّ مصداق المال الأصلي مختلف، فقد يكون ما عيّن في العقد، وقد يكون هو المثل أو القيمة، ومن المعلوم أنّ اختلاف مصاديق التدارك لا يوجب تعدّد المفهوم حتى يتوهم التفكيك بين الضمان في صحيح العقد وفاسده.

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

(3) لعله إشارة إلى أنّ التفكيك في مفهوم الضمان ممّا لا بدّ منه، سواء أكان من باب استعمال لفظ الضمان في الواقعي تارة، وفي المسمى أخرى، أم من باب استفادة التدارك الواقعي من إطلاق اللفظ وعدم تقييده بشيء، والتدارك الجعلي من قرينة تواطؤ المتعاقدين وإمضاء الشارع. هذا تمام الكلام في ثاني أبحاث الجهة الأولى، وهو معنى الضمان الوارد في القاعدة.

ثم (1) العموم في العقود

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

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

والوجه في عقد هذا المبحث هو: أن في العموم احتمالات ثلاثة، بل أقوالا كذلك، و تتفاوت الآثار المترتبة على كل منها، فلا بد من تحقيق المسألة، وينبغي الإشارة إلى أمرين مقدمة لتوضيح كلام المصنف قدس سره، فنقول وبه نستعين:

الأول: أن هذا البحث لا يختص بأصل القاعدة- أعني به «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»- بل يجري في العكس أيضا، 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 بالنوع و الصنف و الفرد، فنقول: إن «العقود» عنوان مشير إلى المعاملات القائمة بطرفين، سواء تضمنت معاوضة أم لا، كالبيع و الصلح و الإجارة و الهبة و الجعالة و السبق و الرماية و المضاربة و العارية و الوديعة و الوكالة و الرهن و نحوها ممّا هو معهود في الكتب الفقهية. و يعدّ كلّ منها نوعا، فالبيع- بما له من الأقسام- نوع واحد، لصدق تعريفه من «مبادلة مال بمال، أو تملك عين بعوض» على جميعها. و كذا الإجارة نوع واحد، و الصلح نوع، و هكذا سائر العقود.

ثم إن لكلّ من هذه الأنواع أقساما هي أصناف ذلك النوع، كبيع الصّرف و السّلم و الحيوان و الثمار و النسيئة و المعاطاة، و بيع الدين و غيرها من الأقسام.

و للإجارة أيضا صنفان، هما إجارة الأعيان و الأعمال. و كذلك للصلح أصناف، فإنّه إمّا يفيد فائدة البيع أو الإجارة أو العارية أو الهبة أو الإبراء. و هكذا العارية، فإنّها إمّا عارية النقدين و إمّا غيرهما، و الثاني إمّا مشروط بالضمان و إمّا غير مشروط به.

و المراد بالأفراد هو أشخاص العقود التي تقع خارجا بإنشاء المتعاقدين.

إذا اتضح هذان الأمران، فنقول: إن أريد بلفظ «كل عقد» العموم بلحاظ الأنواع كان معناه: أنّ جميع أفراد نوع- كالبيع- إن كان في صحيحها ضمان، ففي فاسدها الضمان أيضا. و أنّ جميع أفراد نوع كالوديعة إن لم يكن في صحيحها ضمان فلا ضمان في فاسدها أيضا.

و على هذا ينحصر مصداق أصل قاعدة «ما يضمن» في البيع و الإجارة اللذين يضمن بصحيحهما، و لا يندرج في هذه القاعدة عقد آخر، لعدم مضمّنية جميع أفراد العقود- بنحو الإطلاق- غير البيع و الإجارة، فكأن القاعدة استتت لبيان حكم الضمان في خصوص هذين العقدين.

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

و على هذا الاحتمال تتكثّر العقود المندرجة في الأصل، و لا تنحصر في البيع و الإجارة المقتضيين للضمان، فيقال: إنّ العارية بنوعها مثلا لا ضمان في صحيحها فكذا في فاسدها. و لكن 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، لأنّ «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» مع أنّ نوع عقد العارية غير مضمّن.

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

ليس (1) باعتبار خصوص الأنواع، لتكون أفراده مثل البيع (2) و الصلح و الإجارة و نحوها، لجواز (3) كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنما المقتضي له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به، دون الفاسد من غير ذلك

و الحاصل: أنه بناء على كون العموم بلحاظ الأصناف يلزم دخول بعض أقسام عقد في أصل القاعدة، وبعضها في العكس، و لا مانع منه.

وإن 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 مقتضيا للضمان على تقدير صحته كان مقتضيا له على تقدير فساده. و إن لم يكن مقتضيا له على فرض صحته فكذا على فرض فساده.

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

(1) غرضه استظهار كون العموم بلحاظ الأصناف، لا الأنواع و لا الأفراد.

و المذكور فعلا نفي العموم النوعي، و أما العموم الأفرادي فسيأتي - بعد فصل - الخدشة فيه.

(2) 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 الإجارة مثالان للنوع في أصل القاعدة لأطراد الضمان في جميع أصنافهما و أفرادهما.

(3) تعليل لعدم كون العموم في القاعدة بلحاظ خصوص الأنواع. و محصله: أنه لو كان العموم بلحاظها لزم عدم أطراد عكس القضية، مثلا لا يكون الصلح الجامع بين المعاوضي و المحاباتي مقتضيا للضمان، كما إذا كان مفيدا 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 معاوضيا.

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

الصنف. مثلا الصلح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنه (1) قد لا يفيد إلا فائدة الهبة غير المعوّضة، أو الإبراء. فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة. فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضا (2). ولا يلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمانا (3)، فلا يضمن (4) بفاسده. وكذا (5) الكلام

المعاوضي - يقتضي صحيحه الضمان، وكذا فاسده. وصنف منه وهو المحاباتي لا يقتضي صحيحه الضمان وكذا فاسده.

وهكذا العارية، فصنف منها يندرج في الأصل وهو «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وصنف آخر من ذلك النوع يندرج في العكس وهو «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

(1) هذا تعليل لعدم اقتضاء الصلح - بما هو نوع من أنواع العقود - للضمان، إذ قد يكون أثره تمليك عين مجّانا وهو الهبة غير المعوّضة، أو إبراء المديون عمّا في ذمته، وهو إيقاع، وربما يخلو من العوض.

وعلى هذا فلو كان العموم في القاعدة بلحاظ النوع لزم اندراج الصلح - بجميع أقسامه - في العكس. مع أنّ الصحيح هو التفصيل بين أصنافه، فبعضها المشتمل على المعاوضة مندرج في الأصل، وبعضها في العكس. فلا بدّ من كون العموم بلحاظ الأصناف، وأنّ كل صنف عنوان مستقل، فإن اقتضى الضمان كان من أفراد الأصل، وإلا فمن العكس.

(2) يعني: كإيجاب الفرد الصحيح من الصلح - المشتمل على المعاوضة - للضمان.

(3) يعني: مطلقا، سواء أفاد فائدة البيع أم الإجارة مما يشتمل على معاوضة بين المصالح والمتصالح، أم لم يشتمل عليها كالمفيد فائدة الهبة غير المعوّضة، والإبراء.

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

(5) هذا مثال ثان لظهور الثمرة بين كون العموم نوعيا وصنفيا، فبناء على إرادة الأنواع لا ضمان في الهبة المشروطة بالعوض، لأنّ جميع أفراد الهبة - بما هي مصاديق

في الهبة المعوّضة. وكذا (1) عارية الذهب و الفضة.

نعم (2)

لعنوان الهبة- غير مضمونة، فلا تدرج في الأصل. وبناء على إرادة الصنف يتعيّن التفصيل بين الهبة المعوّضة باندراجها في الأصل، وبين الهبة غير المعوّضة باندراجها في العكس.

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

(2) هذا استدراك على إرادة الصنف، و حاصله: أنّ مقتضى تمسكهم بقاعدة «ما لا يضمن» في استعارة المحرم صيدا هو إرادة النوع، يعني: حيث إنّه لا ضمان في نوع العارية فلازمه عدم ضمان المستعير، لفرض فساد العارية، و به يشكل إرادة الصنف.

و توضيحه: أنّ جمعا ذكروا: أنّ المحرم إذا استعار الصيد من المحلّ وجب عليه إرسال الصيد، و عاريته فاسدة، و لا يضمن للمعير الصيد الذي أتلفه بإرساله.

و الدليل على الضمان هو تبعية العارية الفاسدة لصحيحها في عدم الضمان. قال في المسالك: «و أمّا مع فسادها- أي العارية- فلاّنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه كما أسلفناه في مواضع- قاعدة كلتية» «1». و من المعلوم ظهور هذا التعليل في أنّ المدار في الضمان و عدمه هو نوع العقد، فيشكل مختار المصنف قدّس سرّه من إرادة الصنف.

و لكنّه قدّس سرّه و جّهه بأنّ مقصودهم بالاستدلال بقاعدة «ما لا يضمن» هو الصنف، بقرينة تصريحهم في كتاب العارية بضمن عارية الذهب و الفضة، و العارية

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 139

ص: 84

ذكروا (1) في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم: أن صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغي أن لا يضمن بفاسدها. ولعلّ (2) المراد عارية غير الذهب والفضة وغير (3) المشروط ضمانها.

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

(1) الأولى أن يقال: «ذكر بعضهم» إذ المسألة خلافية، ففي الشرائع: «ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا، لأنه ليس له إمساكه. و لو أمسكه ضمنه، وإن لم يشترط عليه» (1). نعم رجّح الشهيد الثاني عدم الضمان، لقاعدة «ما لا يضمن» فراجع، و التفصيل في محله.

(2) هذا توجيه استدلال مثل الشهيد الثاني بقاعدة «ما لا يضمن» وقد عرفته آنفا.

(3) الأولى إسقاط «غير المشروط ضمانها» بناء على ما سيأتي منه قريبا 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 اقتضاء عرضي ناش من الشرط.

إلا أن يكون غرض المصنف قدس سرّه الاستشهاد بكلام القوم لإثبات العموم الأصنافي لا- الأنواعي، فلا بأس حينئذ بذكر العارية المشروطة بالضمان بعد تصريحهم بضمانها صحيحة وفاسدة.

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 172

ص: 85

ثم المتبادر (1) من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له

المبحث الرابع: اعتبار كون الضمان مقتضى العقد لا الشرط

(1) هذا شروع في المبحث الرابع من مباحث الجهة الأولى، وهو تحقيق أنه هل يعتبر كون الضمان مقتضى نفس العقد أم يكفي كونه مقتضى الشرط؟ ولا يخفى أن المناسب تأخير هذا البحث عن المقام، لعدم تمامية البحث الثالث بعد، فإن المصنف وإن رجح العموم بلحاظ الصنف على النوع، إلا أن احتمال كونه بلحاظ أشخاص كل صنف باق بحاله، وسيأتي بعد أسطر إبطاله. كما أن البحث الخامس و هو أن الباء سببية أو ظرفية مقدّم رتبة على البحث عن اختصاص اقتضاء الضمان بنفس العقد، أو تعميمه إلى اقتضاء الشرط أيضا.

و كيف كان فتوضيح ما أفاده: أن اقتضاء العقد الصحيح للضمان تارة يكون بذاته كالبيع، وأخرى يكون بالشرط النافذ بأدلة الشروط، كقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» كما إذا شرط في عقد الإجارة أن يكون المستأجر ضامنا للعين - مع عدم اقتضاء ذات الإجارة ضمانها، وأن يده على العين أمانة لا تضمنها لو تلفت بأفة سماوية لا بتعدّد وتقرّيط - فلو تلفت كان المستأجر ضامنا لها، لوجوب الوفاء بالشرط الجائز في نفسه، كوجوب الوفاء بنفس العقد.

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

و لا إشكال في هذا. إنّما 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 العرضي الناشئ من الشرط، أم لا تقتضيه؟ في المسألة قولان:

أولهما: الاقتضاء، وهو ظاهر صاحب الرياض قدّس سرّه في العارية المضمونة تبعا للمسالك.

وثانيهما: عدم الاقتضاء، وهو مختار المصنّف قدّس سرّه. واستدلّ عليه بأن المتبادر من قولهم: «كل عقد يقتضي صحيحه الضمان ففي فاسده كذلك» هو اقتضاء العقد

بنفسه (1) [1]، فلو (2) اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان

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

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

(2) هذا متفرع على اختصاص اقتضاء العقد الصحيح للضمان بنفسه، لا مطلقا و لو بالشرط.

[1] كما أن المتبادر أو المتيقن ضمان نفس متعلق العقد، دون توابعه. ففي الإجارة مثلا 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 نقضا على القاعدة، لكنّه يندفع بالتفسير المزبور، لسكوت القاعدة عن ضمان التوابع التي منها المنافع غير المستوفاة، فتأمل جيدا.

ثم إن السيد قدس سرّه عمّم الفساد إلى العرضي بدعوى: أن العقد المقرون بالشرط و المجرد عنه صنفان متغايران، و المفروض إرادة الصنف من عموم مدخول (كلّ) و لذا لا يبقى إشكال في التمسك بهذه القاعدة «1».

وفيه: أن الضمان لمّا كان مستندا الى العقد و كان الشرط خارجا عنه، لأنّ العقد المشتمل عليه عقد و شرط، و لا يصدق العقد على المركب من العقد و الشرط الذي هو التزام خارج عن الالتزام العقدي، فيكون المراد من صنف العقد في قبال نوعه و شخصه حصص العقد بما هو عقد، فالقيود الخارجة عن العقد أجنبيّة عن نفس العقد، و خارجة عن ماهيّته.

(1) حاشية المكاسب، ص 94

ص: 87

بالباسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان- تمسكا بهذه القاعدة (1)- إشكال (2).

كما لو استأجر إجارة فاسدة، و اشترط فيها ضمان العين (3)، و قلنا (4) بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الباسد، لأنّ (5) صحيحة يضمن به و لو لأجل الشرط أم لا؟ و كذا الكلام في الفرد الباسد من العارية المضمونة.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بباسدها (6) مطلقا (7)

(1) أي: ما يضمن بصحيحه يضمن بباسده.

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

(3) تقدّم أنّنا توضيح هذا الفرع بقولنا: «فلا ضمان في الإجارة و العارية الفاسدتين .. إلخ».

(4) غرضه من هذه الجملة الحاليّة: أن التنظير بالإجارة الفاسدة- المتضمّنة لشرط ضمان العين- للاقتضاء العرضي يتوقف على الفراغ من صحة هذا الشرط في نفسه، فلو تأملنا في أصل جوازه كان مثال الإجارة أجنبيّا عن اقتضاء الشرط للضمان، لوضوح أنّ اقتضاءه له منوط بمشروعية الشرط في نفسه حتى يجب الوفاء به لاشتراطه في ضمن العقد.

(5) هذا تعليل للضمان بالباسد فيما إذا كان المقتضى للضمان هو الشرط لا ذات العقد.

(6) أي: بباسد العارية المضمونة.

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

قال في الرياض - في ما لو استعار 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 فيهما، 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» (1).

و توضيح المراد من عبارة الرياض بحيث تكون شاهدة لما استظهره المصنف منها - من أن الضمان في العقد الصحيح إن كان للشرط الضمني كان كذلك في العقد الفاسد - هو: أن السيد قدس سره حكم بأن الغاصب لو أعار العين المغصوبة حتى ينتفع المستعير بها و تلفت عنده رجع المالك على الغاصب، وأخذ بدل ماله منه، ولا يجوز للغاصب الرجوع على المستعير، إلا في صورتين:

إحدهما: علمه بأن العين المعارة مغصوبة، وليست ملكا للمعير، مع عدم إذن المالك في التصرف فيها، فيستقر الضمان على المستعير، لأنه من تعاقب الأيدي.

ثانيتهما: جهله بالغصب، لكن كانت العين مضمونة، إما لكونها من الذهب و الفضة، وإما لأن الغاصب شرط على المستعير ضمان العين.

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

تبعاً لظاهر المسالك (1).

ويمكن (2) جعل الهبة المعوّضة من هذا القبيل، بناء على

(1) قال الشهيد الثاني قدّس سرّه- في شرح قول المحقق: «و لو استعاره من الغاصب و هو لا يعلم كان الضمان على الغاصب .. و كذا لو تلفت العين في يد المستعير» وأنّ في المسألتين قولين- ما لفظه: «و الحاصل: أنّ المالك مخيّر في الرجوع على كلّ منهما، فإن رجع على المستعير رجع على الغاصب إن لم تكن العارية مضمونة، وإلا رجع عليه بغير ما قدم على ضمانه. وربما احتمل هنا ضعيفا رجوعه- أي رجوع المستعير على الغاصب- مطلقا- يعني سواء كانت العارية مضمونة أم لا- لأنّ استحقاق العين أوجب فساد العارية، فلا تكون مضمونة، و هو مغرور مع الغصب، فيرجع على من غرّه.

و يضعّف بأنّ غروره في الغصب لا مدخل له هنا في الضمان، لأنّ ما نضمّنه من حيث الغصب، بل من حيث كونها عارية مضمونة، و دخوله على ذلك، فإذا تبين فساده لحق حكم 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» (1).

و دلالتها على تبعية الفاسد للصحيح في الحكم بالضمان- حتّى إذا كان للشرط- أظهر من عبارة الرياض، لتصريحه بأنّ ضمان المستعير لا يستند إلى الغصب، بل إلى كون العارية مضمونة، لأنّه أقدم على ضمانها، و من المعلوم أنّ التعليل بالاقدام- مع جهله بالغصب- إمّا أن يكون لشرط الضمان في هذه العارية الفاسدة، و إمّا لكون العين المعارة ذهاباً أو فضّة، هذا.

(2) غرضه قدّس سرّه بيان فرد ثالث لما إذا كان ضمان العوض مستندا إلى الشرط لا باقتضاء ذات العقد، و ذلك كالهبة المشروط فيها العوض، كما إذا وهب زيد كتابه لعمرو على أن يهبه عمرو دينارا. ففي هذه الهبة المشروطة احتمالان:

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 141 و 142

ص: 90

أنّها هبة مشروطة، لا معاوضة (1).

وربّما يحتمل (2) في العبارة أن يكون معناه: أنّ كلّ شخص من العقود

الأوّل: أنّ عقد الهبة يفيد تملك عين مجّانا، ولا يقتضي بنفسه ضمان العوض، فأخذ العوض من المتهدب يستند إلى الشرط. فتكون الهبة المشروطة فيها العوض نظير العارية المشروطة فيها الضمان، في أنّ منشأ الضمان هو الشرط لا ذات العقد. وهذا الاحتمال قوّاه المصنّف قدّس سرّه في أوائل البيع عند تعرّضه للنقوض الواردة على تعريف البيع ب «إنشاء تملك عين بمال» فراجع «1».

الاحتمال الثاني: أنّ الهبة المعوّضة معدودة من المعاوضات كالبيع والإجارة والصلح المعاوضيّ ونحوها. وعلى هذا يستند ضمان العوض إلى ذات العقد لا إلى الشرط.

(1) إذ لو كانت معاوضة كان اقتضاؤها للضمان ذاتيا لا شرطيا، ضرورة أنّ المقتضي للضمان حينئذ نفس العقد، لا الشرط المجعول فيه. هذا تمام الكلام في البحث الرابع، وهو أنّ اقتضاء الضمان مختصّ بذات العقد، أو يعمّ الشرط.

(2) هذا رجوع إلى البحث الثالث، وهو تحقيق أنّ العموم هل هو نوعي أم صنفّي أم فرديّ، وقد تقدّمت الخدشة في إرادة العموم بلحاظ الأنواع، وبقي التعرض لاحتمال العموم الأفرادي.

وكيف كان فاحتماله المذكور في الجواهر- وإن لم يظهر أنّ المحتمل هو أو غيره- بقوله: «بل قد يقال: بشمول هذه القاعدة للفرض- أي: فساد الإجارة- بناء 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 .. إلخ» «2».

(1) هدى الطالب، ج 1، ص 241-245

(2) جواهر الكلام، ج 27، ص 247

و توضيحه: أنهم حكموا في الإجارة الفاسدة بوجوب أجره المثل، مع فرض استيفاء المنفعة كلاً أو بعضاً، سواء زادت على المسمى أم نقصت عنه. و استثنى الشهيدان قدس سرهما صورة واحدة، فحكما بعدم ضمان أجره المثل فيها، و هي ما إذا كان منشأ الفساد اشتراط عدم الأجرة، أو عدم ذكرها في العقد بنحو يستفاد منه إرادة عدم بذل الأجرة. و الوجه في عدم وجوب أجره المثل على من استوفى المنفعة هو: إقدام العامل على العمل مجاناً و بلا عوض.

هذا ما أفاده الشهيدان قدس سرهما. و وجه صاحب الجواهر قدس سره هذه الفتوى بجعلها من مصاديق قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بتقريب: أنّ «كلّ عقد يضمن .. إلخ» عنوان مشير إلى أشخاص العقود المنشئة في الخارج، و يفرض لكلّ عقد حالتان إحداهما الصحة، و الأخرى البطلان. فالمراد بالعقد في أصل القاعدة- أعني به «ما يضمن بصحيحه»- هو: أنّ كل شخص من العقود مقتضى للضمان لو كان صحيحاً، فهو مقتضى له لو كان فاسداً. مثلاً: بيع الكتاب بالدينار موجب للضمان 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: أنّ كل ما صدر مجاناً- كالهبة الخالية عن العوض و الصلح المفيد للإبراء- ممّا لا يفيد الضمان إذا كان صحيحاً، فكذا لا يفيد إذا وقع فاسداً. و على هذا فالإجارة الفاقدة للأجرة باطلة شرعاً، لأنّ حقيقة الإجارة «تمليك منفعة بعوض معلوم» أو «التسليط على العين لاستيفاء منفعتها بعوض» فخلوها عن الأجرة مناف لحقيقتها. إلا أنّ هذه الإجارة مندرجة في «ما لا يضمن» لأنها لو وقعت صحيحة شرعاً لما كانت مضمّنة لمن يستوفي المنفعة، فكذا لا تكون مضمّنة له على تقدير فسادها.

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

ورتب (1) عليه عدم الضمان في ما لو استأجر بشرط أن لا أجره، كما اختاره الشهيدان (2)، أو باع بلا ثمن (3)

الصحة اقتضاه على تقدير الفساد. وإن لم يقتض الضمان على فرض صحته لم يقتضه على فرض فساده.

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

(1) يعني: ورتب هذا المحتمل- وهو صاحب الجواهر- على أنّ معنى العموم هو كل شخص .. إلخ عدم الضمان في ما لو استأجر بشرط عدم الأجرة، فلا يلاحظ أنّ نوع الإجارة أو كلّ صنف منها مضمّن أو غير مضمّن، بل المدار على شخص الإجارة الواقعة بين الطرفين، فإن كان صحيحها مؤثرا في الضمان فكذا فاسدها، وإن لم يكن صحيحها مؤثرا في الضمان فكذا فاسدها.

(2) قال الشهيد الثاني قدس سرّه- في ضمان أجره المثل لو استوفى المنفعة وكانت الإجارة باطلة- ما لفظه: «و استثنى الشهيد رحمه الله من ذلك ما لو كان الفساد باشرط عدم الأجرة في العقد، أو متضمنا له كما لو لم يذكر أجره، فإنّه حينئذ يقوى عدم وجوب الأجرة، لدخول العامل على ذلك. وهو حسن» (1).

ولكن المحقق الثاني اعترض على إطلاق كلام الشهيد، وفصل بين العمل وبين سكنى الدار، فراجع (2).

(3) هذا المثال غير مذكور في كلام الشهيدين قدس سرهما، وإتّما أضافه المحقق الثاني في ما فصله في كلاميهما، فراجع.

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 184

(2) جامع المقاصد، ج 7، ص 120 و 121

كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد (1).

ويضعّف (2) بأنّ الموضوع هو العقد الذي وجد له

و أما العلامة قدّس سرّه فاقصر على احتمال الضمان و عدمه، فقال: «و كذا لو قال:

بعتك بلا ثمن، أو: على أن لا ثمن عليك، فقال: قبلت. ففي انعقاده هبة نظر، ينشأ من الالتفات إلى المعنى، و اختلال اللفظ. و هل يكون مضمونا على القابض؟ فيه إشكال، ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا. و دلالة اللفظ على إسقاطه» (1).

و كيف كان فتقريب انتفاء الضمان في البيع بلا ثمن هو: أنّ شخص هذا البيع لو كان صحيحا لم يكن المشتري ضامنا للثمن، لأنّ البائع أسقطه، و حيث كان يبيعا فاسدا لحقه حكم الصحيح في عدم الضمان.

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

(2) يعني: يضعّف احتمال إرادة الاستغراق بلحاظ الأشخاص و الأفراد، على ما تقدّم في كلام الجواهر. و حاصل التضعيف: أنّ الموضوع في قاعدة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هو العقد، و أنّ له قسمين أحدهما صحيح و الآخر فاسد، و يكون الفاسد تابعا للصحيح في الضمان، و من المعلوم ظهور التقسيم في فعلية أقسامه، فلا بدّ من أن يكون للعقد فردان، أحدهما صحيح فعلا و هو الموجود خارجا جامعا للشرائط، و الآخر فاسد فعلا، لاختلال شرائطه الشرعيّة و إن كان عقدا عرفيا.

و التحفّظ على ظهور الموضوع الجامع للقسمين في فعليّتهما يتوقف على كون الاستغراق بحسب النوع أو الصنف، و لا-وجه لإرادة الشخص، ضرورة عدم تحمّل الفرد الشخصي- الموجود خارجا- للاتصاف فعلا بوصفين متقابلين و هما الصحة و الفساد، بل يوجد إمّا صحيحا و إمّا فاسدا. و يتوقف الاتّصاف على التقدير و الفرض

(1) قواعد الأحكام، ص 51، الشرط الأول من شرائط بيع السلف (الطبعة الحجرية).

بالفعل (1) صحيح و فاسد، لا ما (2) يفرض تارة صحيحا و أخرى فاسدا.

فالمتمعن (3) بمقتضى هذه القاعدة (4) الضمان في مسألة البيع (5)، لأنّ البيع الصحيح

بأن يقال: لو اقتضى هذا الفرد الخارجي - كالإجارة بلا أجره و البيع بلا ثمن - الضمان على فرض صحته، لاقتضى الضمان على فرض فساد. و من المعلوم أنّ الفرد الواحد من كل عقد له حكم فعلي واحد، و لا يتعدّد حكمه الشرعي بمجرد الفرض.

و الحاصل: أنّ ظهور القاعدة في فعلية القسمين يمنع عن الحمل على الأشخاص، و قد سبق أيضا امتناع حمل العموم على الأنواع، فتعيّن مختار المصنف و هو الحمل على الصنف، لصحة أن يقال: إنّ الإجارة إن كانت صحيحة - لاجتماع الشرائط فيها من ذكر الأجره و غيرها - ففيها و في فسادها الضمان، فالإجارة بلا أجره فاسدة، و هي تابعة للإجارة الصحيحة في الضمان. و كذا البيع بلا ثمن، فإنّه بيع فاسد مضمّن، لكون نوع البيع و صنفه مقتضيا لضمان المتبايعين.

هذا بناء على صدق عنواني البيع و الإجارة عرفا على المثالين. و أمّا إذا قيل بالتجوز في الصيغة - و أنّ البيع بلا ثمن إنشاء للهبة، و أنّ الإجارة بلا أجره إنشاء للعارية - كانا أجنبيّين عن المقام، لصحتهما هبة و عارية، و لا ضمان فيهما، فلا حظ.

(1) يعني: أنّ العقد الصحيح فرد، و العقد الفاسد فرد آخر، و كلّ منهما يمكن وجوده خارجا.

(2) يعني: ليس موضوع القاعدة فردا واحدا من العقد يفرض تارة صحيحا على تقدير اجتماع شرائطه، و أخرى فاسدا على تقدير اختلالها.

(3) هذا نتيجة بطلان كون العموم و الاستغراق بحسب أشخاص العقود، كما احتمله صاحب الجواهر قدّس سرّه.

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

(5) أي: البيع بلا ثمن. و قد عرفت وجه الضمان فيها آنفا، و أنّها مورد لأصل القاعدة لا عكسها.

يضمن به (1).

نعم (2) ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة «بأنه أقدم على العين مضمونة عليه» (3) لا يجري في هذا الفرع (4). لكن الكلام في معنى القاعدة، لا في مدركها.

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

(2) هذا استدراك على قوله: «فالمتمعن .. الضمان في مسألة البيع» وحاصله: أنّ الشهيد الثاني قدّس سرّه استدللّ- في كلامه الآتي في المتن- بالاقدم على الضمان على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و من المعلوم أنّ هذا التعليل لا يجري في «البيع بلا ثمن» ضرورة تحقق الإقدام المجاني فيه، المضادّ للإقدام الضماني في البيع مع الثمن.

وهكذا سائر العقود المعاوضية.

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

لكنّه قدّس سرّه تخلّص عن هذا الإشكال بأنّ الكلام فعلا في معنى القاعدة و تفسير مفرداتها، لا في مدركها، حتى يقال: بأنّ الإقدام على الضمان مخصوص بالعقد المتضمن للعوض، ولا يجري في العقد العاري عنه، و من المعلوم أنّ معنى القاعدة شامل للبيع بلا ثمن، و الإجارة بلا أجر، هذا.

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

(3) سيأتي قريبا استفادة هذا التعليل من كلام شيخ الطائفة، وكذا ورد التصريح به في كلام الشهيد الثاني وغيره.

(4) وهو البيع بلا ثمن، و المناسب ذكر مسألة الإجارة بلا أجر أيضا، لارتضاعهما من ثدي واحد. هذا تمام الكلام في البحث الثالث، المتكفل لإثبات كون العموم بحسب الأصناف، لا الأنواع و لا الأفراد.

ثم (1) إن لفظة «الباء» في «بصحيحه وبفاسده» إمّا بمعنى «في» بأن يراد:

كلّما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده (2).

المبحث الخامس: حرف «الباء» ظرفية أو سببية

(1) هذا شروع في البحث الخامس من مباحث الجهة الاولى، وهو أنّ «الباء» في «بصحيحه وبفاسده» ظرفية أو سببية، و غرضه قدّس سرّه عدم التفكيك في الضمان بين العقد الصحيح و الفاسد، وأنّ كون الباء للظرفية أو السببية لا يوجب التفكيك المزبور.

توضيحه: أنّ الباء يستعمل في الظرفية كقوله تعالى نَجِّنَاهُمْ بِسَحَرٍ و يستعمل في السببية كقوله عزّ من قائل إِنَّكُمْ ظَلَمْتُمْ أَنْفُسَكُمْ بِاتِّخَاذِكُمُ الْعِجْلَ و قوله فِكَلَّا أَخَذْنَا بِذَنبِهِ. فعلى الظرفية لا يلزم تفكيك في معنى «الباء»، فإنّ المعنى حينئذ: أنّ الضمان يكون في كلّ من العقد الصحيح و الفاسد.

و على السببية المطلقة الشاملة لكلّ من العلة التامة و الناقصة لا يختلف الضمان فيهما أيضا، لكون العقد في كليهما سببا ناقصا للضمان.

أمّا في الصحيح فلاّ أنّه لو لم يتحقّق فيه القبض لم يتحقّق الضمان، لقولهم:

«و بالقبض ينتقل الضمان». و أمّا في الفاسد فلكون العقد سببا للقبض الذي هو منشأ للضمان. فللعقد دخل في الضمان في الصحيح و الفاسد، فالسببية ملحوظة في كليهما و مصحّحة لاستعمال الباء فيهما في السببية.

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

(2) و بناء على الظرفية لا يستفاد من القاعدة كون الضمان مقتضى العقد أو هو

وإما لمطلق السببية الشامل للناقصة (1)، لا العلة التامة، فإن (2) العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض كما في السلم و الصّرف [1]، بل مطلق البيع، حيث إنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع

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

(1) يعني: لا خصوص السببية التامة حتى لا يكون القبض مؤثرا في الضمان.

(2) هذا تقريب عدم كون العقد الصحيح علة تامة للضمان.

[1] لا يخلو هذا التمثيل من المناقشة، لأنّ القبض شرط صحة بيعي الصرف و السلم، فعدم الضمان فيهما قبله لعدم صحة العقد، بمعنى عدم وجود العقد الصحيح.

و كيف كان فالأولى أن يكون «الباء» لمطلق السببية، فيكون العقد سببا ناقصا للضمان، و القبض جزء أخيرا لعلّة الضمان. كما أنّ العقد سبب تام لقلب اليد المالكية إلى غيرها، ضرورة أنّه بنفس العقد يصير المبيع ملكا للمشتري و الثمن ملكا للبائع.

و عليه فالاستيلاء على كلّ من العوضين قبل العقد استيلاء على مال نفسه، و بعده على مال الغير بدون إذن مالكي، أو استيتمان شرعي أو مالكي يوجب عدم الضمان، لإطلاق «على اليد» فالعقد جزء السبب للضمان، و تمام السبب لقلب اليد المالكية.

و أمّا جعل «الباء» للظرفية فغير ظاهر، لأنّ الظرفية الحقيقية غير حاصلة، بداهة عدم كون العقد ظرفا حقيقة للضمان، فلا بدّ من التأويل بجعل استعمالها في الظرفية بمناسبة السببية، و هو تعسّف كما هو ظاهر. و كذا الظرفية الاعتبارية، فإنّ الظرف الاعتباري للضمان هو العهدة، كما هو واضح.

نعم العقد سبب لثبوت الضمان في العهدة. فكلّ من الظرفية الحقيقية و الاعتبارية مفقود في العقد، فلا معنى لجعل الباء للظرفية.

بمعنى أن دركه عليه (1)، و يتداركه (2) برد الثمن، فتأمل (3).

وكذا (4) الإجارة و النكاح و الخلع، فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه.

وأما (5) العقد الفاسد فلا يكون علّة تامّة

(1) خبر «أن» و الضمير راجع إلى البائع. و ضمير «دركه» راجع إلى المبيع.

(2) أي: يتدارك البائع المبيع برد الثمن إلى المشتري.

(3) لعلّه إشارة إلى: أنّ الضمان - بمعنى تدارك مال الغير - أجنبي عن تلف المبيع قبل القبض، لأنّ البيع يفسخ حينئذ، فيتلف المبيع في ملك مالكة و هو البائع، و هذا ليس من الضمان في شيء، لأنّ التالف ملكه، لا أنّ عليه تداركه من ماله.

و على هذا فما أفاده بقوله: «بل مطلق البيع» - من جعل عقد البيع في جميع موارد جزء السبب المضمّن و جزءه الآخر هو القبض - غير ظاهر، و ذلك لأنّ كون العقد سببا تاما لضمّان المشتري - في غير بيع الصرف و السّلم - لا ينافي كون المبيع في ضمان البائع قبل قبضه، لفرض انقاسخ هذا السبب التام بتلفه بيد البائع، و معه لا يبقى العقد الموجب لضمّان المشتري. و هذا بخلاف القبض في بيع الصرف و السّلم، لدخله في سببّيّة العقد للضمّان المعاوضي.

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

(5) هذا في قبال قوله: «فإنّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان» و غرضه توجيه سببّيّة العقد الفاسد للضمّان، بناء على كون «الباء» سببّيّة، فإنّ العقد الفاسد يكون بحكم العدم فكيف يوجب الضمان؟ و لذا تصدّى لتوجيه سببّيته بأحد وجهين:

أبدا [1] بل يفتقر في ثبوت الضمان إلى القبض، فقبله لا ضمان. فجعل الفاسد سببا إما (1) لأنه المنشأ للقبض على (2) وجه الضمان

الأول: أن الضمان في العقد الفاسد وإن كان منوطا بالقبض، إلا أن الموجب للإقدام على القبض هو العقد الفاسد، فهو سبب السبب، و من المعلوم صحة إسناد الضمان إلى سبب السبب كصحة إسناده 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 مجانا. و عليه فالسبب مؤلف من العقد الفاسد و القبض. و هذا نظير بيع الصرف و السلم، إذ يتوقف الضمان- في العقد الصحيح- على قبض الثمن في السلم، و التقابض في الصرف.

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

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

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

[1] هذه العبارة توهم كون العقد الصحيح دائما أو غالبا أو نادرا علة تامة للضمان، و هذا 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 أبدا، فالمناسب أن يقول: و أمّا العقد الفاسد فكذلك أيضا في عدم عليته التامة أبدا.

الذي هو سبب للضمان [1]، وإما (1) لأنه سبب (2) الحكم بالضمان بشرط القبض [2]. ولذا (3) علل الضمان الشيخ وغيره «بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه» «1». ولا-ريب (4) أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو (5) سبب لضمان ما يقبضه.

(1) هذا هو الوجه الثاني، يعني: وإما لأن العقد الفاسد مقتضى للحكم بالضمان بشرط كون القبض على وجه الضمان لا على وجه المجانية، وبهذا يكون العقد من أفراد مطلق السببية.

(2) فالعقد هو المقتضي للضمان، لا أنه سبب السبب كما كان في الوجه الأول.

(3) أي: ولأجل اشتراط الضمان بالقبض علل شيخ الطائفة وغيره .. إلخ.

وغيره الاستشهاد بكلامهم على صحة الوجه الثاني، وأن العقد الفاسد من أفراد مطلق السببية، إذ بالعقد الفاسد يتحقق إقدام المتعاقدين على الضمان.

(4) غرضه تطبيق التعليل - الوارد في كلام الشيخ - على الوجه الثاني، وهو أن الإقدام على الضمان يكون بإنشاء العقد الفاسد.

(5) يعني: بإنشاء العقد الفاسد سبب لضمان ما يقبضه، إذ لولاه لما وقع القبض على وجه الضمان المقرر عند المتعاقدين.

[1] لا يختص هذا التوجيه بالعقد الفاسد، بل يجري في الصحيح أيضا، فلا وجه لتخصيصه بالفاسد.

[2] لكن هذا التوجيه ينافي ما ذكره سابقا بقوله: «ثم إن المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه». وجه المناقاة: أن الضمان يكون باقتضاء الشرط لا نفس العقد.

(1) المبسوط، ج 3، ص 58 و 65 و 68 و 85 و 89؛ مسالك الأفهام، ج 3، ص 154

ص: 101

و الغرض من ذلك كله (1) دفع توهّم أنّ سبب الضمان في الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سبب الضمان، و يقال:

(1) أي: من توجيه سبب العقد الفاسد للضمان بالوجهين المتقدمين، و هما: كون العقد سبب السبب، أو سببا ناقصا. و غرضه من هذا البيان دفع توهّمين:

الأول: أنّ جعل «الباء» للسبب 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: «إنّ العقد الذي يضمن بسببه إن كان صحيحا يضمن بسببه إن كان فاسدا» لما عرفت من عدم دخل العقد الفاسد في الضمان، و عليه يتعيّن جعل الباء للطرفيّة، هذا.

وقد دفعه المصنف بصحة إطلاق «السبب» على العقد الفاسد، إمّا لأنّه سبب السبب، و من المعلوم أنّ سبب السبب سبب بمقتضى قياس المساواة. و إمّا لأنّه سبب ناقص، و يكون مشروطا بالقبض، لا أنّ تمام السبب هو القبض كما زعمه المتوهم.

الثاني: أنّ مقتضى سبب «الباء» هو كون العقد علة تامّة للضمان، من دون أن يكون للقبض دخل فيها أصلا، سواء أ كان العقد صحيحا أم فاسدا. و من المعلوم أنّ هذا الظهور يناهض ما تقرّر عندهم من عدم تأثير العقد الفاسد في الضمان إلا بالقبض. و لا يرتفع هذا التنافي إلا بتخصيص قاعدة «ما يضمن» بأن يقال: «كل عقد يضمن بسبب صحيحه يضمن بسبب فاسده، إلا العقد الفاسد قبل القبض» و يبقى للقاعدة موارد ثلاثة و هي العقد الصحيح مطلقا مع القبض و بدونه، و العقد الفاسد بعد القبض.

وقد دفعه المصنّف قدّس سرّه بأنّه لا موجب للتخصيص المزبور أصلا، إذ لا يراد من سبب العقد للضمان عليّته التامة حتى يقع التنافي المذكور، بل المراد مطلق السبب و لو الناقصة، و لا يستند الضمان في العقد الفاسد إلى خصوص القبض حتى يبقى مجال للتوهم. و عليه فالضمان مستند إلى العقد، إمّا لأنّه علة العلة، و إمّا لأنّه مقتضى و سبب ناقص له.

كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ (1).

وقد ظهر من ذلك (2) أيضا فساد توهم أنّ ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، فلا بدّ من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه (3) [1].

(1) يعني: مع أنّه لا يضمن بنفس العقد الفاسد، بل بالقبض المترتب عليه.

(2) أي: من تفسير سببّيّة الضمان بقوله: «إمّا .. وإمّا» فإنّ السببّيّة بأحد الوجهين المتقدمين تدفع توهم عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، كما عرفته آنفا.

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

[1] لا يخفى أنّ المقبوض بالعقد الفاسد جعل 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 إجارتها: «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» (1). ونحوه ما عن القواعد.

وفي إجارة جامع المقاصد: «فلانّ كلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وبالعكس» (2).

وفي إجارة مجمع الفائدة: «و لما تقرّر عندهم أنّ كلّ ما لا يضمن و بصحيحه لا يضمن بفاسده» (3).

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 138، السطر 17 و 18

(2) جامع المقاصد، ج 7، ص 258

(3) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 69

ص: 103

وبالجملة: المذكور في كلمات الأصحاب عدا العلامة قدس سره عنوانان: أحدهما «ما يضمن» والآخر «كل ما يضمن .. إلخ». 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. وتعبير العلامة بالعقد لا يقدح بعد إجرائهم لهذه القاعدة في غير العقد من الإيقاعات كالخلع والجماعة الفاسدين بناء على عدم كون الجملة عقداً كما قيل. ومن الأحكام كالشفعة والقسمة عندنا من كونها إفراز حق، لا معاوضة كما عن العامة. واللقطة إن وقع قصد تملكها على وجه الفساد، هذا.

ويمكن 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 الإنشاء عقداً كان أم إيقاعاً، أو خصوص العقد، فدائرة موضوع القاعدة سعة وضيقة تابعة لدليلها، كما لا يخفى.

الجهة الثانية: أن الضمان يستعمل في ثلاثة معان:

أحدها: ما اختاره المصنف قدس سره 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، وفي 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. وقد جعل الضمان بهذا المعنى جامعاً للضمان في العقود الصحيحة والفسادة، وفي تلف

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

و هذا ليس تفكيكا في الضمان، لوجود الجامع. و اختلاف الخصوصيّات لا ينافي وجود الجامع الذي بلحاظه لم يكن تفكيك، لكونها من قبيل تعدّد الدال و المدلول.

ثانيها: ما نقله المصنف قدس سرّه و زيّقه، و هو: كون تلفه عليه و أنّه يتلف مملوكا له، فالمأخوذ بالعقد الصحيح يكون تلفه منه، و هو عين كونه خسارة عليه، و المأخوذ بالعقد الفاسد يكون تلفه موجبا لترتب الخسارة عليه، للزوم تداركه بالبدل.

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

هذا ما ينسب إلى الشيخ الجليل الشيخ علي رحمه الله في حاشية الروضة. و قد تقدّمت عبارته في التوضيح، فراجع. و قد ينسب الى الرياض أيضا في النقد و النسيئة في مسألة تقدير الثمن.

ثالثها: مطلق التعهد الجامع بين صورتَي التلف و عدمه، فالتعهد في صورة البقاء يكون بحفظه و ردّه إلى صاحبه، و في صورة التلف بردّ مثله أو قيمته. يعني: أنّ ما يقتضي صحّحه التعهد- أي عدم المجانية- ففاسده أيضا كذلك. و أمّا كونه بالمثل أو القيمة أو المسمّى فلم يتعرض القاعدة لها حينئذ.

و تظهر الثمرة بين هذه التفاسير الثلاثة في شمول القاعدة أصلا للجهة غير المعوّضة الفاسدة، كشمول القاعدة لها على التفسير الثاني، لأنّه يصدق على صحيحها

عند تلف الموهوب أنه تلف في ملك المتهب، ففاسده أيضا كذلك، مع أنّها داخله في العكس، لحكمهم فيها بعدم الضمان.

وعدم شمولها على الأول والأخير، الموجب لعدم دخول الهبة المعوّضة في أصلها، لعدم صدق التعهّد بدفع المثل أو القيمة عند التلف في ملك المتهب على تقدير إرادة التعهّد من الضمان، كما هو المعنى الثالث. كعدم صدق دفع البديل والعوض على تقدير إرادة اللزوم و الدرك كما هو المعنى الأول، إذ التلف وإن كان في ملك المتهب، إلا أنه ليس من ماله الأصلي، لعدم دفعه شيئا في مقابله بعنوان العوضية، فتدخل على التقديرين في عكسها، هذا.

كما تظهر الثمرة بين الأول والثالث في شمول الثالث لضمّان الحيلولة، كمن أقرّ بمال زيد لعمرو، ثم أقرّ لزيد، فإنّ ضمان القيمة للمالك ضمان بمعنى التعهّد الذي هو المعنى الثالث، دون الضمان بالمعنى الأول وهو لزوم البديل من المثل أو القيمة، لاختصاصه بصورة التلف. والمفروض في ضمان الحيلولة وجود العين. إلا أن يعمّم العوض والبديل بالنسبة إلى الموجود والتالف، فيدخل في المعنى الأول أيضا، لصدق دفع العوض على بدل الحيلولة، فيدفع البديل المزبور إلى مالك العين.

وكذا تظهر الثمرة في صدق المعنى الثالث- وهو التعهّد- على الموجود والمعدوم واختصاص المعنى الأول بالمعدوم، إلا أن يعمّم كما عرفت آنفا.

وكيف كان ففي المعنى الأول الذي اختاره المصنّف قدّس سرّه: أنّ ردّ مال الغير إلى مالكه لاقتضاء العقد ذلك ليس ضمانا ودركا، فإذا كان المثل موجودا في يد البائع و ردّ المشتري الثمن لا يصدق أنّه أدّى دركه. بل يقال: إنّ أدّى دينه. وكذا لو كان المبيع في يد المشتري، و ردّ الثمن إلى البائع.

لا يقال: إنّ الثمن درك المبيع، وكان الشيخ قدّس سرّه يعترف بذلك، ولذا فرض مورد التلف، ولا شبهة في أنّ دفع الثمن إلى البائع بعد تلف المبيع في يد المشتري ليس إلا

كدفعه في حال وجود المبيع سواء أ كان في يد البائع أم المشتري.

وعليه فتلف المبيع لا دخيل في الضمان بوجه، لأنّ العقد مع فرض صحته يقتضي الضمان أي رد الثمن إلى البائع مع وجود المبيع عند البائع أو المشتري. كما لا- دخيل في كيفية ردّ مال الغير بوجه، فتلف المبيع لا يعقل أن يكون مضمونا على مالكه، لعدم تعقل ضمان الشخص مال نفسه، كما أنّ ردّ مال الغير كالثمن إلى البائع ليس من قبيل الدرك. فما فرضه جامعا بين العقد الصحيح والفاسد- حتى لا يلزم التفكيك في معنى الضمان بين الصحيح والفاسد- لا يخلو من غموض، هذا.

وفي المعنى الثاني الذي زيّقه المصنف قدّس سرّه- وهو كون تلفه عليه، وأنّه يتلف مملوكا له- أولا: استدراك قيد المملوكية، إذ لا يعتبر في الضمان والتغريم كون التالف مملوكا للضامن، إلا بناء على قول من يقول بكون أداء البدل من باب التعاوض القهري شرعا بين التالف و بدله. لكنّه ضعيف كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و ثانيا: أنّ الإنسان لا يكون ضامنا لأمواله التالفة، فتلف المال من الشخص لا يحقّ عنوان الضمان.

و ثالثا: أنّ مجرد تلف مال من شخص غير تلفه عليه، إذ معنى كون تلفه عليه ترتب تدارك التالف و جبران خسارته عليه بسبب التلف. و أمّا كون نفس التلف خسارة فهو خسارة منه بلا تدارك عليه. فعنوان «تلفه» الموجب لتداركه عليه هو معنى الضمان، و ذلك منحصر في الفاسد، فلا يكون بين تلفه منه و تلفه عليه جامع حتى يكون أحد مصداقيه في الصحيح و الآخر في الفاسد.

نعم مجرد شباهاة ضمان الصحيح بضمان الفاسد- إمّا من جهة كونه ذا بدل كما في التفسير الأوّل، و إمّا من جهة الخسارة كما في التفسير الثاني- يوجب حسن المقابلة مع الضمان في الفاسد، كما في قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا.

وربّما يقال: في تصحيح عدم التفكيك المزبور: «بأنّ الضمان في الصحيح

و الفاسد كليهما بالمثل أو القيمة، فإنّ الضمان بالمسمّى في الصحيح قبل القبض، و هو خارج عن القاعدة التي أسّست لتشريع الضمان في موارد، و هو يتحقق بالقبض، و يقال:

إنّ بالقبض ينتقل الضمان. و معنى انتقاله أنّ المسمّى ينقلب بعد القبض بالمثل أو القيمة.

و معنى ضمان القابض بعد قبضه- مع أنّ المقبوض ملكه- أنّه لو تلف و طرأ عليه فسخ أو انفساخ و جب عليه ردّ المثل أو القيمة، و هو المضمون في الصحيح و الفاسد .. إلخ» (1).

فمحصل كلامه: أنّ القاعدة أجنبية عن ضمان المسمّى، فالضمان حينئذ هو تدارك المضمون بالمثل أو القيمة مطلقا. أمّا في العقد الفاسد فواضح، لكون الضمان فيه في صورة التلف بالمثل أو القيمة. و أمّا في العقد الصحيح فلأنّ الضمان فيه أيضا بعد التلف و الفسخ أو الانفساخ إنّما هو بالمثل أو القيمة، هذا.

و أنت خبير بما فيه، لأنّ حمل قوله: «كلّ عقد يضمن بصحيحه» على أنّه يضمن بعد فسخه و بعد تلف المبيع في غاية الغرابة، لأنّ 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 ارتكاب ذلك بلا دليل، هذا.

مضافا إلى: أنّ قوله: «إنّ الضمان بالمسمّى قبل القبض، و هو خارج عن القاعدة، فإنّها أسّست 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.

ثمّ إنّ المحقق الأصفهاني قدّس سرّه فسّر 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: أنّه في ضمن

عهده. و هذا المعنى قد يكون بتسبب من الشخص كما في عقد الضمان بأنحائه حتى ضمان النفس، فإنّ مرجعه إلى تعهّد إحضاره. و كما في مطلق المعاوضات، لتعهّد كلّ منهما و التزامه بأخذ المال ببذله، و لذا عبّر عنه بضمان المعاوضة فليس مجردّ كونه ذا عوض أو مملوكا بعوض مناط الضمان، بل تعهّد أخذه ببذله هو المناسب للضمان.

وقد يكون بجعل من الشارع أو العرف كما في التغيرات الشرعية و العرفية، فإنّهما يعتبران المأخوذ أو المتلف في عهدة الشخص. و العهدة في كل مقام لها آثار تكليفية أو وضعية، و لكنه لا يختلف معنى العهدة باختلافها، فكون الضمان تارة ضمان المعاوضة، و أخرى ضمان التكفل، و ثالثة ضمان الغرامة، و هكذا، لا يوجب اختلافًا في معناه.

و بناء على ما ذكرناه في معنى الضمان فمفاد القاعدة: أنّه كل مورد كان عهدة مورد العقد على المتعاقدين في الصحيح فعهدته عليهما في الفاسد» (1) انتهى كلامه علا مقامه.

و أورد عليه: «- مضافا إلى أنّ ما ذكره في معنى الضمان و أصله اللغوي مخالف للعرف و اللغة. و الأوّل ظاهر. و يعلم الثاني بالمراجعة إلى كتب اللغة- بأنّ كلّ عهدة ليست ضمانا، فعهدة أداء الدين غير كونه ضامنا له، و الدّين متعلق بالعهدة، لكن المديون ليس ضامنا، و بناء العقلاء في باب البيع و نحوه على تسليم العوضين معنى غير الضمان في العرف و اللغة، فلا يقال بعد تحقق البيع: إنّ كلّا من المتبايعين ضامن للأداء أو للمال، و هو واضح، فلا جامع بما ذكر بين ضمان اليد و التزام المتبايعين لتسليم العين، إذ الثاني ليس بضمان» (2).

أقول: أمّا ما أفاده في مخالفة معنى الضمان عرفا فلم يظهر له وجه، إذ العرف يساعد على كون الضمان نوع تعهّد بشيء، و أنّ مناط الضمان عندهم هو التعهد

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 76

(2) كتاب البيع، ج 1، ص 262

و الالتزام بأخذ شيء مع البذل، كالقرض الذي هو تمليك بالضمان.

و أمّا ما أفاده من كونه مخالفاً للغة، ففيه: أنّ في المصباح: «ضمنت المال و به ضماناً فأنا ضامن و ضمّين التزمته» (1). و في الصحاح: «ضمنت الشيء ضماناً كفلت به فأنا ضامن و ضمّين» (2) فإنّ التعهد بشيء في ذمته هو الموافق لمعناه اللغوي.

فما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه - من معنى الضمان - ليس مخالفاً لمعناه اللغوي، كما ليس مخالفاً لمعناه العرفي.

و أمّا ما أفاده بقوله: «بأنّ كلّ عهدة ليست ضماناً» فإنّ 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 كلّ تعهد، ففيه: - مضافاً الى رجوعه إلى الإشكال الأوّل، و هو مخالفة الضمان بهذا المعنى للضمان العرفي، و عدم كونه اشكالا على حدة - أنّه و إن كان صحيحاً، لكنّ المقام - أعنى به ضمان المقبوض بالعقد الفاسد - مما يصدق عليه الضمان العرفي.

نعم الإنصاف أنّ الضمان العرفي لا يصدق على العقد الصحيح المعاوضي، إذ لا يصدق الضمان على الثمن و المثمن، و لا الضامن على كلّ من المشتري و البائع بالنسبة إلى ما انتقل عنه. فما أفاده المحقق المتقدّم لا يكون جامعاً بين العقد الصحيح و الفاسد حتّى لا يلزم التفكيك في معنى الضمان بين الجملتين.

و لعلّ الأولى أن يقال: إنّ 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 حتّى يغيّر الضمان في العقد الفاسد الضمان

(1) المصباح المنير، ص 364

(2) صحاح اللغة، ج 6، ص 2155

في العقد الصحيح، ويلزم التفكيك بينهما، بل لزوم التدارك مثلا 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 مثلا على عمرو ودينار بيعا صحيحا، فهنا أمور:

الأول: الخسارة الواردة على كلّ منهما بخروج الكتاب عن ملك زيد، و خروج الدينار عن ملك عمرو، و هذه الخسارة تجبر بكلّ 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، و هذا ضمان المعاوضة.

الثالث: أنه بعد التقابض إذا طرء فسخ بإقالة أو غيرها أو انفساخ، فإن كانت العين باقية دفعها القابض إلى المالك. و إن كانت تالفة دفع بدلها مثلا أو قيمة إليه. و هذا يدلّ على ضمان القابض، و إلا امتنع الفسخ مع التلف، لانتفاء الموضوع.

و القول بامتناع ضمان القابض، لأنّه ماله، و لا يضمن الإنسان مال نفسه، مندفع بأنّه لا مانع من هذا الضمان إذا كان موضوعا لحقّ الغير، كإتلاف الراهن العين المرهونة، فإنّه ضامن لها مع أنّها ماله.

و كذا إتلاف المالك منذور التصدّق، أو العين الزكويّة بعد تعلق حق الفقراء بها، بناء على عدم كون الزكاة جزءا من العين، إذ بناء عليه يكون الضمان تداركا لمال الغير لا لمال نفسه.

و كيف كان فإن كان تطبيق الضمان في العقد الصحيح بلحاظ الأمر الأول فليس ذلك من الضمان المصطلح، ضرورة أنّ كلّ من العوضين صار ملكا لمن انتقل إليه، فلا يكون ضمانه تداركا لمال الغير.

وإن كان بلحاظ الأمر الثاني فكذلك، لأنّ تلف المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع ورجوع المبيع إلى ملك البائع، فيتلف في ملكه لا في ملك غيره، فيكون الضمان المصطلح أجنبيًا عنه أيضًا.

وإن كان بلحاظ الأمر الثالث كان إطلاقه على الصحيح والفاقد بمعنى واحد، إذ معنى الضمان فيهما هو كون مال الغير في العهدة، فمع وجوده يجب ردّ عينه إلى مالكها، و مع تلفه يجب ردّ بدله من المثل أو القيمة إليه. نعم يكون الضمان بهذا المعنى في الصحيح تبعيًا، لترتبه على انحلال العقد، و في الفاسد أصلًا، لعدم توقفه على شيء.

وعليه فلا يلزم تفكيك بين معنى الضمان في الفقرتين. بخلاف تفسير المصنّف تبعًا للجواهر للضمان في الفقرة الأولى بالمسمّى، فإنّه يستلزم التفكيك بين الفقرتين في معنى الضمان، فلاحظ.

فالمتحصل: أنّه على ما ذكرناه من كون الضمان عبارة عن التعهد والالتزام بمال الغير- و كون حكم هذا التعهد تارة وجوب دفع عينه مع وجودها، بناء على كون ردّ العين أيضًا ضمانًا. و أخرى دفع بدلها من المثل أو القيمة مع تلفها، لعموم على اليد وغيره- لا يلزم اختلاف في معنى الضمان و مفهومه. و اختلاف الأحكام ناش عن الأدلة كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المتعلقة بمعاني الضمان.

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

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

الثاني: أنّ القضية الحقيقية و إن كان الموضوع فيها مفروض الوجود، إلّا أنّه لا بدّ أن يكون المفروض وجوده ممكن الفعلية، فإن كان ممتنع الفعلية لم يصحّ جعله

موضوعا 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 مضمونا ففاسده أيضا مضمون. و من المعلوم أنّ الفرد إمّا يقع فعلا صحيحا أو فاسدا، و يمتنع اتصافه بالصحة و الفاسد معا لتناقضهما، إذ المراد بهما التمامية و عدمها. فاتصافه بهما يكون فرضيا، و لا يمكن أن يكون فعليّا، فلا يصح جعله موضوعا لحكم.

فما في بعض كلمات الأعلام - كصاحب الجواهر و بعض أجلة المعاصرين «1» - من «كون عموم القاعدة بلحاظ الأفراد» في غاية الغموض: و إن فرضنا ظهور مثل هذا الكلام في العموم الأفرادي، كقوله: «أكرم كلّ عالم» لكنّه لا يمكن المصير إلى ذلك فيما نحن فيه كما لا يخفى.

و الاعتذار عن إشكال امتناع اتّصاف 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 حتّى نقول يجب الأخذ بظاهرها، و ظاهرها كذا و كذا، بل لا بدّ من الأخذ بها بمقدار ما يدلّ عليه مدرّكها» اعتراف بورود الأشكال على ظاهر الجملة، و إنكار لاعتبارها، لعدم ورودها في آية و لا رواية معتبرة و لا معقد إجماع.

و ليس هذا جوابا عن الاشكال، بل هو اعتراف به مع إنكار اعتبار أصل القضية، و هذا مطلب آخر.

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

(1) جواهر الكلام، ج 27، ص 247؛ القواعد الفقهية، ج 2، ص 96

[الأول: إقدام المتعاملين]

ثم إنَّ المدرك (1) لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك- في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل- هو إقدام الآخذ على الضمان.

مستند قاعدة «ما يضمن» الأول: إقدام المتعاملين

(1) 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 الإقدام على الضمان التي ذكرها في رهن المسالك وتوضيحه: أنه إذا رهن المديون مالا عند المرتهن واشترط فيه كون العين المرهونة مبيعا بالدين إذا حلَّ الأجل ولم يؤدِّ المديون دينه، فهل يصحَّ ذلك أم لا؟

ذهب الشهيد الثاني قدس سره إلى أن الرهن والبيع فاسدان. أمّا الرهن فلائّه لا يتوقّت إلا بوفاء الدين، لا بالأجل كشهر أو سنة مثلاً. وأمّا البيع فلائّه معلق على عدم وفاء الدين، والتعليق مبطل، ثم قال: «فلو قبضه المرتهن على هذا الوجه ضمنه بعد الأجل، لا قبله، لأنّه في مدّة الأجل رهن فاسد، وبعده مبيع فاسد. وفساد كل عقد يتبع صحّحه في الضمان وعدمه، فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك. وحيث كان صحيح البيع مضموناً على المشتري، ففساده كذلك. والسّرّ في ذلك- يعني في الضمان- أنّهما تراضيا على لوازم العقد، فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان. ودفع المالك عليه. مضافاً إلى قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» [1] «1» [1].

[1] لا يخفى دلالة هذا الكلام على استناد قاعدة «ما يضمن» إلى الاقدام واليد،

(1) مسالك الأفهام، ج 4، ص 55 و 56

ص: 114

ثم أضاف إلى ذلك (1) قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

و الظاهر أنه (2) تبع في استدلاله بالاقدام الشيخ في المبسوط، حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين «بدخوله على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة» (1).

و غرض المصنّف قدّس سرّه من الاستشهاد بكلام الشهيد الثاني أنّه قدّس سرّه استدللّ على ضمان الرهن بعد الأجل بقاعدة «ما يضمن» ثم استدللّ عليها بقاعدة الإقدام على الضمان. و عليه فمدرك قاعدة «ما يضمن» هو الإقدام.

(1) يعني: أنّ الشهيد الثاني لم يقتصر - في مستند القاعدة - على الاقدام فحسب، بل جعل الحديث النبوي دليلا عليها أيضا.

(2) يعني: أنّ استدلال الشهيد الثاني بقاعدة الإقدام مسبق باستدلال شيخ الطائفة بها - في موارد عديدة - على الضمان.

كما نقله المصنّف عنه. لكنّه في بحث المقبوض بالعقد الفاسد جعل القاعدة دليلا مستقلا على الضمان كاليد و الاقدام، و لا بدّ أن يكون مدرك القاعدة أمرا آخر بنظره، قال في شرح قول المحقق: «و لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضمونا عليه» ما لفظه: «لا إشكال في ضمانه إذا كان جاهلا بالفساد، لأنّه أقدم على أن يكون مضمونا عليه، فيحكم عليه به، و إن تلف بغير تفریط. و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي. و من القواعد المقرّرة في هذا الباب: أنّ كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» (2).

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

(1) تقدمت جملة من كلمات الشيخ في ص 58، فراجع.

(2) مسالك الافهام، ج 3، ص 154

ص: 115

و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل (1)، لأنهما إنّما أقدما و تراضيا و توطأنا بالعقد الفاسد على ضمان خاص (2)، لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص (3). و مطلق (4) الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى. فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت فحكم شرعي تابع لدليله، و ليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

(1) ناقش المصنّف قدّس سرّه في الاستدلال بقاعدة الإقدام على قاعدة «ما يضمن» بوجه ثلاثة، أحدها: منع صغروية العقد الفاسد لقاعدة الإقدام. ثانيها: منع الملازمة بين الإقدام و الضمان. ثالثها: منع قاعدة الإقدام كبرويًا، بمعنى عدم كونها من موجبات الضمان.

توضيح الوجه الأول: أنّ الضمان في العقد المعاوضي - الممضى شرعا - يكون بحسب العوض المسمّى. و في العقد الفاسد بحسب البديل الواقعي. و على هذا نقول:

بعدم صلاحية قاعدة الإقدام للاستدلال بها، و ذلك لأنّ الضمان الخاصّ و هو ضمان المسمّى - الذي أقدما عليه و تراضيا به - لم يسلم، لفساد سببه أعني به العقد. و الضمان الآخر - و هو ضمان البديل مثلا أو قيمة - ممّا لم يقدم عليه، فلو ثبت ضمان مع التلف لم يكن ذلك بقاعدة الإقدام، بل بدليل آخر.

فتوجيه الضمان في العقد الفاسد بقاعدة الإقدام 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.

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

(3) و من المعلوم عدم العبرة بالإقدام على الضمان الجعلي، لعدم إمضاء الشارع له، فهذا الإقدام يكون بحكم العدم.

(4) إشارة إلى توهم و دفعه. أمّا التوهم فهو: أنّ الإقدام على الضمان الخاص

هذا كله مع أنّ (1) مورد هذا التعليل أعمّ من وجه من المطلب، إذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض [1]، وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع

وإن كان منتفيا من جهة فساد العقد. إلا أنّ انتفاء الضمان الجعلي لا يوجب انتفاء إقدامهما وتراضيهما على مطلق الضمان، ضرورة عدم تواطئهما على المجانيّة، و من المعلوم أنّ مطلق الضمان ينصرف إلى البديل الواقعي. و عليه فلا بأس بجعل قاعدة الإقدام على الضمان و الدخول عليه مدركا لقاعدة «ما يضمن».

وأمّا الدفع فهو: أنّ ما أقدم عليه المتعاقدان ضمان خاصّ، و هو المعوضيّ، و المفروض انتفاؤه بفساد العقد، و ينتفي مطلق الضمان أيضا، و الضمان بالبديل الواقعي يتوقّف على الإقدام و الرضا به، و هو غير حاصل حسب الفرض.

و عليه فثبوت الضمان بالبديل الواقعيّ في العقد الفاسد منوط بدليل يدلّ عليه، و لا ربط له بإقدام المتعاقدين عليه.

(1) هذا هو الوجه الثاني من المناقشة في استدلال الشيخ و الشهيد الثاني قدّس سرّهما بقاعدة الإقدام، و بيانه: أنّ النسبة بين المدعى - و هو قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده - و بين الإقدام الذي استدلاّ به عليه عموم من وجه، مع أنّه يعتبر كون الدليل مساويا للمدعى أو أعمّ منه مطلقا. و هذا الضابط مفقود في المقام، ضرورة اجتماع الضمان و الإقدام تارة و افتراقهما اخرى. فقد يكون الإقدام متحققا و لا ضمان كما في تلف المبيع قبل القبض، فإنّه يتلف من مال بائعه، مع أنّ المشتري أقدم على ضمانه بالثمن المسمّى 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:

[1] لكن موضوع كلامهم يكون بعد القبض، فمقصودهم من كون الإقدام موجبا للضمان أنّه موجب له في المقبوض، فلا- يرد النقض المذكور.

إذا تلف في يد المشتري. و كما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو: «آجرتك بلا اجرة».

نعم (1) قوَى الشهيدان في الأخير عدم الضمان، و استشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم (2).

أحدها: البيع بلا- ثمن، فإنّ المشتري لم يقدم على ضمان المبيع، لفرض توافقهما على انتقال المبيع إليه مجردا عن الثمن. مع أنّ جمعا حكموا بضمان المشتري، و كون المبيع على عهده، فلو تلف وجب عليه دفع بدله إلى البائع.

ثانيها: الإجارة بلا اجرة، كما إذا آجر المالك داره لزيد شهرا بلا أجرة، فإنّ المستأجر ضامن لاجرة المثل، مع عدم إقدامه على الضمان.

ثالثها: شرط ضمان المبيع على البائع إذا تلف عند المشتري: بأن يقول البائع:

«بعتك هذا الكتاب بدينار، بشرط أن يكون تلفه عندك عليّ» فقبل المشتري.

فلو تلف عنده لم يكن الضمان على البائع، بل على المشتري، مع أنّه لم يقدم عليه.

هذا كلّ في موارد افتراق الضمان و الاقدام. و أمّا مورد الاجتماع فكثير، كما إذا باع الكتاب بدينار بعقد صحيح، و تلف بيد المشتري، فإنّ الاقدام و الضمان متحققان.

فالنتيجة: أنّ النسبة بين المدعى و دليله- و هو الاقدام- عموم من وجه، و في مثله لا يصح الاستدلال.

(1) هذا استدراك على جعل المثالين الأخيرين- و هما البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرة- من موارد وجود الضمان بدون الاقدام عليه. و محصّ له: أنّ ضمان المشتري و المستأجر في هذين المثالين ليس متّققا عليه، لذهاب الشهيدين قدّس سرّهما إلى عدم الضمان، فالمسألة خلافية.

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

(2) تقدم في (ص 93 و 94) توضيح المسألة، و نقل كلام الشهيدين في الإجارة بلا أجرة، و كلام العلامة في البيع بلا ثمن، فراجع.

وبالجملة (1): فالدليل الاقدام - مع أنه (2) مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله - منقوض (3) طردا وعكسا [1].

(1) ظاهر العبارة أنها تلخيص ما تقدّم من الاشكال على الاستدلال بقاعدة الإقدام، لكنّها تتضمّن إشكالا ثالثا على القاعدة لم يسبق له ذكر، وكان الأنسب تقديمه على الإشكاليين السابقين، ومحصّله: أنّا نطالب الشيخ والشهيد الثاني قدّس سرهما بالدليل على كون الاقدام من أسباب الضمان، نظير سببية إتلاف مال الغير واستيفاء منفعته والتسبب ونحوها له. فلو أغمضنا عن الإشكاليين السابقين لم يتّجه أيضا جعل الاقدام مدركا لقاعدة «ما يضمن» لعدم إحراز اقتضائه للضمان، هذا.

(2) هذا هو الاشكال الثالث الذي أشرنا إليه من عدم الدليل على كون الاقدام من موجبات الضمان وأسبابه.

(3) النقض بالطرد والعكس هو ما تقدّم في الاشكال الثاني، والمراد بالطرد منع الأغيار، وهو يقتضي انتفاء الضمان بانتفاء الاقدام، مع أنّ الضمان موجود بدون الاقدام كما في البيع بلا ثمن ونحوه. والمراد بالعكس جمع الأفراد، بمعنى ثبوت الضمان في كلّ مورد تحقّق فيه الاقدام، مع أنّه قد يتحقّق الاقدام، ولا ضمان، كما في البيع الصحيح إذا تلف المبيع بيد البائع.

والحاصل: أنّ قوله: «طردا وعكسا» إشارة إلى أنّ النسبة بين الدعوى والدليل عموم من وجه. ولعلّ التعبير بالعكس والطرد في مثله لا يخلو من مسامحة.

[1] لا يخفى أنّ شيخ الطائفة كما استدللّ على الضمان بقاعدة الإقدام المعبر عنها «بالدخول على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمّى» كما نقلنا مواضع من كلماته، فكذلك استدللّ - كالشهيد الثاني - بقاعدة اليد، فيمكن أن يكون نظره إلى كلّ منهما مستقلا. و من مواضع استناده إلى الضمان اليدي قوله في تعاقب الأيدي في البيع الفاسد:

«فإذا ثبت أن البيع فاسد، نظر، فإن كان المبيع قائما أخذه مالكة وهو البائع الأوّل، سواء

وجده في يد المشتري الأول أو المشتري الثاني، لأنه ملكه لا حقّ لغيره فيه. وإن كان تالفا كان له أن يطالب بقيمته كل واحد منهما، لأنّ الأول لم يبرأ بتسليمه إلى الثاني، لأنه سلّمه بغير إذن صاحبه، والمشتري الثاني قبضه مضمون بالإجماع.

فإذا ثبت ذلك فإنّه يجب عليه أكثر ما كانت قيمته. وقيل: إنّه يعتبر قيمته وقت التلف. ثمّ ينظر في قيمة المبيع، فإن كانت قيمته في يدهما واحدة فإنّه يطالب بقيمته إن شاء المشتري الأول، وإن شاء المشتري الثاني، لأنّ كل واحد منهما ضامن للقيمة.. إلخ» (1).

وقريب منه كلامه في باب الغصب في بيع العبد المغصوب إذا أعتقه المشتري، فيضمن أعلى القيم من حين القبض إلى حين العتق، قال: «لأنّه دخل على أنّه عليه بعوض، وقد تلف في يده.. إلخ» (2).

وعليه فالاستدلال على الضمان بكلّ من قاعدتي اليد و الإقدام موجود في كلام شيخ الطائفة قدّس سرّه. فلا وجه للإيراد على المصنّف قدّس سرّه بما حاصله: «أنّه لا موضوع للإشكال على استدلال الشيخ بقاعدة الإقدام، لأنّ المتكرر في كلماته في باب البيع الفاسد و الغصب و غيرها هو استناد الضمان إلى اليد، كقوله: وإنّما وجب الضمان عليه- أي على المشتري- لأنّه أخذ الشيء بعوض، فإذا لم يسلم العوض المسمّى وجب عوض المثل لما تلف في يده.. إلخ» (3) «(4).

وذلك لما عرفت من استناد الشيخ إلى كلتا القاعدتين، كما صنعه الشهيد الثاني أيضا. ولعلّه اقتبس منه، وحينئذ ينبغي النظر في كل من اليد و الإقدام.

(1) المبسوط، ج 2، ص 150

(2) المبسوط، ج 3، ص 98

(3) المبسوط، ج 2، ص 149

(4) كتاب البيع، ج 1، ص 270

أمّا اليد فتقتضي الضمان، لأنّ الاستيلاء على مال الغير- ما لم يطرأ عليه ما يرفع الضمان من قصد المجانية- مضمّن، و الضمان الاقدامي على مبادلة المالكين كالعدم في نظر الشارع، فيؤثر الاستيلاء المقتضي للضمان أثره.

وأمّا الاقدام فقد أنكر المصنف إقدامهما على ضمان المثل أو القيمة، وإنّما أقدم على ضمان خاصّ وهو عوض جعلي لم يسلم لهما، فلا وجه لاستناد البديل الواقعي إلى الاقدام.

و أورد المحقق الخراساني عليه بوجهين، قال قدّس سرّه: «يمكن أن يقال: بأنّهما أقدم على أصل الضمان في ضمن الاقدام على ضمان خاص، و الشارع إنّما لم يمتص الضمان الخاصّ، لا أصله. مع أنّ دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم إمضائه، فافهم» (1).

أمّا الإشكال الأوّل فيمكن أن يقال: إنّ ما أقدم عليه المتعاقدان حصّة من الضمان أي المسمّى، و دليل فساد العقد يدلّ بالملازمة على انتفاء هذه الحصّة، و معه لا يعقل بقاء طبيعة الضمان الموجودة بوجود هذه الحصّة.

و بعبارة أخرى: المضمون المقدم عليه مقيّد من أوّل الأمر بالمسمّى، و لا تركيب و لا اشتراط في البين حتى يتصوّر بقاء المشروط بعد انتفاء الشرط، أو بقاء الجزء بعد انتفاء المركّب.

هذا مضافاً إلى غموض «تحقق الاقدام على أصل الضمان في ضمن الاقدام على ضمان خاصّ» فإنّ الإقدام على الحصّة و إن كان متضمناً للإقدام على طبعي الضمان، إلّا أنّ المفروض إلغاء هذه الحصّة شرعاً. و جعل حصّة أخرى و هي البديل الواقعي- من المثل أو القيمة- مقامها، و من المعلوم انتفاء الطبيعة بانعدام حصّتها، هذا.

و أمّا الإشكال الثاني، فلا يخلو من إجمال في نفسه، لأنّ مرجع ضمير «عدم إمضائه» إن كان هو الضمان الخاصّ بمعنى عدم دلالة دليل فساد العقد على عدم

(1) حاشية المكاسب، ص 31

الضمان الخاصّ، ففيه: أنّ دليل الفساد يستلزم انتفاء الضمان بالمسمّى، لانحصار الدالّ عليه في دليل إمضاء العقد، و مع فرض الفساد كيف لا ينتفي الضمان الخاصّ؟

وإن كان مرجع الضمير مطلق الضمان، بأن يراد عدم اقتضاء دليل فساد العقد انتفاء مطلق الضمان- كما لعله المراد- ففيه: أنّه وإن كان محتملا ثبوتها، إلا أنّ الضمان حكم شرعي يتوقف على دليل في مقام الإثبات، و المفروض عدم الدليل عليه بعد حكم الشارع بإلغاء ضمان المسمّى. و كيف يكون إقدام المتعاملين على أصل الضمان مع أنّه أمر قصدي؟ و المقصود هو الضمان بالعوض الجعلي «1».

و بهذا يسلم أول إشكالي الماتن- على شيخ الطائفة- عن مناقشة المحقق الخراساني قدّس سرّهما.

إلا أنّه لا يبعد- كما أفاده المصنّف أيضا- أن يكون مراد شيخ الطائفة احترام المال، و عدم ذهابه هدرا، إلا إذا سلب المالك احترامه، بأن بذله للغير مجّانا. فإذا لم يقدم المتعاقدان على المجّانية كان الضمان في محلّه، لكونه حينئذ على طبق السيرة العقلانية الممضاة شرعا. فمراد شيخ الطائفة من الإقدام على الضمان بيان عدم الإقدام على المجّانية، و سلب احترام ماله.

و على هذا لا يرد الإشكال الأول المذكور في المتن على شيخ الطائفة قدّس سرّه.

و أمّا الإشكال الثاني- و هو قوله: إذ قد يكون الإقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض .. إلخ- فيمكن أن يقال: إنّ الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد، فالإقدام مع القبض دليل القاعدة، لا مجرد الإقدام. فلا يرد عليه هذا النقض.

و أمّا قضية شرط الضمان على البائع فلا ترد على قاعدة الإقدام، لأنّ الضمان المعاوضي موضوع عند الشيخ للحكم بضمان المثل أو القيمة مع عدم صحة المعاوضة و عدم سلامة المسمّى. و شرط الضمان على البائع لا ينافي إقدام المشتري على ضمان

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 77

اللهم إلا أن يستدلّ على الضمان فيها (1) بما دلّ على احترام مال المسلم،

الدليل الثاني: قاعدة الاحترام

(1) أي: في المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة، وهذا إشارة إلى دليل ثالث على قاعدة «ما يضمن». وظاهر العبارة و إن اقتضى الاستدلال على ضمان المنافع خاصة، إلا أنّ الدليل - وهو احترام مال المسلم - عام، لصدق الموضوع - أي المال - على الأعيان و المنافع معا، و إن كان صدقه على الأعيان أوضح.

و على هذا فقاعدة الاحترام دليل على قاعدة «ما يضمن» مطلقا سواء أ كان العقد على تملك الأعيان أم المنافع.

و كيف كان، فقاعدة الاحترام مصطادة من طوائف ثلاث من الأخبار:

الأولى: ما دلّ على عدم حليّة مال المسلم لغيره إلا عن طيب نفسه، كمعتبة سماعة و زيد الشّحام عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: «إنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرء مسلم

المسمّى. نعم لم يقدم المشتري على ضمان المثل أو القيمة، و هو ليس موضوعا للضمان.

و أمّا البيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة فلا يندرجان في القاعدة موضوعا، لعدم كونهما عقدا، إذ البيع و الإجارة متقوّمان بالعوضين، فانتفاء أحدهما يوجب انتفاء ماهيّتهما، و لعلّهما يندرجان في الهبة و العارية. غاية الأمر أنّهما قد أنشئت بلفظي البيع و الإجارة، فهما من صغريات «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بناء على صحة إنشائهما بهذين اللفظين. لكن الحقّ عدم صحّته.

و لا بدّ أن يكون التقض بمورد مسلم، و الشهيدان اختارا عدم الضمان في الإجارة بلا اجرة، و استشكل العلامة في الضمان في البيع بلا ثمن.

و بالجملة: فلا يرد شيء من التقوض المزبورة على شيخ الطائفة قدّس سرّه.

ولا ماله إلا بطيبة نفس منه [نفسه]» (1).

و كرواية تحف العقول عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أنه قال في خطبة حجة الوداع:

أيها الناس إنما المؤمنون إخوة، ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه» (2).

ونحوهما مما ذكرناه في أدلة لزوم المعاطاة، فراجع (3).

و تقريب دلالتها على الضمان: أن الحرمة المسندة إلى مال المسلم أو المؤمن يراد بها حرمة التصرف، و من المعلوم أن التصرف في المال أعم من الخارجي كما في الأعيان المتمولة التي ينتفع بها بوجه من وجوه الانتفاع كالأكل و الشرب و اللبس و نحوها. و من الاعتباري كالبيع و الصلح و الهبة و الوقف و نحوها. و لا ريب في أن الحرمة تكليفية في التصرف الخارجي، و وضعية في الاعتباري. و حرمة المال تقتضي ضمان المتصرف فيه، هذا.

الثانية: ما دل على أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه، كمعتبرة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصية، و حرمة ماله كحرمة دمه» (4).

و تقريب دلالتها على الضمان: أنه صلى الله عليه وآله وسلم نزل حرمة مال المؤمن منزلة حرمة دمه، و عموم التنزيل يقتضي ثبوت كل حكم ثبت للدم- من التكليف و الوضع- للمنزل و هو المال، و من المعلوم أن الدم لا يذهب هدرا، و هذا هو المناسب لمقام المسلم و عظم شأنه، لا مجرد حرمة إراقة دمه تكليفا. فمقتضى عموم التنزيل

(1) وسائل الشيعة، ج 3، ص 424، الباب 3 من أبواب مكان المصلي الحديث 1؛ و الرواية بتمامها مذكورة في ج 19، ص 13، الباب 1 من أبواب قصاص النفس، الحديث 3

(2) المصدر، ص 425، الحديث: 3

(3) هدى الطالب، ج 1، ص 516

(4) وسائل الشيعة، ج 8، ص 610، الباب 158 من أبواب أحكام العشرة، الحديث 3

- بعد عدم قرينة على خصوص الحكم التكليفي - احترام ماله بكلّ احترام لدمه، و من الواضح أنّ احترام دمه بعدم إراقته و بدفع الدية - لو أهرق - حتى لا يذهب هدرا، فكذا المال، فينبغي ضمانه لو تلف بيد المتصرّف، هذا.

الثالثة: ما ورد فيها من التعليل بعدم صلاحية ذهاب حق أحد، كمعتبرة الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملة من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حق أحد» (1).

و تقريب دلالة التعليل هو: أنّ المراد بالحقّ أعمّ من الحقّ المالي وغيره، لإطلاقه تارة على المال كالخمس و الزكاة و نحوهما، كقوله تعالى الَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِلنَّاسِ وَالْمَحْرُومِ، و كقوله عليه السلام: «هلك الناس في بطونهم و فروجهم، لأنّهم لم يؤدّوا إلينا حقّنا». و أخرى على الحق المصطلح المقابل للحكم و الملك، كحقّ الوصية، كما ورد في موثقة سماعة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الذمة؟ فقال لا تجوز إلّا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية، لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد» (2) إذ المراد بالحق - في التعليل - هو حقّ الوصية الثابت للمسلم.

و على هذا فيدلّ التعليل على أنّه إذا ثبت حقّ شخص على غيره لم يصحّ ذهابه و فواته بغير عوض، و هذا معنى الضمان.

و قد تحصّل من هذه الطوائف الثلاث حرمة مال المسلم و ضمانه. و لما كان صدق «المال» على المنافع و الأعمال المحترمة حقيقيا كصدقه على الأعيان، دلّت قاعدة الاحترام على قاعدة «ما يضمن» مطلقا سواء أ كان متعلق العقد عينا أم منفعة، هذا.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 390، الباب 20 من أبواب أحكام الوصايا، الحديث: 3

(2) المصدر، ص 391، الحديث 5

وأنه (1) لا يحلّ إلا عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه، وأنه لا يصلح ذهاب حقّ أحد.

[الدليل الثالث: قاعدة نفي الضرر]

مضافاً إلى أدلّة نفي الضرر (2) [1].

(1) هذا وقوله: «وأن حرمة ماله» و«وأنه لا يصلح» معطوفة على قوله:

«احترام» عطف تفسير، فالمراد بالكلّ قاعدة واحدة وهي قاعدة الاحترام المستفادة من النصوص المتفرقة. ويشهد لهذا قوله بعد أسطر، «لقاعدتي الاحترام ونفي الضرر» فليس مقصود المصنف جعل كلّ طائفة من الطوائف الثلاث دليلاً مستقلاً على ضمان المنافع والأعمال.

الدليل الثالث: قاعدة نفي الضرر

(2) هذا إشارة إلى دليل آخر على القاعدة، وهو الأخبار المتضمنة لنفي الضرر والضرر في الإسلام، حيث إنّ تلف مال شخص - بلا عوض - عند غيره بدون إذن مالكه يوجب نقص ماله وتضرره، وكذا الحال في استيفاء منفعة الغير بدون أجره.

ولا يخفى أنّ الاستدلال بقاعدة نفي الضرر على المقام مبنيّ على كون مفاد عموم نفي الضرر نفيه مطلقاً وإن كان ناشئاً عن عدم جعل الحكم كالمقام، حيث إنّ المالك يتضرر من عدم حكم الشارع بضمان المنفعة، ومقتضى حكومة القاعدة على أدلّة الأحكام الأوليّة نفيها، سواء أكانت وجوديّة كوجوب الوضوء الضروري، أم عدميّة كعدم ضمان المستوفي لمنفعة مملوكة للغير، فيحكم بالضمان لئلا يتضرر المالك أو العامل.

[1] قد يستشكل في دلالة قاعدة الاحترام على الضمان بالتلف: بأنّ تنزيل حرمة مال المؤمن أو المسلم منزلة حرمة دمه يقتضي وجوب حفظه وعدم إتلافه حتى

لا يذهب هدرا. و أمّا مجرد تلفه عنده بأفة سماوية فلا ظهور لها في ضمانه و وجوب تداركه بالبدل.

و كذا الحال في روايات الشهادة على الوصية، فإنّ عدم صلاحية ذهاب حق أحد ظاهر في حرمة تضييعه، و إشغال ذمته بالإتلاف. و الكلام يكون في التلف.

لكن يمكن أن يقال: بأنّه- بعد عدم اختصاص الحرمة بالتكليف و استفادة الحكم الوضعي منها كما هو الظاهر- لا وجه للاختصاص بالإتلاف، إذ المقبوض بالعقد الفاسد ليس أمانة مالكية بيد المشتري حسب الفرض، و مقتضى إطلاق دليل الحرمة على الضمان هو الحكم به مطلقا سواء أ كان بالتلف أم بالإتلاف، و لا قرينة على إرادة الإتلاف خاصّة من حرمة مال الغير.

و عليه فالقاعدة سليمة من هذه المناقشة. و للكلام تتمّة تأتي في ضمان المنافع إن شاء الله تعالى.

و أمّا قاعدة نفي الضرر فقد تشكل أولا: بأنّها أخصّ من المدعى، فإن التالف في العقد الفاسد مضمون بالبدل الواقعي، و ربّما كان أكثر مائيّة من البدل المسمّى، فلو قيل بالضمان الواقعي كان مخالفا لامتنائيّة القاعدة، لتضرّر المشتري الذي تلف المبيع عنده مع عدم تقصيره في الحفظ. نعم لا بأس بإثبات الضمان لو كان البدل الواقعي مساويا للمسمّى أو أقلّ منه.

و ثانيا: باختصاص القاعدة بالإتلاف الذي هو موردها، و ذلك أجنبي عن التلف الذي هو محطّ البحث، لإصرار سمة بالإضرار بالأنصاري و تعمّده 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 كان الضرر من قبيل التلف أم الإتلاف، فليتملّ.

و أمّا (1) خبر اليد فدلالته وإن كانت ظاهرة (2)، و سنده منجبراً، إلا أنّ مورده مختصّ بالأعيان (3) [1]،

الدليل الرابع: حديث «على اليد...»

(1) هذا إشارة إلى الدليل الرابع على قاعدة «ما يضمن» وقد ورد ذلك في كلام الشهيد الثاني قدس سرّه و محصّله: أنّ النبوي «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» لا بأس به سنداً، لانجبار ضعفه بعمل المشهور، إلا أنّه أخصّ من القاعدة، لاختصاص المأخوذ باليد بالأعيان، لأنّها هي القابلة للأخذ. فتختصّ القاعدة بالعقود المعاوضية الواقعة على الأعيان كالبيع و الصلح المعاوضي و الهبة المشروطة بالعرض - بناء على تعميم الاقتضاء للشرط - و لا تشمل العقود الواقعة على المنافع كالإجارة الفاسدة، لأنّها تملك المنفعة، و هي لا تؤخذ باليد، و كذا الجعالة الفاسدة، مع أنّ قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» تشمل تملك المنافع أيضاً.

و عليه يكون النبويّ أخصّ من المدعى، فلا وجه لاستدلال الشهيد الثاني قدس سرّه به على المقام.

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

(3) لم يرد لهذا الحديث مورد، لعدم قرينة فيه على اختصاصه بالأعيان من سبق سؤال و نحوه. و الظاهر أنّ غرض المصنف قدس سرّه اختصاص الموصول بالأعيان بقرينة الأخذ باليد. و المنفعة حيثيّة قائمة بالعين كمسكوّية الدار، و لا يمكن وضع اليد عليها حتى تصير مضمونة على الآخذ.

[1] سيأتي إن شاء الله تعالى - في ثالث الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد - أنّه لا يمنع ذلك من الاستدلال بالنبوي على ضمان المنافع في صورة قبض العين ذات المنفعة.

ووجه الاختصاص أمران:

أحدهما: ما سيأتي من المصنّف من عدم صدق «الأخذ باليد» بالإضافة إلى المنافع.

فلا يشمل المنافع والأعمال (1) المضمونة في الإجارة الفاسدة. فكل (2) عمل وقع من عامل لأحد- بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه (3)- فلا بدّ من أداء عوضه لقاعدتي الاحترام و نفي الضرر.

(1) لا- يخفى صدق المنافع والأعمال على مثل خدمة العبد والأمة، فإنها منفعة وعمل، إلا أنّ المراد هنا بالمنافع ما يقابل الأعمال، فالمنافع نظير سكنى الدار وركوب الدابة، والأعمال المضمونة نظير الخياطة و النجارة و الطبابة التي هي أفعال الآدمي. و عليه فإذا استأجر داراً بإجارة فاسدة، أو استأجر خياطاً لخياطة ثوبه كذلك كان على المستأجر أجره المثل، مع أنّ المنفعة غير قابلة للقبض باليد و الاستيلاء عليها.

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

(3) فلو كان العمل مقابلاً بالأجرة عرفاً، لكنّ العامل تبرّع بالعمل- و لم يأمره شخص آخر- لم يكن عمله مضموناً بالأجرة. و كذا لا ضمان لو استند العمل إلى أمر الأمر، لكنّه لم يحصل غرضه من الأمر، كما لو أمره بصنع سرير فجعله منضدة مثلاً.

هذا كلّ في الوجوه المستدلّ بها على قاعدة «ما يضمن». و قد تحصّل وفاء ثلاثة منها بإثبات الضمان، و هي اليد- بالنسبة إلى العقود على الأعيان- و الاحترام و نفي الضرر.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سرّه من عدم صدق التآدية في المنافع مطلقاً، فإنّ ظاهر قوله: «حتى تؤدّي» كون عهدة المأخوذ مغيّمة بأداء نفس المأخوذ. و المنافع لتدرّجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حدّ ذاتها، لا كالعين التي لها أداء في حدّ ذاتها و إن عرضها الامتناع ابتداءً أو بقاءً «1».

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 78

ثم (1) إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه (2)- من الاستدلال على الضمان بالاقدام و الدخول عليه- بيان (3) أنّ العين (4)

و سيأتي استدراك بعض الأعمال المضمونة عند عدم استيفاء الأمر منفعة العامل كالسبق في المسابقة الفاسدة.

(1) غرضه توجيه استدلال شيخ الطائفة و الشهيد الثاني قدس سرهما بقاعدة الإقدام بنحو يسلم من مناقشة المصنّف قدس سره. و توضيحه: أنّ المقتضي للضمان و الموجب له عند تلف مال الغير- من العين و المنفعة- هو قاعدة الاحترام، و قاعدة اليد- بالنسبة إلى الأعيان، لكنهما 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 مجاناً أو دفعها إليه أمانة، أو تبرّع العامل بعمله، فالتسليط بهذا النحو مانع عن تأثير الاحترام و اليد في الضمان.

و أمّا إذا دفع المالك ماله إلى غيره بقصد أخذ عوضه، و أقدم الآخذ على ضمانه بالعوض فقد تمّ سبب الضمان و هو اليد و الاحترام، بضميمة انتفاء المانع.

و عليه فغرض شيخ الطائفة من الاستناد إلى قاعدة الإقدام ليس إثبات سببها التامة للضمان، بل المقصود بيان عدم المانع عن تأثير مقتضي الضمان، و هو وضع اليد على مال الغير و قاعدة الاحترام. و لمّا لم تكن القاعدة دليلاً مستقلاً لم يرد عليها ما تقدّم من المناقشة فيها صغرى و كبرى.

(2) كابن إدريس، حيث قال في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد: «لأنّ البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمّى في مقابلة ملكه، فإذا لم يسلم له المسمّى اقتضى الرجوع إلى عين ماله .. إلخ» «1». و كذا المحقق الثاني «2».

(3) خبر «يكون».

(4) كتسلم المشتري للمبيع، فإنّه مبني على دفع الثمن إلى البائع.

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 488

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 216

و المنفعة (1) اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً و تبرّعا حتّى (2) لا يقضي (3) احترامهما بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرّع به، و العين المدفوعة مجاناً (4) أو أمانة (5). فليس (6) دليل الاقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع (7) عن مقتضي اليد في الأموال (8) و احترام الأعمال.

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

(2) هذا مترتب على المنفيّ و هو التسلّم مجاناً و تبرّعا، إذ لو كان تسليمهما من قبل مالك العين و المنفعة تبرّعيّاً لم يكن لهما احترام حتّى يلزم تداركهما بالعوض.

(3) أي: لا يحكم احترامهما بتداركهما بالعوض، و كلمة «العين» مجرور عطفًا على «العمل».

(4) كما في الهبة، فإنّ تسليم العين مبنيّ على المجانيّة، فلا يضمن المتسلّم - و هو المتّهب - العوض.

(5) كما في الوديعة و العارية.

(6) هذه نتيجة توجيه ما أفاده شيخ الطائفة قدّس سرّه من جعل الاقدام دليلاً على الضمان.

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

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

نعم (1) ذكر في المسالك كلاً من الاقدام و اليد دليلاً مستقلاً، فيبقى عليه (2) ما ذكر سابقاً من النقض (3) و الاعتراض (4).

و يبقى الكلام (5) حينئذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى

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

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

و عليه فالإشكال على قاعدة الإقدام وارد على الشهيد، و مندفع عن الشيخ.

ثانيهما: أن إسقاط قاعدة الإقدام عن كونها دليلاً مستقلاً على الضمان قد يوجب الإشكال في ضمان بعض الأعمال عند جمع، مع أنه لا يتجه إثبات ضمانه بقاعدة الاحترام، و سيأتي بيانه.

(2) يعني: فيبقى على الشهيد الثاني قدس سره ما أورده المصنّف قدس سره عليه.

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

(4) المراد بالاعتراض هو الإشكال الأول و الثالث، أي: منع صغروية الضمان في العقد الفاسد لكبرى الاقدام، و منع كبروية سببية الإقدام للضمان.

(5) 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 إلى الخياط ليخيط ثوباً، فيضمن أجرته، لانتفاعه بعمله.

الضامن، و لم يقع بأمره، كالسبق في المسابقة، حيث حكم الشيخ (1)

الثاني: أن يستند العمل - كالحياطة- إلى أمر من يضمنه، بأن يقول للخياط:

«خط هذا القماش ثوبا» أو للنجار: «اصنع هذا الخشب سريرا» فالأمر ضامن للأجرة المسماة، أو لأجرة المثل. فلو أوجد العامل عملا تبرّعا منه لا بأمر من شخص و لم يعد نفعه إليه لم يكن ضامنا.

و على هذا فإذا تسابق شخصان على الخيل و عيّنا سبق كمائة دينار للسابق منهما، و تبين بعد المسابقة فساد العقد، ففي المسألة قولان:

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

ثانيهما: استحقاق السابق اجرة المثل، لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و حيث إنّ عقد سبق و الرماية ممّا يضمن بصحيحه فكذا بفاسده. و بناء على هذا القول يشكل إثبات الضمان، لعدم جريان قاعدة احترام الأعمال، لانتفاء الأمر بالعمل، و لعدم عود النفع إلى غير السابق. و أمّا قاعدة الإقدام فالمفروض عدم كونها من موجبات الضمان كما عرفت في توجيه كلام الشيخ قدّس سرّه. فما الدليل حينئذ على وجوب بذل اجرة المثل إلى السابق في المسابقة الفاسدة؟

(1) حيث قال- بعد حكمه بعدم استحقاق المسمّى إذا فسد عقد المناضلة- ما لفظه: «و قال قوم: يستحق اجرة المثل كالبيع و الصلح و الإجارة. و قال آخرون:

لا يستحق شيئا، لأنّه إنّما يجب اجرة المثل في الموضوع الذي يفوّت على العامل عمله، و عاد به نفعه إلى الناצל. كالقراض الفاسد يجب عليه مثل اجرة العامل، لأنّه فوّت عليه عمله فيما عاد نفعه إليه» «1». و المستفاد من سكوته و عدم الاعتراض على القول

(1) المبسوط، ج 6، ص 302

ص: 133

و المحقق (1) و غيرهما (2) بعدم استحقاق السابق اجرة المثل (3). خلافا لآخرين (4).

بعدم استحقاق اجرة المثل ارتضاؤه له.

(1) قال قدس سره: «إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل اجرة المثل، ويسقط المسمى لا إلى بدل. و لو كان السبق مستحقا وجب على البازل مثله أو قيمته» (1).

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

(2) كالشهيد الثاني و المحقق الأردبيلي قدس سره (2).

(3) و أمّا عدم استحقاق «السبق» المسمى فواضح، إذ المفروض فساد العقد.

(4) كالعلامة (3) و نجله فخر المحققين و المحقق الكركي قدس سرهم. 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 الإسلام، كما لو ظهر خمرا، ففي استحقاق السابق على البازل شيئا قولان: أحدهما: لا يستحق شيئا، اختاره نجم الدين بن سعيد .. الى أن قال: و أصحهما و اختاره المصنف هنا- أي في القواعد- و في التذكرة و جوب اجرة المثل، لأن كل عقد استحق المسمى في صحيحه، فإذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل. و العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك، و مع ذلك يكون مضمونا، فيرجع إلى اجرة المثل، الى أن قال: الثاني: أن يكون سبب الفساد استحقاق العوض. و مقتضى عبارة المصنف أن القول بسقوط المسمى لا إلى بدل غير آت هنا. و هو ظاهر عبارة الشرائع. و يلوح من عبارة التذكرة عدم الفرق.

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 240

(2) مسالك الأفهام، ج 6، ص 109 و 110، مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 187، لاحظ قوله:

«و يمكن أن يقال .. إلخ».

(3) راجع: تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 356 و 357؛ قواعد الأحكام، ص 106، السطر 6 (الطبعة الحجرية)؛ تحرير الاحكام، ج 1، ص

262

ص: 134

وهو الصواب، فإنّ الدليل في الموضوعين واحد، وكذا الفتوى.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّه مع ظهور العوض مستحقاً هل يجب مثله إن كان مثلياً، وإلا فقيمته .. أم تجب اجرة المثل، لأنّ العوض المسمّى إذا فات وجب قيمة العوض الآخر، وهي أجرة مثله كما في سائر المعاوضات؟ وجهان أصحهما الثاني «1».

والغرض من نقل كلامه- المتضمّن لكلام العلامة أيضا- هو وجوب اجرة المثل في المسابقة الفاسدة سواء أكان فسادها لاختلال شرط الصحة كعدم كون العوض قابلاً للتملك شرعاً، فيبطل به أصل العقد. أم كان فسادها لمغصوبيّة العوض، لصحة العقد الفضولي ووقفه على إجازة المالك، ولو لم يجز انتقاله إلى مثله أو إلى أجرة المثل على الخلاف [1].

[1] لكن تتطرّف فيه الشهيد الثاني قدّس سرّه بأنّ الفرق بين عقد المسابقة وغيره من العقود التي يضمن بفسادها ليس من جهة رجوع النفع و عدمه، بل لأنّ تلك العقود اقتضت الأمر بالعمل، بخلاف هذا العقد، فإنّه لم يقتض ذلك، فإنّ قوله: «سابقتك» على معنى: أنّ من سبق منّا فله كذا. وقاعدة ما يضمن لا دليل عليها كليّة، بل النزاع واقع في موارد .. إلخ «2».

والتحقيق عدم الضمان، لانتفاء موجباته من الاستيلاء على مال الغير، و من الاستيفاء، و من الأمر بعمل محترم يصدر من المأمور حتى إذا لم يعد نفعه إلى الأمر في المسابقة الفاسدة، وإن كان صحيحها مضمّناً لمضاء الشارع لها، للاهتمام بأمر الجهاد مع الكفّار. ولو لا هذه الجهة كانت المسابقة من أنواع القمار المنهيّ عنه وضعا وتكليفاً.

وعليه 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.

(1) إيضاح الفوائد، ج 2، ص 368؛ جامع المقاصد، ج 8، ص 337 و 338

(2) مسالك الأفهام، ج 6، ص 110

و وجهه (1) أنّ عمل العامل لم يعد نفعه الى الآخر (2) و لم يقع بأمره (3) أيضا، فاحترام (4) الأموال- التي منها الأعمال- لا يقضي بضمان الشخص له، و وجوب

(1) يعني: و وجه حكم الشيخ و المحقق بعدم استحقاق أجره المثل في المسابقة الفاسدة هو عدم انطباق قاعدة الاستيفاء عليها.

(2) و هو من يجب عليه بذل السبق.

(3) إذ لو وقع عمل العامل بأمر من غيره اقتضى احترامه الضمان حتى إذا لم ينتفع الضامن بذلك العمل، كما إذا أمره بكس مسجدا، فإنّ الأمر و إن لم تعد منفعة العمل إليه، لكنه يغترم بمجرد صدور العمل عن أمره.

(4) غرضه أنّ قاعدة الاحترام لا تجري في المسابقة الفاسدة، كما لا يجري فيها قاعدة اليد و الاستيفاء، فلو قيل بوجوب اجرة المثل فيها كان دليها قاعدة الاقدام لا غير، مع أنّ المصنّف أسقطها عن الدليلية و أرجعها إلى عدم المانع.

و ليس هذا السبق بأمر المسبوق، و لا ممّا يعود نفعه إليه، و لا أنّه أتلف شيئا من أموال السابق. و مع انتفاء هذه الأمور الموجبة للضمان كيف يحكم في المسابقة الفاسدة بالضمان؟

و الحاصل: أنّ المسابقة الفاسدة من القمار المحرّم الذي لا يوجب الضمان.

إلا أن يقال: إن المراد بعود النفع إلى باذل العوض كون العمل صادرا لغرض عقلائي مخرج له عن المعاملة السفهية، كما إذا استأجر شخصا لكس مسجدا أو بيت عالم أو نقل متاع مؤمن إلى بيته، فإنّ النفع إن أريد به المال فلا يعود مال في هذه الموارد الى باذل الأجرة، مع أنّ المعاملة صحيحة، فإذا فرض فساد هذه المعاملة كانت مضمونة، كما إذا صدرت صحيحة. فالمسابقة الفاسدة كالصحيحة تصدر عن غرض عقلائي، و هو التهيؤ للحرب و الوقوف على رموزها، فتكون كالإجارة لكس مسجدا في كون المسابقة من المعاملات العقلانية، فتدرج في «كلّ ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده».

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

عوضه (1) عليه، لأنه (2) ليس كالمستوفي له، ولذا (3) كانت شرعيته على خلاف القاعدة، حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل. وتمام الكلام في بابه (4).

[عدم اختصاص الضمان بالجهل بفساد المعاملة]

ثم إنه (5) لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض (6).

(1) أي: عوض العمل على الآخر الذي لم يأمر بالعمل ولم ينتفع به.

(2) أي: لأن الآخر لم ينتفع ولم يستوف عمل الغير حتى يكون ضامنا بمقتضى قاعدة الاحترام.

(3) أي: ولأجل عدم المقتضي للضمان في مثل المسابقة الفاسدة كانت مشروعيتها على خلاف القاعدة، لعدم بذل مال في مقابل عمل ينتفع به الباذل.

(4) وهو كتاب المسابقة إذا تبين فسادها بعد العمل.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المعقودة لبيان مدرك قاعدة «ما يضمن».

عدم اختصاص الضمان بالجهل بفساد المعاملة

(5) هذا إشارة إلى الجهة الثالثة، مما تعرض له في شرح قاعدة «ما يضمن» وهي اختصاص الضمان بجهل الدافع بفساد المعاملة، و تعميمه لكلتا حالتَي العلم والجهل به.

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

وكيف كان فينبغي الإشارة إلى أمر قبل توضيح المتن، وهو: أن للمسألة صوراً أربع، وهي: علمهما بالفساد، و جهلهما به، و علم الدافع و جهل القابض، وبالعكس. إلا أن المذكور في المتن هي الصور الثلاث الأولى، ولم يتعرض لحكم صورة جهل الدافع بالفساد مع علم القابض به، ولعله أتكالا على وضوحه.

(6) الدليل على عموم الضمان ما سيأتي في كلامه من إطلاق النص و الفتوى،

و توهم (1) «أنّ (2) الدافع في هذه الصورة هو الذي سلّطه عليه، و المفروض

و عدم مقيد له في البين.

(1) هذا تفصيل في الضمان بين علم الدافع بالفساد و جهل القابض به، و بين غيره. و هذا التفصيل احتمله الشهيد الثاني قدّس سرّه أولاً، لكنّه عدل عنه و قال:

«و الأقوى ثبوته- أي الضمان- في جميع الصور» (1).

و اختاره المحقق الأردبيلي قدّس سرّه بناء على مرجعية أصالة البراءة عن الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، لعدم حجية حديث «على اليد» و لا قاعدة «ما يضمن» فقال قدّس سرّه: «و هو- أي عدم الضمان- مع الجهل بالفساد قويّ، و مع علم الآخر أقوى.

و مع علمه بالفساد- و بعدم جواز تصرفه و وجوب حفظه و وجوب ردّه إلى مالكه معجّلاً- كالمغصوب، و ذلك قد يكون بعلمه بطلب من المالك على تقدير الفساد، و عدم رضاه بكونه عنده .. و أمّا مع الجهل بالفساد- سيّما في أمر غير ظاهر الفساد، و كذا بعد العلم به، و لكن مع عدم العلم بوجوب الرد- فالضمان غير ظاهر ..

إلى أن قال: نعم إذا علم عدم الرضا إلا بوجه البيع أو اشتبه ذلك، يتوجّه جواز التصرف، و الضمان على تقدير فهم عدم الرضا بالمكث عنده، و كونه أمانة على تقدير غيره» (2).

و حاصله: أنّه قدّس سرّه فصل بين صورتَي العلم بالفساد و الجهل به، فإن كانا جاهلين فعدم الضمان قويّ. و إن كان الآخر- أي: الدافع- عالماً و القابض جاهلاً فعدم الضمان أقوى. و إن كان القابض عالماً بالفساد و بحرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد، و بوجوب ردّه إلى مالكه معجّلاً فهو ضامن كالغاصب.

(2) هذا الوجه المذكور في المسالك و إن لم يعتمد عليه. و حاصله: أنّ الدافع- مع علمه بالفساد و جهل القابض به- سلّط القابض على المقبوض، و أذن له في

(1) مسالك الأفهام، ج 3، ص 154

(2) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 192 و 193

أنّ القابض جاهل» (1) مدفوع (2) بإطلاق النص و الفتوى. وليس (3) الجاهل مغرورا، لأنّه (4) أقدم على الضمان قاصدا.

إتلافه و التصرف فيه مع علمه ببقائه على ملكه، و لا موجب لضمان القابض حينئذ.

(1) إذ لو كان عالما بالفساد كان ضامنا بلا إشكال.

(2) هذا خبر «توهم» و دفع للتوهم المزبور و ملخص الدفع: أنّ إطلاق النص و هو «على اليد» و كذا إطلاق الفتوى يثبت الضمان و يدفع الشك فيه.

(3) إشارة إلى وجه آخر لنفي الضمان، و هو قاعدة الغرور، بتقريب: أنّ الدافع مع علمه بالفساد و جهل القابض به قد غرّه، إذ لم يكن موظفا بدفع المال إلى القابض، و مع ذلك دفعه إليه.

و بيان آخر: قد تقرّر عندهم في باب الضمان «أنّ المغرور يرجع على من غرّه» كما إذا قدّم شخص طعاما لضيفه بعنوان أنّه ملكه أو مأذون في تقديمه للضيف، فتبيّن عدم كون المضيف مالكا و مأذونا في التصرف فيه، فإنّ الأكل ضامن له. و لكنّه يرجع بقيمته على الغارّ و هو المضيف. و الوجه في الرجوع إلى الغارّ هو قاعدة الغرور.

و المدعى انطباق هذه القاعدة على المقام، لأنّ الدافع العالم بفساد العقد أقبض ماله للطرف الآخر- الجاهل بالفساد- بعنوان أنّ المال انتقل إلى القابض، و أخذ عوضه من القابض. و هذا الإقباض خدعة من البائع العالم بالفساد، لأنّ المشتري يتخيّل صحة المعاملة و وجوب الوفاء بها. و من المعلوم أنّ إبقاء جهله و إعطاءه ما ليس بنظر البائع مالا للمشتري نحو غرور و خدعة، و لا وجه حينئذ لضمان المشتري لما تسلّمه من البائع العالم بالفساد، بل يرجع عليه بماله، هذا.

(4) أي: لأنّ الجاهل. و هذا إشارة إلى دفع الوجه المزبور- و هو قاعدة الغرور- و محصّ له: عدم كون المقام من صغريات هذه القاعدة، و ذلك لأنّ القابض الجاهل- كالمشتري- قد قبض المال مع ضمانه بالمسمّى الذي يدفعه إلى البائع، و العالم بالفساد

و تسليط (1) الدافع العالم لا يجعلها أمانة مالكيّة (2)، لأنّه (3) دفعه على أنّه (4) ملك المدفوع إليه، لا أنّه (5) أمانة عنده أو عارية، ولذا (6) لا يجوز له التصرف فيه

إنّما سلّط القابض على المال بعنوان أنّه ملكه، ولم يقصد عنوانا آخر من الأمانة أو العارية، فلا غرور في البين.

(1) هذا من إضافة المصدر إلى الفاعل، و غرض المفصّل الاستناد إلى: أنّ العالم بفساد العقد إذا سلّط الآخر على ماله فقد أسقط حرمة ماله، فلا وجه لضمان القابض.

و أجاب عنه المصنّف قدّس سرّه بما عرفت من أنّ مجرد التسليط لا يساوق المجانيّة و الاذن في التصرف، بل هو أعمّ فإن كان مقرونا بقصد الأمانة أو المجانيّة لم يضمن الآخذ، و إن كان مبنيا على كون المال ملكا للآخذ- ولو تشريعا- كما هو المفروض في البيع الفاسد كان ضامنا، هذا.

(2) حتى لا يثبت الضمان، إذ الأمانة المالكيّة كالشرعيّة رافعة للضمان.

(3) تعليل لعدم الأمانة المالكيّة، و حاصله: أنّ المالك لم يدفع المال بعنوان الأمانة، بل دفعه إليه بعنوان كونه ملكا له.

(4) هذا الضمير و ضميرا «دفعه، أنّه» راجعة إلى «المقبوض» المستفاد من السياق.

(5) معطوف على «على» أي: لم يكن دفع المال إلى المدفوع إليه مبنيا على الأمانة و العارية حتّى يسقط الضمان.

(6) أي: و لأجل كون دفع المال مبنيا على كونه ملكا للمدفع إليه- لا بعنوان الأمانة- لا يجوز للمدفع إليه التصرف في المال، و لا الانتفاع به. و لو 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.

والانتفاع به [1] وسيأتي تتمة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري (1).

(1) سيأتي في الأمر الثالث ممّا ذكره في العقد المجاز، حيث قال: «ثم إنَّ هنا إشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب .. إلخ».

[1] 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 وهو الضمان، أم أريد به الأصل الموضوعي وهو أصالة عدم تحقق سبب الضمان.

أمّا الأول فواضح. واما الثاني فلأنّ اليد تقتضي الضمان. إلا أن يكون هناك مانع وهو الأمانة، ولا بدّ من العمل على طبق المقتضي حتّى يعلم المانع وهو الأمانة المعلوم عدمها في المقام.

الثاني: التسليط المجاني المانع عن تأثير اليد في الضمان. توضيحه: أنّ العلم بالفساد موجب للعلم بعدم استحقاق العوض، وهو مستلزم للإقدام على دفع المال مجّانا.

وفيه: - مضافا إلى عدم اختصاص هذا الوجه بجهل القابض، لجريانه في صورة علمه أيضا- أنّه إن أريد عدم تمشي قصد البيع مع العلم بعدم استحقاق العوض، ولازمه قصد المجّانية، وهو ينفي الضمان، ففيه أولا: منع الملازمة بين العلم بعدم الاستحقاق وبين امتناع قصد البيع. ويتضح وجه عدم الملازمة بملاحظة التشريع، فإنّ الغاصب يشرّع مالكته للمغصوب ثم يبيعه، فمع علمه بفساد البيع يقصد المعاوضة لا المجّانية.

وثانيا: منع الملازمة بين عدم قصد حقيقة البيع وبين مجّانية 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 مجّانية حتى تمنع عن تأثير اليد في الضمان.

مضافا إلى: أنّ القبض الخارجي يكون متفرّعا على البيع الفاسد، لأنّ الكلام في المقبوض به، لا على عدم البيع، فلا مجال لإنكار قصد البيع حتى يكون القبض عنوانا

مستقلاً قصد به المجانيّة.

فالمتحصل: عدم الفرق في الضمان بين علم القابض و جهله.

نعم الفرق بينهما في ثبوت الحرمة التكليفيّة المنجزّة في صورة علم القابض و عدمها مع جهله، فلاحظ.

الثالث: قاعدة الغرور، بتقريب: أنّ الدافع العالم بالفساد قد غرّ القابض الجاهل به، حيث إنّ المقبض العالم إنّما أقبضه ما هو ماله بنظر القابض خدعة لإتمام المعاملة، و أخذ عوضه من القابض، فإبقاء جهله بحاله و إعطاؤه ما ليس بنظره ماله نحو غرور و خدعة، و من المعلوم أنّ المغرور يرجع على من غرّه. نعم مع علم القابض لا غرور و لا خديعة.

فهذا الوجه الثالث مختص بصورة جهل القابض.

وفيه أولاً: أنّه أخصّ من المدّعي، لاختصاص الغرور بما إذا كان الجاهل القابض مبالياً بماله دخل في صحّة المعاملة من الشرائط الشرعيّة، إذ بدون المبالاة و الاقتصار على الصحة العقلائيّة- بحيث لو علم بفساد المعاملة شرعاً لأقدم عليها أيضاً كبيع الخمر و الخنزير و غيرهما من البيوع العقلائيّة المنهي عنها شرعاً- لا يصدق الغرور و الخدعة، لأنّ إقدام القابض حينئذ ليس ناشئاً من الخدعة أصلاً، بل من عدم مبالاته بالدين. فقاعدة الغرور لا تجري في كلتا صورتها جهل القابض و علمه، مع أنّ المدّعي ضمان القابض في كليهما، كما لا يخفى.

و ثانياً: أنّ الغرور بمعنى الخديعة متقومّ بأمرين:

أحدهما: علم الغارّ، و الآخر جهل المغرور. و انتفاء أحدهما يوجب انتفاء الغرور. و في المقام و إن كان القابض جاهلاً بفساد العقد. إلّا أنّه عالم بالضمان و مقدم عليه، غاية أنّه أقدم على ضمان المسمّى لا أكثر، فلا تجري قاعدة الغرور في أصل الضمان. نعم تجري في الزائد على العوض المسمّى، بداهة أنّ الدافع غارّ بالنسبة إلى هذا الزائد، و سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

فالمتحصل: أنّ ما عن المشهور من الضمان في جميع الصور- كما في حاشية

وَأَمَّا عَكْسُهَا (1) وَهُوَ «أَنَّ مَا لَا يَضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لَا يَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» فَمَعْنَاهُ (2): أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ لَا يَفِيدُ صَحِيحَهُ ضَمَانَ مُورَدِهِ (3) [1] ففاسده لا يفيد ضمانا،

قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

(1) أي: عكس قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» وقد تقدم (في ص 57) المسامحة في التعبير بالعكس كما لا يخفى، فراجع.
و كيف كان فهذا شروع في المقام الثاني، وهو البحث عن الجهات المتعلقة بقاعدة «ما لا يضمن» و اقتصر المصنّف قدّس سرّه 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 أفراديا أو أنواعيا أو أصنافيا، و اقتضاء ذات العقد للضمان أو كفاية اقتضاء الشرط له- فلا حاجة إلى إعادتها، لاشتراكها بين الأصل و العكس.
(2) هذا شروع في الجهة الأولى.

(3) مورد العقد ظاهر في نفس ما تعلّق به العقد، و ما هو مصبّه، كالعين في عقد البيع، و الانتفاع في العارية، و المنفعة في الإجارة. لكن المراد به هنا بقرينة ما يأتي في

الفقيه المامقاني قدّس سرّه «1»- هو الأقوى، فلا يقيّد الضمان في قاعدة ما يضمن بشي ء من العلم و الجهل.

كما أنّ المتحصّل ممّا ذكرنا تامة كلية القاعدة من ناحية إيجابها أعني به «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» و وفاء الأدلة من اليد و قاعدة الاحترام بإثبات إيجابها الكليّ، فلاحظ و تأمل.

[1] ظاهره نفي سببّيّة العقد للضمان، لا إثبات سببّيّة 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- بناء على أنّ المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه (1) لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنه- وغير (2) ذلك من العقود اللازمة و الجائزة.

كلامه: «ثم إنّ مقتضى ذلك عدم ضمان العين ..» أعم منه و ممّا يكون متعلّق متعلّق العقد، إذ لو لا هذا التعميم لا يستقيم عدم ضمان العين المستأجرة، حيث إنّ اليد تقتضي ضمانها، فعدم ضمانها مبنيّ على تعميم متعلق العقد لمتعلق متعلقة. فمورد نفس متعلق الإجارة هو المنفعة، و العين تكون متعلق متعلق الإجارة. ففي الإجارة الصحيحة ليست العين مضمونة، و كذا في فاسدها.

(1) هذا متعلّق بقوله: «بل المضمونة» و هو إشارة إلى ما مرّ من اقتضاء العقد بنفسه للضمان، لا من جهة الشرط الذي هو خارج عن ماهية العقد، و يكون الضمان لأمر خارج عن حقيقته و هو الشرط. فبناء على التعميم تندرج العارية المشروطة بالضمان في أصل القاعدة، و بناء على الاختصاص تندرج في العكس.

(2) 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 معارضا لهذه القاعدة، لتوقّف عدم الضمان على استقضاء سائر أسباب الضمان و إحراز عدمها. و إلاّ فمجرد عدم اقتضاء فاسد العقد للضمان لا يجدي في الحكم بعدم الضمان فعلا.

هذا لو كانت «الباء» للسببية، بخلاف ما لو كانت ظرفية، لظهورها في تبعية العقد الفاسد لصحيحة في عدم الضمان، فلو قام دليل آخر على الضمان كان معارضا لهذه القاعدة لو تمّت في نفسها، للتنافي بين ما يثبت الضمان في الفاسد و ما ينفيه، فلاحظ.

(1) المشار إليه هو قوله في تفسير القاعدة: «أنّ كلّ عقد لا يفيد صحّحه ضمان مورد ففاسده لا يفيد ضماناً» فمقتضى هذه القاعدة عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة، لأنّ الإجارة الصحيحة لا تقيد ضمان العين فكذا الفاسدة.

و غرضه قدّس سرّه بيان أحد النقوض الواردة على قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و لكنّه خصّ هذه المسألة بالذّكر هنا و لم يجعلها في عداد النقوض الآتية بقوله: «ثمّ إنّّه يشكّل اطراد القاعدة في موارد» و لعلّه لخصوصيّة في هذه، و هي ابتناؤها على الخلاف في أنّ المراد بالعقد في أصل القاعدة و عكسها هل هو خصوص مصبّ العقد كالعين في باب البيع، و المنفعة في باب الإجارة، أم ما يعمّ متعلق المتعلق؟

فإن قلنا بالاختصاص لزم التفكيك بين العين و المنفعة في عقدي البيع و الإجارة، 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 الإجارة، إذ المعوّض 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 مصبّ الإجارة، فلا ضمان في صحيحها و فاسدها. أمّا في الصحيح فلأنّ مالك العين يلزمه تسليم العين للمستأجر ليستوفي منفعتها، فهو مأذون من قبل المالك، و يده يد استحقاق. و أمّا في الفاسد فلا إقدام المالك على تسليم العين بدون ضمان.

و كيف كان فإذا استأجر زيد من عمرو داراً عاماً بمائة دينار، فإن كانت صحيحة كان المستأجر ضامناً للأجرة المسماة، و لا يضمن نفس الدار، فلو تلفت بيده - من دون تعدّد و تقريظ في الحفظ - لم يضمنها، لكونها أمانة. و إن كانت الإجارة فاسدة ففي ضمانه قيمة الدار قولان:

الإجارة غير مفيد لضمانها، كما صرّح به (1) في القواعد و التحرير، و حكي عن التذكرة (2) و إطلاق (3) الباقي.

أحدهما: الضمان، و هو المصرّح به في كلام العلامة السيّد الطباطبائيّ قدّس سرّه «1».

و الآخر: عدمه، و لعنّه المشهور، كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

(1) أي: بعدم ضمان العين. قال العلامة في القواعد: «العين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعدّد أو تفريط، في المدّة و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب، سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة» «2». و الجملة الأخيرة صريحة في عدم ضمان العين المستأجرة بالإجارة الباطلة شرعا. و نحوه عبارة التحرير «3».

(2) الحاكي هو السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه «4»، حكاه بتصرف في اللفظ، قال في التذكرة: «إذا كانت الإجارة فاسدة لم يضمن المستأجر العين أيضا إذا تلفت بغير تفريط و لا على عدوان، لأنّه عقد لا يقتضي صحيحة الضمان فلا يقتضيه فاسدة، 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 لأنّ الأصل براءة الذمّة من الضمان، لأنّه قبض العين بإذن مالكيها، فلم يجب عليه ضمانها، لعدم موجب له مع هذا القبض» «5».

(3) الأولى أن يقال: «و أطلق الباقي» ليكون مقابلا لقوله: «كما صرّح به في القواعد». و جعله معطوفا 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

(1) رياض المسائل، ج 2، ص 8

(2) قواعد الأحكام، ص 93، السطر 15 (الطبعة الحجرية).

(3) تحرير الأحكام، ج 1، ص 252

(4) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 132

(5) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 318

ص: 146

إلا أن صريح الرياض (1) الحكم بالضمان، و حكي (2) فيها عن بعض «نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب» و الظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة (3).

السيد العاملي إطلاق الباقيين، فراجع «1».

و كيف كان فالمقصود أن عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا يستفاد من تصريح العلامة و من ظاهر غيره ممن أطلق عدم الضمان، و لم يقيده بالعقد الصحيح، كالمحقق، حيث قال: «و العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا بتعدّد أو تقريظ» «2».

(1) قال في ذيل ما ذكره في شرح قول المحقق قدس سرّه: «و يثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الإجارة» «3» ما لفظه: «و العين مضمونة في يد المستأجر مطلقا كما نسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب. و لعلّه لعموم الخبر بضمان ما أخذته اليد» «4».

(2) يعني: و حكي السيد الطباطبائي في الرياض نسبة الضمان إلى ما فهمه بعض من كلمات الأصحاب، و المناسب هو المحقق الأردبيلي قدس سرّه.

(3) قال المحقق المذكور ما نصّه: «ثم إنّ الظاهر أنّ العالم كالعاصب لا يجوز له التصرف، و لا يستحق شيئا، لما مرّ من أن الاذن إنّما علم بالعقد، لاعتقاد 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 أيضا» «5».

و هذه الجملة الأخيرة محلّ الاستشهاد بكلام المحقق الأردبيلي قدس سرّه، حيث فهم من كلام الأصحاب ضمان العين المستأجرة.

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 252

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 179

(3) المختصر النافع، ص 153

(4) رياض المسائل، ج 2، ص 8، أواخر الصفحة.

(5) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 50

ص: 147

(1) يعني: و ما أبعد ما بين ما أفاده المحقق الأردبيلي قدّس سرّه- من أنّ المفهوم من كلمات الأصحاب ضمان العين في الإجارة الفاسدة- وبين ما أفاده المحقق الكركي قدّس سرّه من أنّه يلوح من كلامهم عدم الضمان. و غرض المصنّف قدّس سرّه التعجّب من استظهار هذين العلمين، حيث ادّعى المحقق الأردبيلي أنّ الضمان يفهم من كلامهم، و ادّعى المحقق الكركي ظهور كلامهم في عدم الضمان.

و كيف كان فيحتمل أن يكون اختلافاً في النسبة إلى الأصحاب ناشئاً من الاختلاف في فهم معنى قولهم: «كلّ ما يضمن بصحيحه.. إلخ» بأن يقال: إنّ المحقق الأردبيلي قدّس سرّه فهم من هذه العبارة: أنّ مورد إثبات الضمان و نفيه عند الأصحاب خصوص متعلّق العقد كالمنفعة في الإجارة، فلا يعمّ العين المستأجرة، فلا بدّ حينئذ من الحكم بضمّان العين لقاعدة اليد، لعدم كون العين مورداً للعقد.

و المحقّق الثاني قدّس سرّه فهم منها أنّ مورد النفي و الإثبات عندهم ما يشمل مورد العقد و متعلّق المتعلّق، فيعمّ العين المستأجرة، فيتعارض اليد و القاعدة، فيرجع إلى البراءة.

و الحاصل: أنّ هنا قاعدتين إحداهما- وهي اليد- توجب الضمان، و الأخرى وهي 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 استظهره المحقق الثاني من كلام الأصحاب فلازمه نفي الضمان عن العين المستأجرة فاسداً، إذا المفروض عدم اختصاص قاعدة «ما لا يضمن» بنفس مورد العقد، و شمولها لمتعلّق متعلقة أيضاً كالعين المستأجرة، فإنّ مورد العقد هو المنفعة دون العين.

الغضب: «إنّ الذي (1) يلوح من كلامهم هو (2) عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء (3) المنفعة. و الذي ينساق إليه النظر (4) هو الضمان، لأنّ (5) التصرف

لكنّه بناء على تعميم مورد العقد لمتعلّق متعلّقة تدرج الإجارة الفاسدة في قاعدة «ما لا يضمن» فإنّ صحيح الإجارة لا يوجب ضمان العين، وكذا فاسدها.

(1) العبارة منقولة بتصريف غير قادح في المقصود، قال قدّس سرّه: «و هل العين مضمونة بالاستيفاء؟ يلوح من كلامهم العدم. و الذي ينساق إليه النظر كونها مضمونة، لأنّ التصرف في العين غير جائز، فهو بغير حق، فيكون في حال التصرف استيلاؤه عليها بغير حق، و ذلك معنى الغضب، إلّا أنّ كون الإجارة الفاسدة ..» (1)

إلى آخر ما في المتن. و كلامه مشتمل على أنظار ثلاثة سيأتي بيانها.

(2) هذا هو النظر الأوّل المذكور في جامع المقاصد، و هو نسبة عدم ضمان العين- في الإجارة الفاسدة- إلى الأصحاب. و كان مبنى هذه النسبة تصريح العلامة في القواعد و التحرير و التذكرة بعدم الضمان.

(3) متعلق ب «عدم ضمان» يعني: أنّ استيفاء المنفعة و إن أوجبت ضمانها بأجرة المثل، لكنّها لا تقتضي ضمان العين.

(4) أي: نظر المحقق الثاني، خلافا لما استظهره من كلام الأصحاب من عدم الضمان. و هذا ثاني الأنظار في المسألة، و هو إثبات ضمان العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة، لكونه من موارد الغضب، و هو محرّم شرعا، و يترتب عليه الضمان.

و الوجه في حرمة التصرف هو فساد العقد حسب الفرض، و لا- إذن من المالك غير الإذن العقديّ، فكما يضمن المستأجر منفعتها المستوفاة فكذا يضمن العين لو تلفت بيده.

(5) تعليل للضمان، و قد عرفته آنفا، كما عرفت أنّ هذه الجملة ليست نصّ عبارة جامع المقاصد.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 216

ص: 149

فيه (1) حرام، لأنه غصب فيضمنه» ثم قال: «إلا أن (2) كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك (3)، فيقال: (4) إنه (5) دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن (6) مستحقا، والأصل براءة الذمة من

(1) كان المناسب تأنيث هذا الضمير وضمير «فيضمنه» لرجوعهما إلى العين في الإجارة الفاسدة، وكذا تأنيث ضمير «لأنه» لو لم يرجع إلى التصرف.

(2) هذا شروع في بيان النظر الثالث، وهو الخدشة في الضمان، وبيانها: أن قاعدة اليد وإن اقتضت ضمان العين، إلا أنها معارضة بقاعدة أخرى تقتضي عدم الضمان، فيتم نظر المشهور الذين يلوح من كلامهم ذلك، وتلك القاعدة هي «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بتقريب: أن الموجر أقدم على عدم الضمان، حيث إنه سلط المستأجر على العين بلا عوض عنها، وإن لم يكن المستأجر مستحقا لها من جهة فساد العقد. فإن كان الترجيح مع قاعدة «ما لا يضمن» فلا ضمان.

وإن كانتا متكافئتين تساقطتا، والمرجع أصالة براءة ذمة المستأجر عن بدل العين التي استوفى منفعتها، هذا.

(3) أي: للضمان الذي تقتضيه قاعدة اليد.

(4) هذا تقريب تطبيق قاعدة «ما لا يضمن» على الإجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين، ومحصله: الإقدام على تسليط المستأجر عليها بلا عوض عنها.

ويستفاد من هذا الكلام أن الإقدام على التسليط بعوض يكون من موجبات الضمان، فيكون المحقق الثاني موافقا لشيخ الطائفة وابن إدريس قدس سرهم في عد الإقدام من أسباب الضمان.

(5) أي: أن مالك العين أقدم على عدم ضمانها.

(6) أي: وإن لم يكن المستولي - وهو المستأجر - مستحقا للعين مقدّمة للانتفاع بها، ووجه عدم استحقاقه لها فساد عقد الإجارة.

الضمان (1)، فلا يكون العين بذلك مضمونة. و لو لا ذلك (2) لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأنّ استيلاءه بغير حق، و هو (3) باطل «1» انتهى.

(1) إن كان الأصل العملي في رتبة الدليل الاجتهادي أعني به قاعدة «ما لا يضمن» فيكون معاضدا لها في تقدمها على قاعدة اليد. و إن كان متأخرا عنها رتبة- كما هو الحق- فتكون مؤيدا، أو مرجعا على تقدير تساقط القاعدتين بالتعارض.

(2) أي: و لو لا انطباق قاعدة «ما لا يضمن» على الإجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين لكان المرتهن .. إلخ.

و غرض المحقق الكركي قدس سرّه من الاستشهاد بمسألة عدم ضمان العين المرهونة- في الرهن الفاسد- هو تأييد مقالته من عدم ضمان العين في الإجارة الفاسدة، لكونه من موارد قاعدة «ما لا يضمن» و بيانه: أنّ مجرد وضع اليد على مال الغير لا يقتضي ضمانه، بل يتوقف على عدم إذن مالكيّ و لا شرعيّ و لا استيمان و لا معاوضة، فلو كان التسليط المالكّي مبنيا على عدم ضمان الآخذ لم تقتض يد ضمانا، و هذا أمر مطّرد في موارد:

منها: الرهن الفاسد، فإنّ استيلاء المرتهن على العين المرهونة يكون بغير حقّ حسب الفرض، إلا أنّها لو تلفت بيده لم يكن عليه بدلها، لأنّ الراهن سلّط المرتهن على ماله مبنيا على كونه وثيقة عنده، لا بعنوان المعاوضة. و بهذا يندرج الرهن في قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و تجري أصالة البراءة عن الضمان.

و لو لا هذا لزم الحكم بضمان الرهن عملا بقاعدة اليد، مع أنّهم حكموا بعدم الضمان، أخذوا بالقاعدة و بالأصل.

(3) يعني: و الحال أنّ ضمان المرتهن للعين المرهونة- في الرهن الفاسد- باطل، فكذا لا وجه لضمان العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة، هذا تمام كلام المحقق الكركي قدس سرّه.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 216

ص: 151

ولعلّ الحكم بالضمان في المسألة (1) إمّا لخروجها (2) عن قاعدة «ما لا يضمن» لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الإجارة

(1) يعني: ولعلّ حكم الأصحاب بالضمان في مسألة الإجارة الفاسدة- على ما نسبته المحقق الأردبيلي إليهم، وعدم عملهم فيها بقاعدة «ما لا يضمن» المقتضية لعدم الضمان- مستند إلى أحد وجهين .. إلخ. و غرضه قدّس سرّه من هذه الجملة إلى قوله: «وإمّا لأنّ قاعدة ما لا يضمن معارضة بقاعدة اليد» توجيه الحكم بضمان العين بوجهين ذكرهما صاحب الجواهر قدّس سرّه وإن تنظر فيهما في آخر كلامه، و سيأتي نقل بعض ما أفاده.

و على كلّ منهما يشكل ما تقدّم عن المحقق الكركي من ترجيح القول بعدم ضمان العين عملاً بقاعدة «ما لا يضمن» و بأصالة البراءة عن الضمان.

(2) هذا هو الوجه الأوّل للقول بضمان العين، و هو مؤخّر- ذكر- في الجواهر، قال قدّس سرّه: «على أنّه قد يقال: بعدم اندراج العين في قاعدة ما لا يضمن، فلا تعارض قاعدة اليد حينئذ، 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 الإجارة، و العين في الهبة. و لا ريب أنّ عدم الضمان في العين المستأجرة لا مدخلة للعقد فيه، و إنّما هو لكونها أمانة، فيدور الضمان في الفاسد عليها، لا من القاعدة المزبورة. و كذلك العين في العارية. فمع فرض عدم الأمانة- لما سمعته من تقييد الإذن بالصحة، و المفروض انتفاؤها- يتّجه ما نسباه- يعني المحقق الأردبيلي و صاحب الرياض- إلى الأصحاب من الضمان .. إلخ» «1».

و محصّل هذا الوجه: عدم شمول قاعدة «ما لا يضمن» للعين تخصّصاً، بتقريب:

أنّ المراد ب «ما يضمن و ما لا يضمن» ما وقع عليه العقد، لا ما هو خارج عنه و يعدّ من حواشيه، كمتعلّق متعلّقه. فاستفادة حكمه منوطة بملاحظة سائر القواعد و الأدلّة، فإن اقتضت الضمان قيل به، و إن لم تقتضه قيل بعدم الضمان. هذا بحسب الكبرى.

(1) جواهر الكلام، ج 27، ص 252

ص: 152

المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد (1). و حيث كانت (2) في صحيح الإجارة أمانة مأذونا فيها شرعا، و من طرف المالك (3) لم يكن فيه ضمان. و أما في فاسدها فدفع الموجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها، لحق الانتفاع فيها، و المفروض عدم الاستحقاق (4)، فيده عليه (5) يد عدوان موجبة للضمان.

و إما (6) لأن قاعدة

و أما تطبيقها على المقام فهو: أن مورد الإجارة و متعلقها هو المنفعة لا العين.

فإن كانت الإجارة صحيحة لم يضمنها المستأجر، لكونها أمانة شرعية و مالكية، أما الاذن الشرعي فلوجوب تسليم العين للمستأجر من باب وجوب الوفاء بالعقد ليستوفي منفعتها. و أما الاذن المالكى فلأن الموجر يأذن للمستأجر في الانتفاع بها، و هو منوط بتسليمها إليه. و من المعلوم فقدان هذا الاذن في الإجارة الفاسدة. فيتحقق حينئذ موضوع قاعدة اليد المقتضية للضمان، و بهذا يتجه حكم صاحب الرياض قدس سره بالضمان، هذا.

(1) من قاعدة اليد و احترام مال المسلم و نفي الضرر و غيرها، المقتضية للضمان، أو قاعدة الاستيمان المقتضية لعدمه.

(2) أي العين. و جواب الشرط قوله: «لم يكن فيه ضمان».

(3) أما الاذن الشرعي فلصحة الإجارة شرعا المقتضية لكون العين أمانة لاستيفاء منافعها مدة الإجارة. و أما الاذن المالكى فلتسليمه إياها بطيب نفسه للانتفاع بها إذا توقّف الانتفاع بها على التسليم.

(4) لفساد العقد.

(5) الضمير راجع إلى العين، فالأولى تأنيته.

(6) معطوف على قوله: «إما لخروجها» و هذا إشارة إلى ثاني الوجهين للحكم بضمان العين المستأجرة. قال في الجواهر: «و إن كان قد يوجه- يعني الضمان- على تقدير صحة النسبة إلى الأصحاب بما سمعت من عموم- على اليد- المعارض للقاعدة المزبورة من وجه، و يرجح عليها بالنسبة المزبورة. و دعوى العكس باعتزادها

بقاعدة الأمانة يدفعها ما سمعته من الرياض أخيراً من أنه إذا كان الدفع بعنوان الصحة، لكون الاذن كالمقيّدة بذلك - أي بالصحة - فمع الفساد ينكشف أن لا إذن، فلا تكون أمانة» (1).

ولا يخفى ابتناء هذا الوجه على شمول قاعدة «ما لا يضمن» للعين المستأجرة وعدم اختصاصها بمورد العقد و مصبّه، إذ لو اختصّت القاعدة بمورد العقد و متعلقة لم تكن العين المستأجرة مندرجة فيها، لعدم كونها أحد العوضين، فهي خارجة موضوعاً عن القاعدة.

وبناء على هذا فتوضيح كون النسبة بين قاعدتي «اليد و ما لا يضمن» عموماً من وجه هو: أنّ قاعدة «اليد» تجري في المغصوب و المقبوض بالبيع الفاسد و نحوهما ممّا يكون المضمون عيناً، و تقتضي الضمان. و قاعدة «ما لا يضمن» تجري في العارية و نحوها من موارد الاستيمان، فتقتضي نفي الضمان. و تجتمع القاعدتان في العين المستأجرة بالإجارة 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 الإجارة الفاسدة لصحتها، فكما لا تضمن العين في صحيحها فكذا في فاسدها.

و حيث كانت النسبة عموماً من وجه، فإن كان لأحد العامّين مرجح قدّم على الآخر، و إن كانا متكافئين تساقطا و يرجع إلى دليل ثالث. هذا بحسب الكبرى.

و المدعى في كلام صاحب الجواهر قدّس سرّه تقديم قاعدة «اليد» في المجمع - المقتضية للضمان - على قاعدة «ما لا يضمن» النافية له. و الوجه في التقديم معاضدتها بفتوى الأصحاب بالضمان، على ما نسبه المحقق الأردبيلي و صاحب الرياض قدّس سرّهما إليهم.

و لا معاضد لقاعدة «ما لا يضمن» لأنّ قاعدة الاستيمان النافية للضمان مخصوصة

«ما لا يضمن» معارضة بقاعدة اليد (1).

و الأقوى (2) عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصصة (3) بالعين

بما إذا كان دفع العين إلى المستأجر مبنياً على صحة الإجارة لا مطلقاً. هذا توضيح كلام الجواهر.

و يحتمل أن يكون غرض المصنّف قدّس سرّه من هذا الوجه الثاني تقديم قاعدة اليد لكونها أخصّ مطلقاً من قاعدة «ما لا يضمن» و من المعلوم أنّ التعارض بين العامّ و الخاصّ المطلقين بدويّ، و يتعيّن التخصيص. فيقال: إنّ قاعدة «ما لا يضمن» تنفي الضمان عن العين في الإجارة الصحيحة و الفاسدة، و قاعدة اليد تقتضي الضمان في الفاسدة، فتكون «اليد» مخصصة لقاعدة «ما لا يضمن» و تبقى العين في الإجارة الصحيحة موضوعاً لها، كموضوعيّة سائر العقود الأمانيّة لها.

(1) لا- يخفى قصور العبارة عن تأدية المراد، فإنّ المقصود توجيه ضمان العين في الإجارة الفاسدة، و من المعلوم أنّ مجرد تعارض القاعدتين ليس من أسباب الضمان، إذ لو كانتا متكافئتين تساقطتا، و المرجع حينئذ هو أصالة البراءة عن الضمان كما تقدّم في كلام المحقق الكركي قدّس سرّه.

و عليه كان الأولى أن يقال: «معارضة بقاعدة اليد، لكنّها لأخصّ يتّها تخصّص قاعدة ما لا يضمن» كما يستفاد هذا التخصيص من قوله: «غير مخصصة».

(2) بعد أن بيّن المصنّف كلا دليلي الضمان و عدمه قوّى عدم الضمان، للخدشة في الوجهين المتقدمين عن الجواهر. و مقصوده قدّس سرّه إثبات عدم الضمان بدليل اجتهادي و هو قاعدة «ما لا يضمن» لا بالأصل العملي الذي ركن إليه المحقق الكركي قدّس سرّه.

(3) هذا دفع الوجه الثاني للضمان، و هو تخصيص قاعدة «ما لا يضمن» بقاعدة اليد.

و محصل الدفع: إباء قاعدة «ما لا يضمن» عن التخصيص بقاعدة اليد، لما تقرّر في بحث تعارض الدليلين من اشتراط التخصيص ببقاء العام على حيثيّة كونه قانوناً، و عدم لزوم الاستهجان العرفي من كثرة التخصيص، بحيث تبقى تحت العامّ أفراد

نادرة، فيمتنع التخصيص لو ترتب محذور الاستهجان عليه. ولا فرق في هذا الامتناع بين كون نسبة المتعارضين عموماً مطلقاً و من وجه، لا اتحاد الملاك في كليهما.

وهذه الكبرى منطبقة على المقام. أما بناء على كون النسبة عموماً من وجه كما صرح به صاحب الجواهر قدس سره فلأن 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 اختصاص «ما لا يضمن» بالعارية غير المضمونة، وهذا في الحقيقة إلغاء لتشريعها بنحو ضرب القانون. وأما لو قدمنا هذه القاعدة على اليد لم يلزم هذا المحذور، لبقاء موارد عديدة مندرجة تحت اليد المقتضية للضمان كالمغصوب والمقبوض بالسوم و بالبيع الفاسد وغيرها.

و على هذا نقول: إن العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة باقية تحت قاعدة «ما لا يضمن» بعد البناء على شمول القاعدة لمصّب العقد و لمتعلق متعلقه.

و أما بناء على كون النسبة عموماً مطلقاً فكذا يتعين تقديم القاعدة على اليد، فإن الظاهر أخصيتها من اليد، دون العكس، وذلك لورود هذه القاعدة مورد اليد، نظير ورود قاعدة التجاوز في مورد استصحاب العدم، إذ البناء على فعل المشكوك فيه - كالركوع والسجود - مخالف لاستصحاب عدم الإتيان به المقتضي لتداركه، مع أنهم بنوا على تقديم القاعدة على الاستصحاب سواء كانا أمارتين أم أصليين محرزين، أم مختلفين. والوجه في تخصيص دليل الاستصحاب هو ورود القاعدة مورده بحيث يلزم لغوية تشريعها لو لا التخصيص.

وهكذا الحال في المقام، لأن 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 كله توضيح عدم تخصيص قاعدة «ما لا يضمن» بقاعدة اليد. وعليه فالعين في الإجارة الفاسدة غير مضمونة، عملاً بقاعدة «ما لا يضمن».

(1) هذا إشارة إلى ردّ أول الوجهين المتقدمين عن صاحب الجواهر قدّس سرّه الذي كان حاصله خروج العين المستأجرة موضوعا عن قاعدة «ما لا يضمن» فتشملها القواعد الأخر كقاعدة اليد الموجبة للضمان.

و محصل مناقشة المصنّف قدّس سرّه فيه هو: اندراج العين المستأجرة في قاعدة «ما لا يضمن» وعدم خروجها عنها تخصّصا لعدم خروجها عنها تخصيصا.

و الوجه في بطلان التخصّص المزبور: أنّ المعوّض في إجارة الأعيان- كالدار- وإن كان هو المنفعة، إلّا أنّ الوفاء بالعقد يقتضي تسليم العين للمستأجر كي ينتفع بها، فالعقد يتضمّن شرطا ارتكازيا متعارفا، و هو جعل العين أمانة بيد المستأجر. و حيث كان التسليط مالكيّا و مبتنيا على الأمانة كان خارجا عن قاعدة اليد و مندرجا في «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» لما تقرّر عندهم من انتفاء الضمان في موارد الاستيمان.

فإن قلت: يختص كون العين أمانة مالكيّة و شرعيّة- بيد المستأجر- بصحّة عقد الإجارة، و أمّا مع فسادها فلا، إذ لا يستحقّها المستأجر حتى تكون أمانة عنده.

قلت: لا- فرق في قصد الاستيمان بين صحة الإجارة و فسادها، فإنّ المالك يرى نفسه ملزما بالوفاء بالشرط الضمني الارتكازي، فيجعل العين أمانة بيد المستأجر، و يكون اعتقاد صحة العقد داعيا له إلى تسليم العين. فلو كانت الإجارة فاسدة لم تقدح في قصد المالك، و إنّما يلزم تخلف داعيه إلى التسليم. و قد تقرّر عندهم عدم العبرة بتخلف الدواعي، كما إذا قدّم المضيف طعاما لضيفه معتقدا بأنّه عالم، فتبيّن كونه جاهلا، فلا ريب في جواز الأكل، لأنّه من قبيل تخلف الداعي.

و قد تحصّل: أنّ العين المستأجرة- فاسدة- غير مضمونة على المستأجر لو تلفت بيده، لشمول قاعدة «ما لا يضمن» لها، و لا مخصّص لها في البين، كما عرفت.

فالأقوى وفاقا للمحقق الكرّكي عدم الضمان، لكن للقاعدة، لا للأصل العملي.

هذا كله في التخلّص عن النقص الأول من النقوض الواردة على القاعدة.

ثم إنه يشكل أطراد القاعدة في موارد:

[أ: النقض بعارية الصيد]

منها (1): الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ

الجهة الثانية: موارد النقض على قاعدة «ما لا يضمن» أ: النقض بعارية الصيد

(1) هذا ثاني النقوض التي أوردوها على قاعدة «ما لا يضمن» والنقض الأول ما تقدّم من الإجارة الفاسدة على التفصيل المزبور.

ومحصّل هذا النقض الثاني: أنّ العارية الصحيحة لا توجب الضمان، مع أنّ فاسدها في الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ يوجب الضمان. وفرض هذا النقض هو ما إذا لم يكن في الحرم، لأنّ الصيد في الحرم غير جائز لغير المحرم أيضا. فالمسألة مفروضة فيما إذا كان هناك شخصان، أحدهما محرم خارج الحرم، والآخر محلّ، فصاد الثاني حيوانا واستعاره المحرم منه، فإنّه لا إشكال في وجوب إرساله عليه، فإن أرسله فلا خلاف في ضمانه لمالكه. وهذا خارج عن مورد البحث، لكونه إتلافا ولو بإذن الشارع، فلا ينتقض به القاعدة، لأنّ عدم الضمان في قاعدة «ما لا يضمن» مختص بالتلف، فالإتلاف خارج موضوعا عن حيّزها.

وإن أمسكه فإن مات بأفة سماويّة أو كان طائرا فطار- وهذا هو مورد نقض قاعدة «ما لا يضمن» على القول بفساد عارية الصيد للمحرم- ففيه خلاف بينهم، فمنهم من ذهب إلى الضمان، مع أنّ صحيح العارية لا ضمان فيه، ومنهم من قال بعدمه.

بل يظهر من الجواهر «1» عدم وجود مصرّح بالضمان في مفروض البحث أعني التلف السماويّ، وأنّ حكمهم بالضمان إنّما هو في صورة الإتلاف المترتب على الموت بعد الإرسال.

قال في الشرائع: «و لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا، لأنّه ليس له

بناء (1) على فساد العارية، فإنهم (2) حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به. ولذا (3) ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصحة و الفساد.

إمساكه، فلو أمسكه ثم أرسله ضمنه، وإن لم يشترط عليه ذلك في العارية» (1). فإن ظاهره ترتب الضمان على الإرسال الذي هو إتلاف الصيد، فلا يشمل ما نحن فيه وهو التلف.

(1) هذا ظاهر في أن فساد استعارة المحرم مسألة خلافية كما ستأتي في عبارة المسالك. وعلى كل فمناً الفساد هو النصوص النهائية عن إمساك الصيد والأمر بتخلية سبيله. ومن المعلوم اشتراط صحة العارية بحلّة الانتفاع بالعين المعارة.

(2) هذا وجه ورود النقص على قاعدة «ما لا يضمن» وقد عرفته آنفاً.

(3) 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 وفساده، لأنها إن كانت صحيحة فلا ضمان، وكذا إذا كانت فاسدة، لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

قال في المسالك: «و مقتضى عبارة المصتف رحمه الله و جماعه أنه يضمنه مع التلف للمالك أيضا بالقيمة، لأنهم جعلوها من العواري المضمونة، وإن لم يشترط فيها الضمان. و دليله غير واضح، إذ مجرد تحريم استعارته 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 دليلا يعتمد عليه. و أما مع فسادها فلأن حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه كما أسلفناه في مواضع قاعدة كلياته.

و يمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص بأن المحرم لو أتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكه، فيدخل فيه صورة النزاع. و فيه نظر، لمعارضته بالنص

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 172

ص: 159

الصحيح الدالّ على أنّ العارية غير مضمونة، فكما يمكن تخصيص الأوّل بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك، يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد، فالترجيح غير واضح» (1) [1].

توضيح وجه نظره: أنّه كما يمكن أن يقال بالضمان، للنصوص الدالّة على «أنّ من أتلف صيدا مملوكا 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؛ فكذلك يمكن تخصيص ما دلّ على عدم الضمان في العارية بغير الصيد، ففي عارية الصيد ضمان، ولم يظهر ترجيح لأحدهما.

(1) هذا توجيه لضمان قيمة الصيد المعار، مع اقتضاء قاعدة «ما لا يضمن» عدمه. وحاصل التوجيه: خروج عارية الصيد موضوعا عن حيّز قاعدة «ما لا يضمن» المختصة بالتلف. ووجه الخروج كون الضمان للإرسال الذي هو بمنزلة الإتلاف، فلا نقض على القاعدة.

ولتوضيح التوجيه ينبغي تقديم أمرين:

الأوّل: الالتزام بوجوب إرسال الصيد المعار، كما هو المشهور، بل في

[1] لا- يخفى أنّه 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 عموما من وجه، ومع عدم المرجّح لتخصيص أحد الدليلين في المجمع- وهو الصيد المستعار- يرجع إلى الأصل، وهو هنا البراءة عن الضمان.

(1) مسالك الأفهام، ج 5، ص 139 و 140

ص: 160

جامع المقاصد: «لم أظفر إلى الآن بمخالف» (1) وإن تأمل هو فيه. قال العلامة قدس سره:

«لا- يحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم ولا من المحلّ، لأنّه يحرم عليه إمساكه، فلو استعاره وجب عليه إرساله، وضمن للمالك قيمته. ولو تلف في يده ضمنه أيضا بالقيمة لصاحبه المحلّ، وبالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الإمساك» (2).

فلو قلنا بعدم وجوب تخلية سبيله و جواز ردّه إلى المالك المعير لم يتّجه ضمان القيمة حتى يكون مبنى النقض على قاعدة «ما لا يضمن». ويلوح من الشهيد الثاني قدس سره عدم تعيّن وجوب الإرسال، قال قدس سره 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 بريء من حق المالك. وإن تلف في يده فلا شبهة في ضمانه لله تعالى، لأنّه ثابت عليه بمجرد الإمساك، كما في الصيد الذي ليس بمملوك» (3). فإنّ قوله: «و بريء من حق المالك» ظاهر بل صريح في عدم ضمان القيمة بمجرد الاستعارة، فلا ضمان على تقدير ردّ الصيد إلى مالكه، وإنما يجب عليه الفداء والكفارة.

والحاصل: أنّ مبنى التوجيه المذكور في المتن هو استقرار القيمة على عهدة المحرم المستعير بمجرد قبض الصيد من المحلّ.

الثاني: أنّ كون المستعير ضامنا لقيمة الصيد لمالكه مع فرض بقاء عينه- وعدم إرساله بعد- لا بدّ أن يكون للجمع بين دليلين، أحدهما: حرمة مال المسلم المقتضية لضمان ماله بماله من الخصوصيات الشخصية والصنفيّة والنوعيّة. و ثانيهما: وجوب إرسال الصيد و تخلية سبيله و حرمة تسليمه إلى المعير، فإنّه أمر بإعدام خصوصيّة و شخصيّة.

فمقتضى الجمع بينهما القول بإلغاء احترام الصيد- بعينه- رعاية لحقّ

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 60

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 209

(3) مسالك الأفهام، ج 5، ص 149

- بعد البناء (1) على أنه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته- أن المستقر عليه (2) قهرا (3) بعد العارية هي القيمة، لا العين [1]. فوجوب دفع القيمة ثابت

الخالق جلت آلاؤه، وبقاء ماليته على عهدة المستعير رعاية لحق المخلوق.

إذا اتضح ما مهّدناه قلنا في تقريب توجيه المصنّف قدّس سرّه: أنّ ضمان الصيد ثابت بمجرد استيلاء المحرم على العين، حيث إنّه مأمور بالإرسال الذي هو إتلاف- ولو تنزيلا- و مورد قاعدة «ما لا يضمن» هو التلف لا الإتلاف. فلا ينتقض القاعدة بضمان الصيد المستعار، لخروجه عن القاعدة موضوعا، لما عرفت من أنّ موردها التلف، لا الإتلاف الذي هو المفروض في عارية الصيد.

(1) كما هو المشهور. وأمّا بناء على تخيير المستعير بين الردّ إلى المالك، وبين الإرسال و ضمان قيمة الصيد لم يتم هذا التوجيه. وهذا إشارة إلى الأمر الأول الذي مهّدناه لتوضيح المتن.

(2) أي: على المحرم.

(3) يعني: بحكم الشارع، وهذا كأنّه خرق لقانون ضمان مال الغير، إذ لم يعهد اشتغال الذمّة بالبدل من المثل أو القيمة مع بقاء العين، و التمكن من إيصالها إلى المالك.

و لا بدّ أن يوجّه بأنّ الشارع أبقى ماليّة العين وألغى حرمة خصوصيّتها، بالأمر بإرساله، كما أوضحناه في الأمر الثاني.

[1] هذا غير ظاهر، إذ لازمه عدم براءة ذمّة المستعير بدفع العين، لفرض كون ذمته مشغولة بالقيمة. و لا يظنّ من أحد أن يلتزم بذلك. ولعلّه لهذا حمل صاحب الجواهر حكمهم بالضمان على الإرسال، لا على مجرد العارية. قال قدّس سرّه شارحا لكلام المحقق: «لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا، لأنّه ليس له إمساكه، بل يجب عليه إرساله. و حينئذ فلو أثم وأمسكه ثم أرسله ضمنه ..» (1).

(1) جواهر الكلام، ج 27، ص 164

ص: 162

قبل التلف (1) بسبب وجوب الإتلاف الذي (2) هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد (3)،

(1) يعني: فلا تنقض قاعدة «ما لا يضمن» بعارية الصيد، لأن ضمان قيمته ثابت قبل التلف و مستند إلى الأمر بإرساله، الذي هو بمنزلة إتلافه، و من المعلوم أنّ الضمان المنفي في قاعدة «ما لا يضمن» إنّما هو بعد التلف، و لا منافاة بين ثبوت الضمان بالإتلاف و ما هو بحكمه، و بين نفيه بالتلف.

(2) صفة للإتلاف، لا للوجوب، لأنّ المضمّن هو الإتلاف لا الأمر به، لقولهم:

«من أتلف مال الغير فهو له ضامن».

(3) المراد بالعقد هو الذي يكون موضوعا لقاعدة «ما لا يضمن» فإنّ الإتلاف مضمّن فيه. و أمّا العقد الموضوع لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فالضمان بالقيمة الواقعية ثابت بمجرد التلف. و لما كانت العارية مندرجة في «ما لا يضمن» توقّف الضمان فيها على الإتلاف. هذا توضيح ما أفاده المصنّف قدّس سرّه.

و لا يخفى أنّ توجيه الضمان بالإتلاف قد أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه و إن خصّ الضمان بما إذا خلى سبيل الصيد، قال قدّس سرّه: «و وجوب ذلك- أي إرسال الصيد- عليه لا ينافي ضمانه لمالكه و إن أقدم- أي المالك- على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالإرسال، فإنّ ذلك لا يقتضي ذهاب حرمة ماله، كما لا يقتضي إبطال

و يظهر منه عدم وجود مصرّح بالضمان لو تلف الصيد بأفة سماوية بيد المستعير قبل إرساله. و من العجب أنّ السيد قدّس سرّه حكى عبارة الشرائع هكذا قوله: «فلو أمسكه ثم أرسله ضمنه و إن لم يشترط عليه» (1). و لعلّه اعتمد على ما في الجواهر من مزج الشرح بالمتن، و إلّا فعبارة الشرائع خالية عن ترتّب الضمان على الإرسال، و إنّما يترتب على الإمساك، فراجع (2).

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 94

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 172

سببته- أي الإلتلاف- للضمان، الحاصلة من عموم قوله: من ألتف مال غيره فهو له ضامن ..» (1).

[1] فيه: أنّ الثابت على المستعير المحرم وجوب الإرسال تكليفاً، وهو بنفسه لا يستلزم الوضع أعني به الضمان واستقرار القيمة في الذمة، بحيث يكون نفس وجوب الإرسال- كالإلتلاف- موجبا لاشتغال الذمة بالقيمة، فإنّ 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 حتّى مات، فإنّه لا يضمن قيمة ذلك الطعام الذي أمر بإتلافه و أكله، ولذا لو لم يرسلها بل ردّها إلى المالك لم يضمن له شيئاً و إن كان أتما لتركه الإرسال الواجب.

وعليه فالضمان لا يتحقق إلا بعد التلف، و يكون مستندا إليه، فينتقض به القاعدة.

و كيف كان فالنقض بعارية الصيد موقوف على أمور:

الأول: فساد العارية، إذ على فرض صحتها لا يكون الضمان فيها نقضا لقاعدة «ما لا يضمن» بل يكون تقييدا لأدلة عدم ضمان العارية الصحيحة، كما لا يخفى.

الثاني: التلف، إذ الإلتلاف خارج موضوعا عن مفروض البحث، فلا بدّ من إثبات كون المقام من التلف.

الثالث: الضمان لو تلف الصيد عند المستعير، إذ بدونه لا يكون نقضا على القاعدة.

الرابع: عدم زوال ملكية المعير المحلّ بتسليم العين إلى المحرم المستعير، إذ مع زوالها كان الضمان- بناء على ثبوته- غير مرتبط بالعارية الفاسدة، لأنّ نفس التسليم إلى المحرم و تسلّم المحرم له بأيّ نحو كان موجب لسقوط ملكه. و هذا أجنبّي عن الإعارة و عقدها.

أَمَّا الْأَوَّلُ: فيمكن الاستدلال عليه بقوله تعالى وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا «1» بعد ظهور الصيد في المصيد أي الحيوان الوحشي، لا في معناه المصدرى، وذلك بقريته إضافته في الآية الشريفة المتقدمة عليها إلى البرّ والبحر. وبقريته قوله تعالى مَتَاعًا لَكُمْ وَ لِلسِّيَارَةِ «2» وقوله تعالى في الآيتين المتقدمتين، وهما:

لِيَبْلُغَكُمْ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ «3» وَ لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَ أَنْتُمْ حُرْمٌ «4». وقد أطلق على الحيوان الصيد باعتبار كونه في معرض الاصطياد، ولا بأس به، لأنه إطلاق شائع.

وتحريم ذات الصيد كغيره من التحريمات المضافة إلى الذوات- بقريته حذف المتعلق- ظاهر في حرمة جميع تقلباته اصطیادا و حيازة و تملكا و بيعا و شراء و إعارة و استعارة و استئمانا و إمساكا و غيرها، بتقريب: أنّ الحرمة بمعنى المنع الشامل للتكليفي و الوضعي. و على هذا فلا يصح كل تصرف اعتباري و خارجي يتعلّق بالعين التي أضيفت إليها الحرمة، فلا تصح إعارتها، إذ لا يصح الانتفاع بها بعد حرمة كل تصرف يتعلق بها. و من المعلوم اعتبار حليّة الانتفاع بها في صحة العارية.

و بالجملة: فيمكن الاستدلال على فساد عارية الصيد للمحرم بحرمة على المحرم، بتقريب: أنّ قوله تعالى حُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ ظاهر في حرمة جميع التصرفات المتعلقة به من الاصطياد و الإمساك و الانتفاع به، كشرب لبنه و أكل بيضه و نحوهما، و بطلان بيعه و شرائه و عاريتة 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

(1) سورة المائدة (5) الآية 96

(2) سورة المائدة (5) الآية 96

(3) سورة المائدة (5) الآية 94

(4) سورة المائدة (5) الآية 95

المضاف إلى الأمتهات. وعليه فالمراد بحرمة الصيد حرمة أكله، لأنّ الفعل المناسب هنا هو الأكل. نعم يراد بحرمة الصيد بقريئة النصوص حرمة جميع التقلبات.

وكيف كان فالظاهر فساد عارية الصيد لفقدان شرط صحتها و هو حليّة الانتفاع به.

و أمّا الثاني:- أعني به صدق التلف- فالظاهر ذلك و عدم صدق الإتلاف على الحكم بالإرسال، فلا موضوع عرفا لقاعدة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن». و لا شرعا، إذ لم يظهر دليل على تنزيل الإرسال الواجب منزلة الإتلاف حتى يخرج إعاره 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 الإتلاف الحقيقي و التنزيلي.

هذا مضافا إلى: أنّ الإتلاف التنزيلي منوط بوجوب الإرسال، و هو غير مسلّم، لذهاب صاحب الحداثق إلى وجوب ردّ الصيد الى مالكه. و على هذا فالنقض وارد.

و أمّا الثالث:- و هو الضمان- فقد عرفت الخلاف فيه، و مناقشة الشهيد الثاني في ذلك، و كلام الجواهر، و هو 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:- و هو عدم زوال ملكية المعير- فقد يستدل له بالآية الشريفة:

وَ حُرْمَ عَلَيْهِمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمُّمُ حُرْمًا بِالتَّقْرِيبِ الْمَشَارِإِلَيْهِ مِنْ أَنَّ حُرْمَةَ ذَاتِ الصَّيْدِ بِنَحْوِ الْحَقِيقَةِ الْإِدْعَائِيَّةِ إِنَّمَا هِيَ بِلِحَازِ حُرْمَةِ جَمِيعِ التَّقْلِبَاتِ تَكْلِيفًا وَ وَضْعًا، وَ مِنْهُ حُرْمَةُ الْإِصْطِيَادِ مَبَاشَرَةً وَ تَسْبِيحًا، بَلْ وَ دَلَالَةً وَ إِشَارَةً، وَ مِنْهُ حُرْمَةُ إِرْجَاعِ الصَّيْدِ إِلَى بَيْتِ مَغْلُوقٍ وَ إِلَى الصَّيَّادِ، وَ ذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ وَجُوبَ إِرْسَالِهِ الَّذِي لَازِمُهُ الْخُرُوجُ عَنِ مَلِكِ صَاحِبِهِ.

لكن فيه أولا: أنّ استفادة وجوب إرسال مال الغير- و حرمة إرجاعه إلى صاحبه- من الآية المباركة مشكلة جدّا، لعدم إطلاق لها يشمل كون الصيد مال الغير.

و ثانيا:- بعد تسليم الوجوب- أنّ كونه ملازما لخروجه عن ملكه ممنوع، نظير

وجوب أكل مال الغير في المخمصة، في عدم استلزامه للخروج عن ملك مالكة.

و مثل الاستدلال المزبور في الضعف ما قيل: من كون إيجاب الإرسال مساوقا لسلب جميع الانتفاعات، و هو ملازم لسلب الملكية التي تعتبر بلحاظ الآثار، فما لا أثر له لا يعتبر ملكيته، كأمر الشارع بإهراق الخمر الكاشف عن عدم مملوكيتها. وأمره بإرسال المحرم صيده الكاشف عن سلب ملكيته.

وجه الضعف بعد التسليم في المثالين- وهما الأ-مر بإهراق الخمر وإرسال الصيد- أنه لا وجه له في المقام، إذ الحكم بالإتلاف مع الضمان مؤكّد للملكية لا مزيل لها. نعم لو نهض دليل على عدم ضمانه بالإرسال كان لما ذكر من سلب الملكية وجه.

و ما قيل من: «أنّ الأمر في المقام دائر بين التخصيص و التخصص، و أصالة العموم تقتضي عدم التخصيص، لأنّ جواز التصرف و الإرسال مع بقاء الملكية تخصيص لدليل حرمة التصرف في مال الغير، فأصالة الإطلاق تكشف عن خروجه عن ملكه، و أنّ جواز الإرسال إنّما هو لخروج الصيد عن ملك مالكة» ضعيف.

وجه الضعف أولا: أنّ الخروج عن الملك قهرا تقييد لدليل الملكية.

و ثانيا: أنّ أصالتي العموم و الإطلاق لا تجريان مع العلم بمراد المتكلم كالمقام، و الشك في التخصيص و التقييد كما قرّر في محله.

فالمحصّل: أنّ عدّ عارية الصيد للمحرّم من نقوض قاعدة «ما لا يضمن» غير ظاهر. و على تقدير تمامية النقوض لا يرد طعن على القاعدة عكسا أو أصلا على فرض تماميتها في نفسها، لكونها من العمومات القابلة للتخصيص.

بقي التعرّض لإشكال أورده السيد قدّس سرّه على المتن، و محصّله: أنّ سببية الإتلاف لضمان قيمة الصيد مبنية على وجوب إرساله على المحرم حتى يكون إتلافا لمال الغير.

و ليس الأمر كذلك، إذ الاستفادة من النصوص حرمة إمساكه، و هي لا- تستلزم وجوب الإرسال، لإمكان التخلص من حرمة برده إلى المعير، و معه لا موجب لضمانه بمجرد

تسلّم الصيد من المعير، «1» هذا.

أقول: لا ريب في اختلاف مضامين نصوص الباب، ففي بضعها الأمر بالتخلية.

كقوله عليه السّلام في رواية: «إذا استوى جناحاه خلى عنه» «2» ونحو قوله عليه السّلام في رواية «فخلّ سبيلها» «3» ونحوهما ممّا هو ظاهر جدّاً في وجوب الإرسال.

وفي بعضها النهي عن إمساك الصيد، كرواية شهاب بن عبد ربّه عن أبي عبد الله عليه السّلام:

«حرّم عليك ذبحه وإمساكه» «4» وإليه نظر السيد قدّس سرّه، لإمكان امتثال هذا النهي بكلّ من الإرسال والرّد إلى المعير إن كان عارية.

ولا ريب في أنّ المجموع شرعاً في حقّ المحرم أمر واحد، وهو إمّا مطلوبة الإرسال، فتكون مبعوضة الإمساك والحبس بالعرض، وإمّا بالعكس. ولا يبعد استظهار الاحتمال الأوّل من مجموع النصوص الواردة في الصيد المملوك وغيره، وأنّه بمجرد الإحرام يرسله، وأنّه لا يغلق الباب عليه ولا يؤذيه، لأنّ من دخله كان آمناً.

مضافاً إلى فهم الأصحاب وتعبيرهم بوجوب الإرسال أو التخلية كما يظهر بمراجعة المتون الفقهية كالنهاية وفقه القرآن والشرائع والسرائر والقواعد والمختصر النافع وغيرها، ونحوها الوسائل أيضاً، فإنّه عنوان الباب الثاني عشر من أبواب الصيد بقوله: «أنّ الحمام ونحوه حتى الأهليّ إذا دخل الحرم وجب على من هو معه إطلاقه» «5» ثم ذكر بعض النصوص الناهية عن إمساك الصيد في هذا الباب.

وعليه فتعبير المصنّف قدّس سرّه بوجوب الإرسال أقرب إلى مضامين النصوص الآمرة بتخلية سبيل الصيد وإرساله، خصوصاً مع تأييدها بفهم الفقهاء، وحيث إنّ الأمر بالإرسال أمر بإتلافه كان ضمان قيمته ضمان الإتلاف لا التلف.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 94

(2) وسائل الشيعة، ج 9، ص 199، الباب 2 من أبواب كفارات الصيد وتابعها، الحديث 1

(3) وسائل الشيعة، ج 9، ص 199، الباب 2 من أبواب كفارات الصيد وتابعها، الحديث 1

(4) المصدر، ص 200، الحديث 2

(5) المصدر، ص 200

و يشكل (1) أطراد القاعدة أيضا في البيع فاسدا بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها (2)، فإنّ هذه المنافع (3) غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنّها

ب: النقض على القاعدة بمنفعة المبيع فاسدا

(1) معطوف على «يشكل» وهذا نقض ثالث على قاعدة «ما لا يضمن» و محصّله: 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 منفعه و ينتفع به، كما إذا اشترى دارا فسكن فيها أو سيّارة 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 منفعها، بل فاتت كما إذا لم يسكن في الدار مع قابليتها للسكنى.

و هذه 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 استرداد تمام الثمن منه.

وأمّا إذا كان البيع فاسدا فقد حكموا بأنّ المشتري كما يضمن العين - لو تلفت بيده - كذلك يضمن بدل منفعتها الفائتة في المدة التي كانت الدار تحت يده و سلطنته.

و هذا الحكم بالضمان مناف لقاعدة «ما لا يضمن» لأنّ عدم ضمان منافع المبيع بالبيع الصحيح يقتضي عدمه في البيع الفاسد أيضا. 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» قاعدة كلية حتى يرجع إليها في كلّ عقد لم يضمن بصحيحه، هذا.

(2) قد تقدّم أنّ وجه تقييد المنافع بعدم استيفائها، لوضوح أنّ المنافع المستوفاة مضمونة بقاعدة الاستيفاء لا باليد، فلا مورد للنقض بها على قاعدة «ما لا يضمن».

(3) أي: المنافع الفائتة.

إلا أن يقال (1): إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد (2). وفيه نظر (3). لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد

(1) هذا جواب النقض، و محصّ له: أنه لا موضوع للنقض بالمنافع الفاتية، و ذلك لأنها مضمونة في عقد البيع سواء أ كان صحيحا أم باطلا، فهي داخلة في أصل القاعدة أعني به «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده». و الوجه في ضمان المنافع مطلقا سواء استوفيت أم فاتت هو: أن البيع و إن كان «تمليك عين بعوض» و ظاهره خروج منافع العين عن مورد المعاملة، إلا أن الصحيح ضمان منافعها أيضا. و ذلك لكونها ملحوظة في مقام المعاوضة و مؤثرة في رغبة المشتري عند شراء العين، بل لزيادة المنفعة و قلتها دخل في قيمة العين، كما هو المشاهد من طريقة العقلاء في شراء الأعيان ذوات المنافع.

و على هذا فنمات المبيع مضمونة على المشتري، و يجب عليه ردّ عوضها إلى البائع إذا تبين فساد البيع.

و هذا الجواب و إن لم أظفر به بهذا النحو- من استتباع ضمان العين لضمان المنفعة- في الجواهر و غيره، لكن في بيان المحقق الكركي قدس سرّه ما يستفاد منه ضمان منافع المغصوب و المقبوض بالبيع الفاسد، حيث قال قدس سرّه في جواب إشكال عدم ضمان المنفعة ما لفظه: «لما كان المجموع في مقابلة المجموع، و فاتت المقابلة بفساد العقد كان كل منهما مضمونا بجميع أجزائه، نظرا إلى مقتضى المقابلة» (1). و ظاهره تقسيط الثمن على العين و المنفعة، و هذا مغاير لما في المتن من الاستتباع الظاهر في كون الثمن بإزاء نفس المبيع و هو العين، و إنما تضمن المنافع بالاستلزام و الاستتباع، فلاحظ.

(2) يعني: فلا يرد النقض، إذ المفروض ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد معا، فهي من مصاديق أصل القاعدة لا عكسها.

(3) هذا ردّ على استتباع ضمان العين لضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 324، و اقتبسه منه السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 304

وحاصل وجه النظر: أنّ الثمن يبذل بإزاء العين في العقد الصحيح من دون أن يقع شيء منه بإزاء المنافع حتّى تكون مضمونة في العقد الصحيح. وعلى هذا فالمنافع خارجة عن مورد العقد، فالقاعدة غير متعلّقة لغرضه، بل يرجع في ضمانها إلى اليد أو قاعدة الاحترام أو غيرهما، فالنقض غير متوجّه، لخروج المنافع عن مورد العقد، والقاعدة ناظرة إلى مورد العقد.

وبعبارة أخرى: إنّ منفعة المبيع وإن كانت ملحوظة للمشتري ومتعلّقة لغرضه، إلّا أنّها داعية له على شراء العين، ومن المعلوم الفرق بين الحيثية التقييدية كما إذا شرط في بيع الكتاب خياطة ثوبه، وبين الحيثية التعليلية الخارجة عن مصبّ العقد، كداعوية برودة الهواء لاشترائه الألبسة الخشنة الحارّة لدفع برودة الشتاء.

والمناطق في الضمان هو الحيثية التقييدية دون التعليلية، ولذا قالوا بأنّ تخلّف الداعي عن المعاملة لا يوجب الخيار فيها ولا يبطلها. وعلى هذا فالمضمون في البيع الصحيح هو نفس العين، كما أنّ المضمون في الإجارة هو نفس المنفعة. فالجواب المذكور غير واف بدفع النقض.

و الصحيح في التخلّص عنه أن يقال: إنّ المدار على الضمان وعدمه هو مصبّ العقد، لا ما يتعلّق به. ولما كان الثمن مقابلا بالمبيع لا بمنافعه لم تندرج المنافع في أصل قاعدة «ما يضمن» كما زعمه المجيب عن النقض، ولا في عكسها كما زعمه الناقض.

فإن قلنا بضمانها فبدليل آخر كقاعدة الاحترام. وإن قلنا بعدمه فللاقدام على تسليط المشتري على المبيع لينتفع به، هذا.

(1) يعني: لا يقتضي نفس البيع الصحيح ضمان منفعة المبيع حتى يقتضيه فاسده، فلو ضمنها المشتري في البيع الفاسد كان للدليل آخر.

(2) تعليل لقوله «غير مضمونة» والمستفاد منه أمران، أحدهما: المناقشة في جواب النقض، والآخر: ردّ أصل النقض. وقد تقدم توضيحهما أنّنا بقولنا: «و حاصل وجه النظر: أنّ الثمن يبذل بإزاء العين» وقولنا: «و الصحيح في التخلّف عنه أن يقال ..».

و يمكن نقض (1) القاعدة أيضا (2) بحمل المبيع فاسدا (3)، على ما صرّح به (4)

ج- النقض على القاعدة بحمل المبيع فاسدا

(1) هذا نقض رابع على قاعدة «ما لا يضمن» و توضيحه: أنه إذا تباع زيد و عمرو و حيوانا حاملا- كشة مثلا- بعشرة دنانير، فإما أن يكون المبيع مؤلفا من الحمل و الحامل بأن يقسّم الثمن على كليهما، وإما أن يكون المبيع خصوص الأمّ، و يبقى الحمل أمانة عند المشتري إلى أن يولد، فيسلّمه إلى البائع.

فإن كان البيع صحيحا فلا كلام على كلا التقديرين. و إن كان فاسدا توجه التفصيل بين الفرضين، فبناء على الأوّل- و هو كون المبيع كليهما- يكون المشتري ضامنا لكلّ من الحمل و الأمّ لو تلفا أو تلف أحدهما.

و بناء على الثاني- أي كون المبيع خصوص الأمّ- فمقتضى القاعدة عدم ضمان الحمل لو تلف عند المشتري، لأنّه ممّا لم يضمن في البيع الصحيح، فيلزم أن لا يضمن في البيع الفاسد أيضا، مع أنّ جماعة حكموا بضمان هذا الحمل التالف. و هذا نقض على قاعدة «ما لا يضمن».

نعم بناء على عدم ضمان الحمل- كما ذهب إليه جمع- لم يرد نقض على القاعدة، هذا.

(2) يعني: كما أمكن نقض القاعدة بما تقدّم من الموارد الثلاثة.

(3) متعلّق بالمبيع، يعني: المبيع بالبيع الباطل.

(4) اي: بضمان الحمل. قال شيخ الطائفة قدّس سرّه: «من غصب جارية حاملا ضمنها و حملها معا. و ولد المشتراة شراء فاسدا مثل ذلك» (1). و الشاهد في قوله: «و ولد المشتراة» حيث إنّه قدّس سرّه حكم على الجارية المشتراة بالشراء الفاسد بالضمان، سواء بالنسبة إليها و إلى حملها. و بهذا يتّجه النقض على قاعدة «ما لا يضمن».

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 65

في المبسوط و الشرائع (1) و التذكرة (2) و التحرير «من كونه مضمونا على المشتري» خلافا للشهيدين (3)

(1) قال المحقق قدس سره: «و غصب الأمة الحامل غصب لولدها، لثبوت يده عليها و كذا يضمن حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد» (1).

(2) قال العلامة قدس سره فيها: «إذا اشترى شراء فاسدا و جب عليه ردّه على مالكة، لعدم خروجه عنه بالبيع. و عليه مؤونة الردّ كالمغصوب .. و لو زادت العين في يد المشتري زيادة منفصلة كالولد و الثمرة، أو متصلة كالسمن و تعلم الصنعة و جب عليه ردّ الزيادة أيضا، لأنّها نماء ملك البائع، فيتبع» (2).

و الشاهد في جعل الولد نماء مضمونا للمبيع بالبيع الفاسد. و كذلك جزم العلامة بضمان الأمّ و الحمل في التحرير و الإرشاد (3).

(3) قال الشهيد قدس سره: «و غصب الحامل غصب الحمل. أمّا حمل المبيع فاسدا أو المستام فلا ضمان فيه. و قال الفاضل: يضمن الحمل في البيع الفاسد. و لعله أراد مع اشتراط دخوله» (4).

أقول: و بهذا الاشتراط صرح العلامة في الإرشاد، حيث قال: «و لو باع الحامل فالولد له، إلا أن يشترطه المشتري» (5). فلعلّ 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 (6).

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 236

(2) تذكرة الفقهاء، ج 1، ص 495

(3) تحرير الاحكام، ج 2، ص 137؛ إرشاد الأذهان، ج 1، ص 362

(4) الدروس الشرعية، ج 3، ص 108

(5) إرشاد الأذهان، ج 1، ص 366

(6) شرائع الإسلام، ج 2، ص 57

ص: 173

وقال الشهيد الثاني قدس سره في المسالك- بعد حكمه بضمان حمل الأمة المغصوبة- ما لفظه: «وَأَمَّا ضَمَانُ حَمْلِ الْأُمَّةِ الْمَبْتَاةِ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَإِنَّمَا يَتِمُّ مَعَ دَخُولِهِ مَعَهَا فِي الْبَيْعِ، إِذَا تَبَعَا كَمَا يَقُولُهُ الشَّيْخُ، أَوْ مَعَ الشَّرْطِ. أَمَّا لَوْ لَمْ يَكُنْ دَاخِلًا لَمْ يَتَّجِهْ ضَمَانُهُ، لِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِإِذْنِ الْمَالِكِ، وَلَيْسَ مَبِيعًا فَاسِدًا حَتَّى يُضْمَنَ بِفَاسِدِهِ كَمَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ..»

وقد اختلفت كلام العلامة في المسألة. ففي التحرير جزم بضمان الأمة و الحمل معا كما ذكره المصنّف- يعني المحقّق- وفي القواعد جزم بعدم ضمان الحمل. وهو الأصحّ.

و لا إشكال مع دخوله في البيع «1».

وقال في الروضة: «و غصب الحامل غصب للحمل، لأنّه مغصوب كالحامل، فالاستقلال باليد عليه حاصل بالتبعية لامّه. وكذلك حمل المبيع فاسدا حيث لا يدخل في المبيع، لأنّه ليس مبيعا، فيكون أمانة في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان، ولأنّ تسلّمه بإذن البائع. مع احتمال، لعموم على اليد» «2».

و احتمال الضمان غير مذكور في عبارة المسالك المتقدمة.

(1) قال قدس سره في شرح قول العلامة في القواعد: «ويضمن حمل الغصب لا حمل المبيع فاسدا» ما لفظه: «أَمَّا حَمْلُ الْغُصْبِ فَإِنَّهُ مَغْصُوبٌ كَالْأَصْلِ. وَأَمَّا حَمْلُ الْمَبِيعِ فَإِنَّهُ لَيْسَ مَبِيعًا، إِذْ لَا يَنْدَرِجُ الْحَمْلُ فِي بَيْعِ الْآمِّ، فَيَكُونُ أَمَانَةً فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، لِأَصَالَةِ عَدَمِ الضَّمَانِ، وَلِأَنَّ تَسَلُّمَهُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ الَّذِي هُوَ الْبَائِعُ» «3».

(2) كالمحقق الأردبيلي قدس سره «4». وقال السيد الفقيه العاملي قدس سره بعد سرد أسماء المذكورين في المتن: «و لعلّه- أي عدم الضمان- قضية كلام الباين إلّا

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 155

(2) الروضة البهية، ج 7، ص 24 و 25

(3) جامع المقاصد، ج 6، ص 220

(4) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 511

تبعاً للعلامة قدّس سرّه في القواعد (1). مع أنّ (2) الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنّه للبائع (3). وعن الدروس (4) توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع. وحينئذ لا نقض على القاعدة (5).

من ستعرفه» (1).

(1) تقدّمت عبارة القواعد آنفاً. وبالجملة فبناءً على القول بعدم ضمان الحمل في بيع الحامل ببيع فاسد لا يتّجه النقض على قاعدة «ما لا يضمن».

(2) هذا هو النقض على القاعدة بناءً على قول شيخ الطائفة والمحقّق وغيرهما من ضمان حمل المبيع فاسداً كضمانه بالغصب، مع عدم ضمانه في البيع الصحيح، لكون تمام الثمن بإزاء الحامل، وعدم تقسيطه عليها وعلى الحمل.

(3) إذ لو كان الحمل للمشتري- في البيع الصحيح- كان مضموناً عليه ببعض الثمن، لكونه جزءاً للمبيع.

(4) غرضه قدّس سرّه من نقل توجيه الشهيد قدّس سرّه هو سلامة قاعدة «ما لا يضمن» عن النقض بحمل المبيع فاسداً، ومحصل التوجيه: أنّ 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: «أشترى هذه الشاة الحامل على أن تكون سخلتها لي» وقبل البائع، فإنّ المشتري يضمن كلاً منهما بالضمان المعاوضي، بمعنى وقوع بعض الثمن بإزاء الأمّ وبعضه بإزاء الحمل. وإذا تبين فساد العقد كان الضمان لأجل تخلف الشرط، لا لاقتضاء ذات العقد.

(5) لأنّ الحكم بالضمان مع الشرط إنّما يكون لأجل الشرط، لا لاقتضاء ذات العقد. ومن المعلوم أنّ مورد القاعدة هو اقتضاء نفس العقد للضمان وعدمه، لا لأمر خارج عن حقيقته كالشرط، فيخرج عن موضوع القاعدة أصلاً وعكساً. فلا نقض.

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 223

ص: 175

ويمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة (1) [1]،

د- النقض على القاعدة بالشركة الفاسدة

(1) هذا نقض خامس على قاعدة «ما لا يضمن» وهو الفرق بين الشركة الصحيحة و الفاسدة. و تقريبه: أن الشركة الفاسدة توجب الضمان و حرمة التصرف في المال المشترك، مع أن الشركة الصحيحة لا توجب الضمان، فينتقض قاعدة «كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بالشركة الفاسدة.

لكن هذا النقض إنّما يتوجّه بناء على عدم جواز التصرف بسبب الشركة الفاسدة في المال المشترك، لانتفاء الاذن في التصرف مع فساد الشركة. كما أنّ الوجه في جواز التصرف بقاء الاذن فيه.

و منشأ الوجهين أنّ تقييد الاذن بالشركة هل هو بنحو وحدة المطلوب أم تعدده؟ فعلى الأوّل لا يجوز، وعلى الثاني يجوز، فلا نقض، لوجود الاذن الراجع للضمان، كعدم الضمان في الشركة الصحيحة.

[1] الظاهر عدم ورود هذا النقض، لأنّ 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 مخصّص. فهذا النقض غير وارد.

وقد يقال: بانتقاض أصل القاعدة- أعني به: كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده- بالنكاح الفاسد، مع علم المرأة بالفساد، لأنّها حينئذ زانية، و لا مهر لبغيّ، فإنّ النكاح الصحيح يوجب ضمان الصداق للمرأة، دون فاسده.

لكن فيه ما لا يخفى، لأنّ النكاح خارج عن القاعدة موضوعاً، إذ ليس المهر بإزاء الاستمتاع بالزوجة حتّى يضمن على كلا تقدير صحيحة العقد وفساده، بل المهر بإزاء

بناء (1) على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ (2) عدوانا [1] موجب للضمان (3).

(1) إذ بناء على إذن كل واحد من الشركاء لغيره في التصرف في المال المشترك مطلقا- حتى مع العلم بفساد الشركة- لم يرد نقض على القاعدة، فالنقض مبني على وحدة المطلوب و تقيّد الاذن في التصرف بخصوص الشركة الصحيحة شرعا.

(2) أي: حين فساد الشركة و انتفاء الاذن.

(3) فتتقضى قاعدة «ما لا يضمن» إذ لا ضمان في الشركة الصحيحة، مع أنّ في فاسدها الضمان.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية ممّا يتعلق بقاعدة «ما لا يضمن» و سيأتي الكلام في الجهة الأخيرة، و هي دليل الاعتبار.

الزوجية الاعتبارية- سواء أكانت دائميّة أم انقطاعيّة- الثابتة بنفس العقد، لأنّ استحقاق المرأة للمهر إنّما هو بنفس العقد المحقّق للزوجية و إن لم يكن هناك استمتاع، كما إذا ماتت قبل مباشرة الزوج لها و التمتّع بها.

و الحاصل: أنّه ليس هنا شيء يضمنه الزوج بالتلف أو الإلتلاف. و مورد القاعدة كون الضمان مسببا عن أمر آخر غير العقد كالقبض في العقد، فإنّ التلف بعده يوجب الضمان، و قبله لا يوجبه، بل هو من مال بائعه.

و بالجملة: البضع و سائر الاستمتاع لا ماليّة لها شرعا، فلا تقابل بالمال. نعم قد ثبت مهر المثل في بعض الموارد كالوطي بالشبهة، لاحترام الأعراس.

فالمتحصل: أنّ ثبوت المهر في النكاح الصحيح، و عدمه في الزنا أجنبي عن مورد القاعدة.

[1] هذا متّجه في صورة العلم بفساد الشركة دون الجهل به، فالدليل أخصّ من المدّعى، فالأولى التمسك بقاعدة اليد.

[أ: الأولوية]

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة (1) - على ما تقدّم من كلام الشيخ في المبسوط - هي الأولوية (2).

الجهة الثالثة: مستند قاعدة «ما لا يضمن»: أ: الأولوية

(1) أي: قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» وقد أحسن المصنّف قدّس سرّه في التعبير بالقضية السالبة الموافقة للصناعة، دون العكس لما مر من كون التعبير بالعكس مبيّنًا على المسامحة. وكيف كان فهذا شروع في الجهة الثالثة - والأخيرة - مما يتعلّق بالقاعدة، وهي مدرّكها والدليل عليها. والمذكور في المتن أمران: أحدهما الأولوية التي استظهرها من عبارة المبسوط، وثانيهما الأخبار المتفرقة الواردة في عدم ضمان الأمين، وسيأتي الكلام فيهما إن شاء الله تعالى.

(2) هذا هو الدليل الأوّل، وقد نقل المصنّف كلام شيخ الطائفة قدّس سرّه إجمالاً في صدر المسألة و حكيناه هناك بألفاظه، فراجع (ص 60) والمقصود منه هو استدلاله على عدم ضمان العين المرهونة في الرهن المتضمن لشرط فاسد - مثل كونها مبيعة من المرتهن لو لم يؤدّ الرهن دينه، قال في المبسوط: «لأنّ صحيح الرهن غير مضمون عليه - أي على المرتهن - فكيف فاسده» (1).

وهذه العبارة الموجزة يحتمل أن يراد بها التعجّب من الضمان في العقد الفاسد الذي لا يؤثر صحيحه في الضمان. ويحتمل أن يراد بها أولوية عدم الضمان في العقد الفاسد من عدمه في العقد الصحيح منه، كالرهن الصحيح والفاسد. واستظهر المصنّف قدّس سرّه هذا الاحتمال.

كما أنّه يحتمل أن يريد شيخ الطائفة - بناء على الأولوية - أولوية عدم ضمان العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه كالرهن - من عدم ضمان نفس هذا العقد الذي لا يضمن بصحيحه. ولعلّ هذا ظاهر العبارة. ويحتمل أن يريد قدّس سرّه ما استظهره

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 204

و حاصلها: أنّ الرّهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفساده؟ و توضيحه (1):

المصنّف من أولويّة العقد الفاسد مما لا يضمن بصحيحه من فاسد العقد الذي يضمن بصحيحه كالبيع.

و الانصاف عدم خلوّ المتن من اندماج، فلا- بدّ أوّلا من بيان ما أفاده الماتن في توضيح عبارة المبسوط، و ثانيا من التعرّض لما أفاده في تقريب الأولويّة.

(1) أي: توضيح انتفاء 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 محصّل ما أفاده بقوله: «و توضيحه» هو: أنّ سبب الضمان الجعليّ في العقود الصحيحة المضمّنة كالبيع و الصلح المعاوضيّ و الإجارة إمّا أن يكون إقدام المتعاقدين على صيرورة مال كلّ منهما مضمونا بمال الآخر. و إمّا أن يكون السبب إمضاء الشارع لما أقدم عليه، و حكمه بوجود الوفاء بما التزم به.

و كلا السببين منتف في مثل الرهن. أمّا انتفاء الإقدام على الضمان بالمسمّى فواضح، لأنّ تسليم العين إلى المرتهن ليس بقصد تمليكها له بعوض، بل بقصد كونها وثيقة عنده، فتكون أمانة كالعين في الوديعة و العارية و الوكالة. و أمّا انتفاء الضمان الناشئ من حكم الشارع بصحة العقد فلأنّ المراد بالصحة في باب المعاملات إمضاء ما التزم به المتعاقدان و وجوب الوفاء به، فالإمضاء يكون على طبق الممضى و مماثلا له. و لمّا كان الممضى هو البناء على تسليم العين إلى المرتهن و تسلّمها بلا عوض كان معنى صحة الرهن شرعا إمضاء ما أقدم عليه من عدم ضمان العين لو تلفت بيد المرتهن.

هذا إذا كان عقد الرهن صحيحا. و كذا الحال لو كان فاسدا، فلا ضمان فيه، لا من جهة الإقدام على الضمان و لا من جهة حكم الشارع و إمضائه. أمّا انتفاء الإقدام فلأنّ الرهن الفاسد فرد من طبيعّي الرهن المبنيّ على كون العين المرهونة وثيقة

أنّ الصحيح من العقد (1) إذا لم يقتض (2) الضمان- مع إمضاء الشارع له- فالفساد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر (3) في الضمان. لأنّ أثر الضمان (4) إمّا من الأقدام على الضمان (5)،

وأمانة بيد المرتهن. و أمّا انتفاء الضمان من ناحية الإمضاء 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 علة عدم الضمان مشتركة بين الرهن الصحيح و الفاسد، فلا بدّ أن يكون المعلول- و هو عدم الضمان- كذلك. هذا تقريب عدم اقتضاء العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه للضمان. و أمّا أنّه للمساواة أو لألويّة الفاسد بعدم الضمان فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(1) أي: عقد الرهن و نحوه مما لا يضمن بصحيحه.

(2) قد تقدّم أنّ وجه عدم اقتضاء الصحة و الإمضاء الشرعي للضمان، و محصّله: أنّ الإمضاء لا بدّ أن يكون على طبق الممضى، و لمّا كان الممضى هو الأقدام على الاستيمان لا المعاوضة، كان حكم الشارع بالصحة تثبيتها لهذا الأقدام، فيمتنع استناد الضمان إلى الإمضاء.

(3) هذه العبارة تدلّ على أنّ العقد الفاسد من الرهن لا يكون مضنّاً، و أمّا أنّه لمساواته للعقد الصحيح أو لألويّته منه في عدم الضمان فلا يستفاد منها.

(4) الإضافة بيانية، و غرضه أنّ الضمان- الذي هو أثر الصحة أو الإقدام- منتف في العقد الفاسد. و قد عرفت توضيحه آنفاً. و لو قال: «لأنّ الضمان ..» كان أسهل تناولاً.

(5) مقصوده قدّس سرّه انتفاء المقتضي للضمان. و لا يخفى أنّ استناد عدم الضمان إلى عدم الأقدام على المعاوضة لم يذكر في كلام شيخ الطائفة هنا، إذ المذكور فيه هو انتفاء الصحة شرعاً، و لكنّ المصنّف قدّس سرّه أضاف إليه انتفاء الأقدام هنا، لأنّه استفاده من

و المفروض عدمه، وإلا يضمن (1) بصحيحه. وإما (2) من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض أنها لا تؤثر شيئاً [1].

و وجه الأولوية (3): أن الصحيح

تعليلاً الضمان في «ما يضمن بصحيحه» في موارد متعددة من المبسوط- بالأقدام و الدخول على أن تكون العين مضمونة، فإذا كان الضمان للأقدام في مثل عقد البيع كان عدم الضمان في الرهن لأجل عدم الأقدام على المعاوضة و المبادلة. و لا بأس بما صنعه المصنف قدس سره استقصاء لجهات البحث.

(1) أي: لو كان الراهن و المرتهن أقداً على الضمان لكان الرهن الصحيح مؤثراً في الضمان، مع أن المفروض عدم مضمونته.

(2) يعني: أن الموجب الثاني للضمان هو حكم الشارع بالضمان في هذا الرهن الفاسد، و لكن لا يجتمع الفساد الشرعي مع الضمان، لأن معنى الفساد لغوية العقد و كونه كالعدم، و الضمان الشرعي يدور مدار الجعل و لو إمضاء، و المفروض عدمه.

(3) 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 58 و 115) استدلال شيخ الطائفة على الضمان في الفاسد- مما يضمن بصحيحه- بقاعدة الأقدام و الدخول على المعاوضة. و ناقش المصنف فيه بأنه

[1] هذا الوجه إنما يتجه بناء على كون الضمان ناشئاً عن العقد بحيث يكون نفس العقد سبباً له، إذ يصح حينئذ أن يقال: إذا لم يكن الصحيح مقتضياً للضمان فالفساد- الذي يكون كالمعدوم في عدم ترتب أثر عليه- أولى بعدم تأثيره في الضمان. و أمّا بناء على كون سبب الضمان و مقتضية غير العقد من اليد و التصرف فلا بد أن يكون عدم الضمان في الصحيح لاقتضاء العقد له، و لا يلزم من اقتضاء الصحيح للعدم أن يكون الفاسد كذلك، و من الواضح أن الأمر كذلك أي يكون سبب الضمان غير العقد.

لا سبيل لإثبات الضمان في مثل البيع الفاسد بقاعدة الإقدام، لأنّهما أقدمتا في العقد الصحيح على ضمان خاصّ وهو الضمان الجعلي المسمّى في العقد، ولم يقدمتا على طبيعيّ الضمان، حتّى يثبت الضمان بالبدل الواقعي في العقد الفاسد، فثبوت المثل أو القيمة في عهدة المتبايعين منوط بالدليل عليه.

فمقتضى قاعدة الإقدام انتفاء الضمان بالمسمّى في البيع الفاسد، لفرض أنّ الشارع لم يصحّح العقد ولم يمض ما أقدمتا عليه. مع وضوح أنّ البيع الفاسد يقتضي الضمان من جهة كونه مصداقا لطبيعيّ البيع المتقوم بالمبادلة و المعوضة بين المالين.

وعليه نقول: إنّ انتفاء الضمان بالعرض المسمّى في البيع الفاسد- لعدم الإقدام على طبيعيّ العرض و عدم إمضاء الضمان الخاص - يدلّ بالأولوية القطعية على انتفاء الضمان في مثل الرهن الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه.

ووجه الأولوية: أنّ الرهن الفاسد لا يتوقّع ترتب الضمان عليه، وذلك لانتفاء كلّ من الإقدام على الضمان و الإمضاء، بخلاف البيع الفاسد، فإنّه من جهة كونه مصداقا لمفهوم البيع المتقوم بالمبادلة و المعوضة يترقّب 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- بناء على إرادة الأولوية دون التعجّب و المساواة- لدلالته على أولوية فاسد العقد- الذي لا يضمن بصحيحه- من صحيحه كالرهن الصحيح و الفاسد.

ولذا تكلف المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه في توجيه الأولوية التي ادّعاها المصنّف قدّس سرّه، بأن يقال: إنّ الملحوظ طبيعيّ العقد الصحيح، فالصحة في كلّ عقد تقتضي الضمان، سواء أ كان بيعا أم رهنا، فإذا لم يثبت الضمان فيه فعلا- مع اقتضاء الصحة ثبوته- فالفاسد الذي ليس فيه اقتضاء الضمان- إمّا لعدم إقدام مضمّن كما في الرهن، و إمّا لعدم إمضاء مضمّن كالبيع الفاسد- أولى بأن لا يوجب الضمان.

و على هذا فالرهن الفاسد أولى بعدم الضمان من الرهن الصحيح، لأنّ الصحة بنفسها

إذا كان مفيدا للضمان (1) أمكن أن يقال: إنَّ الضمان من مقتضيات الصحيح (2)، فلا يجري في الفاسد، لكونه لغوا غير مؤثّر، على ما سبق تقريبه (3) من أنه أقدم على ضمان خاص (4)، و الشارع لم يضمنه، فيرتفع أصل الضمان (5) [1].

مقتضية للضمان، وإن لم يبلغ مرتبة الفعلية، وهذا الاقتضاء الناقص مفقود في الفاسد «1».

(1) هذه الجملة قرينة على أن المصنّف قدّس سرّه قاس الأولوية بين نوعين من العقود، يعني العقد الصحيح المفيد للضمان الذي لا يؤثّر فاسده في الضمان، وبين العقد الصحيح الذي لا يفيد ضمانا كالرهن، فجعل العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه أولى بعدم الضمان من العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه.

(2) يعني: أن الصحة الشرعيّة تقتضي الضمان، سواء أكان مضمّنا بالفعل أم لا، فإذا انتفت الصحة لم يبق المقتضي له.

(3) حيث قال في الاعتراض على استدلال شيخ الطائفة بالاقدم ما لفظه:

«و هذا الوجه لا يخلو من تأمل، لأنّهما إنّما أقدما و تراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ، لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاصّ، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية».

(4) و هو الضمان بالبدل المسمّى في العقد المعاوضيّ، كضمان الكتاب بدينار في بيعه به.

(5) 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 قدّس سرّه فيها.

[1] لا يخفى أنّ المحقق الايرواني قدّس سرّه استظهر من المتن: أنّ مقصود المصنّف قدّس سرّه ملاحظة الأولوية بين عقدين يقتضي صحيح أحدهما الضمان، و لا يقتضيه الآخر، لكنه قدّس سرّه لغموض كلام الماتن قال: «ينبغي تقرير الأولوية هكذا: إنّ

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 85

ص: 183

(1) أي: يخذش الأولوية، و محصل الخدشة: أن مبنى الأولوية- وهو 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 الإجارة- بالنسبة إلى العين المستأجرة- و إمضاء 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 مزية ترفع أولوية الفاسد من الصحيح في عدم الضمان. أما مزية الفاسد فقد عرفت أنها من عدم إقدام مضمّن و إمضاء مضمّن. و أما مزية الصحيح فهي أن إمضاءه المقتضي للسلطنة الشرعية الرافعة للضمان عند وجود سببه مختصّ به، فبلحاظ الإمضاء- الذي هو أمر وجودي رافع للضمان- يمتاز الصحيح عن الفاسد، فلا أولوية.

و اعلم أن المذكور في المتن من المناقشة في استدلال شيخ الطائفة قدّس سرّه 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، فإنه بالأحرى أن لا يكون في فاسده إقدام على الضمان» «1».

و هذا كما ترى ملاحظة للأولوية بين عقدين لا بين صحيح عقد 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 الأصفهاني، و أدرجناه في التوضيح، فتأمل فيه حقّه.

أنه (1) يجوز أن يكون صحّة الرهن والإجارة (2) المستلزمة لتسلّط المرتهن والمستأجر على العين شرعا (3) مؤثّرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلّطا لهما على العين، فلا أولويّة (4).

فإن قلت (5): إنّ الفاسد وإن لم يكن له دخل

الفاسد من العقد الصحيح بعدم الضمان، وقد عرفته.

ثانيهما: ما أفاده بقوله: «فإن قلت» وأجاب عنه، و محصّله منع مساواة العقد الفاسد للصحيح في عدم الضمان، لوجود المقتضي للضمان في الفاسد، وعدمه في الصحيح، فكيف يكون الفاسد أولى بعدم الضمان؟

(1) هذا مرفوع محلاً على أنّه فاعل «يخدشها» و الضمير للشأن.

(2) عطف الإجارة على الرهن- في كون العين غير مضمونة بيد المرتهن والمستأجر للتسليط المالكي- مبني على دخول العين المستأجرة في قاعدة «ما لا يضمن» كما استظهره قدّس سرّه بقوله: «القاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة ولا متخصّصة» وإلا فبناء على ما ذهب إليه صاحب الرياض وغيره من ضمانها لا تكون الإجارة كالرهن.

(3) قيد لقوله: «تسلّط» يعني: فتكون العين أمانة شرعيّة و مالكيّة، فلا وجه للضمان في العقد الصحيح.

(4) أي: فلا أولويّة للفاسد من الصحيح في عدم الضمان.

(5) هذا الاشكال ناظر إلى أصل استدلال شيخ الطائفة قدّس سرّه مع الغصّ عن الخدشة التي ذكرها بقوله: «لكن يخدشها» وهو مبني على أمرين:

الأول: أنّ حديث «على اليد» يقتضي ضمان المستولي على مال الغير مطلقاً، سواء أ كانت يده عدوانيّة أم أمانيّة، و سواء أ كان بعقد صحيح أم لا، لصدق «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» على جميع موارد الوضع.

في الضمان (1)، إلا أن مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان (2)، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض، وبقي الباقي (3).

الثاني: أن هذا العموم خصّص في جملة من العقود الصحيحة، حيث لا ضمان فيها كالوديعة و العارية و الرهن و الوكالة و نحوها ممّا يكون التسليط بإذن الشارع و المالك. و أمّا إذا كانت هذه العقود باطلة غير ممضاة شرعا كان وضع اليد فيها مندرجا في عموم «على اليد» كاليد العدوانيّة في موارد الغصب المقتضية للضمان.

و بناء على هذين الأمرين يتّضح منع مساواة العقد الفاسد- ممّا لا يضمن بصحيحه- للصحيح في عدم الضمان، فضلا عن أولويّة الفاسد من الصحيح فيه.

و الوجه في المنع: أن سبب الضمان غير منحصر في ما أفاده شيخ الطائفة قدّس سرّه من إقدام المالك على الضمان و إمضاء الشارع له، حتى يقال بتساوي الصحيح و الفاسد في علّة عدم الضمان و هي عدم الاقدام المضمّن و عدم الإمضاء المضمّن. بل للضمان سبب آخر، و هو قاعدة اليد الشاملة لكلّ من العقد الصحيح و الفاسد. إلا أنّها خصّصت 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 قدّس سرّه بعدم الضمان في الرهن الفاسد، استنادا إلى مساواته للصحيح في السببيّة لعدم التضمين؟

(1) لما عرفت من انتفاء علّة الضمان، و هي الإقدام على الضمان، و إمضاء هذا الاقدام، و هذه مشتركة بين الرهن الصحيح و الفاسد.

(2) فالعقد الفاسد من جهة وجود هذا العموم فيه أولى بالضمان من الصحيح.

(3) و العقد الفاسد ممّا بقي تحته، لعدم صلاحيّته لتخصيص عموم قاعدة اليد.

قلت (1): ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به (2) المقبوض

ب: عموم دليل الهبة و الأمانات

(1) هذا جواب الاشكال على المساواة بين العقد الصحيح و الفاسد في عدم الضمان، و غرض المصنّف قدّس سرّه إثبات الملازمة في عدم الضمان بين العقد الصحيح غير المضمّن و بين فاسده.

و هذا الجواب دليل ثان على قاعدة «ما لا يضمن». و محصّله: أنّ الدليل المخرج للمقبوض بصحاح تلك العقود عن عموم على اليد- على ما اعترف 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 يضمّنه المالك، من غير فرق في عدم الضمان بين التملك المجاني كالهبة، و بين التسليط على الانتفاع بعين مجاناً كالعارية، أو بعوض كالإجارة، إلى غير ذلك من موارد الاستيمان المالكي، بعد تساوي صحيح هذه العقود و فاسدها في الجهات الداخليّة و الخارجيّة. أمّا الداخليّة فهي عدم الاقدام المضمّن، و عدم الإمضاء المضمّن. و أمّا الجهات الخارجيّة فهي اليد الموجبة بذاتها للضمان و الاذن المالكيّ الراجع له.

و المراد بالاستئمان المالكي هو التسليط عن الرضا و عدم كونه بلا إذن منه حتى تكون يده عادية، و التسليطات المجانيّة كلّها كذلك. و ليس المراد بالاستئمان المالكي الاستنابة في الحفظ، ضرورة أنّه لا شيء من العقود كذلك إلاّ الوديعة.

و بعد فرض تساوي العقود الصحيحة و الفاسدة في الجهات الداخليّة و الخارجيّة تكونان متساويتين أيضا في الحكم بالضمان و عدمه. فإذا دلّ دليل على عدم الضمان في الصحيحة دلّ على عدمه في الفاسدة أيضا.

(2) هذا الضمير و ضمير «به» المتقدم راجعان إلى «ما» الموصول المراد به عموم ما دلّ على عدم الضمان في موارد الاستيمان.

بفاسدها (1)، و هي عموم (2) ما دلّ على: أنّ من لم يضمّنه (3) المالك سواء ملكه إياه بغير عوض (4)، أو سلّطه على الانتفاع به (5)، أو استأمنه عليه لحفظه (6) أو دفعه إليه لاستيفاء حقّه (7)، أو العمل فيه بلا اجرة (8) أو معها، أو غير ذلك (9)، فهو (10) غير ضامن.

أمّا (11) في غير التمليك بلا عوض - أعني الهبة - فالدليل المخصّص لقاعدة

(1) لمساواة فاسد تلك العقود مع صحاحها في الجهة المخرجة لها عن إطلاق «على اليد».

(2) هذا العموم يستفاد من النصوص المتفرّقة كما سيأتي ذكر جملة منها إن شاء الله تعالى.

(3) بصيغة التفعيل، أي: لم يقصد المالك ضمان القابض لماله.

(4) كما في الهبة بغير عوض، لكونها تمليكا للعين مجّانا.

(5) كما في العارية، فإنّ المالك المعير يسلّط المستعير على العين للانتفاع بها.

(6) كما في الوديعة، فإنّها استيمان لحفظ المال عن الضياع.

(7) كما في إجارة الأعيان، فالمؤجر يسلّط المستأجر على العين ليستوفي حقّه منها، كالسكنى في الدار.

(8) كما إذا دفع القماش إلى الخياط ليخيطه ثوبا تبرّعا منه بالخياطة، أو دفع القماش إليه ليخيطه ثوبا بأجرة معيّنة. وهذه إجارة على الأعمال المحترمة. فسواء أكان العمل مع أجره أم بدونها تكون يده على الثوب أمانية لا يضمن تألفها.

(9) كما في دفع مال المضاربة إلى العامل للتجارة به. وكدفع المال الموكّل في بيعه إلى الوكيل، فهما غير ضامنين لما بيدهما.

(10) جزاء الشرط في قوله: «من لم يضمّنه».

(11) غرضه قدّس سرّه إبداء الفرق بين الهبة غير المعوّضة، وبين العقود الأمانية التي لا تضمن بصحيحها وفاسدها، و الفارق هو عدم صدق الأمانة في باب الهبة،

الضمان (1) عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل «ليس لك أن تتّهمه» (2).

لكونها رافعة للملك ولا تكون العين أمانة بيد المتّهب، بل هي ملكه، بخلاف العارية والوكالة والمضاربة والوديعة والرهن ونحوها، فإنّها مصاديق لعموم ما دلّ على «عدم ضمان الأمين». ولا بدّ حينئذ من دليل آخر لإثبات عدم الضمان في الهبة الفاسدة، وذلك الدليل هو الأولوية القطعية، وسيأتي بيانها.

(1) يعني: قاعدة اليد المقتضية للضمان في كلّ استيلاء على مال الغير، سواء أكان بالعقد أم بغيره، وسواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً.

(2) كما في رواية مسعدة بن زياد عن أبي عبد الله عليه السّلام: «ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن وقد جرّيته» (1). ورواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «ليس لك أن تأتمن من خانك، ولا تتهم من ائتمنت» (2).

وهناك نصوص أخرى دالة على عدم ضمان الأمين في موارد الوديعة والعارية والإجارة على الأعمال، فمنها: مرسله أبان بن عثمان عن أبي جعفر عليه السّلام في حديث، قال: «و سألته عن الذي يستبضع المال، فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال:

ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (3) رواها الكافي والتهذيب بسند كالصحيح عنه عليه السّلام.

ومنها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وقال: ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية والوديعة مؤتمن» (4).

ومنها: معتبرة غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام: «إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 229، الباب 4 من أبواب الوديعة، الحديث 10

(2) المصدر، الحديث 9

(3) المصدر، ص 228، الحديث 5

(4) وسائل الشيعة، ج 13، ص 237، الباب 1 من كتاب العارية، الحديث 6

ص: 189

أتي بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب، فضاعت، فلم يضمّنه، وقال: إنّما هو أمين» (1). و التعليل ظاهر في كبرى عدم ضمان الأمين، و أنّ عدم تضمين الحمّامي إنّما هو لأمانته.

و منها: معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: «قال: لا يضمّن الصّانغ و لا القصّار و لا الحائك، إلّا أن يكونوا متهمين، فيخوف (فيحيئون) بالبيّنة، و يستحلف لعلّه يستخرج منه شيئا. و في رجل استأجر جمّالا فيكسر الذي يحمل أو يهريقه. فقال: على نحو من العامل، إن كان مأمونا فليس عليه شيء، و إن كان غير مأمون فهو ضامن» (2). و ظهورها في إناطة الضمان بالتهمة، و عدمه بالأمانة مما لا ينكر.

و منها: قول الفقيه عليه السّلام في مكاتبة الصّفّار في ضمان القصّار: «هو ضامن له إلّا أن يكون ثقة مأمونا إن شاء الله» (3).

إلى غير ذلك من النصوص المتفرقة الواردة في المستعير و المرتهن و الودعيّ و المستبضع، و الأجير على العمل كالقصّار و الحمّال و الجمّال، و المستأجر للعين، و غير ذلك المتضمّنة لعدم ضمانهم، بدعوى: أنّ اشتغال بعضها على تعليل عدم الضمان «بكون الرجل أمينا» يدلّ على قاعدة كلىّة، و هي عدم ضمان المؤتمن و عدم الغرم على كلّ أمين. و مقتضى ترك الاستفصال عدم الفرق بين كون الاستيمان في العقد الصحيح أو الفاسد.

و بدعوى: أنّ التسليم في باب الإجارة و المضاربة و الشركة و نحوها يكون من قبيل جعل العين أمانة.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 270، الباب 28 من أبواب أحكام الإجارة، الحديث 1

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 274، الباب 29 من أبواب أحكام الإجارة، الحديث 11

(3) المصدر، ص 275، الحديث 18

أما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى (1) ما دلّ على خروج مورد الاستيمان، فإنّ (2) استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له (3) اقتضى (4) التسليط المطلق (5) عليه مجّانا عدم

و الحاصل: أنّ المدعى عدم ضمان كلّ من استأمنه 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 الإجارة الفاسدة، إلى غير ذلك. و صغروية العقود الفاسدة تثبت بترك الاستفصال.

هذا كلّ في العقود الفاسدة الأمانية التي لا تضمن بصحيحها. و أمّا الهبة فسيأتي وجه عدم الضمان بفاسدها.

(1) متعلّق ب «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» المقتضى للضمان.

و تقريب الأولوية: أنّ عدم الضمان في صورة قطع العلقة عن المال بالمرّة أولى من عدم ضمانه في موارد الاستيمان التي تبقى إضافة الملكيّة على حالها.

(2) تقريب للفحوى، وقد عرفته آنفا.

(3) أي: للمالك.

(4) جزاء الشرط، و جملة الشرط و الجزاء خبر قوله: «فإنّ استيمان».

(5) المراد بالتسليط المطلق هو سلطنة المتهب على التصرفات الخارجيّة و الاعتباريّة المشروعة في العين الموهوبة، وهذا في قبال تسليط المالك في باب العارية، لكون متعلّقه الانتفاع بالعين بنفسه. وكذا في باب الإجارة، فإنّ المستأجر مسلّط على العين في جهة الانتفاع بها و استيفاء حقّه منها، لا مطلقا، ولذا لا يجوز له التصرف الأجنبيّ عن حيثيّة الانتفاع. وكذا في باب البيع، فإنّ تسليط المالك.

ضمانه بطريق أولى (1). و التقييد (2) بالمجانّة لخروج التسليط المطلق بالعرض كما في المعاوضات، فإنّه عين التضمين.

فحاصل (3) أدلة عدم ضمان المستأمن (4) أنّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمّنه بعوض واقعيّ - أعني المثل و القيمة - ولا جعلي فليس

وإن كان مطلقاً غير مقيّد بتصرّف دون آخر، إلاّ أنّه مقابل بالعرض، وليس مجاناً.

(1) تقدم تقريب الأوليّة آنفاً.

(2) غرضه من هذه الجملة أنّ الموجب لتقييد التسليط المطلق في قوله: «اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً» بالمجانّة هو: أنّ للتسليط المطلق على المال فردين، أحدهما: بلا عوض وهو الهبة، و الآخر معه وهو البيع و الصلح المفيد فائدة البيع.

و ما ذكر - من أولويّة التسليط المطلق بعدم الضمان من موارد الاستيمان المالكيّ - فمورده الهبة التي لا يضمّن المتّهب عوض ما أخذه من الواهب. و أمّا التسليط المطلق في باب البيع ونحوه فحقيقته التضمين، فلا معنى لتوهم كونه كالهبة ممّا لا ضمان فيه.

(3) هذا الحاصل راجع إلى ما أفاده بقوله: «قلت» الذي محصّله خروج العقود الأمانيّة صحيحها و فاسدها عن الحديث النبويّ «على اليد» المقتضي للضمان في مطلق موارد الاستيمان. و عليه فإذا دفع المالك ماله إلى آخر من دون الاقدام على تضمين الآخذ ببدله الواقعي و لا يبدل جعليّ مسّى لم يكن ماله مضموناً، فلو تلف لم يلزم تداركه ببدل على الآخذ. و بذلك تمّ الدليل على أنّ «ما لا يضمّن بصحيحه لا يضمّن بفاسده».

(4) بصيغة المفعول أي: من جعله المالك أميناً على ماله لا يكون ضامناً. هذا تمام الكلام في ضمان نفس المقبوض بالبيع الفاسد، و سيأتي الكلام في وجوب ردّه و سائر آثاره إن شاء الله تعالى.

[1] لا يخفى أنّه قد استدلّ على قاعدة «ما لا يضمن» بوجوه:

الوجه الأوّل: الأولوية. و يكفي في ردّها ما أفاده المصنّف قدس سرّه من الخدشة.

الوجه الثاني: الأصل، إذ الضمان حكم وضعي، فإن شكّ في ثبوته ولم يكن عليه دليل ينفي بأصالة البراءة.

وفيه: أنّ هذا مبنيّ على عدم إمكان التمسك بالنبوي «على اليد ما أخذت» لضعف السند أو غيره. وقد تقدّم البحث فيه، و أنّه حجة و يصح الاستدلال به، فراجع.

الوجه الثالث: إقدام المتعاقدين على المجانيّة الرافع للضمان في كل من الصحيح و الفاسد.

وفيه: أنّ ما أقدم عليه عنوان خاصّ صحيح، و قد انتفى، و ارتفع العنوان يوجب انتفاء السبب الرافع للضمان، فمقتضى عموم «على اليد» هو الضمان.

الوجه الرابع: الأدلّة الدالّة على عدم الضمان في الأمانات كالوكالة و الوديعة و نحوهما، و ذلك كعموم ما دلّ على «أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمه» و ضمّ المصنّف رحمه الله إلى ذلك: الفحوى بالنسبة إلى مثل الهبة، فإنّه 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: بأنّ الكلام إنّما هو في مثل الشركة الفاسدة، و كذا الإجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين، و في مثل حمل المبيع بالبيع الفاسد على القول بكونه مضموناً على المشتري مع عدم الضمان في صحيحه، و في مثل استعارة المحلّ من المحرم على تقدير فساد العارية.

و حينئذ نقول: إنّ العموم المزبور و نحوه من أدلة الاستيمان لا- يستفاد منها إلّا حكم ما هو استيمان محض قصد منه مصلحة المالك كالوكالة و الوديعة، أو ما كان مثل العارية بالنسبة إلى الصحيح منها الذي هو مورد الاذن، دون غيره، إذ ليس في المورد

إلا الإذن المقيّد بكونه في ضمن العارية الصحيحة أو الإجارة الصحيحة مثلا، وقد انتفى القيد فينتفى المقيّد بانتفائه.

ودعوى كون مطلق الاذن رافعا للضمان، خالية عن البرهان، فإنّ المقبوض بالسوم مع اقترانه بالاذن مضمون على القابض كما عن المشهور. فالحق أنّ هذه القاعدة لم يتم عليها دليل واضح.

فحينئذ نقول: إنّ كلّ مورد قام الدليل على عدم ضمان المقبوض باليد كان ذلك مخرجا له عن عموم «على اليد» وكلّ مورد لم يتم فيه دليل على عدم الضمان فالمرجع فيه قاعدة اليد. وعليه فلا دليل على عدم الضمان في العقود الفاسدة.

فالنتيجة: أنّ قاعدة «ما لا يضمن» خالية عن الدليل. بل مقتضى عموم «اليد» الضمان.

أقول: بناء على تسليم الكبرى- وهي: أنّ كل أمين ليس بغارم- و تسليم صغر وية المستأجر و المستعير و المرتهن و الودعي و المستبضع بالعقود الفاسدة لكبرى الأمين لا وجه للضمان.

ودعوى «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 بالاستئمان المالكيّ هو التسليط عن الرضا و عدم كونه بلا إذن

حتى تكون يده عادية، و من المعلوم أنّ ما ذكره من التسليطات المجانية كلّها كذلك، فلا تكون اليد عادية حتى يضمن القابض، بل اليد مأذونة وليس مضمّنة.

وأما ما ورد من «أنّ المستعير والمستأجر، مؤتمنان» فهو تنزيل لهما منزلة من استأمنه المالك حقيقة في عدم الضمان بمجرد التلف، لا أنّهما مؤتمنان حقيقة من قبل المالك.

وأما ما ورد في النصوص من «أنّه إذا كان مأمونا لا يضمن» فإنّه في قبال المتّهم، فالفرق بين الأمين و المتّهم هو: أنّ الأمين في صورة دوران الأمر بين التلف و الإلتاف لا يحكم عليه بالضمان، إمّا واقعا كما إذا لم يتلف بالتعدّي أو التفريط، وإمّا ظاهرا و في مقام الدعوى، فليس لصاحب المال مطالبته بالبينة و اليمين، بخلاف المتّهم، فإنّه يطالب بهما.

فهذه الأخبار في مقام التفكيك بين الأمين و المتّهم في الحكم الظاهريّ، لا في مقام بيان حكم التلف المحض الذي تتكلم فيه. و لا يتفاوت فيه بين الأمين و المتّهم.

كما أنّه لا تفاوت بينهما في الضمان بالتلف مع التعدي أو التفريط.

ثمّ إنّ لبعض الأعلام كلاما، و هو: «أنّ ما ورد في مرسله أبان بن عثمان المتقدّمه- من عدم الضمان بعد كون الرجل أمينا- يحتمل فيه وجوه، بعد الخدشة في كون ما ذكر بمنزلة التعليل، و احتمال أن يكون بيانا لمورد القصيّة، أي بعد ما جعلته في المورد أمينا لا غرم عليه، و هذا نحو أن يسأل الطبيب عن الرّمان، فيقول بعد أن كان حلولا لا مانع منه، الذي يفهم منه أنّ كلّ حلولا مانع منه» هذا.

وفيه: أنّ قوله: «بعد أن يكون الرجل أمينا» مساوق لقوله في خبر غياث المتقدّم:

«إنّما هو أمين» و ظهور مثل هذه التعبيرات في بيان الكبرى الكلّية و هي عدم ضمان كل أمين- خصوصا بعد ملاحظة كون وظيفة الشارع بيان الأحكام الكلّية- مما لا ينكر، إذ من

المعلوم أنّ التعليل بكون الرجل أميناً ظاهر عرفاً في حكم كليّ وهو عدم ضمان كلّ أمين، ولا ظهور له في كونه بياناً للمورد، فإنّ المورد من قبيل ما إذا أمر الإمام عليه السّلام بأخذ معالم الدين من أحد الأصحاب، وقال: «إنّه ثقة» فإنّه لا ريب في كونه تبييناً على وثاقته الموجبة لاندراجه في «الثقة» الذي يكون قوله حجة.

ثمّ قال: «إنّ في الرواية احتمالات: أحدها: أنّ المقصود الاخبار عن قضية واقعية، وهي: أنّ الأمين لا تصدر منه الخيانة حتى يضمن، فلا ضمان عليه واقعا. وعليه فلا يكون تعليلاً ليستفاد منه حكم غير المورد».

وفيه: أنّ الاخبار- الذي هو حكاية أمر خارجي- خلاف الأصل في كلام الشارع، فإنّ الأصل في كلامه هو الحمل على إنشاء الأحكام. فقوله عليه السّلام: «ليس عليه غرم» حكم قد علّل بكونه أميناً، فكأنّه قال عليه السّلام: «علّة عدم الغرم شرعا هي أمانة الرجل» فموضوع عدم الضمان هو الأمين. كتعليل حرمة الخمر «بأنّه مسكر» الظاهر في كون موضوع الحرمة حقيقة هو المسكر، وأنّ حرمة الخمر إنّما هي لأجل انطباق موضوع الحرمة أعني طبيعيّ المسكر عليه، فيكون المقام من قبيل العلة المنصوصة، لا من قبيل علة التشريع.

وإن شئت فقل: إنّ ما نحن فيه من قبيل علة المجهول، لا علة الجعل على ما هو مصطلح بعض المحققين.

ثانيها: «أن يراد بقوله: - بعد أن يكون الرجل أميناً- أنّه بعد ما اتّخذته أميناً وجعلت المال أمانة عنده لم يحكم عليه بالغرم، إلّا مع قيام البيّنة. وعلى هذا يمكن أن يقال: إنّ الاتّخاذ أميناً في عقد الوديعة إنّما يصدق مع صحّته. وأمّا مع فساده فلا، إذ ليس المراد كونه أميناً واقعا أو كونه مورد وثوق المودع، بل المراد أنّه مع اتّخاذه في العقد أميناً وجعلت بضاعتك أمانة لديه لم يحكم عليه بالغرم، فلا يكون صادقا في فاسد العقد، لأنّه لم يتّخذ أميناً مطلقاً، بل في العقد مع البناء على صحّته».

وفيه: أنّ كون الرجل أميناً معناه: أنّ كونه أميناً واقعا دعا الناس إلى أن يجعلوا أموالهم أمانة عنده. وهذا الداعي موجود في كلتا صورتني صحة العقد وفساده، لأنّ إمضاء الشارع لا دخل له في الرضا بكون المال أمانة عند الأمين. بل بعد البناء على أمانته يرضى بجعل المال عنده وديعة سواء أمضاها الشارع أم لا. بل الرضا مقيّد بالأمانة المحرزة بالفرض.

نعم إن كان الموجب لفساد الوديعة اختلال ما هو مقوم لمفهومها عرفاً- لا اختلال ما هو شرط لصحتها شرعاً- كانت دعوى تقيّد الوديعة بالرضا في محلّها، حيث إنّ الرضا تعلق عرفاً بالوديعة، والمفروض عدم تحققها، فلا موضوع للاستيمان، فتأمل.

ثالثها: «أن يراد به أنّه بعد اتّخاذه أميناً لا يكون ضامناً بالتلف السماويّ، من غير إفراط و تفریط، فيأتي فيه الاشكال المتقدم».

والفرق بينه وبين سابقه: إنّ هذا الوجه راجع الى الحكم الواقعي، وهو أنّ التلف من غير إفراط و تفریط - لا- يوجب الضمان. والوجه السابق راجع الى الحكم الظاهري، وهو عدم الضمان مع قيام البيّنة. وغرضه من الاشكال المتقدم هو أنّ الاتّخاذ أميناً لا يصدق مع فساد عقد الوديعة.

وفيه ما تقدّم من: أنّ الاتّخاذ أميناً لا يتوقّف على صحّة العقد، بل يتوقّف على أمانته واقعا، وأن لا يكون العلم بأمانته جهلاً مركّباً. وأمّا حكم الشارع بصحّة العقد فليس مقوماً لاتّخاذه أميناً.

رابعها: «أن يكون المراد أنّه بعد ما كان أميناً واقعا لا يضمن. و مقتضى 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 أنّ غرضه أخصيّة هذه الرواية من المدعى، لأنّها تدلّ على عدم ضمان الأمين، فالمقبوض بالعقد الفاسد غير مضمون على القابض إن كان أميناً، و مضمون عليه

إن لم يكن أميناً. والمدعى أعم من ذلك، إذ المقصود من قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» هو عدم الضمان مطلقاً وإن لم يكن القابض أميناً.

وفيه: أن عدم الضمان في العقود الصحيحة منوط أيضاً بالوثوق والأمانة، لأنّ رضى المالك منوط بالأمانة، فإن لم يكن أميناً لا يرضى المالك بأن يكون المال أمانة عنده أتجه من الحكم بالضمان مع الأمانة وإن كان العقد صحيحاً، وبعدم الضمان وإن كان العقد فاسداً، لأنّ المدار حينئذ الأمانة. فإن كان أميناً فلا ضمان عليه، وإلا فعليه الضمان.

خامسها: «أن يراد: كل من استأمنته لا يضمن، بمعنى أن كل من جعلت الشيء عنده بعنوان الأمانة ليس بضامن، فيشمل الصحيح و الفاسد. و هذان الاحتمالان بعيدان» «1».

وفيه: أن الظاهر إرادة هذا المعنى من الرواية، لأنّ استبضاع المال لا يحصل عادة إلا عند الأمين، فالاستيمان متحقق من صاحب المال، فالمستفاد من الرواية: أن كل من استأمنه المالك على ماله وكان القابض أميناً لا يضمن، فالاستيمان من المالك وأمانة القابض دخيلان في ارتفاع الضمان.

فتحصّل: من جميع ما تقدم أنّ ما أفاده الشيخ قدّس سرّه من ارتفاع الضمان باستيمان المالك يستفاد من النصوص، فلاحظ و تدبّر.

تكملة: هل المستفاد من الروايات المتفرقة في هذه الأبواب هو كون الضمان في مورده وعدمه في مورده بنحو الاقتضاء كوجوب الصلاة و حرمة شرب الخمر، حتى يكون شرطه وجوداً أو عدماً مخالفاً لمقتضى العقد، فشرط الضمان في العارية مثلاً مخالف للكتاب، و شرط عدمه في عارية الذهب و الفضة- التي فيها الضمان- مخالف لمقتضى العقد المستفاد من الأدلة الخاصة الدالة على الضمان في عاريتها؟ أم التفصيل بين شرط عدم الضمان في مورد ثبوته، و بين شرط الضمان في مورد عدمه، كشرط

الضمان في عارية غير الذهب و الفضة، بدعوى: أنّ الظاهر من جعل الضمان كونه حكما اقتضائياً، لأنّ ثبوت الحكم لموضوع لا يكون إلاّ عن الاقتضاء، فشرط عدمه مخالف للشرع، بخلاف شرط الضمان في مورد عدمه، وذلك لأنّ أدلّة نفي الضمان لا تدلّ على أزيد من عدمه، ولا تدلّ على أنّه عن اقتضاء، فإنّ دلالة تلك الأدلّة على ذلك محتاجة إلى قرينة مفقودة. كما أنّ دلالة دليل إباحة شيء على أنّ الإباحة تكون لوجود المقتضي أو لوجود المانع عن جعل الحرمة منوط بدلالة دليل.

أمّ يقال: إنّ شرط عدم الضمان في مورد ثبوته أيضاً ليس مخالفاً للشرع، لإمكان دعوى أنّ تشريع الضمان إنّما هو إرفاق بالمالك و مراعاة لمصلحته، فأدلّة الضمان منصرفة عن مورد الاشتراط برضا المالك بعدمه.

و الحاصل: أنّه يحتمل وجوه:

أحدها: صحّة اشتراط الضمان في مورد عدمه، و اشتراط عدمه في مورد ثبوته، فالشرط مطلقاً- أي وجود الضمان و عدمه- في مطلق الموارد ليس مخالفاً للشرع.

ثانيها: عدم صحّة الشرط مطلقاً، أي شرط الضمان في مورد عدمه، و بالعكس.

ثالثها: التفصيل بين شرط عدم الضمان في مورد ثبوته، و بين شرط الضمان في مورد عدمه، بكون الأوّل مخالفاً للشرع دون الثاني.

لا يبعد أن يقال: إنّ الظاهر هو الاحتمال الأوّل، فشرط الضمان في مورد عدمه و شرط عدمه في مورد ثبوته ليس مخالفاً للشرع. و ذلك لإمكان استفادة هذه الكلّيّة من جملة من الروايات، كصحيحة زرارة: «قال قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: العارية مضمونة؟»

فقال: جميع ما استعرتّه فتوى فلا يلزمك تواه إلاّ الذهب و الفضة، فإنّهما يلزمان، إلاّ أن تشترط عليه أنّه متى توى لم يلزمك تواه. و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك

لزمك. و الذهب و الفضة لازم عليك و إن لم يشترط عليك» (1). فإنَّ الاستفادة منه نفوذ شرط الضمان في مورد عدمه، و شرط عدمه في مورد ثبوته، إذ عارية غير الذهب و الفضة لا ضمان فيها، لقوله عليه السّلام: «جميع ما استعرتة فتوى ..» و عارية الذهب و الفضة فيها الضمان، و شرط تعدمه ينفيه، لقوله عليه السّلام: «فإنهما يلزمان إلا أن تشترط ..».

و صحيحته الأخرى: «قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن ودیعة الذهب و الفضة؟

قال: فقال: كل ما كان من ودیعة و لم تكن مضمونة لا تلزم» (2) و من المعلوم أنّ المراد به اشتراط عدم الضمان، و إلا فهو من توضیح الواضح كما لا يخفى.

و تدلّ أيضا على صحة الشرط مطلقا- الكاشفة عن عدم كون الضمان و عدمه اقتضائيا- بعض روايات الإجارة، فلاحظ.

و لعلّ الاستفادة من هذه الروايات نفوذ شرط الضمان و عدمه في جميع الموارد.

ففي الأمانات التي نفى الشارع فيها الضمان يجوز شرط الضمان فيها، كالعين المستعارة و المستأجرة، و لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة. و كذا يجوز شرط عدم الضمان فيما جعل فيها الضمان كعارية الذهب و الفضة.

و الحاصل: أنّ هذه الروايات ترجّح الاحتمال الأوّل و هو نفوذ شرط الضمان و عدمه في الأمانات، فيتعيّن في مقام الإثبات، دون الاحتمالين الآخرين. فجعل الضمان شرعا في بعض موارد الأمانات و عدمه في بعضها الآخر ليس من باب المقتضي و العلة التامة، فيتغير بالشرط الذي هو من العناوين الثانوية المغيّرة للأحكام الأوّلية.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 239، الباب 3 من كتاب العارية الحديث 2، 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.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 228، الباب 4 من أبواب الودیعة، الحديث 4، رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن حمّاد عن حريز عن زرارة، و الرواية صحيحة.

الأمر الثاني المتفرع على المقبوض بالعقد الفاسد: وجوب ردّ المبيع فاسداً إلى مالكة فوراً

الثاني من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب ردّه فوراً إلى المالك (1). و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه، كما يلوح (2) من مجمع الفائدة.

وجوب ردّ المبيع فاسداً إلى مالكة فوراً

(1) قد تقدّم في أوّل مسألة المقبوض بالعقد الفاسد (ص 6) أنّه موضوع لأحكام تكليفيّة و وضعيّة، وقد كان الكلام إلى هنا في عدم التملك، و ضمان العين لو تلفت بيد الآخذ. و كان المناسب اتباعه ببحث ضمان المنافع المستوفاة و الفائدة، لكنّ المصنّف قدّس سرّه قدّم البحث عن حكم تكليفيّ متعلّق بنفس المقبوض بالبيع الفاسد، و هو وجوب ردّه فوراً إلى المالك.

و استدلّ عليه بوجوه ثلاثة، و هي الإجماع المنقول في مجمع الفائدة، و التوقيع الشريف، و النبويّ، و سيأتي بيانها.

و لا يخفى أنّ محلّ الكلام و موضوع البحث عن وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة فوراً هو القول بعدم جواز التصرف فيه، و كون القبض و فاء بالعقد الفاسد. فلو قيل بحصول إذن جديد- بعد العلم بالفساد على ما سبق تفصيله في أوّل المسألة و في ثامن تنبيهات المعاطاة- أو قلنا ببقاء الاذن المقارن للعقد و عدم ارتفاعه بفساد العقد لم يبق موضوع لوجوب ردّ المقبوض بالمعاملة الباطلة إلى مالكة فوراً كما لا يخفى.

(2) يعني: يلوح من مجمع الفائدة عدم الخلاف في حرمة التصرف في المقبوض بالبيع الفاسد و وجوب ردّه فوراً إلى مالكة، قال المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه: «و مع علمه بالفساد- و بعدم جواز تصرفه و حفظه و وجوب ردّه إلى مالكة معجلاً- كالمغصوب، و ذلك قد يكون بعلمه بطلب من المالك على تقدير الفساد، و عدم رضاه

بل (1) صرّح في التذكرة- كما عن جامع المقاصد (2)- «أنّ منونة الردّ على المشتري». وإطلاقه (3) يشمل ما لو كان في ردّه منونة كثيرة،

بكونه عنده، وفتوى العلماء له بذلك ..» (1).

و المراد بعدم الخلاف في المسألة قوله: «و فتوى العلماء». و لكن مورد كلامه قدّس سرّه علم المشتري بفساد العقد و بحرمة التصرف بل بحرمة إمساكه، و أنّ المالك لو اطّلع على فساد العقد لطالب المشتري بالمبيع و لم يرض بكونه عنده. و هذا أخصّ من محلّ البحث و هو عدم اختصاص حرمة التصرف- و ما يترتب عليها من وجوب الردّ فوراً- بصورة علم المشتري بالفساد، كما أنّ ضمان المقبوض بالمبيع الفاسد لا يختصّ بصورة الجهل بالبطلان على ما سبق تصريح المصنّف به في الأمر الأول.

(1) غرضه الترقّي و الإضراب عن بناء و وجوب الردّ فوراً على حرمة التصرف إلى أنّ وجوب الردّ كأنه من المسلّمات، بشهادة جزم العلامة به، و بنى عليه وجوب منونته لو توقّف الردّ عليها. قال قدّس سرّه: «إذا اشترى شراء فاسدا و جب عليه ردّه على مالكة، لعدم خروجه عنه بالمبيع، و عليه منونة الردّ كالمغصوب» (2).

(2) الأولى إضافة «أيضا» إليه، لأنّ غرضه قدّس سرّه أنّ المصرّح بكون منونة الردّ على المشتري ليس هو العلامة خاصّة، بل المحقّق الكركي صرّح به أيضا. و الأمر سهل. قال المحقّق الثاني قدّس سرّه: «فرع: على المشتري منونة ردّ المبيع فاسدا إن كان له منونة كالمغصوب، و لا يرجع بالنفقة إلّا إذا كان جاهلا بالفساد، إذ لا يعدّ متبرعا بنفقته، إذ لم ينفق إلّا بناء على أنّه ماله، فإذا فات ذلك رجع كلّ إلى حقّه، و جعل في التذكرة البائع غارًا» (3).

(3) يعني: و إطلاق وجوب الردّ- المنقول عن التذكرة- يقتضي إيجاب مقدّماته التي منها بذل المال سواء أ كان قليلا أم كثيرا، إلّا أن تكون كثرة منونة الردّ ضررا

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 192

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 495

(3) جامع المقاصد، ج 4، ص 435

على المشتري، فينفي وجوب بذل المال الكثير عنه. بل مقتضى حكومة قاعدة الضرر نفي وجوب بذل المال وإن كان يسيرا، إلا إذا كان بمثابة لا يصدق عليه الضرر.

(1) التعبير بالقيّد دون الحكومة- مع أنّ مبناه حكومة دليل نفي الضرر على أدلة الأحكام الأوليّة- مسامحة، ولعلّه لأجل أنّ الحكومة قد تخصّص العامّ وتقيد المطلق، وقد تعمّم، فالتعبير بالقيّد مبنيّ على ملاحظة نتيجة الجمع بين الدليلين.

(2) أي: بغير المئونة الكثيرة، وهذا الغير هو المئونة المتعارفة أو ما دونها.

[1] لم يظهر وجه لكون المئونة على القابض، لأنّ الرّد لا يتوقف غالبا على بذل مال حتى يقال: إنّ الزائد على ما يقتضيه طبع الرّد من بذل المال على المالك، بل تمامه يكون على المالك، لقاعدة نفي الضرر. ولو كان الرّد بذاته وطبعه متوقفا على مئونة لم تكن منفكّة عن مصاديقه، هذا.

مضافا إلى: أنّ حرمة الإمساك لا تستلزم وجوب الرّد، لعدم الملازمة بين حرمة الضدّ وجوب ضده. وكذا وجوب نقيض الإمساك لا يدلّ على وجوب الرّد، لما قرّر في الأصول.

مع أنّه على القول به- لرفع اليد عن المبنى الأصولي- يمكن القول بعدم وجوب الرّد أيضا، لأنّه متقوم برفع يد الدافع وإثبات يد القابض، و الرفع مقدّم على الإثبات دائما، فيتصف هو بالوجوب، دون ما تأخر عنه.

لكن فيه ما لا يخفى، لأنّ الرّد ليس مركّبا من الرفع والإثبات، بل هو عبارة عن الإيصال إلى المالك، والإثبات منتزع عنه. وأمّا مراد الشيخ الأعظم قدّس سرّه من الاستدلال على وجوب الرّد بحرمة الإمساك فليس مبنيّا على اقتضاء حرمة الضدّ لوجوب ضده، بل على فهم العرف من مثل قوله: «يحرم عليك إمساك مال الناس» لزوم الرّد إلى المالك، سيّما بملاحظة تعليل لزوم ردّ الأمانات إلى أهلها بأنّه «لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه».

إلا أن يدعى: عدم ملازمة وجوب ردّ الأمانات إلى أصحابها للإيصال إليهم، وأن المراد رفع اليد و التخلية بينها وبين صاحبها. لكنّه خلاف ظاهر الأدلّة.

وكيف كان لا يكون وجوب الرّدّ مبنياً على اقتضاء حرمة الصّدّ لوجوب ضده، فتدبرّ.

ويمكن أن يستدلّ على وجوب الرّدّ بروايات متفرّقة في أبواب اللقطة و التجارة و الجهاد و الوديعة و غيرها، فلاحظ.

ثم إنّ للسيد قدّس سرّه تفصيلاً، و هو ما لفظه: «ثمّ على فرض كون الرّدّ واجبا و كون مؤنثه على القابض إنّما يتمّ فيما إذا كان هو الناقل له عن مكانه. و أمّا إذا كان في مكان القبض و قد انتقل البائع إلى بلد آخر فلا دليل على وجوب نقله إلى ذلك البلد و كون مؤنثه على القابض، فتدبرّ» (1).

و اختار المحقّق النائيني قدّس سرّه هذا التفصيل بما حاصله: «أنّه يجب الرّدّ إذا نقل القابض المقبوض بالعقد الفاسد إلى بلد آخر مع كون المالك في بلد القبض. و أمّا إذا كان المقبوض في بلد القبض و انتقل 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» (2).

و هذا موافق لما فصله السيّد، إلاّ أنّه لم يتعرض لوجوب ردّ المال في بلد القبض إلى وكيل المالك أو الحاكم، و صرّح به الميرزا قدّس سرّه.

وفيه: أنّ إطلاق دليل وجوب الرّدّ كقوله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «على اليد .. إلخ» بعد البناء على اعتباره - كما هو التحقيق على ما تقدّم - كاف في المطلوب، لأنّ قضيّة إطلاق وجوب الرّدّ إلى المالك عدم الفرق بين كون المقبوض و المالك معا 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 رده إلى المالك.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 95

(2) منية الطالب، ج 1، ص 132

و يدلّ عليه (1): أنّ الإمساك أنا ما تصرّف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز، لقوله عبّ الله تعالى فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره

(1) أي: على وجوب الرّدّ فوراً، وهذا إشارة إلى دليل ثان على المدّعى.

و حاصل الاستدلال بهذا التوقيع المبارك على فوريّة وجوب الرّدّ- بناء على كون الإمساك تصرّفاً- أنّ الإمساك أنا ما مصداق للتصرّف المحرّم، لقوله عليه السّلام: «لا يجوز لأحد..» فيجب التخلّص عن هذا الحرام برده فوراً إلى مالكه.

نعم إذا استلزم الرّدّ الى المالك ضرراً أو حرجاً سقط أصل وجوب الرّدّ على فرض وجوده، ويبقى وجوب تمكين المالك من ماله ورفع اليد عنه.

و الحاصل: أنّ الواجب هو الرّدّ إلى المالك إن لم يكن فيه ضرر أو حرج. وأمّا الرّدّ في خصوص مكان القبض لخصوصيّة فيه من كثرة الرغبات ونحوها فلا وجه له، إذ لا دليل عليه، وإّما الدليل دلّ على وجوب الرّدّ إلى المالك سواء أكان في بلد القبض أم لا.

وبالجملة: فالرّدّ واجب مطلقاً وفي جميع الصور. إلّا إذا لزم منه الضرر أو الحرج، فيرفع بقاعدتهما، وإن كان المال في مكان القبض و المالك فيه أيضاً. وإن لم يلزم منه أحد هذين المحذورين وجب الرّدّ 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، و المال نقل إلى كربلاء المقدّسة، و المالك سافر إلى بغداد.

ولو كان وجه التفصيل لزوم الضرر من الرّدّ في غير مكان القبض فلا بدّ من التفصيل بنحو آخر، و هو: أنّ الرّدّ إن استلزم الضرر ارتفع وجوبه سواء أكان الرّدّ في محلّ القبض أم غيره، و سواء أكان المالك في ذلك المحلّ أم غيره. وإن لم يستلزم الضرر وجب الرّدّ من غير فرق فيه بين محلّ الرّدّ وغيره، و كون المالك في مكان ثالث وغيره، كما لا يخفى.

و لو نوقش (1) في كون الإمساك تصرفاً كفى عموم (2) قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا- يحلّ مال امرء مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه» (2) حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده.

(1) بأن يقال: إنّ «التصرّف» مأخوذ من الصّرف، فيراد به التقليل والتقلّب، وهما مفقودان في الإمساك، فلا يصدق التصرف على مجرد الإمساك حتى يكون منهياً عنه، ويجب التخلص عنه بالردّ إلى المالك.

(2) 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 صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في حجة الوداع، وفيه: «قال: اللهم اشهد، ألا من كان عنده أمانة فليؤدها إلى من أئتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه..» الحديث.

ورواه صاحب الوسائل (3) في مكان المصليّ بما يقرب منه، ولكنه ليس فيه لفظ «دم».

وكيف كان فتقريب دلالة الحديث على وجوب الردّ فوراً: أنّ الحرمة المستفادّة 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. وحيث 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.

وعليه فلا وجه لدعوى: «أن حرمة المال تكليفاً تقتضي تقدير فعل مناسب

(1) وسائل الشيعة، ج 6، ص 377، الباب 3 من أبواب الأنفال، الحديث 6، وفيه «فلا يحلّ» بدل «فلا يجوز».

(2) وسائل الشيعة، ج 19، ص 3، الباب 1 من أبواب قصاص النفس، الحديث 3

(3) وسائل الشيعة، ج 3، ص 425، الباب 3 من أبواب مكان المصلي، الحديث 3

وَأَمَّا تَوْهَمُ أَنَّ هَذَا (1) بِإِذْنِهِ، حَيْثُ إِنَّهُ دَفَعَهُ بِاخْتِيَارِهِ (2) فَمَنْدَفَعُ (3) بِأَنَّهُ مَلِكُهُ إِيَّاهُ عَوْضًا [1]

له و هو التصرف أو الانتفاع، و أمّا مجرد الإمساك فيشك في صدق التصرف عليه، فيكون التمسك بهذا النبوي من التشبث بالدليل في الشبهة الموضوعية». إذ في هذه الدعوى: أن حذف المتعلق يقتضي حرمة كل ما يتعلق بالمال، و لا وجه لاختصاص المتعلق بالانتفاع و التصرف حتى يشك في صدقهما على الإمساك.

خصوصا بملاحظة ورود هذه الجملة تعليلا لوجوب ردّ الأمانات، فإنّ التعليل يصير نصّا في المورد، فكيف يدعى تقدير التصرف أو الانتفاع؟ إذ لازمه أجنبية هذه الكبرى الكلية عن المورد و هو ردّ الأمانة، و من المعلوم أن التخلّف عن ردّها إمّا بالتصرف فيها و إمّا بمجرد الإمساك، و كلاهما منهيّ عنه. و مجرد كون غالب فائدة الأموال التصرف فيها و الانتفاع بها لا يوجب اختصاص العموم - المدلول عليه بحذف المتعلق - بهما.

و عليه فقرينة حذف المتعلق على العموم باقية بحالها.

(1) أي: الإمساك، حاصله: أنه قد يتوهم عدم حرمة الإمساك وإن كان تصرفًا، حيث إن المالك قد أذن له بالإمساك حين دفع المبيع إليه، فيكون الإمساك مأذونا فيه و جائزا.

لكن هذا التوهم مندفع بأن المالك قد دفع المبيع إلى المشتري باعتقاد أنه ملكه بإزاء الثمن الذي دفعه المشتري إليه، و المفروض عدم سلامة العوض له شرعا، لفساد المعاوضة و بقاء العوضين على ملك مالكيهما.

(2) الضمائر البارزة في «إذنه، إنّه باختياره، بأنه» و المستتر في «دفعه، ملكه» راجعة إلى المالك المفهوم من السياق و من قوله: «امرء مسلم» و الضميران البارزان فيهما راجعان إلى المال.

(3) جواب «و أمّا تَوْهَمُ» و دفع له، و قد تقدّم توضيحه آنفا.

[1] لا يخفى أن هذا يختص بالمقبوض في العقود المعاوضيّة، و محلّ الكلام

فإذا انتفت (1) صفة العوضيّة باعتبار (2) عدم سلامة العوض له شرعا، و المفروض (3) أنّ كونه على وجه الملكية المجانيّة ممّا لم ينشئها المالك (4).

(1) لم يظهر جواب لهذا الشرط في العبارة، و التقدير «انتفى الاذن» و نحوه.

(2) متعلّق ب «انتفت» و هذا وجه انتفاء صفة العوضيّة، إذ بفساد العقد لا يسلم العوض للبائع، فينتفي إذنه للمشتري بالتصرّف في المبيع.

(3) غرضه قدّس سرّه نفي الأسباب التي يجوز لقابض المال- كالمشتري- التصرّف فيه. فما أنشأه البائع- و هو التملك بالعوض- لم يقع، لفرض فساد البيع. و الملكية المجانية بعنوان الهبة لم ينشئها، فلا معنى لأن يتصرّف هذا المشتري في المبيع بزعم كونه هبة بلا عوض. و كذلك لم ينشئ البائع عنوان الوديعة حتى يكون المال بيد المشتري أمانة مالكية.

و لو فرض إنشاء أحد هذين بعد العلم بفساد البيع كان خارجا عن محلّ البحث أعني به ترتّب قبض المبيع وإقباض الثمن على ذلك العقد الفاسد وفاء به، و اندرج في مورد التراضي الجديد.

(4) حتى يكون الاذن في الإمساك باقيا مع فساد البيع.

أعمّ، فالصواب في الجواب أن يقال: إنّ الإقباض في العقود التملكيّة المعاوضيّة و المجانيّة لمّا كان بعنوان الوفاء بالعقد، و كون المقبوض ملكا للقابض لم يكن معنى لإذن الدافع، لأنّه باعتقاده مملوك للقابض، و لا محصّل لإذن الغير في تصرّف المالك في ماله، لعدم تسلطه على ذلك.

و أمّا العقود الاستيمانية فالإذن فيها بالتسليط إنّما كان وفاء بمضمون العقد، و مع فسادها ينتفي الاذن.

نعم قد يحرز طيب النفس بالتصرّف في العقود التملكيّة المجانيّة كالهبة الفاسدة، فعلى فرض حصوله يجوز التصرّف، لكن لا بدّ من إحرازه، و لا يكفي احتمالاه. و على تقدير عدمه لا يجوز التصرّف فيه.

و كونه (1) مالا للمالك و أمانة في يده (2) أيضا ممّا لم يؤذن فيه، و لو أذن له فهو استيداع جديد (3). كما أنّه لو ملكه مجّانا كانت هبة جديدة. و لكنّ (4) الذي يظهر من المبسوط «1» عدم الإثم في إمساكه (5)، و كذا السرائر ناسبا له إلى الأصحاب (6).

(1) معطوف على «كونه» و غرضه سدّ باب احتمال أن يكون المبيع أمانة مالكيّة بيد المشتري.

(2) حتى يندرج هذا البيع الفاسد في الأمانات المالكيّة، و يجوز الإمساك من هذه الجهة، كما يجوز إمساك ملك الغير في باب الوديعة و العارية و نحوهما.

و الوجه في عدم اندراجه في الأمانات واضح، لأنّ البائع أقدم على تملك ماله بعوض، لا على جعله أمانة عند غيره.

(3) في قبال البيع الفاسد القديم، و المفروض أنّ هذا الاستيداع المالكيّ لم يتحقّق، و احتمالاه لا يكفي في صيرورته أمانة، بل إذا شكّ فيه اقتضى الأصل عدمه.

(4) هذا تصريح بما فهم من التقييد في أوّل هذا الأمر الثاني بقوله: «على تقدير عدم جواز التصرفّ فيه» لظهوره في وجود قائل بجواز الإمساك أو بجواز التصرفّ لو كان الإمساك تصرفا.

(5) قال شيخ الطائفة قدّس سرّه في المقبوض بالبيع الفاسد: «و يجب عليه ردّه و ردّ ما كان من نمائه المنفصل منه، لأنّ ملك الأوّل لم يزل عنه، فالتصرفّ فيه لا يصحّ، و يلزمه ردّه على البائع لأنّه ملكه. و لا إثم عليه، لأنّه قبضه بإذن مالكه» و هذه الجملة الأخيرة ظاهرة في عدم فورية وجوب الردّ، فيجوز للمشتري إمساك المبيع.

(6) قال ابن إدريس قدّس سرّه في المقبوض بالبيع الفاسد: «فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب، إلّا في ارتفاع الإثم بامساكه» (2) بناء على أن يكون عدم الإثم في

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 149

(2) السرائر الحاوي، ج 2، ص 326

وهو (1) ضعيف. و النسبة (2) غير ثابتة. ولا يبعد إرادة صورة الجهل (3)، لأنه لا يعاقب (4) [1].

الإمساك معقدا لإجماع الأصحاب كإجماعهم على لحوق حكم المغصوب بالمبيع بالبيع الفاسد.

(1) أي: وهذا القول الثاني - وهو عدم الإثم الكاشف عن عدم الحرمة - ضعيف، لما تقدّم من دلالة النبويّ على حرمة كلّ فعل يتعلّق بمال الغير بدون إذنه، ولو لم يصدق التصرفّ عليه.

(2) يعني: ما نسبته ابن إدريس إلى الأصحاب من عدم الإثم في الإمساك غير ثابت، لاحتمال رجوع الاتفاق المدلول عليه بقوله: «عند أصحابنا» إلى المستثنى منه خاصّة، بأن يراد: أنّ كون البيع الفاسد بمنزلة الغصب مجمع عليه من جميع الجهات إلّا جهة الإثم في إمساكه، فإنّها مختلف فيها. وعليه لا يكون جواز الإمساك مجمعا عليه، فلا مانع من القول بالحرمة عند مساعدة الدليل.

(3) أي: صورة جهل القابض بفساد المعاملة.

(4) و من المعلوم أنّ عدم العقاب يكشف عن عدم الإثم، وذلك يلائم حال جهل القابض بفساد المعاملة. ويمكن أن يكون عدم الإثم لتوهم الإذن المالكيّ كما عليه جماعة. ولعلّ هذا الاحتمال أقرب من الحمل على صورة الجهل، إذ غاية عدم تنجّز التكليف عليه لا عدم حرمة واقعا، والمدعى هو حرمة الإمساك واقعا سواء تنجّز على المشتري بإحراز الفساد أم لم يتنجّز عليه.

هذا تمام الكلام في الأمر الثاني. وسيأتي الكلام في ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد.

[1] قد ذكر السيد قدّس سرّه في حاشيته في الردّ على المصنّف قدّس سرّه - القائل بأنّ الإذن مقيّد بالملكية، وهي غير حاصلّة - بما حاصله: أنّ الإذن إنّما تكون بالملكيّة الإنشائيّة،

و المفروض تحقّقها، وأنّ البائع بنى - ولو تشريعا - على كون المشتري مالكا، لا بالملكيّة الشرعيّة التي لم تحصل لفرض فسادها شرعا.

ثمّ أشكل على ذلك بقوله: «فإن قلت: لم يصدر من البائع إلا التملك، وقد صار لغوا في حكم الشرع بالفرض، فأين الاذن».

وأجاب عنه بما لفظه: «قلت: هذا التملك له حيثّان، فهو إذن من حيثية و تملك من أخرى. ولما كان التملك محتاجا شرعا إلى صيغة صحيحة و المفروض عدمها، فهو غير مؤثّر من هذه الجهة، لعدم حصول شرطه. وأمّا من حيثية الأخرى فهي غير مشروطة شرعا، فيجوز العمل به، فإنّ الإذن مؤثّر في جواز التصرف، من غير اشتراط بصيغة خاصّة، فيشملة عموم ما دلّ على جواز التصرف مع الاذن و طيب النفس. وإذا جاز التصرف فلا يجب الردّ إلى المالك فضلا عن كونه فوريا. نعم لورجع عن إذنه و طيبه و جب الردّ إليه فورا، فتدبر» «1».

وحاصله: أنّه لا مانع من تأثير التملك من حيثية الاذن في جواز التصرف، و عدم تأثيره من حيثية أخرى، فتأثير الاذن في جواز التصرف لّما لم يكن مشروطا 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 الخلو: إمّا كون ذلك ملكا للقباض، و إمّا إذن المالك في التصرف فيه.

أمّا الأوّل فانتفاؤه معلوم بالفرض.

و أمّا الثاني فكذلك، إذ لم يأذن فيه المالك أصلا. توضيحه: أنّ الأفعال تارة تتعلّق بالعناوين الكليّة كالأفعال الاعتبارية من بيع الكلي من الحنطة و الشعير و غيرهما، و كالاذن و طيب النفس. و أخرى تتعلّق بالجزئيّات الخارجيّة كالأكل و الشرب و النوم و الضرب و القيام و القعود و أشباهها.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 95

فإن كان الفعل متعلقًا بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق الكلّي عليه داعيًا، فإذا ضرب شخصًا باعتقاد أنّه كافر، فتبيّن أنّه مؤمن كان هذا من التخلف في الداعي، فإنّ الضرب وقع على المؤمن حقيقة، و التخلّف إنّما هو في اعتقاد كفره.

وإن كان متعلقًا بالكلّي فلا يسري إلى غير مصداقه وإن اعتقد الفاعل بمصداقيّته له. مثلاً إذا أذن المالك بدخول العلماء في داره لم يجرّ لغير العالم الدخول فيها وإن اعتقد المالك بعالميّته. و من المعلوم أنّ متعلّق الاذن في قوله (عج): «لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» هو العنوان الكلّي، وهو التصرف في مال الغير بغير إذنه و بعنوان أنّه مال الآذن.

وبعبارة أخرى: إذا أحرز عنوان الاذن في التصرف في ماله جاز التصرف. و أمّا الاذن في التصرف في مال غيره فلا معنى له. و من الواضح أنّ إذن المالك لغيره في التصرف في ماله بعنوان أنّه ماله مفقود في المقبوض بالعقد الفاسد، ضرورة أنّ الدافع سلّم المال إلى القابض بعنوان أنّه ماله لا مال الدافع، و لم يسلمه إليه بعنوان العارية ونحوها. و حيث إنّ القابض لم يصر مالكا للمقبوض و لا مأذونا من قبل مالكة في التصرف فيه لم يجرّ له التصرف فيه، لبقائه في المستثنى منه. و هو: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف .. إلخ».

و الحاصل: أنّ جواز التصرف للقابض منوط بإحراز إذن المالك للقابض بالتصرف في المقبوض بما أنّه ملك للدافع، لا بما أنّه ملك للقابض، إذ لا معنى لإذن غير المالك بتصرف المالك في ماله، فما أفاده الشيخ قدّس سرّه من عدم جواز تصرف القابض هو الأقوى.

الثالث (1): لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الردّ (2) كان

ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد أ: المنفعة المستوفاة

(1) 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 اشترى داراً صالححة للسكنى فيها ببيع فاسد، وتسلّمها من البائع فهل يضمن اجرة مثل السكنى فيها كما يضمن قيمة الدار أم لا؟ وهكذا الكلام في سائر الأعيان ذوات النماء والمنفعة لو بيعت بعقد باطل شرعاً.

وقدّم قدّس سرّه الكلام في المنافع المستوفاة، وحكم بضمانها وفقاً للمشهور وخلاف لابن حمزة الطوسي كما سيأتي.

(2) هذا من القيود المحقّقة لموضوع ضمان المنافع نظير قولهم: «ان رزقت ولدا فاختته» في سوقه لبيان موضوع الحكم، ولذا يكون مفهومه سالبة بانتفاء الموضوع.

وكذا في المقام لوضوح أنّ منافع المبيع بعد ردّه إلى المالك غير مضمونة على المشتري

عليه عوضها (1) على المشهور (2). بل ظاهر ما تقدّم من السرائر (3) - من كونه بمنزلة المغصوب - الاتّفاق على الحكم (4).

ويدلّ عليه (5) عموم قوله: «لا يحلّ مال امرء مسلم لأخيه إلا عن طيب

إلا بالاستيلاء على العين مرة ثانية عدوانا، فيصير أجنبيا عن حكم المقبوض بالعقد الفاسد و مندرجا في الغصب.

(1) كما إذا اشترى شاة فانتفع بلبنها و صوفها و سائر نماءاتها، فيجب عليه ردّ عوضها. و لا يخفى أنّ التعبير بالعوض - كما في المتن - أولى من التعبير بالأجرة الظاهرة في بدل عمل محترم أو منفعة عين كركوب الدابة.

و أمّا المنافع الأخرى التي هي أعيان أيضا كثمرة الشجرة المبيعة بالبيع الفاسد و لبن الشاة كذلك و نحوهما فالأولى التعبير عن بدلها بالعوض دون الأجرة.

(2) كما في مفتاح الكرامة «1».

(3) تقدّم كلام السرائر في الأمر الثاني، فراجع (ص 209) «2» و غرض المصنّف الإضراب و العدول عن مجرد شهرة ضمان عوض المنفعة المستوفاة إلى كون الحكم إجماعيا، لاتّحاد المقبوض بالبيع الفاسد مع الغصب في الأحكام ما عدا الإثم في الإمساك.

(4) و سيجي ء في عبارة التذكرة تصريحه باتّفاق علمائنا على ضمان المنافع المستوفاة و غيرها «3».

(5) أي: يدلّ على ضمان المنافع المستوفاة عموم قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا يحلّ»

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 748

(2) السرائر الحاوي، ج 2، ص 326

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381

ص: 214

و تقريب الاستدلال يتم بيان أمرين:

الأول: أنّ المنافع أموال حقيقة، سواء أ كانت أعيانا تابعة لأعيان اخرى كالثمرة للشجرة، أم أعراضا و حيثيات قائمة بالأعيان كالسكنى في الدار و الأعمال المحترمة كالخياطة، لما تقدّم في أول كتاب البيع من أنّ مناط مالية الأشياء هي رغبة العقلاء فيها و تنافسهم عليها، و لا ريب في عدم اختصاص رغبتهم بالأعيان المتموّلة، بل تعمّ المنافع أيضا. و يشهد لمالية المنافع حكمهم في مسألتين:

إحدهما: جواز جعلها ثمنا في باب البيع، مع أنّ حقيقته المبادلة بين مالين، و لو لم تكن المنفعة مالا لما صحّ جعلها عوضا عن المبيع، بل يتعيّن كون كلا العوضين من الأعيان على ما ذهب إليه الوحيد البهبهاني قدّس سرّه و بعض آخر.

ثانيتهما: جواز جعلها صداقا في باب النكاح، مع وضوح اعتبار ماليتها.

الثاني: أنّ الحلّ المضاف إلى المال ظاهر في التكليف كما في نظائره. و هذا أجنبى عن المدعى، و هو ضمان المنافع المستوفاة في المبيع بالعقد الفاسد، و لذا ينبغي تقريب الاستدلال بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا يحل مال ..» بأن يقال: إنّ حلّ المال المتلف عبارة عن عدم تعلّقه بذمة المتلف و عدم كونه مطالبا بالأداء، و مقتضى عدم حلّه استقراره على عهدة المتلف له. و هذا هو ضمان ما استوفاه المشتري من المنافع، فإنّ وزان الاستيفاء في المنافع وزان الإتلاف في الأعيان في كونه مضمّنا.

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 مالية المنافع بأقسامها، هذا.

(1) مبنى هذا البناء هو ظاهر كلام الفيروزآبادي في القاموس من تعريف المال

ولذا (1) يجعل ثمننا في البيع وصدقا في النكاح [1].

بما يختص بالأعيان، وكذا العلامة الطريحي في المجمع «1». لكنّه مزيف ولم يعتمد عليه المصنّف في أوّل البيع، حيث قال: «وأمّا العوض فلا إشكال في جواز كونها منفعة».

وقال أيضا: «إنّ الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة..» (2). وكذلك رجّح مالّيّة المنفعة بالاستشهاد بجواز وقوعه ثمننا في البيع وصدقا في النكاح، ولو لم تكن مالا تعيّن كون الثمن والصدقا من الأعيان.

(1) أي: ولأجل كون المنفعة مالا يجعل ثمننا وصدقا.

[1] في كلا الشاهدين منع. أمّا في الأوّل فلعدم اعتبار كون الثمن مالا بعد صدق البيع العرفي على تبديل العين بمنفعة أو حقّ، كصدقه على تبديلها بعين. وكذا الحال في الصدقا.

ثمّ إنّه يمكن أن يستدلّ على ضمان المنافع بوجوه أخرى:

منها: قاعدة اليد، بالتقريب الذي تقدّم في ما يتعلق بمباحث اليد (ص 40).

إلا أن يستشكل فيه بأنّ الأخذ وإن لم يكن مختصّا بالأعيان الخارجية، لصحة إضافة الأخذ إلى العلم و البيعة والعهود والمواثيق، فيراد باليد هنا الاستيلاء الصادق على أخذ المنافع، إلا أنّ ذيله يمنع عن الأخذ بظهور الصدر، حيث إنّه لا يعقل ردّ المأخوذ بعينه في المنافع المتصرّمة الوجود، إذ لا تضمن قبل وجودها في الخارج، وبعد وجودها تنعدم، فيمتنع أدائها إلى المالك.

والمستفاد من النبويّ اعتبار إمكان أداء المأخوذ ذاتا وإن صار ممتنعا بالعرض حتى ينتقل إلى البدل، خصوصا على النسخة المشتملة على قوله: «حتى تؤديه» لكونه كالصريح في ردّ نفس المأخوذ.

(1) القاموس المحيط، ج 4، ص 52؛ مجمع البحرين، ج 5، ص 475

(2) راجع هدى الطالب، ج 1، ص 59 و 237

ص: 216

ومنها: قاعدة الإتلاف، وهي 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 السّلام قال: «إن كان الشيء قائما بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائما بعينه ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (1) ونحوه غير من روايات الباب.

ومثل ما ورد في تلف الرّهن بتفريط المرتهن، كموثّقة إسحاق بن عمّار، قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الرجل يرهّن الرّهن بمائة درهم، وهو يساوي ثلاثمائة درهم، فيهلك، أعلى الرّجل أن يرّد على صاحبه ما أتى درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنا فيه فضل وضيّعه ..» (2) الحديث.

ونحوها سائر روايات الباب، فإنّ التعليل يدلّ على ضمان كلّ من ضيّع مال الغير، إذ لا خصوصيّة عرفا للرّهن، بل موضوع الضمان هو تضييع مال الغير وإن لم يكن رهنا. وهذا هو قاعدة الإتلاف.

ثمّ إنّ المراد بالإتلاف على ما يستفاد من النصوص التي تستند إليها قاعدته ما يعمّ الأكل والشرب والتضييع والإفساد، فلو لم يصدق مادّة الإتلاف- وهي التلف- في مورد ولكن صدق التضييع والإفساد كفي في جريان قاعدة الإتلاف.

فما في حاشية المحقق الايرواني قدّس سرّه: من «أنّ المتبادر من إتلاف المال إخراجه عن المالية بتضييعه، لا إتلافه في سبيل الانتفاع به كأكل المأكول وشرب المشروب» (3).

لا يخلو من غموض، لما عرفت من أنّ المستفاد من الروايات ما يعمّ ذلك. ولا دليل على ما أفاده.

مضافا إلى: أنّ الأكل والشرب مصلحة للأكل والشارب، وإتلاف حقيقة لمال

(1) وسائل الشيعة، ج 18، ص 239، الباب 11 من كتاب الشهادات، الحديث 2

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من كتاب الرّهن، الحديث 2

(3) حاشية المكاسب، ج 1، ص 96

المالك، فلم لا تشمله القاعدة.

فالمتحصل: أنّ الاستدلال بقاعدة الإتلاف لضمان المنافع المستوفاة- بعد صدق المال على المنافع عرفا كما هو كذلك و عدم العبرة بما يظهر من بعض اللغويين من اختصاص المال بالعين ذات المنفعة، لتقدّم العرف العامّ عليه- في محلّه. فالإعدام و الإفساد و التضييع كلّها موضوع لقاعدة الإتلاف. ففي معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «سئل عن القصار يفسد؟ فقال: كلّ أجير يعطى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن» (1).

و في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام: «إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام رفع إليه رجل استأجر رجلا ليصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمّنه أمير المؤمنين عليه السّلام» (2).

و أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في رجل كان له غلام، فاستأجره منه صائغ أو غيره. قال: إن كان ضيّع شيئا أو أبق منه فمواليه ضامنون» (3).

و منها: قاعدة الاحترام المستفادة من موثقة أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السّلام: «قال:

قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصية، و حرمة ماله كحرمة دمه» (4) بتقريب: أنّ إتلاف ماله يوجب الضمان، و لا يذهب هدرًا، كما أنّ دمه لا يذهب هدرًا. و من الواضح شموله للمنافع المستوفاة كشموله للأعيان، لكون المنافع ممّا يصدق عليه المال.

و المناقشة فيه «بأنّ الظاهر من حرمة المال بقرينة سائر الجمل المذكورة في الرواية هو الحكم التكليفي، فإنّ سبّ المؤمن و أكل لحمه بمعنى اغتيابه حرام تكليفي

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 271، الباب 29 من أبواب الإجارة، الحديث 1

(2) المصدر، ص 274، الحديث 10

(3) المصدر، ص 251، الباب 11 من أبواب الإجارة، الحديث 2

(4) وسائل الشيعة، ج 8، ص 610، الباب 158 من أبواب أحكام العشرة، الحديث 3

فقط. ووحدة السياق تقتضي كون حرمة المال أيضا تكليفيّة محضّة، فلا يستفاد الحكم الوضعي وهو الضمان من هذه الرواية» (1).

مندفعة أولا: بأنه لا موجب للحكم الوضعي في سائر الجمل، لأنّ الفسوق والكفر والمعصية كالصريح في الحرمة التكليفيّة، ولذا عبّر بغير هذه التعبيرات في المال، فلا- مانع من حرمة المال تكليفا ووضعا. وهذا بخلاف النهي عن السباب والغيبة والقتل الظاهر في التكليف خاصة.

وثانيا: بأنّ تشبيه حرمة المال بحرمة الدم ظاهر في الضمان، وأنّ ماله كدمه لا يذهب هدرا. فحمل هذه الجملة- كسائر الجمل- على الحكم التكليفي فقط أو جعلها مجملة كما في بعض الكلمات (2) ليس كما ينبغي.

نعم يمكن المناقشة في قاعدة الاحترام بأخصّ بيتها من المدعي الذي هو ضمان المنافع سواء أكان المقبوض مالا لمسلم أم غيره. وروايات القاعدة تتضمّن حرمة مال المسلم، وهذه الإضافة ظاهرة في كونها حيثيّة تقيديّة، فمال المسلم من حيث إضافته إلى المسلم محترم، فالاحترام إنّما هو لهذه الحيثيّة، لا لحيثيّة المال ليكون الاحترام مترتبا على المال من حيث كونه مالا حتى يكون دليلا على ضمان منافع المبيع فاسدا المستوفاة.

اللّهم إلا أن يتشبت بعدم الفصل في حرمة المال بين المسلم و من بحكمه كالذميّ.

ومنها: الروايات الدالّة على عدم حلّيّة مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، وعلى حرمة التصرّف في مال الغير بدون إذنه (3). بعد ما عرفت من صدق المال على المنافع، ولذا تقع ثمننا في البيع وصدقا في النكاح. وقد تقدّم ذلك.

ومنها: ما ورد في جملة من الروايات من: «أنّه لا يصلح ذهاب حق أحد» كحسن الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام: «قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة

(1) وسائل الشيعة، ج 8، ص 610، الباب 158 من أبواب أحكام العشرة، الحديث 3

(2) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 91

(3) ذكرنا مصادرها في ص 124 فراجع.

على غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم، إذا لم يجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، أنّه لا يصلح ذهاب حق أحد» (1).

والاستدلال بها منوط بصدق الحقّ على المال، ويكون عدم صلوح ذهابه كناية عن ضمانه، وإلا فلا وجه للاستدلال بها على الضمان كما قيل. ومورد بعض هذه الروايات الوصية، ومقتضاها أنّ للمسلم أن يوصي بماله، وهذا حقّ له، ولا يصلح ذهاب حقّه. وهذا المعنى أجنبّي عمّا نحن فيه.

مضافا إلى ما قيل من: أنها لا تشمل صورة التلف، فالدليل أخصّ من المدعى.

إلا أن يقال: إنّ إذا كان الحق لازم الرعاية، مع أنّه ليس مالا، وإضافته إلى من له الحق أضعف من إضافة المال إلى مالكه، فرعاية المال أولى.

أو يقال: إنّ حقّ أحد إذا ثبت على ذمّة غيره فلا يصح ذهابه بغير عوض، وهذا يدلّ على الضمان.

وأما ورود الروايات في باب الوصية فلا يمنع عن الاستدلال بها على الضمان، لإبائه التعليل بعدم صلوح ذهاب حق أحد عن الاختصاص بباب الوصية، وبملة دون أخرى. إلا إذا قام دليل على التخصيص وعدم حرمة المال، كما ورد في الحربي.

ومنها: قاعدة نفي الضرر في الشريعة المقدسة المستفادة من عدّة روايات.

تقريب الاستدلال بها: أنّ الحكم بعدم ضمان القابض لمنافع المال بالعقد الفاسد ضرر على المالك، فينفي بالقاعدة.

ونوقش فيه بأنّها لا تدلّ على الضمان سواء أريد بها نفي الحكم الضرري أولا كما هو مقتضى النفي البسيط وعليه المصنّف. أم أريد بها النفي المركّب أعني نفي الحكم بلسان نفي الموضوع كما عليه صاحب الكفاية وبعض المحققين.

وجه عدم الدلالة: اختصاص أدلّة نفي الضرر برفع الأحكام الوجودية الضرورية كوجوب الوضوء ولزوم البيع. وأمّا إذا كان الضرر ناشئا من عدم جعل حكم كالضمان.

(1) وسائل الشريعة، ج 13، ص 390، الباب 20 من كتاب الوصايا، الحديث 3

في المقام، فقاعدة نفي الضرر لا تنفيه لثبت الجعل الشرعي كالضمان.

ولكن يمكن دفع هذه المناقشة بأنّ العدم تارة يراد به العدم الواقعي كعدم الوجوب و عدم الحرمة. و أخرى يراد به إنشاء عدمهما، كأن يقول الشارع «لا يجب أو لا يحرم».

فإن أريد بالعدم المعنى الأوّل لم يرتفع بقاعدة الضرر، لعدم كونه حكماً حتى يرفعه دليل نفي الضرر.

وإن أريد به المعنى الثاني كان مجعولاً مشمولاً لقاعدة نفي الضرر، و الأعدام بعد تشريع الأحكام تكون مجعولة و لو بالإمضاء، لأنّ إبقاء الشارع لها مع تشريع الأحكام جعل لها بقاء، لا إخبار ببقاء الأعدام الواقعية على حالها كما تخيّل بعض. و هذا المقدار من الجعل كاف في نفيها بقاعدة الضرر، لأنّ إمضاء تلك الأعدام- و لو بمثل أصالة عدم الضمان- من الإسلام أيضاً، فيشمّله قوله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «لا ضرر و لا ضرار في الإسلام» أو «في الدين». فعدم ضمان المنافع المستوفاة حكم ضرريّ ينفي بقاعدة الضرر.

و الحاصل: أنّ إبقاء عدم ضمانها حكم ضرريّ ينفي بقاعدته.

هذا بناء على كون مفاد قاعدة نفي الضرر نفي نفس الحكم الضرري كما عليه المصنّف قدّس سرّه.

و أمّا بناء على كون مفادها نفي الحكم بلسان نفي الموضوع فالأمر أوضح، لأنّه يقال: إنّ استيفاء المنافع مجّانا ضرريّ، أو تقويت منافع العين المملوكة للغير بإمساك العين ضرريّ، فيرتفع حكمه أعني عدم الضمان و يثبت الضمان.

لا يقال: إنّ المقام يكون من تعارض الضررين، لأنّ اشتغال ذمّة القابض ضرر أيضاً كتضرّر الدافع.

فإنّه يقال: إنّ الضرر- و هو النقص- لا يرد على الدافع، لأنّه يدفع بدل المنفعة التي استوفاه، لا أنّه يتضرّر حتى يندرج في تعارض الضررين، فإنّ دفع عوض المال الذي دخل في كيسه ليس نقصاً في المال، بل دفع لمال الغير، كأداء الثمن.

و منها: قاعدة الاستيفاء، فإنّ استيفاء مال الغير من دون إذن المالك في استيفائه مجّانا موجب للضمان إجماعاً، و عليه السيرة العقلانيّة التي لم يردع عنها الشارع.

و هذه الوجوه لو نوقش في بعضها ففي البعض الآخر منها كفاية.

خلافًا للوسيلة (1)، فنفي الضمان، محتجًا بأن «الخراج بالضمان» كما في النبوي المرسل (2). و تفسيره (3): أن من ضمن شيئًا وتقبله لنفسه فخراجه له. فالباء

(1) قال ابن حمزة قدس سره: «إذا باع أحد بيعا فاسدا وانتفع به المبتاع، ولم يعلموا بفساده، ثم عرفا، واستردَّ البائع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به، أو استرداد الولد إن حملت الأم عنده وولدت، لأنه لو تلف لكان من ماله، والخراج بالضمان» (1).

وصريح كلامه قدس سره اختصاص عدم ضمان المنافع المستوفاة في المبيع بالعقد الفاسد بصورة جهلها بالفساد، مع أن عنوان البحث في المتن شامل لصورة علمها أو علم أحدهما بالفساد.

وكيف كان فيكفي للتعرض لكلام ابن حمزة قوله بعدم الضمان موجبة جزئية وهي صورة الجهل بالبطلان. ومحصل استظهاره من الحديث النبوي هو: أن من أقدم على ضمان شيء وتقبله لنفسه بتضمن المالك فالخراج- أي: ما يخرج من ذلك الشيء من الفوائد والمنافع- له مطلقا، سواء أمضى الشارع هذا الضمان أم لا. ومن المعلوم أن المشتري في المقام أقدم على ضمان المبيع بتضمن البائع إياه على أن يكون خراجه له مجانا، ف ضمان المبيع عليه و منافعه له، حتى على تقدير فساد المعاملة.

(2) قال ابن أبي جمهور الأحسائي «وروي عنه صلى الله عليه وآله وسلم: أنه قضى بأن الخراج بالضمان» ثم قال: «ومعناه: أن العبد مثلا يشتره المشتري، فيغتنله حيناً، ثم يظهر على عيب به، فيردّ بالعيب أنه لا يردّ ما صار إليه من غلّة وهو الخراج، لأنه كان ضامنا له ولو مات» (2).

(3) هذا التفسير إلى قوله: «و الفائدة بإزاء الغرامة» استظهار المصنّف من كلام ابن حمزة قدس سرهما، وتوجيه استدلاله بالحديث.

(1) الوسيلة (ضمن الجوامع الفقهية) ص 744، السطر 33

(2) عوالي اللئالي، ج 1، ص 219، الحديث 89

ص: 222

للسببية (1) أو المقابلة (2) [1]. فالمشتري (3) لمّا أقدم على ضمان المبيع و تقبله (4) على نفسه بتقويل البائع و تضمينه إياه على (5) أن يكون الخراج له مجاناً كان (6) اللازم

(1) لأنّ ضمان المبيع سبب لملكية المنافع. وجه تسمية «الباء» بالسببية أنّها تدخل على الأسباب، كقوله تعالى ادْخُلُوا الْجَنَّةَ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ.

(2) «باء» المقابلة هي التي تدخل على الأعواض، مثل «اشتريته بألف، و كافت إحصانه بضعف» ففي المقام إذا ثبت الخراج كان ضمان العين عوضاً عنه، فتدبر.

(3) قد عرفت في توضيح ما استدللّ به شيخ الطائفة على قاعدة «ما لا يضمن» من قاعدة الإقدام: أنّ 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 الإقدام لو كان نماء للمبيع كان ملكاً للمشتري في قبالة ضمانه للمبيع.

(4) أي: تقبل المشتري المبيع على نفسه و ضمنه- بعد تمليك البائع و تضمينه- مبنيّاً على أن تكون منفعة للمشتري مجاناً، فلو استفادها لم يلزمه عوضها.

(5) يعني: أنّ الشرط الارتكازي المبني عليه البيع هو كون النماء للمشتري سواء صحّ البيع أم فسد.

(6) جواب الشرط في قوله: «لمّا أقدم».

[1] قد يقال: إنّ «الباء» كما يحتمل أن تكون للسببية، يحتمل أن تكون للمقابلة، فيكون الكلام مجعلاً، و الاستدلال بالحديث على عدم الضمان مبني على السببية، فلا يصحّ.

لكنّه مندفع بأنّ الأصل في الباء السببية، بل يمكن إرجاع المقابلة- بنحو من العناية- إلى السببية أيضاً.

من ذلك (1) أنّ خواجه له على تقدير الفساد (2). كما أنّ الضمان عليه (3) على هذا التقدير أيضا.

والحاصل (4): أنّ ضمان العين لا يجتمع (5) مع ضمان الخراج. و مرجعه (6) إلى أنّ الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة.

وهذا المعنى (7) مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة، مثل قوله- في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري-: «ألا ترى أنّها

(1) أي: من الاقدام على ضمان المبيع على أن يكون خراج المبيع له مجّانا.

(2) كما أنّ الخراج للمشتري مجّانا على تقدير الصحة، لوحدة الدليل وهو الاقدام على تضمين العين بشرط مجّانية المنفعة.

(3) أي: كما أنّ ضمان العين يكون على المشتري على تقدير فساد العقد- ولو ببدله الواقعي لا الجعلي- إذ ليس مدار ضمان العين على صحّة البيع شرعا، بل على جعل المتعاملين وإقدامهما، وهو موجود في كلتا صورتَي إمضاء الشارع و عدمه.

(4) يعني: حاصل تفسير ابن حمزة للحديث النبويّ هو عدم اجتماع ضمان العين والمنفعة في باب البيع.

(5) إذ المفروض كون ضمان العين سببا لملكيّة المنافع للضامن، فلا يجتمع الضمانان- أي: ضمان العين والمنافع- على ضامن العين، كالمشتري، فلا بدّ أن يكون ضامنا للعين فقط، لأنّ ضمان العين عوض المنافع.

(6) أي: و مرجع عدم اجتماع ضمان العين مع ضمان الخراج هو: أنّ الغنيمة تكون بإزاء غرامة العين و بدلا لها.

(7) أي: كون ضمان العين سببا لملك الخراج، بحيث يكون ضامن العين مالكا لمنافعها- المعبر عنها بالخراج- ليرتّب عليه عدم ضمان المنافع التي استوفاه من المقبوض بالعقد الفاسد.

و غرض المصنّف قدّس سرّه من هذا بعد نقل تفسير الحديث على رأي ابن حمزة قدّس سرّه هو تأييد هذه المقالة بما ورد في غير واحد من الأخبار، مثل ما دلّ على أنّ منفعة الدار المبيعة بيع خياريّ تكون ملكا للمشتري في الزمان المتخلّل بين البيع والأخذ بالخيار.

ففي مؤثقة إسحاق بن عمار، قال: «حدّثني من سمع أبا عبد الله عليه السّلام وسأله رجل وأنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره، فجاء إلى أخيه، فقال له:

أبيعك داري هذه، وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن تردّ عليّ؟ فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمانها 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» (1).

وفي رواية معاوية بن ميسرة: «قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل باع دارا له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى 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. وقال أبو عبد الله عليه السّلام: أرايت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري» (2).

و تقريب دلالتهما على مدّعي ابن حمزة قدّس سرّه هو: أنّ الامام عليه السّلام حكم بدخول منافع الدار- في مدّة الخيار- في ملك المشتري المستوفي لها، ولا يكون ضامنا لعوضها للبائع بعد فسخ العقد. والوجه في عدم ضمانها هو ضمانه لنفس المبيع وبذل الثمن بإذائه، وهذا المطلب هو مفاد حديث «الخراج بالضمان».

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 355، الباب 8 من أبواب الخيار، الحديث 1، والمراد بالحاصر هو الجدار.

(2) المصدر، الحديث 3

لو أحرقت كانت من مال المشتري» [1].

ونحوه في الرهن (1) وغيره (2).

(1) كموثق إسحاق بن عمّار، قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السّلام: الرّجل يرهّن الغلام و الدار فتصيبه الآفة، على من يكون؟ قال عليه السّلام: على مولاه، ثم قال: أ رأيت لو قتل قتيلا على من يكون؟ قلت: هو في عنق العبد. قال عليه السّلام: ألا ترى فلم يذهب مال هذا، ثم قال: أ رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مأتي دينار لمن كان يكون؟

قلت: لمولاه، قال عليه السّلام: كذلك يكون عليه ما يكون له» [1].

(2) لعلّ مراده قدّس سرّه ما ورد في باب الإجارة من أنّه يجوز لمن استأجر أرضا أن يؤجرها بأكثر ممّا استأجرها بشرط أن تكون الأجرة الثانية مغايرة للأجرة الاولى في الجنس، أو أن يحدث في الأرض ما يقابل التفاوت بأن يحفر فيها نهرا ونحو ذلك.

فيقال في تقريب دلالتها على مدّعى ابن حمزة: إنّ المستأجر الأوّل لمّا ضمن الأجرة للمالك أو للسلطان أو لمن بيده أمر الأرض كانت الفائدة الحاصلة بالإجارة الثانية عائدة له، لا لمالك الأرض.

[1] الظاهر عدم ارتباطهما بهذا المعنى أي كون ضامن العين مالكا لخراجها لأجل ضمان العين. بل هي في مقام بيان كون العين في مدة الخيار ملكا للمشتري، وأنّ ملكيّة المنفعة لقاعدة تبعيتها في الملكيّة للعين.

وبعبارة أخرى: قاعدة تبعية المنافع للعين في الملكيّة سارية في جميع موارد ملكيّة العين مطلقا وإن لم يكن ضمان للعين بإزاء مال كالمجانيات من الهبة ونحوها، فإنّ ملكيّة العين مطلقا تقتضي ملكيّة المنفعة.

فليس المقصود سببية ضمان العين لملك المنفعة وخراجها. ولا قاعدة «من له الغنم فعليه الغرم» فالأخبار المشار إليها أجنبيّة عن مدّعى ابن حمزة.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 126، الباب 5 من أبواب الرهن، الحديث 6

ص: 226

وفيه (1): أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون

ففي معتبرة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الرجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماة أو بطعام مسمّى، ثم أجرها، و شرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقلّ من ذلك أو أكثر، وله في الأرض بعد ذلك فضل، أ يصلح له ذلك؟ قال: نعم إذا حفر لهم نهرا أو عمل لهم شيئا يعينهم بذلك فله ذلك» الحديث (1).

هذا ما يتعلّق بالجهة الثانية وهي تأييد مقالة ابن حمزة الطوسي أعلى الله مقامه.

(1) هذا شروع في الجهة الثالثة مما يتعلّق بكلام ابن حمزة، وهو المناقشة فيه، والمذكور في المتن وجوه ثلاثة من الإيراد، أفاد أولها المصنف، ثم تعرّض للوجهين الآخرين وردّهما.

أمّا مناقشة المصنف في كلام ابن حمزة فتوضيحا: أنه قد تقدم (في ص 116) الإيراد على استدلال شيخ الطائفة بالإقدام على الضمان في البيع الفاسد بما محصّ له: أن ما أقدم عليه من العوض المسمّى لم يسلم لهما، ولم يقدم على البديل الواقعي حتى يضمناه. وكذلك يقال في المقام، حيث إنّ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ضمان قهريّ شرعيّ، وليس ضمنا اختياريا للمتبايعين حتى يستلزم ملكيّة المنافع لضا من العين.

و المفروض أنّ الضمان الموجب لملكيّة المنافع هو الضمان المعاوضي الذي أقدم عليه المتعاقدان وأمضاه الشارع.

وبالجملة: الضمان المستلزم لملكيّة الخراج هو الضمان المقيّد بقيد الاقدام والإمضاء، دون الضمان القهريّ الذي يكون من باب الغرامة المعبر عنها بالضمان الواقعيّ، و المفروض أنّ الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد ليس من الضمان المعاوضي الاختياريّ الذي أقدم عليه المتعاقدان وأمضاه الشارع، بل من الضمان القهريّ الذي لا يوجب ملكيّة المنافع.

(1) وسائل الشيعة ج 13، ص 261، الباب 21 من أحكام الإجارة، الحديث 3

ص: 227

الخراج بإزائه (1)، وإثما هو أمر قهريّ حكم به الشارع كما حكم (2) بضمان المقبوض بالسّوم والمغصوب. فالمراد بالضمان (3) الذي بإزائه الخراج التزام (4) الشيء على نفسه و تقبّله له مع إمضاء الشارع له [1].

وربّما ينتقض ما ذكرنا (5) في معنى الرواية بالعارية المضمونة،

(1) بمقتضى «الخراج بالضمان» وجه عدم الاقدام على ضمان المبيع فاسدا هو: أنّه مضمون بالبدل الواقعيّ مع أنّ المقدم عليه ضمان جعليّ.

(2) بإطلاق «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

(3) يعني: في حديث: «الخراج بالضمان» وغرضه قدّس سرّه- بعد أن نفى كون ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من الضمان المعاوضيّ الاختياريّ الممضى شرعا- أنّ المراد بالضمان الموجب لملكية المنافع هو معناه المصدريّ أي التزام الشيء على نفسه و تقبّله له، مع إمضاء الشارع له. و الضمان بهذا المعنى مفقود في المقبوض بالعقد الفاسد، فلا يكون ضمان العين فيه موجبا لملكيّة المنافع حتى لا يضمنها.

(4) خير قوله: «فالمراد».

(5) من كون الضمان في الحديث هو الضمان الاختياريّ الممضى شرعا الذي تّبّه عليه بقوله: «فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج ..» دون الضمان القهريّ الجاري في المقبوض بالبيع الفاسد.

و توضيح النقض الوارد على إرادة الضمان الاقداميّ الاختياريّ هو: أنّ المستعير إذا أقدم على ضمان العارية- بأن شرطه المعير عليه- و أمضاه الشارع لم يوجب هذا الإقدام مالكيّة المستعير لمنافعها، لما تقرّر عندهم من أنّه لا يملك منافع العارية، وإثما يملك الانتفاع الذي عينه المالك له. و بهذا يشكل جعل مدلول الحديث

[1] لكنه لا قرينة عليه، فيحتمل أن يراد به اسم المصدر، يعني كونه في العهدة، كما يحتمل إرادة معان أخر منه سيأتي بيانها.

حيث إنه (1) أقدم على ضمانها، مع أنّ خراجها ليس له [1] لعدم تملكه للمنفعة، وإّما تملك الانتفاع الذي عيّنه المالك (2)، فتأمل (3).

مخصوصا بالضمان الاقداامي الممضى شرعا، فإنّ الشارع الممضى للعارية المضمونة لم يحكم بمالكية المستعير لخراجها.

(1) أي: أنّ المستعير أقدم على ضمان العين و لم يملك الخراج.

(2) كما في الشرائع، حيث قال: «ويقع بكل لفظ يشتمل على الاذن في الانتفاع» وقال أيضا: «و لا يجوز إعاره العين المستعارة إلا بإذن المالك، و لا إجارتها، لأنّ المنافع ليست مملوكة للمستعير و إن كان استيفؤها» «1».

(3) لعلّه إشارة إلى كفاية جواز استيفاء الخراج- بلا ضمان له مع ضمان العين- في صدق «الخراج بالضمان» إذ حاصل المعنى حينئذ: أنّ ضمان العين رافع لضمان المنافع، سواء صارت ملكا لضا من العين أم لا.

أو إلى: فقدان تملك الانتفاع في العارية أيضا، 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 ملكا للمستعير، فلا تقض.

[1] المعروف في العارية أنّها إباحة الانتفاع بمنافع ملك الغير مجّانا 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

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 171 و 173

ص: 229

و الحاصل (1): أنّ دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك

(1) هذا ملخص ما أورد به المصنف على ابن حمزة قدس سرهما النافي لضمان المنافع المستوفاة مستدلاً بالحديث النبوي. و محصل الكلام: أنّ الحديث موهون سنداً و دلالة. أمّا سنداً فلائّه مروّي بطرقنا مرسلًا، و لا عبرة بالمراسيل ما لم تنجبر بعمل المشهور، و قد عرفت إعراض المشهور عن المدلول الذي استظهره ابن حمزة، بل ادعى الإجماع على ضمان المنافع المستوفاة. و هذا الحديث وإن روي مسنداً بطرق العامة لكنّه مرمي بضعف بعض رجاله كما سيأتي في التعليقة.

و أمّا دلالة فلائّه محتتملات الحديث كثيرة، و لا معيّن لما استظهره ابن حمزة منه، و يكفي في ردّه ما أفاده المصنف من اختصاصه بموارد الاقدام المضمّن الممضى شرعاً.

و عليه فلا معارض لما يدلّ من القواعد الجارية في ضمان مطلق الأموال

لا يجوز أن يؤجر» (1).

و يحتمل - كما قيل - أن تكون العارية تملك المنفعة مجاناً، كالهبة التي هي تملك العين مجاناً، كما أنّ الإجارة تملك المنفعة بعوض، في مقابل البيع الذي هو تملك 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. و لأنّه لمّا جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، و لذلك صحّت الوصية بالأعيان و المنافع جميعاً» (2) و هو صريح في كون العارية من هبة المنافع.

لا يقال: إنّه على هذا يجوز للمستعير إجارة العين المستعارة، مع أنّ من المسلّم عدم جوازها.

فإنّه يقال: إنّ عدم جواز إجارتها إنّما هو لأجل شرط انتفاع المستعير بنفسه، و لو شرطاً ضمناً مبنياً عليه عقد العارية.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 209، السطر 14

(2) المصدر، السطر 27

لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حلّه (1) إلا عن طيب النفس.

وربما يردّ هذا القول (2)

- سواء أكانت أعيانا أم منافع - كقاعدة الاحترام.

(1) هذا عطف تفسير للاحترام، وليس دليلا آخر على ضمان مال المسلم.

(2) أي: قول ابن حمزة قدّس سرّه بعدم ضمان المنافع المستوفاة، ويستفاد هذا الرّدّ من العلامة وغيره حيث استدّلوا على ضمان منافع المبيع فاسدا بالروايات المتقدّمة في الأمر الأوّل- وهو ضمان المقبوض بالبيع الفاسد- المتضمنة لحكم الامام عليه السّلام بضمنان منافع الأمة المسروقة. قال السيد العاملي قدّس سرّه في بيع الفضولي: «إذا لم يجز المالك رجوع في عين ماله و نمائه متصلا أو منفصلا، و عوض منفعه المستوفاة وغيرها .. وفي رواياتهم ما يدل عليه ..» «1». وقال في موضع آخر: «و يرجع به- بالمبيع فاسدا- و بزوائده متّصلة كالسمن و منفصلة كالولد، و بمنفعه المستوفاة وغيرها كما في المبسوط وغيره، و المخالف ابن حمزة» «2».

و حاصل الرّدّ: أنّ الجارية المسروقة كما تكون بنفسها مضمونة على المشتري الجاهل بالحال. كذلك تكون منافعها من الولد و الخدمة و اللبن مضمونة عليه.

و لو كان ضمان العين- في البيع الفاسد- موجبا لحلّيّة المنافع للمشتري لم يكن وجه لحكم الشارع بضمنان نماءاتها.

و عليه فضمنان المنافع مناف لما استظهره ابن حمزة من حديث «الخراج بالضمنان» فلا بدّ من حمله- بعد فرض اعتباره سندا- على البيع الصحيح كما صنعه العلامة (3) قدّس سرّه، هذا تقريب الرّدّ على ابن حمزة، و ستأتي خدشة المصنف فيه.

(1) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 198

(2) مفتاح الكرامة، ج 4، ص 169

(3) مختلف الشيعة، ج 5، ص 319

بما ورد (1) في شراء الجارية المسروقة: من ضمان قيمة الولد (2) و عوض اللبن، بل عوض كل ما انتفع.

وفيه (3): أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين (4) من

(1) كخبر زرارة، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم أتاهم من يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيّنة. قال: يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها» (1).

(2) لا يخفى أن ضمان قيمة الولد و اللبن و سائر المنافع لم يرد في رواية واحدة، بل تضمنتها نصوص متفرقة، ففي صحيحة جميل «و يدفع إليه المبتاع- و هو المشتري- قيمة الولد» و في رواية زرارة المتقدمة ضمان عوض اللبن و الخدمة، و في خبر آخر ضمان كل ما انتفع، فمقصود الرّادّ على ابن حمزة ورود ضمان هذه في الأخبار المتفرقة.

(3) هذه مناقشة المصنّف قدّس سرّه في التمسك بهذه الروايات لردّ ابن حمزة. و حاصل المناقشة: أن مورد الأخبار المتقدمة أجنبي عن مسألة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، و عدمه، 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: «فإن غصب إنسان أو سرق مال غيره .. الى قوله: وإن لم يكن عارفاً كان له الرجوع عليه بالثمن و بما غرم للمالك» حيث إنّّه يدلّ على غرامته للمالك غير الثمن من عوض المنافع، و لا وجه له إلا ضمانها للمالك.

(4) و هذا أجنبي عن أخبار ضمان منافع الجارية المسروقة، إذ ليس بائعها مالكةا، بل هو غاصب، و لا ملازمة في الضمان بين منافع المغصوب المبيع، و بين منافع

(1) وسائل الشريعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 4 و نحوه الحديث 2

ص: 232

جهة (1) أنّ مالك العين جعل خراجها له (2) بإزاء ضمانها بالثمن، لا (3) ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير [1].

المبيع فاسدا لاختلال شرط صحته.

(1) متعلق ب «الكلام» يعني: أنّ وجه البحث في مسألة ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد هو: أنّ البائع أقدم على جعل منافع المبيع ملكا للمشتري في قبالة الثمن، فإمضاء هذا الإقدام وعدم إمضائه غير مرتبط بضمان نماء الجارية المسروقة التي يكون ضمانها من جهة الغصب.

(2) أي: للمشتري، في قبالة الثمن الذي يدفعه إلى البائع.

(3) معطوف على «جهة» يعني: ليس كلامنا في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد شاملا- لمطلق موارد الفساد حتى من ناحية مغصوبة العوضين أو أحدهما، حتى نستدلّ على ضمان المنافع بنصوص الجارية المسروقة، بل محلّ الكلام فساد العقد من غير ناحية الغصب، بأن كان العوضان مملوكين.

[1] 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 المنافاة: أنّ الاستدلال بالفحوى منوط باتّحاد المقبوض بالعقد الفاسد والمغصوب حكما، سواء أكان منشأ فساد العقد اختلال شرط الصيغة أو العوضين أو المتعاملين، كما أنّ إطلاق عنوان المسألة شامل لجميع مناشئ الفساد. و من المعلوم أنّ ما أفاده هنا من قوله: «لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير» يقتضي اختصاص مدلول هذه الأخبار بما كان منشأ بطلان العقد عدم تملك العوضين خاصة، و معه كيف يتّجه الاستدلال بفحواها على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد مطلقا؟ و جعلها في عداد حديث اليد و غيره ممّا يدل على ضمان المبيع بالبيع الفاسد؟

ص: 233

(1) المشار إليه هو ردّ قول ابن حمزة بنصوص ضمان منافع الجارية المسروقة.

وهذا إشارة إلى وجه آخر لردّ مقالة ابن حمزة قدّس سرّه. وتوضيحه: أنّه ورد في صحيحة أبي ولّاد الحناط السؤال عن اكتراء بغل من الكوفة إلى مسافة معيّنة- وهي قصر بني هبيرة- لاستيفاء دين من غريم، فلما خرج من الكوفة ووصل إلى قنطرتها أخبر بخروج الغريم إلى مكان آخر، وهو النيل، فتابعه أبو ولّاد إلى أن ظفر به ببغداد، وفرغ ممّا بينه وبينه، ورجع إلى الكوفة، وقد طال سفره من مبدئه إلى منتهاه خمسة عشر يوماً، وهي أزيد بكثير من المدة المتعارفة للسير من الكوفة إلى قصر بني هبيرة والرجوع منه إلى الكوفة. فأراد أبو ولّاد التحلّل من المكاري ببذل أجرة أخرى زائدة على الأجرة المعيّنة أولاً، فلم يرض بها صاحب البغل، فتراضيا بالترافع إلى قاضي الجور، فحكم ببراءة ذمّة أبي ولّاد من الأجرة الزائدة، مستنداً بحديث الخراج بالضمّان، فاسترجع صاحب البغل من هذا القضاء الجائر.

إلى أن تشرف أبو ولّاد للحجّ وزار الامام الهمام أبا عبد الله جعفر بن محمّد الصادق صلوات الله وسلامه عليه وعلى آبائه وأبنائه الطاهرين، وقصّ عليه قصّته، فقال عليه السلام: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركاتها» وحكم على أبي ولّاد بضمّانه لأجرة البغل في جميع المدة التي خرج به من الكوفة حتى عوده إليها، لأنّه استوفى منفعتة بإجارة فاسدة، لإخلاله بالشرط، فصار البغل مغصوباً، فيضمّنه كما يضمن ما استوفى من منافعه.

وعليه تكون هذه الصحيحة ردّاً على ابن حمزة القائل بأنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان منافعها، هذا.

وناقش المصنّف قدّس سرّه في هذا الردّ مقتصرًا على قوله: «وأضعف منه ذلك» وجه الأضعفيّة: أنّه ليس في الغصب- الذي هو مورد صحيحة أبي ولّاد- عقد فاسد، بخلاف ما قبلها، فإنّ فيه عقداً بين المشتري وغير المالك، ومن المعلوم أنّ الغصب

المغصوب المستوفاة (1)، ردّا على أبي حنيفة القائل بأنه إذا تحقّق ضمان العين- ولو بالغصب- سقط كراهها، كما يظهر (2) من تلك الصحيحة.

نعم (3) لو كان القول المذكور موافقا لقول أبي حنيفة في إطلاق (4) القول بأنّ الخراج بالضمان انتهضت الصحيحة و ما قبلها (5) ردّا عليه. هذا كله في المنفعة المستوفاة.

أجنبيّ عن العقد الفاسد الذي هو مورد كلام ابن حمزة، إذ الغصب خال عن العقد.

(1) صفة للمنفعة، و المراد بالمنفعة المستوفاة في هذه الصحيحة هو الركوب على الدابة و السير بها.

(2) يعني: كما يظهر قول أبي حنيفة- بسقوط ضمان الأجرة بسبب ضمان العين- من تلك الصحيحة، و سيأتي متن صحيحة أبي ولّاد إن شاء الله تعالى في (ص 482 إلى 488).

(3) استدراك على عدم كون الصحيحة ردّا على ابن حمزة، و حاصله: أنّ الصحيحة تنهض للردّ على ابن حمزة إذا كان قائلا- بإطلاق «الخراج بالضمان» بحيث يشمل الغصب كما يقول به أبو حنيفة. و أمّا إذا لم يقل بذلك، و كان قائلا باختصاص «الخراج بالضمان» بالعقود المعاوضيّة و عدم شموله للغصب لم تنهض الصحيحة للردّ عليه.

(4) المقصود من إطلاق «الخراج بالضمان» أنّ كلّ مورد تحقّق فيه ضمان العين كان منفعتة مجّانا 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 منهما و من الأعيان المغصوبة كما يقول به أبو حنيفة، لعدم تضمينه أبا ولّاد عوض انتفاعه بالبغل الذي صار مغصوبا بيده من قنطرة الكوفة إلى النيل، ثمّ إلى بغداد، ثمّ إلى الكوفة.

(5) و هو نصوص الجارية المسروقة، فإنّها أيضا صالحه لردّ مقالة أبي حنيفة، لما تقدم من صراحتها في ضمان اللبن و الخدمة و سائر منافعها. فكما تكون نفس الجارية مضمونة فكذا نماؤها، و هذا معارض بالتباين لما استفاده أبو حنيفة من

حديث «الخراج بالضمان» [1].

هذا ما يتعلّق بتوضيح المتن في ردّ استدلال ابن حمزة بالحديث النبويّ، وبقيت مباحث أخرى تأتي في التعليقة إن شاء الله تعالى.

[1] وربما ينتقض قاعدة «الخراج بالضمان» بالمنافع التي تملك بالإرث تبعا للأعيان، أو بالأصالة، حيث إنّها ليست بسبب ضمان العين و تعهدها ببذل مال بإزائها.

وفيه: أنّ قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الخراج بالضمان» ليس في مقام حصر سبب ضمان الأعيان لملكيّة المنافع، بل في مقام نفي الضمان عن المنافع فيما إذا حصل تعهد ببذل عوض بإزاء العين. فكأنّه قيل: كلّ من ضمن عينا ملك منافعها، وهو لا يدلّ على تسبّب ملكيّة المنافع عن ملكيّة العين على وجه الحصر، فيمكن أن تكون ملكية المنافع بسبب آخر.

وهذا نظير أن يقال: «البيع سبب للنقل والانتقال» وهو لا ينافي سبب الصلح والهبة مثلا لهما، ولا ينفي سبب غير الضمان لملكيّة المنافع، لأنّ «الخراج بالضمان» قضية لقبية لا مفهوم لها، فلا تدلّ على الحصر أصلا.

ثمّ إنّّه لا بأس بعطف عنان البحث إلى النبويّ «الخراج بالضمان» سندا ودلالة، فنقول وبه نستعين وبوليّه صلوات الله وسلامه عليه وعلى آبائه الطاهرين وعجل فرجه الشريف نتوسّل ونستجير: ينبغي البحث في مقامين، أحدهما: في السند، والآخر في الدلالة.

أمّا المقام الأوّل فمحصّله: أنّه لم يرو هذا الحديث في جوامعنا الروائية، وإنّما روي مرسلا في بعض الكتب الفقهية كالخلاف والمبسوط والوسيلة والسرائر وغيرها، فالاعتماد عليه منوط بإحراز عمل المشهور به.

نعم روي بسندين في كتب العامة، و اختلفوا في صحّة كلا الطريقتين، و روايتهم له تارة بعنوان قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الخراج بالضمان» أو «قضى بالخراج الضمان» و أخرى مع ذكر السبب. فعن السيوطي: «القاعدة الحادية عشر، قال: الخراج بالضمان حديث صحيح أخرجه الشافعي و أحمد و أبو داود و الترمذي و النسائي و ابن ماجه و ابن حبان من حديث عائشة. و في بعض طرقه ذكر السبب، و هو: أنّ رجلا ابتاع عبدا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثمّ وجد به عيبا، فخاصمه إلى النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم، فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: قد استعمل غلامي، فقال: الخراج بالضمان» (1).

و السند الأوّل هو ما عن سنن ابن ماجه «بالإسناد عن مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة: إن رجلا اشترى عبدا.. إلخ». و السند الثاني: «مخلّد بن خفاف عن هشام بن عروة عن أبيه.. إلخ».

و اختلفوا في صحّة الطريقتين، فعن تاج العروس نقل تصحيح جماعة. و عن ابن حزم: «لا يصح حديث الخراج بالضمان، لانفراد مخلّد بن خفاف و مسلم بن خالد الزنجي به» و عن الزبيدي: «ضعّف البخاري حديث مخلّد بن خفاف».

و أمّا السند الآخر فعن الحاكم تصحيحه، إلا أنه حكى عن الذهبي: «اختلاف كلام ابن معين فيه، فتارة يقول: لا بأس به. و أخرى: إنّه ثقة. و ثالثة: إنّه ضعيف. و عند الساجي:

كثير الغلط، و يرمى بالقدر».

فالمحصّل من كلماتهم بعد التتبّع فيها: أنّ هذا الحديث ليس ممّا اتفق الكلّ على صحّته، بل اعتباره عند العامة مورد الخلاف. هذا ما يرجع إلى سنده الذي لا يحصل

(1) الأشباه و النظائر، ص 121، نقلا عن هامش تقارير السيد المحقق الخويي، محاضرات في الفقه الجعفري، ج 2، ص 171 و 172

الوثوق بصدوره عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

وَأَمَّا مِنْ نَاحِيَةِ عَمَلِهِمْ بِهِ فَالْعَامِلُونَ بِهِ كَثِيرُونَ مِنَ الْمَذَاهِبِ الْأَرْبَعَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ جَدْوَى فِي وَثُوقِهِمْ بِهِ عِنْدَنَا، فَالْأُولَى الْاِقْتِصَارُ عَلَى ذِكْرِ مَنْ عَمِلَ بِهِ مِنْ فُقَهَائِنَا الْأَبْرَارِ رِضْوَانِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِمْ. وَإِنْ شِئْتَ الْوُقُوفَ عَلَى أَقْوَالِ الْعَامَّةِ وَعَمَلِهِمْ بِالْحَدِيثِ فَرَاجِعْ مَا تَتَّبِعُهُ الْعَلَامَةُ السَّيِّدُ الْمُقَرَّمُ فِي تَعْلِيْقِهِ عَلَى تَقْرِيرَاتِ السَّيِّدِ الْخَوَّيْبِيِّ قَدَّسَ سِرَّهُمَا «(1)».

وَأَمَّا الْإِمَامِيَّةُ أَعْلَى اللَّهِ كَلِمَتُهُمْ فَقَدْ أَسْنَدَهُ شَيْخُ الطَّائِفَةِ قَدَّسَ سِرَّهُ إِلَيْهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي الْخِلَافِ وَالْمَبْسُوطِ.

فَقَالَ فِي الْخِلَافِ: «إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةٌ حَامِلًا، فَوُلِدَتْ فِي مَلِكٍ الْمَشْتَرِي عَبْدًا مَمْلُوكًا، ثُمَّ وَجَدَ بِالْأُمِّ عَيْبًا، فَإِنَّهُ يَرُدُّ الْأُمَّ دُونَ الْوَلَدِ، وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: مِثْلُ مَا قُلْنَا، وَالثَّانِي: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا مَعًا، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ فِيمَا دُونَ سَبْعِ سَنِينَ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ عِنْدَهُمْ. دَلِيلُنَا: عَمُومُ قَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: الْخِرَاجُ بِالضَّمَانِ» «(2)».

وَقَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: «فَصَلِّ فِي أَنْ الْخِرَاجُ بِالضَّمَانِ: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ مَالٌ فِيهِ عَيْبٌ فَأَرَادَ بَيْعَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَبَيِّنَ لِلْمَشْتَرِي عَيْبَهُ، وَلَا يَكْتُمَهُ، أَوْ يَتَبَرَّءَ إِلَيْهِ مِنَ الْعَيْبِ».

وَالْأَوَّلُ أَحْوَجُ. فَإِنْ لَمْ يَبَيِّنْهُ وَاشْتَرَاهُ إِنْسَانٌ فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا كَانَ الْمَشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَضِيَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَاسْتَرْجَعَ الثَّمَنَ. فَإِنْ اخْتَارَ فسخ البيع و رد المبيع نظر، فإن لم يكن حصل من جهة المبيع نماء رده واسترجع ثمنه، وإن كان قد حصل نماء وفائدة فلا يخلو من أن يكون كسبا من جهته أو نتاجا و ثمرة. فإن كان كسبا مثل أن يكتسب بعمله

(1) محاضرات في الفقه الجعفري، ج 2، ص 169 الى 174

(2) الخلاف، ج 3، ص 108، المسألة: 176 من كتاب البيع.

أو تجارته أو يوهب له أو يصطاد شيئاً أو يحتطب أو يحتش، فإنه يردّ المعيب ولا يردّ الكسب بلا خلاف، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الخراج بالضمان. فالخراج اسم للغلّة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع» إلى أن قال: «وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: الخراج بالضمان معناه: أنّ الخراج أن يكون المال يتلف من ملكه، ولَمَّا كان المبيع يتلف من ملك المشتري، لأنّ الضمان انتقل إليه بالقبض كان الخراج له» (1).

و استند قدّس سرّه الى هذا الحديث في بيع المصرّاة، فقال: «و لا يردّ اللبن الحادث، لأنّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قضى أنّ الخراج بالضمان» (2).

وقال في السرائر في عدم ضمان العين المرهونة: «و يحتجّ على المخالف بقوله عليه السّلام: الخراج بالضمان، و خراجه إذا كان للراهن بلا خلاف، و جب أن يكون من ضمانه» (3).

وقال العلامة في المختلف - بعد نقل كلام ابن حمزة في الوسيلة - ما لفظه:

«و المعتمد أنّ النماء للبائع، لأنّ الملك باق عليه، و النماء يتبع الملك. و قوله عليه السّلام:

الخراج بالضمان محمول على الصحيح، و إلاّ لكان الغاصب مالكا للمنافع، لدخول الأصل تحت ضمانه» (4).

و ظاهر العبارتين اعتمادها على الحديث. و لو كان في سنده غمز لكان المناسب التخلّف منه بطرحه كليّة، لا بحمله على العقد الصحيح.

نعم يحتمل في كلام ابن إدريس إيراد احتجاجا على المخالفين لا استنادا، و إن

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 2، ص 126

(2) المصدر، ص 125

(3) السرائر الحاوي، ج 2، ص 420

(4) مختلف الشيعة، ج 5، ص 319

أمكن التخلص عن هذا الاحتمال بمخالفته للظاهر، ولو كان الغرض الاحتجاج عليه بما هو مسلّم عندهم كان الأولى أن يقول: «و يحتج على المخالف بما يرويه عنه صلّى الله عليه وآله وسلّم» مع أنّه قدّس سرّه أسنده إليه صلّى الله عليه وآله وسلّم. 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 ولّاد.

وقال في الجواهر: «المشهور نقلا و تحصيلا- بل في ظاهر التذكرة الإجماع- على أنّ المبيع يملكه المشتري في زمن الخيار بالعقد» إلى أن قال: «وقيل به و بانقضاء مدة الخيار» و استدللّ عليه بأمر، إلى أن قال: «و النبويّ الخراج بالضمان الذي معناه أنّ الربح في مقابلة الخسران، فإنّ الخراج اسم للفائدة الحاصلة في المبيع، و المراد أنّها للمشتري، كما أنّ الضرر الحاصل بالتلف عليه، فهو دالّ على المطلوب، و إن كان مورد الحديث خيار العيب» (1).

أقول: الغرض ممّا ذكرناه من سند الحديث و عمل الفقهاء به من العمارة- كما حكى- و بعض الخاصّة هو: أنّه هل يوجب ذلك السند و العمل و ثوقا بصدور الحديث حتى يصحّ الركون إليه و الاعتماد عليه أم لا؟ فإن حصل ذلك وصلت النوبة إلى البحث عن معنى الحديث.

وقد حكى عن شيخ الشريعة الأصفهاني قدّس سرّه: «أنا تتبعنا غاية التتبع فلم نجدها في كتب الإمامية رضوان الله تعالى عليهم صحاحها و غير صحاحها، بل وجدناه في كتب العمارة بطرق متعدّدة في موارد عديدة». و لعلّ غرضه قدّس سرّه عدم الظفر به مسندا في جوامعنا

الروائية، وإلا فقد عرفت روايته مرسلًا عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، بل نسبه شيخ الطائفة إلى النبيِّ جازمًا، 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: العبد يؤدِّي خرجه أي غلّته، والرعيّة تؤدِّي إلى الأمير الخراج» (1).

وقال ابن منظور: «وقال الزجاج: و الخراج اسم لما يخرج، و الخراج غلّة العبد و الأمة، و الخرج و الخراج الاتاوة، تؤخذ من أموال الناس» ثم قال: «و أما الخراج الذي وظّفه عمر على السواد و أرض الفيء، فإنّ معناه الغلّة أيضا.. و لذلك يسمّى خراجًا يؤدونها كل سنة.. و قيل للجزية التي ضربت على رقاب أهل الذمة: خراج، لأنّه كالغلّة الواجبة عليهم. ابن الأعرابي: الخرج على الرؤوس، و الخراج على الأرضين» (2).

وقال العلامة الطريحي قدّس سرّه: «الخرج و الخراج- بفتح المعجمة فيهما- ما يحصل من غلّة الأرض. وقيل: يقع اسم الخراج على الضريبة و الفيء و الجزية و الغلّة، و منه خراج العراقيين» (3).

وقال ابن الأثير: «الخراج بالضمان يريد ما يحصل من غلّة العين المبتاعة عبدا كان أو أمة أو ملكا. و ذلك أن يشتريه فيستغله زمانا» إلى أن قال: «و يكون للمشتري ما استغله، لأنّ المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه، و لم يكن على البائع شيء. و الباء في (بالضمان) متعلّقة بمحذوف، تقديره: الخراج مستحقّ بسبب الضمان» (4).

(1) مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص 145

(2) لسان العرب، ج 2، ص 251 و 252

(3) مجمع البحرين، ج 2، ص 294

(4) النهاية، ج 1، ص 321

هذا ما يتعلّق بمعنى كلمة الخراج.

وأما الضمان فهو التكلّف بالشئ ٤. قال في المجمع: «وضمنت الشئ ٤ ضمانا كفلت به، فأنا ضامن وضمنين، وضمنت المال التزمته» (1) ونحوه ما في الصحاح والمصباح (2).

وهذا المعنى ما يساعده العرف العام، فإنّ الضمان العرفي هو كون مال الغير في العهدة، سواء أكان سببه اختيارياً كقبول شرط ضمان العين المستأجرة أو عارية غير الذهب والفضة، أم قهرياً كإتلاف مال الغير غفلة أو في حال النوم.

وأما ضمان الشخص لمال نفسه فلا معنى له، وليس ذلك معنى لغويّاً ولا عرفياً للضمان، فإنّ البيع ليس إلاّ المبادلة بين المالين، ولا يخطر الضمان فيه أصلاً، فلا يصح أن يقال: إنّ المنافع غير مضمونة على المشتري، لأنّه ضمن العين، وضمّانها يوجب أن تكون منافعها للضامن.

بل يقال: إنّ المنافع - تبعاً للعين - مملوكة للمشتري، فلا يضمنها، إذ لا معنى لضمان الشخص مال نفسه، وجعل ماله في عهده.

بل يقال: إنّ المنافع غير مضمونة عليه، لعدم ضمانه لها من جهة كونها ماله، فاستوفى مال نفسه، ولا معنى لضمان مال نفسه.

ففي مورد الحديث يقال: منفعة العبد المستوفاة غير مضمونة على المشتري في الزمان المتخلّل بين عقد البيع وبين ردّ العبد لأجل العيب على البائع. وجه عدم الضمان:

أنّ الخراج كمنفعة العبد غير مضمون على المشتري، لأنّ المشتري لم يجعلها في عهده.

(1) مجمع البحرين، ج 6، ص 275

(2) صحاح اللغة، ج 6، ص 2155؛ المصباح المنير، ص 364

وكذا لم يجعلها الشارع في عهده. والمفروض أن ثبوت الخراج على العهدة منوط بصيرورة الخراج في العهدة، وبدون صيرورته في العهدة لا ضمان على من استوفى الخراج.

ففي مورد الحديث يقال: إنَّ المشتري لا يضمن منافع المبيع المعيب ما لم يردَّ المبيع على البائع أخذًا بخيار العيب. وجه عدم ضمانها: أنَّ المشتري لم يجعلها في عهده، لأنَّه استوفاهَا بعنوان كونها مملوكة له بتبعية مملوكية أصل المبيع له. وقاعدة التبعية تقتضي كون المنافع كنفس العين ملكا لمالك العين، ولا معنى لضمان شخص لمال نفسه كما هو الظاهر.

فكأنَّه قيل: الخراج كائن على عهدة من استخرجه بسبب ثبوت عهده عليه. وفي مورد الحديث ليس الخراج - أي المنفعة - على المشتري، لأنَّه لا بدَّ أن تكون عهدة المنفعة على المشتري إذا ضمن وتعهَّد، والمفروض عدم تعهده لبدل المنفعة، فلا ضمان عليه. هذا ما خطر ببالي في معنى هذا الحديث، وليكن هذا أحد المعاني المحتملة فيه، وسيأتي بيانه.

و كيف كان فيحتمل في مفاد جملة: «الخراج بالضمان» وجوه:

الاحتمال الأوَّل: ما استفاده ابن حمزة، حيث استدلَّ به على عدم ضمان المنافع المستوفاة، وقد خرج منه منافع المغصوب، حيث إنَّها مضمونة على الغاصب بصحيح أبي ولاد الآتي إن شاء الله تعالى، فإنَّه يخصَّص النبويَّ المزبور.

وحاصل هذا الاحتمال: أنَّ المراد بالخراج مطلق المنافع الشامل للخراج المصطلح وغيره. ويراد من الضمان المعنى اللغوي أعني به مطلق التعهَّد، سواء أكان أمرا اختياريًا مترتبًا على العقود الصحيحة أو الفاسدة، أم كان أمرا غير اختياريٍّ مترتبًا على الغصب. فالمراد: أنَّ المنافع الحاصلة من الأموال المأخوذة بالعقود الصحيحة

أو الفاسدة، أو المأخوذة غصباً مملوكة للضامن، و أن ضمان العين سبب لملكية المنافع، فتدلّ 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 و المقاسمة. و المراد من كلمة «الضمان» فيه ضمان الأراضي الخراجية بسبب التقبل و الإجارة. و لعلّ هذا أقرب الاحتمالات - كما في تقرير سيدنا الخويي قدس سرّه «1» - و إن لم يذكر في كلمات الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم.

و ملخص هذا الاحتمال: أن المتقبل للأرض الخراجية يملك ما يخرج منها من الغلّة 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 أ كانت اختيارية كالمترتبة على العقود الصحيحة و الفاسدة، أم غير اختيارية 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 بإزاء ضمانه لها، و لازم هذا الضمان عدم ضمان المنافع التي يستوفيهها ضامن العين، سواء أ كان استيفاء المنفعة في حال التملك كالعبد الذي اشتراه، فاستغله، ثمّ رده بالعيب السابق، فإن مقتضاه كون الغلّة للمشتري. أم في غير حال التملك كانتفاع البائع بالمبيع الذي تلف قبل قبض المشتري له، فإنّ المنافع التي استوفها البائع من المبيع تكون له، لأنّ ضمانه عليه بمعنى: أنّه ينتقل

إليه المبيع أنا ما قبل التلف، فيتلف من ماله.

وعلى 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 سندا للقول بعدم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد.

نعم يكون دليلا لأبي حنيفة على عدم ضمان الغاصب لمنافع العين المغصوبة.

الاحتمال الرابع: أن يراد بالضمان خصوص الضمان الاختياري المترتب على العقود الصحيحة الممضاة شرعا كالبيع والإجارة ونحوهما، وبالخراج المنافع المستوفاة. فيكون المعنى: من تقبل العين بعقد صحيح يملك منافعها بالتبع.

وهذا الاحتمال أجنبي عن المدعى، وهو استيفاء منافع المقبوض بالعقد الفاسد، فلا يصح استدلال ابن حمزة قدس سره بالنبوي على هذا الاحتمال.

الاحتمال الخامس: أن يراد بالخراج- كما في الاحتمال الثالث- معناه المصدرى أي الانتفاع بالشيء، فيختص بالمنافع المستوفاة، وبالضمان الضمان المعاملي الاختياري مطلقا ولو لم يمضه الشارع، فيشمل العقود الصحيحة والفسادة. وعلى هذا المعنى يصح استدلال ابن حمزة قدس سره بالنبوي.

لكن لا بد في صحة الاستدلال من كون النبوي ظاهرا في هذا المعنى بحيث يتبادر في أذهان العرف عند إلقاء الكلام إليهم، وهو كما ترى. بل قد عرفت أن الظاهر من لفظ الخراج ما هو المعروف في باب الخراج والمقاسمة، كما في حاشية العلامة الشهيدي قدس سره «1». وأن المراد بالضمان ضمان الأراضي الخراجية بسبب التقبل والإجارة من السلطان العادل أو الجائر. ومن المعلوم أن هذا المعنى أجنبي عما نحن فيه من ضمان المنافع المستوفاة من العين المقبوضة بالعقد الفاسد، هذا.

مضافا إلى: ما في هذا الاحتمال الخامس من الإشكال، إذ لازمه ضمان البائع

(1) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص 221

للمشتري منافع المبيع بالبيع الفاسد إذا استوفاهما قبل تسليمه إلى المشتري.

وأيضاً: لازمه ضمان غاصب المبيع للمشتري إذا استوفى المنافع، إذ المفروض ضمان المشتري للمبيع، فمنافعه له، فإذا غصبه غاصب و استوفى منافعه كان ضامناً للمشتري لا البائع. وهذا من الفساد بمكان من الوضوح. فدعوى القسط بطلان هذا الاحتمال في محلها.

الاحتمال السادس: ما في حاشية المحقق الخراساني قدس سرّه وهو: «أنّ خراج الأرض كمّا وكيفاً على من ضمنها إنّما هو بحسب ضمانها» (1).

الاحتمال السابع: ما خطر ببالي، وهو: أنّ المراد بالضمان معناه العرفي، وهو صيرورة مال الغير في العهدة، والمراد بالخراج إمّا معناه المصدري وهو الانتفاع بالشيء، وإمّا حاصل المعنى المصدري وهو ما يخرج من الشيء ويعدّ منفعة له. وعلى الأوّل يختصّ بالمنافع المستوفاة، وعلى الثاني يكون أعم منها، فيشمل المنافع غير المستوفاة أيضاً.

فمعنى الحديث- والله العالم- أنّ المنافع مطلقاً أو خصوص المستوفاة ثابتة على الشخص بسبب صيرورتها في عهده، كما إذا غصب مال الغير، فإنّ العين و منافعها مضمونة عليه، فبدل المنافع ثابت عليه، لصيرورتها في عهده بسبب الغصب. وهذا المعنى يستفاد من قرينة المورد، وهو شراء العبد المعيب و استيفاء المشتري منافعه و ردّه بعد ظهور العيب، فإنّ البائع طلب من المشتري بدل منافع العبد بقوله:

«يا رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: إنّك قد استغلّ عبيدي، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: إنّ عمله للمشتري، لأنّ الخراج بالضمان».

و حكى أنّ عمر بن عبد العزيز قضى- في عبد اشتراه شخص و استعمله ثم انكشف كونه معيباً فردّه- «بأنّ عمله للبائع» يعني: أنّ المشتري ضامن للمنافع التي استوفاهما من العبد قبل فسخ البيع. ثم قيل لعمر بن عبد العزيز: إنّ روي عن عائشة أنّ مثله وقع في حياة رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم وقال صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الخراج بالضمان».

وبالجملة: فبعد البناء على كون الخراج ظاهرا في مطلق المنافع- الذي هو حاصل المصدر- أو في الانتفاع بالشيء الذي هو المعنى المصدري، وكون الضمان معناه العرفي المتبادر منه حين إطلاقه، وكون الظرف مستقرا، يكون محصل معنى الحديث:

أنّ المنافع ثابتة على الشخص بسبب صيرورتها في عهده وضمّانه، فما لم يتحقق عهدها على شخص لا يحكم بضمّانه لها و خسارتها عليه.

وهذا المعنى ينطبق على مورد الحديث، وهو كون منافع العبد للمشتري، وذلك لأنّ المشتري لم يضمن المنافع أي لم يجعل بدلها في عهده، لأنّه استوفى منافع ماله، ولم يستوفها ضامنا 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: أنّ حديث «الخراج بالضمان» لم يثبت الوثوق بصدوره، ولا يكفي مجرد تشبّه شيخ الطائفة به في ثلاثة موارد، وكذا تشبّه ابن حمزة به وغيرهما ممن عرفت في المقام الأول.

مضافا إلى إجماله وعدم ظهوره فيما ادّعاه ابن حمزة والشيخ قدّس سرّهما، فلا يصحّ التمسك بهذا النبوي لعدم ضمان المنافع التي استوفها قابض العين بالعقد الفاسد.

ثمّ إنّ المحقق النائيني قدّس سرّه- على ما في تقرير بحثه الشريف- استظهر من قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الخراج بالضمان» معنى لا بأس بالتعرّض له، فإنّه- بعد بيان: أنّ مفاد الحديث بمناسبة الحكم والموضوع هو الضمان الجعليّ الفعليّ الممضى شرعا، و بعد دعوى عدم شموله للبيع الفاسد والضمان القهريّ كما في ضمان المغصوب- أفاد ما توضّحه: أنّ الضمان بمعناه المصدري المعبر عنه بالفارسيّة «عهده گرفتن يا قرار دادن چیزی در عهده» يتصوّر على أنحاء:

أحدها: أن يكون جعل شيء في العهدة ببذل عوض في مقابله، كما في العقود المعاوضيّة من البيع ونحوه.

ثانيها: أن يكون هذا الجعل بسبب الشرط من دون بذل عوض في مقابل ما جعله في عهده، كشرط الضمان في عارية غير الذهب والفضة، وفي كلّ 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، لأنّ العقد المعاوضيّ أمّا صحيح وإمّا فاسد. وكذا العقد المشروط بالضمان، أو كان الضمان فيه بالتعبد. فالأقسام أربعة.

وظاهر قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «الخراج بالضمان» هو كون الضمان معاوضيًا وثابتًا 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 بإزائها، فالمبيع مثلاً يبذل بعوض في عهدة المشتري، فبسبب تعهد المشتري لعوض الجميع يبذل له المبيع، فكأنه قيل: الأموال مبدولة بسبب التعهد بعوضها.

فيختصّ الحديث بما إذا كان الضمان ببذل العوض، ولا يشمل الضمان بالشرط كضمان عارية غير الذهب والفضة، ولا بالتعبد كضمان عاريتهما. كما يختصّ بالعقد الصحيح، لوجهين:

الأول: ظهور كلمة «الخراج بالضمان» في كون التعهد بالمبيع مثلاً ببذل الثمن في مقابله هو المنشأ لكون الخراج كالمبيع له. وهذا مختصّ بما إذا كان العقد صحيحاً، لأنّ في العقد الفاسد يكون الضمان بالمثل أو القيمة، لا بالعوض المسمّى في العقد. فضمان العوض اسم لما هو كذلك واقعا. وهو منتف في العقد الفاسد.

الثاني: أنّ منشأ الضمان في العقد الفاسد هو اليد، ولذا يراد بالضمان فيه معناه الاسم المصدريّ، فلو أريد تعميمه للعقد الفاسد لزم إرادة معنى اسم المصدر منه كما فهمه أبو حنيفة. فقاعدة «الخراج بالضمان» بعد اختصاصها بالعقد الصحيح لا تصلح لإثبات عدم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد كما في الوسيلة.

ثمّ إنّ بذل العوض يكون بإزاء الأموال سواء أكانت باقية مع الانتفاع بها كالدار والدكان، أم تالفة كالشبع المترتب على أكل الخبر، فإنّ الغرض منه يستوفى بإعدامه

بالأكل كالعقاقير، فإنّ ترتّب خواصّها و ما هو مناط ماليتها منوط بإعدامها.

وكيف كان فالظاهر من الضمان في الحديث الضمان المعاوضي، بقرينة الباء في «بالضمان» الظاهرة في السببية أو المقابلة، ومقتضاهما السببية والمقابلة من الطرفين، بمعنى: كون تملك المنافع داعيا إلى الضمان والتعهد بالعوض، فلحاظ تملك المنافع علّة غائية للضمان أي بذل العوض، فالمنفعة علّة غائية للبدل، ومتقدمة تصوّرا عليه ومتأخرة عنه في الخارج، كما هو شأن العلّة الغائية، فيصحّ أن يقال: تملك المنافع سبب للضمان، والضمان سبب لكون المنافع له، فالضمان متأخر عن لحاظ تملك المنفعة، كما أنّ وجود المنفعة خارجا متأخر عن الضمان.

فالمتحصل: أنّ الحديث ظاهر في الضمان المعاوضي الصحيح، ولا يشمل العقد الفاسد. كما أنّه لا يشمل الضمان الحاصل بالشرط أو التعبد من دون بذل عوض في مقابله، لكونه خلاف مقتضى الباء من السببية أو المقابلة. فلا يصحّ الاستدلال به على ضمان المنافع المستوفاة من المقبوض بالعقد الفاسد، لما عرفت من ظهوره في الضمان المعاوضي الصحيح، أو إجماله (1).

وقد نوقش في كلام المحقق النائيني قدّس سرّه تارة بإنكار ظهور الخبر في المعنى الأخير وهو منشأ ضمان العين، والداعي إليه تملك المنافع لينحصر بباب البيع.

وجه الإنكار: أنّ الضمان بهذا المعنى لا ينطبق على جعل الثمن مقابل العين وبالعكس، ولا على القرار والعقد، فإنّها ليست ضمانا عرفا و لغة.

و اخرى: بأنّ جعل مبنى استظهار الجعليّ المعاوضيّ ظهور الباء في السببية أو المقابلة، ثم دعوى أن مقتضى السببية أن تكون من الطرفين، مع أنّها لا تقتضي ذلك بلا شبهة، عجيب.

وثالثة: بأنّ حمل السبب على العلّة الغائية خلاف ظاهر آخر.

(1) منية الطالب، ج 1، ص 133

ورابعة: بأنّ المقابلة من الطرفين لا محصّل لها.

والكلّ كما ترى، إذ في الأولى: أنّ الضمان المعاوضيّ وإن لم يكن ضمانا عرفا و لغة، إلا أنّ قرينة مورد النبويّ - وهو شراء العبد المعيب - توجب الحمل عليه، وإلا امتنع تطبيقه على المورد.

وفي الثانية: أنّ الاستظهار المزبور خارج عن طريقة أبناء المحاورّة بعد البناء على ظهور الباء في السببيّة والمقابلة.

وأما الاستعجاب من أن تكون قضية السببيّة من الطرفين، ففيه: أنّ المراد بالسبب في المعاملات هو الداعي إلى إنشاء المعاملة، و من المعلوم أنّه موجود في الطرفين، فإنّ الداعي للمشتري إلى شراء الكتاب مثلا - هو الانتفاع به، و الداعي للبائع إلى بيع الكتاب هو انتفاعه بالثمن.

و منه يظهر ما في المناقشة الثالثة من الإشكال، إذ لحاظ احتياج كلّ من المتعاقدين علة غائيّة لإنشاء المعاملة، بحيث لولاه لم يقدمها عليها. فحمل السبب على العلة الغائيّة ليس على خلاف الظاهر و ليس مخالفا لطريقتهم، فإنّ السببيّة مساوقة للعليّة.

وفي الرابعة: أنّ المقابلة من المتضائفات، فلا يتّصف شيء بالمقابلة إلا مع اتّصاف غيره بها، كالأبوة و البنوة و الاخوة وغيرها. فيتّصف كلّ من العوضين بالمقابلة. و كيف يمكن أن يكون الثمن مقابلا للمبيع و لا يكون المبيع مقابلا للثمن؟

فالمحصّل: أنّ الاستظهار المنسوب الى المحقّق النائيني - بقرينة الباء و كذا مورد الرواية من بيع العبد و الجارية المعيين - في محله. لكنّه متّجه في المتن الذي يشتمل على الموردين المزبورين. و أمّا المتن الخالي عنهما فإثبات ظهوره في الضمان المعاوضيّ الصحيح مشكل جدا.

و على كلّ حال لا يصحّ الاستدلال بالنبويّ المذكور لنفي ضمان المنافع المستوفاة من المقبوض بالعقد الفاسد بعد الغصّ عن ضعف سنده، إمّا لإجماله، و إمّا لظهوره في العقد المعاوضيّ الصحيح الذي هو أجنبي عن المقام.

وَأَمَّا الْمَنْفَعَةُ الْفَاتِنَةُ [1] بِغَيْرِ اسْتِيفَاءٍ (1)

ب: ضمان المنفعة الفاتنة

(1) هذا شروع في المقام الثاني ممّا تعرّض له في الأمر الثالث المنعقد لبيان حكم منافع المقبوض بالبيع الفاسد، وقد تمّ الكلام في المقام الأوّل وهو ضمان المنافع المستوفاة خلافاً لابن حمزة منّا. والمراد بالمنفعة الفاتنة هي المقابلة للمستوفاة، سواء أكانت عينا- كنفس المبيع- كثمرة الشجرة المبيعة فاسداً، ولبن الشاة كذلك وصوفها، أم كانت حيثيّة متصرّمة الوجود قائمة بالعين، وهي المعبر عنها بالمنافع

[1] قد يقال: إنّ المنافع الفاتنة هي الحكميّة. وأمّا المنافع العينيّة المتصلة كالسمن، والمنفصلة كالصوف واللبن ونحوهما فلا إشكال في ضمانها، لصدق المال عليها، وصدق الأخذ بمعنى الاستيلاء عليها، فيشمّلها الموصول في «ما أخذت» وعليه فمصّب الأقوال في المنافع غير المستوفاة هي الحكميّة.

لكنّه ممنوع، لما سيأتي في المتن من استدلال المصنّف قدّس سرّه على عدم ضمان المنافع الفاتنة بإخبار الجارية المسروقة التي حكم الإمام عليه السّلام فيها بضمان خصوص النماء المستوفي كاللبن والولد والخدمة، دون ما فات منها، حيث إن مقتضى المقابلة عدم ضمان اللبن لو لم ينتفع به، كما إذا استأجر مرضعة للولد ولم يرتضع منها، فذهب لبنيها هدرًا.

مضافاً إلى: التصريح بالأعميّة في بعض الكلمات كقول العلامة قدّس سرّه: «ويضمّنه وما يتجدّد من منافعه، الأعيان أو غيرها، .. إلخ» (1).

وعليه فلم يتّضح وجه اختصاص المنفعة الفاتنة بالحكميّة، مع عموم المدعى والدليل، فلاحظ.

(1) قواعد الأحكام، ص 81، السطر 27، (الطبعة الحجرية) ونحوه تصريح المحقق في منافع المغصوب، وإطلاقه في منافع المبيع فاسداً، فراجع شرائع الإسلام، ج 3، ص 244 و 245

فالمشهور فيها (1) أيضا (2) الضمان. وقد عرفت (3) عبارة السرائر المتقدمة.

الحكمية كسكنى الدار والأعمال المحترمة المملوكة كخدمة العبد.

وكيف كان فقد أفاد المصنّف قدّس سرّه أنّ الأقوال في حكم المنافع الفاتئة خمسة:

أولها: الضمان، وهو المشهور، بل المدعى عليه الإجماع.

ثانيها: العدم وهو الظاهر من فخر المحققين قدّس سرّه.

ثالثها: التفصيل بين علم البائع بالفساد وجهله به، بالضمان في الثاني وبالعدم في الأول.

رابعها: التوقّف في صورة علم البائع بالفساد، والضمان في صورة الجهل.

خامسها: التوقّف عن الحكم بالضمان، وبعده مطلقا سواء علم البائع بالبطلان أم لم يعلم.

واضطربت كلمات المصنّف في المسألة، فاختر القول الأول في بدء كلامه، واستدلّ له بوجهين، ثم ناقش فيهما، ثم رجّح القول الثاني لوجوه ثلاثة تقتضي عدم الضمان، ثم جعل التوقّف هو الإنصاف في المسألة، ثم رجّح في آخر كلامه القول الأول وهو الضمان مطلقا. وستأتي الوجوه بالترتيب إن شاء الله تعالى.

(1) أي: في المنفعة الفاتئة، وهذا شروع في القول الأول في المسألة.

(2) يعني: كالمنافع المستوفاة التي تقدّم أنّ المشهور فيها هو الضمان.

(3) يعني: في أول بحث المقبوض بالبيع الفاسد، حيث قال: «وفي السرائر: أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب» و غرض المصنّف من الإشارة إلى كلام ابن إدريس قدّس سرّه هو استفادة الإجماع المنقول على ضمان المنافع الفاتئة في المقبوض بالبيع الفاسد. وذلك لمساواته للمغصوب في ما عدا حرمة الإمساك، ولما كانت المنافع الفاتئة مضمونة في باب الغصب فهي كذلك في المقام.

وعلى هذا فالمدعى وإن كان شهرة القول بالضمان في المنفعة غير المستوفاة، إلا أنّ من يعتمد على الإجماع المنقول بخبر الواحد يلزمه الأخذ به، ولا سبيل له إلى القول بعدم الضمان أو التوقّف فيه.

ولعلّه (1) لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضة في يده،

(1) أي: ولعلّ الضمان، وهذا استدلال للقول المشهور، والمذكور منه في المتن وجهان:

الوجه الأول: قاعدة اليد، فإنّها كما تجري في الأعيان وتثبت ضمانها، كذلك تجري في المنافع، وذلك لأمرين مسلمين:

أحدهما: أنّ المنافع أموال حقيقة، لما تقدّم في أول بحث البيع من جواز كون الثمن منفعة، مع أنّه تعتبر ماليّة العوضين، لوضوح كون البيع مبادلة مال بمال.

ثانيهما: أنّ المناط في ضمان العين - وهو قبضها والاستيلاء عليها - متحقق في المنافع أيضاً، حيث إنّها مقبوضة بقبض العين. والدليل على صدق «القبض» على المنفعة ما ذكره في مسألتين:

الأولى: أنّ الإجارة هي «تمليك منفعة بعوض» فيجب على المورج تسليم المنفعة إلى المستأجر وفاء بالعقد، ومن المعلوم أنّ قبضها يكون بقبض العين، فإذا أقبض المورج داره للمستأجر فقد أقبضه سكنها. ولو لم تكن المنافع قابلة لوقوعها تحت اليد لم يكن مجرد تسلّم المستأجر للدار استيلاء على سكنها. مع أنّه لا ريب في دخول المنفعة في ضمان المستأجر، وثبوت الأجرة عليه بنفس تسلّطه على العين.

وهذا كاشف عن قابلية المنافع للقبض كالأعيان.

الثانية: أنّهم اعتبروا في بيع السّلم قبض الثمن في مجلس العقد، وجوّزوا وقوع المنافع المملوكة ثمناً - كسكنى الدار وخدمة العبد و الجارية - كما إذا باع طناً من الحنطة سلفاً وجعل المشتري خدمة الجارية سنة عوضاً عنه، فحكموا بصحته، وأنّ تسليم الجارية - لينتفع البائع بخدمتها - تسلّم للثمن حقيقة. وهذا كاشف عن قابلية المنافع للقبض والوقوع تحت اليد، ولو لا بالاستقلال بل بتبع الأعيان. ولو اختصّ القبض والاستيلاء بالأعيان الخارجيّة لزم بطلان عقد السّلم في الفرض المزبور، مع أنّ ظاهرهم صحته بلا ريب.

و لذا (1) يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر (2). و يتحقق (3) قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا، وكذا (4) الدار المجعول سكنها ثمنا.

مضافا (5) إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم، إذ كونه في يد غير مالكة

وبهذا يتجه الاستدلال بحديث «على اليد» على ضمان المنافع مطلقا سواء استوفيت أم فاتت. هذا تقريب الدليل الأول، وسيأتي تقريب الدليل الثاني وهو قاعدة الاحترام.

(1) يعني: ولأجل كون المنافع أموالا- في يد من بيده العين يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين. وغرضه قدس سره الاستشهاد بما ذكره الفقهاء في المسألتين المتقدمتين آنفا.

(2) هذا إشارة إلى المسألة الأولى، فإن المنفعة في باب الإجارة تكون كالبيع، فكما يكون المبيع في ضمان البائع قبل إقباضه للمشتري، فكذا المنفعة تكون في ضمان الموجر قبل تسليم العين إلى المستأجر. وأما بعد التسليم فتدخل في ضمانه، ولو تلفت ولم يستوفها فقد تلفت من ماله لا من مال الموجر. والغرض من هذا الفرع صدق قبض المنفعة بقبض العين.

(3) هذا إشارة إلى المسألة الثانية، وهي جعل المنفعة المملوكة ثمنا في بيع السلم، سواء أكانت سكنى دار أم كتابة عبد أم خدمة جارية، فيتحقق قبض الثمن فيها بقبض الجارية أو العبد أو الدار. ولو كانت «اليد» مختصة بالأعيان أشكال جواز وقوع هذه المنافع ثمنا في بيع السلم.

(4) معطوف على «الجارية» يعني: يتحقق قبض الثمن بقبض الدار المجعول سكنها ثمنا في السلم. والجامع بين منفعة الدار وخدمة الجارية هو كونهما حيثيتين قائمتين بالعين وهي الدار والجارية.

(5) هذا إشارة إلى الدليل الثاني على ضمان المنافع الفائتة في المقبوض بالبيع

مدّة طويلة (1) من غير اجرة مناف (2) للاحترام.

لكن يشكل الحكم (3)- بعد تسليم كون المنافع أموالاً

الفاسد، و هو قاعدة احترام مال المسلم. و تقربها- بعد صدق المال على المنفعة- أنّ احترام المسلم و شرفه يقتضيان حرمة التصرف في ماله بدون إذنه، و حرمة حبسه عن مالكه مدّة طويلة من غير اجرة في قبال منافعه، سواء استوفى ذلك الغير منفعتة أم لا. و عليه فاحترام ماله يقتضي ضمان بدل ما تلف منه أو فات بيد الغير، فلا احترام لماله بدون الضمان.

(1) الظاهر أنّه لا خصوصيّة لطول المدّة، إذ المناط في الضمان فوت المنفعة التي يبذل بإزائها المال، و لعلّ ذكرها من جهة الترييد في صدق «فوت المال» على فوات المنفعة في مدّة قصيرة، كإشغال دار الغير ساعة أو أقلّ.

(2) خبر قوله: «كونه».

(3) 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 اليديّ. فيحتمل اختصاصه بالأعيان المتموّلّة، و يكفي في شبهة شمول المال للمنافع كلام ابن الأثير المنقول في اللسان: «المال في الأصل ما يملك من الذهب و الفضة، ثم أطلق على كلّ ما يقتني و يملك من الأعيان، و أكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل، لأنّها كانت أكثر أموالهم» (1) لظهور قوله: «من الأعيان» في عدم ماليّة المنافع و الحقوق.

و عليه فالمنافع خارجة عن حديث «على اليد» موضوعاً، و لا بدّ من التماس دليل آخر على ضمانها.

ثانيهما: أنّ مجرد صدق «المال» على المنفعة لا يكفي في الضمان ما لم تندرج تحت

(1) لسان العرب، ج 11، ص 636

عموم قاعدة «على اليد» والمفروض عدم اندارجها تحته، لأنّ صلة الموصول في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «ما أخذت» لا تشمل المنافع، لظهوره في كون المأخوذ باليد قابلاً - بنفسه - للردّ والأداء، ولا يكون ذلك إلاّ عينا، فإنّها تؤخذ وتردّ. بخلاف المنفعة، لكونها حيثية قائمة بالعين، وليست بنفسها قابلة للأخذ والردّ، هذا.

فإن قلت: قد تقدّم في مسألتي الإجارة وبيع السّلم تحقق قبض المنفعة بقبض العين، ومعه لا وجه لمنع شمول الصلة - وهي «أخذت» - للمنفعة، ودعوى اختصاصها بالأعيان. فإمّا أن يقال: بصدق الأخذ على المنفعة بتبع وضع اليد على العين، ومقتضاه دلالة الحديث على ضمان المنافع حتى الفاتئة منها. وإمّا أن يقال: بأنّ ما يقبل الأخذ والقبض هو خصوص العين، ومقتضاه الإشكال في المسألتين المتقدّمتين، لأنّ الكلّ من باب واحد، هذا.

قلت: إنّ المنفعة تحصل في اليد وتقبض بقبض العين، ولذا يصحّ وقوعها ثمنا في بيع السّلم، ويتحقّق قبضها بتسليم العين ذات المنفعة، ولكن لا يصدق «أخذ المنفعة» عند وضع اليد على العين، فالأخذ أضيق مفهوما من القبض، لأعمّيته، لصدقه على كلّ من المقبوض استقلاّ، والمقبوض تبعا. بخلاف الأخذ الظاهر في المأخوذ بالأصالة.

وبهذا ظهر الفرق بين المسألتين وبين المنافع الفاتئة، لعدم صدق «الأخذ» عليها حتى تندرج في حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

فإن قيل: لا وجه لاختصاص صلة الموصول - وهي: أخذت - بالأعيان التي تتناولها الجارحة الخاصّة، وإلاّ يلزم عدم شمول الحديث لوضع اليد على الأموال غير المنقولة كالسّاتين والدور والدكاكين، مع أنّه لا ريب في تحقق وضع اليد بمجرد الاستيلاء عليها. وهذا يكشف عن عدم إرادة معنى «الأخذ» حقيقة، وإنّما هو كناية عن مطلق الاستيلاء. وبناء على هذا المعنى الكنائي نقول بصدق الاستيلاء على كلّ من العين والمنفعة، ويتعيّن حينئذ الحكم بضمنان المنافع الفاتئة كالمستوفاة، هذا.

حقيقة (1) - بأن (2) مجرد ذلك (3) لا يكفي في تحقق الضمان، إلا (4) أن يندرج في عموم

قلنا: لا ريب في صدق «الأخذ» على الاستيلاء على الأعيان غير المنقولة كالدار والبستان، لكنّه لا يوجب شموله للمنفعة أيضا، وذلك فإنّ الأخذ وإن كان كناية عن الاستيلاء، إلا أنّ الاستيلاء الحقيقيّ على شيء يقتضي أن يكون المستولي عليه موجودا حقيقيا قارّا، سواء أكان الاستيلاء عليه باليد كالمفتاح والكتاب ونحوهما ممّا يتناول بالجارحة الخاصة، أم بالتصرّف فيه بالجلوس والمشي وسائر أنحاء التقلّب.

وأما المنفعة التي لا وجود لها بالفعل حين الاستيلاء على العين - بل إمّا توجد تدريجا على تقدير الاستيفاء، وإمّا لا توجد أصلا على تقدير الفوات - فلا وجه للتكلّف في صدق «الاستيلاء» عليها بمجرد الاستيلاء على العين، لما عرفت من أنّها معدومة فعلا، فكيف يستولي عليها؟.

والحاصل: أنّ حديث «على اليد» لا يشمل المنافع الفاتئة، لمنع صدق الموصول عليها، فالاستدلال به على ضمانها مشكل. وستأتي المناقشة في الاستدلال بقاعدة الاحترام.

(1) هذا إشارة إلى أول الإشكالين على الاستدلال بقاعدة اليد. ومقصوده بقوله: «حقيقة» أنّ المناط في شمول القاعدة للمنافع هو صدق «المال» بمعناه الحقيقيّ عليها، وإلا فلا عبرة بعدها من الأموال بالمسامحة والعناية كما هو واضح.

(2) هذا هو الإشكال الثاني على الاستدلال بقاعدة اليد، وقد عرفته آنفا.

(3) أي: مجرد كون المنافع أموالا حقيقة لا يكفي في ضمان المنافع الفاتئة.

(4) متعلّق بقوله: «لا يكفي» وهذا تمهيد لبيان عدم شمول الصلّة للمنافع، لعدم قابليتها للأخذ.

«على اليد ما أخذت». و لا إشكال (1) في عدم شمول صلة الموصول للمنافع.

و حصولها (2) في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ [1].

(1) يعني: و الحال أنه لا إشكال في عدم شمول «أخذت» للمنافع، لما عرفت آنفا.

(2) مبتدأ خبره «لا يوجب» و غرض المصنّف من هذا بيان الفارق بين المنافع الفاتئة و بين مسألتي الإجارة و ثمن بيع السّلم، بصدق قبض المنفعة فيهما بقبض العين، دون المقام، حيث إنّ دليل الضمان هو حديث اليد المشتمل على مادّة «الأخذ» و هي غير صادقة على المنفعة. و قد تقدم توضيح المطلب بقولنا: «فان قلت .. قلت» فلاحظ.

[1] لم يظهر الفرق بين قبض المنافع في الإجارة و أخذها هنا، لأنّ الأخذ و الحصول في اليد المعبرّ عنه بالقبض متقاربان، بل هما بمعنى، ففي اللسان: «أخذت الشيء آخذه أخذا: تناولته» (1) و قال في القبض: «قبضت الشيء قبضا: أخذته .. و القبض: تناول للشيء بيدك ملامسة» (2).

و عليه فلم يتّضح الفرق بين القبض و الأخذ حتى يصدق الأول على المنفعة و لو بتبع الاستيلاء على العين، دون الثاني.

و توجيه المطلب بما في حاشية سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه من «أنّ الأخذ إذا أخذ موضوعا لحكم شرعي لا يكفي في تحقّقه القبض بالتبع تشبّثا بإطلاق: ما أخذت» (3) لا يخلو عن غموض أيضا إذا لو كان القبض التبعي مسامحيا أشكل صدق القبض في بابي الإجارة و السّلم أيضا، لعدم العبرة بالمسامحات العرفية في مقام التطبيق. و لو كان القبض التبعي حقيقيا لزم صدقه على المنفعة في المقام، بعد ترادف الأخذ و القبض لغة، فالفرق بينهما غير متّضح، هذا.

(1) لسان العرب، ج 3، ص 472

(2) لسان العرب، ج 7، ص 214

(3) نهج الفقاهة، ص 136

و دعوى (1) «أنه كناية عن مطلق (2) الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان» مشكلة.

وأما احترام مال المسلم فإنما (3) يقتضي عدم حلّ التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنّما يتحقّق ذلك (4) في الاستيلاء.

(1) غرض المدّعي إثبات شمول الحديث للمنفعة مع الغصّ عن صدق قبضها بقبض العين، بل لأنّ «الأخذ» هنا بمعنى الاستيلاء كناية، و من المعلوم صدق الاستيلاء عرفاً على كلّ من العين و المنفعة.

وقد منع المصنّف قدّس سرّه هذه الدعوى بقوله: «مشكلة» و تقدم توضيحهما بقولنا:

«فان قيل .. قلنا».

(2) هذه الكلمة قرينة على أنّ «الأخذ» وإن كان بمعنى الاستيلاء في الجملة حتى يتحقّق ذلك بالنسبة إلى ما لا ينقل من الأموال، إلاّ أنّه لا- موجب للتوسعة في معناه بجعل الأخذ كناية عن مطلق الاستيلاء كي تندرج المنافع في الحديث، لكون هذا المفهوم العامّ خلاف الظاهر، فلا يصار إليه بلا قرينة.

(3) هذا إشكال المصنّف على الاستدلال بقاعدة الاحترام لضمان المنافع الفائتة، و حاصل الاشكال: أنّ ظاهر القاعدة ضمان المنافع المستوفاة، لأنّ الإتلاف عبارة عن إعدام الموجود، و هو لا يتحقّق إلّا في استيلاء المنافع وإتلاف الأعيان، فيقال: إنّ حرمة مال المسلم تقتضي ضمان من أتلّفه لئلاّ يذهب هدرا، كما أنّ دمه لا يذهب هدرا، و من المعلوم أجنبيّة هذا المعنى عن ضمان المنافع الفائتة، فإنّها تالفة لا متلفة حتى يلزم تداركها ببدلها.

وقد تحصّل: أنّه لا مقتضى للقول المشهور من ضمان المنفعة الفائتة في المبيع بالبيع الفاسد، لما عرفت من الخدشة في الدليلين، و هما قاعدتا اليد و الاحترام.

(4) أي: إنّما يتحقّق التصرف فيه وإتلافه فيما إذا استوفى المنفعة، و هذا خارج عن محلّ البحث و هو المنفعة الفائتة.

فالحكم (1) بعدم الضمان مطلقا (2) كما عن الإيضاح، أو مع علم البائع بالفساد، كما عن بعض آخر (3) موافق (4) للأصل (5) السليم.

مضافا إلى: أنه قد يدعى (6) شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

(1) غرضه قدس سره- بعد إبطال المقتضي للضمان- إبداء المقتضي لعدم الضمان وفاقا 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.

(2) أي: مع علم البائع بالفساد و جهله به، فالإطلاق في قبال تفصيل بعض بين صورتي العلم و الجهل.

(3) لعل مراده من البعض هو العلامة في القواعد، حيث استشكل في ضمان المنافع الفاتئة. فقال: «و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، و يضمه و ما يتجدد من منافعه، الأعيان أو غيرها، مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، و بدونه إشكال» (1) بناء على ما فهمه المحقق الكركي من العبارة من جعل مورد الاشكال علم البائع بالفساد و عدم استيفاء المشتري للمنفعة، فراجع.

(4) خبر قوله: «فالحكم».

(5) و هو أصالة البراءة عن الضمان عند فوت المنفعة بيد المشتري، و لا معارض لهذا الأصل من دليل اجتهادي أو أصل عملي.

(6) هذا وجه آخر استدل به بعضهم على عدم ضمان المنفعة الفاتئة في المقبوض بالبيع الفاسد، و هو مبني على اختصاص قاعدة «ما يضمن و ما لا يضمن» بمصّب العقد و مورده، على ما سبق من المصنّف قدس سره التنبيه عليه، و فرّع عليه عدم ضمان العين

(1) قواعد الأحكام، ص 81، السطر 27 (الطبعة الحجرية).

ص: 260

بفاسده» و من المعلوم (1) أنّ صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة، لأنّها (2) له مجاناً. ولا يتقسّط (3) الثمن عليها. و ضمانها (4) مع الاستيفاء لأجل الإتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة، لأنّها (5) بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف.

المستأجرة بالإجارة الفاسدة، بدعوى: أنّ متعلّق المعاوضة فيها هو المنفعة، فتندرج العين في قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

وكذا يقال في المقام: بأنّ صحيح البيع لا يوجب ضمان المشتري للمنفعة، حيث إنّ الضمان المعاوضيّ يقع بين المبيع و الثمن، و منافع المبيع ليست طرفاً للمعاوضة و لا تقابل بشيء من الثمن، فلا تضمن لو تلفت و فادت. كما أنّ العين المستأجرة لا تضمن لو تلفت بيد المستأجر.

نعم إتلاف العين و استيفاء المنفعة يوجب الضمان، لقاعدة الإتلاف، و هذا لا ينافي قاعدة «ما لا يضمن» المختصة بمورد التلف، لا الإتلاف كما لا يخفى.

(1) هذا تقريب شمول قاعدة «ما لا يضمن» للمنفعة الفاتية، و قد عرفته آنفاً.

(2) يعني: لأنّ المنفعة تكون للمشتري مجاناً، لكون تمام الثمن بإزاء نفس العين.

(3) 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 استوفيت أم فادت.

(4) مبتدأ خبره «لأجل» و غرضه دفع توهم المنافاة بين نفي الضمان للمنافع بقاعدة «ما لا يضمن» و بين الالتزام بالضمان في استيفائها، و قد عرفت تقريبه بقولنا:

«نعم إتلاف العين ..».

(5) يعني: لأنّ قاعدة «ما لا يضمن» نافية للضمان في مورد التلف، و لا تتعرّض لحال الإتلاف أصلاً حتى يتحقق التنافي بينها و بين ما يوجب الضمان كالإتلاف و الاستيفاء.

(1) هذا ثالث الوجوه المستدل بها على عدم ضمان المنافع الفائتة، ومحصله:

استفادة 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.

أمّا الأول فبيانه: أنه قد ورد في جملة من الأخبار سؤال الراوي عن حكم جارية مسروقة بيعت، فاستولدها المشتري وانتفع بلبنها وخدمتها، فحكم عليه السّلام بضمّان قيمة الولد واللبن و اجرة مثل خدمتها من طبخ و كس و طحن ونحوها من المنافع التي استوفاهها المشتري في المدّة التي مكثت عنده، كقوله عليه السّلام- كما في خبر زرارة-: «ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها» «1» و سكت عليه السّلام عن ضمان منافعها الفائتة، مع كون السائل بصدد استعلام وظيفته الفعلية و ما تشغل عهده به، و من المعلوم أنّ السكوت في مقام البيان بيان العدم.

فإن قلت: إنّ كون هذه الأخبار ناظرة إلى المنفعة الفائتة حتى يستفاد عدم ضمانها من السكوت محلّ تأمل، لأنّه عليه السّلام اقتصر على بيان ضمان قيمة الولد و المنافع المستوفاة، و لم يفرض فوت بعض منافع الجارية حتى يتحقق موضوع للكبرى المقررة، وهي: أنّ السكوت في مقام البيان بيان العدم.

قلت: ليس كذلك، لأنّ مورد السؤال منزل على المتعارف، و لا ريب في أنّ للجارية منافع يستوفى بعضها و يفوت بعضها الآخر، و ليست تستخدم بمثابة لا يفوت شيء من منافعها. و لو شكّ كفى استفادة الإطلاق من ترك الاستفصال،

(1) وسائل الشريعة، ج 14، ص 592، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 4، و قد تقدم في ص 49 و 50 نقل بعض هذه الأخبار، فراجع.

إذ لم يسأل عليه السلام عن أنّ المشتري هل استخدمها في تمام منافعها أم في مقدار منها؟

وعليه ففوت المنفعة مفروض في الرواية، ويتّجه الاستدلال بسكوته عليه السلام عن ضمان المنافع الفاتئة، واقتصاره على ضمان المستوفاة.

وأما الأمر الثاني - وهو الأولوية - فتقريبه: أنّ الأخبار الواردة في بيع الجارية المسروقة لم تضمّن المشتري عوض المنفعة الفاتئة، مع كون موردها شراءها من الغاصب الأجنبي عن المالك، وكون مقتضى أخذ الغاصب بأشقّ الأحوال هو ضمان المشتري للمنفعة الفاتئة أيضا ليرجع على الغاصب من جهة غروره. فإذا كان البائع مالكا للجارية كان عدم ضمان المشتري أولى قطعا، لأنّ المالك أقدم على البيع و تسليمها إلى المشتري.

هذا تمام الكلام في تقريب دلالة هذه الطائفة على انتفاء الضمان في المنفعة الفاتئة. وكذا الكلام في رواية أخرى وهي صحيحة محمّد بن قيس الآتية.

(1) صفة ل «الأخبار» وهذا إشارة إلى الكبرى المقررة في الأصول من: أنّ السكوت في جواب السؤال عن الوظيفة الفعلية دليل على عدم الحكم، ففي المقام لو كان المشتري ضامنا لبيته الإمام عليه السلام، لئلا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، مع عدم حكمة ظاهرة في تأخيره.

(2) أي: غير المنافع المستوفاة، وهذا الغير هو المنافع الفاتئة.

[1] قد يقال: إنّ تلك الأخبار ليست في مقام بيان حكم المنافع من حيث الضمان وعدمه، والتعرّض لدفع قيمة الولد إلى مالك الجارية إنّما هو لدفع توهم رقيّة الولد وكونه ملكا لمالك الجارية، لأنّه نماء ملكه. ولو كانت في مقام بيان حكم المنافع فلا بدّ من بيان ضمان المنافع المستوفاة التي هي مضمونة على مستوفيها قطعا، ومن المعلوم عدم التعرّض لها مع استيفائها عادة، كخدمة الجارية في المدّة التي كانت عند المشتري.

و كذا (1) صحيحة محمد بن قيس الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه،

(1) معطوف على «الأخبار» و مقصوده أنّ الأمرين المتقدمين في تلك الأخبار- من السكوت و الأولوية- جاريان في صحيحة محمد بن قيس أيضا، فالتقريب مشترك بينهما.

أمّا الصحيحة فقد رواها شيخ الطائفة بإسناده عن علي بن الحسن بن فضال، عن سندی بن محمد و عبد الرحمن بن أبي نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل، فولدت منه غلاما، ثم قدم 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» (1).

و سيأتي الكلام في مفاد الصحيحة في بيع الفضول إن شاء الله تعالى. إلا أنّ

لكن فيه: أنّ أخبار الباب متعدّدة، و قد صرّح في بعضها بضمان خدمتها. كما أدرجناه في التوضيح، و معه لا مجال لدعوى اختصاص القيمة بالولد لأجل دفع توهم رقية الولد و كونه ملكا لسيده الجارية، فلاحظ.

و لم يظهر من المتن اعتماد المصنّف قدس سرّه على خصوص الرواية المتضمّنة لقيمة الولد حتى يتّجه ما ذكر، بل مقصوده الاستدلال بمجموعها، و قد عرفت اشتغال بعضها على ضمان ما أصاب من خدمتها، و هو المنفعة المستوفاة، فيبقى مجال استفادة عدم ضمان المنفعة الفائتة من السكوت.

(1) وسائل الشيعة، ج 14، ص 591، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث: 1، و رواه ثقة الإسلام بسنده، و فيه «قضى أمير المؤمنين عليه السلام».

ص: 264

فقال عليه السّلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها» و سكت عن المنافع الفاتئة. فإنّ (1) عدم الضمان في هذه الموارد (2)- مع كون العين لغير البائع (3)- يوجب عدم الضمان هنا (4) بطريق أولى.

و الانصاف أنّ للتوقّف في المسألة- كما في المسالك تبعا للدروس و التنقيح (5)- مجالا.

المقصود من نقلها فعلا دلالتها على عدم ضمان ما فات من الجارية المبعة بغير إذن مالكيها. فإنّه عليه السّلام قضى أولا للمالك بأخذ الجارية من المشتري، وكذا ولدها الذي هو منفعتها، ولم يضمّن المشتري ما فات من منفعتها في المدّة التي كانت عنده. و حيث إنّ الصحيحة في مقام بيان الوظيفة الفعلية كان اقتصراره على ضمان قيمة الولد دليلا على عدم استقرار عوض المنفعة الفاتئة على عهدة المشتري. هذا تقريب أصل الدلالة.

و أمّا أولوية المقام- و هو البيع الفاسد مع إقدام المالك على البيع- فقد تقدّمت آنفا.

(1) هذا تقريب الأولوية، و أمّا الدلالة على عدم ضمان المنفعة الفاتئة فمنشؤها السكوت.

(2) يعني: مورد الصحيحة و موارد بيع الجارية المسروقة، لظهورها في تعدّد الواقعة، لأنّ المسؤول في بعض الأخبار أبو جعفر عليه السّلام، و في بعضها أبو عبد الله عليه السّلام.

(3) يعني: ليس المبيع ملكا للبائع، إذ البائع فضول، إمّا غاصب كما في الجارية المسروقة، و إمّا غير غاصب كما في صحيحة محمد بن قيس.

(4) أي: في المقبوض بالبيع الفاسد، إذ قد ينشأ الفساد من اختلال بعض شروط الصيغة خاصّة، مع اجتماع شروط العوضين و المتعاقدين، بأن يكونا مالكيين أو مأذونين في التصرف. هذا تمام الكلام في وجه عدم الضمان و سيأتي التوقّف في المسألة.

(5) قال الفاضل المقداد قدس سرّه: «و أمّا مع الفوات فوجهان، من أصالة البراءة، و من أنّها منافع عين مضمونة فتضمن» «1».

(1) التنقيح الرائع، ج 2، ص 32

ص: 265

وربما (1) يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الاشكال و التوقف بصورة علم البائع، على ما استظهره السيد العميد و المحقق الثاني من عبارة الكتاب (2)،

وقال الشهيد قدس سره في حكم البيع الفاسد: «و يرجع صاحب العين بمنافعها المستوفاة، فلو فاتت بغير استيفاء فوجهان» (1).

وقال الشهيد الثاني قدس سره: «و لو فاتت بغير استيفاء فوجهان» (2).

ولكنه في موضع آخر من البيع رجح الضمان فقال: «و كما تضمن العين تضمن منافعها؛ سواء استوفاه أم لا، على الأقوى» (3).

و كيف كان فقد جعل المصنّف قدس سره هنا- وفي عبارته الآتية قريبا- التوقف مقتضى الإنصاف في المسألة، و لعله لأجل تمنع وجهي الضمان و عدمه لو تمّ المقتضي في كلّ منهما، بعد عدم ترجيح أحدهما على الآخر. لكنه قدس سره عدل عن هذا الإنصاف إلى القول المشهور و هو الضمان اعتمادا على الإجماع المصرّح به في التذكرة، و سيأتي.

(1) غرضه قدس سره من هذه العبارة- إلى عدّ الأقوال في المسألة- هو: أنّ الأقوال في ضمان المنافع الفاتئة أربعة، إلا أنّ اختلاف شرّاح القواعد في الاستظهار من العبارة جعلها خمسة، ففخر المحققين قدس سره جعل مصبّ إشكال العلامة في ضمانها أعمّ من علم البائع بالفساد و جهله به، و لكنّ المحقق الثاني و السيد العميد استظهرا من عبارة القواعد اختصاص التوقف في ضمان المنافع الفاتئة بما إذا علم البائع بالفساد، فلو كان جاهلا به كان ضامنا لها.

(2) يعني: عبارة كتاب القواعد، و هي قول العلامة المتقدم في (ص 260) وفيه:

«و بدونه إشكال» فإن كان مرجع ضمير «بدونه» الاستيفاء، اتجه ما استظهره

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 194

(2) مسالك الأفهام، ج 3، ص 154

(3) المصدر، ص 174

ص: 266

و عن الفخر (1) حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء.

فيتحصّل (2) من ذلك كلّ أنّ الأقوال في ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة.

فخر المحقّقين من التوقّف في ضمان المنافع الفاتئة مطلقا سواء علم البائع بالبطلان أم جهل به.

و إن كان مرجع الضمير الاستيفاء مع قيد «علمه» أتجه ما استظهره المحقّق الثاني، إذ المعنى حينئذ: «أنّه مع علم البائع بالفساد إذا فاتت المنفعة ففي الضمان إشكال و توقّف» فيتألّف موضوع توقّف العلامة من أمرين: أحدهما علم البائع بالبطلان، و الآخر عدم استيفاء المشتري للمنفعة.

قال المحقّق الثاني في ضمان المنافع: «فلا تفاوت في كون المتجدّد في البيع عينا كالولد أو منفعة كسكنى الدار، و لا في كون البائع عالما بالفساد و جاهلا، 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» (1).

(1) الحاكي لكلام فخر المحقّقين هو السيّد الفقيه العاملي قدّس سرّهما، قال في الإيضاح- في شرح عبارة القواعد المتقدمة: «و بدونه إشكال»- ما لفظه: «ينشأ من تبعيّة الأصل، و لأنّ الأصل في قبض مال الغير الضمان إلّا بسبب عدمه، و لم يثبت. و من أنّها لم تقبض بالبيع الفاسد و لا بالغصب. و الحقّ الثاني، لأنّ مال الغير يجدد في يده بغير فعلهما، فكان كالثوب تطيره الريح» (2).

و ما ذكره قدّس سرّ من وجه عدم الضمان بقوله: «و من أنّها لم تقبض بالبيع الفاسد و لا بالغصب» جار في صورتى علم البائع بالفساد و جهله به، و مقتضاه أنّه فهم من عبارة والده توقّفه في ضمان المنافع الفاتئة مطلقا بلا فرق بين العلم و الجهل.

(2) يعني: بعد أن اختلف شرّاح القواعد في مراد العلامة قدّس سرّ من قوله: «و بدونه إشكال» فقد تحصّل أقوال خمسة في حكم المنافع الفاتئة.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 324

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 305؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 194

الأول: الضمان، وكأنه للأكثر (1).

الثاني: عدم الضمان، كما عن الإيضاح (2).

الثالث: الضمان، إلا مع علم البائع (3)، كما عن بعض من كتب على الشرائع.

الرابع: التوقف (4) في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد «1» من عبارة القواعد.

إلا أن يقال: بأن الأقوال ثلاثة، والتوقف ليس قولاً، بل هو تردد في الحكم، فتأمل.

(1) تقدم الاستدلال له بقاعدتي اليد والاحترام، وناقش فيهما المصنف، وبقي وجه آخر وهو الإجماع المنقول، فلا منافاة بين إنكار الضمان، للخذشة في القاعدتين، وبين إثباته للإجماع.

(2) واستدل عليه في عبارته المتقدمة بقوله: «لأن مال الغير يجدد في يده بغير فعلهما..» ويمكن المناقشة فيه بأن المشتري قبض المبيع باختياره، ويكفي في قبض المنافع قبض العين، فقياس المقام بإطارة الريح في غير محله.

(3) لعل وجهه - كما عن بعض - أن البائع مع علمه بفساد البيع هو المقدم على تسليط المشتري على المنافع مجاناً، فلا وجه حينئذ لضمان المشتري للمنافع.

لكن فيه أولاً: أن قضية هذا الوجه عدم ضمان المنافع مطلقاً حتى المستوفاة منها، وهو كما ترى.

وثانياً: أن مجرد التسليط ليس رافعاً للضمان، لا مكان بناء البائع تشريعاً على صحة المعاملة، وكون التسليم إلى المشتري بعنوان الوفاء بالمعاملة، فالتسليط معاوضي، والرافع للضمان هو التسليط المجاني وبلا عوض.

(4) وسيأتي إن شاء الله تعالى، في التعليقة وجهه وضعفه.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 324؛ كنز الفوائد، ج 1، ص 676

ص: 268

الخامس: التوقّف مطلقاً (1) كما عن الدروس و التتقيح و المسالك و محتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدين.

وقد عرفت (2) أنّ التوقّف أقرب إلى الانصاف.

إلا (3) أنّ المحكيّ عن التذكرة: «أنّ منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غضب عبداً أو جارية أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده، بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها، عند (4) علمائنا أجمع (5)».

(1) يعني: مع علم البائع بالفساد و جهله به.

(2) حيث قال قبل أسطر: «و الانصاف أنّ للتوقّف في المسألة كما في المسالك .. إلخ».

(3) يعني: أنّ المانع عن التوقّف هو الإجماع الذي ادّعاه 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 الإجماع من عبارة السرائر من قوله: «المنافع تضمن عندنا بالغضب» «1».

و تقدّم منه أيضاً: «أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصلين منزلة المغصوب إلا في ارتفاع الإثم بإمساكه».

(4) هذا متعلّق بقوله: «مضمونة بالتفويت و الفوات» يعني: أنّ ضمان مطلق المنافع اتّفاقيّ.

(5) ثم قال العلامة قدّس سرّه: «و به قال الشافعيّ و أحمد بن حنبل، لأنّ المنافع مضمونة بالعقد الفاسد، فتضمن بالغضب كالأعيان .. إلخ» «2».

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 479

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381

ص: 269

و لا يبعد (1) أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة، فيشمل (2) يد المشتري فيما نحن فيه، خصوصا (3) مع علمه،

(1) غرضه قدس سره من هذا الاستظهار: أن عبارة التذكرة تحتل وجهين:

أحدهما: اختصاص معقد الإجماع بباب الغصب، لأنّ المتيقن من قوله: «تحت اليد العادية» هو الغصب الذي يكون استيلاء الغاصب اعتداء على مال الغير. وبناء على هذا الاحتمال يمتنع الاستدلال بإجماع التذكرة على ضمان المنفعة الفائتة في المبيع بالبيع الفاسد، و ذلك لتعدد الموضوع، إذ ليست يد المشتري عادية حتى تندرج في موضوع حكمهم بالضمان في منافع المغصوب.

ثانيهما: شمول «اليد العادية المضمّنة» للمقام، لوضوح أنّ اليد على مال الغير إمّا حقة، لاستنادها إلى إذن مالكي أو شرعي، وإمّا عادية، و لا ثالث لهذين القسمين.

و لا ريب في أنّ يد المشتري- على المبيع بالبيع الفاسد- ليست حقة واقعا، لفرض فساد السبب المملّك. نعم قد يزعم استحقاؤه للتصرف فيه في صورة الجهل بالفساد، لكن لا عبرة بهذا الاعتقاد، لأنّ المناط في جواز التصرف تملكه للمبيع واقعا. و حيث لم يدخل في ملكه كانت يده عادية وإن 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 الإجماع على ضمان المنفعة الفائتة.

و استظهر المصنّف قدس سره هذا الاحتمال الثاني، لما ذكرناه آنفا من صدق «اليد العادية» على كلا المقامين، و لا قرينة على الاختصاص بباب الغصب. بل في ما نقلناه من التذكرة قرينة على أنّ ضمان منافع المبيع فاسدا أوضح وجهها من باب الغصب، فلاحظ قوله: «لأنّ المنافع مضمونة بالعقد الفاسد، فتضمن بالغصب».

(2) لعدم كون يد المشتري حقة بعد فساد العقد واقعا.

(3) وجه الخصوصية: أنه لو نوقش في صدق «اليد العادية» على يد المشتري الجاهل بفساد العقد- بأنه يزعم استحقاق التصرف في المبيع- فلا ريب في صدقها

سيّما (1) مع جهل البائع به.

وأظهر منه (2) ما في السرائر في آخر باب الإجارة من «الاتّفاق أيضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة» (1) مع قوله في باب البيع: «إنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم عن إمساكه» (2) انتهى.

وعلى هذا (3) فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّة، وإن كان المتراءى من ظاهر

على يده عند علمه بالفساد، لاعتقاده حينئذ بأنّ استيلاءه على المبيع اعتداء على البائع.

(1) وجه الخصوصية: أنّ البائع العالم بفساد البيع ربما يرضى بتسلّط المشتري على المبيع، فيشكل صدق «اليد العادية» على يد المشتري. وأمّا مع جهل البائع بالفساد وعلم المشتري به فلا ريب في صدق الاعتداء كما تقدّم آنفا.

(2) يعني: وأظهر من كلام التذكرة- في دعوى الإجماع على ضمان المنافع مطلقا استوفيت أم فاتت- كلام ابن إدريس قدّس سرّه بعد ضمّ كلامه في باب البيع الفاسد إلى ما أفاده في الغصب من تصريحه بضمان المنفعة الفائتة. فيتحصّل منه الإجماع على ضمانها في البيع كالغصب.

وجه أظهرية عبارة السرائر في الإجماع على ضمان المنافع الفائتة هو أنّ تعبير العلامة باليد العادية يحتمل وجهين كما ذكرناه، لكن تعبير ابن إدريس بضمان منافع المغصوب وكون البيع الفاسد بمنزلة المغصوب لا يقبل الحمل على معنى آخر.

(3) أي: وبناء على الإجماع الذي حكاه ابن إدريس و العلامة فالقول بالضمان قويّ.

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 479

(2) المصدر، ص 326

صحيحة أبي ولاد (1) اختصاص الضمان (1) في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصة.

(1) غرضه قدس سره دفع توهم يورد به على الحكم بضمان المنافع الفاتئة في البيع الفاسد. و محصل التوهم: أنّ صحيحة أبي ولاد الواردة في البغل المغصوب خصت الضمان بالمنافع المستوفاة، فحكم الإمام أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليهما السلام على أبي ولاد بضمان اجرة مثل كراء البغل بالنسبة إلى خصوص المنفعة المستوفاة، لقوله عليه السلام: «أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا 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 ما فات من منفعة البغل في المدّة، فإنّ قطع هذه المسافة يتحقق بأقلّ من خمسة عشر يوما، فيتراءى من ذلك أنّ ذمته لم تشتغل إلا بأجرة المنافع التي استوفاه من البغل، دون ما لم يستوفها من المنافع، فإنّ طيّ المسافة المزبورة إذا تحققت في مدّة عشرة أيام كانت منافع البغل الفاتئة في مدّة الخمسة غير مضمونة على مستأجر البغل.

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 الفاتئة من المغصوب 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 يوهن أصالة الجدلّ فيها، فلا يمكن التمسك به لإثبات عدم الضمان في باب الغصب، فكيف يعارض به الإجماع على ضمان المنفعة الفاتئة للمبيع بالبيع الفاسد.

ثمّ إنّ تعبير المصنّف قدس سره بقوله: «و إن كان المتراءى .. إلخ» ظاهر في عدم جزمه بالاستظهار المزبور. و لعلّ وجهه أنّ سيره لم يكن من الطريق المتعارف في هذه

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 255، الباب 17 من أبواب الإجارة، الحديث 1

ص: 272

إلا أننا لم نجد (1) بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها (2) [1].

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 بالحى- و من النيل إلى بغداد، وقيل: إن السير على هذا النحو يحتاج إلى زمان أوسع.

وعلى هذا فلا يبقى للصحيحة ظهور في عدم ضمان المنافع غير المستوفاة حتى يقال: إنه موهون بالاعراض عن العمل بها في موردها و هو الغصب، فكيف يمكن التعدي عن موردها إلى المقام، و هو منافع المقبوض بالعقد الفاسد؟

(1) هذا دفع التوهم، وقد أوضحناه آنفاً.

(2) أي: مورد صحيحة أبي ولاد.

[1] قد عرفت أن الأقوال في المسألة خمسة:

الأول- و هو المشهور-: الضمان مطلقاً.

الثاني: عدمه كذلك، كما ظهر من عبارة الإيضاح.

الثالث: التفصيل بين علم البائع بالفساد و جهله به، بعدم الضمان في الأول، و بالضمان في الثاني.

الرابع: التوقف عن الحكم بالضمان في الصورة الثالثة، و هي صورة علم البائع.

الخامس: التوقف في الضمان مطلقاً.

لكن لا- يستقيم عدّ 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.

أمّا القول المشهور- و هو الضمان مطلقاً- فقد استدلل له بوجوه:

أحدها: الإجماع الذي يظهر من عبارة السرائر المتقدمة.

ثانيها: قاعدة اليد، بعد صدق «الأخذ» على المنافع بأخذ الأعيان، كما أفاده المصنّف قدّس سرّه.

ثالثها: قاعدة الاحترام المستفادة من جملة من الروايات الدالّة على «أنّ 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 إنّ عدم ضمان من فوّت منافع الغير ضرر عليه، فينفي بقاعدته.

خامسها: قاعدة الإتلاف، كما استدلّ بها السيد قدّس سرّه «فإنّ الاستيلاء على العين و منع المالك عن الانتفاع بها تفويت و إتلاف لمنافعها. و مقتضى قاعدة الإتلاف ضمانها. و لأجل هذه القاعدة نحكم بضمان منافع المغصوب التي لم يستوفها الغاصب» (1).

سادسها: قوله عجل الله تعالى فرجه و صلّى عليه و جعلناه فداه: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» (2).

سابعها: ما في حاشية المحقّق الخراساني قدّس سرّه من «أنّ الدليل على ضمان المنافع هو الدليل على ضمان الأعيان، لكون ضمانها من آثار ضمانها و لوازمه. و لا يتفاوت في ذلك بين كونها مستوفاة و غير مستوفاة كما لا يخفى. و الظاهر أنّ هذا هو الوجه في ضمانها مطلقا في باب الغصب قولا- واحدا. و لا- أظنّ اختصاص ذلك الباب بوجه غير جار في الباب. إلّا أن يكون هو إجماع الأصحاب. لكنّه لا يظنّ أن يكون مدرّكهم أيضا إلّا ما ذكرنا، فافهم» (3).

و حاصله: أنّ الوجه في ضمان المنافع المستوفاة و غيرها هو: أنّ من آثار ضمان

(1) حاشية المكاسب، ص 96

(2) وسائل الشيعة، ج 6، ص 377، الباب 3 من أبواب الأنفال، الحديث 3

(3) حاشية المكاسب، ص 34

العين ضمان منافعها، فدلّيل ضمان العين دليل على ضمان منافعها. و ادعى قدس سره أنّ هذا هو الوجه في ضمانها مطلقا في باب الغصب. إلّا أنّ يكون الوجه في ضمان منافع المغصوب مطلقا هو الإجماع المفقود هنا، لكون الأقوال في ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد متعدّدة، هذا.

أمّا الاستدلال بالإجماع ففيه أولا: عدم الاتفاق، لكون المسألة ذات أقوال، كما عرفت.

و ثانيا: أنّ من المحتمل كونه مدركيّا، بأن يكون مستندهم في الضمان ما تقدّم من قاعدتي اليد و الاحترام.

و ثالثا: بأنّه من الإجماع المنقول الذي تقرّر في الأصول عدم حجّيته.

مضافا إلى: أنّ الظاهر من عبارة السرائر ترتيب خصوص وجوب الرّد من أحكام الغصب على المقبوض بالعقد الفاسد، ضرورة أنّ الغاصب إذا استولد الجارية المغصوبة لا يلحق به الولد، لأنّه زان، بخلاف ما إذا أولدها من قبضها بالعقد الفاسد، فإنّ الولد يلحق به.

و توجيه إجماع السرائر و التذكرة بما في تقرير شيخ مشايخنا المحقّق النائيني قدس سره من قوله: «و لكنّه لا يخفى أنّ اختياره الضمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع المنقول، مع أنّه قدس سره منكر لحجّيته في الأصول، بل اعتمد على نقل الإجماع من جهة كشف اتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد و الاحترام للمنافع» (1) لا يخلو من الغموض، إذ فيه أولا:

أن لازم الاتفاق على شمول قاعدتي اليد و الاحترام للمنافع عدم الاختلاف في ضمان المنافع غير المستوفاة. و قد عرفت تعدّد الأقوال فيه.

و ثانيا: أنّ موضوع القاعدتين - أعني بهما اليد و الاحترام - من الموضوعات العرفيّة التي يكون المرجع في معرفتها العرف، و ليس بيد الفقيه بما هو فقيه. فالإجماع

(1) منية الطالب، ج 1، ص 134

التعبديّ القائم على تشخيص المفهوم العرفيّ أو تطبيقه على مصاديقه غير الإجماع الذي هو حجة - أعني به الإجماع - على الحكم الشرعيّ.

نعم إذا كان الموضوع من الموضوعات المستنبطة التي لا بدّ فيها من الرجوع الى الفقيه، كالغناء، و المفازة و الصعيد و الأنية وغيرها و كان مرجع الإجماع إلى تحديد الموضوع الذي يترتب عليه الحكم الشرعيّ، فهو وإن كان و جيبها. إلا أن جماعة ناقشوا في صدق اليد على المنافع و منهم المصنّف، حيث قال قبل أسطر - بعد تسليم كون المنافع أموالا - ما لفظه: «بأنّ مجرد ذلك لا يكفي في تحقّق الضمان. إلا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت، و لا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع».

و مع هذه المناقشة - بل نفي الاشكال عن عدم صدق اليد على المنافع - كيف يمكن أن يدعى رجوع الإجماع إلى الاتّفاق على صدق اليد على المنافع؟

و قد تقدّم كلام الإيضاح و تنظير المنافع بالثوب الذي أطارته الريح، فإنّه ظاهر في إنكار صدق اليد على المنافع، فلا بدّ أن يراد بالإجماع الاتّفاق على نفس الحكم أعني به الضمان، لا على دليل الحكم، و لا على تحديد موضوعه. لكن قد عرفت عدم الإجماع على الضمان، هذا.

ثم أفاد المحقق المذكور في وجه الضمان ما حاصله: «أنّ المقتضي له و هو اليد الشاملة للعين أصالة و المنافع تبعاً - لصدق اليد و الأخذ عليهما - موجود، و المانع عنه مفقود، لأنّه إمّا قاعدة «ما لا يضمن» في كلتا صورتَي العلم بالفساد و الجهل به. و إمّا تسليط البائع للمشتري على المنافع مجّاناً في صورة علم البائع بالفساد.

و كلاهما مفقود، إذ الأوّل مختصّ أصلاً و عكساً بمصّب العقد و هو العين في المقام، و المنافع خارجة عنه، فيرجع فيها إلى القواعد الأخر.

و الثاني لا يستلزم المجّانيّة الرافعة للضمان، لإمكان البناء على الصحة تشريعاً «1».

انتهى ملخصاً.

ويتوجه عليه: أن جعل وجود المقتضي وهو اليد مفروغا عنه أول الكلام، لما عرفت من المناقشة في صدق اليد على المنافع، لظهور النبوي في اعتبار كون المأخوذ بنفسه قابلاً للرد، وليست المنافع كذلك. فالظاهر قصور الحديث عن شموله للمنافع.

فمع عدم تسلّم وجود المقتضي لا تصل النوبة إلى البحث عن وجود المانع أو عدمه.

بل لو سلّمنا صدق اليد على المنافع أمكن المناقشة فيه أيضاً بأن اليد المضمّنة هي خصوص العادية، وهي مفقودة هنا، لعدم منع القابض للمالك عن استيفاء المنافع كما لا يخفى.

نعم قاعدة الاحترام- بناء على عدم اختصاصها بالحكم التكليفي- تجري في المنافع غير المستوفاة. وكذا قاعدة الإتلاف فيما إذا استند تقويت المنافع إليه على التفصيل الآتي.

وأما الاستدلال بقاعدة اليد، ففيه: أن اليد وإن كانت كناية عن الاستيلاء الصادق على الأعيان والمنافع، وليس المراد بها خصوص الأخذ بالجارحة الخاصة قطعاً، وإلا يشكل الأمر في غير المنقولات كالأرض والدار ونحوهما، لكن الذيل وهو «حتى تؤدي» ظاهر في كون المأخوذ بنفسه مردوداً، فيختص النبوي بما كان في نفسه قابلاً للرد وإن امتنع عرضاً كالتلف.

وبالجملة: فجعل اليد كناية عن الاستيلاء الشامل للأعيان والمنافع لا يجدي في شمول النبوي أيضاً للمنافع، مع قرينة «حتى تؤدي» على كون المأخوذ بعينه قابلاً للرد، فيختص النبوي بالأعيان.

وأما قاعدة الاحترام فهي متوقفة على صدق المال على المنفعة، لإضافة نفي الحل إلى المال في قوله عليه السلام: «حرمة ماله كحرمة دمه» أو «لا يحل مال امرء مسلم» ومع الصدق لا ينبغي الإشكال في صحة الاستدلال بها.

و دعوى كونها في مقام بيان الحكم التكليفي - وأنه لا يجوز التصرف فيه بدون إذنه، بقرينة السياق المستفاد من الجمل السابقة، كقوله: «سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه 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 أيضا لو أتلفه متلف بغير إذنه الراجع للضمان.

و أما قاعدة الإتلاف فهي منوطة أيضا بصدق المال على المنافع، و إلا فلا إشكال فيها من حيثية أخرى.

و الإتلاف و إن كان إعدام الموجود، إلا أن التفتوت الذي هو إبداء المانع عن الوجود يستفاد من النصوص التي هي مدرك قاعدة الإتلاف أيضا.

فالاتلاف أعم من إعدام الموجود و من المنع عن الوجود.

و قد يستشكل في جريان القاعدة في المنافع المستوفاة فضلا عن غير المستوفاة بما في حاشية سيدنا الأستاذ قدس سره من: أن المستفاد من أدلة القاعدة خصوص الإضرار بالعين بالجناية على ذاتها أو صفاتها، فلا تشمل المنافع التي هي اعتبار محض، فالتمسك بقاعدة الإتلاف لضمان المنافع مطلقا مشكل (1).

لكن يمكن أن يقال: إن المراد بالنقص هو العرفي الصادق على المنافع التي هي اعتبار محض، فتفتوت المنافع بلا عوض جنائية عرفا على المنفعة التي هي صفة العين.

و أما قاعدة الضرر فلا إشكال في التمسك بها أيضا، 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 حكما شرعيا، فلا تجري القاعدة فيه» مندفع بما عرفت من: أن عدم الضمان كسائر الأعدام بعد تشريع الأحكام أيضا حكم شرعي يحكم عليه القواعد الثانوية كقاعدي الضرر و الحرج، فإن تفتوت المنافع على

مالكها ضرر عليه، لكونها مالا عرفا، 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 وصلى عليه: «فلا يحل لأحد أن يتصرف...» فحاصل الكلام فيه: أن عدم حلية التصرف - الذي هو فعل اختياري - ظاهر في الحرمة التكليفية المستتعبة 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 قدس سره في عبارته المتقدمة فيه: أنه إن أراد اقتضاء أخذ العين ضمان منافعها - لتحقق الاستيلاء عليها بجميع حيثياتها وشؤونها بسبب الاستيلاء على العين - فيرد عليه ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره من: أن المنافع لا فعلية لها، لأنها موجودات بالقوة، فلا يصدق عليها الاستيلاء (1).

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 طرفا لإضافة الملكية، فإن الإجارة تملك لتلك المنافع التي هي حيثيات قائمة بالعين، فلا يعتبر في صحّة تملكها، ولا في صدق الاستيلاء عليها فعليتها، بل المدار في صدق الاستيلاء عليها وصحة اعتبار الملكية لها عرفا وجودها الشائي كقابلية الدار للسكنى، لا الوجود الفعلي، حتى يقال: إنها قبل فعليتها إعدام، فلا يصح الاستيلاء عليها.

فالاستيلاء على العين من قبيل الوسطة في الثبوت للاستيلاء على منافعها، لا من قبيل الوسطة في العروض كحركة السفينة ونحوها بالنسبة إلى جالسهما، إذ لو كان من قبيل الوسطة في العروض لزم عدم ضمان حابس الحرّ الأجير المقدّر عمله بأجرة، لأن الاستيلاء على العين لا يوجب ضمانها حتى تضمن منافعها عرضا، فلا بدّ من الحكم

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 78

بعدم ضمان حابس الحرّ، إذ لا ضمان لنفس العين التي استولى عليها ذاتا- وهي الحرّ- حتى يصح نسبته عرضا إلى منفعته وهي عمله.

وإن أراد أنّ نفس ضمان العين بدليله الخاصّ مستلزم لضمان منافعه من دون سبب آخر بالإضافة إلى منافعها، فيرد عليه ما أفاده المحقق الأصفهاني قدّس سرّه (1) من أنّه يشبه الجزاف، إذ معناه أنّ ضمان شيء بموجبه سبب لضمان شيء آخر، فنفس الضمان يكون من أسباب الضمان. مع أنّه لا شبهة في ضمان المنافع المستوفاة بدون ضمان العين، كما إذا اشترى عينا مسلوبة المنفعة مدّة، فاستوفى منافعها في تلك المدّة، فإنّ المنافع مضمونة و العين غير مضمونة حتى يكون ضمانها بضمن العين. و كما إذا استوفى عمل الحرّ، فإنّ الحرّ غير مضمون، مع أنّ عمله المستوفى مضمون إلى غير ذلك.

نعم لا مانع من أن يكون الحديث دليلا على قاعدة التبعيّة، يعني: أنّ ضمان العين في موارد يوجب ضمان ما يعدّ من توابعها من باب التبعيّة، كتمليك العين الموجب لتمليك منافعها تبعاً، لكون البيع تمليك العين لا المنفعة، فإنّ التبعيّة جارية في كثير من الموارد كالطهارة والنجاسة والإسلام والكفر وغير ذلك.

ولا يرد عليه: أنّ لازمه أن يكون ضمان شيء بسببه سببا لضمان شيء آخر. وجه عدم الورود: أنّ ذلك الشيء إن كان من توابع العين المضمونة فلا مانع من ضمانه تبعاً.

وإن لم يكن من توابعها لم يلزم ذلك أصلاً، للاختصاص بالتوابع، لا كل شيء ولو كان أجنبياً عن مورد اليد. فلا يلزم أن يكون سبب ضمان الدار مثلاً موجبا لضمان العبد.

و من هنا يظهر الاشكال فيما ذكره قدّس سرّه من النقص باستيفاء منافع العين المسلوبة المنفعة واستيفاء عمل الحرّ، فإنّ اليد تدلّ على عقد إيجابيّ، وهو أنّ العين إذا صارت مضمونة صارت منافعها مضمونة أيضاً. ولا تدلّ على عقد سلبي وهو عدم ضمان المنافع إذا لم تكن العين مضمونة.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 88

و الحاصل: أنّ المدلول عقد إيجابيّ أعني به ضمان المنافع يتبع ضمان العين، وليس المدلول عدم ضمان المنافع تبعاً لعدم ضمان العين، فيرجع في ضمان منفعة الدار المسلوّبة المنفعة وعمل الحرّ المستوفي ونحوهما إلى دليل آخر، كقاعدة الاحترام وغيرها، هذا.

مضافاً إلى: أنّ قاعدة اليد المقتضية لضمان المنافع التابعة لما أخذته اليد من العين من العمومات القابلة للتخصيص.

فالمحصّل: أنّ ما أفاده المحقّق صاحب الكفاية قدّس سرّه من التمسك بقاعدة اليد لضمان المنافع المستوفاة وغيرها مما لا بأس به.

فتلخّص من جميع ما ذكرناه: أنّ 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: إنّ 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 فتصل التوبة إلى الأصل المقتضي لعدم الضمان.

إلا أن يدعى أنّ موضوع الضمان لمّا كان من الموضوع المركّب أمكن أن يقال: إنّ الاستيلاء على مال الغير محرز وجدانا، و جزءه الآخر و هو عدم الرضا محرز بالاستصحاب، فيتمّ موضوع الضمان.

إلا أن يستشكل في الاستصحاب بأنّ القبض لمّا كان بعنوان الوفاء بالعقد. فالرضا محرز، دون عدمه حتى يستصحاب، ويثبت به الضمان، و الله العالم.

وَأَمَّا الْقَوْلُ بِعَدَمِ الضَّمَانِ مُطْلَقًا وَهُوَ الْمُنْسُوبُ إِلَى فِخْرِ الْمُحَقِّقِينَ قَدْ سَرَّهٖ فَقَدْ عَرَفْتَ وَجْهَهُ مِنْ عِبَارَتِهِ الَّتِي نَقَلْنَاهَا عَنْهُ فِي التَّوْضِيحِ، وَضَعْفِهِ.

وَأَمَّا الْقَوْلُ بِالضَّمَانِ فِي صُورَةِ جَهْلِ الْبَائِعِ بِالْفُسَادِ، وَعَدَمِهِ فِي صُورَةِ عِلْمِهِ بِهِ فَقَدْ تَعَرَّضْنَا لَوَجْهِهِ بِقَوْلِنَا: «وَجْهَ الْأَشْكَالِ أَنَّ الْمَالِكَ مَعَ عِلْمِهِ بِالْفُسَادِ .. إلخ».

وَأَمَّا التَّوَقُّفُ فِي صُورَةِ عِلْمِ الْبَائِعِ بِالْفُسَادِ فَوَجْهَهُ مَا تَقَدَّمَ فِي التَّوْضِيحِ مِنْ تَسْلِيْطِ الْبَائِعِ.

لَكِنْ فِيهِ: أَنَّهُ لَوْ تَمَّ اقْتِضَى عَدَمِ الضَّمَانِ لَا التَّوَقُّفُ فِيهِ.

وَأَمَّا التَّوَقُّفُ مُطْلَقًا فَوَجْهَهُ تَضَارُبُ الْأَدْلَةِ.

أَقُولُ: لَعَلَّ الْأَقْرَبَ التَّفْصِيلُ، بَأَنَّ يُقَالُ: إِنَّ الْمَشْتَرِيَّ مَعَ عِلْمِهِ بِالْفُسَادِ يَضْمَنُ، لِقَاعِدَةِ الْإِتْلَافِ، حَيْثُ إِنَّ عَدَمَ انْتِفَاعِ الْمَالِكِ بِمَالِهِ مُسْتَنَدٌ إِلَى قَبْضِ الْمَشْتَرِيِّ الْعَالِمِ بِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ لِلْقَبْضِ الْمَوْجِبِ لَكُونَ يَدِهِ عَادِيَةً، فَلَوْ لَمْ يَقْبِضْهُ كَانَ الْبَائِعُ قَادِرًا عَلَى الْانْتِفَاعِ بِمَالِهِ، فَالْمَشْتَرِيُّ غَاصِبٌ فَوَّتَّ الْمَنَافِعَ عَلَى الْمَالِكِ، فَيَضْمَنُ. وَ مَعَ جَهْلِهِ بِالْفُسَادِ لَا يَضْمَنُ، لِأَنَّ فَوْتَ الْمَنَافِعِ لَا يَسْتَنَدُ إِلَى الْمَشْتَرِيِّ، بَلْ إِلَى الْبَائِعِ الدَّافِعِ لِلْمَبِيعِ إِلَيْهِ، لِبِنَائِهِمَا عَلَى صِحَّةِ الْعَقْدِ، فَلَا يَعْدُّ يَدَ الْمَشْتَرِيِّ عَادِيَةً. نَعَمْ إِذَا عِلْمُ بِالْفُسَادِ وَتَسَاهَلُ فِي دَفْعِ الْمَبِيعِ إِلَى الْبَائِعِ ضَمَّنَ جَمِيعَ الْمَنَافِعِ مِنَ الْمُسْتَوْفَاةِ وَغَيْرِهَا.

وَبِالْجُمْلَةِ: فَصَدَقَ الْيَدُ الْعَادِيَةَ عَلَى يَدِ الْمَشْتَرِيِّ مَعَ جَهْلِهِ بِالْفُسَادِ، وَكَوْنِ قَبْضِهِ مُبَيِّنًا عَلَى زَعْمِ صِحَّةِ الْعَقْدِ الْمَوْجِبِ لِعَدَمِ التَّزَامِهِ بِرَدِّ الْمَبِيعِ إِلَى الْمَالِكِ الْعَالِمِ بِالْفُسَادِ مَحَلًّا تَأْمَلُ بَلْ مَنَعُ.

نَعَمْ إِذَا نَهَضَ دَلِيلٌ عَلَى «أَنَّ كُلَّ مَنْ وَقَعَ تَحْتَ يَدِهِ مَالٌ الْغَيْرِ ضَامِنٌ لَهُ إِلَّا مَا خَرَجَ بِدَلِيلٍ» كَانَ لَضَمَانِ الْمَنَافِعِ مِنَ الْمُسْتَوْفَاةِ وَغَيْرِهَا وَجْهٌ. وَعَلَيْهِ فَلَا يَحْكُمُ بِضَمَانِ الْمَنَافِعِ الْفَائِتَةِ بِغَيْرِ اسْتِيفَاءٍ إِلَّا مَعَ عِلْمِ الْمَشْتَرِيِّ بِالْفُسَادِ، بِحَيْثُ يَسْتَنَدُ فَوَاتُهَا إِلَى فَعْلِهِ وَإِلَّا فَلَا دَلِيلٌ عَلَى الضَّمَانِ أَصْلًا.

أما اليد فلعدم صدقها على المنافع غير المستوفاة أولاً، ولعدم كونها عادية على تقدير صدقها عليها ثانياً. إذ الظاهر أنّ المراد بالعادية -بناء على تعنون اليد بها- ما لا يحكم شرعاً ولو ظاهراً بعدم العداوية كالمقبوض بالعقد الفاسد، فإنّ يد القابض قبل علمه بفساد العقد ليست عادية، للحكم بصحة العقد ظاهراً بمقتضى أصالة الصحة، فلا تكون يده عادية، بل حقة في ظاهر الشرع.

إلا أن يقال: إنّ اليد وإن لم تشمل يد القابض حدوثاً، لكنّها بعمومها الأزمانى تشملها بعد علمه بالفساد بقاء.

وأما ضمانها على القول به في الغصب فلصدق الإتلاف والتفويت عليها، وكون حبس العين الذي هو فعل الغاصب سبباً لفواتها على المالك كما لا يخفى.

وأما قاعدة الاحترام فهي غير جارية، للتعارض، لأنّ احترام مال مؤمن لا يقتضي سلب احترام مال مؤمن آخر بلا وجه. ولا يكون الإضرار بمؤمن آخر من مقتضيات احترام مال مؤمن غيره، ضرورة أنّ 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 أنّ 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 استيفائها.

وأما أصالة الضمان فموردها الشك في تحقق موضوعها، وهو الاستيلاء على مال الغير بدون رضا مالكة، فيقال: إنّ الاستيلاء محرز وجدانا، وعدم الرضا تعبّداً للاستصحاب، فيتّم موضوع الضمان، كسائر الموضوعات المركّبة المحرز بعض أجزائها بالوجدان وبعضها الآخر بالتعبد.

وليس المقام كذلك، لأنّ الشك في ضمان المنافع الفائتة بغير استيفاء ليس ناشئاً

من الشكّ في طيب نفس المالك حتى يستصحب عدمه. بل الشكّ نشأ عن احتمال صدق أصل اليد أو اليد العادية على المنافع غير المستوفاة وعدمه. وهذا لا يجري فيه الأصل، لأنّه بعد قبض العين إمّا يصدق اليد على منافعها، وإمّا لا تصدق عليها، فالشكّ يكون في قابليّة المنافع لوقوعها تحت اليد، وهذا الشكّ مانع عن التمسك بقاعدة اليد، لكون الشبهة مصداقيّة، ومن المعلوم أنّ الاستصحاب لا يثبت القابليّة.

نظير الشكّ في تحقّق التذكية، للجهل بقابليّة الحيوان لها، فإنّ الأصل لا يجري في القابليّة ولا يثبتها، لأنّ الحيوان إمّا خلق قابلاً للتذكية، و إمّا خلق غير قابل لها. نظير القرشيّة، فإنّ الأصل في عدم المحموليّ لا يثبت عدم القابليّة وعدم قرشيّة المرأة إلّا بناء على الأصل المثبت. وفي عدم النعتيّ الذي هو موضوع الأثر لا يجري، لعدم العلم بالحالة السابقة.

وقد ظهر من هذا البيان عدم المجال لأصالة الضمان في المنافع غير المستوفاة، لأنّه على تقدير صدق اليد عليها لا ينبغي الإشكال في الضمان، وعلى تقدير عدمه لا ينبغي الإشكال 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 الأمانيّة- لأنّه يشكّ في صدق العدوانيّة عليها، فيتشكّث بأصالة البراءة لنفي الضمان.

فالمحصّل: أنّه في صورة علم المشتري بالفساد تكون المنافع مضمونة عليه. وفي صورة جهله به لا ضمان عليه. أمّا في الصورة الأولى فلكون يده عادية كالغاصب، بل هو نفسه. وأمّا في الثانية فللأصل بعد عدم الدليل على الضمان. وليكن هذا قولاً سادساً في المسألة.

فقد ظهر وجه العقد السلبيّ أعني به عدم الضمان في صورة جهل المشتري بالفساد، كما ظهر وجه العقد الإيجابيّ، وهو الضمان في صورة علم المشتري بالفساد.

كما ظهر أيضا وجه عدم دخل علم البائع وجهه بالفساد في الضمان وعدمه، والله العالم.

ثم إن سيدنا الخويي قدس سره التزم بعدم الضمان، لوجهين:

«أحدهما: عدم جريان قاعدة الإلتلاف في تلك المنافع، لعدم استناد الإلتلاف إلى القابض، حيث إنّه لم يزاحم المالك في استيفائها.

ثانيهما: عدم جريان السيرة على ضمانها بمجرد تلفها تحت يد القابض من دون استناد إليه.

وناقش في الوجوه التي استند إليها القائلون بالضمان - من قاعدتي اليد والاحترام و حديث الحلّ والإجماع - بعدم جريان قاعدة اليد في المنافع غير المستوفاة، لعدم قابليتها للردّ.

وبعدم جريان قاعدة الاحترام فيها، إذ ليس مقتضاها أزيد من توقّف جواز التصرف على إذن المالك.

وبأنّ حديث الحلّ لا يدلّ إلا على حرمة التصرف تكليفاً.

وبأنّ الإجماع غير ثابت أولاً. وعلى تقديره يكون المتيقّن من معقده هو وجوب الردّ فقط، لا جميع أحكام الغصب» «1» انتهى ملخصاً.

و توضيح ما له وعليه تقدم فيما اخترناه.

فروع ترتبط بضمان المنافع أ: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس ثمّ إنّه يناسب المقام التعرّض لبعض الفروع المبتلى بها في هذا العصر:

الأوّل: ما إذا حبس ظالم حرّاً كسوبا، فهل يضمن ما فات عنه في مدّة الحبس من العمل الذي يبذل بإزائه المال أم لا؟ فيه قولان، وقد ذكرناه في بحث عمل الحرّ، فراجع «2».

(1) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 138 إلى 144

(2) هدى الطالب، ج 1، ص 75 إلى 85

ب: جواز مطالبة المستأجر بتخلية العين المستأجرة الثاني: ما إذا استأجر دكاناً و اتجر فيه مدة مديدة، و باع جملة من متاعه نسية، و بعد انتهاء مدة الإيجار أخرج المؤجر عن الدكان و أخذه منه، و هذه الإخراج يوجب تضرر المستأجر، لذهاب أمواله التي تكون على الناس، لعدم معرفتهم بمكانه الفعلي حتى يؤدوا إليه. و كذا يتضرر المستأجر بترك تجارته مدة حتى يتهيأ له محل 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 مدة مديدة يريد استيجاره فيها. و الثانية: ما إذا اشترط 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 اشتراط حق لبقائه. و مجرد استيجاره الدكان مدة 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، لأنّ المديونين يجب عليهم الفحص عن الدائن و مكانه مقدّمة 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 الإلتاف و اليد و الاحترام - في المقام، لأنّ مناط شمولها لمورد هو عدم توسط إرادة فاعل مختار بين موارد هذه القواعد، و الشخص الذي يراد تضمينه لا بدّ من استناد الفعل اليه، نظير إرسال الماء إلى دار الجار مثلاً، فإنّ انهدام الدار حينئذ منسوب إلى مرسل الماء، لعدم توسط فعل فاعل مختار بين الانهدام و بين إرسال الماء حتى يستند الانهدام إليه.

بخلاف المقام، فإنّ الخسارات المتوجّهة إلى المستأجر ناشئة من تقصير المديونين، فيتوسّط بين تلف أمواله وبين أخذ المالك دكّانه إرادة فاعل مختار أعني به المديونين، فلا يستند تلف الأموال إلى المالك حتى يكون ضامنا لها، بل يستند إلى فعل المديونين، وهو تقصيرهم في الأداء. هذا ما يرجع إلى أمواله التي على الناس.

وأما ما يرد عليه من ضرر تعطيل تجارته إلى زمان ظفّره بمحلّها، فليس ضررا أي نقصا ماليّا، بل هو من عدم النفع، فلا تشملها قاعدة الضرر.

وبالجملة: فما نحن فيه أجنبيّ عن قاعدة نفي الضرر، إمّا لعدم صدق الضرر، وإمّا لعدم كونه مستندا إلى مالك الدكّان. وكذا قاعدة الاحترام، لأنّ مال المالك أيضا محترم، وهو يتصرّف في ماله لقاعدة السلطنة.

نعم لو فرض كون أخذ الدكّان من المستأجر علّة تامة لفوات مال أو عمل ذي قيمة منه- كما إذا كان محلّ الخياطة منحصرا بذلك الدكّان، بحيث لا يمكن اشتغاله بها في غيره، ويتّصف إخراجها عن الدكّان بالتفويت- أمكن أن يقال بالضمان، وأنّ الخياطة الفاتئة منه مضمونة على مالك الدكّان، إذا أعطي المستأجر أجره المثل، بحيث لا يتضرّر المالك من بقاء المستأجر في الدكّان، ولا من جهة أخرى.

و الوجه في الضمان حينئذ قاعدة الضرر من دون معارض، إذ المفروض عدم تضرّر المالك ببقاء المستأجر في الدكّان، حتى يقال: بوجوب دفع ضرر عن الغير، وهو المستأجر، وتحمله عنه. بل ليس في البين إلا قاعدة السلطنة، وهي محكومة بقاعدة الضرر.

والحاصل: أنّه على تقدير كون فعل المالك- أي أخذ الدكّان من المستأجر- علّة تامة لضرر المستأجر، أو وقوعه في الحرج والمشقة يمكن القول بضمان المالك له إن لم يكن في البين سوى قاعدة سلطنة المالك على ماله.

ولا بأس ببيان صور المسألة، وهي: أن قاعدة الضرر في ناحية المستأجر تارة لا معارض لها إلا قاعدة سلطنة المالك. و اخرى يعارضها قاعدة الضرر في ناحية المالك، أو قاعدة الحرج، فللمسألة صور:

إحداها: كون سلطنة المالك ضررا على المستأجر أو حرجا عليه من دون لزوم ضرر على المالك، فحينئذ يقدم حق المستأجر على حق المالك، لكون سلطنة المالك حينئذ ضررا أو حرجا على المستأجر، فتتفى بقاعدة الضرر أو الحرج.

ثانيها: أن يتعارض الضرران، كما إذا تضرر المالك ببقاء المستأجر في الدكان، و تضرر المستأجر أيضا بتخلية الدكان.

ثالثها: كون التخلية حرجا على المستأجر، و عدمها حرجا على المالك، فيتعارض قاعدتا الحرج.

رابعها: كون التخلية ضررا على المستأجر، و عدمها حرجا على المالك.

خامستها: عكس ذلك، بأن تكون التخلية حرجا على المستأجر، كما إذا وقع في مشقة استيفاء أمواله من الناس، و عدمها ضررا 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 الإضرار بالغير، بأن يكون فعله علّة 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 الاولى، و بعضها الأخر في القاعدة الثانية. و مجموع الصور المتصورة في هذه المسألة تسعة:

الأولى: عدم الضرر لا للمالك في عدم التخلية، و لا للمستأجر في التخلية.

و الحكم 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: تضرر كل من المالك بعدم التخلية و المستأجر بالتخلية، و حرجية التخلية و عدمها للمالك و المستأجر، و كون التخلية ضررا على المستأجر و حرجا 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 بناء على كونها من صغريات كبرى التعارض.

و أما بناء على صغرويتها لكبرى عدم و جوب دفع الضرر و المشقة عن الغير، فيقدم حق المالك على المستأجر، إذ لا يجب على المالك دفع الضرر أو المشقة عن المستأجر، فلا بد من التأمل في أنّ الضرر أو الحرج الوارد على المستأجر هل هو ناش عن فعل المالك أو غيره؟

فعلى الأول تسقط سلطنة المالك بضرر المستأجر، كسقوط سلطنة المالك على حفر بالوعة في داره إضرارا بجاره، فإنّ ضرر الجار يسقط سلطنة الحافر على حفر بالوعة في داره، لكونه من صغريات الإضرار بالغير.

و على الثاني لا تسقط سلطنة المالك، لكونه من صغريات كبرى عدم و جوب تحمّل الضرر عن الغير.

و أما البسائط، و هي الضرر على المالك فقط، و الحرج عليه كذلك، و الضرر على المستأجر فقط، و الحرج عليه كذلك، فالحكم في الأوليين منها سلطنة المالك على إلزام المستأجر بالتخلية، لوضوح عدم مانع من قاعدة السلطنة. و في الأخيرين منها يكون

الحق للمستأجر إن كان فعل المالك موجبا لوقوع المستأجر في الضرر والحرر الرافعين لسلطنة المالك، وإلا فسلطنة المالك باقية على حالها، لعدم وجوب دفع الضرر أو المشقة عن الغير.

ولو نوقش في سلطنة المالك ففي استصحابها غنى وكفاية، حيث إنه قبل الإيجار كان سلطانا على شؤون دكانه، و الآن كما كان، فتأمل جيداً.

هذا كله في الصورة الاولى وهي عدم الشرط على المالك.

وأما 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 الاولى من مدة الإجارة، فلو لم يؤجره وأجبره بالتخلية، فتضرر المستأجر بتخلية الدكان ضمن المالك كل ضرر يرد على المستأجر من ناحية التخلية، لقاعدة الضرر، حيث إنه صار سببا لوقوعه في الضرر، فلو أجز المالك دكانه من غير المستأجر المشروط له فله فسخه وإجباره المالك بأن يؤجره منه.

ففائدة الشرط قصور سلطنة المالك عن الإيجار من الغير. بخلاف الصورة السابقة، فإن المالك فيها مسلط على ماله، ولا ملزم له بان يؤجر الدكان من المستأجر.

فالإجارة الثانية فضولية منوطة بإجازة المستأجر الأول، وله أخذ مال لإسقاط 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 أيضا في ضمن عقد لازم، بأن شرط عليه بأن يؤجره الدكان عشر سنين مثلا كل سنة بكذا، فحينئذ يكون الشرط بالنسبة إلى أصل الإيجار والأجرة نافذا، فيجب على المالك الوفاء بهما كما لا يخفى.

وهل يجوز للمستأجر أن يأخذ مالا من المالك أو الأجنبي لإسقاط حقه؟ الظاهر

ذلك. أمّا بالنسبة إلى المالك فلا ينبغي الإشكال فيه، لأنّ فائدة إسقاط الشرط دفع قصور سلطنة المالك، وهذا غرض عقلائيّ. و أمّا بالنسبة إلى الأجنبيّ فلأنّ بذل المال لرفع الموانع عن الوصول إلى الأغراض العقلانيّة ممّا جرت عليه السيرة الممضاة شرعا، و حيث إنّ الشرط كجزء أحد العوضين يكون حقًا للشارط و قابلا بنفسه للنقل و الانتقال إن لم يكن هناك مانع كشرط تقوم الشرط بنفس المشروط له صريحا أو ضمنا.

ففي مسألتنا إن كان شرط الإيجار على المستأجر مقيدا بنفسه لم ينتقل إلى وارثه، كما لا يقبل النقل إلى غيره. نعم هو قابل للإسقاط مجانا و مع العوض، سواء أ كان معطي العوض نفس المشروط عليه أم الأجنبيّ.

كما أنّه بدون شرط المباشرة يكون الشرط قابلا للانتقال القهري كالإرث، إذ مع الشكّ لا مانع من استصحابه إلى زمان موت المشروط له، فيشملة ما دلّ على أنّ ما تركه الميّت فلوارثه. هذا كلّه إذا كان حقّ المستأجر ناشئا من مجرد الشرط الضمنيّ.

و أمّا إذا كان ناشئا من بذل السرقة إلى المؤجر كان تابعا لكيفيّة المعاهدة بينهما، و تتصور المسألة بوجوه ليس هنا محل ذكرها، و استوفينا الكلام فيها في رسالة المسائل المستحدثة، وفقنا الله لنشرها.

ج: حق الطبع و النشر الثالث: أنّه إذا عمل عملا يوجب نقصان ماليّة مال الغير، كما إذا كان وجيها عند الناس، و جعل محلّ تجارته في مكان يوجب كساد تجارات غيره، أو نزل سعر السلع فأقبل الناس إليه و أدبروا عن غيره، أو طبع كتابا عزيز الوجود و صار بذلك كثير الوجود و قليل الثمن، فهل يوجب ذلك ضمنا على من تسبّب تنزيل الماليّة أم لا؟

الحقّ التفصيل بين الموارد، بأن يقال: إنّ 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 الماليّ الحاصل بسبب الطبع، حيث إن الكتاب مملوك ذاتيّ للمؤلف بمعنى كونه نتيجة لعمله وفكره، و الناس مسلّطون على أموالهم، و لا يجوز التصرف فيه إلّا بإذنهم و طيب نفوسهم. و لو كان التصرف منقّصاً لماليّته ضمن النقص، لأنّه أتلف ماليّة مال الغير. و التصرف العدوانيّ يوجب الضمان بالنسبة إلى نفس المال و ماليّته، كما إذا غضب ثلجاً أو ماء في مفازة و أراد أن يؤدّي الثلج في الشتاء أو الماء على الشاطئ، إلى غير ذلك من الأمثلة.

و الحقّ عدم الضمان في شيء من الموارد، لأنّ قاعدة الضرر لا تجري أوّلاً، لأنّ الضرر عبارة عن النقص في المال أو العرض أو الطرف. و المقام يكون من نقص الماليّة، لا من نقص المال، إذ لم يرد نقص في نفس المال.

و ثانياً: على تقدير جريانها متعارضة- بعد وضوح كونها من الأحكام الامتثاليّة- لتضرّر النوع بغلوّ سعر تلك السلعة التي صارت عزيزة الوجود، و من المعلوم أنّ الضرر النوعيّ أهمّ من الشخصي.

نعم في مثال طبع الكتاب من غير إذن مؤلفه يكون للمؤلف حقّ إجازة النشر و عدمها، فلو طلب من طابعه مالا لأن يأذن له في نشره كان له ذلك، لأنّ النشر تصرف فيما ألفه، فله المنع عن النشر و أخذ المال لرفع هذا المنع.

فالمحصّل: 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 ما فيه من المطالب من نتائج أعمال المؤلف المملوكة له بالملكيّة الذاتية- فهو غير واضح، إذ الكتاب مملوك بالملكيّة الاعتبارية لطابعه. و أمّا المطالب فهي و إن كانت نتيجة أعمال المؤلف و أفكاره، لكنّها ليست مملوكة له بالملكيّة الاعتبارية. و لو بني على

التضمين بالملكيّة الذاتية لزم من ذلك تضمين حابس الحرّ الكسوب وإن لم يستوف عمله. و الظاهر عدم التزامهم بذلك، لأنّهم لم يلتزموا بكفاية الملكيّة الذاتية في الضمان، واعتبروا فيه الملكيّة الاعتباريّة.

لكن يبقى حينئذ سؤال الفرق بين استيفاء الحابس عمل الحرّ وعدمه، بالضمان في الأوّل دون الثاني، إذ الاستيفاء لا يجعل عمل الحرّ مملوكا اعتباريًا له حتى يضمّنه الحابس.

نعم إذا صار أجيرا، ثم حبسه الحابس كان ضامنا لعمله، سواء استوفاه أم لا، لأنّ عمل الحرّ بسبب الإجارة صار ملكا اعتباريًا للمستأجر، فيضمّنه الحابس كضمان عمل العبد بالحبس، فإنّ عمله مملوك للسيد ملكيّة اعتباريّة تبعا لرقبته.

فتلخص من جميع ما ذكرناه: أنّه لا وجه للضمان في الأمثلة المزبورة.

نعم في طبع الكتاب بدون إذن المؤلف وإن لم يكن ضمان على الطابع، إلّا أنّ اختيار نشر مطالبه وكتمانها بيده، لأنّها نتيجة عمله، فهي مملوكة له بالملكيّة الذاتية.

و مقتضى «الناس مسلّطون على أنفسهم» سلطنته على ما هو من شؤون نفسه وأعماله، فله الاذن في نشر مطالبه مجّانا ومع العوض.

وأما القرطاس و الخطوط فهي مملوكة للطابع ملكيّة اعتباريّة، والمؤلف أجنبيّ عنهما.

ويمكن أن يقال: إنّ المؤلف يصير مالكا لمالّيّة مطالب الكتاب لا نفس الخطوط والنقوش، و تكون مالكيّته لها نظير مالكيّة الزوجة بالإرث مالّيّة الأبنيّة، إذ لا ترث من نفس البناء، بل ترث من قيمة الأبنيّة.

و عليه فالمراد بما تداول كتبه من «أن حق الطبع محفوظ للمؤلف» إن كان حقّ النشر فلا بأس به. وإن كان غيره فلا بدّ من النظر فيه. و أمّا إذا كتب هذه الجملة غير المؤلف فلا أثر له.

الرابع (1): إذا تلف المبيع،

4- ضمان المثلي بالمثل

(1) بعد أن ثبت في المبحث الأول ضمان المشتري لما أخذه بالبيع الفاسد، فتلف- وأنه يجب عليه ردّ بدله إلى البائع- يقع الكلام في خصوصية هذا البديل المضمون، وأنه هل يكفي ردّ ما شاركه في النوع وهو ماليته المتحققة في ضمن مطلق الأموال من النقود والسلع المختلفة؟ أم لا بدّ من رعاية خصوصيته الصنفية بدفع ما يكون أقرب إلى التالف مما يشترك معه في الصفات الدخيلة في الرغبات، ويلزم حينئذ البحث عن ضمان التالف المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة. وهو بحث مبسوط لما فيه من الفروع التي تعرّض المصنّف قدس سرّه لجملة منها، فعقد هذا الأمر الرابع المتضمّن لمقامات ثلاثة:

أولها: تعريف المثلي.

ثانيها: دليل اعتبار ضمان المثلي بمثله، وهي وجوه ثلاثة، الإجماع المتصافر نقله، والإطلاق المقامي، وآية الاعتداء بالمثل. وإن كان مفاد هذه الوجوه مختلفا كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

ثالثها: حكم الشك في كون التالف مثليا أو قيميا، وأنه يتخيّر الضامن بين دفع المثل أو القيمة، أو أنه يتخيّر المالك بين مطالبة ما شاء منهما، وغير ذلك ممّا سيأتي بالتفصيل.

ثم إنّ الداعي لمعرفة مفهوم المثلي هو وقوع هذا العنوان في دليلين:

فإن كان مثلياً وجب مثله (1) بلا خلاف (2)، إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي.

أحدهما: الإجماع على ضمان المثليّ بمثله، وعدم إجراء أداء قيمته مع إمكان المثل.

و ثانيهما: الآية الشريفة المجوّزة للاعتداء بالمثل. فيلزم حينئذ تمييز موضوع الحكم ليترتب عليه آثاره، و لأجله قدّم المصنّف قدّس سرّه البحث الموضوعيّ، هذا.

(1) هذا هو الدليل الأوّل على أنّ المثليّ يضمن بالمثل. و نقل الإجماع تمهيد للبحث المبسوط عن تعريف المثليّ.

(2) هذا العنوان مقابل لما سيأتي في الأمر السابع في حكم ضمان القيميّ: «لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة» .. ثم قال:

«فقد حكي الخلاف في ذلك عن الإسكافي».

و العبارة المنقولة عن ابن الجنيد هي: «إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه» (1). فإن كان مراده بالمضمون ما هو أعمّ من المثليّ و القيميّ كان معناه مخالفة ابن الجنيد في ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة، لحكمه بضمان القيمة مطلقاً إلا مع رضا المالك بالمثل. فيتّجه حينئذ ما نسبته المصنّف إليه هنا و في الأمر السابع من أنّ المخالف لضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة هو أبو علي الإسكافي.

و إن كان مراده بالمضمون خصوص القيميّ - كما احتمله جماعة منهم الشهيد قدّس سرّه بقوله: «و لعلّه يريد القيميّ» - فما نسبته إليه هنا من قوله: «عدا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي» لا يخلو من غموض، لكون مصبّ كلام الإسكافي خصوص المضمون القيميّ، و لا تعرّض فيه للمثليّ أصلاً، حتى يكون مخالفاً لإجماع أصحابنا على ضمان المثليّ بالمثل [1].

[1] و احتمال قوياً السيّد المحقق الخويي قدّس سرّه وقوع السّقط في عبارة المتن، فكأنّه قال: «إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله، و إن كان قيميّاً وجبت قيمته، بلا خلاف

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 241

ص: 295

وقد اختلف (1) كلمات أصحابنا في تعريف المثليّ. فالشيخ «1» (2) وابن زهرة «2» وابن إدريس «3» والمحقّق «4» وتلميذه و العلامة «5» وغيرهم (3) «قدّس الله أسرارهم»

(1) هذا شروع في تحقيق معنى المثليّ، وقد اقتصر في أوّل كلامه على تعريف المشهور و حام حوله، ونقل بعد الفراغ منه تعاريف آخر.

(2) نقلنا عبارة المبسوط في (ص 26) فراجع، و من جملتها قوله: «فماله مثل ما تساوت أجزاءه. و معناه: تساوت قيمة أجزائه .. إلخ».

(3) قال السيد الفقيه العامليّ بعد عدّ كتب الجماعة المصرّح بأسمائها في المتن:

«و المهذّب البارِع و المقتصر و التنقيح، وفيه وفي المسالك و الكفاية: أنّه المشهور» «6».

في ذلك بين الأصحاب، إلّا عن الإسكافي، فإنّه حكم بضمان المثل في القيميّ أيضا» «7».

و هذا التوجيه منوط بظهور كلام الإسكافي في الاحتمال الثاني، و هو إرادة القيميّ. و أمّا بناء على إطلاق كلامه فلا نقص في عبارة المتن، لاقتصار المصنّف في هذا الأمر الرابع على بيان حكم المثليّ، و في الأمر السابع على ضمان القيميّ، و لا مانع من كون الإسكافي مخالفا في المسألتين، هذا.

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 59 و 60؛ و نحوه في الخلاف، ج 2، ص 103، المسألة 29 كتاب الغصب.

(2) غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) ص 537

(3) السرائر الحاوي، ج 2، ص 480

(4) شرائع الإسلام، ج 3، ص 239؛ و تلميذ هو الفاضل الآبي في شرحه على المختصر النافع، لاحظ كشف الرموز، ج 2، ص 382

(5) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 10؛ قواعد الأحكام (الطبعة الحجرية) ص 79؛ تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

(6) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 141

(7) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 145 و 146

ص: 296

- بل المشهور على ما حكى (1) - «أنه ما يتساوى أجزاءه من حيث القيمة».

و المراد (2) بأجزائه ما يصدق عليه

(1) قال الشهيد الثاني قدس سره: «و المشهور بين الأصحاب ما ذكره المصنّف من أنّ المثليّ ما يتساوى قيمة أجزائه، أي: أجزاء النوع الواحد منه ..» (1). و الحاكي عنه هو السيّد الفقيه العاملي قدس سره كما عرفت آنفا.

(2) غرضه قدس سره توجيه تعريف المشهور للمثليّ - 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 فرد من أفراد الإنسان، و من المعلوم عدم صدق الكلّ - كزيد - على أجزائه، فلا يقال: إنّ يده إنسان. و هذا بخلاف الجزئيّ، لصحّة حمل الكلّيّ على أفرادها، فيقال: زيد إنسان.

و على هذا، يرد على تعريف المشهور للمثليّ ما حكاه الشهيد الثاني قدس سره بقوله:

«و اعترض بأنّه إن أريد بالأجزاء كلّ ما تركّب عنه الشيء، فيلزم أن لا تكون الحبوب مثليّة، لأنّها تتركّب من القشور و الألباب. و القشر مع اللّب مختلفان في القيمة. و كذا التمر و الزبيب، لما فيهما من التوى و العجم. و إن أريد بالأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة فيلزم أن لا تكون الدراهم و الدنانير مثليّة، لما يقع في الصّحاح من الاختلاف في الوزن، و في الاستدارة و الاعوجاج، و في وضوح السّكّة و خفائها، و ذلك ممّا يؤثّر في القيمة» (2).

و حاصل الشقّ الأوّل من الاعتراض هو: أنّ المشهور حكموا بكون الحنطة و الشعير مثليّين، مع أنّ التعريف غير صادق عليهما، إذ الصبرة من الحنطة تحتوي على حبّات مشتملة على ألباب و قشور، و من الواضح عدم مساواتهما في القيمة، فألحقه من اللباب إذا قوّمت بدينار مثلا كانت الحقّة من القشور درهما لا خمسة دراهم، مع مساواتهما في المقدار من وزن أو كيل.

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 182

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 182

اسم الحقيقة (1).

و المراد (2) بتساويهما من حيث القيمة تساويهما بالنسبة، بمعنى (3) كون قيمة كلّ بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث

و لأجل دفع هذا الاعتراض وجّه المصنّف قدس سرّه تعريف المثليّ بأنّ المراد بـ «الأجزاء» هنا هو الأفراد و الجزئيات التي تصدق عليها طبيعة واحدة، كالحنطة الصادقة على كلّ حبة من حباتها.

فملخص هذا التعريف: أنّ المثليّ هو «ما يكون أفراده متساوية قدرا وقيمة» فالحنطة من المثليات، لأنّ فردين منها متساويان في المقدار و القيمة كالمئتين منها مثلا، فإنّ كلّ واحد من المئتين يسوى خمسة دراهم مثلا. فالمثلي على هذا هو الكلّي الذي تكون أفراده المساوية في المقدار مساوية في المالتية أيضا.

و أمّا بناء على إرادة ظاهر لفظ «الأجزاء» فموضوع المثلية هو الفرد، و مثليته بلحاظ تساوي أجزائه معه. و موضوع المثلية بناء على خلاف ظاهر الأجزاء هو الكلّي الذي تتساوى أفراده و مصاديقه في القيمة، و لا يرد إشكال حينئذ.

(1) كمّن من الحنطة- مثلا- بالنسبة إلى منّ آخر منها، فيصدق حقيقة الحنطة على كلا المنين، مع تساويهما قيمة.

(2) هذا مترتب على توجيه التعريف بإرادة الجزئيات من «الأجزاء» فالمثليّ هو ما تتساوى قيم أفرادها، فإذا كان المنّ من الحنطة عشرة دراهم كان نصف المنّ منها خمسة دراهم، و ربعه دراهم 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 كلّ مقدار منها كالمّن و الحقة و الأوقية مصداق حقيقيّ لطبيعيّ الحنطة كما لا يخفى.

(3) هذا معنى التساوي في القيمة، و قد عرفته آنفا.

المقدار، و لذا (1) قيل في توضيحه: إنَّ المقدار منه إذا كان يستوي قيمة فنصفه يستوي نصف تلك القيمة. و من هنا (2) رجَّح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمياً، قال: «إذ لو انفصلت نقصت قيمتها» [1].

(1) يعني: و لأجل تساوي الأفراد قيمة و مقداراً قيل في توضيح التساوي ..

إلخ، و القائل هو السيّدان الطباطبائي و العاملي قدّس سرّهما: «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» (1).

(2) أي: و ممّا قيل في توضيح التساوي- المأخوذ في تعريف المثليّ- رجَّح ثاني الشهيدين قدّس سرّهما كون 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 المحقّق قدّس سرّه من قوله: «و لو كان في المغصوب 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، لأنّ أجزاءه ليست متّمة القيمة، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها متّصلة كما لا يخفى» (2).

[1] لا- يخفى أنّ كلام الشهيد الثاني قدّس سرّه مبنيّ على كون موضوع المثليّ هو الفرد، و مثليّته ملحوظة بالنسبة إلى أبعاض الفرد، لا الكلّيّ بالنسبة إلى أفرادها، كما هو مقتضى قول المصنّف: «و المراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة» فتدبرّ في العبارة.

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 241؛ رياض المسائل، ج 2، ص 303، السطر 27

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 191

ص: 299

قلت: وهذا (1) يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً، إذ (2) لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع.

إلا أن يقال (3) [1]: إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه، وهو الصحيح

(1) المشار إليه هو قوله: «إنّ المقدار منه إذا كان يساوي قيمة فنصفه يساوي قيمة نصفه» و غرض المصنّف قدّس سرّه الإيراد على تعريف المشهور حتّى بعد توجيه السيّد العاملي قدّس سرّه له، و حاصله: أنّه بناء على كون المناط في المثليّ مساواة قيمة نصفه لنصف قيمة كلّه يلزم خروج مسكوك النقدين- و هما الدرهم و الدينار- عن ضابط المثليّ و اندراجهما في القيميّ، فإذا كان الدينار الصحيح يساوي عشرة دراهم لم يكن قيمة نصف الدينار خمسة دراهم، بل أقلّ، لأنّ السكّة المنقوشة على الذهب دخيلة في قيمته، و ليست المادّة بخصوصها مدار ماليّته، فكيف جعل المشهور الدرهم و الدينار مثليّين مع عدم انطباق التعريف عليهما؟

و بهذا ظهر أنّ الذهب و الفضة لا يكونان مثليّين. أمّا المصوغ من أحدهما فلما أفاده الشهيد الثاني قدّس سرّه من عدم مساواة قيمة نصفه لنصف قيمة تمامه، مثلاً إذا كانت قيمة سوار عشرة دنانير و وزنها مثقالين لم تكن قيمة مثقال من المكسور منه خمسة دنانير، بل هي أقلّ منها. و أمّا المسكوك منهما فلما أفاده المصنّف قدّس سرّه، لنفس التقريب.

و لعلّه اقتبس المطلب من تعليل الشهيد الثاني قدّس سرّه «إذ لو انفصلت نقصت قيمته».

(2) هذا تعليل ورود الاشكال على المشهور الّذين جعلوا الدرهم مثلياً، مع أنّهم اعتبروا مساواة قيمة النصف- مثلاً- لنصف قيمة المجموع.

(3) غرضه قدّس سرّه توجيه عدّ المشهور الدرهم من المثليّات، و توضيحه: أنّ

[1] لكن على هذا يكون المصوغ من النقدين أيضاً مثلياً، كالخاتم، و السوار، و الخلخال و نحوها، لتساوي أمثالها في القيمة كالدرهم الصحيح.

ثمّ إنّ هذا التوجيه غير وجيه، لأنّ معنى النقص هو ما ذكر في التوضيح من كون موضوع المثليّة الفرد، و التوجيه مبنيّ على كون موضوع المثليّة هو الكلّي، و إرادة الأفراد من الأجزاء.

ولذا (1) لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطة، ولا الدقاقة مثلاً للأرز.

و من هنا (2) يظهر أنّ كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد، بل كلّ صنف من

«الدرهم» جنس يشتمل على نوعين:

أحدهما: الصحيح، وهو الذي تكون سكّته و هيئته محفوظة.

وثانيهما: المكسور والمعيوب، كما إذا انكسر نصفين أو أكثر، أو عاب بأن انمحي نقشه المضروب عليه.

فإن كان موضوع المثليّة الدرهم هو الجنس الصادق على السليم والمعيب انتقض تعريف المثليّ، لأنّ النصف المكسور من الدرهم لا يسوى قيمة نصف الدرهم الصحيح، لزوال ماليّة هيئته بالكسر، و صيرورة العبرة في ماليّته بنفس المادّة و هي الفضة.

وإن كان موضوع المثليّة خصوص النوع الصحيح لم ينتقض تعريف المثليّ، إذ لا ريب في أنّ الدراهم الصّحاح متساوية في الماليّة، و ليست الدراهم المكسورة مندرجة في النوع الصحيح حتى يقال بعدم مساواة أبعاضها. و الظاهر أنّ مناط المثليّة عندهم هو النوع لا الجنس، و لذا لا يعدّون الجريش و الطحين مثلاً للحنطة، مع انطباق الجنس عليهما.

(1) يعني: و لكون المثليّة ملحوظة بالنسبة إلى النوع- كما و جهه بقوله:

إلّا أن يقال- لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطة. و الجريش هو الحنطة المطحونة بطحن غير ناعم، بحيث تبقى قطعاً صغاراً. فالحنطة جنس لها أنواع، منها الحبات غير المطحونة، و منها: الجريش، و منها الطحين. فإذا اشتغلت الذمّة بحقّة حنطة لم تفرغ بدفع حقّة من نوع آخر كالجريش.

(2) يعني: و من لحاظ المثليّة بالنسبة إلى النوع- لا الجنس- يظهر أنّ المثليّة ملحوظة في النوع بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع فقط، لا سائر أنواع الجنس.

أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف (1).

فلا يرد (2) ما قيل من: «أنه إن أريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، إذ ما من مثلي إلا وأجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإن قفيزا من حنطة تساوي عشرة، و من أخرى تساوي عشرين.

وإن أريد التساوي في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب والأرض» (3) انتهى.

(1) فالرّز في عصرنا له أنواع وأصناف عديدة ربّما يكون سعر النوع الجيد ضعف سعر المتوسط أو الرديء. وهكذا الحنطة، ونحوهما سائر السلع.

(2) هذا متفرّع على كون مناط المثلية هو النوع والصنف، دون مجرد ما يصدق عليه الحقيقة. وغرضه قدّس سرّه دفع ما أورده المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه على تعريف المشهور، ومحصّله: أنّ تفسير المثلي ب «ما تساوت أجزاؤه» إمّا غير منطبق على شيء ممّا عدّ مثلياً، وإمّا غير مانع الصديق على الغير وهو القيمي.

وبيانه: أنه إن أريد بالتساوي التساوي الكليّ و من جميع الجهات، فالظاهر عدم صدقه على شيء ممّا عدّ مثلياً، لاختلاف أجزاء كلّ مثلي في القيمة، فإنّ قفيزا من حنطة يساوي عشرة، و من حنطة أخرى يساوي عشرين، مع أنّ الحنطة من أظهر أفراد المثلي.

وإن أريد بالتساوي التساوي في الجملة أي التقارب في القيمة- في قبال الأشياء المختلفة قيمها بكثير، كالتفاوت بين سعر الحنطة والشعير والأرز مثلاً- لزم دخول جملة من القيميّات في التعريف، لتقارب قيم كثير من الحبوب والأقمشة والثياب ونحوها، مع أنّهم جعلوها من القيميّ. وعليه فجعل ضابط المثليّ التساوي الكليّ غير سديد. هذا تقريب إشكال المحقّق الأردبيلي قدّس سرّه «1».

(3) هذه العبارة تختلف يسيراً مع ما في مجمع الفائدة، وكلامه قدّس سرّه متضمّن لشقّ ثالث للمنفصلة لم تذكر في المتن، وهي قوله: «وإن أريد مقدارا خاصاً فهو حوالة على المجهول».

(1) مجمع الفائدة والبرهان، ج 10، ص 522 و 523

ص: 302

وقد لَوَّح هذا المورد (1) في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما (2) ذكرنا من: أن كون الحنطة مثلية معناه أن كل صنف منها متماثل الأجزاء (3) و متساو في القيمة، لا بمعنى أن (4) جميع أبعاد هذا النوع متساوية في القيمة. فإذا كان المضمون

(1) وهو المحقق الأردبيلي قدس سره، فإنه جعل مناط المثلية النوع أو الصنف، و دفع به الإيراد المتقدم في كلامه.

ولا يخفى أن تماثل الأفراد في النوع و الصنف غير مصرح به في مجمع الفائدة، لكن يستفاد منه ذلك. قال قدس سره: «و الذي يقتضيه القواعد أنه- أي المثلي- لفظ بني عليه أحكام بالإجماع، و كأنه بالكتاب أيضا، مثل ما تقدم، و السنة أيضا، و ليس له تفسير في الشرع، بل ما ذكر اصطلاح الفقهاء، و لهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن أن يحال إلى العرف، إذ الظاهر أنه ليس بعينه مرادا، فإن المثل هو المتشابه و المساواة في الجملة. و هو موجود بين كل شي ء .. فكل شي ء يكون له مثل في العرف، و يقال له:

إن هذا له مثل عرفا، فيؤخذ ذلك .. و يؤيده أنه على تقدير ثبوت كون المتلف مثليا مثل الحنطة لا يؤخذ بها كل حنطة، بل مثل ما تلف عرفا .. إلخ» (1).

و مدّل أيضا بسنّ الجمل و الثوب و الفرس العتيق، حيث إن المضمون هو المماثل للتالف عرفا. و هذا هو النوع أو الصنف في تعبير المصنّف.

(2) متعلق ب «دفع» و المراد بالموصول قوله: «إلا أن يقال: إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه».

(3) أي: متساوية الأفراد و متساوية في القيمة.

(4) 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 كالحبّات و الجريش و الطحين، فإذا كان المضمون حقة من الجريش الأحمر كان الواجب دفع هذا المقدار من هذا الجريش، لا دفع نفس الحنطة الحمراء

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 525 و 526

ص: 303

بعضاً من صنف فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمة (1) ولا بعض من صنف آخر (2).

لكن الانصاف (3)

ولا دقيقتها، ولا حنطة صفراء.

(1) لاختصاص وجوب دفع القيمة بما إذا كان التالف قيمياً، والمفروض كونه مثلياً كالحنطة.

(2) لفرض أنّ مناط المثليّة هو الصنف لا الجنس ولا النوع، فلو كان المضمون دقيقاً من الحنطة الحمراء لم تفرغ الذمّة بدفع دقيق حنطة أخرى، لعدم تماثل الحنطتين كما عرفت.

فتحصّل من كلام المصنّف قدّس سرّه أنّه - وفاقاً للمحقّق الأردبيلي وغيره - وجّه تعريف المشهور للمثليّ بإرادة تساوي جزئيات الأصناف، هذا. وسيأتي عدم تماميّة التعريف حتّى بالنظر إلى هذا التوجيه.

(3) أورد المصنّف قدّس سرّه على تعريف المشهور بوجهين، الأوّل: أنّ جعل مدار المثليّة هو الصنف مخالف لظاهر كلمات المشهور، لأنّهم يطلقون المثليّ على الجنس، لا - الصنف. فقد عرفت تعريف المثليّ في عبارة المبسوط وتنظيره له بالتمور والأدهان والحنطة والشعير، وظاهرة أنّ كلّ ما يصدق عليه التمر فهو مثليّ، مع كونه على عشرات الأصناف. وهكذا لكلّ من الحنطة والشعير والأدهان أقسام كثيرة.

ويترتّب على مثليّة جنس واحد - بماله من الأصناف - كفاية دفع صنف في مقام تفرغ الذمّة المشغولة بصنف آخر. مع أنّه لا ينطبق تعريف المثليّ على الأصناف، لعدم تساوي صنف لجزئيات صنف آخر قيمة.

و دعوى «توجيه إطلاق المثليّ على جنس الحنطة بلحاظ تساوي أجزاء صنف واحد قيمة، لا بلحاظ تساوي قيمة أفراد كلّ ما يصدق عليه الحنطة، فيتّم تعريف المشهور حينئذ» ممنوعة، لتوقّفه على الإضمار في التعريف، بأن يقال: «المثليّ

أنّ هذا (1) خلاف ظاهر كلماتهم، فإنّهم يطلقون المثليّ على جنس الحنطة والشعير ونحوهما، مع عدم صدق التعريف عليه (2). و إطلاق (3) المثليّ على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن بعيداً، إلّا (4) أنّ انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار (5) بعيد جدّاً.

إلّا (6) أن يهملوا خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها،

هو ما تساوت أجزاء كلّ صنف من أصنافه، و ما تساوت أجزاء كل نوع من أنواعه» و لا ريب في أنّ الإضمار و التقدير خلاف الأصل، و لا يصار إليه بلا قرينة.

(1) أي: جعل مدار المثليّة على الصنف خلاف ظاهر كلماتهم، لأنّهم يطلقون المثليّ على الجنس لا الصنف.

(2) 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.

(3) مبتدأ خبره جملة «و إن لم يكن بعيداً» و قد أوضحناه بقولنا: «و دعوى توجيهه .. إلخ».

(4) هذا استدراك على قوله: «و إن لم يكن بعيداً» و هو جواب الدعوى، و قد عرفته أيضاً.

(5) أي: باعتبار مثليّة الأنواع أو الأصناف. وجه البعد: لزوم المسامحة في التعريف، للاحتياج إلى الإضمار، بأن يقال: «ما يتساوى أجزاء أنواعه أو أصنافه» مع عدم البناء على المسامحة في التعاريف.

(6) ظاهر العبارة أنّ غرضه قدّس سرّه توجيه انطباق التعريف المذكور على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه على نحو يسلم عن هذا البعد. لكنّه ليس كذلك، لأنّ هذا الإهمال يوجب كون الإطلاق بلحاظ نفس الجنس لا بلحاظ الأنواع و الأصناف.

كما التزمه بعضهم، غاية الأمر (1) وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف (2) أو القرض، وهذا أبعد (3)، هذا.

ولكن الصحيح أن قوله: «إلا أن يهملوا» معادل لقوله قدس سره: «باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه».

فالأولى في تأدية المطلب أن يقال: إن إطلاقهم المثلّي على الجنس إن كان باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه من باب توصيف الشيء بحال متعلقه، فهو وإن لم يكن بعيداً، إلا أن انطباق التعريف المذكور عليه بهذا الاعتبار بعيد جداً.

وإن كان باعتبار إهمال الخصوصيات النوعية والصنفية الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها ولحافظ جنس الشيء من حيث هو، فهو وإن كان يقرب معه انطباق التعريف على الجنس بلا مسامحة ولا احتياج إلى الإضمار، بأن يكون المعنى:

ما يتساوى أجزاءه في القيمة من حيث هو مع قطع النظر عن الأوصاف النوعية والصنفية، 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.

وبالجملة: الغرض من التعريف تشخيص ما يتحقق بدفعه فراغ الذمة عما اشتغلت به من مال الغير، ومن المعلوم دخل القيمة الناشئة من الخصوصيات الصنفية في الضمان، فلا معنى لإهمال الخصوصيات.

(1) يعني: أنهم أهملوا خصوصية مساواة أفراد صنف لأفراد صنف آخر قيمة، ولكن لا بد من رعاية خصوصية المضمون في مقام تفرغ الذمة. ففرق بين مقام تعريف المثلي وبين مقام الأداء.

(2) يعني: في المقبوض بالعقد الفاسد، في قبال ضمان البدل بالقرض.

(3) يعني: أن إهمال الخصوصيات في التعريف أبعد من الإضمار، لأن الغرض من تعريف المثلي تشخيص ما اشتغلت به ذمة الضامن، فلا وجه لوجوب رعاية

الخصوصيات عند الأداء، إذ مقتضى مثلية كليّ هو جواز إعطاء أيّ فرد منه أداء لما في الذمّة، من غير ملاحظة الخصوصيات.

(1) هذا هو الإشكال الثاني على تعريف المثليّ بما في كلام المشهور من «أنّه ما تساوت قيمة أجزائه» بناء على إرادة تساوي أفراد الصنف. و حاصل الاشكال:

أنّ التعريف إمّا غير جامع للأفراد على تقدير، وإمّا غير مانع للأغيار.

توضيحه: أنّ «تساوي أفراد الصنف الواحد قيمة» إن أريد به تساويها فيها بالدقّة- بحيث لا يكون بينها تفاوت في القيمة أصلا- لزم خروج أكثر المثليات عن التعريف، وذلك لأنّ أفراد الصنف الواحد من الأجناس المثلية وإن كانت متشابهة في جهات، لكنّها تتفاوت في بعض الخصوصيات الدخيلة في مالمية السلعة.

مثلا- إذا كان طنّ من الحنطة الحمراء مائة دينار- أي ما يساوي ألف درهم- لم تكن قيمة أوقية منها درهما، بل قيمتها أزيد منه، لتفاوت المبيع جملة لقيمه مفردا، فلا- يصدق تعريف المثليّ ب «ما تساوت قيمة أجزاء صنف واحد» على الحنطة، مع كونها من أظهر أفراد المثليّ. وهكذا الحال في سائر السلع و الأمتعة.

وإن أريد بتساوي الأفراد قيمة تقارب قيم الجزئيات- لا- تساويها- لم يكن التعريف مانعا للأغيار، لصدق هذا المعنى على كثير من القيميات، فإنّ أفراد القيميّ وإن لم تتساو في الصفات و الخصوصيات، إلا أنّ أسعارها متقاربة، بل ربّما تتساوى.

مثلا: الكتابة و الفطنة و نحوهما من صفات الكمال دخيلة في قيمة الجارية التي لها أنواع كالروميّة و الزنجيّة و التركيّة و غيرها، فيمكن أن تكون الجارية المضمونة روميّة كاتبه، و لكن للضامن دفع جارية تركيّة خدومة و فطنة تساوي تلك في القيمة، فيلزم صدق تعريف المثليّ على الإماء، مع أنّها من أظهر أفراد القيميّ.

و على هذا فتعريف المثليّ إمّا غير جامع للأفراد، وإمّا غير مانع للأغيار، فلا جدوى فيه، و لا بدّ من التماس تفسير آخر له.

- بناء على هذا (1)- بأنه إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقيًا، فقلّمًا يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع، لأنّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة، لتفاوتها بالخصوصيّات (2) الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها، كما لا يخفى.

وإن أريد (3) تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة- وإن لم يتساو حقيقة- تحقّق ذلك في أكثر القيميّات، فإنّ لنوع الجارية أصنافًا متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة، وبهذا الاعتبار (4) يصحّ السّلم فيها، ولذا (5) اختار العلامة في باب القرض من التذكرة [على ما حكى عنه] أنّ ما يصح فيه

(1) أي: بناء على اعتبار تساوي أفراد كلّ صنف من أصناف المثليّ، لا تساوي أفراد الطبيعة.

(2) وأقلّ تلك الخصوصيّات بيعها جملة وبمقدار كثير، وبيعها بمقدار قليل كالحقّة والأوقية.

(3) معطوف على قوله: «وإن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد» وهذا إشارة إلى إشكال عدم مانعيّة التعريف عن الأعيان، وقد تقدّم بقولنا: «وإن أريد بتساوي الأفراد قيمة تقارب قيم الجزئيّات .. إلخ».

(4) أي: باعتبار تحقّق تقارب صفات أصناف الجارية، الموجبة لتساوي القيمة بمعنى التساوي العرفي المسامحي لا الحقيقي. ولأجل الاكتفاء بذلك المقدار في رفع الجهالة القادحة في صحّة البيع يصحّ السّلم فيها. فلو كانت متباعدة الصفات المانعة عن صدق التساوي العرفي- بحيث لم يكتف بذلك في رفع الغرر- لم يصحّ السّلم فيها من جهة الغرر.

(5) أي: ولأجل تحقّق التقارب- الموجب للتساوي العرفي في القيميّات- اختار العلامة أنّ القيميّات التي يصحّ فيها السّلم مضمونة في القرض بمثلها.

فلو لم يتحقّق التقارب فيها كيف يحكم بضمان بعضها بالمثل، والمراد منه الفرد الآخر

السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله».

وقد عدّ (1) الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات، مع أنّ كلّ نوع منها مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفاً.

المماثل للعين المقترضة المتقارب لها في الصفات، بل لا بدّ من الحكم بضمان القيمة فيها مطلقاً، لعدم وجود المثل حينئذ.

ففي التذكرة: «مال القرض إن كان مثلياً وجب ردّ مثله إجماعاً.. وإن لم يكن مثلياً، فإن كان ممّا ينضبط بالوصف- وهو ما يصحّ السلف فيه كالحيوان والياب- فالأقرب أنّه يضمّنه بمثله من حيث الصورة.. وأمّا ما لا يضبط بالوصف كالجواهر والقسىّ وما لا يجوز السلف فيه تثبت فيه قيمته» (1).

وهذه العبارة تتكفّل الكبرى، وهي الملازمة بين القرض وبيع السلم، بإناطة كليهما بكون المال ممّا ينضبط بالوصف. وطبّق هذه الكبرى في عبارة أخرى على الجارية، فقال: «الأموال إمّا من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم، فالأوّل يجوز إقراضه إجماعاً. وأمّا الثاني فإن كان ممّا يجوز السلم فيه جاز إقراضه أيضاً.. وهل يجوز إقراض الجوّاري؟ أمّا عندنا فنعم، وهو أحد قولي الشافعي، للأصل، ولأنّه يجوز إقراض العبيد، فكذا الجوّاري، ولأنّه يجوز السلف فيها فجاز قرضها كالعبيد» (2).

و غرض المصنّف قدّس سرّه الاستشهاد به على تحقق تقارب أفراد القيميّ في القيمة، كتقارب أفراد المثليّ، فينتقض تعريف المثليّ بكثير من القيميات.

(1) غرضه قدّس سرّه الاستشهاد ثانياً على تقارب قيمة القيميات، فينتقض تعريف المثليّ بها، لاشتراكهما في تقارب أسعار أفرادها. قال شيخ الطائفة قدّس سرّه: «وإن غصب شجراً فأثمرت كالنخل ونحوها، فالثمار لصاحب الشجر.. وإن تلف رطباً فعليه قيمته، لأنّ كلّ رطب من الثمار كالرطب والتّفاح والعنب ونحوها إنّما تضمن بالقيمة.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 5، السطر 4 إلى 9

(2) المصدر، السطر 27 إلى 29

وإن كان رطباً فشمّسه فعليه ردّه إن كان قائماً، ومثله إن كان تالفاً، لأنّ الثمر له مثل «(1)».

ولا يخفى أنّه قدّس سرّه جعل الثّمار كالتمور مثلياً على ما نقلناه عنه (في ص 26) ويمكن حمله على ما فصّله هنا بين الثمرة الرّطبة و المجفّفة، فالرّطبة قيمّي، و المجفّفة مثلي. و تحقيق ما هو الحقّ من كلاميه موكول إلى محلّه.

وقد تحصّل: أنّ المصنّف قدّس سرّه اعترض بوجهين على تعريف المثليّ بما في كلام المشهور، واستشهد بعبارتي التذكرة و المبسوط لإثبات الشقّ الثاني من الإيراد الثاني، و هو انتقاض التعريف بكثير ممّا عدّوه قيمياً، لأنّ تقارب قيم أفراد الصنف جهة مشتركة بين المثليّ و القيمّي، كما عرفت.

فإن قلت: لا- ينتقض تعريف المثليّ بما ذكر من أفراد القيمّي، و ذلك لأنّ الأفراد المتقاربة أو المتساوية قيمة من كلّ صنف من أصناف المثليّ كثيرة، كالحنطة و الشعير، و أمّا تساوي سعر أفراد صنف من أصناف القيمّي فنادر. فلو سلّمنا دخول بعض القيمّيّات في تعريف المثليّ لم يقدح ذلك في انطباق التعريف على المثليات، و عدم انطباقه على غالب القيمّيّات.

قلت: الغرض من التعريف تحديد ما تشغل ذمّة الضامن به، إمّا المثل أو القيمة، فيلزم تعريف كلّ منهما بما يجمع الأفراد و يمنع الأغيار، و من المعلوم أنّ دخول بعض أفراد القيمّيّ في تعريف المثليّ قاذح في التحديد، و مجرد قلّة مورد النقض و ندرته لا- يوجب سلامة التعريف. لأنّ التعريف مبنيّ على شرح الحقيقة، لا على ما هو الغالب خارجاً.

نعم يوجب عزّة الوجود الفرق بين المثليّ و القيمّيّ في حكمة الحكم بضمان المثل في الأول، و ضمان القيمة في الثاني، لا في تشخيص مصاديق أحدهما عن مصاديق الآخر الذي هو المطلوب هنا.

ثم (1) لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيميّة عزيز الوجود- بخلاف الأنواع المثليّة- لم يوجب (2) ذلك إصلاح طرد التعريف.

نعم يوجب ذلك (3) الفرق بين النوعين في حكمة الحكم بضمّان المثليّ بالمثّل، و القيميّ بالقيمة.

ثمّ إنّه عرّف المثليّ بتعاريف آخر أعمّ من التعريف المتقدّم، أو أخصّ.

فعن التحرير: «أنّه ما تماثلت أجزاؤه، و تقاربت صفاته (4)» «(1)».

(1) هذا إشارة إلى دخل يرد على قوله: «تحقق ذلك في أكثر القيميّات» و أوضحناه بقولنا: «فان قلت» و هو- كما أفاده سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه- من صاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال: «و لا يرد النقض بالثوب أو الأرض، الذي يمكن رفعه بعدم غلبة ذلك- أي التساوي أو التقارب قيمة- فيهما. و فرض بعض الأفراد كذلك لا يناسب اطراد قواعد الشرع» «(2)».

(2) هذا جواب الشرط في «لو فرض» و هو دفع الدخل المتقدّم، و قد عرفته أيضا.

(3) أي: يوجب عزّة الوجود في تساوي أفراد كلّ صنف من أصناف القيميّ- و كثرة تساوي أفراد كلّ صنف من المثليّ- الفرق بين النوعين في الحكمة الداعية للحكم بضمّان المثليّ بمثله، و القيميّ بقيمته. و من المعلوم خروج الجهات التعليليّة عن موضوعات الأحكام، فالعبرة بما أخذ في لسان الدليل. و قد ثبت انطباق تعريف المثليّ على بعض القيميّات، و هذا المقدار كاف في بطلان تعريف المشهور. هذا تمام الكلام فيما يتعلّق بتفسير المثليّ بما تساوت أجزاؤه في القيمة. و قد ظهر الاشكال فيه.

(4) هذا التعريف مساو لتعريف المشهور بناء على توجيهه بتساوي أفراد الصنف لا الجنس، و أخصّ منه بناء على ظاهره من تساويها في الحقيقة النوعيّة.

(1) تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

(2) نهج الفقاهة، ص 138

ص: 311

و عن الدروس و الروضة البهية: «أنه المتساوي الأجزاء و المنفعة (1) المتقارب الصفات» (1).

و عن المسالك و الكفاية: «أنه أقرب التعريفات إلى السلامة» (2).

و عن غاية المراد: «ما تساوى أجزاءه في الحقيقة النوعية» (3) (2).

و عن بعض العامة «أنه ما قدّر بالكيل أو الوزن» (4) (3).

(1) قال المحقق القمي قدس سره - في ما حكي عنه -: «و لعلّ المنفعة في كلامه عطف على القيمة المقدّرة، يعني المتساوي الأجزاء في القيمة و المنفعة. و يمكن أن يكون نظره في زيادة المنفعة إلى إخراج مثل الحنطة و الحمّص معا إذا تساويا 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 أخصّ من سابقه و لا حقه كما لا يخفى.

(2) هذا أعمّ، و هو قريب من تعريف المشهور بناء على إرادة التساوي في الحقيقة، لا في النوع و الصنف. و أمّا بناء على توجيهه بالتساوي في قيمة أفراد الصنف كان تعريف الشهيد قدس سره أعمّ، كأعمّيته من تعريف الدروس و الروضة.

(3) هذا أيضا أعمّ من تعريف مشهور الخاصّة، لأنّ كثيرا من القيميات لا تباع جزافا، بل لا بدّ من تقديرها بكيل أو وزن كالفواكه الرطبة، و الحبوب، و المعاجين.

و لا يخفى أنّ التعاريف الثلاثة المنقولة عن العامة مشتركة في ضبط المثلي بالمكيل و الموزون، و يكون اختلافها بالإطلاق و التقييد، فهذا التعريف مطلق، و يشتمل التعريف الثاني و الثالث على قيد زائد.

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 113؛ الروضة البهية، ج 7، ص 36

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 183؛ كفاية الأحكام، ص 257

(3) غاية المراد، ص 135

(4) روضة الطالب، ج 4، ص 108

ص: 312

وعن آخر منهم: «زيادة جواز بيعه سلماً» (1).

وعن ثالث منهم: «زيادة جواز بيع بعضه ببعض» (2). إلى غير ذلك ممّا حكاه في التذكرة (3) عن العامّة [1].

(1) فيصير أخصّ من تعريف المثليّ ب «مطلق ما يقدر كمّه بالكيل أو الوزن» لتوقّف بيع السلم على إمكان ضبط المبيع بالوصف. فما يعتبر فيه المشاهدة كالجلود لا تباع سلماً.

(2) كجواز بيع الحنطة بمثلها كيلاً أو وزناً، والتمر بمثله، وهكذا. فيندرج فيه كلّ مكيل أو موزون جاز بيعه ببعض آخر من جنسه، وهو صادق على جملة من القيميّات.

(3) قال فيها- بعد حكاية تعريف شيخ الطائفة والتعاريف الثلاثة عن العامّة-: «وقال بعضهم: المثليّات هي التي تقسم بين الشريكين من غير حاجة إلى تقويم ..»

وقال آخرون: المثليّ ما لا يختلف أجزاء النوع الواحد منه في القيمة .. ويقرب منه قول من قال: المثليّات هي التي تتشاكل في الخلقة وفي معظم المنافع، أو ما يتساوى أجزاءه في المنفعة والقيمة. وزاد بعضهم: من حيث الذات لا من حيث الصفة .. إلخ» (1) مما لا جدوى في نقله، فراجع.

[1] وفي حاشية المحقّق الأيرواني قدّس سرّه على المتن: «والأحسن أن يعرف المثليّ بما تشابهت أفرادها وجزئياتها في الصورة والصفات، اللازم منه التساوي في الرغبات، اللازم منه التساوي في المائيّة. وعلى هذا فجنس الحنطة المختلف الأنواع والأصناف اختلافاً فاحشاً إن لم يكن مثلياً صادقاً عليه التعريف، فأصنافه النازلة مثلية البتة» (2).

ويمكن أن يقال: إنّ تفرغ ما في الذمّة مقام، وتعريف المثليّ وتمييز كون شيء

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 97

مثليًا عن كونه قيمًا مقام آخر، لأنّ تفرّغ الذمّة إنّما يحصل بأداء ما اشتغلت به من الجهات الكليّة و الشخصية الدخيلة في الماليّة. فالمثليّة إنّما تكون بلحاظ الجامع الذي له أفراد كثيرة متماثلة في الصفات التي تختلف بها الرغبات. فكلّ كليّ تكثر أفرادها المتماثلة في الصفات الموجبة لاختلاف الرغبات الدخيلة في اختلاف المالية يكون مثليًا، و القيميّ بخلافه.

و على هذا فمنتجات المعامل الحديثة من الفروش و الظروف و غيرها مما يغلب اتّفاقها في الصفات المختلفة بها الرغبات كلّها مثليّة، لتساويها في المقدار و الهيئة.

و عليه فالذهب و الفضة المسكوكان و كذا غير المسكوكين - إذا لم يكونا مصوغين - من المثليّات. و أمّا المصوغان فهما من القيميّ، لاختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات، و اختلاف الماليّة. و كذا الحال في الحديد و النحاس.

وقيل في ضابط المثليّ و القيميّ: إنّ ماليّة الأموال تارة تكون باعتبار الجامع و الجهات الكليّة من دون لحاظ المشخصات الفرديّة كالحنطة، فإنّ ماليّتها إنّما تكون بالحنطيّة، و الحمرة و الصفرة و غيرها من الجهات الكليّة نظير كتابة زيد لانسائيته.

و اخرى تكون بلحاظ الجهات الشخصية و الخصوصيّات الفرديّة. فالأوّل هو المثليّ، و الثاني هو القيميّ.

و على هذا فالمثليّ هو الكليّ الذي تكون ماليّة أفرادها بالجهات الكليّة الجنسيّة أو النوعيّة أو الصنفيّة، بحيث لا دخل للخصوصيّات الشخصية في ماليّتها.

و لعلّه يرجع إلى هذا التعريف ما أفاده المحقّق الخراساني قدّس سرّه بقوله: «فالأولى تعريفه بما كثر أفرادها التي لا تفاوت فيها بحسب الصفات المختلفة بحسب الرغبات» «1». و القيميّ بخلافه كالفرس، فإنّ مناط ماليّته هي الجهات الشخصية.

(1) حاشية المكاسب، ص 35

ثم (1) لا يخفى أنه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية ولا متشعبة. وليس

(1) هذا تتمّة البحث عن معنى المثلي، و تمهيد لبيان حكم الشك في كون المضمون مثلياً أو قيمياً. و توضيحه: أن تعرّض الفقهاء لتفسير المثلي والقيمي منوط بوقوع لفظهما موضوعاً لحكم شرعي في لسان الدليل، كموضوعية «الصعيد» لجواز التيمّم به، و موضوعية «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 الإجماع على ضمان المثلي بالمثل، فيلزم حينئذ تعريفه لتمييز المضمون، و أنه مثلي أو قيمى.

و على هذا نقول: إمّا أن يكون «المثلي» بمعناه اللغوي و هو المماثل و «الشبيه» (1) و إمّا أن يكون منقولاً عن اللغة إلى معنى آخر شرعياً أو متشعباً، كنقل ألفاظ الصلاة و الزكاة و الحجّ و نحوها عن معانيها اللغوية إلى ما ينسب إلى أذهان المتشعبة. و إمّا أن يكون بمعناه العرفي، و هو أعمّ من اللغوي. هذا بحسب الثبوت.

فما تنتجها المعامل الحديثة يكون مثلياً، لأنّ ماليته بجهاته الكليّة، مثل كون الطرف المنتج فيها من القسم الكذائيّ. و كذا الذهب و الفضة المسكوكان و غير المسكوكين قبل الصياغة. و أمّا بعدها فإن كانت مصنوعة في المعامل فهي مثلية أيضاً، لتساوي أفراد كلّ صنف منها في الوزن و عيار الذهب. و إن كانت مصنوعة باليد كانت قيمية، لاختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات و اختلاف المآلية.

و إن أمكن جعلها مثلية أيضاً، لإمكان صوغ أسورة عديدة متساوية وزناً و قدراً.

هذا كلّه إذا أحرز كون المضمون مثلياً أو قيمياً. و أمّا إذا شكّ فيه، فسيأتي البحث عنه في آخر هذا الأمر الرابع إن شاء الله تعالى.

(1) المصباح المنير، ص 563

ص: 315

المراد معناه اللغوي، إذ (1) المراد بالمثل لغة المماثل [1]. فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس (2)، وإن أريد من بعضها فغير مطرد (3). وليس (4) في النصوص

وَأَمَّا بحسب مقام الإثبات فلا يراد منه المعنى اللغويّ وهو المماثل، لما تقدّم من الإشكال الثاني على تعريف المشهور، حيث إنّه غير جامع لأفراد المثليّ لو أريد التماثل من جميع الجهات، وغير مانع عن دخول بعض القيميّات فيه لو أريد التماثل من بعض الجهات. وأما المعنى الثاني - وهو نقله إلى اصطلاح شرعيّ أو متشرعيّ - ففيه: أنّه لا حقيقة شرعيّة ولا متشرعيّة في مثله.

فيتعيّن إرادة معناه العرفي بأن يقال: إنّ الفقهاء بصدد بيان مفهومه عرفاً.

نعم اختلف المجمعون في مثليّة جملة من الأشياء، والقاعدة تقتضي الحكم بضمان المثليّ بمثله إذا كانت مثليّته متفقاً عليها، والرجوع في الأمور المختلف فيها إلى وجه آخر سيأتي بيانه.

(1) تعليل لعدم إرادة معنى «المثل» لغة في مبحث الضمان.

(2) يعني: فغير منطبق على أفراد المعرف، بمعنى عدم كونه جامعاً لأفراده.

(3) أي: غير مانع عن دخول أفراد القيميّ في التعريف.

(4) هذا إشارة إلى الكبرى المتقدّمة بقولنا: «و توضيحه: أن تعرّض الفقهاء .. إلخ»

[1] هذا خلط بين المثل الذي هو مباين للمال التالف، وبين المثليّ الذي هو كليّ ينطبق عليه ويصحّ حمله عليه بالحمل الشائع، وكلامنا في الثاني الذي عرف بتعاريف.

والمثل بالمعنى الأوّل موضوع لأداء ما في الذمّة، لصدق الأداء الرفع للضمان عليه، لكونه الفرد المماثل للتالف من جميع الجهات الدخيلة في مالية التالف. ولم يتصدّد أحد لتعريفه وإن تصدّوا لتعريف المثليّ الذي هو الكليّ. والإشكالات الطردية والعكسيّة واردة على تعريف المثليّ، لا تعريف الفرد المماثل للتالف.

حكم يتعلّق بهذا العنوان حتى يبحث عنه.

نعم (1) وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على «أنّ المثليّ يضمن بالمثل وغيره بالقيمة» و من المعلوم أنّه لا يجوز الاتّكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين (2). و حينئذ (3) فينبغي أن يقال: كلّما كان مثليًا باتفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل، للإجماع [1]. و يبقى ما كان مختلفا فيه بينهم كالذهب و الفضة غير المسكوكين. فإنّ صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيمّات (4)،

و كان المناسب تقديم الوجه الداعي لهذا البحث المفصّل عن معنى المثليّ.

(1) استدراك على ما يفهم من قوله: «و ليس في النصوص ..» يعني: أنه و إن لم يرد لفظ المثليّ في الأخبار، لكنّه ورد في دليل تعبديّ آخر و هو الإجماع.

(2) سيأتي في المتن ذكر بعض موارد اختلاف الفقهاء في المثليّة و القيميّة، مع اتّفاقهم على أصل الحكم و هو ضمان المثليّ بالمثل.

(3) أي: و حين عدم جواز الاتّكال- في تشخيص صغريات المثليّ- على قول بعض المجمعين فينبغي أن يقال .. إلخ. و قد ذكر المصنّف من موارد المختلف في مثليّتها و قيمّتها أموراً أربعة ستأتي في المتن.

(4) قال قدّس سرّه فيه: «و أمّا إذا كان- أي التالف- من جنس الأثمان لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يكون ممّا فيه صنعة، أو لا صنعة فيه، فإن كان ممّا لا صنعة فيه- و هو

[1] ظاهر هذه العبارة و قوله: «و حينئذ فينبغي أن يقال .. إلخ» أنّ مثليّة بعض الأموال و قيميّة الآخر تعبديّة، فلا بدّ من الرجوع إلى الدليل الشرعيّ في تعيينه و هو الإجماع بالنسبة إلى بعض الموارد. و الظاهر أنّه ليس كذلك، لأنّ المثليّة و القيميّة من الموضوعات العرفيّة التي يرجع فيها إلى العرف، فإنّفاق المجمعين في بعض الموارد، و اختلافهم في الآخر إمّا هو من حيث كونهم من أهل العرف، لا من حيث إنّهم من أهل الشرع. هذا ما قيل، فتأمل فيه.

و ظاهر غيره (1) كونهما مثليين. وكذا الحديد و النحاس و الرصاص، فإنّ ظواهر عبارة المبسوط (2) و الغنية و السرائر كونها قيمية. و عبارة التحرير «1» صريحة في كون أصولها مثلية، وإن كان المصوغ منها قيمياً.

النقرة- فعليه قيمة ما أتلّف من غالب نقد البلد .. فأتمّ إذا كان فيها صنعة، لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يكون استعمالها مباحاً أو محظوراً. فإن كان استعمالها مباحاً كحليّ النساء و حليّ الرّجال مثل الخواتيم و المنطقه .. فإن كان غالب نقد البلد من غير جنسها قومت به .. إلخ» (2). و المستفاد منه تقويم الذهب و الفضة بنقد البلد، سواء كانا سبيكتين، أم مصوغتين.

(1) كابن إدريس و المحقّق و العلامة و فخر الدين و الشهيد و المحقّق الثاني، على ما حكاه عنهم السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه، ذكر ذلك شارحاً لقول العلامة: «و الذهب و الفضة يضمنان بالمثل، لا بنقد البلد» (3).

(2) 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» (4).

و في التذكرة أيضاً، حيث قال بعد ذكر عديد من الأشياء: «و الأظهر عندهم أنّها بأجمعها مثلية» (5). و كلامه قدّس سرّه ناظر إلى أصولها- كما نسبه المصنّف إليه في التحرير- لا المصنوع منها.

(1) تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

(2) المبسوط، ج 3، ص 60 و 61

(3) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 258؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 384

(4) المبسوط، ج 3، ص 60؛ غنية النزوع، ص 537، السطر 13؛ السرائر الحاوي، ج 2، ص 480

(5) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 381، السطر 31

ص: 318

وقد صرّح الشيخ (1) في المبسوط «1» بكون الرّطب و العنب قيميّاً، و التمر و الزبيب مثليّاً.

و قال في محكيّ المختلف: «إنّ (2) في الفرق إشكالا» بل (3) صرّح بعض من قارب عصرنا «2» «بكون الرّطب و العنب مثليّين».

و قد حكي (4) عن موضع من جامع المقاصد: «أنّ الثوب مثليّ» و المشهور خلافه.

و أيضا (5) فقد مثّلوا للمثليّ بالحنطة و الشعير. و لم يعلم أنّ المراد نوعهما

(1) تقدّم نقل كلامه آنفاً، فراجع. و هذا ثالث موارد الاختلاف.

(2) قال بعد نقل كلام الشيخ قدّس سرّه: «و في الفرق إشكال» «(3)».

(3) الوجه في الإضراب هو: أنّ العلامة لم يحزم بمثلية الرّطب و العنب، و إنّما استشكل في الفرق بين العنب و الزبيب بجعل العنب قيميّاً و الزبيب مثليّاً. و أمّا المحقّق القميّ قدّس سرّه فلم يتردّد في مثليّة الرّطب و العنب، فيكون مخالفاً لشيخ الطائفة قدّس سرّه.

(4) هذا مورد رابع ممّا اختلفوا في كونه مثليّاً أو قيميّاً، قال المحقّق الثاني قدّس سرّه بعد نقل تعريف المبسوط: «و نقض بالثوب و نحوه، فإنّ قيمة أجزائه متساوية، و ليس بمثليّ» «(4)». و لم يظهر أنّ النقض بالثوب منه أو من غيره من الفقهاء.

(5) لم يختلفوا في كون الحنطة و الشعير مثليّين، فغرض المصنّف قدّس سرّه أنّهما و إن كانا متيقّنين من المثليّات، إلّا أنّه لم يظهر منهم أنّ المثليّة هل هي ملحوظة بالنسبة إلى أفراد طبيعة نوعيّة كالحنطة مثلاً، فأنواعها و أصنافها أفراد الكلّيّ المثليّ؟ أم أنّها

(1) المبسوط، ج 3، ص 60 و 99 و 100

(2) هو المحقّق القميّ في جامع الشتات، ج 2، ص 543 و 544

(3) مختلف الشيعة، ج 6، ص 135

(4) جامع المقاصد، ج 6، ص 243 و 244، و الحاكي عنه هو السيد العامليّ في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 241

ص: 319

أو كلِّ صنف (1)، و ما المعيار في الصنف؟ وكذا التمر.

[حكم الشك في كون التالف مثلًا أو قيمًا]

و الحاصل: أن موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّة فيها كثيرة (2)، فلا بدّ (3)

ملحوظة بالنسبة إلى الأصناف، فكلّ صنف مثليّ بالنسبة إلى خصوص جزئياته، لا بالنسبة إلى سائر الأصناف. و هل المراد بتساوي الأجزاء في القيمة تساويها من جميع الجهات أو من بعضها؟

(1) حيث إنّ للتمر عشرات الأصناف، فهل مناط مثليّته صدق الحقيقة، أم النوع.

(2) كالأراضي، فقد اختلفوا في ضمانها بالمثل أو بالقيمة.

حكم الشك في كون التالف مثلًا أو قيمًا

(3) هذا شروع في المقام الثالث ممّا تعرّض له في الأمر الرابع، و هو حكم الشك في كون التالف مثلًا أو قيمًا. و كان المناسب بيان الأدلة على أصل اعتبار المثل، ثمّ التعرض لحكم الشك. و قد اقتصر قدّس سرّه على نقل إجماعهم على الحكم، و آخر الوجهين الآخرين.

و كيف كان ففي تردّد 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 قدّس سرّه في حكم المسألة، فرجّح أولاً تخيير الضامن بين دفع المثل و القيمة، ثمّ تخيير المالك لو كان تخيير الضامن مخالفًا للإجماع. ثمّ قوّى تخيير المالك من أول الأمر. ثمّ عاد إلى تقوية تخيير الضامن، و في آخر البحث ذهب إلى اقتضاء أدلة الضمان ثبوت المثل في العهدة، لكونه أقرب إلى التالف، و سيأتي بيانها بالترتيب إن شاء الله تعالى.

من ملاحظة أن الأصل (1) الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمة؟

ولا يبعد أن يقال (2): إن الأصل هو تخيير الضامن، لأصالة (3) براءة ذمته

(1) ظاهره هو الأصل العملي من البراءة أو الاشتغال، لكن المراد به أعم منه و من الأصل اللفظي، لما سيأتي من الاستدلال بحديث «على اليد» على تخيير المالك.

(2) أشرنا آنفا إلى أن المصنّف قدس سرّه رجّح بدوا تخيير الضامن في مقام تفرغ ذمته بين أداء المثل والقيمة. وهو مبني على أمرين:

أحدهما: جريان أصالة البراءة عن ضمانه بأمر زائد على ما يختاره.

ثانيهما: الإجماع- بل الضرورة- على عدم وجوب الجمع بين المثل والقيمة.

أمّا الأوّل فتوضيحه: أنّ الضامن يعلم باشتغال ذمته بما تلف عنده من مال الغير، و لكنّه- عند الشكّ في كون التالف مثلياً وقيميّاً- إذا أدّى أحدهما إلى المالك يشكّ في اشتغال 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 حقّق في الأصول من جريان الأصل في الأحكام الوضعيّة كجريانه في التكليفيّة. و إن قلنا باختصاص الجعل بالتكليف جرى الأصل في منشأ الانتزاع و هو وجوب الغرامة.

و أمّا الثاني فلائّه لولا الإجماع على عدم وجوب الجمع بين الخصوصيّتين اقتضت أصالة الاشتغال دفع المثل والقيمة معا تحصيلاً للقطع بالفراغ.

و بتماميّة الأمرين يتّضح وجه تخيير الضامن.

(3) بناء على كون الفرق بين المثل والقيمة هو الفرق بين الأقلّ و الأكثر، فيكون الشك في وجوب المثل شكّاً في وجوب الأكثر. و أمّا بناء على كونهما من قبيل المتباينين- لكون المراد من القيمة في المقام النقد الواقع ثمننا كالدينار و الدرهم-

فيرجع عند الشك في أحدهما بعينه إلى أصالة الاحتياط.

(1) شرع المصنّف من هذه العبارة في ترجيح تخيير المالك بين مطالبة المثل أو القيمة، وسلك لإثباته طريقين، أحدهما: بالنظر إلى الإجماع على عدم تخيير الضامن في مقام تفرغ ذمته، والآخر: مع قطع النظر عن هذا الإجماع.

أمّا الأول- وهو تخيير المالك مع الالتفات إلى الإجماع- فيدلّ عليه وجهان:

أولهما: أصالة عدم براءة ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك، كما إذا زعم الضامن كونه مخيراً، فأدّى القيمة إلى المالك، ولم يرض بها، إذ يشك حينئذ في فراغ ذمّة الضامن عمّا اشتغلت به قطعاً، ومقتضى استصحاب بقاء ما في العهدة عدم حصول البراءة بدفع ما يختاره الضامن ولم يرض به المالك. وقد تقرّر حكومة الاستصحاب على الأصل غير المحرز كالبراءة، فلا سبيل لإثبات تخيير الضامن بالتمسك بأصالة البراءة.

ثانيهما: حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» حديث إنّ الضمير المحذوف الراجع إلى «ما» الموصول ظاهر في تحقق الأداء- المسقط للضمان- بردّ نفس العين، إلّا إذا رضي المالك بردّها غيرها، فلا يرتفع الضمان بردّ غير العين إلّا برضا المالك، و مرجع هذا إلى تخيير المالك. فلو أدّى الضامن القيمة المغايرة للعين المضمونة- ولم يرض المالك بها- دلّ الحديث على بقاء مال الغير في عهدة الآخذ، و عدم حصول الغاية- وهي: حتّى تؤدّي- المفرّغة لما في الذمّة.

و أمّا الثاني:- أعني به ثبوت تخيير المالك مع الغضّ عن الإجماع على عدم تخيير الضامن- فيقتضيه أصالة الاشتغال، للشكّ في فراغ ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك. ولا ريب في أنّ الاشتغال اليقينيّ يقتضي البراءة اليقينيّة المنوطة بدفع المثل و القيمة معا. نعم الإجماع قائم على عدم وجوب الجمع بينهما.

ولكنّه لا يثبت تخيير الضامن، وإتّما يثبت تخيير المضمون له، لأنّه مالك لذمّة

فالأصل (1) تخيير المالك، لأصالة عدم (2) 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 الإجماع على عدم تخيير الضامن.

قلت: لا معارض لأصالة الاشتغال هنا، لعدم جريان أصالة البراءة في أمثال المقام مما يكون المتعلق دائرا بين المتباينين، وهما المثل و القيمة، إذ لو كانت القيمة هي مجرد مآلية المضمون الموجودة في جميع الأعيان المتمولّة كانت هي الأقلّ، و كان المثل الواحد للجهات الصنفيّة المشتركة مع التالف هو الأكثر، فيكون المقتضي لجريان أصالة البراءة عن وجوب دفع الأكثر موجودا، و هي معارضة لقاعدة الاشتغال المقتضية لتخيير المالك.

ولكن المراد بالقيمة في باب الضمان هو النقد الواقع ثمنا كالدرهم و الدينار و الأنواط التي يعامل بها. و من المعلوم أنّ المثل و النقد متباينان، لعدم كون القيمة بعضا من المثل حتى تجري أصالة البراءة عن الأكثر، كما تجري في الزائد على المتيقن عند دوران الدين بين تسعين و مائة درهم مثلا.

و عليه فقاعدة الاحتياط تجري بلا معارض، و بعد الإجماع على عدم وجوب أداء الخصوصيّتين يتّجه تخيير المالك في قبول المثل أو القيمة. هذا تقريب القول بتخيير المالك.

(1) هذا الأصل أعمّ من العمليّ و اللفظي، لأنّه استدللّ بحديث «على اليد» و هو دليل اجتهاديّ.

(2) أي: استصحاب بقاء المضمون على عهدة الضامن، و قد عرفته بقولنا:

«أولهما: أصالة عدم براءة ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك .. إلخ».

مضافاً إلى عموم (1) «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» فإن مقتضاه (2) عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر (3).

و الأقوى (4) تخيير المالك من أول الأمر (5)، لأصالة الاشتغال.

و التمسك (6) «بأصالة البراءة» لا يخلو من منع (7).

نعم يمكن أن يقال (8):

(1) هذا أصل لفظي يقتضي تخيير المالك. وقد أوضحناه بقولنا: «ثانيهما:

حديث- على اليد- حيث إن الضمير .. إلخ».

(2) أي: مقتضى عموم «على اليد» عدم ارتفاع الضمان .. إلخ.

(3) وبقي- ما لم يرض المالك به- في عموم «على اليد» المقتضي للضمان بقاء، كاقضائه له حدوثاً بمجرد وضع اليد.

(4) هذا هو الطريق الثاني لإثبات تخيير المالك، وقد عرفته بقولنا: «و أمّا الثاني .. فيقتضيه أصالة الاشتغال .. إلخ».

(5) يعني: مع قطع النظر عن الإجماع على عدم تخيير الضامن.

(6) مبتدأ خبره «لا يخلو من منع» وهو دفع دخل، وقد تقدّم توضيحهما بقولنا: «فإن قلت: إن أصالة البراءة معارضة لقاعدة الاشتغال .. قلت: لا معارض لأصالة الاشتغال .. إلخ».

(7) إمّا لما ذكرناه من كون العلم الإجمالي بالمثل والقيمة من قبيل العلم الإجمالي بالمتباينين، وإمّا لما قيل من كونه من التعيين و التخيير الذي هو مجرى أصالة التعيينية، فتأمل.

(8) هذا نظره الثالث في المسألة، وهو إثبات التخيير بين المثل والقيمة عقلاً بمنأى دوران الأمر بين المحذورين، لا التخيير الشرعي كما تقدّم في النظرين السابقين، وهما تخيير الضامن و تخيير المالك.

و هذا الوجه يعتمد على مقدمتين:

الأولى: عدم تمامية شيء من الأقوال الأربعة، وهي تعيين المثل، وتعيين القيمة، وتخيير الضامن، وتخيير المالك، إذ لو نهض دليل على ترجيح أحدها تعيّن المصير إليه، سواء أكان الدليل الشرعي أصلاً لفظياً كحديث «على اليد» أم عملياً كالاستصحاب والاشتغال والبراءة. فإذا نوقش فيها- إما لقصور المقتضي وإما لوجود المانع وهو المعارضة- تصل النوبة إلى تعيين الوظيفة بحكم العقل.

الثانية: قيام الإجماع على عدم تخيير المالك بين مطالبة المثل والقيمة، إذ لو تمّ هذا الإجماع كان الدليل الاجتهاديّ على تخييره شرعاً موجوداً، ومعه لا مجال للتمسك بالأصل العمليّ العقليّ المتأخّر رتبة عن الأصول الشرعيّة.

وبناء على هاتين المقدمتين نقول: إنّ المستقرّ في عهدة الضامن إمّا المثل أو القيمة، فإن رضي المالك بما يؤدّيه الضامن فلا كلام. وإن لم يرض به فإن كانت الذمّة مشغولة بالمثل واقعا ودفع القيمة إلى المالك لم تفرغ ذمّته عمّا اشتغلت به. وإن كانت مشغولة بالقيمة كذلك وادّى المثل لم تفرغ ذمّته. كما أنّه لو كان على الضامن هو المثل لم يكن للمالك الامتناع عن قبوله، وليس له مطالبة القيمة، وكذا لو كان عليه القيمة لم يكن للمالك الإباء عن قبولها.

فيدور أمر كلّ من الضامن والمالك بين المحذورين. أمّا الضامن فلأنّ ما عليه واقعا إحدى الخصوصيّتين مع فرض عدم وجوب الجمع بينهما.

وأمّا المالك فلاستحقاقه واقعا أحد الأمرين لا كليهما، ولا تخيير شرعا بينهما حسب الفرض. فيقال بالتخيير عقلا من باب الاضطرار. كما يقال في تخيير المجتهد في مقام الفتوى في ما لو اختلفت الأمة على قولين، ولم يقم على أحدهما دليل بالخصوص، ولم يجز إبداع رأي ثالث في المسألة، فيتخيّر عقلا في الفتوى على

- بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال (1)، و الإجماع (2) على عدم تخيير المالك - بالتخيير (3) في الأداء، من جهة دوران الأمر بين المحذورين [1] أعني (4): تعيّن المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة، ولا للضامن الامتناع (5)،

طبق أحد القولين، هذا.

(1) هذا إشارة إلى المقدّمة الأولى. و عدم ترجيح بعض الأقوال مبنيّ على الغصّ عمّا جعله أقوى من تخيير المالك.

(2) بالجرّ معطوف على «عدم» يعني: و بعد الإجماع على عدم تخيير المالك.

و هذا إشارة إلى المقدّمة الثانية.

(3) متعلق ب «يقال» يعني: يقال بالتخيير العقليّ.

(4) 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 إنّ الواقع مجهول لم يمكن تحصيل العلم ببراءة الذمّة، فيحكم العقل بالتخيير بين أداء المثل و القيمة.

(5) أي: الامتناع عن بذل المثل.

[1] فيه: أنّ المقام أجنيّ عن الدوران بين المحذورين اللذين يحكم فيه العقل بالتخيير، و ذلك لأنّه إنّما يكون في أمرين لا يمكن فعلهما و لا تركهما، كدوران الأمر بين وجوب شيء و حرمة، أو وجوب شيء و وجوب ضده، في الضدّين اللذين لا ثالث لهما كالحركة و السكون. و ليس المقام كذلك، لإمكان تحصيل اليقين بالبراءة بدفع المثل و القيمة إلى المالك، ليأخذ المالك ما شاء منهما، و إن لم يخرج عن ملكه بمجرد الدفع.

و مع إمكان تحصيل اليقين بالبراءة بهذا النحو لا تصل النوبة إلى القرعة.

و تعيّن (1) القيمة كذلك (2)، فلا متيقّن (3) في البين. ولا يمكن (4) البراءة اليقينيّة عند التّشاحّ (5)، فهو (6) من باب تخيير المجتهد في الفتوى.

(1) معطوف على «تعيّن المثل» يعني: أنّ منشأ كون المقام من موارد الدوران بين المحذورين هو تعيّن أحد الأمرين واقعا، و المفروض عدم طريق إلى إحرازه.

(2) يعني: بحيث لا يكون للمالك مطالبة المثل، و لا للضامن الامتناع عن بذل القيمة.

(3) إذ ليس المثليّ و القيميّ من قبيل الأقلّ و الأكثر حتى يكون الأقل هو المتيقّن، بل هما متباينان، فلا تجري البراءة في المثليّة.

(4) لكونهما متباينين. و عدم الاحتياط في الماليّات، فالمضمون له لا يستحقّ واقعا إلا أحدهما.

(5) بأن لا يأذن الضامن إلا بقبض ما عليه واقعا، و لا يرضى المالك أيضا إلا بما له واقعا، و المفروض جهلهما بالواقع، فلا يمكن تحصيل اليقين بالبراءة.

(6) حيث إنّ الضامن يدور أمر أدائه بين المحذورين، أجزاء المثل بخصوصه، و القيمة كذلك، لعدم القدر المتيقّن الذي تحصل به البراءة، فيتخيّر الضامن حينئذ. نظير تخيير 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 صادرا واقعا وجبت الفتوى بمضمونه و لم تجز الفتوى بالحرمة. و إن كان الخبر النهائي صادرا وجبت الفتوى بالحرمة و حرمت الفتوى بالوجوب.

و حيث إنّ المفروض تردّد الصادر واقعا بين الخبرين فقد تردّد الأمر عنده بين الوجوب و الحرمة، فلا محالة يفتي بمضمون أحدهما، هذا.

(1) لعلّه إشارة إلى: أنّ تخيير المجتهد إنّما هو في تعارض الخبرين دون مثل المقام.

أو إلى: أنّ التخيير منوط بعدم ترجيح لأحد الأقوال، و المفروض وجود المرجّح لتخيير المالك من أول الأمر، فلا وجه لتنظيره بتخيير المجتهد.

[1] إذا شكّ في كون مال مثليًا أو قيميًا 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 و القيمة لا بدّ من تقديم مقدّمتين نافعتين في جميع موارد الضمانات.

إحدهما: أنّ القيميّ و المثليّ من المتباينين أو الأقلّ و الأكثر. فإن أريد بالقيمة مطلق الماليّة السارية في جميع الأموال كانا من قبيل الأقلّ و الأكثر، لأنّ المثليّ حينئذ مال خاصّ علاوة على الماليّة المشتركة بين سائر الأموال، فتكون المثليّة خصوصيّة زائدة على الماليّة المشتركة.

وإن أريد بالقيمة خصوص ما هو المرتكز في الأذهان و المتسالم عليه من النقود الرائجة التي تقدّر بها ماليّة الأموال و تتمحض في الماليّة كانا من المتباينين. و ربّما يكون هذا ظاهر كلام اللغويين.

ثانيتها: أنّ الدّمّة في باب الضمانات هل تشتغل بنفس الأعيان، بمعنى كون نفس العين على عهدة الضامن مطلقًا من غير فرق في ذلك بين ضمان اليد و الإتلاف، و يكون أداء المثل أو القيمة أداء لها، لأنّه حكم العرف، فإنّهم يحكمون بضمان المثل في المثلي و القيمة في القيميّ، إذ لو كان له مثل عادة لا يعدّ إعطاء غيره أداء لها؟ أم تشتغل الدّمّة بالمثل مطلقًا، و يكون أداء القيمة بتعدّره نحو أداء له، أو بدلا اضطراريًا، أم تشتغل ابتداء في المثليّ بالمثل، و في القيميّ بالقيمة مطلقًا كما نسب إلى المشهور، أم تشتغل بالقيمة مطلقًا حتّى في ضمان اليد. أم يفصل بين ضمان اليد و غيره.

قد يقال: لو بني على المتعارف و تنزِيل الإطلاقات الواردة في الضمان عليه كان مقتضى ذلك ضمان الماليّة مطلقاً وليست الخصوصيّات العينيّة ملحوظة في نظر العرف إلاّ عبّرة إلى مرتبة ماليّة المال، ولذا لو سقط المثل عن الماليّة لم يلتفتوا إليه أصلاً.

ولا يرون دفعه تداركاً. وكذا لو زاد في الماليّة لا يرون المالك مستحقّاً لأزيد من قيمة ماله.

وبالجملة: ليس النظر في الأموال إلاّ إلى ماليّتها. بل لو كانت خصوصيّة مال مطلوبة كان ذلك لأمر خارجيّ غير دخيل في حيثيّة الضمان. وإنّما يدور الضمان مدار التمول في أي عين كان بلا خصوصيّة للنقدين، ولا للمماثل ولا لغيرهما.

وهذا في غاية الغرابة، إذ لازمه ارتفاع الضمان بجبران الماليّة بأيّ مال كان، فلو أتلف متّاً من حنطة زيد، ودفع إليه مقداراً من الدهن يساوي قيمة منّ الحنطة- وإن لم يرض به المالك- لزم منه براءة ذمّة الضامن، وهو كما ترى خلاف ما عليه العقلاء في باب الضمانات، إذ لا يرون هذا أداء لما أتلفه، فإنّ العقلاء كما يحكمون بأصل الضمان كذلك يحكمون بكيفيّته. فدعوى كون الضمان مطلقاً بالماليّة- من دون رعاية الخصوصيّات الدخيلة في الرغبات والماليّة- في غاية الغرابة.

فالحقّ أن يقال: إنّ حكم العقلاء في باب الضمانات هو ثبوت نفس العين التالفة المضمونة على عهدة الضامن، فالاستيلاء على العين الموجب للضمان يوجب ثبوتها في الذمّة. وهذا وجود اعتباريّ للعين، فبدون التلف يكون خروجه عن عهدها بدفع عينها إلى مالكها، ومع التلف يكون أداؤها بإعطاء مماثلها إن كان مثليّاً، وقيمتها إن كان قيميّاً. وثمره ثبوت العين في الذمّة هو كون المدار في القيميّة قيمة يوم الأداء لا يوم التلف.

وهذا- أي ثبوت نفس العين في الذمّة إلى وقت الأداء- ممّا تقتضيه الأدلّة الشرعية أيضاً كحديث «على اليد» فإنّ ظاهره كون نفس المأخوذ على الآخذ ومستعلياً

عليه كما هو قضيّة كلمة على الاستعلايّة، حيث إنّ الظرف مستقرّ متعلّق بفعل من أفعال العموم، فكأنّه قيل: المأخوذ ثابت على الآخذ، فالثابت على العهدة محمول على نفس المأخوذ، نظير قوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ حَيْثُ إِنَّ الرِّزْقَ بِنَفْسِهِ ثَابِتٌ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ، و جعل شيء على شخص ظاهر في كونه على عهده، ولذا استظهر الأصحاب من هذه الآية المباركة ملكيّة النفقة للزوجة، والتفصيل في محله.

وبالجملة: لا مانع من جعل شخص المأخوذ على العهدة اعتبارا كما في الكفالة، فإنّ الشخص المكفول يكون على عهدة الكفيل اعتبارا، فإن كانت العين موجودة كان أدائها بنفسها، وإن كانت تالفة كان أدائها بما هو أقرب إليها. ولا يعارضها سائر أدلّة الضمانات كآية الاعتداء على فرض دلالتها على ضمان المثل والقيمة، لأنّ ظاهرها تجويز الاعتداء بهما أي التقاص - يعني: على عهدة الغاصب ما يكون تقاصه بالمثل أو القيمة - وهو لا يدلّ على أنّ ما في العهدة نفس العين أو القيمة أو المثل، إذ لو كان ما على العهدة نفس العين فلازمه أيضا التقاص بالمثل أو القيمة، فهذا اللازم أعمّ من كون ما في الذمّة نفس العين أو المثل أو القيمة.

فظهور «على اليد» يكشف عن كفيّة الضمان ولا ينافيه الآية الشريفة، ولا دليل احترام مال المؤمن وأنّه كدمه، إذ لا يدلّ على كفيّة الضمان، بل يدلّ على نفس الضمان وعدم هدره. وكذا سائر أدلّة الضمانات، فإنّها لو لم تكن ظاهرة في ضمان نفس العين وثبتها على العهدة ليست ظاهرة في الخلاف. فالبناء العقلائيّ الذي يساعده الدليل الشرعيّ كحديث «على اليد» قد استقرّ على كون الثابت في ذمّة الضامن نفس العين، هذا.

لكن يمكن أن يقال: إنّ ما وقع تحت اليد هو الموجود الخارجي، ولا ريب في انعدامه بالتلف، فلا بدّ أن يسقط الضمان بسبب التلف، إذ الماهيّة المعرّاة عن الوجود الخارجي لم تقع تحت اليد، ولا يمكن وقوعها عليه. فلا يستفاد من حديث اليد ضمان المأخوذ بعد التلف.

و الحاصل: أنّ 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 أدلّة الضمانات.

فالمرجع حينئذ في كيفية الضمان هو العرف، و من المعلوم أنّهم يحكمون بضمان المثل في المثليّ و القيمة في القيميّ، لأنّ ذلك أقرب إلى التالف، و صدق الجبران و تدارك الفائت عليه أولى من غيره، كمطلق الماليّة، فالضمان من أول الأمر يتعلّق ببدل التالف مثلياً أو قيميّاً، لا بنفس العين بوجودها الاعتباريّ، فإنّه وإن كان ممكناً ثبوتاً، لكنّه لا دليل عليه إثباتاً.

ثمّ إنّ الظاهر - كما أشير إليه - عدم تعبد 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 أدلّة الضمان، فالضمان المأخوذ في أدلّته 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 المقدّمتين فاعلم: أنّ مقتضى العلم الإجمالي باشتغال ذمّة الضامن بإحدى الخصوصيّتين اللّتين هما بدل التالف - لحكم العقل بأنّ الضمان هو تدارك خسارة التالف ببده 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. و لو لم يرض بأحدهما فالظاهر تعيّن القرعة بناء على جريانها في الشبهات الحكمية، و إلّا فالصلح القهري.

(1) هذا إشارة إلى دليل آخر على أصل الحكم بضمان المثليّ بالمثل - كما سيأتي تصريحه به في المتن بقوله: نعم الانصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه بالقول المشهور- و الظاهر أنّ غرضه قدّس سرّه من التعرّض له هنا- بعد الفراغ عمّا يقتضيه الأصل العمليّ في الشك في كون التالف مثليًا وقيميًا- هو: استفادة حكم المسألة من الدليل الاجتهاديّ أعني به إطلاق أخبار الضمان مقاميًا، في قبال ما تقدّم من استفادته من الأصل العمليّ المقتضي لتخيير الضامن شرعا، أو تخيير المالك كذلك، أو التخيير عقلا.

ولا تجري أصالة البراءة في إحدى الخصوصيّتين- وهي المثليّة- ليكون نتيجته تخيير الضامن، وذلك لكون المقام من المتباينين كما مرّ سابقا، لا من الأقل والأكثر.

كما لا تجري أصالة التعيينيّة القاضية بتعين المثل، لأنّ مورد العلم بوجود شيء تعيينا أو تخييرا، كوجوب تقليد المجتهد الأعلم المرّدّد بين كونه بنحو التعيينيّة والتخييريّة. وهذا أجنبيّ عن مطلوبيّة كلّ واحدة من الخصوصيّتين كالمثليّة والقيميّة، فإنّ الضمان تعلق بالخصوصيّة المثليّة أو القيميّة.

كما لا وجه لتخيير المالك، ببيان: أنّ ما يختاره المالك إمّا هو البديل الواقعيّ الذي اشتغلت به ذمّة الضامن، فيكون مسقطا قهريًا، وإمّا هو بديل البديل، لرضاء المالك بغير الجنس في مرحلة الوفاء، فيكون مسقطا أيضا. فمختار المالك مسقط للذمّة قطعًا دون غيره، لأنّه مشكوك المسقطيّة، والأصل عدم سقوطه إلّا بما يختاره المالك.

إذ فيه: أنّ الكلام في إجراء الأصل بالإضافة إلى ما اشتغلت به ذمّة الضامن من المثل بالخصوص أو القيمة كذلك، لا بالنسبة إلى ما يرضى به المالك بدلا عن ماله التالف، لأنّه قد يكون القيمة في المثليّ والمثل في القيميّ، وقد يكون شيئا آخر ممّا لا ينضبط. ومن المعلوم أنّ دفعهما معا 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.

و توضيح ما أفاده: أنّ مادّة «الضمان و الغرامة» و ما بمعناها قد وردت في كثير من النصوص المتكفلة لحكم المغصوب، و الأمانات التي فرّط أصحابها فيها كالعين المستأجرة و اللقطة و العارية و الوديعة، و كان السائل يستفهم عن وظيفته الفعلية المبتلى بها، و لم يستفصل منه الامام عليه السلام عن أنّ المضمون مثليّ أو قيميّ، و إنّما حكم عليه السلام بالضمان أو بما يؤدّيه، كما يستفاد أيضا من قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» ممّا ظاهره استقرار المأخوذ على عهدة الآخذ إلى أن يرده إلى المأخوذ منه.

و من المعلوم أنّ إهمال خصوصية المضمون - مع تفاوت الأموال في مالها مثل و ما ليس لها مثل - لا بدّ أن يكون لأجل إيكال الأمر إلى ما هو المتعارف بين العقلاء في ما يضمنون به، و عدم إبداع طريقة أخرى في مقام تفرغ الذمّة.

هذا من جهة. و من جهة أخرى نرى استقرار سيرتهم على أنّ من وضع يده على شيء مملوك للغير لزمه رده إليه، و إن تلف لزمه ردّ أقرب شيء إليه، و مع تعذره يؤدّي قيمة التالف.

و لا ريب في أنّ الأقرب إلى التالف هو مماثلة في جميع الجهات المعبرة في المالية و الأوصاف الدخيلة في رغبة العقلاء فيه، سواء أكان متّحدا مع المثليّ الذي اصطلح عليه الفقهاء قدّس سرّهم، أم لم يكن كذلك. فالحيوان مطلقا ليس مثليا بنظر الفقهاء، و لكن لا يبعد ضمانه عرفا بما يماثل التالف من جميع الجهات، و لو تعذّر بقيمته.

و عليه فهذا الدليل يقتضي الضمان أولا بمثل التالف، ثم بقيمته، و معه لا مجال للتخيير أصلا.

(1) حاصله: أنّ المستفاد من بناء العرف الممضى شرعا - بمقتضى الإطلاقات المقامية الثابتة لأدلة الضمان المنفرقة في أبواب الفقه - هو: أنّ الضمان في جميع موارد يكون بالمثل، ثم بالقيمة، و معرفة المثل موكولة إلى العرف، و لا تتوقّف على الإجماع على كون الشيء مثليا أو قيميا.

نعم لو شكّ العرف فالمرجع الأصل المتقدّم.

ثم إنّ مقتضى الإطلاقات هو الترتيب، بمعنى أنّ اللازم أولاً هو المثل، و بعد إعوازه قيمة التالف. بخلاف مقتضى الأصل، فإنّه التخيير، لا الترتيب. و يدلّ على هذا الترتيب ما سيأتي من قوله: «وقد استدلّ في المبسوط .. إلخ» على التقريب الآتي.

(1) كالنبوي: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» (1) بناء على اختصاص الأخذ بالقهر كما قيل، فيختصّ الحديث بباب الغصب. و كمرسلة حمّاد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السّلام: «لأنّ الغصب كلّه مردود» (2) بناء على عدم اختصاصه بحال بقاء العين المغصوبة، و شموله لردّها ببدلها.

(2) فمنها: ما ورد في ضمان الأجير، كمعتبرة زرارة و أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام: في رجل كان له غلام، فاستأجره منه صانع أو غيره.

قال: إن كان ضيّع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون» (3) حيث دلّ على ضمان مولى الأجير الذي ضيّع مال المستأجر، مع أنّ الأجير أمين. و لم يفصل عليه السّلام في أنّ المضمون مثليّ أو قيميّ، و إطلاق الضمان منزّل على المتعارف.

و منها: ما ورد في ضمان الدابة، كمعتبرة عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السّلام، قال: «سألته عن رجل استأجر دابة فأعطها غيره، فنفتت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسمّ فليس عليه شيء» (4) حيث إنّ الدابة أمانة بيد المستأجر فرّط فيها بمخالفته للشرط، فضمنها، و لم يذكر عليه السّلام أنّ

(1) عوالي اللئالي، ج 1، ص 224، الحديث 106

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 309، الباب 1 من أبواب الغصب، الحديث 3

(3) وسائل الشيعة، ج 13، ص 251، الباب 11 من أبواب الإجارة، الحديث 2

(4) المصدر، ص 256، الباب 16 من أبواب الإجارة، الحديث 1، و نحوه الحديث 2 و 3 و 4 و 6، من الباب 17، ص 257 و 258

ضمانها بالمثل أو بالقيمة.

و منها: ما ورد في ضمان الصنّاع، كمعتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

«سئل عن القصّار يفسد، فقال: كلّ أجير يعطى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن» «1». ولم يبيّن عليه السلام المضمون به، مع أنّ ما يعطى الأجير لإصلاحه قد يكون مثلّيًا وقد يكون قيمّيًا.

و منها: ما ورد في ضمان الوصيّ المفترط في المال الموصى به، كمعتبرة محمّد بن مسلم، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل بعث بزكاة ماله لتقسم، فضاقت، هل عليه ضمانها حتى تقسم؟ فقال: إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن .. إلى أن قال: وكذلك الوصي الذي يوصى إليه يكون ضامناً لما دفع إليه إذا وجد ربه الذي أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان» «2».

و لا تبعد دعوى قوّة الإطلاق في هذه الرواية، لأعميّة المال الزكويّ و الموصى به ممّا هو مثليّ في مصطلح الفقهاء، و قيمّيّ عندهم، فيحمل الضمان على المتعارف عند العقلاء.

و منها: ما ورد في ضمان الملتقط، كخبر الحسين بن يزيد عن جعفر عن أبيه عليهما السلام، قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول في الضالّة يجدها الرّجل فينوي أن يأخذ لها جعلاً، فتفق، قال: هو ضامن. فإن لم ينو أن يأخذ لها جعلاً و نفقت فلا ضمان عليه» «3».

و منها: ما ورد في ضمان الودعيّ مع التفريط، كخبر محمّد بن الحسن، قال:

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 271، الباب 29 من أبواب الإجارة، الحديث 1، و بمضمونه أكثر أخبار الباب، و هي أزيد من عشرين حديثاً.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 417، الباب 46 من أبواب الوصايا، الحديث 1، و نحوه سائر أحاديث هذا الباب و الباب 37

(3) وسائل الشيعة، ج 17، ص 369، الباب 19 من أبواب اللقطة، الحديث 1

ص: 335

وغير ذلك (1) هو (2) الضمان بالمثل، لأنه (3) أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات، ثم بعده (4) قيمة التالف من النقدين و شبههما (5)، لأنهما أقرب من

«كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع إلى رجل وديعة، وأمره أن يضعها في منزله [أو لم يأمره] فوضعها في منزل جاره، فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله» (1).

ومنها: غير ذلك من النصوص المتفرقة في أبواب الرهن وغيرها التي ورد فيها كلمة «الضمان» ولم يعين المضمون به. ولو كان ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة كان إهمال هذه الجهة - مع كون السائل في مقام استعلام وظيفته الفعلية - تأخيرا للبيان عن وقت الحاجة بلا مصلحة واضحة فيه.

(1) أي: غير المغصوب وغير الأمانة المفترط فيها، ومثال هذا الغير هو عارية الذهب والفضة أو العارية المشروط فيها الضمان، فإن المستعير ضامن إن لم يكن مفترطاً، كما ورد في صحيحة عبد الله بن سنان، قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تضمن العارية إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلا الدينير، فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً» (2). والتقريب كما تقدم آنفاً.

(2) خبر قوله: «ان القاعدة المستفادة».

(3) يعني: لأن المثل العرفي أقرب إلى التالف من قيمته. ووجه الأقرية واضح.

(4) أي: بعد الضمان بالمثل، والمراد بالبعدية هو الرتبة، أي: تأخر جواز دفع القيمة عن تعذر المماثل العرفي.

(5) مما يجعل ثمنها في المعاملات بمنزلة النقدين كالفلوس الرائجة المصوغة من غير النقدين - كالنحاس والرصاص والقرطاس وغيرها - مما يعامل معها في الأسواق معاملة النقدين.

(1) وسائل الشريعة، ج 13، ص 229، الباب 5 من أبواب الوديعة، الحديث 1

(2) وسائل الشريعة، ج 13، ص 239، الباب 3 من أبواب العارية، الحديث 1

حيث المالية (1)، لأن ما عدهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما.

و لأجل الاتكال على هذا الظهور (2) لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد (3) - على كثرتها - قد نصّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها - إلا ما شدّد و ندر (4) -

(1) لأتّهما متمحّضان في الماليّة، و لذا يقدرّ بهما ماليّة الأموال.

(2) أي: الضمان بالمثل ثم بالقيمة.

(3) يعني: الموارد التي حكم الشارع فيها بالضمان كالغصب و الأمانات المفترّط فيها.

(4) يعني: أنّ الشارع قد نصّ في موارد نادرة على المضمون به، و أنّه قيمة التالف، كما ورد في عدّة نصوص:

منها: صحيحة أبي ولّاد الحنّاط التي تقدّم مفادها (في ص 234) و سيأتي متنها في كلام المصنّف (في ص 482)، و المقصود منها قول أبي عبد الله جعفر بن محمد الصادق «صلوات الله و سلامه عليها»: «قيمة بغل يوم خالفته» «1» فالمضمون به هو خصوص الماليّة، و ليس الضمان مطلقا حتى يحمل على المفهوم منه عرفا، و هو المماثل في الصفات زيادة على المماثلة في الماليّة.

و منها، ما تقدّم في أخبار «2» بيع الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد و اللبن و الخدمة، فراجع (ص 49 و 50).

و لا يخفى أنّ اعتبار القيمة في هذا المورد ليس تخصيصا في الحكم بالضمان بالمثل إن وجد و إلا بالقيمة. و ذلك لأنّ مورد الحكم بضمان المثل هو ما له مثل عرفا، فلو لم يكن له مثل كذلك كان ضمانه بالقيمة موافقا لبناء العقلاء. فإنّ الولد ممّا لا يوجد له مماثل حتى يضمن به، مع انعقاده حرّا. و كذلك لا يبعد أن يكون ضمان البغل بقيمته لأجل عدم المماثل له في جميع الصفات الدخيلة في ماليّته.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 255، الباب 17 من أبواب الإجارة، الحديث 1

(2) وسائل الشيعة، ج 14، ص 591، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث 1 و غيره.

ص: 337

قد أطلق (1) فيها الضمان.

فلو لا الاعتماد (2) على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان.

ومنها: ما ورد في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبّتها وبيضها، وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها، ثم يؤكل، لأنّه يفسد، و ليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن» (1). و ظاهر الجملة الأخيرة- بل صريحها- ضمان السفرة بقيمتها، ولعلّه لأجل ندرة المماثل في غالب الصفات.

ومنها: ما ورد في ضمان المرتهن إذا فرط في العين المرهونة من قوله عليه السلام: «إنّه إن استهلكه تراذّ الفضل بينهما» (2) بناء على أنّ الدين غالباً يكون في النقدين، والرهن من الأعيان، فحكم عليه السلام بترادّ الفضل، فإن كان الدين أزيد قيمة من الرهن وجب على الراهن ردّ الزائد إلى المرتهن. وإن كان الدين أقلّ مالية من الرهن وجب على المرتهن ردّ الفضل إلى الراهن.

ومنها: غير ذلك ممّا يظفر به المتتبع في أخبار أهل بيت العصمة صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين، وسيأتي نقل جملة منها في الأمر السابع، فلاحظ (ص 456 و 457).

(1) خبر «كلها».

(2) هذا تقريب الإطلاق المقاميّ الدالّ على إمضاء البناء العرفيّ على ضمان التالف بما هو أقرب إليه أعني به المماثل عرفاً، وبتعدّره فالقيمة.

هذا تمام الكلام في الوجوه المتصوّرة في ضمان التالف المشكوك كونه مثلياً وقيميّاً، ومقتضى الإطلاق المقاميّ هو الضمان بما يشابه التالف ويمثله عرفاً، ثم بقيمته.

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 372، الباب 23 من أبواب اللقطة، الحديث 1

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من أبواب الرهن، الحديث 1 وغيره.

ص: 338

وقد استدلل (1) في المبسوط والخلاف على ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة بقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا
اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ «1» بتقريب: أنّ مماثل ما اعتدى هو المثل في المثليّ و القيمة في غيره (2).

(1) هذا وجه ثالث استدلل به للقول المشهور، وهو ضمان التالف المثليّ بالمثل، وكان الوجه الأوّل الإجماع المحكيّ، و الثاني الإطلاق
المقاميّ، وقد عرفت أنّ مفاد هذه الوجوه مختلف من حيث إفادة الترتيب بين المثل و القيمة و عدمه.

(2) ما نسبته المصنف إلى شيخ الطائفة قدّس سرّهما من استدلاله بالآية الشريفة على ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة- قد صرح به
في موضعين من غضب الخلاف، و لم أظفر به في غضب المبسوط بعد ملاحظته بتمامه، و إنّما استدللّ فيه بالآية الشريفة على ضمان المثليّ
بمثله، لا على ضمان القيميّ بالقيمة.

قال في الخلاف: «المنافع تضمن بالغضب كالأعيان، مثل منافع الدار و الدابّة و العبيد و الثياب، و به قال الشافعيّ. و قال أبو حنيفة: لا
تضمن المنافع بالغضب بحال .. دليلنا، قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ. و المثل مثلان، مثل من حيث
الصورة، و مثل من حيث القيمة. فلمّا لم يكن للمنافع مثل من حيث الصورة و جب أن يلزمه من حيث القيمة. و على المسألة إجماع
الفرقة. و أخبارهم تدلّ عليها» (2).

و هذه العبارة صريحة في أنّه قدّس سرّه استظهر من الآية الشريفة ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة، لكون القيمة مثلاً للتالف من
حيث ماليّته. و هذا المقدار من المماثلة كاف في استفادة ضمان القيميّ بقيمته من الآية المباركة. و نحوه كلامه في ضمان العقار بقيمته،
فلاحظ (مسألة 18) من الغضب.

و قال في غضب المبسوط- بعد تقسيم الأموال إلى حيوان و غير حيوان،

(1) سورة البقرة، الآية 194

(2) الخلاف، ج 3، ص 402، المسألة: 11، و ص 406، المسألة: 18، و نحوه كلام ابن إدريس، فراجع السرائر، ج 2، ص 485

ص: 339

و اختصاص (1) الحكم بالتلف عدوانا لا يقدح بعد عدم القول بالفصل.

وربما يناقش في الآية: بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء (2)

و غير الحيوان إلى ما له مثل، و ما لا مثل له- ما لفظه: «إذا غصب غاصب من هذا شيئا، فإن كان قائما رده. وإن كان تالفا فعليه مثله، لقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ .. إلخ». و نقلناه في (ص 26) فراجع. و هذه العبارة ظاهرة في دلالة الآية الشريفة على ضمان المثليّ بالمثل، و ليس في كلامه قدّس سرّه دلالتها على حكم القيميّ أصلا، فلاحظ.

و بما نقلناه عن شيخ الطائفة قدّس سرّه ظهر أنّ ما أفاده الفقيهان الشيخ المامقاني و سيدنا الأستاذ قدّس سرهما- من اقتصار عبارة المبسوط على دلالة الآية الشريفة على حكم المثليّ دون القيميّ «1»- و إن كان متينا، إلّا أنّ المصنّف قدّس سرّه عزاه إلى الخلاف أيضا. و قد عرفت صراحة كلامه فيه في استفادة حكم القيميّ أيضا من الآية الشريفة.

كما ظهرت المسامحة في تعبير الماتن- من نسبة الاستدلال بالآية على كلّ من المثليّ و القيميّ- إلى المبسوط و الخلاف معا.

(1) نوقش في الاستدلال بالآية الشريفة- على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بمثله- بوجهين، الأوّل: أن الآية الشريفة أجنبيّة عن المدعي- الذي هو ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة في البيع الفاسد- لا اختصاص الآية بالتلف العدواني، و من المعلوم أنّ محلّ الكلام هو تلف المقبوض بالعقد الفاسد، لا إتلافه، و ليس فيه اعتداء خصوصا مع الجهل بالفساد.

و أجاب عنه المصنّف قدّس سرّه، بأنّ الآية و إن اختصّت بمورد الاعتداء، إلّا أنّه يلحق به المقبوض بالبيع الفاسد بعدم القول بالفصل بين باب الغصب و ما نحن فيه.

و عليه فلا بأس بدلالة الآية على ضمان المثليّ بمثله.

(2) هذا هو الوجه الثاني من المناقشة، و المناقش هو السيّد العلامة الطباطبائي قدّس سرّه حيث قال في إنكار تعلق الحكم بعنوان المثلي ما لفظه: «و فيه نظر، لاحتمال كون

(1) غاية الآمال، ص 303؛ نهج الفقاهة، ص 142

المراد بالمثل فيه مثل أصل الاعتداء، لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه، فتأمل «1».

و توضيحه: أنّ المماثلة بين الاعتدائين ليست بحسب الذات، لأنّها من ضروريّات كونهما اعتداء. فالمماثلة إنّما تكون بينهما بحسب المعتدى به، وهو مدخول الباء في قولنا: «اعتدى عليه» بضربة أو إتلاف ماله أو قطع يده أو غير ذلك.

وجهة المماثلة بالمعتدى به تارة تكون بلحاظ ذاتيهما، كما إذا اعتدى عليه بالضرب، فيعتدي عليه بالضرب.

و اخرى تكون بلحاظ الكمّ، كأن يضربه مرّة، فيشتمه مرّة.

و ثالثة بلحاظ الأثر الخاصّ المترتب عليه، كأن يضربه ضربا مؤديا إلى بكائه، فيجازيه بالشتم مثلا المؤدي إلى بكائه.

و رابعة بلحاظ المائيّة، كأن يتلف من أمتعة زيد ما يساوي درهما، فيأخذ زيد درهما من أمواله.

ثم إنّ كلمة «ما» في الآية الشريفة إمّا مصدرية، فيكون المعنى «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ اعْتِدَائِهِ». وإمّا موصولة، فيكون المعنى «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ الَّذِي اعْتَدَى بِهِ عَلَيْهِ» و المتحصّل من المعنيين واحد، إذ الجهات الملحوظة في المماثلة بين الاعتدائين ترجع إلى الجهات الملحوظة بين الأمرين المعتدى بهما.

و مرجع مناقشة الرّياض إلى أنّ الظاهر المماثلة في مقدار الاعتداء، يعني: في جنسه، فإن كان الاعتداء بالضرب كان جزاؤه به، فكأنّه قال: «من اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ اعْتِدَائِهِ عَلَيْكُمْ» فإن ضربكم فاضربوه، وإن شتمكم فاشتموه، هذا بناء على المصدرية. أو: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِشَيْءٍ هُوَ مِثْلُ الظُّلْمِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْكُمْ، فَان شتمكم فاشتموه» و هذا بناء على كون «ما» موصولة. و المعنى على التقديرين واحد، و هو المماثلة في نوع الظلم كالشتم و الضرب.

(1) يعني: لا مقدار المعتدى به، كما إذا ضربه مرتين، فلا تدلّ الآية على ضربه مرتين.

(2) وجهه- على ما حكى عنه في الحاشية- أنّ ظاهر الآية اعتبار المماثلة في الاعتداء و المعتدى به [1].

[1] فيه: أنّ المماثلة في مقدار الاعتداء لا تنفكّ عن المماثلة في مقدار المعتدى به، فتأمل.

والانصاف أنّ الآية لا تخلو عن الدلالة على الضمان وإن وردت في الحرب، لكن لا قصور في دلالتها على الضمان، فإنّ إطلاق جواز الاعتداء بالمثل يشمل المورد وهو الحرب، غاية الأمر أنّ المراد بالمماثلة هنا المماثلة في نفس الاعتداء في الزمان، يعني: إذا حاربكم المشركون في أشهر الحرام، فيجوز لكم أن تحاربوهم في أشهر الحرام أيضا.

وإن لم يلزم المماثلة في نفس الحرب، كما إذا قتلوا من المسلمين عددا خاصّا أو رمى أحدهم سهما في عين مسلم أو قطع رجله، فلا يجب أن يكون الجزاء مثله، فإنّ اعتبار هذه المماثلة منفيّ بدليل خارجيّ.

فالمماثلة في الآية المباركة بمعونة الدليل الخارجيّ متمحّضة في الحرب في الشهر الحرام، لا في كيفية الحرب. وهذا التقييد لانفصاله لا ينافي إطلاق اعتبار المثليّة في سائر الموارد.

ولذا قال في مجمع البيان: «وفي هذه الآية دلالة على أنّ من غصب شيئا وأتلفه يلزمه ردّ مثله. ثمّ إنّ المثل قد يكون من طريق الصورة في ذوات الأمثال، و من طريق المعنى كالقيم فيما لا مثل له» (1).

فما قيل من: أنّ الآية أجنبيّة عن الضمان بتقريب «أنّ ظاهرها أنّ الكفّار إن اعتدوا عليكم فاعتدوا عليهم، كما أنّهم اعتدوا عليكم، فإذا لم يكن المثل في موردها كذلك

- أي: لا يراد بالمثل في مورد ورود الآية المماثلة في مقدار الاعتداء- لا يمكن استفادة 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» «1».

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.

و كذا لا يرد ما أورده المصنّف قدس سرّه على الاستدلال بالآية الشريفة من: أنّ المماثلة العرفية قد تتحقّق في القيميات عند المشهور كالكرباس، فإنّه عندهم من القيميات مع حكم العرف بكونه من المثليات، فلا تنطبق الآية على مدعى المشهور، فلا يصحّ الاستدلال بها عليه.

وجه عدم الورود: أنّ المدعى هو ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة، و الآية وافية بذلك، و الاختلاف في مفهوم المثليّ و القيميّ يرجع إلى النزاع في الصغرى. و هذا أجنبي عن أصل الكبرى و هي ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة.

و بالجملة: النزاع الصغروي لا يقدح في تسلّم الكبرى.

و عليه فالاستدلال بالآية تامّ. و إجماعهم على مثلية شيء أو قيمته إن كان تعبدياً فهو يخصّص أو يقيد الآية. و المتحصّل بعد التقييد: أنّ المماثل العرفي للتالف مضمون على الضامن، إلّا إذا قام الإجماع على أنّه لا بدّ في ضمانه بالمماثل من كون غالب الأفراد مماثلاً للتالف، لا فرد نادر كما في القيميات، فإنّ أكثر أفراد القيميّ ليست مماثلة في الصفات الموجبة لاختلاف الرغبات، بخلاف المثليّ كما تقدّم سابقاً.

و إن لم يكن تعبدياً، بل ذهابهم إلى المثلية أو القيمة إنّما هو لكونهم من العرف، فلا حجّة فيه في مقابل العرف العام.

نعم (1) الانصاف عدم وفاء الآية- كالدليل السابق عليه (2)- بالقول (3) المشهور، لأن (4) مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة و المالية.

(1) استدراك على ما أفاده من اقتضاء الآية الشريفة وبناء العقلاء الضمان بالمثل. وغرضه قدس سره المناقشة في الدليلين المتقدمين بعدم وفائهما بالقول المشهور، لكون النسبة بين الدليل و الدعوى عموما من وجه، و هو غير مفيد.

و محصل المناقشة: أن المراد بالمثل- في الآية و الإطلاق المقامي- هو ما يعد عرفا مثلا للتالف في أمرين، أحدهما في الحقيقة النوعية، و ثانيهما في المالية. و من المعلوم أن الآية و العرف يقتضيان الضمان بالمثل- بهذا المعنى- حتى في القيميات، لإمكان مساواة أفراد بعض القيميات في المالية فضلا عن المساواة في الحقيقة. مع أن المشهور حكموا بضمان القيمي بقيمة سواء وجد مثله أم لم يوجد، و سواء أ كانت قيمة المثل- على فرض وجوده- مساوية لقيمة المتلف أم أزيد أم أقل، هذا.

و استشهد المصنف قدس سره بكلماتهم في مسألتين لإثبات عدم مطابقة الدليل مع المدعى.

الأولى: ما إذا أتلّف شخص ذراعا من كرباس، و أمكنه تحصيل مماثله عرفا، 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 مماثلة في الصفات و المالية.

الثانية: الجناية على عبد مملوك للغير، و سيأتي بيانه.

(2) و هو الإطلاق المقامي المقتضي للضمان بالمماثل العرفي، لا المثل في مصطلح الفقهاء.

(3) متعلق ب «وفاء» و قد عرفت وجه عدم الوفاء بالقول المشهور، المبني على ضمان المثلي بالمثل الذي عرفوه بما تساوت أفراده قيمة.

(4) تعليل لعدم الوفاء، حيث إن المدعى أمر، و مدلول الدليلين أمر آخر.

و هذا (1) يقتضي اعتبار المثل حتّى في القيميّات، سواء وجد المثل فيها أم لا (2).

أمّا مع وجود المثل كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف والآية إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر (3) من ذلك ولو بأضعاف قيمته، و دفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيميّة الثوب لا يقول به (4).

و كذا (5) لو أتلّف عليه عبداً، و له في ذمة المالك - بسبب القرض أو السّلم - عبد موصوف بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر القهريّ،

(1) أي: وجوب المماثلة يقتضي .. إلخ.

(2) المقصود من ضمان التالف بمماثله عرفاً - حتى مع فقد المثل - هو انتقال ضمان المثل إلى ضمان قيمته لا قيمة التالف، لإمكان اختلاف القيمتين، بأن تزيد قيمة المثل المتعذر عن قيمة التالف، و سيأتي في المتن توجيهه.

(3) لأنّ هذا الذراع الآخر مماثل للذراع التالف، و المفروض دلالة الآية الشريفة و الإطلاق المقاميّ على أنّ المضمون به هو المثل لا القيمة، فعلى الضامن تحصيل ذراع آخر و لو كانت قيمته أضعاف قيمة الذراع المتلف. مع أنّ المشهور القائلين بقيميّة الأقمشة و الثياب يقولون بكفاية أداء قيمة ما أتلّفه، و عدم اشتغال العهدة بمثل المتلف.

(4) 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 القيميّات.

(5) يعني: و كذا نظير الكرباس كون التالف عبداً، فإنّهم 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 (1) ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبيدين.

كما إذا كان لزيد عبد روميّ أبيض اللون كاتب، فافترضه عمرو منه، و حصل لعمرو عبد بهذه الأوصاف، فأتلفه زيد. فإن كان العبد مثلياً لزم القول بالتهاتر القهريّ. لكنّهم قالوا باشتغال ذمّة عمرو بقيمة ما اقترضه من زيد، و باشتغال ذمّة زيد بقيمة ما أتلفه من عمرو. و من المعلوم أنّ اشتغال الذمّتين بالقيمة دليل على أنّ العبد عندهم معدود من القيميّات حتى مع وجود المماثل العرفيّ.

وكذا الكلام إذا باع زيد من عمرو- سلماً- عبداً موصوفاً بصفات معيّنة، ثمّ أتلف عمرو عبداً موصوفاً بتلك الصفات من زيد، فبناءً على الأخذ بظاهر الآية الشريفة و ببناء العقلاء لا بدّ من القول بالتهاتر القهريّ، و فراغ كلتا الذمّتين عمّا اشتغلتا به، لكنّهم حكموا بوجوب أداء العبد المبيع سلماً إلى المشتري عند الأجل، و وجوب أداء قيمة العبد المتلف إلى المالك. و من المعلوم أنّ هذه الفتوى تكشف عن عدم الأخذ بالآية و الإطلاق المقاميّ، فكيف يستدلّ بهما على القول المشهور من ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة؟

(1) أي: كما يشهد بعدم حكمهم بالتهاتر ملاحظة كلماتهم .. إلخ. قال المحقّق قدّس سرّه:

«إذا اشترى عبداً في الذمّة، و دفع البائع إليه عبيدين، و قال: اختر أحدهما، فأبى واحد. قيل: يكون التالف بينهما، و يرجع بنصف الثمن، فإنّ وجده اختاره، و إلّا كان الموجود لهما، و هو بناء على انحصار حقّه فيهما. و لو قيل: التالف مضمون بقيمته، و له المطالبة بالعبد الثابت في الذمّة كان حسناً. و أمّا لو اشترى عبداً من عبيدين لم يصحّ العقد، و فيه قول موهوم» «1».

توضيحه: أنّ مسألة بيع عبد من عبيدين يبحث عنها تارة في فروع شرطيّة العلم بالمبيع، فيقال: كما يصحّ ابتياع الجزء المشاع من الكلّيّ كنصف الدار، كذلك يصحّ ابتياع الكلّيّ في المعين بشرط تساوي الأجزاء كقفيز من كرّ. فلو لم تتساو الأفراد

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 60

ص: 346

الكَلْبِيِّ لم يصحَّ البيع. ومثّل له المحقّق قدّس سرّه بذراع من الثوب، و جريب من الأرض، و عبد من عبيدين، و شاة من قطع (1).

و الوجه في البطلان تفاوت الأجزاء- أي الأفراد- في الصفات الدخيلة في ماليّتها، فلا يرتفع الغرر. خلافاً للشيخ و ابن البرّاج و الشهيد، حيث ذهبوا إلى صحّة بيع عبد من عبيدين عملاً برواية محمّد بن مسلم المخالفة للأصول الشرعيّة كما في المسالك (2).

و اخرى: في بيع الكَلْبِيِّ في الذمّة- لا الجزء المشاع و لا الكَلْبِيِّ في المعين- بأن اشترى زيد من عمرو عبداً موصوفاً بصفات معيّنة تخرجه عن الجهالة، فدفع البائع عبيدين إلى المشتري، و قال له: اختر أحدهما. فتسلّمهما 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. و لو لم يظفر بالآبق كان العبد الموجود ملكاً لهما، لانحصار حقّ المشتري في العبد؟ أم يكون الآبق مضموناً على المشتري خاصّة بقيمته- سواء زادت على قيمة العبد الموجود أم نقصت منها أم ساوتها- و له مطالبة عبد من البائع، لأنّ المبيع عبد كَلْبِيِّ ثابت في ذمته إلى أن يتسلّمه المشتري. فيه قولان.

و على كليهما يتّجه ما نسبته المصنّف قدّس سرّه إلى الأصحاب من عدم الحكم بالتهاتر.

أمّا بناء على الأوّل فلا أنّ العبد الآبق تلف من كليهما، فيضمن كلّ منهما نصف قيمته.

و يرجع المشتري بنصف الثمن الذي بذله للمبيع الكَلْبِيِّ. و لو كان العبدان مثليّين و تساوت قيمتهما لم يكن وجه لرجوع المشتري على البائع بنصف الثمن، و لم يجب عليه أداء نصف قيمة الآبق إلى البائع، بل حصل التهاتر القهريّ، و سقط ما في ذمّة

(1) شرائع الإسلام، ج 2، ص 18

(2) مسالك الأفهام، ج 3، ص 396

البائع - من نصف الثمن - بما في ذمة المشتري من نصف قيمة الأبق.

وأما على القول الثاني الذي استحسنته المحقق قدس سره فعدم التهاثر أوضح، فإن الأبق مضمون بقيمته على المشتري، لكونه مقبوضا بالسوم، فيجب دفع تمام قيمته إلى البائع. كما أن للمشتري مطالبة عبد منه وفاء لبيع عبد كلى بثمان معين. و من المعلوم أن العبدین لو كانا مثليين و مّا تساوت قيمتهما لحصل التهاثر القهري، فلم يكن للمشتري مطالبة عبد من البائع، و لم تكن على عهده قيمة الأبق. لكن لأجل عدم المماثلة لا يقال بالتهاثر، بل كل منهما بحسب قيمته.

وقد ظهر أن قول المصنّف قدس سره: «كما يشهد به ملاحظة كلامهم» إشارة إلى ما نقلناه عن المحقق في بيع عبد كلى في الذمة، فإنه شاهد على عدم التزامهم بالتهاثر في القيميات.

وأما بيع عبد من عبيد موجودين خارجا فهو شاهد على عدم المماثلة بين العبيد ونحوهما. ولكنه أجنبي عن التهاثر، كما أوضحناه. فما في كلام بعض الأجلة (1) من الاستشهاد بعبارتين من الخلاف وعبارة من الشرائع لا يخلو من بعد، فلاحظ.

(1) هذا استدراك على ما ذكره من عدم التزام المشهور بضمان المثل في القيميات - الذي هو مقتضى الآية والعرف - و محصله: أنه يستفاد من ذهاب جماعة إلى جواز رد العين المقترضة في القيميات ضمان القيمي بالمثل، لأن العين المقترضة تكون مماثلة عرفا للقيمة المستقرة على عهدة المقترض، فجاوز رد نفس العين - دون القيمة - مستند إلى آية الاعتداء الظاهرة في اعتبار المماثلة بين البدل والمبدل. و لو لم تكن الآية دالة عليه لم يجز الاقتصار في أداء القرض على دفع العين، بل كان المتيقن دفع القيمة من النقدين.

ذهب جماعة (1) منهم الشهيدان (2) في الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيمية.

لكن لعلّه (3) من جهة صدق أداء القرض [1] بأداء العين، لا من جهة

(1) ومنهم شيخ الطائفة والمحقق الأردبيلي، على ما حكاها عنهما السيّد الفقيه العامليّ قدّس سرّهم «1».

(2) قال الشهيد قدّس سرّه: «ویردّ البدل مثلاً أو قيمة. ولوردّ العين في المثل وجب القبول. وكذا في القيميّ على الأصحّ. ونقل فيه الشيخ الإجماع. ويحتمل وجوب قبولها إن تساوت القيمة أو زادت وقت الردّ، وإن نقصت فلا» «2».

وقال الشهيد الثاني قدّس سرّه: «وأولى بالجواز لوردّ العين، لأنّ الانتقال إلى القيمة إنّما وضع بدلا عن العين، فإذا أمكنت ببذل المقترض كانت أقرب إلى الحقّ...» «3».

(3) أي: لعلّ ذهابهم إلى جواز ردّ العين المقترضة. وغرضه المناقشة في الاستدراك بأنّ مجرد جواز ردّ العين القيمية المقترضة لا يكشف عن التزامهم بضمان القيميّ بالمثل، و اشتغال ذمّة الضامن بالكلّيّ الجامع بين العين وبين فرد آخر مماثل لها

[1] لا يصدق الأداء حقيقة إلا على ما إذا كان ما يؤدّي به فردا لما في الذمّة لانطباقه قهرا عليه. فإذا كان ما في الذمّة هو القيمة لم يصدق أدائه على دفع العين، ولا يعدّ دفعها أداء لما في الذمّة.

نعم يصدق الأداء مجازا من باب الوفاء بغير الجنس مع تراضي الطرفين، والوفاء بغيره معاوضة على ما في الذمّة، لا أداء حقيقيّ له.

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 57

(2) الدروس الشرعية، ج 3، ص 320

(3) مسالك الأفهام، ج 3، ص 449

ص: 349

ضمان القيميّ بالمثل (1). ولذا (2) اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها وإن كان مماثلا لها (3) من جميع الجهات.

من جميع الجهات الماليّة. بل لا بدّ من إحراز استناد جواز ذلك إلى كون العين المقترضة عندهم كأمثالها فردا من الكلّيّ الذي استقر على عهدة المقترض، وذلك غير معلوم، إذ لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة كون العين فردا من كلّيّ المثل - بالمعنى الذي عرفته - حتى يدلّ على ذهابهم إلى ضمان القيميّ بالمثل كما يستفاد من الآية.

وعليه فالإشكال الذي أورده المصنّف على المشهور من التزامهم بضمان القيميّ بالقيمة - مع دلالة دليلهم على وجوب المماثل عرفا - باق بحاله.

(1) حتى تكون فتوى هؤلاء الجماعة عملا بأية الاعتداء والعرف من اشتغال الذمّة بالمثل حتى في القيميّات.

(2) أي: ولأجل كون جواز ردّ العين المقترضة من جهة صدق أداء القرض على ردّها - لا من جهة ضمان القيميّ بالمثل حتى يكون جواز ردّ العين من باب جواز ردّ المثل الكلّيّ وأدائه ببعض أفرادها - اتفقوا على أنه لا - يجب على المقرض قبول فرد آخر مماثل للعين من جميع الجهات. فلو كان ضمان المديون بفرد من أفراد الكلّيّ الذي تكون العين من مصاديقه وجب على الدائن قبول نفس العين أو فرد آخر مثلها. فعدم وجوب قبول غير العين - على المقرض - يكشف عن عدم اشتغال ذمّة المقترض بالمثل في اقتراض القيميّ. مع أنّك قد عرفت دلالة آية الاعتداء على استقرار المماثل العرفيّ على عهدة الضامن، ولا تصل النوبة إلى الضمان بالقيمة إلا بتعدّر المثل، وهذا ممّا لا يقول به المشهور.

(3) هذا الضمير وضمير «غيرها» راجعان إلى العين المقترضة المفروض كونها قيمية.

و أمّا (1) مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف فمقتضى الدليلين (2) عدم سقوط المثل من الذمّة بالتعدّد، كما لو تعدّد المثل (3) في المثليّ، فيضمن (4) بقيمته يوم الدفع ولا يقولون (5) به.

(1) معطوف على قوله: «أمّا مع وجود المثل فيها» وغرضه بيان شقّ آخر من المنفصلة حتى يظهر عدم وفاء الآية و الإطلاق المقاميّ بقول المشهور، لكون النسبة بين الدليل و الدعوى عموماً من وجه. فإن كان المثل العرفيّ موجوداً كما في الكرباس و العبد افترق الدليل عن قول المشهور بأنّ مقتضى الدليلين الضمان بالمثل، و المفروض عدم التزامهم به، لأنّهم يضمنون المتلف بقيمة المتلف.

و إن لم يكن المثل موجوداً افترقا في مورد آخر، توضيحه: أنّ المشهور يقولون بضمان القيميّ التالف بقيمة يوم التلف، مع اقتضاء الدليلين بقاء ما يماثل ذلك القيميّ في الذمّة، و عدم سقوط ضمانه بالتعدّد، فلو أراد الضامن التخلّص ممّا في عهده لزمه أداء قيمة يوم الدفع إلى المالك، كما هو الحال في المثليّ الذي يتعدّد مثله، فإنّه لا يسقط عن ذمّته إلاّ بأداء قيمته يوم الأداء. مع أنّ المشهور حكموا 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.

(2) و هما الآية و العرف، إذ لا وجه لسقوط القيميّ بمجرد تعدّده عن الذمّة- حتى يتعيّن عليه قيمة يوم التلف- مع اقتضاء هذين الدليلين اشتغال الذمّة بمثل التالف حتى في القيميّ، فيلزم اتحاد حكم المثليّ و القيميّ المتعدّدين.

(3) فإنّه لا يسقط عن ذمّة الضامن بمجرد تعدّده، و لا ينتقل إلى قيمته يوم تعدّده.

(4) هذه نتيجة بقاء المثل في الذمّة، سواء في المثليّ و القيميّ.

(5) يعني: و الحال أنّ المشهور لا يقولون بضمان قيمة يوم الأداء- في القيميّ-

و أيضا (1) فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا، فمقتضى ذلك (2) عدم وجوب (3) إلزام المالك بالمثل، لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية، مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض (4)

بل يقولون بضمان قيمة يوم تلف العين القيميّة، وهذه الفتوى مخالفة لمفاد الدليلين كما عرفت، وهذه المخالفة أيضا من موهنات الاستدلال بالآية و العرف على مذهب المشهور.

(1) 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 نقصانا فاحشا، إذ مقتضاهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية، و المفروض زوال المماثلة في المالية بنقصان القيمة. مع أنّ المشهور لم يلتزموا به، بل التزموا بجواز إلزام المالك بأخذ المثل حتى في هذه الصورة.

(2) أي: فمقتضى الآية و العرف. و أفراد اسم الإشارة باعتبار «ما تقدّم» و إلا كان الأولى أن يقال: «ذینک».

(3) كذا في نسخ متعددة، و الصواب تبديل «وجوب الإلزام» بجوازه، أو إرادة الجواز من الوجوب و إن كان بعيدا.

و الوجه في عدم جواز الإلزام بالمثل هو: أنّ المماثلة المعتبرة عرفا في الصورة و المالية مفقودة. كما إذا أتلّف فاكهة في أوّل أوانها، و هي - لعزّتها - تباع أضعاف قيمة وقت وفورها، فأراد الضامن دفع ذلك المقدار من الفاكهة أوان كثرتها، فإنّ المماثلة تكون حينئذ في صدق الحقيقة، فقط دون المالية، مع أنّ الآية و الإطلاق المقامي يقتضيان الانتقال إلى قيمة وقت التلف حتى تراعى المماثلة في المالية.

(4) قال السيد العاملي قدّس سرّه: «فلو بقي له - أي للمثل - قيمة و إن قلّت، فالمثل

إلزامه (1) به، وإن قوّى خلافه بعض (2). بل وربما (3) احتمل جواز دفع المثل

بحاله، كما هو صريح جامع المقاصد، وقضية ما لعله يفهم من كلام التذكرة» (1).

وقال المحقق الثاني: «هذا الحكم - أي وجوب أداء القيمة - إنما يستقيم مع خروج المثل عن التقويم أصلاً، فلو بقي له قيمة وإن قلت فالمثل بحاله» (2). ويلوح منه اتفاق الأصحاب عليه، بقرينة اتفاقهم على الانتقال إلى القيمة لو سقط المثل عن المالية رأساً، هذا.

(1) قد سقط هنا كلمة «جواز» أي: جواز إلزام الضامن بالمثل، يعني: مع أنّ المشهور ذهبوا إلى جواز إلزام المالك بأخذ المثل وإن نقصت قيمته نقصاناً فاحشاً، وهذا التجويز مناف لمقتضى الآية والعرف.

(2) يعني: أنّ هذا البعض قوّى انتقال ضمان المثل إلى القيمة كي لا يتضرر المضمون له بنقصان مالية المثل (3).

(3) هذا متعلق بقوله: «مع أنّ المشهور .. إلزامه به» وغرضه: أنّ المشهور اقتصر على جواز أداء المثل المنحط قيمته جدّاً، كما نقلناه آنفاً عن مفتاح الكرامة، ولكن العلامة (4) قدس سره احتمل جواز دفع المثل الساقط عن المالية، كما إذا أتلّف الماء في المفازة وأداه على الشاطئ. والإتيان بكلمة «بل» لأجل أنّه لو قيل بفرغ الذمة بدفع المثل الساقط عن المالية رأساً، كان فراغها بدفع المثل المنحط قيمته أولى، لبقاء شيء من ماليته بعد.

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252، آخر الصفحة.

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 258

(3) لم أظفر على من يقوّى الانتقال إلى القيمة حتى مع بقاء مقدار من مالية المثل، نعم قوّاه جمع في الخروج عن التقويم، وهو أمر آخر. فراجع الجواهر، ج 37، ص 99؛ الدروس الشرعية، ج 3، ص 113، وغيرهما.

(4) قواعد الأحكام، ص 79، السطر 26 (الطبعة الحجرية).

ص: 353

(1) لأنّه خلاف التّغريم المعتبر في الضمان. ففرق بين سقوط العين عن المائيّة وسقوط المثل عنها، حيث إنّ العين تردّ بلحاظ ملكيّتها لا بلحاظ ماليّتها، لكن التّضمين والتّغريم بلحاظ ماليّتها، فيجب حفظ المائيّة في الثاني دون الأوّل، فالمثل إذا سقط عن المائيّة لا يصدق على ردّه التّغريم المقوم للضمان، فلا يخرج الضامن عن عهدة الضمان برّد المثل الساقط عن المائيّة، بخلاف ردّ العين، فإنّه يصدق عليه أداء ملك الغير، وردّه إلى مالكه.

[1] لا يخفى أنّ هذا الاشكال إنّما يرد على الاستدلال بالآية الشريفة بناء على كون المراد المماثلة بنحو الإطلاق ومن 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 المثليّ و القيمة في القيميّ هو المستفاد من الآية الشريفة.

فالمراد بالمثل في الآية وفي كلام المشهور واحد. والنسبة بينهما هي التساوي، لا الأعمّ والأخصّ من وجه، لأنّ المراد بالمثل في الآية هو المماثل العرفيّ للتالف من حيث الحقيقة والمائيّة، كما هو قضيّة إطلاق المماثلة وإن لم يكن مماثلاً للتالف من حيث الحقيقة والمائيّة. فيراعى المثليّة من حيث المائيّة. فالأوّل هو المثليّ والثاني هو القيميّ.

نعم يقيّد إطلاق المثل بالنسبة إلى الأفراد التي تقلّ مماثلتها للتالف، كما إذا كان المال التالف غنماً وكان فرد من الأغنام مماثلاً له في الصفات، فإنّ مقتضى الآية لزوم دفع الفرد المماثل للتالف، وإن كان فرداً نادراً من حيث المماثلة للتالف. لكن يقيّد هذا الإطلاق بأنّ دفع المماثل للتالف لازم في صورة كثرة الأفراد المماثلة للتالف لا ندرتها، وهذا التقييد قد ثبت بالإجماع، ولولاه لكان الضمان بالمماثل، وإن كان منحصرًا في فرد.

فالمتحصل بعد التقييد وجوب دفع المماثل فيما إذا كان أكثر أفراد الطبيعيّ الجامع بينها وبين التالف متفقة في الصفات الموجبة للطلبات والمالية، فإطلاق المثل يقيّد بالقيميّات، يعني: أنّ ضمان القيميّ يكون بالقيمة وإن وجد له مماثل.

وإن شكّ في كون التالف مثلياً أو قيميّاً فيتمسك بالعام، لأنّه المرجع في المخصّص المجلّم المفهوميّ المرّدّد بين الأقلّ والأكثر، حيث إنّ المرجع في أصل التخصيص والتخصيص الزائد، فإنّ وجوب دفع المثل خصّص بما إذا كثرت الأفراد المماثلة للتالف حقيقةً وماليّةً، وقد خرج عن وجوب دفع المثل ما لا يكون كذلك، لأنّه يجب حينئذ بمقتضى الإجماع لزوم دفع القيمة. فمع الشكّ في المثليّة والقيميّة يشكّ في تخصيص العامّ زاندا على المتيقّن قيميّته، فيتمسك في نفي الشكّ بالعامّ، ويحكم بلزوم دفع المماثل العرفيّ للتالف.

هذا بناء على إرادة المماثل العرفيّ الشامل للمثليّ والقيميّ، وأمّا بناء على إرادة المثل المشهوريّ المقابل للقيميّ فالآية لا تتكفل حكم القيميّ حتّى تعمّه ويلتزم بتخصيصها بالإجماع، بل لا تتكفل إلاّ لحكم المثليّ، يعني: ضمان المثليّ بالمثل، فالآية ساكتة عن حكم ضمان القيميّ. وحينئذ فلو شكّ في المثليّة والقيميّة فلا عموم حتى يرجع إليه، فالمرجع حينئذ قاعدة الاشتغال ووجوب تسليم الضامن كلّاً من المثل والقيمة ليختار أيّ واحد منهما شاء كما تقدّم سابقاً.

والحقّ أن يقال: إنّ التمسك بالآية الشريفة مشكل، لأنّه إن أريد بالمثل فيها المماثلة المطلقة من حيث الاعتداء والمعتدى به في كل مورد، سواء أكان من الدماء أو الأعراض أو الأموال - كما إذا اعتدى شخص على غيره في عرضه كشمه أو سرقة ماله أو غيبته أو قذفه إلى غير ذلك من أنحاء الاعتداء - لزم تخصيص الأكثر المستهجن كما لا يخفى.

ولزم أيضاً خروج المورد، وذلك مستهجن. توضيحه: أنّ مورد الآية هو ابتداء المشركين بالقتال في الأشهر الحرم، والمماثلة من جميع الجهات أن تكون في أصل

(1) هذه نتيجة الإشكاليين المتقدمين، ومحصّلها: أن الدليل الثاني والثالث على ضمان المثليّ بالمثل - وهما الآية والعرف - قاصران عن إثبات مدعى المشهور،

الحرب وكيفيّتها وكمّها، بأن يجازيهم المسلمون في نفس القتال ومقداره، فإن قتلوا من المسلمين عددا خاصا بكيفيّة خاصّة كالقتل بالسهم أو السيف لزم على المسلمين ذلك من دون زيادة، مع أنّه ليس كذلك.

وإن أريد بالمثل فيها المماثلة في نفس الاعتداء من دون نظر إلى الجنس المعتدى به وكيفيّته ومقداره لزم أن يكون قتالهم جائزا بالاعتداء منهم بالسرقة مثلا، فإن سرقوا من المسلمين في الأشهر الحرم جاز لهم قتال المشركين فيها. وهذا كما ترى.

فالظاهر أنّ المراد بالمثل بقرينة المورد خصوص القتال من دون لحاظ كمّ وكيفه، والتّعدّي عنه لا بدّ أن يكون إلى ما هو مناسب له كاللصّ والمهاجم، فلا وجه للاستدلال بالآية على الضمان أصلا، فإنّ بناء العقلاء الممضى كاف في إثبات أصل الضمان، وكيفيّته أي ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة. وفي صورة الشك في المثليّة والقيميّة يرجع إلى قاعدة الاشتغال على التقريب السابق، لا إلى عموم الآية، لما عرفت من أجنبيّتها عن مسألة الضمان.

هذا كلّه مضافا إلى: أنّ الشك في القيميّة يلازم الشك في المثليّة أيضا، لما مرّ من كونهما متباينين. فالشكّ في حدود مفهوم أحدهما يستلزم الشكّ في حدود مفهوم الآخر، فلا وجه للرجوع إلى عموم الآية مع الشكّ في حدود مفهوم موضوعه وهو المثل المشهوريّ.

وإلى: أنّ الآية في مقام بيان جواز الاعتداء في مقابل الاعتداء، فإذا أتلف مال زيد جاز لزيد إتلاف ماله، وهذا غير الضمان أعني الغرامة، فلا تدلّ الآية على الضمان، بل تدلّ على جواز إتلاف مال الغير جزافا.

من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين (1) ولا يضمن به عند المشهور كما في المثاليين المتقدمين (2). وقد ينعكس الحكم (3) كما في المثال الثالث (4). وقد يجتمعان (5) في المضمون به كما في أكثر الأمثلة.

ثم (6) إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة - على تقدير تحقّقه - لا يجدي

لكون النسبة بين الدليل والمدعى عموماً من وجه.

فمورد الافتراق من ناحية الدليل هو مثل إتلاف ذراع من كرباس و عبد من عبيد، فالدليل يقتضي الضمان بالمثل، لوجود المماثل العرفي في الصورة والمالية، مع أنّ المشهور قالوا بضمان القيمة.

ومورد الافتراق من ناحية قول المشهور هو تنزّل قيمة المثل تنزلاً فاحشاً، فإنهم حكموا بضمان المثل، مع أنّ الدليل يقتضي الضمان بالقيمة، إذ الملحوظ في التغيريم مالية التالف والاتحاد في الصورة، والمفروض تفاوت المالية بمقدار كثير لا يتسامح فيه.

ومورد الاجتماع كلّ مضمون مثليّ باصطلاح الفقهاء مع عدم اختلاف قيمة المضمون والمثل.

و حيث كانت النسبة عموماً من وجه لم يمكن إثبات هذا المدعى بهذا الدليل.

(1) وهما آية الاعتداء وبناء العرف.

(2) وهما العبد والثوب، فإنّهما مضمونان بالمثل بمقتضى الآية والعرف، وبالقيمة عند المشهور.

(3) يعني: أنّ الآية والعرف يقتضيان الضمان بالقيمة، مع أنّ المشهور على الضمان بالمثل، كما في نقصان المالية فاحشاً.

(4) وهو تنزّل قيمة المثل.

(5) تثنية الضمير في «يجتمعان» باعتبار عدّ الدليلين شيئاً واحداً، وجعل مذهب المشهور طرفاً آخر. ومراده بأكثر الأمثلة: الأمثلة الواقعية للضمان، وليس غرضه الإشارة إلى شيء ذكره سابقاً.

(6) هذا تمهيد لبيان حكم الشك في القيمة والمثلية، وحاصله: أنّه - بعد البناء

بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً (1)، ففي موارد الشكّ يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق (2) و عموم الآية بناء على ما هو الحق المحقق من أنّ

على تخصيص الآية بالإجماع على ضمان القيميّ بالقيمة دون المثل - لا يجدي هذا الإجماع في موارد الشك في القيميّة و المثليّة، لعدم الإجماع فيها، فلا بدّ من الرجوع فيها إلى عموم الآية القاضي بلزوم دفع المماثل العرفي، لأنّه المرجع في المخصص المجمل المفهوميّ المرّد بين الأقل و الأكثر.

كما إذا ورد «أكرم الشعراء» و خصّه بمخصّص منفصل مجمل مفهوما مرّد بين الأقل و الأكثر مثل «لا تكرم فساق الشعراء» بناء على تردد الفسق بين مخالفة مطلق التكليف الإلزامي و بين ارتكاب 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 خصّص بالإجماع على ضمان القيميّ بالقيمة. و مع إجمال مفهوم القيميّ يقتصر في التخصيص على المتيقّن منه، و يرجع في مورد الشكّ إلى عموم الآية.

و على هذا فلا تصل النوبة إلى الأصل العملي بعد وجود الأصل اللفظيّ و هو أصالة العموم.

(1) كما أنّ الإجماع على ضمان المثليّ بالمثل لا يجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه مثلياً، كما عرفته مفصّلاً. 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 بالمماثل العرفيّ عملاً بمقتضى الآية و العرف.

(2) و هو بناء العرف المنزّل عليه إطلاق الضمان في أخبار كثيرة.

العامّ المخصّص بالمجمل مفهومًا المتردّد بين الأقلّ (1) والأكثر (2) لا يخرج عن الحجّية بالنسبة إلى موارد الشك.

فحاصل الكلام (3): أنّ ما أجمع على كونه مثليًا يضمن بالمثل مع مراعاة

(1) المراد بالأقلّ هو الأشياء التي أجمع الفقهاء على كونها قيمية كالعقار.

(2) المراد بالأكثر هو ما يشكّ في مثليته وقيميته. وقد أشار المصنّف إلى جملة منها (في ص 317 و 318).

(3) أي: حاصل ما يترتّب على الدليلين المذكورين من الآية و بناء العرف.

و هذا الحاصل يتكفّل النظر النهائي في ضمان التالف سواء أحرز كونه مثليًا أو قيميًا أم شكّ فيه.

أمّا المثليّ الذي أجمع الأصحاب على مثليته فيضمن بمثاله مع مراعاة الصفات الدخيلة في الماليّة، 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 الماليّة بالكلية فلوجهين:

أحدهما: الإجماع 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 و لولا هذا الإجماع كان مقتضى الآية و العرف رعاية المماثلة في المالية كما حقّقه المصنّف قدّس سرّه.

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 السّلام بأنّ ذمة المديون مشغولة بتلك الدراهم الأولى لا الدراهم الجديدة. فإنّ هذه الأخبار تدلّ على أنّ التالف المثليّ مضمون بمثله حتى مع حظّ قيمته، هذا.

و أمّا القيميّ الذي أجمعوا على كونه قيميًا فيضمن بالقيمة سواء وجد مماثلة في الصفات أم لم يوجد.

الصفات التي يختلف بها الرغبات، وإن فرض نقصان قيمته- في زمان (1) الدفع أو مكانه- عن قيمة التالف، بناء على (2) تحقّق الإجماع على إهمال هذه التفاوت.

مضافاً إلى الخبر (3) الوارد في «أنّ اللازم على من عليه دراهم وأسقطها السلطان وروج غيرها هي الدراهم الأولى».

وأما التالف المشكوك مثليته وقيميته- لاختلاف الأصحاب في ذلك- فإن تساوت قيمة المضمون وقيمة المدفوع بدلا عنه الحق بالمثلي، ولا يجزي أداء القيمة.

وإن اختلفت القيمتان الحق بالقيمي، ولا يكفي دفع المماثل الذي نقصت قيمته عن قيمة المضمون، هذا.

(1) يعني: أنّ منشأ نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف أحد أمور ثلاثة، إمّا هو الزمان بأن كان التالف عزيز الوجود، كالفاكهة في أول أوانها، فأذاه الضامن في موسم وفورها. وإمّا هو المكان كما إذا ضمن في بلد يعرّ وجود التالف فيه، لكونه منقولاً إليه من بلد آخر، فأذاه الضامن في بلد ثالث يكون المثل فيه أنقص قيمة من بلد الضمان.

وإمّا هو الزمان والمكان معاً. والأمثلة واضحة. والمقصود أنّ تنزّل قيمة المثل لا يقدر في فراغ الذمّة، للإجماع والنص.

(2) قيد لقوله: «يضمن بالمثل وإن فرض نقصان» وهذا إشارة إلى أول الوجهين على عدم قرح نقصان قيمة المثل عن قيمة المضمون.

(3) هذا وجه ثان لكفاية ردّ مثل المضمون وإن نقص قيمته عنه، والمراد 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، وأنّ السلطان أسقط تلك الدراهم، وجاءت دراهم [بدراهم] أعلى من تلك الدراهم الأولى، ولها اليوم وضیعة، فأی شيء لي عليه؟ الأولى التي أسقطها السلطان، أو الدراهم التي أجازها

و ما أجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة، بناء (1) على ما سيجي ء من الاتفاق على ذلك (2)، وإن وجد مثله (3) أو كان (4) مثله

السلطان، فكتب: لك الدراهم الاولى» (1)«.

بتقريب أنّ الدراهم الأولى الساقطة عن الزواج لم تخرج عن المالىة رأساً، لأنّ مادّتها فضّة، وهي لا تسقط عن القيمة بمجرد إسقاط الهيئة و السكّة، وإتّما تنقص قيمتها عن الدراهم الرائجة. مثلاً إذا كانت عشرة من الدراهم الاولى تساوي ديناراً، فبعد إسقاطها يكون الدينار بعشرين منها أو بثلاثين، وهذا هو تنزّل المالىة، لا السقوط عن التقويم رأساً.

(1) متعلّق ب «يضمن بالقيمة» يعني: أنّ ضمان ما أجمعوا على قيمّته بالقيمة مبنيّ على تسلّم الكبرى، وهي ضمان القيميّ بقيمته لا بمماثله عرفاً، فلولا هذا الإجماع اقتضت الآية الشريفة ضمانه بالمماثل، ثم بالقيمة.

(2) أي: على ضمان القيميّ بالقيمة، قال في الأمر السابع: «المرجع في وجوب القيمة في القيميّ وإن فرض تيسّر المثل له، كما في من أتلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه .. هو الإجماع كما يستظهر».

(3) كما لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً، فإنّ مثل التالف ليس بعزيز الوجود، ومع ذلك فالمضمون به هو القيمة، للإجماع على قيمية الأقمشة و الثياب.

(4) كما لو أتلف عبداً، وله على سيّده بسبب القرض أو السلم عبد بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر، بل على المتلف قيمة العبد المتلف. وعلى المقترض أو البائع سلماً أداء ما في ذمّته من العبد إلى مالكه.

(1) وسائل الشيعة، ج 12، ص 488، الباب 20 من أبواب الصرف، الحديث 2

ص: 361

في ذمة المالك (1).

و ما (2) شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع و التالف، و مع الاختلاف الحق بالقيمي (3)، فتأمل (4).

(1) و لولا الإجماع على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة كان اللازم التهاثر في مثال إتلاف العبد.

(2) هذا حكم الشك في مثلية التالف و قيمته، و قد أوضحناه آنفاً.

(3) لعل وجه إلحاقه بالقيمي هو عدم إمكان المثل المماثل للتالف في المالية، فيصير من قبيل تعذر المثل الموجب لجواز دفع القيمة.

(4) لعل إشارة إلى: أن مقتضى الدليلين السابقين اعتبار المماثلة في المالية، و المفروض 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 تقدّم.

أو إشارة إلى: أنه مع فرض تحقق الإجماع على إهمال التفاوت بين قيمتي التالف و المدفوع لا وجه لإلحاق المثلي بالقيمي مع اقتضاء الآية الضمان بالمثل.

ص: 362

الخامس (1): ذكر في القواعد: «أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردّد» انتهى (2).

5- ارتفاع ثمن المثلي

(1) هذا البحث متفرّع على ما تحقّق في الأمر الرابع من ضمان المثليّ بالمثل، للوجه الثلاثة المتقدّمة من آية الاعتداء وإطلاق نصوص الضمان مقامياً والإجماع، فيحرز اشتغال الذمة بالمثل. هذا مع عدم تفاوت قيمتي المثل من زمان ضمانه إلى زمان أدائه. وأمّا إذا ارتفعت قيمته بأن صارت قيمته أضعاف قيمته وقت ضمانه فهل يجب على الضامن تحصيل المثل أم يكفي ردّ ثمنه الذي كان حين ضمانه؟

وكذا يتّجه هذا البحث بناء على قصور الأدلّة عن إثبات ضمان المثليّ بمثله، وقلنا بتخيير المالك بين مطالبة المثل والقيمة.

وأمّا بناء على القول بتخيير الضامن بينهما لم يبق موضوع لهذا البحث، لجواز اقتصار الضامن على القيمة، هذا.

(2) العبارة الموجودة في القواعد وفي متن جامع المقاصد ومفتاح الكرامة هي:

«ولو تعدّر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله، ففي وجوب الشراء نظر» «1».

(1) قواعد الأحكام، ص 79 (الطبعة الحجرية)؛ مفتاح الكرامة، ج 6، ص 254؛ جامع المقاصد، ج 6، ص 260

أقول (1): كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل (2)، بأن صار

ووجه النظر ما أفاده في التذكرة بقوله: «إذا أتلف المثلي وجب عليه تحصيل المثل، فإن وجده بثمن المثل وجب عليه شراؤه بلا خلاف. و إن لم يجده إلا بأزيد من ثمن المثل ففي إزمائه بتحصيله إشكال. ينشأ من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة و الهدى. و من أن المثل كالعين، ورد العين واجب و إن لزم في مئونه أضعاف قيمته. و للشافعية وجهان. أظهرهما الأخير. وربما يمكن الفرق بين المثل و العين بأنه تعدى في العين دون المثل، فلا يأخذ المثل حكم العين» (1).

و الأول وجه لعدم وجوب الشراء، و الثاني وجه لوجوبه كما لا يخفى.

و جعل المحقق الثاني قدس سره منشأ نظر العلامة قدس سره: «لزوم الضرر المنفي عن الضامن، فلا يجب عليه الشراء بأكثر من ثمن المثل. و أن القدرة على المثل موجودة، فيجب شراؤه» ثم رجح الوجوب كما صنعه العلامة في التحرير (2).

(1) ناقش المصنف قدس سره في تردد العلامة و حكم بوجوب شراء المثل سواء أ كانت زيادة قيمته لأجل ارتفاع قيمته السوقية، لارتفاع أسعار السلع بحيث قل ما تتساوى قيمة الأمتعة في مبدأ الشهر و منتهاه، أم كانت لأجل عزة وجود المثل ككونه عند من يضنّ به، و لا يبيعه إلا بأكثر من قيمته المتعارفة.

و لو كان كثير الوجود لم يرتفع قيمته السوقية. لكنه قدس سره في بادئ الأمر فصل بين الصورتين، كما سيوضح.

(2) هذا هو أحد منسئي كثرة ثمن المثل. و محصله: أن تردد العلامة إن كان في صورة ارتفاع القيمة السوقية، لم يكن له وجه، لأن وجوب الشراء إجماعي، كما إذا

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 384، أواخر الصفحة.

(2) تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: «إذا غضب ماله مثل كالحبوب والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتريه بأيّ ثمن كان بلا خلاف» (1).

وفي المبسوط: «يشتريه بأيّ ثمن كان إجماعاً» (2) انتهى.

ووجهه عموم النصّ و الفتوى (1) بوجوب المثل في المثليّ.

ويؤيده فحوى (2) حكمه بأنّ تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف

أُتلف زيد حنطة من عمرو، فأراد ردّ مماثلها بعد عام، وقد بلغت قيمة الحنطة ضعف ما كانت عليه، فإنّه لا ريب في وجوب الشراء مقدّمة لأداء المثل إلى المضمون له.

ويدلّ عليه وجوه ثلاثة، أولها: الإجماع الذي ادّعه شيخ الطائفة في المبسوط والخلاف.

ثانيها: إطلاق آية الاعتداء، القاضي بوجوب ردّ المثل سواء توقّف على الشراء أم لا، وسواء أكان شراؤه بثمن المثل أم بأزيد منه.

ثالثها: إطلاق فتوى الأصحاب بوجوب ردّ المثل مهما كلف من مئونة.

(1) الظاهر أن المراد بعموم النص عموم آية الاعتداء، والمراد بالعموم هو الإطلاق الأحوالي كما أوضحناه.

(2) تقريب الفحوى: أنّ دفع المثل مع نقصان قيمته عن قيمة التالف إنّما هو لصدق المماثلة، فإذا صدق عليه أنّه مماثل مع عدم مماثلته للتالف في الماليّة بحدها، فصدق المماثل عليه مع بلوغه قيمة التالف وزيادة يكون بالأولويّة، لأنّه مماثل له في الحقيقة والماليّة حقيقة لا عناية لمجرّد المماثلة في الصورة.

(1) الخلاف، ج 3، ص 415، المسألة 29 من كتاب الغصب.

(2) المبسوط، ج 3، ص 103

ص: 365

لا يوجب الانتقال إلى القيمة. بل ربّما احتتمل بعضهم ذلك (1) مع سقوط المثلي في زمان الدفع عن المائيّة (2) كالماء على الشاطئ (3) و الثلج في الشتاء.

و أمّا (4) إن كان لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد

و يمكن تقرب الفحوى بنحو آخر، وهو: أنّ حكمهم بعدم الانتقال إلى القيمة في صورة التّنزل يقتضي عدم مراعاة قاعدة «نفي الضرر» بالنسبة إلى تضرّر المالك به، فعدم مراعاة قاعدة الضرر بالنسبة إلى الضرر الوارد على الضامن - بازدياد ثمن المثل - أولى، لأنّ الضامن أقدم على ضرر نفسه.

(1) أي: عدم الانتقال إلى القيمة مع سقوط المثل عن التقويم، و المحتمل هو العلامّة في القواعد، من دون ترجيح له ولا لخلافه، و قد تقدم كلامه في الأمر الرابع.

و مال إليه في الجواهر «1».

(2) متعلّق بقوله: «سقوط».

(3) يعني: أتلف الضامن الماء في مفازة حيث يبذل المال الكثير لتحصيله، فأراد دفع ذلك المقدار من الماء على شاطئ النهر بحيث لا يبذل فلس بإزائه.

و كذا الحال في إتلاف الجمد و الثلج في حرّ الصيف، فأراد دفع مماثلهما في الشتاء.

(4) هذا عدل قوله: «إن كانت لزيادة القيمة السوقية» و كان الأولى أن يقال:

«و إن كانت لأجل تعذّر المثل ..» و كيف كان فلم نظفر في العبارة بجواب «و أمّا» فلاحظ و تأمل.

و احتمال «كون - و الظاهر - غلطا، و أنّ الصواب اقتترانه بالفاء ليكون جواب الشرط» ضعيف، إذ بعد فرض كون النسخة الصحيحة كذلك لا يصلح لأن يكون جوابا، لعدم الارتباط بين الشرط و الجزاء، إذ لا يكون قوله: «و الظاهر» مرتبّا بما قبله، فإنّ الجواب لا بدّ أن يكون متربّا على الشرط، و هو مفقود هنا كما لا يخفى.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 99

ص: 366

ممّا يرغب فيه الناس مع (1) وصف الإعواز، بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكة بإزائه ضررا عرفا. و الظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة القواعد، لأنّ الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل. وإنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف. و حينئذ (2) فيمكن التردّد في الصورة الثانية

مع أنّ مقصوده حمل ترديد العلامة قدّس سرّه على هذه الصورة الثانية، و هذا الحمل أجنبيّ عن بيان الحكم الذي يناسب الجزاء.

(1) متعلق بقوله: «يرغب» يعني: أنّ رغبة الناس فيه مع إعوازه لا تقتضي زيادة قيمته بمقدار يريده مالكة، فزيادة الثمن حينئذ ليست لارتفاع القيمة السوقية عند الإعواز، بل لأجل طمع المالك و إجحافه، بحيث يعدّ بذل ما يطلبه بائع المثل ضررا عرفا.

و حاصل الفرق بين الصورة الاولى - و هي ما أفاده بقوله. «كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة إلخ» - و الصورة الثانية و هي قوله: «و أمّا إن كان لأجل تعذّر المثل إلخ» هو: أنّه في الصورة الاولى لا يصدق «الأكثر من ثمن المثل» إذ المفروض ارتفاع قيمة المماثل للتالف، فالثمن الفعلّي للمثل هو نفس ثمن المثل، لا أكثر منه. نعم هو أكثر من ثمن التالف يوم تلفه.

بخلاف الصورة الثانية، فإنّه يصدق عليها ذلك، إذ المفروض كون الثمن الذي يريده المالك أكثر من قيمته السوقية التي يرغب فيها الناس بوصف الإعواز، كما إذا كانت قيمته السوقية بهذا الوصف عشرة دراهم و المالك يريد خمسة عشر درهم، فإنّ صدق «أكثر من ثمن المثل» عليه حينئذ من الواضحات، و يصدق عليه أنّ المالك مجحف في هذه المعاملة، فيتّجه البحث عن وجوب شراء المثل و عدمه.

(2) يعني: حين إرادة بائع المثل أكثر من الثمن السوقيّ لمثل التالف بوصف إعوازه. و الظاهر زيادة هذه الكلمة، للزوم التكرار، لوضوح أنّ مفروض الصورة الثانية إرادة بائع المثل زيادة على ثمنه الواقعي، فلا حاجة إلى كلمة «حينئذ»

- كما قيل (1)- من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة و الهدى، وأنّه (2) يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة، و هو ضرر (3).

و لكن الأقوى مع ذلك (4) وجوب الشراء وفاقا للتحرير كما عن الإيضاح «1» و الدروس و جامع المقاصد، بل إطلاق السرائر (5)، و نفي الخلاف

و على تقدير إسقاطها أمكن جعل «فيمكن» جوابا لقوله: «و أمّا» الشرطيّة.

و الأولى أن يقال: «في هذه الصورة» بإسقاط كلمة «الثانية». أو إبقاؤها، و إن كان إسقاطها أولى، للاستغناء عنها باسم الإشارة، و هي «هذه».

(1) القائل هو العلامة قدّس سرّه في التذكرة، و قد تقدّمت عبارته آنفا.

(2) معطوف على «أنّ الموجود» يعني: أنّه يمكن معاندة بائع المثل بأن يطلب أضعاف قيمته الواقعيّة، و هذا الوجه أفاده السيد العميد قدّس سرّه «(2)».

(3) هذا وجه تنزيل الموجود بأكثر من ثمن المثل منزلة المعدوم كالرقبة في الكفارة، و من المعلوم أنّ الضرر منفيّ في الشريعة.

(4) أي: مع كون الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم- و طلب أضعاف قيمته ضررا 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» (3).

(5) الإتيان بكلمة «بل» لأجل أنّ ابن إدريس لم يكن من المصرّحين بوجوب شراء المثل إذا زاد ثمنه على ثمن التالف، فنسبة هذا الحكم إليه إنّما هي لاقتضاء إطلاق

(1) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 254. راجع تحرير الاحكام، ج 2، ص 139، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 178، الدروس الشرعية، ج 3، ص 113

(2) كنز الفوائد، ج 1، ص 661

(3) جامع المقاصد، ج 6، ص 260

المتقدّم عن الخلاف، لعين ما ذكر في الصورة الاولى (1).

ثمّ إنّّه لا فرق (2)

كلامه بوجوب ردّ المثل، سواء تغيّرت الأسعار أم لم تتغيّر. ولو كان نظره قدّس سرّه إلى صورة مساواة ثمن المثل لثمن التالف لنّبّه عليه، و من المعلوم أنّ عدم تقييد وجوب أداء المثل بصورة المساواة كاشف عن إطلاق الحكم. قال قدّس سرّه: «فمن غصب شيئاً له مثل وجب عليه ردّه بعينه، فإن تلف فعليه مثله» (1). و الجملة الأخيرة هي محطّ نظر المصنّف قدّس سرّه من نسبة الإطلاق إليه، وهو كذلك.

نعم قال في موضع آخر: «فأمّا ماله مثل فعليه مثله يوم المطالبة، تغيّرت الأسعار أم لم تتغيّر..» (2). وهذا تصريح بالإطلاق، بناء على أنّ المراد بالتغيّر الارتفاع، ولعلّ المصنّف قدّس سرّه لم يظفر بهذه العبارة ونسب الإطلاق إلى ابن إدريس قدّس سرّه.

(1) وهي كون زيادة الثمن لأجل رواج السوق، فإنّ ما ذكر فيها- من عموم النصّ والفتوى- آت هنا، ولا مجال لقاعدة الضرر، لأنّها مخصّصة بأدلة الضمان.

فالمتمعّن الرجوع إلى إطلاق تلك الأدلة المخصّصة.

نعم تجري قاعدة نفي الحرج إذا لزم الإجحاف بحال الضامن، فإنّ هذه القاعدة تنفي وجوب الشراء.

إلا أن يقال: إنّ قاعدة نفي الحرج أيضا مخصّصة بتلك الأدلة المخصّصة، خصوصا بملاحظة «مؤاخذه الغاصب بأشق الأحوال».

(2) لإطلاق 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 أ كانت قيمتا البلدين متساويتين أم كانت قيمة بلد المطالبة أزيد.

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 480

(2) المصدر، ص 490

في جواز مطالبة (1) المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره. ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا، وفاقا (2) لظاهر المحكي «1» عن التحرير والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد.

وفي السرائر: «أنه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة وأصول المذهب» (3).

و الوجه فيه اشتغال ذمة الضامن بالمثل، فللمضمون له مطالبة حقه. إلا إذا تعدّر تحصيله، فينتقل إلى قيمته حينئذ كما سيأتي تفصيله في الأمر السادس إن شاء الله تعالى.

(1) المصدر مضاف إلى الفاعل، وضمير «كونه» راجع إلى المثل.

(2) و خلافا لما في المبسوط من «لزوم قيمته في بلد الغضب، أو يصبر حتى يصل إليه ليستوفي ذلك، للضرر المنفي» «2». لكن قد عرفت الإشكال في العمل بقاعدة الضرر من عدم شمولها للحكم الثابت بعنوان الضرر كالضمانات.

(3) كلام ابن إدريس قدس سره لا يختص برّد المثل في غير بلد التلف، لتصريحه بأنه حكم بدل التالف سواء أكان مثليا أم قيميا، فلاحظ قوله: «إذا غصب منه مالا مثليا 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 الغضب، دون يوم المطالبة، إذا أهلكه وأتلفه في يوم غصبه.. ولأن المغصوب منه لا يجب عليه الصبر إلى حين العود إلى مصر، بل يجب على الغاصب ردّ مثل الغضب إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل، فإن هذا الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة، ولا يعرج إلى

(1) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252. ولاحظ تحرير الأحكام، ج 2، ص 139، تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383 و 384، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 177، الدروس الشرعية، ج 3، ص 114، جامع المقاصد، ج 6، ص 252

(2) المبسوط، ج 3، ص 76

ص: 370

وهو (1) كذلك، لعموم «الناس مسلطون على أموالهم (2)» «1». هذا (3) مع وجود المثل في بلد المطالبة.

وأما مع تعذره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة [1].

خلافه بالأراء والاستحسان» (2).

ومنّه ظهر أنّ كلمة: «و أصول المذهب» غير موجودة في ما بأيدينا من نسخة السرائر وإن نقله عنه السيد العاملي أيضا.

(1) يعني: أنّ ما حكى عن جمع - من جواز المطالبة بالمثل في غير بلد التلف - هو المتعين، لعموم سلطنة الناس على أموالهم.

(2) فإنّ إطلاقه يقتضي سلطنة المالك على المطالبة في كلّ مكان وزمان وبأيّ سعر كان، وليس للضامن حبه عنه.

ومع هذا الإطلاق لا - حاجة إلى التمسك بمثل «على اليد» أو «كلّ مغصوب مردود» حتى يورد عليه بقصوره، بدعوى «انصرافه إلى خصوص مكان ذلك المال».

لكن يمكن أن يقال: إن كانت سلطنة المالك على المطالبة في بعض الصور حرجية فتتفى بقاعدة الحرج، فلا بدّ من ملاحظة موارد المطالبة زمانا ومكانا، وعزّة وكثرة للمثل، وتترّلا وترقيًا من حيث القيمة. ففي كل مورد تكون مطالبة المالك حرجية يرتفع جوازها بنفي الحرج، فتأمل.

(3) أي: جواز المطالبة في غير بلد التلف.

[1] تحقيق المقام: أنّه قد استدلّ بأية الاعتداء على وجوب شراء المثل ولو بأكثر من قيمة مماثله. لكن قد عرفت الإشكال في الاستدلال بها على ما نحن فيه.

وقد استدلّ أيضا عليه بالإجماع تارة، وبأنّ الحكم بعدم وجوب الشراء على الغاصب يستلزم الضرر على المالك اخرى.

(1) عوالي اللئالي، ج 1، ص 222، الحديث: 29 و ص 457، الحديث 198

(2) السرائر، ج 2، ص 490 و 491

ص: 371

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 وما هو بمنزلته من العلم بفساد العقد الموجب للقبض. وأما مع الجهل بالفساد فلا إقدام، فالضرران متعارضان. ومقتضى أصل البراءة عدم وجوب شراء المثل بأكثر من القيمة السوقية.

إلا أن يقال: إن استصحاب بقاء ما في الذمة من المثل وعدم انتقاله إلى القيمة يقضي بلزوم شراء المثل بأي ثمن كان.

والذي ينبغي أن يقال هو: أن قاعدة الضرر لا تجري في الضمانات، لأن موضوعها الضرر، كالخمس والزكاة، فإن مقتضى لوجود شيء يمتنع أن يكون رافعا له، فقاعدة الضرر لا تجري في الضمانات أصلا، فلا موضوع لتعارض ضرري المالك والضامن، ولا لدفعه بقاعدة الإقدام من ناحية الضامن.

مضافا إلى ما فيها: من كونها أخص من المدعى، لاختصاصها بالغصب وما هو بمنزلته، إذ لا إقدام على الضمان في غير الغصب.

فالمرجع إطلاق أو عموم أدلة الضمان وعموم سلطنة الناس على أموالهم. هذا بالنسبة إلى الصورة الأولى المذكورة في المتن، وهي كون زيادة القيمة لأجل الرواج السوقية، لا العناد المالكي ولا طمعه. ومع هذا الإطلاق لا تصل النوبة إلى أصل عملي من استصحاب أو براءة أو اشتغال.

نعم إذا لزم الحرج كما إذا كان مجحفا لم يجب الشراء، لقاعدة نفي الحرج.

وأما الصورة الثانية- وهي 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 والفتوى والإجماع المستفاد من نفي الخلاف- في الخلاف- في

هذه الصورة حرفا بحرف.

وبالجملة: إطلاق أدلة ضمان المثليّ بالمثل محكّمة، فيجب شراؤه و لو بأكثر من ثمن المثل، إذ المفروض عدم جريان قاعدة الضرر في الضمانات. وعلى تقدير جريانها تسقط بمعارضتها لضرر المالك. فيبقى إطلاق أدلة الضمان سليما عن المعارض، و مقتضاه وجوب شراء المثل بأيّ 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. و أمّا إذا كان الضرر زائدا على ذلك و مترتبا على أمور خارجة عمّا يقتضيه طبع الحكم، كما إذا كان مترتبا على عناد بائع المثل أو طمعه، فينفي بقاعدة الضرر، لأنّه خارج عن حيطه الضمان العقلانيّ و كون المثل في عهدة الضامن.

وبعبارة أخرى: ليس الضرر الزائد جزء ماليّة المثل الثابت على عهدة الضامن، و ما ثبت بالضمان هو المثل بماليّته السوقية لا بالماليّة الخاصّة التي يريدها شخص للطمع أو العناد، فإنّ ذلك خارج عن حيطه الضمان الشرعيّ و العرفيّ.

وعليه فلا يجب شراء المثل في الصورة الثانية، لقاعدة الضرر بالنسبة إلى الضامن، فينتقل إلى القيمة.

لكن يمكن أن يقال: بناء على إطلاق لفظيّ لأدلة الضمان - كآية الاعتداء و الروايات - لا تجري قاعدة الضرر في الصورة الثانية أيضا، إذ المفروض وفاء الإطلاق بجعل الحكم الضرريّ بالنسبة إلى الضرر الزائد على القيمة السوقية، و حيث إنّ موضوع هذا الحكم هو الضرر فلا يرتفع بقاعدة الضرر، فحينئذ لا فرق في وجوب الشراء بين صورتين.

نعم بناء على كون مستند الحكم بكيفية الضمان - أي ثبوت المثل في المثليّ و القيمة في القيميّ في عهدة الضامن - هو الدليل اللبّيّ من السيرة أو الإجماع، فالمتيقّن هو وجوب الشراء في الصورة الأولى، فيرجع في الصورة الثانية إلى الأصل العمليّ، و هو

استصحاب الضمان بالمثل، إن لم تجر قاعدة الضرر في الشراء بالزيادة على القيمة السوقية، لمعارضتها بضرر المالك، أو حرجه. ولو كان الشراء حرجيًا ولم يعارضه ضرر المالك أو حرجه لم يلزم شراؤه، لكون الحرج رافعاً له، فلا يجري حينئذ استصحاب بقاء المثل في الذمة حتى يجب شراء المثل بثمن كثير يريده بائع المثل.

فتلخص مما ذكرناه: أنه في الصورة الثانية لا يجب الشراء بأكثر من ثمن المثل، من غير فرق في ذلك بين كون دليل الضمان بناء العقلاء أو الإجماع أو مثل آية الاعتداء.

أما على الأولين فلأن الضمان العرفي مبني على المتعارف عندهم من اعتبار القيمة السوقية ارتفاعاً وانحطاطاً، فلو تنزل السعر السوقية ليس للمالك الامتناع عن أخذ المثل. كما أنه 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 الأخرى - كالعناد أو الطمع - فهي غير مضمونة عرفاً على الضامن، لأنّ الدليل لبي. و المتيقن منه هو ضمان المثل بقيمته السوقية قلت أو كثرت، فلا - يشمل ما إذا كانت كثرة الثمن لغير الرواج السوقية، فتنفيه قاعدة الضرر أو الحرج.

و حينئذ لا يجري استصحاب بقاء المثل في الذمة، لأنّ الدليل الاجتهادي ينفي الضمان، و يجعل المثل الموجود في هذه الصورة كالمثل المتعدّر، فينتقل إلى القيمة. كما أنّ قاعدة السلطنة القاضية بجواز مطالبة المالك بالمثل - وإن كثر ثمنه لا لأجل رواج السوق - محكمة بقاعدة الضرر أو الحرج.

و أما على الثالث فلأنّ المنساق منه عرفاً أيضاً هو الضمان العقلاني الذي يبنى عليه إطلاق أدلة الضمان. و على تقدير الإطلاق تكون قاعدة الضرر حاکمة 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 (1): لو تعذر المثل في المثلي،

(1) هذا الأمر من فروع الأمر الرابع الذي تحقّق فيه أنّ المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف عند القابض يضمن بمثله إن كان مثلياً، وقيّمته إن كان قيمياً. خلافاً لما نسب إلى ابن الجنيّد. فبناء على اشتغال ذمّة الضامن بمثل التالف - في المثلي - يتّجه البحث عن حكم تعذر المثل، و انقلاب المضمون إلى القيمة. ويقع 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:

الأوّل: أنّ تعذر المثل قد يكون ابتدائياً أي من حين تلف العين، بأن يعزّ وجود المتاع المثلي في مدّة من الزمن، فتلفت العين فيها. وقد يكون طارئاً، بأن يوجد المثل حين تلف العين ولم يحصله الضامن تساهلاً حتى تعذر المثل.

و انقلاب الضمان بالمثل إلى الضمان بالقيمة وإن كان في كلتا صورتين. إلا أنّ المقصود بالبحث فعلاً كما صرح المصنّف قدّس سرّه به بقوله: «إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحقّقه ابتداءً كما في القيميات، وبين طرّوه بعد التمكن كما فيما نحن فيه» هو التعذر الطاري. وأمّا إذا فقد المثل وقت التلف فسيأتي حكمه.

الثاني: أنّ وجوب أداء ما في الذمّة لا يتوقّف على مطالبة من له الحق كما في المغصوب، فإنّ الغاصب مأمور برده - بنفسه أو ببذله - إلى المغصوب منه، سواء طالبه به أم لم يطالبه، لإطلاق «أنّ المغصوب مردود». و المبيع بالبيع الفاسد يكون كالمغصوب في عدم توقّف وجوب رده إلى مالكه على المطالبة. نعم إن لم نقل بحرمة إمساكه كما تقدّم من شيخ الطائفة والحلي قدّس سرهما لم يجب رده فوراً بدون المطالبة.

و الصحيح من الوجهين هو الأول كما حققه المصنّف قدّس سرّه في الأمر الثاني، وأنّه يجب ردّه فوراً إلى مالكه.

و هذا جار في صور ثلاث: إحداها: بقاء المبيع بالبيع الفاسد. ثانيها: تلفه مع كونه مثلياً ممكن الحصول. ثالثها: تلفه مع كونه قيميّاً.

فيجب ردّ المبيع - في الصورة الاولى - و بدله في الصورتين الأخريين إلى مالكه فوراً.

و بقي حكم صورة واحدة، أعني بها كون المبيع مثلياً، و قد تلف و تعدّر تحصيله، و قد عقد المصنّف هذا الأمر لتحقيقه، و تعرّض لجهات من البحث.

الاولى: اشتراط انقلاب الضمان من المثل إلى القيمة بمطالبة المالك.

الثانية: تعيين القيمة التي تجب بمطالبة المالك، هل هي قيمة المثل يوم الإعواز أم يوم الدفع أم غيرهما؟ وفي هذه الجهة تفصيل الاحتمالات المذكورة في قواعد العلامة قدّس سرّه.

الثالثة: في أنّ محلّ النزاع هل يختصّ بالتعذر الطاري أم يعمّ الابتدائيّ؟

الرابعة: في أنّ مناط إعواز المثل فقده في بلد التلف.

الخامسة: في كيفية تقويم المثل مع فرض تعدّره و فقده.

السادسة: في جواز مطالبة الضامن بالمثل لو وجد في بلد آخر غير بلد التلف.

السابعة: في حكم خروج المثل الموجود عن المائيّة و التقويم، وأنّه ملحق بتعدّر المثل أم لا؟

و سيأتي الكلام في كلّ منها إن شاء الله تعالى.

(1) هذه هي الجهة الاولى. و توضيحها: أنّ المصنّف قدّس سرّه بنى انقلاب الضمان من المثل إلى القيمة على مطالبة المالك، إذ لو لم يطالب لم يكن دليل على إلزامه بقبول القيمة، لفرض أنّ ذمّة الضامن مشغولة بالمثل، و مجرد التعدّر و الإعواز لا يسقط المثل عن العهدة، للفرق بين الأحكام التكليفيّة التي تتغيّر بطرء العناوين الثانويّة، و بين الأحكام الوضعيّة كالضمان، فلو صبر المالك إلى أن يتيسّر للضامن أداء المثل لم يتّجه إلزامه بقبول القيمة، هذا.

مع مطالبة (1) المالك، لأنّ منع المالك ظلم (2)، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب القيمة جمعا بين الحقين (3).

مضافا إلى قوله تعالى:

وأما إذا طالبه المالك بقيمة المثل المتعذر، فقد استدلل المصنف قدس سره بوجهين على وجوب بذل القيمة على الضامن.

أحدهما: الجمع بين حقي المالك و الضامن. والآخر: آية الاعتداء، وسيأتي بيانهما.

(1) وجه تقييد وجوب دفع القيمة بمطالبة المالك هو استقرار المثل في ذمة الضامن، وعدم كون القيمة في رتبة المثل، بل هي في طوله و متأخرة عنه رتبة. وهذا التقييد لا ينافي كون المقبوض بالبيع الفاسد كالمغصوب ممّا يجب ردّه بنفسه أو ببدله إلى المالك فورا، وذلك لعدم كون القيمة واجدة لخصوصيّة المثل المستقرّ في العهدة حتى يكون أدائها مسقطه له، وسيأتي مزيد توضيح له.

(2) هذا أوّل الوجهين على وجوب أداء القيمة على الضامن، استدللّ به المحقّق الأردبيلي قدس سره وغيره (1). وهو مقتضى الجمع بين حقي المالك و الضامن.

أما حقّ المالك فهو استحقاقه للقيمة بعد إسقاط الأوصاف النوعيّة التي هي من حقوقه، فله المطالبة بالقيمة، فلو أبى الضامن عن دفع القيمة إلى المالك كان ظلما عليه، وهو قبيح عقلا و ممنوع شرعا.

وأما حقّ الضامن فهو: أنّ مطالبة المثل منه غير جائزة، لسقوط التكليف بسبب تعذره، فلو ألزمناه بدفع المثل كان ظلما عليه، وهو منفيّ عقلا و شرعا.

والجمع بين الأمرين - بحيث لا يستلزم ظلما على أحدهما - إنّما هو بإلزام الضامن بأداء القيمة لو طالبه المالك بها.

(3) وهو حقّ المالك و الضامن.

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 527؛ مفتاح الكرامة، ج 6، ص 242 و 243

فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (1) فَإِنَّ الضَّامِنَ إِذَا أَلْزَمَ بِالْقِيَمَةِ مَعَ تَعَذُّرِ الْمِثْلِ لَمْ يَعْتَدِ عَلَيْهِ (2) أَزِيدُ مِمَّا اعْتَدَى (3).

وبالجملة:- بعد البناء على كون ذمة الضامن مشغولة بالمثل حتى يعدّ تعذره و عدم سقوط الأوصاف النوعية بدون إسقاط المالك لها- لا وجه لإلزام الضامن إياه بقبول القيمة، بل له الانتظار إلى أن يوجد، إذ المفروض عدم كون تعذر المثل مسقطا له عن ذمة الضامن، و موجبا للانتقال إلى القيمة، فلا موجب لإلزام المالك بقبول القيمة.

و لا يقاس إعواز المثل بتلف العين، حتى يقال: إن الإعواز يوجب الانتقال إلى القيمة، كما أن تلف العين يوجب الانتقال إلى المثل إن كان مثليا و القيمة إن كان قيميا.

و ذلك لأنه لا معنى لبقاء العين التالفة في الذمة، لامتناع أدائها بعد تلفها.

فالانتقال إلى المثل أو القيمة بالتلف قهري، بخلاف إعواز المثل، إذ لا مانع من ثبوت كليّ المثل في الذمة إلى زمان الأداء، ولذا لا يجوز للضامن إلزام المالك بالقيمة. كما لا يجب على الضامن إلا دفع قيمة يوم الأداء، لما مرّ من عدم كون الإعواز موجبا للانتقال إلى القيمة، بل المثل باق في ذمته إلى يوم الأداء، فتعتبر القيمة يوم الدفع، لأنه زمان الانتقال إلى القيمة.

(1) هذا ثاني الوجهين على وجوب أداء القيمة. و هو مبني على ما تقدم من شيخ الطائفة قدس سره من: أن المماثلة أعم من كونها في الصورة- و هي المشاركة في الحقيقة- و من كونها في المالية خاصة. و حيث إن القيمة مماثلة للتالف في المالية دلّت الآية الشريفة على أنه يجوز للمالك الاعتداء على الضامن بأخذ قيمة ماله منه، فمطالبة القيمة اعتداء بالمثل، لا بأزيد منه حتى تحرم.

(2) هذا الضمير و الضمير المستتر في «اعتدى» راجعان إلى الضامن.

(3) لأن القيمة مثل التالف في المالية، و المفروض دلالة الآية على جواز الاعتداء بالمماثل.

وأما (1) مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على إزامه بقبول القيمة، لأنّ المتيقن (2) أنّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، و جمع (3) بين حقّ المالك بتسليطه

(1) معطوف على قوله: «مع مطالبة المالك» وقد تقدّم وجه تقييد وجوب دفع القيمة بمطالبة المالك بقولنا: «و بالجمله بعد البناء على كون ذمّة الضامن مشغولة بالمثل .. إلخ».

(2) هذا التعليل ظاهر في أنّ الوجه الأوّل - وهو الجمع بين الحقّين - لا يجري في ما إذا صبر المالك حتى يتيسّر المثل، ولم يطالب الضامن بالقيمة، لأنّه مالك للمثل في ذمّة الضامن. فهو مسلّط شرعا على المطالبة ببدل المثل المتعذر، كما أنّ له الانتظار وعدم أخذ القيمة.

وأما الوجه الثاني - أعني به آية الاعتداء - فيستفاد من التعليل المزبور أيضا عدم وجوب دفع القيمة في صورة عدم مطالبة المالك بها. وذلك لأنّ المخاطب بجواز الاعتداء على المعتدي - كالضامن في ما نحن فيه - هو المالك، لقوله تعالى فَأَعْتَدُوا الْمَنْسَلَخَ عَنِ الْوَجُوبِ. فللمعتدى عليه تغريم المعتدي بالمماثل، الشامل للمماثلة في مجرد الماليّة خاصّة، وله الانتظار إلى زمان تيسّر المثل المصطلح الذي هو أقرب إلى التالف، لمساواته له في الحقيقة والماليّة معا. وعلى كلّ فليس أمر تفرّغ الذمّة عن المثل أو القيمة موكولا إلى الضامن حتى يجوز له تفرّغ ذمّته عمّا اشتغلت به فورا كي ينقلب ضمانه من المثل إلى القيمة، هذا.

(3) هذا وقوله: «و حقّ الضامن» قرينة على أنّ غرضه من قوله: «لأنّ المتيقن» هو عدم المجال للاستدلال بالجمع بين الحقّين على جواز أداء القيمة حتى مع عدم مطالبة المالك بها.

لكن يستفاد منه أيضا وجه عدم دلالة الآية الشريفة، لقوله قدّس سرّه: «أما عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل» لظهوره في توقف انقلاب ما في الذمّة من المثل إلى القيمة على المطالبة التي هي من شؤون سلطنته على ماله التالف أو المتلف.

على المطالبة، وحقّ الضامن بعدم تكليفه (1) بالمعذور (2) أو المعسور (3). أمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل.

و ما ذكرنا (4) يظهر من المحكي «1» عن التذكرة والإيضاح، حيث ذكرنا في ردّ بعض الاحتمالات الآتية «2» في حكم تعدّد المثل ما لفظه: «أنّ المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به. وإنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمها» انتهى.

(1) أي: تكليف الضامن.

(2) فيما إذا لم يوجد المثل أصلاً، فلو كلف الشارع الضامن بدفع المثل كان معذورا عن امتثاله.

(3) فيما إذا وجد المثل في بلد بعيد بحيث لا يخلو تحصيله ونقله من مشقة شديدة منفيّة شرعا.

(4) أي: عدم سقوط المثل عن ذمّة الضامن بالتعدّد والإعواز - مجردا عن مطالبة المالك والانتقال إلى القيمة - إنّما هو لمطالبة المالك، بمقتضى سلطنته على مطالبة ماله، والكلام المحكي عن التذكرة والإيضاح كالصريح في ذلك، فإنّ كلمة «تغريمها» تدل على إناطة أداء القيمة بمطالبة المالك غرامة ماله.

ولا يخفى أنّ العلامة قدّس سرّه 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. وليس في كلامه ردّ بعض الاحتمالات، إلا من جهة استلزام تقوية بعضها تضعيف ما عداها، فراجع التذكرة.

(1) الحاكي هو السيد الفقيه العاملي قدّس سرّه في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252. لاحظ: تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 25؛
إيضاح الفوائد، ج 2، ص 175

(2) ستأتي بقوله: «ثم إن في المسألة احتمالات أخر ذكر أكثرها في القواعد».

ص: 380

لكن أطلق (1) كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل.

ولعلهم (2) يريدون صورة المطالبة، وإلا (3) فلا دليل على الإطلاق (4).

(1) يعني: أنّ إطلاق كثير منهم الحكم بالقيمة وقت تغريم الضامن- وعدم تقييده بالمطالبة- يقتضي الانتقال إلى القيمة عند تعذر المثل مطلقا وإن لم يطالب المالك.

قال السيّد الفقيه العاملي قدّس سرّه: «أما أنّه ينتقل إلى القيمة عند التعذر فهو مما طفحت به عباراتهم كما ستسمع، بل هو إجماعيّ .. وأما أنّها تلزم يوم الإقباض لا الإعواز- وإن حكم بها الحاكم يوم الإعواز- فمما صرّح به في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع و التحرير والتذكرة والدروس و جامع المقاصد والمسالك و مجمع البرهان، و هو قضية من اقتصر على لزوم القيمة يوم الإقباض كالإرشاد و غيره» (1).

و أنت ترى خلوّ كلامهم من قيد مطالبة المالك. و به يشكل ما ذهب إليه المصنّف قدّس سرّه و غيره من اشتراط وجوب دفع القيمة بمطالبة المالك.

(2) غرضه توجيه الإطلاق المزبور، و حاصله: أنّه يمكن أن يريدوا خصوص صورة المطالبة، لا- مطلقا حتى يكون مرادهم انتقال المثل بالإعواز إلى القيمة.

(3) يعني: وإن لم نحمل إطلاق حكمهم بالقيمة- عند تعذر المثل- على خصوص صورة مطالبة المالك أشكال الأخذ بظاهر كلامهم، لعدم دليل على إطلاق انقلاب المثل إلى القيمة.

(4) كما هو مذهب القائلين بثبوت العين في الذمّة، و لا ينتقل إلى البدل من المثل أو القيمة، خلافا لغيرهم كالمصنّف و جماعة، حيث ذهبوا إلى الانتقال إلى البدل بمجرد تلف العين و الإعواز.

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 242 و 243

ص: 381

و يؤيد ما (1) ذكرنا: أنّ المحكي عن الأكثر في باب القرض «أنّ المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة» (2).

نعم (3) عبّر بعضهم بيوم الدفع،

(1) من عدم سقوط المثل عن ذمّة الضامن بمجرد الإعواز و التعذر لو لم يطالبه المالك بالقيمة. وجه التأييد أنّ تعبير الأكثر «باعتبار قيمة العين المقترضة- المتعذر مثلها- يوم مطالبة المالك» يدلّ على كون موضوع كلامهم خصوص صورة المطالبة، فبدونها لا موجب لانقلاب ما في الذمّة- من المثل- إلى القيمة.

و التعبير بالتأييد- دون الدلالة- لوجهين، أحدهما: أنّه استشهد بكلام الأكثر، لا بدليل معتمد من نصّ أو إجماع، و من المعلوم أنّ فتوى الأكثر أو المشهور لا تصلح دليلاً على حكم شرعيّ.

و ثانيهما: أنّه يحتمل أن يريدوا أنّ الانقلاب إلى القيمة كان في يوم تعذر المثل لا في يوم المطالبة. كما يحتمل أن يختصّ الحكم بباب القرض، لا في جميع موارد الضمان حتى المقبوض بالبيع الفاسد.

(2) الحاكي هو السيّد الفقيه العاملي، قال قدّس سرّه في شرح قول العلامة: «و لو تعذر المثل في المثليّ 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» (1).

(3) استدراك على التأييد، و غرضه قدّس سرّه أنّ العلامة قدّس سرّه لم يعبر بقيمة يوم المطالبة، و إنّما قال في المختلف: «و الأجود يوم الدفع» (2). فبناء على وجوب رعاية قيمة يوم دفعها إلى المالك لا يتوقف انقلاب المثل المتعذر إلى القيمة على مطالبة المالك، بل نفس التعذر موجب للانتقال. و من المعلوم منافاة هذا لمذهب الأكثر، و لا يصحّ التأييد المزبور.

(1) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 48

(2) مختلف الشيعة، ج 5، ص 392

فليتأمل (1).

وكيف كان (2) فلنرجع إلى حكم المسألة، فنقول:

(1) لعلّه إشارة إلى: أنّه لا بدّ أن يراد بيوم المطالبة يوم الدفع أيضا، ضرورة أنّ المطالبة بنفسها لا تصلح سببا لانتقال الحقّ من المثل إلى القيمة، وإلاّ لزم الانتقال إلى قيمة يوم المطالبة فيما إذا طالب ولم يقدر عليه الضامن، أو عصى ولم يؤدّ القيمة إلى أن زادت أو نقصت، و من المعلوم أنّه ليس كذلك. فالتعبير بيوم المطالبة إنّما هو بالنظر إلى الغالب، وهو اتّحاده مع يوم الدفع.

لكن يشكل هذا الحمل بأنّ العلامة قدّس سرّه نقل أوّلا فتوى ابن إدريس باعتبار يوم المطالبة، ثم أورد عليه بأنّ الأجود قيمة يوم الدفع، فكيف يمكن إرادة يوم واحد وهو يوم المطالبة و الدفع المترتب عليها حتى يكون اختلاف التعبير لفظيّا؟

فالأولى جعل الأمر بالتأمّل إشارة إلى كفاية نظر الأكثر في مقام التأييد لو صحّ في نفسه.

(2) 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 قدّس سرّه قولين في بادئ الأمر، ثم نقل احتمالات اخرى عن قواعد العلامة.

أمّا القولان فأولهما للمشهور، وهو اعتبار قيمة يوم الأداء، و ثانيهما للحلّي و العلامة في بعض المواضع، وهو اعتبار قيمة وقت تعدّر المثل.

و اختار الماتن مذهب المشهور، واستدلّ عليه بأنّ المثل لمّا لم يسقط عن ذمّة الضامن بمجرد إعوازه فهو باق على عهده إلى زمان أداء قيمته، فإن دفعها سقط المثل، وإلاّ فلا، فزمان الانتقال إلى القيمة هو زمان دفعها، فيتعيّن رعايتها، ولا عبرة بقيمة يوم التعدّر، ولا أقصى القيم من زمان التلف أو الإعواز إلى الأداء.

ص: 383

إنّ المشهور (1) أنّ العبرة في قيمة المثل المتعدّر بقيمته يوم الدفع، لأنّ المثل ثابت في الذمّة إلى ذلك الزمان، ولا دليل على سقوطه بتعدّره، كما لا يسقط الدين بتعدّر أدائه. وقد صرّح بما ذكرنا المحقّق الثاني (2). وقد عرفت (3) من التذكرة والإيضاح ما يدلّ عليه (4).

ويحتمل (5) اعتبار وقت تعدّر المثل. وهو للحلّي في البيع الفاسد،

(1) كما في مفتاح الكرامة، حيث قال بعد عبارته المنقولة (في ص 381):

«والحاصل: أنّي لم أجد مخالفاً متّافياً في ذلك، بل ولا متأمّلاً في هذا الباب إلّا قوله في الإيضاح: إنّ الاحتمال الرابع أصحّ، وإلّا قوله في المفاتيح: وقيل وقت الإعواز» (1).

(2) حيث قال- في ردّ القول بضمان أعلى القيم من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز- ما لفظه: «ويضعّف بأنّ المثل لا يسقط من الذمّة بتعدّره، وأداء الدين لا يسقط بتعدّر أدائه، ولهذا لو تمكّن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة، فما دام لم يأخذ المالك القيمة فالمثل باق في الذمّة بحاله» (2).

(3) قبل أسطر، حيث قال: «وما ذكرنا يظهر من المحكيّ عن التذكرة والإيضاح .. إلخ» (3).

(4) أي: ما يدلّ على اعتبار قيمة يوم الدفع، وكلام التذكرة والإيضاح وإن كان تعليلاً لاشتراط دفع القيمة بمطالبة المالك، لكنّه يدلّ أيضاً على أنّ الملحوظ قيمة يوم الدفع، لترتبه على المطالبة، إذ لا عبرة بدفع القيمة التي لم يطالبها المالك من الضامن.

(5) هذا الاحتمال هو القول الثاني في المسألة، لا محض احتمال، فإنّ ابن إدريس قدّس سرّه اختاره في بعض موارد البيع الباطل، حيث قال: «وإن أعوز المثل فعليه ثمن المثل

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 243

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 254

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 175

ص: 384

يوم الإعواز» (1). خلافا لما اختاره في كتاب الغصب بقوله: «فإن أعوز المثل فله قيمته يوم إقباضها» (2).

(1) قال السيّد العامليّ في إعواز المثل إذا كانت العين المقترضة مثليّة: «وقيل وقت التعذّر، وهو خيرة التحرير، ونسب إلى الشيخ في النهاية والقاضي وابن إدريس في موضع من كتابه فيما إذا تعذّرت الدراهم، وهو خيرة الكتاب- يعني القواعد- في ذلك كما يأتي، ويظهر من الإيضاح أيضا، لأنه وقت الانتقال إلى البديل الذي هو القيمة» (3).

(2) يعني: في بعض مواضع المسالك، وهو ما أفاده في شروط العوضين- في عدم انعقاد البيع بحكم أحدهما- بقوله: «ولا يخفى أنّ هذا كلّه في القيميّ. أمّا المثليّ فيضمن بمثله، فإنّ تعذّر بقيمته يوم الإعواز على الأقوى» (4).

لكن الشهيد الثاني قدّس سرّه قوّى في باب القرض ضمان قيمة يوم المطالبة (5) وفي باب الغصب قال: إنّ الأظهر عند الأصحاب قيمة يوم الإقباض، فراجع.

وعليه كان المناسب التنبيه على أنّ قيمة يوم الإعواز ليست نظره بقول مطلق، بل هي مختاره في خصوص كتاب البيع، والعهدة على الحاكي الذي لم أظفر به، ولم أجده في مفتاح الكرامة، بل عدّ السيد الشهيد الثاني في المسالك من القائلين باعتبار قيمة يوم المطالبة، كما تقدّمت عبارته (في ص 381).

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 285

(2) المصدر، ص 490

(3) مفتاح الكرامة، ج 5، ص 48

(4) مسالك الأفهام، ج 3، ص 174

(5) المصدر، ص 447

لأنّه (1) وقت الانتقال إلى القيمة.

و يضعّفه (2) أنّه إن أريد بالانتقال (3) انقلاب ما في الذمّة إلى القيمة في ذلك الوقت (4) فلا دليل عليه (5). وإن أريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمّة إلا

(1) أي: لأنّ وقت تعذّر المثل هو وقت الانتقال إلى البدل. وهذا التعليل متكرّر في كلمات أرباب هذا القول، وقد نقله عنهم السيّد العامليّ قدّس سرّه في عبارته المتقدّمة.

(2) ضعّف المصنّف قدّس سرّه احتمال اعتبار ثمن المثل يوم الإعواز بما حاصله: أنّه إن أريد بالانتقال انقلاب ما في الذمّة من المثل إلى القيمة في ذلك الوقت - أي وقت الإعواز - حتى لو لم يطالب المالك بها، ففيه: أنّه لا دليل على سقوط المثل بمجرد الإعواز وانتقاله إلى القيمة.

وإن أريد بالانتقال وجوب إسقاط ما في الذمّة من المثل بالقيمة في صورة مطالبة المالك، فهو وإن كان صحيحا. لكنّه لا يوجب سقوط المثل و ثبوت القيمة في الذمّة. ولذا لو أّخر الاسقاط عذرا أو عصيانا بقي المثل في ذمّة الضامن إلى أن يتحقّق الاسقاط. و إسقاطه في كلّ زمان إنّما يتحقّق بأداء قيمته في ذلك الزمان، وليس مكلفا بإسقاطه بقيمة زمان آخر.

مثلا إذا كان ثمن المثل وقت تعذّره و إعوازه عشرة دنانير، و بعد مضيّ شهر خمسة عشر دينارا، فإن طالب المالك الضامن يوم التعذّر كان مكلفا بأداء العشرة لإسقاط ما في ذمّته بها. و إن طالبه بعد شهر كان الضامن مكلفا بأداء خمسة عشر دينارا، و لا يكفي أداء عشرة دنانير حينئذ، لأنّ تفرّغ الذمّة في كلّ زمان منوط بدفع قيمة المثل في زمان الاسقاط، لا قيمة الأزمنة السابقة. و عليه فلا عبرة بما اختاره جماعة من كون المدار ثمن المثل يوم إعوازه.

(3) أي: في قولهم: «لأنّ يوم التعذّر وقت الانتقال إلى البدل الذي هو القيمة».

(4) أي: وقت تعذّر المثل.

(5) بل الدليل على خلافه موجود، و هو عدم إناطة الحكم الوضعيّ - كالضمان -

بالقيمة، فوجوب (1) الإسقاط بها (2) وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا (3) أنه لو أحرر الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط. وإسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان (4). وليس في الزمان الثاني (5) مكلفا بما (6) صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول (7)، هذا.

بالتمكن، فالعهدة مشغولة بالمثل حتى في وقت إعوازه.

(1) يعني: ففيه: أنّ وجوب الإسقاط بالقيمة وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا .. إلخ.

(2) يعني: أنّ حدوث وجوب دفع القيمة يوم التعذر مشروط بمطالبة المالك قيمة المثل في يوم التعذر، فلو لم يطالب لم يحدث يوم الإعواز وجوب دفع القيمة.

(3) يعني: أنّ حدوث وجوب أداء القيمة يوم الإعواز لا يكفي في سقوط المثل عن الذمة، وانتقال الضمان إلى ثمن المثل. والشاهد على عدم تبدل المثل بالقيمة بمجرد التعذر هو: أنّ المالك لو طالبه بها يوم الإعواز - 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 أنّ وقت الانتقال من المثل إلى القيمة هو يوم الأداء، لا يوم الإعواز.

(4) فإن أدّى قيمة يوم الإعواز - مع مطالبة المالك - كان هو المسقط لما في ذمته، وكان زمان انقلاب الضمان من المثل إلى القيمة متحدا مع زمان الإسقاط.

وإن أدّى القيمة بعد الإعواز بشهر لم تكف قيمة يوم التعذر إذا كانت أقل من قيمة يوم الدفع.

(5) وهو زمان إسقاط ما في الذمة من المثل.

(6) المراد بالموصول هو ثمن المثل المتعذر يوم تعذره.

(7) وهو زمان تعذر المثل مع مطالبة المالك بالقيمة، فإنّه زمان حدوث وجوب القيمة، ولكنه ليس زمان إسقاط المثل، ولا زمان انقلابه إلى القيمة.

هذا ما أفاده في تضعيف احتمال اعتبار قيمة يوم الإعواز، وتثبيت مختار المشهور.

و لكن (1) لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقا- من (2) الآية و من أنّ المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل - توجّه (3) القول بصيرورة التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل (4)، إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحقّقه ابتداء كما في القيميات (5) و بين طرّوه بعد التمكن كما فيما نحن فيه.

(1) استدراك على ما اختاره المشهور- من كون العبرة بقيمة يوم الدفع- و تأييد للقول باعتبار قيمة يوم الإعواز. و حاصل الاستدراك: أنّ مقتضيات الأدلة المختلفة، فإن استندنا إلى الجمع بين الحقيين- و أنّ تعذر المثل لا يسقطه عن الذمّة- اتّجه القول بضمان قيمة يوم الدفع. و إن استندنا في لزوم القيمة في المثل المتعذر إلى آية الاعتداء و إطلاقات الضمان القاضية بلزوم الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف اتّجه القول بانقلاب المثل بمجرد تعذّره 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 انقلاب المثليّ إلى القيميّ يوم تعذّره و إعوازه، لا يوم أدائه.

(2) هذا و قوله: «و من أنّ المتبادر» بيان للموصول في قوله: «ما تقدّم سابقاً» أي: في الأمر الرابع. و المراد بالآية آية الاعتداء بالمثل التي استدللّ بها شيخ الطائفة قدّس سرّه على ضمان المثليّ بالمثل، و القيميّ بالقيمة.

(3) جواب الشرط في قوله: «لو استندنا».

(4) سواء طالبه المالك بقيمة المثل المتعذر أم لم يطالبه بها، و سواء أسقط الضامن ما في ذمّته يوم الإعواز أم أخّره إلى زمان آخر. و الوجه فيه كون ثمن المثل أقرب إلى العين التالفة أو المتلفة عند تعذر المثل، فيكون يوم الإعواز وقت الانقلاب إلى القيمة.

(5) فإنّ المثل متعذر فيها بحسب الخلقة، فالتعذر في القيميات ابتدائيّ، بخلاف تعذر المثل في المثليّ بعد التمكن من دفعه، فإنّه عارضيّ.

و دعوى (1) اختصاص الآية وإطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكّم (2) [1].

(1) غرض المدعي الذبّ عن مقالة المشهور من ضمان قيمة يوم الدفع، ببيان: أنّ الآية والإطلاق وإن اقتضيا اعتبار قيمة يوم الإعواز، لكنهما مختصّان بالتعذر الابتدائيّ، بأن لم يوجد مماثل التالف من أوّل الأمر، فيقال بضمان القيمة يوم الإعواز.

وهذا أجنبيّ عمّا نحن فيه من التعذر الطاري، فالذمة مشغولة بالمثل، لوجوده حال تلف العين، وإعوازه لا يوجب الانقلاب إلى القيمة، بل الموجب له هو الاسقاط بتسليم الثمن إلى المالك.

(2) إذ المناط في كليهما تعذر وجود المثل، وهو جار في القيميّ والمثليّ الذي تعذر وجوده، سواء أكان طارئاً أم ابتدائيّاً. ولا مقيّد في البين حتى تختصّ الآية بالتعذر البدويّ.

لكن يمكن إبداء الفرق بينهما بأنّ اعتبار المثل في القيميّ لغو، إذ المفروض عدم كونه مرجوّ الحصول، بخلاف المثل المتعذر في المثليّ، فإنّه مرجوّ الحصول. وهذا الفرق يوجب الفرق بين القيميّ والمثليّ المتعذر المثل عند العرف المحكّم في باب الضمانات، فإنّ تضمين الضامن بالمثل في القيميّات لا أثر له، فيلزم اللغو بل الامتناع، لكونه من التكليف بغير المقدور، إذ لا يرجى وجوده في زمان حتى يصحّ إشغال ذمّته بالمثل، فمن أوّل الأمر يجعل في ذمّته القيمة. فلا تحكّم في الفرق بين القيميّ المتعذر مثله إلى الأبد وبين المثليّ المتعذر مثله المرجوّ وجوده بعد حين، بانقلاب القيميّ بمجرد إعوازه إلى القيمة، وانقلاب المثل المتعذر إلى القيمة يوم الدفع.

وقد تحصّل من كلمات المصنّف قدّس سرّه: أنّ المشهور بين الأصحاب اعتبار قيمة يوم الدفع، وغير المشهور هو اعتبار قيمة يوم إعواز المثل. وسيأتي الكلام في وجوه أخرى ذكرها العلامة في التذكرة والقواعد.

[1] قد يتمسك لإثبات القيمة بقاعدة الميسور، بتقريب: أنّ دفع المثل الواجد

للفئات 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 ميسورا للمثل حتى تجري فيها قاعدة الميسور.

ثم إن ما أفاده، المصنف قدس سره من «أنه ليس للضامن إلزام المالك بقبول القيمة عند إعواز المثل وعدم مطالبة المالك» مبني على ما نسب إلى المشهور في باب الضمان من اشتغال الذمة بالمثل في المثلي معلقا على التلف في صورة البقاء، ومنجزا في صورة التلف، إذ بناء عليه يكون المثل في الذمة، وإعوازه لا يوجب الانتقال إلى القيمة، فإذا صبر المالك إلى أن يوجد المثل فليس للضامن إلزامه بالقيمة.

وأما بناء 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 حينئذ نحو أداء للعين بجهتها المالية، كما أن المثل أداء للعين بجهتها النوعية مراعاة 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: اشتغال الذمة بنفس العين، الموجب لجواز مطالبة قيمة المثل ووجوب 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 أولا: عدم دلالة حديث «على اليد» على الضمان، بل يدل على الحكم التكليفي وهو وجوب الأداء ما دامت العين موجودة، فتأمل.

وثانيا: - بعد تسليم دلالة «على الضمان» - أنه لا يفهم العرف منه إلا ضمان المثلي

بالمثل والقيمي بالقيمة، واعتبار كون العين على العهدة قيد زائد لا- ينتقل إليه أذهان أبناء المحاورة. بل يمتنع اشتغال الذمة بالعين بخصوصياتها المشخصة، لامتناع أدائها بعد تلفها، فلا تشتغل الذمة إلا ببدلها من المثل أو القيمة.

وثالثا: 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 موجودا ليس له الاعراض عن المثلية ومطالبة القيمة، بل يجب عليه قبول المثل.

الثاني: أن اليد إذا وقعت على العين وقعت عليها بخصوصياتها الشخصية والنوعية والمالية، فجميع تلك الجهات تقع على عهده. و مقتضى 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 أيضا، فله إلقاء جهة المثلية ومطالبة القيمة.

وفيه- مع أن لازم ذلك جواز إلقاء خصوصية المثل والعين وجواز 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 عرضا أو طولا 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 الإعواز، 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 ظلما منوط بثبوت القيمة على عهدة الضامن، وهو أول الكلام، ومع ضمان المثل إلزام الضامن بغير ما للمضمون له لعله ظلم.

ودعوى «اشتغال المثل على المالية، فتعذره لا يسلب سلطنة المالك عن المالية، فله مطالبة القيمة» مدفوعة بما مرّ أنفا من عدم كون شؤون العين مضمونة. فالعهدة لا تشتغل إلا بالمثل، لا به وبالقيمة، ولا دليل على كون التعذر بمجرد موجبا للانقلاب كما تقدم.

نعم إذا تعذر المثل إلى الأبد أو إلى أمد بعيد كان منع المالك عن القيمة ظلما.

فإطلاق كلام المصنّف القاضى بوجوب القيمة مع التعذر ولو إلى أمد قريب محلّ النظر.

كما أن ما أفاده من الجمع بين الحقيين أيضا 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 اشتغال الذمة بالمثل فقط.

الرابع: ما في المتن أيضا من التمسك بقوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ 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 القيميات. ولا فرق بين التعذر الابتدائي والعارضي.

وفيه أولا: أن الآية وردت في الاعتداء الحربي، وليست راجعة إلى باب الضمان أصلا.

و ثانيا: أنه - بعد الغضّ عمّا ذكر - لا يكون إلزام الضامن بالقيمة اعتداء بالمثل، بل بغيره، ولم يرخص الشارع فيه.

إلا أن يقال: إن القيمة اعتداء بالمثل، لمماثلتها للتالف في المالية.

ولو سلّم دلالة الآية على عدم الاعتداء زائدا على مقدار اعتداء الغاصب أو الضامن، لكن لا تدلّ على جواز الاعتداء بكلّ شيء لا تزيد ماليته على ماليّة المضمون، لعدم كون الآية في مقام بيان ذلك، حيث إنّها بصدد بيان المنع عن التعديّ بالزيادة، لا جواز الأخذ بكل ما لا يزيد ماليته عن ماليّة المضمون.

وثالثا: أنّه فرق بين التعذرّ الابتدائيّ كالقيميّات و التعذرّ العارضيّ، بأنّ التعذرّ العارضيّ لا يوجب الانتقال إلى القيمة، لرجاء وجود المثل فيه. بخلاف الابتدائيّ، فإنه لا يرجى وجوده، فالتكليف بدفع المثل فيه ممتنع، فلا يمتنع فيه التكليف بدفع المثل.

الخامس: أنّ صبر المالك إلى أن يوجد المثل ضرر عليه، وهو منفي، فله المطالبة بالقيمة.

وفيه أوّلا: أنّ التأخير ليس ضررا دائما، فالدليل أخصّ من المدعى.

وثانيا: أنّ لزوم التأخير لتعذر المثل عقليّ، وليس بشرعيّ حتى يرفع بقاعدة الضرر.

وثالثا: أنّ شأن قاعدة الضرر نفي الحكم، لا إثبات أمر مبين أو مخالف، كإثبات القيمة مع ضمان المثل.

ومنه يظهر الكلام في دليل نفي الحرج لو كان التأخير حرجيا.

السادس: بناء العقلاء على مطالبة القيمة عند تعذر المثل، وإلزام الضامن بأدائها.

وفيه: أنّ المتيقّن منه- بعد ثبوته و اتّصاله بزمان المعصوم عليه السّلام- هو تعذرّ المثل إلى الأبد، أو إلى أمد بعيد جدّا. و أمّا إذا كان أمد التعذرّ قليلا فلا.

السابع: الالتزام بانقلاب المثل بمجرد التعذرّ إلى القيمة، بتقريب كون الوضع منتزعا عن التكليف، و من المعلوم امتناع التكليف بأداء المتعذرّ. وعدم سقوط الضمان

رأساً، لأنّ سقوطه مخالف للضرورة، فالتكليف لا محالة يتوجّه إلى أداء القيمة. و ينتزع من هذا التكليف الحكم الوضعي أعني به اشتغال الذمة بالقيمة، و هو المطلوب. فللمالك مطالبة القيمة. فالتعدّر أوجب التكليف المنتزع عنه الشغل المترتب على انقلاب المثل إلى القيمة، و ليس للضامن التأخير.

وفيه: مع إمكان استقلال الوضع و عدم تبعيته للتكليف فعلا- كما في إتلاف الصبي مال غيره- فإنه ضامن مع عدم تكليف فعلي عليه بوجوب الأداء- فلا ينتزع عن وجوب أداء القيمة اشتغال الذمة بالقيمة، إذ من الممكن كون ذمته مشغولة بالمثل، و مع ذلك جاز للمالك مطالبة الضامن بالقيمة، لعدم إمكان وصوله إلى المثل. و حسب ماله إلى زمان وصوله إلى المثل ضرر عليه، و هو منفيّ.

و الحاصل: أنّ سلطنة المالك على مطالبة القيمة و وجوب أدائها على الضامن ليست لانقلاب المثل إليها، بل لأقربيتها إليه في مقام التأدية. و هذا نظير بدل الحيلولة، و القول بأن ظاهر قاعدة اليد ضمان نفس العين، و أداء المثل في المثلي و القيمة في القيمي نحو أداء لها من غير انقلاب العين إليهما.

الثامن: لغويّة جعل المثل المتعدّر في الذمة سيّما إذا كان التعدّر إلى الأبد. و كذا التكليف بأدائه، بل هو ممتنع، لعدم القدرة عليه، فلا محالة ينقلب المثل بمجرد تعدّره إلى القيمة.

وفيه: أنّه لا يلزم اللغويّة مطلقا. أمّا في صورة تعدر المثل إلى أمد قريب فواضح.

و أمّا مع تعدّره إلى الأبد فلاّ بقاء المثل في الذمة يوجب اعتبار قيمة يوم الدفع، بخلاف ما إذا قلنا بتبدله بمجرد التعدّر، فإنّ المدار على قيمة يوم التعدّر.

فالمتحصل: أنّ الوجوه المستدل بها على الانقلاب لا تخلو من مناقشة.

نعم لا بأس ببناء العقلاء المحكّم في باب الضمان على اعتبارهم القيمة

بمجرد تعذر المثل، بمعنى انقلاب ما في ذمة الضامن من المثل إلى القيمة، أو بمعنى سلطنة المالك على مطالبة مالیه ماله وإن كان المثل في ذمة الضامن. وذلك إما لكون المثلیة من حقوق المالك، وله إسقاطها. وإما لكون الصبر ضررا علیه.

لكن ينبغي تقييد سلطنة المالك على مطالبة القيمة بما إذا لم يكن دفع القيمة مضرا بحال الضامن أزيد من الضرر الوارد من نفس الضمان، وإلا فليس للمالك مطالبة القيمة، إلا إذا كان الضمان اعتدائيا، كما إذا غصب الضامن أو قبض المبيع مع علمه بفساد المعاملة، فإن الإقدام حينئذ يوجب جواز المطالبة منه بالقيمة وإن كانت ضررا علیه.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنه لا دليل على انقلاب المثل عند إعوازه إلى القيمة وإن قلنا بجواز مطالبة القيمة لجهة من الجهات، فإن إعواز المثل لا يخرج المضمون عن المثلیة، ولذا لو فرض الإعواز في مدة طويلة ثم وجد المثل وجب بحكم العقلاء أداء المثل، ووجب على المالك قبوله، وليس له الامتناع. ولو امتنع رده إلى الحاكم.

فأداء القيمة عند إعواز المثل نحو أداء له في هذه الحالة من دون انقلاب العين إليها، فإن انقلاب المباين إلى مثله بمجرد التعذر مما لا يساعده دليل، إذ بقاءه في الذمة ليس منوطا بوجوده خارجا، وإلا لم يصح إحداثه كما في السلم، فإن بيع حنطة في الذمة إلى أجل معلوم مع عدم وجودها حين البيع صحيح بلا إشكال. فلو كان وجود الكلّي خارجا شرطا لاشغال الذمة بالكلّي لم يصح بيع السلف في هذه الصورة أصلا.

ومنه يظهر عدم الإشكال في بقاءه على الذمة، وعدم انقلابه بمجرد إعواز أفراده إلى كلّي آخر، فإنّ البقاء لا يزيد على الحدوث، فعدم وجود المثل في الخارج لا يوجب انقلاب الحقيقة المثلیة إلى الحقيقة القیمیة المباينة لها، إذ ليس الميزان في القیمی عدم وجود المثل له في الخارج.

والحاصل: أنّ إعواز المثل لا يوجب خروج الشيء عن المثلیة، وهو الموافق لارتكاز العقلاء أيضا في باب الضمانات، ولذا لو أعوز المثل مدة طويلة، ثم وجد

فللمالك مطالبته، وليس له الامتناع عن قبوله إذا دفعه الضامن إليه كما تقدّم آنفاً. كما أنّه بناء على انقلاب المثليّ بمجرد تعذّر المثل إلى القيمة يجب على المالك قبول القيمة، وليس له الامتناع، لأنّه لا حقّ له في المثل حتى يصبر إلى أن يوجد، بل حقّه نفس القيمة، فيجب عليه قبولها، وإن لم يقبلها تردّ إلى الحاكم.

و ممّا ذكرنا من عدم مساعدة ارتكاز العقلاء على انقلاب المثل إلى القيمة بمجرد إعوازه- وأنّ هذا الارتكاز هو الموجب لانصراف أدلّة الضمان إليه- يظهر ما في كلام المصنّف قدّس سرّه: «و لكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً من الآية و من أنّ المتبادر .. إلخ» من الإشكال، إذ لا يستفاد منها إلا الضمان العقلانيّ الذي قد عرفت أنّه ليس ضمان المثليّ إلا بالمثل، سواء أعوز المثل أم لا، فإنّ الإعواز لا يوجب خروج الشيء عن حقيقته.

فالمحصّل: أنّ تعذّر المثل لا يوجب انقلاب المال المثليّ إلى القيميّ.

ثمّ إنّ في زمان اعتبار القيمة احتمالات و وجوها كثيرة، و تحقيق ما هو الحقّ منها موقوف على بيان أمور:

الأول: أنّه قد مرّ سابقاً عدم الدليل على انقلاب المثل عند تعذّره إلى القيمة، وإن كان المستند في لزوم القيمة آية الاعتداء و المتبادر من إطلاق الضمان، ببيان: أنّ الأقرب إلى التالف بعد تعذّر 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 المثليّ- كما تقدّم سابقاً- مغاير للقيميّ و مباين له، فكيف تنقلب المثليّة إلى القيميّة بإعواز أفراد المثليّ؟ نعم القيمة عند تعذّر 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 الإضافيّة ممّا لها دخل في الرغبات و اختلاف القيم، فالدابة مثلاً

بمالها من الصفات المزبورة وكذا الثلج المأخوذ في الصيف وفي قازة أفريقيا مضمونان على المستولي عليهما، ولذا يكون وصف الصحة مضمونا، لوقوعه تحت اليد تبعا، فإذا كانت العين المغصوبة أو المقبوضة بعقد فاسد موجودة وجب ردّها مع أداء قيمة الصفات التالفة.

وإذا تلفت وجب ردّها مثلها بصفاتها إن كانت مثليّة، وإن كانت قيمية وجب ردّها أعلى القيم من زمن الغصب أو الأخذ بالبيع الفاسد إلى زمان التلف، إن كان ارتفاع القيمة لأجل الصفات، لا لزيادة القيمة السوقية التي لا ترجع إلى وصف من أوصافها.

الثالث: أنّ الاحتمالات في زمان اعتبار القيمة كثيرة، ونذكر مهمّاتها ومهمّات مبانيتها.

ومحصّل الكلام فيها: أنّه إمّا أن نقول بأنّ مقتضى أدلة الضمان هو وقوع العين في العهدة في المثل والقيميّ حتى حال التلف والتعدّر، ولا تنقلب إلى غيرها إلى زمان الأداء بالمثل أو القيمة.

وإمّا أن نقول بأنّ مقتضاها ضمان المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ، بمعنى: أنّ العين إذا تلفت يقع على العهدة بدلها، وهو المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ.

وعلى هذا الاحتمال إمّا نقول ببقاء المثل على العهدة إلى وقت الأداء حتى مع إعاوزه مطلقا، وأنّ دفع القيمة إلى المالك عند التعدّر نحو أداء للمثل. وإمّا نقول بانقلابه بمجرد التعدّر إلى القيمة. وبانقلاب العين في الاحتمال الأوّل، وهو وقوع العين على العهدة وقت تعدّر الأداء.

هذه هي الاحتمالات المعتدّ بها من الاحتمالات المتصورة في المقام.

فإن قلنا بالاحتمال الأوّل- وهو كون العين على العهدة- فعن بعض المحقّقين: أنّ الاعتبار بقيمة يوم الأداء، ببيان: أنّ ماليّة العين حال الأداء لا تحتاج إلى عناية، بخلاف غير حال الأداء كحال التعدّر أو التلف أو المطالبة، فإنّها تحتاج إلى عناية ومعيّن.

بل نفس التكليف بأداء ماليّة العين تقتضي تعيّن ماليّتها عند تعلق الأداء بها، لأنّها

قيمتها بالفعل، وهي نحو أداء للعين. والتكليف وإن 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، ولا يحتاج ضمانها إلى دليل آخر. وتقييد ماليّتها بغير وقت الأداء محتاج إلى مئونة زائدة، فمقتضى الضمان العرفي الممضى شرعا هو قيمتها الفعلية.

فلا يرد عليه: أنّ هذا التقريب قاصر عن إثبات مطلوبهم، لأنّ التكليف على هذا المبنى لم يتعلّق بأداء القيمة والماليّة، ضرورة عدم انقلاب العين إلى القيمة، وليس دليل لفظي دالّ على وجوب أداء قيمة العين حتى يستظهر منه ما ذكر، هذا.

نعم الإشكال في أصل المبنى «بعدم دليل على وقوع العين في العهدة بعد التلف مع عدم إمكان أدائها أصلا» في محلّه، لاحتياجه إلى عناية زائدة، فإنّ اعتبار وجود العين على العهدة ممّا لا يتبادر في أذهان العقلاء الحاكمين بالضمان. بل تلف العين يوجب اشتغال الذمّة ببدلها مثلا أو قيمة. كما أنّ تلف المثل يوجب الانتقال إلى البديل إلا مع رجاء وجود المثل في زمان غير بعيد، هذا.

وقد 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، ولذا لا يجب تداركها مع دفع العين إذا نقصت قيمتها.

والماليّة بعد التلف ليست موجودة، بل مفروضة بفرض وجود العين، ولا تدارك حقيقة إلا للماليّة المتحقّقة بتحقّق العين، لا الماليّة المقدّرة للعين المفروضة.

فالنتيجة هي الاعتبار بقيمة يوم التلف، لا يوم الأداء كما هو مقتضى الوجه الأول.

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 الذمّة له ماليّة موجودة لا مفروضة. وهو الفارق بين بقاء العين على العهدة

إلى زمان التفريغ، وبقاء المثل إلى زمان الأداء، فإن العين حيث كانت شخصية وقد تلفت فلا وجود ولا ماليتها لها إلا بالفرض. بخلاف المثل، فإنه كلي لا يتوقف اشتغال الذمة به على وجود شيء يطابقه خارجا، فلا تلف له، فماليتها حال الأداء متحققه لا مفروضة» (1).

وفيه: أن الفرق بين بقاء العين على العهدة إلى زمان التفريغ، وبقاء المثل إلى زمان الأداء غير ظاهر، لأن ماليتها الكلي ليست باعتبار نفسه، بل باعتبار ماليتها 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 غيرها مما جعل بإزائها ومنشأ لماليتها، ويقال لها: «رصيد».

وعليه فالكلي إذا كان على ذمة معتبرة- أمكن لصاحبها إيجاد مصاديقه مهما أراد، أو يطالب آجلا أو عاجلا- يكون مالا، ومع عدم الإمكان مطلقا لا تعتبر له الماليتها، فكما أن ماليتها الكلي باعتبار غيره وهو مصاديقه، فكذلك ماليتها العين التي هي في الذمة باعتبار أنها مضمونة، وأن صاحب الذمة قادر على أدائها بمثلها أو قيمتها. والعين المعدومة خارجا غير معدومة في صقع الاعتبار، ولها ماليتها باعتبار إمكان تأديتها بالمثل أو القيمة.

فلا فرق بين الكلي في الذمة. والعين فيها، لا من جهة المعدومية من جهة والموجودية من أخرى، فإن كلا منهما معدوم خارجا ووجود اعتبارا. ولا من جهة الماليتها، لأن كلا منهما بذاته مع الغض عن إمكان تحقق مالا ماليتها له. ولهذا لا يعتبر الكلي في ذمة من لا يقدر على إيجاد مصداقه عاجلا- ولا آجلا، ولا ماليتها له. فالعين المعتبرة في ذمة من أمكنه أداء مثلها أو قيمتها مال، والمسألة عقلانية لا عقلية، فالاعتبار على هذا المبنى- أي كون العين في الذمة- بقيمة يوم الأداء مع اعتبار جميع الأوصاف الدخيلة في الرغبات.

(1) حاشية المكاسب للمحقق الأصفهاني، ج 1، ص 94

وأما ما أفيد من «عدم ضمان المايّة قبل التلف وإن كانت موجودة» فإن أريد بها القيمة السوقية فلا بأس به، لما قيل من أنّ مجرد زيادة القيمة السوقية ما لم ترجع إلى وجود وصف أو فقدانه لا توجب الضمان، لعدم مساعدة العرف عليه، إذ القيمة معتبرة بإزاء الشيء و صفاته الموجبة للطلبات، ولا تلاحظ القيمة وصفا لنفس الشيء.

وإن أريد بها الأعمّ منها و من الأوصاف الدخيلة في الطلبات، فهي مضمونة بدليل الضمان كما تقدّم.

وعليه فالأولى أن يقال: إنّ مقتضى هذا المبنى - أي: كون العين في الذمة - وجوب الخروج عن عهدة العين التي في عهده. بأداء قيمتها التي هي نحو أداء لها، و العرف يحكم بأنّ أداءها يتحقق بأداء قيمتها الفعلية، لا القيم الأخر، فلو كان قيمتها حال الأداء مائة مثلا و قبله خمسين، فأداء الخمسين ليس نحو أداء لها.

وكذا الحال بناء على كون مفاد دليل الضمان ضمان المثل في المثلي و القيمة في القيمي - في قبال المبنى المتقدم و هو ضمان نفس العين - فإنّه بناء على بقاء المثل في الذمة إلى وقت الأداء و عدم انقلابه بالتعدّر إلى القيمة يجري فيه ما مرّ من كون العبرة بقيمة يوم الأداء.

وأمّا بناء على انقلاب المثل بتعدّره إلى القيمة، فإن كان التعدّر بدوياً أي من زمان تلف العين - فالعبرة بقيمة العين يوم التلف، لأنّه يوم الانقلاب إلى القيمة.

ولا وجه لاعتبار قيمة الأزمنة المتخللة بين تلف العين و أداء القيمة، إذ القيمة في تلك الأزمنة فرضية لا حقيقية. فالضمان إنّما ثبت في المايّة الموجودة، و هي 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 التعدّر طارئاً، فعلى القول بكون المثل و القيمة كليهما غرامة نفس العين - و أنّ ضمان المثل في المثلي لسدّ خلل مال الغير بمقدار الإمكان، و هو ماهيته النوعية،

ومع عدم الإمكان من هذه الجهة لا بدّ من ضمان قيمتها، لأنّها سدّ لخللها في هذا الحال بالمقدار الممكن - فلا بدّ حينئذ من اعتبار قيمة يوم تلف العين أيضا.

وعلى القول باشتغال العهدة مع التعذر الطاري بالمثل فلا بدّ من الخروج عن عهده، لا عهدة العين، إذ المفروض عدم اشتغال الذمة بها، بل بالمثل، فلا وجه لاعتبار قيمتها، فالعبرة حينئذ بقيمة المثل يوم التعذر.

هذا بناء على ضمان المثل في المثلي. وأمّا بناء على كون العين على العهدة إلى زمان تعذر المثل ثم انقلابها إلى القيمة، فالمدار على قيمة يوم تعذر المثل، لأنّه وقت انقلابها إلى القيمة.

فالمحصّل: أنّه بناء على وقوع العين على العهدة تكون العبرة بقيمة يوم الأداء.

وبناء على وقوع المثل في الذمة ففي تعذره البدويّ تكون العبرة بقيمة يوم تلف العين، لأنّه زمان انقلاب العين بالقيمة، فيكون كتلف القيميّ في كون العبرة بقيمة يوم التلف.

وفي تعذره الطاري تكون العبرة أيضا بقيمة يوم تلف العين بناء على كون المثل والقيمة كليهما غرامة نفس العين. وبقيمة يوم تعذر المثل بناء على اشتغال الذمة بالمثل، لا قيمة العين التالفة، لعدم اشتغال الذمة بالعين، فلا وجه لاعتبار قيمتها، هذا.

تتمّة: اعلم أنّ من الأقوال اعتبار أعلى القيم من حين أخذ العين إلى زمان التلف.

ووجهه ما أشير إليه سابقا من كون العين بجميع أوصافها الدخيلة في الرغبات مضمونة، فالقيمة العالية الناشئة من الأوصاف الثابتة له حال الأخذ مضمونة، لوقوع الأوصاف تبعا للعين تحت اليد، فلو تنزّلت قيمتها بعد الأخذ كان الضمان باقيا، فمع تلف العين تصير قيمتها العالية مضمونة.

وأمّا بعد التلف فلا وجه لضمان زيادة قيم الأمثال إلى حين تعذر المثل أو الأداء، لأنّ العين التالفة خرجت عن تحت اليد، ووقوعها 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 الإعواز أو المطالبة أو الأداء، أو من حين التلف إلى زمان الإعواز، 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، لأنّ القول بضمان القيميّ بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف ينتج في المقام ضمانه بأعلى القيم من زمان أخذ العين إلى زمان إعواز المثل، لأنّ معنى الضمان بأعلى القيم هو استقرار مراتب القيمة السوقية في عهدة الضامن بشرط تلف المضمون، فإذا تعدّر ردّ المثل بقي ارتفاع قيمته على العهدة، كما أنّ ارتفاع قيمة العين أيضا عليها» (1).

مما لا يمكن المساعدة عليه، لما مرّ آنفا من أنّ الموجب للضمان هو كون الشيء تحت اليد. و أمّا كونه على العهدة فهو مغاير لما يوجب الضمان، ولذا لو كان عليه صاع من الحنطة بسبب القرض أو البيع ولم يؤدّ مع المطالبة لم يضمن ارتفاع 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: أنّ عدم أداء العين و المثل حين ارتفاع قيمته اعتداء يعتدى فيه بالمثل، و هو القيمة، فاسد، لأنّ الاعتداء مع المطالبة اعتداء في تأخير أداء ما في ذمته، لا اعتداء في قيمته.

مضافا إلى عدم دلالة الآية الشريفة على الضمان كما مرّ مرارا.

و الحاصل: أنّ ما ذكر ليس له وجه، فضلا عن كونه وجيها.

ثم إن في هذه المسألة (1) احتمالات آخر (2)، ذكر أكثرها في القواعد (3)، وقوى بعضها في الإيضاح، وبعضها بعض الشافعية.

الوجوه المحتملة في قيمة المثل المتعذر، و مبانيها

(1) أي: مسألة تعذر المثل.

(2) أي: غير اعتبار القيمة يوم تعذر المثل الذي نسبه إلى الحلّي في البيع، وإلى التحرير في باب القرض.

(3) قال العلامة قدس سره فيه: «و لو تلف المثلي في يد الغاصب و المثل موجود فلم يغرمه حتى فقد، ففي القيمة المعتمدة احتمالات: الأول: أقصى قيمته من يوم الغصب إلى التلف، و لا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال. الثاني: أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز. الثالث: أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإعواز. الرابع:

أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة. الخامس: القيمة يوم الإقباض» (1).

و أضاف إلى هذه احتمالات أخرى في غصب التذكرة، فراجع.

و لا يخفى أنّ الاحتمال الخامس هو مذهب المشهور الذي اختاره المصنّف، و قد تقدّم وجهه و مبناه، و هو عدم سقوط المثل عن الدّمة بمجرد الإعواز، بل يتوقف سقوطه على أداء ثمن المثل، و لذا تكون العبرة بقيمة يوم الدفع و الإقباض. و يبتني عليه الاحتمال الرابع أيضا كما سيأتي.

و أمّا سائر الاحتمالات فمبنية على استقرار القيمة في عهدة الضامن بأحد أنحاء ثلاثة:

الأول: انقلاب العين المثلية التالفة إلى القيمة بسبب إعواز المثل.

الثاني: انقلاب نفس المثل إلى القيمة.

الثالث: انقلاب الجامع المشترك بين العين التالفة و المثل المتعذر إلى القيمة.

و هذا المبنى الثالث لم يشر إليه المصنّف قدس سره هنا، و لكنّه أشار إليه في تفصيل مباني

و حاصل جميع الاحتمالات (1) في المسألة مع مبانها: أنه إما أن نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، و هو الذي اخترناه (2) تبعاً للأكثر من اعتبار القيمة عند الإقباض، و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات.

و إما (3) أن نقول بصيرورته (4) قيمياً عند الإعواز.

الاحتمالات بقوله: «و إن قلنا: إنَّ المشترك بين العين و المثل صار قيمياً» و كان المناسب التنبيه على إجماله هنا كما تَبَّه على إجمال سائر المباني.

و كيف كان فكلام المصنّف قدّس سرّه حول مباني الاحتمالات المذكورة في قواعد العلامة قدّس سرّه 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.

(1) أي: جميع الاحتمالات المتصورة في هذه المسألة ممّا تقدّم و غيره ممّا سيأتي.

(2) يستفاد اختياره له من بيانه و عدم المناقشة فيه، حيث قال: «ان المشهور أنّ العبرة في قيمة المثل المتعدّر بقيمته يوم الدفع .. إلخ».

(3) معطوف على قوله: «إمّا أن نقول» و قد أشرنا آنفاً إلى أنّ: منشأ ما عدا الاحتمال الخامس - من الاحتمالات المذكورة في القواعد - هو هذا الشقّ من القضية المنفصلة أعني استقرار القيمة في ذمة الضامن عند الإعواز.

(4) 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 المتعدّر قيمياً، أي انقلاب المثل إلى القيمة.

و لكن يشكل هذا الإرجاع من جهة أنّ المصنّف رتب عليه احتمالين:

أحدهما: انقلاب المثل إلى القيمة، و هذا يلتئم مع إرجاع الضمير إلى المثل.

فإذا صار كذلك (1)، فإما أن نقول: إنَّ المثل المستقرّ في الذمّة (2) قيميّ فيكون القيميّة صفة للمثل بمعنى: أنّه لو تلف وجب قيمته. وإما أن نقول: إنَّ المغصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً.

فإن قلنا بالأوّل (3)، فإن جعلنا الاعتبار في القيميّ

ثانيهما: انقلاب نفس العين المثليّة التالفة إلى القيمة، لما سيأتي من قوله: «وإما أن نقول: إنَّ المغصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً» و من المعلوم أنّ انقلاب نفس العين التالفة إلى القيمة أجنبيّ عن صيرورة المثل قيمياً، لأنّ المدار على قيمة العين لا قيمة المثل المتعدّر، وإن كان تعدّره واسطة ثبوتية لتبدّل ضمان العين بالثمن.

و كيف كان فمراد المصنّف من قوله: «وإما أن نقول بصيرورته قيمياً» هو تبدّل ضمان المثل بضمان القيمة، إمّا قيمة المثل، وإمّا قيمة العين التالفة أو المتلفة.

إلا أن يوجّه إرجاع الضمير إلى «المثل» بأنّ المثليّ يصير قيمياً، سواء أكانت القيمة قيمة المثل أم قيمة العين المضمونة، فيصحّ جعله مقسماً لقسمين، فتدبرّ.

(1) يعني: فإذا صار قيمياً عند إعواز المثل، لا عند دفع القيمة الذي نسبه المصنّف إلى المشهور و اختاره كما عرفت.

(2) كما فهمه المحقّق الثاني (1) من قول العلامة قدّس سرّهما. و عليه فتكون القيمة بدلا عن المثل الذي هو بدل عن العين، فتصير القيمة بدل البدل، في قبال الاحتمال الآخر و هو كون القيمة بدلا عن العين، نظير بدليّة المثل عنها، فيكون للعين بدلان: المثل و القيمة، لكنّهما ليسا بدليين عرضيين بل طوليين، و بدلية القيمة مشروطة بتعدّر المثل.

أمّا بدليّة المثل فمطلقة.

(3) المراد بالأوّل هو أوّل الاحتمالين المبنيين على انقلاب المثل قيمياً عند الإعواز، و قد أفاده بقوله: «فإما أن نقول: إنَّ المثل المستقرّ في الذمّة قيميّ ..» و ليس المراد بالأوّل بقاء المثل في الذمّة إلى أوّان أداء القيمة، لما عرفت من أنّه لو قلنا

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 254

بيوم التلف (1)- كما هو أحد الأقوال (2)- كان (3) المتعین قيمة المثل يوم الإعواز، كما صرّح به (4) في السرائر في البيع الفاسد، و التحرير في باب القرض، لأنّه (5) يوم تلف القيميّ.

وإن جعلنا الاعتبار فيه (6) بزمان الضمان- كما هو القول

ببقاء المثل في عهدة الضامن إلى يوم الإقباض تعيّن قيمته في ذلك اليوم، ولا مجال لسائر الاحتمالات.

(1) وهو الموافق للمركز العرفيّ في الضمان بالقيم من تدارك الخسارة الماليّة- الواردة على المالك بتلف العين- بما يساوي تلك الخسارة حين التلف.

(2) بل في الدروس و الروضة نسبه إلى الأكثر، كما نقله المصنف في الأمر السابع. و الوجه فيه: أنّ الانتقال إلى البدل إنّما هو يوم التلف، إذ الواجب قبله إنّما هو ردّ العين.

(3) جواب الشرط في «فإن جعلنا» و جملة الشرط و الجزاء جواب لقوله:

«فإن قلنا ..».

(4) أي: كما صرّح ابن إدريس و العلامة قدّس سرّهما- في بعض المواضع- بتعيّن قيمة المثل يوم إعوازه. و قد تقدّم كلامهما و كلام الشهيد الثاني في بيع المسالك، فراجع (ص 384 و 385).

(5) يعني: لأنّ يوم إعواز المثل هو يوم تلف القيميّ، فلا بدّ من رعاية قيمة المثل يوم تعدّره.

و لا يخفى أنّ تعيّن قيمة المثل يوم الإعواز ليس من الاحتمالات المذكورة في القواعد، و إنّما ذكره العلامة قدّس سرّ في التذكرة سابع الاحتمالات، و تبه المصنّف قدّس سرّ عليه، لترتبه على القول بالانقلاب و بضمنان القيميّ يوم تلفه.

(6) أي: و إن جعلنا الاعتبار في القيميّ بزمان الضمان- لا يوم التلف- اتّجه القول بضمنان قيمة زمان تلف العين، لأنّ زمان تلف العين هو أوّل أزمة ثبوت المثل في

الآخر في القيمي (1) - كان (2) المتّجه اعتبار زمان تلف العين (3)، لأنه (4) أول أزمنة وجوب المثل في الدّمة المستلزم (5)

الدّمة، لأنّ الدّمة لا تشتغل بالمثل ما دامت العين موجودة، فإذا تلفت انتقل الضمان إلى البدل وهو المثل، وحيث إنّ المفروض إعواز المثل ضمنه بقيمته يوم تلف العين.

وبعبارة أخرى: إنّ اشتغال الدّمة بقيمة المثل زمان تلف العين منوط بأمرين:

أحدهما: القول بأنّ القيميّ المغصوب يضمن بقيمة يوم غصبه، ضرورة أنّ وضع اليد على مال الغير مقتض لا اشتغال العهدة به. ولا عبرة بقيمته في سائر الأزمنة كيوم تلفه أو يوم مطالبة الملك بيدل التالف.

ثانيهما: أنّ المثليّ انقلب يوم إعوازه بالقيميّ.

وبناء عليهما يتّضح وجه ضمان قيمة المثل يوم تلف العين، وذلك لأنّ تلفها يوجب استقرار المثل في الدّمة، فالمضمون في يوم التلف هو المثل، وحيث تعدّر الوصول إلى المثل - كما هو المفروض - وانقلب قيمياً، فلا بدّ من رعاية قيمته يوم استقراره في العهدة وهو يوم تلف العين.

(1) هو لشيخ الطائفة في موضع من المبسوط، ولغيره أيضاً كما سيأتي في الأمر السابع.

(2) جواب الشرط في قوله: «وإن جعلنا ..».

(3) يعني: اعتبار ثمن المثل في يوم تلف العين المضمونة بالغصب أو بالقبض بالبيع الفاسد كما في المقام.

(4) يعني: لأنّ زمان تلف العين أول أزمنة ثبوت المثل في الدّمة، فانقلب ضمان العين بضمان المثل، وحيث إنّ المثل متعدّر، ضمن ثمنه يوم تعدّره، كما إذا تلفت العين في أول الشهر، وتعدّر 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.

(5) صفة ل «وجوب المثل» والمراد بالوجوب هو الثبوت.

لضمانه بقيمته عند (1) تلفه (2). وهذا (3) مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

وإن جعلنا (4) الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف- كما حكى عن جماعة من القدماء (5) في الغصب- كان المتّجه الاعتبار بأعلى

(1) متعلق ب «ضمانه» لا «بقيمته» وظرف القيمة- وهو زمان تلف العين و اشتغال الذمة بالمثل - محذوف.

(2) هذا الضمير راجع إلى العين، و ضميرا «لضمانه، بقيمته» راجعان إلى المثل، فكأنه قيل: وجوب المثل في الذمة مستلزم لضمان خصوص قيمة المثل الثابتة عند تلف العين، لا سائر قيمة.

(3) أي: ضمان قيمة يوم التلف مبني على القول بكون العبرة في القيمي بزمان الغصب، لأنه وقت الضمان كما عن الأكثر، والمفروض أنّ زمان اشتغال الذمة بالمثل هو زمان تلف العين.

(4) معطوف على «وإن جعلنا» ومقصوده قدس سره بيان مبني 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- اتّجه الاحتمال الثاني وهو ضمان المثلي المتعدّد وجوده بأعلى القيم من تلف العين إلى الإعواز، وذلك لأنّ زمان الضمان بالمثل هو زمان تلف العين، كما إذا تلفت أول الشهر وتعدّد المثل في آخره، فإنّ المثل المنقلب إلى القيمي صار مضمونا في تمام الشهر، فلو ارتفعت قيمته وسط الشهر وانخفضت في يوم إعواز المثل ضمن تلك القيمة العليا.

(5) قال السيّد العاملي قدس سره: «هو خيرة الخلاف والمبسوط والنهاية في موضع منهما، والوسيلة والغنية والسرائر والإيضاح واللمعة والمقتصر والتبصرة- على إشكال- وكذا شرح الإرشاد للفخر، وفي بيع المختلف نسبته إلى علمائنا، وفي

القيم من يوم تلف (1) العين إلى زمان الإعواز.

وذكر هذا (2) الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات.

وإن قلنا (3): إنَّ التالف

غضبه: أنه أشهر. واستحسنه في الشرائع، وكأنه قال به أو مال إليه. وفي الكفاية والمسالك: أنَّ في خبر أبي ولاد ما يدلُّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، وكأنه قال به وقواه في الروضة أيضا.. إلخ» (1).

(1) لما عرفت من أنَّ يوم تلف العين أوَّل زمان ضمان المثل بقيمته عند تلفها، و آخر زمانه زمان تلف المثل أعني به زمان إعوازه.

(2) أي: اعتبار أعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان إعواز المثل.

هذا تمام الكلام في الاحتمالات الثلاثة المبتنية على انقلاب المثل إلى القيمة بالإعواز.

أولها: اعتبار قيمة المثل يوم الإعواز، وهو مبنيّ على القول بضمان القيميّ بقيمة يوم تلفه.

ثانيها: اعتبار قيمة المثل يوم تلف العين، وهو مبنيّ على القول بضمان القيميّ بقيمة يوم ضمانه ودخوله في العهدة. وحيث إنَّ ضمان المثل تحقّق في يوم تلف العين اعتبر ثمنه فيه، لا في يوم إعوازه وتعدّره.

ثالثها: اعتبار أعلى قيم المثل من زمان تلف العين إلى زمان إعواز المثل، وهذا مبنيّ على ضمان القيميّ المغصوب بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف.

وسياتي الكلام فيما يبني من الوجوه على القول الآخر في المثليّ المتعدّر، وهو ضمان قيمة نفس العين لا قيمة المثل.

(3) معطوف على قوله: «فان قلنا بالأول» يعني: وإن قلنا بالثاني- وهو انقلاب التالف المثليّ قيمياً، لا انقلاب المثل المعوز إلى القيمة- ففيه احتمالان:

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244

ص: 409

أحدهما: كون العبرة بقيمة يوم الغصب.

و الآخر: كون العبرة بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف. و سيأتي توضيحهما.

(1) ليس المراد بالانقلاب اتحاد المثلي المتعدّر 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 المتعدّر. فكما أنّ الضامن للتالف القيمي مخاطب بتفريغ ذمته بأداء القيمة، فكذا في المضمون المثلي الذي كان موجوداً حين تلف العين ثم طرأ عليه التعدّر، فإنّه مخاطب بأداء قيمة التالف بعد أن كان مخاطباً بأداء المثل.

(2) وجه هذين الاحتمالين واضح، و هو اتحاد حكم المثلي المتعدّر المنقلب إلى القيمي مع حكم القيمي بالأصالة. فإن قلنا بضمان الأعيان القيميّة بقيمة يوم غصبها تعيّن ضمان العين المثليّة- التي طرأ التعدّر على أمثالها- بقيمة يوم ضمانها و دخولها في العهدة. فكأنّ هذه العين المثليّة قيمية من أول الأمر، فتضمن بما تضمن به الأعيان القيميّة.

و إن قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من الغصب- أو الضمان- إلى يوم التلف اتّجه القول بضمان المثلي المتعدّر بأعلى قيمته من حين غصبه إلى تلفه.

و لا يخفى أنّ المصنّف قدّس سرّه اقتصر- بناء على الانقلاب- على احتمالين، و أهمل الاحتمال الأوّل الذي رتبّه على ضمان القيمي بقيمة يوم تلفه.

و الوجه في إهمال ذكره- كما في حاشية الشيخ المامقاني قدّس سرّه- وجود المانع عن جريانه بناء على مفروض البحث و هو انقلاب المثلي قيمياً، و ذلك لأنّ الكلام في المثلي الذي تعدّر مثله، و من المعلوم أنّ 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 القيميّ (1) المغصوب، و الاعتبار بالأعلى منه (2) إلى يوم التلف. و ذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد.

وإن (3) قلنا: إنّ المشترك بين العين و المثل صار قيمًا

و عليه فلا يصحّ أن يكون المناط قيمة العين عند تلفها «1».

(1) أي: القيميّ بالأصالة، و هو ما لا تتساوى أجزاؤه. و المراد بيوم الغصب يوم القبض.

(2) أي: من يوم غصب العين إلى يوم تلفها بوصف كونها قيمية، و هو يوم إعواز المثل.

(3) معطوف على «فإن قلنا بالأول» و هذا مبني الاحتمال الثالث المذكور في القواعد، و هو ضمان القيمة العليا من حين الغصب إلى التلف.

و حاصل هذا المبني: أنّ المدار في ضمان المثليّ الذي تعذر مثله ليس هو العين بخصوصها حتى تضمن بقيمة يوم غصبها أو يوم تلفها، و لا هو المثل بخصوصه حتى تضمن بقيمة يوم تلف العين الذي هو زمان اشتغال الدّمة بالمثل، و لا بيوم إعوازه الذي هو كتلفه. بل المدار على قيمة الجامع بين العين و المثل، بمعنى: أنّ المنقلب قيمًا هو القدر المشترك بينهما أي الصفات الكليّة و الجهات النوعيّة و الصنفيّة الموجبة لماليّة الشيء، إذ هي الأمر المشترك الموجود في العين التالفة و مثلها اللذين هما من مصاديق الكلّيّ المثليّ. و تعذر هذا الأمر المشترك منوط بتلف العين و تعذر المثل، ضرورة توقّف تعذر الكلّيّ و تلفه على تلف جميع أفراده.

مثلا إذا وضع يده على صاع من الحنطة المملوكة لزيد و تلفت عنده، اشتغلت ذمّته بما يماثلها في الصفات الدخيلة في ماليّتها، فلو أهمل حتى تعذر المثل تبدّل الضمان بصنف الحنطة الكليّة الجامعة للعين و المثل.

و المناسب لهذا المبني احتمالان مما احتمله العلامة قدّس سرّه.

(1) غاية الآمال، ص 310

ص: 411

جاء (1) احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان (2) إلى يوم تعذر المثل، لاستمرار (3) الضمان فيما قبله (4) من (5) الزمان إمّا للعين، وإمّا للمثل. فهو (6) مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف.

أحدهما: الاحتمال الثالث، وهو 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 كلّيّ الحنطة إلى زمان إعوازها. و لا ريب في أنّ ارتفاع القيمة من حالات العين المضمونة، فيكون مضموناً.

ثانيهما: الاحتمال الرابع، وهو ضمان أعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم أداء القيمة، لأنّه يوم تفرغ الذمّة من الكلّي المثليّ المستقرّ في العهدة من يوم الضمان، و يتوقّف الفراغ عنه على أداء قيمته.

(1) وجه مجيء هذا الاحتمال ما ذكرناه من استقرار الكلّي في ذمّة الضامن، لا خصوص العين التالفة، و لا خصوص المثل المتعذر.

(2) المراد بيوم الضمان هو يوم الغصب، و يوم قبض المبيع بالبيع الفاسد.

(3) تعليل لتوجّه احتمال الضمان بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان إعواز المثل الذي هو يوم سقوط خصوصيّة المثل عن الذمّة، و تبدّله بضمان الجامع بين العين و المثل.

(4) أي: قبل يوم تعذر المثل.

(5) بيان ل «ما» الموصولة، يعني: أنّ الضمان مستمرّ من يوم الضمان إلى يوم الإعواز.

(6) الظاهر رجوع الضمير إلى استمرار 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 ارتفاع قيمة الأمثال من هذا اليوم- الذي هو مبدأ استقرار المثل في الذمّة- إلى زمان الإعواز، و ذلك لفرض كون المضمون خصوص العين من يوم غصبها إلى يوم تلفها، لا الماليّة المشتركة بين المثل و العين.

و هذا (1) ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات.

واحتمل (2) الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل (3).

ووجهه (4) في محكيّ التذكرة والإيضاح: بأن المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا: «ألا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقّه (5)، فالمصير إلى القيمة عند تغريمها» والقيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

(1) المشار إليه قوله: «احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل» وهو ثالث الاحتمالات المتقدمة في عبارة القواعد.

(2) معطوف على قوله: «جاء احتمال» و غرضه قدس سرّه أنه لو قلنا بضمان المائيّة الجامعة بين العين التالفة و المثل المتعذر احتمال القول بضمان القيمة العليا من حين الضمان إلى زمان أداء الغرامة، و هي قيمة المثل.

و الوجه في هذا الاحتمال: أنّ ذمّة الضامن مشغولة بالجامع بين العين و المثل، و المسقط هو أداء القيمة إلى المالك، فلو ارتفعت قيمة المثل بعد زمان تعذره كان هذا الارتفاع مضمونا أيضا.

(3) 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 ماليّته، لا من جهة مثليّته، هذا.

(4) أي: وجه العلامة و فخر المحققين ضمان أعلى القيم- من يوم الغصب إلى أداء القيمة- بأن المثل لا يسقط .. إلخ.

(5) هذه العبارة منقولة بالمعنى، و إلا فعبارة التذكرة و الإيضاح هي: «ملك المطالبة به» ثم زاد في التذكرة قوله: «وإنما المصير إلى القيمة عند تغريمها».

و هذا الاحتمال الرابع مختار فخر المحققين، لقوله بعد ذكر مآخذ الاحتمالات الخمسة: «و الأصحّ الرابع» (1).

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 175

ص: 413

و حاصله (1): أنّ وجوب دفع قيمة المثل يعتبر (2) من زمن وجوبه (3) إلى وجوب مبدله أعني العين، فيجب أعلى القيم منها (4)، فافهم (5).

و كيف كان فالحاكي لعبارتي التذكرة و الإيضاح هو السيّد العامليّ، و عبارة المتن نصّ كلامه «1».

(1) هذا الحاصل المذكور في مفتاح الكرامة أيضا، فراجع. يعني: حاصل توجيه العلامة و فخر الدين للاحتمال الرابع هو: أنّ وجوب دفع قيمة المثليّ الذي بقي مثله في الذمّة إلى يوم غرامة القيمة- و سقط بدفع القيمة إلى المالك- إنّما يعتبر بنحو القهقري من أول زمان وجوب قيمة المثليّ، و هو زمان دفعها، و ينتهي إلى زمان ثبوت مبدل القيمة أعني نفس المال المثليّ المغصوب، 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 أنّ القيمة الواجبة على الغاصب هي أعلى القيم.

و الأولى: أن يعبر هكذا: «و حاصله: أنّ إسقاط وجوب دفع قيمة المثل يلاحظ من زمن ثبوت القيمة .. إلخ».

(2) أي: يلاحظ من زمن وجوب القيمة- أي ثبوتها- إلى ثبوت مبدل القيمة و هو نفس المال المثليّ المغصوب.

(3) الوجوب بمعنى الثبوت في الذمّة، و ضميره و كذا ضمير «مبدله» راجعان إلى القيمة، فالمناسب تأنيث الضميرين، و إن صحّ تذكيرهما أيضا باعتبار الرجوع إلى البدل المستفاد من قوله: «إلى وجوب مبدله». و الأمر سهل.

(4) الأولى إسقاط كلمة «منها» بأن يقول- كما في مفتاح الكرامة-: «فيجب الأقصى» أو «أقصى القيم».

(5) لعلّه إشارة إلى ضعف القول بصيرورة القدر المشترك قيميا، الذي هو أحد

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252

ص: 414

إذا عرفت هذا (1) فاعلم: أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثليّ هو أنّه مع تعذّر المثل لا يسقط المثل عن الدّمة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع

جزأي هذا الاحتمال الرابع. و أمّا الجزء الآخر- وهو ثبوت المثل إلى زمان دفع القيمة- فقد قوّاه سابقا.

هذا تمام الكلام في المقام الأول وهو بيان مآخذ الاحتمالات الخمسة.

وقد تحصّل مما أفاده المصنّف قدّس سرّه من أوّل الأمر السادس إلى هنا وجوه في ضمان قيمة العين المثليّة التالفة مع إغواز المثل.

الأوّل: اعتبار ضمان قيمة يوم الدفع والمطالبة، وهو المنسوب إلى المشهور، وهو خامس الاحتمالات المذكورة في القواعد، وقد عبّر عنه بقيمة يوم الإقباض.

الثاني: اعتبار قيمة يوم تعذّر المثل. واختاره ابن إدريس والعلامة والشهيد الثاني، في بعض المواضع.

الثالث: اعتبار قيمة يوم تلف العين، الذي هو زمان استقرار المثل في العهدة.

الرابع: اعتبار أعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان إغواز المثل.

الخامس: اعتبار قيمة يوم ضمان العين.

السادس: اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم تلف العين.

السابع: اعتبار أعلى القيم من يوم ضمان العين إلى زمان أداء قيمة المثل. وقد عرفت مبنى كلّ واحد منها.

استظهار بعض الوجوه المتقدمة من أدلة الضمان

(1) هذا شروع في المقام الثاني، وهو بيان ما يستفاد من الأدلّة وكلمات الأصحاب. ومحصّله: أنّ الدليل على ضمان المثليّ بالمثل إمّا هو الإجماع أو المتبادر من إطلاقات الضمان الدالة على التغيريم بما هو أقرب إلى التالف. فإن اعتمدنا على الإجماع قلنا باقتضائه لضمان قيمة يوم أدائها، وذلك لاستقرار المثل على عهدة الضامن بمجرد تلف العين، ولم يقيّد اشتغال الدّمة بالمثل بعدم تعذّره وإغوازه، فلا يوجب تعذّره

مطالبة المالك. فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل (1)، فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الاسقاط و تفرغ الذمة.

و أما بناء (2) على ما ذكرنا (3) من أن المتبادر من أدلة الضمان التبريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان (4) المثل مقدّمًا مع تيسره. و مع تعذره ابتداء

انتقال 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 انقلب الضمان إلى القيمة، و سيأتي.

(1) أي: حين الإسقاط، إذ المفروض بقاء المثل على عهد الضامن، و لا يسقط إلا بدفع القيمة. فالعبرة بقيمة يوم الاسقاط، لا يوم إعواز المثل.

(2) هذا في مقابل ما ذكره بقوله: «فاعلم أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثليّ .. إلخ» و إطلاق كلامهم إنّما هو لعدم تقييدهم ذلك بصورة التمكّن من المثل، فأطلقوا ضمان المثل في المثليّ، و لم يقيّدوه بصورة التمكّن من دفع المثل، و هذا الإطلاق يقتضي بقاء المثل في الذمة و لو مع إعوازه.

و أما بناء على ما ذكرنا- من أن المتبادر من أدلة الضمان التبريم بالأقرب إلى التالف، فالأقرب- كان المثل مقدّمًا مع التمكّن من دفعه إلى المالك، و مع عدم التمكّن منه كان المتعيّن دفع القيمة. فالإعواز يوجب انقلاب المثليّ إلى القيميّ، فالقيمة قيمة للمثل حال الإعواز، فيكون عدم التمكّن العارضيّ من دفع المثل كعدم التمكّن بالأصالة كما في القيميّات. فالمثل الثابت في الذمة ينقلب إلى القيمة من زمان الإعواز.

(3) أي: في كلّ من الأمر الرابع و السادس، فقال في السادس: «و لكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقًا من الآية و من أن المتبادر من إطلاقات الضمان .. إلخ» فراجع (ص 388).

(4) جواب «و أما بناء..» و «فالأقرب» بالجرّ معطوف على «بالأقرب».

كما في القيميّ أو بعد التمكنّ كما فيما نحن فيه كان (1) المتعيّن هو القيمة، فالقيمة (2) قيمة للمغصوب من حين صار قيميّاً وهو حال الإعواز، فحال الإعواز معتبر من حيث إنّه أولّ أزمّة صيرورة التالف قيميّاً، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين.

فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيميّ توجّه ما اختاره الحلّي رحمه الله (3).

و لو قلنا (4) بضمان القيميّ بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف (5) - كما عليه جماعة من القدماء (1) - توجّه (6) ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز (7)،

(1) جواب «و مع تعدّره» المتضمن للشرط.

(2) يعني: أنّه بناء على المتبادر من إطلاقات الضمان يتعيّن القول في المثليّ - المتعدّر مثله - بضمان قيمته يوم الإعواز، لأنّه يوم صيرورة العين المثليّة قيميّة.

(3) من الاعتبار بقيمة يوم تعدّر المثل وإعوازه، لأنّه يوم تلف العين بوصف القيميّة، إذ قبل هذا الزمان كان التالف مثليّاً، وإّما صار قيميّاً بسبب الإعواز

(4) هذا مقابل قوله: «فعلى القول باعتبار يوم التلف» والأولى لرعاية المشاكلة أن يقال: «و على القول بضمان القيميّ بأعلى القيم .. إلخ».

و كيف كان فتوضيح كلامه قدّس سرّه: أنّه بناء على القول بضمان القيميّ بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف توجّه ضمان 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.

(5) و هو الوجه لما حرّراه في التعليقة بقولنا: «تتمّة اعلم أنّ من الأقوال اعتبار أعلى القيم .. إلخ.

(6) جواب الشرط السابق.

(7) الذي هو بمنزلة تلف العين القيميّة، لكن قد ذكرنا في التتمّة المشار إليها خلافه.

(1) نقلنا أسماءهم عن مفتاح الكرامة، فراجع ص 408

إذ (1) كما أنّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذّر أدائه المتدارك (2) لارتفاع (3) القيم، كذلك بشرط تعذّر المثل في المثليّ، إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية (4).

و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثلياً كان أداء مثلها عند تلفها كردّ عينها في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار (5) ارتفاع القيم إنّما يحصل بتلف العين و المثل.

فإن قلنا (6): إنّ تعذّر المثل يسقط المثل - كما أنّ تلف العين يسقط العين -

(1) تعليل لاعتبار تعذّر المثل في ضمان ارتفاع القيمة، المستفاد من تقييد «الأعلى» بغاية الإعواز. يعني: أنّ ارتفاع القيمة إنّما لا يضمن إذا أمكن دفع العين، و لم ينته الأمر إلى دفع القيمة، بل كان ارتفاع الضمان بسبب دفع العين أو مثلها. و أمّا إذا انتهت النوبة إلى دفع القيمة لتلف العين و تعذّر المثل فارتفاع القيمة يكون حينئذ مضموناً، و هذا الارتفاع المضمون يكون من زمان الضمان إلى زمان تعيّن القيمة و ثبوتها في الدّمة، أو إلى زمان أدائها بناء على ثبوت المثل في الدّمة إلى زمان الأداء.

(2) باسم الفاعل صفة ل «أدائه» يعني: أنّ أداء العين كان جابراً لارتفاع القيمة، لكن حيث تعذّر أدائها - لفرض تلفها - صار الغاصب ضامناً لارتفاع القيمة.

(3) اللام للتعددية، مثل «خرجت لزيد من الدار» بمعنى: أخرجته من الدار.

(4) لتفرّع ضمان القيمة السوقية - في الأعيان المثلية - على إعواز المثل.

(5) هذا متفرّع على كون ردّ المثل - في الأعيان المثلية التالفة - بمنزلة ردّ نفس التالف، في عدم اشتغال الدّمة بأعلى القيم. فإذا لم يتحقّق ردّ العين لتلفها و لا ردّ المثل لإعوازه ضمن أعلى قيمتهما. و هل المضمون ارتفاع القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز، أم هو من حين الغصب إلى حين أداء القيمة؟ فيه خلاف سيأتي مأخذ كلّ منهما في المتن.

(6) هذا تفصيل لقوله: «فاستقرار ارتفاع القيم...».

توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز (1)، وهو أصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل (2).

وإن قلنا (3): إنّ تعذّر المثل لا يسقط المثل وليس كتلف العين (4) كان (5) ارتفاع القيمة فيما بعد تعذّر المثل أيضا مضمونا (6)، فيتوجّه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة، وهو المحكي عن الإيضاح. وهو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم ردّ العين أو المثل (7).

(1) أي: إعواز المثل الذي هو كتلف العين في كونه سببا لسقوط المثل.

(2) القائل هو العلامة في التذكرة، قال قدّس سرّه: «و للشافعية في القيمة المعتبرة عشرة أوجه .. ثالثها: وهو الأصح عندهم، القيمة المعتبرة أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم الإعواز، لأنّ وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث إنّ كان مأمورا بتسليم المثل، كما كان مأمورا بردّ العين، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمته في المدّتين. كما أنّ المتقوّمات تضمن بأقصى قيمتها لهذا المعنى، ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل، كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب من المتقوّم» (1).

(3) هذا عدل قوله: «فإن قلنا: إنّ تعذّر المثل يسقط المثل».

(4) حتى يسقط المثل بالإعواز كسقوط العين بتلفها.

(5) جواب الشرط المتقدم أعني به «وإن قلنا: إنّ تعذر .. إلخ».

(6) إذ المفروض بقاء المثل في العهدة وعدم سقوطه بتعذّره، فارتفاع قيمته بعد تعذّره مضمون كضمانه قبل تعذّره، فيتوجه حينئذ ضمان القيمة من حين الغصب إلى زمان دفع القيمة كما حكي عن الإيضاح.

(7) يعني: بأن يكون ضمان ارتفاع القيمة مشروطا بعدم إمكان ردّ العين أو المثل، فمع إمكانهما وردّهما لا يضمن ارتفاع القيمة.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383

ص: 419

[اختصاص انقلاب الضمان إلى القيمة بالتعذر الطارئ]

ثمّ اعلم: أنّ العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات «أنّه لو تلف المثليّ و المثل موجود، ثم أعوز» (1) و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرء تعذر المثل بعد تيسره في بعض أزمّة التلف (2)، لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً.

و عن جامع المقاصد: «أنّه يتعيّن حينئذ (3) قيمة يوم التلف» (4)

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المتكفلة لتعيين قيمة العين المثليّة المضمونة عند إعواز المثل. و سيأتي التنبيه على أنّ مورد البحث و موضوعه هو التعذر الطارئ لا البدويّ. و قد جعلناه في صدر الأمر السادس جهة ثالثة ممّا يتعلّق بتعذر المثل.

وإن أمكن جعله تنمة للجهة الثانية، و الأمر سهل.

اختصاص انقلاب الضمان إلى القيمة بالتعذر الطارئ

(1) هذا منقول بالمعنى، و إلّا فعبارة القواعد هكذا: «و لو تلف المثليّ في يد الغاصب و المثل موجود، فلم يغرمه حتى فقد ففي ..» و قريب منها عبارة التذكرة «1».

و كيف كان فالمقصود أنّ موضوع كلامهم بانتقال الضمان من المثل المتعذر إلى القيمة هو التعذر الطارئ على المثل، لا ما كان متعذراً حين تلف العين أو قبله، فإنّه مضمون بالقيمة حين التلف، كما يظهر من المحقّق الثاني قدّس سرّه و سيأتي كلامه.

(2) أي: أزمّة تلف العين، و الظرف متعلّق ب «تيسره».

(3) أي: حين تعذر المثل ابتداءً، أي: حين تلف العين.

(4) الحاكي لكلامه السيّد العاملي قدّس سرّه «2». و اعتبار قيمة يوم التلف يستفاد من ضمّ كلاميه في موضعين:

أحدهما: قوله في ضمان القيميّ المغصوب- في تضعيف رأي المبسوط-: «وإنّما

(1) قواعد الأحكام، ص 79، (الطبعة الحجرية)؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 250

ولعله (1) لعدم تنجّز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات.

ويمكن أن يחדش فيه (2) بأنّ التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في

ينتقل إلى القيمة عند التلف» «1».

ثانيهما: قوله في ضمان المثلي المتعدّر مثله: «لو لم يكن المثل موجودا وقت التلف فالظاهر أنّ الواجب قيمة التالف. أمّا مع وجوده وعدم التغيريم إلا بعد فقده فإنه قد استقرّ في الدّمة، فيرجع إلى القيمة» «2».

فيحمل قوله: «فالظاهر أنّ الواجب قيمة التالف» على قوله: «وإنّما ينتقل إلى القيمة عند التلف» ويصحّ ما نسبه المصنّف إليه.

(1) يعني: ولعلّ تعيّن قيمة يوم التلف لأجل عدم تنجّز التكليف بالمثل على الضامن في وقت من الأوقات، لفقدانه من أول الأمر.

(2) أي: في هذا الوجه. وحاصل الخدشة: إنّ اشتغال الدّمة بالمثل ليس مشروطا بالتمكّن من أداء المثل، لا حدوثا ولا بقاء.

ولا يخفى أنّه نوقش في كلام جامع المقاصد بوجهين مذكورين في الجواهر أيضا، أحدهما حلّي، والآخر نقضيّ. وارتضى المصنّف الحلّي وتأمّل في النقضيّ.

قال في الجواهر - بعد نقل ما استظهره جامع المقاصد من ضمان قيمة يوم التلف في التعدّر البدويّ - ما لفظه: «وقد يناقش بعدم المنافاة بين ثبوته في الدّمة وبين تعدّر أدائه في ذلك الوقت. ودعوى صيرورته قيميا واضحة المنع، إذ المثلي لا يتعيّن كونه كذلك بتعدّر المثل. و إلا لزم عدم وجوب دفعه لو تمكّن منه بعد ذلك قبل الأداء، لثبوت القيمة حينئذ في الدّمة، ولا أظنّ القائل المزبور يلتزمه، لوضوح ضعفه. فالمتجه ثبوت المثل في ذمته على كلّ حال. وتعدّر أدائه حال التلف لا يقتضي عدم ثبوته في الدّمة، فإن عدم التمكن من وفاء الدين لا يقتضي عدم ثبوته في الدّمة، وحينئذ لم يكن

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 246

(2) المصدر، ص 252

الدّمة ابتداء، كما لا يشترط في استقراره استدامة، على ما اعترف (1) به مع طروء التعدّر بعد التلف (2). و لذا (3) لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض.

وبالجمله (4): فاشتغال الدّمة بالمثل إن قيّد بالتمكّن لزم الحكم بارتقاعه

للتقييد المزبور فائدة» (1).

و الإيراد النقضيّ على كلام جامع المقاصد هو قوله: «وإلا لزم.. لوضوح ضعفه» و ما قبله و ما بعده هو الإيراد الحلّي الذي ارتضاه المصنّف و أثبتته في المتن.

(1) أي: اعترف المحقّق الثاني بعدم اشتراط التمكّن من المثل في استقرار المثل في الدّمة استدامة، لأنّه اختار أنّ المعتبر قيمة يوم الإقباض. ولو كان التمكّن من المثل شرطاً في صحّة تعلّقه بالغايب كان اللازم سقوط المثل بمجرد تعدّره، و تحقّق الانتقال إلى القيمة، و قد قال في جامع المقاصد في شرح قول العلامة قدّس سرّه: «الخامس القيمة يوم الإقباض» ما نصّه: «هذا هو الأصحّ، لأنّ الواجب هو المثل، فإذا دفع بدله اعتبرت البدليّة حين الدفع، فحينئذ 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 صرّح بما ذكرنا المحقّق الثاني..»، فراجع ص (384).

(2) أي: تعدّر المثل بعد تلف العين.

(3) أي: و لعدم دخل التمكّن من المثل في اشتغال الدّمة به ابتداء لم يذكر أحد التفصيل- في باب القرض بين وجود المثل و عدمه، بأن يقال: مع التمكّن من المثل في المثليّ يثبت في ذمّة المقترض مثله، و مع عدم التمكّن منه يثبت قيمة العين المقترضة، بل أطلقوا القول في ذلك، و قالوا: إنّ العين المقترضة إن كانت مثلية ثبت مثلها في ذمّة المقترض، و إن كانت قيمية ثبت قيمتها.

(4) هذه خلاصة الخدشة، و محصّل الكلام: أنّ حصر موضع البحث بالتعدّر

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 97 و 98

ص: 422

بطروء التعذر، وإلا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أول الأمر.

إلا أن يقال (1): إن أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن وإن لم يكن مشروطا به عقلا (2)، فلا تعم صورة العجز [1]. نعم (3) إذ طرء العجز فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيمياً (4).

الطارئ غير سديد، إذ لو كان اشتغال الذمة بالمثل مقيدا بتمكن الضامن منه لزم الحكم بالانقلاب إلى القيمة بمجرد التعذر، سواء طالب المالك به أم لم يطالب، مع أنهم اشترطوا أداء القيمة بالمطالبة. وهذا يكشف عن عدم إناطة استقرار المثل في العهدة بتيسره. ولو لم يكن مقيدا بتمكن الضامن تعين القول بضممان المثل في الأعيان المثلية حتى مع تعذره البدوي.

(1) غرضه توجيه ما أفاده العلامة والمحقق الثاني قدس سرهما - من اختصاص موضوع البحث بالتعذر الطارئ - بما حاصله: أن اشتغال الذمة بالمثل وإن لم يكن منوطا عقلا ولا عرفا بالتمكن من أداء ما اشتغلت به الذمة، لكن الدليل لا يدل إلا على اشتغال الذمة في صورة التمكن من أدائه، فلا تعم صورة العجز الابتدائي، فلو وجد المثل - حين تلف العين - اشتغلت العهدة به، سواء أذاه إلى المالك أم لم يؤده إليه حتى أعوز، فيبقى المثل في الذمة إلى إسقاطه بمطالبة المالك.

(2) مرجعه إلى قصور مقام الإثبات عن شمول صورة التعذر الابتدائي، وقد عرفته.

(3) هذا تتمّة للتوجيه المتقدم بقوله: «إلا أن يقال» وغرضه التفصيل في مفاد الدليل بين التعذر الطارئ والابتدائي.

(4) يعني: ومع عدم الدليل على الانقلاب يرجع إلى الاستصحاب.

[1] مجرد العجز لا يكفي في ثبوت القيمة، بل المثبت لها هو اعتبار التمكن في ثبوت المثل حتى ينتفي بانتفائه، ويثبت القيمة. وبدون اشتراط التمكن يدور الأمر بين المثل والقيمة، ولا دليل على تعين القيمة.

وقد يقال (1) على المحقق المذكور: إنَّ اللازم ممَّا ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة. ولا أظنَّ أحدا يلتزمه (2). وفيه تأمل (3).

(1) هذا هو الإيراد النقضي الذي أورده صاحب الجواهر على المحقق الكركي قدس سرهما القائل بضمان قيمة يوم التلف في تعذر المثل ابتداء.

وحاصل النقض: أنه لو كان الوجه في الانتقال إلى قيمة وقت التلف عدم تنجز التكليف بالمثل على الضامن في وقت من الأوقات انتقض كلامه بما إذا كان المثل متعذراً من أول الأمر، ولكن لم يأخذ المضمون له القيمة، ثم وجد المثل.

والوجه في ورود النقض هو: أنَّ المحقق الكركي يدعي اشتغال ذمّة الضامن في هذا التعذر البدوي بضمن المثل من حين تلف العين المضمونة، ولم يستقرّ في عهده المثل أصلاً، فالتمكّن من المثل بعد التلف لا يوجب تبدل القيمة به. مع أنه لا سبيل للالتزام بكفاية دفع القيمة مع وجود المثل.

وهذا كاشف عن غموض ما أفاده المحقق الثاني من عدم اشتغال الذمّة بالمثل في موارد التعذر البدوي. فالصحيح اتحاد التعذر البدوي و الطارئ حكماً، هذا.

(2) أي: يلتزم بعدم جواز مطالبة المثل من الضامن إذا تيسر المثل بعد إعوازه وقبل أخذ القيمة. والوجه في عدم الالتزام بعدم جواز المطالبة هو اشتغال الذمّة بالمثل.

(3) تأمل المصنّف قدس سره في ورود هذا النقض على المحقق الثاني، وذلك لإمكان الالتزام بجواز المطالبة بالمثل في مورد النقض، وهو لا ينافي اشتغال الذمّة بالقيمة في التعذر الابتدائي. والوجه في عدم التنافي بين الحكمين هو: أنَّ اشتغال الذمّة بالمثل مشروط بالتمكّن منه، ولما كان متعذراً حين التلف - كما هو المفروض - قلنا: إنه لا يتنجز التكليف بالمثل على الضامن، فإن دفع القيمة سقط المثل عن ذمّته.

ثمَّ إنَّ الحقَّ عدم الفرق في الحكم الوضعي أعني به اشتغال ذمّة الضامن بالمثل بين صورتَي التعذر البدوي و الطارئ، كما في القرض و السلم.

نعم في الحكم التكليفي - أعني به وجوب الأداء - يكون بينهما فرق، فإنه في التعذر البدوي يمتنع الوجوب، لا امتناع أداء المثل دائماً إذا كان التعذر كذلك، لكنّه لا يمتنع

وإن لم يدفعها حتى تيسر المثل لم تفرغ ذمته بأداء القيمة، بل يجب عليه دفع المثل، وذلك لصيرورة كلّ تكليف مشروط فعلياً بفعليّة شرطه، وبهذا يسلم كلام المحقّق الكركي عن نقض صاحب الجواهر قدّس سرّه.

عن شغل الذمّة بالمثل. ولا أثر للإعواز بدويّاً كان أم طارئاً في هذا الحكم الوضعي.

نعم توجه الخطاب بوجوب أداء المثل تكليفاً منوط بالقدرة عليه، وفائدة شغل الذمّة بالمثل هو تقويمه حال الأداء. نعم إذا ثبت إجماع تعديّي على انقلاب المثليّ بسبب التعذر إلى القيميّ كان ذلك مخصصاً لما دلّ على ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة، لكن ثبوته مشكل، وإلا لم يقع فيه الخلاف.

والحاصل: أنّ حكم تعذر المثل حكم تعذر العين، لا حكم تلفها، ومن المعلوم أنّ تعذر العين لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل العين تبقى في الذمّة، وإتّما يجب على الضامن بدل الحيلولة.

وينبغي التنبيه على أمور: الأوّل: أنّ المراد بالإعواز الواقع في معقد الإجماع هو معناه العرفي، لا العقليّ الموقوف على فقدان جميع أفراد الكلّي، لأنّ الإعواز كسائر الألفاظ الواقعة في الكتاب والسنة ومعاهد الإجماعات، فيخصّص الإجماع قاعدة السلطنة المقتضية لتسلّط الناس على مطالبة أموالهم سواء كانت خارجيّة أم ذميّة، فالمالك للمثل الذميّ مسلّط على مطالبة مثل ماله، إلا إذا أعوز المثل. فحينئذ ينتقل بسبب الإجماع إلى القيمة. والإعواز على تفسير العلامة من عدم وجدانه في البلد وما حوله لا يناط بالتعذر والتعسر.

لكن الظاهر خلافه، لاعتبار المشقّة عرفاً في تحقّق الإعواز، فبدون المشقّة لا ينتقل المثل إلى القيمة استناداً إلى عموم سلطنة المالك على مطالبة ماله.

وما ذكرناه من اعتبار المشقّة في الإعواز هو المتيقّن من معقد الإجماع لو لم يكن ظاهره، والتعبير بالتعذر إشارة إلى المشقّة العرفيّة، و ليس المراد بالتعذر العقليّ، لعدم إناطة شيء من الأحكام الشرعيّة بالأمر 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 شخصيًا لا نوعيًا و لو شك في تحقق الإعواز مفهوما لإجماله فالمعول قاعدة السلطنة، لكون الشك في التخصيص الزائد، هذا.

لكن الحق عدم ثبوت إجماع تعديي على انقلاب المثلي بتعذر المثل إلى القيمة، بل المثل باق في الذمة حتى بعد التعذر.

الثاني: أنه لا فرق في التعذر بين أن يكون خارجيًا و شرعيًا، كما إذا فرض تنجس جميع أفراد الكلي المثلي بحيث لا يمكن تطهيرها مع توقف الانتفاع المحلل بها على طهارتها كالدهن و الخل و نحوهما ممّا لا يقبل التطهير.

الثالث: أنه لا فرق في التعذر بين الذاتي كفقدان الأمثال في الخارج، و بين العارضي كعدم وصوله إليه لحبس و نحوه، فإنّ 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 الإعواز، و الصبر إلى تمكّن الضامن من أداء المثل نفسه.

و دعوى كون إجبار الضامن على أخذ القيمة منه ضررا عليه، فينفي بقاعدته، غير مسموعة، لأنّ أخذ القيمة منه ليس ضررا عليه، بل أداء لما في ذمته بعد رضا المالك بإلغاء الخصوصيات الدخيلة في متعلق الضمان أعني به المثل.

إلا أن يقال: إنّ القيمة ليست مالا للمالك حتى يكون له السلطنة عليها، و إنّما المال الثابت له في الذمة هو المثل، فليس له إجبار الضامن بالقيمة.

اللهم إلا أن يدعى: أن الضمان قد تعلّق بكلّ من المثليّة و الماليّة، وله رفع اليد عن المثليّة و الأخذ بالماليّة. لكن قد تقدّم سابقا ما فيه، فتدبّر.

الخامس: هل العبرة في تقويم المثل مع فرض عدمه بقيمة يوم الإعواز أم يوم الأداء أم يوم المطالبة أم غيرها ممّا بني عليه في المسألة؟ فلا وجه للترديد بين قيمته في غاية العزّة أو المتوسط، إذ المفروض تعيّن بها بني عليه في المسألة من قيمة يوم إعواز المثل أو غيره مما تقدّم. و بعد اختيار قيمة يوم معيّن لا يبقى مجال للترديد بين حالات القيمة ممن كونها في غاية العزّة و متوسطها.

السادس: هل المدار على قيمة المثل المتعدّر في بلد المطالبة أم في بلد الضمان أم في بلد الأداء إذا اختلفت القيم في البلاد؟ الظاهر أنّ المناط قيمة بلد الأداء، لأنّه بناء على ما هو المشهور المنصور من بقاء المثل في ذمّة الضامن إلى حين الأداء المسقط له لا بدّ من مراعاة قيمة يوم الأداء، سواء كان الأداء في بلد الضمان أم غيره من البلاد. وقد تقدّم سابقا أنّ ارتفاع قيمة المثل المتعدّر من زمان اشتغال الذمّة به إلى يوم الأداء غير مضمون، لأنّ ماليّة الارتفاع المزبور مالية فرضية، و دليل الضمان لا يشمل غير الماليّة الحقيقية.

نعم لو كانت القيمة مرتفعة بسبب خصوصية بلد التلف فتلك الخصوصية الحافّة بالعين أو المثل مضمونة، فلا بد من ملاحظة مرتبة من الماليّة ناشئة من خصوصية بلد التلف، فإذا كان بلد المطالبة غير بلد التلف، فالمضمون هي القيمة التي روعي فيها خصوصية بلد التلف.

و لو بني على الانتقال إلى القيمة- و كونها بدلا عن المثل عند إعوازه- تعيّن قيمة بلد التعدّر إن كانت مخالفة لبلد المطالبة في مالية المثل، إذ المفروض انقلاب المثل من زمان التعدّر إلى القيمة، فالمتعيّن قيمة يوم إعوازه.

[هل مناط تعذر المثل فقده في البلد و ما حوله؟]

ثم إن المحكي عن التذكرة «أن المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد و ما حوله» (1). وزاد في المسالك قوله: «مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه» (2).

هل مناط تعذر المثل فقده في البلد و ما حوله؟

(1) هذه جهة رابعة مما يتعلّق بإعواز المثل، وهي بحث عن تحديد الموضوع أيضا، وأن مناط الإعواز 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 عينا من ذوات الأمثال و تلفت في يده أو أتلّفها و المثل موجود فلم يسلمه حتى فقد أخذت منه القيمة، لتعذر المثل، فأشبهه غير المثليّ.

و المراد من الفقد أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حواليه» (1).

(2) هذا منقول بالمعنى، وإلا فعبارة المسالك هكذا: «و المراد من فقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوله مما ينقل منه إليه عادة، كما بيّن في انقطاع المسلم فيه» (2).

و حاصل ما أفاده في انقطاع المسلم فيه في بلد البائع - وإمكان تحصيله من بلد آخر - أنه إن نقله البائع باختيار فهو. وإن لم ينقله إليها، فإن لم يكن في نقله إليها مشقّة أجبر على النقل. وإن كان فيه مشقّة لم يجبر على نقله إلى البلد» (3).

فإن كان مراده قدس سرّه من عدم المشقّة هو اعتياد النقل من خارج البلد إلى بلد المعاملة كان كلامه في بيع السلم موافقا لما أفاده هنا من تعارف النقل من مكان آخر إلى البلد، وإلا لم يتّحد مفاد الكلامين، فلاحظ.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 12

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 183

(3) مسالك الأفهام، ج 3، ص 431

و عن جامع المقاصد: «الرجوع فيه (1) إلى العرف».

ويمكن أن يقال (2): إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس (3) وتسليطهم (4) على أموالهم - أعيانا (5) كانت أم في الذمة -

(1) قال قدس سره: «واعلم أنّ المراد من تعذّر المثل أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوالياه. كذا ذكر في التذكرة. و لم يحدّد ما حوالياه. و الظاهر أنّ المرجع فيها إلى العرف» (1).

و على هذا التحديد لا يعتبر التعذّر و التعسّر في تحصيل المثل.

ثمّ إنّ ظاهر عبارة القواعد المتقدمة هو كون المرجع في تحديد حوالي البلد العرف، لا في تحديد الإعواز - كما هو ظاهر المتن - فالصواب تأنيث ضمير «فيه».

(2) غرضه قدس سره توضيح دائرة الإعواز، و أنّ مقتضى عموم وجوب ردّ الأموال إلى مالكيها هو وجوب ردّها مع وجودها و لوفى بلاد نائية، و كان في تحصيلها مئونة كثيرة، فدائرة الإعواز حينئذ تكون أضيق ممّا ذكره المحقّق الكركي قدس سره.

(3) كقوله عليه السّلام: «المغضوب مردود» (2) بناء على شموله لردّ المثل أو القيمة، و عدم اختصاصه برّد نفس المغضوب.

(4) كقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «الناس مسلّطون على أموالهم» (3).

(5) خبر مقدّم ل «كانت» و الجملة مبيّنة ل «أموالهم» يعني: لا فرق في سلطنة الملاك على أموالهم بين كونها أعيانا خارجيّة كالدينار، و الكتاب و الدار و نحوها، أم أعيانا كليّة في ذمّة الآخرين، فإنّها أموال أيضا، بشهادة جواز بيعها و شرائها كما تقدّم في أوّل بحث البيع. و لولا هذا التعميم لم يمكن التمسك بحديث السلطنة

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 245

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 309، الباب 1 من كتاب الغصب، الحديث 3

(3) عوالي اللئالي، ج 1، ص 222 و 457

ص: 429

وجوب (1) تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين أين ما كانت، ولو كانت في تحصيله مئونة كثيرة (2)، ولذا (3) كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان. وليس (4) هنا تحديد التكاليف بما عن التذكرة.

نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعيّن ما (5) عن جامع المقاصد.

لإثبات جواز مطالبة المالك من الضامن بدل ماله التالف أو المتلف، لوضوح عدم كون ما في الذمّة عينا خارجيّة حتى يتسلّط المالك عليها.

(1) خبر قوله: «إنّ مقتضى» يعني: أنّ مقتضى عموم الأدلّة وجوب تحصيل المثل على الضامن، كما يجب عليه ردّ العين أينما كانت.

(2) كما تقدّم تفصيله في الأمر الخامس.

(3) أي: ولأجل اقتضاء الأدلّة العامّة وجوب تحصيل المثل كان تحصيله واجبا بأيّ ثمن كان.

(4) غرضه الإيراد على ما أفاده العلامة قدّس سرّه في التذكرة من إناطة وجوب أداء المثل على الضامن بتيسره في البلد وحواليه. و محصّل الإيراد: أنّ مقتضى عموم الأدلّة وجوب أداء المثل حتى لو توقف على نقله من بلد بعيد عن بلد الضمان أو المطالبة، وبهذا يتضيق دائرة الإعواز والانتقال إلى القيمة، هذا.

ويحتمل أن يكون ما في التذكرة تحديدا لجواز مطالبة المالك للضامن بالقيمة، لا لانتقال المثل بها، وإن كان يجب على الضامن تحصيل المثل.

(5) من الرجوع في معنى الإعواز إلى العرف، لأنّ الإعواز الواقع في معقد الإجماع كغيره- من الألفاظ الواقعة في الكتاب والسنة ومعاهد الإجماعات- في الرجوع في مفاهيمها إلى العرف، فيكون الإجماع مخصّصا لعموم دليل السلطنة، وتختص سلطنة المطالبة بالمثل بما إذا كان موجودا في البلد ونواحيه.

وعليه فقوله: «نعم لو انعقد» تقييد لعموم ما دلّ على وجوب أداء مال الناس وسلطنتهم على أموالهم، سواء توقّف الرّد على تحمّل مشقّة أم لا.

كما أنّ (1) المجمعين إذا كانوا بين معبّر بالإعواز و معبّر بالتعدّر كان (2) المتيقّن الرجوع إلى الأخصّ - وهو المتعدّر- لأنّه المجمع عليه.

(1) غرضه: أنّه لو تمّ الإجماع على ثبوت القيمة عند إعواز المثل ترتّب عليه أمران:

أحدهما: تقييد إطلاق الأدلّة العامّة المقتضي للفحص عن المثل في سائر البلاد، ونقله إلى بلد المطالبة مقدّمة لأدائه إلى المالك.

ثانيهما: الاقتصار في تقييد الإطلاق على القدر المتيقّن، و الرجوع فيما عداه إلى الإطلاق.

توضيحه: أنّ الأصحاب- الذين أجمعوا على انتقال الضمان من المثل المتعدّر إلى القيمة- عبّروا تارة ب «فإن تعدّر المثل ضمن قيمته يوم الإعواز» و اخرى ب «و لو أعوز المثل».

و الظاهر أنّ «التعدّر» أخصّ من «الإعواز» لظهور التعدّر في فقدان جميع أفراد الكلّي حقيقة، بخلاف الإعواز الذي يراد منه معناه الإضافي، و هو فقدان الأمثال في البلد و نواحيه، و إن كانت موجودة في سائر البلدان. و لَمّا كان التعدّر أضيق دائرة من الإعواز توقّف تقييد الأدلّة العامّة على صدق «التعدّر» و يرجع في ما عداه إلى الإطلاق المقتضي لجواز المطالبة بالمثل، لعدم اتّفاقهم على انتقال الضمان إلى القيمة بمجرد الإعواز.

هذا بناء على عدم ترادف اللفظين في عبارات المجمعين، و إلّا فبناء على إرادة معنى واحد منهما و من «الفقد» المذكور في عبارتي التذكرة و القواعد- بأن يراد التعدّر الحقيقي في الجميع، أو العرفي الإضافي كذلك- لم يختلف الحال في تقييد الأدلّة العامّة، لعدم كون التعدّر أخصّ من الإعواز حينئذ. و كذا الحال إذا كان كلّ من الأعمّ و الأخصّ مذكورا في بعض معاهد الإجماعات، إذ لا ينافي الإجماع على الأخصّ الإجماع على الأعمّ.

(2) جواب «إذا كانوا» يعني: كان المتيقّن في رفع اليد عن عموم مثل دليل السلطنة الرجوع إلى الأخصّ.

نعم (1) ورد في بعض (2) أخبار السّلم: «أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه (3) على

(1) استدراك على ما تقدّم من تعيّن الاقتصار على عنوان «التعذّر» لكونه أخصّ من «الإعواز» و حاصله: أنّ المراد بالتعذّر ليس هو فقد جميع أفراد الكلّي حقيقة، بل المراد به التعذّر العرفيّ المساوق للإعواز، وذلك بشهادة ما ورد في أخبار السّلم من: أنّ عدم القدرة على إيفاء المسلم فيه يوجب الخيار للمشتري. و من المعلوم أنّ المراد به التعذّر العرفيّ المتحقق بفقد المسلم فيه في البلد و حواليه.

و عليه فتعبير عدّة من المجمعين ب «لو تعذّر المثلي» محمول على عدم حصول المثل عادة لا عقلا. فما تقدّم من قوله: «كان المتيقّن الرجوع إلى الأخصّ» ممنوع، إذ لا أخصّيّة ولا أعمّيّة بين عنواني التعذّر و الإعواز، بل هما متساويان في الصّدق.

(2) كمعتبرة الحلبي، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن رجل أسلم دراهمه في خمسة مخاتيم من حنطة أو شعير إلى أجل مسّمي، و كان الذي عليه الحنطة و الشعير لا يقدر على أن يقتضيه جميع الذي له إذا حلّ، فسأل صاحب الحقّ أن يأخذ نصف الطعام أو ثلثه أو أقلّ من ذلك، أو أكثر، و يأخذ رأس مال ما بقي من الطعام دراهم؟

قال: لا بأس. و الزّعفران يسلم فيه الرجل دراهم في عشرين مثقالا أو أقلّ من ذلك أو أكثر. قال: لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الزّعفران أن يعطيه جميع ماله أن يأخذ نصف حقّه أو ثلثه أو ثلثيه، و يأخذ رأس مال ما بقي من حقّه درهم [دراهم]» (1).

و الغرض أنّ كلمة «لا يقدر» التي وردت تارة في سؤال السائل و قرّره الامام عليه السّلام، و أخرى في ذيل الرواية في كلامه عليه السّلام لا يراد بها التعذّر العقليّ، بل المراد هو العرفيّ. و قد عبّر عنه في نصوص آخر بالعجز و عدم الوجدان و نحوهما، و المقصود- كما تقدّم حكايته عن المسالك- هو الانقطاع في البلد و نواحيه.

(3) و هو البائع.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 69، الباب 11 من أبواب السلف، الحديث: 7

ص: 432

إيفاء المسلم فيه تخيير (1) المشتري» و من المعلوم أنّ المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقليّ المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً [1] ما عن التذكرة (2). وهذا (3) يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

(1) تخيير المشتري- بين الفسخ و الانتظار إلى أن يتمكن البائع من تسليم المبيع سلماً- يستفاد من معتبرة عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام- عند عجز البائع عن إيفاء المسلم فيه-: «فليأخذ رأس ماله أو لينظره» (1).

(2) و هو قوله: «و المراد من فقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوالیه» (2).

(3) يعني: أنّ الحكم في باب السلم إذا علق على عدم القدرة- المنزلة على الموضوع العرفيّ دون العقليّ- استأنس به للحكم في ما نحن فيه و هو تعذر المثل، وقد تقدم في عبارة المسالك جعل التعذر في المقامين من باب واحد.

و الحاصل: أنّ المناسب أن يكون المناط في المقامين واحداً، بأن يقال: إنّ المراد بالتعذر فيهما هو العرفيّ. هذا تمام الكلام في الجهة الرابعة من جهات البحث في إغواز المثل.

[1] 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 و الحنطة و غيرهما، فإنّ هذه الموارد قرينة على عدم إرادة التعذر المطلق من تلك الأخبار، فالمراد بالتعذر العرفي. بخلاف المقام، فإنّه ليس فيه قرينة على إرادة التعذر العرفي، فيراد منه التعذر المطلق.

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 72، الباب 11 من أبواب السلف، الحديث 14

(2) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 16

ص: 433

ثم إنَّ (1) في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالا، من (2) حيث إنَّ العبرة بفرض وجوده و لو في غاية العزّة كالفاكهة في أوّل زمانها أو آخره (3)، أو وجود (4) المتوسط؟

المعيار في قيمة المثل المتعذر

(1) هذه هي الجهة الخامسة، و حاصلها: أنّ قولهم: «إذا تعذّر المثل وجبت قيمته» يواجه إشكالا، و هو: أنّ المثل إن كان موجودا أمكن معرفة قيمته، سواء أ كانت أعلى من قيمته السوقية أم لا- و إن لم يكن موجودا- كما هو المفروض- لم يكن سبيل إلى معرفة قيمته حتى يؤدّيها الضامن إلى المالك، إلّا بفرض وجود المثل.

ولمّا كان المثليّ ذا أسعار متفاوتة بتفاوت الأزمنة، فهل يلزم تقويم المثليّ بأعلى القيم كما هو الحال في الفاكهة أوّل أوانها، و كذا في آخرها، أم أنّ المناطق قيمته في أوساط زمان وجوده، بحيث يكون أقل قيمة في هذه الفترة؟ فيه احتمالان. اختار المصنّف قدّس سرّه اعتبار قيمته في أوّل زمان وجوده و آخره، بشرط أن يرغب العرف في شرائه، فلو ارتفع سعر المتاع بحدّ لا يرغب في معاملته إلّا القليل منهم لم يكن عبرة به أصلا. فالمدار حينئذ على قيمته العالية في أوّل وجوده و آخره بشرط إقبال النوع على بيعه و شرائه، هذا.

(2) هذا بيان الاشكال، و قد عرفته آنفا.

(3) أي: آخر زمان الفاكهة، يعني: أنّ العبرة بعزّة وجود الفاكهة سواء في أوّل أوانها أم آخرها.

(4) عطف على «في غاية العزّة» يعني: أنّ العبرة بقيمة متوسّطة بين زمني عزّة الفاكهة، و هو أوان وفورها، فيقال: إنّ هذه الفاكهة لو كانت موفورة كان قيمتها كذا درهما مثلا، و هذا هو قيمتها المضمونة في ظرف الإعواز و التعذّر، لا قيمتها في زمان عزّتها و غلائها.

الظاهر هو الأول (1) [1] لكن مع فرض وجوده بحيث (2) يرغب في بيعه وشراؤه، فلا عبرة بفرض وجوده (3) عند من يستغني عن بيعه، بحيث (4) لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذل الراغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

(1) وهو كون العبرة بفرض المضمون في زمان عزّته وارتفاع قيمته، لا في زمان وفوره و تنزّل قيمته.

(2) هذا قيد للقيمة المضمونة، وحاصله - كما تقدّم بيانه - أنّ المثل المتعدّر تارة يفرض وجوده في بعض الأزمنة بنحو يرغب في اقتنائه كثير من الناس، كالفاكهة في أوّل وقتها، ضرورة كونها أعلى قيمة من زمان وفورها وهو الزمان المتوسط بين أوّل أوانها وآخرها. لكن يبذل العقلاء هذه القيمة الغالية لتحصيلها.

و اخرى يفرض وجوده بنحو لا يرغب النوع في تحصيله، لارتفاع قيمته جدّا.

وكون ثمنه مجحفا بحيث لا يبذله إلا القليل من أغنياء الناس. نعم قد يضطرّ عامّة الناس إلى شراؤه لعلاج مثلا مهما كان ثمنه، لكن المناطق في المقام هو الرغبة في تحصيله في الحالات العادية، لا حالة الاضطرار والإلجاء.

والمناطق في تقويم المثل المتعدّر هو الفرض الأوّل، أي: بذل ثمن المثل في زمان عزّته، لكن لا مطلقا، بل خصوص الثمن الذي يبذله غالب الناس، هذا.

(3) الضمائر البارزة من «وجوده» إلى «بيعه» راجعة إلى المثل المتعدّر.

(4) هذا بيان للاستغناء عن بيع المثل، يعني: فوجود هذا المثل لا يقدر في صدق التعدّر.

[1] بل المتعيّن هو قيمة المثل فيما بني على زمان التقويم من يوم الإعواز، أو يوم المطالبة، أو يوم الدفع فالنزاع المزبور لا مورد له، فلا وجه للإشكال المذكور في المتن، لأنّ منشأ الاختلاف إن كان اختلاف الفصول، فتعيّن قيمة يوم التعدّر أو غيره يرفع الاشتباه. وإن كان منشؤه اختلاف الأيام في عزة الوجود وذلّته فالتعيين المزبور أيضا يرفع الاشتباه. وإن كان منشؤه اختلاف الأمكنة والبلدان فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

نعم (1) لو أُلجئ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك (2)، كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه (3) إلا أن يبذله (4) بإزاء عتاق الخيل و شبهها (5). فإنّ (6) الراغب في الجمد في العراق من حيث إنّه راغب (7) لا يبذل هذا العوض بإزائه، وإنّما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر (8) كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجة (9) مشرف على الهلاك به، ونحو ذلك من الأغراض، ولذا (10) لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذّر

(1) هذا استدراك على قوله: «لا يبذل الراغبون» يعني: أنّ عامّة الناس الذين لا يبذلون الثمن الكثير - لشراء سلعة في حال الاختيار - قد يبذلونه عند عروض عنوان ثانويّ كالعلاج، ك شراء بعض الفواكه الشتويّة في فصل الصيف بأضعاف قيمتها في الشتاء - حتى في أول أوانها - لكن هذا ليس معياراً لتقويم المثل المتعدّد.

(2) أي: ذلك العوض الكثير.

(3) أي: أنّ الملك لا يعطي الجمد و الثلج مجاناً، كما لا يعطيه بإزاء عوض متعارف، بل يعطيه في قبال الخيل الجياد ذات القيمة العالية جداً.

(4) أي: يبذل الملك الجمد بإزاء جياد الخيل.

(5) كالجواهر و الأحجار الكريمة التي تباع بأعلى الثمن.

(6) تعليل لقوله: «فلا عبرة بفرض وجوده» وقد عرفته آنفاً.

(7) يعني: من حيث إنّه راغب في تحصيل الجمد على الوجه المتعارف، لا من حيث إنّ رغبته في الجمد يكون لغرض آخر يقتضي بذل ثمن كثير بإزائه.

(8) فإنّ هذا المثل أجنبي عن المقام، لأنّ العبرة في القيمة بالسوقيّة، لا ما يطلبه المالك اقتراحاً.

(9) معطوف على «الاهداء» و ضمير «به» راجع إلى الجمد، و متعلّق ب «معالجة».

(10) أي: و لأجل إناطة فرض وجود المثل بغرض غير نادر الوقوع، فلو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذّر، و لا يوجب جريان حكم وجود المثل عليه.

كما ذكرنا في المسألة الخامسة (1). فكلّ (2) موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذّر، فلا عبّرة بفرض وجوده (3) في التقويم عند عدمه.

[هل العبّرة بقيمة بلد التلف أو المطالبة أو أعلى القيمتين؟]

ثمّ إنّك (4)

(1) حيث قال فيها: «وأمّا إن كان لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس .. إلخ» فراجع (ص 366).

(2) هذه نتيجة كون المعيار في قيمة المثل المتعذّر بفرض وجوده بنحو يرغب في شرائه الناس ولو بثمن غال، لكونه في أوان عزّة وجوده. و على هذا فلا-عبّرة بوجوده عند مثل السلطان، فهذا الوجود ملحق بالتعذّر، ولا يكون مناطا للقيمة التي يجب على الضامن أدائها إلى المالك.

(3) هذا الضمير و ضمير «عدمه» راجعان إلى المثل، يعني: أنّ وجوده عند الملك مثلا ليس معيارا للتقويم عند فقد المثل في الظروف المتعارفة. وبهذا ينتهي الكلام في الجهة الخامسة.

هل العبّرة بقيمة بلد التلف أو المطالبة أو أعلى القيمتين؟

(4) هذه سادسة الجهات المبحوث عنها في مسألة إعواز المثل في ضمان العين المثليّة التالفة أو المتلفة. و حاصلها: أنّ المالك يجوز له المطالبة بالمثل - عند وجوده - مطلقا سواء أكان بقيمته المتعارفة أم بأزيد منها، و سواء أكان في بلد المطالبة أم في مكان آخر. و الوجه فيه: ما تقدّم من اشتغال عهدة الضامن بالمثل، فيتعيّن عليه أدائه، خصوصا مع مطالبة ذي الحق.

و أمّا إذا تعذّر المثل في بلدي التلف و المطالبة، و اختلفت قيمته فيهما، بأن كان ثمنه في بلد التلف عشرة دنانير مثلا، و في بلد آخر اثني عشر دينارا، فهل يستحقّ المالك المطالبة بالقيمة العليا أم لا؟ فيه وجوه ثلاثة.

أولها: تعيّن قيمة المثل في بلد تلف العين.

ص: 437

قد عرفت (1) أنّ للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكّنه و لو كان في غير بلد الضمان، و كان قيمة المثل هناك أزيد (2).

و أمّا مع تعدّره و كون قيمة المثل في بلد التلف مخالفا لها في بلد المطالبة، فهل له (3) المطالبة بأعلى القيمتين، أم يتعيّن قيمة بلد المطالبة، أم بلد التلف؟

وجوه (4) [1]

ثانيتها: تعيّن قيمته في بلد المطالبة.

ثالثها: أعلى القيمتين. و سيأتي وجه كلّ منها إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: في أواخر المسألة الخامسة، حيث قال: «ثمّ إنّه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره .. إلخ» فراجع (ص 369).

(2) و ذلك لأنّ المضمون هو المثل، فلا بدّ من أدائه إلى المالك من دون لحاظ قيمته.

(3) أي: للمالك.

(4) أمّا الاعتبار ببلد التلف فلعلّه مبنيّ على انقلاب ما في الدّمة من المثل إلى القيمة، و كون القيمة قيمة العين، لأنّ دخالة خصوصية بلد التلف في مالية العين تقتضي لزوم جبران تلك المالىة في بلد المطالبة إن كان غير بلد التلف، فإنّ تلك المرتبة من المالىة الناشئة من خصوصية بلد تلف العين لا بدّ من تداركها، لفرض كونها مالىة تحقيقيّة، لا تقديريّة حتى لا تضمن.

و أمّا الاعتبار ببلد المطالبة فلعلّه مبنيّ على بقاء العين أو المثل في الدّمة إلى زمان المطالبة، إذ القيمة التي يدفعها الضامن تكون قيمة لما في الدّمة، فإذا استحقّ

[1] الأوجه أن يقال- كما أفيد- في إتلاف المال في بلد و مصادفة المالك للمتلف في بلد آخر لا يوجد مثله فيه مع اختلاف قيمة ذلك البلد لقيمة بلد التلف: إنّ العبرة بقيمة بلد المطالبة، لبقاء المثل في الدّمة، فللمالك مطالبة به متى شاء و أينما شاء، لأنّ الحقّ له، فالمناط قيمة زمان الدفع و مكانه، فحال المكان حال الزمان في ذلك.

ص: 438

المالك المطالبة به في بلد معيّن استحقّ تطبيق ما في الذمة على الفرد الخارجي في ذلك البلد، فتكون خصوصية البلد من قيود ما يستحقه المالك، فلا بدّ من دخلها في التقويم.

وأما اعتبار أعلى القيمتين فهو مبنيّ على ضمان ارتفاع القيم، وكون المضمون الجامع بين العين والمثل، وبقاء المثل في الذمة إلى زمان المطالبة. ولكن قد تقدّم عدم ضمان القدر المشترك بين التالف والموجود.

(1) لا بأس بنقل جملة من كلامه وقوفا على حقيقة الأمر، قال قدّس سرّه: «إذا غصب منه مالا مثلا بمصر فلقية بمكة، فطالبه به، لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يكون لنقله مؤونة، أو لا مؤونة لنقله. فإن لم يكن لنقله مؤونة كالأثمان، فله مطالبته به، سواء كان الصّرف في البلدين متّفقا أو مختلفا، لأنّه لا مؤونة في نقله في العادة. والذهب لا يقوّم بغيره، والفضّة لا يقوّم بغيرها إذا كانا مضروبين. وإن كان لنقله مؤونة لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يكون له مثل أو لا مثل له. فإن كان له مثل كالحبوب والأدهان نظرت. فإن كانت القيمتان في البلدين سواء كان له مطالبته بالمثل، لأنّه لا ضرر عليه في ذلك. وإن كانت القيمتان مختلفتين فالحكم فيما له مثل وفيما لا مثل له سواء، فللمغصوب منه إمّا أن يأخذ من الغاصب بمكة قيمته بمصر، وإمّا أن يدع حتى يستوفي ذلك منه بمصر، لأنّ في النقل مؤونة، والقيمة مختلفة، فليس له أن يطالبه بالفضل.. إلخ» (1).

وهذه العبارة وإن كانت بظاهرها أجنبية عن محلّ البحث - من تعدّد المثل في بلد التلف والمطالبة - لاختصاصها بصورة وجود المثل في بلد المطالبة، ولذا يتفرّع عليه أنّ القيمة المدفوعة إلى المالك هي بدل الحيلولة. لكنّ المناسبة - الداعية لتعرض كلام الشيخ هنا - هي اتّحاد حكم المثليّ مع القيميّ فيما لو اختلفت قيمة المثل في بلدي

(1) المبسوط في فقه الإمامية، ج 3، ص 76

«بأنه إن لم يكن في نقله (1) مئونة كالتقدين فله المطالبة بالمثل، سواء كانت القيمتان مختلفتين أم لا. وإن كان في نقله مئونة فإن كانت (2) القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضا (3)، لأنه (4) لا ضرر عليه في ذلك، وإلا (5) فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف، أو يصبر

التلف و المطالبة، و توقّف نقل المثل على مئونة، كما هو صريح قوله: «وإن كانت القيمتان مختلفتين فالحكم فيما له مثل وفيما لا مثل له سواء» و أنّ المالك مخيّر بين مطالبة قيمة بلد التلف و بين الانتظار حتى العود إلى بلد التلف لاستيفاء المثل.

(1) أي: في نقل المغصوب. و هذا هو الشقّ الأوّل في عبارة المبسوط، و محصّله:

جواز مطالبة المالك بالمثل في غير بلد الغصب و الضمان، سواء اتّحدت قيمة المثل في البلدين أم لا.

(2) هذا هو الشقّ الثاني، و هو تساوي قيمة بلد الغصب و المطالبة مع توقّف النقل على مئونة. و حكمه جواز المطالبة في غير بلد الضمان.

(3) يعني: كالشقّ الأوّل الذي لم يتوقّف نقل المثل - من بلد الغصب إلى بلد المطالبة - على نفقة.

(4) الضمير للشأن، و هذا تعليل لجواز المطالبة بالمثل في غير بلد الغصب، و محصّله: أنّ الضامن لا يتضرّر بأداء المثل إلى المالك، لفرض تساوي قيمته في البلدين.

(5) هذا هو الشقّ الثالث، يعني: وإن لم تكن القيمتان متساويتين - مع توقّف النقل على مئونة - صار المثليّ كالقيميّ في أنّ المالك يتخيّر 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» [1] ثم قال: «إنّ الكلام في القرض كالكلام في الغصب» (1).

و حكي نحو هذا (2) عن القاضي أيضا، فتدبر (3).

(1) بخلاف السلم، فليس للمشتري مطالبة المسلم فيه- ولا بدله- في غير بلد العقد، سواء أكان لنقله مؤونة أم لا. كذا أفاده شيخ الطائفة قدس سرّه تلو عبارته المتقدمة.

(2) أي: حكي نحو هذا التفصيل عن القاضي «1» كما حكي عن شيخ الطائفة قدس سرهما.

(3) لعلّه إشارة إلى: أنّ هذا التفصيل بشقوقه أجنبيّ عن موضوع البحث، لأنّ مورد كلامه هو صورة وجود المثل في بلدي التلف و المطالبة، و مورد البحث هو تعذر المثل، فكان الأنسب نقل كلام المبسوط في ذيل الفرع المتقدّم في الأمر الخامس في قبال قول الحلّي و العلامة و الفخر و الشهيد قدس سرهم القائلين بجواز المطالبة المثل عند التمكن منه مطلقا كما صنعه في الجواهر.

مع أنّ الشقّ الأوّل من تفصيله راجع إلى جواز المطالبة في غير بلد التلف من دون تعرض فيه لتعيين القيمة. و الشق الثاني راجع إلى جواز المطالبة في صورة تساوي

[1] 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. و لا فرق بين الزمان و المكان من هذه الجهة.

و على القول بأنّ أداء القيمة عند تعذر المثل غرامة للعين. فالعبرة بقيمة بلد تلف العين.

و على القول بكون التعذر موجبا لضمان القيمة، فالتعذر البدويّ موجب لضمان قيمة بلد التلف، و التعذر الطاري موجب لضمان قيمة بلد التعذر. و في جميع الصور لا بدّ من لحاظ الأوصاف الدخيلة في الرغبات و الماليّة.

(1) المهذب، للقاضي ابن البرّاج، ج 1، ص 443

ص: 441

و يمكن أن يقال (1): إنَّ الحكم باعتبار بلد القرض، أو السِّلْم (2)- على القول به

القيمتين، وهو 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.

(1) الظاهر أنّ غرضه قدّس سرّه من هذه العبارة المناقشة في تفصيل المبسوط، و بيانه:

أنّ قوله في الشقّ الثالث: «وإلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد» مشكل، لاقتضاء أدلّة الضمان- كآية الاعتداء بالمثل - اشتغال عهدة الضامن ببدل 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 استحقاق المطالبة في بلد آخر حتى إذا كانت القيمة فيه أزيد من بلد الضمان. مع أنّ شيخ الطائفة قدّس سرّه منع المالك من مطالبة الزيادة، و خيره 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 السِّلْم، و ذلك لانصراف إطلاق العقد إليه و عدم تقييده بأداء المضمون في مكان آخر كانصراف إطلاق عقد البيع إلى نقد بلد المعاملة لا نقد بلد آخر. و أمّا الغصب و ما بحكمه- كالمقبوض بالبيع الفاسد- فلا عقد حتى يختصّ استحقاق مطالبة البدل ببلد الضمان، بل مقتضى إطلاق دليل الضمان جواز المطالبة به في بلد آخر حتى مع تفاوت القيمتين.

(2) قد عرفت فيما نقلناه عن المبسوط أنّ شيخ الطائفة قدّس سرّه ألحق القرض بالغصب، و مقتضاه جريان الشقوق الثلاثة فيه، و لم يحكم بتعيّن بلد القرض، و إنّما صرح بتعيّن بلد العقد في بيع السِّلْم خاصّة.

و كيف كان فالفرق بين القرض و السِّلْم- بنظر شيخ الطائفة- لا يدفع إشكال المصنف عليه، لأنّ غرضه إبداء الفارق بين الغصب و ما بحكمه، و بين القرض و السِّلْم.

مع الإطلاق- لانصراف (1) العقد إليه، وليس [1] في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف (2).

[لحوق حكم سقوط المثل عن المالّية بتعدّره]

بقي الكلام في أنّه هل يعدّ (3) من تعدّ المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا أتلّفه في مفازة، و الجمد في الشتاء إذا أتلّفه في الصيف، أم لا؟

الأقوى- بل المتعيّن- هو الأوّل (4)،

(1) خبر «إنّ» و ضمير «إليه» راجع إلى بلد القرض أو السّلم.

(2) فالفارق بين الغصب و القرض و السّلم فقدان الانصراف في الأوّل، لانتفاء موضوعه أعني به العقد. بخلاف القرض و السّلم، فإنّ عقدهما منصرف إلى بلد العقد.

هذا ما يتعلق بالجهة السادسة.

لحوق حكم سقوط المثل عن المالّية بتعدّره

(3) هذه سابعة جهات البحث في الأمر السادس، و تفرّق عن الجهات الستّ المتقدّمة في أنّ الكلام في هذه الجهة ليس في إعواز المثل و عدم وجوده خارجا، بل في إلحاق سقوطه عن المالّية بتعدّره حتى ينقلب الضمان إلى القيمة مع تيسّر الكلّي المثليّ، و ذلك كالماء إذا أتلّفه في مفازة، فأراد أداء مقدار مساو له على شاطئ النهر، و المفروض عدم مالّية الماء عليه، فهل يكفي ردّ المثل، أم يجب ردّ قيمة التالف في زمان الضمان و مكانه، أم قيمة المثل أنا قبل سقوطه عن المالّية؟ و جوه، ستأتي.

(4) و هو كون سقوط المثل عن القيمة كتعدّ المثل، لأنّ المماثلة المعتبرة في ضمان

[1] إلّا أن يقال: إنّ المنساق من أدلّة الضمانات أيضا اعتبار بلد التلف، أو البلد الذي وصل إليه العين، إذ مقتضى المماثلة و البدليّة الاستفادة من التغيريم ذلك، فإذا اختلفت القيم باختلاف الأمكنة، فلا بدّ من اعتبار قيمة بلد تلف العين، أو بلد وصولها إليه، فلا يبقى حينئذ فرق بين المقام و القرض و السّلم.

بل حكي عن بعض (1) نسبته إلى الأصحاب وغيرهم، و المصّرّح (2) به في محكيّ التذكرة والإيضاح و الدروس قيمة المثل في تلك المفازة (3).

المثل يراد بها المماثلة في الحقيقة النوعية و المالمية، إذ المماثلة في الحقيقة النوعية فقط- بأن تشملهما حقيقة واحدة كصدق طبيعة الماء و الجمّد على الماء على الشاطئ و الثلج في الشتاء مثلاً، من دون المالمية- لا توجب المماثلة المقصودة في باب الضمان، و هي المماثلة في الحقيقة و المالمية معاً.

(1) الحاكي هو السيّد العاملي قدّس سرّه: «و في جامع المقاصد نسبته إلى الأصحاب و غيرهم» «1». و عبارة المحقّق الكركي قدّس سرّه هذه: «فالمختار هو وجوب القيمة، و لا محيد عن مختار الأصحاب و غيرهم في ذلك» «2».

و ظاهر نسبته إلى الأصحاب إجماعهم على الانتقال إلى القيمة.

(2) الظاهر أنّ غرضه الخدشة في الإجماع المستفاد من كلام المحقّق الكركي قدّس سرّه و ذلك لأنهم اختلفوا في القيمة المستقرّة 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 «3» إلى اعتبار قيمة المثل في مثل تلك المفازة- في مثال إتلاف الماء في الصيف- أو قيمة مثل ذلك الجمّد. و ذهب المحقّق الكركي إلى ضمان قيمة المغصوب «4»، لا المثل، و معه كيف يدعى الإجماع على ضمان قيمة المغصوب؟

(3) يعني: أنّ العبرة في تقويم المثل- الذي سقط عن القيمة- بقيمته في تلك المفازة، أي: قيمته في المكان الذي أتلفه فيه.

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 252

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 258

(3) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383؛ إيضاح الفوائد، ج 2، ص 177؛ الدروس الشرعية، ج 3، ص 113

(4) جامع المقاصد، ج 6، ص 255

ص: 444

و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل به عن المالية (1) [1].

(1) بناء على عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية وانحطاطها. فحينئذ يكون المضمون آخر زمان أو مكان ماليته، لأنه بعد فرض ضمان مالية المال المضمون كنوعيته- وعدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية- يكون المدار في الضمان آخر أزمته وأمكنة ماليته، بمعنى سقوطه عن المالية بعد ذلك الزمان والمكان.

مثلا إذا كان قيمة إناء الماء في المفازة درهمين، فتوجّها نحو الشاطئ، وتنزلت قيمته إلى نصف درهم، لقرب المسافة إلى النهر، ولم تقلّ عن هذا الثمن بعدها، بل سقطت عن المالية بالكلية، كان المدار على آخر مكان المالية، وهو نصف الدرهم في المثال.

وكذا الحال في إتلاف الجمد في الصيف وهو زمان ارتفاع قيمته، وتنزل ماليته في فصل الخريف شيئا فشيئا كلما قرب الشتاء، فالمدار على قيمته النازلة التي تسقط عنها بعد ذلك الزمان كآخر أيام الخريف. وهكذا سائر الأشياء المثلية.

[1] الأولى التعرّض لحكم سقوط نفس العين عن المالية أوّلا ثم التكلم في حكم سقوط المثل عن المالية، فنقول: قد أفاد المحقّق الأصفهاني قدّس سرّه ما لفظه: «إذا سقط العين عن المالية فمقتضى عموم على اليد المستفاد منه كون عهدة العين على ذي اليد كونها مغيّاة بأداء المأخوذ، فلا ينبغي الشكّ في خروج العين عن العهدة بأدائها وإن سقطت عن المالية. كما لا ريب في الخروج عن عهدة العين بأدائها مع تنزّل قيمتها. فيعلم منه أنّ الواجب أداء نفس المأخوذ، لا بما له من الصفة الاعتبارية أعني المالية، وإلا فلا فرق بين سقوطها عن المالية رأسا وسقوط مقدار معتدّ به عن ماليتها. ومقتضى دليل من أتلف مال الغير فهو له ضامن ليس إلا تدارك المال بالحمل الشائع، لا تدارك المالية (1)».

وهو قدّس سرّه تبع شيخه المحقّق الخراساني قدّس سرّه (2)، وحاصله: أنّ ردّ العين وإن سقطت

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 97

(2) حاشية المكاسب، ص 39

ص: 445

عن المالِيَّة، لكنَّه يصدق عليه أنَّه ردّ لما أخذه.

هذا إذا كان دليل الضمان «على اليد» فإنَّ إطلاق «حتى تؤديه» يقتضي خروج العين عن العهدة بأدائها مطلقا وإن سقطت عن المالِيَّة.

وأمَّا لو كان قاعدة الإتلاف، فالظاهر منها هو إتلاف المال- لا إتلاف المالِيَّة- فسقوط المأخوذ عن المالِيَّة لا يقدر في ارتفاع الضمان بردها، وليس إخراج العين من مكان إلى آخر لا مالِيَّة لها فيه إزالة لمالِيَّتِها، وليس كجعل الخل خمرا بعلاج، لأنَّه إزالة لوصف الخليَّة، و يتبعه زوال المالِيَّة، فضمانه من حيث إزالة الصفة، لا من حيث إزالة المالِيَّة.

وفيه: ما مرَّ مرارا من: أنَّ الأوصاف الدخيلة في الرغبات وزيادة القيم سواء أكانت حقيقية أم اعتبارية أم إضافية مضمونة، لوقوعها تحت اليد تبعا. وهذا غير القيمة السوقية المختلفة زيادة ونقصا التي هي غير مضمونة كما تقدّم سابقا.

وعليه فصفة الثلج- وهي كونه في الصيف- توجب الرغبة والمالِيَّة، بخلاف كونه في الشتاء، فصفة الصيفيَّة كصفة الخليَّة مضمونة، فإذا أبقى الثلج إلى زمان الشتاء لا يكفي ردّه في ارتفاع الضمان، لبقاء ضمان صفة الصيفيَّة الإضافية الدخيلة في قيمته في ذمته، من غير فرق في ذلك بين كون العين في صورة التلف على العهدة أو المثل.

ويظهر ممَّا ذكرنا حال الدراهم التي يسقطها السلطان، فإنَّ الدرهم الموصوف بكونه معتبرا ورائجا مضمون على قابضه، فلا بدّ في مقام الأداء و تفرغ الدّمة من لحاظ هذا الوصف، بأن تلاحظ العين و تجبر موصوفة بهذا الوصف، وإلا فلم يؤدّ ما عليه، فإنَّ دليل الضمان يشمل العين و صفتها باعتبار واحد، سواء سقطت العين عن المالِيَّة رأسا كما إذا كانت مواد الفلوس الرائجة من القرطاس و نحوه ممَّا إذا أسقطه السلطان سقط عن المالِيَّة رأسا، لعدم المالِيَّة للمادّة. أم نقصت مالِيَّتِها، كما إذا كانت مادّتها من الذهب أو الفضة، و إسقاط السلطان له أثر في مالِيَّتِه من حيث السكّة فقط دون مادّته، فإنَّ المضمون

هو العين بوصفها الدخيل في الماليّة، فالدراهم المزبورة مضمونة بوصفها السكّي.

و لا بدّ من حمل إطلاق كلام الأصحاب من «أنه إذا اقترض دراهم، ثم أسقطها السلطان ليس عليه إلا الدراهم الاولى» (1) على الدراهم التي لم تخرج عن الماليّة.

كما كان الأمر في الدراهم كذلك، لأنّ مادّتها كانت من الفضة التي لها ماليّة. فلا وجه لتنظير المقام أعني به خروج المثل عن الماليّة بالدراهم التي أسقطها السلطان، وذلك لعدم خروج موادّ الدراهم عن الماليّة.

و أمّا قاعدة الإلتاف فالظاهر أنّ التعبير في دليلها ب «مال الغير». دون «ملك الغير» إنّما هو لأجل إناطة الضمان بماليّة المتلف، لا بمجرد إضافة الملكيّة، إذ لو كانت هي المدار في الضمان لزم التعبير بملك الغير، فالماليّة ملحوظة على نحو الموضوعيّة في باب الضمان.

نعم الاستيلاء على ملك الغير وإن كان حراما أيضا، إلا أنّه ما لم يكن مالا ليس بمضمون، بل الحرمة تكليفيّة محضة.

فما أفاده قدّس سرّه من «عدم ضمان الماليّة، بل المضمون نفس المال» ممّا لا يمكن المساعدة عليه، لما عرفت من أنّ كلّ صفة لها دخل في الماليّة مضمونة تبعا للعين، فنقل العين من مكان إلى مكان آخر لا ماليّة لها فيه إزالة لماليّتها الناشئة عن الصفة الإضافيّة، فإنّ الثلج المضاف إلى زمان خاص و مكان كذلك صفة دخيلة في ماليّته تلزم رعايتها.

تتمة: إذا شكّ في خروج العهدة بدفع العين المضمونة التي سقطت عن الماليّة، فهل الأصل يقتضي الاشتغال و لزوم دفع القيمة أيضا، أم لزوم دفع العين فقط، أم القيمة كذلك؟ و هذا الشكّ ناش عن أنّ التدارك هل يجب أن يكون بالماليّة أو بخصوصيّة العين

(1) حاشية المكاسب، ص 39

أو بكتليهما؟ 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، فينفي بالبراءة.

بل يقال: إن ضمان العين المتمولة قد ثبت قطعا و اشتغلت بها الذمة يقينا، و دفع العين الساقطة عن المالية إلى المالك يوجب الشك في سقوط الضمان، و مقتضى الاستصحاب بقاء العهدة إلى أن تؤدي القيمة أيضا، فاستصحاب بقاء العهدة يقضي بلزوم دفع القيمة أيضا.

و قد نوقش في هذا الأصل بما في حاشية المحقق الأصفهاني قدس سره من «أنه لا مجال لهذا الأصل، إذ لم يثبت للعهدة أثر شرعا و عرفا إلا و جوب دفع العين، فلا- معنى للتعبد بالقيمة من التعبد ببقاء العين إلا بالأصل المثبت، لأن بقاءها مع دفع العين ملزوم عادة أو عقلا لوجوب التدارك بالمالية. نعم أصالة بقاء الخروج عن عهدة العين بدفعها قبل سقوطها عن المالية لا بأس بها» (1).

وفيه: أن أصالة بقاء شغل الذمة يستلزم عقلا- و جوب الخروج عن العهدة، و هذا اللازم أعم للحكم الواقعي و الظاهري، نظير و جوب الإطاعة عقلا الذي هو لازم أعم للحكم الواقعي و الظاهري، و جوب مقدمة الواجب، فإنهما حكمان عقليان للوجوب الأعم من الواقعي و الظاهري.

فإذا ثبت و جوب شيء بالاستصحاب مثلا- ترتب عليه الحكمان العقليان المذكوران، كما يترتبان على الوجوب الواقعي الثابت بالعلم الوجداني. و من المعلوم أنه لا شائبة لمثبتية الأصل في هذه الموارد. نظير استصحاب و جوب صلاة الجمعة مثلا، فإن

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 97

لازمه العقليّ لزوم الإطاعة بإتيان صلاة الجمعة، لكون الوجوب المستصحب كالوجوب المعلوم لازم الإطاعة عقلا. و المقام كذلك، إذ العقل كما يحكم بلزوم الخروج عن عهدة مال الغير مع العلم بالاشتغال، كذلك يحكم به مع استصحاب الاشتغال، لكون الاستصحاب حجة كحجّة العلم عليه، مع الفرق بينهما من حيث التعبد في الأول.

فالمحصّل: أنّ الغرض من الاستصحاب إثبات الاشتغال فقط، الذي هو موضوع لحكم العقل بلزوم الخروج عن العهدة بأيّ شيء يمكن، و من المعلوم أنّ أداء العين الساقطة عن المائيّة لا يوجب العلم بالخروج عن العهدة، بل يتوقف العلم به على أداء القيمة أيضا.

و يمكن أن يقال: بعدم الحاجة إلى الاستصحاب، بل نفس قاعدة الاشتغال كافية في لزوم دفع القيمة أيضا، لتوقّف اليقين بالفراغ عليه.

و أمّا ما أفاده قدّس سرّه أخيرا من الأصل الآخر- وهو أصالة بقاء الخروج عن عهدة العين بدفعها قبل سقوطها عن المائيّة- ففيه: أنّه من الأصل التعليقيّ، إذ لا معنى للتنجيزيّ مع عدم تحقّق الدفع. و حجّة الاستصحاب التعليقيّ الراجع إلى التعليق في الموضوع- كالمقام، لأنّ تقريبه حينئذ هو: أنّه لو دفع العين قبل خروجها عن المائيّة لكانت مسقطه للعهدة، و الآن كما كان- محلّ الاشكال، لعدم إحراز وحدة الموضوع في حالتي اليقين و الشكّ، مع سقوط العين عن المائيّة في حال الشكّ.

فالاستصحاب التنجيزيّ القاضي ببقاء العهدة محكّم، فلا يمكن الاكتفاء في سقوط العهدة بدفع العين الساقطة عن المائيّة، بل لا بدّ من دفع كلّ من العين و القيمة. أمّا العين فلكونها بشخصها مضمونة. و أمّا القيمة فلكونها كذلك أيضا.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ المراد بالقيمة قيمة يوم سقوط العين عن المائيّة، لأنّه يوم الانتقال إلى القيمة، لا قيمة يوم الأخذ، و لا يوم الأداء، و لا أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الأداء، أو إلى زمان التلف.

فرع (1): لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله، ثم تمكّن من المثل

القدرة على المثل بعد دفع القيمة

(1) هذا فرع آخر مما تعرّض له المصنّف من المباحث المتعلقة بإعواز المثل، وهو: حكم تمكّن الضامن من أداء المثل بعد تعذّره و دفع قيمته إلى المالك، فهل يجب عليه أداء المثل أم لا؟ ذكر المصنّف مباني ثلاثة، يقتضي اثنان منها عدم الوجوب، ويحتمل الوجوب بناء على الثالث.

و توضيحه: أنّه إمّا أن نقول بعدم سقوط المثل عن الدّمة بسبب التعذّر، وإمّا أن نقول بسقوط المثل بسبب تعذّره و استقرار القيمة. و بناء على الانقلاب نقول تارة:

إنّ المغصوب بمجرد تعذّر مثله يصير قيمياً، و اخرى: إنّ نفس المثل بتعذّره- الذي هو كالتلف- يصير قيمياً. فهذه مبان ثلاثة.

فعلى الأوّل- وهو عدم سقوط المثل بالإعواز- لا يجب دفع المثل إلى المالك، لأنّ ما في الدّمة 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- و من المعلوم سقوط ما في الدّمة به، فلا وجه لوجوب دفع المثل بعد التمكّن منه.

و على الثاني- وهو سقوط المثل بالتعذر و صيرورة المغصوب المثليّ قيمياً- لا يجب أداء المثل أيضاً، لكون سقوطه بدفع القيمة أولى من الفرض الأوّل، لأنّ نفس القيمة المدفوعة مصداق لكلّيّ القيميّ الثابت في ذمّة الضامن، و من المعلوم أنّ دفع مصداق الطبيعيّ رافع لما في العهدة حقيقة.

و بعبارة اخرى: إنّ نفس القيمة حقّ المضمون له واقعا- بناء على انقلاب المضمون المثليّ إلى قيمته- فأداؤها إلى المالك أداء حقّه الواقعيّ، فيتعيّن سقوط الضمان حينئذ.

و على الثالث- وهو سقوط المثل و انقلابه بقيمته لا بقيمة العين- يكون السقوط لأجل كون القيمة بدل الحيلولة عن المثل. فمع التمكّن من أدائه يحتمل وجوب المثل.

فالظاهر (1) عدم عود المثل في ذمته، وفاقا للعلامة رحمه الله (2) و من تأخر عنه (3) ممّن تعرّض للمسألة، لأنّ المثل كان ديناً في الدّمة سقط بأداء عوضه مع التراضي، فلا يعود، كما لو تراضيا (4) بعوضه مع وجوده. هذا (5) على المختار من عدم سقوط المثل عن الدّمة بالإعواز.

و أمّا على القول بسقوطه (6) و انقلابه قيمياً، فإن قلنا بأنّ المغصوب انقلب

هذا حكم الشقوق الثلاثة. و مذهب الماتن هو الأوّل.

(1) هذا مختار المصتف قدس سرّه وفاقا لجمع، و هو مبنيّ على مذهب المشهور من عدم سقوط المثل بالتعذر، كما تقدّم في أوائل هذا التنبيه السادس بقوله: «إنّ المشهور أنّ العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع، لأنّ المثليّ ثابت في الدّمة إلى ذلك الزمان، و لا دليل على سقوطه بتعذّره».

(2) قال في القواعد: «و لو غرم القيمة ثمّ قدر على المثل فلا تردّ القيمة، بخلاف القدرة على العين» (1).

(3) كالشهيدين و المحقّق الكركيّ و غيرهم قدس سرّهم كما نسبه إليهم السيد العاملي قدس سرّه (2).

(4) يعني: أنّ عدم عود المثل المتعذر إلى الدّمة- بعد القدرة عليه- يكون نظير تراضي المالك و الضامن على القيمة في صورة التمكّن من المثل، فلو أخذها المالك لم يكن له مطالبة المثل.

(5) أي: عدم عود المثل إلى عهدة الضامن مبنيّ على المختار .. إلخ.

(6) مقتضى السياق رجوع الضميرين إلى «المثل المتعذر» لكنّه في «انقلابه» لا يخلو من تكلف. و قد تقدم نظيره في (ص 404) فراجع.

(1) قواعد الأحكام، ص 79، السطر 24 (الطبعة الحجرية).

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 243؛ و لاحظ: تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 383، السطر 37 و 38؛ الدروس الشرعية، ج 3، ص 113؛ جامع المقاصد، ج 6، ص 255 و 256؛ مسالك الأفهام، ج 12، ص 184

ص: 451

قيميًا عند تعذر مثله (1) فأولى (2) بالسقوط، لأن المدفوع نفس ما في الذمة.

وإن قلنا: إنَّ المثل بتعذره- النَّازل (3) منزلة التلف- صار قيميًا (4) احتمال (5) [1] وجوب المثل عند وجوده، لأنَّ (6) القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي (7) أنَّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

(1) هذا هو مبنى الشقِّ الثاني، المتقدّم بقولنا: «و بناء على الانقلاب فتارة نقول إنَّ المغصوب بمجرد تعذر مثله يصير قيميًا».

(2) هذا حكم الشقِّ الثاني، وهو أولوية سقوط المثل عن الذمة من الشقِّ الأوّل، لما عرفت من انتقال حقِّ المضمون له من المثل إلى القيمة، فكأنَّ العين المضمونة قيمية من أوّل ضمانها، لا مثلية، فكيف يجب دفع المثل بعد أداء قيمة المضمون؟

(3) صفة لتعذر المثل، يعني: أنَّ تعذر المثل يكون بمنزلة تلف جميع أفراد، الموجب لتبدله بالقيمة.

(4) هذا مبنى الشقِّ الثالث، وقد عرفته بقولنا: «و اخرى نقول: إنَّ نفس المثل بتعذره يصير قيميًا».

(5) هذا حكم الشقِّ الثالث، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «و على الثالث ..

يكون السقوط لأجل ..».

(6) تعليل لاحتمال وجوب المثل، يعني: أنَّ القيمة بدل مادامي، فإذا وجد المبدل سقط البدل عن الاعتبار، ويرجع الحكم إلى المبدل.

(7) يعني: في الأمر السابع بقوله: «ثم إنَّه لا إشكال في أنَّه إذا ارتفع تعذر ردِّ العين و صار ممكنا وجب ردّها إلى المالك».

[1] لكن هذا الاحتمال ضعيف جدًّا، لأنَّه مع فرض الانقلاب يكون ما على العهدة خصوص القيمة، لا غيرها، فدفع القيمة رفع لمصداق ما على العهدة، 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: أنّ القيمة غير جابرة لحيثيّي النوع و الماليّة، بل جابرة لخصوص حيثيّة الماليّة، وبدليّتها ناقصة، فمع التمكن من الجبران التامّ تعيّن ذلك.

وكيف كان فتفصيل الكلام في المقام: أنّه على القول ببقاء العين على العهدة إلى زمان التدارك والأداء، وكون أداء المثل أداء ناقصاً، للعدر عن الأداء التامّ بسبب التلف، وكون أداء القيمة عند تعدّر المثل أداء للعين بوجه أنقص من أداء المثل.

وكذا على القول بكون المثل على العهدة، وأنّ أداء القيمة أداء ناقص للمثل، للعدر عن الأداء التامّ يتعيّن القول بعود المثل، لارتفاع العذر بوجود المثل عن الأداء التامّ، فلا يكفي الأداء الناقص، لعدم كونه أداء عند رفع العذر.

والحاصل: أنّ أداء ما في الذمة بغير مصداقه أداء ناقص، ومع التمكن من أدائه التامّ لا يعدّ الناقص أداء له. نعم لو أسقط صاحب الحق خصوصيّة ما في الذمة من العين أو المثل، وطالب الضامن بأداء غيره، فمقتضى القاعدة سقوط حقه عن المثل ولو مع وجوده فضلاً عن إعوازه.

هذا كلّ بناء على كون القيمة أداء ناقصاً للمثل.

وأما بناء على كونها أداء تاماً للمثل، كما أنّ نفس المثل أداء كامل و جبران تامّ للعين في المثليات، فإذا تعدّر المثل و دفع القيمة كانت القيمة تمام الغرامة و مسقطه لما في العهدة، فليست القيمة غرامة ناقصة، بل هي تامّة، فمع وجود المثل يكون هو تمام غرامة العين، و مع فقدّه أو كون العين قيمية تكون القيمة تمام غرامتها و جابرة لتتمام الخسارة، و معه لا معنى لبقاء المثل على العهدة.

و لا وجه للتفصيل الذي أفاده المصنّف قدّس سرّه من «أنّه مع بقاء المثل في الذمة لا يعود المثل، لسقوطه بالقيمة مع التراضي، و مع سقوط المثل و انتقاله إلى القيمة يحتمل

القول بعوده بعد وجوده، لكون القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل» وذلك لأن الأمر بالعكس، فإنّ المثل إذا سقط عن الدّمة وانتقل إلى القيمة، فالقيمة المدفوعة حينئذ نفس ما على عهدة الضامن، فيكون من الوفاء بالجنس، فلا محيص عن السقوط. ولا وجه لعود المثل إلى الدّمة بعد كون القيمة عين ما في الدّمة. فلا بدّ في الحكم بعود المثل بعد التمكن منه من الالتزام ببقاء المثل في العهدة، وعدم انتقاله بسبب التعذّر إلى القيمة حتى تكون القيمة عند تعذّره من بدل الحيلولة.

ويمكن التفصيل بوجه آخر، وهو: أنّه إذا كان دفع القيمة بعنوان الصلح عمّا في الدّمة، سواء أكان هو العين أم القيمة، فيسقط ما في العهدة، ولا يبقى مورد لبدل الحيلولة.

وإن كان بعنوان الغرامة و تدارك ما على الضامن، فعلى القول بانتقال العين أو المثل المتعذّر إلى القيمة حقيقة فالقيمة المدفوعة عين حقّه، فلا مورد لبدل الحيلولة حينئذ أيضا.

وعلى القول ببقاء العين أو المثل في الدّمة إلى زمان التدارك، وأنّ القيمة غرامة ناقصة، فالقيمة عند تعذّر المثل تكون من بدل الحيلولة، لأنّ البدليّة الناقصة العذرية ترتفع، وتنتقل إلى البدليّة التامة الاختيارية.

ولعلّ هذا التفصيل أولى من سابقه، لأنّه على تقدير كون العين أو المثل في الدّمة إذا صالح المالك ما على عهدة الضامن بالقيمة فقد سقط ما عليه. ولا معنى لبدل الحيلولة حينئذ.

وعلى تقدير انقلاب العين التالفة أو المثل المتعذّر إلى القيمة تكون القيمة المدفوعة عين ما على العهدة، لا بدلا عنه حتى يقال: إنّ بدل الحيلولة، فلا موضوع لبحث البدليّة أصلا.

السابع (1): لو كان التالف المبيع فاسدا قيمياً (2) فقد حكي (3) الاتّفاق على

ضمان القيمي بالقيمة

(1) الغرض من عقد هذا الأمر بيان جهة أخرى مما يتعلّق بالمبيع بالبائع الفاسد إذا تلف بيد المشتري، وهي كيفية ضمان القيميات، وأنها مضمونة بالقيمة أو بما يماثلها. فإن كانت مضمونة بالقيمة لم يكن للمالك إلزام الضامن بالمثل، ولا للضامن كذلك. وكذا الحال لو كان القيمي - كالمثلي - مضموناً بالمثل. فيقع البحث في مقامين: أحدهما: في الدليل على ضمان القيمي بالقيمة، لا المثل.

ثانيهما: في تعيين القيمة بحسب تفاوتها في الأزمنة من يوم القبض والتلف، وأعلى القيم بينهما، وغير ذلك ممّا سيظهر.

(2) قد أشرنا إلى تعريف القيمي في الأمر الرابع، وأنه ما يكون مدار ماليته على الجهات الشخصية، وهذا ممّا يحكم به العرف في باب الضمان.

(3) هذا شروع في المقام الأول، وقد استدلّ بوجوه على ضمان القيمي بالقيمة.

الأول: الإجماع المنقول الذي ادّعاه الفقيه الممتنع السيد العاملي قدّس سرّه - بعد حكاية الشهرة عن الشهيد - بقوله: «لا أجد فيه في الباب خلافاً، إلا ما يحكى عن أبي علي، وما يظهر من قرص الخلاف، وما لعله يظهر من المحقّق في باب القرض ..

وكيف كان فقد اتّفقوا هنا - يعني في باب الغصب - من غير تأمّل ولا خلاف» (1).

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 243 و 244

ص: 455

كونه مضمونا بالقيمة (1). و يدلّ عليه الأخبار المتفرقة (2) في كثير من القيميات،

(1) خلافا للإسكافي والشيخ والمحقق في باب القرض.

لكن صحّة نسبة الخلاف إلى الإسكافي لا تخلو عن إشكال، لعدم ظهور عبارته المحكيّة فيما نسب إليه، و تقدّم التعرّض له عند كلام المصنّف في أوّل التنبيه السادس، وسيأتي أيضا. و أمّا مخالفة شيخ الطائفة والمحقق قدّس سرّهما فهي مبنية على ثبوت التلازم بين القرض والمقام أعني به المقبوض بالعقد الفاسد، المحكوم بحكم الغصب، وهو غير ثابت.

(2) أي: ويدلّ على ضمان القيميّ بالقيمة الأخبار المتفرقة الواردة في كثير من القيميات المضمونة بالإتلاف والالتقاط ونحوهما من موجبات الضمان، وهذه الأخبار دليل ثان على المدّعى، وقد تقدّم بعضها في (ص 338) كرواية بيع الجارية المسروقة، ورواية السفارة وغيرهما، ونذكر بعضها الآخر هنا، فنقول وبه نستعين:

منها: رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام، قال: «سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء، هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها وعرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكلها وأنت ضامن لها؛ ان جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه» (1).

وتقريب الدلالة: أنّ الشاة المضمونة بالالتقاط قيمية، فتضمن بقيمتها، لقوله عليه السّلام: «يطلب ثمنها أن تردّها عليه».

ومنها: رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام، قال: «وسألته عن الرجل يصيب اللقطة، فيعرفها سنة، ثم يتصدّق بها، فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدّق بها؟ ولمن الأجر؟ هل عليه أن يردّ على صاحبها أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها، والأجر له، إلا أن يرضى صاحبها، فيدعها والأجر له» (2).

(1) وسائل الشيعة، ج 17، ص 365، الباب 13 من أبواب اللقطة، الحديث 7

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 352، الباب 2 من أبواب اللقطة، الحديث: 14

و الشاهد في كون الملتقط ضامنا لقيمة اللقطة، لأنه عليه السلام قرّر السائل في اشتغال عهده بالقيمة، وقال: «هو ضامن لها».

و منها: ما رواه زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام، قال: «أناه رجل تكارى دابة فهلكت، و أقرّ أنه جاز بها الوقت، فضمّنه الثمن و لم يجعل عليه كراء» (1). بتقريب: أن الدابة الهالكة قيمية، و المستأجر المفترط ضامن لقيمتها.

و منها: مرسله الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام، في حديث: «و إن وجدت طعاما في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة» (2).

و التقريب كما تقدّم.

و منها: رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: «أنه قضى في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم، فاحترقت، و احترق متاعهم؟ قال: يغرم قيمة الدار و ما فيها ثم يقتل» (3).

و الدلالة ظاهرة أيضا، فإنّ بعض الأمتعة المحترقة قيمية عادة، و قد حكم عليه السلام بضمنان قيمة الدار و الأثاث.

و منها: روايات أخر وردت في تلف العين المرهونة سيأتي ذكرها عند تعرّض الماتن لها.

(1) هذا تعريف بما في الجواهر من الاستدلال - على ضمان القيمي بالقيمة -

[1] أورد المحقق الايرواني قدس سرّه عليه بأنّ «إظهار الاستغناء عن الصحيحة، ثم العود إلى الاستدلال بها بعد سطرين ليس كما ينبغي» (4).

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 257، الباب 17 من أبواب الإجارة، الحديث 5

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 351، الباب 2 من أبواب اللقطة، الحديث 9

(3) وسائل الشيعة، ج 19، ص 210، الباب 41 من موجبات الضمان، الحديث 1

(4) حاشية المكاسب، ج 1، ص 101

بصحيحة أبي ولاد الآتية، وبنصوص ضمان العبد المشترك المعتقد بعضه، قال صاحب الجواهر قدس سرّه: «نعم للمصنّف- وهو المحقّق- في كتاب القرض ضمان القيميّ بمثله، وقد سمعت الكلام فيه هناك. كما أنّك سمعت الكلام في المحكيّ عن ابن الجنيد 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 المأمور بها بالتقويم، فليس للمتلف دفع المثل العرفي إلا مع رضا المالك. كما أنّه ليس للمالك اقتراحه» (1).

والمستفاد منه: الاستدلال على اعتبار القيمة في ضمان القيميّات بطانفتين من الأخبار.

الأولى: صحيحة أبي ولاد، الظاهرة في ضمان البغل بالقيمة، لقوله عليه السّلام: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» ولما كانت البغال والحمير و الدوابّ معدودة من القيميّات، فلو تلفت اشتغلت الذمّة بأثمانها لا بأمثالها. وعليه فالصحيحة دليل على تعيين القيمة في بدليتها عن العين القيمة المضمونة.

الثانية: ما ورد من أنّه لو كان عبد مشتركاً بين جماعة، فأعتق أحدهم نصيبه،

و الأمر كما أفاده، إذ لو كانت الصحيحة وافية بإثبات ضمان القيميّ بقيمة يوم الغصب أو التلف لم يكن وجه في الاشكال على صاحب الجواهر قدس سرّه المستدلّ بها.

وإن لم تكن وافية به لم يبق مجال لقوله بعد سطرين «فيردّه إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة: منها صحيحة أبي ولاد الآتية.

ويتأكد الإشكال بناء على ما عن نسخة التهذيب- التي عوّل عليها المصنّف- من تعريف «بغل» الظاهر في إرادة البغل المعهود، لا بغل كلّيّ حتى يحتمل ضمان القيميّ بالمثل، بأن تكون القيمة بدلا عن البدل.

تعيّن عليه دفع قيمة سائر حصصه إلى شركائه، حتّى يتحرّر العبد كاملاً بالسراية.

و من المعلوم أنّ العبيد و الإماء قيمّيات و ليست مثليّة، فضمنان قيمة العبد دليل على أنّ القيميّ لا يضمن إلاّ بالقيمة.

و هذه النصوص جمعها الشيخ الحرّ قدّس سرّه في باب عنوانه «أنّ من أعتق مملوكاً له فيه شريك، كلف أن يشتري باقيه و يعتقه إن كان موسراً مضاراً، و إلاّ استسعى العبد في باقي قيمته، و ينعتق، فإن لم يسع خدم بالحصص» (1).

ففي معتبرة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في عبد كان بين رجلين، فحرّر أحدهما نصفه، و هو صغير، و أمسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرّر نصفه. قال: يقوّم قيمة يوم حرّر الأوّل، و أمر الأوّل أن يسعى في نصفه الذي لم يحرّر حتى يقضيه» (2).

و نحوه سائر أخبار الباب.

و تقريب الدلالة: أنّ تحرير العبد إتلاف لمال الشريك. و حيث إنّ المضمون قيمّيّ - و هو العبد - كان ضمانه بالقيمة، لقوله عليه السّلام: «يقوّم قيمة». هذا توضيح نظر الجواهر.

و ناقش المصنّف فيه بمنع دلالة صحيحة أبي و لاد و نصوص تحرير العبد المشترك على ضمان القيميّ بالقيمة. أمّا الصحيحة فلظهورها في ضمان القيميّ بالمثل لا بالقيمة، فإنّ كلمة «بغل» في قوله عليه السّلام: «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 فلاّن الأمر بتقويم العبد - المعتق بعضه - غير ظاهر في

(1) وسائل الشيعة، ج 16، ص 20، الباب 18 من أبواب كتاب العتق.

(2) المصدر، ص 21، الحديث 4

و لا بقوله عليه السّلام: «من أعتق شقّصا من عبد قوّم عليه» (1). بل الأخبار كثيرة (2).

ما نحن فيه من ضمان القيميّ بالقيمة، لاحتمال كون التقويم معاوضة شرعيّة قهرية، رعاية لحرية العبد المبعّض.

و المتحصل: أنّ صحيحة أبي ولّاد و أخبار تحرير بعض العبد غير وافية بإثبات المدّعى، و هو تعيّن القيمة في ضمان القيميّات.

(1) لم أظفر بهذا المتن في جوامع الأخبار من الوسائل وغيره، فلعلّ المصنّف نقله بالمعنى، أو اعتمد على ما رواه شيخ الطائفة مرسلًا عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم «1».

(2) يعني: أنّ الأخبار الكثيرة ظاهرة في ضمان القيميّ بالقيمة، و هي سليمة عن المناقشة، و معها لا حاجة إلى الصحيحة و نصوص العتق اللّتين استند إليهما صاحب الجواهر قدّس سرّه، مع ما فيهما من الخدشة كما عرفت آنفاً.

ثم إنّه لا بأس بالإشارة إلى نكتة، و هي: أنّ المصنّف قدّس سرّه ادّعى هنا كثرة الأخبار الدالّة على اعتبار القيمة في القيميّات، لقوله: «الأخبار المتفرّقة في كثير من القيميّات» و قوله: «بل الأخبار كثيرة». و هذا ربّما ينافي ما تبّه عليه في الأمر الرابع من جعل الأخبار المتكفّلة للضمان بالقيمة نادرة جدًّا، حيث قال هناك: «إلا ما شدّ و ندر». فإن كانت هذه الأخبار شاذّة لم يتّجه قوله هنا من: «أنّها كثيرة» و إن كانت كثيرة لم يتّجه رميها بالندرة و الشذوذ في التنبيه الرابع.

قلت: الظاهر عدم التنافي بين التعبيرين، فإنّ ندرتها تكون بالقياس إلى النصوص المشتملة على مادّة الضمان و التّغريم بصيغ عديدة في مطلق المضمونات.

سواء أكانت مثليّة أم قيميّة، و هي أزيد من مائة رواية قطعاً كما لا يخفى على المتتبع، و قد ادّعى المصنّف هناك انصراف إطلاقها إلى الأقرب إلى المضمون، و هو المثل ثم القيمة.

(1) الخلاف، ج 3، ص 396، المسألة: 2 من كتاب الغصب، و قريب منه بزيادة «وله مال» في عوالي اللّثالي، ج 3، ص 298، الحديث

بل قد عرفت (1) أنّ مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيميات هو ذلك (2) بحسب المتعارف [1].

إلا (3) أنّ المتيقّن [2] من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً.

وأمّا دعوى كثرة أخبار ضمان القيميّ فصحيحة أيضاً، لتحقق الكثرة بعشر روايات أو ما يقارب العشرة. ولا ريب في أنّ ما ورد فيه لفظ «الضمن أو القيمة» لا يقلّ عن هذا العدد، كما ذكرناها بمصادرها، فلاحظ.

(1) يعني: في الأمر الرابع، حيث قال: «إنّ القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفرّط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل .. ثم بعده قيمة التالف ..».

وهذا إشارة إلى دليل ثالث على اعتبار القيمة في المضمونات القيميّة، وتقريبه:

أنّ الأخبار المتفرقة المشتملة على مادّتي «الضمان والغرامة» لم يتعرّض فيها لكيفيّته مع كونها واردة في مقام البيان، فعدم تعرّض المتكلم لبيان الكيفيّة دليل على إحالتها على العرف، ومن المعلوم أنّهم يحكمون بأداء ما هو أقرب إلى التالف، فإن كان مثلياً تعيّن أداء المثل، وإن كان قيمياً تعيّن دفع القيمة.

وعليه فمناط هذا الوجه استفادة الحكم من الأدلّة العامّة في الضمانات، سواء أكان المضمون مثلياً أم قيمياً.

(2) خبر قوله: «ان مقتضى» والمشار إليه هو الضمان بالقيمة.

(3) استدراك على قوله: «بل قد عرفت أنّ مقتضى إطلاق» ورضه المناقشة في دلالة الطائفتين من الأخبار على ضمان القيميّ بالقيمة. أمّا الطائفة الأولى فسيأتي منع إطلاق دلالتها.

[1] بل مقتضى ما تقدّم هناك: أنّ القاعدة المستفادة من أدلّة الضمان هو الضمان بالمثل، لأنّه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات، فتشمل القيميات.

[2] هذا غير ظاهر، لعدم تفرقة العرف ظاهراً في القيميّ - بالمعنى المقابل للمثليّ - بين تيسّر المثل وتعذره، فإنّ المثليّ والقيميّ ماهيتان متباينتان، وتعذّر أفراد

وأما الطائفة الثانية- وهي إطلاقات الضمان- فيشكل الاستدلال بها على ضمان القيمي بالقيمة مطلقا حتى مع تيسر المثل العرفي للعين التالفة القيمية. وجه الاشكال: أن مناط الأخذ بالإطلاق المقامي هو عدم بيان كيفية خاصة، وإحالة الأمر إلى العرف في مقام البيان. ومن المعلوم توقف الإطلاق على عدم تعارف سيرتهم على أمر آخر. مع أنه لا ريب عندهم في كون المثل أقرب إلى التالف حتى في القيميّات. وعليه تختص الروايات المطلقة بما إذا تعدّر المثل، مع أن المدعى عام وهو ضمان القيمي بالقيمة سواء تيسر المثل أم تعدّر.

إحدهما في الخارج لا يوجب انتقال ما ثبت منهما في ذمّة إلى أخرى، ولا وجه لرفع اليد عن إطلاق ما دلّ على ضمان القيمي بالقيمة، الشامل لصورة تعدّر المثل كما صنعه المصنّف قدس سرّه.

وكيف كان فيحتمل- في مسألة ما لو كان التالف المبيع بالبيع الفاسد قيميّا- وجوه ثلاثة: أحدها: الضمان بالقيمة مطلقا. ثانيها: الضمان بالمثل كذلك. ثالثها: ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة.

وقد استدلل المصنّف قدس سرّه لزمانه بالقيمة بالإجماع والروايات المتفرقة في كثير من القيميّات، بحيث لا يكون للضامن والمضمون له التخلف عن الضمان بالقيمة.

لكن الظاهر عدم استفادة كيفية الضمان وخصوصياته من نفس أدلة الضمان، كقاعدتي اليد والإتلاف وقاعدة احترام مال المسلم، لعدم تعرّضها لخصوصيات الضمان. فمقتضى الإطلاق المقامي هو إيكال كيفية الضمان إلى العرف. وبعد انقسام الأموال إلى قسمين مثلي وقيمي وتباينهما ماهية يحكم العرف بضمّان كلّ منهما بالمثل، فالمثلي يضمن بالمثل، لأنّه المماثل له عرفا ماهية ومالية. والقيمي يضمن بالقيمة، لأنّها مثله عرفا.

وهذا الأمر العقلاني الارتكازي ممّا بنى عليه الشرع، لعدم تعرّضه لكيفية الضمان مع كونها محلّ ابتلاء النوع ليلا ونهارا. وهذا الإهمال دليل على إحالة كيفية الضمان إلى العرف.

نعم ربّما يستظهر بمعونة ترك الاستفصال من بعض الروايات لزوم الغرامة

بالقيمة في مطلق الضمانات، كموثّق إسحاق بن عمّار، قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الرجل يرهّن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك [فيهلكه] أعلى الرّجل أن يرد على صاحبه مأتي درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنا فيه فضل وضيّعه.

قلت: فهلك نصف الرّهن؟ قال: على حساب ذلك. قلت: فيترادّان الفضل؟ قال:

نعم» «1». فإنّه بسبب ترك الاستفصال ظاهر في أنّ الرّهن - سواء أكان مثلياً أم قيميّاً وسواء أكان المثل متعذراً أم لا، وسواء وجد للقيميّ مثل أم لا - إذا هلك بالتفريط فهو مضمون بالقيمة، لكون سقوط مائة درهم دليلاً على أنّ الضمان بالقيمة، وإلا فلا وجه للسقوط. كما أنّ لزوم تأدية مأتي درهم دليل على أنّ الدراهم على عهدته في المثليّ و القيميّ مطلقاً.

ونحوه غيره من الروايات المذكورة في الباب المذكور الدالّة على أنّ التالف مضمون بالقيمة مطلقاً وإن كان مثليّاً، لأنّ معنى ترادّ الفضل أنّه إن كان الرّهن زائداً على الدين سقط من الضمان بمقدار الدين، وأخذ الراهن فضله. وإن كان الرّهن ناقصاً عن الدين سقط من الدين بمقداره، وأخذ المرتهن البقيّة.

ولا معنى للسقوط والتهاثر إلا الضمان بالقيمة، إذ لو كان العهدة مشغولة بالمثل أو العين لم يكن وجه للتهاثر، بل لا بدّ في المثليّ من أداء المثل، وفي القيميّ تبقى العين على العهدة إلى زمان الأداء، فالتهاثر القهريّ لا وجه له إلا مع الضمان بالقيمة.

مضافاً إلى: تصريح الروايات بالسقوط القهريّ، ففي صحيحة أبي حمزة، قال:

«سألت أبا جعفر عليه السّلام عن قول عليّ عليه السّلام: يترادّان الفضل؟ فقال: كان عليّ عليه السّلام يقول ذلك. قلت: كيف يترادّان الفضل؟ فقال: إن كان الرّهن أفضل ممّا رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه. وإن كان لا يسوى ردّ الراهن ما نقص من حق المرتهن.

قال: وكذلك قول عليّ عليه السّلام في الحيوان وغير ذلك» «2».

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من أحكام الرهن، الحديث 2

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من كتاب الرهن، الحديث 1

وقريب منه صحيحة محمد بن قيس «1» وغيرها من الروايات الدالة على كون الضمان بالقيمة.

وتدلّ عليه أيضا روايات متفرقة، كمؤثقة السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليهم السلام: «أنه قضى في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت الدار، واحترق أهلها، واحترق متاعهم؟ قال: يغرم قيمة الدار وما فيها ثم يقتل» «2» فإنّ تغريمه قيمة الدار وما فيها من المتاع ولو كان مثلًا ظاهر في كون الضمان مطلقًا بالقيمة.

إلا أن يقال: إنّ «ما فيها» معطوف على القيمة، فيكون المراد حينئذ أنه يغرم قيمة الدار، ويغرم ما فيها، من دون تعرّض للقيمة وغيرها. لكنّه خلاف الظاهر، فتبعد إرادته بلا قرينة.

كبعد احتمال أنّ متاع الدار في مورد قضاء أمير المؤمنين «عليه الصلاة والسلام» كان قيمًا لا يوجد مثله، لأنّ ظاهره أنّ ذلك من قضايا الكليّة، لا أنّه قضية خارجية.

ولو سلّم ذلك كانت حكاية أبي عبد الله عليه السلام كافية في إفادة الحكم، لبعد كونه عليه السلام ناقلًا للتاريخ. فلو كان متاع البيت قيمًا و كان حكم المثلي غير القيمي كان عليه بيان خصوصيّة الواقعة الدخيلة في الحكم.

وعلى كل حال يستفاد منها قاعدة كليّة، وهي: أنّ إتلاف مال الغير موجب لضمان القيمة.

ومؤثقة سماعة، قال: «سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه، فقال:

هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه، لأنّه أفسده على أصحابه» «3». فإنّ موردها القيميّ والتعليل بالإفساد يدلّ على عليّة كلّ إفساد للضمان

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 129، الباب 7 من كتاب الرهن، الحديث: 4

(2) وسائل الشيعة، ج 19، ص 210، الباب 41 من أبواب موجبات الضمان، الحديث: 1

(3) وسائل الشيعة، ج 16، ص 22، الباب 18 من كتاب العتق، الحديث 5

وإن لم يكن عتقا. ويمكن أن تكون هذه الموثقة من أدلة قاعدة الإتلاف.

وصحيحة أبي ولاد الآتية التي موردها القيمي أيضا.

وبالجملة: فالروايات الدالة على الضمان بالقيمة على طائفتين:

إحدهما: ما وردت في ضمان خصوص القيميات بالقيمة كالعبد والجارية.

ثانيتها: ما وردت في المضمون مطلقا سواء أكان مثليا أم قيميا كالرهن التالف و احتراق ما في الدار و غلة الأرض، وغير ذلك مما يقتضي الإطلاق كون التالف المضمون بالقيمة مثليا أو قيميا.

و الظاهر عدم التنافي بينهما، لأن ما دلّ على الضمان بالقيمة في القيميات لا تنفي ضمان المثليات بها حتى يجب حمل المطلق - وهو ما دلّ على الضمان بالقيمة مطلقا وإن كان المضمون مثليا - على المقيد، ليكون مقتضى الحمل اختصاص ضمان القيمة بالقيميات.

فالمتحصل: أن مقتضى الروايات ضمان الأشياء مطلقا - وإن كانت مثلية - بالقيمة.

ولا بدّ في الخروج عن إطلاقها من دليل على التقييد. وقد ادّعي أنه الإجماع على ضمان المثلي بالمثل. قال في الجواهر: «أنه من قطعيات الفقه» (1). وعن غاية المراد «أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بالمثل، إلا ما يظهر من ابن الجنيد» لكنه أول كلامه أيضا.

و الحق أن يقال: إن القدر المتيقن من الإجماع على ضمان المثلي بالمثل هو صورة وجود المثل دون نادر الوجود و متعذرة، فإنّ إطلاقات ضمان القيمة محكمة في غير المتيقن، وهو وجود المثل، لأنه مقتضى مرجعية العام في المخصص المجمل.

و الحاصل: أن الإجماع لما كان لبيبا فلا بدّ في تخصيصه من الأخذ بالمتيقن منه وهو وجود المثل، دون نادرة و متعذرة. وعلى هذا فالروايات وافية بكيفية الضمان، فلو كان بناء العرف على غير تلك الكيفية كان الروايات رادعة عنها.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 85

(1) غرضه المناقشة في دلالة عدّة من الأخبار الواردة في ضمان القيميّات، كما ناقش في إطلاقات الضمان. و حاصلها: أنّ المدعى عامّ، و هو: ضمان كلّ قيميّ بالقيمة كضمان المثليّ بمثله، مع أنّه يمكن منع إطلاق بعض الأخبار لحالة وجود مماثل عرفيّ للقيميّ المضمون، ففي صحيحة أبي ولّاد: «قيمة بغل يوم خالفته». إذ من المحتمل كون الثابت في ذمّة الضامن بغلا غير معيّن، وإنّما تعطى القيمة بدلا عنه، لا بدلا عن نفس البغل التالف أو المتلف. و لا سبيل لاستفادة ضمان قيمة البغل التالف حتى مع وجود بغل مماثل له في الصفات و الماليّة.

و كذا يمكن أن يكون تقويم العبد- و أداء قيمة ما بقي منه غير محرّر- لأجل

فتلخص من جميع ما ذكر أنّ القيميّات مطلقا مضمونة بالقيمة، و المثليّات أيضا مضمونة بالقيمة، إلا إذا كان المثل موجودا بوجود غير عزيز. و أمّا مع عزة وجوده فضلا عن فقدانه فضمانه بالقيمة أيضا.

و من هنا يظهر أنّ ما أفيد في مباحث تعدّر المثل- سواء أ كان التعدّر بدويّا أم طارئًا- لا بدّ من تطبيقها على ما بيّناه هنا، بأن يقال: إنّ التعدّر مطلقا يوجب الانقلاب إلى القيمة، أخذًا بإطلاق ما دلّ على الضمان بالقيمة و إن كان مثليّا، و اقتصارا على المتيقّن من الإجماع، و هو ضمان المثليّ بالمثل إذا كان موجودا، دون ما إذا كان مفقودا أو عزيز الوجود. فالمثل بمجرد فقدانه أو عزة وجوده ينتقل ضمانه إلى القيمة، هذا.

و أمّا الروايات الدالّة على الضمان بالمثل في القيميّ فهي مختصّة بالقرض، و لا ربط لها بما نحن فيه.

مضافا 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 (1) تعذّر المثل كما هو الغالب (2).

فالمرجع (3) في وجوب القيمة في القيميّ وإن فرض تيسّر المثل له- كما (4) في من أتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلك العبد بعينه.

تعذّر المثل، بحيث لو تيسّر عبد مماثل للمعتق مالية و صفة يحلّ محلّه كان مقدّما على دفع القيمة، فتأمل.

و الحاصل: أنّ الإطلاقات المختصّة بالقيميّات تنقسم إلى طائفتين، فما كان منها متكفّلا لضمان قيمة العبد و البغل أمكن انصرافها إلى صورة تعذّر المثل كما هو الغالب في العبد و البغل. فلا يكفي أداء القيمة مع تيسّر المثل. و ما كان منها متكفّلا لضمان قيمة سائر الأمتعة يمكن إطلاقها لحالتي تيسّر المماثل و تعذّره.

(1) متعلق ب «لانصراف».

(2) يعني: أنّ الغالب في بعض القيميّات تعذّر المثل العرفيّ.

(3) غرضه أنّه- بعد انصراف إطلاقات أدلّة ضمان القيميّ بالقيمة إلى صورة تعذّر المثل، و عدم شمولها لصورة تيسّر المثل- لا بدّ من القول، بضمان القيميّ بالمثل مع وجوده، مع أنّهم لم يلتزموا به، بل التزموا بالقيمة حتى مع تيسّر المثل، فدلّيلهم على الضمان بالقيمة في القيميّ مطلقا و لو مع وجود المثل هو الإجماع.

(4) ذكر المصنّف قدّس سرّه مثالين لتيسّر المثل، أحدهما: أن يبيع شخص عبدا كليّا موصوفا بصفات تميّزه عمّن سواه بثمان معيّن، و أتلف المشتري على البائع عبدا مملوكا له بصفات العبد المبيع- قبل أن يسلمه البائع منه- فإنّهم لم يحكموا بالتهاتر و تساقط ما في ذمّتي البائع و المشتري، بل قالوا باستقرار المبيع في ذمّة البائع، و بضمان المشتري قيمة العبد الذي أتلفه على البائع. و هذا الحكم شاهد على ضمان القيميّ بالقيمة، سواء تيسّر المثل أم تعذّر.

ثانيهما: مثال الكرباس، فإنّ الأذرع منه متماثلة، و لكن يجب دفع قيمة الذراع المتلف، لا مثله.

و كما لو أتلف عليه ذراعا من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في أجزائه أصلا- هو الإجماع (1) كما يستظهر.

و على تقديره (2) ففي شموله لصيرورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل.

خصوصا (3) مع الاستدلال عليه (4) كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ بِنَاء (5) على أنّ القيمة مماثل للتالف في المائيّة فإنّ (6) ظاهر ذلك جعلها (7) من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل.

(1) خبر قوله: «فالمرجع».

(2) يعني: و على تقدير تحقّق الإجماع، و غرضه المناقشة في شمول الإجماع- على فرض ثبوته- للمثل الموجود المماثل للتالف القيميّ من جميع الجهات، فالإجماع على ثبوت القيمة في هذه الصورة غير ثابت، لأنّه دليل لبيّ، و المتيقّن منه غير هذه الصورة.

(3) وجه الخصوصية ظهور الآية الشريفة في تعيين المماثل للتالف من جميع الجهات و إن كان التالف قيميّا، إلا إذا تعذر المثل، فإنّ القيمة حينئذ مما يعدّ مماثلا للتالف.

(4) أي: على وجوب القيمة في القيميّ، و قد تقدّم في (ص 339) نقل استدلال شيخ الطائفة قدّس سرّه بالآية الشريفة على كلّ من وجوب المثل في المثليّ، و القيمة في القيميّ، فراجع.

(5) هذا البناء هو استدلال شيخ الطائفة، و ليس أمرا آخر، إذ لو لم تكن القيمة مماثلة للتالف كانت الآية الشريفة أجنبيّة عن المدعى. و عليه فالاستدلال بها منوط بالتوسعة في المماثلة كما تقدّم مشروحا في (ص 339).

(6) تعليل لقوله: «خصوصا» و قوله: «ذلك» إشارة إلى «الاستدلال».

(7) أي: جعل القيمة من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل، فتكون المماثلة في المائيّة.

و كيف كان (1) فقد حكي الخلاف في ذلك عن الإسكافي (2)، و عن الشيخ و المحقق في الخلاف و الشرائع في باب القرض (3).

فإن أرادوا ذلك (4) مطلقا

(1) أي: سواء أ كان مقتضى إطلاقات ضمان القيميات ضمانها بالقيمة مطلقا سواء تيسر المثل أم تعذر، أم كان مقيدا بتعذر المثل، فقد حكي .. إلخ.

و غرضه من هذا الكلام الخدشة في الإجماع بمخالفة ابن الجنيدي في مطلق المضمون، و مخالفة شيخ الطائفة و المحقق في خصوص باب القرض. و هل تقدر هذه المخالفة في تحقق الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة أم لا؟ سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

(2) أمّا أبو علي فقد تقدّم كلامه في أوّل الأمر السادس، فراجع (ص 295) و أمّا الشيخ و المحقق فيظهر منهما في باب القرض ثبوت نفس مثل العين المقترضة في ذمّة المديون، قال في الخلاف: «إذا لم يجد مال القرض بعينه و جب عليه مثله، و عليه أكثر أصحاب الشافعي .. دليلنا: أنّه إذا قضى مثله برئت ذمّته، و إذا ردّ قيمته لم يدلّ دليل على براءتها. و أيضا: فالذي أخذه عين مخصوصة، فمن نقل إلى قيمتها فعليه الدلالة» (1).

و قال في الشرائع: «و ما ليس كذلك - أي مثليا - يثبت في الذمّة قيمته وقت التسليم. و لو قيل يثبت مثله أيضا كان حسنا» (2).

(3) و أمّا في باب الغصب فوافقا المشهور من التفصيل بين المثلي و القيمي.

(4) أي فإن أرادوا وجوب المثل في القيميات. ناقش المصنّف قدّس سرّه في القول بضمان القيمي بالمثل بعدم خلّوه من شقين ممنوعين.

توضيحه: أنّ القائلين بوجوب المثل في القيمي إن أرادوا ذلك مطلقا سواء تيسر المثل أم تعذر، ففيه: أنّه مردود بإطلاقات روايات ضمان القيميات بالقيم في

(1) الخلاف، ج 3، ص 175، رقم المسألة: 287

(2) شرائع الإسلام، ج 2، ص 68

موارد كثيرة، كصححة أبي ولاد الآتية، وروايات تقويم العبد المشترك الذي أعتق بعض مواليه شقصه، وروايات سقوط الدين بتلف الرهن، المتقدمة في (ص 338) وروايات متفرقة أخرى وردت في ضمان القيميات. ولم يقيد وجوب أداء القيمة فيها بتعذر المثل حتى يستكشف منها أن العين التالفة تضمن بالمثل سواء أكانت مثلية أم قيمية كي يكون أداء القيمة- في القيميات- بدلا عما اشتغلت به الذمة وهو المثل. وعليه فمقتضى أصالة الإطلاق ضمان القيمي بالقيمة، وأنها بدل عن العين المضمونة، وليست بدلا عن المثل.

وإن أرادوا من ضمان القيمي بالمثل ضمانه عند تيسر المثل - لا مطلقا- لم يكن ذلك بعيدا، لوجهين:

أحدهما: ظهور آية الاعتداء في اعتبار المماثلة بين التالف وبدله، و من المعلوم أن المماثل للتالف القيمي هو المثل العرفي لا القيمة، فمع تيسره يتعين في البدلية عن المضمون.

ثانيهما: قاعدة نفي الضرر الجارية في حق المالك، وذلك لأن الجهات النوعية دخيلة في الضمان، لتحقق المماثلة فيها، دون الجهات المالية المعرأة عن الصفات النوعية، لعدم تحقق المماثلة حينئذ بين التالف وبدله. فمع تيسر المثل يتضرر المالك بقبول القيمة، لفقدان الصفات النوعية، فإن الحنطة- في الغرامات- بدل الحنطة التالفة المضمونة، دون القيمة، فخصوصية الحنطية مثلا يتضرر المالك بفقدانها. و عليه فيلزم رد المثل في القيميات مع الإمكان.

هذا ما يقتضيه الوجهان. لكن المانع من القول بوجوب المثل المتيسر- في ضمان القيميات- هو عدم القول بالفصل، لأنهم بين قائل بضمان القيمي بالقيمة مطلقا- كما هو المشهور- سواء وجد المماثل العرفي أم لا، وبين قائل بضمانه بالمثل مطلقا، كما يظهر من شيخ الطائفة وغيره في باب القرض، بلا فرق- أيضا- بين تيسر المثل

حتّى (1) مع تعذّر المثل، فتكون (2) القيمة عندهم بدلا عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة (3) يوم دفعها- كما ذكروا ذلك (4) احتمالا في مسألة تعيّن القيمة (5) متفرعا على هذا القول (6)- فيردّه (7) إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة.

وتعذّره، ولم يقولوا ببدليّة القيمة عن المثل في صورة التعذّر حتى يستكشف منه الطولية، ويكون القيمة بدلا عمّا هو بدل التالف.

والحاصل: أنّ ما ذهب إليه شيخ الطائفة والمحقق في باب القرض - من ترجيح ضمان القيميّ بالمثل - لا سبيل للأخذ به في القرض، فضلا عن القول به في المعصوب والمقبوض بالبيع الفاسد.

(1) بيان للإطلاق.

(2) هذا متفرع على اشتغال الدّمة أوّلا بالمثل، فيكون هو بدل التالف، ولو تعذّر كانت القيمة بدل المثل لا بدل التالف.

(3) يعني: إذا كان وجوب دفع القيمة مترتبا على تعذّر المثل ترتب عليه وجوب دفع قيمة يوم الأداء، لا يوم التلف، ولا يوم تعذّر المثل، ولا أعلى القيم، ولا غير ذلك.

ووجه احتمال قيمة يوم الدفع هو: أنّ المثل ثابت في الدّمة إلى وقت الأداء، فقيمة يوم الدفع هي ثمن المثل المنتقل إلى القيمة.

(4) أي: وجوب قيمة يوم الدفع.

(5) يعني: المسألة التي وقع فيها البحث عن أنّ الواجب هل هو قيمة يوم القبض أو يوم التلف أو أعلى القيم أو غير ذلك؟ مما سيأتي التعرّض له قريبا.

(6) أي: أنّ القول باعتبار قيمة يوم الدفع متفرّع على القول بضمان القيميّ بالمثل مطلقا ولو مع تعذّره، فإنّ مقتضاه حينئذ قيمة يوم الدفع، كما عرفت آنفا.

(7) جواب الشرط في قوله: «فإن أرادوا ذلك» وهذا إشارة إلى أول الشّقّين، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «ففيه أنه مردود بإطلاقات روايات ضمان القيميّات...».

منها: صحيحة أبي ولاد الآتية (1).

و منها: رواية تقويم العبد.

و منها: ما دلّ على «أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك» فلولا (2) ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

و منها: غير ذلك من الأخبار الكثيرة (3) [1].

(1) لقوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته» الظاهر في اعتبار قيمة البغل سواء وجد بغل مماثل للبغل الذي اكتراه أبو ولاد، أم لم يوجد. وهكذا حال الإطلاق في روايات عتق العبد.

(2) هذا تقريب دلالة أخبار تلف العين المرهونة على ضمان القيمي بالقيمة، لا بالمثل. و محصّله: أنّ العين المرهونة لو كانت مضمونة بالمثل لم يكن وجه للحكم بسقوط ما يساويه من الدين، بل كان المرتهن ضامنا للمثل، و كان الدين - بتمامه - باقيا على عهدة الراهن، و لا تهاتر في البين. مع أنّ الامام عليه السلام حكم بسقوط المقدار المساوي للدين عن ذمة المديون، و لم يفصل بين تيسر مثل الرهن و تعذره. و هذا كاشف عن ضمان القيمي بالقيمة مطلقا سواء تيسر المماثل العرفي أم تعذر.

(3) يعني: من الأخبار المتفرقة في أبواب العارية و الوديعة و الإجارة و اللقطة

[1] كرواية السفارة المطروحة في الطريق التي تقدمت في (ص 338). 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 بالتيمّن بذكر بعضها.

فمنها: معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في رجل أعار جارية، فهلكت من عنده ولم يبغها غائلة، فقضى أن لا يغرّمها المعار.

و لا يغرّم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبغها غائلة» (1).

بتقريب: أنّ الجارية و الدابة قيميتان، و هما مضمونتان بالتعدّي عليهما، و لم يقيد عليه السّلام الضمان بالقيمة بتعدّر المثل. فاللازم الحكم بضمانها مطلقا.

و منها: ما رواه عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السّلام، قال: «سألته عن رجل استأجر دابة فأعطها غيره، فنفتت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها. وإن لم يسمّ فليس عليه شيء» (2). و قد أطلق عليه السّلام الضمان، مع أنّ المضمون قيميّ، و لم يقيد اشتغال الدّقة بالقيمة بتعدّر المثل.

و منها: ما ورد في ضمان الغسّال و الصّبّاغ و القصّار و الصّانغ و البيطار و الدّلال و نحوهم، مع أنّ ما بأيديهم من الأعيان المضمونة قيميات غالبا، كمعتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «سئل عن القصّار يفسد؟ فقال: كلّ أجير يعطى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن» (3).

و منها: ما ورد في ضمان الجمّال و الحّمّال و المكاري و المّالّح و نحوهم إذا فرّطوا أو كانوا متّهمين و لم يحلفوا، أو شرط عليهم الضمان، مثل ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: «في الجمّال يكسر الذي يحمل أو يهريقه؟ قال: إن كان مأمونا فليس

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 237، الباب 1 من كتاب العارية، الحديث 9، و نحوه سائر أحاديث الباب.

(2) وسائل الشيعة، ج 13، ص 255، الباب 16 من أحكام الإجارة، الحديث: 1، و نحوه الحديث:

2، 3، 4 و 6 من الباب 17، ص 257 و 258

(3) المصدر، ص 271، الباب 29 من أحكام الإجارة، الحديث 1 و نحوه كثير من روايات الباب البالغة عشرين حديثا.

وإن أرادوا (1) أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن (2) بعيدا، نظرا إلى ظاهر آية الاعتداء ونفي الضرر، لأن (3) خصوصيات الحقائق قد تقصد.

اللهم (4) إلا أن يتحقق إجماع على خلافه

عليه شيء. وإن كان غير مأمون فهو ضامن» (1).

ومنها: ما ورد في ضمان اللقطة، كرواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام: «سألته عن الرجل يصيب اللقطة، دراهم أو ثوبا أو دابة، كيف يصنع؟

قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها إيّاه، وإن مات أوصى بها. فإن أصابها شيء فهو ضامن» (2).

فقد أطلق الحكم بالضمان، مع أنّ اللقطة قد تكون قيمية كالدابة والثوب، ولم يقيد ضمان القيمة بإعواز المماثل للتالف.

ومنها: غير ذلك مما لا يخفى على المتتبع.

(1) معطوف على قوله: «فإن أرادوا ذلك مطلقا» وهذا هو الشق الثاني من المنفصلة، وقد تقدّم توضيحه بقولنا: «وإن أرادوا من ضمان القيميّ بالمثل ضمانه عند تيسر المثل..» راجع (ص 470).

(2) جواب الشرط في قوله: «وإن أرادوا» وظاهره وإن كان تسليم كلام شيخ الطائفة والإسكافي والمحقق، لكنّه سيأتي منعه بقوله: «اللهم إلا أن يتحقق إجماع على خلافه».

(3) تعليل للضرر، وقد أوضحناه بقولنا: «وذلك لأن الجهات النوعية دخيلة في الضمان.. إلخ» راجع (ص 470).

(4) هذا منع قوله: «لم يكن بعيدا» وغرضه دفع دخل خصوصيات الحقائق في الغرامة، وحاصل الدفع: أنّه إذا قام إجماع على عدم دخل تلك الخصوصيات في

(1) وسائل الشيعة، ج 13، ص 276، الباب 30 من أحكام الإجارة، الحديث 7. ونحوه كثير من روايات الباب.

(2) وسائل الشيعة، ج 17، ص 352، الباب 2 من أبواب اللقطة، الحديث 13. ونحوه الحديث 14

ولو (1) من جهة أنّ ظاهر كلمات هؤلاء (2) إطلاق القول بضمان المثل، فيكون الفصل بين التيسر وعدمه (3) قولاً ثالثاً في المسألة.

[الأقوال في القيمة المعتمدة في ضمان القيمي]

[أ: اعتبار قيمة يوم التلف]

ثمّ إنّهم (4) اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد، فالمحكّي في

الضمان لم يجب حينئذ مراعاتها.

(1) يعني: ولو كان طريق استكشاف الإجماع - على عدم دخل خصوصيات الحقائق في الضمان - إطلاق كلمات الإسكافي والشيخ و المحقّق قدس سرّهم. والمراد من إطلاق قولهم بضمان المثل هو الإطلاق الشامل لصورة تعدّد المثل وتيسره.

(2) وهم الإسكافي والشيخ و المحقّق.

(3) يعني: فيكون الفصل - بضمان المثل في الأوّل و القيمة في الثاني - قولاً ثالثاً خارقاً للإجماع على ضمان القيمي بالقيمة، من غير فرق بين تيسر المثل وتعدّره.

هذا تمام الكلام في المقام الأوّل، وهو إثبات ضمان القيمي بالقيمة لا بالمثل. وسيأتي الكلام في المقام الثاني.

الأقوال في القيمة المعتمدة في ضمان القيمي أ: اعتبار قيمة يوم التلف

(4) هذا شروع في المقام الثاني، وهو 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 المحكّي عن جماعة هو اعتبار قيمة يوم تلف العين، لأنّ الواجب ردّ العين، وإنّما تحقّق الانتقال إلى القيمة بالتلف، فيوم التلف يوم اشتغال الدّمة بالقيمة [1].

[1] و القول بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، لأنّه كالغاصب المأخوذ بأشقّ الأحوال، ولأنّ العين مضمونة في جميع الأوقات السالفة، و مقتضى الاشتغال لزوم

الخروج عن العهدة. نسب هذا القول إلى ابن إدريس.

وقول بضمانه بقيمته يوم قبضه، اختاره في الشرائع، وربما نسب إلى الأكثر، لأنه زمان تعلق الخطاب بالخروج عن العهدة، و لصحيحة أبي ولاد الآتية، بعد وضوح عدم الفرق بين موردها وبين المقبوض بالعقد الفاسد.

وقول 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. واعتبر قيمة العين يوم التلف.

وهذا منسوب إلى الشهيد في المسالك. ووجهه: أنه لا بدّ أن يكون المضمون أمرا متصّلا، وليس ذلك إلا الزيادة العينية، وأمّا مجرد الزيادة السوقية فهو أمر اعتباري لا يضمن. مضافا إلى دلالة خبر البغل عليه (1).

وقول بضمان قيمة يوم الأداء، وهو الذي اختاره السيد في حاشيته، بدعوى: أن نفس العين باقية في العهدة، ويجب الخروج عنها، لكن لما لم يمكن ردّها نفسها وجب دفع عوضها، فهي بنفسها باقية في العهدة إلى زمان الأداء، فالعبرة في القيمة إنّما هي بيوم الأداء.

هذه عمدة الأقوال في المسألة و مبانيها.

وقبل الخوض في تحقيق ما ينبغي الاعتماد عليه من الأقوال لا بأس بتأسيس الأصل في المسألة حتى يكون هو المرجع إذا لم نستفد من الأدلة شيئا، فنقول:

إنّه قد يقال: إنّ قاعدة الاشتغال تقتضي وجوب أعلى القيم من زمان القبض إلى زمان الأداء، فلا بدّ من دفع أعلى القيم، لتوقف يقين الفراغ عليه.

لكن الحقّ أنّ المقام من مجاري أصالة البراءة، لكون الشكّ بين الأقلّ والأكثر الاستقلاليين.

(1) مسالك الافهام، ج 12، ص 187

غاية المراد (1) عن الشيخين و أتباعهما تعين قيمة يوم التلف. و عن الدروس و الروضة نسبه إلى الأكثر.

و الوجه فيه على ما تبّه عليه جماعة منهم العلامة في التحرير: «أنّ الانتقال إلى البدل إنّما هو يوم التلف، إذ الواجب قبله هو ردّ العين» (1).

وربّما يورد عليه (2): أنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، أمّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا.

(1) قال الشهيد قدّس سرّه فيه: «و أمّا الضّمان بالقيمة يوم التلف فلأنّ الواجب العين، و إنّما 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» (2).

و نسبه في الدروس (3) إلى الأكثر. و نقله عنه الشهيد الثاني في الروضة، و هو مذهب ابن البرّاج و العلامة في المختلف كما في المسالك (4).

و لكن في كونه اختيار الأكثر تأمّلا، لمعارضته بما أفاده المحقّق من جعل قول الأكثر ضمان قيمة يوم الغصب، فراجع (5).

كما أنّ ما نسب إلى شيخ الطائفة قدّس سرّه لا يخلو من شيء، إذ في موضع من المبسوط (6) و الخلاف ضمان أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، و استحسّنه المحقّق.

(2) حاصل الإيراد على كلام العلامة قدّس سرّه هو: أنّ يوم التلف و إن كان يوم انتقال ضمان العين إلى ضمان قيمتها، و لكنّ مجرد هذا الانتقال غير كاف في تعيين قيمة

(1) تحرير الاحكام، ج 2، ص 139

(2) غاية المراد، ص 86، السطر 17

(3) الدروس الشرعية، ج 3، ص 113؛ الروضة البهية، ج 7، ص 41

(4) مسالك الأفهام، ج 12، ص 186

(5) شرائع الإسلام، ج 3، ص 240

(6) المبسوط، ج 3، ص 72 و 75؛ الخلاف، ج 3، ص 493، المسألة 9؛ شرائع الإسلام، ج 3، ص 240

و يدفع (1) بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه كونه في عهده، و معنى ذلك (2) وجوب تداركه (3) ببدله عند التلف حتّى يكون عند التلف كأنّه

وقت التلف، إذ ربّما يجب أداء أعلى القيم من يوم الغصب إلى التلف. و عليه فلا بدّ من التماس دليل آخر على تعيين قيمة وقت التلف.

و لا يخفى عليك أنّه لم أظفر بمن أورد- بهذا الإيراد- على القول بضمان قيمة يوم التلف. نعم أورد به المحقّق و الشهيد الثانيان وغيرهما على القول بضمان قيمة يوم الغصب «من أنّه أوّل وقت دخول العين في ضمان الغاصب» فأوردوا عليه: «بأنّ معنى ضمان العين حينئذ هو أنّها لو تلفت وجب بدلها و هو القيمة، لا بمعنى وجوب قيمتها و العين باقية ..» (1).

و هذا الاشكال يمكن تقريره بالنسبة إلى القول بضمان قيمة يوم التلف، فيقال:

إنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، و أمّا ضمان خصوص قيمة هذا اليوم فغير لازم.

(1) حاصل هذا الدفع: أنّ استدلال العلامة قدّس سرّه سليم عن الإيراد المتقدّم، و ذلك لأنّ وضع اليد على مال الغير يوجب ضمانه أي دخوله في عهده، و يجب عليه ردّه إلى مالكه ما دام موجودا، و يجب تداركه ببدله برّد قيمته- لكونه قيميا حسب الفرض- إذا تلف، بحيث تسدّ القيمة مسدّد نفس العين التالفة، فكأنّها لم تتلف و لم تردّ خسارة على المالك أصلا. و من المعلوم أنّ جبران خسارة المالك يكون بأداء قيمة يوم التلف، لكون هذه القيمة مساوية في المائيّة 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 قدّس سرّه ما أفيد، هذا.

(2) أي: و معنى كون العين في عهدة الضامن وجوب تداركه .. إلخ.

(3) الضمائر في «تداركه، ببدله، كأنّه، له، مقامه» و المستتر في «يكون، يتلف» راجعة إلى «العين» فالأولى تأنيثها.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 246؛ مسالك الأفهام، ج 12، ص 185 و 186؛ جواهر الكلام، ج 37، ص 101

ص: 478

لم يتلف (1). و تداركه (2) على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه.

و ممّا ذكرنا (3) ظهر أنّ الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك (4) مثلاً فبدليل خارج.

نعم (5) لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام من «دعوى الاتّفاق على كون

(1) في جبرانه من حيث الماليّة، و الجابر هو المال حين تلف العين.

(2) هذا كالصغرى لكبرى الضمان، فكأنّه قال: الضمان كليّة هو الجبران، فكأنّه لم يتلف شيء على المالك. و الجبران يتحقّق بأداء مال معادل في الماليّة للعين التالفة قائم مقامها. و النتيجة تعيّن قيمة وقت التلف.

(3) يعني: من وجوب تدارك التالف- و كون هذا معنى الضمان- ظهر... و غرضه تأسيس قاعدة كليّة في ضمان القيميّ في كافّة الموارد، سواء أ كان موجب الضمان غصباً أم قبضاً بعقد فاسد أم قبضاً بالسّوم، أم عارية مشروطة بالضمان، أم ودیعة كذلك، أم غير ذلك من أسباب الضمان. ففي جميعها ينبغي تدارك العين القيميّة بقيمتها وقت التلف، لأنّه وقت انتقال الضمان من العين إلى القيمة.

و لو نهض دليل على ضمان المغصوب بقيمته يوم الغصب كان تخصيصاً في أصالة الضمان بقيمة يوم التلف، و لا- مانع من هذا التخصيص، و لكنه لا يلحقه سائر موارد الضمان، إلّا إذا تمّ إجماع ابن إدريس قدّس سرّه على اتّحاد المبيع بالبيع الفاسد مع الغصب في الأحكام عدا الإثم في الإمساك، فإنّه يقتضي ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بقيمة يوم الغصب لو ثبت ضمان المغصوب به.

(4) أي: من الأصل المقتضي لضمان التالف- كليّة- بقيمة يوم التلف.

(5) استدراك على الأصل الذي قرّره بقوله: «و ممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل» و غرضه إخراج المبيع بالبيع الفاسد عن الأصل المزبور، و إلحاقه بالمغصوب في كونه مضموناً بقيمة يوم القبض، لا يوم التلف.

المبيع فاسدا بمنزلة المغصوب إلا في ارتفاع الإثم» ألحقناه (1) بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل (2).

بل (3) يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآتية كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ (4) يلزم حينئذ أن يكون المغصوب- عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب- غير واجب التدارك عند التلف، لما (5) ذكرنا من أن معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك.

(1) أي: ألحقنا المبيع فاسدا بالمغصوب، وضمير «فيه» راجع إلى المغصوب.

(2) المقتضي للضمان بقيمة يوم التلف.

(3) غرضه إلحاق المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب مع الغصّ عن الإجماع الذي ادّعاه الحلّي على كون المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب، فيكون استدراكا عن قوله: «نعم لو تمّ ما تقدّم .. إلخ» واصله: أنّ مفاد الإجماع إلحاق خصوص المبيع فاسدا- 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 حالا- من غيره في هذا الفرض، وهو زيادة قيمته يوم التلف على قيمته يوم الغصب، وهو 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.

(4) تعليل للكشف المزبور، واصله: لزوم التالي الفاسد، وهو كون الغاصب أحسن حالا من غيره.

(5) علة لقوله: «يلزم» وبيان لوجه اللزوم، يعني: يترتب اللازم الباطل المزبور

نعم (1) لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد (2) على مقتضى التدارك مؤاخذاً له بأشق الأحوال.

ب: ضمان القيمي بقيمة يوم الضمان]

إشارة

فالمهم حينئذ (3) صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد، إمّا لما ادّعاه الحلّي (4)، وإمّا لكشف الصحيحة عن معنى التدارك والغرامة في المضمونات (5)، وكون العمدة في جميعها بيوم الضمان كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد.

على كون ما ذكر من معنى التدارك.

(1) استدراك على وجوب التدارك بقيمة يوم التلف. و حاصله: أنه لو فرضنا دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم - كما استفاده الشهيد الثاني قدس سرّه - اختص ذلك بالغصب، لكون الغاصب مأخوذاً بأشق الأحوال.

(2) 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 الضمّناء.

(3) أي: حين تفاوت مقتضى الأصل في باب الضمان بتفاوت الاستظهار من الصحيحة.

(4) من إجماع المحصّلين على كون المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب إلا في ارتفاع الإثم على إمساكه.

ب: ضمان القيمي بقيمة يوم الضمان

(5) سواء أكان موجب الضمان هو الغصب أم القبض بالبيع الفاسد أم العارية المشروطة أم اللقطة أم غيرها.

و حیث (1) إنَّ الصَّحیحة مشتملة على أحكام كثيرة وفوائد خطيرة (2) فلا بأس بذكرها جميعا (3)، وإن كان الغرض متعلِّقا ببعضها.

فروى الشيخ في الصحیح (4) عن أبي ولاد، قال: «اكتريت بغلا الى قصر بني هبيرة (5) ذاهبا و جائيا بكذا و كذا، و خرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبّرت أنّ صاحبي توجه إلى النيل (6)، فتوجّهت نحو النيل،

الاستدلال بصحیحة أبي ولاد على اعتبار قيمة يوم الضمان

(1) غرضه من هذه الجملة توجيه نقل جميع الصحیحة، مع أنّ محلّ الاستدلال بها على ضمان يوم التلف أو يوم الغصب جملتان منها.

و محصّل التوجيه: اشتمال الصحیحة على أحكام كثيرة، و الوقوف على جهل أئمّة 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 كنّا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

(2) سيأتي ذكر جملة من هذه الأحكام في التعليقة بعد الفراغ من توضيح كلمات المصنّف فيما يتعلّق بمورد الاستدلال بها.

(3) لكنّه قدّس سرّه لم يف بما وعده من ذكر تمام الصحیحة، و سنذكر تتمّتها.

(4) و كذا رواها ثقة الإسلام قدّس سرّه بسند صحیح، فالسند صحیح بطريقه، و لا تختصّ الصحّة بطريق شيخ الطائفة قدّس سرّه، لكن لا مفهوم لتعبير المصنّف، و إنّما غرضه وجود طريق صحیح لهذا الخبر الشريف.

(5) هذا الموضع يسمّى في عصرنا الحاضر بالهاشميّة، و هو من أفضية محافظة بابل [الحلّة] يتعد عن الحلّة قرابة عشرين كيلومترا. 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.

(6) و هو قرية بين كوفة و بغداد، ففي اللسان: (و نيل: نهر بالكوفة، و حكى الأزهرى، قال: رأيت في سواد الكوفة قرية يقال لها: النيل، يخرقها خليج كبير يتخلّج

فلَمَّا أتيت النيل خَبرت أنه توجّه إلى بغداد، فاتّبعته و ظفرت به و فرغت ممّا بيني و بينه (1)، و رجعت إلى الكوفة، و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوما.

فأخبرت (2) صاحب البغل بعذري، و أردت أن أتحلّل منه فيما [ممّا] صنعت و أرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهما، فأبى أن يقبل (3)، فتراضينا بأبي حنيفة و أخبرته بالقصة، و أخبره الرّجل.

فقال لي: ما صنعت بالبغلة؟

قلت: رجّعته سليما. فقال (4): نعم بعد خمسة عشر يوما.

قال: فما تريد من الرّجل؟

قال (5): أريد كراء بغلي، فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوما.

من الفرات الكبير» «1».

(1) هذا الضمير و ضمائر «أنّه، توجّه، فاتّبعته، به» راجعة إلى «الغريم» المراد به المديون.

(2) الوجه في إخبار صاحب البغل هو مخالفة أبي و لآد لعقد الإجارة، لأنّ السير من الكوفة إلى قصر بني هبيرة- ذاهبا و جائيا- يقلّ عن عشرة أيّام، فكان تصرفه و ركوبه على البغل مخالفا لمقتضى الإجارة، فأراد أبو و لآد استرضاء صاحب البغل و الاستحلال منه.

(3) يعني: أنّ صاحب البغل لم يقنع بخمسة عشر درهما، و زعم استحقاقه اجرة أزيد منها.

(4) يعني: فقال صاحب البغل: إنّ أبا و لآد و إن أرجع البغل سليما، لكنّه أرجعه بعد خمسة عشر يوما، و هو أكثر من مدّة الإجارة المتعارفة للذهاب من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة و الرجوع منها إلى الكوفة.

(5) يعني: قال صاحب البغل: أريد كراء البغل في مدّة خمسة عشر يوما، و هو أكثر من خمسة عشر درهما التي اقترحها أبو و لآد.

(1) لسان العرب، ج 11، ص 686

ص: 483

فقال (1): إنني ما أرى لك حقًا، لأنّه اكتراه إلى قصر بني هبيرة، فخالف (2)، فركبه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمة البغل و سقط الكراء، فلمّا ردّ البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكراء.

قال (3): فخرجنا من عنده و أخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته ممّا أفتى (4) به أبو حنيفة، و أعطيته (5) شيئا و تحلّلت منه. و حججت تلك السنة، فأخبرت أبا عبد الله عليه السّلام بما أفتى به أبو حنيفة.

فقال (6): في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها، و تحبس الأرض بركاتها.

(1) يعني: فقال أبو حنيفة للمكاري: لا أرى لك حقًا على أبي و ولاد أصلا، لا خمسة عشر درهما، و لا أزيد منها، بل تستحقّ الدراهم التي تراضيتما عليها- أو لا- حين اكتراء البغل من الكوفة إلى قصر بني هبيرة.

(2) يعني: فخالف أبو و ولاد مقتضى الإجارة، و عدل بطريقه من قرب قنطرة الكوفة إلى النيل، و لم يذهب إلى قصر بني هبيرة.

(3) يعني: قال أبو و ولاد: فخرجنا من عند القاضي و أخذ صاحب البغل يقول:

إنا لله و إنا إليه راجعون. لكون قضائه جائرا مخالفا للعدل و الانصاف الذي تدعو دين الفطرة إليه، و لم يخف بطلانه على عقل أوسط الناس- و هو المكاري- و إن خفي على عقل فقيه العراق بحسب زعمه.

(4) التعبير بالفتوى- مع أنّهما ترفعا إلى القاضي- لأجل أنّ النزاع في الحكم الكلّي، فكان فصل الخصومة بالفتوى، لا ببيان حكم قضية شخصية.

(5) ضمير الفاعل من هنا إلى «فأخبرت» راجع إلى أبي و ولاد، و ضمير المفعول و المجرور في «منه» راجع إلى صاحب البغل.

(6) أي: فقال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السّلام: في مثل هذا القضاء- المخالف لما أنزله الله تعالى- تحبس السماء ماءها .. إلخ.

فقلت (1): لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت جعلت فداك؟

قال عليه السلام (2): أرى له عليك مثل كراء (3) بغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل، و مثل كراء بغل راكبا من النيل إلى بغداد، و مثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة، توفيه (4) إياه.

قال (5): فقلت: جعلت فداك، قد علّفته بدراهم، فلي عليه علفه؟

فقال (6): لا، لأنك غاصب.

(1) أي: قال أبو ولّاد لأبي عبد الله عليه السلام: ما هو حكم الله في هذه المسألة؟

(2) أي: قال الإمام أبو عبد الله عليه السلام: أرى لصاحب البغل عليك .. إلخ.

(3) يعني: عليك مثل أجره بغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل، و مثل كراء بغل راكبا من النيل الى بغداد، و مثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة.

(4) أي: تعطي صاحب البغل هذا الكراء، و الظاهر أنّ المراد قنطرة الكوفة لا نفس المدينة، لأنّ أبا ولّاد لم يخالف مقتضى الإجارة قبل بلوغه قنطرة الكوفة، و إنّما خالفه من القنطرة إلى النيل، ثمّ منه إلى بغداد، و منه عائدا إلى الكوفة.

و الوجه في هذه المحاسبة كون المسافة و مدّة الركوب على البغل أزيد من السير المتعارف من كوفة إلى بغداد، ثمّ منه إلى كوفة، لكون القصر و النيل خارجين عن الجادة المعمولة بين كوفة و بغداد، فلاجل ذلك تزداد اجرة المثل - في الطريق التي سلكها أبو ولّاد - على اجرة السير المتعارف، فيكون ضامنا لمنفعة البغل المستوفاة.

(5) يعني: قال أبو ولّاد: قد علّفت البغل بدراهم في مدّة ركوبي عليه. و غرض أبي ولّاد من هذا الكلام: التخلّص من بعض الأجور - التي حكم الامام عليه السلام بضمائها - بأنّ استيفاء ركوب البغل في المسافة المذكورة و إن لم يكن بعقد إجارة، إلّا أنّه صرف دراهم في تعليف البغل، فينبغي حطّ بعض اجرة المثل بإزاء التعليف، هذا.

(6) يعني: قال الامام الصادق عليه السلام: لا تستحقّ على المكاربي مئونة التعليف لأنك غاصب، و ليس تصرفك في البغل مستندا إلى إذن مالكيّ أو شرعيّ حتى يكون

قال (1): فقلت: أ رأيت، لو عطب (2) البغل و نفق أ ليس كان يلزمني (3)؟

قال (4): نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

قلت (5): فإن أصاب البغل

مئونه على المالك.

(1) يعني: قال أبو ولاد: فقلت للإمام عليه السلام: أ رأيت .. إلخ. و الظاهر أن أبا ولاد استغرب من حكمه عليه السلام بضمان اجرة المثل و بوجوب الإنفاق على البغل، و ذلك لما سمعه من قاضي الكوفة من أنه لما صار ضامنا لرقبة البغل بالغصب كانت منفعتة- كالركوب- مملوكة له، فلذا استفهم أبو ولاد منه عليه السلام، و قال: لو هلك البغل في المدّة التي كانت عنده غصبا، فهل يكون مضمونا؟ و هل يجب دفع قيمته إلى المكارى أم لا؟

فأجاب عليه السلام: نعم، لو هلك البغل عندك كنت ضامنا لقيمته، لأنك غاصب و كذلك تكون ضامنا لاجرة المثل، و وجب عليك تعليفه. و لا وجه لحكم القاضي الجائر اعتمادا على حديث: «الخراج بالضمان» لعدم كون مورده الغصب أصلا، كما تقدّم تفصيله في الأمر الثاني.

(2) من باب «تعب» بمعنى: هلك. كذا في المصباح «1». و فيه أيضا: «و نفقت الدابة نفوقا من باب قعد: ماتت» «2». و الظاهر أن المراد من «العطب» هنا هو الموت عن الكسر، و النفوق هو الموت حتف الأنف.

(3) بالتخفيف، أي: هل تكون القيمة لازمة عليّ و مضمونة لو هلك البغل؟

(4) يعني: قال الامام عليه السلام: لو هلك البغل لزمك قيمته يوم خالفت عقد الإجارة.

(5) هذا قول أبي ولاد. و هو سؤال أيضا عن ضمان البغل، لكن الفارق بينه و بين سابقه أن السؤال الأوّل كان عن ضمان الرقبة لو مات البغل. و هذا سؤال عن

(1) المصباح المنير، ص 416

(2) المصدر، ص 618

ص: 486

كسر أو دبر (1) أو عقير [غمز].

فقال: عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه.

فقلت (2): من يعرف ذلك؟

ضمان الطرف و الأعضاء من كسر أو قرحة أو عرج. فأجاب عليه السّلام: بضمانها أيضا كالرقبة.

و طريق معرفته تقويم البغل صحيحا من كلّ عيب، و تقويمه مع ذلك الكسر أو العرج أو القرحة، فالتفاوت بين القيمتين هو المضمون. كما إذا قوّم سليما بعشرة دنانير، و معيبا بثمانية، فالأرش ديناران يجب دفعهما إلى المكارى.

(1) قرحة الدابة، و «العقر» بمعنى الجرح. و في بعض النسخ «غمز» و هو ميل الدابة من رجلها و العرج الضعيف. و أمّا «الغمز» بالراء فلم يظهر له معنى يناسب المقام.

(2) هذا قول أبي وّلاّد، و هو استفهام عن طريق معرفة الأرش - الذي يضمّنه لو اعتلّ البغل عنده - بعد معرفة أصل ضمان العيب. و أجابه عليه السّلام بأنّ لمعرفة أرش العيب طرقا.

فإن توافق المكارى و أبو وّلاّد على قيمة البغل صحيحا و معيبا، فيدفع الأرش إليه.

و إن اختلفا في القيمة، بأن ادّعى صاحب البغل زيادة قيمته، و أنكرها أبو وّلاّد، حتّى يكون أرش ما بين الصّحة و العيب أقلّ، كما إذا ادّعى المكارى أنّ قيمة الصحيح عشرة دنانير، و قيمة المعيب ثمانية، فيطالب بدنانيرين. و ادّعى أبو وّلاّد أنّ قيمة البغل السليم عشرة و قيمة المعيب تسعة، فيكون ضامنا لدينار. فيحلف المكارى على ما يدّعيه. أو يأتي بشهود على أنّ قيمة البغل يوم الاكتراء عشرة دنانير مثلا.

فإن لم يأت المكارى بشهود و لم يحلف على دعواه بأن وجه اليمين إلى منكر زيادة القيمة حلف أبو وّلاّد على الثمن القليل و ثبت دعواه.

قال عليه السّلام: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو (1) على القيمة فيلزمك فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة (2) لزمك ذلك. أو (3) يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا و كذا، فيلزمك.

فقلت (4): إني كنت أعطيته دراهم و رضي بها و حلّلتني.

فقال: إنّما رضي بها و حلّلك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم.

و لكن ارجع إليه، فأخبره بما أفيتتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك» الخبر (5).

(1) يعني: صاحب البغل، فيحلف على القيمة العليا، فتثبت في ذمّة أبي ولّاد.

(2) يعني: على القيمة الدّنيا، فتلزمك و تستقرّ على عهدتك.

(3) هذا عدل لقوله: «إمّا أن يحلف» يعني: أنّ للمكاري إثبات دعواه بإحدى طريقتين: الحلف و البيّنة.

(4) هذا قول أبي ولّاد، و غرضه من هذا السؤال حطّ مقدار من اجرة المثل التي حكم الامام عليه السّلام باستقرارها في ذمّته، فقال: إني أشفقت على المكاري بعد حكم قاضي الكوفة، و أعطيته دراهم و تحلّلت منه، فهل يجوز احتسابها من اجرة المثل، أم أنّها لا تحسب منها و يجب أداء اجرة المثل كاملة؟

فأجاب عليه السّلام: بأنّ رضي المكاري بتلك الدراهم و تحلّلك منه كان ناشئاً من جهله بما يستحقّه عليك واقعا، فرضي بما أعطيته إيّاه. و لكن أخبره بالحكم الواقعيّ و ما يستحقّه عليك من اجرة المثل، فإن حلّلك من اجرة المثل و رضي بما أعطيته سابقا فهو، و إلّا فادفع إليه ما يستحقّه من اجرة المثل كاملة.

(5) ذيل الصحيحة: «فلمّا انصرفت من وجهي [حجّتي] ذلك لقيت المكاري، فأخبرته بما أفيتاني به أبو عبد الله عليه السّلام، و قلت له: قل: ما شئت حتى أعطيكه. فقال:

قد حبّبت إليّ جعفر بن محمّد عليهما السّلام و وقع له في قلبي التفضيل، و أنت في حلّ،

الأولى: قوله: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» إلى ما بعد، فإنّ الظاهر (1)

وإن أحببت أن أردّ عليك الذي أخذته منك فعلت» (1).

و المراد بالموصول في «بما أفتاني به» هو اشتغال ذمّة أبي ولّاد بأجرة مثل البغل من الكوفة إلى النيل، و منه إلى بغداد، و منه عائدا إلى الكوفة، و قد حكم أبو حنيفة بعدم استحقاق المكارى لهذه الأجرة. فلمّا سمع المكارى فتوى الامام الصادق عليه السّلام باستحقاقها فرح بها و طابت نفسه من أبي ولّاد، و أسقط ماله في ذمّته، بل لم يكتف المكارى بهذا الاسقاط، فقال: لو شئت يا أبا ولّاد أرجعت إليك الدراهم التي أعطيتها بعد قضاء أبي حنيفة.

و اعلم أنّ هذه الصحيحة قد يستدلّ بها تارة على اعتبار قيمة يوم الغصب.

كما عليه جماعة و منهم المصنّف في بادئ الأمر. و اخرى 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.

(1) استدلّ المصنّف قدّس سرّه بجملتين من هذه الصحيحة المباركة على مدّعه من ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب، كما أفاده- قبل ذكر الصحيحة بأسطر - بقوله:

«بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحة أبي ولّاد الآتية».

الجملة الأولى: قوله عليه السّلام 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 أوّلا إلى البغل، و ثانيا

(1) وسائل الشيعة، الباب 17 من كتاب الإجارة، الحديث 1، الا- أنّه أسقط ذيله، و ذكر تمامه في الكافي ج 5، ص 290 و 291. 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 الصحيحة من حيث السند، فلاحظ.

إلى اليوم، فيكون المتحصّل من هذه الإضافة: أنّ 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،

[1] لا يخفى أنّه قد اختلفت نسخ الحديث، ففي الكافي والوسائل و مرآة العقول نقلها بتنكير «البغل» في كلام أبي عبد الله عليه السلام الدالّ على ضمان الكراء و ضمان البغل. وفي الوافي و التهذيب نقله معرّفًا باللام في جميع الموارد. وفي غضب الوسائل نقله منكرًا في بعض الموارد و معرّفًا في بعضها الآخر.

و كيف كان فالظاهر أنّ أبا حنيفة تمسّك فيما حكم به من عدم ضمان أجرة المثل بحديث «الخراج بالضمان» بزعم أنّ الخراج - أي المنافع - بإزاء ضمان العين، فكأنّ قيمة العين عوض منافعها، لأنّ مالّيّة العين إنّما هي بإزاء منافعها، فالقيمة المبدولة بإزائها إنّما هي قيمة فوائدها، لأنّ العين المجرّدة عن المنافع لا مالّيّة لها. و هذا شيء لا تستبعده العقول، فيما إذا تلفت العين تحت يد من استوفى خراجها.

لكن ما حكم به أبو حنيفة مخالف للعقل و العدل الإسلاميّ، و لذا استرجع صاحب البغل، و تحلّل منه أبو ولّاد، إذ المفروض بقاء العين و استيفاء المنافع، فلو لم يضمن من استوفها كان ظلماً على المالك، هذا.

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق في صحة الاستدلال بالصحيحة بين تنكير البغل و تعريفه في مقدار الكراء، لما مرّت إليه الإشارة سابقاً من عدم دخل الهويّة بما هي في القيم و الرغبات. و إنّما الدخيل فيها هو الخواصّ و الأوصاف الموجبة لاختلاف القيم و الرغبات، مثل كون البغل قويّاً سريع السير مرتاضاً غير شמוש، فقوله عليه السلام: «له عليك كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل» يراد به البغل المماثل لبغله بحسب فهم العرف و ارتكاز العقلاء، لا كراء كلّ بغل شاء، سواء كان مخالفاً لبغله أم لا. و مع المماثلة لا فرق بين كراء شخص بغله و كراء ممثله، كما لا يخفى.

إليه (1) ثانيا، يعني: قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف (2) من البغل للإضافة [1]

حيث إنّ الإضافة إمّا تقيّد 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.

وحاصل هذا التقريب: أنّ القيمة المختصّة بالبغل هي قيمته يوم الغضب، في مقابل قيمته يوم التلف. أو أعلى القيم أو غيرهما من القيم التي تنسب إلى البغل.

وقد أشار إلى هذا التقريب بقوله: «وإمّا بجعل اليوم قيدا .. إلخ».

(1) أي: إلى اليوم، بأن أضيفت القيمة مرّة إلى البغل، و ثانية إلى اليوم كما ذكرناه آنفا. ولكن صريح كلامه في السطر الآتي إضافة «البغل» إلى «يوم المخالفة» ولذا سقط اللام من «البغل» ومعنى هذا الكلام: إضافة «القيمة» إلى «بغل» وإضافة «بغل» إلى «يوم المخالفة» إذ لو كانت «القيمة» مضافة مرتّين إحداهما إلى «البغل» والأخرى إلى «يوم المخالفة» لم يكن وجه لسقوط حرف التعريف من «بغل» لعدم كونه مضافا إلى «يوم» كي يحذف منه اللام.

(2) وهو الألف واللام من «البغل» لأجل إضافة «البغل» إلى «يوم خالفته» وغرضه من هذا الكلام دفع ما يتوهّم من: أنّ تنكير «البغل» إنّما هو للإشارة إلى أنّ ذا القيمة ليس خصوص البغل الذي هو مورد البحث، بل المضمون قيمة بغل مماثل لهذا البغل، فتكون الرواية دليلا لمذهب من جعل القيميّ مضمونا بالمثل.

ومحصّل دفع هذا التوهّم: أنّ البغل ليس نكرة، بل هو معرّف باللام، غاية الأمر أنّ اللام سقط لأجل الإضافة، فالمراد بالبغل هو خصوص البغل الذي اكتراه أبو ولاد.

[1] لا يخفى أنّ اللام يسقط عن المضاف لا المضاف إليه كالبغل في الصحيحة.

كذا قيل. ولكن نفس «البغل» مضاف إلى اليوم، فيسقط عنه حرف التعريف، وإن كان «البغل» مضافا إليه أيضا ل «قيمة» مثل: جاءني عبد سلطان بلدكم.

لا (1) لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن، حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيميّ مضموناً بالمثل (2)، و القيمة إنّما هي قيمة المثل (3).

وإنّما (4) بجعل «اليوم» قيّدا للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل [1].

(1) أي: ليس منشأ إسقاط حرف التعريف هو كون البغل الذي يجب دفع قيمته كلياً غير معيّن حتى يكون المضمون هو البغل المماثل للتالف- الذي اكتراه أبو ولاد- و تكون القيمة بدل البذل.

(2) كالاسكافيّ و من وافقه من كون المضمون مضموناً بمثله، و لا تستقرّ القيمة في ذمّة الضامن إلا بتعذر المثل.

(3) لا قيمة نفس التالف، فإنّها غير مضمونة بناء على ضمان القيميّ بالمماثل عرفاً.

(4) هذا هو الشقّ الثاني من شقّي الاستدلال بالجملة الاولى من الصحيحة على ضمان يوم الغصب، و قد أوضحناه بقولنا: «وإنّما بجعل اليوم قيّدا للاختصاص ..»

راجع (ص 490).

و قد تحصّل من كلام المصنّف قدّس سرّه إلى هنا: وفاء الجملة الاولى من الصحيحة- بطريقتين- لإثبات ضمان المغصوب القيميّ بقيمة يوم غصبه، لا بقيمة يوم التالف.

[1] لا يخفى أنّ الاستدلال بقوله عليه السّلام: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» على كون الضمان بقيمة يوم الغصب مبنيّ على رجوع القيد أعني به «يوم خالفته» إلى القيمة، بأحد وجوه:

الأوّل: إضافة القيمة إلى البغل، و البغل إلى اليوم بنحو تتابع الإضافات كقول الشاعر: «و ليس قرب قبر حرب قبر» بناء على تكثير البغل، إذ مع تعريفه لا تصحّ إضافته معنى، و إنّما تصحّ إضافته لفظاً.

ص: 492

الثاني: إضافة القيمة إلى البغل و اليوم معا.

الثالث: إضافة المتحصّل من المضاف و المضاف إليه- و هو القيمة المتخصصة بالبغل- إلى اليوم.

الرابع: كون اليوم ظرفا للقيمة من دون إضافة شيء إليه، فيكون اليوم منصوبا بالاختصاص سواء أ كان البغل منكرًا منوّنًا بإضافة القيمة إليه، كما في نسختي الكافي و الوسائل و مرآة العقول، فإنّ البغل مذكور فيها بالتكثير. فالبغل حينئذ مجرور منوّنًا بإضافة القيمة إليه. أم كان البغل معرفًا باللام كما في التهذيب و الوافي، يعني: قيمة البغل المعهود يوم المخالفة. فتدلّ على أنّ المضمون قيمة يوم الغضب، هذا.

أمّا الوجه الأوّل فلا يصار إليه في المقام، لأنّ البغل من الذوات غير القابلة للتقييد بالزمان، لعدم اختلاف الأعيان باختلاف الأزمان، كما هو شأن التقييدات، فلا يصلح الزمان لأن يكون قيدًا. كما لا يصح تقييد الدار و الدكان و نحوهما بالزمان، فلا يقال: «دار أو دكان أو خان يوم» كما لا يقال: «بغل يوم الغضب، أو يوم الجمعة» إلّا باعتبار قيمتها التي هي معنى حديثي. بخلاف قوله: «و ليس قرب قبر حرب قبر» لصحّة كون «حرب» قيدًا للقبر.

و أمّا الوجه الثاني- و هو إضافة القيمة إلى كلا الأمرين عرضًا- فهو غير معهود في الاستعمالات، إذ يتوقف ذلك على لحاظين مستقلّين متباينين، و ذلك في استعمال واحد ممتنع.

مضافا إلى: أنّه على فرض صحّته في نفسه لا يمكن المصير إليه في المقام، إلّا بناء على تنكير البغل. و أمّا مع تعريفه باللام فلا يصحّ ذلك، لأنّ البغل لإضافته إلى «يوم» لا بدّ من تجريده عن اللام.

و بالجملة: فأشكال هذا الوجه الثاني- مضافا إلى امتناع تعدّد اللحاظين- عدم معهوديّته في الاستعمالات الشائعة.

وأما الوجه الثالث- وهو إضافة المجموع المتحصّل من المضاف و المضاف إليه إلى اليوم- فلا بأس به.

و محصّله: 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، و حبّ رمان عمرو.

وأما الوجه الرابع- وهو كون اليوم منصوبا على الظرفيّة و ظرفا للقيمة- فهو أيضا ممّا لا بأس به، لأنّ «القيمة» بمعنى ما يتقوّم به، وهو معنى حديثي قابل للتقيّد بالزمان.

لكن يحتمل رجوع القيد- أعني يوم المخالفة- إلى قوله عليه السّلام: «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 الصحيحة مجعولة، فلا يصح الاستدلال بها على ثبوت قيمة يوم الغصب. فيرجع في تعيين القيمة إلى القواعد. و قد تقدّم سابقا أنّ مقتضاها ضمان قيمة يوم التلف، هذا ما احتمله جمع منهم صاحب الجواهر، وسيأتي نقل كلامه في التوضيح ان شاء الله تعالى.

لكن يبيّنه أمران:

أحدهما: ما استفاد من كلام المصنّف من لغويّة ذكر القيد- أعني يوم المخالفة- الذي هو راجع إلى قوله عليه السّلام: «نعم» لأنّه يبيّن حينئذ مبدء الضمان وهو يوم الغصب، وذلك معلوم عند السائل.

ثانيهما: أنّ لازم رجوع القيد إلى قوله: «نعم» انتقال العين إلى القيمة قبل تلفها، لأنّ السائل فرض المخالفة مع بقاء العين. وقد حكم الامام عليه السّلام بضمنان 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 دليلا على ضمان قيمة يوم الغضب كما هو مدعى من ادعى ذلك.

لكن يمكن أن يقال: إنها دليل على ضمان قيمة يوم التلف. تقرّبه: أن أبا ولّاد يسأل عن الضمان إذا عطب أو نفق، و من المعلوم أنّ 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.

ولما كان ضمان التلف تحت يده موهما لضمائه مطلقا و لو لم يكن التلف في حال الغضب فقد دفع هذا التوهّم بقوله عليه السّلام: بأنّ ضمان التلف ليس ثابتا مطلقا، بل في خصوص حال الغضب. فتلف البغل قبل الغضب- و هو في المثال من الكوفة إلى قنطرتها- لا يوجب الضمان. فيوم المخالفة قيد لضمان التلف، يعني: أنّ التلف يوجب الضمان إذا وقع في حال الغضب، لا مطلقا، ففي جوابه عليه السّلام تصديق لقول أبي ولّاد و ردع له.

أمّا تصديقه فمن جهة لزوم القيمة عند التلف التي هي في ارتكازه و ارتكاز العقلاء قيمتها حال التلف، لأنها قيمتها الفعلية.

و أمّا ردعه فمن جهة أنّ إطلاق ضمان التلف يقتضي ثبوت الضمان من وقت الأخذ، فردعه الامام عليه السّلام بأنّ الضمان على فرض التلف ثابت من وقت الغضب. فقوله عليه السّلام: «يوم خالفته» قيد لقوله عليه السّلام: «نعم» أو للفعل المدلول عليه به كما هو ظاهر التركيب اللغوي. و القيمة التي ورد عليها التصديق هي قيمة يوم التلف. فكأنّه قيل: إذا مات البغل حال الغضب و المخالفة ضمن قيمته، و من المعلوم أنّ قيمته الفعلية هي قيمته يوم التلف.

و لا فرق في هذا الاستظهار بين تكبير البغل و تعريفه، لما تقدّم سابقا من عدم دخل الهوية بما هي في القيم و الرغبات، و أنّ الدخيل فيها هي الخواصّ و الأوصاف، كقوّة البغل و سرعة سيره و كونه مرتاضا غير شמוש، هذا.

وَالَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: إِنَّ قَوْلَ السَّائِلِ: «أَيْلِزْمَنِي» الْمُرْتَبِّ عَلَى الْعَطْبِ وَالنَّفُوقِ، إِذَا بِمَعْنَى عَهْدَةِ الْعَيْنِ، وَإِذَا بِمَعْنَى لُزُومِ دَفْعِ الْبَدَلِ فَعَلًا، وَإِذَا بِمَعْنَى لُزُومِهِ عَلَى تَقْدِيرِ التَّلْفِ، وَهُوَ الضَّمَانُ بِالْقُوَّةِ فِي كَلَامِ الْمَشْهُورِ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ غَيْرُ مُرْتَبِّ عَلَى الْعَطْبِ، لِأَنَّهُ مُرْتَبِّ عَلَى مَجْرَدِ الْغَضَبِ، فَلَا يَصَحُّ جَعْلُ الْعَطْبِ فِي كَلَامِ السَّائِلِ شَرْطًا لِلزُّومِ ضَمَانِ الْقِيَمَةِ، وَلَا جَعْلُ اللَّزُومِ جِزَاءً لِقَوْلِهِ:

«فَلَوْ عَطْبٌ» لِفَقْدَانِ التَّرْتُّبِ الْمَعْتَبَرِ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالْجِزَاءِ، حَيْثُ إِنَّ الْعَهْدَةَ مُضَافَةً إِلَى الْعَيْنِ، لِأَنَّ فَاعِلَ «أَيْلِزْمَنِي» هُوَ الْبِغْلُ، لَا بَدْلَهُ أَعْنِي بِهِ الْقِيَمَةَ، فَلَا بَدَّ مِنْ الْاِقْتِصَارِ عَلَى قَوْلِهِ: «نَعَمْ» لِأَنَّهُ يُسْأَلُ عَنْ ضَمَانِ الْعَيْنِ، فَيَكْفِيهِ قَوْلُهُ: «نَعَمْ» فَلَا يَتَعَلَّقُ اللَّزُومُ الْمُسْتَفَادُ مِنْهُ بِقِيَمَةِ الْبِغْلِ.

وَأَمَّا الثَّانِي - وَهُوَ لُزُومُ دَفْعِ الْبَدَلِ فَعَلًا - فَهُوَ قَابِلٌ لِتَرْتُّبِهِ عَلَى الْعَطْبِ، إِذَا الْمُرْتَبِّ عَلَيْهِ هُوَ الْقِيَمَةُ لَا الْعَيْنِ، لِفَرْضِ تَلْفِهَا، فَيَتَعَيَّنُ حِينَئِذٍ أَنْ يَكُونَ «يَوْمَ خَالَفْتَهُ» قِيدًا لِلْقِيَمَةِ، لَا لِقَوْلِهِ: «يَلِزْمَنِي» لِعَدَمِ اللَّزُومِ الْفِعْلِيِّ لِلْقِيَمَةِ مِنْ يَوْمِ الْمَخَالَفَةِ، بَلْ لُزُومِ الْقِيَمَةِ فَعَلًا مُرْتَبِّ عَلَى الْعَطْبِ الْوَاقِعِ فِي ظَرْفِ الْمَخَالَفَةِ.

لَكِنْ يَشْكَلُ إِرَادَةُ اللَّزُومِ الْفِعْلِيِّ لِلْقِيَمَةِ فِي يَوْمِ الْمَخَالَفَةِ مَعَ إِمْكَانِ إِرَادَةِ اللَّزُومِ التَّقْدِيرِيِّ وَإِرَادَةِ الْعَهْدَةِ مِنْهُ، إِذَا الْمَفْرُوضُ بَقَاءُ الْعَيْنِ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ - أَعْنِي بِهِ لُزُومُ دَفْعِ الْبَدَلِ عَلَى تَقْدِيرِ التَّلْفِ، وَهُوَ الضَّمَانُ بِالْقُوَّةِ - فَهُوَ مُرْتَبِّ عَلَى فَرْضِ وَجُودِ الْعَطْبِ، لَا عَلَى الْعَطْبِ الْفِعْلِيِّ، وَ مِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّ قَوْلَهُ: «أُرَايْتُ لَوْ عَطْبَ الْبِغْلِ .. إلخ» بَيَانٌ لِمَعْنَى الضَّمَانِ بِالْقُوَّةِ، أَعْنِي بِهِ لُزُومُ الْبَدَلِ عَلَى تَقْدِيرِ التَّخَلُّفِ بِجَعْلِ الْعَطْبِ مُقَدِّمًا، وَجَعْلُ لُزُومِ الْبَدَلِ تَالِيًا. وَهَذَا اللَّزُومُ التَّقْدِيرِيُّ هُوَ الَّذِي سَمِعَهُ مِنْ أَبِي حَنِيفَةَ، لَا اللَّزُومَ الْفِعْلِيَّ، إِذْ لَمْ يَكُنْ فِي الْوَاقِعَةِ عَطْبَ فِعْلِيَّ.

وَمِنْهُ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا وَجْهَ لِاسْتِفَادَةِ اللَّزُومِ الْفِعْلِيِّ، فَإِنَّهُ مُرْتَبِّ عَلَى الْعَطْبِ الْفِعْلِيِّ، لَا عَلَى فَرْضِهِ بِجَعْلِهِ وَاقِعًا مَوْجِعَ الْفَرْضِ وَالتَّقْدِيرِ الَّذِي هُوَ مَفَادٌ مَدْخُولٌ أَدَاةَ الشَّرْطِ.

وأما ما احتمله جماعة (1) من «تعلق الظرف بقوله: نعم، القائم مقام قوله عليه السلام: يلزمك يعني: يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل»

(1) هذا الاحتمال المذكور في مفتاح الكرامة و المستند و الجواهر (1)، عارضوا به دلالة الفقرة على ضمان المغصوب بقيمة يوم غضبه. و الفاضل النراقي قدس سرّه و إن رجّح الضمان بقيمة يوم الغضب، إلا أنه استفاد 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 استظهار ضمان قيمة يوم الغضب- ما لفظه: «و فيه:

احتمال تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله: نعم، فيكون المراد: يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب، بمعنى أنها تتعلّق بك ذلك اليوم. و حينئذ فحدّ القيمة غير مبين فيه، فلا ينافي ما دلّ على القيمة يوم التلف الذي ستعرف أنه الأصحّ. و دعوى أنّ الأوّل- و هو ضمان قيمة يوم الغضب- أظهر ممنوعة».

و عليه فيتردّد الأمر بين أن يكون «يوم المخالفة» قيماً للقيمة، و أن يكون قيماً للزوم التقديري المستفاد من قوله عليه السلام: «نعم» فتكون الرواية ساكنة عن وقت القيمة.

فالنتيجة: أنّ الصحيحة لا تكون ظاهرة في اعتبار قيمة يوم الغضب، كما ادّعاها القائل باعتبار قيمة يوم المخالفة، لتطرق احتمال قيديّة يوم المخالفة لكلّ من القيمة و الزوم. فعلى الأوّل يكون المدار على قيمة يوم الغضب و على الثاني يكون المدار على قيمة يوم التلف، لأنّ معناه حينئذ: يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل، و من المعلوم أنّ قيمته الفعلية عند التلف هي قيمته حال التلف.

فتلخص: أنّ الصحيحة إمّا ظاهرة في اعتبار قيمة يوم التلف، أو مجمّلة، و لا ظهور لها في اعتبار يوم الغضب.

(1) راجع: مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244؛ مستند الشيعة، ج 2، ص 368؛ جواهر الكلام، ج 37، ص 101 و 102

و الوجه في تعلق الظرف - وهو: يوم- بفعل «يلزم» هو اعتبار تعلق الظرف بفعل أو شبه فعل، ولا يصلح تعلقه ب «نعم» وإنما يتعلق بفعل «يلزمك» الذي دلّ عليه كلمة «نعم».

وعليه فبناء على احتمال تعلق الظرف ب «يلزمك» لا تدلّ هذه الجملة على ضمان يوم الغصب، وإنما تدلّ على استقرار قيمة المضمون بمجرد الغصب، وأما حدّ قيمة المضمون فغير مدلول عليه، فلا يعلم أنّها قيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو غيرهما. هذا. وسيأتي إيراد المصنّف قدّس سرّه على هذا الاحتمال.

(1) جواب «و أما ما احتمله».

[1] بل قريب جدًا، لأنّ الظاهر أنّ أبا ولّاد يسأل عن أصل الضمان، وإلا كان المناسب أن يقول: أيّ شيء يلزمني يوم المخالفة؟

ولا يبعد أن يكون منشأ السؤال ما قاله أبو حنيفة من: أنّ ضمان الأصل لا يلائم ضمان الكراء، لأنّ الخراج بالضمان، فلمّا رأى السائل أن الامام عليه السّلام أثبت الكراء، أراد أن يستفسر منه أنّه مخالف لأبي حنيفة في الكراء، و ضمان الأصل، أو في الكراء فقط.

و بتقريب آخر: أنّ أبا حنيفة ادّعى الملازمة بين ضمان البغل و سقوط الكراء، لكون الخراج بالضمان، و حيث إنّ عليه السّلام ردّ عليه بأن الكراء ثابت، زعم أبو ولّاد- أو احتمال- أنّ ثبوت الكراء كاشف عن عدم ضمان الأصل، للملازمة بين ثبوت الضمان و نفي الكراء، على ما أفتى به أبو حنيفة، فسأل أنّه مع ثبوت الكراء هل يثبت الضمان؟

وقال: «أ رأيت لو عطب .. إلخ».

وبالجملة: سأل أبو ولّاد عن ضمان الأصل، باحتمال سقوطه مع ثبوت الكراء.

فأجاب عليه السّلام بثبوت الضمان التعليقي، يعني: لو عطب أو نفق، لكن- لا مطلقا- بل يوم المخالفة، فكأنّه قال: يلزمك يوم المخالفة و غصب مال الغير قيمة بغل إذا عطب أو نفق.

بل غير ممكن، لأن (1) السائل إنَّما سأل عمَّا يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة، بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، كما يدلُّ عليه (2): «أ رأيت لو عطب البغل أو نفق، أليس كان يلزمني؟» فقوله: «نعم» يعني: يلزمك بعد

(1) تعليل لعدم الإمكان، توضيحه: أن ملاحظة السؤال تقتضي علم السائل بأن لزوم القيمة وضمانيها يكون بعد تلف البغل، لأنَّ أبا ولاد علَّق لزوم القيمة على العطب و النفوق، فلو كان ظرف اللزوم هو التلف امتنع أن يكون «يوم خالفته» قيِّدا له، إذ يلزم حينئذ أن يكون ظرف اللزوم يوم المخالفة أيضا. وهذا ينافي تعليق اللزوم على العطب و النفوق، فلا بدَّ أن يكون «يوم المخالفة» قيِّدا لغير اللزوم.

هذا مضافا إلى: أن ظاهر السؤال هو السؤال عن المقدار اللازم بالتلف بعد العلم بثبوت الضمان بالتلف، فلا بدَّ من حمل الجواب على إرادة بيان المقدار، وذلك يقتضي تعليق الظرف بغير اللزوم، وإلا لم يكن جوابا عن السؤال، لفرض علم أبي ولاد بأصل لزوم القيمة.

(2) هذه الدلالة مبنية على كون الاستفهام تقريريا لا حقيقيا، فبناء على الاستفهام التقريري تدلُّ كلمة «يلزمني» على علم أبي ولاد بأنَّ ضمان القيمة يكون بعد تلف البغل.

فهذا المعنى التعليقي ثابت بالفعل يوم الغضب كما قيل بذلك أيضا في خبر «على اليد» فمضمون الصحيحة موافق لخبر «على اليد» مع اختلاف غير جوهري، وهو ذكر القيمة، لكون المورد من القيميات، فلاحظ.

فالمحصَّل: أن نتيجة هذا الاحتمال هي ضمان قيمة البغل على فرض التلف.

و الضمان يكون من يوم المخالفة و الغضب، يعني: يحدث الضمان المعلق على موت البغل من يوم الغضب. و أمَّا كون القيمة قيمة يوم الغضب أو يوم التلف أو غيرهما فالصحيحة ساكتة عنها، و مقتضى القواعد كما تقدَّم سابقا هو قيمة يوم التلف.

التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته (1).

وقد أطنب بعض (2) من جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه، ولم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي، ولا المتفاهم العرفي.

الثانية (3): قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل

(1) فيكون المضمون قيمة يوم المخالفة لا يوم التلف.

(2) لعلّه إشارة إلى ما حكاها في الجواهر عن بعض بقوله: «نعم ربّما قيل: إنّه ظاهر فيه- يعني في تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله عليه السّلام: نعم- باعتبار أنّ سؤال الراوي عن الضمان بسبب التلف، لا بسبب المخالفة. فمطابقة الجواب للسؤال تقتضي أن يكون المراد منه: نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم، يعني: يصير حكمك في هذا اليوم لزوم قيمة البغل إن هلك. والمتبادر منه بعد معلوميّة أنّه ليس المراد قيمته ميّتا هو أقرب زمان حياته إلى الموت، وهو قبيل التلف. وهذا معنى قيمته يوم التلف.

بل لعلّ تنكير- بغل- يومي إلى ذلك أيضا، إذ هو إشارة إلى أنّه يفرض الميّت حيّا، وإلا فلا ريب أنّه لا يكفي قيمة أيّ بغل يكون. وهو مناسب لكون الظرف لغوا متعلّقا بقوله: يلزمك. وإلا فلا يناسب التنكير، إذ البغل يوم المخالفة حيّ بالفرض والاستصحاب، فالأولى تعريفه» (1).

(3) يعني: الفقرة الثانية- من صحيحة أبي ولّاد- الظاهرة في ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب، لا يوم التلف ولا أعلى القيم، وهي قوله عليه السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون .. إلخ».

بتقريب: أنّ البغل لو أصابه كسر أو دبر كان على أبي ولّاد دفع أرش ما بين الصحيح والمعيب إلى المكارى. والمناطق في تقويم البغل صحيحا هو يوم الاكتراء.

و الظاهر أنّ مراد الامام عليه السّلام من يوم الاكتراء هو يوم مخالفة أبي ولّاد لمقتضى عقد الإجارة، وذلك لكون البغل في يوم الاكتراء أمانة بيد أبي ولّاد لاستيفاء المنفعة منه.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 102 و 103

ص: 500

يوم اكترى كذا وكذا» فإنَّ إثبات (1) قيمة يوم الاكتراء من (2) حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه (3)،

فلا يكون مضمونا، إذ الموجب للضمان هو اليد العدوانيَّة المتحقِّقة بالغضب، و المفروض في هذه الصحيحة تحقُّق المخالفة عند وصول أبي ولاد إلى قنطرة الكوفة. وبما أنَّ المسافة بين كوفة وقنطرتها قريبة، فأما أن يكون وصوله إلى القنطرة عصر يوم الاكتراء لو خرج من الكوفة صباحا، وإما أن يكون وصوله إليها بعد يوم. و من المستبعد جدًّا تغيُّر قيمة البغل بعد ساعات أو بعد يوم واحد.

وعلى هذا يكون المناط في تقويم البغل المضمون هو يوم الغضب المعبَّر عنه بيوم الاكتراء. و الشاهد عليه أنَّه لم يقل أحد باعتبار قيمة يوم الاكتراء حتى لو اختلفت مع قيمة يوم المخالفة والغضب. و لذا قال في الجواهر: «ثمَّ إنَّ الظاهر بناء قوله عليه السَّلام: حين اكترى على غلبة عدم التفاوت في هذه المدَّة القليلة. و على الاستصحاب. و إلَّا فلم يقل أحد باعتبار القيمة حين اكترى» (1).

(1) هذا تقريب دلالة الفقرة الثانية على ضمان قيمة وقت الغضب، و قد عرفته أنفا. و يستفاد هذا التقريب من الفاضل النراقي قدس سرّه حيث قال: «فإنَّ معناه: فيلزمك قيمة البغل حين اكترى. و لا- يرد أنَّه ليس حين المخالفة، فيلزم القيمة قبل المخالفة، و هو مخالف للإجماع. لأنَّه لا فاصلة يعتدُّ بها بين وقتي المخالفة والإكراء في المورد كما يدلُّ عليه صدر الحديث» (2).

(2) يعني: لا من حيث إنَّ قيمة يوم الاكتراء متحدة مع قيمة يوم المخالفة، فإنَّ الجدوى في القيمة بلحاظ الاتحاد موجودة.

(3) أي: في إثبات قيمة يوم الاكتراء.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 103

(2) مستند الشيعة، ج 2، ص 368

ص: 501

لعدم (1) الاعتبار به، فلا بدّ (2) أن يكون الغرض منه (3) إثبات قيمة يوم المخالفة، بناء (4) على أنه يوم الاكتراء، لأنّ الظاهر من صدر الرواية (5) أنّه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة. و من المعلوم (6) أنّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة

(1) تعليل لعدم الجدوى في إثبات قيمة يوم الاكتراء بالبيّنة. وجه عدم الاعتبار ما عرفته من أنّ يوم الاكتراء زمان حدوث اليد الأماثية غير الموجبة للضمان أصلاً، و الموجب له إنّما هو اليد العدوانية المتحقّقة بالمخالفة في نفس يوم الاكتراء، أو في اليوم اللاحق له، و من المعلوم عدم اختلاف قيمة البغل في هذه المدّة القليلة.

فلو لم يكن المدار في الضمان على قيمة يوم الغصب لم يكن وجه لتعرض قيمة يوم الاكتراء الذي هو زمان حدوث اليد الأماثية.

(2) هذا متفرّع على عدم العبرة بقيمة يوم الاكتراء لو لم تكن متّحدة مع قيمة يوم المخالفة.

(3) هذا الضمير و ضمير «به» راجعان إلى: إثبات قيمة يوم الاكتراء.

(4) هذا البناء هو ظاهر الصحيحة، لقرب المسافة بين كوفة و قنطرتها.

(5) و هو قول أبي ولّاد: «فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبّرت أنّ صاحبي توجه إلى النيل، فتوجّهت نحو النيل» فقوله: «توجّهت نحو النيل» ظاهر في أنّ مخالفة أبي ولّاد - بعدوله عن طريق قصر أبي هبيرة إلى طريق النيل - كانت من يوم الاكتراء، أو بعده بيوم واحد، لا أكثر.

(6) غرض المصنف: أنّ استظهار ضمان يوم الغصب - من تعبير الامام عليه السّلام بيوم الاكتراء - مبنيّ على أمرين مسلمين:

أحدهما: أنّ المسافة بين كوفة و قصر أبي هبيرة قريبة، فلو أراد أبو ولّاد اكتراء بغل لهذه المسافة لم يستأجر بغلاً قبل خروجه بأسبوع مثلاً ممّا يمكن اختلاف قيمة البغل فيه، بل كان يستأجر البغل قبل ساعات أو قبل يوم.

ثانيهما: أنّ قيمة البغل لا تتفاوت عادة في ساعات قلائل.

و بناء على هذين الأمرين يتّجه دلالة الفقرة الثانية على ضمان يوم الغصب.

القليلة إنما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق. و معلوم أيضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة.

و أمّا قوله عليه السّلام (1) في جواب السؤال عن إصابة العيب: «عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب يوم تردّه» فالظرف (2) متعلّق به «عليك»

(1) بعد أن استظهر المصنّف قدّس سرّه من الفقرة الثانية ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب تعرّض لما ينافي هذا الاستظهار. و المنافي فقرة أخرى في الصحيحة، و هي قوله عليه السّلام: «عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب يوم تردّه».

و توضيحه: أنّ أباً و ولّاد سأل عن حكم تعيب البغل و إصابة كسر أو عرج به، فأجاب عليه السّلام بقوله: «عليك قيمة ..» و ظاهره وجوب أداء أرش العيب الحادث بقيمة يوم ردّ البغل الى مالكه، بأن يقوم البغل يوم ردّه صحيحا تارة و معيба اخرى، فالتفاوت بين القيمتين مستقر في ذمّة أبي و ولّاد. و من المعلوم أنّ هذا الظهور مناف لما أفاده المصنّف قدّس سرّه من استقرار قيمة يوم المخالفة على عهدة أبي و 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. و لو كانت العبرة بقيمة يوم ردّ العين المغصوبة لزم تقويم العين - لو تلفت - بقيمة يوم الأداء، هذا.

(2) جواب قوله: «و أمّا» و دفع المنافي المتقدّم، و حاصل الدفع: أنّ التنافي المزبور مبنيّ على رجوع «يوم» إلى «قيمة ما بين الصّحّة و العيب» بأن يكون المعنى:

«عليك قيمة يوم الردّ» و أنّ العبرة في الأرش بتقويم البغل يوم ردّه إلى المكارى.

و لكن هذا الاستظهار ممنوع، لرجوع الظرف إلى «عليك» و تعلّقه به. يعني:

«عليك يوم تردّ البغل قيمة ما بين الصّحّة و العيب» و عليه لا يكون الأرش مقيّدا بتقويم البغل صحيحا و معيبا 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 غيرهما.

لا قيد للقيمة (1)، إذ (2) لا- عبارة في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً، لأنّ (3) النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين. فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغلة [1].

هذا كله بناء على النسخة التي عوّل عليها المصنف قدّس سرّه. وأمّا بناء على سقوط كلمة «يوم» من الرواية- كما ادّعاه صاحب الجواهر قدّس سرّه من أنّ نسخة التهذيب المصحّحة المحشّاة التي تحضره قد سقط منها لفظ اليوم، وأنّ المذكور فيها: قيمة ما بين الصّحة والعيب تردّه عليه- فالأمر أوضح، ولا 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.

(1) حتى تتقيّد القيمة بخصوص يوم ردّ البغلة.

(2) تعليل لعدم كون الظرف قيماً للقيمة. والمراد ب«يوم تردّه» يوم ردّ العين المغصوبة، لا ردّ الأرش.

(3) حاصل هذا التعليل: أنّ المناط في تعيين مقدار أرش العيب- الحادث في العين المغصوبة- ليس هو يوم ردّ العين، حتى يكون قرينة على جعل «يوم تردّه» متعلّقاً بالقيمة، بل الأرش تابع الأصل العين، فإن قلنا بضمان قيمة يوم الغصب تعيّن تقويم الأرش بقيمة ذلك اليوم. و إن قلنا بضمان أعلى القيم كان الأرش تابعا له في التقويم، وهكذا وعلى هذا فلا خصوصيّة في أرش العيب توجب تقويمه بقيمة يوم ردّ العين حتى يكون الظرف قيماً للقيمة.

[1] لا- يخفى أنّ هذا الاشكال بعينه جار في جعل الظرف وهو «يوم» قيماً ل«عليك» حيث إنّ يوم ردّ العين ليس زمان حدوث وجوب القيمة في الدّمة إجماعاً، بل زمان ثبوت القيمة على العهدة يوم حدوث العيب، لا يوم ردّ العين.

و يحتمل (1) أن يكون قيذا للعيب، و المراد (2) العيب الموجود في يوم الردّ، لاحتمال (3) ازدياد العيب إلى يوم الردّ، فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث أوّلا.

(1) هذا الاحتمال في قبال ما استظهره بقوله: «فالظرف متعلّق بعليك» و سيأتي تضعيف الاحتمال. و الغرض من إبداء هذا الاحتمال تقوية ضمان الأرش بقيمة يوم الردّ، لا تبعية الأرش لأصل العين في القيمة المضمونة.

و توضيح الاحتمال: أنّ كلمة «يوم» قيد ل «العيب» فيكون المعنى على هذا:

«عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب الموجود في يوم ردّ العين، لا قيمة العيب السابق على الردّ». فلو كان أرش العيب وقت حدوثه ديناراً، فأتسع الجرح و ازداد العيب إلى يوم ردّ العين، فبلغ التفاوت بين البغل الصحيح و المعيب دينارين و جب على أبي ولّاد دفع دينارين حين ردّ البغل إلى المكارى.

و نتيجة هذا الاحتمال مخالفة قيمة الأرش لقيمة نفس البغل، فالعبرة في البغل بقيمة يوم المخالفة و الغصب، و العبرة في مقدار الأرش بقيمة العيب يوم ردّ العين.

و بناء على هذا الاحتمال يشكل ما أفاده المصنف قدّس سرّه من جعل «يوم» متعلّقا ب «عليك» و جه الإشكال: دلالة هذه الجملة على اعتبار قيمة معيّنة، و هي قيمة يوم ردّ البغل المعيب.

(2) يعني: إذا كان «يوم» متعلّقا ب «العيب» كان المراد من القيمة قيمة العيب في يوم ردّ العين، لا قيمة العيب في زمان حدوثه.

(3) تعليل لإرادة العيب الموجود حين الردّ.

و قد نوقش في هذا الاستدلال بوجه:

أحدها: دلالته على ضمان العين المستأجرة بدون شرط الضمان، و هو مخالف للقواعد.

و قد دفع بأنّ المراد بيوم الإكتراء يوم المخالفة فلا يلزم الاشكال المزبور.

ثانيها: منافاة قوله عليه السلام: «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب 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 و بين قيمة صفاتها.

وقد دفع تارة بأنّ «يوم» متعلق ب «عليك» لا قيد للقيمة، فمعناه حينئذ: عليك يوم الردّ قيمة ما بين الصّحة و العيب من دون تعرّضه لزمان القيمة، فلا ينافي ما استدللّ به على اعتبار قيمة يوم الغصب.

و اخرى: بأن اعتبار تعيين الأرش بقيمة يوم الدفع مخالف للإجماع.

وفيه: أنّ الإجماع غير محقّق، ولذا طلب السيّد و النائيني من المصنف قدّس سرّهم مدرّكه.

فالأولى أن يقال: إنّ تعيين الأرش بقيمة يوم الدفع مخالف للقواعد.

و ثالثة بأنّ قاعدة «الأقرب يمنع الأبعد» تقتضي رجوع القيد أعني به «اليوم» إلى العيب دون القيمة، فمعناه حينئذ وجوب ردّ قيمة العيب الموجود حين الردّ، دون ما ارتفع و لم يبق إلى زمان ردّ العين. و هذا ما تقتضيه قاعدة «على اليد» الموافقة لسيرة العقلاء.

و رابعة بابتداء المناقشة على اشتمال الصحيحة على كلمة «يوم». و قد أنكر في الجواهر ذلك، و قال: «إنّ الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشاة (تردّه عليه) من دون لفظ اليوم. و معناه: وجوب ردّ الأرش لا غير، فلا توقيت فيه» لكن الصواب على هذا تأنيث ضمير «تردّه» لرجوعه إلى القيمة. إلّا أنّ الأمر سهل في التذكير و التأنيث.

ثالثها: أنّ قوله عليه السلام: «إمّا أن يحلف هو» ظاهر في ثبوت جميع الحقوق من الحلف و الردّ و البيّنة للمالك، و هو مخالف لقاعدة «البيّنة على المدّعى و اليمين على المدّعى عليه». و المصنف قدّس سرّه جعل هذه الفقرة مؤيّدة لكون المدار على قيمة يوم التلف، و موهنة لكون المدار على قيمة يوم الغصب.

و محصل كلامه: أنّه إذا اختلف الغاصب و المالك في قيمة العين المغصوبة و كانت العبرة بقيمة يوم المخالفة كان المالك مدّعيًا، لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل، و كان الغاصب منكرًا، لإنكاره تلك الزيادة.

و عليه فمقتضى القاعدة توجّه الحلف على الغاصب لا المالك. بل الواجب على المالك إقامة البيّنة على دعواه.

لكنّ الصحيحة تدلّ على كون كلّ من اليمين وإقامة البيّنة على المالك. وهذا خلاف المقرّر من كون البيّنة على المدّعي واليمين على المنكر، فإن كان المالك مدّعيًا فوظيفته إقامة البيّنة، لا اليمين. وإن كان منكرًا فوظيفته الحلف. فتوجيه الوظيفتين إلى المالك خلاف موازين القضاء.

فعلى القول بكون العبرة بقيمة يوم الغصب تكون الصحيحة مخالفة للقواعد من جهتين:

الأولى: أنّ دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل، فلا تتوجّه إليه اليمين.

الثانية: أنّ اليمين إذا توجّهت إلى المالك لم تسمع منه البيّنة، فكيف حكم الامام عليه السّلام بقبول كلا الأمرين من المالك؟

فلا- بدّ حينئذ من حمل الصحيحة على أنّ العبرة بقيمة يوم التلف، لا يوم الغصب، إذ يصحّ على مبنى يوم التلف توجّه كلا الأمرين إلى المالك. وذلك لأنّ الإمام عليه السّلام تعرّض في الفقرة المزبورة لصورتين من صور التنازع بين المالك والغاصب.

الصورة الأولى: اتّفاق المالك والغاصب على أنّ قيمة يوم الاكتراء كذا وكذا، ولكن اختلفا في تنزّله عن تلك القيمة يوم التلف، وعدم تنزله عن تلك القيمة، فإنّه حينئذ يجب الأخذ بقول المالك، لأنّ الغاصب يدّعي نقصان القيمة، والمالك ينكره، فيقدّم قول المالك مع يمينه، لكونه موافقا للأصل أي استصحاب قيمته السابقة.

مثلا إذا اتّفقا على أنّ قيمة البغل يوم الاكتراء عشرون دينارًا، لكن الغاصب يدّعي نقصانها إلى يوم التلف، وادّعى المالك بقاءها على حالها. فلا شبهة في كون قول المالك موافقا للأصل، فيقدّم مع يمينه. بخلاف قول الغاصب، فإنّه مخالف للأصل، فوظيفته إقامة البيّنة.

الصورة الثانية: أنّ يتفق المالك و الغاصب على أنّ قيمة يوم التلف متّحدة إجمالاً مع قيمة يوم المخالفة، لكنّهما اختلفا في تعيين تلك القيمة، بأن ادّعى المالك أنّ قيمته يوم المخالفة عشرون ديناراً، و ادّعى الغاصب أنّها عشرة دنانير. و من المعلوم أنّ المالك حينئذ يدّعي زيادة القيمة، فيجب عليه إقامة البيّنة على ذلك. أمّا الغاصب فهو منكر لتلك الزيادة، فيتوجّه عليه اليمين.

و الحاصل: أنّه بناء على حمل الصحيحة على كون المدار في تعيين القيمة على قيمة يوم التلف أمكن تصوير التغير بين إلزام المالك بالحلف، و بين إلزامه بإقامة البيّنة.

و أمّا بناء على كون المناط قيمة يوم الغضب، فتصوير التغير بين الأمرين بعيد جدّاً، لأنّه على هذا لا بد من حملها على صورة اتّفاق المالك و الغاصب على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة. أو على قيمة اليوم اللاحق ليوم المخالفة، ثم ادّعى الغاصب نقصان القيمة السابقة.

لكنّه خلاف الظاهر من الصحيحة، فلا يمكن الالتزام به، مع عدم القرينة عليه.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام المصنّف.

و يرد عليه: أنّ حمل الصحيحة على إرادة يوم التلف، ثم فرض توجّه الحلف في صورة، و توجّه البيّنة على المالك في صورة أخرى، خلاف الظاهر جدّاً، لاستلزامه فرض صورتين مغايرتين. مع أنّ ظاهر العطف ب «أو» هو التخيير في صورة واحدة بين الحلف و إقامة البيّنة. فجعل جملة «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك. أو يأتي صاحب البغل بشهود .. إلخ» مؤيّدَةً لإرادة يوم التلف - دون يوم المخالفة و الغضب - ممّا لا وجه له.

مضافاً إلى: إمكان فرض هاتين الصورتين بناء على كون العبرة بقيمة يوم الغضب أيضاً، بأن يكون المالك في إحداهما مدّعياً عليه البيّنة، و في أخراهما منكرها عليه اليمين.

كما إذا اتّفقا في قيمة يوم الاكتراء، و اختلفا في قيمة يوم الغضب، فإنّ المالك حينئذ

لادّعاءه الزيادة إلى يوم الغصب مدّع، والغاصب منكر. وإن ادّعى الغاصب تنزّل القيمة، وأنكره المالك انعكس الأمر، وصار المالك منكرا، والغاصب مدّعا.

لكن هذا الفرض أيضا خلاف ظاهر العطف بكلمة «أو» من التخيير في صورة واحدة، لا في صورتين متغايرتين.

مضافا إلى: أنه خلاف اتحاد زمني الاكتراء والغصب. وقد ظهر من الأبحاث المتقدّمة وحدة زمانهما.

فمقتضى الجمود على هذا الظاهر لزوم تخصيص عموم ما ورد من «أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر» بظاهر هذه الصحيحة من توجّه كلّ من الحلف والبيّنة على المالك في خصوص الدابة المغصوبة، أو في مطلق القيميّ المغصوب.

لكنّه في غاية البعد، إذ لم يعهد من أحد الالتزام بهذا التخصيص.

ولعلّه لأجل هذا البعد قال المحقق الايرواني: «إنّ قضيّة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر قضيّة واردة في المخاصمات. وفي مورد الرواية لم تفرض مخاصمة. بل الراوي سأل عن أنّه من يعرف قيمة البغل وهو تالف؟ فقال عليه السّلام: إمّا أنت أو هو، فيكون الحلف من كلّ منهما لأجل أن يدعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمة، لا لأجل إلزام خصمه المنكر له» (1).

وهذا ما تقتضيه أصالة العموم فيما إذا شكّ في التخصيص، بعد العلم بعدم كون شيء محكوما بحكم العام، والشك في كون خروجه عنه بالتخصيص أو التخصيص، فإنّه تجري أصالة العموم، ويثبت لازمها أعني به عدم فرديته للعامّ حتى يكون خروجه بالتخصيص. فإنّه لم يثبت في مورد الرواية الترافع إلى الحاكم حتى يندرج الحلف فيه في اليمين المعتبرة في ميزان القضاء، بل اندراجه فيها مشكوك فيه، فلا مانع من جريان أصالة العموم في دليل «كون اليمين على المنكر والبيّنة على المدّعي» وإثبات كون ما نحن فيه خارجا عن موضوع دليل العموم تخصّصا، لاختصاص ذلك باب الخصومات.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 102

فلا يرد: أنّ حمل الرواية على كون العبرة بقيمة يوم الغصب يستلزم مخالفة القواعد من ناحيتين: إحداهما: أنّ دعوى المالك زيادة القيمة مخالفة للأصل، فلا تتوجه إليه اليمين، بل وظيفته البيّنة.

ثانيتها: أنّه إذا توجّهت اليمين إلى المالك لم تسمع منه البيّنة. مع أنّ الامام عليه السّلام حكم بقبول كلّ من البيّنة واليمين من المالك، فلا بدّ من حمل الرواية على كون العبرة بقيمة يوم التلف.

ثم إنّ هذين الإشكالين إنّما يتوجّهان بناء على إرادة قيمة البغل من قوله: «فمن يعرف ذلك». وهو الذي أوقعهم في حيص وبيص من التخصيص أو التخصّص.

وأما بناء على إرادة قيمة ما بين الصّحيح والمعيب كما هو الظاهر، لأنّ الجملة المتضمّنة للسؤال عن تلف العين وضمّانها و الجواب عنها قد تمّت، و السائل بعد ذلك سأل عن ضمّان عيب العين مع بقائها، فأجاب عليه السّلام عنه بضمّان قيمة ما بين الصّحيح والمعيب. فقوله عليه السّلام: «من يعرف ذلك» ظاهر في الرجوع إلى قيمة البغل صحّيحاً ومعيباً، لا قيمة البغل من حيث هو كما كان ذلك مبنى كلماتهم.

وعلى هذا الاحتمال يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من قوله عليه السّلام: «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك» هو الحلف على قيمة البغل المعيب الموجود بين أيديهما. و من المعلوم أنّ في اختلاف قيمة المعيب يكون صاحب البغل منكراً، لأنّه يريد جلب النفع إلى نفسه، فينكر زيادة قيمة المعيب بخلاف الغاصب، فإنّه يريد دفع الضرر عن نفسه، فيدّعي زيادة قيمته.

مثلاً- إذا كان قيمة الصّحيح أربعين درهماً، و ادّعى الضامن أنّ قيمة المعيب ثلاثون درهماً، و أنكره المالك، و قال: «بل قيمته عشرون درهماً» فوظيفة المالك حينئذ اليمين، لأنّه منكر للزيادة التي يدّعيها الضامن، و هي العشرة، فيحلف أو يردّ الحلف إلى صاحبه.

و أمّا قوله عليه السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكرى كذا و كذا» فصريح في أنّ اختلافهما راجع إلى قيمة البغل حال الصّحّة لا حال العيب، و إن كان هذا الاختلاف لتشخيص ما به التفاوت بينهما. و من المعلوم أنّ القول في هذا

الاختلاف قول الضامن، لأنه ينكر الزيادة التي يدّعيها المالك. فإذا ادّعى المالك أنّ قيمة البغل صحيحا خمسون درهما، وأنكر الضامن، كان المالك مدّعيًا و الضامن منكرًا، فالرواية متعرّضة لصورتين من صور الدّعى:

إحدهما: اختلاف قيمة المعيب بعد اتّفاقهما على قيمة الصحيح، كما إذا اتّفقا على أنّ قيمة الصحيح أربعون درهما، و اختلفا في أنّ قيمة المعيب ثلاثون أو عشرون و حينئذ يكون المالك منكرًا لما يدّعيه الضامن من كون قيمته ثلاثين، و لذا يحلف أو يردّ الحلف إلى الضامن.

ثانيتهما: عكس الصورة الأولى، و هي صورة اتّفاقهما على قيمة المعيب كعشرين درهما، و الاختلاف في قيمة الصحيح كما إذا ادّعى المالك أنّها أربعون، و أنكر الضامن، و قال: بل ثلاثون، فحينئذ يكون المالك مدّعيًا، و لذا طوب بإقامة البيّنة.

فالمتحصّل: أنّه لا يلزم تخصيص قاعدة «البيّنة على المدّعي و اليمين على المدّعي عليه».

و يمكن حمل قوله عليه السّلام: «إمّا أن يحلف هو .. إلخ» على بيان طرق معرفة القيمة على حسب اختلاف حالات المالك و الغاصب، لا على بيان طرق حكم الحاكم بمقدار القيمة، كي يتعيّن حمل الكلام على بيان وظيفة الحاكم المنوطة بالبيّنة، ثم يمين المنكر، ثم اليمين المردودة.

فالغاصب إن كان جاهلًا - مع علم المالك - فأخباره مع يمينه حجّة. و إن كان الغاصب عالما و المالك جاهلًا فأخبار الغاصب مع يمينه حجّة و طريق إلى معرفة المالك بالقيمة. و إن كان كلاهما جاهلين بالقيمة فالبيّنة حجّة و طريق لهما. فلا تشمل الرواية صورة الترافع و التنازع إلى الحاكم حتى يلزم انخرام قاعدة: البيّنة على المدّعي و اليمين على المدّعي عليه.

كما أنّه قد تحصّل ممّا تقدّم: عدم دلالة الصحيحة - بقرتها - المزبورتين - على كون العبرة في ضمان القيميات بقيمة يوم الغصب. فالعبرة إمّا بقيمة يوم التلف، و إمّا بأعلى القيم.

لكن (1) يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الردّ، و العبرة حينئذ (2) بالعيب الموجود حال حدوثه، لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصّحة أو نقص (3) لم يسقط ضمان ما (4) حدث منه و ارتفع على (5) مقتضى الفتوى.

فهذا الاحتمال (6) من هذه الجهة (7) ضعيف أيضا (8)،

(1) غرضه قدّس سرّه تضعيف احتمال كون «اليوم» قيّدا للعيب، بتضعيف منشئه، و هو احتمال ازدياد العيب إلى يوم ردّ العين.

و محصّل التضعيف: أنّ احتمال ازدياد العيب- بعد حدوثه- معارض باحتمال نقصانه إلى يوم الردّ، كما إذا تصدّى الغاصب معالجة البغل و مداواته، فزال العيب أو نقص، فلو كانت العبرة في الأرش بالعيب الموجود حال ردّ البغل لزم عدم ضمان الغاصب شيئا بإزاء العيب، أو ضمانه قيمة أقلّ من قيمة العيب يوم حدوثه. مع أنّ المناط قيمة الأرش يوم حدوثه، على ما يظهر من فتاواهم من ضمان العيب، حتى إذا نقص أو زال بيد الضامن. و لأجل هذه الفتوى يشكل المصير إلى احتمال تعلق «يوم» بالعيب، بل المتعيّن تعلقه ب «عليك» هذا.

(2) أي: حين تناقص العيب وزواله تدريجا.

(3) المراد بنقصان المعيب نقص عيبه.

(4) المراد بالموصول هو العيب، أي: العيب الذي حدث في المغصوب، ثم ارتفع.

(5) متعلّق ب «لم يسقط» يعني: أنّ الدليل على استقرار أرش العيب حال حدوثه على عهدة ضامن العين هو فتوى الأصحاب.

(6) أي: احتمال كون «يوم» قيّدا للعيب، و هو الذي تقدّم بقوله: «و يحتمل أن يكون قيّدا للعيب .. إلخ».

(7) أي: من جهة فتوى الأصحاب بضمنان العيب الحادث مطلقا حتى إذا زال أو نقص.

(8) أي: كضعف ما تقدّم بقوله: «و أمّا قوله عليه السّلام في جواب السؤال عن إصابة العيب».

فتعيّن (1) تعلقه بقوله: «عليك» (2). والمراد: بقيمة ما بين الصّحّة و العيب: قيمة التفاوت بين الصّحّة و العيب، ولا تعرّض في الرواية ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغضب (3)، و يحتمل يوم حدوث العيب (4) الذي هو يوم تلف وصف الصّحّة، الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات و المعاوضات.

و حيث (5) عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه (6) و اللاحقة له في (7) اعتبار

(1) هذه نتيجة بطلان كلّ من تعلق «اليوم» ب «قيمة» و تعلقه احتمالاً ب «العيب».

(2) فمعناه حينئذ «عليك يوم ردّ العين قيمة ما بين الصّحّة و العيب» من دون تعرّض لزمان هذه القيمة، فيحتمل أن يكون زمان التقويم يوم الغضب، و يحتمل أن يكون يوم حدوث العيب، الذي هو يوم تلف وصف الصّحّة، و من المعلوم أنّ وصف الصّحّة جزء معنوي مقابل بجزء من الثمن، كالأجزاء الخارجيّة.

(3) لتبعية ضمان الأجزاء- التي منها وصف الصّحّة- لضمان يوم الغضب.

(4) يعني: إذا قلنا بضمان العين المضمونة التالفة بقيمة يوم التلف ترتّب عليه ضمان العيب بقيمة يوم حدوثه، لأنّه زمان تلف وصف الصّحّة الذي هو كالأجزاء الخارجيّة في الضمان

(5) يعني: أنّ جملة «عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب يوم تردّه» لمّا كانت مجمّلة، لدوران قيمة العيب بين قيمة يوم غضب العين و بين قيمة يوم حدوث العيب، و لم تكن منافية لاستظهار قيمة يوم الغضب، تعيّن رفع إجمالها بالرجوع إلى ما ورد في صدر الصحيحة و ذيلها ممّا يدلّ على ضمان قيمة يوم الغضب.

(6) أي: على قوله عليه السّلام: «عليك قيمة ما بين الصّحّة و العيب يوم تردّه» و المراد من الجملة السابقة قوله عليه الصلاة و السلام: «قيمة بغل يوم خالفته». و المراد بالجملة اللاحقة قوله عليه السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا» فإنّ ظاهر هاتين الجملتين اعتبار قيمة يوم الغضب.

(7) متعلّق ب «ظهور الفقرة».

يوم الغضب تعين حمل هذا (1) أيضا (2) على ذلك (3).

[تضعيف دلالة الصحيحة على اعتبار قيمة وقت الضمان]

نعم (4) يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة

(1) أي: جملة «عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه» والوجه في التعين هو لزوم حمل المجل على المبيّن.

(2) أي: كما حملنا جملة «يوم الاكتراء» على يوم الغضب، لعدم العبرة في باب ضمان العين المستأجرة بيوم الاكتراء.

(3) أي: على يوم الغضب. وبهذا يظهر عدم وجود معارض للصحيحة لإرادة يوم الغضب من الصّدر والذليل.

هذا تمام الكلام في ما استظهره المصنّف قدّس سرّه من ضمان يوم الغضب. وسيأتي تعرّضه لاستظهار ضمان يوم التلف.

تضعيف دلالة الصحيحة على اعتبار قيمة وقت الضمان

(4) استدراك على ما استظهره المصنّف قدّس سرّه - من فقرتي الصحيحة - من ضمان المغصوب بقيمة يوم الغضب. و غرضه تضعيف هذا الظهور، واستفادة ضمان قيمة يوم التلف وفاقا لجماعة.

و حاصل الاستدراك: أنّ الموهن لما استظهرناه من الصحيحة من اعتبار قيمة يوم الغضب هو: أنّ الحكم بضمنان يوم المخالفة مبني على ما هو الغالب في مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوما، لا لأجل خصوصية فيه، فلا يبقى للرواية ظهور في دخل خصوصية ليوم المخالفة كما هو المدعى.

لا- يقال: على هذا فما الوجه في العدول عن التعبير ب «يوم التلف» إلى التعبير ب «يوم المخالفة» مع إخلاله بالمقصود، لاحتمال كون المدار عليه.

فإنّه يقال: وجهه دفع توهم أمثال صاحب البغل من العوام، وهو كون العبرة بالقيمة التي اشترى بها البغل.

بأنه (1) لا يبعد أن يكون مبنى الحكم (2) في الرواية- على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية- من (3) عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوماً.

و يكون السر (4) في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام أن (5) العبرة بقيمة ما اشترى به البغل وإن نقص بعد ذلك، لأنه (6) خسره المبلغ الذي اشترى به البغلة.

(1) متعلق ب «يوهن» و بيان لوجه توهين ما تقدم من استفادة ضمان يوم الغضب من الصحيحة.

(2) و هو ضمان قيمة يوم الغضب، 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 اكتري كذا و كذا» لدلالة الجملتين على كون العبرة بقيمة يوم الغضب، كما تقدم مفصلاً.

(3) بيان ل «ما هو الغالب».

(4) هذا دفع دخل مقدر، تقدم بيانهما بقولنا: «لا يقال .. فإنه يقال ..» فغرض المصنف إسقاط خصوصية «يوم المخالفة» عن دخله في تقويم المضمون.

(5) الجملة في محل نصب على أنها بيان للضمير المنصوب في قوله: «يتوهمه» أو أنها مجرورة ب «من» البانية المبيّنة للموصول في «ما ربما».

يعني: أن صاحب البغل و عوام الناس يتخيّلون و يتوهمون ضمان التالف بثمنه الذي اشتروه حتى إذا نقص عنه بعده، لصيرورة البغل فارضاً قد ضعف عن السير عليه مسافة مديدة، فإنهم لا يعتنون بهذا النقص و يطالبون بثمن الاثراء. فأراد عليه الصلاة و السلام تنبيه المكاري على أنه لا يستحق ثمن الاثراء، وإنما يستحق قيمته الفعلية في يوم المخالفة و إن كان أقل بكثير من قيمة الشراء.

(6) تعليل لتوهم المكاري استحقاق قيمة الاثراء، يعني: لأنّ أباً ولأد- الذي اكتري البغل- أورد خسارة على المكاري، قدرها الثمن الذي بذله المكاري لشراء البغل.

هذا أصل توهين استظهار قيمة يوم الغضب، ثمّ أيده المصنف بأمرين، كما يأتي

و يؤيدّ التعبير (1) عن يوم المخالفة في ذيل الرواية ب «يوم الاكتراء» (2) فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث إنّّه يوم المخالفة (3).

إلا أن يقال (4): إنّ الوجه في التعبير ب «يوم الاكتراء» مع كون المناط يوم المخالفة (5) هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون

وإن ناقش في أولهما.

(1) هذا هو المؤيدّ الأوّل لإسقاط يوم المخالفة عن الموضوعيّة، يعني: و يؤيدّ كون الحكم - في الصحيحة - مبنياً على الغالب التعبير عن يوم المخالفة ب «يوم الاكتراء» كما تقدّم في الفقرة الثانية. ولو كان الحكم مترتباً على خصوص يوم المخالفة والغضب لم يكن وجهه للتعبير ب «يوم الاكتراء» حتى لو فرض اتّحاده مع يوم المخالفة. فالتعبير ب «يوم الاكتراء» مشعر بعدم اعتناء الامام عليه الصلاة والسلام بقيمة البغل في يوم المخالفة، وأنّ تعبيره عليه السّلام ب «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 الغضب من الصحيحة.

(2) أي: فإنّ في التعبير ب «يوم الاكتراء» إشعاراً بعدم موضوعيّة قيمة البغل يوم الغضب.

(3) بل من حيث كون القيمة في يوم المخالفة مساوية لها في يوم الاكتراء إلى يوم الرّد، و من هنا يصحّ التعبير عن قيمته بقيمة يوم الاكتراء و الرّد و المخالفة.

(4) غرضه الخدشة في التأييد و التحفّظ على كون «يوم المخالفة» ملحوظاً على نحو الموضوعيّة، و حاصله: أنّه مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يكون النكته في التعبير عنه ب «يوم الاكتراء» هي التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون البغل في يوم الاكتراء بمحضر المكارين، فيسهل الاطّلاع على قيمته.

بخلاف وقت المخالفة، لعدم حضورهم عند قنطرة الكوفة حتى يتيسّر تقويم البغل بالمراجعة إليهم. و عليه فالعبرة بقيمة المضمون في زمان الغضب، هذا.

(5) كما استظهره المصنّف من قوله عليه الصّلاة و السّلام: «قيمة بغل يوم خالفته».

البغل فيه غالباً (1) بمشهد من الناس و جماعة من المكارين (2). بخلاف زمان المخالفة من حيث (3) إنه زمان المخالفة.

فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبية على سهولة معرفة القيمة بالبيّنة. كاليمين (4) - في مقابل قول السائل (5): «و من يعرف ذلك؟» فتأمل (6).

(1) أي: في يوم الاكتراء.

(2) الذين هم خبراء بثمر البغال و الدوابّ.

(3) لما كان يوم الاكتراء و المخالفة واحدا في مورد الصحيحة، و كانت العبرة بقيمة يوم المخالفة، لزم تقييد «اليوم» عند ترتب حكم على حيثية المخالفة. فغرضه قدس سرّه من قوله: «من حيث إنه زمان المخالفة» أنّ مناط معرفة قيمة البغل يوم الاكتراء لا زمان المخالفة، فالعبرة في الضمان بيوم الغصب، و طريق معرفة القيمة إخبار المكارين الذين يسهل حضورهم في زمان الاكتراء، و يصعب في زمان المخالفة.

(4) يعني: كمعرفة القيمة باليمين في السهولة.

(5) يعني: في جواب سؤال أبي ولّاد، حيث قال عليه الصلاة و السلام: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك، أو يأتي صاحب البغل بشهود...».

(6) لعلّه إشارة إلى: أنّ الخدشة في المؤيّد - المتقدمة بقوله: «إلا أن يقال» - لا يوجب ارتفاع التوهين في أصل المطلب.

أو إلى: أنّ الخدشة في المؤيّد ممنوعة. و أنّ التعبير ب «يوم الاكتراء» موهن لاستظهار ضمان قيمة يوم المخالفة. و ما ذكر من «سهولة معرفة القيمة بالبيّنة و صعوبتها في يوم المخالفة» غير وجيه، لأنّه - بعد اقتران المخالفة زمانا بالاكتراء - يسهل معرفة قيمة البغل في كلّ من زمان الاكتراء و المخالفة، فلو كانت العبرة بيوم المخالفة تعيّن التعبير به.

و عليه فالتعبير ب «يوم الاكتراء» كاشف عن عدم موضوعية يوم المخالفة، هذا.

(1) هذا مؤيد ثان لكون الحكم في الرواية- من ضمان قيمة يوم المخالفة- مبنيًا على الغالب، لا لموضوعيته له. و حاصل وجه التأييد: أنّ قوله عليه السلام: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك .. إلخ» يدلّ على عدم خصوصية في تقويم البغل بيوم المخالفة، إذ لو كانت العبرة بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون قول المالك مقدّمًا على قول المستأجر، مع كون قوله مخالفًا للأصل، لأنّه يدّعي زيادة القيمة بعد الاكتراء، و هذه الدعوى مخالفة لأصالة براءة ذمّة الضامن، أو مخالفة لاستصحاب عدم الزيادة.

و لم يكن أيضًا وجه لقبول بيّنته، لأنّ من يقبل قوله فليس عليه البيّنة، بل البيّنة على صاحبه.

و بالجملة: فهذا كلّه مخالف لموازن القضاء، و موهن لظهور الصحيحة في كون العبرة بقيمة يوم الغصب.

و بتعبير آخر: أنّ الامام عليه الصّلاة و السّلام جعل طريق إثبات القيمة الزائدة التي يدّعيها المكاري- حتى تستقرّ على عهدة أبي ولّاد- أمرين، أحدهما:

الحلف، و الآخر: إقامة البيّنة. و جعل عليه السّلام طريق إثبات القيمة التي يدّعيها أبو ولّاد خصوص اليمين المردودة.

و عليه نقول: لو كانت العبرة بقيمة البغل يوم الغصب، أشكل تطبيق جواب الامام عليه الصّلاة و السّلام على موازين باب القضاء. أمّا أوّلا: فلأنّ مالك البغل مدّع لزيادة قيمته يوم الغصب على قيمته يوم الإكتراء بيمينه، و من المعلوم أنّ قوله مخالف لأصالة عدم الزيادة. و لا وجه لتقديم قوله بمجرد يمينه، لأنّ المتّبع في باب القضاء توجيه الحلف أوّلا إلى المنكر، فإن حلف ثبت قوله، و إن ردها إلى المالك فحلف ثبت قوله.

أيضا (1) قوله عليه السلام فيما بعد (2) في جواب قول السائل: «و من يعرف ذلك؟» قال: أنت و هو، أما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك. فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه. أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أن قيمة البغل يوم اكتري كذا و كذا، فيلزمك» الخبر، فإن (3) العبرة لو كانت بخصوص يوم

مع أنه عليه الصلّاة و السّلام قدّم قول المالك بحلفه على القيمة، فقال: «إما أن يحلف هو على القيمة ..».

و أمّا ثانيا: فلأنّ المقرّر في باب القضاء «البيّنة على المدّعي و اليمين على المنكر» فالوظيفة الأولى لكلّ منهما تغاير وظيفة الآخر، فعلى المدّعي إقامة البيّنة لإثبات مقصوده، و على المنكر اليمين للتخلّص من دعوى المدّعي. و من المعلوم عدم صدق عنواني «المدّعي و المنكر» على شخص واحد حتى تثبت دعواه بكلّ من اليمين و البيّنة. مع أنه عليه الصلّاة و السّلام جمع بين اليمين و البيّنة في حقّ المالك هذا.

و لا مخلص من هذين الإشكاليين إلّا بجعل العبرة بقيمة يوم التلف، إذ يمكن توجيه كلّ من تقديم قول المالك، و توجيه اليمين و البيّنة معا إلى المالك كما سيأتي بيانه قريبا إن شاء الله تعالى.

(1) يعني: كما تأيد الحكم- بضمّان قيمة يوم التلف- بالمؤيد الأوّل.

(2) يعني: بعد الفقرة الأولى، و هي قوله عليه الصلّاة و السّلام: «نعم قيمة بغل يوم خالفته».

(3) هذا تعليل لقوله: «و يؤيدّه أيضا» و بيان لوجه التأييد، و حاصله- كما عرفت تفصيله- أنّه لو كانت العبرة بضمّان قيمة يوم الغضب 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 امتناع كون شخص واحد مدّعيّا و منكرًا.

المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفا للأصل (1).

ثم لا وجه لقبول بيئته (2)، لأنّ من كان القول قوله، فالبيّنة بيّنة صاحبه.

و حمل (3) الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له

(1) أي: استصحاب عدم زيادة القيمة على قيمة ما قبل يوم المخالفة.

(2) أي: بيّنة المالك، و من المعلوم أنّ قبول بيئته مخالف لما تقرّر من أنّ من يقبل قوله لا تقبل بيئته، وإنّما تقبل من صاحبه.

(3) مبتدأ خبره «خلاف الظاهر» و الحامل هو صاحب الجواهر قدّس سرّه و قد بسط الكلام لشيئته، و لئلا يلزم طرح الصحيحة من جهة مخالفتها لموازين القضاء، قال قدّس سرّه:

«قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إرادة بيان أنّ ذلك طريق لمعرفة القيمة مع التراضي بينهما في ذلك، لا أنّ المراد بيان تقديم قوله مع عدم التراضي. وإلا لم يكن معنى لقوله عليه السّلام: أو يأتي بشهود، ضرورة عدم الحاجة إليهم في إثبات قوله، بناء على أنّ القول قوله .. إلى أن قال: فلا دلالة في الصحيح المزبور على فرض المسألة بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمّة الغاصب بالزائد و عدمه. بل إن لم يحمل على ما ذكرنا من التراضي بينهما على اليمين لم يكن معنى لقوله عليه السّلام: تعرفها أنت و هو، ضرورة كون المعرفة للمالك حينئذ، بناء على أنّ القول قوله. و ليس المراد من قوله عليه السّلام- فإن ردّ اليمين عليك- اليمين المردودة المصطلحة، إذ تلك إنّما هي على نفي ما يدّعيه المنكر، لا على إثبات ما يدّعيه الغاصب. فلا محيص حينئذ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه، وإلا نافي قواعد القضاء، فتأمل جيّداً، و الله العالم» «1».

و غرضه قدّس سرّه من هذا الحمل توجيه العمل بهذه الصحيحة بنحو لا ينافي ما تقرّر في باب القضاء من «أن البيّنة على المدّعي و اليمين على من أنكر» و ادّعى صاحب الجواهر عدم دلالة الصحيحة على كون مورد تقديم قول المالك و قبول بيئته- معا- هو إنكار الغاصب زيادة قيمة المغضوب، بل مورده التداعي. و أقام

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 224 و 225

ص: 520

قرائن داخلية على مدّعاه، و كان المناسب توضيحها تسهيلا للأمر على إخواننا المشتغلين أيّدهم الله تعالى. لكن لخوف الإطالة والخروج عن حدود التوضيح نقتصر على شرح ما لخصه المصنّف في المتن، فنقول وبه نستعين:

إنّ المراد بالحلف في قوله عليه الصّلاة و السّلام: «إمّا أن يحلف هو..» ليس الحلف الذي يكون ميزانا 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 إذعائه بالمحلوف عليه، كما يشاهد في مقام المعاملة، فيحلف البائع مثلا على أنّ المبيع كلّفه كذا دينارا، أو أنّه صرف عليه كذا مبلغا، 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 و لاد و المكارى في قيمة البغل، فلو ادّعى المكارى قيمة عليا و حلف عليها رضي أبو و لاد بها، و احتمال عدم تصديقه إيّاه بدون الحلف.

و على هذا فلا ربط للحلف المذكور في الصحيحة باب 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 المماكسة عند المعاملة لم يكن وجه لتعبير الامام عليه الصّلاة و السّلام: «فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه» لأنّ ظاهر «الردّ» هو كون الحلف حقّا للمالك ابتداء، و أنّ الحاكم الشرعيّ يأمر المالك بالحلف، فإنّ أبي منه و جّاه 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 (1) فيه من دون (2) محاكمة. و التعبير (3) برّد [برده] اليمين على الغاصب من جهة أنّ المالك أعرف بقيمة بغله، فكان الحلف حقًا له ابتداء خلاف (4) الظاهر.

قلت: التعبير ب«ردّ اليمين» لا ينافي إرادة الأيمان المتعارفة بين الناس، وذلك لخصوصيّة في هذه القصّة، و هي أنّ تقديم قول المكاري-بضميمة حلفه على القيمة- ناش من كونه أعرف بقيمة بغلة من غيره، فلذا حكم الامام عليه الصّلاة و السّلام بتوجّه اليمين إليه أولاً، فإن حلف ثبتت القيمة العليا في ذمّة أبي ولّاد، و إن ردّ اليمين عليه، فحلف على القيمة النازلة لزم على المكاري قبولها.

و الحاصل أنّه: لا مانع من حمل الحلف في الصحيحة على الحلف المتعارف بين الناس، و لا يراد به الحلف المعتبر في فصل الخصومة حتى يشكل استظهار قيمة يوم الغصب من الصحيحة.

(1) الضمير المستتر راجع إلى المحلوف له و هو أبو ولّاد، و الضمير البارز راجع إلى الحالف و هو المكاري. و ضمير «فيه» راجع إلى «المحلوف عليه» المستفاد من العبارة، و المراد به قول المكاري.

(2) متعلّق ب«يرضى» يعني: أنّ الطرف الآخر يرضى بما يحلفه الحالف، و لا حاجة إلى مراجعة المحكمة للحلف فيها.

(3) مبتدأ خبره قوله: «من جهة» و تقدّم توضيح الدخّل و جوابه بقولنا:

«إن قلت .. قلت».

(4) خبر قوله: «و حمل» و ردّ له. و حاصل الردّ: أنّ شأن الإمام عليه الصّلاة و السّلام بيان الحكم الشرعيّ الكلّي، و القانون العامّ لحلّ المنازعة بين المكاري و أبي ولّاد، و ليس عليه السّلام بصدّد إرجاعهما إلى ما تعارف بين الناس لحلّ المرافعة، إذ لا عبرة بها لو لم تنطبق على الموازين الشرعيّة. هذا ما أفاده المصنّف قدّس سرّه و قد بيّن في التعليقة ما يتعلّق به، فراجع.

فتحصل: أنّ المؤيّد الثاني لضمان قيمة يوم التلف- دون قيمة يوم المخالفة- سليم عن الخدشة المتقدّمة.

(1) هذا مرتبط بقوله: «فإن العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة» و تتمّة للمؤيد الثاني، و حاصله: أنّ مدلول الصحيحة إن كان ضمان قيمة يوم التلف لم يلزم خرق قواعد باب القضاء أصلا، لإمكان حمل حكمه عليه الصلّاة و السّلام «بتقدّم قول المكارى يمينه» على صورة من صور نزاعهما في قيمة البغل، و حمل حكمه صلوات الله و سلامه عليه بقبول بينته على صورة أخرى.

توضيحه: أنّ اختلاف المكارى و أبي ولّاد في قيمة البغل يفرض تارة فيما إذا اتّفقا على قيمته يوم المخالفة بأن كانت خمسين درهما مثلا، و ادّعى أبو ولّاد نقصان ثمنه يوم التلف بأن صارت أربعين درهما، و أنكر المكارى هذا النقص، فيحمل قوله عليه الصلّاة و السّلام: «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك» على هذه الصّورة، و هو مطابق لقاعدة «البينة على المدّعي و اليمين على من أنكر» و حيث إنّه لا بينة لأبي ولّاد على دعوى نقصان القيمة يتجه قبول قول المكارى يمينه، لموافقته لاستصحاب بقاء قيمة البغل على حالها.

و أخرى فيما إذا اتّفقا على عدم تغيير قيمته السوقية من زمان الغصب إلى زمان التلف، و إمّا اختلفا في قيمته السابقة، فالمكارى يدّعي أنّها خمسون درهما، و الغاصب ينكره و يقول إنّها أربعون درهما. و يحمل قوله عليه الصلّاة و السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود ..» على هذه الصّورة، لكون الغاصب منكرا للزيادة، و يطابق قوله للأصل، و المكارى مدّعي للزيادة، و عليه إقامة البينة على أنّ قيمة البغل خمسون درهما، و ليس في هذا مخالفة لقانون القضاء «البينة على المدّعي» بل هو مصداق للقاعدة المسلّمة.

و ثالثة فيما إذا اتّفقا على قيمة البغل يوم الغصب و أنّها خمسون درهما مثلا، و ادّعى المالك ارتفاعها إلى ستين درهما يوم التلف، و أنكر الغاصب هذا الارتفاع، و أنّ القيمة لم تزد على الخمسين. و هذه الصّورة و إن لم تذكر في الصحيحة، لكن يعلم

فإنه (1) يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على (2) ما إذا اختلفا في تنزيل القيمة يوم التلف، مع اتفاهما أو الاطلاع (3) من الخارج على قيمته سابقا. ولا شك حينئذ (4) أن القول قول المالك.

و يكون سماع البيّنة (5) في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقا مع

حكمها من حكم الصورة الأولى، فيحلف الغاصب على نفي زيادة القيمة، وإن نكل ورد اليمين على المكاري و حلف على ارتفاع القيمة، استقرّ على عهدة الغاصب حينئذ.

فالنّيجة: أنّ الصّحيحة إن دلّت على اعتبار قيمة يوم الغصب لزم إمّا مخالفة قواعد القضاء كما عرفته مفصّلا، وإمّا حملة على فرد نادر من موارد النزاع كما سيأتي توضيحه قريبا. وإمّا على التّعبد كما سيأتي أيضا. وإن دلّت على ضمان قيمة يوم التلف كان قبول قول المكاري يمينه و قبول بيّنته مطابقا لموازن القضاء، بعد حمل مورد الحلف على صورة، و مورد البيّنة على صورة أخرى، هذا.

(1) هذا تقريب مطابقة الصحيحة لموازن باب القضاء بناء على أمرين:

أحدهما: كون العبرة بقيمة يوم التلف.

ثانيهما: التفكيك بين موردي تقدّم قول المالك يمينه، و بين قبول يمينه، كما عرفت.

(2) متعلّق ب «أن يحمل».

(3) يعني: أنّ اتفاهما على القيمة السابقة إمّا لعلمهما بها، وإمّا لاستعلام القيمة من الخبراء و المقومين.

(4) أي: حين اتفاهما على قيمته سابقا. و الوجه في تقديم قول المالك حينئذ هو إنكاره لما يدّعيه الغاصب من نقصان قيمة المعيب.

(5) هذه صورة ثانية من صور نزاعهما في قيمة البغل. و في هذا الفرض تكون وظيفة المالك إقامة البيّنة، و لا مورد ليمينه و لا ليمين الغاصب، و قد عرفت توضيحه بقولنا: «و اخرى فيما إذا اتفقا على عدم تغيير قيمته السوقية .. إلخ».

اتَّفَقَهما على بقاءه عليها إلى يوم التلف، فيكون (1) الرّواية قد تكفّلت بحكم صورتين من صور تنازعهما. ويبقى بعض الصور، مثل: (2) دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة (3). ولعلّ حكمها- أعني حلف الغاصب- يعلم من حكم عكسها (4) المذكور في الرّواية.

و أمّا على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة فلا بدّ (5) من حمل

(1) هذا متفرّع على ما تقدّم من حمل مورد قبول حلف المالك على الصّورة الاولى، و حمل مورد قبول بيّنته على الصّورة الثانية.

(2) هذه هي الصّورة الثالثة من صور النزاع، وقد تقدّم توضيحها أيضا.

(3) يعني: عن قيمة يوم المخالفة، المتفق عليها بينهما.

(4) أي: الصّورة الاولى، و هي اختلافهما في تنزّل القيمة- يوم التلف- عن قيمتها السّابقة المتفق عليها.

هذا كلّه في توجيه الصّحيحة بناء على كون العبرة بقيمة يوم التلف.

(5) غرضه من هذا الكلام إلى الشروع في استفادة ضمان أعلى القيم هو توجيه الصّحيحة بناء على دلالتها على ضمان قيمة يوم المخالفة، بذكر وجهين، و المناقشة فيهما.

توضيح الوجه الأوّل: أنّه يمكن تطبيق الصحيحة على قاعدة «الحلف وظيفه المدّعى عليه، و البيّنة وظيفه المدّعي» بحمل قوله عليه الصّلاة و السّلام: «إما أن يحلف هو فيلزمك» على صورة من صور النزاع، و هي ما إذا اتَّفقا على قيمة البغل في اليوم السابق على يوم المخالفة، بأن كانت خمسين درهما، ثم اختلفا في قيمته يوم المخالفة، بأن ادّعى الغاصب نقصانها يوم المخالفة إلى أربعين درهما، و ادّعى المالك بقاءها على الخمسين درهما، إذ يكون المالك حينئذ منكرًا، لموافقة قوله لأصالة عدم النقصان، فيتّجه قبول قوله مع يمينه.

و كذا الحال لو اتَّفقا على قيمة البغل في اليوم اللاحق ليوم المخالفة، و هي خمسون درهما، و لكن الغاصب يدّعي كونها في يوم المخالفة أربعين، فيتّجه قبول يمينه، لموافقة قوله للاستصحاب القهقرائيّ الدالّ على كون قيمته يوم المخالفة خمسين درهما.

الرّواية على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السّابق على يوم المخالفة، أو اللاحق له (1)، و ادّعى الغاصب نقصانه عن تلك (2) يوم المخالفة. و لا يخفى بعده (3).

و أبعد منه (4) حمل النّصّ على التّعبد، و جعل حكم خصوص الدّابة

و الحاصل: أنّه بناء على حمل الصحيحة على هذه الصورة من صورة النزاع لا يلزم مخالفة قاعدة القضاء. لكن ردّه المصنّف قدّس سرّه بالبعد، و سيأتي توضيحه كما سيأتي توضيح الوجه الثاني إن شاء الله تعالى.

(1) أي: ليوم المخالفة.

(2) أي: عن تلك القيمة المتّفق عليها، و الظرف منصوب ل «نقصانه» أي: وقع النقصان في يوم المخالفة.

(3) لعلّ وجهه عدم ابتلاء الغاصب بالبغل قبل المخالفة ليتمسّى منه موافقة المكاري على قيمته قبل الاكتراء، فيلزم حينئذ حمل الصحيحة على فرد نادر، لأنّهما لو اتّفقا على قيمة البغل قبل المخالفة بيوم- أو بعدها كذلك- كانت دعوى الغاصب نقصان القيمة في يوم المخالفة بعيدة جدّاً، إذ ليست البغال كسائر أموال التّجارة التي تتغيّر أسعارها و أثمانها تغييراً فاحشاً في يوم أو يومين.

و حيث كان هذا الحمل بعيداً كان الأولى حملها، على الصّورتين المتقدّمتين المبتنيتين على ضمان يوم التلف.

(4) أي: من حمل الرّواية على ما إذا اتّفقا .. و هذا التّوجيه الثاني يستفاد من فتوى شيخ الطائفة قدّس سرّه في موضعين من النهاية، و لا بأس بنقل كلامه فيهما تسهيلاً للأمر على إخواننا أعزّهم الله تعالى.

فنقول: قال- في باب بيع الغرر و المجازفة و ما يجوز بيعه و ما لا يجوز- ما لفظه:

«و من غصب غيره متاعاً، و باعه من غيره، ثمّ وجده صاحب المتاع عند المشتري كان له انتزاعه من يده. فإن لم يجده حتى هلك في يد المبتاع رجع على الغاصب بقيمته يوم غصبه إيّاه .. فإن اختلف في قيمة المتاع كان القول قول صاحبه مع يمينه بالله تعالى» «1».

(1) النهاية، ص 402

ص: 526

ووجهه المحقق بقوله: «إنّما كان القول قول المالك، لأنّ الثابت في الدّمة هو الشيء المغصوب، فإذا ادّعى الغاصب أنّ القدر المدفوع هو قيمته، وأنكر المالك، كان القول قوله، لأنّ الغاصب يدّعي خلاص ذمّته ممّا هو ثابت فيها بالقدر المدفوع، وأنّ القدر هو قيمة ما في الدّمة. وعلى هذا التخريج لا تكون هذه الصورة خارجة عن الأصل» (1).

هذا كلّه فيما اختاره شيخ الطائفة في بيع المغصوب في كتاب المتاجر.

وقال في باب الإجارة- في من اكرى دابة على أن يركبها إلى موضع مخصوص، فتجاوزه- ما لفظه: «و متى هلكت الدابة- والحال ما وصفناه- كان ضامنًا لها، ولزمه قيمتها يوم تعدّى فيها. فان اختلفا في الثمن كان على صاحبها البيّنة، فإن لم تكن له بيّنة كان القول قوله مع يمينه. فإن لم يحلف وردّ اليمين على المستأجر منه لزمه اليمين، أو يصطلحان على شيء. والحكم فيما سوى الدابة فيما يقع الخلف فيه بين المستأجر والمستأجر منه، كانت البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه» (2).

وهذا الكلام صريح في اختصاص الدابة المغصوبة بحكم، وهو الجمع بين مطالبة البيّنة من المالك، ثم قبول قوله مع اليمين. والوجه فيه- كما صرح به المحقق في نكت النهاية (3)- العمل بصحيفة أبي ولاد. فتكون مخصّصة لقاعدة «البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه» وأما غير الدابة مما يقع الخلاف في ثمنه فمشمول لعموم القاعدة.

وقد ظهر بما نقلناه من كلمات الشيخ والمحقق قدّس سرهما اختلاف كلامي الشيخ في بابي البيع والإجارة، ففي بيع المغصوب حكم بتقديم قول المالك مطلقًا، سواء أكان المغصوب دابة أم غيرها. وفي باب الإجارة خصّ الحكم بالدابة المغصوبة

(1) النهاية ونكتها، ج 2، ص 179

(2) النهاية، ص 446

(3) النهاية ونكتها، ج 2، ص 280 و 281

و اليمين على من أنكرك» كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة والغضب (1).

عملاً بصحيفة أبي ولاد. ولأجل هذا الاختلاف عبّر المصنّف ب «أو» فقال:

«خصوص الدّابة أو مطلقاً».

إذا أتضح ما ذكرناه- من صحّة نسبة هذا الحمل إلى شيخ الطائفة قدّس سرّه- 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. و ليست أحكاماً كليّة آية عن التخصيص.

و حيث كانت صحيفة أبي ولاد جامعة لشرائط الحجّية تعيّن تخصيص القاعدة المقرّرة في باب القضاء بها، و يقال: إنّ النزاع في ثمن الدّابة المغصوبة مختصّ 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 قدّس سرّه في هذا الحمل بأنّه أبعد من الحمل السابق. و لعلّ وجه الأبعدية عدم ذهاب أحد إلى التعبدّ و تخصيص قاعدة «البيّنة على المدّعي ..» مع كون تخصيص العامّ جمعاً عرفياً واضحاً. و يكفي لإثبات عدم عرفيّة هذا التخصيص إعراض جماعة ممّن نقل فتوى الشيخ عنه، و اعتراضهم عليه كابن إدريس و المحقّق و العلامة و غيرهم «1» قدّس الله أسرارهم.

(1) المراد من الغضب هو بيع المغصوب، لا باب الغضب.

هذا تمام الكلام في ترجيح استظهار ضمان المغصوب بقيمة يوم التلف من صحيفة أبي ولاد، و عدم وفائها بإثبات ضمان يوم الغضب. و سيأتي الكلام في استظهار ضمان أعلى القيم من الصحيفة.

(1) راجع: السرائر، ج 2، ص 465؛ شرائع الإسلام، ج 2، ص 187، المسألة الثانية؛ مختلف الشيعة، ج 6، ص 150؛ مسالك الأفهام، ج 5، ص 221.

ص: 528

وأضعف من ذلك (1) الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين

ج: القول الثالث: ضمان أعلى القيم

(1) المشار إليه هو الاستشهاد بالصحيحة على كون العبرة بقيمة يوم الغضب.

وقد نبّه على ضعفه بقوله: «نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحة بأنه لا يبعد .. إلخ».

واستدلّ على ضمان أعلى القيم من يوم الغضب إلى التلف بوجه:

أولها: صحيحة أبي ولّاد، على ما صرح به الشهيد الثاني قدّس سرّه وإن لم يذكر تقريب دلالة الصحة على ذلك. قال في المسالك في عدّ الأقوال المذكورة في ضمان القيمي: «و ثانيها: ضمان القيمة يوم التلف .. وهذا القول قويّ. إلا أنّ في صحيحة أبي ولّاد- فيمن اكرى البغل و تجاوز به محلّ الشرط- ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين. ولولاها لما كان عن هذا القول عدول» (1).

وقوى هذا القول في شرح اللمعة «لمكان هذا الخبر الصحيح».

ولكنّه قدّس سرّه استدلّ بالصحيحة- قبل سطر- على ضمان قيمة يوم الغضب، حيث قال: «وفي صحيح أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام في اكرى البغل و مخالفة الشرط ما يدلّ على هذا القول» (2).

و كيف كان فيمكن أن يكون نظره- في دلالة الصحة على قيمة زمان الغضب- إلى الظهور البدويّ في جملة «نعم قيمة بغل يوم خالفته» كما في مفتاح الكرامة (3).

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 186؛ الروضة البهية، ج 7، ص 43 و 44؛ و حكاة عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج 6، ص 244.

(2) الروضة البهية، ج 7، ص 42.

(3) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244.

وقد تقدّم بيان المصنّف قدّس سرّه في كَيْفِيَّةِ الدَّلَالَةِ.

وأما دلالة الصّحيحة على ضمان أعلى القيم من زمان الغضب إلى التلف فلم بيّنها الشهيد الثاني قدّس سرّه ويمكن توجيهها بوجهين.

أحدهما: استفادة الحكم من جملة «نعم قيمة بغل يوم خالفته» بإلغاء المعنى الحدّثي، وإرادة المعنى الاسمي على ما سيأتي توضيحه في التعليقة. ولعلّ هذا الوجه ظاهر الجواهر، حيث قال قدّس سرّه: «اللهم إلا أن يقال: إنّه بناء على تعلّق الظرف بالفعل المستفاد من قوله: نعم، يكون المراد أنّ ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذ. بل إن جعل متعلقا بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضا، لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين، فيكون الحاصل: أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة» (1).

ثانيهما: استفادة الحكم من مجموع الجملتين، وهما: قوله عليه السّلام: «قيمة بغل يوم خالفته» وقوله عليه السّلام: «عليك قيمة ما بين الصّحّة والعيب يوم تردّه». بتقريب: أنّ القيمة المضمونة ليست خصوص قيمة يوم الغضب، بل المستقرّ على ذمّة أبي ولاد- عند تعيّب البغل- هو إحدى القيم من زمان الغضب إلى زمان التلف، أو إلى ردّه معييا إلى المكاري. ومن المعلوم اقتضاء إطلاق القيمة بين هذين الوقتين ضمان الجامع بين القيم، وأداء هذا الجامع منوط بدفع الأعلى.

فلو كان ثمن البغل يوم المخالفة خمسين درهما مثلا، ثم ارتفع إلى ستّين، و تنزّل إلى أربعين، وكان في يوم تلفه أو يوم ردّه معييا خمسا و أربعين كان على عهدة الضامن ستّون درهما، لإطلاق قوله عليه السّلام «عليك قيمة ما بين الصّحّة والعيب» لاستقرار القيمة العليا بمجرد ارتفاع القيمة في الفترة بين الغضب والرّد، أو بين الغضب والتلف. ولا- تفرغ الذمّة بأداء القيمة النازلة، لعدم كونها جامعة بين القيم المختلفة في المدة التي كانت العين تحت يد الغاصب.

(1) جواهر الكلام؛ ج 37، ص 104.

الغضب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني، إذ (1) لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجّه دلائلها على هذا المطلب (2).

نعم استدّلوا على هذا القول (3) بأنّ العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته.

وفيه (4) أنّ ضمانها

(1) تعليل لقوله: «و أضعف» و التعبير به إنّما هو لعدم الظفر بوجه دلالة الصحيحة على ضمان أعلى القيم، و هذا بخلاف دلائلها على ضمان يوم الغضب، فإنّها ليست ببعيدة، و لذا استظهره جماعة كالفاضل النراقي وغيره، و كذا المصنّف في بادئ الأمر، و إن عدل عنه إلى ترجيح اعتبار قيمة يوم التلف.

(2) قد وجّهه صاحب الجواهر قدّس سرّه كما أشرنا إليه آنفا، لكنه ضعّفه لكونه ضمانا تقديريا لا تحقيقيّا، فراجع.

(3) كذا في مفتاح الكرامة و الجواهر «1» أيضا، و المستدلّ بهذا الوجه جماعة، منهم الفاضل المقدّاد و ابن فهد الحلّي قدّس سرّهم. و كذا الشهيد الثاني «2»، إلاّ أنّه ناقش فيه و اعتمد على صحيحة أبي ولّاد، فراجع المسالك.

و كيف كان فحاصل هذا الوجه الثاني القول بضمان أعلى القيم بين الغضب و التلف هو: أنّ العين مضمونة في جميع أزمنة الغضب و المخالفة، و من تلك الأزمنة زمان ارتفاع قيمتها، و لا تفرغ الدّمة بدفع قيمة يوم الغضب أو يوم التلف لو كانت أقلّ القيم في هذه المدّة، لفرض اشتغال الدّمة بالقيمة العليا.

(4) هذا ردّ الوجه المزبور لإثبات ضمان أعلى القيم بين الغضب و التلف، و هو مذكور- مختصرا- في كلام الشهيد الثاني و السيّد العامليّ و صاحب الجواهر «3» قدّس سرّهم،

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244؛ جواهر الكلام، ج 37، ص 104

(2) لاحظ: التنقيح الرائع، ج 4، ص 70، المهذب البارع، ج 4، ص 252، مسالك الأفهام، ج 12، ص 187.

(3) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 244، جواهر الكلام، ج 37، ص 104، مسالك الأفهام، ج 12، ص 187.

في تلك الحال (1) إن أريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم، إذ تداركه لا يكون إلا بذلك، لكن المفروض أنها (2) لم تتلف فيه.

وإن أريد به استقرار قيمة ذلك الزمان (3) عليه فعلا (4) وإن تنزلت بعد ذلك، فهو (5) مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين.

وحاصله: أنه إن أريد بضمان العين في أزمنا الغصب وجوب قيمة ذلك الزمان على تقدير تلفها فيه، فهو مسلم، إذ تداركها حينئذ منحصر بذلك. لكنّه خلاف المفروض، لأنّها لم تتلف، وهذا الضمان التقديري لم يصرف فعلياً.

وإن أريد به أنّ قيمة ذلك الزمان قد استقرت عليه و ثبتت على عهده فعلا- وإن لم تتلف العين و تنزلت قيمته بعد ذلك- فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين.

وإن أريد به استقرار القيمة على الغاصب بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف،- يعني: إن تلفت العين كان ارتفاع القيمة مضمونا، وإن لم تتلف وردها على صاحبها لم يضمن تلك القيمة العليا- قلنا: إنّ هذا الاحتمال وإن لم يخالف اتفاقهم على عدم ضمان ارتفاع القيمة لو ردّ العين، إلا أنّ الموهن للالتزام به هو مخالفته لأصالة براءة الذمّة عن القيمة المرتفعة، و المفروض عدم وجود حجة على اشتغال الذمّة بتلك القيمة العليا.

وبهذا ظهرت الخدشة في استدلال الجماعة على ضمان أعلى القيم.

(1) أي: في حال ارتفاع القيمة.

(2) أي: أنّ العين لم تتلف في زمان ارتفاع قيمتها حتى تضمن بتلك القيمة المرتفعة، و عليه فضمن هذه القيمة تقديري، يعني: لو تلفت العين في ذلك الزمان لكانت مضمونة بتلك القيمة العليا.

(3) أي: الزمان الذي ارتفعت فيها قيمة العين المضمونة.

(4) هذا و «عليه» متعلقان ب «استقرار» أي: استقرار القيمة العليا على الضامن لمجرد ارتفاع القيمة في بعض الأزمنة وإن تنزلت بعده.

(5) جواب قوله: «وإن أريد به».

وإن أريد استقرارها (1) عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو (2) وإن لم يخالف الاتفاق، إلا أنه (3) مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل (4) عدا ما حكاه في الرياض «1» عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحهما من قاعدة نفي الضرر الحاصل (5) على المالك. وفيه (6) نظر، كما اعترف به بعض من تأخر.

(1) أي: استقرار القيمة المرتفعة على الضامن لمجرد الارتفاع، لكنّها منوطة بالشرط المتأخر، وهو التلف في زمان تنزل القيمة.

(2) أي: فاستقرار القيمة العليا وإن لم يخالف الاتفاق - إذ معقد الاتفاق على عدم ضمان ارتفاع القيمة إنما هو مع رد العين، وأمّا مع التلف فلا اتفاق على عدم ضمانه - إلا أنّ وجوب أعلى القيم مخالف لأصالة البراءة.

إلا أن يقال - كما عن الوحيد البهبهاني قدس سرّه - بجريان قاعدة نفي الضرر عن المالك، الحاكمة على أصل البراءة.

(3) أي: أنّ استقرار ارتفاع القيمة مخالف لأصالة البراءة المقتضية لعدم اشتغال الذمة بالقيمة العليا.

(4) أي: شاغل لذمة الضامن.

(5) صفة للضرر، ووجه تضرر المالك هو عدم تمكنه من العين في زمان ارتفاع قيمتها، ومن المعلوم أنّ الضرر منفي في الشريعة.

(6) أي: وفي كون نفي الضرر شاغلا للذمة بأعلى القيم نظر، كما اعترف صاحب الجواهر بهذا النظر، حيث قال - في ذيل بيان وجه تردد المحقق قدس سرّه في اعتبار زيادة القيمة ونقصانها بعد التلف - ما لفظه: «و لعلّه لذا قيل: إنّ وجه القول قاعدة الضرر، وذلك لأنّ عدم تمكنه منها حين ارتفاع القيمة ضرر عليه، وتقويت لتلك المنفعة العليا، و من هنا كان خيرة العلامة الأكبر الآغا محمد باقر البهبهاني قدس سرّه فيما

(1) رياض المسائل، ج 2، ص 304

ص: 533

نعم (1) يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع

حكى عنه. إلا أنّك قد عرفت فيما تقدّم اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته وإن ردّ العين نفسها، وهو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية» (1).

وحاصله: أنّ الضامن مكلف بأداء العين ما دامت موجودة مهما كانت قيمتها، ولم تشتغل ذمته بالبدل حتى تقتضي قاعدة نفي الضرر الاشتغال بأعلى القيم.

هذا تمام الكلام في الوجه الثاني مما استدللّ به على ضمان أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف، وسيأتي تقريبه بوجه آخر يمكن جعله وجهًا ثالثًا للحكم.

(1) هذا استدراك على مناقشته في الوجه الثاني بقوله: «وفيه أنّ ضمانها في تلك الحال ..» وغرضه تقريب الوجه المزبور ببيان آخر يسلم عن المناقشة، وحاصله:

وحدة مناط الضمان في الحيلولة والتلف، توضيحه: أنّ العين المضمونة لو تلفت حين ارتفاع قيمتها تضمن قيمتها العليا، لكون زمان التلف وقت اشتغال الذمة بالبدل بعد ما كانت مشغولة بالعين.

والوجه في الضمان حرمان المالك عن العين وعدم تمكّنه من الانتفاع بماله.

وهذا المنطوق موجود في صورة بقاء العين في يد الضامن حين ارتفاع قيمتها، فإنّها وإن لم تتلف، لكنّ حيلولة الضامن بين المالك وملكه، ومنعه عن التصرف فيه موجبة لضمان القيمة المرتفعة وإن كان تلفها في زمان تنزّل قيمتها.

نعم لا يقتضي هذا الوجه ضمان أعلى القيم لو ردّ الضامن العين إلى المالك في زمان تنزّل القيمة، وذلك لأنّ ردّ العين يوجب تدارك تلك القيمة العليا، ولو لا هذا التدارك لزم ردّ التفاوت - بين القيمة الفعلية وأعلى القيم - عند ردّ العين. هذا محصل التوجيه، وسيأتي في المتن مزيد توضيح له.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 105.

ص: 534

الأزمة- بأن (1) العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار ماليّتها مقومة بتلك القيمة (2)، فكما أنه إذا تلفت حينئذ (3) يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها (4) و بين المالك حتى تلفت، إذ (5) لا فرق- مع عدم التمكّن منها- بين أن تلف أو تبقى.

نعم (6) لو ردّت تدارك تلك الماليّة بنفس العين. و ارتفاع (7) القيمة السوقيّة أمر اعتباريّ لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالا، وإنّما هو مقوم لماليّة المال، و به تمايز الأموال كثرة وقلّة.

(1) متعلّق ب «توجيه» و بيان له.

(2) أي: القيمة المرتفعة.

(3) أي: حين صيرورة ماليّة العين مقومة بتلك القيمة العليا.

(4) أي: بين العين و بين المالك.

(5) تعليل لوجوب تدارك العين بالقيمة العليا.

(6) استدراك على ضمان القيمة العليا، يعني: أنّ مناط ضمان أعلى القيم وإن كان موجودا في صورة بقاء العين عند الغاصب، إلا أنّ ردّ العين- في زمان تنزل القيمة- جابر لتلك القيمة العليا.

(7) هذا دفع دخل، حاصله: أنّ القيمة المرتفعة لو كانت مضمونة لم يختلف الحال بين بقاء العين- و ردّها بعد ذلك- و بين تلفها، فكيف حكم الماتن بتدارك القيمة العليا برّد العين و عدم ضمانها؟

و حاصل الدّفع: أنّ ارتفاع القيمة السوقيّة أمر اعتباريّ غير مضمون، وإنّما المضمون هو العين المتموّلة التي استولى عليها الضامن. و هذا الأمر الاعتباريّ ليس بمال حقيقة، بل يكون مقوما 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 (1): أن للعين في كلّ زمان من أزمنة تفاوت قيمته مرتبة من المائيّة أزيلت يد المالك منها، وانقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن (2). و إن تلفت استقرت عليها تلك المراتب، لدخول الأدنى تحت الأعلى (3). نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث إنّه يضمن الأعلى منها (4).

و الثلج في الشتاء.

ففي المقام يفصل بين تلف العين وبقائها، فإن تلفت في زمان ارتفاع قيمتها ضمن قيمتها حين التلف. و إن بقيت و نقص قيمتها و ردها إلى المالك لم يضمن ارتفاع قيمتها، و إن كان مناط الضمان - و هو حرمان المالك عن ماله في زمان أعلى القيم - موجودا في حالتي البقاء و التلف.

(1) يعني: و حاصل توجيه الاستدلال على ضمان أعلى القيم هو: أن للعين .. إلخ.

(2) لما تقدّم من أن ارتفاع القيمة و رغبة العقلاء و إن كان مقوماً لمائيّة المال، إلا أن المضمون هو المال، لا المائيّة، فلا يضمن أعلى القيم لورد العين إلى مالِكها.

(3) فلا يلزم الجمع بين القيمة العليا و المتوسطة و النازلة، بل يكفي دفع القيمة الجامعة بين تمام القيم، و هي أعلى القيم خاصّة.

(4) و لا يضمن جميع تلك المنافع الفائتة، قال في الجواهر: «إنّما الكلام فيما لو تعددت منفعه كالعبد الخياط الحائك، ففي القواعد في موضع منها: و المنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد و التفويت. و لو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجره أعلاها، و لا تجب أجره الكلّ ..» «1» و المسألة لا تخلو من بحث، فراجع الجواهر.

و إلى هنا تمّ توجيه المصنّف قدّس سرّه للاستدلال، و سيأتي الاستشهاد عليه بكلام العلامة قدّس سرّه.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 167

ص: 536

و لأجل ذلك (1) استدللّ العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: «لأنه زمان إزالة يد المالك» (2).

ونقول في توضيحه: إن كل زمان من أزمنة الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليته (3)، ففي زمان أزيلت من مقدار درهم، وفي آخر عن درهمن، وفي ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامة أكثرها، فتأمل (4).

(1) أي: لأجل كون الحيلولة سببا للضمان استدللّ .. إلخ، لأن 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 و قطع سلطنته عن ماله موجبة للضمان، و لذا جعل العلامة انقطاع السلطنة سببا له، لأنّ يوم الغصب زمان انقطاع السلطنة. فنظر المصنّف قدس سرّه منحصر في أصل الضمان من ناحية إزالة يد المالك عن ماله، لا في كفيته، و إلا 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، فلا استشهاد بعبارة التحرير لإثبات ضمان أعلى القيم منوط بتقريب آخر، و هو ما أفاده المصنّف بقوله: «إن كل زمان من أزمنة الغصب ..».

(2) قال في التحرير: «فالأكثر على ضمان القيمة يوم الغصب، لأنه الوقت الذي أزال يده عنه» (1).

(3) أي: ماليّة العين في كل زمان من أزمنة الغصب، فالأولى تأنيث الضمير.

(4) الظاهر أنّه إشارة إلى ما ذكرناه من عدم ابتناء قول العلامة- بضمان قيمة يوم الغصب- على ما أفاده المصنّف، بل على خصوص كون سلب سلطنة المالك موجبا للضمان.

أو إشارة إلى: عدم كون الحيلولة عن القيمة كالحيلولة عن العين، بكون حيلولة

(1) تحرير الأحكام، ج 2، ص 139

ص: 537

و استدللّ في السرائر وغيرها على هذا القول (1) بأصالة الاشتغال، لاشتغال ذمته بحق المالك، ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى.

وقد يجاب (2) بأن الأصل في المقام البراءة، حيث إنّ الشك في التكليف بالزائد.

العين موجبة لضمان القيمة العليا، بخلاف الحيلولة عن القيمة مع بقاء العين، فإنّها لا توجب ضمان ارتفاع القيمة.

(1) أي: على القول بضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف، وهذا إشارة إلى وجه ثالث يظهر من كلام ابن إدريس، قال قدّس سرّه: «فإن لم يردّها- أي العين المغصوبة- حتى هلكت العين لزمه ضمان قيمتها بأكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، لأنّه إذا أدى ذلك برئت ذمته بيقين، وليس كذلك إذا لم يؤدّه» (1).

وعلّله في باب البيع «ببقاء المال على ملك صاحبه، ما انتقل عنه» (2). و ظاهره وجود الدليل على ضمان أكثر القيم، فراجع.

و كيف كان فتقريب اقتضاء قاعدة الاشتغال الضمان بالقيمة العليا هو: أنّ ذمّة الضامن اشتغلت بماليّة المغصوب في جميع المدّة من القبض إلى التلف، و منها زمان ارتفاع القيمة، ويشكّ في فراغ الذمّة بدفع القيمة النازلة أو المتوسّطة، و قد تقرّر اقتضاء الاشتغال اليقينيّ للفراغ كذلك.

(2) الظاهر أنّ المجيب هو صاحب الجواهر قال قدّس سرّه: «و دعوى 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» (3).

و محصّ له: أنّ الشكّ في ضمان القيمة السفلى أو العليا يكون من موارد الشكّ في الأقلّ و الأكثر الاستقلاليّين، و هو مجرى أصالة البراءة لا الاشتغال.

(1) السرائر الحاوي، ج 2، ص 481

(2) المصدر، ص 326

(3) جواهر الكلام، ج 37، ص 106

نعم (1) لا بأس بالتَّمَسُّكِ باستصحاب الضَّمان المستفاد من حديث اليد [1].

(1) استدراك على عدم صغروية المقام لقاعدة الاشتغال، و غرضه قدّس سرّه إثبات وجوب أعلى القيم بوجه رابع و هو الاستصحاب، بتقريب: أنّ حديث «على اليد» يدلّ على الضمان بمجرد الاستيلاء على مال الغير إلى زمان أدائه أو أداء بدله، فالحالات الطارئة على العين مضمونة، و منها ارتفاع قيمتها، فلو تلفت العين حين نقص قيمتها، و دفع تلك القيمة النازلة إلى المالك يشكّ في فراغ ذمّته عمّا اشتغلت به قطعاً، و من المعلوم أنّ مقتضى الاستصحاب وجوب دفع أعلى القيم. هذا.

و لا يخفى أنّه لو جرى الاستصحاب كان حاكماً على كلّ من أصالة الاشتغال المثبتة لأعلى القيم، و أصالة البراءة النافية له. و ظاهر سكوت المصنّف قدّس سرّه ارتضاؤه له، إلّا أن يستفاد مبناه ممّا تقدّم من تسالمهم على عدم ضمان ارتفاع القيمة لو كان التلف حين نقصها.

[1] لا يخفى أنّه قد استدللّ على اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف بوجوه:

الأوّل: ما أفاده الشهيد الثاني في المسالك و الروضة، و تقدّم كلامه في التوضيح.

وقيل في توجيه الاستدلال على ذلك: بأنّ المغصوب مضمون على الغاصب في جميع أزمنة الغصب التي منها زمان ارتفاع القيمة، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضاً، ضرورة أنّ المراد من يوم المخالفة في الصحيحة إنّما هو طبعي يوم المخالفة الذي يصدق على كلّ يوم من أيّام الغصب، لا اليوم الخاصّ.

و عليه فإن ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو، و إلّا فإن ردّ أعلى القيم فقد ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، لدخول القيمة السفلى في القيمة العليا، ضرورة أنّه لا يجب على الغاصب قيم متعدّدة بتعدّد أيّام المخالفة. كما أنّه لو ردّ القيمة النازلة لما ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، بل أدّى قيمة بعض أيّام المخالفة.

وبالجملة: مبنى هذا التوجيه إرادة معنى اسم المصدر من المخالفة، بحيث ينسلخ عن المعنى المصدرى أي إحداث المخالفة، وإرادة الجنس أو الاستغراق من «اليوم» فيعمّ جميع أيام المخالفة التي منها يوم أعلى القيم. لأنّ علّة الضمان- وهي الغصب- ما دامت موجودة لاقتضت الضمان، فلا اختصاص لأن حدوث الغصب. فتدلّ على لزوم قيمة كلّ يوم تكون المخالفة فيه موجودة حتى يوم أعلى القيم، و لازمه ضمان أعلى القيم الجامع لقيم تمام أيام المخالفة، هذا.

وفيه: أنّه خلاف الظاهر من المخالفة حدوثا، وهو منحصر بوقت واحد. و الظاهر أنّه اشتبه الضمان التعليقيّ بالتجزّي، فإنّ القيمة العليا مضمونة مع التلف. وأمّا بدونه فلا فلو تنزّلت قيمته لأجل السوق- لا لزوال صفة دخيلة في المائيّة- لم يضمن الغاصب تلك القيمة المرتفعة.

وبالجملة: ضمان أعلى القيم فعلا 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، لأنّ ضمان قيمة العين في أزمّة الغصب وإن كان ثابتا، لكنّه تعليقيّ، لكونه معلقا على التلف.

و مع بقاء العين و ردّها إلى المالك لا ضمان لأعلى القيم إجماعا.

الثاني: ما حكاه السيّد صاحب الرياض عن خاله الوحيد البهبهانيّ قدّس سرّهما: من قاعدة الضرر الوارد على المالك «1». و لكن تنظر فيه الجواهر بما مرّ في التوضيح «2».

و يرد على الجواهر: أنّ 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: أنّ القاعدة تنفي

(1) رياض المسائل، ج 2، ص 304

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 105

الحكم الضرريّ، ولا تثبت حكماً يلزم من عدم ثبوته الضرر كالمقام، فإنّ قاعدة الضرر لا تثبت الضمان الذي يلزم من عدم جعله الضرر على المالك.

الثالث: أنّ الغاصب باستيلائه على مال الغير اشتغلت ذمّته به، فلو أدّى المغصوب بعينه أو قيمتها العليا مع تلفها برئت ذمّته قطعاً. وأمّا لو أدّى قيمتها المتوسطة أو السفلى، فلا يعلم بصدق التأدية وبقراغ ذمّته، فيستصحب اشتغال ذمّته إلى أن يؤدّي القيمة العليا.

وفيه: أنّ المورد من صغريات الأقلّ والأكثر الاستقلاليين، فيؤخذ بالأقلّ، لأنّه المتيقّن، وتجرى البراءة في الزائد عليه، فالشكّ إنّما هو في حدوث الاشتغال بالأكثر، لا في البقاء حتى يجري فيه الاستصحاب.

ولو سلّم، فإن جرى الاستصحاب في ضمان نفس العين في الذمّة فلازمه دفع الغاصب قيمة يوم الرّد، لا أعلى القيم. وإن جرى في ضمان القيمة فيرد عليه: أنّ المتيقّن هو اشتغال ذمّته بالقيمة النازلة، وأمّا الزائد عليها فهو مشكوك فيه، فتجرى فيه البراءة. فما هو المتيقّن قد ارتفع قطعاً، وغيره لم يتعلّق به اليقين من الأوّل.

والحاصل: أنّ الاستصحاب إمّا لا يجري أصلاً، وإمّا يجري ولكن الثابت به هو قيمة يوم الرّد، لا أعلى القيم.

الرابع: ما أفاده المحقّق الايرواني قدّس سرّه من قوله: «فالأحسن في الاستدلال على ضمان أعلى القيم أنّه يصدق عنه صعود القيمة أنّ الغاصب معتد يوم صعود القيمة بماليّة صاعدة، ومقتضى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى جواز أخذ تلك الماليّة منه بعد التلف مجازاة لاعتدائه» (1).

وفيه: ما تقدّم سابقاً من عدم دلالة الآية على الضمان، فضلاً عن الضمان بأعلى القيم.

الخامس: ما أفاده المصنّف من استصحاب الضمان.

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 102

وفيه: أنه إن أريد به ضمان نفس العين حتى بعد تلفها بأن تكون العين على العهدة إلى يوم الأداء، ففيه: أن مقتضاه اعتبار قيمة يوم الأداء، سواء أكانت أعلى القيم أم غيره. وإن أريد 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- فاللازم 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 جار إلى دفع أعلى القيم إلى زمان الأداء، هذا.

تكملة: لا يخفى أن ما ذكر من ضمان ارتفاع القيمة إنما هو بحسب الأزمنة. وأما بحسب الأمكنة، فعلى القول باعتبار يوم التلف- كما ربما يستفاد من صحيحة أبي ولاد و سائر أدلة الضمان- لا ينبغي الإشكال في ضمان مكان التلف أيضا، لأن ظاهر أدلة ضمان القيمة في القيمات النالفة 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.

وعلى القول باعتبار زمان الغصب- كما استظهره الشيخ وغيره من صحيحة أبي ولاد- فيشكل الالتزام بقيمة مكان التلف، لأن اعتبار 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 اعتبار قيمة مكان التلف.

لا- يقال: إن مقتضى الجمع بين الضمان بيوم التلف كما هو قضية إطلاق أدلة الضمان، وبين صحيحة أبي ولاد الدالة على اعتبار يوم الغصب هو ضمان قيمة يوم الغصب في مكان التلف.

فإنه يقال: مضافا إلى عدم دلالة صحيحة أبي ولاد على ضمان قيمة يوم الغصب كما تقدم إنه ليس جمعا عرفيا، لأنّ الصحيحة على فرض دلالتها على ضمان يوم الغصب ظاهرة في ضمان ذلك المكان أيضا، لا المكان الآخر، فإنّ اعتبار المكان الآخر قيد زائد ينفيه إطلاق أدلة الضمانات.

وبالجملة: فالمضمون هو القيمة الفعلية حال التلف المنوطة بلحاظ مكان التلف.

وأما بناء على اعتبار قيمة يوم الغصب فالمدار على قيمته في مكان الغصب كزمانه، لأنّ حدوث ضمان القيمة كان بزمان الغصب المستلزم لدخل خصوصية مكان الغصب فيه، لدخل ذلك المكان في القيمة المقدرة بيوم الغصب.

وينبغي التعرّض للفوائد التي تظهر من صحيحة أبي ولاد.

الأولى: أنّ الافتراء على الله سبحانه وتعالى يوجب الحرمان من فضله، واستحقاق عذابه و غضبه، لقوله عليه السلام- بعد ما قصّ عليه أبو ولاد الواقعة-: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها» بل المستفاد منه حرمان الآخرين أيضا، وإحاطة البلاء بهم، وعدم اختصاص العقوبة الدنيوية بالمفتري عليه جلّ وعزّ، لأنّ حبس قطر السماء وبركة الأرض ضيق على الجميع، حتى الصبيان والحيوانات، فيلزم احتراق الكلّ بنار أشعلها المفتري، نعوذ بالله من شرور أنفسنا.

الثانية: ضمان المنافع المستوفاة بأجرة المثل، حيث إنّ أبا ولاد استوفى منفعة البغل، فركبه إلى النيل ثمّ إلى بغداد، ثمّ منه إلى الكوفة. لقوله عليه السلام: «أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل .. توفيه إياه».

والمستفاد منه أمور:

الأول: ضمان كراءات ثلاثة، لاختلاف المسافات بين كلّ بلدين، ولا يكفي دفع أجرة واحدة للسّير من كوفة إلى بغداد ثمّ العود إلى كوفة. وذلك لعدم السّير من الطريق المتعارف، وعدم كون «النيل» في الجادة المستقيمة بين كوفة وبغداد. ولا ريب حينئذ

في اختلاف أجور المثل، فتكون كلها مضمونة.

الثاني: أن الغاصب يضمن اجرة مثل المنفعة المستوفاة، فلا تفرغ الذمة بدفع أقل منها، ولا يجوز للمغصوب منه مطالبة زيادة عليها. نعم يستحق المالك الأجرة المسماة أيضا. ولا ينافيه عدم استيفاء المنفعة الخاصة التي وقع العقد عليها بين المكارى وأبي ولاد.

والوجه في عدم المنافاة: أن المكارى سلمه البغل ليسير عليها إلى قصر بني هبيرة، فخالفه أبو ولاد بإرادته واختياره بعد أن أخبر بخروج الغريم إلى النيل.

الثالث: نفي قاعدة «الخراج بالضمان» التي استند إليها قاضي الكوفة، فإن الإمام عليه السلام ضمن أبا ولاد اجرة المنافع مع كونه ضامنا لنفس العين، كما ورد في فقرتين من الصحيحة. وعليه فقاعدة «الخراج بالضمان» إما ساقطة من أصلها، وإما مخصوصة بالعقد الصحيح كما تقدم شطر من الكلام حولها في الأمر الثالث، فراجع (ص 236 الى 250).

الرابع: عدم ضمان المنافع الفاتئة، لأن الصحيحة تكون في مقام بيان تمام الوظيفة، فسكوتها عن المنافع غير المستوفاة دليل على عدم ضمانها. وهذا ربما يعارض القول بضمانها كما مر تفصيله في الأمر الثالث.

ويمكن 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 احترام مال يصرفه الغاصب في حفظ العين المغصوبة، حيث إنه عليه السلام أجاب السائل - عن الدراهم التي صرفها في تعليق البغل - بقوله: «لا لأنك غاصب».

ويستفاد منه أيضا أن مخالفة مقتضى عقد الإجارة توجب تبدل اليد الأماثية بالعادية الضمانية، وإلا فالعين المستأجرة أمانة بيد المستأجر لا يضمنها لو تلفت بنفسها.

الرابعة: ضمان القيميِّ بالقيمة، لقوله عليه السّلام: «قيمة بغل يوم خالفته» بناء 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 بناء على استظهار المصنّف قدّس سرّه أولاً، أو قيمة يوم التلف كما قال به آخرون.

الخامسة: صحّة ضمان الأعيان الخارجيّة، لأنّ ضمان قيمة يوم الغصب يكشف عن صيرورة العين مضمونة في يوم الغصب. لكن الضمان في صورة وجود العين تعلقيّ، وفي صورة تلفها تنجيزيّ، ضرورة أنّ العين ما دامت موجودة وجب ردّها لا قيمتها، ف ضمان قيمتها معلق على تلفها، فتبدّل اليد الأمانيّة بالعدوانيّة يوجب ضماناً تعلقيّاً لم يكن قبل التبدّل المزبور، إذ مع فرض أمانيّة اليد لا ضمان أصلاً لا فعليّاً و لا تعلقيّاً كما لا يخفى، السادسة: ضمان التفاوت بين الصحّة والعيب.

وبعبارة أخرى: ضمان وصف الصحّة في العين المغصوبة. وذلك لقوله عليه السّلام- في جواب سؤال أبي ولّاد عن إصابة كسر وشبهه بالبغل-: «عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه عليه». و ظاهره اعتبار الأرش بقيمة يوم الردّ، لا يوم حدوثه.

السابعة: أنّه يستفاد من قوله عليه السّلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا و كذا، فيلزمك» اعتبار الاستصحاب، حيث إنّ قيمة يوم الاكتراء تستصحب إلى زمان الغصب، فإنّ إطلاق اعتبار قيمة يوم الاكتراء يقتضي اعتبارها و لو مع تخلّل زمان بين زماني الاكتراء والغصب يمكن تغيير القيمة فيه، فإنّ قول المالك بعدم تنزّل القيمة من يوم الاكتراء إلى يوم الغصب يكون موافقاً للأصل أعني به الاستصحاب.

و منه يظهر تقدّم قول المالك أيضا في صورة اتّفاقهما على قيمة معيّنة في يوم الاكتراء، و اختلافهما في التنزّل و عدمه، حيث إنّ قول المالك بعدم التنزّل موافق للأصل.

و الحاصل: أنّ الجملة المزبورة تدلّ و لو بالالتزام على اعتبار الاستصحاب في قيمة يوم الاكتراء.

الثامنة: أنّ الجملة المزبورة تدلّ على حجّية الاستصحاب في مؤديات الطرق و الأمارات، و أنّ مؤدّي الأمارات كالمعلوم في جريان الاستصحاب فيها إذا شكّ في بقائها، فإنّ هذه الجملة تصلح لإثبات أعمّية اليقين المعترف في الاستصحاب من الوجدانيّ و التعبديّ، فلا حاجة إلى إثبات أعمّية اليقين إلى التّشبّث بأدلة حجّية 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 أمرا واقعيّا، لا الأعمّ منه و من الاعتقاديّ و إن خالف الواقع. و هذه الفائدة يكثر نفعها في الفقه جدّا.

و تستفاد هذه من جوابه عليه السّلام لكلام أبي ولّاد: «إني أعطيتهم دراهم و رضي بها و حلّلتني» حيث قال عليه السّلام: «إنّما رضي فأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم، و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفيتك به ..».

العاشرة: إنّ الإبراء إيقاع، فلا يتوقّف على القبول، لقوله عليه السّلام: «فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك».

هذا ما استفدناه من الصحيحة، و قد أشار الشيخ الأعظم قدّس سرّه 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 قدّنا الله تعالى للاستئارة بكلمات أوليائه الأئمّة المعصومين صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين.

ثمَّ إنَّه (1) حكى عن المفيد والقاضي والحلي: الاعتبار بيوم البيع في

د: ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بقيمة يوم البيع

(1) هذا إشارة إلى قول رابع في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، ذهب إليه الشيخ المفيد والقاضي ابن البرّاج وأبو الصلاح الحلبي قدّس سرّهم على ما نقله عنهم العلامة في المختلف في بيع الغرر والمجازفة «1».

وهذا القول يختصّ 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 أنّ 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 اختلال شرط الصّحة، فيضمن بقيمة القبض والأخذ.

وكيف كان فهذه الفتوى تظهر من النهاية أيضاً، حيث قال: «و من اشترى شيئاً بحكم نفسه، ولم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً، فإن هلك الشيء في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتاعه .. إلخ» (2). والشاهد في هذه الجملة الأخيرة، حيث أوجب على المشتري قيمة يوم البيع، لا قيمة يوم القبض.

ولعلّ نظرهم في هذا الحكم إلى صحیحة رفاعة الخنّاس، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك، ثمّ بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها منّي. وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر ممّا بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه [إليه] ما نقص من القيمة. وإن كان ثمنها أقلّ ممّا بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك: إن وجدت بها عيباً بعد ما مسستها؟ قال: ليس لك أن تردّها، و لك أن تأخذ قيمة ما بين الصّحة

(1) مختلف الشيعة، ج 5، ص 243 و 244؛ المقنعة، ص 593؛ الكافي لأبي الصلاح، ص 353، ولم أظفر بالمطلب في جواهر الفقه لابن البرّاج.

(2) النهاية و نكتها، ج 2، ص 145 و 146

ص: 547

ما كان فساده من جهة التفويض (1) إلى حكم المشتري.

و لم يعلم له (2) وجه. و لعلهم (3) يريدون به يوم القبض، لغلبة اتّحاد زمان

و العيب منه» (1).

و الشّاهد في قوله عليه السّلام: «أرى أن تقوّم الجارية قيمة عادلة» و ذلك بناء على تماميّة أمور ثلاثة:

الأول: فساد البيع الذي فوّض فيه تعيين الثمن إلى المشتري- كما هو مورد الرواية- على ما هو المشهور، بل قيل بعدم خلاف فيه إلا من صاحب الحدائق.

فلو قيل بصحّته خرجت المسألة عن المقبوض بالبيع الفاسد.

الثاني: صيرورة الجارية بعد المسّ أم ولد، حتى تصير بمنزلة التالف، و يتّجه حينئذ ضمان قيمتها، لا امتناع ردّها إلى بائعها شرعا.

الثالث: أن يكون المراد من قوله عليه السّلام: «قيمة عادلة» قيمة يوم البيع.

فإن تمّت هذه الأمور الثلاثة كانت الصحيحة دليلا تعبدّيّا على لزوم قيمة يوم البيع فيما كان منشأ فساده تفويض الثمن إلى تعيين المشتري بعد العقد، و يختصّ بمورده.

و إن لم تتم- كما هو الظاهر- كان المقبوض بالبيع الفاسد محكوما بحكم الغصب.

(1) يعني: إيكال تعيين الثمن إلى المشتري، بأن يقول البائع له: «بعتك هذا بما حكمت به من الثمن» أو: «بعتك هذا بأيّ ثمن شئت». و هو باطل عندهم، لفقد الشرط و هو معلوميّة العوضين.

(2) أي: و لم يعلم لاعتبار قيمة يوم البيع وجه. بل المناط في ضمان المبيع فاسدا بيوم القبض، و صحيحة رفاعه غير ظاهرة في اعتبار قيمة يوم البيع من حيث إنّه يوم البيع، لظهورها في تحقّق القبض في يوم العقد، فلو اعتبر تقويم الجارية بقيمة يوم البيع احتمال أن يكون لاّتحاده مع يوم القبض، فيتحد مفادها مع قول المشهور من ضمان يوم القبض.

(3) غرضه توجيه كلامهم حتى لا يخرج عن حيّز الأقوال المذكورة في ضمان

(1) وسائل الشريعة، ج 12، ص 271، الباب 18 من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث: 1

[حكم زيادة ثمن القيمي بعد التلف]

ثم إنّه (2) لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف

المغصوب، إذ بناء على ظاهر كلمات هؤلاء ينفرد المقبوض بالبيع الفاسد- بضمان قيمة يوم البيع- عن المغصوب، فالمصنّف احتمل إرادة يوم القبض من «يوم البيع» حتى لا ينفرد المقبوض بالبيع الفاسد بحكم يخصّه.

(1) لعلّه إشارة إلى بعد هذا التوجيه، لأنّه خلاف الظاهر من دون قرينة.

وقد تحصّل من الأبحاث المتقدّمة في الأمر السابع: أنّ 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 اختلال شرط آخر.

و سيأتي لبحث ضمان القيميّ تتمّة تتضمّن أموراً ثلاثة:

أحدها: حكم زيادة قيمة القيميّ بعد تلفه.

ثانيها: اختلاف قيمة القيميّ بحسب الأمكنة في ما كان بلد الغصب مغايراً لبلد التلف.

ثالثها: ضمان ارتفاع القيمة لو كان لزيادة في العين.

حكم زيادة ثمن القيميّ بعد التلف

(2) هذا شروع في الأمر الأول، و توضيحه: أنّ محطّ الأقوال المتقدّمة- من ضمان قيمة يوم الغصب أو التلف أو الأعلى بينهما- إنّما هو زيادة قيمة العين المضمونة في المدّة التي كانت عند الضامن، فلو لم ترتفع قيمتها عنده حتى تلفت، و زادت قيمة أمثالها بعده لم تكن هذه الزيادة مضمونة، لما عرفت من أنّ موضوع الأقوال المتقدّمة بقاء العين حتى يدعى ضمان أعلى قيمها، لوقوع العين في حالة زيادة القيمة تحت يد الضامن، و من المعلوم فقد هذا المناط لو كان ارتفاع القيمة بعد التلف.

وهذا وإن كان واضحاً، إلا أن المحقق قدّس سرّه تردّد فيه، وقال: «ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك - أي التلف - على تردّد» (1).

ووجه الشهيد الثاني بقوله: «نعم لو قلنا بأنّ الواجب في القيميّ مثله - كما ذهب إليه ابن الجنيد مخيراً بين دفع المثل والقيمة، و مال إليه المصنّف في باب القرض - اتّجه وجوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها، كما في المثلّيّ.

والمصنّف رحمه الله تردّد في ذلك، لما ذكرناه من الشك في كون الواجب في القيميّ المثل أو القيمة» (2).

ونحوه كلامه في الروضة فراجع. و محصّله: أنّ الشك في المبني يستلزم الشك في الفروع المبتنية عليه.

(1) أي: في عدم العبرة بزيادة القيمة بعد التلف.

[1] بل ينافيه القول باعتبار قيمة يوم الأداء، لكونها قيمة للتالف بعد مراعاة قيمته في أزمنة تلفه. ويشهد له آية الاعتداء وقاعدة نفي الضرر بناء 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، وهي 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 حتى على

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 240

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 188؛ الروضة البهية، ج 7، ص 40 ونحوه في جواهر الكلام، ج 37، ص 105

ولعله (1) - كما قيل (2) - من جهة احتمال كون القيميّ مضموناً بمثله، و دفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل (3).

وقد تقدّم (4) أنّه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى.

(1) أي: ولعلّ تردّد المحقّق قدّس سرّه. و قوله: «من جهة» خبر قوله: «ولعله».

(2) القائل - كما عرفت - هو الشهيد الثاني وغيره.

(3) فيكون المثل مستقرّاً في الذمة إلى زمان دفعه أو دفع قيمته، فلم ينتقل الضمان من المثل إلى القيمة بمجرد تلف العين المضمونة حتى لا يضمن ارتفاع القيمة بعد التلف.

(4) هذا ردّ مبني تردّد المحقّق قدّس سرّه و قد تبه عليه المصنّف قدّس سرّه في أوائل هذا التنبيه بقوله: «فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتى مع تعدّد المثل فترده إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة .. إلخ».

و حاصله: مخالفة كلام ابن الجنيد لإطلاق نصوص ضمان القيميّات، و فتاوى الأصحاب بضمان القيميّ بالقيمة سواء وجد المثل أم لم يوجد.

و اقتصر في الجواهر في ردّه على قوله: «و هو كما ترى».

القول بأنّ القيميّ مضمون بالمثل، لأنّ عمدة دليل الضمان قاعدة اليد، و هي لا تشمل المثل الذي على العهدة و لو قلنا بضمان ارتفاع 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 «1» لا يخلو من غموض، لأنّه بعد صدق اليد يصدق الأداء - الذي جعل غاية للعهدة و رافعا لها - على كلّ من العين و بدلها، فلا بدّ من إرادة معنى من قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «على اليد» ينطبق على كلّ ممّا تحت اليد و فوق العهدة.

(1) كتاب البيع، ج 1، ص 430

ص: 551

ثم إن ما ذكرنا (1) من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة.

و أما إذا كان بسبب الأمكنة كما إذا كان في محلّ الضمان بعشرة، وفي مكان التلف بعشرين، وفي مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف (2)، لأنّ (3) ماليّة الشيء تختلف بحسب الأماكن، وتداركه بحسب (4) ماليّته.

ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة

(1) هذا هو الأمر الثاني المذكور في تتمّة مباحث ضمان القيميّ، وحاصله: أنّ ما تقدّم من الخلاف- في كون القيميّ مضموناً بقيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو الأعلى بينهما- ناظر إلى اختلاف قيمة المضمون بحسب الأزمنة. وقد تحقّق عدم ضمان ارتفاع القيمة ما دامت العين باقية. و أما إذا نقل الغاصب العين إلى بلد 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؟

اختار المصنف قدّس سرّه اعتبار قيمة مكان التلف، لأنّ اشتغال الذمّة بالبدل حصل فيه. و لا مجال للقول بضمان أعلى القيم، و لا مكان الغصب، و إن قيل بكلّ منها فيما اختلفت القيم بحسب الأزمنة، هذا.

(2) هذا بناء على اعتبار قيمة يوم التلف. و أما بناء على اعتبار يوم الغصب فلا كما ذكرناه في التعليقة، فراجع.

(3) توضيحه: أنّ وجود المال في مكان يكون من الصفات الدخيلة في الرغبات و الماليّة التي تكون مضمونة على الضامن، و من المعلوم أنّ تدارك الشيء يكون بماليّته المختلفة بصفاته، فالمتعيّن ماليّة محلّ التلف.

(4) خبر «و تداركه».

ثم (1) إنَّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة الناشئة من تفاوت رغبة الناس. وأمّا إذا كان حاصلًا من زيادة العين (2)

ضمان ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية

(1) هذا هو الأمر الثالث، وهو ناظر إلى تحديد موضوع البحث- في ضمان القيميّ- من جهة أخرى. وحاصله: أنّ ما ذكرناه من عدم ضمان ارتفاع القيمة- خلافاً للقائل باعتبار أعلى القيم- ناظر إلى ارتفاع القيمة السوقية مع بقاء العين على حالها، وعدم حدوث تغيير فيها.

فلو ارتفعت 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 حتّى تلفت عند الغاصب- كانت هذه الزيادة أو الصفة مضمونة، كضمان العين المغصوبة، لوضوح دخل تلك الصفة في رغبات الناس التي هي مدار ماليتها الأشياء.

و ممثّل له الشهيد الثاني قدّس سرّه 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. و لو علّم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها، ثم علّمه حرفة أو سورة أخرى فنسيها أيضا ضمنهما» (1).

(2) يعني: حصلت زيادة في العين المغصوبة عند ما كانت بيد الغاصب، ثم زالت- كما تقدّم أنفاً في كلام المسالك- كانت الزيادة مضمونة، فإن ردّ العين إلى المغصوب منه لزمه ردّ قيمة الزيادة الفائتة معها. وإن تلفت العين لزمه ردّ القيمة العليا، و هي قيمة العين حال تلك الزيادة. و لا يكفي ردّ قيمة يوم التلف. قال المحقق قدّس سرّه:- فيما زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت:- «أمّا لو تجددت صفة غيرها، مثل أن سمنت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم تعلّمت صنعة فزادت قيمتها، ردّها

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 220

فالظاهر كما قيل (1) عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم. وفي الحقيقة (2) ليست قيم التالف مختلفة، وإنما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه (3)، النازلة (4) منزلة الجزء التالف.

نعم (5) يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، فإن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم؟

و ما ضمن بفوات الأولى» (1).

(1) القائل صاحب الجواهر قدس سره، قاله بعد عبارة المحقق المتقدم: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه..» (2).

(2) غرضه أنّ ضمان أعلى القيم للصفة الزائلة مغاير للقول بضمن نفس المغصوب بأعلى القيم بين الغصب والتلف. والفارق بينهما: أنّ 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، وحيث إنّها بمنزلة جزء المغصوب كان زوالها بمنزلة نقص جزء من العين المغصوبة، فتكون مضمونة. كما إذا غصب دابة فعرجت عنده، فإنّه يضمن الأرش على ما تقدم مفصلاً في صحيحة أبي ولاد.

(3) أي: في التالف، وهو العين المغصوبة.

(4) صفة للزيادة العينية.

(5) استدراك على قوله: «ففي الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة» الذي ملخصه:

أنّ العبرة بضمن قيمة يوم التلف مع تلك الزيادة التالفة.

و محصّل الاستدراك: أنّه إذا غصب عبداً قيمته ألف درهم، وبقي عنده سنة وتعلم الخياطة عنده، فإن لم تتغير قيمة هذه الصنعة بأن كانت ألف درهم كان ضامناً

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 245

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 173

ص: 554

ثم (1) إنّ في حكم العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة

للألفين، فإن ردّ العبد ردّ معه ألفا لونسي الخياطة.

وإن تغيّرت قيمة الخياطة بأن كانت تسعمائة في شهر، و ألفا في شهر آخر، وثمانمائة في شهر ثالث، ثم نسي الخياطة فيه، جرت هنا الأقوال الثلاثة في ضمان نفس العين.

فإن قلنا: إنّ العبرة بيوم التلف ضمن القيمة النازلة، وهي ثمان مائة درهم، لكون نسيان الصنعة بمنزلة تلف العين.

وإن قلنا بضمان العين بأعلى القيم، ضمن ألف درهم.

وإن قلنا بضمان يوم الغصب ضمن تسعمائة درهم، لأجل الخياطة المنسيّة، فيردّ هذا الأرش مع العبد إن كان موجودا، أو مع قيمته إن كان تالفا.

مباحث بدل الحيلولة

(1) هذا أول مباحث بدل الحيلولة، و موضوعه وجود العين، لكن مع تعذّر الوصول إليها لإباق أو ضياع أو غيرهما.

و توضيحه: أنّ ضمان مال الغير لا يخلو من إحدى حالات ثلاث، لأنّه إمّا أن تكون العين موجودة، وإمّا أن تكون تالفة، وعلى الأول إمّا أن يتمكّن من ردّها إلى المالك، لكونها بمتناول يده، وإمّا أن يتعذّر، لضياعها أو سرقتها.

فإن كانت موجودة عنده و أمكن ردّها إلى المالك فقد تقدّم في الأمر الثاني وجوب ردّها فورا إليه، و الضمان في هذه الصورة تقديريّ، بمعنى أنّه لو هلك و جب دفع بدلها.

وإن كانت تالفة و جب ردّ بدلها من المثل أو القيمة، و قد تقدّمت مباحثه مفصّلة في الأمر الرابع إلى السابع.

وإن كانت العين موجودة لم تنعدم بعد، إلّا أنّ الضامن عاجز عن ردّها فعلا

إلى المالك كما إذا سرت منه، فهل يلحق هذا بالتلف حتى يضمن بدلها من المثل أو القيمة، أم لا يلحق بالتلف؟ لرجاء القدرة على ردّها. وهذا هو البحث المعروف ببدل الحيلولة. وقد تعرّض له المصنّف قدّس سرّه تبعاً للأصحاب. قال المحقق قدّس سرّه: «إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البديل، ويملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة، ولو عادت كان لكلّ منهما الرجوع» (1). و يبحث فيه عن جهات:

منها: الدليل على وجوب بدل الحيلولة.

ومنها: تحديد الموضوع، والله يعتبر العلم بعدم الظفر بالعين، أو يكفي الظنّ به، أو غير ذلك.

ومنها: أنّ المالك يملك بدل الحيلولة أو يباح له التصرف؟

ومنها: أنّه يضمن ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدل الحيلولة أو لا؟

ومنها: وجوب ردّ العين فوراً لو تمكّن منه بعد أداء البديل، و عدمه.

ومنها: أنّ العين تدخل في ملك الغاصب أو لا؟

ومنها: حكم تصرف المالك في البديل بما يخرج عن الملك.

ومنها: حكم تمكن المالك من أخذ العين، و عجز الغاصب عن أدائها إليه.

ومنها: غير ذلك مما سيظهر إن شاء الله تعالى.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ البحث عن بدل الحيلولة ليس من فروع خصوص التنبيه السابع الباحث عن حكم ضمان القيميّ، بل يتفرّع على الأمر الرابع أيضاً، إذ لو كان المضمون مثلياً و تعذرّ ردّه إلى مالكة وجب على الضامن ردّ بدل الحيلولة، وهو المثل، لاتّحاد التلف و الحيلولة حكماً، هذا.

(1) يعني: أنّه كما يجب في صورة تلف العين دفع البديل، كذلك في صورة تعذر الوصول إلى العين لغرق أو ضياع أو سرقة أو نحوها، إذ لا ينعدم المال حقيقة في هذه

إليه (1) وإن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق، لما دلّ (2) على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة.

أ- مورد بدل الحيلولة]

و هل يقيّد ذلك (3) بما إذا حصل اليأس من الوصول

الموارد، وإّما يتعدّر الوصول إليه.

(1) الضمير راجع إلى العين فالأولى تأنيثه. كما أن الأولى أن يقال: «تهلك» مؤنثاً لا مذكراً.

(2) هذا إشارة إلى الدليل الأول على وجوب دفع بدل الحيلولة، وهو النصوص الواردة في ضمان الودعيّ والمستبضع والمستعير والمستأجر، الدالة بمفهومها أو منطوقها على ضمان العين، إذا لم يتمكّن من ردها إلى المالك، سواء أكان بسبب التلف الحقيقيّ، أم بعدم الظفر بها كما إذا أبق العبد، أو سرق المتاع، أو ضاعت الوديعة ونحوها.

وقد تقدّم نقل جملة من هذه النصوص في (ص 189 و 334-336) فراجع و تقتصر هنا بذكر واحدة منها تبرّكاً، وهي معتبرة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان، فتهلك أو تسرق؟ فقال: إن كان أميناً فلا غرم عليه» «1». فإنّ مفهومه الضمان بدون الأمانة، بلا فرق بين التلف الحقيقيّ المعبّر عنه بالهلاك، وبين الحكميّ، لتعدّر الوصول إليها لسرقة و ضياع، كما هو مورد البحث في بدل الحيلولة.

أ- مورد بدل الحيلولة

(3) أي: الضمان، وغرضه قدّس سرّه بيان مورد بدل الحيلولة، والمذكور في العبارة صور أربع تشترك في أمرين، أحدهما: بقاء العين وعدم ذهاب صورتها النوعيّة، والثاني: عدم كونها بمتناول اليد حتى تردّ إلى المالك. و حينئذ فيحتمل وجوه:

(1) وسائل الشريعة، ج 13، ص 237، الباب 1 من كتاب العارية، الحديث 7

ص: 557

الأول: تقييد وجوب بدل الحيلولة باليأس من الوصول إلى العين، أي الاطمئنان بعدم الظفر بها. فلو لم يطمئن بعدم الظفر بها لم يجب البديل، سواء حصل له الظن بعدم الوصول أم لم يحصل بأن شك فيه.

الثاني: تقييد وجوب البديل بعدم الظن بوجود 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 اعتباره في الثاني.

ثانيهما: أنّ المناط في الأول هو اليأس عن الوصول، و ظاهره الوصول بنفسه.

وفي الثاني هو الوجدان، و ظاهره إعمال مقدمات تنتهي إلى الظفر بالعين.

ويمكن انطباق كلّ واحد من الوجهين على موارد بدل الحيلولة من الضياع و السرقة و الإباق و الغرق، و ان قيل بأنّ المال المسروق و الغريق ممّا ييأس و وصوله، بخلاف الضائع الذي لا يأس عن الظفر به و إن لم يظنّ وجدانه.

و لعلّ الوجه الأول يختصّ بما إذا تعدّد إعادة العين و إن كان عودها بنفسها مرجوّاً، كطائر فرّ من عشّه، و لكنّه يرجى عوده بنفسه إليه، لأنسه به.

الثالث: القول بالتفصيل في ضمان البديل بين المدّة القصيرة و الطويلة، و بين التضرّر و عدمه، فيقال بعدم الضمان فيما لو علم بوجود العين في مدة قصيرة، سواء تضرّر فيه المالك أم لا. و كذا لو علم به في مدّة طويلة مع عدم تضرّر المالك بالانتظار. و يقال بالضمان في ما لو علم بوجودها في أمد بعيد مع تضرّر المالك بالصبر إلى التمكن من العين.

الرابع: القول بضمان البديل مطلقاً بمجرد تعدّد العين، سواء أ كانت مدّة الوصول إليها طويلة أم قصيرة.

إليه (1)، أو بعدم رجاء وجدانه (2)، أو يشمل (3) ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة يتضرّر المالك من انتظارها، أو (4) ولو كانت قصيرة؟ وجوه (5). ظاهر أدلّة ما ذكر من الأمور الاختصاص بأحد الأولين (6).

لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير (7) كما يظهر (8) من إطلاقهم أنّ اللوح

هذا ما يحتمل ثبوتاً في تحديد موضوع الحكم.

وأفاد المصنّف قدّس سرّه في مقام الإثبات أنّ مفاد أدلّة وجوب أداء بدل الحيلولة يختلف عن ظاهر الفتاوى، إذ مقتضى الأدلّة اختصاص الوجوب بأحد الوجهين الأولين، وهما اليأس من الوصول وعدم رجاء الوجدان، لكونهما قدراً متيقّناً من «تعذّر الوصول» الذي هو بحكم التلف الحقيقي. ولكن مقتضى إطلاق الفتاوى وجوب بدل الحيلولة حتى لو تمكّن الضامن من الظفر بالعين في مدّة قصيرة كي يردها إلى المالك، وسيأتي نقل فتواهم إن شاء الله تعالى.

(1) هذا هو الاحتمال الأوّل.

(2) هذا هو الاحتمال الثاني، وقد عرفت الفرق بينه وبين الاحتمال الأوّل.

(3) هذا هو الاحتمال الثالث، وهو معطوف على قوله: «يقيد» ومقابل له، وغرضه التعميم وبيان احتمال عدم اختصاص التعذّر بصورة اليأس عن الوصول أو اليأس عن الوجدان، بل «تعذّر الوصول» أعمّ منهما ومما علم وجدانه في مدّة طويلة.

(4) معطوف على «مدّة طويلة» يعني: يصدق «التعذّر» حتّى في صورة العلم بوجدان العين في مدّة قصيرة، وهذا هو الاحتمال الرابع.

(5) مبتدأ مؤخّر لمحذوف، وهو «فيه».

(6) أي: حصول اليأس من الوصول إليه، أو عدم رجاء الوجدان.

(7) وهو قوله: «أو ولو كانت قصيرة».

(8) قال في الجواهر: «وإن كانت- أي السفينة التي أدرج فيها لوح مغصوب- في اللّجة، وخيف من النزاع غرق حيوان محترم- آدمي أو غيره- أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب، ففي القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك

المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب (1) انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل.

و يؤيده (2) أن فيه جمعا بين الحقيين، بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن (3) عند التمكن من العين، فإن (4) «تسلط الناس على مالهم» الذي فرض

و الروضة و ظاهر غيرها عدم وجوب النزاع، بل في مجمع البرهان: لا خلاف فيه، جمعا بين الحقيين، و لاحترام روح الحيوان، سواء كان الغاصب أو للغاصب أو غيره ..» (1).

وقوله: «جمعا بين الحقيين» شاهد على أنهم أطلقوا الحكم بالانتقال إلى القيمة، أعني بها قيمة اللوح المتعذر أخذه فعلا لخوف غرق مال غير الغاصب مع كون اللوح معلوم الوصول والوجدان، و لم يفرقوا بين كون مدة الوصول إلى الساحل طويلة أو قصيرة.

(1) إذ لو كان المال الموجود في السفينة ملكا للغاصب أو لمن يعلم بغصبيته و جب نزع اللوح المغصوب فورا، لعدم احترام مثل هذا المال، و لم تصل النوبة إلى انتقال الضمان من العين إلى بدل الحيلولة.

(2) يعني: يؤيد هذا الإطلاق أن الانتقال إلى القيمة إلى زمان وصول العين جمع بين حقي المالك و الغاصب، لأن مقتضى سلطنة المالك على ماله جواز مطالبته عينا أو بدلا، و مقتضى عدم تضرر الغاصب هو أن يدفع المالك إليه بدل الحيلولة الذي أخذه منه، بعد وصول العين المغصوبة إلى مالكةا.

و التعبير بالتأييد لعدم إحراز ثبوت حق للمالك مع فرض بقاء العين و وصولها إليه في مدة قصيرة.

(3) لقولهم بتراد العين و بدل الحيلولة، كما نقلناه عن المحقق في (ص 556).

(4) تعليل لثبوت حق للمالك يقتضي جواز مطالبة بدل الحيلولة من الضامن.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 77

ص: 560

كونه في عهده يقتضي (1) جواز مطالبة الخروج عن عهده (2) عند تعذر نفسه.

نظير ما تقدّم (3) في تسلّطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثلي.

نعم (4) لو كان زمان التعذر قصيرا جدًا- بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على أداء القيمة- أشكل الحكم (5).

ب: المراد بالتعذر هو العرفي لا العقلي]

ثم الظاهر (6) عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف،

(1) خبر قوله: «انّ تسلّط» و ضمير «عهده» راجع إلى الضامن.

(2) مرجع هذا الضمير و ضميري «كونه. نفسه» هو «مال الناس».

(3) حيث قال في الأمر السادس: «انّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، و جمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة، و حقّ الضامن بعدم تكليفه بالمتعذر أو المعسور».

(4) استدراك على إطلاق حكمهم بضمان بدل الحيلولة حتّى في ما إذا كان زمان تعذر الوصول إلى العين المضمونة قصيرا. 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» يتوقف على حصول النقص و الفوت على من له الغرم، و مع قصر المدّة لا يصدق فوت مال المالك و لا نقصه عليه، فلا موجب للغرامة.

(5) 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 التمكّن عرفا من ردّ العين- لقصر الزمان- يقتضي عدم الانتقال إلى القيمة.

ب: المراد بالتعذر هو العرفي لا العقلي

(6) غرضه تحديد التعذر الموجب للبدل، و حاصله: أنّ الانتقال إلى بدل الحيلولة لا يناط بسقوط التكليف بوجوب ردّ العين، فلو لم يصل التعذر إلى هذا الحدّ

بل لو كان ممكنا (1) بحيث يجب عليه السعي في مقدماته لم يسقط القيمة (2) زمان السعي.

لكن (3) ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر.

وجب دفع بدل الحيلولة أيضا، كما تقتضيه فتاواهم بالانتقال إلى القيمة في اللوح المغصوب، مع إمكان الوصول إليه و لو بالسعي مقدّمات الإيصال إلى الساحل.

وبعبارة أخرى: المراد بالتعذر ليس هو الامتناع الذي يعدّونه من مسقطات التكليف، نظير الامتثال و انتفاء الموضوع، كسقوط أحد المتزاحمين- المتساويين ملاكا- عن الوجوب الفعليّ التعينيّ، و التخيير في الامتثال. فلو كان التعذر في المقام بهذا المعنى لم يبق موضوع لبديل الحيلولة، لفرض بقاء صورتها النوعيّة على ما كانت عليه، كالعبد الأبق و اللوح المدرج في السفينة. فالمراد بالتعذر هنا ما يجتمع مع التكليف بأداء العين، حتى لو توقّف الوصول إليها على تمهيد مقدّمات و السعي إليها.

وقد ظهر أنّ تعبير المصنف قدّس سرّه بالتعذر ليس مساوقا للوجه الأوّل- و هو اليأس عن الوصول- حتى يكون ذلك تكرارا، إذ التعذر العقليّ المسقط للتكليف أخص من اليأس، فإنّ عدم القدرة فعلا على تحصيل العين لا ينافي القطع بحصوله فيما بعد، فضلا عن رجاء حصوله. كما أنّ اعتبار التعذر العرفيّ في سقوط التكليف برّد العين لا يساوق الصورة الأخيرة، و هي الحكم ببديل الحيلولة بمجرد التعذر الفعليّ، بل التعذر العرفيّ أعمّ من التعذر الفعليّ و التعذر في مدّة قصيرة.

(1) يعني: لَمَّا كان الوصول إلى العين ممكنا في نفسه- و لو بتمهيد مقدّمات- و جب السعي إليها ليظفر بها.

(2) يعني: بدل الحيلولة.

(3) هذا استدراك على إرادة التعذر العرفيّ في المقام، و حاصله: أنّ ظاهر كلمات بعضهم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، كقول المحقّق قدّس سرّه: «و إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البذل» و قريب منه عبارة القواعد و الدروس.

و هو (1) الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزامه برء العين، فتأمل (2).

ولعل المراد به (3) التعذر في الحال

(1) غرضه قدس سره الاستدلال لما هو ظاهر تعبير جماعة بالتعذر الذي يلوح منه سقوط التكليف بأداء العين. و تقريره: أن الدليل على استحقاق البديل هو سلطنة المالك على ماله، و لا ريب في اقتضائها جواز مطالبة البديل 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 البديل كان مقتضى أصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزامه برء العين عدم سلطنته على مطالبة البديل، هذا.

(2) الظاهر أنه إشارة إلى الخدشة في الأصل المذكور، إما لأنه قد يفضي إلى تضرر المالك بحرمانه عن مائة ماله، فلو ثبت له سلطنة المطالبة بالبديل لم يتضرر بذلك، و إن لم تصل إليه خصوصيات ماله. و إما لأن السلطنة على مطالبة بدل الحيلولة لا تنافي سلطنته على العين، لا اختصاص زمان و جوب البديل بتعذر الوصول إلى العين، و هو وقت السعي في مقدمات تحصيل العين، و اختصاص و جوب رد العين بزمان حصولها عنده، فلا تكليف بردها قبل حصولها حتى يقال بنفي الزائد- و هو و جوب البديل- بأصالة عدم السلطنة.

(3) غرضه توجيه أخذ «التعذر» في الحكم ببديل 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 بالبديل، هذا.

وإن كان (1) لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخر لأجلها ذو المقدّمة.

ج: جواز امتناع المالك من أخذ بدل الحيلولة]

ثم (2) إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقًا للضامن، فلا يجوز (3) للمالك الامتناع، بل (4) له أن يمتنع من أخذها، و يصبر إلى زوال العذر، كما صرّح به الشيخ في المبسوط (5).

(1) يعني: وإن كان هذا التعذّر الفعليّ مستندا إلى استلزام مقدمات تحصيل العين لزمان طويل.

ج: جواز امتناع المالك من أخذ بدل الحيلولة

(2) 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 بردّ العين؛ فليس للمالك الامتناع من الأخذ.

و في صورة التعذّر يجوز للمالك الامتناع من الأخذ، و الصبر إلى زوال العذر و إمكان ردّ العين.

(3) هذا متفرّع على المنفيّ، و هو كون دفع القيمة- عند التلف- حقًا للضامن يجب على المالك قبولها.

(4) 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 حقيقة بذهاب صورتها النوعيّة، و بين تلفها حكما بالتعذّر.

(5) حيث قال قدّس سرّه: «إذا غصب ملكا لغيره، فخرج عن يده، مثل أن غصب عبدا فأبق، أو فرسا فشرّد، أو بعيرا فنّد، أو ثوبا فسرق، كان للمالك مطالبته بقيمته، لأنّه حال بينهما بالغصب ..» «1». و غرض المصنّف من نسبة التصريح إلى الشيخ قوله «كان للمالك» لدلالته على كون المطالبة بالقيمة حقًا له، و ليس للغاصب الإلزام

(1) المبسوط، ج 3، ص 95.

ص: 564

و يدلّ عليه (1) قاعدة تسلّط الناس على أموالهم.

د: خروج العين عن المالّية]

و كما أنّ (2) تعدّر ردّ العين

بأخذها، فيجوز الصبر إلى الظفر بالعين المضمونة.

(1) يعني: ويدلّ على جواز امتناع المالك من أخذ القيمة- أي بدل الحيلولة- قاعدة السلطنة، لاقتضائها جواز كلّ من مطالبة البدل الموقّت، و من الامتناع عنه، بأن يصبر حتى الظفر بالعين، أو إحراز تلفها، فيأخذ بدلها الدائمّ المستقرّ على عهدة الضامن. و هذا بخلاف ما إذا تلفت العين، لانقطاع سلطنته عليها من أول الأمر، و استقرار بدلها في ذمّة الضامن، فله تفرّغها بأداء المثل أو القيمة، و لا يجوز للمالك الامتناع من أخذ البدل.

د: خروج العين عن المالّية

(2) ظاهره بيان مورد آخر مما يجب فيه بدل الحيلولة، و هو خروج المال عن التقويم، توضيحه: أنّ المناط في ضمان بدل الحيلولة- كما تقدّم- أمران، أحدهما: بقاء العين و عدم ذهاب صورتها النوعيّة، و ثانيهما: تعدّر إيصالها إلى المالك.

و بناء على اعتبار هذين يتّجه البحث عمّا إذا أمكن إيصال العين إلى مالّكها، لكنّها سقطت عن المالّية، فيحتمل لحوق هذا الفرض ببديل الحيلولة، كما اختاره المصنّف قدّس سرّه و يحتمل كونه من موارد التلف الحقيقي- لأنّ التموّل صفة مقومة لضمان العين- فالواجب حينئذ دفع البدل الدائمّ إلى المالك، و لا ربط له ببديل الحيلولة الذي هو بدل محدود و معيّن بالوصول إلى العين.

فإن قلت: مختار المصنّف هنا ربما ينافي ما تقدّم في التنبيه السادس من حكمه بأنّ سقوط المثل عن المالّية يوجب الانتقال إلى القيمة كالماء على الشاطئ و الجمد في الشتاء. فتشغل ذمّة الضامن بالقيمة- التي تكون بدلا دائميًا لا محدودا- و يسقط المثل عن العهدة.

ص: 565

في حكم التلف (1)، فكذا خروجه (2) عن التقويم.

ه: هل البدل ملك المضمون له أم مباح له؟

ثم إن (3) المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف،

وجه المنافاة: أن خروج المثل عن المائيّة لو اقتضى انقلاب ضمانه بالقيمة فليكن خروج العين عن التمولّ مثله، فكيف حكم المصنّف: بأنّه كتعدّر العين في أن البدل محدود من باب الحيلولة بين المال و مالكه؟

قلت: يمكن دفع التنافي بأنّ خروج المال عن التقويم على نحوين، فتارة لا يرجى عود المائيّة إليه، كاللحم المتعفنّ و الفاكهة الفاسدة، فالواجب فيهما المثل أو القيمة من باب التلف الحقيقيّ، لكون تلف المائيّة كتلف العين. و اخرى يرجى عود المائيّة، كما إذا ضمن ماء في المفازة و لم يتلف حتى وصل الشاطئ، و أراد اجتيازه إلى مفازة أخرى، فيقال: بأنّ للمالك مطالبة بدل الحيلولة عند الشاطئ، و لو بقي الماء بحاله إلى الوصول إلى المفازة الأخرى و جب على الضامن دفعه إلى المالك.

و لعلّ هذا الفرض الثّاني محطّ نظر الماتن هنا، حيث عدّ سقوط المال عن التقويم من موارد بدل الحيلولة. مضافاً إلى فرق آخر بين المقام و المثليّ، بأنّ العين واجدة لخصوصيّتها الشخصيّة المضمونة، و لا ينتقل إلى البدل إلا بالتلف الحقيقيّ، و المفروض عدمه. بخلاف المثليّ، المشارك للعين في الصنف، هذا.

(1) في وجوب البدل المحدود، و هو بدل الحيلولة.

(2) أي: خروج العين عن المائيّة، فالأولى تأنيث الضمير.

ه: هل البدل ملك المضمون له أم مباح له؟

(3) هذا فرع آخر ممّا يتعلّق ببطل الحيلولة، و الغرض منه بيان حكمه من حيث صيرورته ملكاً لمن له الغرم أو أنّه يباح له التصرف فيه. و أثبت المصنّف قدس سرّه كونه ملكاً له بنفي الخلاف بين المسلمين، و استوجهه بأنّ التدارك لا يحصل إلا بصيرورة بدل الحيلولة ملكاً للمغضوب منه، حيث إنّ فوات المال عنه لا ينجبر إلا بذلك.

كما في المبسوط (1) و السرائر و الخلاف و الغنية. و ظاهرهم (2) إرادة نفي الخلاف بين المسلمين.

و لولا هذان الوجهان- و هما الإجماع و اقتضاء الغرامة و التدارك الملكيّة- أمكن القول ببقاء بدل الحيلولة على ملك الغارم، غاية الأمر أنّه يباح لمالك العين الانتفاع به و التصرف فيه حتى بما يتوقّف على الملك، و يشترط دخوله في ملكه بتلف العين.

و عليه فيكون بدل الحيلولة كالمعاطاة- بناء على نظر من تقدّم على المحقّق الثاني قدّس سرّه من كونها مفيدة للإباحة- بلا فرق بين ما لا يتوقّف على الملك، و ما يتوقّف عليه كالعتق و البيع و الهدية، و قد جزم بهذا الاحتمال المحقّق القمّي قدّس سرّه على ما حكى عنه.

(1) حيث قال- بعد ما نقلناه عنه في (ص 564) ما لفظه: «فإذا أخذ القيمة ملكها بلا خلاف، لأنّه أخذها لأجل الحيلولة» (1). و الغرض أنّ دعوى «عدم الخلاف» مصرّح بها في كلام السيد أبي المكارم، و ابن إدريس أيضا.

(2) و في مفتاح الكرامة أيضا: «و ظاهرهما- يعني كلام الخلاف و الغنية- نفيه بين المسلمين» (2). يعني: أنّ الحكم ليس مجمعا عليه بين الإماميّة خاصّة، بل هو متّفق عليه بين المسلمين. و منشأ استظهار نفي الخلاف بين المسلمين هو قول شيخ الطائفة- بعد العبارة المتقدّمة-: «فإذا ملك القيمة فهل يملك المقوم أم لا؟ فعندنا أنّه ما يملكها، و أنّها باقية على ملك المغصوب منه» لظهور قوله: «فعندنا» في إجماع الإماميّة على بقاء العين في ملك المغصوب منه، و إذا ظفر بالعين و جب ردّ بدل الحيلولة إلى الغاصب، لخروجه عن ملك المغصوب منه حينئذ.

وربّما تكون نسبة الحكم إلى أصحابنا في هذه المسألة قرينة على أن مراده بنفي

(1) المبسوط، ج 3، ص 95؛ الخلاف، ج 3، ص 412، كتاب الغصب، المسألة 26؛ غنية النزوع، ص 538، (ضمن الجوامع الفقهيّة)؛ السرائر، ج 2، ص 486

(2) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 254

ص: 567

ولعلّ الوجه فيه (1) أنّ التدارك لا يتحقّق إلاّ بذلك (2).

و لو لا ظهور الإجماع (3) وأدلة الغرامة في المملكيّة لاحتملنا أن يكون مباحا له (4) إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه. نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها (5)، ويكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين (6).

الخلاف في المسألة السابقة نفي الخلاف بين المسلمين، ولولاه لم يكن وجه للتعبير تارة بنفي الخلاف، وأخرى ب «عندنا».

(1) اي: ولعلّ الوجه في تملك المغصوب منه لبدل الحيلولة هو: أنّ تدارك حرمان المالك عن العين المتعدّرة إنّما هو بدخول البدل في ملكه حتى يتسلّط على التصرف فيه، كما كان يتصرّف في المبدل لو كان حاضرا عنده.

وهذا الوجه يستفاد من كلام الجواهر أيضا، كقوله: «بل أدلة الضمان التي منها- على اليد- شاملة لذلك قطعاً فهي حينئذ مقتضية لملك المالك القيمة.. فالقيمة حينئذ مملوكة، و العين باقية على الملك للأصل» (1).

(2) أي: بكون المال المبدول- المسمّى ببدل الحيلولة- ملكا للمغصوب منه.

(3) أي: على القول بالإباحة في المعاطاة، غرضه: أنّه بالإباحة يتحقّق التدارك. ولا يتوقف ذلك على القول بالملكيّة، فالموجب له هو ظهور الإجماع وأدلة الغرامة.

(4) أي: لمالك العين، والمراد بالإباحة المطلقة ما يشمل التصرف المشروط بالملك كالبيع.

(5) أي: على القول بالإباحة المطلقة في المعاطاة، لتحققّ التدارك بهذه الإباحة، ولا موجب لدخول بدل الحيلولة في ملك مالك العين: فدلّيل القول بالملكيّة هو الإجماع وأدلة الغرامة.

(6) كما أنّ تملك المأخوذ بالمعاطاة مشروط بتلف العوض.

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 131

ص: 568

و حكي الجزم بهذا الاحتمال (1) عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله (2).

[و: دفع بدل الحيلولة لا يقتضي انتقال العين الى الغارم]

و على أي حال (3) فلا ينتقل العين إلى الضامن،

(1) أي: احتمال الإباحة المطلقة.

(2) الموجود في جامع الشتات كون بدل الحيلولة نوعا من الملك، و لم يرد في كلامه التصريح بالإباحة، و لكن الظاهر إرادة الإباحة، لأنه قدس سره أراد التفصلي عن إشكال الشهيد الثاني - الآتي قريبا - من أنه يلزم الجمع بين العوض و المعوض لو قلنا بصيرورة بدل الحيلولة ملكا لمالك العين، و الالتزام بالملك المتزلزل. فتخلص المحقق القمي عنه بقوله: «فلا مانع من أن يكون ذلك نوعا من التملك، و حاصله: أن للمالك التصرف [في البدل] للبدل حتى بالإتلاف و البيع و غير ذلك. و ذلك مراعى إلى حين ظهور العين المغصوبة، فإن ظهر العين و البدل باق فللغاصب استرداد ماله إذا كان باقيا، بخلاف ما لو أتلفه» (1).

و: دفع بدل الحيلولة لا يقتضي انتقال العين الى الغارم

(3) يعني: سواء قلنا بدخول بدل الحيلولة في ملك المضمون له أم بالإباحة 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 أداء للعين من حيث ماليته حتى يستلزم دخول العين في ملكه من جهة امتناع اجتماع العوض و المعوض عند واحد.

و الحاصل: أن بدل الحيلولة غرامة يبذلها الضامن، و لا تقتضي دخول العين في ملكه معاوضة، كما أن البدل الدائمي الذي يبذله الضامن لا يوجب صيرورة العين التالفة ملكا له، هذا.

(1) جامع الشتات، ج 1، ص 152، السطر: 6.

ص: 569

فهي غرامة (1) لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه، و دخول العين في ملكه، و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوّض، فالمبدول هنا (2) كالمبدول مع تلف العين في عدم البدل له.

وقد استشكل في ذلك (3) المحقق و الشهيد الثانيان.

قال الأوّل في محكيّ جامعه: «إنّ هنا إشكالا، فإنّه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ، و يبقى العين على ملكه؟ و جعلها (4) في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه» انتهى.

و قال الثاني: «إنّ هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض

و قد تقدّم في عبارة المبسوط التصريح بعدم دخول العين في ملك الغارم، و لكن استشكل فيه المحقق و الشهيد الثانيان، و سيأتي.

(1) لا أداء للعين من حيث الماليّة حتى يلزم دخول العين في ملك الغاصب ببذل البدل.

(2) هذه نتيجة كون بدل الحيلولة غرامة لا أداء للعين من حيث الماليّة، يعني:

أنّ المبدول بعنوان بدل الحيلولة كالمبدول مع تلف العين.

(3) يعني: في صيرورة بدل الحيلولة ملكا لملك العين.

(4) مبتدأ خبره «لا يكاد» و غرض المحقق الثاني قدّس سرّه دفع دخل، حاصله: أنّ بدل الحيلولة ليس في قبال نفس العين المضمونة حتى يلزم إشكال الجمع بين العوض و المعوّض في ملك المضمون له، بل يكون البدل عوضا عن حيلولة الغاصب- بين العين و مالکها- المفوّتة لسلطنته عليها، فلا إشكال حينئذ «1».

و دفعه 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 استحقاق بدل محدود لأجل الحيلولة؟.

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 261

ص: 570

والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح (1) [1].

و لو قيل (2) بحصول الملك لكلّ منهما متزلا (3)، وتوقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس (4) من العين- وإن جاز له التصرف- كان وجهها (5) في المسألة «1».

واستحسنه في محكي الكفاية (6).

(1) يعني: لو دلّ دليل على جواز اجتماع العوض والمعوّض في ملك واحد أمكن الالتزام بمالكية المضمون له- هنا- لكلّ من العين و بدل الحيلولة، ولكن حيث لا دليل عليه إثباتا يشكل المصير إليه.

(2) غرض الشهيد الثاني التخلّص من محذور اجتماع العوض والمعوّض- بالقول بالملك المتزلا لا المستقرّ، فالمضمون له يملك بدل الحيلولة، كمالكية ذي الخيار للمبيع متزلا، واستقرار الملك مراعى باليأس من العين، وقبل اليأس يجوز للمالك التصرف في البدل بأنحاء التصرف.

ولا يخفى عليك أنّ هذا الملك المتزلا قول ثالث في المسألة في قبال كلّ من الملك المستقرّ، والإباحة المطلقة.

(3) أي: التزلا مستمر إلى اليأس، وبه يستقرّ الملك.

(4) بل على التلف، ويمكن أن يكون اليأس طريقا إليه.

(5) إذ به يندفع إشكال الجمع بين العوض والمعوّض.

(6) يعني: استحسن الفاضل السبزواري قدس سرّه القول بالملك المتزلا لحلّ إشكال الجمع بين العوض والمعوّض.

[1] ظاهره كظاهر المستند عدم كون محذور اجتماع العوض والمعوّض عقلياً، مع أنّ محذورة عقلياً، لأنّ العوض في الملكية عبارة عن كون مال بدلا عن مال آخر، بحيث تكون إضافة الملكية قائمة بمال لم يكن ملكا له.

(1) الحاكي هو السيد العاملي قدس سرّه في مفتاح الكرامة، ج 6، ص 255؛ مسالك الافهام، ج 12، ص 201 كفاية الأحكام، ص 259

أقول: الذي ينبغي أن يقال (1) هنا: إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك (2) إقامة مقابله من ماله مقامه (3)، ليصدق ذهابها من كيسه.

ثم (4) إن الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي أو العرفي المخرج للعين

(1) ناقش المصنّف في كلام المحقّق والشهيد الثانيين والفاضل السبزواري قدّس سرّهم من جعل محذور اجتماع العوض والمعوض مانعا من دخول البديل في ملك المضمون له، ثم تخلّص الشهيد الثاني عنه بالملك المترزّل.

وحاصل المناقشة: اقتضاء الدليل دخول البديل في ملك المضمون له، وذلك لأنّ معنى ضمان العين- وكون عهدها على الضامن- هو كون ذهابها من كيس الضامن، بحيث يرد نقصان في ماله، و لازم ذلك جعل مقابله من ماله مقام التالف في الملكيّة، بمعنى: إقامة إضافة الملكيّة بما يبذله للمالك، فما يدفعه إلى المالك يقوم مقام ماله التالف في الملكيّة. هذا في التلف الحقيقي.

وأما في تعدّد الوصول إلى العين كالمقام- وفوات الانتفاع بها- فمعنى الضمان تدارك السلطنة الفائتة، وهذا المقدار وإن كان يتحقّق بإباحة البديل للمالك، لتمكّنه من التصرف فيه مطلقا، إلا أنّ الموجب للقول بملكيّة المضمون له هو عدم جواز بعض التصرفات للمباح له، كالعتق والبيع والوقف ونحوها، فيلزم قصر سلطنة المالك حينئذ، ولا سبيل لتدارك تلك السلطنة المطلقة على ماله إلا بدخول البديل في ملكه، هذا.

وعليه فما أفادوه- من عدم دليل واضح على اجتماع العوض والمعوض عند المالك- قد عرفت منعه، لاقتضاء أدلّة الضمان جبر السلطنة الفائتة وتداركها، ولا يكون إلا بالملك.

(2) أي: و لازم ذهاب العين من مال الضامن هو إقامة مقابله من ماله مقامها.

(3) أي: مقام العين، فالأولى تأنيث الضمير.

(4) هذا تفصيل لقوله: «إنّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن»

عن قابليّة الملكيّة (1) [الملك] عرفا وجب قيام مقابله من ماله مقامه (2) في الملكيّة. وإن كان (3) الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكيّة وجب قيام مقابله مقامه (4) في السلطنة، لا في الملكيّة (5) ليكون (6) مقابلا و تداركا للسلطنة الفائتة. فالتدرك لا يقتضي ملكيّة المتدارك (7) في هذه الصورة (8).

و حاصله: أنّ لذهاب العين صورتين، إحداهما: التلف الحقيقي أو العرفي، و الأخرى انقطاع السلطنة، و هو التلف الحكمي، و تقدّم بيانهما آنفا، و سيأتي أيضا.

(1) الظاهر أنّ الصواب «الماليّة» لقيام المنافع بالشيء من حيث كونه مالا، لا ملكا. و يمكن توجيه «الملكيّة» بأنّها- في المقام- غالبا لا تنفك عن الماليّة، فتتحد قابليّة الملكيّة و الماليّة، و الأمر سهل.

(2) أي: مقام العين في إضافة الملكيّة، فيكون البدل الدائم ملكا لمالك العين التالفة. و الأولى تأنيث الضمير، كما مرّ.

(3) معطوف على «إن كان» و هو بيان مورد بدل الحيلولة، و أنّ حكمه الإباحة المطلقة، و حاصله: أنّ المراد بالذهاب انقطاع سلطنة المالك عن ماله، فاللازم جعل مال في مقابل السلطنة الفائتة عن ماله، لا في مقابل الملكيّة، فالتدرك لا يقتضي ملكية البدل المبدول لتدرك السلطنة، إذ لا يتوقّف تداركها على ملكيّة البدل، بل يحصل بالإباحة و السلطنة المطلقة عليه.

(4) هذا الضمير و ضمائر «عنه، به، مقابله» راجعة إلى «العين» فالأولى تأنيثها.

(5) يعني: أنّ الفارق بين التلف الحقيقي و فوات السلطنة هو لزوم كون تدارك الأوّل بدخول البدل في ملك المضمون له، بخلاف الثاني، لكفاية إباحته له.

(6) أي: ليكون هذا المقابل مقابلا للسلطنة الفائتة و تداركا لها.

(7) بالكسر، أي: البدل الموجب للتدرك.

(8) أي: صورة انقطاع سلطنة المالك و فوات الانتفاعات.

نعم (1) لَمَّا كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفاتنة متوقفة على الملك، لتوقف بعض التصرفات عليها، وجب ملكيته للمبدول، تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة.

وعلى أيّ تقدير (2) فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكةا (3).

إنّما الكلام في البديل المبدول، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة (4) وبالسلطنة المطلقة عليها.

(1) استدراك على أنّ التدارك لا يقتضي ملكية المتدارك - بالكسر - لكن لَمَّا كانت السلطنة المطلقة الجابرة للسلطنة الفاتنة منوطة بالملك، لتوقف بعض التصرفات عليه، وجب الحكم بكون البديل ملكاً للمالك، وذلك لأنّ التدارك يقتضي ذلك حيث إنّ السلطنة المطلقة الفاتنة لا تتدارك إلاّ بسلطنة مثلها، فنفس انقطاع سلطنة المالك وإن لم يقتض ملكية بدل الحيلولة، إلاّ أنّ كيفية السلطنة الفاتنة تقتضي كون السلطنة الجابرة لها مثلها.

(2) يعني: سواء قلنا بملكية بدل الحيلولة للمالك، أم قلنا بإباحتها المطلقة.

(3) لعدم موجب لخروجها عن ملك مالكةا، ومع الشكّ يجري الاستصحاب، وقد تقدّم أيضاً بقوله: «وعلى أيّ حال فلا ينتقل العين إلى الضامن».

(4) كما اختاره المحقق القميّ قدس سرّه لكفاية هذه الإباحة المطلقة في جبر فوات سلطنة المالك على ماله، ولا يتوقف التدارك على دخول بدل الحيلولة في ملك المضمون له. نعم هذه الإباحة تستلزم الملك من أوّل الأمر، أو تنتهي إليه عند التصرف، حتى تصحّ التصرفات المشروطة بالملك فيه. وقد تقدّم تفصيل الكلام في رابع تنبيهات المعاطاة. لكن الذي تحصّل من كلامه هناك الإشكال في الإباحة المطلقة فراجع «1».

(1) هدى الطالب، ج 2، ص 94 إلى ص 120

ص: 574

وبعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ (1) 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.

[ز: اشتراط وجوب البدل بفوات معظم منافع العين]

ثم (2) إنّه قد تحصل ممّا ذكرنا (3) أنّ تحقيق ملكيّة البدل (4) أو السلطنة (5)

(1) أي: حين وجوب الحكم بإباحة البدل و السلطنة المطلقة عليه.

ز: اشتراط وجوب البدل بفوات معظم منافع العين

(2) هذا البحث يتعلّق بكون بدل الحيلولة ملكا أو مباحا لملك العين، والغرض منه تحديد موضوع البحث و حصر مورده بما إذا كان الفائت على المالك معظم الانتفاعات حتّى يتصف البدل بكونه غرامة. فلو كان الفائت منفعة غير مقومة لمالّية العين فمقتضى ما تقدّم عدم كون بدل الحيلولة ملكا و لا مباحا للمالك.

إلا إذا حكم الشارع بغرامة العين، فإنّها تكشف عن انتقال العين إلى الغارم، كما في البهيمّة 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 البدل يدلّ على تحقّق مبادلة شرعيّة بينه و بين الحيوان.

و هذا بخلاف سقوط العين عن المالّية، فلا يكون وجوب دفع البدل مقتضيا لخروج المبدل عن الملك، لكون البدل غرامة للسلطنة الفائتة و للخروج عن المالّية.

و سيأتي مزيد بيان للمطلب.

(3) يعني: من بقاء العين على ملك مالكها، و كون دفع البدل غرامة عمّا فات من سلطنة المالك.

(4) بناء على دخوله في ملك المضمون له.

(5) بناء على إباحته له.

المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكتها إنّما (1) هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامة و تداركا (2). أمّا لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكيّة (3)، فالتدارك لا يقتضي ملكه (4) ولا السلطنة على البدل.

ولو فرض (5) حكم الشارع بوجود غرامة

(1) خبر قوله: «أنّ تحقيق».

(2) لأنّ التدارك عبارة عن «قيام شيء مقام آخر فيما زال عنه من الأوصاف» ومقتضاه تعنون الشيء الثاني بالعنوان الزائل عن الأوّل- من الملكيّة- في مورد الانتفاع بجميع وجوه المنافع.

(3) الأولى بتبديل الملكيّة بالماليّة، لأنّ الانتفاع يدور مدار الماليّة لا الملكيّة كما هو ظاهر.

(4) أي: ملك البدل، ولو قال: «لا يقتضي ملك البدل ولا السلطنة المطلقة عليه» كان أقرب إلى السلاسة.

(5) هذا حكم صورة بقاء معظم الانتفاعات مع وجوب البدل شرعا كالحيوان الموطوء، وتوضيحه: أنّ الحيوان المقصود ظهره- كالخيل و البغال و الحمير- إذا وطأه غير المالك لا- يفوت معظم الانتفاعات به بمجرد وطنه، لأنّه يحرم بيعه في خصوص بلد الوطي، لا مطلقا، فلا يصدق التدارك هنا، لأنّ المناط في صدقه بقاء الانتفاعات التي بها قوام الماليّة، وهي باقية بعد الوطاء أيضا، لأنّ وجوب نفيه في بلد الوطي و بيعه في آخر لا يرفع مناط الماليّة، فلا يصدق التدارك حتى يحكم بوجوده على الواطئ. فحكم الشارع بغرامة القيمة و دخولها في ملك مالك الحيوان كاشف عن مبادلة شرعيّة بين الحيوان و قيمته، فينتقل الحيوان إلى ملك الغارم تعبدا، و هذا تخصيص في ما تقدّم من قيام الإجماع على عدم خروج العين من ملك المضمون له في موارد بدل الحيلولة، هذا.

ثمّ إنّ الشارع حكم حقيقة- لا فرضا- بوجود التدارك في فوات بعض

ص: 576

قيمته حينئذ (1) لم يبعد كشف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم. ولذا (2) استظهر غير واحد (3) أنّ الغارم لقيمة الحيوان الذي وطأه يملكه، لأنّه (4) وإن وجب بالوطني نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتا لما به قوام المائيّة.

هذا (5) كلّ مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على ملكيّتها السابقة.

الانتفاعات مع عدم تقوّم المائيّة بها، كالبهيمة الموطوءة المقصود ظهرها، لقول الباقر عليه السّلام في حسنة سدير: «وإن كانت مما يركب ظهره غرم قيمتها، وجلد دون الحدّ، وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف، فيبيعها فيها كيلا يعيّر بها صاحبها» (1). فالقيمة يملكها المالك، كما أنّ الحيوان الموطوء يصير مملوكا للغاصب، مع أنّه لم يفت ما به قوام مائيّته.

(1) أي: حين عدم فوات معظم المنافع التي تدور المائيّة مدارها.

(2) أي: ولأجل كشف الغرم- مع بقاء معظم الانتفاعات- عن المبادلة التبعديّة استظهر غير واحد مالكيّة الغارم للحيوان الموطوء.

(3) كالشهيدين والسيد الطباطبائي، قال في الرياض: «وإن كان غيره- أي وإن كان الفاعل غير المالك- فالظاهر أن تغريمه القيمة يوجب ملكه للبهيمة..»

وبذلك صرّح الشهيديان في النكت والروضة» (2).

(4) تعليل لدخول الحيوان الموطوء في ملك الفاعل، وأنّ مجرد نفيه عن البلد وبيعه في بلد آخر لا يسقطه عن المائيّة.

(5) المشار إليه قوله: «ثم إنّ تحقيق ملكيّة البدل أو السلطنة المطلقة عليه» وحاصله: أنّ محطّ البحث عن مالكيّة المضمون له للبدل أو إباحته له إنّما هو في صورة بقاء العين على مائيّتها، وكون الغرامة عوضا عن السلطنة الفائتة، ففي مثله يقال بملكية البدل أو بالسلطنة المطلقة عليه.

(1) وسائل الشيعة، ج 18، ص 571، الباب 1 من أبواب نكاح البهائم، الحديث: 4

(2) رياض المسائل، ج 2، ص 499، السطر 9، الروضة البهية، ج 9، ص 311.

ص: 577

أما لو خرج (1) عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية (2) فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك، لأن (3) القيمة عوض الأوصاف و الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن (4) التقويم، لا عوض (5) العين نفسها، كما (6) في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالكةا لا ينافي معنى الغرامة،

و أما لو خرجت العين عن التقويم - مع كونها باقية على ملك مالكةا - فمقتضى قاعدة الضمان وجوب تمام القيمة، لأنّ الغارم فوت ماليتها على مالكةا. وقد تقدّم عدم التنافي بين كون كلّ من العين و غرامتها ملكا للمضمون له. فلو كسر إناء الغير وجب عليه دفع قيمته مع عدم خروج رضاضه عن ملكه، و عدم انتقالها إلى ملك الغارم.

(1) الأولى أن يقال: «خرجت».

(2) كالظروف المكسورة، و الدهن الذي تنجّس بإلقاء القذر فيه، بناء على عدم جواز الانتفاع به، فيجب على الكاسر و الملقى دفع تمام القيمة، مع بقاء الظرف و الدهن المتنجّس على ملك المالك.

(3) تعليل لوجوب تمام القيمة مع عدم انتقال العين إلى ملك الغارم.

(4) متعلّق ب «خرجت» و «لفواتها» علة للخروج عن التقويم.

(5) معطوف على «عوض الأوصاف» و بيانه: أنّه لو كانت القيمة عوض نفس العين لزم دخولها في ملك الغارم لئلاّ يجتمع العوض و المعوّض عند واحد، و لكن حيث كانت القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء لم يلزم الاجتماع.

(6) هذا مثال لخروج العين عن التقويم لفوات أجزائها.

و يمكن أن يكون مثالا - لفوات الأوصاف أيضا، لأنّ وصف الاجتماع لأجزاء الماء دخيل في ماليته، و المفروض فوات ذلك الوصف الموجب لخروجه عن التقويم.

لفوات (1) معظم الانتفاعات، فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك (2) و لو (3) بذل القيمة. قال في شرح القواعد فيما لو (4) خاط ثوبه بخيوط مغصوبة:

«و لو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثم يضمن الغاصب النقص، و لو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة» انتهى (5).

وعطف (6) على ذلك في محكيّ جامع المقاصد قوله: «و لا يوجب ذلك

و كيف كان فالمراد برطوبة الماء المغصوب- مع اعتبار إباحة الماء- هو الالتفات إلى غصبيّة الماء بعد الغسلتين و قبل المسحتين، إذ لو أحرز غصبيّته قبل الوضوء لم يصحّ وضوءه من أوّل الأمر.

(1) تعليل لصدق معنى الغرامة، و حاصله: صدق الغرامة هنا، لفوات معظم الانتفاعات المقوم لصدق الغرامة.

(2) إذ المفروض بقاء الرطوبة على ملك مالكيها، و المسح بها تصرف فيها، فجوازه منوط بإذنه، لأنّ حرمة التصرف من آثار الملك، لا المال، فلا يضّرّ عدم صدق المال على الرطوبة.

(3) وصلية، يعني: يقوى بطلان المسح بدون إذن المالك حتى إذا بذل القيمة.

(4) هذه العبارة نصّ كلام القواعد، و فيه أيضا: «وجب نزعها مع الإمكان، و لو خيف تلفها لضعفها فالقيمة» «1».

(5) هذا نصّ كلام المحقق الثاني في شرح العبارة «2». و مراده بالتلف بقربنة قوله بعده: «النقص» أنّ الخيوط تارة تتلف بالزنع، لكونها ضعيفة تتقطع و تخرج عن حيز الانتفاع بها ثانية، فلا تقابل بالمال. و اخرى تنقص قيمتها. فعلى الأوّل يجب دفع تمام قيمة الخيوط إلى مالكيها، و على الثاني يجب دفع نقص ماليتها.

(6) هذا ظاهر في كون العبارة السابقة لغير جامع المقاصد، مع أنّها عين كلامه

(1) قواعد الأحكام، ص 81، السطر 6 (الطبعة الحجرية).

(2) الحاكي هو السيد العاملي، مفتاح الكرامة، ج 6، ص 285؛ جامع المقاصد، ج 6، ص 304 و 305

ص: 579

خروجها عن ملك المالك كما سبق من أنّ جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعب القيمة أخذها (1) ولم تدفع العين» انتهى.

وعن المسالك في هذه المسألة: «أنّه إن (2) لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة» (1) (3)

كما عرفت، فالأولى أن يقال: «و عطف على ذلك قوله».

(1) يعني: لو كانت الجناية مستوعبة للقيمة أخذ المالك تمام القيمة، مع بقاء العين على ملكه، فيجتمع لديه العين والقيمة، ولا يدفع العين إلى الضامن.

كما إذا غصب عبدا فجنى عليه بقطع يده، فالدية المقدّرة نصف قيمة العبد، لكن يفصل في المسألة بين ما لو تنزّلت قيمة العبد- بهذه الجناية- عن نصف قيمته، فيجب دفع أكثر من نصف قيمته، وبين ما لو تنزّلت قيمته أقلّ من النصف تعين المقدّر الشرعيّ. مثلا إذا قوّم العبد المغصوب سليما بألف دينار، كانت دية قطع يده خمسمائة دينار، ولكن يلاحظ قيمة العبد مقطوع اليد، فإن كانت خمسمائة كفى دفع الدية المقدّرة.

وإن كانت قيمته أربعمائة دينار وجب دفع ستمائة، ولا يجزي دفع خمسمائة دينار، وهي الدية المقدّرة. هذا.

ولو جنى عليه جناية أخرى بحيث صار دية المجموع ألف دينار وجب دفع الألف- مع العبد المجنيّ عليه- إلى مالكة. والشاهد في جواز اجتماع العبد وقيمته في ملك مالكة.

(2) عبارة المسالك: «وإن لم يبق ..».

(3) يعني: فلا يدخل العين في ملك الضامن بدفع البدل، بل كلّ من المبدل و البدل ملك للمالك.

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 178

ص: 580

لكن عن مجمع البرهان في هذه (1) المسألة اختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: «يمكن أن لا يجوز، و يتعيّن القيمة، لكونه بمنزلة التلف (2). و حينئذ (3) يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، إذ لا غصب فيه يجب ردّه. كما قيل بجواز المسح (4) بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد (5) إكمال الغسل و قبل المسح» (1) انتهى.

و استجوده بعض المعاصرين (6) ترجيحاً (7) لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته (8) عوضاً شرعاً.

(1) يعني: مسألة الخيوط المغصوبة.

(2) 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.

(3) أي: حين كونه بمنزلة التلف و دخول الخيوط في ملك الغاصب يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب.

(4) جواز الصلاة في الثوب المخيط بالخيوط المغصوبة- و جواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب- لأجل كون الخيوط و الرطوبة المذكورتين بمنزلة الشيء التالف.

(5) التقييد ببعديّة إكمال الغسلتين للاحتراز عن العلم بغصبيّة الماء قبل إكمالهما، لبطان الوضوء حينئذ.

(6) و هو صاحب الجواهر، و وافقه السيّد في الحاشية (2).

(7) يعني: ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك .. إلخ على استصحاب ملك المالك للمضمون.

(8) علّة لاقتضاء، و ضميره راجع إلى المضمون، و المراد بالمعوض هو القيمة.

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 521

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 80؛ حاشية المكاسب، ج 1، ص 108

ص: 581

وفيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء (1). وأدلة الضمان قد عرفت أنّ محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليّتها، كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيّته (2).

(1) أي: اقتضاء ملك المالك للقيمة خروج العين المضمونة عن ملكه، ودخولها في ملك الضامن، لصيرورتها عوضاً شرعاً عن القيمة التي دفعها الضامن إلى المالك.

وحاصله: أنه لا منشأ للاقتضاء المزبور أصلاً، لأنّ ما يتوهم أن يكون منشأ له هو أدلة الضمان، وهي غير صالحة لذلك، لأنّ المستفاد 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 الملكيّة.

ومن المعلوم أنّ العين على التقدير الأوّل تخرج عن الملكيّة عرفاً، فلا تقبل إضافة الملكيّة حتى يقال: إنّ طرف الإضافة هو المالك أو الضامن.

وعلى التقدير الثاني تكون السلطنة المطلقة على البديل بدلاً عن السلطنة المنقطعة عن العين. وهذا معنى بدل الحيلولة، لا بدلاً عن نفس العين، حتى يدعى صيرورتها ملكاً للضامن ببذل البديل.

وعلى التقدير الثالث يكون البديل المبذول بدلاً عن ماليّة المال، إذ المفروض خروجه عن الماليّة مع بقاء عينه، فليس البديل المبذول بدلاً عن نفس العين حتى يكون ملك المالك للقيمة مقتضياً لخروج العين المضمونة عن ملكه، ودخولها في ملك الضامن، لصيرورتها شرعاً عوضاً عن البديل المبذول للمالك.

(2) الأولى «ملكيتها» لرجوع الضمير إلى العين.

و لا يخفى أنّ العين على التقدير الأول (1) خارج (2) عن الملكية عرفاً.

وعلى الثاني (3) السلطنة المطلقة على البديل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين. وهذا معنى بدل الحيلولة.

وعلى الثالث (4) 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؟ (5) ولم تتلف هي، وليس لها على تقدير التلف أيضا عهدة مالية، بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال (6). بل لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه (7)، فتأمل (8).

(1) وهو تقدير تلف العين حقيقة، فإنّ العين التالفة لا تعدّ ملكاً ولا مالاً.

(2) الأولى «خارجة».

(3) وهو تقدير فوت السلطنة، مع بقاء العين في مكان لا تنالها اليد فعلاً.

(4) وهو كون الذاهب الأجزاء والأوصاف المقومة لمالية العين.

(5) يعني: كيف يكون المبذول بدلاً عن نفس العين؟ مع أنّها باقية غير تالفة.

(6) حتى يقال: إنّ بدل الحيلولة بدل عن العين، فملك المالك للبديل يقتضي خروج المبدل عن ملكه، ودخوله في ملك الضامن. بل الحكم بوجوب ردّ العين حينئذ تكليف محض لا يستتبع الوضع.

وبالجملة: فعلى جميع التقادير لا يكون البديل بإزاء نفس العين حتى يدعى اقتضاؤه لملكية المبدل للضامن.

(7) أي: سقوط التكليف. والوجه في سقوطه حكومة قاعدة نفي الضرر عليه، وليست معارضة بضرر المالك مالاً، لفرض خروج العين عن المالية، التي استوفاهها بالغرامة.

(8) لعلّه إشارة إلى: منع جريان قاعدة الضرر هنا، لأنّها في مقام الامتنان، فلا تجري في حقّ الغاصب، فيبقى إطلاق ما دلّ على وجود الردّ بحاله.

و لعلّ (1) ما عن المسالك من «أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب، بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعيّن القيمة فقط»

(1) 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 استلزام الردّ الضرر على مالك الثوب و البناء.

ثم لا يخفى أنّ ما نسبته المصنف قدّس سرّه إلى المسالك وإن كان في محلّه، إلّا أنّ العبارة المنقولة ليست نصّ كلامه، بل هي تلفيق بين كلماته في مسألتين كما تبّه عليه الفقيه المامقاني قدّس سرّه. «1»

و لتوضيح الأمر ننقل أولاً عنوان المسألة في الشرائع، ثمّ ما في المسالك.

قال المحقّق قدّس سرّه: «يجب ردّ المغصوب ما دام باقيا و لو تعسّر، كالخشبة تستدخل في البناء، أو اللوح في السفينة، و لا يلزم المالك أخذ القيمة .. و لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، فإن أمكن نزعها الزم ذلك، و ضمن ما يحدث من نقص، و لو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة» «2».

و ظاهره وجوب الردّ مطلقا، سواء فسدت الخشبة بالنزع من البناء أم لم تقسد، و على تقدير عدم الفساد لا فرق بين تضرّر المالك و عدم تضرّره. و سيأتي من المصنّف إمكان حمل هذا الإطلاق على صورة عدم تضرّر مالك البناء بنزع الخشبة، فلو تضرّر لم يجب النزع، بل وجب دفع قيمتها.

و قال الشهيد الثاني قدّس سرّه في حكم الخشبة المغصوبة: «إذا غصب خشبة 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».

(1) غاية الآمال، ص 318

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 239

محمول على صورة تضرر المالك (1) بفساد الثوب المخيط، أو البناء المستدخل فيه الخشبة، كما لا يأبى عنه (2) عنوان المسألة (3)، فلاحظ.

و حينئذ (4) فلا تنافي ما تقدّم عنه سابقا من بقاء الخيط على ملك مالكة،

ولو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب تمام قيمتها.

و هل يجبر على إخراجها حينئذ؟ نظر من فوات المائيّة، وبقاء حقّ المالك في العين.

و ظاهرهم عدم الوجوب، وأنها تنزل منزلة المعدومة. ولو قيل بوجوب إعطائها المالك لو طلبها كان حسنا، وإن جمع بين القيمة و العين» (1).

وقال في مسألة خياطة الثوب بخيط مغصوب: «الخيط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على الخشبة، فللمالك طلب نزعها، وإن أفضى إلى التلف. ويضمن الغاصب النقص إن اتفق. وإن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة» (2).

وقد اتضح من هذا أن قول الماتن قدس سرّه: «ما عن المسالك من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب» غير المذكور في مسألة الخيط، بل ذكره في حكم الخشبة، ولكن حيث قال الشهيد الثاني قدس سرّه: «كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة» صحّت النسبة المزبورة، لاتّحاد حكم الخيط و الخشبة المغصوبين.

(1) أي: مالك الثوب.

(2) أي: كما لا يأبى كلام المحقق - في عنوان المسألة - عن الحمل على صورة تضرر المالك .. إلخ.

(3) يعني: مسألة البناء المستدخل فيه خشبة مغصوبة.

(4) أي: و حين حمل فتواهم بتعيين القيمة - في مسألتي الخيط و الخشبة المغصوبين - على صورة تضرر المالك فلا تنافي ما تقدّم .. إلخ.

(1) مسالك الأفهام، ج 12، ص 176

(2) مسالك الأفهام، ج 12، ص 178

ص: 585

وإن وجب بذل قيمته.

ثم إن هنا قسما رابعا (1) وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه، كما لو صار الخل المغصوب خمرا. فاستشكل في القواعد وجوب

وجه المنافاة: أن بقاءه على ملك مالكة يقتضي وجوب ردّه، فيجب إخراجه مقدّمة لردّه. وهذا الحكم ينافي حكمهم بعدم وجوب الإخراج، لكشفه عن عدم وجوب الردّ.

وأما وجه عدم المنافاة فهو: أن وجوب الردّ مقيد بعدم استلزامه الضرر على الرادّ.

والحاصل: أن المنافاة ناشئة من الملازمة بين الملكية ووجوب الردّ، فالملازمة منحصرة بعدم تضرر الرادّ بالردّ، لا مطلقا حتى في صورة التضرر به، فيمكن ان يكون مالكا، ولا يجب على الغاصب ردّه لتضرره به، هذا.

لكن كلام المسالك أب عن هذا الحمل، لأنه قال- فيما لو خيف من نزع الخشبة هلاك مال غير الحيوان أو هلاك نفس السفينة، والمال له أو لمن يعلم أن فيها لوحا مغصوبا- بأن فيه وجهين: «أحدهما، وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنّف، وصرّح به الأكثر: أنه ينزع أيضا، كما يهدم البناء لردّ الخشبة، ولا يبالي بما صنع، لأنّ دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور، ولا يتمّ إلا بهذا. وعدوان الغاصب لا يناسبه التخفيف، وهو الذي أدخل الضرر على نفسه ..» (1).

(1) غرضه أن الأقسام والتقاير الثلاثة المتقدّمة كانت بالنسبة إلى العين المملوكة، التي خرجت عن الملكية أو المالية رأسا. ويبقى حكم قسم آخر، وهو خروج العين عن الملكية، وتعلّق حق الأولوية بها، كما إذا غصب خلا فانقلب عنده خمرا، فإنه يجب دفع قيمة الخل إلى المالك، وهل يجب ردّ الخمر إليه- أيضا- أم لا؟

استشكل العلامة فيه.

فالوجه في وجوب ردّها هو استصحاب الحكم قبل انقلابها خمرا، للشك في

(1) مسالك الأفهام، ج 13، ص 177

ردّها مع القيمة (1).

ولعلّه (2) من استصحاب وجوب ردّها. ومن (3) أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب إلّا ردّه، ولم (4) يكن المالك إلّا أولى به.

انتفاء وجوب الردّ بمجرد الانقلاب.

و الوجه في عدم وجوب الردّ منع جريان الاستصحاب هنا، لأنّ متعلّق الحكم هو «مال الغير و ملكه» و حيث إنّ المفروض زوال إضافة الملكيّة 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 حالنا الخلية و الخمرية، وليستا مقومتين للموضوع حتى يقطع أو يشكّ في ترتّب الحكم عليه. و لهذا ذهب جمع إلى وجوب ردّها، لأنّ المرجع في تعيين معروض المستصحب- أي الموضوع- هو العرف. و يتأيد المطلب بما تقرّر من أنّه لو عادت الخمر خللاً و جب ردّه إلى المغصوب منه قطعاً، و لو كان الموضوع متعدّداً لم يكن وجه لوجوب الردّ.

(1) قال في القواعد: «و لو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن المثل، و في وجوب الدفع إشكال .. فإن صار خللاً في يد الغاصب ردّه مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخلّ» (1).

(2) أي: و لعلّ الاستشكال ينشأ من الاستصحاب، و المحقّق الثاني جعل منشأ وجوب الردّ بقاء الأولويّة، ثمّ قال: «و في وجوب الدفع قوّة» (2).

(3) هذا وجه عدم وجوب الردّ، لتعدّد الموضوع المانع عن الاستصحاب.

(4) يعني: و الحال أنّه ليس للمالك إلّا حقّ الأولويّة لا الملك، و موضوع وجوب الردّ هو الملك.

(1) قواعد الاحكام، ص 80، السطر 29 (الطبعة الحجرية).

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 292

ص: 587

إلا أن يقال: (1) إن الموضوع في الاستصحاب عرفي. ولذا (2) كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان والمحقق الثاني (3). «1»
ويؤيده أنه لو عاد خلا ردّت إلى المالك بلا خلاف ظاهر (4).

(1) غرضه ترجيح وجوب الردّ، وقد عرفت تقرّبه.

(2) أي: ولأجل جريان الاستصحاب- لوحدة الموضوع عرفا- كان الوجوب مختار جماعة.

(3) نعم، لكن لا للاستصحاب الذي وجّه المصنّف الحكم به، بل لوحدة موضوع دليل الضمان، فراجع كلام المحقّق والشهيد الثانيين.

(4) كما نقله صاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال شارحا للمتن: «ولو غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا 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 نفى الخلاف فيه، لأنّه عين ماله» (2).

و الظاهر عدم الإشكال في وجوب ردّه إلى المالك قبل دفع البدل. وأما بعد دفعه فقد استشكل فيه غير واحد على ما يظهر من عباراتهم، لكنّه لا ينافي نفى ظهور عدم الخلاف.

ثم إن الوجه في جعله مؤيّدا لا دليلا هو عدم الملازمة بين ملك المالك له لو صار خلا وبين ثبوت الحقّ، لجواز أن يكون دخوله في ملكه لأجل كون أصله ملكا له حين كان خلا، فهو نظير الملك بالتبعية.

(1) الدروس الشرعية، ج 3، ص 112؛ جامع المقاصد، ج 6، ص 292؛ مسالك الافهام، ج 12، ص 237

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 199 و 200

ص: 588

ح: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البدل]

ثم إنَّ (1) مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع (2)، سواء كان (3) للسوق أو للزيادة المتصلة (4)، بل (5) المنفصلة كالثمرة، و لا يضمن منافعه (6)، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك (7).

ح: عدم ضمان ارتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البدل

(1) هذا فرع آخر ممّا يتعلّق ببدل الحيلولة، و هو عدم ضمان الغاصب ارتفاع قيمة العين بعد دفع البدل، و قد سبق في الأمر السابع عدم ضمان ارتفاع قيمة العين التالفة على جميع الأقوال، و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين أن يكون ارتفاعها قبل دفع القيمة و بعدها. و فصلّـل هناك بين كون ارتفاع القيمة للسوق فلا يضمن، و بين الزيادة العينيّة فتضمن. هذا في التلف الحقيقيّ.

و أمّا زيادة القيمة في بدل الحيلولة فلا تضمن مطلقاً.

و ملخّص تقريب عدم الضمان: أنّ الغارم يخرج عن عهدة ضمان العين بدفع البدل، 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 البدل، فلا ارتباط للعين بالضامن.

(2) أي: دفع بدل الحيلولة.

(3) أي: كان ارتفاع القيمة.

(4) كالسمن في الحيوان، و تعلّم الصنعة في العبيد و الإماء.

(5) الإتيان بكلمة الإضراب لأجل أنّ ضمان الزيادة المنفصلة كالثمرة لا يخلو من وجه، لكونها عينا أخرى يحتمل ضمانها، لكن حيثيّة كونها نماء للعين المضمونة التي دفع بدلها إلى مالكها توجب عدم ضمانها.

(6) في ضمان المنافع بعد دفع بدل الحيلولة قولان: أحدهما ذلك، و الآخر العدم كما سيأتي في المتن.

(7) يعني: بعد دفع البدل. و وجه عدم ضمان المنافع حينئذ واضح، إذ المفروض

وعن التذكرة وبعض آخر (1) ضمان المنافع، وقوّاه (2) في المبسوط بعد أن

خروج العين - بدفع البدل - عن ضمان الغاصب، فلا مجال لقاعدة تبعيّة المنافع للعين في الملكية.

(1) الحاكي لكلام العلامة وغيره هو السيّد العاملي وغيره، قال قدّس سرّه:

«وقد قرّب في التذكرة اللزوم والوجوب، وقال: إنّه أصحّ وجهي الشافعيّة، لأنّ حكم الغصب باق، وإنّما وجبت القيمة للحيلولة، فيضمن الأجرة.. و مال إليه في المسالك، وكأنّه قال به في مجمع البرهان وهو الأصحّ» (1). وجعله في الجواهر - بعد ما نسبه إلى جماعة - موافقا للتحقيق «لبقاء العين المغصوبة على ملك المالك، وعلى وجوب ردّها على الغاصب مع التمكن، وعلى ضمانها و ضمان نمائها، وأنّ القيمة للحيلولة غرامة شرعيّة ثبتت بالأدلة، وهي لا تقتضي براءة، ولا تغييرا للحال الاولي» (2).

وفيه: أنّ القيمة المدفوعة اقتضاها الضمان على نحو اقتضائه لها في التلف على أن تكون تداركا لما فات، فكأنّه لم يفت، من غير فرق بين أن تكون بدلا عن العين أو عن الحيلولة، فكأنّ العين في يده، فكيف تكون حينئذ مضمونة؟

(2) أي: قوّى ضمان المنافع، قال شيخ الطائفة قدّس سرّه: «وأجرتها - أي العين - من حين دفع القيمة إلى حين الرّد على وجهين، أحدهما: لا اجرة عليه.. وهو الأقوى.

والثاني: عليه أجرتها.. وهذا قويّ أيضا» (3). فما نسبه المصنّف قدّس سرّه إليه لا يخلو من مسامحة، إذ الأقوى بنظر الشيخ هو عدم ضمان المنافع، والقويّ ضمانها، والأمر سهل.

(1) مفتاح الكرامة، ج 6، ص 249 (أواخر الصفحة)؛ تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 382؛ مسالك الأفهام، ج 12، ص 201؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 538

(2) جواهر الكلام، ج 37، ص 139

(3) المبسوط، ج 3، ص 96

ص: 590

جعل الأقوى خلافه. وفي موضع من جامع المقاصد «أنه موضع توقّف» (1) وفي موضع آخر: رجح الوجوب (2).

[ط: ضمان ارتفاع قيمة العين و النماء قبل دفع البديل إلى المالك]

ثم (3) إن ظاهر عطف التعذّر على التلف في كلام بعضهم «1»- عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة- يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية

(1) قال بعد بيان وجهي الإشكال- في ضمان منافع العبد الأبق السابقة على الغرم- ما لفظه: «و المسألة موضع توقّف» «2».

(2) حيث قال بعد بيان وجهي الإشكال في ضمان النماء المتّصل و المنفصل- إذا تجدد بعد دفع البديل- ما لفظه: «و الأصحّ استحقاق الرجوع به أيضا على الغاصب، استصحابا لما كان إلى أن يعلم المزيل» «3».

ط: ضمان ارتفاع قيمة العين و النماء قبل دفع البديل إلى المالك

(3) ما تقدّم بقوله: «ثم إن مقتضى الغرامة» إلى هنا كان حكم ارتفاع قيمة العين بعد أداء بدل الحيلولة، و كذا منافعتها المتجدّدة. و غرضه الآن بيان حكم ارتفاع القيمة قبل أداء البديل إلى المالك، فأفاد قدس سرّه: أن مقتضى تنزيل التعذّر منزلة التلف في كلام مثل المحقّق قدس سرّه هو ترتيب آثار التلف على التعذر، التي منها عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية المتحقّق بعد التعذّر و قبل الدفع، كالارتفاع 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 التمكّن من العين، و تبقى العين في عهدة الضامن في مدّة التعذّر. و لو تلفت كان للمالك قيمتها من حين التلف أو أعلى القيم أو يوم الغصب، على الخلاف السابق.

(1) كالمحقق في المختصر النافع، ج 2، ص 296؛ و العلامة في تحرير الاحكام، ج 2، ص 139

(2) جامع المقاصد، ج 6، ص 251

(3) المصدر، ص 273

ص: 591

الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع، كالحاصل بعد التلف (1).

لكن مقتضى القاعدة (2) ضمانه له (3)، لأنّ (4) مع التلف يتعيّن القيمة (5)، ولذا ليس له الامتناع من أخذها. بخلاف تعذر العين، فإنّ القيمة غير متعيّنة، فلو صبر المالك حتى يتمكّن من العين كان له ذلك، ويبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب على الخلاف.

والحاصل: أنّ قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر.

والحكم (6) بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة

والحاصل: أنّ العين الموجودة قبل دفع بدلها تكون في عهدة الضامن. وعليه فلا عبرة بيوم التعذر، والحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف.

(1) على ما صرّح به في الأمر السابع بقوله: «ثم إنّ لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال» و مراده بالقيمة هي السوقية، لا لزيادة عينية، كما صرّح به هناك أيضا، فراجع (ص 549).

(2) يعني: قاعدة كون بدل الحيلولة غرامة، لا بدلا عن العين المتعدّرة.

(3) أي: ضمان الغاصب لارتفاع القيمة.

(4) هذا بيان الفارق بين التلف و التعذر في عدم ضمان الارتفاع في الأوّل، و ضمانه في الثاني.

(5) يعني: لا يملك مالك العين التالفة- في عهدة الضامن- إلا القيمة.

(6) غرضه تضعيف كون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، و حاصله: أنّ الالتزام بذلك يوجب التناقص. توضيحه: أنّ 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 مناف لذلك، فمقتضى القاعدة ضمان ارتفاع القيمة إلى يوم دفع البدل.

و أمّا بعده فلا.

و النماء إلى دفع البدل وإن تراخى (1) عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهرا، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة (2) عن المثل المتعذر في المثلي.

اي: وجوب ردّ العين فورا بارتفاع العذر

ثم (3) إنّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار ممكنا وجب ردّها (4) إلى مالکها- كما صرّح به في جامع المقاصد- فورا (5) وإن كان في إحضارها

(1) أي: تراخى دفع البدل. و غرضه أنّه لا- فرق في التنافي بين الحكّمين- و هما كون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، و وجوب دفع بدل المنفعة قبل دفع بدل الحيلولة- بين أن يدفع بدل الحيلولة عقيب تعذر ردّ العين فورا، أم بعده تراخيا.

و الوجه في عدم الفرق كون التعذر بمنزلة التلف، فكما لا موضوع لضمان ارتفاع قيمة التالف، فكذا لا مجال لضمان ارتفاع قيمة العين المتعذر إيصالها إلى المالك.

فالقول بضمان الارتفاع منوط برفع اليد عن المبني، و هو وحدة حكم التلف و التعذر.

(2) يعني: نظيره في ضمان ارتفاع القيمة إلى يوم دفعها في المثلي المتعذر مثله.

ي: وجوب ردّ العين فورا بارتفاع العذر

(3) هذا فرع آخر من فروع بدل الحيلولة، و هو وجوب ردّ العين إلى مالکها بمجرد ارتفاع التعذر و التمكّن منه، و لو توقّف إحضار العين على مئونة و جب على الضامن بذلها، كما و جب بذلها قبل التعذر، يعني: لو وضع يده على مال الغير و أمكن إيصاله إليه و جب ردّه فورا، سواء توقّف على بذل مئونة أم لم يتوقّف عليه. لكون البذل مقدّمة للردّ الواجب، على ما سبق تفصيله في الأمر الثاني، فلاحظ (ص 201).

(4) لأنّه عين ماله، و مع إمكان دفعها لا تصل النوبة إلى بذلها، و الغرامة المدفوعة إلى المالك إنّما تكون بدلا دائما في صورة تلف العين، لا في صورة وجودها، إذ البدليّة حينئذ ماداميّة.

(5) قال قدّس سرّه في الظفر بالعبد الأبق المغصوب: «بل يجب على الغاصب ردّ العبد

مئونة كما كان قبل التعذر، لعموم (1) «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (2).

ودفع (3) البديل لأجل الحيلولة إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك (4)، واستلزم ذلك (5) [ولازم ذلك]

مطلقاً على الفور» (1). و تقدم كلام آخر منه (في ص 202) دالّ على كون مئونة الردّ على المشتري، فراجع.

(1) تعليل لجوب ردّ العين.

(2) لأنّ الغاية لا تصدق حقيقة إلا برّد نفس العين لا بدلها.

هذا بناء على دلالة الحديث على خصوص الحكم التكليفيّ أو الأعمّ منه و من الوضعيّ. و أمّا بناء على ظهوره في الوضع - كما تقدّم في أوّل مسألة المقبوض بالبيع الفاسد- فقد يشكل استظهار وجوب الردّ من الحديث، فتأمل.

(3) مبتدء، خبره «إنما أفاد» تعرّض المصنّف قدّس سرّه لدفع توهمين قد يردا على وجوب ردّ العين المضمونة بعد زوال التعذرّ.

الأوّل: أنّه لا يجب ردّ العين إلى مالكيها، إذ الضامن دفع الغرامة إلى المالك، و هي ماليّة العين، و مقتضى التدارك عدم وجوب ردّ العين بعد ارتفاع العذر.

ودفعه المصنّف قدّس سرّه بأنّ بدل الحيلولة لا يرفع التكليف برّد العين، و إنّما يفيد أمرين، أحدهما: خروج الضامن عن عهدة قيمة العين لو تلفت بعد أداء البديل، فيصير البديل المحدود دائميّاً، و لا يجب شيء آخر.

ثانيهما: عدم ضمان المنافع الحاصلة في العين بعد دفع الغرامة.

و من المعلوم أنّ هذين الحكمين المترتّبين على أداء بدل الحيلولة لا يمنعان عن فعليّة وجوب ردّ العين عند التمكن منه.

(4) أي: بعد التلف.

(5) أي: خروج الغاصب عن الضمان، و هو إمّا فاعل «يستلزم» و إمّا مضاف

(1) جامع المقاصد، ج 6، ص 261.

ص: 594

على ما اخترناه (1) عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة.

و سقوط (2) وجوب الردّ حين التعذر للعذر العقليّ، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب (3) و العموم هو الضمان المدلول عليه بقوله صلى الله عليه و آله و سلّم:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

إليه لقوله: «و لازم» بناء على ما في بعض النسخ، وقوله: «عدم ضمان» إمّا مفعول ل «يستلزم» و إمّا خبر ل «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

(1) من قوله: «ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم ..».

(2) مبتدء، خبره قوله: «للعذر العقليّ». و هذا إشارة إلى التوهّم الثاني، و حاصله: أنّه لا- يجب ردّ العين بعد التمكن منه، و ذلك لاستصحاب عدم وجوب ردّها حال التعذر، و مع هذا الأصل المحرز لا مجال لتكليف الضامن بردّ العين عند القدرة عليه.

و قد دفعه المصنف قدّس سرّه بمنع جريان الاستصحاب هنا، لانتفاء قيد المستصحب، توضيحه: أنّ سقوط وجوب دفع العين كان مقيداً عقلاً بالتعذر المسقط للتكليف، و حيث إنّ المفروض زوال العذر، فلو أريد تسوية الحكم إلى ما بعد التعذر كان إثبات حكم موضوع لموضوع آخر، و لا معنى للاستصحاب حينئذ.

(3) بأن يقال: إنّ المتيقن في السابق هو الضمان مطلقاً في حالتي التعذر و التمكن، و دفع الغرامة في حال التعذر يوجب الشك في أنّ المرتفع به أصل الضمان أو خصوص الضمان في حال التعذر و ما دام متعذراً، فلا يحصل القطع بارتفاع الضمان بالمرّة، بل هو مشكوك فيه، لاحتمال ارتفاع الضمان الخاصّ لا أصله، فلا مانع من استصحاب أصل الضمان في حال التمكن. و يترتب عليه وجوب الردّ، لوجود المقتضي و هو الضمان، و عدم المانع عنه و هو التعذر.

ك: هل ينتقل البدل إلى الغارم بتمكّن دفع العين؟

و هل الغرامة (1) المدفوعة تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طروء التمكّن،

ثم إنّ الجمع بين الاستصحاب و العموم خلاف ما قرره قدّس سرّه في الأصول من حكومة الثاني على الأوّل.

ك: هل ينتقل البدل إلى الغارم بتمكّن دفع العين؟

(1) هذا فرع آخر من فروع بدل الحيلولة، و هو أنّه: إذا تمكّن 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:

الأوّل: أنّ التمكّن من العين يوجب خروج البدل عن ملك المضمون له، و دخوله في ملك الضامن، و حيث إنّّه لم يوصل العين إلى مالكةا يصير ضامنا لها بضمان جديد. و يترتب عليه أنّه لو تلفت عنده اعتبرت قيمتها الفعلية، لا قيمتها السابقة في حال التعذّر. فبناء على ضمان القيمة بقيمة يوم الضمان تتعین قيمتها يوم التمكّن منها، أي حين ارتفاع العذر.

و بناء على ضمانه بقيمة يوم التلف تعتبر قيمتها فيه.

و بناء على ضمان أعلى القيم بين وقت الضمان و التلف يتعین أعلاها.

الثاني: أنّ مجرد التمكّن من العين لا يقتضي انتقال بدل الحيلولة إلى ملك الغارم، فلو لم يوصلها إليه و تلفت عنده لم يضمنها بضمان جديد، بل يصير بدل الحيلولة بدلا دائماً مستقرّاً، بعد أن كان بدلا محدودا مغيّاً بوصول العين أو تلفها. و حينئذ ينتفي احتمال ضمان يوم القبض أو وقت التلف أو الأعلى بينهما.

و استظهر المصنّف قدّس سرّه هذا الاحتمال، و استدلّ عليه بالاستصحاب، بتقريب:

أنّ بدل الحيلولة كان ملكا لمالك العين حين التعذّر، و لو شك في زواله بمجرد تمكّن الضامن من ردّ العين جرى استصحاب ملكه له.

فيضمن (1) العين من يوم التمكن ضمانا جديدا (2) بمثله أو قيمته يوم (3) حدوث الضمان، أو (4) يوم التلف، أو أعلى القيم. أو أنها باقية على ملك مالك العين، وكون (5) العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمة الغاصب، فلو تلفت (6) استقر ملك المالك على الغرامة، فلم (7) يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب رده، وأما الضمان وعهدة جديدة فلا؟ وجهان (8)، أظهرهما الثاني (9) لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، وعدم طروء ما يزيل ملكيته عن الغرامة، أو يحدث (10) ضمانا جديدا.

(1) هذا متفرع على عود بدل الحيلولة- الذي هو بدل محدود بالتعذر- إلى ملك الغارم، واشتغال ذمته بقيمة أخرى كما عرفت.

(2) في قبال بدل الحيلولة الذي كان ضمانا قديما في حال تعذر رد العين.

(3) متعلق ب «قيمه» أي: قيمته يوم حدوث الضمان، أو قيمته يوم التلف أو أعلى القيم، على الخلاف المتقدم في الأمر السادس والسابع.

(4) هذا عدل قوله: «تعود» يعني: هل الغرامة تعود ملكا إلى الغارم أم هي باقية على ملك مالك العين؟ وقد أوضحناه آنفا بقولنا: «الثاني: أن مجرد التمكن من العين...».

(5) بالجر معطوف على «ملك» المجرور ب «على». والواو بمعنى «مع» أي: مع كون العين مضمونة بتلك الغرامة لا غيرها. وضمير «بها» راجع إلى الغرامة.

(6) أي: فلو تلفت العين- بيد الغاصب بعد التمكن من ردها إلى المالك- صار بدل الحيلولة ملكا مستقرا لمالك العين، ولم يحدث ضمان جديد.

(7) هذا متفرع على بقاء ملك الغرامة لمالك العين، وعدم انتقالها إلى الغارم بمجرد تمكنه من رد العين إلى مالكها.

(8) خبر قوله: «وهل الغرامة المدفوعة».

(9) وهو بقاء الغرامة على ملك المغصوب منه.

(10) معطوف على «يزيل» و «يحدث» بصيغة الفاعل من باب الافعال، يعني:

و مجرد (1) عود التمكّن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء مالكيته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوّض.

غاية ما في الباب (2) قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفاتئة المبذلة عنها بالغرامة، و وجوبها عليه.

و حينئذ (3) فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية [مالكية] المالك للغرامة.

و توهم (4) أنّ المدفوع كان بدلا عن القدر الفات من السلطنة في زمان

و عدم طروء ما يزيل ملكيته من الغرامة، أو ما يحدث ضمانا جديدا، فمجرد تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المالك لا يجدي في رفع الضمان، بل الضمان باق على حاله.

(1) غرضه قدّس سرّه بيان عدم طروء ما يزيل ملكية مالك العين لبدل الحيلولة، إذ قد يتوهم: اختصاص البدل بحال التعدّر، فلو فرض تمكّن الغاصب من إيصال العين إلى مالكيها لزم خروج بدل الحيلولة إلى ملك الغارم حتى لا يجتمع العوض و المعوّض عند واحد.

و أجاب عنه المصنف بعدم عروض ما يزيل ملكية المضمون له للبدل، و بقاء ملاك تغريم الضامن، و ذلك لأنّ فوات سلطنة المالك على ماله اقتضى دفع البدل، و لا فرق فيه بين تمكّن الغاصب من ردّ العين و بين تعدّره عليه. فخروج البدل عن ملك مالك العين منوط بوصولها إليه. و عليه فلا موضوع للجمع بين العوض و المعوّض عند واحد.

(2) 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.

(3) يعني: و حين قدرة الغاصب على إعادة السلطنة، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة.

(4) غرض المتوهم منع عود بدل الحيلولة إلى الغاصب بعد دفع العين إلى

التعدّر فلا يعود، لعدم عود مبدله، ضعيف في الغاية. بل كان (1) بدلا عن أصل السلطنة يرتفع (2) بعودها، فيجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه (3) عن ملكه بناقل لازم بل جائز.

و لا يجب (4) ردّ نمائه المنفصل.

المالك. و تقرّبه: أنّ بدل الحيلولة لَمّا كان عوضا عن السلطنة الفائتة في زمان تعدّر ردّ العين إلى مالکها لم يكن موجب لإعادته إلى الغاصب، ضرورة أنّ محذور اجتماع العوض و المعوّض غير لازم في المقام، لأنّ بدل الحيلولة كان بدلا 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 دفعه قدّس سرّه بقوله: «ضعيف في الغاية» و بيانه: أنّ الغرامة التي دفعها الضامن كانت بدلا عن أصل السلطنة، بحيث تكون البدلية ملحوظة بين البديل و السلطنة حدوثا و بقاء. ففي زمان التعدّر يكون البديل بدلا عن السلطنة في ذلك الزمان، و في زمان التمكّن لو بقي البديل ملكا للمالك كان ملكا له بلا مبدل منه، لعدم فوات السلطنة في ذلك الزمان حتى يكون مبدلا منه.

(1) أي: بل كان المدفوع بدلا عن أصل السلطنة.

(2) يعني: يرتفع البديل عن البدلية بعود السلطنة، فيجب حينئذ دفع البديل إلى الضامن، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملك المغصوب منه بناقل لازم بل جائز، لكون النقل كالتلف.

(3) معطوف على «تلفه» يعني: أنّ وجوب دفع البديل ثابت في التلف و في الخروج عن الملك بناقل.

(4) لأنّه نماء ملكه بما أنّه ملكه، لا بما أنّه بدل عن السلطنة حتى يجري عليه حكم العين من الرجوع إلى ملك الغارم. و أمّا النماء المتّصل فهو تابع للعين عرفا،

و لو لم يدفعها (1) لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً، إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم، فإنّ الغرامة عوض السلطنة، لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل (2).

نعم (3) للمالك مطالبة عين ماله،

فينتقل إلى الغارم، كما أنّ العين تنتقل إليه.

(1) معطوف على قوله: «فإن دفع العين» يعني: و لو لم يدفع الغارم العين المغصوبة إلى المالك لم يكن له مطالبة الغرامة من المالك، لأنّ الغرامة عوض السلطنة الفائتة، لا عوض قدرة المالك على تحصيل السلطنة. نعم يجوز للمالك المطالبة بالعين كما سيأتي.

(2) الظاهر أنّه إشارة إلى تثبيت ما ذكره، و دفع توهم كون المقام نظير البيع، و أنّ لكلّ من الباع و المشتري امتناع تسليم ماله حتى يتسلّم مال الآخر.

و وجه الاندفاع هو الفرق بين باب الغرامة و باب المعاوضة، إذ لا ريب في عوضيّة كلّ من الثمن و المثل عن الآخر. بخلاف المقام، فإنّ الغرامة عوض، و السلطنة معوّض، فما لم يرتفع المعوّض - بمعنى تحقّق السلطنة للمالك و عودها إليه - لم يرجع الغرامة إلى الغارم.

(3) غرضه بيان الفارق بين الضامن و المضمون له في مطالبة كلّ منهما ما له، فالضامن ليس له مطالبة الغرامة قبل تسليم العين إلى المالك كما عرفت آنفاً. و أمّا المالك فيجوز له مطالبة عين ماله من الضامن، و ذلك لإطلاق قاعدة السلطنة، فإنّ طالبه و ردّ الضامن العين اتّجه ردّ بدل الحيلولة إليه، و إلا فلا.

فإن قلت: كما يجوز للغارم مطالبة البدل، فكذا ليس للمالك مطالبة العين، فهما سواء من هذه الجهة. و الوجه في عدم استحقاق المالك المطالبة بالعين هو: أنّ الغرامة التي دفعها الضامن تكون بدلا عن سلطنته التامة على ماله، فالسلطنة المطلقة للمالك على أموالهم غير ثابتة في المقام، لفرض تدارك سلطنته على العين ببدل الحيلولة الذي

لعموم (1) «الناس مسلطون على أنفسهم» وليس (2) ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة (3) حتى سلطنة المطالبة، بل (4) سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك. ولذا (5) لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

دفعه الضامن إليه، وبتحديد سلطنته وتضييقها لا سبيل لإثبات استحقاق مطالبة العين. وعليه فإن اختار الضامن ردّ العين إلى مالكيها استردّ بدل الحيلولة منه، وإلا فليس لأحد منهما المطالبة.

قلت: إن قاعدة السلطنة تقتضي جواز مطالبة العين من الغارم. ولا يتضيّق هذا الحقّ إلا بكون بدل الحيلولة بدلا عن سلطنة المالك المطلقة على ماله، أو بدلا عن سلطنته على مطالبة ماله، إذ على كلّ منهما يسقط حقّ المطالبة ولا بدّ من انتظار إقدام الضامن حينئذ بأن يردّ العين إلى المالك ويستردّ البديل. ولكنّ الصحيح احتمال ثالث، وهو كون بدل الحيلولة بدلا عن خصوص سلطنة انتفاع المالك بالمال، المفروض فواتها في زمان تعدّر الوصول إلى العين، وأما سلطنته المطلقة على جميع أنحاء الثقلب في المال فلم تقابل ببديل الحيلولة حتى يسلب عن المالك حقّ مطالبة العين.

(1) المراد بالعموم هو الإطلاق كما مرّ غير مرّة.

(2) هذا إشارة إلى وهم، وجوابه قوله: «بل سلطنة الانتفاع» وقد أوضحناهما بقولنا: «فان قلت. قلت».

(3) إذ لو كان بدل الحيلولة بدلا عن مطلق السلطنة- بأن كانت العين المسلوقة السلطنة عليها ملكا للمضمون له- لم يستحقّ المالك مطالبة العين.

(4) يعني: يكون بدل الحيلولة عوضاً عن بعض أنحاء السلطنة، وهو سلطنة الانتفاع بالملك. وأما السلطنة على الجهات الأخرى فباقية للمالك، ولم تعوّض بشيء أصلا، وبناء على هذا فله المطالبة.

(5) غرضه إقامة الشاهد على كون بدل الحيلولة عوضاً عن حيثيّة خاصّة من حيثيّات السلطنة، أي: ولأجل عدم كون الغرامة عوضاً عن مطلق السلطنة لا يباح العين لغير

و ممّا ذكرنا (1) يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك، القيمة، كما اختاره (2) في التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد (1).

و عن التحرير «2» الجزم بأنّ له ذلك (3). و لعلّه (4) لأنّ القيمة عوض، إمّا عن العين، و إمّا عن السلطنة عليه. و على أي تقدير فيتحقّق التّراد.

و حينئذ فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلّم ما بيد الآخر (5).

المالك، يعني: أنّ مالك العين لو بذل الغرامة للغاصب- بأن قال: «ما أريد منك الغرامة» أو ردّها إليه على وجه البذل و العطيّة بعد أخذها منه- لم يكن مجرد بذلها موجبا لإباحة العين للغاصب.

و لو كانت الغرامة عوضا عن مطلق سلطنة المالك حتى سلطنة المطالبة و قد بذل العوض بعد قبضه أو قبله كان ذلك بمنزلة بذل المعوّض عنه، و كان من اللازم سقوط سلطنة المطالبة، بل إباحة العين للغاصب.

(1) يعني: من عدم عود الغرامة إلى ملك الغارم إلّا بعد إرجاع السلطنة على العين إلى مالكيها يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يردّ مالك العين القيمة المدفوعة غرامة، إذ ليس للغاصب حينئذ مال عند المالك حتّى يجوز له ذلك، كما في المعاوضة.

(2) أي: عدم جواز الحبس.

(3) أي: الحبس.

(4) يعني: و لعلّ وجه جزم التحرير بأنّ للغاصب حبس العين إلى دفع المالك إليه القيمة هو تحقّق المعاوضة بين العين و البذل بأحد نحوين، فإمّا أن يكون المعوّض نفس العين، و إمّا السلطنة المطلقة عليها.

و على كلّ منهما يجوز للغاصب حبس العين حتى يردّ المالك البذل إلى الغارم، و لا يجب عليه المبادرة إلى تسليم العين إليه، كما يجوز للمالك الحبس حتى تصل إليه العين.

(5) كما هو الشأن في المعاوضات.

(1) تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 385، إيضاح الفوائد، ج 2، ص 178، جامع المقاصد؛ ج 6، ص 161.

(2) تحرير الأحكام، ج 2، ص 140، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة؛ ج 6، ص 256.

وفيه (1): أن العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً (2)، ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلّط عليها (3). و المعوّض للغرامة السلطنة التي هي في معرض العود بالتراد.

اللهم إلا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس (4) مبدل الغرامة، وهي السلطنة الفاتنة.

والأقوى الأوّل (5).

[ل- لو حبس العين فتلفت، فالعبرة بأيّ القيم؟]

ثمّ لو قلنا (6) بجواز الحبس لو حبسه فتلفت العين محبوساً؛ فالظاهر أنّه

(1) حاصل المناقشة في جواز حبس العين هو عدم تحقّق المعاوضة بين العين والبدل. أمّا عدم كون العين عوضاً فمعلوم. وأمّا عدم كونها معوضاً فلاّ أنّ بدل الحيلولة غرامة عن سلطنة الانتفاع الثابتة لكلّ مالك على ماله. ومما يشهد بعدم تحقّق المعاوضة اجتماع العين والبدل في ملك المضمون له، مع أنّ قوام المعاوضة بدخول أحد العوضين في كيس من خرج منه العوض الآخر. وهذا كاشف عن كون البدل عوضاً عن السلطنة الفاتنة.

(2) حتى يجوز للغارم حبس العين عن المالك إلى أن يأخذ الغرامة منه، وكذا حبس المالك الغرامة حتى يتسلّم العين من الغارم.

(3) أي: على الغرامة.

(4) أي: للغاصب حبس العين، وحاصله: أنّ حبس العين عدّة لحبس السلطنة التي هي مبدل الغرامة، فيكون من هذه الحيثيّة نظير المعاوضة.

(5) وهو عدم جواز حبس العين للغاصب.

ل- لو حبس العين فتلفت، فالعبرة بأيّ القيم؟

(6) هذا من فروع المسألة، وتعبيره بـ «لو قلنا» ظاهر في عدم التزامه به، لما تقدّم منه من عدم خروج الغرامة عن ملك مالك العين بمجرد تمكن الغاصب من ردّها إليه، إذ بناء عليه لا مجال لجواز حبس العين.

وعليه فكلّامه هنا مبنيّ على مقالة العلامة قدّس سرّه في التحرير، فأفاد المصنّف قدّس سرّه:

لا يجري عليه حكم المغصوب، لأنّه حبسه بحق (1).

نعم (2) يضمنه، لأنّه قبضه لمصلحة نفسه.

و الظاهر أنّه (3) بقيمته يوم التلف [1] على ما هو الأصل في كلّ مضمون [2].

أنّ الغاصب لو حبس العين لم يجر عليها حكم المغصوب بقول مطلق، بل ينفكّ التكليف عن الوضع، فلا- تكليف بوجوب ردّها إلى المالك، لكون حبسها حقًا له.

و لكنّه يضمنها لو تلفت في الحبس. و يتفرّع على اشتغال عهده بها أنّ العبرة هل تكون بقيمته يوم الحبس أو يوم التلف أو أعلى القيم؟ فبناء على ضمان القيميّ بقيمته يوم التلف يضمنها الغاصب هنا.

(1) إذ كان له ذلك حتى يتسلّم الغرامة من المالك، فكان الحبس بحكم الشارع، فلا إثم عليه.

(2) غرضه أنّ نفي حكم الغصب إنّما هو بالنسبة إلى الحرمة التكليفية فقط.

و أمّا الحكم الوضعيّ- و هو الضمان- فهو باق، لأنّه قبضه لمصلحة نفسه، كما في المستام. و الخارج عن عموم «على اليد» المقتضي للضمان هو خصوص اليد الثابتة على مال الغير لمصلحة المالك، فلو لم تكن اليد لمصلحة المالك كانت مضمّنة.

(3) أي: أنّ المغصوب مضمون بقيمته يوم التلف، لأنّه زمان الانتقال إلى القيمة.

[1] الظاهر كما عن المحقّق الرشتي قدّس سرّه منافاة العبرة بقيمته يوم التلف لما اختاره سابقا من عدم تجدد الضمان بمجرد التمكّن، و أنّ العين مضمونة بالغرامة المدفوعة، لا بما في ذمّة 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 التمكّن.

[2] هذا صحيح بناء على كون المضمون بعهدّة الضامن. و أمّا في موارد بدل الحيلولة تكون الغرامة المدفوعة بدلا عن المضمون بحيث لو تلفت العين كانت مضمونة ببديل الحيلولة.

و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم (1) يقول به هنا من زمان الحبس (2) إلى زمان التلف.

و ذكر العلامة في القواعد «أنه لو حبس، فتلف محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن، و استرجاع القيمة الأولى» (1).

و الظاهر أنّ (3) مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة بناء على زوال حكم الغضب عن العين، لكونه (4) محبوسا بغير عدوان، لا خصوص (5) حين

(1) كما هو مذهب جماعة من القدماء، على ما سبق في الأمر السادس و السابع.

(2) يعني: لا من زمان الغضب، إذ المفروض أنّ الغرامة كانت بدلا عن العين.

و أمّا بعد التمكن من ردّها و جواز حبسها لاسترداد بدل الحيلولة فالمدار في ضمانها لو تلفت على أعلى القيم من زمان الحبس إلى زمان التلف، لتجدد الضمان بالحبس.

(3) لمّا كان ظاهر «الآن» اعتبار قيمة وقت تلف العبد، فتصدّى المصنّف لتوجيهه بأنّ المراد ليس خصوص القيمة الفعلية، بل ما يقابل القيمة السابقة، و هي زمان غضب العبد. و لعلّ الداعي إلى هذا الحمل اختيار العلامة ضمان أعلى القيم، لا قيمة يوم التلف، فيراد من «قيمته الآن» تمام زمان الحبس، لا خصوص يوم التلف، فلو كانت قيمته أول أيام الحبس أكثر من قيمته يوم التلف لم يبعد ضمان الأكثر.

و لو أبقينا «الآن» على ظاهره- و هو يوم التلف- كان منافيا لمختار العلامة في القواعد من ضمان أعلى القيم.

(4) تعليل لزوال حكم الغضب، لفرض تمكن الغاصب من ردّ العين إلى مالکها و امتناعه عن تسلّمها، و ردّ بدل الحيلولة، فحبس العين يكون حقًا للغاصب و إن كان ضامنا 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 أنّ العبرة بقيمة يوم الضمان، أو التلف، أو الأعلى بينهما.

(5) لمخالفته لمبنى العلامة قدّس سرّه من ضمان أعلى القيم.

(1) قواعد الاحكام، ص 79، السطر 30 (الطبعة الحجرية)

التلف و كلمات كثير منهم لا تخلو عن اضطراب (1).

ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغضب، لكن (2) الظاهر أن أكثرها- بل جميعها- حكم المغضوب من حيث كونه مضمونا، إذ ليس في الغضب خصوصية زائدة.

نعم ربّما يفرّق من جهة نصّ في المغضوب مخالف (3) 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 (4).

وأما (5) ما اشتهر من «أنّ الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال» فلم نعرف له

(1) كما يظهر بمراجعة كلام السيد العميد و المحقق الثاني «1» و ما علّقه صاحب الجواهر عليه.

هذا تمام الكلام في بدل الحيلولة، و به تمّ الكلام في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

(2) يعني: لا في المقبوض بالبيع الفاسد. و غرضه بيان وجه ما فصّله في ضمان القيميّ و المثليّ و بدل الحيلولة مع كونها مذكورة في باب الغضب، و وجه التّعديّ منه إلى غيره من موارد الضمان- كالمقبوض بالعقد الفاسد- هو: أنّ الغضب لمّا كان أجلى أفراد موجبات الضمان فقد ذكروا أحكام الضمان فيه، و عليه فتكون الأحكام أحكام كلّ مضمون، لا خصوص المضمون بالغضب.

(3) مخالفة الغضب للقاعدة المقتضية ل ضمان قيمة يوم التلف مبنيّة على دلالة صحيحة أبي ولّاد على اعتبار قيمة يوم الغضب، و ذلك غير ظاهر كما سبق بيانه عند التكلّم في مفاد الصحيحة.

(4) و قد تقدّم هناك تفصيل البحث.

(5) غرضه أنّه قد يتوهّم دلالة ما اشتهر من «أنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال» على ضمان المغضوب بأعلى قيمته، لأنّ المناسب بحاله هو جبران خسارة المضمون له بدفع الأشقّ و هو أعلى القيم. و لا بأس به دلالة، لكن حيث إنّ هذه

(1) كنز الفوائد، ج 1 ص 662 جامع المقاصد، ج 6، ص 262.

ص: 606

ولنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد، وإن بقي منه آخر أكثر مما ذكر (2)،

القاعدة لم تكن مفاد رواية معتبرة، ولا متصيدة من نصوص متفرقة لم يكن وجه للاعتماد عليها. فالعبرة حينئذ في المغصوب بقيمته يوم الغصب أو يوم التلف، على ما تقدّم تفصيله في البحث عن صحيحة أبي ولاد.

(1) قال الفقيه المامقاني قدّس سرّه ما لفظه: «وجدت فيما حرّره بعض الفضلاء ممّا أفاده الشيخ الفقيه المحقّق موسى بن جعفر الغروي قدّس سرّه في مجلس البحث تقييد هذه القاعدة المشهورة بما إذا كانت المشقّة في الغرامة والمؤنة، احترازا عمّا إذا كانت المشقّة في الكيفية، كما لو كان الرّدّ مشتملا 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 المشقّة غير المتحمّلة عادة، فلو وصل إلى ذلك الحدّ فهو في حكم التعدّر. بل الظاهر أنّهم كلّما يعتبرون بالتعدّر مع الإطلاق يريدون به ما يعمّ هذا النوع من التعسّر الذي كاد يكون من التعدّر الحقيقي العاديّ.

إن قلت: لم لا يجوز الإلزام برّد العين وإن أدّى إلى عسر غير متحمّل، و من أين إلحاق هذا النوع من العسر بالتعدّر. بل الدليل على إلحاقه بالعسر غير المضايق عن لزومه موجود، وهو ما اشتهر عندهم من أنّ الغاصب يؤخذ بالأشقّ.

قلنا: المراد بقولهم المذكور إنّما هو أخذه بالأشق في الغرامة، لا في غيرها، والمشقّة الحاصلة في الرّد ليس ممّا ذكروا فيها الأخذ بالأشقّ، فلو كانت للنقل مثلا مؤنة فهي على الغاصب، لما ذكر، وهكذا، فلا تذهل» (1).

(2) غرضه قدّس سرّه أنّا وإن فصّنا الكلام في أحكام المبيع بالبيع الفاسد، إلا أنّ ما لم نتعرّض له أزيد بكثير ممّا ذكرناه، إذ بعد اتّحاده حكما مع المغصوب يجري فيه كثير من مسائل الغصب. وما تقدّم من مباحث المثليّ والقيميّ وبدل الحيلولة قليل من كثير، ولا تنحصر أحكام الغصب في الأبحاث السابقة. مثلا لو مزج المبيع بالعقد

ولعلّ بعضها يجي ء في بيع الفضولي [1].

الفاسد بغيره، بحيث يشقّ تمييزه كالحنطة بالشعير، أو الدخن بالذرة، فهل يقال بالشركة القهرية أو يكلف تمييزه؟

ولو اشترى أرضاً فزرعها أو أجزها من غيره، فزرعها كان عليه ردّ الأرض وأجرة الغرس و الزرع و أرش الأرض إن نقصت بالزرع، و عليه طمّ الحفر.

ولو اشترى حباً فزرعه، أو بيضا 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.

[1] تفصيل الكلام في بدل الحيلولة يقع في الدليل عليه، و ما يترتب عليه من أمور، فنقول: قد استدللّ لوجوبه بوجوه:

الأول: ما في المتن من الروايات الدالة على الضمان بهذه الأمور من الضياع و السرقة و الإباق و نحوها.

وفيه: أنّ موردها التلف، لا التعذر.

لكن فيه ما لا يخفى، إذ المذكور فيها التلف و الضياع و السرقة، فلا تختصّ بالتلف.

الثاني: ما في حاشية السيد قدّس سرّه (1) من قاعدة الضرر، بتقريب: أنّ صبر المالك إلى حين الوصول إلى ماله ضرر عليه.

أو ببيان: أنّ عدم الحكم بضمان البدل ضرر على المالك.

أو: بأنّ امتناع الضامن عن أداء البدل ضرر على المالك.

وفيه: ما قيل: من أنّ دليل نفي الضرر يرفع الحكم الناشئ عنه الضرر، بمعنى نفي تشريع الحكم الملقى للمكلف في الضرر. وأمّا الضرر الناشئ عن عدم تشريع الحكم فلا يشترع حكماً لا يلزم منه الضرر، كالحكم بوجوب البدل على الضامن إلى أن يتمكّن

من دفع العين إلى المالك، وإلا يلزم الحكم بوجوب تدارك الضرر المتوجّه إلى مسلم من بيت المال، و من المعلوم عدم صحّة هذا التمسك.

مضافا إلى: عدم وفاء قاعدة نفي الضرر بالمدعى، وهو لزوم بدل الحيلولة مطلقا، سواء لزم من صبر المالك ضرر أم لا، إذ من الواضح كون النسبة بين موارد بدل الحيلولة وبين موارد تضرّر المالك هي العموم من وجه، إذ قد لا يتضرّر المالك بصبره إلى زمان التمكّن من الوصول إلى ماله، و مع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة. وقد يتضرّر المالك من حيلولة الغاصب بينه وبين ماله مدّة قليلة كساعة أو ساعتين، مع أنّه ليس من موارد بدل الحيلولة، لاعتبار الفقهاء قدّس سرّهم في ثبوت بدل الحيلولة تعذّر وصول المالك إلى ماله مدّة طويلة. وقد يتعدّر وصوله إلى المالك مع تضرّره بعدم وصوله إليه. و مع هذه النسبة لا يصحّ الاستدلال بقاعدة الضرر مطلقا.

و دعوى إقدام الضامن على ضرر نفسه فاسدة، لأنّه لم يقدم إلا على ضمان العين دون سائر الجهات التي منها، بدل الحيلولة.

الثالث: ما في المتن و حاشية السيد «1» أيضا 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 ماليّة ماله المضمون تقتضي جواز مطالبة البديل حتى ينتفع ببديل ماله.

أو بتقريب: أنّ السلطنة على الانتفاع بماله تقتضي جواز مطالبة بدل ماله لينتفع به.

و الكلّ لا يخلو من محذور. أمّا السلطنة على مطالبة العين للتوسّل إلى أخذ البديل، فإن أريد منها صورة إمكان ردّ العين فلازمها جواز إلزام الغاصب بردّ ماله، فيجب عليه السعي في مقدّمات تحصيله، و لا يجب على الغاصب حينئذ دفع البديل.

و إن أريد منها صورة عدم إمكان ردّ العين و تحصيلها- و إن أمكن حصولها فيما بعد- فلا- وجه لجواز مطالبة العين، لكونه لغوا، إذ المفروض عدم إمكان تحصيلها و ردّها

إلى المالك. ومع اللغووية وعدم تعقل الترخيص في مطالبة العين كيف يترتب عليه دفع البدل؟ وقد فرض المستدلّ جواز مطالبة العين وسيلة إلى أخذ البدل.

وأما السلطنة على مطالبة مالّة ماله نظرا إلى كون عين ماله ذات شؤون ثلاثة، من حيث الشخصية، ومن حيث الطبيعة النوعية، ومن حيث المالية، وامتناع مطالبة الاولي لا- يمنع عن مطالبة الباقي، ففيها: امتناع سلطنة المالك على مطالبته. أمّا المالية القائمة بنفس العين فلتعذرهما. وأمّا المالية القائمة ببدلها 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: أنّ تلك السلطنة الشخصية على الانتفاع بماله متعذرة بتعذره، والسلطنة على الانتفاع بالبدل المدفوع سلطنة أخرى ليس للمالك مطالبتها إلا بعد استحقاق البدل، وهو أول الكلام.

نعم بناء على مشرعية قاعدة السلطنة يمكن إثبات جواز مطالبة البدل. لكنّه في حيز المنع، بل قاعدة السلطنة لا تقتضي إلا جواز التصرفات التي ثبتت مشروعيتها.

فالمتحصل: أنّ قاعدة السلطنة لا تصلح لإثبات جواز مطالبة البدل.

الرابع: أنّ فيه جمعا بين الحقيين، مع فرض رجوع البدل إلى الضامن بعد ارتفاع العذر.

وفيه: أنّه مبني على تعلق حق للمالك على الضامن مع بقاء عين ماله ليكون ذلك جمعا بين الحقيين، لكن لا يلتزم أحد بتعلق حق للمالك بالبدل مع بقاء العين وعدم تلفها، بل لا حق له إلا على العين.

الخامس: حيلولة الغاصب بين المالك و ماله.

وفيه: أنّ الحيلولة ليست من موجبات الضمان بالاستقلال، إلا إذا اندرجت تحت اليد أو الإتلاف، و المفروض أنّ قاعدة اليد لا تقتضي ردّ البدل مع عدم التلف أو الإتلاف.

السادس: أنّ الغاصب قوت سلطنة المالك، فيجب عليه تداركها بدفع البدل.

فالمراد بهذا الدليل هو قاعدة الإتلاف، غايته أنّ متعلق الإتلاف ليس نفس العين، بل السلطنة عليها، فتفويت هذه السلطنة يوجب الضمان.

وفيه: أنّه ليس للمالك إلا الملك. وأمّا السلطنة عليه فهي من أحكام الملك،

ولا معنى لتعلق الضمان بها.

وهذا مراد المحقق الثاني قدس سره من قوله: «جعل القيمة في مقابل الحيلولة لا يكاد يتضح معناه» و حاصل إشكاله: أنّ مجرد منع الضامن عن إعمال المالك سلطنته في ماله و حيلولته بينه و بين ماله لا يوجب أن تكون القيمة واجبة عليه.

إلا أن يقال: ليس المراد من السلطنة التي التزم المصتف بتداركها هي الحكم الشرعي، بل المراد هي الجدة الاعتبارية، فالبدل بدل لهذه الجدة التي هي عبارة عن كون المال تحت استيلاء 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 بإزاء كون العين تحت يده، فإذا كان الضامن سببا لتفويت هذه الخصوصية على المالك و جب عليه تداركها، و هو لا يتحقق إلا بأداء ما هو بدل المال من المثل أو القيمة حتى يتصرف المالك فيه على مشيئته.

وفيه أولا: أنّ مورد قاعدة الإتلاف هو المال، و صدقه على السلطنة كما ترى.

و ثانيا: أنّ مقتضى هذا الدليل هو لزوم البدل فيما إذا كان تعدد الوصول إلى المال من جهة حبس المالك و منعه عن التصرف فيه أيضا.

و ثالثا: أنّ مقتضى هذا الدليل إما ضمان المنافع، أو التفاوت بين كون العين داخلة تحت استيلائه و بين كونها خارجة عنه.

و أمّا بدل نفس العين كما هو المبحوث عنه في بدل الحيلولة فلا يقتضيه هذا الدليل، فإن المالك و إن لم يقدر على جميع أنحاء التقلبات في ماله لأجل الحيلولة، إلا أنّ هذا لا يقتضي إلا ضمان المنافع أو النقص، فإما يستحق أجرته أو أرشه، لا بدل نفس العين، إذ الفأنت هو السلطنة على العين بالتصرف و التقلب فيها، فلا بدّ 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 تؤدى» بتقريب: أنّ المال بجميع خصوصياته الشخصية و النوعية و المالية و السلطنة عليه في عهدة الضامن

بمجرد وضع اليد عليه، خرج منه صورة ردّ العين إجماعاً، فيبقى الباقي، فيشمل صورة التلف و ما بحكمه، و صورة التعذر بأقسامه، لأنّه لو كان المال بمالتيه و خصوصياته في عهدة الغاصب مشروطاً بعدم ردّه، فإذا لم يمكن ردّ 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 يدلّ على ضمان الغاصب سلطنة المالك على ماله، و تدارك هذه السلطنة إنّما يكون ببذل بدل العين إلى المالك ليتسلط عليه و يتصرّف فيه بما يشاء.

و هذا بدل الحيلولة، حيث إنّ المراد به بدل العين التي تلفت جميع الانتفاعات بها في بعض الأزمنة، كاللوح المنسوب في السفينة الذي يخاف من نزعه على النفس المحترمة، و لو كان هو الغاصب، أو تلف مال غير الغاصب ممّا يكون محترماً.

و ليس المراد تلف العين حقيقة، و لا جميع الانتفاعات في تمام الأزمنة، سواء خرجت العين عن الملكيّة، و لم يبق إلا حق الاختصاص كصيرورة الخلّ خمراً، و تنجّس الدهن. أم بقيت على الملكيّة كالظروف المنكسرة و المرأة كذلك.

و لا تلف بعض الانتفاعات الذي لا يتقوم به الملكيّة في جميع الأزمنة، كما لو صار الحيوان غير المقصود أكل لحمه موطوءاً، فإنّه لم يتلف منه إلا الانتفاع به دائماً في بلد الوطي، لا في سائر البلاد، هذا.

لكن فيه: أنّ هذا التقريب لقاعدة اليد لا يقتضي خصوص البدل المثليّ إن كان المضمون مثلياً أو القيمي إن كان قيميّاً، بل يقتضي ما لا يمكن الانتفاع به في زمان يتعدّد وصول المال إلى المالك، إذ المقصود تدارك السلطنة التي فوتها الغاصب على المالك، و من المعلوم أنّها تجبر ببذل اجرة المنافع أو الأرش، و هو التفاوت بين قيمة العين باقية تحت سلطنة المالك، و خارجة عن حيز سلطنته، و لا يقتضي قاعدة اليد خصوص بدل الحيلولة. مع أنّ الظاهر تسالمهم على أنّ بدل الحيلولة هو البدل لنفس العين على تقدير التلف، لا بدل المنافع أو الأرش بين استيلاء المالك على العين و عدمه، كما هو قضية هذا الدليل، هذا.

مضافا إلى: أنّ مقتضاه لزوم البذل مطلقا وإن كانت مدّة التعذّر قليلة، مع أنّ الفقهاء لم يلتزموا بلزوم البذل في هذه الصورة، هذا.

ويمكن تقريب الاستدلال بحديث «على اليد» بوجه آخر، وهو أنّه ظاهر في الضمان الفعليّ للمأخوذ إلى زمان الأداء، فكأنّه قال: إنّ غرامة المأخوذ على الآخذ إلى زمان أدائه، وهذا بعينه ضمان بدل الحيلولة. فهذا الحديث سيق لبيان بدل الحيلولة، لأنّ الغاية لا تناسب ضمان التلف، فالضمان بدليل اليد ثابت إلى ردّ العين، فلا بدّ من أداء قيمة اللوح المغصوب إلى زمان أدائه.

لكن فيه: عدم ظهور معتدّ به للنبيّ في هذا المعنى مع تطرّق احتمالات آخر فيه.

الثامن: دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة مع تعذّر وصول المال إلى مالكة.

وفيه: أنّه- بعد تسليم الإجماع- يحتمل أن يكون مستند المجمعين بعض الوجوه المتقدّمة أو كلّها، ومعه لا علم لنا بوجود إجماع تعبديّ في المقام.

ولكن لا بأس بنقل بعض كلمات الفقهاء في بدل الحيلولة، فإنّه قد وقع التنصيص في عباراتهم على سببية الحيلولة للضمان.

قال المحقّق قدّس سرّه: «إذا تعذّر تسليم المغصوب دفع الغاصب البذل، ويملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة. ولو عادت كان لكلّ منهما الرجوع» «1».

وقال الشهيد قدّس سرّه في القواعد- بعد تقسيم الضمان إلى ما يكون بالقوّة وما يكون بالفعل- ما نصّه: «والضمان الفعليّ تارة بعد تلف العين، ولا ريب أنّه مبرء لذمّة الضامن، ويكون من باب المعاملة على ما في الذمم بالأعيان، وهو نوع من الصلح. وتارة مع بقاء العين، لتعذّر ردّها، وهو ضمان في مقابلة فوات اليد والتصرّف، والملك باق على ملك مالكة.. إلخ» «2».

وهذا الذي أفاده بيان على وجه الكليّة، وقد صرّحوا بذلك في موارد مخصوصة:

(1) شرائع الإسلام، ج 3، ص 241

(2) القواعد والفوائد، ج 1، ص 347 و 348

منها: ما ذكره العلامة رحمه الله في القواعد، حيث قال: «و لو أبق العبد المغضوب ضمن في الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد تراءداً» (1).

و منها: ما لو أقر إنسان بما في يده من العين لزيد مثلاً، ثم أقر بها لعمرو، فإنهم حكموا بأنه يغرم للثاني، للحيلولة بينه وبين العين بالإقرار (2).

و منها: ما لو شهدت البيّنة بالطلاق، ثم رجعت عن الشهادة بعد حكم الحاكم بالتفريق بين المرء و زوجته، فإنهم حكموا بأنّ الشهود يغرمون للزوج المهر. وكذا الحال في رجوع البيّنة عن الشهادة في الماليات (3)، 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 و ماله بالعقد الناقل.

و منها: ما ذكره من ضمان الامام عليه السّلام المهر للزوج الكافر المهادن إذا هاجرت زوجته إلى بلد الامام عليه السّلام أو نائبه مسلمة، ثم طلبها الزوج، فمنعه عنها الامام عليه السّلام، فإنّ أصحابنا قد أجمعوا على أنّ على الامام عليه السّلام حينئذ غرامة المهر للزوج. و استدللّ العلامة رحمه الله في المنتهى لهذا الحكم بقضيّة الحيلولة. (4)

و منها: ما ذكره من: أنّ على واطئ البهيمة لمالكها القيمة، لمكان الحيلولة. (5)

و منها: ما ذكره في كتاب القصاص من: أنّ من أطلق مستحقّ القصاص من يد وليّ المقتول، ألزم بدفع المال، للحيلولة، ثمّ إن تمكّن منه الوليّ لزمه ردّ المال إلى القاهر المطلق، لأنّ أخذ المال إنّما كان للحيلولة، و قد زالت.

إلى غير ذلك من الموارد التي تشرف الفقيه على القطع بسببها الحيلولة للضمان.

(1) قواعد الأحكام، ص 79 (الطبعة الحجرية).

(2) شرائع الإسلام، ج 3، ص 154؛ قواعد الاحكام، ص 115

(3) قواعد الاحكام، ص 241

(4) منتهى المطلب، ج 2، ص 977 و 978 (الطبعة الحجرية).

(5) الروضة البهية، ج 9، ص 313

فلو نوقش في الأدلة المتقدمة لكان تسالم الفقهاء على ما يظهر بالتتبع في كلماتهم - من تعليقاتهم بالحيلولة على سببيتها للضمان، وأنها من موجباته - كافيًا في إثبات ذلك.

فلو كانت الوجوه المتقدمة المحتج بها على ضمان بدل الحيلولة ضعيفة وغير معتبرة عندهم، فالتعليقات المزبورة في كلماتهم كاشفة عن تسلّم سببية الحيلولة عندهم للضمان.

بقي أمور ينبغي التنبيه عليها:

الأول: أنّ مورد بدل الحيلولة على ما يستفاد من كلمات الأعلام صرف التعذر، لا التلف وما بحكمه، كما إذا خرج المال عن المالية شرعا كالبهيمة الموطوءة، أو عرفا كالمال المسروق الذي لم يعرف سارقه، أو المال الذي غرق، فإنهما خارجان عن موضوع بدل الحيلولة، فيختص مورد به بوجود العين وإمكان الانتفاع بها في نفسها، وانحصار المانع بالتعذر. فلو خرجت العين عن قابلية الانتفاع شرعا كالبهيمة الموطوءة أو عرفا 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، ولم يحصل اليأس من الوصول إليه، فبناء على كون حديث «على اليد» دالًا على وقوع المال بجميع خصوصياته - التي منها سلطنة المالك عليه - في العهدة يحكم بضمان هذه السلطنة. وبناء على عدم اقتضاء «على اليد» إلا ضمان مالية المال عند التلف - لا ضمان شخص المال فضلًا 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 بردّ 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، وفوت سلطنته في كلتا الصورتين. ففي مورد التعذر العرفي وإن وجب على الضامن السعي في تحصيل العين، إلا أنّ هذا لا ينافي وجوب البدل في زمان السعي، وذلك لإطلاق قاعدة «على اليد» وعموم السلطنة وقاعدة لا ضرر، وغير ذلك من الأدلة التي أقاموها على ثبوت البدل واستحقاق المالك المطالبة به.

كما أنّ مقتضى إطلاق الأدلة عدم الفرق أيضا بين العلم بحصول العين و اليأس منه و رجائه. و التخصيص بمورد اليأس غير وحيه. إذ ليس دليل بدل الحيلولة لبيّتا حتى يكون المتيقن منه صورة اليأس.

إلا أن يقال: إنّ دليله هو الإجماع، فلا بدّ حينئذ من الأخذ بالمتيقن منه من جميع الجهات، فتأمل.

فالمتحصل: أنّ المدار على مطلق التعذر، لا خصوص العقليّ.

و أمّا زمان التعذر فدعوى انصراف الأدلة عن قصره جدّا قريبة، لعدم صدق فوات السلطنة أو الانتفاع أو غير ذلك عرفا على الزمان القصير جدّا.

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 و لو في زمان قليل موجبا لوجوب البدل.

فتلخص: أنّ المدار على مطلق التعذر، و عدم دخل اليأس من الوصول إلى العين فيه.

الثالث: أنّه هل للضامن إجبار المالك على أخذ بدل الحيلولة، بأن يكون بدل الحيلولة حقّا لكلّ من المالك و الضامن، كجواز إجباره على أخذ بدل العين حين التلف أم لا؟ بأن يكون حقّا للمالك فقط.

قد يقال: إنّ الأدلة الدالة على وجوب بدل الحيلولة لا تدلّ على جواز إجبار الضامن المالك على قبول البدل. و ليس هنا دليل آخر يدلّ على ذلك غير تلك الأدلة.

و عليه فيتخيّر المالك بين قبول البدل و بين الصبر إلى زمان زوال العذر، و إجبار الضامن إيّاه على قبول بدل الحيلولة خلاف سلطنته، إذ المالك يستحقّ على الضامن نفس العين، فإجبار الضامن إيّاه على قبول بدلها خلاف سلطنته. و هذا مراد المصنّف قدس سرّه من تمسّكه بقاعدة السلطنة في المقام.

و الفرق بين التلف و التعذر أنّه بتلف العين تسقط الخصوصيّات عن عهدة الضامن قهرا، فلا يبقى في ذمّته إلاّ الطبيعي من المثل أو القيمة، فيكون للضامن حقّ إلزام المالك بقبول ذلك، لأنّه عين ما يملكه في عهده فعلا. بخلاف صورة التعذر، فإنّ

الخصوصيات غير ساقطة، و ذمة الضامن مشغولة بها، غاية الأمر أنّ للمالك إسقاطها و الإغماض عنها، و الرضا بالطبيعي أو القيمة. و أمّا الضامن فلا حقّ له في إلزام المالك بإسقاط حقه.

أقول: لا حاجة إلى غير أدلة بدل الحيلولة في جواز إلزام الضامن المالك بأخذ البدل، لأنّ الاستفادة من تلك الأدلة إن كان وجوب دفع البدل إلى المالك، لا اشتغال ذمته به، فله إلزام المالك بأخذه لتفريغ ذمته، لأنّ إبقاء ذمته مشغولة بمال الغير نقص و حرج عليه.

و إن لم يكن مفاد أدلة بدل الحيلولة إلاّ ثبوت حقّ للمالك في المطالبة من دون اشتغال ذمة الضامن به، غايته أنّه لو طالبه المالك بالبدل و جب عليه إجابه فليس للضامن إلزام المالك بذلك، لانتفاء الحكم الوضعي أعني به شغل الذمة، فلا موجب للإلزام المذكور.

ولعلّ هذا هو الأظهر إن لم يكن مفاد حديث «على اليد» غرامة المأخوذ على الآخذ، و إلاّ فعليه يكون للضامن إلزام المالك.

و لو شكّ في ثبوت هذا الحقّ للضامن فالأصل عدم ثبوته، لأنّه قبل التعدّر لم يكن هذا الحقّ ثابتاً له، فمقتضى الاستصحاب بقاؤه.

الرابع: أنّ بدل الحيلولة هل يملكه المالك أم يباح له التصرف فقط؟ الظاهر اختلاف ذلك باختلاف المباني، و إن ذكر المصنّف: «أنّ المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و التحرير. و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين».

فإن كان المستند فيه حديث «لا ضرر» فهو لا يقتضي إلاّ لزوم جبر الضرر، و من المعلوم انجباره بإباحة التصرف في البدل، دون ملكيته للمالك.

و إن كان المستند فيه دليل السلطنة بتقريب: أنّ الغاصب قوّت سلطنة المالك على ماله، فيجب عليه تدارك هذه السلطنة له، لم يثبت أيضاً له إلاّ إباحة التصرف في البدل على النحو الذي يتصرف في ملكه، لانجبار السلطنة الفاتنة بإباحة التصرفات في البدل، و عدم توقّف الانجبار على الملكية.

نعم مقتضى إباحة التصرفات مطلقاً حتّى المتوقّفة على الملك هو الالتزام

بالملكية الآتية قبل التصرف المنوط بها، كالمعاطاة بناء على إفادتها الإباحة المطلقة.

وبالجملة: تنجبر السلطنة الفاتئة القائمة بالعين بالسلطنة على بدلها من مال الغاصب، وهذه السلطنة لا تقتضي الملكية.

وإن كان المستند فيه قاعدة اليد، فمقتضى كون البدل أداء لنفس العين المأخوذة- ليصدق عليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «حتى تؤدّي» بعد غص المالك عن خصوصيات ماله- صيرورة البدل ملكا للمالك، تحقيقا لمعنى البدلية في الملكية. فكما أن إضافة الملكية قائمة بالبدل في صورة التلف، لسقوط الخصوصيات بسببه عن عهدة الضامن، وبقاء الطبيعي على عهده، فكذلك في صورة التعذر، فبدل الحيلولة يصير قائما 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 بدلا عن السلطنة الفاتئة فهو غير مملوك للمالك، بل يباح له التصرف فيه ما دام محجورا عن التصرف في عين ماله.

والظاهر ثبوت الحق، كما يدل عليه ما أشار إليه المصنف قدس سره من الروايات الواردة في الموارد المتفرقة، لظهور لفظ: «الغرامة و الضمان» الواردين في تلك الروايات في الملكية، فالبدل مملوك للمالك لا مباح له.

وأما توجيه القول بالإباحة بعدم اجتماع العوض و المعوض في ملك المالك فغير وجيه.

أمّا أولاً: فبإمكان التزام صيرورة العين المتعذر ردّها ملكا للضامن، كما اختاره الجواهر (1) في بعض أقسام التعذر كالخيط الذي برده يتلف المخيط، و الرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء. و اختار ذلك السيد (2) في جميع أقسام التعذر. و بهذا الوجه يرتفع الاشكال.

وأمّا ثانياً: فبأنّ البدل من باب الغرامة لا العوض، فاجتماع البدل و المبدل في

(1) جواهر الكلام، ج 37، ص 80

(2) حاشية المكاسب، ج 1، ص 107 و 108

ملك المالك كاجتماع الأرش والعين المعيبة. هكذا قيل.

لكن فيه: أن الأرش بدل عن وصف الصحة، وليس بدلا عن العين حتى يلزم الجمع بين العوض والمعوض.

ثم إنه يترتب الثمرة على ملكية البدل للمالك وإباحته له: أنه على الأول يكون البدل دينا على الضامن، فينفذ إبراءه، ويصح بيعه، وإصداره، والضمان عنه، والحوالة عليه، وحصول التهاوتر 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 للاحتمالين، فلاحظها.

الخامس: هل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل أم لا؟

قد يقال: بانتقال العين إلى الضامن، والبديل إلى المالك، لاستحالة بديلية شيء عن شيء إلا بقيام البدل مقام المبدل في جهة من جهاته، و تلك الجهة في المقام هي إضافة الملكية.

وقد يقال: بأن المالك يملك البدل، وأما الضامن فلا يملك المبدل، لأن المأخوذ بعنوان البديلية ليس عوضا حقيقيا حتى تستحيل البديلية إلا بدخول العين المتعدرة في ملك الضامن، بل هو غرامة خالصة كالمبذول عند تلف العين. ومن البين أن عنوان «الغرامة» لا يستلزم خروج البدل عن ملك الضامن، ولا دخول العين المتعدرة في ملكه حتى يكون ذلك معاوضة قهرية شرعية، هذا.

لكن فيه: أنه بناء على كون بدل الحيلولة ملكا للمالك - كما تقتضيه الروايات المشار إليها الواردة في الموارد المتفرقة، وكذا قاعدتا الإتلاف واليد الدالتان على أن ما يدفعه الضامن إلى المالك هو عين ماله - لا بد من الالتزام بصيرورة المبدل المضمون ملكا للضامن بالمعاوضة القهرية الشرعية، إذ لو لا ذلك لزم اجتماع العوض والمعوض في ملك مالك العين.

ويؤيد ذلك بل يدل عليه حسنة سدير المتقدمة في التوضيح، الدالة على غرامة

الواطي قيمة البهيمه الموطوءة، الظاهرة في صيرورتها ملكا للواطي الغارم بدفع القيمة.

نعم بناء على كون البديل مباحا للمالك- لا ملكا له- لا وجه لخروج المبدل عن ملك مالكة و دخوله في ملك الضامن.

ويترتب على خروج المبدل عن ملك المالك و عدم خروجه عنه فروع:

أحدها: أنه إذا توضحاً- جهلاً أو غفلة- بماء مغصوب، و علم أو تذكّر بعد إكمال الغسلات 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 حينئذ من المسح بها.

لكنه مشكل جداً، لأنها كيف تكون كالتالف؟ مع أن المسح المتمم للوضوء يتحقق بها، و يترتب عليها، فتكون هذه الرطوبة ملكا و مالا، و لذا لو قال له الغاصب: «إن أعطيتني مقدارا معيناً من المال فأنا راض بالتصرف الوضوئي» فأعطاه و رضي، صحّ وضوؤه.

ثانيها: إنه إذا غصب أحد خمرا محترمة لغيره، و انقلبت خلا فعلى القول بالمعاوضة القهرية بين البديل و المبدل كان الحلّ بعد أداء البديل ملكا للضامن، و إلا فهو للمضمون له.

ثالثها: أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبة، فعلى القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب بعد أداء البديل جازت له الصلاة في ذلك الثوب. و كذلك التصرفات الأخرى، و إلا فلا.

إلا أن يقال: إن تلك الخيوط بمنزلة التالف، إذ لا يمكن ردها غالبا إلى مالكةا إلا بعد سقوطها عن المالكية بسبب النزاع، بل في مجمع البرهان «1» الجزم بعدم وجوب النزاع، بل قال بإمكان عدم الجواز، لكونه بمنزلة التلف، فيتعين القيمة. و حينئذ فيمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المنخبط، إذ لا غصب فيه حتى يجب رده، هذا.

(1) مجمع الفائدة و البرهان، ج 10، ص 521

لكنّ الحقّ أنّ الخيوط - وإن قلنا بسقوطها عن المائيّة بالنزع - باقية على ملك مالكةا، و حرمة التصرف في المغصوب إنّما هي باعتبار إضافة الملكيّة، لا باعتبار المائيّة، فتزليها منزلة التلف في غير محلّه، فلا بدّ من ابتناء المسألة على ملكيّة الغاصب للمبدل و عدمها. فعلى الأوّل تجوز التصرفات، و على الثاني لا تجوز.

رابعها: أنّه لو غصب أحد دهنا و خلطه بطعامه، فعلى القول بدخول المبدل في ملك الغاصب بعد ردّ بدله جاز له التصرف في ذلك الطعام، و إلا فلا يجوز له التصرف فيه إلا برضى مالك الدهن.

إلى غير ذلك من الفروع.

السادس: لو زال التعذّر، و تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المغصوب منه بعد أداء بدل الحيولة، فالظاهر ثبوت الترادّ، بل عن بعضهم نفي الخلاف بينهم فيه، من غير فرق في ذلك بين مثل الغرق و السرقة و الضياع مما يعدّ تلفا عرفا، و بين ما لا يعدّ كذلك، إلا أنّه متعذّر الحصول. بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك لو فرض عود التالف الحقيقيّ بخرق العادة.

و عن المحقّق النائيّني قدّس سرّه: «إذا ارتفع العذر، و تمكّن من ردّ العين إلى مالكة و جب الرد فوراً حتى على القول بالمعاوضة القهريّة الشرعيّة، لأنّ حكم الشارع بالمعاوضة مترتب على عنوان التعذّر و يدور مداره» (1).

و قد يقال: بابتناء جواز الرجوع و عدمه على كون ملكيّة البدل لمالك العين لازمة أو جائزة. فعلى الأوّل لا يجوز ذلك، و على الثاني يجوز. نظير المعاوضة بناء على إفادتها الملكيّة. (2) هذا.

و لا يخفى أنّه بناء على الملكيّة لا بدّ من البناء على اللزوم، لأنّه الأصل في الملك، فلا وجه لجواز رجوع المالك إلى العين. و عليه فيكون التعذّر علّة محدثة و مبقية لملكيّة

(1) منية الطالب، ج 1، ص 161

(2) مصباح الفقاهة، ج 3، ص 221

المغضوب منه للبدل، و مالكيّة الضامن للمبدل، كسائر المعاوضات الشرعيّة. و جواز الملك محتاج الى الدليل، و مجرد احتمال الجواز ثبوتاً لا يجدي إثباتاً. هذا.

فالأولى في وجه وجوب ردّ العين إلى مالكيها بعد ارتفاع التعذّر هو: أنّ حقيقة البدليّة و الغرامة تقتضي وجوب الردّ عند التمكن، إذ حقيقة البدليّة هي القيام مقام الغير و بدلا عنه، فبدليّة البدل الطولي متقوّمة بعدم المبدل. و مع وجوده لا معنى للبدليّة و الغرامة، و إلا كان بدلا عرضياً، و هو خلاف الفرض. فيجب ردّ عينه، لأنّه أداء للمأخوذ حقيقة، كما يدلّ عليه قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم في النبويّ: «حتى تؤدّي» بخلاف البدل، فإنّه ليس أداء للمأخوذ حقيقة.

و احتمال المعاوضة و انتقال العين إلى البدل - كما في المعاوضة على ما في الذم - ضعيف جدّاً، لأنّ المعاوضة المالكية مفقودة، لعدم انقداح معاوضة في ذهنهما، و عدم إنشائهما لها.

و كذا المعاوضة القهرية العقلية، لعدم اعتبارهم لها بالنسبة إلى التالف الحقيقي، و عدم جعلهم التالف الحقيقي ملكاً للغارم في مقابل بدله الذي يؤدّيه إلى المالك. و ليس اعتبارهم الضمان في التالف الحقيقي مغايراً لاعتباره في التالف العرفي.

و كذا المعاوضة القهرية الشرعيّة، لأنّ أدلّة الغرامات و الضمانات منزلة على ما يفهمه العرف، و ليست الغرامة عند المتشرّعة غير ما لدى العقلاء، و هي بدليّة البدل عن مال المضمون له ما دام ردّ العين متعذّراً.

لا- يقال: إنّ المقام كتعذّر المثل في المثليّ في عدم وجوب ردّ المثل هناك بعد التمكن منه و دفع القيمة، لاشتراكهما في تعذّر الردّ في زمان، فلا بدّ فيما نحن فيه من الالتزام بعدم وجوب ردّ العين أيضاً بعد التمكين منه إلى المالك.

فإنّه يقال: بوضوح الفرق بينهما، حيث إنّ الثابت هناك في ذمّة الضامن هو كليّ المثل، فإذا رضي المالك بالقيمة فقد رضي بتبديل ذلك الكليّ 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.

و هذا بخلاف المقام، فإنّ العين الشخصية لا تدخل في الذمّة حتى تقع المعاوضة بين ما في الذمّة وبدله، وتبرء ذمّته، بل يجب بعد ارتفاع العذر ردّ نفس العين كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «حتى تؤدّي».

السابع: هل ترجع الغرامة إلى الغارم بمجرد تمكّنه من ردّ العين إلى المالك أم بردها خارجا؟ وجهان، أقواهما الثاني، لأنّ التعذّر وإن أوجب استحقاق البدل، لكنّه علّة للوجوب، لا أنّه موضوع له حتى تبطل البدلية بمجرد التمكّن، وذلك لأنّ صرف التمكّن لا يخرج العين عمّا هي عليه من انقطاع سلطنة المالك عنها، وعدم كونها تحت يده، فما لم ترجع العين إلى المالك لا تدخل تحت يده واستيلائه، ولا تعدّ مالا- من أمواله، فالموضوع لثبوت ملكيّة المالك لبدل الحيلولة هو انقطاع سلطنته عن ماله، لا التعذّر، فإنّه علّة للوجوب، كالتغيّر الموجب لعروض النجاسة على الماء، فإذا زال التغيّر بنفسه و شكّ في أنّه علّة محدثة فقط أو مبقية أيضا فتستصحب النجاسة.

ففيما نحن فيه إذا شكّ في كون التعذّر علّة محدثة فقط أو مبقية أيضا فلا مانع من استصحاب بقاء البدل على ملك المالك، فلا يوجب التمكّن من ردّ العين الجمع بين العوض والمعوّض، بأن يقال: إنّ التمكّن يوجب الجمع بين العوض والمعوّض عند المالك، لكون التمكّن موجبا لعود ملكيّة العين له، و البدل أيضا ملكه. بل التمكّن كعدمه.

فالبديل لا- ينتقل إلى الغارم بمجرد تمكّنه من ردّ العين، بل يتوقّف على ردها خارجا، لأنّ الغرامة بدل السلطنة الفائتة عن المالك، و من المعلوم أنّ عود السلطنة الفعلية السابقة يتوقّف على ردّ العين إليه خارجا، لا على مجرد تمكّن الغاصب من ردها.

وبالجملة: لو كان مجرد التعذّر علّة محدثة و مبقية لوجوب البدل على الغارم كان صرف التمكّن من الرّدّ موجبا لخروج البدل عن ملك المالك، لكنّه ليس كذلك.

وعليه فليس للغارم استحقاق حبس العين، لأنّه لا يستحقّ الغرامة إلاّ برّد العين، فإذا كان الرّدّ علّة استحقاقه للغرامة فكيف يتقدّم المعلول- وهو الاستحقاق- على علّته وهي الرّدّ؟

و لو تسامح الضامن في دفع العين بعد تمكّنه منه فللمالك مطالبته، لقاعدة «الناس

مسألون على أموالهم». ولا يجوز للضامن حبس العين و مطالبته البديل من المالك، لما مرّ أنفاً من أنّ البديل بدل عن السلطنة الفائتة، لا عن القدرة على دفع العين.

فالمحصّل: أنّ الغرامة لا تعود إلى الغارم بمجرد التمكّن من ردّ العين إلى المالك، بل يناط ذلك بردها إلى مالكها.

الثامن: إذا خرج المغصوب عن صورته النوعيّة، ثم رجع إليها، فهل يضمن الغاصب بدله من المثل أو القيمة، أم عينه؟ مثاله غصب الخلّ، ثم انقلابه خمراً، ثم صيرورته خلّاً، فيه قولان:

أحدهما: ضمان البديل، لانعدام المغصوب بزوال صورته النوعيّة، والموجود ثانياً غيره، لتخلّل العدم بينهما، و من بين أن 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، و الثانية حكمه بعد أدائه.

أمّا المسألة الأولى فحاصل الكلام فيها: أنّ الظاهر وجوب أداء العين نفسها على الغاصب، لأنّ الثابت ابتداءً على الضامن هو نفس العين، فيجب عليه ردها على مالكها، و إذا تلفت العين انتقل 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 الخصوصيّات التي كانت موجودة في العين المغصوبة، من دون فرق عرفاً في ذلك بين كون العائد عين الأول و غيره.

و أمّا المسألة الثانية فقد استشكل فيها غير واحد. و الظاهر أنّه من صغريات العين التالفة، فإنّ الضامن بعد دفع الغرامة برئت ذمّته. فإن رجعت العين إلى نظام الوجود كانت ملكاً للضامن، لأنّ حقّ الأولويّة الثابت بالسيرة العقلائيّة انتقل إلى الضامن بعد دفع الغرامة، بناءً على كونها أداءً لمال المالك بعد إسقاطه للخصوصيّات كما عليه سيرة العقلاء، فبأداء البديل يسقط الضمان عن الغاصب، و ليس دليل آخر يقتضي ضمان العين ثانياً.

إلا أن يقال: إنّ حقّ الأولويّة لا يسقط بمجرد دفع البديل، و لا ينتقل إلى الضامن إلاّ

بإسقاط المالك له، فحينئذ يكون المالك مستحقاً لماله العائد بعد زواله، فالأحوط التصالح.

ثم إن ظاهر كلام المصنّف بقاء حق الأولوية للمالك. ويده برجوع الخلّ المنقلب عن الخمر إلى مالكة حين كونه خلّاً، وليس هذا إلا من جهة بقاء حقه المسمّى بحق الاختصاص.

وقد أجاب المحقّق الأصفهاني قدس سرّه عن هذا التأييد بما حاصله: «أنّ وجوب ردّ الخلّ المنقلب عن الخمر إلى المالك لا يكشف عن بقاء حق الأولوية له، لأنّه من قبيل عود الملك إلى مالكة، فيكون من باب ردّ الملك إلى مالكة، لا من باب أولوية المالك به.

والسرّ في ذلك أنّ إطلاق أسباب الملكية من الهبة والصلح والإرث وغيرها يقتضي تأثيرها بنحو الإطلاق، إلا إذا اقترنت بمانع يمنع عن تأثيرها، وإذا ارتفع المانع أثر المقتضي أثره، من دون أن يثبت هنا حق الأولوية عند سقوط المقتضي عن التأثير.

وبالجملة: فزوال الملكية تارة يكون لموجب الانتقال إلى الغير، كالبيع وغيره من موجبات الانتقال. و أخرى لوجود مانع من تأثير مقتضي الملكية بقاء كإقلاب الخلّ خمراً. فسقوط المقتضي لحدوث الملكية بقاء إنّما هو لوجود المانع، فإذا زال المانع أثر المقتضي أثره، من دون وجود حق الأولوية في حال سقوطه عن التأثير، وعدم لزوم الترجيح بلا مرجّح، بعد وجود المقتضي للملكية لمالك العين دون غيره» (1). انتهى ملخصاً.

وفيه: أنّ الملكية من الأحكام الشرعيّة الاعتباريّة، وهي من الأفعال الاختيارية للشارع، وهي سعة وضيقة تابعة لكيفيّة جعلها، ولا تقاس بالمقتضيات الخارجيّة كالنار المقتضية للإحراق والموانع التكوينيّة، كطوبه الثوب المانعة عن احتراقه بالنار، التي بزوالها يؤثّر المقتضي لإحراقه - وهو النار - أثره، فيحترق بها الثوب بعد جفافه. بل لا بدّ من الرجوع إلى الأدلّة، وهي تدلّ على أنّ الخلّ يملك بالهبة والبيع والإرث وغيرها.

ولكن إذا انقلب خمراً خرج عن الملكية، ولو عاد إلى الخليّة كان الحكم بملكّيته للمالك الأوّل منوطاً بالدليل، وهو مفقود في المقام. و السبب السابق كالهبة والبيع لا يؤثّر في

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 111

حدوث الملكية بعد الانقلاب إلى الخل، وليس كالمقتضى التكويني كالنار.

وبالجملة: فألوية المالك بالخمير المنقلبة عن الخلّ الثابتة بالسيرة التشريعية أوجبت رجوع الخلّ المنقلب عن الخمر إلى المالك، لا السبب الناقل للخل إليه.

هذا بناء على خروج الخمر عن الملكية. وأما بناء على عدم خروجها عنها- كما قيل- فلا كلام، فإن ظاهر الشيخ في الخلاف عدم قيام إجماع على عدم ملكية الخمر. قال في رهن الخلاف: «الخمر ليست بمملوكة، ويجوز إمساكها للتخليل والتخلل» ثم قال:

«دليلنا: إجماع الفرقة على نجاسة الخمر، وعلى تحريمها الإجماع، فمن ادعى صحّة أنّها مملوكة فعليه الدلالة» (1) حيث تمسك في مورد المسألة المبحوث عنها بعدم الدليل، فلو قام الإجماع على عدم المملوكية تمسك به جزماً كما هو دأبه في الكتاب.

التاسع: أنّه هل يكون تمكّن المالك من استرداد ماله كافياً في رجوع العين إليه وارتفاع الضمان وانتقال البديل إلى الضامن، أم لا بدّ من تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المالك؟

لا- ينبغي الارتياح في أنّ المناط في ثبوت بدل الحيلولة على القول به إنّما هو عدم تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى مالكها، سواء تمكّن المالك بنفسه من ذلك أم لا، بداهة أنّ سبب الضمان المستفاد من قاعدة اليد هو وضع اليد والاستيلاء على مال الغير.

وإذا تلف أو ضاع أو سرق مثلاً وجب عليه بدله حقيقة في التلف، وللحيلولة في غيره، فتمكّن المالك لا دخل له في ارتفاع الضمان عن الغاصب، وهذا واضح جدّاً.

العاشر: ما تعرّض له المصنّف قدس سرّه بقوله: «ثم إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمانيها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد دفع الغرامة سواء كان الارتفاع للسوق أو للزيادة المتّصلة بل المنفصلة كالثمرة .. إلخ».

وحاصل ما أفاده: ضمان ارتفاع القيمة والمنافع قبل دفع البديل، وعدمه بعد دفعه.

ولكن عن العلامة في التذكرة وعن بعض آخر ضمان المنافع. وقد قوّاه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه.

(1) الخلاف، ج 3، ص 241، المسألة 36 من كتاب الرهن.

أقول: المسألة مبنية على أنّ الغرامة هل هي بدل عن العين أم السلطنة. فإن كانت بدلا عن العين المتعدّرة كما هو مقتضى دليل ضمان اليد فلا محالة تنقطع علاقة المالك عن العين، و تصير ملكا للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصلة فضلا عن المتّصلة، وعن زيادة القيمة السوقية.

وإن كانت بدلا عن السلطنة الفاتية- كما هو قضية قاعدة السلطنة- ضمن الغاصب جميع شؤون العين، سواء أكانت تلك الشؤون فاتية أم لا.

و الحقّ أنّ يقال: إنّ البدل المدفوع بدل عن العين و لو من جهة فوات السلطنة. كما أنّه في صورة التلف يكون البدل بدلا عن العين، فحينئذ يكون بدلا عن العين بشؤونها، فلا يضمن ارتفاع القيمة و لا منافعه. هذا في صورة دفع الضامن للبدل.

و أمّا إذا لم يدفع البدل، فمقتضى ضمان العين بجميع شؤونها هو ضمان المنافع و ارتفاع القيمة السوقية.

الحادي عشر: قد عرفت أنّ المدار في ثبوت بدل الحيلولة- على القول به- تعدّر الوصول إلى العين، بحيث لا يتمكّن المالك من الانتفاع بها، فلو تمكّن المالك من الانتفاع بها مع حصول نقص فيها و لو في بعض أوصافها خرجت عن مورد بدل الحيلولة، لفرض إمكان الانتفاع بها، و عدم ارتفاع سلطنته عنها، كصورة امتزاج العين بعين اخرى الموجب للشركة، فإنّ العين بعد امتزاجها بغيرها لا تخرج عن قابلية انتفاع المالك بها، غاية الأمر أنّه حدث عيب في ماله، لأنّ الشركة نقص في العين المملوكة بالاستقلال، فيجب على الغاصب أداء الأرش للمالك. فهذا المورد خارج عن موارد بدل الحيلولة، لإمكان الانتفاع بالعين.

الثاني عشر: أنّ أسباب الضمان على ما أفاده المصنّف قدّس سرّه بقوله: «سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقيّ .. إلخ» أمور أربعة.

الأول: تلف العين حقيقة، و تسقط حينئذ عن الملكية عرفا، 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

و نحوهما ممّا لا يكون عوده مرجّوا. و هذا مورد بدل الحيلولة.

الثالث: إزالة الأوصاف التي لها دخل في مالية العين بحيث تخرج العين بذهابها عن الماليّة مع انحفاظ العين بنفسها في ملك مالكةا، و سلطنته عليها تسلّط الملاك في أملاكهم، فالضمان حينئذ بالماليّة الخالصة دون العين المغصوبة، كالثلج في الشتاء و الماء على الشاطئ.

الرابع: ذهاب الأوصاف التي بها تخرج العين عن الملكيّة أيضا، إمّا شرعا كالخلّ المنقلب خمرا، و إمّا عرفا كالكوز المكسور، لكن تبقى العين متعلّقة لحقّ المالك. هذا ما أفاده المصنّف قدّس سرّه.

و لا يخفى أنّ ما ذكره في القسم الأوّل أعني به التلف الحقيقي - من زوال ملكيّة المالك عن العين - متين، غاية الأمر أنّ العين قد تعتبر ملكا للغاصب فيما إذا ترتّب عليه الأثر كما في تعاقب الأيدي.

و أمّا ما ذكره في القسم الثاني من كونه موردا لبديل الحيلولة فهو غير تامّ، لأنّ مورده صورة بقاء العين مع تعدّد الوصول إليها، بحيث يرجى زوال العذر أيضا. و أمّا إذا كان العثور عليها مقطوع العدم و كان الضامن مأبوسا من الوصول إليها كما في المال المسروق أو الملقى في البحر فهو تالف عرفا، فيلحق بالقسم الأوّل، إذ ليس المراد من التلف الانعدام الحقيقي الذي ذهب بعض الفلاسفة إلى استحالته، بل المراد هو التلف العرفي، فلا يكون موردا لبديل الحيلولة المصطلحة.

و أمّا ما أفاده في القسم الثالث - من زوال الماليّة مع بقاء ملكيّة العين - فربّما يناقش فيه كما في حاشية السيد قدّس سرّه بأنّ ذهاب الوصف إن أوجب سقوط العين عن قابليّة الانتفاع بها، فتسقط عن الملكيّة أيضا، و إلّا فهي مال، «1» هذا.

لكن الظاهر إمكان سقوطها عن الماليّة التي مناطها إمكان الانتفاع المعتدّ به بها، دون ملكيّتها التي هي إضافة خاصّة بين الشيء و مالكة، و لا يناط اعتبار الملكيّة بالماليّة

(1) حاشية المكاسب، ج 1، ص 110

كحبة حنطة و الرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء، و الخيط الباقي في الثوب المخيط و نحوها.

و أمّا ما أفاده في القسم الرابع- من سقوط العين عن المائيّة و الملكيّة معا- فلا إشكال في صحّته، لأنّ المتلف يضمن بدل العين من المثل أو القيمة، كما لا شبهة في بقاء حق الاختصاص بها للمالك.

و لنختتم الكلام هنا في بدل الحيلولة و بذلك فرغنا من مباحث المقبوض بالبيع الفاسد، و به تمّ الجزء الثالث من شرحنا على «متاجر» شيخنا الأعظم، أملا منه تعالى القبول، و سائلا منه التوفيق لا كماله بحق سادة أوليائه محمّد و آله المعصومين صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين، و اللعن على كافة أعدائهم إلى يوم الدين يا ربّ العالمين.

ص: 629

صورة

ص: 631

صورة

ص: 632

صورة

ص: 633

صورة

ص: 634

صورة

ص: 635

صورة

ص: 636

صورة

ص: 637

صورة

ص: 638

صورة

ص: 639

صورة

ص: 640

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصهبان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

