



١٢٧٠

القواعِدُ الفِقهِيَّةُ

في

فِقْهِ الإِمَامِيَّةِ

تأليف

الاستاذ الشيخ عبد الله بن محمد بن أبي البركات الشيرازي

الجزء الثاني

بإذن الله تعالى
طبع في المطبع الكائن في مدينة قم



١٢٧٠

القواعِدُ الفِقهِيَّةُ

في

فِقْهِ الإِمَامِيَّةِ

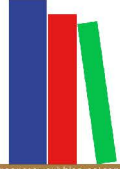
تأليف

الاستاذ الشيخ عباس علي الزاري السبزواري

الجزء الثاني

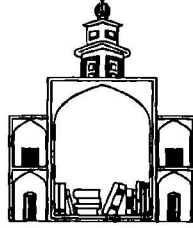
مكتبة النشر الإسلامي
الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ

شابك (دورة) ٢ - ٩٤٣ - ٤٧٠ - ٩٦٤ - ٩٧٨
ISBN 978 - 964 - 470 - 943 - 2



مكتبة
مؤمن قريش

www.moumenqurish.com



القواعد الفقهية

في
فقه الإمامية
(ج ٢)

■ تأليف :	الشيخ الأستاذ عباس علي الزارعي السيزواري
■ الموضوع :	الفقه
■ تحقيق و نشر :	مؤسسة النشر الإسلامي
■ عدد الصفحات :	٤٥٢
■ الطبعة :	الأولى
■ المطبوع :	٥٠٠ نسخة
■ التاريخ :	١٤٣٠ هـ . ق
■ شابك ج ٢ :	٩٧٨ - ٩٦٤ - ٤٧٠ - ٩٤٥ - ٦
	ISBN 978 - 964 - 470 - 945 - 6

قم - شارع الأمين - ابتداء شارع الجمهورية الإسلامية ص . ب ٧٤٩ - ٣٧١٨٥

تلفون : ٢٩٣٣٢١٩ - ٢٩٣٣٢١٩ فاكس : ٢٩٣٣٥١٧

الفصل العاشر

القواعد المختصة بباب الدين والقرض^(١)

وفيه ستّ قواعد:

- ١ - قاعدة وجوب أداء الدين مهما أمكن.
- ٢ - قاعدة المقاصة.
- ٣ - قاعدة كلّ من مات حلّ دينه.
- ٤ - قاعدة كلّ زيادة يجزّ بها القرض فهي حرام.
- ٥ - قاعدة كلّ ما يضبط وصفه وقدره أو قيمته يصحّ إقراضه.
- ٦ - قاعدة القرض لا يملك إلّا بالقبض.

(١) الدين هو المال الكلّي الثابت في ذمّة شخص الآخر بسبب من الأسباب، ويقال لمن اشتغلت ذمّته به: «المديون والمدين»، وللآخر: «الدائن والغريم». وسببه إمّا الاقتراض أو أمور أخر اختيارية، كجعله مبيعاً في السّلم، أو ثمناً في النسيئة، أو أجره في الإجارة، أو صداقاً في النكاح، أو عوضاً في الخلع وغير ذلك؛ أو قهريةً، كما في موارد الضمانات، ونفقة الزوجة الدائمة ونحو ذلك. والقرض هو تمليك مال لآخر بالضمان، بأن يكون على عهده أدائه بنفسه أو بمثله أو قيمته.

القاعدة الأولى

قاعدة وجوب أداء الدين مهما أمكن

ومن القواعد الفقهيّة التي لا تجري إلّا في باب خاصّ من أبواب الفقه قاعدة «وجوب أداء الدين مهما أمكن». وهي إنّما تجري في باب الدين. وفيها جهات من البحث:

الجهة الأولى: في مفادها

الدين إمّا حالّ، وهو ما كان للدائن مطالبته من المدينون في الحال، وإمّا مؤجّل، وهو ما ليس للدائن حقّ مطالبته في الحال، بل له حقّ المطالبة بعد انقضاء المدة المضروبة وحلول الأجل.

والمراد من القاعدة أنّه يجب على المدينون عند حلول الدين ومطالبة الدائن السعي في أدائه بكلّ وسيلة يمكن له. أو يقال: كلّ دين حلّ وطلبه الدائن فعلى المدينون السعي في أدائه مهما أمكن.

والمراد من قولنا: «يمكن له» أو «مهما أمكن» أن يكون المدينون متمكّنًا منه عرفاً من دون وقوعه في المشقّة والحرّج، فإذا ثبت الإعسار لا يجب عليه أدائه، كما يأتي في الجهة الثالثة.

الجهة الثانية: في مدركها

وتدلّ عليها الأدلة الأربعة:

أما الكتاب: فهو قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)، فإنه يدلّ على قاعدة حرمة أكل المال بالباطل التي مفادها - كما يأتي في المرحلة الثانية - أنه لا يجوز التقلب في الأموال والتسلط عليها بلا سبب من الأسباب الشرعية، بل لا بدّ وأن يكون بنحو التجارة عن تراض. وحفظ السلطة على المال بعد الحلول والمطالبة واليسر من أبرز مصاديق أكل المال بالباطل وهو حرام، فلا بدّ من أدائه.

وأما السنة: فما عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «كلّ ذنب يكفره القتل في سبيل الله عزّ وجلّ إلّا الدين، لا كفارة له إلّا أدائه أو يقضي صاحبه أو يعفو الذي له الحقّ»^(٢). وأما العقل: فإنه يحكم بأن حبس مال الغير مع التمكن من أدائه ومن دون الوقوع في المشقة والخرج من أبرز مصاديق الظلم، وهو قبيح. وأما الإجماع: فهو محقق قطعاً. نعم، في كونه دليلاً مستقلاً نظراً.

الجهة الثالثة: في مستثنيات القاعدة

يستثنى منها ما يقع المديون بأدائه في العسر والخرج - كما أشرنا إليه في الجهة الأولى - ممّا يحتاج إليه بل كان من ضروريّات معاشه، وهو يختلف باختلاف الأشخاص بحسب شؤونهم المتعارفة بين طبقتهم. ويدلّ عليه قاعدة نفي العسر والخرج التي هي من أهمّ القواعد الفقهية الآتية في المرحلة الثانية.

(١) النساء/٢٩.

(٢) التهذيب ٧: ٢٠٤؛ وسائل الشيعة: ١٣: ٨٣، الباب ٤ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١.

مضافاً إلى ما ورد في الروايات من استثناء الدار والضيعة والجارية. ففي صحيح بريد العجلي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن عليّ ديناً - وأظنّه قال: لا يتم - وأخاف إن بعث ضيعتي بقيتُ وما لي شيء. فقال عليه السلام: «لا تبع ضيعتك»^(١). وفي خبر إبراهيم بن عثمان، قال: قلت: رجل لي عليه دراهم وكانت داره رهناً فأردت أن أبيعها، قال: «أعيزك بالله أن تخرجه من ظلّ رأسه»^(٢). وفي خبر ابن زياد، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أن لي على رجل ديناً وقد أراد أن يبيع داره فيعطني، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أعيزك بالله أن تخرجه من ظلّ رأسه»^(٣).

ولا ريب في دلالتها على المطلوب بعد إلغاء الخصوصية عمّا ذكر فيها بقرينة خبر الحلبي عن الصادق عليه السلام: «لا تباع الدار ولا الجارية في الدين، ذلك أنّه لا بدّ للرجل من ظلّ سكنه وخادم يخدمه»^(٤)، فإنّه علّل عدم وجوب البيع فيهما باللابدّية والاحتياج، فيستفاد منه كلّ ما لا بدّ منه يستثنى من القاعدة المذكورة. بل يمكن الاستدلال بفحوى خبر الحلبي، فإنّه إذا استثنى الخادم، فاللباس ولوازم البيت والفراش ولوازم الكسب وغيرها من ضروريات معاشه يستثنى بالأولى.

الجهة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها

وموارد تطبيقها كثيرة جداً، منها ما يلي:

١ - لو كان للمديون سلعة فيجب عليه بيعها لأداء دين الدائن عند حلوله ومطالبته. وذلك لقاعدة وجوب أداء الدين مهما أمكن.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٩٤، الباب ١١ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٩٥، الباب ١١ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٩٤، الباب ١١ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٩٤، الباب ١١ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١.

- ٢- لو حلّ الدين وطلبه الدائن ولا يمكن للمدين أدائه إلاّ ببيع متاعه فيجب عليه أدائه ببيع متاعه، لقاعدة وجوب أداء الدين مهما أمكن.
- ٣- لو كانت دار سكناه أزيد عمّا يحتاجه، سكن ما احتاجه وباع ما فضل عنه، أو باعها واشترى ما هو أدون ممّا يليق بحاله، للقاعدة المذكورة.
- ٤- لو كانت عنده دار موقوفة عليه تكفي لسكناه وله دار مملوكة فالقاعدة تقتضي بيع المملوكة لأداء الدين، لقاعدة وجوب أداء الدين مهما أمكن.
- ٥- لو كان مركوبه أو ثيابه أزيد عمّا يحتاجه أو أكثر ممّا يليق بحاله فعليه تبديله بما هو أدون لائق بحاله وأداء دينه بما فضل عنه، لقاعدة وجوب أداء الدين مهما أمكن.
- ٦- لو حلّ الدين وطلبه الدائن ولا يمكن للمدين أدائه إلاّ بإجارة أملاكه فيجب عليه أدائه بإجارتها، للقاعدة المذكورة.

القاعدة الثانية

قاعدة المقاصّة

القاعدة الثانية من القواعد الجارية في باب الدين «قاعدة المقاصّة». وفيها مباحث:

المبحث الأوّل: في معناها

ومعناها أنّ كلّ مدين امتنع عن أداء الدين ولم يمكن إجباره يجوز للدائن المقاصّة من ماله وأخذ مقدار دينه عنه.

ولا فرق في جوازها بين المقاصّة إلى بعض الحقّ أو تمامه، كما لا فرق بينما إذا كان من نوع الدين أو غيره. ولا فرق أيضاً بين أفراد المقاصّة من التصرفات الشرعيّة في ماله، فيجوز له المقاصّة من مال بمقدار دينه ببيع ماله أو بإجارته أو بالتصدّق به أو بإتلافه أو بإعطائه الغريم أو غيرها. وذلك كلّ لإطلاق القاعدة المستفادة من الأدلّة الآتية.

المبحث الثاني: في دليلها

ويدلّ عليه الكتاب والسنة والعقل:

أمّا الكتاب: فهو قوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١)، فإنّه يدلّ

على قاعدة «الاعتداء بالاعتداء» - الآتية في المرحلة الثانية إن شاء الله -، ومفادها كما يأتي أنّ الاعتداء والتجاوز إذا كان في مقابل التجاوز جاز. قال في مجمع البيان: «فمن اعتدى عليكم - أي ظلمكم - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - أي فجازوه باعتدائه وقابلوه بمثله -»^(١). فالآية - بناءً على أن يكون المراد من المماثلة هي المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به، كما هو الظاهر - تدلّ على جواز التصرف في أموال الغاصب والظالم على سبيل التقاصّ بمقدار يستوفى به حقّ المغصوب منه. والمدّين إذا امتنع عن أداء الدين غاصبٌ ويجوز التصرف في أمواله على سبيل التقاصّ.

ونظيرها في الدلالة قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٢). قال الطبرسي في مجمع البيان: «معناه: وإن أردتم معاقبة غيركم على وجه المجازاة والمكافأة فعاقبوا بقدر ما عوقبتم به ولا تزيدوا عليه»^(٣). فالظاهر منه جواز المقابلة بالمثل تقاصاً. كما في اللغة: «عاقبه بذنبه: أخذه به واقتص منه»^(٤). ودعوي اختصاص الأولى بالحرب والثانية بمجازاة الكفار خلاف الظاهر منهما، وإن كان الاعتداء بالحرب داخلياً في الأولى، كما أنّ مجازاة الكفار داخلة في الثانية.

وأما السنّة: فهي كثيرة:

منها: موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام، قال: «إِنَّ عَلِيّاً عليه السلام كَانَ يَفْلَسُ الرَّجُلَ إِذَا التَوَّى عَلَى غِرْمَاتِهِ^(٥)، ثُمَّ يَأْمُرُ فَيَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ، فَإِنْ أَبَى بَاعَهُ فَيَقْسِمُ بَيْنَهُمْ - يَعْنِي مَالَهُ -»^(٦).

(٢) النحل/١٢٦.

(٤) المنجد: ٥١٨.

(٦) التهذيب ٦: ٣٤٢ ح ٨٣٥.

(١) مجمع البيان ١: ٥١٤.

(٣) مجمع البيان ٦: ٦٠٥.

(٥) أي: تناقل ولم يكن لماله وفاء.

ومنها: خبر ابن درّاج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يكون له على الرجل الدين، فيجده، فيظفر من ماله بقدر الذي جده، يأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال عليه السلام: «نعم»^(١).

ومنها: حسنة أبي بكر الحضرمي، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كان له على رجل مالٌ فجده إياه وذهب به، ثم صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبّله، يأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال عليه السلام: «نعم، ولكن لهذا كلام يقول: اللهم إني آخذ هذا المال مكان مالي الذي أخذه منّي، وإني لم آخذ الذي أخذه خيانةً ولا ظلماً»^(٢).

ومنها: صحيحة أبي بكر الحضرمي، قال: قلت له: رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقّي؟ قال: فقال عليه السلام: «نعم»^(٣).

ومنها: صحيحة ابن رزين، قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أخالط السلطان، فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارسة فيبيعون فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه؟ قال عليه السلام: «خذ مثل ذلك ولا ترد عليه»^(٤).
وأما ما يظهر من بعض الروايات - كصحيحة سليمان بن خالد^(٥) وموثقة معاوية ابن عمار^(٦) - من النهي عن التقاص، فيحمل على الكراهة.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٥، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٣، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥ و ٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠١، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

(٥) عن سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مالٌ، فكابرني عليه، ثم حلق، ثم وقع له عندي مالٌ، فأخذه لمكان مالي الذي أخذه وجده وأحلف عليه كما صنع؟ قال عليه السلام: «إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبت عليه». التهذيب ٦: ٢١٩ ح ٦٢.

(٦) عن معاوية بن عمار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون لي عليه الحق فيجحد فيه، ثم يستودعني مالاً، ألي أن آخذ مالي عنده؟ فقال: «لا، هذه خيانة». التهذيب ٦: ٢١٩ ح ٦٣.

وأما العقل: فإنه يدعى بأن حقّ الدفاع عن الحقوق الثابتة للإنسان بل كلّ حيوان بحسب الفطرة، والانتفاع من الأموال حقّه، فيحكم العقل بسحب الفطرة أنّه إذا مُنع شخصٌ عن الانتفاع بأمواله فله أن ينهض إلى الدفاع عنه بأيّ وسيلة ممكنة، فإن أمكن له إجبار الغاصب بأداء ما ينتفع به فهو، وإلاّ فيجوز له أن ينتفع بما من الغاصب في يده.

المبحث الثالث: في موارد تطبيقها

نذكر بعض المسائل الفقهيّة التي ينطبق عليها قاعدة المقاصة:

- ١ - هل يجوز للدائن المقاصة من مال المديون لو امتنع عن أداء الدين ببيع ماله وأخذ مقدار دينه عنه؟ يجوز بيعه، لقاعدة المقاصة.
- ٢ - هل يجوز للدائن إجارة مال المديون مقاصةً وأخذ مقدار دينه عمّا أخذ في قبال منفعه أو لا؟ يجوز إجارته، لقاعدة المقاصة.
- ٣ - هل يجوز للدائن التصدّق بمال المديون الممتنع مقاصةً أو لا؟ يجوز التصدّق به في قبال دينه بمقدار دينه، لقاعدة المقاصة.
- ٤ - لو كان للدائن والمديون مالاً مشتركاً فهل يجوز للدائن اختصاصه بنفسه كلّاً، فيما إذا امتنع المديون عن أداء دينه ولم يمكن إجباره أو لا؟ يجوز ذلك لو كان سهم المديون من المال المشترك بمقدار دينه أو أقلّ، لقاعدة المقاصة.
- ٥ - هل يجوز المقاصة إلى بعض الحقّ دون تمامه أو لا؟ يجوز المقاصة إليه، لإطلاق قاعدة المقاصة.

القاعدة الثالثة

قاعدة كلّ من مات حلّ دينه

القاعدة الثالثة من القواعد المختصّة بهذا الفصل قاعدة «كلّ من مات حلّ دينه». والمراد من كلمة «مَنْ» الموصولة هو المديون، فمعناها: أنّه إذا مات المديون يحلّ دينه المؤجّل قبل حلول أجله. والروايات الدالة عليه مستفيضة:

منها: صحيحة حسين بن سعيد، قال: سألته عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمّى، ثمّ مات المستقرض؛ أيحلّ مال القارض عند موت المستقرض منه أو للورثة من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: «إذا مات فقد حلّ مال القارض»^(١).

ومنها: خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام، أنّه قال: «إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات الرجل حلّ الدين»^(٢).

وضعف الأخير سنداً ينبجر بالشهرة المحقّقة، بل قد يدّعى عدم الخلاف، قال في الغنية: «ومن مات حلّ ما عليه من دين مؤجّل بلا خلاف إلّا من الحسن البصري»^(٣).

(١ و ٢) وسائل الشيعة ١٣: ٩٧، الباب ١٢ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٢ و ٣.

(٣) غنية النزوع: ٢٤١.

وذهب إليه ابن حمزة^(١) والكيذري^(٢) وابن سعيد^(٣) والشهيد الأول^(٤) وكثير من المتأخرين.

هذا بناءً على ثبوت الذمة للميت واعتبارها بعد الموت، وأمّا بناءً على سقوط ذمة الميت وعدم اعتبارها بعد الموت فلا موضوع لبقاء الأجل والمدة. وقد يقع الكلام في أنه لو مات الدائن هل يبقى الدين على حاله أو يحلّ الدين بموته كما يحلّ بموت المديون؟ المشهور هو الأول.

نعم، في خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إذا مات الرجل حلّ ماله وما عليه من الدين»^(٥)، وهو بظاهره يشمل الدائن أيضاً، إلّا أنه مرسل ولا مجبر لضعفه سنداً؛ مضافاً إلى أنّ المشهور أعرض عنه، قال الشهيد في الدروس: «يحلّ الديون المؤجلة بموت الغريم، ولو مات المدين لم يحلّ إلّا على رواية أبي بصير، واختاره الشيخ والقاضي والحلي»^(٦).

وفي الختام نذكر بعض موارد تطبيق القاعدة:

١- لو كان الصداق مؤجلاً إلى مدة معينة ومات الزوج قبل حلوله استحقّت الزوجة مطالبته بعد موته، لقاعدة كل من مات حلّ دينه.

٢- لو اشترى المشتري شيئاً نسيئاً ومات قبل حلول المدة المعيّنة فللبائع أن يطالب الثمن بعد موته من الورثة، لقاعدة كل من مات حلّ دينه.

٣- لو جعل العوض في الخلع ما في ذمة الزوجة مؤجلاً إلى مدة معينة وماتت الزوجة قبل حلول الأجل استحقّ الزوج مطالبته بعد موته من الورثة، للقاعدة المذكورة.

(١) الوسيطة: ٢٧٥. (٢) إصباح الشيعة «سلسلة النبايع الفقهية» ١٥: ٣٣.

(٣) الجامع للشرائع: ٢٨٥-٢٨٦. (٤) اللعة الدمشقية: ١١٥.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٩٧، الباب ١٢ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١.

(٦) الدروس ٣: ٣١٣.

- ٤ - لو استقرض شخصٌ دراهم مؤجلاً إلى مدّة معلومة، ومات المستقرض قبل حلول الأجل، فللقارض مطالبتها من ورثته بعد موته، لقاعدة كلّ من مات حلّ دينه.
- ٥ - لو بيع شيءٌ ببيع السلف، ومات البائع قبل حلول الأجل، استحقّ المشتري مطالبة المبيع بعد موت البائع من ورثته، لقاعدة كلّ من مات حلّ دينه.

القاعدة الرابعة

قاعدة كلّ زيادة يجزّ بها القرض فهي حرام

ومن جملة القواعد الفقهيّة في باب القرض قاعدة: «كلّ منفعة يجزّ بها القرض فهي حرام». وفيها مباحث:

المبحث الأوّل: في بيان مفادها إجمالاً

ولا بدّ فيه من بيان مفرداتها:

١ - «كلّ زيادة»: والمراد منها مطلق الفضل والزيادة، سواء كانت عيناً كما إذا أقرض المقرض عشرة دراهم بشرط أن يؤدّي المقرض إثني عشر، أو عملاً كخياطة الثوب له، أو منفعةً كمنفعة مال الإجارة، أو انتفاعاً كالانتفاع بالعين المرهونة عنده، أو صفةً مثل أن يقرضه دراهم مكسورة على أن يؤدّيها صحيحة.

٢ - «يجزّ بها»: وهو بمعنى الجذب والمدّ، جرّه: جذبه أو مدّه. والمراد منه هاهنا الزيادة التي يمتدّ إليها القرض لا محالة، وهي الزيادة التي يشترط في القرض للمقرض على المقرض. فيصحّ أن يأخذ بدل «يجزّ» كلمة «يشترط» ويقال: «كلّ منفعة يشترط في القرض فهي حرام».

٣ - «القرض»: وهو تملك مالٍ للآخر بالضمان، بأن يكون على عهده أدائه بعينه على ما هو المشهور بين محقّقي الفقهاء، أو أدائه بعينه أو بما يقابله من المال

على ما يأتي تحقيقه في قاعدة المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة.

٤ - «فهو حرام»: والمراد من الحرمة أعمّ من التكليفيّة والوضعيّة، فإنّ الزيادة حرام تكليفاً، لأنّه ربا وكان منهياً عنه، فأخذه معصية، وحرام وضعاً، لأنّه أكل المال بالباطل وتملّك من دون مملّك.

والحاصل: أنّ مفاد القاعدة أنّ كلّ زيادة يشترط في القرض للمقرض على المقرض فهي حرام. وإن شئت فقلّت: «كلّ منفعة يجزّ إليها القرض بالاشتراط فهي حرام باطل».

هذا بيان مفادها إجمالاً، وسيأتي مزيد توضيح في المبحث الثالث.

المبحث الثاني: في مدرّكها

ويمكن الاستدلال عليها بالآيات بعد ضمّها إلى الروايات، فلا بدّ من ذكر الآيات والروايات أولاً، وبيان تقريب الاستدلال بها على المطلوب ثانياً.

أمّا الآيات: فهي ما يدلّ على حرمة مطلق الزيادة:

منها: قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَخْبِطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١).

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَمَا أَتَيْتُم مِّن رَّبًّا لِّيزْبُوا فَمَا أَتَى النَّاسَ فَمَا يَزْبُوا عِنْدَ اللَّهِ﴾^(٢).

ومنها: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾^(٣).

ومنها: قوله تعالى: ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيْبَاتٍ أُحِلَّت لَّهُمْ

(١) البقرة/ ٢٧٥.

(٢) الروم/ ٣٩.

(٣) آل عمران/ ١٣٠.

وَبَصَدَّهِمْ عَنِ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَطْلِ^(١).

وأما الروايات: فهي طائفتان:

الطائفة الأولى: ما يدل على حرمة أخذ الزيادة مطلقاً:

منها: خبر هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «درهم ربا عند الله أشد من سبعين زينة كلها بذات محرم»^(٢).

ومنها: خبر سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «أخبت المكاسب كسب الربا»^(٣).

ومنها: رواية سماعة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني قد رأيت الله (تعالى) قد ذكر الربا في غير آية وكرّره، قال عليه السلام: «أو تدري لم ذاك؟» قلت: لا. قال عليه السلام: «لئلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف»^(٤).

ومنها: ما رواه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «درهم ربا أشد عند الله من ثلاثين زينة كلها بذات محرم مثل عمّة وخالة»^(٥).

ومنها: ما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «درهم واحد رباً أعظم من عشرين زينة كلها بذات محرم»^(٦).

ومنها: ما رواه حمّاد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله في وصيته لعلي عليه السلام، قال: «يا علي! الربا سبعون جزءاً، فأيسرها مثل أن ينكح الرجل أمّه في بيت الله الحرام»^(٧).

(١) النساء / ١٦١. (٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٢٣، الباب ١ من أبواب الربا، الحديث ١.

(٣) ٥ و ٤ و ٣ وسائل الشيعة ١٢: ٤٢٣، الباب ١ من أبواب الربا، الحديث ٢ و ٣ و ٥.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ٤٢٤، الباب ١ من أبواب الربا، الحديث ٦.

(٧) وسائل الشيعة ١٢: ٤٢٦، الباب ١ من أبواب الربا، الحديث ١٢.

ومنها: ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «أنا حرّم الله عزّ وجلّ الربا ثلاثاً يذهب المعروف»^(١).

ومنها: غيرها ممّا ذكر في باب تحريم الربا.
الطائفة الثانية: ما يدلّ على عدم جواز أخذ الزيادة إذا اشترط، وجوازه إذا لم يشترط:

منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً، ثمّ يعطي سوداً وزناً، وقد عرف أنّها أثقل ممّا أخذ، وتطيب نفسه أن يجعل له فضلها؟ فقال عليه السلام: «لا بأس به إذا لم يكن فيه شرط، ولو وهبها له كلّها صلح»^(٢).

ومنها: صحيحة أخرى عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إذا أقرضت الدراهم ثمّ أتاك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط»^(٣).

ومنها: صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقترض من الرجل الدراهم، فيردّ عليه المثلّ أو يستقرض المثلّ، فيردّ عليه الدرهم؟ فقال عليه السلام: «إذا لم يكن شرط فلا بأس، وذلك هو الفضل، إنّ أبي عليه السلام كان يستقرض الدراهم الفسولة فيدخل عليه الدراهم الجياد، فيقول: (يا بنيّ ردّها على الذي استقرضتها منه). فأقول: يا أبة إنّ دراهمه كانت فسولة وهذه خير منها؟! فيقول: يا بنيّ إنّ هذا هو الفضل فأعطه إيّاها»^(٤).

ومنها: موثقة عبد الملك بن عتبة، عن عبد صالح عليه السلام، قال: قلت له: الرجل

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٢٥، الباب ١ من أبواب الربا، الحديث ١٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٦، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٧، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٨، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٧.

يأتيني يستقرض مني الدراهم فأوطن نفسي على أن أوخره بها شهراً للذي يتجاوز به عني، فإنه يأخذ مني فضة تبر على أن يعطيني مضروبة، إلا أن ذلك وزناً بوزن سواء، هل يستقيم هذا؟ إلا أنني لا أسمى له تأخيراً، إنما أشهد لها عليه فيرضي. قال عليه السلام: «لا أحبّه»^(١).

ومنها: ما عن داود الأبرزاري، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «لا يصلح أن تقرض ثمرة وتأخذ أجود منها بأرض أخرى غير التي أقرضت فيها»^(٢).

ومنها: موثقة اسحاق بن عمار، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً، فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه، فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه؟ قال عليه السلام: «لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً»^(٣).

ومنها: صحيحة محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها، فإن جوزي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقه»^(٤).

ومنها: موثقة اسحاق بن عمار، قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يكون له عند الرجل المال قرضاً، فيطول مكثه عند الرجل، لا يدخل على صاحبه منفعة، فينبيله الرجل الشيء بعد الشيء كراهية أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة، أيحل ذلك له؟ قال عليه السلام: «لا بأس إذا لم يكن بشرط»^(٥).

ومنها: خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: سألت عن رجل

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٨، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٩، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ١٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٠٤، الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٣.

(٤ و ٥) وسائل الشيعة ١٣: ١٠٦، الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١١ و ١٣.

أعطى رجلاً مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقلّ أو أكثر؟ قال عليه السلام: «هذا الربا المحض»^(١).

ومنها: خبر خالد بن الحجاج، قال: سأله عن الرجل كانت لي عليه مائة درهم قضانيها مائة وزناً؟ قال عليه السلام: «لا بأس ما لم يشترط» وقال: «جاء الربا من قبل الشروط، إنما يفسده الشروط»^(٢).

تقريب الاستدلال بها

وأما الاستدلال بالآيات والروايات - بعد ضمّ بعضها إلى بعض - فتقريبه يتوقف على تقديم أمرين:

الأول: أنّ الآيات الشريفة وكذا الطائفة الأولى من الروايات تدلّ على حرمة أخذ الزيادة مطلقاً، فإنّ الربا معناه الزيادة، قال في المنجد: «رباً رباً ورُبُوّاً المال: زاد ونما»^(٣)، وفي مجمع البحرين: «الربا: الفضل والزيادة»^(٤). وقال شيخ الطائفة: «أصل الربا: الزيادة، من قولهم: (ربا الشيء يربو ربواً) إذا زاد. والربا: هو الزيادة على رأس المال في نسيئة أو مماثلة، وذلك كالزيادة على مقدار الدين للزيادة في الأجل، أو إعطاء درهم بدرهمين أو دينار بدينارين»^(٥).

وعنوان «الربا» ورود في الآيات الشريفة والطائفة الأولى من الروايات على نحو الإطلاق، فيشمل الزيادة على رأس المال مطلقاً، وحينئذٍ تدلّ الآيات الشريفة والطائفة الأولى من الروايات على حرمة أخذ وإعطاء الزيادة مطلقاً، من

(١) وسائل الشيعة ١٢: ١٠٨، الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٦، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ١.

(٣) المنجد في اللغة: ٢٤٧. وراجع أيضاً تاج العروس ١٠: ١٤٢، والقاموس المحيط ٤: ٣٢٢.

ولسان العرب ١٤: ٣٠٤. (٤) مجمع البحرين ٢: ١٣٨. (٥) التبيان ٢: ٣٥٩.

دون تقييد بالزيادة في باب المعاوضات أو الزيادة في باب القرض، وبالزيادة العينية أو غيرها، والزيادة المشترطة أو غيرها.

الثاني: أن المستفاد من الطائفة الثانية من الروايات هو التفصيل بين الزيادة المشترطة وغيرها، فأخذ الزيادة حراماً إذا اشترط، وجائز إذا لم يشترط، فإن بعضها صريح في ذلك، وبعضها يدل عليه بالمفهوم.

إذا عرفت هذا، فمقتضى الجمع بين الطائفة الثانية من الروايات والآيات الشريفة والطائفة الأولى من الروايات تقييد إطلاق مفاد الآيات والطائفة الأولى من جهة اشتراط الزيادة وعدمه، فيستفاد من مجموعها أن أخذ الزيادة منهى عنه إذا اشترط، فأخذها معصية وحرام. هذا تكليفاً.

وأما وضعاً: فهو فاسد، لأنه من باب أكل المال بالباطل وانتقال الشيء من دون السبب.

وأما تقييد مفادها من سائر الجهات يحتاج إلى المقيّد، والمفروض عدمه. نعم، يقيّد حرمة أخذ الزيادة في باب المعاوضات بأخذ الزيادة فيما يكال أو يوزن كما قرّر في محله، وأما اختصاص الزيادة في المقام بالزيادة العينية بلا دليل، كما يأتي في المبحث الآتي.

المبحث الثالث: في التنبيه على أمور:

الأمر الأول: أنه هل القرض المشروط بالزيادة حرام وفسد كما أن نفس الزيادة المشترطة حرام وفسد، أو إنما يحرم الزيادة مع الشرط وأما القرض المشروط بها صحيح وجائز؟

ذهب بعض المحققين من المعاصرين إلى الأول، فقال: «ثم إن الزيادة قلنا إنه حرام في القرض مع الشرط، بل موجب لفساد القرض، فإذا قبض المقرض المال

الذي أقرضه المقرض يكون من المقبوض بالعقد الفاسد» إلى أن قال - بعد ذكر صور الزيادة -: «فجميع هذه الأمور مع الشرط رباء محرم، وتكون موجبة لفساد القرض، كما هو مفاد الأخبار الصحيحة الصريحة»^(١).

ولكن مقتضى التحقيق - كما ذهب إليه كثير من المعاصرين - هو الثاني، لما ذكرنا من أن الآيات والروايات إنما تدلّ على حرمة أخذ الزيادة المشترطة، لأنّ الربا في اللغة الزيادة، وهذا العنوان لم يستعمل في الآيات والروايات إلا في نفس الزيادة، بقرينة قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا...﴾ و﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا﴾ و﴿مَّا آتَيْتُم مِّن رِّبَا﴾ و﴿ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ و﴿أَخْذِهِمُ الرِّبَا﴾، وقولهم ﷺ: «درهم واحد من الربا» أو «درهم ربا أشد...»، فإنّ نسبة الأكل والإيتاء والأخذ وغيرها إلى الربا لا تصحّ إلا إذا كان الربا بمعنى الزيادة، فلا يستفاد منها إلا حرمة نفس الزيادة المشترطة. وأمّا عقد القرض فيحكم بصحّته بمقتضى عمومات الكتاب والسنة الدالة على وجوب الوفاء بكلّ عقد إلا ما خرج بالدليل.

ومقتضى الأصل العملي أيضاً الحكم بالبرائة عن الحرمة بالنسبة إلى غير الزيادة.

وأما ما روي عن النبي ﷺ: «كلّ قرض جرّ منفعة فهو ربا»^(٢) وإن كان ظاهراً في بطلان أصل القرض إلا أنّه لا يعتمد عليه، لأنّه لم يوجد في جوامعنا الروائية. بل يظهر من بعض الأخبار أنّ الإمام ﷺ ردّ هذا الخبر، حيث قال محمّد بن مسلم: سألت أبا عبد الله ﷺ عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إمّا خادماً وإمّا آنية وإمّا ثياباً، فيحتاج إلى شيء من منفعة، فيستأذنه فيه فيأذن له؟ قال ﷺ: «إذا طابت نفسه فلا بأس». قلت: إن من عندنا يروون أنّ كلّ قرض يجزّ

(١) القواعد الفقهية (الجنوردي) ٥: ١٥٨.

(٢) كنز العمال ٦: ١٢٣٨، الجامع الصغير ٢: ٢٨٤.

منفعة فهو فاسد؟ قال عليه السلام: «أو ليس خير القرض ما جرّ منفعة؟!»^(١). مضافاً إلى أنّ الرواية ضعيفة عند كثير من العامة أيضاً^(٢).

وقد يتوهم أنّ ضعف الرواية منجر بعمل الأصحاب. قال العلامة الوحيد البهبهاني: «ما رواه الفقهاء عن النبي صلى الله عليه وآله: (أنّ كلّ قرض يجرّ منفعة فهو حرام) من جملة الأحاديث التي رووها عنه عليه السلام معتقدين به معتمدين عليه نظير (على اليد أخذت حتّى تؤدّيه) وغيره ممّا كتبوا فيه أحكاماً كثيرة معمولاً بها من غير تأمل. ومن نهاية اهتمامهم واعتمادهم على هذا الحديث أنّهم ربّما لا يتسلّون على حرمة شرط المنفعة في القرض إلّا به، ولا يذكرون مستنداً سواء، ويعبّرون عن الحرام بقرض يجزّ المنفعة على وجه يظهر اعتمادهم في الحقيقة عليه. فالضعف منجر بعمل الأصحاب»^(٣).

وفيه: أنّ الرواية بهذا النصّ - أي فهو ربا - لم ينقلها ولم يستند بها من القدماء إلّا الشيخ في الخلاف^(٤). وأما من المتأخّرين فأول من تعرّض لها واستند بها ولكن بنصّ آخر لم يوجد في أيّ كتاب من الكتب الروائيّة - لا من العامة ولا من الخاصّة - وهو قوله: «كلّ قرض جرّ منفعة فهو حرام» هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٥). وتبعه على ذلك الشهيد الثاني في المسالك^(٦) والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة^(٧). فكيف يدّعي أنّ هذا النبويّ من جملة الأحاديث التي رووها عن النبي صلى الله عليه وآله معتقدين به ومعتمدين عليه؟! وكيف يقاس بحديث على اليد، الذي أرسله أكثر الفقهاء إرسال المسلّمات واستندوا به روايةً، منهم السيّد المرتضى^(٨)

(١) التهذيب ٦: ٢٢٤. (٢) فيض القدير ٥: ٣٦، نيل الأوطار ٥: ٣٥١، سبل السلام ٣: ٥٣.

(٣) الرسائل الفقهيّة: ٢٥٧. (٤) الخلاف ٣: ١٧٤. (٥) جامع المقاصد ٥: ٢٣.

(٦) مسالك الأفهام ٣: ٤٤٤. (٧) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٦١.

(٨) الانتصار: ٣١٧ و٤٦٨.

وشيوخ الطائفة^(١) وابن زهرة^(٢) وابن إدريس^(٣) والمحقق^(٤) والعلامة^(٥) وفخر المحققين^(٦) والشهيد الأول^(٧) وابن فهد الحلبي^(٨) والمحقق الثاني^(٩) وغيرهم كما سيأتي في القاعدة الأولى من قواعد باب الضمان إن شاء الله تعالى.

الأمر الثاني: قد مرَّ أنَّ المستفاد من الطائفة الثانية من الروايات أنَّ الزيادة في القرض إذا جاءت بسبب الشرط فهو حرام، وأمَّا إذا لم تشترط فلا ريب في جواز أخذها، لأنَّها غير مشترطة في القرض، ويجيء الفساد من ناحية الشرط كما في رواية خالد بن الحجاج: «جاء الرباء من قبل الشروط، إنَّما يفسده الشروط»^(١٠).

وأمَّا النبوي: «كلَّ قرض جرَّ منفعةً فهو ربا»^(١١) - لو سلَّم اعتبارها - فيحمل على صورة الشرط بقرينة الطائفة الثانية من الروايات.

وكذا ما بأزائها من قول أبي جعفر^(١٢): «خير القرض ما جرَّ منفعة»^(١٣) لا بدَّ من حمله على صورة عدم الشرط جمعاً بينه وبين غيرها. ويؤيده قول أبي عبد الله^(١٤): «الرباء رباءان: ربا يؤكل وربا لا يؤكل، فأما الذي يؤكل فهديتك إلى الرجل تطلب منه الثواب أفضل منها، فذلك الربا الذي يؤكل، وهو قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن رَّبًّا لَّيْزُبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَزُبُوا عِنْدَ اللَّهِ﴾، وأمَّا الذي لا يؤكل فهو الذي نهى الله عزَّ وجلَّ عنه وأوعد عليه النار»^(١٥).

(١) الخلاف ٣: ٢٢٨ و ٤: ١٧٤. (٢) غنية النزوع: ٢٨٩. (٣) السرائر ٢: ٨٧.

(٤) الرسائل التسع: ٣٠٥. (٥) المختلف ٥: ٤١٧ و ٦: ٦٣. (٦) إيضاح الفوائد ٢: ١١٦.

(٧) الدروس ٣: ١٠٩. (٨) المهذب البارع ٢: ٥٦٠.

(٩) جامع المقاصد ٤: ٩٠ و ٦: ٩ و ٨: ٥٨.

(١٠) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٦ الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ١.

(١١) كنز العمال ٦: ٢٣٨.

(١٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٠٤ - ١٠٣، الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٦ و ٨ و ٥.

(١٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٢٩، الباب ٣ من أبواب الربا، الحديث ١.

- وللزيادة غير المشترطة في القرض صور:
- الأولى: أن يقرض بداعي الزيادة وطمعاً فيها من دون شرط وتبانٍ عليها أصلاً، فيعطيه المقرض زيادة.
- الثانية: أن يقرض بلا داع ولا طمع فيها، ولكن يعلم المقرض أن المقرض يعطيه زيادة، وهو يعطي الزيادة.
- الثالثة: أن يقرض بلا داع ولا طمع ولا علم بها، ولكن المقرض يرغب المقرض في إعطاء الزيادة بعد تحقّق القرض وهو يعطي الزيادة.
- الرابعة: أن يقرض المقرض ويأخذ الزيادة من مال المقرض فضولاً ثمّ يجيزه المقرض، أو يستفيد المقرض من المقرض فائدة برضى منه.
- الأمر الثالث: الزيادة المشترطة حرام، ولا فرق بين ما إذا اشترطت الزيادة حين العقد أو تبانياً عليها وأنشأ العقد مبنياً عليها أو اشترطت الزيادة بعد وقوع القرض في مقابل التأجيل والإمهال بعد انتهاء القرض.
- الأمر الرابع: أن الزيادة المشترطة في القرض ذات صور:
- الأولى: أن تكون الزيادة عينيّة، وهي أمّا مجانسة للأصل، مثل أن يقرض مائة دينار بشرط أن يأخذ مائة وعشرين ديناراً، أو غير مجانسة، مثل أن يقرض مائة دينار بشرط أن يأخذ نفس المقدار مع عشرة دراهم.
- الثانية: أن تكون الزيادة منفعة عين، مثل أن يقرض مائة دينار بشرط أن يأخذ نفس المقدار مع منفعة دار المقرض.
- الثالثة: أن تكون الزيادة انتفاع عين، مثلاً: يقرض المقدار المذكور ويشترط عليه أخذ نفس المقدار مع الانتفاع بالعين المرهونة عنده.
- الرابعة: أن تكون الزيادة عملاً، مثلاً: يقرض مائة دينار ويشترط عليه أخذ نفس المقدار مع خياطة ثوب له.

الخامسة: أن تكون الزيادة عقداً يشترط في ضمن القرض، وهو إما عقد محاباتي، مثل أن يقرض المقرض شيئاً ويشترط أن يشتري من المقرض شيئاً بأخس من ثمن المثل، أو يشترط أن يشتري المقرض شيئاً من المقرض بأعلى من قيمته السوقية؛ وإما عقد معاوضي غير محاباتي، مثل أن يقرض ديناراً ويشترط عليه إجارة ملكه بالمثل أو يشترط عليه بيع ملكه بقيمته السوقية؛ وإما عقد غير معاوضي، كأن يقرض شيئاً ويشترط عليه وكالة أو ضماناً أو غيرهما.

السادسة: أن تكون الزيادة صفةً، مثل أن يقرضه دراهم مكسورة على أن يؤديها صحيحة.

السابعة: أن يكون الشرط غرضاً عقلياً لا مالياً له، مثل أن يقرض ويشترط عليه أن يصلّي أوّل الوقت.

والكلام يقع في أنه هل القاعدة تشمل كل هذه الصور أو لا؟
الظاهر أنها تشمل جميع الصور إلا الأخيرة.

أما الصورة الأولى - وهي الزيادة العينية -: فلا ريب في حرمتها، ولا شك في أن القاعدة تشملها، لأن شرطها ربا، كما صرح به في الروايات كخبر هشام بن سالم ورواية سماعة وصحيحة الحلبي وصحيحة عبدالرحمان وغيرها، كما مرّ؛ وادّعي الإجماع على أن شرط الزيادة العينية ربا، قال المحقق الأردبيلي: «الظاهر أنّ تحريم شرط النفع في القرض عيناً إجماعي بين المسلمين»^(١).

وأما المروية عن أبي جعفر (عليه السلام): «خير القرض ما جرّ منفعة» فيحمل على صورة عدم الشرط، كما مرّ.

وأما الصورة الثانية والثالثة: فالزيادة فيهما حرام ويشملهما القاعدة، كما

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٦٠.

يدلّ عليه صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: «ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقه»^(١).

وقد يتوهم دلالة بعض الروايات على جواز اشتراط الزيادة في الصورة الثانية والثالثة، كصحيحة إسماعيل بن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت: يدفع إلى الرجل الدراهم فاشترط عليه أن يدفعها بأرض أخرى سوداً بوزنها، واشترط ذلك عليه، قال عليه السلام: «لا بأس»^(٢). فإنها صريحة في جواز اشتراط دفع السود في أرض أخرى.

وفيه: أنّ الظاهر أنّ مورد السؤال فيها ما إذا دفع المقرض إلى الرجل الدراهم البيض في أرض واشترط عليه أن يدفع إليه الدراهم السود في أرض أخرى، والدراهم السود أثقل من الدراهم البيض - كما في صحيحة الحلبي -، والمفروض أنّ الدراهم السود المشترطة إعطائها في أرض أخرى كان وزنها وزن الدراهم البيض، فكانت الدراهم السود أقلّ عدداً من الدراهم البيض، لكونها أثقل من الدراهم البيض، وفي الواقع سئل الراوي عن شرط النقيصة على المقرض الراجع إلى شرط الزيادة للمقرض على المقرض، وهو خارج عن مورد القاعدة، فإنّ موردها شرط الزيادة للمقرض على المقرض. فجواب الإمام بعدم البأس لا يدلّ على جواز اشتراط الزيادة في الصورتين المذكورتين.

وأما الصورة الرابعة: فلمدم الفرق بين العمل والعين والمنفعة في المايّة التي يبذل بأزائها الثمن، ضرورة أنّ خياطة الثوب - مثلاً - مالٌ يبذل بأزائه الثمن، وليس المال إلّا ما يكون مورداً لرغبة العقلاء ويبذلون بأزائه الثمن، فكما أنّ الزيادة المشترطة تتحقّق بالعين والمنفعة كذلك تتحقّق بالعمل.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٠٦، الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١١.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٨١، الباب ١٤ من أبواب الصرف، الحديث ٥.

مضافاً إلى أنّ المستفاد من كثير من الروايات أنّ المدار في البأس وعدمه هو طيب النفس وعدمه، كصحيحة يعقوب بن شعيب^(١) وصحيحة محمد بن مسلم^(٢) وصحيحة عليّ بن جعفر^(٣) وغيرها، والاشتراط ينافي طيب النفس، سواء كان المشروط عيناً أو منفعة أو عملاً.

وأما الصورة الخامسة: فالتحقيق أنّ القاعدة تشمل القرض بشرط عقد محاباتي، لما فيه النفع للمقرض، ويصدق أنّه «جرّ النفع»، فيشمّله الإطلاقات الدالّة على أنّ شرط كلّ زيادة يوجب الربا إلّا ما خرج بالدليل.

وأما القرض بشرط عقد معاوضيّ غير محاباتي أو بشرط عقد غير معاوضيّ ففي شمول القاعدة لهما نظرٌ، لعدم تصوّر النفع للمقرض حينئذٍ، فلا يصدق أنّ القرض «جرّ النفع»، مع أنّ الشكّ في الشمول يكفي في عدم التمسك.

وأما الصورة السادسة: فهي أيضاً تشملها القاعدة، وذلك لصدق جرّ النفع به؛ مضافاً إلى صريح رواية داود الأزراري عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يصلح أن تقرض ثمرة وتأخذ أجود منها...»^(٤)، ومفهوم صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج^(٥).

وأما الصورة السابعة: - وهي شرط ما فيه غرض عقلائيّ، كاشتراط الصلاة في أوّل الوقت، أو مراعاة النظافة في البدن أو غيرهما -: فالتحقيق أنّه لا يصدق عليه النفع والزيادة، فلا يصدق أنّ القرض جرّ النفع، حتّى يشملها قاعدة كلّ منفعة يجزّ إليها القرض فهي حرام.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٧، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٥.

(٢) الوسائل ١٣: ١٠٤، الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٠٨، الباب ١٩ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١٩.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٩، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ١٠.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٨، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٧.

الأمر الخامس: إنّما يحرم شرط الزيادة للمقرض على المقرض. وأمّا شرطها للمقرض فلا بأس به، كما إذا أقرضه عشرة دراهم على أن يؤدّي ثمانية، أو أقرضه دراهم صحيحة على أن يؤدّيها مكسورة؛ وذلك لاختصاص أدلة حرمة الربا القرضي بما إذا كان شرط الزيادة للمقرض، كما مرّ في الروايات؛ مضافاً إلى أنّ مجرد الشكّ في شمول القاعدة كافٍ في الحكم بعدم حرمة تمسكاً بقاعدة لزوم الوفاء بالعقد وقاعدة التجارة عن تراض وقاعدة السلطنة الآتية في المرحلة الثانية.

الأمر السادس: لا فرق في حرمة الزيادة بين أن يكون المال المقرض ربوياً بأن يكون من المكيل والموزون، وغيره بأن كان معدوداً؛ وذلك لإطلاق أدلة حرمة الربا القرضي، وإجماع الفقهاء.

وأما ماورد في جواز إقراض الدراهم المكسورة وأخذ دراهم صحيحة كاملة، كصحيح يعقوب بن شعيب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدارهم الغلّة فيأخذ منه الدراهم الطازجيّة طيبة بها نفسه؟ فقال عليه السلام: «لا بأس به»^(١) فيحمل على صورة عدم الاشتراط، كما هو الظاهر منه بقرينة قول السائل «طيبة بها نفسه».

الأمر السابع: أنّ اشتراط الرهن يجوز في القرض استثناءً بعد ثبوت الإجماع عليه.

المبحث الرابع: في بعض موارد القاعدة

١ - إذا أقرض المقرض عشرة دراهم على أن يؤدّي المقرض إثني عشر

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٧، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٥.

- مثلاً - فالزيادة حرام، لقاعدة كلّ زيادة يجزّ إليها القرض فهي حرام.

٢- إذا أقرضه عشرة دراهم على أن يؤدّي المقرض نفس المقدار مع خياطة ثوب المقرض، فعمل الخياطة حرام لقاعدة كلّ زيادة يجزّ إليها القرض فهي حرام.

٣- إذا أقرضه مائة دينار بشرط أن يأخذ نفس المقدار ويركب سيّارته مدّة معيّنة فلا يجوز له ركوب سيّارته وهو غصب، لقاعدة كلّ زيادة يجزّ إليها القرض فهي حرام.

القاعدة الخامسة

قاعدة كلّ ما يضبط وصفه وقدره أو قيمته يصحّ إقراضه

وهذه القاعدة تعيّن ما يجوز إقراضه واقتراضه. ويقع الكلام في طردها وعكسها. وجدّير بالذكر كلام صاحب الجواهر حيث أفاد تمام المطلوب في مفاد القاعدة والتحقيق حولها.

كلام صاحب الجواهر

قال في الجواهر: «ما يصحّ إقراضه، وهو - عند المصنّف - كلّ ما يضبط وصفه - الذي تختلف القيمة باختلافه - وقدره إن كان من شأنه التقدير، ولو لتوقّف الضبط عليه. ولا ريب في طرده بمعنى صحّة قرض مضبوط الوصف والقدر، بل لا خلاف فيه لإطلاق الأدلّة. إنّما الكلام في عكسه، وهو أنّ كلّما لا يضبط وصفه ولا قدره لا يجوز قرضه، إذ يمكن منعه للإطلاق المزبور خصوصاً على المختار من أنّ الثابت في قرض القيمي القيمة التي لا مدخلية في ثبوتها في الذمّة لضبط الوصف الذي يراد منه دفع المثل وفاءً.

كما أنّه قد يمنع وجوب اعتبار ضبط الوصف سابقاً على القرض في صحّته، على وجه لا يجدي اعتباره بعد القرض والقبض، لعدم الدليل الصالح لتقييد

الإطلاق المعتضد بإطلاق جملة من الأصحاب الذين لم يذكروا هذا الشرط، كبنى زهرة وحمزة وإدريس وغيرهم؛ والتعليل بأن ذلك مقدّمة للوفاء لا يقضي بالاشتراط المزبور، بل قد يقال بعدم فساد القرض بالإخلال به أصلاً، إذ أقصاه ثبوت مثله أو قيمته في الذمة، فإن علماً بيّنة ونحوها وجب تأديتهما، وإلا رجع إلى الصلح.

وكذلك الكلام في القدر، خصوصاً مع إرادة المعتاد منه، كما صرّح به بعضهم ويقتضيه ظاهر الإطلاق، فلا يجدي المكيال المجهول والصنجة المجهولة، وخصوصاً مع إرادة اعتبار ذلك حتّى فيما يكفي في بيعه مشاهدة، كالتبن والحطب ونحوهما، لتوقّف إثبات عوضه في الذمة على الاعتبار المزبور، فهو كالسّلم فيه. ولذا قال في المسالك: الضابط في قرض المثلي اعتبار ما يعتبر في السّلم من الكيل والوزن والعدد... وحينئذٍ فلو أقرض المقدّر غير معتبر لم يفد الملك، ولم يجز التصرف فيه، وإن اعتبره بعد ذلك، ولو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه، وتخلّص منه بالصلح كما هو وارد في كلّ ما يجهل قدره^(١).

وقال في التذكرة: تارة يجب في المال أن يكون معلوم القدر ليتمكن من قضائه، وأخرى قد بينّا أنّه لا يجوز إقراض المجهول، لتعذر الردّ، فلو أقرضه دراهم أو دنائير غير معلومة الوزن أو قبة من طعام غير معلومة الكيل ولا الوزن، أو قدرها بمكيال معيّن أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح^(٢).

وقال في التحرير: لا يجوز إقراض المكيل والموزون جزافاً، وكذا لو قدره بمكيال بعينه أو صنجة معينة غير معروفين عند العامة. ولو كانت الدراهم ممّا يتعامل بها عدداً اشترط تعيين العدد، ويردّ عدداً. وإن استقرض وزناً ردّ وزناً.

(١) مسالك الأفهام ٣: ٤٤٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٢: ٤٨ مع اختلاف يسير.

وكذا كلّ معدود يجب معرفة عدده وقت الإقراض^(١).

وقال في الإرشاد: وكلّ مضبوط بما يرفع الجهالة من الأوصاف يصحّ إقراضه، فإن كان مثلياً ثبت في الذمة مثله، وإلاّ القيمة وقت التسليم^(٢).

وفي الدروس: إنّما يصحّ القرض مع الملك أو إجازة المالك، وعلم العين بالمشاهدة فيما يكفي فيه، وبالإعتبار كيلاً ووزناً أو عدداً فيما شأنه ذلك، ويجوز إقراض الخبز وزناً وعدداً، إلاّ أن يعلم التفاوت، فيعتبر الوزن، ويجوز إقراض المثلي إجماعاً، وكذا القيمي الذي يمكن السلف فيه. وفيما لا يضبطه الوصف كالجواهر واللحم والجلد قولان، مع اتفاقهم على جواز إقراض الخبز عملاً بالعرف العام، ولا يجوز السلم فيه، والمنع للمبسوط، والجواز للسرائر^(٣).

قلت: الموجود في السرائر: «قال الشيخ في مبسوطه: (لا يجوز إقراض ما لا يضبط بالصفة). والصحيح أنّ ذلك لا يجوز، لأنّه لا خلاف بين أصحابنا في جواز إقراض الخبز وإن كان لا يضبط بالصفة، لأنّهم أجمعوا أنّ السلم لا يجوز في الخبز، لأنّ السلف لا يجوز فيما لا يمكن ضبطه بالصفة، والخبز لا يضبط بالصفة»^(٤).

وقال شيخنا في مبسوطه: «يجوز استقراض الخبز إن شاء وزناً، وإن شاء عدداً، لأنّ أحداً من المسلمين لم ينكره، ومن أنكره من الفقهاء خالف الإجماع»^(٥). وظاهره خروج ذلك عمّا ذكره من الضابط، كما أنّ ظاهر السرائر جواز قرض كلّ ما لا يضبط بالوصف، لا خصوص الخبز.

وعلى كلّ حال فالشرط المزبور على الوجه المذكور إن كان مستنده إجماعاً مؤيداً بالتعليل السابق الذي مرجعه إلى أنّ الشارع لم يشرع معاملة موقوفة على

(١) تحرير الأحكام ٢: ٤٥٣ - ٤٥٤.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٠.

(٣) الدروس ٣: ٣٢١.

(٤) السرائر ٢: ٦٠.

(٥) المبسوط ٢: ١٦٦.

التراضي مؤدية إلى التنازع، ضرورة أن الأصل في مشروعية العقود قطع النزاع، وإلا كان محلاً للنظر والتأمل، سيما بعد أن كان القرض قسماً من الضمانات وإن توقّف على التراضي، وهي لا فرق فيها بين المجهول والمعلوم. ومن هنا صحّ قرض القيمي بقيمته وإن لم تعرف القيمة حال القرض على الأقوى، بل في المسالك نسبته إلى إطلاق كلام الأصحاب...

أللهم إلا أن يقال: إن القرض وإن كان له شبه في الضمانات، إلا أنه من المعاوضات أيضاً، إذ هو كما عرفت دفع الشيء بقصد ثبوت عوضه في الذمة، فوجب الضبط لمعرفة العوض، فبناءً على ضمانه بالمثل مطلقاً - حتى أن ما لا مثل له لا يصحّ قرضه - وجب ضبط أوصاف المال المقرض حتى يكون الثابت في الذمة عوضه، ويتمكّن المقرض من وفائه، وبناءً على ضمان القيمي منه بالقيمة مطلقاً أو في خصوص ما لا يضبطه الوصف منه كالجواهر وجب ضبط أوصافه لمعرفة القيمة الثابتة في الذمة عوضاً عنه»^(١)، انتهى كلام صاحب الجواهر.

وكلامه هذا - بعد الإغماض عن ضعف بعض ما ذكره وذكره - متين. وحاصله: أن القرض ليس ضماناً بحتاً، ولا معاوضة صرفة، بل هو برزخ بين الضمان المحض والمعاوضة المحضة، إذ هو دفع الشيء بقصد ثبوت عوضه في الذمة. ومعرفة العوض في القرض واجب، كما كانت معرفته في سائر العقود واجباً، لأنّ الوجه في تشريع العقود قطع المنازعة ودفع الخصومات، وهو لا يتحقّق إلا بعد معرفة العوض والمعوّض. والعوض الثابت في ذمة المقرض لا يعرف إلا بعد معرفة المعوّض، وهو مال المقرض، ولا يعرف مال المقرض إلا بذكر أوصافه ومقداره إن كان مثلياً، وبتعيين قيمته إن كان قيمياً، فمال المقرض إن كان مثلياً

يجب ضبط أوصافه وقدره حتّى يكون الثابت في الذمة عوضه المعلوم، ويتمكّن المقترض من وفائه، وإن كان قيمياً فإمّا يعرف قيمته من دون ضبط أوصافه وقدره فيجزئ فيه معرفة القيمة، وإمّا لا يعرف قيمته إلّا بضبط أوصافه وقدره فيجب ضبط أوصافه وقدره.

ولعلّ مراد ابن إدريس من جواز قرض ما لا يضبطه الوصف هو جواز قرض القيميات المعلومة قيمتها من دون ضبط أوصافها.

القاعدة السادسة

قاعدة القرض لا يملك إلا بالقبض

القاعدة السادسة قاعدة «القرض لا يملك إلا بالقبض». فالقرض على خلاف سائر العقود المملّكة، فإنّ فيها تحصل الملكية بمجرد العقد.

ويدلّ عليه - بعد الإجماع - مرتكزات المقترضين، فإنّهم يرون أنفسهم بعد القبض ذوي ملك حادث. مضافاً إلى إطلاق النصوص الدالّة على أنّ زكاة مال القرض على المقترض بمجرد القبض، كصحيح زرارة، قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل دفع إلى رجل مالاً قرضاً، على من زكاته؟ على المقرض أو على المقترض؟ قال عليه السلام: «لا، بل زكاته إن كانت موضوعة عنده حولاً على المقترض» قال: قلت: فليس على المقرض زكاته؟ قال عليه السلام: «لا يزكي المال من وجهين في عام واحد، وليس على الدافع شيء، لأنّه ليس في يده شيء، إنّما المال في يد الآخر، فمن كان المال في يده كانت الزكاة عليه». قلت: أفيزكي مال غيره من ماله؟ قال عليه السلام: «إنّ ماله مادام في يده، وليس ذلك المال لأحد غيره». ثمّ قال عليه السلام: «يا زرارة! أرايت وضیعة ذلك المال وربحه لمن هو وعلى من؟» قلت: للمقرض. قال عليه السلام: «فله الفضل وعليه نقصان، وله أن ينكح ويلبس منه ويأكل منه، ولا ينبغي له أن يزكيه، بل يزكيه، فإنّه عليه»^(١).

(١) وسائل الشيعة ٦: ٦٧، الباب ٧ من أبواب من يجب عليه الزكاة، الحديث ١.

ومما ذكرنا يظهر عدم استقامة كلام من ذهب إلى أنّ التصرف شرط الملكية في المال القرضي، فإنّه لو لم يملك المقرض بمجرد القبض لا وجه لإطلاق النصوص الدالة على أنّ زكاة مال القرض على المقرض ولا بدّ وأن يشير فيها إلى اعتبار التصرف في وجوب الزكاة أيضاً بعد القبض.

وبهذه القاعدة يتّضح حكم مسائل:

منها: أنّ النماءات المنفصلة الحادثة في المال المقرض قبل القبض للمقرض ولا يجب عليه دفعه إلى المقرض.

ومنها: أنّ كلّ عيب حدث في المال المقرض قبل القبض فهو للمقرض.

ومنها: أنّه لو تلف المال المقرض قبل القبض فالتلف من مال المقرض.

ومنها: أنّ المقرض أن يتصرّف في المال المقرض قبل القبض بإقراضه إلى شخص آخر أو بيعه أو إجارته أو هبته، وذلك لجريان قاعدة السلطنة بعد جريان قاعدة القرض لا يملك إلا بالقبض.

وجاء في المادّة (٦٤٩) من القانون المدني: «أگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقرض است».

الفصل الحادي عشر

القواعد المختصة بباب الرهن

وفيه قواعد ثلاث:

- ١- قاعدة لا رهن إلا مقبوضاً.
- ٢- قاعدة كلّ ما يملك يجوز رهنه، وكلّ ما لا يملك لا يجوز رهنه.
- ٣- قاعدة الراهن والمرتهن ممنوعان.

القاعدة الأولى

قاعدة لا رهن إلا مقبوضاً

القاعدة الأولى من القواعد الفقهية التي تجري في باب الرهن قاعدة «لا رهن إلا مقبوضاً» التي هي نص الرواية. وفيها جهات من البحث:

الجهة الأولى: في بيان المراد منها

ولا بدّ في بيان المراد منها من ذكر أمور:

الأول: في بيان حقيقة الرهن

والرهن لغة الثبات والدوام. قال في المنجد: «رَهْنٌ: دَامَ وَثَبْتُ»^(١). وقال في مجمع البحرين: «رَهْنٌ، قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ هي جمع رَهْنٍ، كَسَهْمٍ وسهام، وهي في اللغة الثبات والدوام»^(٢). وقال في قاموس اللغة: «الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك»^(٣).

وأما في الاصطلاح فعرفه بعض بأنه وثيقة لدين المرتهن^(٤)، وعرفه بعض آخر بأنه عبارة عن دفع العين للاستيثاق على الدين^(٥)، وعرفه بعض آخر بأنه عقد شرعي للاستيثاق على الدين^(٦).

(١) المنجد في اللغة: ٢٨٤. (٢) مجمع البحرين ٢: ٢٣٤. (٣) القاموس المحيط ٤: ٢٣٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٣٢٩. (٥) مهذب الأحكام ٢١: ٧٥. (٦) تحرير الوسيلة ٢: ٥.

والتحقيق هو الأخير، بيان ذلك: أن الرهن عقدٌ كسائر العقود، والعقد عبارة عن التعاقد الواقع بين الشخصين بالإيجاب والقبول، فالرهن أيضاً عقدٌ من العقود الشرعية، شرعٌ للاستيثاق على الدين، أي تعاقد الدائن والمديون أن يكون الشيء الفلاني وثيقة دين المديون، كما أن في البيع - مثلاً - تعاقد مالك المبيع والمشتري أن تكون العين الفلاني ملكاً للمشتري بإزاء الثمن، فالرهن نفس التعاقد بينهما الحاصل بالإيجاب والقبول. وأما كون الشيء وثيقةً فهو من آثار هذا التعاقد، ولا يتحقق إلا بالقبض، فالقبض من شرائط ترتب آثار التعاقد أي الرهن.

الثاني: في بيان حقيقة القبض

قال في القاموس: «قبضه بيده، يقبضه: تناوله بيده، وعليه بيده: أمسكه»^(١). وقال في مجمع البحرين: «قوله تعالى: ﴿فَقَبَضْتُ قَبْضَةً مِنْ أَثَرِ الرَّسُولِ﴾»^(٢) أي أخذت ملاكف من تراب...»^(٣).

والظاهر أنه بهذا المعنى في الكتاب والسنة، فالمراد من القبض هاهنا هو تسلط المرتهن على العين بحيث يقدر على منع الغير من التصرف فيه.

الثالث: في بيان المراد من كلمة «لا»

فنقول: وقع الكلام في أن القبض - على تقدير اعتباره - هل هو دخيل في ماهية الرهن، فلا يتحقق مسمى الرهن لغةً وعرفاً إلا بعد قبض المرتهن، أو شرط شرعي لصحته، فيحصل المسمى بدونه ولكن لا يترتب عليه آثار الرهن إلا بعد حصول القبض، أو شرط للزومه، فيحصل المسمى وكان صحيحاً قبل القبض إلا أنه جائز لكل واحد من الراهن والمرتهن؟ هذا كله بناءً على اعتباره في الرهن. وذهب جماعة إلى عدم اعتباره لا في صحة الرهن، ولا في لزومه، ولا في ماهيته.

وتفصيل الأقوال والقائلين بها والنقض والإبرام فيها يأتي في الجهة التالية.

والأصح في المقام - كما ذهب إليه المحقق والشهيد وغيرهما - أن القبض شرط شرعي لصحة الرهن من دون دخله في تحقق ماهيته أو لزومه.

فمعني قاعدة: «لا رهن إلا مقبوضاً» أنه لا يترتب آثار الرهن الصحيح وأحكامه عليه إلا بعد أن يسلط المرتهن على العين المرهونة ويخرج عن تحت سلطنة الراهن.

الجهة الثانية: في مدركها

قد يستدل بالإجماع كما قال الطبرسي: «والقبض شرط في صحة الرهن، فإن لم يقبض لم ينعقد الرهن بالإجماع»^(١).

ولكن أورد عليه بمعارضته مع دعوي الإجماع من ابني زهرة وإدريس على الصحة بدونه، مع أن الظاهر كونه من الإجماعات الاجتهادية.

واستدل عليها بقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٢)، ورواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا رهن إلا مقبوضاً»^(٣)، وما رواه العياشي في تفسيره عن محمد بن عيسى عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا رهن إلا مقبوض»^(٤)، وما في دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «ولا بأس برهن الحلي والطعام والأموال كلها إذا قبضت، وإن لم تقبض فليس برهن»^(٥).

وأورد المحقق صاحب الجواهر على الاستدلال بالآية والروايات، فقال:

(١) مجمع البيان ٢: ٦٨٦.

(٢) البقرة/٢٨٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٢٣، الباب ٣ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٢٤، الباب ٣ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٢.

(٥) مستدرک وسائل الشيعة ١٣: ٤١٩، الباب ٣ من أبواب كتاب الرهن، الحديث ٢.

«والآية التي ادّعى الخصم دلالتها بمفهوم الوصف الممنوع حجّيته في المقام، خصوصاً بعد ظهور التقييد فيه في تمام الإرشاد... وبالجمله دعوى دلالة الآية على الشرطية في الرهن - بعد ظهورها في إرادة الإرشاد، كما يؤمى إليه التعليق على السفر وعدم الكاتب، وأنه لا قائل بوجوب أخذ الرهن كما يستفاد من الجملة - في غاية الفساد، كما هو واضح.

وخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام - كما في كتب الأصول وكثير من كتب الفروع - أو الصادق عليه السلام - كما في قليل من الأخيرة - «لا رهن إلا مقبوضاً» المتعصد بما رواه العياشي عن محمد بن عيسى عن الباقر عليه السلام كذلك، الذي هو - بعد الإغضاء عن سنده وأنه من قسم الموثق... والإغضاء عن كونه موافقاً لجمهور العامة... والإغضاء عن احتمال إرادة بيان اعتبار كون الرهن ممّا يقبض... - محتملٌ لإرادة بيان نفي الاعتداد به في الاستيثاق والطمأنينة، لا الشرطية»^(١) انتهى كلامه ملخصاً.

ومحصل ما أفاده أنه لا تدلّ الآية ولا خبر محمد بن قيس على أن القبض شرط صحة الرهن. أمّا الآية: فلاّنها إرشاد إلى ما هو واقع في الخارج ولا تكون في مقام التشريع. وأمّا خبر محمد بن قيس: فلاّنه في مقام نفي الاعتداد به في الاستيثاق، لا نفي أصل الصحة.

وأجاب عنه بعض السادة من المعاصرين، فقال: «أمّا الخدشة على دلالة الآية فغير واردة، لأنّ المنساق من الآيات الواردة في بيان الأحكام أن تكون تشريعية لا إرشادية، إلّا مع قرينة معتبرة عليه؛ وعلى فرض أن تكون إرشادية فهي إرشاد إلى الصحيح عند الناس في رهونهم ووثائقهم، ومقتضى مرتكزاتهم

اعتبار القبض وتسلب المرتهن عليها.

وبالجملة: مقتضى مرتكزات الدائنين كون استيلائهم على الوثيقة شرطاً للصحة، والآية الكريمة نزلت على طبق هذا المرتكز، ومع الشك فمقتضى الأصل عدم ترتب الأثر بعد عدم صحة التمسك بالأدلة اللفظية، لكونه من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك.

ومن ذلك يظهر عدم ورود الخدشة على دلالة الحديث أيضاً، لأن المنساق من سنخ هذه التعبيرات نفي الحقيقة والذات إلا مع القرينة على الخلاف^(١) انتهى. أقول: أولاً: أن دلالتها على اعتبار القبض في الرهن موقوفة على ثبوت المفهوم للوصف، وهو ممنوع.

وثانياً: لو سلم ثبوت المفهوم للوصف فعليه إنما تدل الآية على اعتبار القبض في الرهن في خصوص ما إذا كان الراهن والمرتهن في السفر، وإلا لزم لغوية الشرط المذكور في الآية.

وثالثاً: أن الآية بقرينة التعليق على السفر وعدم الكاتب إرشاد إلى أن القبض يوجب حصول الاطمئنان بعدم ضياع حق المرتهن، لا إلى ما هو الصحيح عند الناس في وثائقهم من التسلب على العين المرهونة.

ورابعاً: لو سلم أن المرشد إليه في الآية هو الصحيح عند الناس فلا تدل إلا على اعتبار القبض في خصوص السفر، لا مطلقاً.

خامساً: أن المنساق من سنخ تعبيرات مثل «لا رهن إلا مقبوضاً» و«فليس برهن» نفي صحة الرهن ونفي ترتب الآثار الشرعية عليه.

ومما ذكرنا يظهر ضعف قول من قال بأن القبض شرط للزوم الرهن لا لصحته،

كما هو المنسوب إلى الغنية والسرائر^(١)، فإنه خلاف المنساق من الروايات المذكورة. وقال المحقق الفقيه الهمداني: «ومن المحتمل قريباً مساوقة اللزوم مع الصحة عندهم في الرهن، لعدم الوثوق بالرهن الجائز. فمن عبّر بأنه شرط في لزومه أراد أنه شرط في صيرورته لازماً نافذاً عند الشارع. ومن نفاه قال: إنه يصح بدون ذلك وصحته لا ينفك عن اللزوم... وإطلاق اللزوم على المؤثر خصوصاً إذا كانت ماهيته مساوقة للزوم ليس بمستبعد في كلمات قدماء الأصحاب»^(٢) انتهى ملخصاً.

وقد يقال: إن القبض داخل في حقيقة الرهن ومسمّاه، فإن حقيقة الرهن هو كون الشيء وثيقة عند المرتهن لحفظ ماله بحيث لو لم يؤدّ المديون يستوفي دينه منه، وهذا المعنى لا يتحقق إلا بالقبض.

وفيه: أن حقيقة الرهن ليس كون الشيء وثيقة عند المرتهن، وإن يوهمه بعض عباراتهم من أن الرهن وثيقة لدين المرتهن أو دفع العين للاستيثاق على الدين، بل كون الشيء وثيقة خارج عن حقيقة الرهن وشرط لترتب الآثار عليه، فإن الرهن عقد من العقود الشرعية، شرع للاستيثاق على الدين، أي الدائن والمديون تعاها أن يكون الشيء الفلاني وثيقة دين المديون، فالرهن نفس التعاهد بينهما الحاصل بالإيجاب والقبول، وأما كون الشيء وثيقة الذي لا يتحقق إلا بالقبض والتسلط عليه فهو أمر خارج عن التعاهد، بل هو مستفرع عليه وشرط لترتب الآثار والأحكام عليه.

فرعان:

الأول: أن القبض كما يتحقق بإقباض الراهن كذلك يتحقق بإذنه، فلو كان في

يد المرتهن شيء وديعة أو عارية أو غصباً فأوقعا عقد الرهن عليه كفى، ولا يحتاج إلى قبض جديد، لأنّ في كلّ ذلك تسلّط المرتهن على العين بحيث يقدر على منع الغير من التصرف فيه، وهذا هو القبض.

الثاني: إنّما يعتبر القبض في الابتداء، ولا يعتبر استدامته، لإجماع الإمامية كما في الجواهر^(١).

الجهة الثالثة: في بعض موارد تطبيقها

١- لا يصحّ رهن الآبق الذي لا يقدر الراهن على إقباضه، لقاعدة لا رهن إلّا مقبوضاً.

٢- لا يصحّ رهن الضالّ، لعدم إمكان قبضه، وقاعدة لا رهن إلّا مقبوضاً.

٣- لا يصحّ رهن مال الغير الذي لا يمكن قبضه إلّا برضاه، لقاعدة لا رهن إلّا مقبوضاً.

٤- لو رهن مالاً غائباً عن مجلس الرهن وقال: «ارهنتك المال الفلاني الموجود في بلد آخر» فلا يتحقق الرهن شرعاً، لقاعدة لا رهن إلّا مقبوضاً.

٥- وقد ذكر في المادّة (٧٢٢) من القانون المدني: «مال مرهون بايد به قبض مرتهن يا به تصرف کسی که بين طرفين معيّن گردد داده شود»^(٢)، وليس دليله إلّا القاعدة المذكورة.

(١) جواهر الكلام ٢٥: ١٠٨.

(٢) أي: لا بدّ في الرهن من أن يقبض المرتهن العين المرهونة، أو أن تؤدّي إلى من عينه الراهن والمرتهن.

القاعدة الثانية

قاعدة كلّ ما يملك يجوز رهنه

القاعدة الثانية من القواعد المختصة بباب الرهن قاعدة «كلّ ما يملك يجوز رهنه إلّا ما خرج بالدليل».

والبحث عنها يقع في عدّة نقاط:

النقطة الأولى: في مفهومها

فنقول: إنّ المراد من قولنا: «ما يملك» هو ما يملك بالملكيّة الشخصيّة، الذي يمكن التسلّط عليه بحيث يقدر المرتهن أن يتصرّف فيه استيفاءً لماله الذي عند من عليه الدين.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون ملكاً لمن عليه الدين، أو يكون ملكاً للغير ويرهنه المديون بإذنه، أو يرهنه الغير تبرّعاً ولو من غير إذن المديون.

والقاعدة أصلاً وعكساً من القواعد الفقهيّة المختصة بباب الرهن، فيقال: «كلّ ما يملك يجوز رهنه، وكلّ ما لا يملك لا يجوز رهنه».

وقد تذكر في المقام قاعدة «أنّ كلّ ما جاز بيعه جاز رهنه»^(١)، وهي لا بأس

بها، لأنَّ ما يملك بالملكيَّة الشخصية يجوز بيعه أيضاً، إلَّا أنَّه لا وجه لاختصاص البيع بالذكر، فإنَّ الملاك في الرهن - كما يستفاد من الأدلَّة - أن يكون الشيء ممَّا يمكن التسلُّط عليه بحيث يقدر المرتهن أن يتصرَّف فيه - بأيِّ نحو من التصرُّف - استيفاءً لماله الَّذي عند المديون ولم يؤدَّ.

النقطة الثانية: في مدرَكها

والدليل عليها واضح، بل غنيٌّ عن البيان، لأنَّ ما لا ملكيَّة شخصيَّة له عرفاً وشرعاً لا يمكن أن يجعل وثيقة للدين، فإنَّه لا يمكن للدائن استيفاء ماله منه بعد امتناع المديون عن الأداء. وهذا بخلاف ما يملك بالملكيَّة الشخصية، فإنَّه ممَّا يمكن استيفاء الدين منه.

مع أنَّ القبض من شرائط صحَّة الرهن كما مرَّ في القاعدة السابقة، ولا يمكن استيلاء المرتهن على ما لا ملكيَّة شخصيَّة له بحيث يقدر على التصرُّف فيه عند امتناع الراهن عن أداء الدين، ولا معنى للقبض إلَّا هذا.

مع أنَّها من المجمع عليه لديهم. قال في الجواهر: «وأما الثاني - وهو اعتبار الملك - فلا أجد خلافاً في اشتراط كونه ممَّا يملك، فلا يصحَّ رهن غير المملوك»^(١). مضافاً إلى أنَّ هذه القاعدة ليست من القواعد التعبدية حتَّى يحتاج إلى التماس دليل تعبدى، بل هو من القواعد العقلانيَّة التي يكفي عدم ثبوت الردع عنها.

النقطة الثالثة: في مستثنيات القاعدة أصلاً

ويستثنى من أصل القاعدة - أي كلَّ ما يملك يجوز رهنه - موارد:

١- العين المملوكة المبهمه

يعتبر في المرهون أن يكون معيّناً، فلا يصحّ رهن العين المبهمه ولو كانت مملوكة، فيقال: كل ما يملك يجوز رهنه إلا المملوك المبهم. والدليل عليه بعد الإجماع عدم إمكان استيلاء المرتهن عليه بحيث يقدر على التصرف فيه عند امتناع الراهن عن أداء الدين.

والمرجع في الإبهام والتعيين متعارف أهل الخبره بالأشياء، فلو حكموا بالإبهام لا يصحّ رهنه، كحكمهم بإبهام ما في الصندوق المقلّ أو ما في البيت، ولو حكموا بعدم الإبهام يصحّ رهنه، كحكمهم بعدم إبهام الكلّي في المعين، كصاع من صبرة.

٢- الدين

وقد يستدلّ على عدم صحّة رهنه مع كونه ممّا يملك بأنّ القبض معتبر في الرهن، وهو غير ممكن في الدين الذي هو أمرٌ كلي لا وجود له في الخارج كي يمكن قبضه.

وأورد عليه صاحب الجواهر من وجوه، أحدها معلوميّة عدم الفرق بين قبض الدين في البيع في الصرف والهبة وغيرها وبين الرهن، ولا ريب في صحّة قبضه بتعيين المديون وصدق قبض الدين على ذلك المدفوع^(١).

وقريب منه ما في مجمع الفائدة من قوله: «على أنّه قال: بإمكان القبض في الجملة، لأنّه يجوز بيعه كما مرّ، فيجوز قبضه، ويكفي قبض فردٍ من أفراد ما يصدق عليه، ولا يجب كون المقبوض قبله مشخصاً، وهو ظاهر»^(٢).

ويؤيد ما ذكره أنّ القبض - كما مرّ - استيلاء الشخص على المال بحيث يقدر على أن يتصرّف فيه عند امتناع الراهن عن أداء الدين، والاستيلاء على الدين أمرٌ

(١) جواهر الكلام ٢٥: ١١٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٤٢.

ممكن، بأن يسلب سلطة المالك الدائن من الملك ويسلّط عليه المرتهن بحيث يقدر المرتهن على أن يبيع الدين - على القول بجواز بيعه - فيما إذا امتنع الراهن عن أداء الدين، أو يقدر على هبته إلى الغير أو صلحه أو منع المديون عن إعطائه إلى الدائن الراهن.

وقد يستدلّ أيضاً بالإجماع، ولكن صاحب الجواهر - بعد عدّ الإجماع عمدة دليلهم - قال: «وإن كان دون تحصيله خرط القتاد»^(١).

وأما دعوى ظهور النصوص والإطلاقات في كون الرهن عيناً لا ديناً^(٢)، فهو كما ترى.

واستدلّ عليه بعض المحقّقين من المعاصرين بـ«أن مقتضى مرتكزات الناس في الرهون الدائرة لديهم أنّهم يرون وثيقة دينهم حاضراً لديهم، فكأنّ دينهم موجوداً لديهم ولم يغب عنهم، ولا معنى للرهن عندهم إلاّ هذا، والشارع قرّر طريقتهم، لأنّه لم يأت بمعنى مخترع للرهن، فيكون قوام الرهن بذلك عرفاً وشرعاً، وهذا المعنى لا يتحقّق في الدين قبل قبضه كما هو معلوم، خصوصاً مع كثرة مسامحة الناس في أداء ديونهم وعدم مبالاتهم في الوثيقة لها والاهتمام بها»^(٣).

وفيه ما في سابقه من أنّه لو كان المراد من القبض استيلاء الشخص على الشيء بحيث يقدر المرتهن على التصرف فيه عند امتناع الراهن عن أداء الدين، فهو يتحقّق في رهن الدين بعد وقوع عقد الرهن الذي يحكي عن التعاقد الواقع بينهما، فله بيعه - لو قلنا بجواز بيعه - أو هبته أو صلحه أو سائر التصرفات. والحاصل: أنّه لا دليل متقن على استثناء الدين، إلّا الإجماع إن تمّ.

(٢) جواهر الكلام ٢٥: ١٩٩.

(١) جواهر الكلام ٢٥: ١١٨.

(٣) مهذب الأحكام ٢١: ٨٢ - ٨١.

٣- المنفعة

والمنافع أيضاً من مستثنيات القاعدة، فإنها من المملوكات التي لا يصح رهنها.

واستدل عليه بالإجماع^(١) بعد التعليل بأن المنافع لا يمكن قبضها إلا بتلافها^(٢)، وبأنها متدرّجة الوجود، فما مضت منها فانت، وما بقيت ربّما لا تفي بقدر الدين^(٣).

النقطة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها

وموارد تطبيقها كثيرة، ونذكر بعض موارد:

١- يجوز لشخص أن يرهّن ماله على دين غيره ولو من غير إذنه، لإطلاق قاعدة كل ما يملك يجوز رهنه.

٢- لا يصحّ رهن الحرّ، لقاعدة ما لا يملك لا يجوز رهنه.

٣- لا يصحّ رهن الخمر والخنزير، لقاعدة ما لا يملك لا يجوز رهنه.

٤- لا يصحّ رهن مال الغير من دون إذنه أو إجازته، لقاعدة ما لا يملك لا يجوز رهنه.

٥- لا يصحّ رهن الأراضي الخراجيّة، لقاعدة ما لا يملك لا يجوز رهنه.

٦- لو كان له غرس أو بناء في الأرض الخراجيّة لا اشكال في صحّة رهن ما فيها مستقلاً، لقاعدة ما يملك يجوز رهنه.

٧- لا يصحّ رهن النجاسات غير المملوكة، لقاعدة ما لا يملك لا يجوز رهنه.

(١) رياض المسائل ٨: ٥٠٦، مسالك الأفهام ٤: ٢١.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٣: ١٢٥.

(٣) جامع المقاصد ٥: ٤٨.

القاعدة الثالثة

قاعدة الراهن والمرتهن ممنوعان

ومن جملة القواعد الفقهيّة التي تجري في خصوص باب الرهن هي قاعدة «الراهن والمرتهن ممنوعان». وهي من القواعد المنصوصة كما سيأتي.

والمراد منها أنّه لا يجوز للراهن التصرف في العين المرهونة إلّا بإذن المرتهن، كما لا يجوز للمرتهن التصرف فيها إلّا بإذن الراهن. أمّا ممنوعيّة الراهن: فيدلّ عليها أمور:

الأوّل: النبويّ المشهور، وهو قوله ﷺ: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»^(١).

قال صاحب الجواهر: «استدلّ به غير واحد من الأصحاب، بل عن إيضاح النافع: (أنّه مشهور النقل)، بل عن صريح التنقيح أو ظاهره الاعتماد عليه»^(٢).

الثاني: الإجماع. قال في الجواهر - بعد ذكر بعض من ادّعى الإجماع من الفقهاء -: «بل لا بأس بدعويّ تحصيل الإجماع».

الثالث: أنّ تصرف الراهن ينافي الحبس والاستيثاق الذي شرّع له عقد

(١) مستدرک وسائل الشيعة ١٣: ٤٢٦، الباب ١٧ من أبواب الرهن، الحديث ٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٥: ١٩٥.

الرهن، فإنه لا وثيقة مع تسلط المالك على التصرف فيه الموجب للنقص أو الإلتاف. وأما ممنوعية المرتهن: فلما مرّ من النبوي: «الرهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»؛ مضافاً إلى أن تصرف المرتهن في المرهون تصرف في مال الغير، ولا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذنه.

ولا يخفي: أن المراد من التصرف هو التصرف الانتفاعي الذي ينافي حقّ الرهانة بوجه. وأما التصرف الذي لم يناف حقّ الرهانة بل يكون سبباً لحفظ المال كسقي الأشجار ورعي الدواب فالظاهر أنه لا يشمل إطلاق دليل المنع.

وأما صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، في رجل رهن جاريته قومياً، أحلّ له أن يطأها؟ قال: فقال عليه السلام: «إنّ الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها»، قلت: رأيت إن قدر عليها خالياً؟ قال عليه السلام: «نعم لا أرى به بأساً»^(١)، وصحيح الحلبي: «لا أرى هذا عليه حراماً»^(٢) فهما ساقطان عن الاعتبار بعد موافقتها للعامّة وإعراض الأصحاب عنهما. قال في الجواهر: «بل هو كأنّه اجتهد في مقابلة النصّ»^(٣).

وفي كشف الرموز: «إنّ العمل منعقد على خلاف الرواية الدالة على الجواز»^(٤).

وفي النافع والدروس: «مهجورة ومتروكة»^(٥).

وفي التنقيح ومحكي إيضاح النافع: «هجرها الأصحاب»^(٦).

وبهذه القاعدة يتّضح حكم كثير من المسائل الفقهيّة:

(١) وسائل الشيعة ١١: ١٣٣، الباب ١١ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١١: ١٣٣، الباب ١١ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٥: ١٩٦.

(٤) كشف الرموز ١: ٥٤٤.

(٥) النافع: ١٣٧، الدروس ٣: ٣٩٧.

(٦) راجع التنقيح الرائع ٢: ١٧، جواهر الكلام ٢٥: ١٩٥.

منها: هل يجوز للراهن بيع الرهن أم لا؟ لا يجوز، لقاعدة الراهن والمرتهن ممنوعان.

ومنها: هل يجوز للراهن والمرتهن إجارة الرهن؟ لا يجوز، لقاعدة الراهن والمرتهن ممنوعان.

ومنها: هل يجوز لهما ركوب الدابة المرهونة؟ لا يجوز، لقاعدة الراهن والمرتهن ممنوعان.

ومنها: أنه لا يجوز للراهن والمرتهن هبة الرهن أو صلحه أو الاحتساب من الحقوق المنطبقة عليه، لقاعدة الراهن والمرتهن ممنوعان.

ومنها: أنه جاء في المادة (٧٩٣) من القانون المدني: «راهن نعى تواند تصرفى کند که منافى حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن»^(١)، ولم يشر فيها إلى ممنوعية المرتهن. ومن هنا يظهر نقص هذا القانون.

(١) أي: لا يجوز للراهن أن يتصرف في العين المرهونة بما ينافى حق المرتهن إلا بإذنه.

الفصل الثاني عشر **القواعد المختصة بباب الحجر**

وفيه قاعدة
قاعدة المحجور ممنوع

قاعدة المحجور ممنوع

وهي من جملة القواعد الفقهيّة التي تجري في باب الحجر. وفيها جهات من البحث:

الجهة الأولى: في مفادها

الحجر لغة المنع. قال في القاموس: «الحجر مثلثة: المنع»^(١). وقال في المنجد: «حَجَرَ، حَجْرًا وَحَجْرَانًا بَتَثْلِيثِ الْحَاءِ فِي الْمَصْدَرَيْنِ: مَنَعَهُ»^(٢). وبهذا المعنى قد يستعمل في الحرام كما في قوله تعالى: ﴿وَيَسْقُوتُ حِجْرًا مَّخْجُورًا﴾^(٣) أي حراماً محرّماً، لأنّ الحرام يمنع المكلف عن ارتكابه؛ وقد يستعمل في العقل كما في قوله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ﴾^(٤)، لأنّ العقل يمنع الإنسان عن ارتكاب القبائح.

وأما في الشرع: فهو المنع عن التصرف في المال بسبب من الأسباب الآتية، فالمراد من ممنوعة المحجور أنّه مسلوب النفوذ في موارد الحجر، فلا ينفذ تصرّفاته ولو بعض التصرفات في بعض الموارد.

قال في الجواهر: «والمحجور شرعاً هو الممنوع عند الشرع من التصرف في

(١) القاموس المحيط ٢: ٤. (٢) المنجد: ١١٨. (٣) الفرقان/ ٢٢. (٤) الفجر/ ٥.

ماله، ولو البعض، إذ هو مفرد مضاف لا يدلّ على العموم، وكذا لفظ التصرف، ولكن يصلح له إن أريد به، فيشمل حينئذٍ المريض الممنوع من بعض ماله، والصبيّ، والمجنون، والعبد بناءً على ملكه والحجر عليه كما مال إليه المصنّف سابقاً. وحينئذٍ فلا يرد ما قيل: - من أنّه إن أراد جميع المال خرج المريض، وإن أراد بعضه خرج الصبيّ والمجنون، وأنّ العبد لا يملك شيئاً فلا يدخل في التعريف -، إذ قد عرفت أنّه ليس في التعريف ما يدلّ على التعميم والتخصيص، بل من صدق عليه المنع في ماله على أيّ وجه كان فهو محجور عليه، ودخول العبد مبنيّ على ما ذهب إليه المصنّف^(١). وأما أسباب الحجر كثيرة، كالرهن والبيع والمكاتب والارتداد وغير ذلك، ولكن التي جرت عادة الفقهاء بالبحث عنها ستّة: الصغر، الجنون، السفه، الفلس، مرض الموت، الرقّ.

ثمّ ذكروا للحجر تقسيمات، قال في الجواهر: «ولعلّ مرجع الصور إلى قسمين: ١ - من يحجر عليه لحقّ نفسه. ٢ - ومن يحجر عليه لحقّ غيره. فالأوّل الصبيّ والمجنون والسفيه، والثاني الباقي.

ثمّ الحجر إمّا عامّ في سائر التصرفات، أو خاصّ ببعضها؛ والأوّل إمّا أن يكون ذا غاية يزول سببه فيها أو لا، والأوّل الصغر، والثاني الجنون؛ والخاصّ إمّا أن يكون فيه مقصوداً على مصلحة المحجور أو لا، والأوّل السفه؛ والثاني إمّا أن يكون موقوفاً على حكم الحاكم أو لا، والأوّل الفلس، والثاني المرض، وباقي الأسباب تعرف بالمقايسة»^(٢).

الجهة الثانية: في دليلها

ويدلّ على مانعيّة كلّ سبب دليلٌ على حدة، فينبغي ذكر أدلتها منفرداً حتّى

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ٤.

يَتَضَحُّ أَنَّهَا بَعْدَ ضَمِّ بَعْضِهَا إِلَى بَعْضٍ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ كُلَّ مُحْجُورٍ مَمْنُوعٌ.

١- الصغر

الصغير - وهو الذي لم يبلغ حد البلوغ - محجور عليه شرعاً ولا تنفذ تصرفاً في أمواله، ببيع وصلاح وهبة وإقراض وغيرها.
والدليل عليه:

أولاً: الكتاب، كقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَسَ لَكُمْ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١).

وثانياً: السنة، كخبر ابن حمران عن أبي جعفر عليه السلام: «الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع. والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»^(٢).

وفي خبر هشام عن الصادق عليه السلام: «انقطاع يَتَمُّ اليتيم بالاحتلام، وهو أشده، وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله»^(٣).
وفي خبر عيص بن القاسم عنه عليه السلام، سأله عن اليتيمة متى يدفع إليها مالها؟ قال عليه السلام: «إذا علمت أنها لا تفسد ولا تضع»^(٤).

وثالثاً: الإجماع، قال في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»^(٥).

ورابعاً: العقل، فإنَّ العقل يمنعه من التصرف في ماله، لأنَّ في تصرفه معرَضية قريبة للفساد والإفساد.

(١) النساء/٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع، الحديث ١ و ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٤٢، الباب ١ من أبواب الحجر، الحديث ٣.

(٥) جواهر الكلام ٢٦: ٤.

٢- الجنون

المجنون محجور، فلا ينفذ تصرّفاته في ماله كالصبي.

ودليل حجر المجنون هو العقل والنقل:

أما العقل: فلما مرّ من أنّ العقل يمنعه من التصرف في ماله، لأنّ في تصرّفه معرضة للفساد والتضييع.

وأما النقل: فيدلّ عليه خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن المرأة المعتوهة الذاهبة العقل، أيجوز بيعها وصدقها؟ قال: «لا»^(١). وخبر الأصبغ بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتّى يعقل^(٢). وينجبر ضعفهما بالشهرة، بل الإجماع قائم عليه.

٣- السفه

السفيه هو الذي ليس له حالة باعثة على حفظ ماله والاعتناء بحاله، يصرفه في غير موقعه، ويتلفه بغير محلّه، وليست معاملاته مبنية على المكايسة والتحفظ عن المغابنة. والمرجع في تعيين السفه هو العرف.

وتدلّ على ثبوت الحجر للسفيه الأدلة الأربعة:

أما من الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(٣). وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٤).

ومن السنّة خبر هشام عن أبي عبد الله عليه السلام: «وإن احتلم ولو يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليّه ماله»^(٥). وخبر ابن سنان: «جاز له كلّ

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٤١، الباب ١ من أبواب الحجر، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٤٢، الباب ١ من أبواب الحجر، الحديث ٤.

(٣) النساء/٥.

(٤) النساء/٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ١٤١، الباب ١ من أبواب الحجر، الحديث ١.

شيء إلا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً»^(١).

ومن الإجماع إجماع الفقهاء بل العقلاء. قال في الجواهر: «عند العقلاء ولو أبناء الدنيا»^(٢).

ومن العقل حكم العقل بمنوعيته، لأنّ في تصرّفاته الماليّة معرضة قريية للفساد والإفساد.

٤- الفلاس

المفلس هو من حجر عليه عن ماله لقصوره عن ديونه.

والدليل عليه بعد الإجماع هو العقل، وإن لم يدلّ عليه الأخبار والنصوص.

وحجّر على المفلس الحاكم، لأنّ الحجر عليه لا بدّ وأن يستند إلى حجة معتبرة، وهي حكم الحاكم الشرعيّ.

ولثبوت الحجر على المفلس شرائط:

الأوّل: أن تكون ديونه ثابتة شرعاً.

الثاني: أن تكون أمواله قاصرة عن ديونه.

الثالث: أن تكون الديون حالة.

الرابع: أن يرجع الغرماء كلّهم أو بعضهم إلى الحاكم ويلتمسوا منه الحجر عليه.

٥- المرض

والتحقيق أنّ المرض ليس من أسباب الحجر، لأنّ المريض إذا اتّصل

مرضه بموته لا إشكال في عدم نفوذ وصيّته بما زاد على الثلث كغيره، كما

لا إشكال في نفوذ عقود المعاوضة المتعلّقة بماله ولا في جواز انتفاعه بماله. إنّما

الكلام والخلاف في التصرّفات التبرّعية في ماله ممّا لا يقابل بالعوض ويكون فيه

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع، الحديث ٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٦: ٥٢.

إضرار بالورثة، فهل هي نافذة مطلقاً وإن زادت على ثلث ماله، أو تعلقت بجميع ماله، أو هي نافذة بمقدار الثلث، وإن زادت يتوقف صحتها ونفوذها في الزائد على إمضاء الورثة؟

والتحقيق - كما حقق في محله ونُسب إلى أكثر القدماء كالكليني والصدوق والشيخين والسيد بن القاضي وابني إدريس والبراج وغيرهم، بل في الرياض نُسب إلى المشهور، وعن الغنية والانتصار دعوي الإجماع عليه^(١) - هو الأول.

٦- الرقّ

المملوك ممنوع عن التصرف في ماله إلا بإذن مولاه.

والدليل على ثبوت الحجر على المملوك الثقلان، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(٢)، ومن السنّة ما عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال في المملوك مادام عبداً: «فإنّه وماله لأهله، لا يجوز له تحرير، ولا كثير عطاء، ولا وصيّة إلا أن يشاء سيّده»^(٣).

ومن مجموع الأدلّة الدالّة على منع المحجور - بأيّ سبب كان - يستفاد قاعدة كليّة فقهيّة هي: «كلّ من كان محجوراً عند الشارع فهو ممنوع من التصرف في ماله، إمّا مطلقاً وإمّا في بعض التصرفات».

الجهة الثالثة: في بعض التطبيقات

وموارد تطبيقها كثيرة، منها ما يلي:

١ - الصغير والصغيرة ممنوعان من التصرف في أموالهما، فلا يجوز لهما بيع أموالهما أو صلح أموالهما أو إقراضهما أو إيداعهما أو إعارتهما، لقاعدة المحجور ممنوع.

(٢) النحل/٧٥.

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٦٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦٦، الباب ٧٨ من أبواب كتاب الوصايا، الحديث ١.

- ٢ - لا يجوز للمجنون أن يبيع أمواله، ولو باع لا يصحّ بيعه، لقاعدة المحجور ممنوع.
- ٣ - المجنون الأدواري في حال جنونه ممنوع من التصرف، لأنه حينئذٍ محجور، والمحجور ممنوع.
- ٤ - المجنون لا ينفذ سائر تصرفاته في ماله، كالصلح والإجارة والهبة والعارية وغيرها، لقاعدة المحجور ممنوع.
- ٥ - السفينة محجور عليه شرعاً، لا ينفذ تصرفاته في أمواله ببيع وصلح وإجارة وإيداع وعارية وغيرها، لقاعدة المحجور ممنوع.

الفصل الثالث عشر

القواعد المختصة بباب الوكالة

وفيه قواعد ثلاث:

- ١- قاعدة جواز الوكالة في كلّ شيء إلّا ما خرج.
- ٢- قاعدة كلّ ما يجب إيقاعه مباشرة لا تجوز فيه الوكالة.
- ٣- قاعدة كلّ ما للمكلّف أن يليه بنفسه وتصحّ النيابة فيه صحّ أن يكون وكيلاً فيه.

القاعدة الأولى

قاعدة جواز الوكالة في كل شيء إلا ما خرج

القاعدة الأولى من القواعد الفقهية التي تجري في باب الوكالة هي قاعدة «جواز الوكالة في كل شيء إلا ما خرج بالدليل».

وهذه القاعدة من القواعد الفقهية التي تعرّض لها صاحب الجواهر تحت عنوان الأصل، فقال: «وقد يستفاد من التأمل في كلام الأصحاب أنّ الأصل جواز الوكالة في كل شيء، كما يؤمى إلى ذلك ذكر الدليل فيما لا تصحّ فيه من النصّ على اعتبار المباشرة ونحوها ممّا يمنع من الوكالة دون ما صحّت فيه، ولعلّ مرجع ذلك إلى دعوى اشتراط المباشرة ونحوها ممّا يمنع الوكالة، والأصل عدمها»^(١).

ثمّ استدلّ عليها بقوله: «الظاهر الاكتفاء في إثبات عمومها بنحو قول الصادق في صحيح ابن سالم: «إنّ الوكيل إذا وكلّ ثمّ قام عن المجلس فأمره ماضٍ أبداً، والوكالة ثابتة حتّى يبلغه العزل»^(٢)، وقوله في الصحيحين أيضاً: «من وكلّ رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً، حتّى يُعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها»^(٣)، ونحو ذلك ممّا لا ينافي دلالته على كون الوكالة جائزة

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٣٧٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٦، الباب ٢ من أبواب الوكالة، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٥، الباب ١ من أبواب الوكالة، الحديث ١.

مسوقة لبيان توقف العزل على الإعلام، ضرورة أنه دلّ على ذلك وعلى المشروعية، بل هو كافٍ في إثبات المطلوب، ضرورة تناوله لكل مورد من الموارد التي تعلّقت به الوكالة من محالّ الشكّ، فإنّه يصدق عليه حينئذٍ أنّه وكلّ على إمضاء أمر، فلا ينزل حتّى يبلغه العزل.

وبالجملة: من أعطى التأمل حقّه في هذه النصوص وما شابهها يكاد يقطع بما ذكرنا، خصوصاً مع ملاحظة التمسك من الأصحاب في كلّ عقد بالعمومات، جائزها ولازمها، وليس في شيء منها سوى ما دلّ على مشروعية طبيعتها المقتضي للمشروعية في كلّ فرد من أفرادها التي حلّت فيه الطبيعة حتّى يعلم فساده.

فالحكم الشرعيّ في خصوص الفرد الذي هو محلّ الشكّ مستفاد من الجواز الثابت للطبيعة حينئذٍ، بعد فرض تحقّق الإطلاق العرفي الذي لا مدخلية للصحة الشرعية فيه، فإنّها اسم للأعمّ من الصحيح والفاقد.

وبذلك ظهر لك مشروعية الوكالة في كل شيء إلا ما علم خروجه^(١). انتهى كلامه.

وخرج منها ما تعلّق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرة، كالطهارة مع القدرة، والصلاة الواجبة ما دام حياً، والصوم وسائر العبادات. وأمّا ما جعل ذريعة إلى غرض لا يختصّ بالمباشرة فتجوز الوكالة فيه، فتجوز الوكالة في البيع وقبض الثمن ودفع الثمن وإثبات الخيار وفي الرهن والصلح والحوالة والكفالة والضمان والشركة والوكالة والعارية وفي الأخذ بالشفعة والإبراء والوديعة والوصية وعقد النكاح والطلاق وقبض الديات وغيرها.

ويجوز التوكيل في الطلاق غائباً كان الزوج أم حاضراً، بل يجوز توكيل

الزوجة في أن تطلق نفسها أو بأن توكل الغير الزوج أو عن نفسها، كل ذلك لقاعدة جواز الوكالة في كل شيء.

وتجوز الوكالة في حيازة المباح كالاستقاء والاحتطاب والاحتشاب وغيرها، فإذا وكل شخصاً في حيازتها وقد حازها بعنوان النيابة عنه كانت بمنزلة حيازة المنوب عنه وصار ما حازه ملكاً له، وذلك لقاعدة جواز الوكالة في كل شيء.

القاعدة الثانية

قاعدة كلّ ما يجب إيقاعه مباشرةً لا تجوز فيه الوكالة

القاعدة الثانية قاعدة «كلّ ما يجب إيقاعه مباشرةً لا تجوز فيه الوكالة» أي كلّ فعل تعلّق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرةً لا تصحّ الوكالة فيه، فإنّ الوكالة حينئذٍ منافية لحقيقته أو لما يعتبر فيه. فلا تجوز الوكالة في العبادات البدنية، كالطهارات الثلاث والصلوات والصيام، إلّا ما خرج بالأدلة الخاصة، نحو ركعتي الطواف في النيابة في الحجّ عن الحيّ العاجز، وغسل الأعضاء عند الضرورة. وهذه القاعدة ذكرها المحقّق في الشرايع^(١) تحت عنوان الضابطة. ومراده منها هو القاعدة الفقهيّة العقلانيّة المذكورة.

القاعدة الثالثة

قاعدة كل ما للمكلف أن يليه بنفسه وتصح النيابة فيه صح أن يكون وكيلاً فيه

القاعدة الثالثة قاعدة تعرّض لها المحقق في الشرائع، حيث قال: «كلّ ماله أن يليه بنفسه وتصحّ النيابة فيه صحّ أن يكون فيه وكيلًا»^(١). وذكرها صاحب الجواهر^(٢) تحت عنوان الضابط في الوكيل. ومفادها أن كلّ فعل يجوز للمكلف أن يتولّاه ويقوم به بنفسه وتصحّ النيابة فيه صحّ أن يكون وكيلاً فيه. فالمدار في القاعدة المذكورة أمران:

١- كون الفعل ممّا يجوز أن يتولّاه ويقوم به من أراد الوكالة بنفسه.

٢- كون الشيء ممّا تصحّ النيابة فيه.

وبذلك يظهر عكس القاعدة: أن كلّ فعل لا يجوز للمكلف أن يفعله بنفسه - كالمحرّمات - أو لا تصحّ النيابة فيه - كالعبادات البدنيّة - لا يصحّ أن يكون وكيلاً فيه.

والدليل على أصل القاعدة هو القاعدة الأولى وما يدلّ عليها، أي قاعدة جواز الوكالة في كلّ شيء إلا ما خرج بالدليل.

وأما عكسها فالدليل عليه الإجماع.

وينفّرْع عليها فروع كثيرة، منها ما يلي:

١ - لا تجوز وكالة المحرم لا بتياع الصيد وإمساكه وعقد النكاح وإن كان الموكل محلاً. وذلك لعدم جواز صدورهما من المحرم بنفسه ومن حيث أنّه فعله، فتشملها عكس القاعدة «كلّ فعل لا يجوز للمكلف أن يفعله بنفسه أو لا تصحّ النيابة فيه لا يصحّ أن يكون وكيلاً فيه».

٢ - تجوز وكالة الفاسق في النكاح إيجاباً وقبولاً أو في غيره، وذلك لجواز أن يفعله بنفسه، فتشمله قاعدة «كلّ ما للمكلف أن يليه بنفسه وتصحّ النيابة فيه صحّ أن يكون وكيلاً فيه».

٣ - لا تجوز الوكالة في فعل الصلاة أو الصوم أو غيرهما من العبادات التي لا تصحّ النيابة فيها، وذلك لعكس القاعدة «كلّ ما لا تصحّ النيابة فيه لا يصحّ الوكالة فيه».

٤ - تجوز وكالة العبد في العقود إذا كان بإذن مولاه، لأنّ له أن يتولّى العقود بنفسه إذا أذن مولاه، وذلك للقاعدة المذكورة. وكذا لا تجوز وكالته فيها من دون إذن مولاه، وذلك لعكس القاعدة.

الفصل الرابع عشر

القواعد المختصة بباب الضمان

وفيه ستّ عشر قاعدة:

- ١- قاعدة على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي.
- ٢- قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.
- ٣ قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.
- ٤- قاعدة عدم ضمان الأمين.
- ٥- قاعدة الإلتلاف.
- ٦- قاعدة التسبب.
- ٧- قاعدة الغرور.
- ٨- قاعدة تلف كلّ مال على مالكة المستولي عليه.
- ٩- قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له.
- ١٠- قاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه.
- ١١- قاعدة ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة.
- ١٢- قاعدة الخراج بالضمان.
- ١٣- قاعدة لا ضمان على المحسن.
- ١٤- قاعدة الجُبَار.
- ١٥- قاعدة لا ضمان على العاقلة إلّا في ما خرج بالدليل.
- ١٦- قاعدة الزعيم غارم.

القاعدة الأولى

قاعدة على اليد ما أخذت حتى تؤدّي

القاعدة الأولى من القواعد الفقهية التي تختصّ بباب الضمان «قاعدة على اليد ما أخذت حتى تؤدّي». وهي من القواعد الفقهية المشهورة. وتسمى أيضاً: «قاعدة ضمان اليد».

والكلام فيها يقع في جهات:

الجهة الأولى: في مفادها

لما كانت هذه القاعدة - كما سيأتي - نصّ النبويّ المشهور: «وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(١) فلا بدّ لنا في بيان مفادها من توضيح مفردات النبويّ، فنقول:

١ - «على»:

لا ريب في أنّ كلمة «على اليد» خبر مقدّم لكلمة «ما» الموصولة في قوله ﷺ: «ما أخذت». وبما أن ليس في الحديث فعل أو شبه فعل يكون قابلاً لأن يتعلّق الظرف - أي على اليد - به فلا بدّ من أن يكون متعلّقاً بفعل مقدّر، وهو

(١) عوالي اللآلئ ١: ٢٢٤، مستدرک وسائل الشيعة ١٤: ٨، الباب ١ من أبواب كتاب الودعة، الحديث ١٢. السنن الكبرى (البيهقي) ٦: ٩٥.

«يستقرّ»، فالظرف في الحديث ظرف مستقرّ، وكان تقدير الكلام: أنّ المال المأخوذ ثابت ومستقرّ على عهدة اليد حتى تؤدّيه.

بيان ذلك: أنّه لا خفاء في أنّ الظرف - أي على اليد - يحتاج إلى متعلّق، وبما أنّه ليس في جملة «على اليد ما أخذت» فعل أو شبه فعل يكون قابلاً لأن يتعلّق به الظرف فلا بدّ من تقدير فعل قابل لأن يتعلّق به الظرف. والمقدّر العامل للظرف أمّا يكون من أفعال العموم، كاستقرّ وثبت وكان وحصل، أو من أفعال الخصوص التي لا ينطبق بعضها على بعض للتقابل أو التخالف المتحقّق بينها، كضرب وأكل وشرب وغير ذلك. فإن كان المقدّر العامل للظرف من أفعال العموم يسمّى الظرف: «ظرفاً مستقرّاً»، وإن كان من أفعال الخصوص يسمّى الظرف: «ظرفاً لغوياً».

ويقع الكلام في أنّ هذا الظرف في النبويّ - بعد خلوه عن الفعل وشبهه - هل يكون ظرفاً مستقرّاً متعلّقاً بمقدّر هو من أفعال العموم أو ظرفاً لغوياً متعلّقاً بمقدّر هو من أفعال الخصوص؟

والتحقيق: أنّه إذا دار الأمر بينهما فالترجيح للأوّل، أي أنّ انظرف ظرف مستقرّ. والوجه في ذلك ما ذكره المحقّق البجنورديّ^(١) ونقّحه شيخنا الأستاذ الفاضل اللنكراني^(٢). وحاصل كلامهما: أنّ الظرف في النبوي ظرف مستقرّ، ويكون المعنى أنّ الذي أخذه اليد ثابتاً ومستقرّاً على عهدة اليد حتى تؤدّيه، فإنّ هذا هو المتفاهم العرفي من الحديث، ضرورة أنّ تقدير فعل من أفعال الخصوص - مع عدم انطباقه على غيره، لأجل التقابل أو التخالف - يحتاج إلى مؤونة زائدة، ولا يصار إليه إلّا مع الضرورة المقتضية لتقديره، كعدم استقامة الكلام بدونه. وهذا بخلاف تقدير فعل من أفعال العموم، فإنّ تقديره - مع فرض انطباقه على جميع الأفعال والأحداث - لا يحتاج إلى مؤونة زائدة. فلا مجال لتقدير فعل من أفعال

(٢) القواعد الفقهيّة ١: ٩٠ - ٩٤.

(١) القواعد الفقهيّة ٤: ٤٨ - ٥١.

الخصوص، لانتفاء الضرورة المقتضية لتقديره واستقامة الكلام في النبوي بدون إضرار فعل خاص؛ مع أنَّ المناسب لكون المبتداء نفس الشيء الذي أخذته اليد هو جعل الظرف متعلقاً بمثل استقرّ، فمعناه: أنَّ الذي أخذت اليد بدون إذن مالكة يكون مستقرّاً على عهدة اليد حتّى تؤدّيه.

وأما احتمال أن يكون العامل المقدّر فعلاً من أفعال الخصوص، مثل يجب أو يلزم، ففيه - مضافاً إلى كونه خلاف الأصل ولا يصار إليه إلا مع الضرورة وانحصار الطريق به - أنّه لا معنى لتعلّق الحكم التكليفي بذات المال المأخوذ، فإنّ الأحكام التكليفية لا تتعلّق بالذوات والأعيان الخارجية، فحينئذٍ يحتاج في المقام إلى الحدث المناسب لأن يكون متعلقاً ليجب أو يلزم، وهو إمّا الأداء والردّ فيكون معنى الحديث: «أنّه يجب أو يلزم ردّ ما أخذته من الغير وإدائه إليه»، وهذا ركيك للغاية جدّاً، لأنّه يلزم أن يكون الفعل مع غايته واحداً، أي يكون معنى الحديث: «يجب ردّ ما أخذت إلى أن تردّه» كأن يقال: «تجب الصلاة حتّى تصلي». وإمّا يكون الحدث المناسب لهما هو الحفظ كي يكون معنى الحديث: «يجب حفظ ما أخذت حتّى تؤدّي»، وهذا بعيد، لأنّه مخالف لكون الرواية في مقام بيان ردّ مال الغير الذي وقع تحت يده وإيصاله إلى صاحبه، مضافاً إلى أنّ الظاهر من أمثال هذه التراكيب عرفاً هو كون عهده وذمّته مشغولة لما يكون مستعلياً، فإذا قال: «له عليّ درهم كذا» فهو إقرار واعتراف بأنّ ذلك المقدار من الدرهم على ذمّته وفي عهده، فقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت» - حيث إنّ الموصول مبتداء مؤخّر - يرجع مفاده إلى أنّ المال الذي أخذته اليد يكون مستعلياً على اليد، أي يكون ثقله عليها، كاستقرار زيد واستعلائه على السطح، فإذا قيل: «زيد على السطح» فمعناه أنّ زيد ثقله على السطح.

فالحاصل: أنّ الظرف في النبوي ظرف مستقرّ، مرجعه إلى استقرار وثبوت

نفس المال المأخوذ على عهدة ذي اليد حتى تؤدّيه.

٢ - «اليد»:

ليس المراد من اليد هي الجارحة المخصوصة، بل المراد بها هو الاستيلاء والتسلّط على الشيء، سواء كان في عالم الاعتبار أو في عالم الخارج. ويستعمل اليد بهذا المعنى في المحاورات العرفيّة، بل في الكتاب والسنة، فيقال: «ليس الأمر بيدي» كناية عن عدم ثبوت القدرة والاستيلاء عليه، أو يقال: «الأمر بيدي أفعل ما أشاء» كناية عن ثبوت القدرة والاستيلاء على ذلك. وفي الكتاب حكى الله تعالى عن اليهود قولهم: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ يَدُ اللَّهِ مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَلُعِنُوا بِمَا قَالُوا بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنفِقُ كَيْفَ يَشَاءُ﴾^(١)، فمعنا قولهم: «يد الله مغلولة» أنّه ليست له الولاية والقدرة على الإنفاق والتوسعة في رزق العباد، فأجابهم الله تعالى بأنّ له القدرة المطلقة والاستيلاء الكامل على الإنفاق، فله التوسعة والتضييق فيه حسب صلاح العباد.

فانقدح أنّ المراد باليد في الحديث الشريف هو مطلق الاستيلاء والتسلّط. إنّما الكلام في أنّه هل المراد منه نفس الاستيلاء الذي هو معنى الاسم المصدري أو أنّ المراد به هو الإنسان المستولي المتّصف بصفة الاستيلاء؟

قال شيخنا الأستاذ: «الظاهر والمتفاهم عرفاً من تعبير الحديث هو الثاني. أولاً: من جهة الحكم بثبوت المال المأخوذ واستقراره عليه. ومن الواضح أنّ الحكم الشرعي إنّما يكون ثابتاً على المكلف من دون فرق بين الحكم التكليفي وبين الحكم الوضعي. نعم، بعض الأحكام الوضعيّة يكون موضوعه الأعيان الخارجيّة، كالنجاسة الثابتة للدم والطهارة الثابتة للماء، ولكن المقام لا يشبه ذلك.

وثانياً: من جهة إسناد الأخذ إلى نفس ما يكون المال على عهده. ومن الواضح أن الآخذ هو المستولي، ولا معنى لأخذ الاستيلاء، بل لو كان المراد باليد هي الجارحة المخصوصة يكون الآخذ حقيقةً هو الإنسان، واليد آلة للأخذ ووسيلة له، وإسناد الأخذ إليها لعلّه لا يكون بنحو الحقيقة»^(١).

ثم قال: «ويمكن أن يكون المراد من اليد في الحديث هو «ذا اليد»، نظير استعمال العين في الريئة الذي يكون استعمالاً استعارياً مرجعه إلى أن الريئة بلحاظ وصفه كأنه يكون بجميع أعضائه وجوارحه عيناً باصرة ناظرة»^(٢).

ولا يخفى: أن الاستيلاء يختلف باختلاف مراتب المستولي عليه. والمرجع في تعيينه هو العرف وأهل الخبرة بالأمور، فكل ما حكم العرف بتحقيق الاستيلاء يحكم به، وكل ما حكم بعدمه يحكم بعدمه. وإذا شك في تحقق الاستيلاء وعدمه فالمرجع الأصول الموضوعية، ومع عدمها فإصالة البراءة عن الضمان.

وعلى هذا فظهر أن معنى الحديث الشريف: أن الذي أخذه الإنسان واستولى عليه يكون مستقراً على عهدة المستولي باعتبار استيلائه على ذلك.

٣- «ما»:

«ما» الموصولة مبتداء مؤخر. والمراد بالموصولة - أي الشيء المأخوذ - هو الأعيان والمنافع والانتفاعات والحقوق، لأن المراد باليد - كما تقدم - هو الاستيلاء، وهو متحقق بالنسبة إلى جميع ما تعلق بالغير.

وللكلام تنمة سيأتي في الجهة الثالثة.

٤- «أخذت»:

والمراد بالأخذ هو الاستيلاء الذي هو معنى الاسم المصدرى، فمعنى

الحديث: أن الشيء الذي استولى عليه إنسان يكون مستقرّاً على عهده باعتباره استيلائه على ذلك المال.

٥ - «حتى تؤذيه»:

والمراد بالأداء هو الدفع إلى من يجب الدفع إليه. والضمير يرجع إلى الشيء المأخوذ. وسيأتي مزيد توضيح في التنبيه السابع.

فظهر ممّا ذكرناه أن معنى القاعدة: أن الشيء الذي استولى عليه إنسان يكون على عهدة المستولي ثابتاً ومستقرّاً إلى أن يدفع ذلك الشيء إلى من له الولاية عليه.

الجهة الثانية: في مدرّكها

ويدلّ عليها أمور:

الدليل الأوّل: النبويّ المشهور، أعني قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤذيه»^(١).

وينبغي البحث عنه سنداً ودلالةً.

أمّا البحث عن دلّالته ومفاده: فقد مرّ في الجهة الأولى، وسنذكر مطالب آخر مرتبطة به في الجهة الثالثة إن شاء الله.

وأمّا البحث عن سنده: فلا ريب في أنّ هذا الحديث - الذي رواه سمرة بن جندب الذي ذكر له مطاعن - ضعيف سنداً، إلّا أنّ الأصحاب أرسلوه إرسال المسلّمات، وذكره الفريقان في كتبهم، واشتهر بين علماء الإسلام نقلاً واستناداً بحيث يوجب الوثوق بصدوره. ولذلك قال المحقّق البجنوردي: «فالبحث عن

(١) عوالي الآلي ١: ٢٢٤، مستدرک وسائل الشيعة ١٤: ٨، السنن الكبرى (للبيهقي) ٦: ٩٥.

سنده وأنه صحيح أو ضعيف، لا وجه له، لأنّه بعد هذا الاشتهار بين الفقهاء وقبولهم له والعمل به فيكون موثوق الصدور الذي هو موضوع الحجّية، بل لا يبعد أن يكون من مقطوع الصدور»^(١). ونظير ذلك في المكاسب^(٢).

ومع ذلك ضعفه السيّد المحقّق الخوئي، وقال: «ويرد عليه: أن هذا الحديث ضعيف السند، لأنّه لم يذكر في أصولنا المعدّة لضبط الأحاديث»، ثمّ قال: «ودعوى أن الحديث المزبور وإن كان ضعيف السند ولكن ضعفه منجبر بعمل المشهور وإرسالهم إيّاه إرسال المسلّمات، دعوى فاسدة، لأنّا ذكرنا مراراً أن عمل المشهور برواية ضعيفة لا يوجب اعتبارها»^(٣).

وأنت خبير بأن إirاده عليه على مبناه في علم الأصول من عدم حجّية الشهرة في نفسها وأنّها لا تكون جابرة لضعف سند، خلافاً لأكثر الأصوليين القائلين بأنّ الشهرة جابرة لضعف سند الخبر، وهو الحقّ كما حقّق في علم الأصول.

وضعه السيّد الإمام الخميني عليه بناءً على أن الشهرة تكون جابرة لضعف سند، فقال: «وقد اشتهر بين متأخري المتأخّرين جبر سند به عمل قدماء الأصحاب. وهو مشكل؛ لأنّ الظاهر من السيّد علم الهدى، وشيخ الطائفة، والسيّد ابن زهرة هو إirاده رواية واحتجاجاً على العامّة، لا استناداً إليه للحكم.

قال السيّد في الانتصار في مسألة ضمان الصّناع: (ومّا يمكن أن يعارضوا به - لأنّه موجود في رواياتهم وكتبهم - ما يروونه عن النبي ﷺ من قوله: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه)^(٤).

والظاهر منه عدم اعتماده عليه، بل أورده معارضةً، لا استناداً. وأورده شيخ الطائفة في مسائل «الخلاف» في غير مورد، وفي المبسوط

(٢) المكاسب (الشيخ الأنصاري): ٣: ٨٩.

(٤) الانتصار: ٤٦٨.

(١) القواعد الفقهيّة (الجنوردي): ٤: ٤٨.

(٣) مصباح الفقاهة ٢: ٣٦٠.

رواية واحتجاجاً على القوم، كما هو دأبه في كتابيه، لا استناداً، ففي غضب الخلاف - المسألة (٢٠) بعد عنوانها وذكر خلاف أبي حنيفة - قال: (دليلنا: أنه ثبت أن هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه، فمن ادّعى أنه زال ملكه بعد التغيير فعليه الدلالة. وروى قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه^(١)).

والظاهر أن مستنده هو الأمر الأول. أي الأصل، ولو كان الاستناد إلى قول النبي ﷺ فلا وقع للاستدلال بعدم الدليل على زوال ملكه، فايراد الرواية لمحض الاحتجاج على أبي حنيفة، بل مع احتمال ذلك لا يثبت الاستناد. ونحوه بعض مسائل آخر في غضب الخلاف^(٢) ووديعته^(٣).

وأورد في أول غضب المبسوط عدّة روايات من طرقهم، منها هذه الرواية^(٤). والظاهر من نقل خصوص رواياتهم فيه وفي سائر كتب المبسوط^(٥) مع وجود روايات معتمدة من طرقنا^(٦) هو الاحتجاج عليهم، لا الاستناد إليها، كما يظهر بالرجوع إليه.

وفي غضب الغنية: (ويحتجّ على المخالف بقوله ﷺ: على اليد ما قبضت حتى تؤدّى^(٧)).

وهو ظاهر في عدم الاعتماد عليه.

ونحوه بعينه في كتاب الإجارة، إلا أن فيه (ما أخذت) بدل (ما قبضت)^(٨). واحتمال أن يكون الاحتجاج عليهم بما هو مسلم بين الفريقين، ضعيف يدفعه ديدنه في الكتاب، مع أن تلك الموارد محال الاستدلال به لو تمّ شدّه ودلالته عنده.

(٢) والخلاف ٣: ٤٠٧ - ٤٠٨ و (٣) والخلاف ٣: ٤٠٩ و ٤١٠: ١٧٣ - ١٧٤.

(٤) المبسوط ٣: ٥٩. (٥) نفس المصدر ٤: ١٣٢.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٠، الاستبصار ٣: ٨٤.

(٧) غنية النزوع: ٢٨٠ و ٢٨٩.

(٨) غنية النزوع: ٢٨٠ و ٢٨٩.

كما أنّ الظاهر عدم وجوده في المقنع والهداية والمراسم والوسيلة وجواهر الفقه.

وقد استشكل الأردبيلي رحمته الله في سنده وسند قاعدة ما يضمن بصحيحه، وتمسك بأصل البراءة من الضمان في مقابلهما^(١).

نعم، إنّ ابن إدريس تمسك به في السرائر في موارد، ونسبه جزماً إلى رسول الله ﷺ، مع عدم عمله بالخبر الواحد^(٢).

ثمّ شاع الاستدلال به بين المتأخرين عن زمن العلامة^(٣).

وكأنّه اختلفت حالاته من عصر قدماء أصحابنا إلى عصرنا، ففي عصر السيّد والشيخ كان خبراً مروياً عنهم على سبيل الاحتجاج عليهم، ثمّ صار مورد التمسك في العصر المتأخر، ثمّ صار من المشهورات في عصر آخر، ومن المشهورات المقبولات في هذه العصور حتّى يقال: لا ينبغي التكلّم في سنده^(٤).

فالبناء على الاعتماد عليه مشكل، وترك العمل به - مع جزم ابن إدريس بصدوره عن رسول الله ﷺ مع طريقتة في العمل بالأخبار، وإنّ أمكن أن يكون ذلك باجتهاد منه وقيام قرائن عنده ربّما لا تفيدنا علماً ولا عملاً، واختلاف عبارات الحديث بحيث ربّما يكشف عن تكرّره وتظافره، واعتماد محققي أصحابنا من بعد ابن إدريس إلى عصرنا مع تورّعهم والتفاتهم إلى ضعفه ولا بدّ من الجبر في مثله، وهو لا يمكن إلّا باعتماد القدماء عليه، ولعلّه شهادة منهم على إتكال الأصحاب عليه - مشكل آخر. ولعلّ من مجموع ذلك، ومن اشتغاره بين العامة قديماً - على ما يظهر من علم الهدى^(٥) - ومن إتقان متنه وفصاحته

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٩٢.

(٢) السرائر ١: ٤٦ و ٥١.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٣: ٣٢ و ١٩٣ و ٢٥٩، الدروس الشرعية ٣: ١٠٩، جامع المقاصد ٦: ٢١٥.

(٤) عوائد الآيات: ٣١٥ - ٣١٦، القواعد الفقهية (البجنوردي) ٢: ٨٧. (٥) الانتصار: ٤٦٨.

بما يورث قوة الاحتمال بأنه من كلمات رسول الله ﷺ، لا سمرة بن جندب وأشباهه، ربّما يحصل الوثوق بصدوره. ولعلّ بناء العقلاء على مثله مع تلك الشواهد لا يقصر عن العمل بخبر الثقة.

لكن بعد اللتيا والتي في النفس تردّد، لأنّ ابن إدريس وإن نسبّه جزماً في غير موضع إلى رسول الله ﷺ لكن في كتاب غصب السرائر تمسّك في مسألة بالأصل وعدم الدليل، ثمّ قال: (ويحتجّ على المخالف بقوله ﷺ: على اليد...^(١)). وهذا يوجب حصول الاحتمال بأنّ سائر الموارد من قبيل الاحتجاج عليهم، لا التمسّك به، وإن كان خلاف ظاهره^(٢). انتهى كلام السيّد الإمام الخميني رحمه الله.

وأورد عليه تلميذه المحقّق شيخنا الأستاذ الفاضل اللكراني بما لفظه هذا: «ويمكن الإيراد عليه بظهور عبارة السيّد في الانتصار في أنّه في مقام الاحتجاج عليهم بما هو مقبول عنده وعندهم، لا بما هو مورد لقبولهم فقط، حتّى يكون من باب الجدل.

وأظهر منها عبارته الشيخ في الخلاف، إذ أنّه في مقام الاستدلال لما هو المختار عند الإماميّة، والجمع بين الاستدلال بالرواية والاستدلال بالأصل إنّما هو كالجمع في مقام الاستدلال في كثير من المسائل الخلافية بين الفريقين بإجماع الفرق وأخبارهم، مع أنّه مع وجود الرواية في المسألة واحتمال استناد المجمعين إليها لا يبقى للإجماع أصالة، بل الدليل هي الرواية الموجودة فيها».

ثمّ قال: «وبالجملة حمل استدلال الشيخ في الخلاف في المسألة المذكورة على كونها في مقام الاحتجاج عليهم بدون الاستناد والاستدلال لا مجال لأنّ يصار إليه بوجه.

وأظهر من الجميع عبارة الغنية، إذ تستند الرواية إلى النبي ﷺ من دون أن تعبّر بمثل (روي) أو (يروونه) كما في كلام السيّد في الانتصار؛ فإنّ التعبير عنها بقوله ﷺ لا يكاد يجتمع مع عدم ثبوته وعدم حجّية روايته، وقد ذكر سيّدنا العلامة الأستاذ في مباحثه الفقهيّة مكرراً أنّ الإرسال إذا كان بنحو الإسناد إلى المعصوم دون الرواية، يكون حجّة قابلاً للاعتماد، وعبارة الغنية من هذا القبيل.

ولعلّ جميع ما ذكر صار منشأً لجزم ابن إدريس، مع عدم قوله بحجّية خبر الواحد ولو بلغ في الوثاقة والعدالة المرتبة العليا، فإنّه من المستبعد غاية الاستبعاد أن يكون عنده قرائن خارجيّة لم تكن عند السابقين، مع تقدّم زمانهم وشدّة ارتباطهم بالأحاديث واختلاطهم بفقهاء العامّة ومحدّثيهم وقرب عصرهم.

ما ذكرنا - مضافاً إلى الشواهد المذكورة في كلامه (دام ظلّه)، وإلى الجواب عمّا أوجب التردّد له بما ذكرنا عن عبارة الغينة - يوجب الوثوق الكامل بصدور الرواية بحيث لا يبقى مجال للمناقشة في اعتبارها وحجّيتها.

وأما عدم تعرّض جمع من كتب القدماء والمتوسّطين له، فلعلّه لأجل أنّه لا يكون مفاد الرواية مخالفاً للقاعدة الثابتة عند العقلاء، لأنّ بناءهم أيضاً على ضمان يد الغاصب والرجوع إليه لأخذ العين أو المثل أو القيمة. كما لا يخفى؛ ولأجل عدم المخالفة ربّما لا يرى احتياج إلى إيرادها والتمسك بها، خصوصاً مع وجود الروايات الخاصّة. فالإنصاف أنّ الرواية معتبرة قابلة للاستناد»^(١).

وأقول - موافقاً لشيخنا الأستاذ -: بل لعلّ الوجه في عدم تعرّض بعضهم له أنّ متن الحديث من القواعد الفطريّة التي يحكم به العقل - كما سيأتي -، فإنّه يرجع إلى قبح الظلم والعدوان الذي يحكم به كلّ ذي شعور من الإنسان.

(١) القواعد الفقهيّة (للفاضل اللنكراني) ١: ٨٧ - ٨٨.

وبالجملة: فلا وجه للبحث عن سند هذا الحديث كما لا ريب في دلالة على القاعدة كما مرّ.

الدليل الثاني: السيرة العقلائية

لا شكّ في أنّ السيرة العقلائية قائمة على ضمان اليد في المقام، وهذه السيرة القطعية متّصلة بزمان المعصومين عليهم السلام، ولم يثبت ردّها من ناحية الشارع المقدّس، فتدلّ على ضمان اليد بالنسبة إلى ما أخذت حتى تؤدّيّه.

الدليل الثالث: العقل

التحقيق أنّه - كما أشرنا - أنّ متن هذا الحديث من الأمور الفطرية التي يرجع إلى قبح الظلم والعدوان الذي يحكم به كلّ ذي شعور من الإنسان، ضرورة أنّ الحكم بعدم ضمان اليد الغاصبة يوجب الظلم بالمغصوب منه وهو قبيح لا يصدر عن الشارع الحكيم.

الجهة الثالثة: في تنبيهات القاعدة

التنبيه الأوّل: في الفرق بين قاعدة اليد وهذه القاعدة

فنقول: إنّ بينهما فرقاً حكماً وموضوعاً ومجرىً؛

أما حكماً: فلأنّ قاعدة على اليد حكمٌ بالضمان، وهو حكمٌ وضعيٌّ ثابت على صاحب اليد؛ وأما قاعدة اليد حكمٌ بثبوت الملكية لصاحب اليد من جهة أنّ يده أمانة للملكية، كالبينة التي تثبت الملكية، أو حكمٌ بثبوت الزوجية لصاحب اليد من جهة أنّ يده أمانة للزوجية إذا كانت امرأة تحت يده.

وأما موضوعاً: فلأنّ الموضوع في قاعدة على اليد هو اليد التي معلوم أنّها يد

الغاصب أو المأذون بعوض ، وأما الموضوع في قاعدة اليد هو اليد المشكوكة التي لم يعلم أنها يد المالك أو غيره المأذون بعوض أو غير المأذون من قبلة أو من قبل الشارع.

وبعبارة أخرى: إن الموضوع في قاعدة على اليد هو الشيء الذي استولي عليه ذواليد وتكون يدها إما المأذونة بعوض وإما من غير إذن المالك أو الشارع، والموضوع في قاعدة اليد هو الشيء الذي استولي عليه ذواليد ولم يعلم أنه مالكة أم لا؟

وأما مجرى: فلأن قاعدة على اليد لا يحكم إلا بالضمان، ولذلك لا تجري إلا في باب الضمان، ولأجله جعلناها من القواعد المذكورة في المرحلة الأولى. وأما قاعدة اليد فهي من حيث أنها الحكم بأمارية اليد للأموار المختلفة لذي اليد كالملكية والزوجية وغيرهما فتجري في أبواب مختلفة، فهي من القواعد الآتية في المرحلة الثانية.

التنبيه الثاني: في عدم الفرق بين الجاهل والعالم

لا فرق في جريان القاعدة بين الجاهل والعالم، فاليد موجبة للضمان من دون فرق بين أن يكون ذو اليد عالماً بالحكم أو جاهلاً، ومن دون فرق بين كونه عالماً بالموضوع - كما إذا علم بكون ما في يده مغصوباً أو مقبوضاً ببيع فاسد أو غيرهما - أو جاهلاً به - كمن زعم ما في يده ماله أو أنه وكيل عليه ونحو ذلك - . والوجه في ذلك إطلاق قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

التنبيه الثالث: في دفع كلام المحقق الإيرواني

وقع الكلام في أن حديث «على اليد» هل يدل على الحكم التكليفي أو يدل على الحكم الوضعي؟

ذهب المحقق الإيرواني إلى الأول وقال - ما ملخصه - : «أن كلمة (على) سواء أسندت إلى فعل المكلف أو إلى عين ومال، ظاهرٌ في التكليف، ولا بدّ من التقدير، وفي المقام يكون المقدّر (الحفظ)، ومعنى الحديث: أنّه يجب على الآخذ حفظه إلى زمان الأداء. سيّما مع إضافتها إلى اليد، فإنّ الظاهر منها هو التكليف، لأنّه المناسب لليد، وهو الحفظ في المقام، سيّما مع ظهور الموصول في عين ما أخذته اليد، فإنّه لا يناسب الضمان الذي موضوعه التلف، فالرواية ظاهرة في التكليف أو مجملة»^(١).

وفصل الشيخ الأنصاري بأنّها ظاهرة في التكليف إذا أسندت إلى فعل المكلف، وظاهرة في الوضع - أي الضمان والاستقرار على العهدة - إذا أسندت إلى مالٍ من الأموال^(٢).

ولكن التحقيق: أنّ كلمة «على» مجرّدة عن إسنادها إلى فعل خاصّ والقرائن ظاهرة في الاستقرار على العهدة، سواء أسندت إلى فعل المكلف أو إلى عين ومال، وذلك لأنّ الأصل في كلمة «على» هو الاستعلاء، وأسندت إلى الشيء إذا كان مستعلياً عليه، فيقال - مثلاً - : «زيدٌ على السطح»، وكلمة «على» تحكي عن النسبة الاستعلائية التي بين زيد ومدخول «على»، ويرجع هذا الكلام إلى أنّ زيداً مستعلٍ على السطح والسطح مستعلٍ عليه، والاستعلاء يلزم استقرار ثقل المستعلي على المستعلّى عليه، وفي الواقع يرجع قولنا: «زيدٌ على السطح» إلى أنّ ثقل زيد مستقرّ على السطح، وما نحن فيه من هذا القبيل، فقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» يرجع إلى أنّ الشيء المأخوذ مستعلٍ على العهدة، والعهدة مستعلٍ عليه، أي أنّ الشيء المأخوذ ثقل على العهدة ومستقرّ عليها، هذا.

(١) حاشية المكاسب (المحقق الإيرواني) ١: ٩٣.

(٢) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٣: ١٨١.

وأما إذا اسندت إلى فعل المكلّف فهكذا، فقوله تعالى: ﴿لِلّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ﴾^(١) البَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ظاهر في استقرار الحجّ على عهدة المستطيع وأنّه ثقل على عهده، ولهذا لو ذهبت استطاعته استقرار الحجّ في ذمّته، ولو مات يخرج من أصل ماله. وأما وجوبه فيستفاد من سائر الأدلّة.

ومما ذكرنا يظهر أنّ مفاد الحديث ليس إلّا الحكم الوضعي، وهو الضمان الذي ثابت على عهدة ذي اليد ما لم يتحقّق الأداء، فلا دلالة لهذا الحديث على الحكم التكليفي كوجوب حفظ المأخوذ ولزوم ردّه.

التنبيه الرابع: في شمول القاعدة للمنافع والحقوق

قد مرّت الإشارة إلى أنّ المراد من «ما» الموصولة في حديث «على اليد ما أخذت...» هو مطلق ما يمكن الاستيلاء عليه، لأنّ المراد من «اليد» هو الاستيلاء، والاستيلاء متحقّق بالنسبة إلى كلّ ما تعلّق بالغير وكان من شأنه العوض والتأدية. إذا عرفت هذا، فاعلم أنّ قاعدة «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه» تشمل الأعيان والمنافع.

أمّا المنافع المستوفاة - كما إذا سكن في الدار المأخوذة -: فلا ريب في شمولها، لأنّها مالٌ وقع تحت اليد بتبع وقوع العين تحتها، فالاستيلاء على العين يستتبع الاستيلاء على المنفعة، ولذلك قد شاع في باب إجارة الأعيان - بناءً على تفسير الإجارة بأنّها تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم - أنّ قبض المنفعة بقبض العين. وأمّا المنافع غير المستوفاة: فتشمّلها القاعدة أيضاً - كما هو المشهور -، وذلك لأنّها أيضاً مالٌ تعلّق بالأخذ بها بتبع تعلّقه بالعين.

ومن هنا يظهر أنّ القاعدة تشمل الحقوق أيضاً، فإنّها ممّا تعلّق بالغير ومن

شأنها العوض والتأدية، كحقّ التحجير وحقّ السبق على المشتركات، فإنّها يدخل تحت اليد ويتحقّق الاستيلاء عليها.

وأما ما قيل: أنّ الظاهر من قوله ﷺ: «ما أخذت» هو كون المأخوذ عيناً خارجياً؛ وأما مثل المنفعة والحقوق فلا يقال فيهما: «أنت أخذت»، وهذا دليل على عدم إرادتهما من الرواية (١)؛ مضافاً إلى أنّ الظاهر من قوله ﷺ: «حتى تؤدى» كون المال المأخوذ قابلاً للأداء، ولا ريب أنّ المنفعة بنفسها غير قابلة للأداء إلى صاحبها، وكذا الحقّ، فلا وجه لإدخالهما تحت الخبر (٢).

فيدفعه: أنّ المراد بالأخذ هو مطلق الاستيلاء أعمّ من اليد الجارحة وغيرها - كما مرّ -، والاستيلاء يتحقّق فيهما عرفاً كما يتحقّق في العين. وأما التأدية فكما يمكن في العين كذلك يمكن في المنافع بتبع أداء العين، وفي صورة التلف فالتأدية يتحقّق بأداء ما يقابلها من حيث المالية كما في العين كذلك.

التنبيه الخامس: في عدم شمولها للمنافية للضمان

لا ريب في أنّ القاعدة لا تشمل يد المالك نفسه، لأنّه لا معنى لكون ماله في عهده، إنّما الكلام في أنّها هل تشمل مطلق اليد ولو كانت مجاناً أو مأذونة من قبل المالك، كيد الوكيل، أو من قبل الشارع، كالاستيلاء على اللقطة، أو لا تشمل إلاّ اليد غير المأذونة لا من قبل المالك ولا من قبل الشارع؟

ذهب شيخنا الأستاذ - تبعاً للمشهور - إلى اختصاصها باليد غير المأذونة، واستدلّ عليه بظهور كلمة «الأخذ» في الاستيلاء غير المأذون، فقال - ما ملخصه -: «إنّ بين كلمة (الأخذ) وكلمة (القبض) فرق، فإنّ الظاهر كون الثانية

(١) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ٢٠٤.

(٢) حاشية المكاسب (المحقّق الاصفهانى) ١: ٣١٨.

أعمّ من الأولى. ويشهد له موارد الاستعمالات العرفية حيث كان استعمال كلمة (الأخذ) في قبض المبيع من البائع غير معهود، وهذا الفرق يدلّ على انحصار الحكم بالضمان بما إذا كان الاستيلاء غير مأذون^(١). ولكن يرد عليه:

أولاً: أنّ كلمة «الأخذ» في اللغة يفسّر بالتناول، كما أنّ كلمة «القبض» يفسّر به أيضاً^(٢)، فهما مرادفان. ويستعمل كلمة «الأخذ» في الاستيلاء المأذون كثيراً، نظير قولهم عليه السلام: «فأخذ الإمام منها سهم الله»^(٣) و«فأخذ ويعطي ويبيع ويشترى»^(٤). وثانياً: أنّ الاستيلاء المأذون قسمان: أحدهما: الاستيلاء بلا عوض، ولا شكّ في عدم ثبوت الضمان فيه، لما سيأتي. وثانيهما: الاستيلاء بعوض، والضمان فيه ثابت قطعاً. فلا وجه لاختصاص الاستيلاء بالاستيلاء غير المأذون.

والتحقيق: أنّ القاعدة تشمل كلّ يد لاتنافي الضمان، وهي اليد غير المأذونة واليد المأذونة بعوض، لأنّ قوله عليه السلام: «على اليد» ظرف مستقرّ يحتاج إلى متعلّق، وهو من أفعال العموم كاستقرّ وثبت - كما مرّ - . ومرجعه إلى أنّ الذي أخذته اليد ثابت ومستقرّ على عهدة ذي اليد حتّى تؤدّيه. وعلى هذا فالقاعدة المستفادة من الحديث النبويّ إنّما تشمل الشيء الذي كان لاستقراره في عهدة المستولي مجال، أي لم يكن مانع عن استقراره. وهو فيما إذا لم يقدم صاحب المال على عملٍ ينافي استقراره في عهدة المستولي الأجنبي. وأمّا إذا أقدم على عمل ينافي الضمان، فلا ضمان، لقاعدة الإقدام الحاكمة على قاعدة ضمان اليد.

ومن هنا يظهر أنّ القاعدة لا تشمل التسلّط المجاني، لأنّ المالك في التسليط

(١) القواعد الفقهية (الفاضل اللنكراني): ١٠٩.

(٢) راجع تاج العروس ٢: ٥٥١ و ٥: ٧٥.

(٣) وسائل الشيعة ٦: ٣٦١، الباب ١ من أبواب قسمة الخمس، الحديث ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ٦: ٦٤، الباب ٦ من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث ٧.

المجّاني أقدم على الإعطاء مجّانياً من دون أن يكون عينه أو عوضه مستقرّاً في ذمّة الآخذ، والآخذ أقدم عليه كذلك، وهذا ينافي الضمان.

ولا تشمل اليد المأذونة بلا عوض فيما إذا كانت أمانيّة، حيث أقدم المالك على إعطاء ماله إلى الأجنبي ليحفظه من دون أن يكون عينه أو عوضه مستقرّاً في ذمّته، والأجنبي أقدم عليه كذلك، وهو أيضاً تنافي الضمان.

التنبيه السادس: في شمولها للحرّ وشبهه

ومما ذكرنا يظهر أنّ القاعدة تشمل الحرّ ومنافعه، وذلك لما مرّ من أنّ المراد باليد هو مطلق الاستيلاء، وهو يتحقّق بالنسبة إلى الحرّ كما يتحقّق بالنسبة إلى العبد، ويستتبع الاستيلاء عليهما الاستيلاء على منافعهما.

ثم إنّ المحقّق صاحب العناوين ناقش في شمولها للحرّ ومنافعه، فقال - ما ملخصه - : «إنّ الحرّ يدخل تحت اليد عرفاً، لكنّه خارج عن النصّ بقرينة (حتى تؤذي) الدالة على كون ذلك مملوكاً، فيشكل الحكم في المنافع للحرّ» إلى أن قال: «وبالجملة عدم ضمان منافع الحرّ بعد إمكان دخوله تحت اليد عرفاً، مشكلاً؛ إلّا أن يقال: إنّ اليد أمرٌ عرفي، وبعد ما فرض كون الشخص حرّاً لا يقولون أهل العرف: إنّ فلاناً ذو يد على فلان، وإن كان في غاية التسلّط، فلا يصدق اليد»^(١).

وفيه: أنّ الظاهر أنّ الملاك في الدخول تحت الحديث هو تحقّق الاستيلاء كما مرّ، ومن الواضح عدم دخالة المملوكيّة في صدق الاستيلاء عرفاً، كيف وقد شاع الاختطاف بالإضافة إلى الأفراد؟ فهل يمكن منع تحقّق الاستيلاء في مثله عند العرف والعقلاء؟! فلا وجه لخروج الحرّ عن تحت الخبر إلّا بالمخصّص، والمفروض عدمه. وكذلك منافع الحرّ، فإنّها تقع تحت اليد بتبع وقوع الحرّ تحتها.

وأما قوله عليه السلام: «حتّى تؤدّي» فإنّما يدلّ على أنّ الرافع للضمان هو الأداء، وللأداء مراتب، فلو كانت العين باقيةً يتحقّق أدائها بأداء نفسها، وهو الرافع للضمان، ولو تلفت يتحقّق الأداء بأداء مثلها إن كان مثلياً وقيمتها إن كان قيميّاً - على المشهور - أو بأداء ما يقابلها في المالية - على المختار كما سيأتي (١) -، فكما أنّ أداء المثل أو القيمة أو ما يقابلها في المالية رافع لضمان الأعيان الخارجيّة كذلك أداء الدية في الإنسان رافع لضمانه؛ وفي صورة الحياة فيتحقّق أدائه بإرجاعه إلى ما كان عليه من المحلّ والشرائط الخاصّة.

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن مقالة المحقّق الرشتي في «كتاب الغصب» حيث منع شمول القاعدة للحرّ ومنافعه، فراجع (٢).

التنبيه السابع: في الأداء ومرتباته

قد عرفت أنّ المراد من الأداء في المقام هو دفع المال المأخوذ من المالك إليه. ولا شبهة في تحقّق الدفع برّد نفس العين الخارجيّة المأخوذة من المالك إليه، لأنّه الفرد الحقيقي من الدفع؛ وأمّا إذا تلفت العين المأخوذة ولم يمكن ردّها نفسها إليه فهل يتحقّق الأداء بدفع مثلها في المثليّ وقيمتها في القيميّ - على المشهور - أو ما يقابلها في المالية - على المختار - ويرتفع به الضمان أو لا؟

ذهب المحقّق النراقي إلى الثاني، فقال - ما محصّله -: إنّ الخبر لا يدلّ على ضمان المثل أو القيمة مع تلفها، لأنّ ظاهر كلمة (ما أخذت) إنّما هو الشيء المأخوذ بنفسه، ومفعول (تؤدّي) محذوف ومضمون الرواية ضمان العين حتّى تؤدّي إلى صاحبها؛ مضافاً إلى أنّ أداء المثل أو القيمة ليس أداءً لما أخذت، بل

(١) يأتي ذيل البحث عن قاعدة ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة.

(٢) كتاب الغصب (للمحقّق الرشتي): ١٣.

أداء شيء آخر، فلا يدخل تحت الرواية^(١).

وذهب المحقق البجنوردي إلى الأوّل المشهور، وقال: «وأداء ذلك المأخوذ في الدرجة الأولى برّد نفس العين الخارجيّة التي وقعت تحت اليد، ولكن إذا تلفت تلك العين الخارجيّة فبصرف تلفها لا يرتفع ذلك الموجود الاعتباري، لأنّ بقاءه في العهدة معنيّ بالأداء، فما لو يؤدّ لا يرتفع ويكون باقياً، ولا منافاة بين تلفه خارجاً وبقائه في عالم الاعتبار، فإذا كان باقياً بعد تلف العين فأدائه برّد نفس العين الخارجيّة محالّ، فتصل النوبة إلى الدرجة الثانية من الأداء - أي أداء مثله -، فإذا لم يوجد مثله وتعذّر أو تعسّر تحصيله تصل النوبة إلى الدرجة الثالثة من الأداء وهي أداء ماليّته - أي قيمته -»^(٢).

والحقّ تحقّق الأداء - حينئذٍ - بكلّ ما يقابل التالف في الماليّة، فإن كان مقابله في الماليّة هو المثل فيدفع إليه المثل، سواء كان مثليّاً أو قيميّاً، وإن كان هو القيمة فيدفع إليه القيمة كذلك، فإنّه ما يساعد عليه أهل العرف، ضرورة أنّ معنى القاعدة ومدلول الخبر - كما مرّ - أنّ الشيء الذي استولى عليه إنسانٌ يكون مستقرّاً على عهدة المستولي إلى أن يدفع ذلك الشيء إلى من له الولاية عليه. وذلك الشيء إن كان مالاً - كالأعيان - فأدائه - على ما هو المتفاهم عند العرف - بدفع نفس المال في صورة بقاءه وبقاء ماليّته، وبدفع ما يقابله في الماليّة في صورة عدم بقاءه أو عدم بقاء ماليّته.

ومن هنا يظهر فساد ما زعم المحقّق النراقي - من أنّ مضمون الرواية ضمان العين حتّى تؤدّي إلى صاحبها، وأداء المثل والقيمة ليس أداء لما أخذت، بل أداء شيء آخر -؛ والوجه في ذلك أنّ مضمون الرواية استقرار الشيء المأخوذ على

عهدة المستولي إلى أن يدفعه إلى من له الولاية عليه، والعرف لا يفهم من ذلك إلا أنه يرفع استقرار الشيء على العهدة بدفع عين الشيء إن كان موجوداً، وبدفع بدله مع تلفه أو تعذر ردّها. هذا إذا بنينا في فهم الخبر على ملاحظة العرف كما هو المعروف، وأمّا بالدقّة العقلية فلا ريب في أنّه - بناءً عليها - لا يمكن ردّ عين الشيء مطلقاً ولو كان الشيء باقياً، فإنّ المال المأخوذ على فرض بقائه ليس عينه قبل الأخذ، ضرورة أنّ الشيء قبل الأخذ غيره بعد الأخذ ولو اعتباراً، فإنّ الشيء قبل الأخذ سابق وهو بعد الأخذ لاحق، كما أنّ ذلك الشيء قبل الأخذ موجود في مكان وهو بعد الأخذ موجود في مكان آخر وهكذا.

التنبيه الثامن: في شمولها لليد المتعاقبة واليد المركبة وعدم شمولها لليد المنضمة هل القاعدة تشمل اليد المتعاقبة كما تشمل اليد الابتدائية، وهل تشمل اليد المركبة والمنضمة كما تشمل اليد المستقلة أم لا؟

وقبل بيان الحقّ لابدّ من تقديم مقدّمة، وهي في بيان أقسام اليد والمراد منها: فاعلم أنّ المغصوب أو المأخوذ من دون إذن المالك أو الشارع إمّا واقع تحت يد واحدة، وإمّا واقع تحت أكثر من يد واحدة. والأوّل على قسمين: أحدهما: اليد الابتدائية؛ وثانيهما: اليد المتعاقبة. والثاني أيضاً على قسمين: أحدهما: اليد المستقلة؛ وثانيهما: اليد غير المستقلة. واليد غير المستقلة إمّا يد مركبة وإمّا يد منضمة.

أمّا اليد المتعاقبة: فالمراد بها اليد اللاحقة التي تعاقبت اليد السابقة، بمعنى أن يكون فردٌ مسلطاً على الشيء ابتداءً ثمّ ارتفع تسلّطه عليه باستيلاء فرد آخر عليه ثمّ ارتفع تسلّط الفرد الثاني باستيلاء الفرد الثالث وهكذا، فكلّ يد تعاقبت اليد الابتدائية هي اليد المتعاقبة.

وأما اليد المركبة: فهي تتحقق باستيلاء إثنين أو أكثر على الشيء مشتركاً، بمعنى أن يكون المجموع المركب من اليدين الأجنبيةتين - مثلاً - مستولياً على الشيء بحيث أن أحدهما لو ارتفع يده لم يكن للآخر استيلاء على ذلك الشيء، بل يكون المركب منهما مستولياً على المجموع، فلا استقلال لأحدهما في الاستيلاء على الشيء.

وأما اليد المنضمة: فالمراد بها اليد المجتمعة مع يد المالك بحيث يكون المجموع المركب مسلطاً على الشيء، بمعنى أنه لو ارتفع المالك يده لم يكن للأجنبي الغاصب تسلط. ولو ارتفع الأجنبي يده لم يكن للمالك تسلط، أي لا استقلال لأحدهما في الاستيلاء على الشيء.

وأما اليد المستقلة: فالمراد بها استيلاء إثنين أو أكثر على بعض الشيء على نحو الاستقلال، بحيث لا ترتفع يد بارتفاع اليد الأخرى.

إذا عرفت هذه الأقسام فاعلم أنه وقع الكلام في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: لا ريب في أن القاعدة تشمل اليد الابتدائية. وأما لو تعاقبت الأيدي العادية أو غير المأذونة على الشيء فهل تشملها القاعدة حتى يقال: إن كل واحدة من تلك الأيدي ضامنة بحيث كان للمالك الرجوع إلى أية واحدة منها شاء أم لا؟

ربما يقال: «إن القاعدة تشملها، وكل واحدة من تلك الأيدي تضمن المال الذي وقع تحت سيطرتها، وللمالك أن يرجع إلى أية واحدة منها شاء، لأن مفاد الحديث الشريف جعل الضمان لكل يد عادية على نحو القضية الحقيقية، فكما أن الحديث الشريف يشمل وقوع الأيدي المتعددة على الأموال المتعددة كذلك يشمل الأيدي المتعددة إن وقع على مال واحد؛ لأن المناط في تعدد الضمان تعدد اليد، إذ هو موضوع الحكم بالضمان على نحو القضية الحقيقية، فتنحل إلى قضايا

متعدّدة حسب تعدّد أفراد موضوعها الذي هي اليد، كما هو الشأن في جميع القضايا الحقيقية، ولا دخل في تعدّد ما تقع عليه اليد في الحكم بالضمان، فإذا صارت الأيدي كلّ واحدة منها موضوعاً مستقلاً للضمان فمن آثار ذلك جواز رجوع المالك إلى كلّ واحدة منها»^(١).

ونحن نقول أيضاً: إنّ القاعدة تشملها، لأنّ الظاهر من الحديث الشريف أنّ الملاك في استقرار الشيء على العهدة هو مجرد الاستيلاء غير المأذون، فبمجرد الاستيلاء يثبت الشيء على عهدة المستولى، وهو متحقّق هنا بالنسبة إلى كلّ واحدة من الأيدي بعد استيلائها، فكلّ واحدة منها ضامنة ولا يرتفع الضمان إلّا بدفع نفس الشيء - في صورة البقاء - أو مثله أو قيمته - في صورة التلف - إلى صاحبه، والمفروض أنّه لم يدفع إليه.

إشكال ودفع:

أمّا الإشكال: فيقال: كيف يمكن أن يكون الشيء الواحد مضموناً بضمانات متعدّدة في عرض واحد، وتدارك الشيء الواحد من شخصين مستقلاً محالاً، وإلّا يلزم أن يكون الواحد إثنيين، وهو محال؟! فكما أنّ وجود شيء واحد في الخارج بتمامه عند شخص ينافي وجوده بتمامه عند شخص آخر في نفس ذلك الزمان، بل هو محال، فكذلك وجوده في عهدة شخصين في عالم الاعتبار غير ممكن، لأنّه لا يعقل أن يكون لشيء واحد أدائين في عرض واحد، وإلّا يلزم أن يكون الواحد إثنيين.

وأما الدفع: فنقول: قد أجاب عنه المحقّق الخراسانيّ في حاشيته على المكاسب للشيخ الأعظم الأنصاريّ بأنّه يمكن بنحو الواجب الكفائيّ، بأن يكون

كلّ واحد من الشخصين مكلفاً بالأداء في ظرف عدم أداء الآخر، فليس تكليف بأدائين كي يكون ممتنعاً، بل امتثال مثل هذا التكليف لا يقتضي إلاّ أداءً واحداً، فلا يمتنع أن يكون كلّ واحد منهما ضامناً في زمان واحد في عرض ضمان الآخر، بأن يكون عليه تدارك المال التالف وأدائه في ظرف عدم تدارك الآخر وأدائه^(١).

ولكن يرد عليه: أن الحديث لا يدلّ إلاّ على الحكم الوضعي وهو ثبوت ذلك الشيء المأخوذ على عهدة ذي اليد حتى يتحقّق الأداء، فلا دلالة له على حكم تكليفيّ - أي وجوب الأداء - كي يمكن تصحيح ضمان الشخصين بما ذكر؛ مع أن الواجب الكفائيّ عنده سنخ الوجوب المتعلّق بكلّ واحد، بحيث لو أخلّ بامتثاله الكلّ لعقبوا على مخالفته ولو أتى الجميع به يكون الكلّ ممتثلاً^(٢)، وهذا في الضمان الذي تأبى عن التكرار غير متصوّر.

وأجاب عنه المحقّق البجنورديّ أيضاً بما حاصله: أن المال الواحد بتمامه لا يمكن أن يكون في عهدة شخصين، فلو دلّ الدليل في مورد على ضمان شخصين لمال واحد لا بدّ من التصرف فيما يدلّ عليه إمّا بالحمل على اشتراكهما في ضمان واحد، بمعنى أن قيمة ذلك الواحد أو مثله في عهدة الشخصين بالشركة، فيجب عليهما بنحو الشركة أداء مثله أو قيمته؛ وإمّا بالحمل على الطوليّة، بمعنى أن يكون اللاحق ضامناً لما يؤدّي السابق، فللمالك الرجوع إلى أيّ واحد من العادين، وإذا رجع إلى بعضهم فليس لذلك البعض الرجوع إلى السابق، لأنّ السابق ليس ضامناً لذلك البعض اللاحق له، بل له أن يرجع إلى لاحقه، لأنّه ضامن لما يؤدّيّه السابق^(٣).

وأورد عليه شيخنا الأستاذ بما حاصله: «أنّه لا يصحّ حمل الحديث على

(١) حاشية المكاسب (المحقّق الخراساني): ٨٢-٨٣.

(٢) كفاية الأصول ١: ٢٦٥. (٣) القواعد الفقهية (البجنوردي): ٩٢-٩٣.

ما ذكره، لا على الاشتراك ولا على الطولية. أمّا حمل الحديث على الاشتراك فلاّنه مع كونه مخالفاً لظاهر الحديث لا يوافق ما استقرّ عليه الفتاوى من ثبوت تمام المال على من تلف في يده وأنّه إذا رجع إلى السابق فهو يرجع بالجميع إلى اللاحق. وأمّا حمله على الطولية ففيه: أولاً: أنّ المحذور ثابت ولو على الطولية، لأنّ الضمان الثاني وإن كان متأخراً عن الضمان الأوّل إلّا أنّهما يجتمعان في الزمان الثاني. وثانياً: إنّ صفة المضمونيّة ليست من الصفات الاعتبارية الراجعة إلى العين حتّى يرجع ضمانها إلى لزوم أداء المثل أو القيمة إلى اليد الأولى مع رجوع المالك إلى اليد الثانية. والشاهد عليه ملاحظة ديدن العقلاء، حيث إنّهم لا يفرقون بين الغاصب الأوّل والغاصب الثاني فيما يرجع إلى غضب العين. وثالثاً: لو سلّم أنّ صفة المضمونيّة صفة اعتباريّة داخلّة في دائرة ضمان العين فإن كان المراد أنّ الغاصب الثاني ضامنٌ للمالك والغاصب الأوّل فيلزم جواز رجوع الغاصب الأوّل إلى الثاني وإن لم يرجع المالك إليه، لأنّ المفروض أنّ الغاصب الثاني ضامنٌ له؛ وإن كان المراد أنّ الغاصب الثاني ضامنٌ للمالك فقط، غاية الأمر أنّ المضمون هو العين المضمونة، فلا يبقى مجالٌ لجواز رجوع الأوّل إلى الثاني أصلاً، مع أنّه مخالف لقاعدة ضمان اليد الحاكمة بتعدّد الضمان بنحو القضية الحقيقيّة»^(١).

وتخلّص عن الإشكال بوجهٍ آخر، فقال: «والتحقيق أن يقال: إنّ مسألة تعدّد الضمان بالإضافة إلى مالٍ واحد بنحو الاستقلال إن لوحظت بالنسبة إلى أثره الذي هو جواز رجوع المالك إلى أيّ واحد من السابق واللاحق ويكون مخيراً في ذلك من الابتداء فتصويرها بمكانٍ من الإمكان، لأنّه لا مانع في عالم الاعتبار من اعتبار ثبوت المال على عهدة شخصين والحكم بضمان اليدين؛ وقياسه بالوجود

(١) القواعد الفقهية (الفاضل النكراني) ١: ١٤٩ و ١٥٢ - ١٥٣.

الخارجي الذي لا يعقل فيه التعدّد مع فرض الوحدة ممنوع، بل هو أشبه بالوجود الذهني من جهة أن زيداً الموجود في الخارج الذي يستحيل عروض التعدّد له بلحاظ هذا الوجود يمكن إيجاده في الذهن مرةً بعد أخرى، وكذلك لا مانع من اعتبار العين الشخصية الخارجية المتّصفة بالوحدة لا محالة في ذمة شخصين وعلى عهدة يدين، ونحن لا نرى وجهاً للاستحالة في عالم الاعتبار بوجه.

ودعوى عدم إمكان تحقّق الغاية - وهي الأداء - من كليهما، فإذا فرض أداء واحد منهما يكون الضمان باقياً بالإضافة إلى الآخر لاستحالة تحقّق الغاية منه، مدفوعةً بأنّ الغاية هي طبيعة الأداء، لا خصوص أداء ذي اليد، ولذا لو فرض وصول العين إلى المغصوب منه من غير طريق الغاصب يرتفع ضمان الغصب بذلك، فالغاية هي الطبيعة، وهي في الصورة المفروضة في الدعوى متحقّقة، فأداء أحدهما كما هو رافع لزمانه رافع لزمان الآخر أيضاً، وهذا في غاية الوضوح لو فرض كون الغاية المذكورة في الحديث بصورة (حتى تؤدّي) الظاهر في أداء الدين، لا أداء ذي اليد لها، حيث أنّها حينئذٍ بصيغة المبني للمفعول، والنائب للفاعل هو العين، نعم، لو كان المذكور فيه بصورة (حتى تؤدّيه) بصيغة المبني للفاعل وكان الفاعل هو اليد لا يكون فيه هذا الوضوح^(١).

وفيه: أولاً: أنّ الإشكال ليس من ناحية جواز رجوع المالك إلى أيّ واحدٍ منهما، فإنّه أمرٌ آخر متفرّع على البحث عن تعدّد الضمان وعدمه، بل الإشكال من ناحية أنّ مقتضى ظاهر قاعدة ضمان اليد المستفادة من حديث على اليد هو تعدّد الضمان وثبوت الشيء على عهدة كلّ آخذ على نحو الاستقلال، والضمان لا يقبل التكرار، وإلّا يلزم وجوب الأداء على كلّ آخذٍ مستقلاً، لأنّ المفروض أنّ كلّ آخذ

(١) القواعد الفقهية (الفاضل للكراني): ١: ١٥٠ - ١٥١.

يضمن بضمانٍ مستقلٍّ، ومن المعلوم أنّ عنوان الأداء - وهو ردّ الشيء أو ما يقابله عرفاً - ينتفي بمجرد أداء أحدهم ولا يعقل تكراره.

وثانياً: في تنظير المقام بالوجود الذهنيّ تأمل، فإنّ العين الشخصيّة الخارجيّة المتّصفّة بالوحدة يمتنع أن يوجد في الذهن، لأنّ الوحدة من الصفات القائمة بالوجود الخارجيّ، وحيثيّة ذاتها عين أنّها في الخارج، فيمتنع أنّ تحلّ الذهن حلول الماهيّات الحقيقيّة.

وثالثاً: لا يصحّ القول بأنّ الغايه فيما نحن فيه هو طبيعيّ الأداء، لأنّ طبيعيّ الشيء يتكرّر تحقّقه بتكرّر تحقّق أفرادهِ، فإنّ الوجود من الكلّي الطبيعيّ في كلّ فرد غير الموجود منه في فرد آخر بالعدد - كما حقّق في محلّه -، والأداء ليس كذلك، فإنّه يتحقّق بتحقّق أوّل فردٍ منه، وبعد تحقّقه ينتفي موضوعه ولا يمكن تكراره، كما هو واضح.

والتحقيق أن يقال: إنّ تعدّد العهدة لا ينافي وحدة ما في العهدة، والممنوع هو تعدّد ما في العهدة، وأمّا تعدّد العهدة فغير ممنوع.

بيان ذلك: أنّ ما في العهدة في المقام هو الواحد من الطبيعيّ، لا الطبيعيّ، أي أداء المأخوذ نفسه في صورة البقاء ومثله أو قيمته أو ما يقابله في الماليّة في صورة التلف مرّةً، وهذا أمرٌ لا تعدّد فيه، بل التعدّد غير متصوّر فيه، ولكن هذا الأمر الواحد ثابتٌ على عهدة كلّ آخذٍ بحيث يضمن كلّ منهم نفس ما يضمن الآخر، وهو الأداء مرّةً، والظاهر من حديث على اليد أنّ كلّ من أخذ الشيء يضمنه بضمانٍ مستقلٍّ تعييناً لا اشتراكاً، والضمان هو نفس العهدة، فلا يدلّ الحديث إلّا على تعدّد العهدة بتعدّد الآخذين، وأمّا ما في العهدة فلا يدلّ الحديث على تعدّده حتّى يقال: إنّهُ يستلزم تعدّد الأداء واغترامات كثيرة لشيءٍ واحد.

ونظيره المهر بالنسبة إلى الزوج والغارّ، فإنّ ما في العهدة - أي المضمون - أمرٌ

واحد هو المهر الواحد أو مثله أو قيمته، ولكن العهدة يتعدّد بلحاظ تعدّد المتعهد، بمعنى أنّ كلّ واحد منهما مكلف بأداء المهر الواحد أو بدله، وإذا أذاه واحد منهما سقط ما في العهدة وهو المهر الواحد، وإذا سقط ما في العهدة سقط عنوان العهدة وينتفي موضوع الضمان.

ونظيره أيضاً كفالة أزيد من واحد عن شخص واحد، فإنّ كلّاً منهم كفيل مستقلاً، وعلى عهدة كلّ واحد منهم احضار المكفول، فما في العهدة احضار المكفول مرّةً، وهو أمرٌ واحد يتحقّق باحضاره من أحد الكفلاء، وبعد احضاره ينتفي ما في العهدة وسقط موضوع الكفالة.

وأما جواز رجوع السابق إلى اللاحق فيما إذا رجع المالك إلى السابق واستوفى حقّه منه ولم يكن غاراً لللاحق أو لم يتلف المصوب عنده فأحسن الوجوه المذكورة في توجيهه ما ذكره المحقّق الخراساني من أنّه من الأحكام العقلية في موارد ثبوت الضمان، ولم يردع عنه الشارع، فاللازم حمل الإطلاق عليه، وهذا المقدار يكفي في الحكم بالجواز^(١).

المسألة الثانية: هل الحديث يشمل اليد المركّبة كما يشمل اليد المنفردة أم لا؟ ربّما يشكل في الشمول بأن يقال: إنّ يد كلّ منهما عارضيّ خالٍ عن الاستقلال، وإنّما المستقلّ هو المجموع المركّب، فلا يصدق على أحد منهما الاستيلاء وإثبات اليد حتّى يحكم بضمان.

ولكن التحقيق: أنّه يشملها، لما عرفت من أنّ الملاك في ثبوت الشيء على العهدة هو الاستيلاء، فلو استولى عليه أشخاص متعدّدة على نحو الاستقلال فيضمن كلّ شخص بضمان مستقلّ وتعدّد الضمان بتعدّد الاستيلاء، ولو استولى

(١) راجع حاشية المكاسب (للمحقّق الخراساني): ٨٣.

عليه المجموع المركب بحيث كان استيلاء كل منهما بانضمام الآخر فلم يتحقق إلا استيلاء واحد، فيثبت به ضمان واحد، غاية الأمر لما كان المستولي هو المجموع فيوزع الضمان عليهما ويصير كل منهما ضامناً للنصف.

المسألة الثالثة: هل القاعدة تشمل اليد المنضمة أم لا؟

قد عرفت أن المراد من اليد المنضمة هي اليد المجتمعة مع يد المالك بحيث يكون المجموع المركب من يد المالك ويد الأجنبي مستولياً على الشيء، بمعنى أنه لو ارتفعت يد المالك لم يكن للغاصب تسلط، ولو ارتفعت يد الغاصب لم يكن للمالك تسلط. مثاله ما إذا كان الشيء في موضع السقوط في بئر عميق، فأخذه المالك من جانبه والأجنبي من جانبه الآخر حتى يمنع من سقوطه، ولكن المالك لم يرض بأخذه الأجنبي بل رضى بأن يأخذه فرداً آخر، فكان الأجنبي غاصباً^(١)، وهذا الشيء ثقيل بحيث لو ارتفع الأجنبي يده عنه يسقط في البئر وترتفع يد المالك وكذلك لو ارتفع المالك يده عنه ترتفع يد الأجنبي. والكلام في أن هذا الشيء لو صادم أو هلك قبل السقوط فهل يضمن الأجنبي مع أنه لم يكن له اليد المستقلة حتى يشمل الحديث أم لا؟

التحقيق: أن المسألة في غاية الإعضال، والحكم فيها بالضمان مشكل نظراً إلى أن اليد الأجنبية وإن كان شأنها الضمان لو استقلت إلا أنها ليست مستولية على الشيء - لا كلاً، ولا بعضاً - حتى نحكم عليه بالضمان وندخلها تحت القاعدة، كما أن المجموع أيضاً ليس مستولياً عليه، لأنه لا معنى لضمان المالك، بخلاف اليد المركبة فإن للمجموع فيها استيلاء كامل يتحقق به اليد الكاملة، فالحديث لا يشملها وقاعدة البراءة تحكم بعدم الضمان.

(١) والمفروض أنه لم يقصد مساعدة المالك حتى يدخل تحت قاعدة الإحسان، بل قصد التصرف من دون إذن المالك.

وربما يقال: يحكم بضمان المجموع المركب، غاية الأمر أن لازمه التبعض على الأجزاء المركب والتبعض على أجزاء الشيء، فإذا لم يكن بعض أجزاء الشيء قابلاً لأن يضمن فذلك لا يمنع عن ثبوت الضمان بالنسبة إلى الآخر القابل لأن يضمن^(١).

ولكن يرد عليه: أنه إذا لم يكن بعض أجزاء الشيء قابلاً لأن يضمن فكيف يحكم بضمان المجموع المركب؟ ضرورة أن الحكم بضمان المجموع متوقف على كون أجزاء الشيء قابلاً لأن يضمن.

الجهة الرابعة: في موارد تطبيقها

معلوم أن «قاعدة على اليد ما أخذت حتى تؤدى» كانت من القواعد المختصة باب الضمان ويتفرع عليها فروع كثيرة في باب الضمان. وهذه الفروع وإن ذكرت في أبواب مختلفة من الفقه بمناسبة، إلا أنها تختص باب الضمان. وموارد تطبيق هذه القاعدة كثيرة جداً، ولكن الإشارة إلى بعض موارد كافي في حصول المطلوب.

١ - قال في تحرير الوسيلة: «لو قبض المشتري ما اتبعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضموناً عليه، بمعنى أنه يجب عليه أن يردّه إلى مالكه، ولو تلف - ولو باقة سماوية - يجب عليه ردّ عوضه من المثل أو القيمة»^(٢). ومدرّك الضمان هو قاعدة ضمان اليد.

٢ - لو كانت العين بيد البائع الفضولي ولم تتحقّق الإجازة من المالك يكون البائع ضامناً وعليه أن يردّه إلى المالك، بل للمالك الرجوع إليه بمنافعها المستوفاة وغير المستوفاة، وكذا لو تلفت العين قبل تسليمها إلى المشتري كان البائع ضامناً

(١) القواعد الفقهية (الفاضل للكراني) ١: ١٦٤.

(٢) تحرير الوسيلة ١: ٥٠٨.

وعليه أن يردّ بدلها إلى المالك. وذلك كلّ لقاعدة ضمان اليد.

٣- لو كان العين بيد البائع الفضولي وسلّمها إلى المشتري وهو إلى الآخر وتعاقدت أيادي متعدّدة عليها، وتلفت، يتخیر المالك في الرجوع بالبدل إلى أيّ منهم، لأنّ كلّ واحدٍ منهم ضامن على نحو الاستقلال بمقتضى قاعدة ضمان اليد.

٤- بعد تحقّق الإقالة وجب على من بيده المال ردّه إلى صاحبه، لقاعدة ضمان اليد.

٥- جاء في القانون المدنيّ المادّة (٣٠١): «كسى كه عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحقّ نبوده است دریافت کند ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند.»^(١). والدليل عليه قاعدة ضمان اليد.

٦- وجاء في المادّة (٣٠٣): «كسى كه مالى را من غير حق دریافت کرده است ضامن عين و منافع آن است، اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل»^(٢). وذلك لقاعدة ضمان اليد.

٧- وجاء في المادّة (٣١٠): «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید، و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد، و اگر به علّت دیگری ردّ عین ممکن نباشد باید بدل آن را بدهد»^(٣). وذلك أيضاً لقاعدة ضمان اليد.

٨- ما يأخذه الشخص لينظر فيه أو يضع عنده ليطلّع على خصوصيّاته

(١) من أخذ شيئاً لم يستحقّه - عمداً كان أو سهواً - عليه أن يردّه إلى مالكه.

(٢) من أخذ مالا لم يستحقّه فهو ضامن له عیناً ومنفعةً، سواء علم بعدم كونه مستحقّاً له أو لم يعلم.

(٣) على الغاصب أن يردّ عين المغضوب إلى مالكه، وإذا تلفت فعليه أن يردّ المثل أو القيمة. وإذا كان العين باقياً ولكنّه لم يتمكّن من ردّه إليه فعليه أن يردّ البدل.

لكي يشتريه إذا وافق نظره فهذا في ضمان آخذه، فلو تلف عنده ضمنه، لقاعدة ضمان اليد.

٩- إذا خاط شخص ثوبه بخيوط مغصوبة فللمالك إلزامه بنزعها وإن أدى إلى فساد الثوب، وإن ورد نقص على الخيط بسبب نزعها يجب على الغاصب تداركه، لقاعدة ضمان اليد.

١٠- لو حدث في المغصوب نقص وعيب وجب على الغاصب ردّ المغصوب وأرش النقصان، لقاعدة ضمان اليد.

القاعدة الثانية

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

ومن جملة القواعد المعروفة المشهورة قاعدة «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

وقبل الخوض في تحقيقها ينبغي تقديم أمور:

الأوّل: أنّ هذه القاعدة وإن كانت من القواعد المعروفة التي أطيل الكلام حولها، إلاّ أنّها ليست مورد نصّ من الكتاب أو السنّة، ولا معقد إجماع، بل هي ما اصطادها الفقهاء من الاستقراء فيما ورد من المعصومين عليهم السلام في موارد شتّى. ولأجل هذا أكثر الفقهاء أعرضوا عن البحث عن مفرداتها عدا الشيخ الأعظم الأنصاري حيث أطال الكلام فيها شرحاً ومدرکاً. ونحن أيضاً نقتدي به تحفظاً لأسلوبنا في البحث عن القواعد الفقهيّة حيث نبحت عن كلّ قاعدة في الجهات الثلاث غالباً، وأولى الجهات في البحث عن كلّ قاعدة هي البحث عن مفادها.

الثاني: الظاهر أنّ أوّل من تعرّض لهذه القاعدة وتمسّك بها هو الشيخ المحقّق الطوسي في كتاب المبسوط^(١)، ثمّ شاع الاستدلال بها بين المتأخّرين والمعاصرين. وأوّل من عبّر عنها تحت عنوان «قاعدة كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هو الشهيد الثاني^(٢)، وأوّل من عبّر عنها تحت عنوان «قاعدة كلّ

ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» هو صاحب الرياض^(١).

الثالث: أن هذه القاعدة من صغريات قاعدة الإقدام وقاعدة ضمان اليد كما سيأتي إن شاء الله. ولكن يبحث عنها مستقلاً لما فيها من الأهمية وتبعاً للباحثين عنها.

الرابع: أن هذه القاعدة تارة يعبر عنها بما جعلناه عنواناً في المقام، وهو «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده»^(٢). وأخرى يعبر عنها بـ «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده»^(٣).

والفرق بينهما في أن الأول أشمل من الثاني، لشموله الإيقاعات وما فيه شائبة الإيقاع؛ بخلاف الثاني، فإنه لا يشمل إلا العقود.

ولكن الصحيح - على ما هو التحقيق كما سيأتي - أن يقال في عنوان القاعدة: «كل ما يكون مضموناً بالصحيح يكون مضموناً بالفساد»، لأن القاعدة ترجع إلى أن الملاك في ثبوت عهدة شيء على شخص هو استيلاؤه عليه من دون إذن مالكة، سواء استولى عليه ويكون معقوداً عليه بالعقد أو الإيقاع الصحيح أو استولى عليه ويكون معقوداً عليه بالعقد أو الإيقاع الفاسد. والبحث عن القاعدة يقع في مقامات:

المقام الأول: في بيان مفادها

فنفول:

١ - (كل ما): وفي معنى كلمة «ما» وجوه:

الأول: أن يكون المراد منه المال المقبوض بعد العقد أو الإيقاع.

(١) رياض المسائل ١٤: ٤٤.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٦٢، رياض المسائل ١٤: ٤٤، جواهر الكلام ١٥: ٢٤٥.

(٣) جامع المقاصد ٥: ١٣٢، مسالك الأفهام ٣: ١٥٤، مجمع الفائدة ٨: ١٩٢.

الثاني: أن يكون المراد منه العقد.

الثالث: أن يكون المراد منه العقد والإيقاع.

والصحيح أن يكون المراد منه - بحسب الأدلة - المال، فيكون معنا قولهم: «ما يضمن» كل ما يكون مضموناً ويستقر في العهدة، ضرورة أنه إن كان المراد منه أحد الاحتمالين الأخيرين ينبغي أن يعبر عن القاعدة بـ «أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» أي: كل عقد أو إيقاع يوجب الضمان بتحقيقه صحيحاً يوجب الضمان بتحقيقه فاسداً. وبتعبير آخر: كل عقد أو إيقاع إما يوجب الضمان وإما لا يوجبه، فإذا أوجب الضمان فيوجبه صحيحاً كان أو فاسداً، وإذا لم يوجبه فلا يوجبه، صحيحاً كان أو فاسداً. ولكن قراءة كلمة «يضمن» مشددة غير متعارفة. مضافاً إلى أن العقد أو الإيقاع بنفسه لا يوجب استقرار الشيء في العهدة، فإن الملاك كله في الضمان واستقرار الشيء في العهدة هو الاستيلاء على مال الغير من دون إذن مالكة، غاية الأمر أن العقد أو الإيقاع قد يصير داعياً إلى الاستيلاء. وهذا ما يظهر من كلمات الفقهاء.

قال الشيخ في المبسوط: «إذا رهن رجل عند غيره شيئاً بدين إلى شهر على أنه لم يقبض إلى محله كان بيعاً منه بالدين الذي عليه لم يصح الرهن، ولا البيع إجماعاً، لأن الرهن موقت والبيع متعلق بزمان مستقبل. فإن هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضموناً، لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه، فكيف فاسده؟ وبعد الأجل فهو مضمون عليه، لأنه في يده بيع فاسد، والبيع الصحيح والفساد مضمون عليه إجماعاً»^(١). ومراده من الرهن هنا هو المرهون، فإن الرهن كثيراً يستعمل في كلمات الفقهاء في المرهون، كما أن كلمة القبض كثيراً يستعمل

في المقبوض.

قال العلامة في التذكرة: «لو وكله في قبض دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يد الوكيل فقد أساء الوكيل بقبض الرهن وأخذه، حيث لم يأمره المالك، ولا ضمان عليه في الرهن لأنّه رهن فاسد، والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح، فكل قبض صحيح كان مضموناً عليه فالفاسد فيه يكون مضموناً، وما لا يكون صحيحه مضموناً لا يكون فاسده مضموناً»^(١).

وقال يحيى بن سعيد الحلّي: «إذا ظهرت الثمرة وبدا صلاحها... جاز بيعها. فإن لم يبد صلاحها وضمّ إليه متاعاً أو باعها سنتين فصاعداً أو شرط القطع فكذا ذلك. وإن اطلقا البيع أو شرطاً البقاء من دون ذلك فالبيع فاسد... وإذا قلنا بفاسده وقبضه المشتري فهو مضمون عليه ولا ضمان عليه قبل قبضه في الصحيح والفاسد»^(٢).

وقال ابن البرّاج: «كلّ مقبوض عن بيع فاسد لا يملك بالبيع الفاسد ولا ينقل به الملك بالعقد، فإن وقع القبض لم يملك به أيضاً، وإذا لم يملك كان مضموناً»^(٣). وبالجملّة: فالظاهر من كلمات الفقهاء من القدماء بل المصرّح به أنّ المراد من كلمة «ما» الموصولة هو المال المقبوض بعد العقد أو الإيقاع، وليس في كلماتهم من تفسيره بالعقد أو الإيقاع عين ولا أثر. بل أوّل من فسّره بالعقد وعبر عن القاعدة بكلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده هو المحقّق الثاني، وتبعه على ذلك بعض من تأخّر عنه وصارت مشهورة كذلك.

قال المحقّق الثاني: «ومن الأصول المقرّرة أنّ كلّ عقد يترتب على صحيحه ضمان العين المقبوضة به على القابض، على معنى أنّها لو تلفت كان تلفها منه

(١) تذكرة الفقهاء (الطبعة القديمة) ٢: ١٤٢.

(٢) الجامع للشرايع: ٢٦٤.

(٣) المهذب ١: ٤٣٩.

يضمن بفاسده، وكلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»^(١).

وقال في موضع آخر: «ولو شرط كون الرهن مبيعاً عند تعذر الأداء بعد الحلول بطلا، فإن تلف قبل مدّة الحلول لم يضمن، ولو تلف بعدها ضمن. أمّا بطلانها: فلأنّ البيع مشروط بمضيّ زمان، وأمّا الرهن فلاّنه مؤقّت. وأمّا الضمان بالتلف بعد الحلول لا قبله: فللفرق بأنّه بعد الحلول مبيع فاسد، فيكون مضموناً، لأنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ولأنّ الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى... وقبله رهن فاسد، وكلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»^(٢). وأنت خير بأنّ ما أفاده فاسد والتعبير عن القاعدة بما ذكره باطل، ضرورة أنّ العقد أو الإيقاع إنّما يوجب حصول الملكية فقط، وأمّا الضمان فالسبب الوحيد له هو الاستيلاء على المال. مضافاً إلى أنه ليس من هذا التعبير في كلام القدماء عين ولا أثر.

والحاصل: أنّ الصواب أن يكون المراد من ما الموصولة هو المال المقبوض بعد العقد أو الإيقاع، ولا دخل لنفس الإيقاع أو العقد في أصل القاعدة، بل إنّما يكونان داعيين للاستيلاء الذي هو موضوع الضمان.

ثمّ إنّ بناءً على ما أفاد المحقّق الثاني في تفسير القاعدة وتبعه كثير ممّن تأخّر عنه وقّع الكلام في أنّ هذه الكلّيّة - سواء كان عنوان القاعدة (كلّ ما يضمن) أو كان (كلّ عقد يضمن) - هل هي باعتبار الأنواع أو باعتبار الأصناف أو باعتبار الأشخاص؟

الظاهر من كلام الشيخ الأنصاريّ أنّه باعتبار الأعمّ من الأنواع والأصناف، فإنّه قال: «ثمّ العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفرادها مثل

(١) رسائل الكركي ١: ١٨٩.

(٢) جامع المقاصد ٥: ١٣٢.

البيع والصلح والإجارة ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنما المقتضي له بعض أصنافه...»^(١).

والحق هو الأخير، وذهب إليه الأكثر. منهم المحقق النائيني في منية الطالب^(٢) والمحقق البجنوردي في القواعد الفقهية^(٣). ومنهم السيد المحقق الإمام الخميني، حيث تعرض للمسألة وحققها بما لا مزيد عليه، فإنه قال - ما محصله -: «الظاهر من قولهم: (كل عقد) هو العموم للأفراد كالأشياء والنظائر، فإن العقود بحسب المتعارف تارة يراد بها الأفراد، وهو الظاهر ابتداءً، ومع قيام قرينة على عدم إرادتها تحمل لدي العرف على الأنواع؛ وأما الحمل على الأصناف يحتاج إلى دليل.

والظاهر من كلام الشيخ الأعظم الأنصاري أنه باعتبار الأعم من النوع والصنف. ولكن فيه: أولاً: أنه خلاف الظاهر، ضرورة أن الظاهر من (كل عقد) خصوص التكرير للأفراد، فإن العقد عبارة عن نفس الطبيعة، والألفاظ الدالة على الكثرة تكثرها، ولا دلالة فيها على النوع والصنف وكثرتهما. ولو منعه مانع عنه يحمل على الأنواعي منه عرفاً.

ثانياً: أنه يلزم تكثر الحكم وتكرره في مورد واحد بحسب أنه فرد باعتبار وصنف باعتبار آخر ونوع باعتبار ثالث.

وثالثاً: يلزم وقوع التعارض بين أصل القاعدة وعكسها في مثل عارية الذهب والفضة والصلح المعوض، لأن مقتضى شمول الصنف ضمان الفاسد منه، ومقتضى شمول النوع عدم الضمان، فيدخل الفرد باعتبار الصنف في الأصل وباعتبار النوع في العكس، فيتعارض الحكمان.

(٢) منية الطالب ١: ٢٦٩ و ٢٧٣.

(١) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ١٨٥.

(٣) القواعد الفقهية ٢: ٩٥.

وأما المحقق النائيني وإن رجَّح العمومَ الأفراديَّ ولكن في تعليقه بأنَّ الحكم فيها كجميع القضايا الحقيقية مرَّتب على فرض وجود الموضوع^(١)، نظرًا، لأنَّ مقتضى القضية الحقيقية ليس إلَّا فرض وجود أفراد الطبيعة، لا فرض فردٍ منها مقام فردٍ آخر، مع أنَّه يلزم لغوِّ القاعدة، لأنَّ الفرد الصحيح لا يمكن أن يتحقَّق فاسدًا، والفرض لا يوجب الضمان.

اللَّهمَّ إلَّا أن يقال: إنَّ كلَّ عقدٍ فاسدٍ لو فرض أنَّه صحيح ويضمن، كان هو كذلك، وبالعكس. ولكنَّه مخالف لظاهر القاعدة.

ويمكن أن يقال: إنَّ هذه القاعدة قضيةٌ شرطيةٌ متَّصلة. ومفادها إمَّا الإخبار عن الملازمة بين المقدَّم والتالي، وإمَّا إيقاع الملازمة أو إيقاع الضمان في الفاسد على فرض الضمان في الصحيح.

فحينئذٍ إمَّا أن تكون إخباراً، أو إنشاءً للملازمة بين الأفراد الفعلية من الصحيح والفساد، ولازمه أن لا يكون في العقد الفاسد ضمان إلَّا أن يوجد عقد صحيح فيه الضمان، وهو كما ترى.

وإمَّا أن يكون على الفرض والتقدير، كما هو قضية القضايا الشرطية، فيراد بها أنَّ كلَّ عقدٍ لو فرض أنَّه موجود في الخارج صحيحاً وكان فيه الضمان، لو فرض موجود فيه فاسداً يكون فيه الضمان.

فحينئذٍ يمكن الأخذ بظهور الصدر في العموم الأفرادي، فيقال: كلَّ فرد لو وجد في الخارج وكان صحيحاً وفيه الضمان، لو وجد في الخارج فاسداً فكذلك^(٢). انتهى ملخصاً.

وممَّا ذكر يظهر أنَّه لا فرق بين العقد اللازم والعقد الجائز.

(٢) كتاب البيع (الإمام الخميني) ١: ٣٩٨ - ٤٠١.

(١) منية الطالب ١: ٢٦٩.

٢- (يضمن)

الظاهر أنَّ معنى الضمان في قولهم: «يضمن بصحيحه» وقولهم: «يضمن بفساده» واحد، ولا تفكيك بينهما، وهو ثبوت الشيء في ضمن العهدة. وقد ذكر في تصحيح عدم التفكيك وجوه. أحسنها ما ذكره المحقق الأصفهاني. وحاصله: «أنَّ معنى الضمان كون الشيء في ضمن العهدة، إذ ليس معنى هذه المادة إلاَّ ما يفيد في ضمن شيء، وإذا نسب إلى الشخص فمعناه أنَّه في ضمن عهده.

وهذا المعنى قد يكون بتسبيب من الشخص كما في عقد الضمان، حتَّى ضمان النفس كما في المعاوضات، لتعهد كلِّ منهما والتزامه بأخذ المال بدله، وقد يكون بجعل الشارع أو العرف كما في الغرامات الشرعيَّة أو العرفيَّة. والعهدة لها آثار تكليفيَّة ووضعيَّة، ولكن لا يختلف أصل المعنى باختلافها، ففي ضمان المعاوضة وضمان التكفُّل وضمان التَّغريم جامعُ ضمن العهدة موجود، والاختلاف في بعض الخصوصيات»^(١). انتهى ملخَّص كلامه.

ويؤيِّده أنَّ كون الشيء في العهدة هو المتفاهم العرفيُّ من الضمان، بل هو المناسب لمعناه اللغوي. قال في قاموس اللغة: «وما جعلته في وعاءٍ فقد ضمَّنته إيَّاه»^(٢). وقال في معجم مقاييس اللغة: «الضاد والميم والنون أصلٌ صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، وإنَّ الكفالة تسمَّى ضمناً من هذا القبيل»^(٣).

والحاصل: أنَّ ضمان الشيء في الصحيح والفساد هو ثبوته في ضمن عهدة المستولي عليه، غاية الأمر في الصحيح حيث إنَّ المتعاملين عيِّنا ضمان كلِّ واحد من العوضين في عهدة صاحبه والتزما بذلك وأمضى الشارع هذه المعاوضة

(٢) القاموس المحيط ٤: ٢٤٣.

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١: ٣٠٧.

(٣) معجم مقاييس اللغة ٣: ٣٧٢.

والالتزام من الطرفين فيكون ما في العهدة هو المسمى الذي التزم به، لوجوب الوفاء بذلك الالتزام على كلّ منهما، وأمّا في الفاسد فحيث إنّ الشارع لم يمتص تلك المعاوضة والالتزام الذي التزم به الطرفان فلا يجب الوفاء به، ولا يبقى مجال لضمان المسمى، بل يكون ما في العهدة هو العين فيما إذا كانت باقيةً والمثل أو القيمة أو ما يقابلها في المالية فيما إذا تلفت.

ومن هنا يظهر أنّ الملاك كلّ في الشيء في العهدة هو استيلاء كلّ من المتعاملين على مال الآخر، غاية الأمر أنّ في الصحيح يحصل الاستيلاء بمجرد العقد أو الإيقاع، فيكون البائع مثلاً ضامناً للمبيع بمجرد العقد إلى أن يقبضه المشتري، كما يكون المشتري ضامناً للثمن بمجرد العقد إلى أن يقبضه البائع، وأمّا في الفاسد يحصل الاستيلاء بعد العقد والقبض، فيكون البائع - مثلاً - ضامناً للثمن الذي قبضه بعد العقد الفاسد كما يكون المشتري ضامناً للمبيع الذي قبضه بعد العقد الفاسد.

وعلى أيّ حال فالضمان معناه في المقامين واحد، وهو كون الشيء في العهدة، غاية الأمر يكون ما في العهدة في الصحيح هو المسمى بمجرد العقد أو الإيقاع، وفي الفاسد هو العين أو المثل أو القيمة أو ما يقابلها بعد القبض.

٣- (الباء)

إنّ (الباء) في قولهم: «بصحيحه» و«بفاسده» هل للسببية التامة، أو لمطلق الاقتضاء والسببية المطلقة، أو للظرفية؟

أمّا السببية التامة: فبطلانه واضح، ضرورة أنّ العقد أو الإيقاع لا يؤثر في الضمان حتّى في الصحيح فضلاً عن الفاسد، لأنّ مجرد العقد أو الإيقاع إنّما يؤثر في حصول الملكية، بل السبب الوحيد للضمان هو الاستيلاء على مال الغير، ولهذا لو كان المعوّض بيد المشتري قبل العقد فبمجرد العقد لا يصير البائع ضامناً.

وأما مطلق الاقتضاء: فهو متفرّع على القول بأنّ العقد بما هو عقد لا يكون تمام السبب للضمان كما أنّ الاستيلاء ليس تمام السبب له، بل كلّ منهما جزء السبب، فالعقد الصحيح مع القبض سبب للضمان، وفي الفاسد أيضاً يكون العقد جزء السبب والاستيلاء جزؤه الآخر.

والتحقيق كما مرّ وسيأتي أيضاً أنّ تمام السبب للضمان هو الاستيلاء على ما الغير، وأما العقد أو الإيقاع إنّما يؤثر في حصول الملكية الإنشائية. وعليه، فتكون الباء في المقام للظرفية الزمانية، بمعنى: أنّ كلّ مال يستولي عليه الغير ويكون مضموناً عليه بعد العقد أو الإيقاع الصحيح يكون أيضاً مضموناً عليه بعد العقد أو الإيقاع الفاسد، لوجود ملاك الضمان في كلتا صورتين، وهو الاستيلاء على مال الغير أو إقدام المتعاملين على الضمان.

ومن هنا يظهر فساد القول بأن الباء في المقام للسببية التامة، كما هو ظاهر بعض عبارات جامع المقاصد^(١)، كما مرّ.

ويظهر أيضاً فساد القول بأنّها للسببية المطلقة، كما هو ظاهر بلغة الفقيه^(٢).

٤ - (الصحيح والفاسد)

والمراد من الصحيح هو تامّ الأجزاء والشرائط، كما أنّ المراد من الفاسد هو ناقص الأجزاء والشرائط. فالفساد قد يكون من جهة فوات شرائط العقد أو الإيقاع، وقد يكون من جهة فوات شرائط المتعاقدين، وقد يكون من جهة فوات شرائط العوضين.

إذا عرفت مفاد هذه المفردات فيتّضح مفاد القاعدة، وهو: أنّ كلّ مال يستولي عليه الغير ويكون مضموناً عليه في العقد أو الإيقاع الصحيح، يكون مضموناً عليه

(٢) بلغة الفقيه ١: ٦٧.

(١) جامع المقاصد ٥: ١٣٢.

في العقد أو الإيقاع الفاسد.

ومن هنا يظهر أنّ هذه القاعدة من صغريات قاعدة ضمان اليد وقاعدة الإقدام، كما سيأتي إن شاء الله.

المقام الثاني: في مدركها

استدلّ عليها بوجوه:

الأوّل: قاعدة الإقدام

وتقريب الاستدلال بها أنّ المتعاملين أقداً على الضمان، وكلّ من أقدم على الضمان فهو مستقرّ عليه، فالضمان مستقرّ على المتعاملين.

وهذا ما استفيد من كلام شيخ الطائفة في المبسوط^(١) والشهيد في المسالك^(٢).

قال الشيخ الأعظم الأنصاري في كتاب المكاسب: «ثم إنّ المدرك لهذه الكلّيّة على ما ذكره في المسالك - في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل - هو إقدام الآخذ على الضمان. والظاهر أنّه تبع في الاستدلال بالإقدام الشيخ في المبسوط حيث علّل الضمان في موارد كثيرة من البيع والإجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمستى، فإذا لم يسلم له المستى رجع إلى المثل أو القيمة»^(٣).

مناقشة الشيخ الأنصاري ودفعه

ثم ناقش الشيخ الأنصاري فيه بوجهين:

الأوّل: أنّهما أقداً وتراضياً وتواطئاً بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ، وهو

(٢) مسالك الأفهام ٤: ٥٦.

(١) المبسوط ٢: ١٤٩ و ٣: ٦٨، ٨٥، ٨٩.

(٣) المكاسب ٣: ١٨٨.

ضمان المسمّى، لا الضمان بالمثل والقيمة، فما أقدماء عليه لم يُمضه الشارع؛ ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتّى يتقوّم بخصيصيّة أخرى، فبعد عدم إمضاء الشارع ذلك الإقدام على الضمان الخاص لا يبقى إقدام آخر حتّى يصدق أنّهما أقدماء عليه، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت فقد ثبت بدليل خاص، لا بقاعدة الإقدام.

الثاني: أنّ مورد التعليل بالإقدام أعمّ من وجه من المدعى، لأنّه قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما قبل القبض، وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع كون ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: (بعتك بلا ثمن) و(آجرتك بلا أجره)^(١). أقول: التحقيق عدم ورود الوجهين:

أمّا الأوّل: فلاّنه لو كان مراد شيخ الطائفة من إقدام الآخذ على الضمان هو إقدامه على ضمان المسمّى - كما يشعر به ظاهر تعليله الضمان بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى - فللمناقشة فيه بما ذكر مجال. وأمّا لو كان مراده من الإقدام على الضمان هو إقدام كلّ واحد من المتعاقدين في العقد ومصبّه في غيره على كون مقدار ماليّة مال الآخر في ضمن عهده وذمّته - كما هو معنى الضمان -، ولا يفرغ إلّا برّد عوضه المسمّى لو حصل تراضٍ شرعيّ على المسمّى، أو برّده إلى صاحبه إمّا بعينه أو بمثله أو بقيمته لو لم يكن في البين تراضٍ شرعيّ على المسمّى، فلا مجال - حينئذٍ - للمناقشة فيه بما ذكره، كما هو واضح.

ولا يبعد أن يكون هذا هو مراد شيخ الطائفة كما يشعر به كلامه في فصل تفريق الصفة من البيع، حيث قال: «وإنّما وجب الضمان عليه، لأنّه أخذ الشيء

بعوض، فإذا لم يسلم العوض المسمى وجب عوض المثل لما تلف في يده»^(١). فالمسمى إنما يذكر لأنّ المفروض أنّه كان في البين تراض شرعيّ عليه، لا أن يكون له موضوعيّة خاصّة حتّى مع فساد العقد، ضرورة أنّ إثبات موضوعيّة ذلك يحتاج إلى دليل معتبر.

لا يقال: إنّ الإقدام التزام نفسانيّ قائم بين المتعاملين على حفظ مائيّة مال الآخر، وهذا ليس سبباً للضمان إلّا بعد القبض والاستيلاء، فالإقدام لا يكون سبباً مستقلاً للضمان حتّى يستند به المقام.

فإنّه يقال: إنّ بعد التتبع في كلمات الأصحاب وموارد استنادهم بقاعدة الإقدام يظهر أنّ الإقدام هو الاجترار على عمل ليس فيه إلّا تضرّر المجترّ. وهذا المعنى هو ما يساعد عليه اللغة^(٢). فيقال: «أقدمت الزوجة على إسقاط نفقتها بالنشوز» أي: اجترأت وأقبلت تضرّر نفسها بترك إطاعة الزوج؛ أو يقال: «أقدمت الزوجة على إبطال مهرها بارتدادها قبل الدخول» أي: اجترأت على الارتداد قبل الدخول الذي يستتبع تضرّر نفسها من إبطال مهرها؛ أو يقال: «أقدم الغاصب على إتلاف ماله بصرفه في المغصوب» أي: اجترأ الغاصب على صرف ماله في المغصوب الذي يتبعه تضرّر نفسه.

فيظهر من كلماتهم أنّ الإقدام ليس مجرد الاجترار النفسانيّ على تضرّر، ضرورة أنّه ليس منشأً لأثر، بل المراد منه الاجترار العمليّ الذي يتبعه قبول التضرّر. وهذا الاجترار يختلف باختلاف عمل كان أثره تضرّر العامل. فالاجترار على إبطال المهر يحصل بالارتداد قبل الدخول، والاجترار على تضرّر الغاصب يحصل بإعطاء أجرة ردّ المغصوب. وأمّا الإقدام المعاوضيّ واجترار المتعاملين

(١) المبسوط ٢: ١٤٩.

(٢) لسان العرب ١٢: ٤٦٧.

على كون مقدار مالية مال الآخر في ضمن عهدهما أو اجترائهما على حفظ مالية مال الآخر لا يحصل إلا بعد تحقق أركان المعاوضة، وهي العقد والقبض، فإنَّ اجترائهما على حفظ مالية مال الآخر الذي يستتبع تضرُّرهما يتوقَّف على استيلاء كلٍّ منهما على مال الآخر بعد العقد، ضرورة أنَّ البايع - مثلاً - لا يتمكَّن من الاجتراء على حفظ مالية مال المشتري إلا بعد قبض ماله، كما أنَّ الفاسب لا يتمكَّن من الاجتراء على صرف ماله في المغصوب إلا بعد استيلائه على المال المغصوب. فالقبض والاستيلاء من مقومات الإقدام المعاوضي.

ومن هنا يظهر فساد ما ذكره السيّد المحقِّق الخوئي جواباً عن الشيخ الأعظم الأنصاري، حيث قال: «إنَّ الإقدام في نفسه ليس علّة تامة للضمان لكي يدور الضمان مدار الإقدام وجوداً وعدماً، وإنّما هو متمم لسبب الضمان الذي هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسلُّط من المالك مجّاناً»^(١)

وأما الثاني: فلعدم ورود النقوض. أمّا ما ذكره من عدم الضمان في بعض موارد الإقدام، كتلف المبيع قبل القبض، فلما سيأتي من خروجه من تحت القاعدة تخصيصاً، فإنَّ قاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه قاعدة تعبدية صرفة، وتختصّ بالمبيع فقط.

وأما تحقُّق الضمان مع اشتراطه على البايع، فأجيب عنه بأنّه: لا صلة له بما نحن فيه، لأنَّ المشتري قد أقدم على ضمان المسمّى من جهة البيع، غاية الأمر أنّه شرط على البايع ضماناً من دون سبب يقتضيه، وعليه فإن قلنا بفساد هذا الشرط مع إفساده أو عدمه أو قلنا بصحّته كان ذلك خارج عما أراد المصنّف من ثبوت الضمان بلا إقدام^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ٣: ٩٦.

(٢) مصباح الفقاهة ٣: ٩٧.

وأما البيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر فلائهما خارجان ممّا نحن فيه، لأنّهما ليسا بيعاً ولا إجارةً، غاية الأمر أنّهما انشأنا بلفظي البيع والإجارة، فهما خارجان من القاعدة موضوعاً.

وبالجملة: فلا ريب في أنّ قاعدة الإقدام تشمل قاعدة ما يضمن، وأنّ هذه القاعدة من صغرياتها، وعلى فرض ثبوت قاعدة الإقدام فكانت مدرّكاً لقاعدة ما يضمن.

وأما البحث التفصيلي عن قاعدة الإقدام ومدرّكها فيأتي في المرحلة الثانية إن شاء الله.

الثاني: قاعدة على اليد

وتقريب الاستدلال بها واضح بعد ما مرّ في القاعدة الأولى من هذا الباب من أنّ مطلق الاستيلاء على ما للغير - سواء كان الاستيلاء عدوانياً أو غير عدواني، وسواء كان بالعقد والإيقاع الصحيحين أو بالعقد والإيقاع الفاسدين بتوهم أنّهما صحيحان - سببٌ لثبوته في عهدة المستولي وفي ذمّته، فلا بدّ من الفراغ، ولا يفرغ إلّا برّد عوضه المسمّى إن كان في البين تراضٍ شرعيّ عليه أو برّدّه إلى صاحبه إمّا بعينه أو بمثله أو بقيمته إن لم يكن في البين تراضٍ شرعيّ. فما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، لوجود ملاك الضمان - وهو الاستيلاء على ما للغير - فيهما.

الثالث: قاعدة الاحترام

وهذه القاعدة من القواعد الفقهية العقلائية المقرّرة عند الشارع. ويدلّ عليها أمور - كما يأتي تفصيلها في المرحلة الثانية - . منها موثقة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال رسول الله ﷺ: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل

لحمه معصية، وحرمة ماله كحرمة دمه»^(١).

والظاهر أنّ «الحرمة» معناه عدم الانتهاك وعدم الهدر، فدلّت الرواية على أنّ مال المؤمن محترم غير مهذور، كما أنّ دمه محترم غير مهذور. ومقتضى عموم التنزيل والتشبيه أنّ كلّ احترام ثبت لدمه كان ثابتاً لماله، فكما أنّ احترام دمه بعدم إراقته ضياعاً وهدراً فكذلك احترام ماله بعدم انتهاكه وعدم هدره.

وتقريب الاستدلال بأنّ عدم ثبوت الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد يلازم هتك مال المؤمن وهدره، وكلّما يلازم هتك ماله غير مسموع، لأنّ مال المؤمن محترم غير مهذور كما أنّ دمه محترم غير مهذور، فالقول بعدم ثبوت الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد غير مسموع.

لا يقال^(٢): إنّ الظاهر أنّ احترام المال ليس لحيثية ماليته القائمة بذات المال المقتضية لتداركه، بل لحيثية اضافته إلى المسلم، لأنّ الظاهر أنّ الحيثية المأخوذة في موضوع الحكم تقييدية، فيكون الاحترام بلحاظ رعاية مالكية المسلم وسلطانه على المال، ورعايتهما لا تقتضي إلّا عدم التصرف فيه بلا رضاه، لا تدارك ماليته، فإنّه راجع إلى حيثية ماليته، لا ملكيته للمسلم.

لأنّه يقال^(٣): إنّ كون الحيثية تقييدية لا يقتضي أن يكون الحكم للقيّد لا للمقيّد، بل يقتضي أن يكون للمقيّد بما هو كذلك، فمال المؤمن بما أنّه ماله حرمة كحرمة دمه، لا سلطان المؤمن على ماله حرمة كذا.

فالمال بذاته ساقط الإضافة لا احترام له، وأمّا المال المضاف إلى المؤمن محترم لا يذهب هدرًا، فالاحترام للمال المضاف بحسب صريح الرواية،

(١) وسائل الشيعة ٨: ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة من كتاب الحجّ، الحديث ٣.

(٢) كما قال به المحقّق الأصفهاني في حاشيته على المكاسب ١: ٣٢٢.

(٣) كما قال به السيّد الإمام الخميني في كتاب البيع ١: ٤١٨.

لا لإضافة المؤمن إليه ولو كانت هي منشأً له.

ويؤيده تمثيل حرمة ماله بحرمة دمه.

ثم إنَّ السَّيِّدَ الْمُحَقِّقَ الْخَوِيِّ ناقش في الاستدلال بدليل حرمة مال المؤمن

من وجهين:

الأوّل: أنَّ هذه الجملة الشريفة «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» لا تدلّ إلّا على الحكم التكليفيّ، وهو حرمة التصرف في مال المؤمن، فإنَّ المراد من كلمة «الحرمة» هو مقابل الحلّ، لا بمعنى الاحترام لكي يدلّ على الحكم الوضعي.

الثاني: أنَّ هذه الجملة المباركة - لو دلّت على الضمان - فإنّما تدلّ على الضمان في فرض الإتلاف، دون التلف، إذ لم يتوهّم عاقل أنّه إذا تلف مال مؤمن بآفة سماويّة ضمن به سائر المؤمنين، وعليه فيكون الدليل أخصّ من المدّعى^(١).

أمّا الأوّل: فيرد عليه أنّ الظاهر من إضافة «الحرمة» إلى المال والأعيان الخارجيّة هو مقابل الانتهاك والضياع. ويشهد له استعمالها في عدم الانتهاك في كثير من الروايات، كقوله ﷺ: «حرمة الجار على الجار كحرمة أمّه»^(٢) و«شهر رمضان... له حقّ وحرمة»^(٣) و«حرمة النبي ﷺ والمؤمن أعظم من حرمة البيت»^(٤) و«لكلّ شيء حرمة وحرمة البهائم...»^(٥) وغيرها من الموارد الكثيرة التي استعملت فيها لفظة «الحرمة» في عدم الانتهاك وعدم الضياع؛ كما أنّ الظاهر من إضافتها إلى الأفعال هو مقابل الحلّ بمعنى الحرمة التكليفيّة. فالمراد من كلمة «الحرمة» في قوله ﷺ: «حرمة ماله كحرمة دمه» هو مقابل الانتهاك وبمعنى الاحترام، وهو لا يناسب بيان مجرّد حرمة التصرف في ماله، بل يناسب

(١) مصباح الفقاهة ٣: ٩١. (٢) مستدرک وسائل الشيعة ٨: ٤٢٢.

(٣) وسائل الشيعة ٥: ١٧٥، الباب ٢ من أبواب نافلة شهر رمضان، الحديث ٧.

(٤) وسائل الشيعة ١٠: ٤٢٢، الباب ٧٦ من أبواب المزار، الحديث ٣.

(٥) وسائل الشيعة ٨: ٣٥٣، الباب ١٠ من أبواب أحكام الدواب، الحديث ٤.

تعظيم المؤمنين بعدم ضياع ماله، وهذا يقتضي ضمانه إمّا بالمثل أو القيمة وإمّا بعوضه المسمّى.

وأما الثاني: فهو متين، ولكن لا لما ذكره، ضرورة أنّ مال المؤمن لو تلف بآفة سماوية - مثلاً - ولم يكن تحت استيلاء مؤمن آخر فليس فيه ضمان، ولكنّه خارج عن محلّ البحث موضوعاً، فإنّ الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد الذي وقع تحت يد البائع أو المشتري من دون إذن الشارع أو المالك، ومجرّد الاستيلاء غير المأذون على مال الغير كافٍ في حكم العقل والنقل بالضمان. بل لأنّ هتك حرمة الشيء من الأعمال القصدية، فلا يتحقّق الهتك وهدر المال إلّا إذا قصد الشخص هلاكه وضياعه، وهذا إنّما يصدق في الإتلاف لا في التلف، فيكون الدليل أخصّ من المدّعى.

الرابع: سيرة العقلاء

وهذا ما أفاده بعض المحقّقين من المعاصرين وقرّره بأنّ سيرة العقلاء وطريقتهم على الضمان في العقود الفاسدة إذا كان صحيحها موجباً للضمان، وحيث إنّ الظاهر أنّ هذه السيرة تستمرّ إلى زمن الشارع ولم يردع عنه فهي حجة معتبرة^(١).

الخامس: الإجماع

وهذا ما استدلّ به المحقّق المراغي - صاحب العناوين -، حيث قال: «وثانيها: الإجماع المحصّل من تتبّع كلام الأصحاب في هذه الأبواب حيث يحكمون في كلّ موضع يفسد فيه عقد المعاوضة بتمن المثل وأجرة المثل ومهر المثل كما لا يخفى؛ مع حكاية الإجماع على ذلك في كلامهم نقلاً مستفيضاً بل

(١) القواعد الفقهية (المكارم الشيرازي) ٢: ٢١٧.

متواتراً على اختلاف في المورد في الجملة»^(١). وتبعه صاحب بلغة الفقيه^(٢). واستظهر المحقق الفقيه الهمداني أيضاً الإجماع من كلمات ابن إدريس في السرائر، فراجع^(٣).

ولكن أنت خير بأنّ تحصيل الإجماع في المقام مشكلاً جداً، وأمّا المنقول منه فإن لم يكن مستنداً إلى أدلة الضمانات يمكن الاستدلال به على المطلوب، وإلا فيكون من الإجماعات المدركية التي لا تكون دليلاً مستقلاً حتى يستدلّ به. ولا يبعد دعوى عدم كونه مستنداً إليها.

المقام الثالث: في ما يتوهم من النقوض

قد يتوهم أنّ قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» ينتقض بأمور:
النقض الأول: النكاح الدائم والمتعة الفاسدين، فإنّ الزوج لا يضمن المهر إذا كان جاهلاً بفساد العقد وكانت الزوجة عالمةً به، مع أنّهما لو كانا صحيحين يوجبان الضمان، وبهذا ينتقض كلیّة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» حيث لا ضمان في فاسدهما مع أنّ الصحيح منهما يوجب الضمان.
أجاب عنه المحقق النائيني بوجهين:

أحدهما: أنّ مجرى القاعدة العقود المعاوضيّة التي يقع العوض فيها تحت اليد، وما نحن فيه من مورد النقض ليس كذلك، فهو خارج عن مورد القاعدة موضوعاً. ثانيهما: أنّ عدم الضمان في هذا المورد للدليل الخارجي وكونها بغياً، وهذا لا ينافي اقتضاء العقد للضمان في حدّ ذاته، ولذا لو كانت المرأة أيضاً جاهلة بالفساد فلها حقّ على الزوج^(٤).

(٢) بلغة الفقيه ١: ٧٨.

(١) العناوين ٢: ٤٦٠.

(٤) منية الطالب ١: ٢٧١.

(٣) حاشية المكاسب (الفقيه الهمداني): ٦١.

وناقش فيهما المحقق البجنوردي:

أما الأول: فلأن ظاهر قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» عامٌ يشمل كلَّ عقد، سواء كان من العقود المعاوضيّة أو لم يكن.

وأما الثاني: فلأن ظاهر القاعدة أن كلَّ عقد صحيح فيه الضمان ففي فاسده بالفعل ضمان، لا أن في فاسده اقتضاء الضمان إلا أن يأتي دليل على عدمه^(١).

أقول: إن مناقشته في الوجه الأول متينة ولا يمكن التفصي عنها.

وأما مناقشته في الوجه الثاني ففيها: أن ظاهر القاعدة - كما مرّ - أن كلَّ شيء يكون مضموناً في الإيقاع أو العقد الصحيح يكون مضموناً في العقد الفاسد أيضاً، لا أن كلَّ عقد صحيح يقتضي الضمان بالفعل ففي فاسده الضمان بالفعل، بل ما ذكره المحقق النائيني في الجواب عن النقض ميتنٌ جداً، لأنّه أراد خروج هذا المورد من القاعدة تخصيصاً وليس هذا نقض للقاعدة. بيان ذلك: أنّه قد مرّ في المقام الأول أن مفاد القاعدة أن الشيء إذا استولى عليه الشخص ويكون مضموناً في العقد أو الإيقاع الصحيح يكون مضموناً في الفاسد منهما. وحيث إنّ لودل دليل خارجي على عدم الضمان في مورد خاص من موارد العقد الفاسد فهذا لا ينافي أصل اقتضائه في نفسه للضمان، غاية الأمر ليس فيه الضمان فعلاً لدلالة دليل خارجي.

والحاصل: أن كلَّ شيء يكون مضموناً بعد العقد أو الإيقاع الصحيح فيكون مضموناً في فاسدهما، لوجود ملاك الضمان - وهو الاستيلاء على ما للغير أو الإقدام على الضمان - في كليهما، فيكون المهر في النكاح الفاسد مضموناً، ولذا لو كانت المرأة جاهلة بالفساد فلها حق على الزوج، وأمّا لو كان الزوج جاهلاً

(١) القواعد الفقهيّة (البجنوردي) ٢: ١٠٧.

بالفساد وكانت الزوجة عالمةً به فلا ضمان، ولكن لا لأنَّ المهر في فاسده لا ضمان فيه حتَّى ينتقض به القاعدة الكلّية، بل لدليل خارجيٍّ هو كونها بغياً، ويستفاد من الروايات^(١) أنّه لا مهر لبغيٍّ.

ثمَّ أجاب عنه السيّد المحقّق الخوئي بأنَّ مورد البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده إنّما هو العقود الصحيحة والفاصلة التي يكون الضمان فيها مستنداً إلى غير العقد، وعليه فثبوت الصداق في النكاح الصحيح وعدم ثبوته في الزنا بعيد عن محلّ الكلام^(٢).

وأنت خير بأنَّ ظاهر هذه القاعدة عامٌّ يشمل كلّ العقود، سواء كان الضمان مستنداً إلى نفس العقد أو إلى أمر وراء العقد، وذلك واضح بعد وجود ملاك الضمان في كلتا صورتين.

النقض الثاني: بيع الغاصب مال الغير، فلو تلف عند البائع الغاصب قالوا بعدم ضمان الغاصب الثمن للمشتري لو تلف الثمن عنده، لأنَّ المشتري إن كان عالماً بأنَّ البائع غاصب سلَّط البائع الغاصب على الثمن مجاناً، مع أنّه في البيع الصحيح لو تلف الثمن عند البائع بعد تلف المبيع عنده يكون ضامناً للمشتري بالثمن.

أجاب عنه المحقّق البجنورديّ بما حاصله: «أولاً: أن مثل هذه المعاملة ليست فاسدة، بل فضوليّ موقوف على إجازة المالك، وإذا أجاز تعدّد من المعاملات الصحيحة ويترتب عليها جميع آثار البيع الصحيح كالضمان. وثانياً: أن مع علم المشتري بأنَّ البائع غاصب ليس ما اعطاه المشتري ثمناً للمبيع، بل يكون مال اعطاه الغاصب مجاناً وبلا عوض، فهو أقدم على عدم الضمان وسلَّط الغاصب على ماله بإذنه مجاناً. ومورد البحث في هذه القاعدة ما أقدم المتعاملين على

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٦١، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به و٨٢ الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.
(٢) مصباح الفقاهة ٣: ١١١ - ١١٢.

الضمان، فلا يكون نقضاً على هذه القاعدة»^(١).

النقض الثالث: بيع الشخص ماله من السفه المحجور عليه، فلو تلف المبيع عند السفه مع كون القبض بإذن البائع قالوا بعدم ضمان السفه للمبيع، مع أن تلف المبيع عند المشتري بعد قبضه يوجب ضمانه للبائع في البيع الصحيح، فينتقض به قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

أجيب عنه^(٢): بأنه بعد علم البائع بأن المشتري محجور عليه ليس له التصرف في أمواله مطلقاً، فأعطائه المبيع يكون إقداماً منه على تلف ماله وضياعاً له وهتكاً لاحترامه، فيكون إعطائه للسفيه كاللقائه في البحر، ومثل ذلك خارج عن تحت القاعدة موضوعاً، لعدم وجو ملاك الضمان فيه - كما مر -.

وبالجملة: فلا يرد عليها هذه النقوض المذكورة. وأما النقض بالمنافع غير المستوفات التي غير مضمونة في البيع الصحيح - على رأي الشيخ الأنصاري - ومضمونة في الفاسد، فهذا - على فرض وروده - ينبغي أن يعدّ من النقوض الواردة على عكس القاعدة - أي قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، كما سيأتي -، لا من النقوض الواردة على أصل القاعدة كما توهم^(٣).

المقام الرابع: في بعض موارد تطبيقها

١ - لو قبض المشتري ما ابتاعه من الصغير في الأشياء الخطيرة كان مضموناً عليه، لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

٢ - لو قبض البائع ما اشتراه من الصغير في الأشياء الخطير فكان عقده فاسداً

(١) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٢: ١٠٧ - ١٠٨.

(٢) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٢: ١٠٨، بلغة الفقيه ١: ١٠٧.

(٣) المتوهم هو المحقق البجنوردي حيث عدّه من النقوض الواردة على الكليّة الإيجابية أي الأصل. راجع القواعد الفقهية ٢: ١٠٤.

وهو ضامن لما أخذه منه، لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

٣- لو قبض البايع ما اشتراه والمشتري ما ابتاعه وكان البايع هازلاً والمشتري غالطاً في البيع فالبيع فاسدٌ ولا يملكان ما أخذه، ولكنهما ضامنان لما أخذه لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

وفي الجملة كل ما قبضه المشتري من البايع بالبيع الفاسد كان مضموناً عليه، كما كل ما قبضه البايع من المشتري بالبيع الفاسد كان مضموناً عليه، سواء كان فساد عقد البيع من جهة فقدان أجزائه أو عدم شرط من شرائط المتعاقدين أو العوضين، فكانت فروع المسألة كثيرة جداً، وذلك كله لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. وجاء في المادة (٣٦٦) من القانون المدني: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید، و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود»^(١).

٤- قال في تحرير الوسيلة: «لو تلفت الحصّة المشترية بالمرّة، سقطت الشفعة، ولو كان ذلك بعد الأخذ بها وكان التلف بفعل المشتري أو بغير فعله مع الماطلة في التسليم بعد الأخذ بها بشروطه، ضمنه»^(٢). وذلك لأنّ في صحيح الشفعة ضمان ففي فاسدها أيضاً ضمان، لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

٥- إنّ منافع العين المستأجرة مضمونة في الإجارة الصحيحة، سواء استوفى المنافع أو لم يستوفها، ولكن بعد قبض العين المستأجرة، فكذلك في فاسدها يكون ضمان بالنسبة إلى المنافع بعد قبض العين، سواء استوفى تلك المنافع أم لم يستوفها. لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

٦- الجعالة لو بطلت للجهالة استحقّ العامل أجره المثل والجاعل ضامن له،

(١) أي: لو قبض شخص مالاً بالبيع الفاسد فعليه أن يرده إلى مالكه. وإذا صار تالفاً أو معيوباً فالقابض ضامن له عيناً ومنفعةً.
(٢) تحرير الوسيلة ١: ٥٣٣.

لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

- ٧- إنَّ في صحيح العارية المضمونة - وهي العارية التي شرط الضمان فيها - ضمان، ففي فاسدها أيضاً ضمان، لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.
- ٨- إنَّ في صحيح العارية إذا كانت العين المستعارة ذهباً أو فضة ضمان، ففي فاسدها أيضاً ضمان، للقاعدة المذكورة.

٩- إنَّ في العمل الذي يصدر من السابق ضمان ولو كان عقد السبق فاسداً، لأنَّ فيه ضمان لو كان عقد السبق صحيحاً، فإنَّه مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

١٠- إنَّ في الهبة المعوّضة الصحيحة ضمان ففي فاسدها أيضاً ضمان، لقاعدة ما يضمن.

والموارد كثيرة جداً، كان مدرك الحكم بثبوت الضمان فيها قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

القاعدة الثالثة

قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

القاعدة الثالثة من القواعد المختصة بباب الضمان هي عكس القاعدة السابقة، أي ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. ومفادها واضح بعد ما ذكرنا في توضيح مفاد أصلها، فإنّ هذه القاعدة نفس القاعدة السابقة، إلّا أنّها إيجابية وهذه سلبية. وقد يعبر عنها بقاعدة: «المجانّات والمقبوض في العقود الاستيمانية لا ضمان فيها».

والكلام فيها - بعد وضوح مفادها - يقع في جهات:

الجهة الأولى: في دليلها

قد عدّ بعض الفقهاء هذه القاعدة وأصلها من الضروريات فقال: «الظاهر كونهما أصلاً وعكساً من الضروريات في جميع الملل والأديان، بلا اختصاص بخصوص شرع الإسلام. ومنه ظهر أنّه لا وجه لإتعاّب النفس في بيان المدارك والدليل للأصل والعكس، لأنّ ما كان دليله معه ويغني تصوّره عن إقامة الدليل عليه لا وجه لتضييع الوقت والإطناب فيه»^(١).

(١) مهذّب الأحكام ١٦: ٢٥٥.

وأنت خبير بأنّ المسألة ليست من الضروريات، كيف وقد أقاموا عليها حججاً وقعت مورد النقض والإبرام.
واستدلّ عليها بأمور:
الأول: الأولوية

وهي ما استفيد من كلام شيخ الطائفة رحمته الله في المبسوط من أنّ الرهن وأمثاله لا يضمن بصحيحه فكيف يضمن بفساده ^(١).
وفيه: أنّه لا وجه لدعوى الأولوية في المقام، كما أورد عليها المحقّق الفقيه الشيخ آقا رضا الهمداني تبعاً للشيخ الأعظم الأنصاري، ومحصل ما أفاد - ولقد أجاد فيما أفاد -: «أنّ في هذه العبارة احتمالان:
أحدهما: أن يراد بكلمة (كيف) التعجّب.

ثانيهما: أن يراد به الأولوية، وهي على وجهين:
الأول: أنّه يمكن أن يكون مراده رحمته الله أنّ عدم الضمان في الصحيح كاشف عن عدم تحقّق علته في تلك الموارد، لأنّ علته إمّا الإقدام وإمّا حكم الشارع بالضمان في ذلك العقد، وإذا علمنا أنّ صحيحه غير مضمّن نعلم بأنّ علّة الضمان في ذلك المورد منتفية، فعلى هذا كيف يتحقّق الضمان في الفاسد الذي هو مثله في انتفاء كلا الأمرين اللذين هما سبب الضمان، فإنّه من الحكم بالضمان مع انتفاء علته.
وعلى هذا الوجه فليس شيخ الطائفة في مقام بيان الأولوية، لأنّ انتفاء الضمان في كليهما مستند إلى انتفاء العلة، وليس الانتفاء في أحدهما أولى من الآخر.

الثاني: أن يكون مراده رحمته الله أنّ الصحيح الذي يمكن أن يتحقّق بسببه الضمان بإمضاء الشارع أو حكمه بسببته له مع فقد الإقدام لولم يكن مضمناً فكيف يضمن الفاسد الذي ليس السبب فيه الإقدام المفروض انتفائه، إذ العقد بمنزلة العدم من

نظر الشارع، فليس مضمناً من هذه الجهة، فنفي الضمان من الفاسد في صورة انتفاء الإقدام أولى من نفيه في صورة الصحيح، لانحصار سببية الإقدام فيه دون الصحيح، لإمكان تحقق سبب آخر فيه له، فنفي الضمان فيه يدل على نفيه في الفاسد بطريق أولى، فمعنى العبارة على هذا التوجيه: أن الرهن وأمثاله التي لا يضمن لصحيحه لانتفاء كلا السببين فيها أولى بعدم مضمّنية فاسده من عدم مضمّنية فاسد عقد يكون صحيحه مضمناً. ووجه الأولوية أنه يصدق على هذا القسم أنه لو كان صحيحاً لكان مضمناً.

ويرد عليه: أنه يجوز أن يكون الضمان من آثار اليد والتصرف في مال الغير لا من آثار العقد ولا الإقدام، فحينئذٍ كون العقد لغواً أو مؤثراً لا ربط له في الحكم بالضمان وعدمه، إذ من الجائز أن تكون صحة الرهن - مثلاً - المستلزمة لتسلط المرتهن على العين شرعاً مؤثرة في وضع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً له على العين وتكون يده عليها يداً عدوانياً، فلا أولوية^(١). انتهى كلامه مخلصاً.

الثاني: أدلة الاستثمان

استدل بها الشيخ الأنصاري^(٢). وحاصل الاستدلال بها أن مقتضى قاعدة ضمان اليد وإن كان الضمان في كل عين فهي تقتضي الضمان في العقود الفاسدة التي ليس في صحيحها ضمان، فلا بد من تخصيصها بمخصّص، إلا أنها مخصّصة بما يخصّص ويخرج به المقبوض بصحاح تلك العقود، وهو عموم ما يدل على أن من لم يضمنه المالك - سواء ملكه إياه بغير عوض، أو سلّطه على الانتفاع به، أو

(١) حاشية المكاسب (الفقيه الهمداني): ٦٣ - ٦٤.

(٢) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ١٩٧.

استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقّه، أو العمل فيه بلا أجره، أو معها، أو غير ذلك - فهو غير ضامن. فالدليل المخصّص لقاعدة الضمان عموم ما دلّ على «أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن»^(١) بل «ليس لك أن تتّهمه»^(٢).

ولكن يرد عليه: أنّ التسليط المجّاني في المجّانيات والاستيمان في الاستيمانيات ممّا ينافي الضمان، فإنّه - كما مرّ - استقرار الشيء المأخوذ في عهدة الآخذ، وفي التسليط المجّاني أقدم المالك على إعطاء ماله بغير عوض، وهو إقدام على نفي استقراره في عهدة الآخذ؛ وكذلك في بعض الاستيمانيات لم يسلّط الأجنبي على العين حتّى تشملها القاعدة، بل استأمن عليه لحفظه في بعض آخر منها؛ ولو سلّم، فهو تسليط الغير على العين بغير عوض، وهذا أيضاً إقدام على نفي استقراره في العهدة؛ فلا تشملها قاعدة ضمان اليد لكي نحتاج إلى تخصيصها بمخصّص، بل هما خارجان تخصّصاً؛ مضافاً إلى أنّه لو سلّم خروج الاستيمانيات بأدلة الاستيمان فلا نسلّم خروج المجّانيات بها، فكان الدليل أخصّ من المدّعى.

الثالث: موثقة إسحاق بن عمّار

عن إسحاق بن عمّار، قال قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الآفة، على من يكون؟

قال عليه السلام: «على مولاه». ثمّ قال عليه السلام: «أرأيت لو قتل قتيلاً على من يكون؟».

قلت: هو في عنق العبد.

قال: «ألا ترى فلم يذهب مال هذا؟!».

ثمّ قال: «أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار، فزاد وبلغ مائتي دينار لمن يكون؟».

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٧، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ٩ و ١٠.

قلت: لمولاه.

قال: «كذلك يكون عليه ما يكون له»^(١).

تقريب الاستدلال بأنّه يستفاد العليّه من ذيلها، فكأنّه قال: «كلّ من له الغنم فعليه الغرم»، ومعلوم أنّ في فاسد تلك العقود يكون الغنم لصاحب المال، فالغرم عليه، فلا يضمن بفاسدها.

أورد عليه السيّد الإمام الخميني رحمه الله، فقال: «لا دليل على كونه علّة للحكم، بل الظاهر أنّه تقريب إلى ذهن السائل في المورد، ... ولو كان تعليلاً للزم منه التخصيص الأكثر بل المستهجن، لأنّ كلّية موارد الضمان من الغصب، والأيادي غير المحقّة ولو لم تكن غصباً، والمقبوض بالعقود الفاسدة التي فيها ضمان، والمقبوض بالسوم وغيرها خارجة عنه»^(٢).

وأجيب عنه^(٣): بأنّ مورد قاعدة «الغنم بالغرم» المستفادة من موثقة إسحاق بن عمّار إنّما هو المعاملات التي أقدم فيها المتعاملين على الضمان وأمضاء الشارع - كما صرح به الشيخ الأنصاري^(٤)، وسيأتي مزيد توضيح له في قاعدتي «الغنم بالغرم» و«الخراج بالضمان» -، وأمّا المقبوض بالعقد الفاسد والغصب وغيرهما فكلّها خارج عن نطاق القاعدتين تخصّصاً، فلو سلّم دلالة الموثقة على القاعدة المذكورة لا يلزم منها التخصيص الأكثر فضلاً عن المستهجن.

وأقول: لقائل أن يقول: إنّ الموثقة بظاهرها تدلّ على عدم ضمان المرتهن في الرهن الصحيح، ومن الجائز أن تكون صحّة الرهن المستلزمة لتسلّط المرتهن على العين شرعاً مؤثّرة في دفع الضمان بخلاف فاسده. وإلغاء خصوصيّة المورد ليس واضحاً حتّى يستظهر العموم من الموثقة.

(٢) كتاب البيع ١: ٤٣٦.

(١) الكافي ٥: ٢٣٤ / ١٠.

(٤) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ٢٠٢.

(٣) منية الطالب ١: ٢٨٠.

والحاصل: أنه لا يستفاد من الموثقة قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

الرابع: قاعدة الإقدام

التحقيق أن يقال: إن التسليط المجاني في المجانيات - كالهبة - أو الاستيمان في الاستيمان - كالعارية - يناهض الضمان، لأن الضمان - كما مر - استقرار الشيء المأخوذ في عهدة الآخذ، وفي التسليط المجاني أقدم المالك على إعطاء ماله بغير عوض، وهو إقدام على نفي استقراره في عهدة الآخذ؛ وكذلك في بعض الاستيمانيات لم يسلط الأجنبي على العين حتى تشملها قاعدة ضمان اليد، بل أئتمن عليها لحفظها، كالإجارة، وفي بعض آخر منها ولو سلم التسليط فهو أيضاً تسليط الغير على العين بغير عوض، كالعارية، وهذا أيضاً إقدام على نفي استقراره في العهدة. والإقدام على عدم الضمان يناهض الضمان، فهو ملاك عدم الضمان في المقام، وهو موجود في صحيحها وفاسدها.

الخامس: الإجماع

وهذا ما استدلل به المحقق صاحب العناوين، حيث قال: «ويمكن أن يقال: إن العدة في هذا الجزء من القاعدة - وهو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده - إنما هو الإجماع. وإن أمكن إدراجه تحت الإقدام أيضاً في وجه، وتحت الإذن أيضاً في وجه آخر»^(١).

ولكن دعوي الإجماع في المقام مشكلة جداً.

فالحاصل: أن الدليل على عكس القاعدة إنما هو قاعدة الإقدام - أي الإقدام على عدم الضمان -، فإنه يناهض الضمان، ضرورة أن الضمان إنما هو لرفع ضرر

المالك المنفي في الشرع، فإذا أقدم المالك على ضرر نفسه بنفسه فلا وجه للضمان.

ومن هنا يظهر النظر في استدلال بعض الأعلام^(١) على عكس القاعدة بعدم دليل على الضمان في موارد.

الجهة الثانية: في دفع النقوض

إنّ هاهنا موارد ذكروها للنقض وقالوا بعدم أطراد قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وهذه الموارد - على فرض تماميتها - لا توجب طعناً فيها، لأنّ مفادها حكم عام شرعيّ قابلٌ للتخصيص.

فنتصر على ذكر هذه الموارد وملخص ما أجيب عنها، وأمّا الاحتمالات والوجوه المتصورة في كلّ مورد والنقض والإبرام فيها فنحيلها على محلّ ذكرها. **النقض الأوّل:** الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ بناءً على فساد العارية وجوب إرساله، فإنّهم قالوا: إنّّه يجب على المحرم المستعير إرساله فوراً ويكون ضامناً لصاحب الصيد بالقيمة، مع أنّ العارية لا يضمن بصحيحها في غير المشروطة وغير الذهب والفضّة. فحكمهم بضمان المحرم له بالقيمة نقض لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

أجيب عنه^(٢): بأنّ حكمهم بالضمان هاهنا ليس ناقضاً للقاعدة بل هو موافق للقاعدة، لأنّ الضمان هاهنا مستندٌ إلى الإتلاف المنبعث عن وجوب الإرسال، والإتلاف موجبٌ للضمان في العارية الصحيحة، وقاعدة ما يضمن تقتضي أن يكون في فاسدها أيضاً ضمان في صورة الإتلاف.

وبتعبير آخر: إنّ صحيح العقود الاستيمانية في صورة إتلاف المعقود عليه

(١) مصباح الفقاهة ٣: ١١٤.

(٢) المكاسب (الشيخ الأنصاري): ٣: ١٩٤.

مضمون به^(١) ففاسدها مضمون به أيضاً، لقاعدة ما يضمن، كما أن صحيحها في صورة التلف غير مضمون ففاسدها كذلك، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. فهذا المورد من موارد تطبيق أصل القاعدة، لا عكسها حتى ينتقض به.

النقض الثاني: قال الشيخ الأعظم الأنصاري: «ويشكل أطراد القاعدة أيضاً في البيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها، فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة في العقد الفاسد»^(٢). فهذا نقض على عكس القاعدة - أي الكليّة السالبة المقتضية لعدم الضمان في كل عقد لا يضمن بصحيحه -، لا على أصل القاعدة كما زعمه المحقق البجنوردي^(٣).

وفيه: أنه لا وجه لخروج المنافع غير المستوفات من تحت قاعدة ضمان اليد - كما مرّ -، فهي مضمونة في العقد الصحيح وفي فاسدها أيضاً مضمونة، فإنها من توابع العين ويستولي عليها الغير بالاستيلاء على العين، فيشمّلها إطلاقاً على اليد ما أخذت حتى تؤدّي.

النقض الثالث: تلف الأوصاف، فليس في العقد الصحيح لها ضمان، لأنّ الضمان فيه بأزاء العين فقط، وأما في الفاسد فالقابض ضامن لها.

وفيه: ما في سابقه، لأنّها في الضمان تابعة للعين وكان ضمان العين ضمانها. **النقض الرابع:** حمل المبيع فاسداً، فإنّ المحقّق في «الشرائع»^(٤) والعلامة في «التحرير»^(٥) جزأ بضمانه على المشتري في البيع الفاسد، مع أنّه غير مضمون في البيع الصحيح. وهذا نقض على قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(١) وذلك لأنّ الإتلاف يساق التعدي والتفريط اللذين ينافيان الاستيمان الذي هو الملاك في عدم الضمان، كما سيأتي في قاعدة عدم ضمان الأمين.

(٢) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ١٩٥. (٣) القواعد الفقهيّة (البجنوردي) ٢: ١٠٤.

(٤) شرائع الإسلام ٤: ٧٦١. (٥) تحرير الأحكام ٢: ١٣٧.

أُجيب عنه^(١): بأنّه إن قلنا بدخول الحمل في المبيع ففي الصحيح والفساد كلاهما ضمان، وإن قلنا بعدم دخوله في المبيع وأنه باقٍ على ملك البائع فلا ضمان له، لا في الصحيح ولا في الفاسد. ولعلّ مراد المحقّق في «الشرايع» والعلامة في «التحرير» من ثبوت الضمان له هو فيما فرض دخول الحمل في المبيع إمّا بالتبعيّة وإمّا بالشرط. وعليه فالنزاع هنا لفظي، فإنّ القائل بالضمان إمّا أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع، والقائل بعدمه إمّا أراد صورة خروج الحمل عنه. فلا نقض على أطراد قاعدة ما لا يضمن.

النقض الخامس: النقص بالشركة الفاسدة، وهذا ما ذكره الشيخ الأعظم الأنصاري، فقال: «ويمكن النقص أيضاً بالشركة الفاسدة بناءً على أنّه لا يجوز التصرّف بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجب للضمان»^(٢).

أُجيب عنه^(٣): بأنّ عقد الشركة إمّا أن يكون كافياً في جواز التصرّف، لكونه استيماناً من قبَل الشريك وأنه أمين لا يترتب عليه الضمان؛ وهذا المناط في فاسده أيضاً محقّق، إذ يصير حينئذٍ مال الشركة كالعين المستأجرة وغيرها ممّا قبض بالعقود الفاسدة التي لا يضمن بصحيحها، فلا يضمن بفاسدها. وإمّا لا يكون كافياً، بل لا بدّ في جواز التصرّف من الإذن الخارجي، فعلى فرض انتفاء الإذن يضمن بصحيحه أيضاً كما يضمن بفاسده، لأنّه تصرّف في مال الغير من غير إذن المالك، وعلى فرض ثبوته لا يضمن بفاسده كما لا يضمن بصحيحه.

فالحاصل: أنّه لا نقض على عكس القاعدة؛ مع أنّ هذه النقوض - على فرض كونها ناقضاً - لا توجب طعناً فيها، لأنّ مفاد عكس القاعدة حكم عامّ شرعي، وكلّ عامّ شرعي قابل للتخصيص، فيخصّص بها.

(١) مصباح الفقاهة ٣: ١١٠، القواعد الفقهية (البجنوردي) ٢: ١٠٥، مهذب الأحكام ١٦: ٢٥٧.

(٢) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ١٩٦.

(٣) حاشية المكاسب (الشيخ آقا رضا الهمداني): ٧٤.

الجهة الثالثة: في بعض مطابقتها في الفقه والقانون

أما القانون فمن نواقص كتاب القانون المدني أنّه لم يصرّح فيه بموارد تطبيق هذه القاعدة. نعم، صرّح بعدم الضمان في العقود الاستيمانية ولم يقيّد عدم الضمان فيها بصحيحها^(١)، ولذا يمكن استفادة عدم الضمان في فاسدها أيضاً من إطلاقها. وأما في الفقه فموارد تطبيقها كثيرة، وهي كلّ عقد أو إيقاع لم يكن في صحيحه ضمان، ومنها ما يلي:

١ - لا ضمان في الإجراءات الصحيحة فلا ضمان في فاسدها، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

٢ - العارية الصحيحة في غير المضمونة وفي غير الذهب والفضة لا ضمان فيها، وكذلك في فاسدها في غير ذبّك الموردين، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

٣ - الهبة غير المقبوضة لا ضمان في صحيحها، فلا ضمان في فاسدها، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

٤ - الصلح بلا عوض لا ضمان في صحيحه، فلا ضمان في فاسده، للقاعدة المذكورة.

٥ - الرهن الصحيح لا يوجب الضمان بالنسبة إلى العين المرهونة، فالرهن الفاسد كذلك، للقاعدة المذكورة.

٦ - الوديعة الصحيحة لا ضمان فيها، وكذلك الوديعة الفاسدة، لقاعدة ما لا يضمن.

(١) راجع كتاب (قانون مدني ايران) المادّة (٤٩٣) و(٥٥٦) و(٥٨٤) و(٦١٤).

القاعدة الرابعة

قاعدة عدم ضمان الأمين

ومن جملة القواعد الفقهية المشهورة قاعدة «عدم ضمان الأمين». وهي من القواعد الفقهية التي تختصّ بباب الضمان. ويعبر عنها أيضاً بعبارات مختلفة، كقولهم: «قاعدة الاستئمان»^(١) أو «قاعدة عدم تضمين الأمين»^(٢) أو «قاعدة منافع التضمن مع التأمين»^(٣) وغيرها. والكلام فيها يقع في مقامات:

المقام الأول: في مفاد القاعدة

وبيان مفادها يتوقف على ملاحظة مفرداتها:

أمّا «عدم الضمان»: فمعناه واضح بعد ما مرّ من معنى الضمان في القواعد الثلاث السالفة، وهو استقرار الشيء المأخوذ في عهدة الآخذ. فالمراد من عدم الضمان في المقام هو عدم استقرار الشيء المأخوذ في عهدة الآخذ الأمين. وأمّا «الأمين»: فنقول:

إنّ الأمانة لغة ضدّ الخيانة. قال في القاموس: «الأمانة والأمنة: ضدّ الخيانة»^(٤). وقال في المنجد: «أمن أمانة: ضدّ خان. الأمانة والأمنة: ضدّ الخيانة»^(٥).

(١) العناوين ٢: ٤٨٢. (٢) مفتاح الكرامة ٧: ٢٥٩، مهذب الأحكام ١١: ٨٢.

(٣) مهذب الأحكام ١٩: ٩٤. (٤) القاموس المحيط ٤: ١٩٧. (٥) المنجد في اللغة: ١٨.

فالخيانة هي الإقدام على نقض المعاهدة الواقعة بين الأشخاص من دون رضاية المتعاقد، فلو كان مورد المعاهدة حفظ المال - مثلاً - ولم يحفظه الآخذ بل أقدم على تلفه بالتعدّي أو التفريط فهو خائن.

فالأمين ضدّ الخائن، وهو من لم يقدم على نقض المعاهدة الواقعة بينه وبين شخص آخر. فالمراد من الأمين في المقام هو من سلّطه المالك أو الشارع على الشيء ليحفظه، وهو أقدم على أخذه ليحفظه، ولم يقدم على عمل ينافي مورد المعاهدة الواقعة بينه وبين المالك أو الشارع من حفظ المال بعد التسلّط عليه.

وهل المراد من الأمين - وهو مقابل الخائن - من كان عدم الخيانة من أوصافه بحيث اشتهر به كما يخاطبون النبي ﷺ بأنّه أمين، أو أنّ المراد منه من ائتمنه صاحب المال على ماله الذي سلّطه عليه ليحفظه، فالمراد من الأمين هو المؤتمن؟ وعلى الثاني هل المراد بالمؤتمن من سلّطه صاحب المال على ماله ليحفظه ويطمئن أنّه يقدر على حفظه بجميع أجزائه وأوصافه، أو المراد به من سلّطه صاحب المال على ماله ليحفظه ويطمئنّ بأنّه يبذل تمام جهده في حفظه ولا يعمل عملاً يوجب تلفه أو حصول منقصة فيه، وإن لم يطمئنّ بأنّه يقدر على حفظه أو لا؟ الظاهر من الروايات - كما سيأتي - أنّ المراد منه هو المؤتمن الذي ائتمنه صاحب المال أو الشارع على ماله وسلّطه عليه لأن يحفظه، سواء علم أنّه يقدر على حفظه أو لم يعلم. نعم، يطمئنّ بأنّه لا يعمل عملاً ينافي المعاهدة الواقعة بينه وبين المالك أو الشارع من حفظ المال. فلا يشترط أن يكون وصف الأمانة من أوصافه، فإنّ العلم بثبوتها في غير المعصومين عليهم السلام مشكّلٌ جداً. ولا يشترط أن يكون ممّن يطمئنّ صاحب المال بأنّه قادر على حفظ المال، بل يكفي مجرد الاطمئنان بأنّه لا يعمل عملاً ينافي الحفظ، وذلك لإطلاق الأدلّة كما سيأتي.

فالحاصل: أنّ المراد من الأمين هو من سلّطه المالك أو الشارع على المال

لأن يحفظه واثقاً منه بأنه لا يفعل فعلاً ينافي حفظه من التعدي والتفريط.
ومما ذكرنا يظهر أن الأمانة قسمان:

الأول: الأمانة المالكية: وهي ما إذا كان تسلط المؤتمن على المال بتسليط المالك أو من بحكمه من الوكيل والولي، سواء كان هذا الاستيلاء لمصلحة المالك أو لمصلحة الآخذ، وسواء كان من جهة تمليك المنفعة كالإجارة، أو تمليك الانتفاع كالعارية، أو كان الغرض مجرد حفظه كالوديعة، أو كان الغرض أن يعامل معه بحصة من الربح كالمضاربة، أو أن يزرع فيها بحصة من الحاصل كالمزارعة، أو أن يسقيها بحصة من الثمرة كالمساقاة، أو أن يحملها من مكان إلى مكان آخر بأجرة، فهذه كلها من موارد الأمانة المالكية.

الثاني: الأمانة الشرعية: وهي ما إذا كان الإذن في الاستيلاء على المال من قبل الله تبارك وتعالى، كالمعاملات التي تقع على أموال الغيب والقصر بدون أن يكون فيها نقل عين. وذلك كجميع ما ذكرنا في الأمانة المالكية من الإجارة والعارية والوديعة وغيرها في أموال الغيب والقصر.

وعلى هذا فمفاد القاعدة أن كل من سلطه المالك أو الشارع على مال أو شيء لأن يحفظه، واثقاً منه بعدم خيائه - أي يثق به أنه لا يفعل ما ينافي حفظه - فهو لا يستقر في عهده لو لم يحفظ ويتلف أو تعيب.

المقام الثاني: في مدرك القاعدة

واستدل عليها بأمور:

الأول: الكتاب

واستدل من الكتاب بقوله تعالى ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(١). وتقريب

الاستدلال به أنَّ الأمين من المحسنين كما أنَّ الضمان سبيلٌ، فينفي عنه الضمان بمقتضى الآية.

وفيه: أنَّ الدليل أخصّ من المدعى، فإنَّ المحسن إنّما يصدق على الأمين فيما إذا أخذ المال من مالكة لنفع المالك كالإيجارات واللقطة التي تأخذها الأمين ليجد صاحبها؛ وأمّا إذا أخذه منه لنفع نفسه فلا يصدق عليه المحسن كما في باب العارية والمضاربة ونظائرها، فالآية لا تشمل هذه الموارد وصار الدليل أخصّ من المدعى. إلا أن يقال - كما قيل ^(١) - باختصاص الأمين بمن يأخذ المال لمصلحة المالك فقط، ولكنّه خلاف ظاهر الروايات، كما سيأتي.

الثاني: الروايات

أمّا الروايات - وهي العمدة - فهي طوائف:

الطائفة الأولى: ما يدلّ على عدم ضمان المؤتمن مطلقاً:

منها: ما رواه في المستدرك عن أمير المؤمنين عليّ عليه السلام: «ليس على المؤتمن ضمان» ^(٢).

الطائفة الثانية: ما ورد في موارد خاصّة ولكن ذيلها بمنزلة التعليل، فيفهم منها أنَّ كلّ أمين لا ضمان عليه:

منها: ما رواه أبان بن عثمان عمّن حدثه عن أبي جعفر عليه السلام في حديث، قال: وسألته عن الذي يستبضع ^(٣) المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال عليه السلام: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» ^(٤).

(١) العناوين ٢: ٤٨٤.

(٢) مستدرك الوسائل ١٤: ١٦.

(٣) الاستبضاع بمعنى جعل الشيء بضاعة. والمراد منه هنا رفع المال لشخص ليتجر به مجاناً.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٨، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعة، الحديث ٥.

فإنَّ قوله: «بعد أن يكون الرجل أمنياً» في مقام التعليل، فيستفاد منه الشمول لكل أمين.

ومنها: ما عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام: إنَّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمّامٍ وُضِعَتْ عنده الثياب، فضاعت، فلم يضمنه، وقال: «إنّما هو أمين»^(١).
ومنها: ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن»^(٢).

ومعلوم أنَّ قوله: «إنّما هو أمين» وقوله: «صاحب العارية والوديعة مؤتمن» في مقام التعليل.

ومنها: ما رواه حمّاد عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال في رجل استأجر أجيراً، فأقعده على متاعه فسرقه؟ قال عليه السلام: «هو مؤتمن»^(٣).
والظاهر أنَّ فاعل (فسرقه) هو السارق، أي إذا سرقه سارق لا ضمان عليه لأنّه مؤتمن.

الطائفة الثالثة: ما يدلّ على النهي عن اتّهام الأمين:

منها: ما عن قرب الإسناد عن عبدالله بن جعفر عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ليس لك أن تأتمن من خانك ولا تتّهم من اتّمنت»^(٤).

ومنها: ما عن مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام: إنَّ رسول الله ﷺ قال: «ليس لك أن تتّهم من قد اتّمنت»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٠، كتاب الإجارة، الباب ٢٨، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٧، كتاب العارية، الباب ١، الحديث ٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٧، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ٢.

(٤ و ٥) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ٩ و ١٠.

فإنّ هاتين الروایتين تدلّان على النهي عن اتّهام الأمين، فتدلّان على نفي الضمان بطريق أولى.

الطائفة الرابعة: ما يدلّ على عدم ضمان الأمين في موارد خاصّة:
منها: ما أرسله في المقنع: سئل الصادق عليه السلام عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام: «نعم، ولا يمين عليه»^(١).

ومنها: ما رواه محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين - في حديث -: «ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبيعها غائلة»^(٢).
ومنها: ما رواه محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من اتّجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان»^(٣).

ومنها: ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه، إلّا أن يكون اشترط عليه»^(٤).

ومنها: ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله في القضية المعروفة أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله جاء إلى صفوان بن أميّة، فسأله سلاحاً، ثمانين درعاً، فقال له صفوان: عارية مضمونة أو غصباً؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: «بل عارية مضمونة»^(٥).

ومنها غير ذلك من الروايات الواردة في الأبواب المختلفة الدالة على عدم ضمان الأمين ما لم يتعدّد أو يفرض.

بل في المقام طوائف آخر من الروايات تدلّ على عدم ضمان الأمين، تركناها لكفاية ما ذكرناه في إثبات ما طلبناه.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٨، كتاب الودعة، الباب ٤، الحديث ٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٨١، كتاب الإجارة، الباب ٣٢، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٨٥، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٢.

(٤ و ٥) وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٦، كتاب العارية، الباب ١، الحديث ١ و ٥.

علاج الروايات المعارضة

ثم إنه مع ما عرفت من دلالة الروايات الكثيرة البالغة حد التواتر على أن الأمين غير ضامن، هنا روايات أخر ظاهرة في ضمان الأمين، فيوهم أنها معارضة للروايات الدالة على عدم ضمانه. فلا بد من التعرّض لها وبيان ما هو مقتضى الجمع بينها.

أما الروايات: فهي أيضاً طوائف:

الطائفة الأولى: ما يدلّ على أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يضمن الصّبّاغ والقصار والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس، ولا يضمن من الفرق والحرّق والشيء الغالب. منها: رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطاً للناس، وكان أبي يتطول عليه إذا كان مأموراً»^(١). ومنها: ما عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «كان أمير المؤمنين يضمن الصّبّاغ والقصار والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس، وكان لا يضمن من الفرق والحرّق والشيء الغالب»^(٢).

ومنها: رواية أبي بصير^(٣) ورواية يونس^(٤) ومرسلة المقنع^(٥) التي مفادها ما ذكر. الطائفة الثانية: ما يدلّ على أن كلّ أجير يعطى الأجرة على إصلاح شيء فيفسده فهو ضامن له.

منها: ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال، سئل عن القصار يفسد،

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٢، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٢، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٤، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٣، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ٩.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٦، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ٢٢.

فقال عليه السلام: «كلّ أجير يعطى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن»^(١).

ونظيره رواية إسماعيل بن أبي الصباح^(٢) ومرسلة الصدوق في المقنع^(٣).

الطائفة الثالثة: ما دلّ على أنّ العامل ضامن لمال اليتيم إذا دفع إليه بمضاربة.

منها: رواية بكر بن حبيب، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل دفع إليه مال

يتيم مضاربة؟ قال عليه السلام: «فإن كان ربح فلليتيم، وإن كان وضيعه فالذي

أعطى ضامن»^(٤).

الطائفة الرابعة: ما دلّ على ضمان الوصيّ للزكاة أو لمال الغرماء والذي في

يده، فإنه ضامن مع أنّه أمين.

منها: ما رواه سليمان بن عبد الله الهاشمي عن أبيه، قال: سألت أبي جعفر عليه السلام

عن رجل أوصى إلى رجل فأعطاه ألف درهم زكاة. ماله، فذهبت من الوصيّ؟

قال عليه السلام: «هو ضامن، ولا يرجع على الورثة»^(٥).

الطائفة الخامسة: ما يدلّ على ضمان واجد اللقطة.

منها: رواية عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد بسنده عن عليّ بن جعفر

عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: وسألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو

ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال عليه السلام: «يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حقّها في

عرض ماله، حتّى يجيء طالبها، فيعطيهما إياه، وإن مات أوصى بها، فإن أصابها

شيء فهو ضامن»^(٦).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧١، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٣، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٦، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ٢٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٨٩، الباب ١٠ من أبواب المضاربة، الحديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٨، الباب ٣٦ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٣.

(٦) وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٢، الباب ٢ من كتاب اللقطة، الحديث ١٣.

وأما علاجها:

أما الطائفة الأولى: فيمكن الجواب عنها بأن هذه الروايات خارجة عن محلّ البحث إما تخصيصاً وإما تخصّصاً.

أما تخصيصاً: فلأنّ مفادها يرجع إلى اشتراط الضمان، فإنّ تضمين أمير المؤمنين من الأحكام السلطانية التي أمرها بيد الحاكم الشرعي، فالحاكم الشرعي بعد ما رأى قلة مبالاة أرباب الحرف في حفظ أمتعة الناس يصدر حكماً يوجب حفظ أمتعتهم، وهو الحكم بضمان كلّ من أخذ أمتعة الناس ليصلحه من أرباب الحرف. وهذا يرجع إلى اشتراط الضمان من جانب الحاكم الشرعي. وهو خارج عن مفاد القاعدة تخصيصاً كما سيأتي. ونفس الحاكم إذا رأى مبالاةهم فيه فلا يضمنهم، كما روي عن عليّ بن الحسين^(١) وأبي جعفر الباقر^(٢) وأبي الحسن الرضا^(٣) أنّهم لم يضمنوهم.

وأما تخصّصاً: فلأنّه لا يبعد أن تكون هذه الروايات بصدد بيان التضمين في مقام القضاء، فكان موردها ما إذا يشكّ صاحب المال في أنّ الصائغ أو القصار أو الصباغ أو غيرها عن أرباب الحرف هل هو من تلف المال عنده من دون استناد التلف إليه فلا ضمان عليه، أو هو متلف فهو ضامن؟ وبعد الشكّ يرجع إلى الحاكم الشرعي للقضاء. والحاكم في مقام القضاء وبعد مطالبة البيّنة أو توجّه اليمين فإذا ثبت له أنّه متلف أو غير أمين فيضمنه؛ وإذا ثبت له أنّه من تلف المال عنده ويكون أميناً فلا يضمنه.

وتؤيده مكتابة محمّد بن الحسن الصفّار، قال: كتبت إلى الفقيه^(٤) في رجل

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٥، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ٢٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٤، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ١٢ و ٢٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٣، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ٩.

دفع ثوباً إلى القصار ليقصّره، فدفعه القصار إلى قصارٍ غيره ليقصّره، فضاع الثوب، هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره وإن كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه: «هو ضامن له، إلا أن يكون ثقةً مأموناً إن شاء الله»^(١).

وبالجملة: فهذه الروايات موردها الشك في تحقق التلف أو الشك في الاستناد إلى العامل واحتمال كونه متلفاً. وأما مورد القاعدة ما إذا علمنا أنه ليس متلفاً. فهذه الروايات خارجة عن محلّ البحث تخصّصاً.

وأما الطائفة الثانية: فهي تدلّ على الضمان في مورد الإتلاف، فإنّ قوله عليه: «يفسد» أو «يلفسده» أو «فأفسده» ظاهر في الإتلاف.

والقاعدة وإن تعتّم - من حيث هي - لأنّ مورد القاعدة - كما سيأتي - هو عدم الحفظ، وهو عامّ يشمل عدم الحفظ الذي كان مستنداً إلى التعدي والتفريط، إلاّ أنّه يخرج عن موردها بهذه الطائفة تخصيصاً.

وأما الطائفة الثالثة: فيمكن الجواب عنها بأنّ الضمان في هذا المورد من جهة التصرف فيما لا يجوز التصرف فيه، وهو موجب للضمان. وأما كون الربح لليتيم فهو من جهة أنّ العامل تصرف في مال اليتيم فضولاً، فهو كالفضولي الذي أجاز له مالكة أو من بيده الأمر. والشارع أجاز التجارة الرابعة في مال اليتيم، غبطة له، فالربح في ماله.

وأما الطائفة الرابعة: فيمكن حملها على ما إذا وجد مستحقّ الزكاة أو صاحب الدين وقصّر في دفع ما أخذه، كما يشهد له صحيحة محدّد بن مسلم، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل بعث بزكاة ماله لتقسم، فضاقت، هل عليه ضمانها حتّى تقسم؟ فقال عليه السلام: «إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن... وكذلك

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٥، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ١٨.

الوصي الذي يوصى إليه يكون ضامناً لما دفع إليه إذا وجد ربه الذي أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان»^(١).

وأما الطائفة الخامسة: فيمكن حملها على صورة التعدي أو التفريط في حفظها.

وعلى تقدير عدم إمكان حملها عليها فغاية الأمر أن القاعدة تخصّص بها، ولا بأس به، فإن كلّ قاعدة فقهية قابلة للتخصيص.

الثالث: العقل

وتقريبه بأن يقال: أن الضمان تنافي الائتمان؛ بيان ذلك: أن الضمان - كما مرّ - هو استقرار الشيء المأخوذ في عهدة الآخذ، والائتمان عبارة عن تسليم المالك أو الشارع ماله أو شيئاً آخر إلى شخص ليحفظه واثقاً منه بعدم خيانتة في حفظه. فأقدم المالك أو الشارع على الإعطاء للحفظ، وأخذ الأمين وأقدم على حفظه. والحفظ يتحقّق بعدم الإتلاف. وأمّا التلف فلم يقدم على عدمه حتّى يوجب الضمان.

أو يقال: أن تغريم من بذل كمال توجّهه وغاية سعيه في حفظ مال الغير من دون اشتراط الضمان ظلم، والظلم قبيح يمنع العقل.

الرابع: الإجماع

واستدلّ به صاحب العناوين، فقال: «وثانيها: إجماع الأصحاب قديماً وحديثاً على ذلك، فإنهم يتمسّكون في الموارد التي أشرنا إليها وغيرها في عدم الضمان بأنّه أمين، من دون نكير على ذلك. فيعلم من ذلك إطباقهم على أن الأمين

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٧، الباب ٣٦ من أحكام الوصايا، الحديث ١.

ليس عليه ضمان، وهو الحجّة»^(١).

وأنت خبير بأنّ إطباقهم على ذلك مستند، إلى الروايات الكثيرة المتقدمة. نعم لو كانت الروايات بأجمعها ضعيفة من حيث السند، فيمكن الاستدلال بالإجماع وانجبار ضعفها به.

المقام الثالث: في مستثنيات القاعدة
ثمّ إنّهُ أُستثني من القاعدة أمور:

الأوّل: صورة التعدي والتفريط

استثني منها ما إذا كان عدم الحفظ مستنداً إلى التعدي أو التفريط.
وقد فرّق بينهما الشهيد في «المسالك» بأنّ التعدي فعل ما لا يجوز فعله، كلّبس الثوب، والتفريط أمرٌ عديمي، وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ^(٢).
وقال صاحب الجواهر: «إنّ التفريط أيضاً أمرٌ وجودي، فإنّه عبّر عنه في نصوص الرهن بالاستهلاك والتضييع ونحو ذلك ممّا هو أمرٌ وجودي»^(٣).
والتحقيق: أنّ هذين العنوانين لم يردا في الشرع ونصوص الباب، وليس من الحقائق الشرعيّة حتّى يحتاج إلى بيان الشارع، ولا من الموضوعات الشرعيّة المستنبطة التي ثبتت موضوعيّتها للحكم الشرعي حتّى يحتاج إلى نظر الفقيه والبحث عن مفهومها من حيث موضوعيّتها للحكم الشرعي، بل هما من المفاهيم العرفيّة، ولا بدّ من ملاحظة ما هو المتفاهم العرفي منهما. فالمرجع فيهما تحقّق الصديق العرفي.

والأمر سهل بعد معلوميّة أنّ العرف لا يفهم من التفريط إلّا التضييع، ومن

(٢) مسالك الأنهام ٥: ١٠١، الحدائق ٢١: ٤٣٠.

(١) العناوين ٢: ٤٨٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ١٢٩.

التعديّ إلاّ التجاوز.

ولا شكّ أنّ التضييع عبارة عن الإهمال في محافظة الشيء المأخوذ، وترك ما يوجب حفظه على مجرى العادات بحيث يعدّ معه الآخذ عند العرف مضيّعاً ومسامحاً، كما إذا طرحه في محلّ ليس بحرّز وذهب عنه غير مراقب له، أو ترك سقي الدابة وعلفها أو لم يتغذّها بقدر الكفاية، أو ترك نشر ثوب الصوف والأبريشم في الصيف، أو غير ذلك.

والتجاوز عبارة عن أن يفعل فعلاً ينافي حفظه، كأن تصرّف فيه بما لم يؤذن له المالك، مثل أن يلبس الثوب أو يفرش الفراش أو يركب الدابة إذا لم يتوقّف حفظها على التصرّف، أو يصدر منه بالنسبة إليه ما ينافي الأمانة ويكون يده عليه على وجه الخيانة كما إذا جرده لا لمصلحة الودعة.

ولا يخفى: أنّهما لما كانا من المفاهيم العرفيّة فَيختلفا باختلاف الأمانات والأزمنة والأمكنة، فربّما إهمال لا يعدّ تفريطاً بالنسبة إلى شيء، ونفس الإهمال يعدّ تفريطاً بالنسبة إلى شيء آخر، كما أنّ ربّما صدور فعل لا يعدّ تعدياً بالنسبة إلى شيء، ونفس الصدور يعدّ تعدياً بالنسبة إلى شيء آخر؛ فكلّ منهما يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة والأمانات، بل الرسوم والعادات. ففي كلّ مورد صدق التفريط أو التعديّ عرفاً لا ريب في تحقّق الضمان، وفي كلّ مورد لم يصدق عرفاً لا ريب في عدم الضمان. ومع الشكّ في الصدق وعدمه من أهل العرف فالمرجع أصالة عدم الضمان.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لا ثمرة عمليّة للنزاع في أنّ التفريط أمرٌ عدميّ أو أمرٌ وجوديّ، حيث كان الملاك صدقه العرفي، سواء كان أمراً وجوديّاً أو عدميّاً. ومن هنا يصحّ تفسيره بالإهمال والمسامحة في حفظ الشيء فيكون أمراً وجوديّاً، كما يصحّ تفسيره بعدم التوجّه والاهتمام بحفظه، فيكون أمراً عدميّاً.

ودعوى وجود الثمرة العملية في البين من جريان الأصل الموضوعي فيه مع الشك عند كونه وجودياً، فلا ضمان عليه، وجريانه فيما إذا كان عديمياً أيضاً ولكن لا يثبت به الضمان لكونه من الأصل المثبت، فاسدة، لأنه لا فائدة في جريان الأصل المذكور بعد قبول قول الآخذ لكونه أميناً، مع وجود إصالة بقاء الاستيمان. إذا عرفت هذا فينبغي صرف الكلام إلى جهتين:

الأولى: أن استثناء صورة التعدي والتفريط من قاعدة عدم ضمان الأمين هل يكون بنحو الاستثناء المتصل أو بنحو الاستثناء المنقطع؟

ذهب المحقق البجنوردي إلى الثاني، فقال: «فعدم التعدي والتفريط مأخوذان في حقيقة الأمين، والاستثناء في القاعدة مستدرك، لأنه إذا صدر عنه التعدي أو التفريط فهو خائن وليس بأمين، فإثهما ضدان»^(١).

وتبعه شيخنا الأستاذ، لكن لا بالنحو الذي ذكره، بل من جهة أن مورد القاعدة صورة التلف، ومورد التعدي والتفريط هو الإتلاف، فاستثنائهما من قبيل استثناء المنقطع^(٢).

والتحقيق: أن استثنائها بنحو الاستثناء المتصل، لأن مورد القاعدة صورة عدم الحفظ، وهو أعم من التلف والإتلاف. بيان ذلك: أن ما أفادهما مخدوش: أما ما أفاده المحقق البجنوردي: فلائه فرع كون المراد من الأمين هو الأمين بحسب وصفه الواقعي.

وأما ما أفاده شيخنا الأستاذ. فلائه فرع اختصاص مورد القاعدة بصورة التلف. ولكن كلاهما ممنوع، لما ذكرنا من أن المراد من الأمين هو المؤمن الذي ائتمنه صاحب المال أو الشارع على المال وسلطه عليه لأن يحفظه، واثقاً منه بأنه

(١) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٢: ٧. (٢) القواعد الفقهية (الفاضل للكراني): ٣٥ - ٣٧.

لا يفعل ما ينافي حفظه؛ فكلّ من سلّطه المالك أو الشارع على شيءٍ لأن يحفظه واثقاً منه بأنّه لم يفعل ما ينافي حفظه فهو لا يستقرّ في عهده لو لم يُحفظ، فمورد القاعدة عدم الحفظ، وهو عامٌ يشمل عدم الحفظ الذي كان منشؤه التلف وما كان منشؤه الإتلاف، غاية الأمر يستثنى منه عدم الحفظ الذي كان مستنداً إلى التعدي والتفريط اللذين موردهما الإتلاف. فالاستثناء من قبيل الاستثناء المتّصل.

الثانية: ما الدليل على استثناء صورة التعدي والتفريط من قاعدة عدم ضمان الأمين؟ فنقول: والدليل على استثنائهما أمور:

منها: قاعدة الإتلاف، فإنّها قاعدة فقهية تحكم بأن كلّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن، وسيأتي البحث عنها في هذا الفصل إن شاء الله.

ومنها: ما عن محمد بن الحسن، قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع إلى رجل وديعة، فوضعها في منزل جاره، فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوَقَّع: «هو ضامن لها إن شاء الله»^(١). ومنها: بناء العقلاء.

ومنها: الإجماع من الفقهاء بل العقلاء. قال صاحب الجواهر: «والأمر سهلٌ بعد معلومية عدم ضمانها بدونهما إجماعاً بقسميه ونصوصاً، والضمان مع كلّ منهما كذلك»^(٢).

الثاني: صورة اشتراط الضمان

واستثني منها أيضاً ما إذا كان الحفظ - في العقود الاستيمانية - مشروطاً بالضمان في صورة التلف ولو لم يكن تعدُّ ولا تفريط.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٩، الباب ٥ من أبواب أحكام الوديعة، الحديث ١.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ١٢٨.

والدليل عليه إطلاقات أدلة الشروط، كقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(١)، فإنها تدلّ على عموم وجوب الوفاء بالشروط في كلّ قرار معامليّ إلا أن يكون الشرط مخالفاً للشرع أو مخالفاً لمقتضى العقد. وقد يتوهم أنّ شرط الضمان في العقود الاستيمانية مخالف لمقتضاها، فإن مقتضى العقود الاستيمانية عدم الضمان.

وأجيب عنه: بأنّ اقتضاء العقد على قسمين: اقتضاء ذاتيّ، واقتضاء إطلاقيّ؛ وشرط الضمان في المقام مخالف للاقتضاء الإطلاقيّ للعقد، فيكون مقيداً لذلك الإطلاق، لا أن يكون منافياً للاقتضاء الذاتيّ له، حتّى يكون فاسداً وباطلاً^(٢). وحاصل الجواب: أن إطلاق العقود الاستيمانية يقتضي عدم الضمان، ولكن يقيد بما إذا اشترط الضمان. وأمّا ذات العقود الاستيمانية فلا يقتضي إلا حفظ المأخوذ. فشرط الضمان لا يكون مخالفاً لما يقتضيه ذاتها حتّى يكون فاسداً وباطلاً.

ويؤيده ما ورد في جواز اشتراط الضمان في العارية. ففي خبر الفقيه: استعار النبي ﷺ من صفوان بن أمية سبعين درعاً حطميّة، وذلك قبل إسلامه، فقال: أغضب أم عارية يا أبا القاسم؟ فقال ﷺ: «بل عارية مؤداة»، فجرت السنّة في العارية إذا شرط فيها أن تكون مؤداة^(٣).

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله ﷺ: «إذا هلك العارية عند المستعير لم يضمنه، إلا أن يكون اشترط عليه»^(٤).

(١) وسائل الشريعة ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور. الحديث ٤.

(٢) مهذب الأحكام ٩٥: ٩٥.

(٣) وسائل الشريعة ١٣: ٢٣٨، الباب ٢ من أبواب العارية الحديث ١.

(٤) وسائل الشريعة ١٣: ٢٣٦، الباب ١ من أبواب العارية الحديث ١.

وجه التأييد أنَّ العارية مشتركة مع غيرها من العقود الاستيمانية بحسب الملاك، فجواز اشتراط الضمان فيها شاهد على عدم كون اشتراط الضمان مخالفاً لمقتضى ذات العقود الاستيمانية.

الثالث: الذهب والفضة المستعاران

الأمر الثالث من مستثنيات القاعدة الذهب والفضة المستعاران. والدليل على استثنائهما الروايات:

منها: صحيحة زرارة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال: «ما استعرتَه فتوى (أي تلف) فلا يلزمك تواه، إلَّا الذهب والفضة، فإنَّهما يلزمان، إلَّا أن تشترط عليه أنَّه متى توى لم يلزمك تواه؛ وكذلك جميع ما استعرت، فاشترط عليك، لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك»^(١).
ومنها: رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله أو أبي إبراهيم عليه السلام، قال: «العارية ليس على مستعيرها ضمان، إلَّا ما كان من ذهب أو فضة، فإنَّهما مضمونان، اشترطاً أو لم يشترطاً»^(٢).

المقام الرابع: في النقوض المتوهمّة

قد انتقض عموم قاعدة عدم ضمان الأمين بموارد:
الأوّل: المقبوض بالسّوم، فإنَّه ممّا حكموا فيه بالضمان، مع أنَّه وقع تحت يد القابض بإذن المالك أو من يحكمه.
وأجاب عنه المحقّق البجنورديّ، فقال: «أولاً: أنَّ هذه المسألة خلافية، وقد

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٩، الباب ٣ من أبواب كتاب العارية، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٤٠، الباب ٣ من أبواب كتاب العارية، الحديث ٤.

ذهب جمع إلى عدم الضمان معللاً بأنه أمانة مالكيّة. وثانياً: على تقدير القول بالضمان يمكن أن يقال بأنه ليس القبض هناك بعنوان الأمانة، بل بعنوان أن يكون عند اختيار القابض للإشتراء مضموناً عليه بالعوض المسمّى»^(١).

إنّ المشهور في المقبوض بالسوم هو الضمان، ولكن التحقيق فيه عدم الضمان، فإنّ يد القابض هاهنا لا يخلو: إمّا يد مالكيّة وإمّا يد عدوانيّة وإمّا يد أمانيّة. وأمّا المالكيّة والعدوانيّة فعدمهما معلوم، فإنّ المقبوض وقع تحت يد القابض بإذن المالك لجلب نظر القابض بعد معرفة خصوصيّات المقبوض، فالمالك دفعه إليه واثقاً به أنّه حفظه، سواء اشتراه أو لم يشتريه. فتكون يده أمانيّة وتشمله قاعدة عدم ضمان الأمين.

وصرّح المحقّق الأردبيلي بأنّ الحكم بالضمان فيه غير متّجه^(٢). وذهب ابن إدريس^(٣) والعلامة^(٤) وفخر المحقّقين^(٥) إلى عدم الضمان فيه.

الثاني: المقبوض بالعقد الفاسد، فإنّهم حكموا فيه بالضمان، وأجروه مجرى الغصب إلّا في الإثم إن كان جاهلاً بالفساد، مع أنّ القابض مأذون من قبل المالك، سواء كان المقبوض الثمن بالنسبة إلى البائع أو المثلّمن بالنسبة إلى المشتري. وفيه: أنّ المقبوض بالعقد الفاسد خارج من القاعدة تخصّصاً لا تخصيماً. بيان ذلك: أنّ حكمهم بالضمان فيه من جهة أنّه وإن كان مأذوناً من قبل المالك إلّا أنّه المأذون بعوض، فاليد عليه ليست يداً أمانيّة، بل هو داخل تحت قاعدة ضمان اليد، لما مرّ في قاعدة على اليد من أنّها تشمل كلّ يد لا تنافي الضمان، وهي: اليد غير المأذونة واليد المأذونة بعوض. وفي المقبوض بالعقد الفاسد يكون إذن المالك

(١) القواعد الفقهيّة (الجنوردي) ٢: ١١.

(٢) السرائر ٢: ٨٦.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٩٢ - ١٩٣ و ١٠: ٤٩٨.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ١٦٧.

(٥) مختلف الشيعة ٥: ٢٣٠ و ٣٢١.

مقيّداً بالعوض، فالمقبوض بالعقد الفاسد وإن كان مأذوناً من قبل المالك إلا أنه المأذون بالعوض، واليد المأذونة بالعوض ليس يداً أمانية حتى يقال: أن حكمهم بالضمان فيه ينافي قاعدة عدم ضمان الأمين التي موردها الأمانات.

الثالث: المبيع التالف في يد البائع قبل أن يقبض المشتري وبعد تحقق المعاملة بجميع شرائطها وأركانها، فإنهم حكموا بضمان البائع، وإن كان بقاءه في يده بإذن المشتري المالك.

وفيه: أن الحكم بالضمان فيه ليس من باب ضمان الأمين حتى تنتقض القاعدة به، بل من جهة حكم الشارع بانفساخ العقد آنأماً قبل التلف، لكي يقع التلف في ملك البائع، فليس من باب الضمانات وتلف ملك الغير في يده، وإلا لو كان كذلك لكان مقتضاه الضمان الواقعي. والدليل على انفساخ العقد هو الأخبار الواردة الدالة على قاعدة: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه». وسيأتي تفصيل البحث عنها في هذا الفصل إن شاء الله.

الرابع: المال المغصوب الذي رضي المالك أن يكون باقياً في يد الغاصب، فإنه حكم بضمان الغاصب لو تلف المال في يده، مع أنه مأذون فيه من قبل المالك. والجواب عنه - كما قيل ^(١) - : أنه لو كان الأمر كذلك وكان الغاصب أراد تسليم العين المنصوبة إلى المالك ولم يقبل المالك، بل جعلها أمانة عنده، فالحكم بالضمان في هذه الصورة ممنوع. وإن لم يكن الأمر كذلك، فبمجرد رضا المالك بالبقاء لا تخرج يده عن كونها يد الغصب.

الخامس: حكمهم بالضمان في اللقطة ومجهول المالك إذا تصدق به عن طرف مالكة، ثم وجد المالك ولم يرض بالتصدق، مع أن يده مأذون من قبل الشارع،

(١) القواعد الفقهية (البحرودي) ٢: ١٣ - ١٤.

فكانت اللقطة أو مجهول المالك أمانة شرعية.

والجواب عنه: أن التصديق بمنزلة إتلاف مال الغير، والشارع لم يأذن بالتصديق إلا مقيداً بالضمان لو وجد المالك ولم يرض به، فهو وإن كان خارجاً عن القاعدة تخصيصاً، فإن مورد قاعدة عدم ضمان الأمين هو التلف والإتلاف إلا أن تخصيص هذا المورد الخاص عن تحت القاعدة لا يضر بكونها قاعدة فقهية، نعم، لو كان التخصيص من التخصيص الأكثر تنهدم القاعدة، وهو مفقود في المقام. ويمكن أن يقال: أن هذا المورد خارج عن القاعدة تخصصاً، لأن مقتضى أدلة قاعدة عدم ضمان الأمين عدم ضمانه في نفسه من غير إقدام عليه، والمتصدق في المقام أقدم على الضمان بالتصدق.

وبالجملة: فلا ينتقض القاعدة بالموارد المذكورة.

المقام الخامس: في بعض موارد تطبيقها

لا خفاء في أن قاعدة عدم ضمان الأمين من القواعد المختصة بباب الضمان، فإنه يحكم بها بعدم الضمان في الأمانات. ولذا أدرجناها ضمن القواعد المختصة بباب خاص. ولكن لما كان موردها كل الأمانات الشرعية والمالكية، وهي كثيرة، ويبحث عن كل واحدة منها في باب من أبواب الفقه، فموارد تطبيقها كثيرة، ولا بد لنا من الاستقصاء عنها في مختلف أبواب الفقه من العقود الاستيمانية. ونذكر بعض موارد وترك الموارد الأخر لوضوحها بعد معرفة الضابط فيها.

١- لو تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر، لا يضمنها، لأن يد المستأجر أمانة، ولا ضمان على الأمين.

٢- العين التي للمستأجر بيد المؤجر الذي آجر نفسه لعمل فيها - كالثوب الذي آجر نفسه ليخيطه - أمانة، فلا يضمن تلفها أو نقصها، لقاعدة عدم ضمان الأمين.

٣- إذا آجر دابة لحمل متاع فعثرت وتلف أو نقص لا ضمان على صاحبها،

لقاعدة عدم ضمان الأمين.

٤- إذا استوَجِرَ شخص لحفظ متاع فسرَق لم يضمن، لقاعدة عدم ضمان الأمين.

٥- لو تلف رأس المال في يد العامل، لا يضمنه، لأنَّ يد العامل في المضاربة أمانة، ولا ضمان على الأمين.

٦- العارية أمانة بيد المستعير، لا يضمنها لو تلفت، لقاعدة عدم ضمان الأمين. نعم لو شرط الضمان ضمنها، كما أنَّه لو كان العين المعارة ذهباً أو فضة ضمنها، وذلك لاستثنائهما عن القاعدة.

٧- لو تلفت الوديعة في يد المستودع من دون تعدُّ منه ولا تفريط لم يضمنها، لقاعدة عدم ضمان الأمين.

٨- لو أخذ ظالم الوديعة من المستودع لم يضمنها، لقاعدة عدم ضمان الأمين.

٩- لو خيف هلاك مال في يد الصبي أو المجنون، فيؤخذ منهما، ويصير أمانة شرعية، ويجب عليه حفظه. وليس عليه ضمان لو تلف في يده، لقاعدة عدم ضمان الأمين.

١٠- لو تلف مال في يد الوكيل لم يضمنه، لقاعدة عدم ضمان الأمين.

١١- لو تلف مال في يد الحمال الذي يعطى المال له لحمله، لا يضمنه، للقاعدة المذكورة.

١٢- يد الحاكم الشرعي أو وكيله أو المأذون من قبْله على أموال القصر والغيب يد أمانية، فلو تلفت في أيديهم لا ضمان عليهم، لقاعدة عدم ضمان الأمين.

١٣- لو تلفت أموال الصغار في يد الأب أو الجد لم يضمنها، لقاعدة عدم ضمان الأمين.

١٤- لو تلف المال الذي تعلّق به الخمس أو الزكاة في يد صاحب المال قبل إيصالهما إلى المستحق، لم يضمنها، للقاعدة المذكورة.

القاعدة الخامسة

قاعدة الإِتلاف

ومن جملة القواعد الفقهيّة المشهورة هي قاعدة الإِتلاف. والبحث عنها يقع في جهات:

الجهة الأولى: في بيان المراد منها

والمراد منها إجمالاً هو ما لهجت به ألسنة الفقهاء من قولهم: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن». وقد يعبر عنها بـ«قاعدة المباشِر ضامن وإن لم يتعمّد»^(١)، كما قد يعبر عنها بـ«قاعدة من أتلف»^(٢).

وأما بيان المراد منها تفصيلاً فهو يتوقّف على بيان أمور:

الأوّل: أنّه ما المراد من الإِتلاف المضاف إلى المال؟ هل المراد منه خصوص إِفناء نفس المال، أو المراد منه مطلق الإِفناء، أعمّ من إِفناء نفس المال وإِفناء ماليّته؟ وهل المراد خصوص الإِفناء المباشريّ أو المراد أعمّ من المباشريّ والتسبيبيّ؟ فالكلام يقع في مقامين:

أما المقام الأوّل: ففيه خلاف بين الفقهاء.

ذهب المحقّق البجنورديّ إلى الأوّل. فقال - ما محصّله - : «إِتلاف المال

(١) الفقه في ثوبه الجديد «المدخل الفقهيّ العامّ»: ١٠٤٤.

(٢) مصباح الفقاهة ١: ١٩٧ و٣: ١٣١، مستمسك العروة ١٣: ٣٦١.

عبارة عن إهلاكه وإفناؤه. والإفناء قد يتعلّق بذات المال، وقد يتعلّق بماليّته مع بقاء ذاته. لا شكّ في أنّ الثلج له ماليّة في الصيف، وأمّا في الشتاء فلا ماليّة له، بحيث لا يُبذل بإزائه المال؛ فإذا أفنى ذات ثلج الغير فهذا إتلاف مال الغير؛ وأمّا إذا حبسه على صاحبه حتّى دخل الشتاء كما لو غصب الثلج فردّ على صاحبه مع الثلج الذي فيه في الشتاء فهذا إتلاف ماليّة الثلج لا نفسه. والظاهر من إتلاف المال هو المعنى الأوّل، أي إفناء نفس المال، لا إفناء ماليّته. وبناءً على هذا فالضمان في موارد إفناء الماليّة دون نفس المال يحتاج إلى دليل آخر غير الروايات، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(١).^(٢)

والأقرب إلى التحقيق ما ذهب إليه السيّد الإمام الخميني عليه السلام من أنّ المراد من إتلاف المال هو الإفساد على صاحب المال. فقال - ما ملخصه -: «الظاهر أنّ قاعدة الإيتلاف - بنطاق أوسع من مفهوم «الإيتلاف» - أمرٌ عقلائيّ، فلو أتلّف مال الغير، أو أفسده، أو أكله، أو عبّيه، أو أفسده على صاحب المال ولو لم يفسده في نفسه، كمن سلّم مال الغير إلى غاصب لا يمكن أخذه منه، فهو ضامن عند العقلاء. بل الظاهر أنّ المناط في الضمان هو الإفساد على صاحب المال، لا إفساد نفس المال، وإفساد المال أيضاً - لأجل الإفساد على صاحبه - موجب للضمان. والمراد من الإفساد على الصاحب جعله بحيث يمتنع عليه التصرف شرعاً أو عقلاً»^(٣). وعليه فإنّ إفناء ماليّة المال إفساد على صاحب المال ويشمله قاعدة الإيتلاف، وسيأتي مزيد توضيح في الجهة الثانية.

وأما المقام الثاني: فالظاهر من الروايات الدالّة على الضمان بالإيتلاف والإفساد هو خصوص الإفناء والإفساد المباشرين، فإنّ الظاهر من «لأنّه أفسدها

(٢) القواعد الفقهية (الجنوري) ٢: ١٩ - ٢٠.

(١) البقرة: ١٩٤.

(٣) كتاب البيع ٢: ٤٥٨ - ٤٦٢.

على شركائه» و«فَيُفسد» و«لأنَّه أفسدها عليه» وغيرها ممَّا سيأتي هو الإفناء من دون الوساطة، وأمَّا مع الوساطة فلا يصدق عليه: «أنَّه أفسده وأتلفه»، بل يصدق عليه: «أنَّه السبب في فساد».

ومن هنا يظهر الفرق بين قاعدة الإتلاف وقاعدة التسييب، فإذا نُسب التلف إلى المتلف من دون واسطة كان مجرى قاعدة الإتلاف، وإذا نُسب التلف إليه مع الوساطة أو وسائط فيحكم بضمن المتلف لكونه مجرى قاعدة التسييب.

ويظهر أيضاً أنَّ المناط في الضمان في قاعدة الإتلاف هو الإفساد على صاحب المال وصحَّة نسبة الإفساد إلى الشخص بلا واسطة، بلافق فيه بين العمد والخطأ، ففي صورة الخطأ يثبت الضمان بالإتلاف أيضاً، لصحَّة النسبة.

الثاني: ما المراد من المال المضاف إليه الإتلاف؟ الظاهر أنَّ المراد منه هو كلُّ ما تعلق بالناس ويكون مطلوباً ومرغوباً لهم لأجل قضاء حوائجهم به ويكون دخيلاً في معاشهم من الأعيان الخارجيّة والمنافع والحقوق.

أمَّا الأعيان الخارجيّة: فمثل المأكولات والمشروبات والملبوسات والمساكن والمراكب والأشياء التي يترتّبون بها والأوراق الماليّة التي لها دخل في قضاء حوائجهم بها وإن لم تكن في حدّ نفسها ممَّا يستعمل في رفع الحوائج ولكن بعد اعتبارها من ناحية من يیده الاعتبار تتّصف بالماليّة.

وأما المنافع: فمنها ركوب الدابّة وسكنى الدار والتزيّن بالذهب والفضّة والأحجار الكريمة والعلاج بالأدوية وغيرها.

وأما الحقوق: فمثل حقّ الحضانة وحقّ التحجير وحقّ الوصاية وغيرها. والحاصل: أنَّ المراد من المال في القاعدة كلّ شيء يحتاج الناس إليه في تدبير حياتهم وقضاء حوائجهم أو شيء يحصل به مطلوبهم. وهذا هو المراد من

المال في قوله تعالى: ﴿أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾^(١).

الثالث: أنه ما المراد من الضمان؟ والمراد منه واضح بعد ما مرّ معناه في القواعد السابقة، وهو استقرار الشيء في عهدة المتلف، فيجب عليه الخروج عنها بأداء المثل في المثليات والقيمة في القيميات - على المشهور - وأداء ما يقابل الشيء عرفاً - على المختار -.

إذا عرفت هذه الأمور الثلاثة فنقول: معنى قاعدة الإتلاف أنه إن أفسد شخص على صاحب مالٍ فيستقرّ ذلك المال في عهدة المفسد ويجب عليه الخروج عنها بأداء المثل في المثليات والقيمة في القيميات - على المشهور - وأداء ما يقابل الشيء في المالية عرفاً - على المختار -.

الجهة الثانية: في مداركها

واستدلّ عليها بأمر:

الأول: الكتاب

استدلّ عليها الشيخ في المبسوط^(٢) وابن إدريس في السرائر^(٣) بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ آعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(٤).

وتبعهما المحقق البجنوردي، وقال: «ولا شك في أن إتلاف مال الغير بدون إذنه ورضاه اعتداء عليه. وتعبيره سبحانه وتعالى عن أخذ المثل في المثليات والقيمة في القيميات بالاعتداء للمشاكله، كقوله تعالى: ﴿جَزَاؤُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾^(٥). فالآية تدلّ دلالة واضحة على أن من أتلف مال الغير بدون إذنه ورضاه فهو له ضامن»^(٦).

(١) الكهف / ٤٦.

(٢) المبسوط ٣: ٦٠.

(٣) السرائر ٢: ٤٨٠.

(٤) الشورى / ٤٠.

(٥) البقرة: ١٩٤.

(٦) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٢: ١٧.

وأورد عليه شيخنا الأستاذ بما حاصله: أن الدليل أخصّ من المدعى، فإنّ الإتلاف المأخوذ في القاعدة أعمّ من الإتلاف الواقع عن عمد ومع الالتفات، وأمّا الاعتداء فلا يتحقّق إلّا مع التوجّه والالتفات. مضافاً إلى أنّ مفاد الآية جواز الاعتداء بالمماثل بنحو الحكم التكليفي للغير، وأمّا الضمان الذي هو الحكم الوضعي فلا دلالة للآية عليه^(١).

ومن هنا يظهر فساد الاستدلال عليها بقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾^(٢)، فإنّه لا تدلّ إلّا على جواز المؤاخذه بالمماثل وهو حكم تكليفي، وأمّا الضمان فلا دلالة للآية عليه.

وقد يستدلّ عليها بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَوَّقَيْتُمْ بِهِ﴾^(٣). وفيه: - مضافاً إلى ما في سابقه - أن الآية تختصّ بالمجازات والمكافاة بالعذاب. قال الراغب في المفردات: «العقوبة والمعاقبة والعقاب يختصّ بالعذاب»^(٤). على أنّ الاستفادة من سياق الآية أنّ الخطاب فيها للمسلمين، والمراد من المعاقبة جواز مجازاة المشركين والكفار، فلا استدلال بها لا يخلو من إشكال.

الثاني: الروايات

وتدلّ عليها روايات كثيرة في أبواب مختلفة. وهي وإن كانت واردة في موارد خاصّة لكن بعد ملاحظة المجموع نقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد. منها: موثقة سماعة، قال: سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه؟ فقال ﷺ: «هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه، لأنّه أفسده على أصحابه»^(٥).

(٢) الشورى / ٤٠.

(١) القواعد الفقهية (الفاضل للنكراني) ١: ٤٦.

(٤) المفردات: ٣٤٠.

(٣) النحل / ١٢٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٦: ٢٢، الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق، الحديث ٥.

ومنها: رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في وطئ أحد الشركاء التجارية المشتراة، قال عليه السلام: «تقوّم الجارية ويغرم ثمنها للشركاء، فإن كانت القيمة في اليوم الذي وطأ أقلّ ممّا اشترت به فإنّه يلزمه أكثر الثمن، لأنّه أفسدها على شركائه، وإن كانت القيمة في اليوم الذي وطأ أكثر ممّا اشترت به، يلزمه الأكثر، لاستفسادها»^(١).

فيظهر منهما أنّ الإفساد على المالك موجب للضمان، فإنّ التعليل فيها صريح في أنّ الملاك في الضمان هو الإفساد على المالك بحيث لا يمكن له الانتفاع المتوقع من ماله.

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سئل عن القصّار يفسد؟ فقال عليه السلام: «كلّ أجير يعطى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن»^(٢).

ومنها: موثقة إسحاق بن عمّار، قال: سئلت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهّن الرهن بمائة درهم، وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مائتي درهم؟ قال: «نعم، لأنّه أخذ رهناً فيه فضلّ وضيّعه»^(٣).

ومنها: حسنة سدير عن أبي جعفر عليه السلام: في الرجل يأتي البهيمة، قال عليه السلام: «يجلّد دون الحدّ ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها، لأنّه أفسدها عليه...»^(٤).

ومن الواضح أنّ قوله عليه السلام: «لأنّه أخذه وضيّعه» أو قوله عليه السلام: «لأنّه أفسدها عليه» تعليل يستفاد منه التعميم لكلّ من أفسد على صاحب المال، بأن تمتنع عليه التصرفات المطلوبة.

ومنها: ما رواه زرارة، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل بعث إليه أخ له

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٩٠، الباب ٢٢ من أبواب الحدود والتعزيرات، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧١، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٢٩، الباب ٧ من أبواب كتاب الرهن، الحديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٥٧١، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم، الحديث ٤.

زكاته ليقسمها، فضاعت؟ فقال ﷺ: «ليس على الرسول ولا على المؤدّي ضمان». قلت: فإنه لم يجد لها أهلاً ففسدت وتغيّرت، أيضمنها؟ قال ﷺ: «لا، لكن إذا عرف لها أهلاً فعطبت أو فسدت فهو لها ضامن حتّى يخرجها»^(١).

ومنها: ما عن أمير المؤمنين ﷺ أنّه قضى - في من قتل دابة عبثاً أو قطع شجراً أو أفسد زرعاً أو هدم بيتاً أو عورّ بئراً أو نهراً - أن يغرم قيمة ما استهلك وأفسد، ويضرب جلدات نكالا، وإن أخطأ ولم يتعمّد ذلك فعليه الغرم، ولا حبس ولا أدب، وما أصاب من بهيمة فعليه ما نقص من ثمنه^(٢).

ودلالة هذه الروايات على القاعدة في كمال الوضوح. وفي المقام روايات أخر لا حاجة إلى تطويل الكلام بذكرها.

الثالث: بناء العقلاء

إنّ القاعدة من القواعد النظاميّة العقلائيّة، فمن أتلف مال الغير أو أفسده على صاحبه بحيث لا يتمكّن من الانتفاع به فهو ضامن عند العقلاء.

الرابع: الإجماع

لا ريب أنّ القاعدة مما أطبق عليها فقهاء المسلمين بل العقلاء جميعاً، كما قال العلامة في التذكرة: «المباشر للإتلاف ضامن بلا خلاف»^(٣). وقال السيّد في الرياض: «هذا الحكم ممّا لم أجد خلافاً فيه»^(٤)، ومراده من الحكم هو ضمان الطبيب القاصر في علاج المريض. وقال الشيخ الأعظم الأنصاري في المكاسب:

(١) وسائل الشيعة ٦: ١٩٨، الباب ٣٩ من أبواب المستحقّين للزكاة، الحديث ٢.

(٢) مستدرک وسائل الشيعة ١٧: ٩٥، الباب ٩ من أبواب كتاب الغصب، الحديث ٦ (٢٠٨٤٢).

(٣) التذكرة (ط. القديمة) ٢: ٣٧٤. (٤) رياض المسائل ١٦: ٣٧٤.

«إذا أتلّف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف»^(١).

ولكن إطباقهم عليها ليس من الإجماع المصطلح الذي يكشف عن قول المعصوم حتى يكون دليلاً مستقلاً قبال سائر الأدلة، بل هو مستند إلى الروايات المتقدمة التي دلالتها على القاعدة واضحة.

الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور:

الأمر الأول: عدم الفرق بين العالم والجاهل

لا فرق في جريان القاعدة بين الجاهل والعالم، بل الملاك في الضمان هو صحة نسبة التلف والفساد إلى الشخص، فلو أتلّف وأفسد جاهلاً بأن فعله يوجب فساد المال أو المنفعة أو الحقّ فهو يوجب الضمان كما أنّه كذلك لو كان عالماً عامداً. والوجه في ذلك - مضافاً إلى إطلاقات الروايات - صريح قوله عليه السلام: «وإن أخطأ ولم يتعمّد في ذلك فعليه الغرم».

الأمر الثاني: عدم شمولها للإفساد بالتسبب

أنّ الظاهر من الروايات المتقدمة - وهي العمدة في مدرك القاعدة - أنّ القاعدة إنّما تشمل الإفناء والإفساد المباشري، فإنّ الظاهر من تعليلهم عليهم السلام: «لأنّه أفسدها على شركائه» و«فيفسد» و«لأنّه أفسد عليه» وغيرها هو الإفساد من دون الوسطة.

وأما مع الوسطة فهو وإن كان موجباً للضمان أيضاً، إلّا أنّه من جهة التسبب، لا الإتلاف. فينبغي البحث عن كلّ من قاعدة الإتلاف وقاعدة التسبب على حدة.

الأمر الثالث: الفرق بين القاعدة وقاعدة ضمان اليد

والفرق بين قاعدة الإتلاف وقاعدة ضمان اليد من جهات:

أولها: أنَّ الملاك في الضمان هناك نفس السلطة والاستيلاء على الشيء، فإنَّ المستولي ضامن بمجرد الاستيلاء عليه، فيجب عليه أدائه ولو لم يتلف، فلو تلف يجب أداء مثله أو قيمته، وإن كان باقياً يجب أدائه بإرجاع عينه. بخلاف قاعدة الإِتلاف، فإنَّ الملاك في الضمان هنا هو إتلاف الشيء بحيث يصحَّ انتساب التلف إلى الشخص، وأمّا قبل الإِتلاف فلا دلالة لها على الضمان.

وثانيها: أنَّ قاعدة ضمان اليد لا تشمل اليد المأذونة بلا عوض، بل إنّما تشمل اليد العادية أو غير المأذونة أو المأذونة بعوض. بخلاف قاعدة الإِتلاف، فإنّها تشمل بعض مصاديق اليد المأذونة بلا عوض أيضاً، كما في صورتَي التفريط أو التعدي في الأمانة المالكية على ما مرّ.

وثالثها: أنَّ قاعدة ضمان اليد لا تجري إلّا فيما استولى الشخص على الشيء، فلو تلف الشيء خارجاً من اليد لا دلالة لها على الضمان. بخلاف قاعدة الإِتلاف، فإنّها تشمل إتلاف مال الغير ولو لم يكن المال تحت يده بوجه، كما إذا رماه بسهم فأتلفه.

نعم! يمكن اجتماع القاعدتين دلالةً فيما إذا كانت العين تحت يد الغير عدواناً أو مأذوناً بعوض أو من دون إذن، ثمّ أتلفه. فحينئذٍ يثبت بالقاعدتين ضماناً واحداً، لا أنّه يثبت بكلّ منهما ضمان غير ما يثبت بالأخرى، ضرورة أنَّ ما في العهدة غير قابل للتكرار، كما هو واضح.

الأمر الرابع: في عدم شمولها لما ينافي الضمان

إنَّ القاعدة لا تشمل الإِتلاف الذي أقدم على إسقاط الضمان معه، فلو كان استيفاء المنفعة في مورد متوقّفاً على الإِتلاف كاستيجار المرأة للإرضاع، والبئر للاستسقاء، أو حصول نقص في العين المستأجرة كاستيجار المركوب للمسافرة

مدة طويلة بحيث يلازم حصول النقص فيه عرفاً، فلا منشأ للضمان، لأن البناء في مثل هذا الاستيجار على الإلتلاف والنقص، فيكون إقداماً على إسقاط الضمان مع الإلتلاف، وهو ينافي الضمان بالإلتلاف.

الجهة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها

وموارد تطبيقها كثيرة جداً. ومنها ما يلي:

- ١- إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصارة يكون ضامناً إذا تجاوز عن الحد المأذون فيه وإن كان بغير قصده، لقاعدة الإلتلاف.
- ٢- الحجاج إذا جنى في حجامة يكون ضامناً إذا تجاوز عن الحد المأذون فيه، لقاعدة الإلتلاف.
- ٣- الطبيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامن، وإن كان حاذقاً، وكان بغير قصده، لقاعدة الإلتلاف.
- ٤- إذا عثر المال فسقط ما كان على رأسه أو ظهره ضمن، لقاعدة الإلتلاف.
- ٥- إذا حمل الدابة المستأجرة أزيد من المشروط أو المقدار المتعارف مع الإطلاق، ضمن، لقاعدة الإلتلاف.
- ٦- من استأجر دابة للركوب أو الحمل يجوز له أن يضربها أو يكبحها باللجام على المتعارف إلا مع منع المالك من ذلك، ولو تعدى عن المتعارف أو مع منعه ضمن نقصها أو تلفها، لقاعدة الإلتلاف.
- ٧- لو رمى حيواناً بسهم وأصاب السهم إلى إنسان فقتل، يكون ضامناً، لقاعدة الإلتلاف.
- ٨- لو غصب حيواناً وحبسه ومنعه من الأكل والشرب فتلف، يكون ضامناً، لقاعدة الإلتلاف.

٩- الوكيل إذا أتلف ما في يده يكون ضامناً، لقاعدة الإتلاف.

١٠- جاء في القانون المدني الإيراني المادّة (٣٢٨): «هر كسى مال غير را تلف كند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعمّ از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعمّ از اینکه عین باشد یا منفعت. و اگر آن را ناقص یا معيوب كند ضامن نقص قیمت آن مال است»^(١). والدليل عليها قاعدة الإتلاف.

١١- وجاء في المادّة (٣٢٨) من القانون المذكور أيضاً: «اگر كسى خانه یا بنای كسى را خراب كند باید آن را به مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممكن نباشد باید از عهده قیمت آن برآید»^(٢).

١٢- قال صاحب الجواهر: «ما يؤكل في العادة كالغنم والإبل والبقر، فمن أتلف شيئاً منها بالذكاة لزمه التفاوت بين كونه حياً وذكياً إن كان مع اختيار المالك، لقاعدة الإتلاف»^(٣).

١٣- قال في العروة: «إذا قصر العامل في تربية الزرع فقلّ الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت بحسب تخمين أهل الخبرة». وقال السيّد الحكيم: «لا دليل على ضمان النقص إلّا قاعدة الإتلاف»^(٤).

١٤- وقال في العروة: «إذا عثر الحمل فسقط ما كان على رأسه أو ظهره - مثلاً - ضمن، لقاعدة الإتلاف». قال السيّد الحكيم استدلالاً على الضمان: «فالعدة قاعدة الإتلاف»^(٥).

(١) من أتلف مال الغير فهو له ضامن، وعليه المثل أو القيمة، سواء كان الإتلاف عمداً أو خطأً، وسواء كان المألف عيناً أو منفعة. وإذا حصل بيده عيب ضمن أرشه.

(٢) من هدم بيت الغير يجب عليه عمرانها كما كان، وإذا لم يتمكن من عمرانه كما كان أولاً فيضمن قيمته. (٣) جواهر الكلام ٤٣: ٣٩٠.

(٥) مستمسك العروة ١٢: ٨١.

(٤) مستمسك العروة ١٣: ١٤٦.

القاعدة السادسة

قاعدة التسبب^(١)

القاعدة السادسة من القواعد الفقهيّة التي تختصّ بباب الضمان هي قاعدة التسبب. وهذه القاعدة من القواعد الفقهيّة المشهورة وإن لم يفرّدها بعض الفقهاء وألحقها بقاعدة الإلتلاف، لكنّ التحقيق - كما مرّ وسيأتي - أنّها قاعدة فقهيّة مستقلّة تغاير قاعدة الإلتلاف موضوعاً ودليلاً، وإن توافقها محمولاً. فينبغي البحث عنها مستقلاًّ. وهو يقع في جهات:

الجهة الأولى: في مفادها

لا ريب في أنّ بيان مفادها يتوقّف على بيان المراد من السبب والتسبب. فنقول: إنّ كلمات الفقهاء في تعريف السبب والتسبب مختلفة جداً، بل ربّما يعرّف في المقام بغير ما عرّف في باب الديات والقصاص. قال المحقّق في الشرائع: «التسبب وهو كلّ فعل يحصل التلف بسببه، كحفر البئر في غير الملك، كطرح المعاطر في المسالك»^(٢).

وقال العلامة في قواعد الأحكام: «التسبب وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلّة أخرى إذا كان ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّة، كالحافر وفاتح رأس الظرف

(١) الظاهر أنّ أوّل من عبّر عنها تحت عنوان «قاعدة التسبب» هو السيّد المحقّق اليزدي في حاشية المكاسب ١: ١٨٠.
(٢) شرايع الإسلام ٤: ٧٦٣.

والمكره على الإتيان. والتفويت بالمباشرة هي إيجاد علّة التلف، كالقتل والأكل والإحراق»^(١).

وقال المحقق الثاني في جامع المقاصد - بعد ذكر تعريف الدروس بأنّ السبب فعل ملزوم العلّة، وذكر تعريف المحقق الماتن وبيان المراد منه -: «وكان الأولى أن يقول: هو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب ممّا يتوقّع معه علّة التلف، بأن يكون وجودها معه كثير» ثمّ قال: «والظاهر أنّ مراد الجماعة كون قصد توقّع العلّة باعتبار الشأن، فيكون تقديره هكذا: السبب إيجاد ملزوم العلّة الذي شأنه أن يقصد معه توقّع تلك العلّة»^(٢).

وقال الشهيد في المسالك: «إنّ ماله مدخل في هلاك الشيء إمّا أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك في العادة إضافةً حقيقةً، أو لا يكون كذلك. وما لا يكون كذلك إمّا أن يكون من شأنه أن يقصد به ما يضاف إليه الهلاك، أو لا يكون كذلك. فالذي يضاف إليه الهلاك يسمّى علّة، والإتيان به مباشرةً، وما لا يضاف إليه الهلاك ولكن يكون من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه يسمّى سبباً، والإتيان به تسبباً»^(٣).

وقال صاحب الجواهر - بعد ذكر كلمات الفقهاء في تعريف السبب -: «ولعلّ المحصل منها الضمان على وجه يجعل ضابطاً هو إيجاد ما يصلح أن يقصد حصول التلف به في بعض الأحيان ولو بواسطة غيره معه، سواء كان له مدخلة في علّة العلّة كالحفر، أو في وجودها كالغرور والإكراه»^(٤).

والتحقيق: أنّه لا وجه للإطالة في معنى السبب والتسبب، لأنّهما لم يردا في الشرع والنصوص، وليس من الحقائق الشرعيّة حتّى يرجع في معناهما إلى

(١) قواعد الأحكام: ٢: ٢٢١.

(٢) جامع المقاصد: ٦: ٢٠٦.

(٣) مسالك الأفهام: ١٢: ١٦٣.

(٤) جواهر الكلام: ٣٧: ٥١.

الشرع، ولا من الموضوعات الشرعية المستنبطة التي ثبتت موضوعيتها للحكم الشرعي حتى يكونا مورد أنظار الفقهاء ويحتاج إلى نظر الفقيه والبحث عن مفهومهما من حيث موضوعيتهما للحكم الشرعي، بل هما من الموضوعات العرفية، كالتعدي والتفريط، فلا بدّ من المراجعة إلى العرف في تشخيص مصاديقهما، فإذا كان المرجع في السبب والتسبب هو تحقق الصدق العرفي.

والمتفاهم العرفي من السبب هو كلّ ما يؤدي إلى حادثة ضرورية من دون المباشرة، كما أنّ المتفاهم العرفي من المسبّب هو الذي ينسب إليه ما يؤدي إلى الحادثة الضرورية عرفاً.

ولا فرق في ذلك بين أن يقصد المسبّب الإدّاء إلى الحادثة أو لم يقصده، وبين أن يقصد نفس الفعل أو لم يقصده.

ولا فرق في ذلك أيضاً بين أن يعلم المسبّب إدّائه إلى الحادثة وهلاك الشيء أو لم يعلم، كما لا فرق بين أن يكون ما يؤدي إلى الحادثة فعلاً إثباتاً أو ترك فعل. ولا فرق أيضاً بين أن يكون ما يؤدي إلى الهلاك من دون المباشرة ممّا يؤدي إليه أكثر أو ممّا يؤدي إليه أقلّاً.

وذلك كلّهُ لأنّ المستفاد من إطلاق الأدلّة الآتية هو عدم الفرق بين الموارد المذكورة، مضافاً إلى أنّ الملاك كلّ الملاك هو الصدق العرفي من دون فرق بين الموارد المذكورة.

والحاصل: أنّ المراد من قاعدة التسبب أنّ كلّ ما يؤدي إلى هلاك شيء وحادثة ضرورية من دون المباشرة عرفاً سبب للضمان.

وإلى ما ذكرناه - في مفاد القاعدة - أشار السيّد المحقّق الإمام الخميني (رحمته الله)، حيث قال: «وهل هنا قاعدة أخرى، وهي قاعدة التسبب؟ ومحلّ الكلام ما إذا لم يكن التسبب موجباً لصدق الإتلاف عرفاً، كالإلقاء في النار أو في البحر أو عند

حيوان مفترس، فإنَّ الضمان في مثله للإتلاف، لصديق المتلف عرفاً على الملقى»^(١). هذا. وسيأتي بعض ما يفيد في بيان مفاد القاعدة بنطاق أوسع ذيل التنبيهات الآتية في الجهة الثالثة إن شاء الله تعالى.

الجهة الثانية: في مدركها

ويمكن الاستدلال عليها بأخبار كثيرة، وهي على طوائف:
الطائفة الأولى: ما يدل على ضمان من أضرب بطريق المسلمين.
منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سأله عن الشيء يوضع على الطريق فتمر به الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره؟ فقال عليه السلام: «كل شيء يضرب بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»^(٢).
ومنها: رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال رسول الله ﷺ: من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد أو أوثق دابة أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن»^(٣).
ومنها: خبر أبي الصلاح الكتاني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «من أضرب بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن»^(٤).

ولا يخفى: أن في مفاد هذه الطائفة وجهين:

الأول: أن المستفاد منها أن كل شيء ينصب في طريق المسلمين فيوجب فساد طريقهم وتخريب ممرهم، يوجب ضمان صاحبه، فعليه أن يصلح الممر ويتدارك الضرر. فيكون معنى قوله عليه السلام: «فأصاب شيئاً فعطب» أنه أصاب ضرراً

(١) كتاب البيع (للإمام الخميني) ٢: ٤٦٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٨١، الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٢، الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٠، الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢.

بالطريق فانهدم. ويكون معنا قوله ﷺ: «فصاحبه ضامن لما يصيبه» أن صاحب ذلك الشيء المنسوب بالطريق ضامن للضرر الذي يصيب الطريق. وعليه لا تدلّ الروايات على قاعدة التسبب، بل تدلّ على قاعدة الإلتاف، فإن مفادها حينئذ أن إلتاف ممرّ المسلمين - بأيّ شيء كان - يوجب الضمان.

الثاني: أن يكون المراد منها أن كلّ شيء ينصب في طريق المسلمين - كالميزاب والكنيف، والوتد، والدابة وغيرها - فيوجب ضرر المسلمين - بأن يوجب تلف مال أو نفس - يوجب ضمان صاحب ذلك الشيء وعليه أن يتدارك ضرر من تضرّر به. فإذا أخرج الميزاب على الطريق ومّرّ به رجل يحمل متاعاً، فأصابه ماء الميزاب وفسد، يضمن صاحب الميزاب. وكذا إذا أوثق دابّته في الطريق فتعقر من مرّ به يضمن صاحبها. وعليه تدلّ الروايات على قاعدة التسبب. والأقرب هو الوجه الثاني، فإنّه الظاهر من قوله ﷺ: «فأصاب شيئاً فعطب»، لأنّ الضمير المستتر الفاعلي في قوله: «فأصاب» إمّا أن يرجع إلى الميزاب أو الكنيف أو التود أو الدابة أو البئر، ويكون المراد من قوله: «شيئاً» من مرّ بالطريق، فيكون معنى الجملة: «فأصاب أحد هؤلاء الأشياء من مرّ بالطريق، فتوجب الإصابة هلاكه». وإمّا أن يرجع إلى من مرّ بالطريق، ويكون المراد من قوله: «شيئاً» أحد هؤلاء الأشياء المنسوب في الطريق، فيكون معنى كلامه ﷺ: «فأصاب من مرّ بالطريق شيئاً من الأشياء المنصوبة فيه، فتوجب الإصابة هلاكه». وعلى كلا التقديرين يستفاد منها قاعدة التسبب.

وأما رجوع الضمير إلى طريق المسلمين وكون المراد من قوله: «شيئاً» هو الضرر كي يكون معنى كلامه: «فأصاب الطريق ضرراً فهلك الطريق» بعيد جداً، ضرورة أن الإضرار بالطريق ليس إلّا نفس إعطابه وإهلاكه، والفاء في قوله: «فعطب» ظاهر في التفريع الظاهر في المغايرة.

مضافاً إلى أنّ قوله ﷺ: «فتنفر بصاحبها فتعقره» في صحيحة الحلبي ظاهر في الوجه الثاني، فإنّ ظاهره أنّ السائل سئل عمّا إذا وضع شيء على الطريق، فتمرّ به الدابة ويركب صاحبها عليها فأفزعها الطريق وتنفر بصاحبها فخرجت صاحبها أو عضّت صاحبها. فقال ﷺ: «كلّ شيء يضرّ المسلمين في طريقهم فصاحب ذلك الشيء ضامن لما يصيب المسلمين».

الطائفة الثانية: ما يدلّ على ضمان من حفر بئراً في غير ملكه. منها: صحيحة زرارة عن أبي عبد الله ﷺ، قال: قلت له: رجل حفر بئراً في غير ملكه، فمرّ عليها رجل ووقع فيها؟ فقال ﷺ: «عليه الضمان، لأنّ كلّ من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان»^(١).

ومنها: موثقة سماعة، قال: سألته عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه؟ فقال: «أمّا ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان، وأمّا ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه»^(٢).

دلّت هذه الطائفة على أنّ الحافر لمّا صار سبباً لوقوع الرجل فيها كان الغرم عليه.

الطائفة الثالثة: الأخبار الدالة على ضمان من رجع عن شهادته. منها: مرسله جميل عن أحدهما ﷺ: قال في الشهود إذا شهدوا على رجل ثمّ رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل: «صُمنوا ما شهدوا به وغُرموا، وإن لم يكن قضي طُرحت شهادتهم ولم يُغرموا»^(٣).

ومنها: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر ﷺ، قال: «قضى

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٩، الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٠، الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣٨، الباب ١٠ من أبواب كتاب الشهادات، الحديث ١.

أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق، فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقالا: هذا السارق، وليس الذي قطعت يده، وإنما شبّهنا ذلك بهذا، ففضى عليهما أن غرّهما نصف الدية، ولم يُجزّ شهادتهما على الآخر»^(١).

دلّت هذه الطائفة على أنّ الشاهد لما صار سبباً للزوم حكم القاضي وقطع يد الرجل كان الغرم عليه، لا على القاضي، لأنّه كان ملزماً شرعاً بالحكم. إن قلت: إنّ الشاهد حال شهادته كان معذوراً، فلا ضمان عليه، بل الضمان على القاضي، فإنّ بحكمه انقطعت يد الرجل.

قلت: إنّ العذر إنّما يرفع العقوبة والتكليف، لا الحكم الوضعي والضمان. وأما القاضي فلا ضمان عليه، لأنّ شهادة الشهود سبب أصيل في حكمه بقطع يده. الطائفة الرابعة: روايات شاهد الزور

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته؟ قال عليه السلام: «يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله...»^(٢).

ومنها: صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور. قال عليه السلام: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه. وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»^(٣).

ولا يخفى: أنّ دلالة صحيحة محمد بن مسلم على القاعدة واضحة، فإنّها تدلّ على ضمان شاهد الزور بقدر ما ذهب من مال المشهود عليه بسبب شهادته. وأما صحيحة جميل فدلالته على المطلوب لأجل أنّ الإلتلاف فيها ليس

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٤٣، الباب ١٤ من أبواب كتاب الشهادات، الحديث ١.

(٢) و (٣) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣٩، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات، الحديث ١ و ٢.

بمعناه المعهود - أي إفناء المال بلا وسط -، بل يكون بمعنى إفناء ماله مع الوسط، ضرورة أن شهادته عليه إنما توجب حكم الحاكم، وهو يوجب ذهاب ماله بيد مجري الحكم، فالمراد من إتلاف مال الرجل فيها ليس إلا ذهاب ماله بسبب شهادته. وإنما نسب الإتلاف إلى شاهد الزور عنائية، لكونه سبباً أصيلاً في ذهاب مال الرجل بيد المتلف الحقيقي، أي مجري حكم القاضي.

وبالجملة: فلا كلام في دلالة الروايات - بعد إلغاء الخصوصيات - على ضمان من كان سبباً لتلف مال أو نفس مع الواسطة. هذا.

وادعى صاحب الجواهر الإجماع عليها، فقال في موضع: «بلا خلاف أجده في أصل الضمان به، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه»^(١). وقال في موضع آخر: «وعلى كل حال فلا خلاف ولا إشكال في التضمن بالتسييب في الجملة»^(٢).

الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور:

الأمر الأول: الفرق بين قاعدة الإتلاف وقاعدة التسييب

قد أشرنا إلى الفرق بينهما في قاعدة الإتلاف. وحاصله: أن قاعدة الإتلاف إنما تشمل الإفناء والإفساد المباشري، وقاعدة التسييب إنما تشمل الإفناء والإفساد غير المباشري. وبتعبير آخر: أنه إذا كان الإفناء والإفساد بالمباشرة ومن دون الواسطة فيحكم بضمان المباشر استناداً إلى قاعدة الإتلاف، كإخراج الطير من قفسه أو تخمير العصير العنبي أو إلقاء الشخص في النار أو في البحر. وإذا كان الإفناء والإفساد من دون المباشرة ومع الوسط المسلوب الاختيار أو كمسلوب الاختيار - بأن يكون الوسط ملزماً بالفعل شرعاً، كالقاضي الذي يجب عليه الحكم بعد شهادة الشاهد - يحكم بضمان المفني والمفسد استناداً إلى قاعدة

(١) جواهر الكلام ٣٧: ٤٦.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ٥٤.

التسبيب. وبتعبير أوضح: أنَّ محلَّ الكلام في قاعدة الإِتلاف ما إذا كان التسبيب بحيث يصدق على المسبَّب «المتلف» عرفاً، كما يصدق المتلف عرفاً على من ألقى الشخص في النار أو من قتل شخصاً بالسكِّين أو من سلَّم المال إلى الظالم أو من خمَّر العصير العنبي. ومحلَّ الكلام في قاعدة التسبيب ما إذا لم يكن التسبيب بحيث يصدق على المسبَّب «المتلف» عرفاً، بل إنّما يصدق عليه «المسبَّب للإِتلاف» كمن حفر بئراً ومَرَّ عليه رجلاً ثمَّ وقع فيه.

الأمر الثاني: في الفرق بين القاعدة وقاعدة الغرور

والفرق بينهما من جهات:

الأولى: أنَّ التسبيب عبارة عن صدور فعلٍ يوجب إذهاب مال أو نفس أحياناً من دون أن يقصده الفاعل المسبَّب، كمن يحفر بئراً ويقع فيه شخص ويتضرَّر. والغرور عبارة عن صدور فعلٍ يوجب انخداع الآخر وإقدامه على إِتلاف مال بواسطة المغرور ويقصده الفاعل الغارّ.

الثانية: أنَّ الواسطة في قاعدة التسبيب فعلٌ فاعل غير إراديٍّ، سواء لم تكن له إرادة في الفعل أصلاً كالواقع في البئر، أو كان له إرادة ضعيفة تكون معها إسناد الفعل والمسبَّب إلى السبب أقوى من إسناده إلى الفاعل كالطفل الواقع في البئر بإرادته، حيث إنّ إرادته ضعيفة، أو كان ملزماً شرعاً كالقاضي الذي يحكم بقطع يد الرجل لأجل شهادة رجل آخر.

وأما في قاعدة الغرور يتوسَّط بين فعل الغارِّ والأثر المترتب عليه فعلٌ فاعل مختار، غاية الأمر أنّه جاهل بما يترتب على فعله، كما إذا أحضر شخص عند شخص آخر طعاماً مرئياً كونه منه، فأكله الآكل بتخيّل أنّه ملكٌ لمن أحضره، ثمَّ تبين كونه لغيره، ضرورة أنَّ أكل الآكل فعل اختياريٍّ للآكل، وإن لم يعلم

بما يترتب على فعله من الضمان.

الثالثة: إن الأثر المترتب على فعل المسبب هو تلف المال أو النفس الذي يوجب ضمان المسبب، حيث أن الأثر يستند إليه دون المباشر. والأثر المترتب على فعل الغار هو إقدام المغرور على تلف المال أو النفس الذي يوجب ضمان المباشر المغرور، لأن الأثر يستند إليه دون الغار، نعم له أن يرجع إلى المسبب.

وسأتي مزيد توضيح في قاعدة الغرور إن شاء الله.

ثم إن المحقق النائيني عدّ قاعدة الغرور من صغريات قاعدة التسبب، فقال: «الأمر الثاني: أن قاعدة الغرور صغرى من صغريات قاعدة التسبب بالنسبة إلى إقدام الغير على الضمان، وإن كانت أجنبية عن قاعدة التسبب بالنسبة إلى الفعل. وتوضيح ذلك: أن قاعدة التسبب تستعمل في موضعين:

أحدهما: ما تقدّم، وهو الذي حكم فيها بضمن السبب وعدم ضمان المباشر. وضابطها هو ما إذا كان الفعل مترتباً على المقدّمة الإعداديّة بحيث لا يتوسط فاعل مباشر إراديّ بينه وبينها. وذلك كما في مثل حفر البئر والسقوط فيه، فإنّ الموت المترتب على سقوطه فيه لم يتخلّل بينه وبين فعل الحفر فعل إراديّ آخر. وفي هذا القسم يكون الضمان على الحافر. وكحكم الحاكم المترتب على شهادة الزور، وكالقتل المترتب على حكم الحاكم بالقود، حيث إنّ الضمان في أمثال هذه الموارد لا يتوجّه إلى المباشر، بل يتوجّه إلى السبب.

وثانيهما: ما كان السبب سبباً على إقدام الفاعل المختار على الضمان. ومورد هذا ما إذا تخلّل الفعل الاختياريّ بين المقدّمة الإعداديّة وبين المسبب المترتب عليها»^(١).

وأنت خير بأنّ الظاهر من أدلّة قاعدة التسبب - كما مرّ - وأدلّة قاعدة الغرور

(١) كتاب المكاسب والبيع (تقريرات النائيني) ٢: ٢٧٤ - ٢٧٥.

- كما سيأتي - هو مغايرتهما بما ذكرنا. بل صريح كلام المحقق النائيني - على ما قرّره بعض آخر من تلامذته - خلاف ذلك. فقال: «وأما قاعدة التسييب فالمسلّم منها ما لا يتوسّط بين فعل الفاعل والأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار، أو إذا لم يكن مستنداً إليه شرعاً لكونه واجباً عليه.

فالأوّل كمن فتح قفس الطائر فطار، أو فتح قم قربة السمن فأذاخته الشمس، فإنّ فعل الطائر والشمس غير اختياريّ، فالضمان يستند إلى الفاتح.

والثاني: كحكم الحاكم بشهادة شهود الزور، فإنّ المال وإن اغترمه المشهود عليه بحكم الحاكم إلّا أنّه حيث يجب عليه الحكم لعدم علمه بكذب الشهود فهو ليس ضامناً، والضمان على الشهود....

وبالجملة: قاعدة التسييب وإن كانت من القواعد المسلّمة... ولكنّه إنّما تجري فيما لم يكن هنا واسطة اختيارية بحيث كان عمله الجزء الأخير للعلة وكان فعل السبب هو المعدّ، وإلّا يحكم بضمان المباشر. كمن باشر بالاختيار أكل طعام الغير ولو لتغريب غيره المقدّم إليه»^(١).

ثمّ قال: «أنّ ما يطلق عليه السبب على أقسام ثلاثة:

الأوّل: ما إذا كان أثر السبب صرف إحداث الداعي للمباشر من دون استناد الفعل إلى السبب، كمن أمر غيره بقتل شخص أو علّمه طريق سرقة الأموال، فالضمان هنا على المباشر دون السبب.

والثاني: ما إذا كان الفعل مستنداً إلى السبب دون المباشر، إمّا لكون المباشر حيواناً أو صيباً، أو كان مختاراً خارجاً ولكنّه كان ملزماً شرعاً، كالأمثلة المتقدّمة وما يحذو حذوها، فهنا مورد قاعدة التسييب، والمتمّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً....

والثالث: ما إذا كان الفعل مستنداً إلى المباشر ولكن كان الضمان المترتب عليه مستنداً إلى السبب، إمّا لكون أمره أمراً بالضمان كمن أمر غيره بأن يضمن عن دينه، وإمّا لكونه موقعاً له في الضمان، كمن قدّم إلى غيره طعاماً ليأكله مجاناً فتبين عدم كون الطعام له. والمتّجه في ذلك تعلّق الضمان أولاً بالمباشر، ثمّ بالسبب برجوع المباشر إليه. وعلى هذا القسم تنطبق قاعدة الغرور أيضاً^(١).

نعم، ترد عليه المناقشة في بعض الأمثلة، فإنّ فتح قفس الطائر ليس من قبيل التسبیب، بل يكون من قبيل الإتلاف. والمثال المطابق للمقام هو من حفر بئراً ثمّ وقع فيه رجلاً ومات.

الأمر الثالث: في شرائط الضمان بالتسبیب

وقد يذكر شروط لتأثير التسبیب في الضمان:

الأوّل: أن يكون الفعل المترتب عليه الأثر في غير الملك، بأن يكون فيما يتعلّق بعموم الناس، كما إذا حفر بئراً في طريق المسلمين. وأمّا إذا كان في الملك لم يضمن، لأنّ تصرّفات الملاك في أملاكهم ممّا رخص فيها الشارع؛ مضافاً إلى أنّه صريح الطائفة الثانية من الروايات الدالّة على القاعدة.

وفيه: إنّه لا يمكن استفادة هذا الشرط بنحو الكلّيّة من الأخبار المذكورة، فإنّه وإن كان متصوراً في بعض الوسائط من التصرفات الخارجيّة كحفر البئر ونصب الوتر ونحوهما، إلّا أنّه لا يمكن تصوّره في بعض آخر عنها، كشهادة الشاهد وحكم القاضي ونحوهما.

مضافاً إلى أن بعض الروايات تدلّ على الضمان بالتسبیب فيما إذا كان الفعل المترتب عليه الأثر في الملك ودخل ذو الأثر (أي المصدوم) في الملك بإذن

المالك، كمتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل دخل دار قوم بغير إذنهم فعقره كلبهم، قال: لا ضمان عليهم وإن دخل بإذنهم ضمنوا»^(١)، ولعل الوجه في الضمان صحة إسناد التلف إلى صاحب الكلب.

نعم، يمكن القول بعدم الضمان بالتسبب في خصوص ما إذا كان الفعل المترتب عليه الأثر في الملك ودخل الغير في الملك من دون إذن المالك، فإنه لا يصح إسناد التلف إلى صاحب الملك، كما إذا حفر المالك بئراً في ملكه وغطاها ودخل غيره من دون إذنه وكان البئر في ممر الدار، فسقط فيها. وعليه يحتمل قوله عليه السلام: «ما كان حفر في ملكه فليس عليه ضمان».

وأما الاستدلال بإصالة عدم الضمان - كما في الجواهر^(٢) - فمردود، ضرورة عدم جريان الأصل مع وجود الأمانة.

الثاني: أن لا يكون الفعل المترتب عليه الأثر إحساناً إلى من تلف نفسه أو ماله من باب الاتفاق، وإلا فلا يضمن، كما إذا حفر بئر في الطريق لإصلاح المارة فوقع فيه شخص وهلك. وذلك لقاعدة عدم ضمان المحسن التي تأتي ذيل القاعدة الثالثة عشرة من هذا الفصل. ولكنها - كما سيأتي - تختص بما إذا كان إحساناً محضاً.

الثالث: أن يعدّ في العرف والعادة عدواناً وإن لم يكن حراماً شرعياً، كما أن إيقاف الدابة في وسط الطريق عند تراحم الناس وإن كان مسوّغاً شرعاً لكن يعدّ في العرف عدواناً وظلماً.

وفيه: أن الفعل إنما يعدّ عدوانياً فيما إذا قصد الفاعل تلف مال أو نفس، سواء أراد تلفه بالمباشرة أو بالواسطة، وقاعدة التسبب أعمّ من ذلك، لعموم الروايات،

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٩٠، الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢.

(٢) جواهر الكلام ٤٣: ٩٧.

كيف ونصب الميزاب في طريق المسلمين لا يعدّ في العرف عدواناً وفي الروايات حكم بضمان من نصبه إذا صدم إنساناً فمات؟
فما عن بعض الأصحاب والعامة من أن المسبّب إذا لم يكن متعدّياً في التسبب لا يكون ضامناً^(١)، فاسد، إلا أن يدعى الإجماع على اعتبار التعدّي، وهو كما ترى.

الرابع: أن يكون فعل ذي السبب سبباً لوقوع التلف بحسب العادة، لا بصرف الاتفاق. وبتعبير آخر: أن يكون فعل ذي السبب ممّا يترتب عليه التلف غالباً وبحسب العادة، لا اتفاقاً^(٢).

وفيه: أنّه دعوى بلا دليل، فإنّ الروايات بجميع طوائفها خالية عن هذا القيد، ودعوى الإجماع كما ترى.

الخامس: أن يكون السبب الواسط الذي يترتب عليه التلف ذا سبب، وإلا لم يحصل التسبب وإن حصل التسبب.

الأمر الرابع: في أقسام التسبب

والتسبب على أقسام:

الأوّل: ما لا يتوسّط فيه بين السبب والتلف فعل اختياريّ رأساً، كحفر البئر الموجب لإلقاء الشخص فيه من غير اختيار.

الثاني: ما يتوسّط فيه بين التلف والسبب فعل اختياريّ، لكن ليس لقاعله إلا إرادة ضعيفة، بحيث يكون إسناد الفعل إلى ذي السبب أقوى من إسناده إليه، كما إذا حفر بئر في غير الملك، فوقع فيه الطفل الذي له إرادة ضعيفة وهلك.

(١) المبسوط (للسرخسي) ٢٣: ١٨٦، شرائع الإسلام ٤: ٧٦٣، قواعد الأحكام ٣: ٥٩١ و ٦٥٣،

إيضاح الفوائد ٤: ٦٦٢. (٢) القواعد الفقهيّة (الجنوردي) ٢: ٢٨ - ٣٤.

الثالث: ما يتوسط فيه بينهما فعل فاعل مختار، لكن فاعله كان ملزماً شرعاً أو عقلاً. فالأول كشهادة الزور التي توجب حكم الحاكم على طبق الشهادة مع الجهل بكذبها. والثاني كشهادة الشاهد المكره.

الأمر الخامس: في اجتماع السبب والمباشر

ربما يجتمع سبب الإلتاف والمباشر له. أمّا إذا اجتمع في شخص واحد فلا ريب في ضمانه، كما إذا حفر شخص بئراً ودفع آخر فيه فتلف. وأمّا إذا اجتمع في شخصين كما إذا حفر شخص بئراً ودفع آخر ثالثاً فيه فتلف، فالمعروف أنّ المباشر يقدم في الضمان على ذي السبب.

قال المحقّق في الشرائع: «لكن إذا اجتمع السبب والمباشر، قدّم المباشر في الضمان على ذي السبب، كمن حفر بئراً في ملك غيره عدواناً، فدفع غيره فيها إنساناً، فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع»^(١).

وقال صاحب الجواهر - تعليقاً على ما أفاد المحقّق - : «لما عرفته من تقديم المباشرة على التسيب الذي لم أجد فيه خلافاً بينهم، بل أرسلوه إرسال المسلّمات في المقام وفي القصاص والديات، بل عن كشف اللثام الإجماع عليه، بل في مجمع البرهان: أنّ المعلوم عقلاً ونقلًا إسناد الفعل إلى القريب دون البعيد الذي هو سبب السبب وله مذخلة ما في ذلك الشيء، وهو ظاهر، وكأنّه مجمع عليه»^(٢).

والتحقيق: عدم صحّة القول بتقديم المباشر على ذي السبب مطلقاً، بل الملاك في تقديم أحدهما على الآخر هو صحّة إسناد التلف إليه عرفاً، فإذا كان المباشر أقوى من ذي السبب فيقدّم المباشر في الضمان، لصحّة إسناد التلف إليه، لا إلى ذي

(١) شرائع الإسلام ٤: ٧٦٣.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ٥٤.

السبب، كما إذا حفر شخص بئراً ودفع آخر ثالثاً فيه؛ وإذا كان ذي السبب أقوى من المباشر فيقدم ذي السبب في الضمان، لما ذكرنا، كما إذا أمر الطبيب بالمرّض أن يعطي المريض دواءً فتلف؛ وإذا لم يكن أحدهما أقوى من الآخر فلم يقدم أحدهما على الآخر، بل يحكم باشتراكهما في الضمان. وهذا هو المتحصّل أيضاً من كلمات الفقهاء في المقام^(١).

قال الشهيد الثاني في المسالك: «والثاني: بأن يجمعع المباشر والسبب، فيقدم المباشر، لأنّه أقوى، ولأنّ التلف يستند إليه حقيقةً كما بيّناه، بخلاف السبب. واستثنى من ذلك ما إذا ضعف المباشر»^(٢).

وقال صاحب الجواهر: «وكيف كان فقد استثنى غير واحد من الأصحاب من قاعدة تقديم المباشر ما إذا ضعف المباشر»^(٣).

ثم إنّ صاحب الرياض ناقش فيه، فقال: «إنّ القوّة لا تدفع الضمان عن ذي السبب بعد وجود ما يقتضي ضمانه أيضاً، وهو ما مرّ من حديث نفي الضرر. ولا امتناع في الحكم بضمانهما معاً وتخيير المالك في الرجوع إلى أيّهما شاء، كالغصب. فلو لا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بضمانهما كترتب الأيدي في الغصب في غاية الحسن»^(٤).

وفيه: أنّ ظاهر الروايات الدالّة على التضمين بالسبب إنّما هو فيما إذا صحّ إسناد التلف إلى ذي السبب، وهو فيما إذا لم يكن معه المباشر الأقوى يسند التلف إليه عرفاً، ضرورة أنّه لا يصدق على الممرّض الذي أمره الطبيب بأن يعطي المريض الدواء الخاصّ الذي كان سماً «المسبّب للإتلاف» ولا «من أضرّ بالمريض»، بل هما يصدقان على الطبيب.

(١) قواعد الأحكام ٣: ٥٩١، إيضاح الفوائد ٤: ٥٦٩.

(٢) مسالك الأنهم ١٢: ١٦٤.

(٣) جواهر الكلام ٣٧: ٥٦.

(٤) رياض المسائل ١٤: ٢٠.

الأمر السادس: في اجتماع السببين أو الأسباب

والمراد من اجتماع السببين أو الأسباب هو شركة الفردين أو الأفراد في تحصيل معدّات التلف، لا اجتماع السببين على مسبّب واحد الذي ثبتت استحالته. ومثاله: أن يحفر واحد بئراً ويضع آخر عنده حجراً فيعثر به إنسان فيقع في البئر ويتلف. فهل يشتركان في الضمان أو يضمن السبب المتقدّم أو يضمن المتأخّر؟

وقال العلامة في التذكرة: «ولو تعدّد السبب فالضمان على المتقدّم منهما إن ترتّباً، كما لو حفر شخص بئراً في محلّ عدوان، ووضع آخر حجراً فيه، فعثر إنسان بالحجر، فوقع في البئر، فالضمان على واضع الحجر، لأنّه السبب المؤدّي إلى سبب الإيتلاف، فكان أولى بالضمان، لأنّ المسبّب يجب مع حصول سببه فيه، فوضع الحجر يوجب التردّي. أمّا لو انتقى الترتيب عليهما، كما لو حفر ووضع الحجر معاً، فإنّ الضمان عليهما»^(١).

وقال فخر المحقّقين: «أنّ الأسباب إذا ترتّبت لم يضمن الثاني، فكان الضمان على الأوّل، فكان الأوّل بمنزلة المباشر بالنسبة إلى الثاني، لأنّه الأقوى، فيكون المنعثر بالحجر هو المباشر»^(٢).

وقال الشهيد في المسالك: «إن اتّفقا في وقت واحد اشتركا في الضمان، لعدم الترجيح. وإن تعاقبا فالضمان على المتقدّم في التأثير، لاستغاله بالضمان أولاً، فكان أولى، وهو سبب السبب، فيجب وجود المسبّب عنده»^(٣).

وقال في موضع آخر: «إذا اجتمع سببا هلاك فصاعداً قدّم الأوّل منهما. والمراد به الأسبق في الجناية وإن كان حدوثه متأخراً عن الآخر، لأنّه المهلك إمّا بنفسه أو بواسطة الثاني، وقد تحقّقت نسبة الضمان إليه قبل الآخر فيستصحب، كما

(١) تذكرة الفقهاء (ط. القديمة) ٢: ٣٧٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٤: ٦٦٨.

(٣) مسالك الأفهام ١٢: ١٦٤.

لو حفر بئراً في محلّ عدوان أو نصب سكّيناً، ووضع آخر حجراً، فعثر بالحجر ثم وقع في البئر»^(١).

وقال المحقّق الأردبيلي: «إذا اجتمع سببان للقتل قدّم أسبقهما في الجناية، أي: يجعل الضمان على من أوجد السبب الذي أثر تأثيره قبل تأثير السبب الثاني، مثل أن حفر شخص بئراً في الطريق، وآخر وضع فيه حجراً، فعثر به شخص فوقه في البئر ومات فالضمان على الواضع لا على الحافر، لأنّ وضع الحجر وكونه في الطريق أثر في الواقع قبل وقوعه في البئر»^(٢).

والتحقيق: أنّ الظاهر من أدلّة قاعدة التسبب أنّ الملاك في الضمان بالتسبب هو صحّة إسناد التلف إلى ذي السبب عرفاً.

فإذا اجتمع السببان - فصاعداً - للتلف لا يخلو: إمّا أن يكون كلّ منهما واجداً لشروط التسبب، وإمّا أن يكون أحدهما واجداً لها والآخر فاقداً.

فعلى الأوّل إمّا أن يكون كلّ واحد منهما قادراً على التلف مستقلاً، بحيث لو لم يكن الآخر يؤثّر في التلف وحده، فحينئذٍ إمّا أن يكون أحدهما متقدّماً والآخر متأخراً، كما إذا سَمّ رجل طعاماً ووضعه على جنب بئر عميق حفّره رجل آخر، ثمّ أكله رجلٌ وقع - قبل الموت بالسمّ - في البئر فمات، فحينئذٍ يضمن المتقدّم، فيحكم بضمان صاحب الطعام لا الحافر، لا لاستصحاب أثر السبب الأوّل، ضرورة أنّه لا مجال للاستصحاب، إذ المفروض عدم وقوع التلف قبل السبب الثاني، بل لأنّ السبب الأوّل (السمّ) سيؤثّر في التلف لا محالة ولو لم يقع في البئر، فيسند التلف إليه، لا إلى الثاني، ولا إليهما. وإمّا أن لا يكون أحدهما متقدّماً على الآخر، بل يؤثّران في التلف في آن واحد، كما إذا نصّب رجل سكّيناً

في الطريق وأوتد رجل آخر وتداً بقرب السكّين، فعثر رجل بالحجر ووقع على السكّين والوتد وأصابا قلبه في آن واحد، فحينئذٍ يسند التلف إلى ذي السببين ويحكم بضمانيهما مشتركاً.

وإما أن لا يكون كلّ واحد منهما قادراً على التلف مستقلاً، بل يؤثران في التلف معاً، وحينئذٍ فإما أن يكون أحدهما أقوى من الآخر بحيث يصحّ إسناد التلف إليه عرفاً لا إلى الآخر، فيحكم بضمن الأقوى مؤثراً، كما إذا حفر رجل بئراً قصيراً ووضع فيه رجل آخر سكّيناً حديداً، فيحكم بضمن واضع السكّين. وإما أن لا يكون أحدهما أقوى من الآخر، فيحكم بضمانيهما مشتركاً، لصحة إسناد التلف إليهما عرفاً.

وعلى الثاني - أي أن يكون أحدهما واجداً لشروط التسبب والآخر فاقداً لها - كما إذا وضع رجل في ملكه حجراً ووضع آخر في غير الملك سكّيناً بقرىها، ودخل رجل فيه بغير إذنه وعثر بالحجر فوقع على السكّين ومات؛ أو حمل السيل حجراً إلى جنب البئر وعثر بها إنسان فوقع في البئر ومات، فهل يحكم بكون الواجد ضامناً للدية أو القيمة والمثل تماماً، أو يحكم بثبوت نصفها في عهدة الواجد، أو يحكم بعدم ثبوت الضمان في عهده؟

الظاهر هو التفصيل السابق، فإن كان كلّ من الواجد والفاقد بحيث يترتب عليه التلف فإذا كان الواجد مقدّماً يضمن تماماً، وإذا كان الفاقداً مقدّماً فلا يضمن أحدهما. وإن لم يكن كلّ منهما مؤثراً في التلف مستقلاً، بل كان مؤثراً معاً، فإذا كان الواجد أقوى تأثيراً بحيث يسند التلف إليه عرفاً فيحكم بضمانيهما، وإذا كان الفاقداً كذلك فلا يضمن أحد، وإذا كانا متساويين فيحكم بأن الواجد ضامن لنصف الدية أو القيمة والمثل، فإنّه يصحّ إسناد التلف إليهما معاً، غاية الأمر أن الفاقداً يخرج من حكم التسبب تخصيصاً.

الجهة الرابعة: في التطبيقات

وموارد تطبيق القاعدة كثيرة جداً، منها ما يلي:

١ - أنه إذا حفر رجل بئراً في الطريق، فوقع فيه رجل آخر ومات أو جرح، يضمن الحافر، لقاعدة التسبيب.

٢ - لو وضع حجراً أو نصب سكيناً في طريق المسلمين فوقع فيها أو عثر بها شخص فمات أو جرح ضمن ديته، لقاعدة التسبيب.

٣ - لو حفر بئراً في ملك غيره من دون إذنه، فدخل ثالث فيه من دون إذن المالك ضمن الحافر، لقاعدة التسبيب.

٤ - قال في تحرير الوسيلة: «لو حفر بئراً مثلاً في ملكه ثم دعا من لم يطلع كالأعمى أو كان الطريق مظلماً فالظاهر ضمانه، ولو دخل بلا إذنه أو بإذنه السابق قبل حفر البئر ولم يطلع الآذن فلا يضمن»^(١). وذلك لشمول قاعدة التسبيب ما إذا دخل الغير في ملكه بإذنه، وعدم شمولها لما إذا دخل في ملكه بغير إذنه.

٥ - لو حفر حفرة في طريق السيّارات، فوقعت السيّارة فيها فيضمن الحافر ما تلف به، لقاعدة التسبيب.

٦ - لو بنى حائطاً في ملكه مائلاً إلى ملك غيره أو مائلاً إلى الشارع بحيث يعدّ تصرفاً في غير ملكه، فسقط في ملك الغير أو الشارع وهلك شخص يضمن صاحبه ما تلف به، لقاعدة التسبيب.

٧ - لو أوقف السيّارة في المواضع المنوعة من طريق المسلمين فصادمها شخص، يضمن صاحبها ما تلف، لقاعدة التسبيب.

٨ - قال السيّد في حاشية المكاسب: «وجه رجوع المشتري على الباع في

صورة الغرور كان هو الغرور. وأما رجوع البائع عليه في غير صورة الغرور فلا وجه له، فإن رجع المالك عليه فهو، وإن رجع على البائع لا ينبغي أن يرجع على المشتري، وإن كان التلف في يده. نعم لو كان متلفاً أمكن الرجوع عليه من جهة قاعدة التسيب من حيث أنه صار بإتلافه سبباً لضمان البائع»^(١).

(١) حاشية المكاسب (للإزددي) ١: ١٨٣.

القاعدة السابعة

قاعدة الغرور

ومن جملة القواعد المعروفة المشهورة «قاعدة الغرور». وهذه القاعدة يستند بها في مختلف أبواب الفقه ويستدلّ بها على الفروع المتفرقة، لكن الكلام في كلّها يرجع إلى الضمان، فتكون من القواعد المختصة بباب الضمان، كما كان الأمر في كثير من القواعد كذلك، أي يبحث عنها ويستند بها في أبواب مختلفة أو في باب آخر، ولكنّها تتعلّق بباب خاصّ أو باب آخر، كقاعدة على اليد التي يبحث عنها غالباً في باب البيع ويستند بها في باب الغصب والبيع وغيرها، مع أنّها من القواعد المختصة باب الضمان.

وقد يعبر عن القاعدة بـ «قاعدة المغرور يرجع إلى من غرّه»^(١) أو «المغرور يرجع إلى الغار»^(٢).

ويظهر من بعض العبارات أنّ هذه الجملة - أي المغرور يرجع إلى من غرّه - نصّ الحديث. قال في الجواهر: «بل لعلّ قوله ﷺ: (المغرور يرجع إلى من غرّه) ظاهر في ذلك»^(٣).

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٩٦ و ٥: ٤٠٥، إيضاح الفوائد ٣: ٣٨١، رياض المسائل ٨: ٤١٥.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٥٢، حاشية مجمع الفائدة: ٦١٠، رياض المسائل ٨: ٤١٨.

(٣) جواهر الكلام ٣٧: ١٤٥.

وقال السيّد اليزدي: «بل ربّما ينسب إلى النبيّ ﷺ: المغرور يرجع إلى من غرّه»^(١).

وفي تقارير المحقّق النائيني: «الأوّل: في مدرك القاعدة، وهو النبويّ المرسل: (المغرور يرجع إلى الغار...)»^(٢)، وفي موضع آخر: «الدليل عليه هو النبويّ المعروف: (المغرور يرجع إلى الغار)، ولو نوقش في سنده»^(٣).

وفي منية الطالب: «قاعدة المغرور الدالّ عليها النبويّ المعمول بين الفريقين وهو قوله ﷺ: (المغرور يرجع إلى من غرّه)...»^(٤).

وهو الظاهر من كلمات السيّدین العلمين الخميني والخوئي^(٥) حيث لم يبعدا كونها رواية وإن ناقشا في سنده.

ولكن التحقيق: أنّ هذه الجملة ليست برواية، بل كانت مضمون الروايات الخاصّة الآتية، كما قال المحقّق الأكبر الشيخ محمد حسين الأصفهاني: «وأما الخبر المنسوب إلى سيّد البشر ﷺ وهو: (المغرور يرجع إلى من غرّه) فقد قيل إنّّه مروئي، وضعفه منجبر باستناد الأصحاب إليه كثيراً، إلّا أنّ أصل روايته غير معلوم»^(٦). وسيأتي مزيد توضيح.

وكيف كان فلا بدّ من الكلام في مقامات:

المقام الأوّل: في مفاد القاعدة

ولابدّ في بيان مفادها من توضيح كلمات ثلاث:

الأولى: «المغرور». وهي في اللغة عبارة عن المخدوع ومن حُبل على فعلٍ

(١) حاشية المكاسب ١: ١٧٩. (٢) المكاسب والبيع (تقارير النائيني) ٢: ٢٧٤.

(٣) المكاسب والبيع (تقارير النائيني) ٢: ٢٩٣. (٤) منية الطالب ٢: ١٧٠.

(٥) كتاب البيع ٢: ٤٤٩ و ٤٥٣، مصباح الفقاهة ٤: ٣٥٣.

(٦) حاشية المكاسب (للأصفهاني) ٢: ٣٠٥.

ظاهره غير باطنه.

قال في الصحاح: «غَرَّه يَغُرُّه غُروراً: خَدَعَهُ»^(١).

وقال في لسان العرب: «الغرور ما غَرَّكَ من إنسان وشيطان وغيرهما»^(٢).

وقال في القاموس: «غَرَّه غَرّاً وَغُروراً وَغُرَّةً (بالكسر)، فهو مغرور وغرير كأمر: خدعه وأطعمه بالباطل، فاغترَّه»^(٣).

وقال في مجمع البحرين: «قوله تعالى: ﴿وَمَا الْحَيَوةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتَاعَ الْغُرُورِ﴾ أي الخداع الذي لا حقيقة له، وهو المتاع الرديء الذي يدُلُّس به على طالبه حتَّى يشترِّيه ثمَّ تبَيَّن رداءه. والشيطان هو المدلُّس»^(٤).

وقال أبو هلال العسكري: «الغرور إيهام يحمل الإنسان على فعل ما يضرُّه، مثل أن يرى السراب فيحسبه ماءً فيهلك عطشاً، وتضييع الماء فعلٌ أدَّاه إليه غرور السراب إيَّاه، وكذلك غَرَّ إبليس آدمَ ففعل آدم الأكل الضارَّ له»^(٥).

وقال ابن السكيت: «الغرور ما اغترَّ به من متاع الدنيا»^(٦).

وفي المنجد: «خَدَعَهُ: أظهر له خلاف ما يخفيه وألحق به المكروه من حيث لا يعلم»^(٧).

ويظهر من المجموع أنَّ المغرور و المخدوع هو من حُمِلَ على شيءٍ له ظاهر غير باطنه، فيتضرَّر بواسطة انخداعه عن الآخر.

الثانية: «يرجع». وهذه الكلمة وردت في متن الروايات. وظاهرها أنَّ المغرور أيضاً ضامن لمن أتلفه، فيجب عليه تدارك ما أتلفه بواسطة انخداعه عن الآخر، ثمَّ يرجع إلى من خَدَعَهُ.

(١) الصحاح ١: ٧٦٨. (٢) لسان العرب ٥: ١٢. (٣) القاموس المحيط ١: ٥٧٧.

(٤) مجمع البحرين ٣: ٣٠١. (٥) الفروق اللغوية: ٣٨٣.

(٦) ترتيب إصلاح المنطق: ٢٧٨. (٧) المنجد في اللغة: ١٧٠.

الثالثة: «من غرّ» أو «الغارّ». وهو في اللغة عبارة عمّن خدع الغير بإيهام الأمر عليه.

فالحاصل: أنّ قاعدة الغرور عبارة عن الحكم بضمان من خدع الغير وأوقعه في فعلٍ يوجب الضرر عليه. فيكون الغرور فعلاً أوجب الضرر عليه، والغارّ من خدع الغير وأوقعه في الفعل، والمغرور من انخدع عن الغارّ. ومن هنا يظهر: أنّه يعتبر في القاعدة أن يكون الغارّ عالماً بترتب الضرر على الفعل الصادر من المغرور، كما يعتبر أن يكون المغرور جاهلاً به كي يتحقّق عنوان الغرور والغارّ والمغرور بالمعنى الذي ذكرناه.

وأما إذا كان الغارّ جاهلاً بأنّ فعله صار سبباً لانخداع المغرور فذهب المحقّق البجنورديّ إلى أنّه ضامن وللمغرور أن يرجع إليه، فقال: «فحكموا برجوع المغرور - بالمعنى المذكور - إلى من غرّه وخدّعه، ولو كان الغارّ جاهلاً بأنّ فعله صار سبباً لانخداع المغرور. وذلك لأنّه لا يشترط في صدق عناوين الأفعال أن يكون الفاعل قاصداً لتلك العناوين، فالذي قام أو قعد - مثلاً - ولو غفلةً من دون قصدٍ إلى عنوان القيام والقعود يصدق عليه أنّه قام أو قعد، فالذي أوقع شخصاً في ارتكاب فعل يترتب عليه الضرر مع جهله بحقيقة الحال، بل أوهمه أنّه ينتفع بهذا الفعل فيصدق عليه أنّه غرّه وخدّعه وإن لم يكن قاصداً لخدّعه، بل ولو لم يدر أنّه خدّعه. فالفاعل المباشر الذي صدر منه الفعل الذي يترتب عليه الضرر مع جهله - أي أوهمه غيره بأنّه لا يترتب عليه الضرر، بل ينتفع به - يسمّى بالمغرور. والذي أوهمه أنّه ليس في هذا الفعل ضرر بل فيه نفع هو يسمّى بالغارّ. ومعنى رجوع المغرور إلى الغارّ هو أنّ المغرور له أن يغرم الغارّ ويأخذ منه مقدار ما تضرّر»^(١). وأقول: قد مرّ أنّ الغرور بمعنى الخدعة، واعتبار العلم في الخدعة ظاهر في

العرف واللغة، فلا يصدق الغرور بهذا المعنى في صورة جهل من خدع الغير بفعله. بل هو ظاهر بعض الروايات المستدل بها على القاعدة كقوله عليه السلام: «ويرجع بالمهر على من غرّه بها»^(١)، وقوله عليه السلام: «يعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدّعه»^(٢)، فإنّ الظاهر من قوله عليه السلام «من غرّه» و«خدّعه» هو من كان عالماً بأنّ فعله صار سبباً لانخداع الغير، ضرورة أنّه لم يقل: «يرجع بالمهر على من فعله غرّه»، بل قال: «يرجع إلى من غرّه». فهذا التعبير يفيد أنّ الموضوع في قاعدة الغرور هو الخدعة، وقد أخذ فيها العلم، لا الانخداع الذي قد يتحقّق بمجرد جهل الشخص بأنّ باطن الفعل يغاير ظاهره، سواء علم من أوقعه في ذلك الفعل بأنّ ذلك الفعل ألحق به المكروه من حيث لا يعلم أو لم يعلم.

والحاصل: أنّ الموضوع في القاعدة هو الغرور والغارّ والمغرور بمعنى الخدعة والخادع والمخدوع، وهذه المفاهيم لا يتحقّق إلّا فيما إذا علم الغارّ بأنّ الفعل صار سبباً لوقوع الغير في المكروه من حيث لا يعلم.

نعم، يمكن أن يقال: إنّّه لا يعتبر قصد وقوع الغير في المكروه في صدق الخدعة، بل يكفي مجرد علم الرجل بأنّ فعله هذا صار سبباً لانخداع الغير ووقوعه في المكروه، وذلك لعدم اشتراط كون الفاعل قاصداً للعناوين في صدق العناوين. ضرورة أنّه يصدق الخادع على من أعطى طعام الغير إلى ثالث يزعم أنّه مالكة، فأكله، وإن لم يقصد وقوعه في تلف مال الغير، بل يكفي علمه بوقوع الغير في المكروه من حيث لا يعلم.

ومن هنا يظهر أنّ المحقّق البجنوردي خلط بين العلم الذي كان دخيلاً في الغرور بمعنى الخدعة، وبين القصد الذي لا يكون دخيلاً فيه، فتدبّر، وسيأتي مزيد توضيح إن شاء الله.

(١) دعائم الإسلام ٢: ٢٣١.

(٢) وسائل الشيعة ١٦: ٦٠٢، الباب ٧ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ١.

المقام الثاني: في مدركها

ويستدلّ عليها بأمور:

الأمر الأول: ما ينسب إلى النبي ﷺ من أنّه قال: «المغرور يرجع إلى من غرّه». استدلّ به بعض الفقهاء ناسباً إلى النبي ﷺ.

وأوّل من استند به وعدّه رواية هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد^(١). ثمّ إنّ المحقّق النراقي استند به وعدّه رواية، فقال: «وعوم قوله ﷺ: (المغرور يرجع على من غرّه). نقله المحقّق الشيخ في حاشيته على الإرشاد. وضعفه غير ضائر، لأنّ الشهرة بل الإجماع له جابر، بل هذه قاعدة مسلّمة بين جميع الفقهاء متداولة عندهم»^(٢).

واستدلّ به صاحب الجواهر أيضاً، ويعبّر عنه تارةً بالقاعدة^(٣)، أخرى بقول المعصوم عليه السلام^(٤).

واستدلّ به المحقّق المراغي أيضاً وعدّه رواية منجبرة بالشهرة أو الإجماع^(٥). وكلام بعضهم في كونه رواية أو مضطاداً من الروايات مضطربة، كالسيدّ المحقّق الخوئي^(٦) والسيدّ الحكيم^(٧) والمحقّق النائيني^(٨) وغيرهم.

والتحقيق: أنّه ليس برواية، فإنّه لم يذكر في كتاب من الكتب الروائية، لا في كتب الخاصّة ولا في كتب العامّة.

ويؤيده أنّ المحقّق الثاني - وهو أوّل من عدّه رواية - استند بجملته «المغرور يرجع على من غرّه» في أربعة عشر مواضع، ولم يعبّر عنها بعنوان الرواية إلّا مرّة

(١) جامع المقاصد ١٣: ٢٩٥. (٢) مستند الشيعة ١٤: ٢٩٦. (٣) جواهر الكلام ٢٧: ١٦٨.

(٤) جواهر الكلام ٣٧: ١٤٥. (٥) العناوين ٢: ٤٤٣.

(٦) مصباح الفقاهة ٤: ٣٥٣ و ٣٦٠، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٣٩٠ و ٣٣: ١٠٦.

(٧) مستمسك العروة ١٠: ١٤٤ و ١١: ٣٣ و ١٣: ٢١٩. (٨) المكاسب والبيع ٢: ٢٧٤ و ٢٩٣.

واحدة فقط، ولعلّه سهوٌ من قلم الناسخ، لا أنّه ينقل الحديث عن كتاب.
وأما المحقق النراقي وصاحب الجواهر وغيرهما ممّن تأخّر، اعتمدوا على
كلام المحقق الثاني، وهو كما ترى.
والحاصل: أنّ هذه الجملة ليست برواية، فلا معنى للقول بانجبار ضعفها
بالشهرة أو الإجماع. فلا يصح الاستدلال بها.
الأمر الثاني: الروايات الخاصة.

قد وردت روايات في موارد خاصة تدلّ على رجوع المغرور إلى الغارّ فيما
تضرّر بالفعل الذي أوقعه الغارّ بواسطة تغريره. وهي على طائفتين:
الطائفة الأولى: ما ورد في التدليس في باب النكاح.

منها: رواية أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل تزوّج امرأة من وليّها،
فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال عليه السلام: «إذا دُلّست العفلاء والبرصاء
والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانة ظاهرة فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق،
ويأخذ الزوج المهر من وليّها الذي كان دلّسها، فإن لم يكن وليّها علم بشيء من
ذلك فلا شيء عليه، وتردّ على أهلها» قال: «وإن أصاب الزوج شيئاً ممّا أخذت
منه فهو له، وإن لم يصب شيئاً فلا شيء له»^(١).

والوجه في دلالتها أنّها ظاهرة في رجوع الزوج المغرور الجاهل بعيب
الزوجة إلى الذي غرّه وستر العيب، أي الوليّ على التزويج شرعاً أو عرفاً.
ومنها: رواية رفاعة بن موسى، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام...، وسألته عن
البرصاء، فقال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوّجها وليّها وهي برصاء أنّ لها
المهر بما استحلّ من فرجها، وأنّ المهر على الذي زوّجها، وإنما صار عليه المهر

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٥٩٦، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ١.

لأنّه دلّسها، ولو أنّ رجلاً تزوّج امرأة وزوّجه إتيّاه رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها»^(١).

وجه الدلالة تعليل الحكم برجوع الزوج على الذي زوّجها بعلّة تدليسه إتيّاه، فيكون الحكم - أي الرجوع - دائراً مدار هذه العلة - أي مدار التدليس والتغيير - ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث، قال: «إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل». قلت: رأيت إن كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها؟ قال عليه السلام: «المهر لها بما استحلّ من فرجها ويغرم وليّها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها»^(٢).

ودالاتها إنّما يبتني على أن يكون المراد من إنكاح الولي إتيّاه أنّه دلّس وخدع الزوج فأخفى ما فيه من العيوب.

ومنها: صحيحة محدّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: في كتاب علي عليه السلام «من زوّج امرأة فيها عيب دلّسه ولم يبيّن ذلك لزوجها، فإنّه يكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها، ويكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوّجها ولم يبيّن»^(٣).
الطائفة الثانية: ما ورد في الأمة المبتاعة أو المزوّجة.

منها: رواية الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة قد دلّست نفسها له، قال: «إن كان الذي زوّجها إتيّاه من غير مواليتها فالنكاح فاسد». قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: «إن وجد ممّا أعطّاها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له، وإن كان زوّجها إتيّاه وليّها ارتجع على وليّها بما أخذت منه...»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٥٩٦، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٥٩٧، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٥٩٨، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ٧.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٥٧٧، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١.

ومنها: رواية جميل بن درّاج عن أبي عبد الله يشترى الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحقّ الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»^(١).

ومنها: رواية إسماعيل بن جابر، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها، ف قيل: هي ابنة فلان، فأتى أباهها، فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها، فولدت منه، فعلم بها بعد أنّها غير ابنته، وأنّها أمة؟ قال: «تردّ الوليدة على مواليتها، والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه»^(٢).

ومنها: رواية دعائم الإسلام في القرن والجذام ونحوهما: «ويرجع بالمهر على من غرّ بها، وإن كانت هي التي غرّته رجع به عليها»^(٣).
فيتحصّل من الطائفتين أمور:

الأوّل: أنّ عناوين «الغرور» و«الخدعة» و«التدليس» ترجع إلى شيء واحد، ويشهد له قوله عليه السلام في رواية إسماعيل بن جابر: «كما غرّ الرجل وخدعه» وقوله عليه السلام في باب تدليس الجارية: «ويرجع بالمهر على من غرّ بها».

فلا يرد على الاستدلال بروايات باب التدليس على قاعدة الغرور بأنّها أجنبيّة عن القاعدة، فإنّها ألفاظ مترادفة يفسّر في اللغة كلّ بالآخر.

الثاني: أنّه يستفاد من مجموع الطائفتين أنّ الملاك كلّ في الضمان هو التضرّر الحاصل بواسطة الغرور والخدعة، ولا فرق في ذلك بين النكاح وغيره، فيستفاد

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٦٠٢، الباب ٧ من أبواب العيوب والتدليس، الحديث ١.

(٣) دعائم الإسلام ٢: ٢٣١ / ٨٦٥.

منه قاعدة كَلِّتْ سارية، سَيِّما في رواية رفاعَة كان الحكم معللاً بقوله ﷺ: «لأنَّه دلَّسها»، وهو ظاهر في أنَّ غرور الرجل وتدليسُه عِلَّةٌ للرجوع، فيكون الحكم دائراً مدار هذه العِلَّة؛ بل هو الظاهر أيضاً من رواية أبي عبيدة، حيث قال: «من وليها الَّذي كان دلَّسها».

الثالث: ويظهر من الروايات أنَّه لا بدَّ في التدليس والغرور من علم المدلَّس والغارِّ، فالتدليس أو الغرور يتحقَّق بمجرَّد العلم بالعيب أو ما يتضرَّر به الآخر، سواء قصد وقوع الغير في المكروه أو لم يقصده.

قال في رواية أبي عبيدة: «فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه»، وهذا ظاهر في أنَّ الملاك في التدليس أو الغرور المؤثِّر في الضمان هو علم الموقع بالعيب والضرر المتربِّب على التصرُّف وعدم إظهاره وبيانه، فلو لم يكن عالماً بالعيب أصلاً، لا يتحقَّق التدليس.

وقوله ﷺ في رواية صحيحة محدَّد بن مسلم: «من زوَّج امرأة فيها عيب دلَّسها ولم يبيِّن ذلك لزوجها» أيضاً ظاهر في أنَّ المعتبر في التدليس والغرور هو علم الموقع بالعيب وعدم البيان، سواء قصد وقوع الآخر في الضرر أو لم يقصده.

ومن هنا يظهر فساد ما قد يقال: «أنَّ استظهار العموم من الروايات لا يخلو من إشكال، لأنَّ صرف سكوت المتولِّي للتزويج من ذكر العيب الَّذي فيها يكون تغريراً موجِباً للضمان بعيد جدّاً، خصوصاً إذ كان المتولِّي للتزويج جاهلاً بذلك العيب، ولا فرق في مفاد القاعدة بين أن يكون الغارِّ جاهلاً بترتب الضرر على الفعل الَّذي يفعله المغرور أو لا»^(١). وذلك لما مرَّ من أنَّ الظاهر من بعض الروايات بل صريحها - كرواية أبي عبيدة وصحيحة محدَّد بن مسلم - هو اعتبار العلم وعدم البيان.

ويظهر أيضاً ما ارتكبه المحقق البجنوردي من الخلط بين العلم بأن فعله صار سبباً لانخداع الغير وتضرره وبين قصد انخداعه وتضرره، فاستدلّ على عدم اعتبار علم الغارّ بترتب الضرر على الفعل الذي يفعله المغرور بقوله: «لأنّه لا يشترط في صدق عناوين الأفعال أن يكون الفاعل قاصداً لتلك العناوين، فالذي قام أو قعد مثلاً ولو غفلة من دون قصدٍ إلى عنوان القيام والقعود يصدق عليه أنّه قام أو قعد، فالذي أوقع شخصاً في ارتكاب فعل يترتب عليه الضرر مع جهله بحقيقة الحال بل أوهمه أنّه ينتفع بهذا الفعل فيصدق عليه أنّه غرّه وخدعه وإن لم يكن قاصداً لخدعه، بل ولو لم يدر أنّه خدعة»^(١). ضرورة أنّ الظاهر من الروايات - كما مرّ - هو اعتبار علم الغارّ بترتب الضرر على الفعل الذي يفعله المغرور. مضافاً إلى أنّ الخدعة والغرور من المفاهيم التي أخذ فيها العلم. نعم، لا يعتبر أن يكون العالم قاصداً لوقوع المغرور في المكروه، بل يصدق عليه الخادع والمدلس والغارّ سواء قصد وقوعه في الضرر والمكروه أو لم يقصده.

الرابع: أنّ المغرور أيضاً ضامن بمقتضى قاعدة الإتيان، فيجب عليه أن يتدارك خسارة الغير، غاية الأمر أنّه بعد تدارك الضرر يرجع إلى الغارّ لمساعدة الغرور، فإنّه ظاهر قوله عليه السلام: «ارتجع على وليّها بما أخذت منه...» وقوله عليه السلام: «يرجع على من باعه بضمن الجارية...»، وقوله عليه السلام: «يرجع بالمهر على من غرّه بها».

ومن هنا يظهر عدم صحّة الاستدلال بروايات شاهد الزور.

وقد يستدلّ على القاعدة بالروايات الواردة في رجوع المحكوم عليه إلى شاهد الزور لو رجع عن شهادته وكذب نفسه.

منها: صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور، قال: «إن كان

الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل»^(١).

ومنها: رواية محدّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبّته؟ قال: «يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث، إن كان شهد هذا وآخر معه»^(٢).

ومنها: رسالة ابن محبوب عن أبي عبد الله عليه السلام في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، ثمّ رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل، قال: «إن قال الرابع [الراجع]: أوهمت، ضُرب الحدّ وأُغرم الدية، وإن قال: تعمّدت، قتل»^(٣).

ومنها: رسالة جميل بن درّاج عن أحدهما عليهما السلام، قال في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قُضي على الرجل: «ضُمنوا ما شهدوا به وغرّموا، وإن لم يكن قضي طرحت شهادتهم ولم يغرّموا الشهود شيئاً»^(٤).

ومنها: غير ذلك من الروايات الواردة في هذا المجال، ذكرناها في قاعدة التسبيب.

ولكن التحقيق أنّ هذه الروايات أجنبيّة عن القاعدة، لأنّ موردها من مصاديق قاعدة التسبيب التي تقضي بضمان المسبّب فقط دون المتلف؛ بخلاف قاعدة الغرور، فإنّ المستفاد من الروايات أنّها تقضي بضمان الغارّ والمغرور المتلف معاً، غاية الأمر للمغرور المتلف الرجوع إلى الغارّ فيما إذا رجع صاحب المال المتلف إليه.

توضيح ذلك: أنّه يقع الكلام في أنّ المستفاد من الأدلّة هل هي أنّ الغارّ ضامن

(١ و ٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣٩، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٢٤٠، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣٨، الباب ١٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١.

لصاحب المال المتلف في عرض المغرور المتلف، فيكون صاحب المال مختاراً من الرجوع إلى أيّهما شاء، فلو رجع إلى الغارّ سقط ضمان المغرور المتلف، ولو رجع إلى المغرور سقط ضمان الغارّ بالنسبة إلى صاحب المال، ولكن للمغرور أن يرجع إلى الغارّ؟ أو أنّ الضمان يتوجّه إلى المغرور المتلف، وللمالك أن يرجع إليه، لا إلى الغارّ، وبعد أخذه منه يرجع إلى الغارّ؟ أو أنّ الضمان يتوجّه إلى الغارّ دون المغرور المتلف، وليس للمالك الرجوع إلى المغرور، بل له أخذه من الغارّ؟ فيه وجوه.

والتحقيق هو الأول، فإنّه ما يقتضيه الجمع بين روايات الباب، لأنّ ظاهر بعضها - كرواية إسماعيل بن جابر: «تردّ الوليدة على مواليتها، والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة ثمن الولد، يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه» ورواية رفاعة بن موسى: «إنّ المهر على الذي زوّجها، وإنّما صار عليه المهر، لأنّه دلّسها» - أنّ الضمان يتوجّه إلى الغارّ ابتداءً، فإنّ الظاهر من هذه الروايات أنّ لصاحب المال أن يرجع إلى المدّلس والغارّ. وظاهر بعضها الآخر - كرواية جميل: «يرجع على من باعه بثنّ الجارية وقيمة الولد التي أخذ منه»، ورواية الوليد بن صبيح: «ارتجع على وليّها بما أخذت منه»، ورواية دعائم الإسلام: «يرجع بالمهر على من غرّ بها» - أنّ لصاحب المال أن يرجع إلى المغرور فهو أيضاً ضامن، وإذا رجع المالك إليه، فله الرجوع إلى الغارّ بعد أداء الخسارة.

والجمع بينهما أنّ كلّاً من الغارّ والمغرور المتلف ضامن، لكن المغرور ضامن لقاعدة الإلتلاف، لا لقاعدة الغرور كما توهم، والغارّ أيضاً ضامن بمقتضى قاعدة الغرور، لأنّه أوجب تضرّر الغير بانخداع الآخر، فيجوز للمالك الرجوع إلى أيّهما، كما أنّ للمغرور الرجوع إلى الغارّ بعد أداء الخسارة.

والحاصل: أنّ المستفاد من أدلّة الغرور أنّ الغارّ والمغرور المتلف كليهما

ضامن.

وأما روايات شاهد الزور: فالظاهر منها أن الضمان إنما يتوجّه إلى المسبّب للإتلاف دون الوساطة التي أتلف المال مباشرة، لقوّة السبب بالنسبة إلى المباشر، فهذه الروايات أجنبية عن قاعدة الغرور، بل إنما تكون مدرّكاً لقاعدة التسبب. والعجب من شيخنا الأستاذ حيث ذكرها - تبعاً للمحقّق البجنوردي - مدرّكاً للقاعدة وقال: «ولكن الظاهر أن استفادة القاعدة الكلّيّة منها في غاية الإشكال، وإن كان لا يخلو بعضها عن الإشعار بها، كما لا يخفى»^(١). ثمّ قال في موضع آخر: «مورد هذه الروايات من مصاديق قوّة السبب بالنسبة إلى المباشر، إذ يكون الضمان ثابتاً بالنسبة إلى السبب فقط، كما لا يخفى»^(٢)، فإنّهما متنافيان.

نعم، يمكن الاستدلال برواية ابن أبي عمير عن إبراهيم بن عبد الحميد، عن أبي بصير، وغيره، عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأة بأن زوجها طلقها أو مات عنها، فتزوّجت ثمّ جاء زوجها، قال: «يضرّبان الحدّ ويضمنان الصداق للزوج بما غرّاه، ثمّ تعتدّ، وترجع إلى زوجها الأوّل»^(٣). فتدلّ الرواية على أنّه لو أذاها الزوج الثاني ما يعيّن صداقاً فيضمنه الشاهدان للغرور.

ويمكن الاستدلال عليها أيضاً برواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات فتزوّجت ثمّ جاء زوجها الأوّل، قال: «لها المهر بما استحلّ (يستحلّ) من فرجها الآخر، ويضرب الشاهدان الحدّ، ويضمنان المهر بما غرّا الرجل، ثمّ تعتدّ، وترجع إلى زوجها الأوّل»^(٤).

(١) القواعد الفقهية (للفاضل النكراني) ١: ٢١٩ - ٢٢٠.

(٢) القواعد الفقهية (للفاضل النكراني) ١: ٢٢٧ - ٢٢٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٥: ٤٦٧، الباب ٣٧ من أبواب العدد، الحديث ٥.

(٤) التهذيب ٦: ٣٢٦.

الثالث: بناء العقلاء

إنَّ بناء العقلاء في معاملاتهم وسائر أعمالهم استقرَّ على أنَّهم إذا تضرَّروا بواسطة تغرير الغير إياهم يرجعون فيما تضرَّروا إلى الغارِّ الخادع ويأخذون منه. وهذا أمرٌ شائع بينهم من دون نكير لأحد منهم.

قال المحقِّق البجنوردي: «وعندي أنَّ هذا الوجه أحسن الوجوه الذي ذكروها في هذا الباب»^(١).

ويمكن أن يقال: بأنَّ الروايات السابقة إمضاء لما بنى عليه العقلاء، كما أنَّ الإجماع الآتي يصلح أن يكون كاشفاً عن إمضاء الشارع لبنائهم عليه، مضافاً إلى أنَّ نفس عدم الردع من الشارع يكفي في الإمضاء.

الرابع: الإجماع

وقد يستدلُّ عليها بأنَّ الفقيه إذا تتبَّع في كلمات الفقهاء يجد اتِّفاقهم على القول برجوع المغرور إلى الغارِّ بمقدار الضرر الذي أوقعه الغارِّ فيه. فضلاً عن الإجماعات المحكيَّة.

ويرد عليه من وجهين:

الأوَّل: أنَّه إذا تتبَّعنا في كلمات الفقهاء لا نجد اتِّفاقهم على هذه الكبرى الكلِّيَّة، بل ليس لها في كلمات من قدَّم على المحقِّق الثاني عين ولا أثر، وإنَّما ذكره المحقِّق الثاني (المتوفَّى ٩٤٠ هـ) تارةً بعنوان الرواية وتارةً أخرى - بل مرَّات - لا بعنوان الرواية، وتبعه على ذلك من تأخَّر عنه. فدعوى قيام الإجماع على الكبرى الكلِّيَّة من رجوع المغرور إلى الغارِّ غير مسموعة.

نعم، يمكن دعوى الإجماع على رجوع المغرور إلى الغارِّ في موارد خاصَّة،

(١) القواعد الفقهيَّة (البجنوردي) ١: ٢٢٧.

كما يشعر به كلام الشيخ الأعظم الأنصاري، حيث قال: «لقاعدة الغرور المتفق عليها في من قدّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله»^(١).

الثاني: لو سلّم وجود الإجماع على الكبرى الكلية، فيحتمل استناد المجمعين في إجماعهم إمّا إلى الرواية المنسوبة إلى النبي ﷺ، وقد مرّ عدم صحّة النسبة، فحينئذٍ ينهدم الإجماع؛ وإمّا إلى الروايات الخاصّة بعد إلقاء الخصوصيّات، وحينئذٍ يكون الإجماع مدركيّاً، فلا يجعل حجّة برأسه ودليلاً مستقلاً في مقابل ساير الأدلّة.

الخامس: قاعدة لا ضرر

وتقريبه أنّ الغارّ سبب لضرر المغرور، وظاهر نفي الضرر أنّ من أوجب الضرر فهو له ضامن، فيكون الغارّ الذي أوجب ضرر المغرور ضامناً لما تضرّر به. وعليه فلا تقتضي القاعدة الحكم بالضمان إلّا فيما إذا لحق المغرور ضرر. وهذا الدليل ينسب إلى صاحب الرياض^(٢)، حيث قال: «والمعروف من مذهب الأصحاب أنّ للمشتري أن يرجع بما للبائع ممّا لم يحصل له في مقابلته عوض كقيمة الولد والمنفعة والعمارة ونحو ذلك، لمكان التغيرير وترتب الضرر به مع عدم جابر له من العوض. وفي جواز الرجوع عليه بما ضمن وغرمه من المنافع كعوض الثمرة واجرة السكنى تردّد تنشأ من مباشرته الإلتاف مع حصول نفعه في مقابله، وأولويّة حوالة الضمان على مباشرة الإلتاف؛ ومن أنّ الغاصب قد غرّه ولم يشرع أن يضمن ذلك، فكان الضمان على الغارّ، كما لو قدّم إليه طعام الغير فأكله جاهلاً

(١) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ٤٩٩.

(٢) المكاسب (للشيخ الأعظم الأنصاري) ٣: ٤٩٩، المكاسب والبيع (تقرير بحث النائي)

ورجع المالك على اللاكل، أو غصب طعاماً فأطعمه المالك، فإنه يرجع على الغارّ. وإلى هذا ذهب الماتن في كتاب التجارة من الشرايع والفاضل المقداد في التنقيح.

وإلى الأوّل ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف، والحليّ. وهو أوفق بالأصل، مع عدم معلوميّة صلوح المعارض للمعارضة، بناءً على عدم وضوح دليل على ترتّب الضمان على الغارّ بمجرد الغرور، وإن لم يلحقه ضرر، كما فيما نحن فيه بمقتضى الفرض لاستيفائه المنفعة في مقابلة ما غرمه.

والإجماع على هذه الكلّيّة غير ثابت بحيث يشمل نحو مفروض المسألة. نعم ربّما يتوجّه الرجوع حيث يتصوّر له الضرر بالغرور»^(١).

وأنت خير: بأنّ عبارته هذه تشعر بأنّ السيّد تعتقد بعدم اعتبار قاعدة الغرور أصلاً، لعدم دليل على ترتّب الضمان على الغارّ بمجرد الغرور. نعم، لو قارن التغيرير مع ضرر المغرور يحكم بضمان الغارّ من جهة أنّه أضرّ بالمغرور، لا من جهة أنّه غرّه.

فلا يصحّ نسبة الاستدلال بقاعدة الضرر على قاعدة الغرور إليه، كما نسبه إليه الشيخ الأعظم^(٢) والمحقّق النائيني^(٣). ولهذا قال السيّد الحكيم - بعد الإشارة إلى نسبة هذا الأمر إليه -: «وعبارته لا تساعد على ذلك»^(٤).

وكيف كان، فالاستدلال بقاعدة الضرر على قاعدة الغرور مردود، لما مرّ أنّ المستفاد من الروايات أنّ الملاك في قاعدة الغرور ورجوع المغرور إلى الغارّ هو غرور الرجل وتدليسه الذي أوجب وقوع المغرور في ما يكرهه، بحيث لو علم

(١) رياض المسائل ١٤: ٤٦ - ٤٧. (٢) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٣: ٤٩٩.

(٣) المكاسب والبيع (تقرير بحث النائيني) ٢: ٢٧٨.

(٤) مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٢١٨.

لم يفعله، سواء تضرّر المغرور بما فعل عرفاً كما إذا أعطى الصداق إلى المرأة التي زوج معها، ثم جاء زوجها قبل أن ينتفع بها، أو لم يتضرّر عرفاً كما إذا أعطى مال الغير فأكله.

السادس: قاعدة التسيب

وقد يستند عليها بقوة السبب وضعف المباشر، لأنّ الغارّ سبب قويّ والمغرور مباشر ضعيف، وحينئذٍ يصير الضمان على السبب. وقد يعبر عن هذا الدليل بقاعدة الإلتلاف^(١).

ولكن التحقيق - كما مرّ في القاعدة السابقة -: أنّ إسناد التلف أو الخسارة إلى السبب من إسناد الإلتلاف من دون المباشرة، وهو مجرى قاعدة التسيب، بخلاف قاعدة الإلتلاف، فإنّ مجراها ما إذا اسند التلف إلى المباشر بحيث يصدق عليه المتلف حقيقةً.

ولعلّ التعبير عنه بقاعدة الإلتلاف ناشئ من إلحاق قاعدة التسيب بقاعدة الإلتلاف، وهو فاسد كما مرّ.

وكيف كان فقد يذكر في تقريره وجهان:

الأوّل: ما يظهر من كلام صاحب الجواهر في كتاب الغصب، حيث قال - بعد التعرّض لكلام السيّد في الرياض والإيراد عليه -: «بل هو من باب قوّة السبب على غيره ولو بالمباشرة»^(٢). وحاصله: أنّ تلف العين فيما نحن فيه يسند إلى الغارّ، لأنّه السبب القويّ في التلف، والمغرور مباشر ضعيف لا يسند إليه تلف العين المضمونة، فيكون الغارّ ضامناً.

(١) حاشية المكاسب (للأصفهاني) ٢: ٣٠٣، مستمسك العروة ١٣: ٢١٨.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.

الثاني: ما يظهر من كلام الشيخ الأعظم الأنصاري^(١) من سبب الغارّ لخسارة المغرور، فإنّ الغارّ أوقع المغرور في فعل يوجب خسارته، فتسند الخسارة إلى الغارّ عرفاً، لا إلى المغرور المباشر الضعيف، فيكون الضمان على الغارّ. وفيه: أنّ قاعدة التسيب قاعدة مستقلة تغاير قاعدة الغرور، فإنّ عنوان الغرور قبل التلف والضرر رتبة بل زماناً، وقاعدة التسيب لا تنطبق إلّا بعد التلف والضرر، فهما متباينان ولا يعقل كون إحداهما دليلاً على الأخرى، ولمزيد التوضيح راجع ما ذكرنا من الفرق بين القاعدتين في تنبيهات قاعدة التسيب، فإنّ الرجوع إليه يتّضح لك عدم صحّة جعل قاعدة التسيب دليلاً على قاعدة الغرور، ولا جعل قاعدة الغرور من صغرياتها، كما يظهر من كلام صاحب الجواهر والشيخ الأعظم، بل صرّح بذلك المحقّق النائيني على ما في بعض تقارير درسه^(٢).

المقام الثالث: في التطبيقات

إنّ القاعدة وإن كانت من القواعد المختصة بباب الضمان لكن مواردها متشعبة في مختلف أبواب الفقه كما أشرنا إليه. وهاهنا نذكر بعض الموارد:

١- قال في الجواهر في بيع الفضولي الذي لا يعلم به المشتري وقد دفع الثمن إلى البائع الفضولي، ولم يجز المالك، فيأخذ المالك مبيعته من المشتري: «ويرجع المشتري على البائع بما دفع إليه من الثمن، بل وبما اغترمه للمالك من نفقة أو عوض عن أجرة أو عن نماء... ولكن إنّما يكون له الرجوع إذا لم يكن عالماً أنّه لغير البائع واغترّ بظاهر فعله، وإن لم يكن من قصد البائع غروره، لعدم توقّف صدقه على ذلك، أو كان عالماً أنّه لغيره ولكن ادّعى البائع أنّ المالك أذن له ولم يكن له معارض، لقاعدة الغرور»^(٣).

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠١.

(٢) منية الطالب ٢: ١٧٦.

(١) المكاسب ٣: ٤٩٩.

٢- إذا تزوّج الرجل امرأة معيّنة على شرط أنّها حرّة فبانت أمة، قال في الجواهر: «يرجع بما اغترمه من مهر بل وقيمة ولد ونفقة على المدّلس إن كان النكاح فاسداً قطعاً، لقاعدة الغرور»^(١).

٣- وقال في الجواهر: «لو دلّست هي نفسها كان عوض البضع لمولاها - وهو المسمّى في العقد - مع إجازته على الأصحّ، ومهر المثل أو العشر ونصفه إن لم يجر. ولكن رجع الزوج به عليها إذا اعتقت، لقاعدة الغرور»^(٢).

٤- وقال أيضاً: «إن كانت الجعالة على عمل لا يتجزّأ كالردّ ونحوه، أو يتجزّأ ولكن قصد الجعل عليه من حيث تماميّته فلا شيء للعامل إذا لم يكن الفسخ من قبيل الجاعل، للأصل وغيره، وإن كان بفسخ من قبله استحقّق أجره المثل على ما وقع منه من مقدّمات العمل خصوصاً إذا كان بعضه الذي مقدّمة أيضاً لتمامه، لقاعدة الغرور»^(٣).

٥- إذا بذل الرجل لشخص ما لا ليحجّ به، فبان كونه مغصوباً، وكان الباذل عالماً بالغصبيّة والمبذول له جاهلاً بها، فيرجع المبذول له إلى الباذل في تدارك خسارته إذا كان قد رجع عليه المغصوب منه بمثل المبذول أو بقيمته. وذلك لقاعدة الغرور»^(٤).

٦- المغرور من المزارع والزارع يرجع إلى غارّه فيما خسر، لقاعدة الغرور. .
٧- قال في العروة: «إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معيّن خارجيّ فأحال دايته عليه ليدفعه إليه بما عنده فقبل المحتال والمحال عليه وجب عليه الدفع إليه... ولو لم يتمكّن من الاستيفاء منه ضمن لوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً إليه، للغرور». وقال السيّد الحكيم - تعليقاً عليه -: «فإنّ

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٣٧٠.

(٤) مستمسك العروة ١٠: ١٥٢.

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٣٦٨.

(٣) جواهر الكلام ٣٥: ٢٠٠.

قاعدة الغرور شاملة للمقام»^(١).

٨ - لو أعاره مال الغير بعنوان أنّه مال نفسه، ثمّ بان أنّه مال الغير، ورجع ذلك الغير إلى المستعير ببذل ما انتفع من ماله، فللمستعير الرجوع إلى المعير، لقاعدة الغرور.

٩ - لو خدع الغاصب المالك وأطعمه مال نفسه بعنوان أنّه ضيفه وأنّ هذا المال مال الغاصب، فللمالك الرجوع إلى الغاصب، لقاعدة الغرور.

١٠ - قال في العروة: «إذا زوّج الأمة غير مولاهما من حرّ فأولدها جاهلاً بكونه لغيره، عليه العشر أو نصف العشر لمولاهما وقيمة الولد. ويرجع بها على ذلك الغير، لأنّه كان مغروراً من قبله». وقال السيّد الحكيم - تعليقاً عليه -: «إشارة إلى قاعدة الغرور»^(٢).

..

(١) مستمسك العروة ١٣: ٤٢٠.

(٢) مستمسك العروة ١٤: ٣٥.

القاعدة الثامنة

قاعدة تلف كل مال من ماله

إن مقتضى القاعدة الأولى أن تلف كل مال من ماله المستولي عليه، بمعنى: أنه إذا تلف يكون محسوباً من كيس نفسه، لا من كيس شخص آخر، إلا ما خرج بالدليل.

وقد يعبر عنها بـ «قاعدة الملكية»^(١) أو «قاعدة كون التلف من المالك»^(٢)، أو «قاعدة كون الضمان على المالك»^(٣) أو «قاعدة أن كل مال على ماله»^(٤) أو «قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك ماله»^(٥).

ومجراها كل مال شك في أن ضمانه على غير ماله، فيحكم بعدم كون ضمانه على الغير، إلا إذا دلّ دليل في مورد خاص على أنه في عهدة الغير، كما دلّ الدليل على أن تلف المبيع في زمان خيار المشتري من مال البائع الذي ليس له الخيار. فإذا شك في كون تلف المبيع على البائع غير المالك يحكم بأنه من المشتري المالك، وإذا شك في أنه إذا تلف المبيع في يد المشتري المالك له وكان له خيار غير خيار الحيوان والشرط فهل يكون ضمانه على البائع أو يكون ضمانه على

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) ٢: ١٨، وحاشية المكاسب (الاصفهاني) ٥: ٣١٢-٣١٣.

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) ٢: ١٦٩. (٣) نفس المصدر السابق.

(٤) منية المطالب ٣: ٩٨.

(٥) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٦: ١٨٣. حاشية المكاسب (الآخوند الخراساني): ٢٦٤.

المشتري المالك؟ يحكم بمقتضى قاعدة الملكية أن تلفه من مال مالكة المستولي عليه، أي: المشتري.

وإذا شك في أنه إذا تلف الثمن في يد البائع بعد المعاملة وكان له الخيار فهل يكون ضمانه على المشتري الذي ليس له الخيار؟ يحكم بأن تلفه من مال البائع المالك. كما قال المحقق النائيني - على ما في تقارير بحثه -: «إن مقتضى القواعد أن كل مال على مالكة، خرج منها تلف المبيع قبل قبضه وتلفه بعد القبض في زمان خيار المشتري، فبقي تلف الثمن بعد القبض البائع له على حكم القواعد»^(١).

وموارد تطبيقه كثيرة، قد ذكر بعضها في الكتب^(٢)، وسنذكر بعضها ذيل القاعدتين اللاحقتين.

(١) منية الطالب ٣: ٩٨.

(٢) راجع حاشية المكاسب (اليزدي) ٢: ١٦٩، حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٥: ٣١٢-٣١٣.

القاعدة التاسعة

قاعدة التلف في زمان الخيار

القاعدة التاسعة من القواعد المختصة باب الضمان هي قاعدة «التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له». وفيها جهات من البحث:

الجهة الأولى: في بيان مفادها الإجماليّ

والمراد منها أنّه إذا تلف المال المعوّض المقبوض في زمان الخيار وقبل استقرار المعاملة ولزومها يكون في عهدة من ليس له الخيار. فإذا تلف الحيوان - مثلاً - في يد المشتري الذي له الخيار ينفسخ البيع ويردّ الثمن الموجود عند البائع إلى المشتري إذا لم يكن للبائع خيار. هذا مفادها إجمالاً، وسيأتي تفصيله في الجهة الثالثة.

الجهة الثانية: في بيان مدرّكها

واستدلّ على ثبوتها بأمور:

الأوّل: الروايات

منها: ما رواه عبد الله بن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال عليه السلام: «على البائع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة

أيام ويصير المبيع للمشتري»^(١).

وروى مثله الحسن بن محبوب عن ابن سنان هكذا: فقال عليه السلام: «على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري، شرط البائع أو لم يشترطه»^(٢).

ومنها: مارواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين، فماتت عنده، وقد قطع الثمن، على من يكون الضمان؟ قال عليه السلام: «ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه»^(٣).
ومنها: مارواه صاحب الوسائل عن عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر بن محمد عليه السلام، قال: «قال رسول الله ﷺ في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام، فمات العبد في الشرط: يستحلف بالله مارضيه ثم هو بريء من الضمان»^(٤).

ومنها: مارواه ابن فضال عن الحسن بن علي بن رباط عن روه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع»^(٥).
ومنها: صحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع»^(٦).
واستدل عليه صاحب الوسائل بما ورد في حكم التلف في خيار الشرط، فقال في عنوان الباب الثامن من أبواب الخيار: «باب أن المبيع إذا حصل له نماء في مدة الخيار فللمشتري؛ وإن تلف فيها فمن ماله إن كان الخيار للبائع، ومن مال

(١) و٢ و٥) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و٣ و٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥١، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

البائع إن كان الخيار للمشتري»^(١). ثم استدلّ عليه بروايتين:

إحداهما: مرواه إسحاق بن عمار، قال: حدّثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي إن أنا جئتك بشئها إلى سنة أن تردّ عليّ. فقال: «لا بأس بهذا، إن جاء بشئها إلى سنة ردّها عليه». قلت: فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة، فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟ فقال: «الغلّة للمشتري، ألا ترى أنّه لو احترقت لكانت من ماله»^(٢).

وثانيتهما: مرواه معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط إنّك إن أئيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: «له شرطه». قال أبو الجارود: فإنّ ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين. قال: «هوله». وقال أبو عبد الله عليه السلام: «أرأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري»^(٣).

ولكن في دلالتهما على المطلوب في المقام نظر، لأنّ الظاهر من الروايتين أنّهما تدلّان على أنّ المتاع المعوّض ملك للمشتري بعد البيع، وإذا كان نفس المتاع ملكاً له فتكون الغلّة التي فيه أيضاً ملكه، ولذا لو احترقت الدار أو الغلّة احترقت من ماله. فيكون الحكم بضمانه للدّار مطابقاً للقاعدة ومن جهة أنّها بعد البيع صارت ملكاً له، لا على خلاف القاعدة وأنّه من جهة وجود الخيار للبائع. نعم، مورد الروايتين ما إذا كان للبائع خيار، وهو لا يدلّ على وجود الخيار

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥ الباب ٨ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥ - ٣٥٦، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

للبيع في الحكم بضمان المشتري.

الثاني: الإجماع

وإدعاه غير واحد من الفقهاء.

قال صاحب الرياض: «فإن التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له بلا خلاف أجده»^(١).

وقال في مفتاح الكرامة: «أقصى ما دلّت عليه الأخبار أن التلف في المدة - أي مدة الخيار - ممن لا خيار له. وهذا مجمع عليه بين الأصحاب»^(٢).

وقال الشيخ الأعظم في المكاسب: «والقاعدة المجمع عليها بأن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له»^(٣).

ولكن أنت خبير: أنه لو سلّم وجود الإجماع على كون التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار له في الجملة، لا اعتبار بهذا الإجماع، لاستنادهم في ذلك بالروايات السابقة، فيحتمل قوياً أن يكون الإجماع مدركياً، فلا يكون دليلاً مستقلاً في قبال الروايات.

الثالث: موافقتها للقواعد الأولية

قال الشيخ الأعظم: «دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو ترزّل البيع»^(٤). ووضّحه المحقّق البجنوردي، فقال: «الثالث: كون هذا الحكم مقتضى القواعد الأولية، إذ من له الخيار فقط من المتعاملين وليس للآخر يكون خروج العوض عن ملكه ودخول المقابل مترزلاً، إذ له أن يفسخ ويرجع ما خرج إليه بسبب فسخه، فكان التلف يقوم مقام الفسخ، فيرجع ما خرج عن ملكه إليه ثانياً، فالتالف يذهب من كيس من ليس له الخيار، وهو مفاد القاعدة»^(٥).

(١) رياض المسائل ٨: ٣٢٤. (٢) مفتاح الكرامة ٤: ٥٩٥. (٣) المكاسب ٥: ١٤١.

(٤) المكاسب ٥: ١٤١. (٥) القواعد الفقهية (للبنجوردي) ٢: ١١٠.

وأجاب عنه المحقق المذكور بما لفظه: «وفيه: أن هذا صرف استحسان، لا يمكن أن يكون منشأ للحكم الشرعي. ومقتضى القواعد الأولى حيث أن المعاملة بالقبض تمت وصار المبيع ملكاً تاماً للمشتري وتلف في يده أن لا يكون ضمان في البين أصلاً، ولا يكون المشتري ولا غيره ضامناً. أما المشتري: فلأن ماله تلف في يده على الفرض، والإنسان لا معنى لأن يكون ضامناً لنفسه بواسطة تلف ماله عنده. وأما غيره - أي البائع -: فلأن غيره أجنبي هاهنا. فمن جهة أن المعاملة والمعاوضة تمت ومال كل واحد منهما انتقل إلى الآخر بعوض مال الآخر وما انتقل إلى المشتري تلف في يده، فالبائع أجنبي عنه، فلا وجه لأن يكون ضامناً لتلف مال شخص آخر في يد نفس ذلك الشخص.

نعم، كان لذلك الشخص الآخر - أي المشتري مثلاً في المفروض - خيار الفسخ [الذي] لو كان يعمل به وكان يفسخ لكان الثمن يرجع إليه. وأين هذا من ضمان البائع بصرف التلف ومن دون الفسخ»^(١).

فالعمدة في الاستدلال على القاعدة ما عرفت من الروايات الأربع.

الجهة الثالثة: في بيان مفادها تفصيلاً

وهو يتوقف على بيان أمور:

الأمر الأول: في كون القاعدة تعبدية صرفة

لاريب في أن قاعدة «التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار له» من القواعد التعبدية الصرفة، فإن مقتضى القاعدة الأولى أن تلف كل مال من مالكة ولا يكون محسوباً من كيس شخص آخر، بل من كيسه، إلا ما خرج بالدليل

(١) القواعد الفقهية (للجنوري) ١٢: ١١١ - ١١٢.

الخارجي. وعليه فإذا دلّ دليل على الحكم بكون التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له يكون ذلك مخالفاً للقاعدة الأولى وتخصيصاً لها.

الأمر الثاني: في المراد من الضمان

هل الضمان المدلول عليه بالأخبار هو ضمان المعاوضة الذي يعبر عنه بالضمان المعاملي والضمان بالمسمّى - بمعنى أنّه إذا تلف المعوّض في زمان الخيار ينفسخ العقد وينتقل كلّ من العوضين إلى ملك مالكة آنأماً قبل الفسخ ثمّ ينفسخ العقد ويكون التلف من ملك مالكة الأصلي الذي لا خيار له، فإذا تلف المبيع مثلاً في زمان خيار البايع ينتقل المبيع إلى ملك البايع آنأماً قبل التلف، ثمّ ينفسخ العقد ويكون التلف من ملك البايع، وعليه أن يردّ الثمن إلى المشتري من دون أن يأخذ منه شيئاً - أو هو الضمان الواقعي الذي يعبر عنه بضمان اليد وضمان الغرامة - بمعنى أنّه إذا تلف المعوّض في زمان الخيار فعهدته على من ليس له الخيار بالمثل أو القيمة، فإذا تلف المعوّض في زمان الخيار فغرامته على من ليس له الخيار، وعليه أن يردّ إلى الآخر مثله أو قيمته، ففي المثال السابق تكون غرامة المبيع على عهدة البايع، وعليه أن يردّ مثله أو قيمته إلى المشتري فيما إذا لم يفسخه -؟

كلمات الشهيد الأوّل في الدروس مضطربة، فيظهر من بعض عباراته أنّ المراد من الضمان في المقام هو الضمان الواقعي^(١). ويظهر من بعض عباراته أنّ المراد من الضمان هو الضمان المعاوزي^(٢).

والاضطراب في كلماته أوجب اختلاف الأعلام في نسبة أحد القولين إليه.

(١) حيث قال في الدروس: «وبعده لا يبطل الخيار»، الدروس ٣: ٢٧١.

(٢) حيث قال في الدروس: «وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار»، الدروس

فاستظهر المحقق الأصفهانيّ أنّه ذهب إلى الضمان الواقعيّ، فقال: «هل الضمان المدلول عليه بهذه الأخبار التي هي مدرك القاعدة ضمان المعاوضة وانفساخ العقد بالتلف في زمان الخيار، كالتلف قبل القبض - كما هو المعروف هنا وهناك - أو ضمان الغرامة والرجوع على البائع بقيمته وبدله على تقدير عدم الفسخ، كما هو ظاهر العبارة المنقولة عن الشهيد، حيث قال: (وبعده - أي بعد القبض - لا يبطل الخيار)، وهو فرع بقاء العقد وعدم انفساخه؟»^(١).

ثمّ إنه اختار القول بالضمان المعاوضيّ، بمعنى: انفساخ العقد قبل التلف آنأماً^(٢). واستظهر المحقق النائينيّ أنّه ذهب إلى الضمان المعاوضي، فقال: «الاحتمالات في المراد من الضمان ثلاثة: (الأوّل) هو الضمان المعاوضيّ، كالضمان في قاعدة تلف المبيع قبل قبضه، فمفاد النصوص في المقام أنّ الضمان الثابت قبل القبض باقٍ بعده إذا كان للمشتري خيار، فالقبض في زمان الخيار كالعدم. وهذا هو الظاهر من الشهيد في الدروس حيث قال: (و بالقبض ينتقل الضمان إلّا إذا كان له خيار)، فمعنى كون تلف المبيع في زمان خيار المشتري من مال البائع هو انفساخ المعاملة وانتقال المبيع إلى البائع آنأماً قبل التلف»^(٣).

ثمّ ذكر احتمالين آخرين واختار الوجه الأوّل، فقال: «وكيف كان، فأقوى الاحتمالات هو الوجه الأوّل، لأنّ الظاهر من النصوص أنّ الضمان السابق باقٍ بعد القبض في زمان الخيار»^(٤).

والعجب من تلميذه المحقق الخوئيّ حيث نسب القول بالضمان الواقعيّ إلى المحقق النائينيّ - بعد أن يستظهره من كلام الشهيد الأوّل -^(٥)، فإنّه مناقض لما مرّ منه في تقارير بحثه، والله العالم.

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٥: ٣١٧. (٢) حاشية المكاسب ٥: ٣١٨ - ٣١٤ و ٣٨٦.

(٣) منية الطالب ٣: ٣٣٨. (٤) منية الطالب ٣: ٣٣٩. (٥) مصباح الفقاهة ٧: ٥٢٨.

وكيف كان ففي المراد من الضمان الذي يبحث عنه في القاعدة وجوه:
 الوجه الأول: أن يكون المراد بالضمان هو الضمان الواقعي - أي المثل
 والقيمة - فيكون المدلول عليه بالأخبار أنه لو تلف المعوض في معاوضة خيارية
 ففراسته على من لا خيار له. وهذا ما يظهر من بعض عبارات الشهيد - كما مر -
 واختاره المحقق الخراساني في حاشية المكاسب^(١).
 واستدل عليه بأمر:

الأول: ما ذكره المحقق الخراساني من قوله: «إن لفظ الضمان في بعض تلك
 الأخبار ظاهر في كون المبيع على عهدة البائع في مدة خيار المشتري، كما هو
 المتعارف منه في غير مورد من موارد قواعده من اليد والإتلاف والتغير. وقاعدة
 عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك ماله ليس قضيتها إلا أن الأصل عدم
 ضمانه له بلا موجب. وتلك الأخبار دلّت على أن الشراء بالخيار يكون موجباً له،
 كدليل اليد والإتلاف والتغير، فلا يكون الضمان بسببه مخالفاً لهذه القاعدة أصلاً
 مثل دليلها»^(٢).

وتوضيحه: أن لفظ «الضمان» ظاهر في الضمان الواقعي وكون الشيء في
 العهدة، بمعنى أن الشيء ثابت في عهدة الشخص وتشغل ذمته بأداء ذلك الشيء،
 غاية الأمر أن الشيء بعد تلفه لا يمكن أدائه بجميع خصوصياته الشخصية، فلا بد
 في مقام تفريغ الذمة من أداء ما هو أقرب إليه من غيره، وهو مثله إن كان من
 المثلثات وقيمه إن كان من القيمات. فلا فرق في المراد من الضمان في الأخبار
 بين باب التلف والإتلاف، فكما أن الإتلاف يوجب الضمان الواقعي بمقتضى
 ما يدل عليه الأخبار من أن الإتلاف موجب لضمان ما يتلف في ملك ماله، كذلك

(١) حاشية المكاسب (للمحقق الخراساني): ٢٦٤.

(٢) نفس المصدر.

أنّ الشراء بالخيار يوجب الضمان الواقعيّ بمقتضى ما يدلّ عليه الأخبار من أنّه موجب لضمان ما يتلف في ملك ماله.

الثاني: ما تعرّض له المحقّق الأصفهانيّ من أنّ التعبير بـ«على» في قوله ﷺ: «على البايع» ظاهر في أنّ المراد من الضمان هو الضمان الواقعيّ، فإنّ تلف مال كلّ أحد خسارة منه، لا خسارة عليه، وإنّما تكون خسارة عليه إذا تلف من غيره وكان تداركه عليه^(١).

الثالث: ما ذكره المحقّق الخراساني - مؤيّداً لكون المراد من الضمان هو الضمان الواقعيّ -، حيث قال: «ومّا يؤيّد أنّ الضمان في الأخبار يكون بمعنى العهدة لمال الغير - كما في غير مورد من الموارد - لا بمعنى انفساخ العقد وتلفه من ماله، شمول هذه الأخبار بالعموم - كما هو صريح بعضها - لتلف بعض الصفات، كالصحّة في زمان الخيار، مع أنّه لا معنى لانفساخ العقد فيها، لما عرفت من عدم كون شيء من الثمن بإزائها وإن كان بملاحظتها يزاد فيه، كما لا يخفى»^(٢).

والحاصل: أنّ الأخبار الدالة على ضمان من لا خيار له عامٌّ، فيشمل ما إذا تلف بعض الصفات في زمان الخيار، بل صريح صحيحة ابن سنان هو الحكم بضمان البايع إذا تلف المبيع في يد المشتري الذي له الخيار فقط دون البايع، سواء كان التالف نفس المبيع أو صفة من أوصافها، حيث قال الرواي: «فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟» فقال: «على البايع...»^(٣). ولا شك أنّ الأوصاف لا تكون مضمونة بالمسمّى، لعدم وقوع شيء من الثمن بإزائها في المعاملة، بل يقع تمام الثمن بإزاء نفس العين. ولا يمكن الجمع بين الضمانين - أي الضمان الواقعي والضمان بالمسمّى - في قوله ﷺ: «على من

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٥: ٣١٨. (٢) حاشية المكاسب (للمحقّق الخراساني): ٢٦٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

ضمان ذلك؟»، للزوم استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد؛ فيتعيّن حمل قوله ﷺ: «على البايع» على الضمان الواقعي - الضمان بالمثل أو القيمة - كي يشمل تلف العين والوصف جميعاً.

الرابع: ما تعرّض له المحقّق النائي. وحاصله: أنّ الضمان بالمسمّى ارتفع بالقبض، لأنّ الضمان بالمسمّى ليس إلّا اشتغال الذمّة بالمعوض، والمفروض في المقام أنّ البايع - مثلاً - سلّم المثلث إلى المشتري الذي له الخيار دون البايع، وإذا قبضه المشتري فيرتفع موضوع الضمان بالمسمّى، وهو عدم إعطاء المثلث، فلو دلّ دليل على ضمان المقبوض لا بدّ أن يحمل على الضمان الواقعي، أي المثلث والقيمة^(١)، هذا.

وللمناقشة في هذه الأمور الأربعة مجال واسع.

أمّا الدليل الأوّل: ففيه أنّ كلمة «الضمان» إنّما يكون ظاهراً في الضمان الواقعي فيما إذا لم تكن قرينة على خلافه، وفي المقام قرائن على خلافه: منها: أنّه لا شكّ في أنّ مقتضى صحّة المعاملة وإمضاء الشارع لها اشتغال ذمّة كلّ من المتعاملين بتسليم العوض المسمّى، كما أنّ مقتضاها ملكيّة كلّ منهما بالنسبة إلى ما كان للآخر، ونفس تعهدهما ضمان المسمّى وإمضاء الشارع له قرينة على عدم إرادة غيره من كلمة «الضمان» في المقام.

ومنها: أنّ بعض الروايات ظاهر في أنّ القبض في المقام كالعدم، فإنّ قوله ﷺ: «من مال البايع» ظاهر في أنّ القبض كالعدم وأنّ الضمان السابق على القبض - وهو الضمان بالمسمّى - يستمرّ إلى بعد القبض ويكون التالف من أمواله، وهذا قرينة - بل دليل - على عدم إرادة الضمان الواقعي وإرادة الضمان بالمسمّى.

ومنها: أنَّ حمل الضمان الواقع في السؤال والجواب في الروايات على الضمان الواقعي والغرامة غير معقول، ضرورة أنَّه لو كان المراد من الضمان الواقع في قوله: «على من ضمان ذلك؟» هو الضمان الواقعي والغرامة، يصير معنى السؤال أنَّه هل تكون غرامة المبيع الذي صار ملكاً للمشتري وتُلَفَّ بعد القبض على البائع الذي لا خيار له، أو تكون غرامته - أي مثله أو قيمته - على المشتري الذي له الخيار؟ ومعلوم أنَّ أحد طرفي التردد في السؤال غير معقول، لعدم تصوّر كون المشتري غارماً لما تلف في ملكه، لأنَّ تداركه لنفسه محالٌّ، لعدم الإثنيّة، وتداركه لغيره - أي البائع - أيضاً محالٌّ، لخروجه عن ملك البائع بمجرد العقد. فلا بدَّ من أن يحمل الضمان في السؤال على الضمان بالمسمّى وانفساخ العقد، وحينئذٍ يكون معني قوله: «على من ضمان ذلك؟» أنَّه هل ينفسخ العقد بتلف العوض ويرجع الباقي من العوضين إلى المالك السابق أم لا؟

وناقش في الدليل المذكور المحقق البجنوردي أيضاً بما حاصله: أنَّ لفظ الضمان وإن كان ظاهراً في الضمان الواقعي، ولكن في المقام لم يقل الشارع: «أنَّ من ليس له الخيار من المتعاملين ضامن لما تلف في يد ذي الخيار»^(١)، بل قال: «التلف في زمان الخيار من مال من ليس له الخيار أو من مال بائعه»^(٢)، فلم يحدث الشارع عن الضمان كي يستظهر من لفظه الضمان الواقعي.

ولا يخفي: أنَّ صدور هذا الكلام من المحقق البجنوردي عجيب، ضرورة وجود كلمة «الضمان» في الروايات سؤالاً وجواباً، ففي رواية عبدالله بن سنان ذكر لفظ الضمان في السؤال، وفي رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله البصري ذكر في السؤال والجواب. ولم يرد في الروايات قصّة «التلف في زمان الخيار من مال

من ليس له الخيار»، وكذا قضيتة: «التلف في زمان الخيار من مال بايعه»، بل إنما ورد في رواية ابن فضال: «إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع». وبالجمله: فلا يستظهر الضمان الواقعي من الضمان الواقع في الروايات في المقام، لما ذكرنا من القرائن الدالة على أن المراد من الضمان في المقام هو الضمان بالمسمى وانفساخ العقد.

وأما الدليل الثاني: ففيه ما في سابقه، ضرورة أن كلمة «على» في السؤال والجواب بمعنى واحد، وحيث لا يمكن حمل الضمان في السؤال على الضمان الواقعي - لما مرّ - فلا ظهور لكلمة «على» في الضمان الواقعي، لا في السؤال: «على من ضمان ذلك؟»، ولا في الجواب: «على البائع».

والحاصل: أن كلمة «على» إنما يكون ظاهراً في الغرامة والضمان الواقعي فيما إذا يكن قرينة على خلافه، وهي في المقام موجودة، كما مرّ.

وأما الدليل الثالث: فأجيب عنه تارة بأن المراد من حدوث الحدث في قوله: «أو يحدث فيه حدث» ليس فوات الوصف والصحة، بل المراد به أيضاً التلف والموت، فهو من قبيل التفتن في العبارة، أو المراد به موت خاص، من قبيل ذكر الخاص بعد العام، وكم له من نظير^(١).

وأخرى بأن تلف الوصف لا يقتضي إلا بقاء الخيار من جهة فقد الوصف، دون الضمان الواقعي أو الضمان بالمسمى. فلو أسقط المشتري خيار الشرط أو انقضى مدته فله إعمال الخيار بالنسبة إلى فقد الوصف وإرجاع العين الناقصة إلى من لا خيار له وأخذ الثمن منه بتمامه. فالضمان الواقعي ليس جامعاً يقتضيه تلف العين والوصف^(٢).

(١) القواعد الفقهية (البنجوردي) ٢: ١٢٦.

(٢) منية الطالب ٣: ٣٤٠.

وثالثة بأنَّ المراد من قوله عليه السلام: «على البائع» أو قوله عليه السلام: «فهو من مال البائع» أنَّ المبيع يذهب من كيس البائع، فإذا تلف عنه يكون التلف موجباً لانفساخ العقد ويرجع الثمن إلى المشتري من دون مقابل يرجع إلى البائع، وإذا فقد وصفه يكون موجباً لخيار المشتري من جهة فقد الوصف، وله - بعد إسقاط خيار الشرط أو انقضائه - إعمال الخيار وأخذ الثمن بتمامه من البائع وإرجاع المبيع الناقص إليه من غير تدارك^(١).

وأما الدليل الرابع: فأجاب عنه المحقق النائيني بما لفظه - على ما في تقارير بحثه -: «أنَّ مفادَ الدليل - لو كان - عدمُ تأثير القبض في رفع الضمان، لا تشريع ضمان على حدة، فلازمه بقاء الضمان السابق، وهو المسمّى. وهذا هو الظاهر من قوله عليه السلام: «على البائع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري»، لأنَّ معناه أنَّ القبض ليس غاية للضمان، بل الغاية انقضاء شرطه واستقرار الملك عليه بحيث لا يقدر أن يسلب الجدة الاعتبارية عن نفسه»^(٢).

فحصّل: أنَّ المراد من الضمان ليس الضمان الواقعي، لعدم دلالة ما ذكر من الأدلة الأربعة عليه.

الوجه الثاني: أن يكون المراد هو الضمان بالمسمّى، لا الضمان الواقعي، فيكون مدلول الأخبار انفساخ العقد بالتلف في زمان الخيار آنأماً قبل التلف، بمعنى أنَّ التالف يُرجع إلى ملك مالكة الأول آنأماً قبل التلف، فيكون التلف واقعاً في ملكه ويرجع العوض الباقي إلى من كان مالكة قبل المعاوضة. وهذا هو المشهور^(٣).

(١) القواعد الفقهية (الجنوردي) ٢: ١٢٦ - ١٢٧.

(٢) منية الطالب ٣: ٣٤٠ - ٣٤١.

(٣) راجع جامع المقاصد ٤: ٣٠٩، المسالك ٣: ٢١٦، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري)

والدليل عليه أمور:

الأول: أنَّ الظاهر من الروايات أنَّ الضمان الثابت في المقام هو ضمان واحد ثابت من أول المعاوضة إلى انتهاء الخيار، ولا شبهة في أنَّ الضمان الثابت قبل القبض ليس إلَّا انفساخ العقد على تقدير التلف، فيكون الضمان الثابت بعد القبض هو الضمان بالمسمّى وانفساخ العقد على تقدير التلف.

الثاني: أنَّ الظاهر من قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان: «وإن كان بينهما شرط أيّاماً معدودة، فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع»^(١) وكذا ظاهر قوله عليه السلام في رواية حسن بن علي بن رباط عمّن رواه عن أبي عبدالله عليه السلام: «إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيّام فهو من مال البائع»^(٢) هو الضمان بالمسمّى وانفساخ العقد، ضرورة أنَّ كون التلف من مال البائع إنّما يتصوّر فيما إذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كي يرجع المبيع إلى ملك البائع آناءً قبل التلف ويصدق أنّه تلف من مال البائع، وأمّا إذا كان الضمان بمعنى الضمان الواقعي فلا يصدق أنّه تلف من مال البائع، لأنّ التالف حينئذٍ من مال المشتري.

الثالث: أنَّ الظاهر من الضمان في المرويّ عن رسول الله صلى الله عليه وآله والضمان في رواية عبدالرحمن هو ضمان الثمن، وهو مساوق لانفساخ العقد. بيان ذلك: أنّه قال عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيّام، فمات العبد في الشرط: يستحلف بالله ما رضيه، ثمّ هو بريء من الضمان»^(٣). والظاهر أنَّ المراد استحلاف المشتري بأنّ الموت وقع في الشرط الذي رضي به البائع. والظاهر من قوله صلى الله عليه وآله: «ثمّ هو بريء من الضمان» أنَّ المشتري بريء من ضمان

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) و٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤ و٥.

الثمن، ومعلوم أنه لا يكون بريئاً من الثمن إلا فيما إذا انفسخ العقد.
 كما أنه الظاهر من رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألت
 أبا عبدالله عليه السلام في رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين، فماتت عنده،
 وقد قطع الثمن، على من يكون الضمان؟ قال عليه السلام: «ليس على الذي اشترى ضمان
 حتى يمضي شرطه»^(١)، فإن قول الراوي: «قد قطع الثمن» - أي ولم يعط الثمن
 للبائع - قرينة على أن مراد السائل من قوله: «على من يكون الضمان؟» هو ضمان
 الثمن، كأن السائل سئل عن الإمام عليه السلام: هل يكون الثمن على عهدة المشتري
 ويكون ضامناً له بعد التلف أم لا؟ فأجاب الإمام عليه السلام بعدم ثبوته على عهدة
 المشتري بعد التلف.

ثم إن الشيخ الأعظم الأنصاري قال: «إن معنى الضمان قبل القبض هو تقدير
 انفساخ العقد وتلفه في ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعدة، وهي: أن التلف في مدة
 الخيار ممن لا خيار له، فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له؛ مع أن هذا ظاهر الأخبار
 المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة
 عدم ضمان الشخص لما يتلف في يد ماله وقاعدة التلازم بين الضمان والخراج،
 فإننا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنأما لم يلزم مخالفة شيء من القاعدتين»^(٢).
 حاصل كلامه: أنه قطع النظر عن ظاهر الروايات يمكن ترجيح القول
 بالانفساخ، نظراً إلى أن القول بالضمان الواقعي مخالف لقاعدتين، دون القول
 بالانفساخ: (إحدهما) قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك ماله،
 و(ثانيتهما) قاعدة التلازم بين الضمان والخراج، فإن المبيع التالف - بناءً على
 القول بعدم الانفساخ - يكون ملكاً للمشتري حين التلف، فلا محالة تكون غرامته

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥١، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٦: ١٨٣.

عليه لا على البائع الذي ليس مالكا له، لقاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك ماله؛ مضافاً إلى أن التلف إذا كان ملكاً للمشتري فلا محالة يكون نماءؤه له، وإذا كان نماءؤه له فتكون خسارته عليه أيضاً لا على البائع، لقاعدة الخراج بالضمان. وهذا بخلاف ما إذا قلنا بالانفساخ وقدرناه ملكاً للمالك السابق آنأماً قبل التلف، فإنه حينئذٍ ملك له، فتكون خسارته عليه كما يكون نماءؤه له، فلا يلزم مخالفة القاعدتين.

والحاصل: أن ظاهر الأخبار أن المراد بالضمان هو الضمان بالمسمى، لا الضمان الواقعي.

الوجه الثالث: أن المراد بالضمان هو الانفساخ رأساً، لا الانفساخ قبل التلف وتقدير الملك آنأماً. وهذا ما نقله المحقق الأصفهاني عن بعض أعلام عصره. والدليل عليه - على ما نقله المحقق الأصفهاني عن قائله -: أن القول بالانفساخ رأساً - أي القول ببطان المعاملة من ابتدائها، لا قبل التلف - إنما يكون مخالفاً لقاعدة سببية العقد للملكية فقط، والقول بالانفساخ قبل التلف آنأماً مخالف للقواعد الأربع: (إحداها): قاعدة سببية العقد للملكية مطلقاً حتى قبل التلف. (ثانيها): قاعدة سلطنة الناس على أموالهم ودخل إذنتهم في خروج المال عن ملكهم، فإن المبيع يخرج عن ملك المشتري قهراً على القول بالانفساخ قبل التلف. (ثالثها): قاعدة سلطنة الناس على أنفسهم، لدخول الثمن في ملك المشتري والمبيع في ملك البائع على هذا القول. (رابعها): قاعدة الخراج بالضمان، لأن الخسارة على البائع والتناء للمشتري. بخلاف ما إذا قلنا بالانفساخ من رأس، فإنه لا ملك من أول الأمر كي يلزم مخالفة هذه القواعد. وإذا دار الأمر بين المخالفة لقاعدة واحدة وبين المخالفة للقواعد الأربع فالترجيح مع الأول^(١).

ويرد عليه:

أولاً: أنه لا يعقل الانفساخ من رأس، لأنّ الانفساخ فرع انعقاد العقد، فإنّ العقد يوجب خروج العين عن ملك مالكة إلى ملك مالك آخر، والانفساخ يوجب رجوع العين إلى ملك المالك السابق، فالانفساخ فرع انعقاد العقد، فلا معنى للانفساخ رأساً.

وثانياً: أنّ بعض هذه القواعد الأربع وإن كان مخالفاً لقاعدة التلف في زمان الخيار، إلا أنّ لزوم المخالفة له مشترك الوجود على الانفساخ رأساً والانفساخ قبل التلف. وبعض آخر منها أجنبي عن المقام، فلا يكون مخالفاً للقاعدة على كلا القولين، ولا موافقاً لها كذلك.

أما المخالفة لقاعدة سببية العقد للملكية: فمشترك الوجود على الانفساخ رأساً والانفساخ قبل التلف، كما هو واضح.

وأما المخالفة لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم: فهي أيضاً على تقدير لزومها مشترك الوجود على القول بالانفساخ رأساً والقول بالانفساخ قبل التلف. بيان ذلك: أنّ قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» يدلّ على أنّ للمالك أن يتصرّف في ملكه ما شاء، فله أن يخرج عن ملكه بأحد الأسباب الشرعية، كما أنّ له أن يتصرّف فيه بتصرّفات أخرى. ويدلّ بالالتزام على منع الغير عن التصرّف في ملكه. فمقتضاه دخلُ إذن الناس في خروج المال عن ملكهم ودخلُ عدم إذنه في عدم خروجه عن ملكهم. وعليه فالقاعدة تنافي قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له على القول بالانفساخ رأساً والقول بالانفساخ قبل التلف.

أما على القول بالانفساخ رأساً: فلأنّ المفروض أنّ البائع - مثلاً - أذن في خروج المبيع عن ملكه ودخوله في ملك المشتري، ولم يخرج عن ملكه.

وأما على القول بالانفساخ قبل التلف: فلأنّ المفروض أنّ المشتري المالك

لم يأذن في خروج المبيع عن ملكه، وخرج عن ملكه قهراً قبل التلف.

فعلى تقدير لزوم المخالفة كان إيراداً مشترك الورود.

مضافاً إلى أنّ قاعدة سلطنة الناس على أموالهم إنّما يدلّ على أنّ للمالك أن يتصرّف في الشيء فيما إذا كان الشيء ملكاً له. ويدلّ أيضاً على أنّ الغير ممنوع التصرّف بدون رضاه حينئذٍ. وهذه السلطنة ثابتة للمشتري بالنسبة إلى المبيع من حين العقد إلى قبل التلف. وأمّا قبل التلف فينفسخ العقد بحكم الشارع ويخرج الشيء عن ملكه ويسقط سلطنته عليه، فلا سلطنة له على الشيء حينئذٍ حتّى تنافي القول بالانفساخ قبل التلف. وبتعبير آخر: أنّ غاية ما تقتضيه قاعدة السلطنة هو السلطنة على الأموال فيما إذا كانت أموالاً للناس، لا السلطنة على الأحكام، فلا دلالة لها على عدم ثبوت الخيار في العقد وعدم انفساخه، لأنّ ثبوت الخيار والانفساخ من الأحكام الشرعيّة التي لا سلطان عليها إلّا الشارع، فلا تكون قاعدة السلطنة نافية للانفساخ كي يقال بأنّ الانفساخ قبل التلف تنافي قاعدة السلطنة على الأموال، بل هي أجنبيّة عنه، فلا تثبته ولا تنفيه.

وأما المخالفة لسلطنة الناس على أنفسهم: فالجواب عنه أنّها لا تنفي سلطان الشارع على إدخال الشيء في ملك الغير بدون رضاه، فهي أيضاً أجنبيّة عن الانفساخ الذي هو بيد الشارع.

وأما المخالفة لقاعدة الخراج بالضمان: فمدفوعة بأنّ قاعدة «الخراج بالضمان» تكون موافقةً لقاعدة التلف في زمان الخيار على القول بالانفساخ قبل التلف. بيان ذلك: أنّ مفاد قاعدة «الخراج بالضمان» - كما يأتي تفصيله - هو كون نماء الشيء التالف لمن كان تلف ذلك الشيء من ماله. وفي المقام بناءً على القول بالانفساخ قبل التلف يرجع المبيع التالف في زمان خيار المشتري - مثلاً - إلى البائع آنماً قبل التلف، فيكون تلفه من مال البائع، وكلّ من كان تلف الشيء من

ماله فيكون نماءؤه له بمقتضى قاعده الخراج بالضمان، فيكون نماء المبيع التالف للبائع. وإذا كان نماءؤه له فتكون خسارته أيضاً على البائع.

والحاصل: أنّ المراد بالضمان المدلول عليه بالأخبار هو الضمان بالمسمى، بمعنى أنّه إذا تلف المعوّض في زمان الخيار يفسخ العقد آنأماً قبل التلف ويكون من ملك مالكة السابق. فإذا تلف المبيع في يد المشتري الذي له الخيار فيفسخ العقد آنأماً قبل التلف ويرجع المبيع إلى ملك البائع ويكون التلف من ملكه، وعليه أن يردّ الثمن إلى المشتري.

الأمر الثالث: في المراد من الخيار

يقع الكلام في أنّ المراد من الخيار هل هو جميع الخيارات، فتشمل القاعدة الخيارات كلّها أو المراد بعض الخيارات؟ وعلى الثاني فهل المراد منه خصوص خياري الشرط والحيوان أو المراد منه ما يعمّ خيار المجلس؟ فيه أقوال:

القول الأوّل: أنّ المراد من الخيار هو جميع الخيارات، فتجري القاعدة في غير خياري الشرط والحيوان من الخيارات.

وهذا ما ادّعاء صاحب الرياض، حيث قال: «وكذا لو تلف المبيع أو المثلن بالآفة الإلهية بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري أو البائع، فإنّ التلف في مدّة الخيار ممتّن لا خيار له بلا خلاف أجده، لما مرّ في كلّ من خياري الشرط والحيوان من المعبرة المستفيضة. وأخصّيتهما من المدّعي مندفعة بعدم القائل بالفرق بين الطائفة. مع أنّ هذا الحكم غير محتاج إلى دلالة من كتاب أو إجماع أو سنة على حدة في بعض صور المسألة...»^(١)

(١) رياض المسائل ٨: ٢٠٨.

واستظهره الشيخ الأعظم من كلمات غير واحد من الأصحاب، فقال: «ومن هنا يعلم أنه يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار، فتثبت القاعدة المعروفة من أن التلف في زمان الخيار ممتنع لا خيار له، من غير فرق بين أقسام الخيار، ولا بين الثمن والضمن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب، بل نسبه جماعة إلى إطلاق الأصحاب.

قال في الدروس في أحكام القبض: (وبالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار)^(١)، فإن ظاهره كفاية مطلق الخيار في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض. ونحوه كلامه في اللعة^(٢).

وفي جامع المقاصد في شرح قول المصنف - ولو ماتت الشاة المصرة^(٣) أو الأمة المدلسة فلا شيء له، وكذا لو تعيبت عنده قبل علمه - قال: (وتقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر، لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك، إلا أن يقال: إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، ولم اظفر في كلام المصنف وغيره شيء في ذلك)^{(٤)...}^(٥).

ثم ذكر كلمات بعض آخر من الفقهاء - كالشهير في المسالك^(٦) والمحقق الاردبيلي في مجمع الفائدة^(٧) والمحقق جمال الدين في حاشية الروضة^(٨) - وقال: «وظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار...»^(٩).
 وذهب إليه أيضاً بعض المتأخرين، فقال: «إن الأخبار المتقدمة وإن اختصت

(١) الدروس ٣: ٢١٠ - ٢١١.

(٢) اللعة الدمشقية: ١٣٢.

(٣) وهي التي جمع بايعها في ضرعها اللبن يومين أو أكثر من ذلك ولم يحلبها ليدلسها به على المشتري.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.

(٥) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٦: ١٧٦ - ١٧٧.

(٦) المسالك ٣: ٢٨٤.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٠٦ - ٤٠٧.

(٨) حاشية الروضة: ٣٦٤.

(٩) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٦: ١٧٨.

بظاها - بمعونة ذكر الزمان فيها - ببعض الخيارات - كخيار الحيوان وخيار الشرط، أو هما وخيار المجلس، إن اختصّ بالمشتري ولو بإسقاط البايع خياره، بناءً على إطلاق الشرط عليه في الأخبار، فلا تشمل القاعدة غيرها من أنواع الخيارات، كخيار الغبن وخيار العيب ونحوهما ممّا يكون فيه على الفوريّة من غير اعتبار للمدّة فيه - إلا أنّ الأقوى تعميمها لمطلق الخيار، بناءً على أنّ المناط في عدم ضمان ذي الخيار له وإن تلف في يده هو تزلزل العقد بالنسبة إليه وعدم استقراره عليه وضمّانه على من لا خيار له، لأنّه قد استقرّ العقد عليه كما صرح به في السرائر... وهو مناط مستفاد ممّا هو بحكم التعليل في قوله ﷺ: (حتى ينقضي الشرط) ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري، بعد حمل صيرورته للمشتري على الملك المستقرّ كما فهمه المشهور، دون أصل الملك كما عليه الشيخ، ومانيّة التزلزل عن ضمان المقبوض لم تنفكّ عن مطلق الخيار. وبهذا التعميم وغيره - كما ستعرف - صرح بعض الأصحاب»^(١).

وكيف كان فقد استدلّ على التعميم بوجوه:

الوجه الأوّل: ما ادّعاه صاحب الرياض من اتّفاق العلماء على جريان هذه القاعدة في جميع الخيارات^(٢).

وفيه: أنّه ليس هنا اتّفاق، كيف وقد خالفه المحقّق الثاني، حيث قال في شرح قول العلامة - كلّ عيب يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار فإنّه لا يمنع الردّ في الثلاثة - : «إذا لم يتصرّف المشتري ولم يكن بتقصيره. والخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان، وكذا خيار يختصّ بالمشتري كخيار الشرط له، وهل خيار الغبن والرؤية كذلك؟ يبعد القول به»^(٣).

(٢) رياض المسائل ٨: ٢٠٨.

(١) بلغة الفقيه ١: ١٩٩ - ٢٠٣.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٥٧.

مضافاً إلى أنّ عدم القائل بالفرق لا يكشف عن وجود إجماع تعبّدي كاشف عن قول المعصوم.

الوجه الثاني: إنّ كلمة الشرط في قوله ﷺ: «حتّى ينقضي شرطه» أو «ينقضي الشرط» وفي قوله ﷺ: «فإن كان بينهما شرط أيّاماً معدودة» تطلق على مطلق الخيار، فإنّ المراد منها الطبيعة المطلقة الشاملة لكلّ شرط سواء كان في الحيوان أو في غيره، وسواء كان مجعولاً للمتعاقدين وثابتاً باشتراطهما أم لا، كخيار المجلس وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الغبن. وعليه فمقتضى الرواية أن يكون التلف في زمان أيّ خيار من مال من لا خيار له.

وفيه: أنّ الظاهر من الشرط المذكور في الرواية هو العهد، فالمراد منه خصوص الشرط في خيار الحيوان المجعول بجعل الشارع أو خصوص الشرط الثابت في خيار الشرط الثابت بجعل المتعاقدين، فإنّ الظاهر أنّ اللام في قوله ﷺ: «حتّى ينقضي الشرط» إشارة إلى شرط المعهود في خيار الحيوان، كما أنّ الظاهر من هذه الجملة لو كانت النسخة «حتّى ينقضي شرطه» أنّ الضمير يرجع إلى الحيوان. وإذا كان المراد من كلمة «الشرط» مصحوباً باللام خصوص الشرط في خيار الحيوان أو خصوص الشرط الثابت في خيار الشرط فيكون المراد من كلمة «شرط» خالياً عن اللام في قوله ﷺ: «إن كان بينهما شرط أيّاماً» أيضاً خصوص الشرط في خيار الحيوان والشرط، فإنّهما قد وردا في رواية واحدة، فيكون المراد من مصحوب اللام نفس المراد من الخالي منه.

مضافاً إلى أنّ مقتضى ظاهر قوله ﷺ: «أيّاماً معدودة» أنّه قيد احترازيّ، فإنّ ظاهره أنّ الموضوع ليس إلّا ما إذا كان الشرط أيّاماً محدودةً من أولّها وآخرها. والشرط كذلك ليس إلّا في خيار الحيوان الذي حدّده الشارع وخيار الشرط الذي حدّده المتعاقدان. وأمّا في غيرهما وإن كان محدوداً ومعيناً من الأوّل ولكنه

لا يكون محدوداً من الآخر.

الوجه الثالث: دعوى تنقيح المناط الذي يعم جميع الخيارات ممّا هو كالعلة للحكم، وهو قوله عليه السلام: «ويصير المبيع للمشتري»، بناءً على أن المراد بصيرورة المبيع للمشتري صيرورته ملكاً مستقراً له، فيستفاد منه أن كلّ من لم يستقرّ عليه المال لكونه ذا خيار فتلف ماله على من ليس له الخيار، بمعنى أن بعد التلف تنفسخ معامله ويصير التالف آنأماً قبل التلف ملكاً لمن عليه الخيار، ثمّ يتلف من ماله، بلا فرق بين كون الخيار الثابت له خيار الحيوان أو الشرط أو المجلس أو العيب أو غيرها. فالمناط في الضمان عدم استقرار الملك بسبب مطلق الخيار.

وفيه: أنّه دعوى بلا دليل، بل ليس ذلك سوى الظنّ، ولا يكون من تنقيح المناط القطعيّ، فتسرية الحكم منهما إلى غيرهما من الخيارات بتنقيح المناط أشبه بالقياس، بل الظاهر أنّ قوله عليه السلام: «ويصير المبيع للمشتري» ليس إلّا تكلّماً لقوله عليه السلام: «على البائع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام»، وعليه فالمناط ليس مطلق عدم الاستقرار، بل المناط هو عدم الاستقرار بسبب خيار الحيوان.

الوجه الرابع: التمسك بالاستصحاب. بيان ذلك: أنّ ضمان المبيع على البائع وضمن الثمن على المشتري قبل القبض يقينيّ، وبعد القبض وفي زمان الخيار نشكّ في ثبوت المبيع على البائع في زمان خيار المشتري وثبوت الثمن على المشتري في زمان خيار البائع، فنستصحب ثبوتهما عليهما حتّى يصير العقد لازماً، بلا فرق بين زمان خيار الحيوان والشرط وبين خياري العيب والغبن وغيرهما.

وفيه: أنّه يعتبر في جريان الاستصحاب الاتّحاد بين موضوع القضية المتيقّنة وموضوع القضية المشكوكة، وهو مفقود في المقام، فإنّ الموضوع في المتيقّنة هو المبيع أو الثمن قبل القبض، والموضوع في المشكوكة هما بعد القبض، فتبدّل

موضوع القضية المتيقّنة إلى موضوع آخر، فلا يجري الاستصحاب، لا في زمان خيارى الحيوان والشرط ولا في زمان غيرهما من الخيارات.

القول الثانى: أنّ المراد من الخيار هو خيار الحيوان وخيار الشرط وخيار المجلس. وهذا ما ذهب إليه الشيخ الأعظم الأنصارى^(١).

واستدلّ عليه الشيخ الأعظم بما حاصله: أنّ ظاهر صحيحة ابن سنان «حتّى ينقضى الشرط ويصير المبيع للمشتري» أنّه إذا ثبت الخيار للمشتري من أوّل الأمر ولم يكن المعوّض الذي وصل إليه لازماً عليه فهو غير ضامن له حتّى ينقضى الشرط - أي خياره، فإنّ الشرط يطلق على الخيار في الأخبار - ويصير مختصّاً به ولازماً عليه، بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه. والدليل على اختصاصه بما إذا كان عدم استقرار المبيع على المشتري ثابتاً من أوّل الأمر هو لفظة «حتّى»، فإنّها ظاهرة في الابتداء. وهذا المعنى - أي التزلزل من أوّل المعاملة - مختصّ بخيار الحيوان والشرط والمجلس، وأمّا خيار الغبن والعيب والرؤية وتخلّف الشرط وتفليس المشتري وتبعّض الصفقة، فهي توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

والحاصل: أنّ ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى أن يصير المبيع لازماً على المشتري. وهذا مختصّ بالمبيع المتزلزل من أوّل الأمر. وهذا المعنى مختصّ بالخيارات الثلاثة المذكورة.

وفيه: ما في الوجه الثانى من الوجه التي مرّت في الاستدلال على القول الأوّل، من أنّ الظاهر من الشرط المذكور في الرواية هو العهد، لا طبيعة الشرط، فإنّ اللام في قوله ﷺ: «حتّى ينقضى الشرط» إشارة إلى المعهود من خيار

(١) المكاسب (للشيخ الأنصارى) ٦: ١٨٠ - ١٨١.

الحيوان، كما أنّ الظاهر من هذه الجملة لو كانت النسخة: «حتّى ينقضي شرطه» أنّ الضمير يرجع إلى الحيوان. وهذا يقتضي أن يكون المراد من كلمة «شرط» خالياً عن اللام في قوله عليه السلام: «إن كان بينهما شرط أيّاماً» أيضاً خصوص الشرط في خياري الحيوان والشرط، لأنّهما قد وردا في رواية واحدة.

مضافاً إلى أنّ القيد في قوله عليه السلام: «أيّاماً معدودة» ظاهر في الاحتزاري، فيدلّ على أنّ الموضوع للضمان ما إذا كان الشرط أيّاماً محدّدة أولاً وآخراً، والشرط كذلك لا يكون إلّا في خيار الحيوان الذي حدّده الشارع وخيار الشرط الذي حدّده المتعاقدين. وأمّا خيار المجلس وإن كان يمكن أن يكون أيّاماً، لكنّه لا يكون محدوداً من الآخر، فإنّه قد يكون قليلاً كما إذا تفرّقاً بعد دقيقة، وقد يكون كثيراً كما إذا تفرّقاً بعد ساعات أو أيّام، وكذا خيار الغبن والعيب والرؤية وغيرها. القول الثالث: إنّ المراد من الخيار خصوص خياري الحيوان والشرط. وهذا ما ذهب إليه صاحب الجواهر^(١)، وتبعه كثير من المحقّقين كالمحقّق الأصفهاني^(٢) والمحقّق النائيني^(٣) والمحقّق الخوئي^(٤) والمحقّق البجنوردي^(٥). وهو مقتضى ظاهر الروايات الواردة في الباب، فإنّ ظاهرها - بقرينة ذكر المدة والزمان - اختصاص ذلك بما إذا كان الخيار ممّا له أمد معيّن مبدئاً ومنتهىً، وليس ذلك إلّا خيار الحيوان الذي حدّده الشارع وخيار الشرط الذي حدّده المتعاقدين.

والحاصل: أنّ قاعدة التلف في زمان الخيار من القواعد التعبدية الصرفة، فإنّها تنافي القواعد الأولية، كقاعدة كون تلف كلّ مال على مالكة، فلا بدّ في رفع اليد من هذه القاعدة الأولية من الإكتفاء بما تدلّ عليه الروايات بظاهرها، وهو

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٨٥-٨٦.

(٢) حاشية المكاسب ٥: ٣١٠-٣١٢.

(٣) منية الطالب ٣: ٣٣١.

(٤) مصباح الفقاهة ٧: ٥٢٠-٥٢٢.

(٥) القواعد الفقهية ٢: ١١٣.

خيار الحيوان وخيار الشرط، فإنّ الروايات واردة في مورد هـما، والتعدّي منهما إلى غيرهما متوقّف على دلالة دليل، وقد مرّ عدم دلالة شيء ممّا ذكر على التعدّي. الأمر الرابع: في اختصاص القاعدة بتلف المبيع في يد المشتري ذي الخيار وقد يقع الكلام في جهتين:

الجهة الأولى: في أنّ هذا الحكم هل يختصّ بما إذا تلف المبيع في يد المشتري أو يشمل ما إذا تلف الثمن في يد البائع أيضاً. وبتعبير آخر: هل تشمل القاعدة تلف الثمن في يد البائع فيقال: «أنّه إذا تلف الثمن في يد البائع فضمانه على من لا خيار له» أو تختصّ بتلف المبيع في يد المشتري؟

الجهة الثانية: في أنّ هذا الحكم هل يختصّ بما إذا كان الخيار للمشتري فقط أو تعمّ ما إذا كان الخيار للبائع فقط؟ فنقول: إنّ صور المسألة أربع:

الصورة الأولى: أن يتلف الثمن في يد البائع ويكون الخيار للمشتري.
الصورة الثانية: أن يتلف الثمن في يد البائع ويكون الخيار للبائع.
الصورة الثالثة: أن يتلف المبيع في يد المشتري وكان الخيار للبائع فقط.
الصورة الرابعة: أن يتلف المبيع في يد المشتري ويكون الخيار له فقط.
أمّا الصورة الأخيرة: فهي ما تشمله القاعدة نصّاً وفتوى وإجماعاً، فإنّ صريح الروايات المتقدمة أنّه إذا تلف المبيع في يد المشتري وكان الخيار له فقط فالضمان على البائع الذي ليس له الخيار.

وأما غير الأخيرة من الصور الثلاث المتقدمة: فلا يظهر من الروايات جريان الحكم فيها، وبما أنّ قاعدة «التلف في زمان الخيار» من القواعد التعبدية الصرفة التي تنافي القاعدة الأولية - أي قاعدة كون تلف مال كلّ مالك على مالكه - فالتعدّي من المصرّح به في الروايات إلى سائر الصور ورفع اليد عن مقتضى

القاعدة الأولى محتاج إلى دلالة، وهي مفقودة في المقام، كما مرّ.
واستدلّ الشيخ الأعظم^(١) وبعض آخر ممّن تبعه^(٢) على شمول القاعدة
للصورة الثانية بوجهين:

الأول: تنقيح المناط

قال الشيخ الأعظم: «وأما عموم الحكم للثمن والمثمن بأن يكون تلف الثمن
في مدة خيار البائع المختصّ به من مال المشتري، فهو غير بعيد، نظراً إلى المناط
الذي استفدناه»^(٣).

وقال صاحب بلغة الفقيه: «يظهر ممّا ذكرنا من عدم كون المقبوض لذي
الخيار مضموناً عليه لو تلف في خياره عدم الفرق بين المبيع والثمن، لوحدة
المناط المتقدم فيها، ضرورة أن نسبة الثمن المقبوض للبائع والخيار مختصّ به
كنسبة المبيع المقبوض للمشتري إذا كان الخيار مختصّاً به»^(٤).

وقال المحقق الثاني: «وحاصل الكلام أنّه يمكن دعوى القطع باتّحاد
المناط وأنّه لا خصوصيّة لتلف المبيع عند المشتري»^(٥).

وحاصل ما أفادوه: أنّ المناط في جريان القاعدة هو تلف الملك المتزلزل،
مبيعاً كان أو ثمناً.

وفيه: ما مرّ من أنّ دعوى كون المناط في الضمان عدم استقرار الملك بسبب
الخيار، بلا فرق بين المبيع والثمن، دعوى بلا دليل، بل ليس ذلك إلّا مجرد الظنّ،
لا تنقيح المناط القطعيّ، كيف؟ وما هو كالعلة للحكم متقيّدة في بعض الروايات
- كصحيحة ابن سنان - بالمبيع، حيث قال عليه السلام: «حتّى ينقضي شرطه ويصير المبيع
للمشتري». فرفع اليد عن القاعدة الأولى - أي قاعده كون تلف كلّ مال على

(٢) بلغة الفقيه ١: ٢٠٥، منية الطالب ٣: ٣٢٩.

(١) و (٣) المكاسب ٦: ١٨١.

(٥) منية الطالب ٣: ٣٣٥.

(٤) بلغة الفقيه ٢: ٢٠٥.

مالكه - التي تقتضي ضمان البايع بعد القبض، بمثل هذا الظن، مشكل جداً.

الثاني: الاستصحاب

وقال الشيخ الأعظم: «مضافاً إلى استحصال ضمان المشتري له الثابت قبل القبض»^(١).

وتقريب الاستصحاب: أن الثمن قبل أن يقبضه البايع من المشتري كان ضمانه على المشتري دون البايع، فإذا قبضه منه وكان الخيار للبايع نشك في بقاء الضمان الثابت له قبل القبض وعدمه، فنستصحب ضمان الثابت له قبل القبض.

وفيه: أن الاستصحاب في المقام من قبيل القسم الثالث من الاستصحاب الكلّي، ولا يقول الشيخ الأعظم بجريان الاستصحاب في هذا القسم - كما هو الحق - ببيان ذلك: أنه إذا كان الشك في بقاء الكلّي مستنداً إلى أنه علم بوجود الكلّي في ضمن فرد معيّن، ثمّ علم بزوال ذلك الفرد وشك في وجود فرد آخر غير الفرد الأوّل المعلوم حدوثه وزواله، فهو على نحوين:

أحدهما: أن يحتمل حدوث الفرد الآخر في ظرف وجود الفرد الأوّل.

ثانيهما: أن يحتمل حدوث الفرد الآخر مقارناً لارتفاع الفرد الأوّل.

ذهب الشيخ الأعظم إلى جريان الاستصحاب في الأوّل دون الثاني. والمقام من قبيل النحو الثاني، لأنّ ثبوت عهدة الثمن على المشتري قبل الإقباض فرد من الضمان ويحدث بسبب الشرط الضمني وكون المال تحت يده بمجرد العقد، ويبقى مالم يقبض، وأمّا إذا قبضه البايع فيرتفع بارتفاع موضوعه. وثبوت عهدة الثمن على المشتري بعد الإقباض وتلف الثمن في زمان خيار البايع فرد آخر من الضمان يحتاج إلى سبب آخر، كما هو ظاهر دليل كلّ منهما. فنشك بعد الإقباض

في ثبوت عهدة الثمن على المشتري لأجل الشك في حدوث فرد آخر منها بسبب آخر مقارناً لذهاب الفرد الأول. وهذا من قبيل النحو الثاني من القسم الثالث للاستصحاب، فلا يجري الاستصحاب فيه.

وبالجملة: فالقاعدة تختصّ بما إذا تلف المبيع في يد المشتري وكان الخيار له فقط.

الأمر الخامس: في عدم شمولها للمبيع أو الثمن الكلّيين

إنّ القاعدة هل تختصّ بالمبيع والتمن الشخصيين أم تعمّ الكلّي منهما بعد تعيينه في فردٍ منهما. وبتعبير آخر: هل مورد البحث مختصّ بما إذا كان التالف هو العين الشخصية، بأن بيع شيء خاصّ فتلف في زمان الخيار - سواء كان مختصاً بالمبيع أو أعمّ منه ومن الثمن، وسواء كان مختصاً بخياري الحيوان والشرط أو أعمّ منهما - أو يعمّ ما إذا كان التالف شيئاً كلياً، بأن بيع شيء كليّ وقبض فرد منه ثمّ تلف ذلك الفرد في زمان الخيار؟ فيه وجهان.

التحقيق اختصاص القاعدة بما إذا كان المبيع والتمن شخصيين، كما ذهب إليه الشيخ الأعظم^(١) وتبعه كثير من المحقّقين^(٢).

ويستدلّ عليه بأمور:

الأوّل: ما أفاد الشيخ الأعظم الأنصاري، حيث قال: «وأما إذا كان الثمن كلياً فحاله حال المبيع إذا كان كلياً، كما إذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له إلى مدة، فقبض فرداً منه فتلف في يده، فإنّ الظاهر عدم ضمانه على البائع، لأنّ مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له - على ما فهمه غير واحد - بقاؤه

(١) المكاسب ٦: ١٨٢ - ١٨٣.

(٢) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٥: ٣١٦، مصباح الفقاهة ٧: ٥٣٠، القواعد الفقهية (الجنوري) ٢: ١٢٩.

على ما كان عليه قبل القبض. ودخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيرورة الكلّي كغير المقبوض، وهذا ممّا لا تدلّ عليه الأخبار المتقدّمة»^(١).

وتوضيح ما أفاده: أنّ المستفاد من الروايات الواردة في الباب أنّ ضمان المبيع بعد القبض على ما كان فيه قبل القبض، وقد مرّ أنّ المراد من الضمان هاهنا هو انفساخ العقد، فيستفاد من الروايات أنّها لا تشمل إلّا المبيع أو الثمن الذي يرجع تلفه قبل القبض إلى انفساخ المعاملة، فلا تشمل المبيع أو الثمن الذي لا ينتج تلفه قبل القبض انفساخ المعاملة. ولا شكّ أنّ المبيع - مثلاً - إذا كان عيناً شخصيّة وتلف قبل القبض يكون من مال بايعه وينتج انفساخ العقد؛ وبما أنّ المستفاد من الروايات الواردة في الباب أنّ ضمان المبيع بعد القبض على ما كان عليه قبل القبض وأنّ المراد من الضمان هاهنا انفساخ العقد، فالروايات تشمل ما إذا كان المبيع أو الثمن عيناً شخصيّة وتلف بعد القبض. وهذا بخلاف ما إذا كانا كليّين، لأنّه إذا كان المبيع - مثلاً - شيئاً كليّاً تنطبق على الفرد، فحكمه قبل القبض أنّه إذا تلف يكون من مال البائع ولم ينتج انفساخ المعاملة، بل المعاملة باقية، ولا بدّ للبائع من إعطاء بدله إلى المشتري؛ وبما أنّ المستفاد من روايات الباب أنّ ضمان المبيع على ما كان عليه قبل القبض بحيث يكون قبض المبيع كلابضه، وتلف فرد المبيع قبل القبض لا ينتج انفساخ المعاملة، فتلفه بعد القبض أيضاً لا ينتج انفساخها ويلزم أن يكون تلفه من المشتري. وقد مرّ أنّ الروايات لا تشمل إلّا ما يرجع تلفه إلى انفساخ المعاملة، لأنّ المراد من الضمان هاهنا هو انفساخها.

وعليه فلا تشمل القاعدة ما إذا كان المبيع أو الثمن شيئاً كليّاً، بل تختصّ بما إذا كانا عيناً شخصيّة.

الثاني: أنَّ الظاهر من روايات الباب هو أن يكون التالف في زمان الخيار نفس المبيع أو الثمن الذي وقع عليه العقد، كي يقال بانفساخ العقد بتلف متعلقه. وهذا لا يتأتى فيما إذا كان المبيع - مثلاً - كلياً ينطبق على الفرد، لأنَّ المبيع - حينئذٍ - الذي وقع عليه العقد هو الكلي القابل للانطباق على أفرادهِ، وأنما دفع الفرد إلى المشتري من جهة انطباق الكلي عليه، لا من جهة أنَّه نفس المبيع المعقود عليه، ويكون التالف هو الفرد الذي انطبق عليه الكلي. وعليه فإذا كان المبيع كلياً وسلم فرداً منه إلى المشتري وتلف ذلك الفرد في زمان خيار الحيوان أو الشرط لا يكون تلفاً من مال البائع بمعنى انفساخ العقد، لأنَّ التالف - وهو الفرد المنطبق عليه الكلي - غير المبيع - وهو الكلي الذي لا يتلف بتلف فردهِ -، وعدم تلف المبيع يقتضي بقاء العقد بعد تلف الفرد والقول بأنَّه تلف من مال المشتري أو القول بأنَّه تلف من مال البائع وعليه إعطاء بدله إلى المشتري، وهذا غير ما يستفاد من الروايات، كما هو واضح.

الثالث: أنَّ ظاهر قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان: «فهلك في يد المشتري» أنَّ التالف في يده نفس المبيع، فيكون معناه: (أنَّ المبيع هلك في يد المشتري)، فلا يشمل ما إذا كان المبيع كلياً، لأنَّ المبيع الكلي لا يهلك بهلاكه فردهِ، بل يهلك بهلاكه جميع أفرادهِ.

والحاصل: أنَّ الروايات - وهي العمدة في دليل هذه القاعدة - لا تدلُّ على أزيد ممَّا كان المبيع شخصياً. وأمَّا المبيع الكلي فيحتاج إلى دلالة، وهي مفقودة في المقام.

ومن هنا يظهر فساد ما أفاد المحقق الخراساني في الاستدلال على التعميم، حيث قال: «يمكن أن يقال: أنَّ الكلي بعد انطباقه على الفرد وتعيّنه في الخارج في ضمنه، صار المبيع بعد ذلك شخصاً خارجياً، كأنَّ العقد وقع عليه، فإذا كانت قضية

قاعدة (التلف في زمان الخيار) انفساخ العقد في بيع الشخصي كانت قضيتها ذلك في بيع الكلي، حيث كان تلفه على من انتقل عنه، كما إذا لم يكن هناك بيع، لا كما إذا لم يكن قبض، ضرورة أن الكلي بعد ما عيّن في الخارج وفرغت الذمة عنه وتلف الفرد المنطبق عليه المبيع الكلي من مال من انتقل عنه - كما هو قضية القاعدة حسب الفرض - لا يكاد يوجد هناك موجبٌ لاستغلال الذمة به ثانياً كي يكون العقد باقياً على حاله»^(١). وذلك لما ذكره تلميذه المحقق الأصفهاني من أن البيع وقع على المبيع بالحمل الشائع، وهو الكلي الذمي الذي صار بعد انطباقه على الفرد وتعيّنه فيه شخصاً خارجياً، لكن صيرورة الكلي الذمي خارجياً لا ينتج خروج المبيع بالحمل الشائع من وعاءٍ إلى وعاءٍ آخر، بل وفاءً له، لا كأنه لا بيع كي يرجع إلى انفساخ العقد. والمفروض أن الأخبار لا تدلّ إلا على انفساخ العقد فقط. وأما انفساخ القبض فلا موجب للالتزام به كي يقال بأنه لا موجب لاستغلال الذمة ثانياً بالكلي بعد فراغه عنه^(٢).

الأمر السادس: في اختصاص القاعدة بالخيار المتصل

وقد يقع الكلام في أن القاعدة هل تختص بالخيار المتصل بالعقد أو تعم الخيار المنفصل عن العقد كخيار الشرط إذا كان منفصلاً عن العقد وخيار الغبن والعيب بناءً على حدوث الخيار بظهورهما؟

الظاهر من كلام الشيخ الأعظم الأنصاري أنه ذهب إلى التعميم لخيار الشرط المنفصل، دون غيره من الخيارات، فإنه قال في موضع: «إن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع، سواء كان بخيار متصل أم منفصل، كما

(١) حاشية المكاسب (الآخوند الخراساني): ٢٦٣.

(٢) حاشية المكاسب (الإصفهاني): ٥: ٣١٧.

تقتضيه أخبار تلك المسألة»^(١).

وقال في موضع آخر: «ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل وعدم كون الميع لازماً على المشتري ثابتاً من أوّل الأمر، كما يظهر من لفظة (حتى) الظاهرة في الابتداء. وهذا المعنى مختصّ بخيار المجلس والحيوان والشرط ولو كان منفصلاً، بناءً على أن البيع متزلزل ولو قبل حضور زمان الشرط»^(٢).

وكلمات المحقّق النائيّ مضطربة. فذهب في موضع - على ما في تقريراته - إلى التعميم، فإنّه - بعد استدلاله على التعديّ من المبيع إلى الثمن بأنّ الملاك في عدم ضمان من له الخيار هو تزلزل الملك - قال: «ومن هذا البيان يظهر عدم الفرق في تلف الشيء على من لا خيار له، لا على ذي الخيار، بين الخيار المنصّل أو المنفصل، لأنّ استقرار الملك رافع للضمان لا أصل الملك»^(٣).

وذهب في موضع آخر إلى التخصيص، فإنّه ادّعى أن التعديّ إلى الخيار المنفصل مبنيّ على كون قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له سارية في غير خيارى الحيوان والشرط اللذين هما مورد الروايات^(٤). ثمّ ذهب إلى حصر مدرك القاعدة في الأخبار التي تختصّ بخيارى الحيوان والشرط ولا تعمّ المجلس فضلاً عن غيره من الخيارات^(٥).

والتحقيق: أن القاعدة لا تعمّ الخيار المنفصل مطلقاً، لا الخيار المنفصل في خيار الشرط ولا في غيره من الخيارات. وذلك لما مرّ من اختصاص القاعدة بخيارى الحيوان والشرط، فلا تشمل غيرهما من الخيارات مطلقاً؛ مضافاً إلى أن مورد الأخبار المتقدّمة ما إذا كان خيار الشرط متصلاً بالعقد، فإنّ قول الراوي:

(١) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٥: ١٤١. (٢) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٦: ١٨٠.

(٣) منية الطالب ٣: ٩٥. (٤) منية الطالب ٣: ٣٢٩.

(٥) منية الطالب ٣: ٣٣١.

«يشترى الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين»، أو قوله: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين...» ظاهر في كون خيار الشرط متصلاً بالعقد، وبما أن قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له من القواعد التعبدية التي كانت مخالفة للقواعد الأولية، فيجب الوقوف على موردها والاكتفاء على ما هو المتيقن منها، وهو خيار الحيوان وخيار الشرط إذا كان متصلاً بالعقد.

الأمر السابع: في عدم شمولها لتلف ما لا يقسّط عليه الثمن إن التالف قد يكون مجموع المبيع، وقد يكون بعض المبيع، وقد يكون وصفاً من أوصافه الراجع إلى صحة المبيع، وقد يكون وصفاً من أوصافه الراجع إلى كماله. ويقع الكلام في أن القاعدة هل تختص بما إذا كان التالف مجموع المبيع أو تعم ما إذا كان التالف جزءاً أو وصفاً من أوصافه؟ فيه وجوه:

الوجه الأول: ما ذهب إليه الشيخ الأعظم الأنصاري من أن القاعدة تشمل تلف البعض وتلف الوصف الراجع إلى وصف الصحة أيضاً، فإنه قال: «ثم الظاهر أن حكم تلف البعض حكم تلف الكل. وكذا حكم تلف الوصف الراجع إلى وصف الصحة بلا خلاف على الظاهر، لقوله عليه السلام في الصحيحة السابقة: (أو يحدث فيه حدث)، فإن المراد بالحدث أعم من فوات الجزء والوصف»^(١).

الوجه الثاني: ما ذهب إليه المحقق النائيني من أن تلف البعض موجب لانفساخ المعاملة بالنسبة إليه كتلف الكل، لأن البعض يتقسط عليه الثمن، فتلف البعض في زمان الخيار ممن لا خيار له. وأمّا تلف الوصف فهو وإن كان في ضمانه -بمعنى أنه يوجب الخيار -، إلا أنه لا وجه لانفساخ المعاملة به، من غير فرق بين

وصف الصحة وغيره، لعدم تقسيط الثمن بإزاء الأوصاف^(١).

الوجه الثالث: ما ذهب إليه المحقق الأصفهاني من أن القاعدة تشمل جميع مراتب التلف من تلف كل المبيع أو وصفه. وإليك نص كلامه: «ويمكن أن يقال - وإن كان خلاف المشهور -: أن ملك الوصف على حد العقد عليه عرضي تبعي، فالعقد على الموصوف عقد على ذاته بالذات، وعلى وصفه بالعرض؛ وكذا ملك الموصوف ملك لذاته بالذات ولو وصفه بالعرض، لعدم استقلال الوصف بالملكية العقدية؛ وكما أن ثبوتهما بالإضافة إلى الوصف بالعرض فكذا ارتفاعهما فسخاً أو انفساخاً بالعرض؛ وحيث إن ما بالعرض تابع لما بالذات ثبوتاً ونفيّاً فإذا دلّ الدليل بإطلاقه على أن التلف بمراتبه يوجب الانفساخ، فتلف الوصف يوجب الانفساخ بتبع انفساخ العقد عن الموصوف، فيكون كاشفاً عنه كشف المعلول عن علته، وما بالعرض عمّا بالذات»^(٢).

الوجه الرابع: ما ذهب إليه السيد المحقق الخوئي من اختصاص القاعدة بتلف المبيع بأجمعه.

وحاصل ما أفاده - على ما في تقارير بحثه -: أن مورد القاعدة مختص بتلف المبيع بأجمعه، فلا يعم ما إذا كان التالف جزءاً منه أو وصفاً من أوصافه، لأن الظاهر من قول السائل: «إذا حدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟» ومن قوله عليه السلام: «على البايع» وإن كان يشمل تلف الجزء والوصف كليهما، وهذا لا شبهة فيه، ولكن القاعدة تختص بتلف المبيع بأجمعه ولا تشمل تلف الجزء أو الوصف. أما تلف الوصف: فلأن المراد من الضمان هو كون عهدة المبيع على البايع. والمراد من كونه في عهدة البايع بعد التلف ليس إلا فرض كون التلف قبل وقوع

(١) منية الطالب ٣: ٣٤٣.

(٢) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٥: ٣٢٥.

العقد عليه، وهذا معنى واحد يشمل صورة تلفه قبل القبض وبعده في زمان الخيار. فإذا تلف مجموع المبيع يكون معنى كونه في عهدة البائع عبارة عن فرض حدوث تلفه قبل وقوع العقد عليه، بمعنى أن تلفه وقع في ملكه كأن لم يقع عليه العقد، وهذا يرجع إلى انفساخ العقد. وأما إذا تلف أحد أوصافه فيكون معنى كونه في عهدة البائع أيضاً عبارة عن فرض حدوثه قبل وقوع العقد عليه، ومعلوم أن المبيع إذا كان قبل العقد معيوباً أو فاقداً للوصف وظهر كونه كذلك بعد العقد كان للمشتري أن يخيّر بين فسخ العقد وإمضائه مجاناً أو مع الأرض، فكذلك إذا حدث تلف الوصف بعد القبض، أي يكون مخيراً بين فسخ العقد وإمضائه، لا أنه ينفسخ العقد، فلا تشمل القاعدة تلف الوصف.

وأما تلف الجزء: فلأن الظاهر من الروايات الدالة على كون التالف من مال البائع أن يكون مجموع التالف لا بعضه^(١).

التحقيق ما ذهب إليه المحقق النائيني، لأن المراد من الضمان في المقام هو انفساخ العقد، والانفساخ إنما يتصور فيما يكون معقوداً عليه، وهو مجموع المبيع أو جزؤه الذي يقسّط عليه الثمن، فإنهما ممّا يتقسّط عليه الثمن ويقابلان بالمال. وأما الوصف فانفساخ العقد بالنسبة إليه غير معقول، لأنه ممّا لا يتقسّط عليه الثمن، فلا مقابل له كي يعود بانفساخه إلى المشتري.

ومن هنا يظهر فساد ما ذهب إليه الشيخ الأعظم الأنصاري، فإن انفساخ العقد بالإضافة إلى شيء فرع انعقاده بالإضافة إليه، ضرورة أن الانفساخ فرع الانعقاد. ولا شك أن العقد إنما يقع على ما يقابل بالمال، والوصف لم يقابل بالمال، لعدم تقسيط الثمن عليه، فإسناد الضمان - بمعنى الانفساخ - إلى الوصف لا معنى له، إذ

لا مقابل له كي يعود بانفساخه إلى المشتري.
وأما ما أفاده المحقق الأصفهاني، ففيه: أنه يناقض ما أفاده في موضعين آخرين:

الموضع الأول: ما أفاده في حاشية المكاسب، حيث قال: «إن الوصف وما يشبهه ممّا لا يقسّط عليه الثمن لا يقبل أن يكون ضمانه كضمان الكلّ والجزء المستقلّ ضمان المعوضة، إذ لا مقابل له ليعود بانفساخه إلى المشتري، بل سيجيء إن شاء الله تعالى أنّه لا يعقل أصل الانفساخ ولو مستلزماً لعود ما يقابله»^(١).
ثمّ تعرّض لما أفاد الشيخ الأعظم الأنصاريّ في مباحث التلف قبل القبض من انفساخ العقد بتلف الوصف، وقال: «أما انفساخ العقد بالإضافة إلى الوصف فقد علمت ممّا تقدّم أنّ الوصف وما يشبهه لا عقد عليه حتّى بالتبع، وما لا عقد عليه لا انفساخ له، وأنما ينسب العقد إلى الوصف بالعرض، وما بالعرض تابع لما بالذات ثبوتاً وسقوطاً، فلا يعقل الانفساخ بالعرض، إلّا إذا كان انفساخ بالذات»^(٢).

الموضع الثاني: ما أفاد في كتاب الإجارة - جواباً عن الشيخ الأعظم في مباحث التلف قبل القبض حيث ذهب إلى الانفساخ في تلف الوصف -، فقال: «ظاهر قوله ﷺ: (كلّ مبيع...) ما هو مبيع بالحمل الشائع، وليس هو إلّا الكلّ والجزء، فتلف مثلهما موجب للانفساخ، دون تلف الوصف الذي ليس مبيعاً بالحمل الشائع بل وصف له، ووصف المبيع بالتلف حينئذٍ من باب وصف الشيء بحال متعلّقه»^(٣).

والوجه في المناقضة أنّ الضمان في كلا المقامين - أي قبل القبض وبعد القبض - بمعنى واحد، وهو الانفساخ، فإذا لم يعقل الانفساخ بالإضافة إلى تلف

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٥: ٤٠٠. (٢) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٥: ٤٠١.

(٣) كتاب الإجارة (الأصفهاني): ٥٩.

الوصف قبل القبض كذلك لا يعقل بالإضافة إلى تلف الوصف بعد القبض؛ وكذا كلمة «المبيع» وردت في كلا المقامين في الروايات، فكما تكون هذه الكلمة في روايات قاعدة «تلف المبيع قبل قبضه» ظاهرةً في المبيع بالحمل الشائع الذي لا يشمل الوصف فكذلك في روايات قاعدة «تلف المبيع في زمان الخيار».

مضافاً إلى أنه صرح في موضع آخر بأن بعض أخبار خيار الحيوان وإن كان ظاهراً فيما يعم العيب والنقص، لعطف الحدث على موت الحيوان، إلا أن بعض آخر منها ظاهر في خصوص ما يساوق الموت، كمرسلة ابن رباط حيث قال عليه السلام: «إن حدث بالحيوان حدث»، فإنه ظاهر في خصوص الحدث المساوق للموت عرفاً، للفرق بين ما إذا قيل: «حدث» وما إذا قيل: «حدث فيه حدث»^(١). ومقتضى تعارض الظاهرين تقديم الخاص على العام.

وأما ما أفاد السيد المحقق الخوئي من اختصاص القاعدة بتلف مجموع المبيع وخروج تلف الوصف والجزء منها - قطع النظر عما يرد على ما أفاد في خروج الوصف -: ففيه التهافت بين صدر كلامه وذيله، فإنه قال في صدر كلامه: «إن الظاهر من قول السائل: (إذا حدث فيه حدث على من يكون ضمانه؟) وقوله عليه السلام: (على البايع) وإن كان يشمل تلف الجزء والوصف كليهما، وهذا لا شبهة فيه»^(٢). وقال في آخر كلامه: «إن الظاهر من الروايات الدالة على كون التالف من مال البايع أن يكون المبيع تالفاً، لا بعضه»^(٣).

والحاصل: أن القاعدة تشمل تلف عين المبيع، سواء تلف كله أو تلف جزؤه الذي يقسّط عليه الثمن، ولا تشمل تلف الوصف وما يشبهه ممّا لا يقابل بالثمن.

(١) حاشية المكاسب ٤: ٤٧٨.

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٥٣١.

(٣) مصباح الفقاهة ٧: ٥٣٢.

الأمر الثامن: في حكم تلف المبيع في زمان الخيار المشترك ويقع الكلام أيضاً في أنّ القاعدة هل تشمل ما إذا تلف المبيع في زمان الخيار المشترك بين البائع والمشتري كخيار المجلس أو تختصّ بما إذا تلف المبيع في زمان الخيار المختصّ بالمشتري؟

المشهور أنّ القاعدة لا تشمل تلف المبيع في زمان الخيار المشترك. قال السيّد في الرياض: «التلف في الخيار المشترك من المشتري إن كان التالف المبيع، ومن البائع إن كان الثمن، على الأشهر. وبه صرح جمع من دون خلاف يعرف، وبه صرح بعض»^(١).

والتحقيق: أنّ في المسألة صور:

الأولى: ما إذا تلف المبيع في زمان الخيار المشترك ولم يكن للمشتري خياراً آخر مختصّاً به، كما إذا تلف المبيع في زمان خيار المجلس. فالحكم في هذه الصورة أنّ ضمان كلّ من المبيع والثمن على المالك الذي انتقل كلّ منهما إليه، فإنّه مقتضى القاعدة الأوّلية التي تحكم بأنّ ضمان كلّ مال على مالكة، فيكون ضمان المبيع على المشتري وضمن الثمن على البائع، ضرورة أنّ الخيار المشترك مصداق من مصاديق القاعدة المذكورة، وتخصيصه يحتاج إلى دلالة دليل، وهو مفقود في المقام، فإنّ مورد روايات الباب التي تدلّ على قاعدة التلف في زمان الخيار هو ما إذا كان المشتري ذا الخيار والبائع فاقده الخيار، والتعدي عن موردها - مع كون مؤدّاها مخالفاً للقاعدة الأوّلية - ممنوع. فلا تشملها قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له.

الثانية: ما إذا تلف المبيع في زمان الخيار المشترك وكان للبائع خياراً آخر

(١) رياض المسائل ٨: ٢٠٩.

مختصاً به، فخرج هذه عن القاعدة أوضح من أن يخفي، لعدم تصوّر كون البائع ضامناً للمبيع، فإنّ القاعدة الأولى تقتضي كون تلف كلّ مال من ماله إلا إذا ثبت بالدليل الخارجي أنّ ثبوت الأمر الكذائي يوجب أن يكون تلف المال من غير ماله، ولا دليل على أنّ الخيار المشترك - كخيار المجلس - يوجب أن يكون تلف المبيع المنتقل إلى المشتري المالك من مال البائع، ضرورة أنّ الخيار المشترك ليس مقتضياً لشيء، بل مقتضى القاعدة الأولى في الخيار المشترك أن يكون ضمان المبيع على ماله - أي المشتري - وضمان الثمن على ماله - أي البائع - . وكذا لا دليل على أنّ الخيار المختصّ بالبائع يوجب أن يكون تلف المبيع من مال البائع. نعم، لو قلنا بأنّ قاعدة التلف في زمان الخيار تشمل ما إذا كان التالف الثمن في زمان خيار البائع يحكم بكون ضمان الثمن على المشتري الذي ليس له الخيار، لكون الخيار المختصّ بالبائع - حينئذٍ - موجباً وسبباً لتخصيص القاعدة الأولى، ولكن قد مرّ عدم شمولها له.

الثالثة: ما إذا تلف المبيع في زمان الخيار المشترك وكان للمشتري خياراً آخر مختصاً به، كما إذا تلف المبيع في زمان خيار المجلس الذي مشترك بين البائع والمشتري وخيار الحيوان الذي اختصّ بالمشتري. فهذه الصورة تشملها قاعدة التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار له. وذلك لما مرّ من أنّ زمان الخيار المشترك من مصاديق القاعدة الأولى القائمة على أنّ تلف كلّ مال على صاحبه، كما أنّ زمان عدم الخيار من مصاديق تلك القاعدة أيضاً، فخيار المجلس - وهو المشترك بين البائع والمشتري - لا اقتضاء، وفي زمان ثبوته يحكم بما تقتضيه القاعدة الأولى من كون تلف المبيع على ماله - أي المشتري - وكون تلف الثمن على ماله - أي البائع - . وهذا الحكم ثابت ما لم يدلّ دليل على أنّ ثبوت الأمر الكذائي يوجب كون تلف المبيع على غير ماله. وأمّا إذا دلّ دليل على ذلك

فيخصّص تلك القاعدة الأوّليّة بذلك الأمر الكذائي. والمفروض في المقام أنّ الروايات تدلّ على أنّ خيار الحيوان أو الشرط الذي ثبت للمشتري يوجب أن يكون تلف المبيع على البائع الذي لم يثبت له خيار الحيوان أو الشرط، سواء ثبت له الخيار المشترك أيضاً أو ثبت له الخيار المختصّ فقط. فالمناط كلّ في شمول القاعدة ثبوت الخيار المختصّ للمشتري. وثبوت الخيار المشترك لا يمنع عن جريان القاعدة كما لا يقتضي جريانها. وهذا ما ذهب إليه كثير من المتأخّرين، وإنّ يمكن المناقشة في بعض ما أفادوه في تقريب المقام، فراجع^(١).

الأمر التاسع: في اختصاص القاعدة بالتلف دون الإتلاف

لا ريب في أنّ القاعدة تجري في ما إذا تلف المبيع بآفة سماويّة أو نحوها، لأنّ التلف كذلك هو مورد روايات الباب، فإنّ الظاهر من قول السائل: «فيموت العبد أو الدابة» وقوله: «يحدث فيه حدث» وقوله ﷺ: «فهلك في يد المشتري» وقول السائل: «فماتت عنده» وقوله ﷺ: «إن حدث بالحيوان حدث» هو تلف المبيع بلا اختيار وإرادة، فيكون تلفه من مال من لا خيار له، أي البائع. وإنّما الكلام في أنّ القاعدة هل تجري في صورة إتلاف المبيع، بأن يستند التلف إلى فعل البائع أو المشتري أو الأجنبيّ بالإرادة والاختيار، فيكون حينئذٍ أيضاً من مال البائع الذي لا خيار له، أو لا تجري في هذه الصورة، بل يكون التلف من مال المتلف؟

التحقيق: أنّ القاعدة تختصّ بصورة التلف ولا تجري في صورة الإتلاف، ضرورة أنّها قاعدة تعبدية صرفة تخالف القاعدة الأوّليّة، فلا بدّ من الاكتفاء بمورد

(١) منية الطالب ٣: ٦٤، حاشية المكاسب (اليزدي) ٢: ١٨، حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٤:

١٦٤، كتاب البيع (الإمام الخميني) ٤: ٢٧٨، مصباح الفقاهة ٦: ١٨٤ - ١٨٥.

دليلها، وهو التلف كما مرّ. فالتعدّي عن مورد دليلها - وهو الروايات - محتاج إلى دلالة دليل، وهي في المقام مفقودة، بل تدلّ قاعدة الإلتلاف على أنّ التلف حينئذٍ من مال المتلف.

فإذا كان المتلف هو البائع الذي ليس له الخيار فيكون التلف من ماله وضمن القيمة بمقتضى قاعدة الإلتلاف، لأنّ السبب التامّ في التلف، ومن ألتف مال الغير فهو له ضامن، فإن فسخ ذو الخيار يرجع بالثمن المسمّى، ومع اختلاف القيمة والمسمّى يسترجع بمقداره.

وإذا كان المتلف هو المشتري فيكون التلف في ماله، فإنّ إلتافه بالإرادة والإختيار نوعٌ من التصرف الكاشف عن رضا بالعقد، فيسقط بذلك خياره ويصير العقد لازماً، فلا يكون ذلك موجباً لانفساخ العقد.

وإذا كان المتلف هو الأجنبيّ فيكون الضمان عليه، والمشتري يتخيّر بين أن يرجع إلى الأجنبيّ المتلف بالقيمة، فيأخذها لنفسه ويرضى بالمعاملة وتصير لازمة، وأن يفسخ المعاملة - بمقتضى كونه ذا الخيار - ويأخذ ثمنه المسمّى من البائع ويردّ عليه قيمة المبيع.

والحاصل: أنّه لا يتوهّم في شيءٍ من الصور الثلاثة للإلتلاف كون التلف ممّن لا خيار له.

الأمر العاشر: في عدم شمولها للتلف في زمان الخيار الشأني

هل المراد من الخيار خصوص الخيار الفعلي أو يعمّ الخيار الشأني؟

فنقول: أنّ الخيار بحسب ثبوته بالفعل أو بالقوّة على قسمين:

الأوّل: الخيار الفعلي، وهو الخيار الثابت بالفعل الذي به يتمكّن البائع أو

المشتري من فسخ المعاملة بالفعل.

الثاني: الخيار الشأني، وهو الخيار غير الثابت بالفعل، بل ثبوته معلق على ثبوت أو عدم شيء آخر.

والقسم الثاني ينقسم إلى قسمين: فتارةً يكون الخيار معلقاً على عدم شيء في الآن السابق على زمان التلف، كما إذا تلف المبيع في الثلاثة وكان المشتري أسقط خيار الحيوان من أول العقد، فخيار الحيوان ثابت للمشتري لو لا إسقاطه قبل زمان التلف؛ وأخرى يكون معلقاً على وجود شيء في الآن اللاحق لزمان التلف، كما في الخيار الثابت بتخلف الشرط، حيث إن الخيار ليس بثابت من زمان العقد، بل يكون متأخراً عن العقد بزمان. فالأقسام ثلاثة.

والبحث يقع في أن القاعدة هل تختص موضوعاً بما إذا كان المشتري بالفعل - أي في زمان تلف المبيع - ذا الخيار، أو يعم ما إذا كان الخيار ثابتاً به شأنه، بأن يكون في زمان التلف ذا الخيار لو لا الإسقاط، أو يكون ذا الخيار بعد التخلف.

وبتعبير آخر: هل يكون ضمان المبيع على البائع فيما إذا تلف في زمان الخيار الشأني وإن لم يكن ثابتاً له بالفعل في زمان التلف، أولاً، بل يكون ضمانه على البائع فيما إذا تلف في زمان الخيار الثابت بالفعل وعلى المشتري فيما إذا تلف في غير زمان الخيار الفعلي، سواء تلف في زمان الخيار الشأني أو تلف في غير زمان الخيار؟

التحقيق: أن ظاهر نصوص الباب أن القاعدة تختص بما إذا كان الخيار ثابتاً بالفعل، فإنه ظاهر قول السائل: «ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد»، أي يموت العبد في اليوم أو اليومين الذي ثبت للمشتري خيار الشرط بالفعل. وهو ظاهر قوله عليه السلام: «إن كان بينهما شرط أياً ما معدودة فهلك في يد المشتري» وقوله عليه السلام: «فمات العبد في الشرط» وقوله عليه السلام: «وإن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع».

ولو سلّم إطلاق الروايات وشموله لما إذا تلف المبيع في الخيار الشأني فالقدر المتيقّن منه هو الخيار الفعلي، كيف؟ ومفاد هذه الروايات مخالف للقاعدة الأولى.

الأمر الحادي عشر: في أنّ القاعدة تعمّ صورة التبرّي عن موجب التلف

ثمّ إنّ موضوع الحكم في قاعدة التلف في زمان الخيار هل يعمّ صورة تبرّي البائع عن موجب التلف وعدمه، فيكون ضمان المبيع على البائع ولو تبرّأ البائع من عيب السلعة فتلف المبيع بذلك العيب في زمان خيار آخر للمشتري كخيار الحيوان والشرط، أو يختصّ بصورة عدم تبرّي البائع منه، وإلاّ فإذا تلف المبيع بذلك العيب فيكون ضمانه على المشتري؟

ذهب الشهيد الأوّل إلى التخصيص، فقال: «لو تبرّأ من عيب فتلف به في زمان خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع»^(١). وهذا صريح في تخصيص القاعدة بعدم التبرّي بناءً على أن يكون مراده من خيار المشتري خياراً آخر مختصّ بالمشتري غير خيار العيب الساقط بالتبرّي، وأمّا خيار العيب فقد مرّ أنّ قاعدة التلف في زمان الخيار لا تشملها.

وذهب الشيخ الأعظم الأنصاري إلى التعميم، فقال: «ثمّ إنّ تبرّي البائع عن العيوب مطلقاً أو عن عيب خاصّ إنّما يسقط تأثيره من حيث الخيار. أمّا أحكامه فلا، فلو تلف بهذا العيب في أيام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع، لعموم النصّ»^(٢).

وما أفاده الشيخ متين جداً، ضرورة عدم المنافاة بين تبرّي البائع عن مطلق العيب أو عيب خاصّ وبين ثبوت الضمان عليه من جهة حكم الشارع بأنّ التلف في زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط من مال من لا خيار له، فإنّ إطلاق ما ورد

في خيارى الحيوان والشرط من كون ضمان المبيع إذا هلك على البائع يقتضى كون ضمانه عليه في صورتى التبرّي وعدمه، فالتبرّي عن العيب إنّما يسقط خيار العيب، ولا ربط له بما يترتب على خيارى الحيوان والشرط من الأحكام. مضافاً إلى أنّ كون التلف في زمان الخيار من البائع الذي ليس له الخيار حكم شرعيّ، والحكم الشرعيّ لا يسقط بالتبرّي.

الأمر الثاني عشر: في أنّ القاعدة تختصّ بالمبيع

لا يخفى أنّ قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار إنّما تجري في خصوص البيع، لأنّ العمدة في مدرك هذه القاعدة هي الأخبار المتقدّمة في الجهة الثانية، فلا بدّ من الإقتصار على موردها، وليس موردها إلّا البيع، فلا تجري في الصلح والإجارة وغيرهما.

الأمر الثالث عشر: في اختصاصها بما بعد القبض

قال صاحب الجواهر في خيار التأخير: «وكيف كان فلو تلف المبيع كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها على الأثبه، بل لا خلاف فيه في الثاني... وقاعدة التلف في مدّة الخيار ممّن لا خيار له لا تشمل المقام، ولو لأنّها مخصوصة بما بعد القبض»^(١).

وقال السيّد البجنورديّ: «القدر المسلّم منها هو فيما إذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه إيّاه في خيار الحيوان وخيار الشرط»^(٢).

وما أفاده يستفاد من روايات الباب، فإنّ قوله عليه السلام - في صحيحة ابن سنان -: «وإن كان بينهما شرط أياً ماً معدودة فهلك في يد المشتري»، أو قوله عليه السلام - في

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥٧ - ٥٨.

(٢) القواعد الفقهية ٢: ١٣٠.

رواية عبدالرحمن -: «فماتت عنده» ظاهرٌ في إختصاص القاعدة بما بعد القبض. فموضوع الحكم في قاعدة التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار له هو ما إذا تلف المبيع بعد قبضه في زمان ثبوت خيار الحيوان أو الشرط للمشتري. وأمّا إذا تلف المبيع قبل قبضه - سواء ثبت الخيار للمشتري أم لا - فيكون من مال البائع بمقتضى القاعدة اللاحقة، وهي قاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه. ومن هنا يظهر أنّ قاعدة «التلف في زمان الخيار» حاكم على قاعدة «تلف المبيع قبل قبضه»، وسيأتي مزيد توضيح في القاعدة اللاحقة إن شاء الله.

القاعدة العاشرة

قاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه

القاعدة العاشرة من القواعد الجارية في خصوص باب الضمان هي قاعدة: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه».

وهذه القاعدة من القواعد المعروفة. والكلام فيها يقع في جهات:

الجهة الأولى: في بيان مفادها

لا يخفى: أنّ بيان مفادها تفصيلاً يتوقّف على ذكر معاني مفرداتها وبيان أدلّتها. فنكتفي في هذه الجهة بذكر مفادها إجمالاً. والمراد منها - إجمالاً - أنّه إذا تلف المعقود عليه الذي صار ملكاً للمعقود له قبل أن يقبضه المعقود له، يكون عهده على مالكة السابق، بمعنى: أنّه يفسخ العقد ويردّ عوضه - فيما إذا قبضه صاحبه - إلى من كان مالكاً له قبل العقد. وسيأتي تفصيل مفادها في الجهة الثالثة إن شاء الله.

الجهة الثانية: في مدرّكها

واستدلّ عليها بأمور:

الأوّل: الروايات

منها: ما حكاه في المستدرّك عن عوالي اللآلي عن النبي ﷺ، أنّه قال: «كلّ

مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع»^(١).

ودلالة هذا الحديث على هذه القاعدة واضحة، فإنها نصٌ في هذه القاعدة.

وأما المناقشة في سندها من جهة إرسالها فسيأتي الجواب عنه.

ومنها: ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله. فسرِق المتاع، من مال مَنْ يكون؟ قال عليه السلام: «من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه»^(٢).

ودلالة هذه الرواية أيضاً واضحة.

ثم إنَّ السيّد الخوئيّ أورد عليهما سنداً. فأورد على الرواية الأولى بأنها لم يذكر في كتب الشيعة إلاّ مرسلًا، والأحاديث المرسلة ليست بحجّة. وأورد على الثانية أيضاً بأنها ضعيفة السند، لجهالة عقبة بن خالد ومحمّد بن عبد الله بن هلال، وضعفها لا يجبر بعمل المشهور^(٣).

وأنت خير بأنّ إirاده عليهما مبنيٌّ على مبناه في علم الأصول من أنّ عمل المشهور برواية لا يجبر ضعفها سنداً، خلافاً لأكثر الأصوليين القائلين بأنّ الرواية الضعيفة ينجرّ ضعفها بعمل المشهور، وهو الحقّ كما حقّق في علم الأصول.

ولذا قال صاحب الرياض: «وقصورهما سنداً منجرّ بعمل الكلّ جدّاً»^(٤).

وقال في مجمع الفائدة: «لا يضرّ عدم صحّة السند، لعدم الخلاف في العمل والقبول على الظاهر»^(٥).

(١) عوالي اللآلي ٣: ٢١٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٨، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) مصباح الفقاهة: ٣: ٣٢-٣٣.

(٤) رياض المسائل ٨: ٢٠٧.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤١٩.

وقال صاحب الجواهر - في مقام الاستدلال بالرواية الأولى -: «للسبوي المنجبر بعمل الأصحاب كافة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه)»^(١).
والحاصل: أنَّهما وإن كانتا ضعيفتين من حيث السند، لكن اتَّفَقَ الأصحاب على الفتوى بمضمونهما وإرسالهما إرسال المسلّمات وتلقّيهما لهما بالقبول يُجبر ضعف سندهما.

الثاني: الإجماع

قال العلامة في التذكرة: «لا خلاف عندنا في الضمان على البائع قبل القبض مطلقاً، فلو تلف حينئذٍ انفسخ العقد وسقط الثمن وبه قال الشافعي وأحمد في رواية. وهو محكي عن الشعبي وربيعة، لأنّه قبض مستحقّ بالعقد، فإذا تعذّر انفسخ البيع، كما لو تفرّق قبل القبض في الصرف. وقال ابو حنيفة: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من ضمان البائع إلّا العقار»^(٢).

وقال ابن فهد الحلّي في المهذّب البارِع: «لو تلف المبيع قبل القبض بعد الثلاثة كان من البائع إجماعاً»^(٣).

وقال المحقّق الثاني: «إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه، فيرجع المشتري بالثمن لا غير. هذا إجماعي»^(٤).

وقال المحقّق الأردبيلي: «وإذا كان تلف المبيع قبل القبض فهو من ضمان البائع من غير نزاع عندهم، بل إجماعي على الظاهر»^(٥).

وقال المحقّق السبزواري: «إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه. لا أعرف فيه خلافاً»^(٦).

وادّعى صاحب الرياض تواتر نقل الإجماع عليه، فقال: «فإن تلف المبيع بعد

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٨٣. (٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ١١٢-١١٣. (٣) المهذّب البارِع ٢: ٣٨٠.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٣٠٨. (٥) مجمع الفائدة ٨: ٢٤٢. (٦) كفاية الأحكام: ٩٣.

ثبوته بانقضاء الثلاثة كان من البايع إجماعاً. تواتر نقله جداً»^(١).

وقال المحقق النراقي: «إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه بالإجماع المحقق»^(٢).

والحاصل: أن المسألة اتفقي في الجملة. وعدّها المحقق النائي من القواعد المجمع عليها والقواعد المسلّمة بين الفقهاء^(٣).

والقول بأنّ هذا الإجماع ليس تعبدياً لكي يكون كاشفاً عن قول المعصوم، بل يكون إجماعاً مدركياً، لأنّه يحتمل قريباً أن يكون مستنداً إلى الروايات المتقدمة، فاسدٌ جداً، ضرورة أن الروايات المتقدمة قابلة للمناقشة فيها سنداً أو دلالة، فلا يمكن القطع بأنّها مستند كل من أفتى بضمونها كي يكون اتفاقهم مستنداً إليها.

الثالث: السيرة المتشرّعة

واستدلّ السيّد الخوئي على القاعدة بالسيرة القطعية المتشرّعة، بل ذهب إلى حصر الاستدلال بها بعد نفي الإستدلال بالروايات والإجماع.

وحاصل ما أفاده: أن السيرة المتشرّعة قائمة على أن التسليم والتسليم من متمّمات الملكية المترتبة على البيع، بحيث إنهم لا يرون حصول الملكية النائمة قبل القبض والإقباض، بل يرون أن الحاصل قبلهما إنّما هو الملكية الناقصة، بمعنى أن الإيجاب قد أثر في الملكية الناقصة المحدودة بالانفساخ بالتلف، كما أنّها محدودة بالفسخ في البيع الخياريّ. وأنما تصير هذه الملكية مطلقة وتامة من جميع الجهات بالقبض والإقباض، لا بمعنى أن القبض والإقباض من شرائط حصول الملكية في مطلق البيع كي لا يفرق بين بيع الصرف والسلم وبين غيرهما من البيوع^(٤).

(١) رياض المسائل ٨: ١٩٥.

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٤٢٥.

(٣) منية الطالب ٣: ٣٣٠ و ٣٥٤.

(٤) مصباح الفقاهة ٣: ٣٣ - ٣٤.

وفيه: أنّ الملكيّة - وهي الربط الملكي بين الشيء والشخص - لدي العقلاء ليست من الأمور التشكيكيّة القابلة للشدّة والضعف أو التمام والنقص، بل هي أمر بسيط أمره دائر بين الوجود والعدم. وهذا ما صرّح به نفسه في بعض مواضع كلامه، فإنّه قال - دفعاً لما قيل في الفرق بين الحقّ والملك من أنّ الحقّ مرتبة ضعيفة من الملكيّة والملك مرتبة قويّة منها -: «إنّ الملكيّة من أيّة مقولة كانت - جده أو إضافةً - ليست قابلة للشدّة والضعف حتّى تعتبرها بحدّها الضعيف تارة وبحدّها القوي تارة أخرى، بل هي أمر بسيط، فإذا زالت زالت بأصلها». ثمّ قال: «وهذا لا ينافي ما هو المعروف من أنّ الحقّ في نفسه مرتبة ضعيفة من الملك، فإنّ معني هذا الكلام أنّ الملك والحقّ كليهما من مقولة السلطنة، وأنّ الملك سلطنة قويّة، والحقّ سلطنة ضعيفة، وهو أمر آخر غير اختلاف حقيقة الملك بالشدّة والضعف والكمال والنقص نظير الألوان كما توهّم»^(١).

ودعوي ثبوت السيرة القطعيّة على إعتبار القبض والإقباض في حصول الملكيّة التامّة، فاسدة جدّاً، كيف؟ ولا يعتبر القبض والإقباض في حصول الملكيّة إلّا في الصرف والسلم والهبة، بل التحقيق أنّ السيرة تستقرّ على عدم اعتبار القبض والإقباض والتسليم والتسلّم في حصول الملكيّة أصلاً. وهذا أيضاً ما صرّح به نفسه في مواضع كثيرة من كلماته على ما في تقارير بحثه، فنذكر بعض تلك المواضع كي يتّضح فساد تلك الدعوى.

منها: ما أفاد في دفع توهّم أنّ حصول الملكيّة يتوقّف على انقضاء زمان الخيار. حيث قال - على ما في تقارير بحثه -: «إنّ التجارة عن تراض هو السبب الوحيد لحصول الملكيّة، فتحصل الملكيّة في البيع من حين العقد من غير

توقّف على انقضاء زمان الخيار، بل هذا هو الذي قامت عليه السيرة بين الناس، فإنّهم يعاملون مع المثلّث معاملّة الملكيّة من حين العقد من غير توقّف في ذلك على شيء. ومن الواضح أنّ الشارع قد أمضى ما هو المتعارف بين الناس من المعاملات، وليس له في ذلك طريق خاصّ، غاية الأمر قد منع عن بعض المصاديق تخطئة للعرف، كما أضاف إليها بعض الشروط لذلك. ومع الشكّ في مورد أنّه اعتبر الشارع هنا شرطاً أو لم يعتبر فيتمسك بالإطلاقات والعمومات الدالّة على صحّة المعاملات ونفوذها ويحكم بحصول الأثر من الأوّل وعدم توقّفه على شيء آخر؛ بل هذا مقتضى ما أنشأه المتعاملان، فإنّ غرضهما جعل البيع سبباً للملكيّة، وهو يقتضي حصولها من حين العقد، إلّا دلّ دليل خارجي على توقّفها على شيء آخر، كما في بيع الصرف والسلم، فإنّ الدليل الخاصّ دلّ على توقّف حصول الملكيّة بالتقابض»^(١).

ومنها: ما أفاده في كتاب الإجارة، حيث قال - تعليقاً على قول السيّد في العروة: «إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر بطلت الإجارة» -: «ما ذكره من البطلان في التلف قبل القبض أو بعده بلا فصل، وكذا البطلان بالنسبة لو اتّفق التلف أثناء المدّة هو المعروف والمشهور.

ويستدلّ له تارة بما ورد من أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه، بدعوى عدم خصوصيّة للبيع وعموم المناط لكافة المعاوضات، فيتعدّى إلى الإجارة وغيرها. وأخرى: بمطابقة الحكم المزبور لمقتضى القاعدة من غير حاجة إلى نهوض دليل بالخصوص، نظراً إلى أنّ التسليم والتسلّم والقبض والإقباض الخارجيّين وإن لم يكونا شرطاً في صحّة العقد شرعاً في غير بيعي الصرف

والسلم، إلا أنهما يعدّان كمتّمين للعقد في نظر العقلاء، بحيث يرون من بيده المال ضامناً له حتّى يوصله إلى الطرف الآخر، فلم تكن المعاوضة عندهم مجرد اعتبار الملكية محضاً، بل هي متقوّمة بالتقايض خارجاً، وقبله يكون من عنده المال محكوماً بالضمان، وهو معني البطلان.

وكلا الوجهين كما ترى، فإنّ التعدّي عن مورد البيع وإن قيل به إلا أنّه يحتاج إلى القطع بعدم الفرق ليدّعى إلغاء خصوصيّة البيع الذي هو مورد النصّ، وأنّى لنا به ولم يقدّم عليه أيّ دليل.

وأما الدعوي الثانية: فهي أيضاً غير ثابتة، بل الظاهر أنّ المال بعد أن انتقل إلى الآخر بعقد صحيح وإصبح ملكاً له - كما هو المفروض - فلا جرم كان أمانة شرعيّة بيد من عنده المال حتّى يوصله إلى صاحبه، ولازمه كون التلف على مالكه بطبيعة الحال، ولم تتحقّق أيّة سيرة عقلائيّة قائمة على الضمان المدّعى في المقام^(١).

ومنها: ما أفاد جواباً عن سؤال أنّه لو قبض المشتري الثمن بدون إذن من البائع فيما لو كان المبيع من الأعيان الشخصيّة فهل يحسب هذا قبضاً أم لا؟ قال في الجواب عنه ما حاصله: إنّ المعاملة تارة تكون ممّا يتوقّف الملكية فيه على القبض، كما في بيع الصرف والسلم، وأخرى لا تتوقّف على ذلك. فعلى الأوّل لا شبهة أنّ ما أخذه المشتري هو مال الغير ولا يحصل الملكية بقبضه، لأنّ المعاملة بوحدتها ليست سبباً لحصول الملكية، بل يكون إقباض البائع دخيلاً في حصولها. وأمّا إذا لم تتوقّف الملكية على القبض فالظاهر أنّه لا شبهة في جواز التصرف في المبيع للمشتري، لأنّه لم يتصرّف إلا في ماله، غاية الأمر أنّ القبض لم يكن عن حق^(٢).

(٢) مصباح الفقاهة ٧: ٥٩٤ - ٥٩٥.

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ١٧٣.

الرابع: أنَّ الضمان مقتضى قواعد المعاوضة

واستدلَّ المحقِّق النَّائِنِيَّ عليها بأنَّ مقتضى كون المعاملة معاوضيّة لا مجانيّة أنّه إذا تلف المبيع قبل قبضه يفسخ العقد. وإليك نصّ ما أفاده - على ما في تقارير بحثه -: «فنقول: أمّا أصل الضمان فمما لا إشكال فيه، لأنَّ المشتري لم يعط الثمن مجّاناً للبائع، ولا البائع الثمن مجّاناً للمشتري، بل جعل كلّ منهما ماله بإزاء مال الآخر، وهذا هو معنى الضمان في قاعدة (الخراج بالضمان) وفي قاعدة (كلّ ما يضمن بصحيحه)، فمعناه التعويض.

وإنّما الكلام في أنّه كيف يقتضي التلف انفساخ العقد؟! لأنَّ كون الثمن عوضاً عن المبيع وعدم كونه مجّاناً معناه عدم هبة المشتري، لا وقوع التلف من البائع، لأنَّ المثلن ملك المشتري وتلف في يد غيره من دون تفريط. فنقول: معنى عدم المجانيّة وإن لم يقتض ذلك إلّا أنَّ المعاوضة تتضمّن التزامات مطابقةً والتزامات ضمنيّة. ومن الالتزامات الضمنيّة تسليم البائع المثلن إلى المشتري خارجاً، فإذا لم يمكنه التسليم يبطل العوضيّة. فإن قلت: تعذّر التسليم لا يقتضي البطلان، غايته ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري.

قلت: لو بقي المال على قابليّة التسليم، غاية الأمر تعذّر لعارض - كالإباق أو السرقة المرجوّ عوده أو امتنع البائع عنه -، نلتزم بالخيار. وأمّا لو لم يبق على صلاحيّة التسليم - كالتلف وما في حكمه - فلا معنى لخيار تخلف الشرط، لأنّه بطل العوضيّة وامتنع الوفاء بالالتزام الضمني.

إن قلت: امتناعه لا يقتضي أيضاً بطلان المعاوضة، غاية الأمر أنّه يجب على البائع ردّ المثل أو القيمة.

قلت: لو كان الالتزام الضمنيّ هو البدليّة على تقدير البقاء فالأمر كما ذكر.

وأما لو اقتضى البدلية على كلِّ تقدير - أي البدلية المطلقة - فحيث خرج الثمن عن كونه قابلاً للبدلية فلا بدّ من رجوع الثمن إلى ملك المشتري، لاقتضاء المعاوضة ذلك.

وبالجملة: كلٌّ من المتعاقدين يجعل المبادلة بين المالين اعتباراً. وكذلك بينهما خارجاً. وهذا معنى اشتراط التسليم. فمرجع إشتراطه إلى أخذ ما سمّاه في عقد المعاوضة عوضاً، لا إلى أخذ البدل الواقعي. فإذا بطل ما سمّاه في عقد المعاوضة عن العوضيّة وخرج عن صلاحية البدلية يخرج الآخر عن البدلية، فيرجع قهراً إلى مالكة. وهذا معني الانفساخ^(١).

والحاصل: أنّ مقتضى المعاملة والمعاوضة كون كلٍّ من المالين عوضاً وبدلاً عن الآخر، فمادام كلٌّ واحد من المالين باقٍ ويكون قابلاً لأن يعطي الآخر بدلَ ماله الذي أخذ منه فهذا العقد باقٍ. وأما إذا سقط عن قابلية القبض والإقباض وكونه بدلاً عن الآخر فينفسخ العقد قهراً ويرجع ما هو باقٍ إلى صاحبه، فيذهب التالف من كيس من كان مالكة قبل المعاوضة.

وفيه: أنّ البيع لا يشتمل إلّا على التملك بالعوض تملكاً إنشائياً فقط، من دون التزام بأمر آخر، فإنّ الالتزام الضمنيّ بأمر آخر خلاف الوجدان وارتكاز العقلاء. كما صرح بذلك نفس المحقّق النائيني على ما في بعض تقارير درسه، فإنّه قال في موضع: «حقيقة المعاوضة - التي هي عبارة عن تبديل طرف الإضافة بطرف إضافة أخرى، أعني: هذا المال الشخصي وذاك المال - قد تمّ، بنفس العقد الواقع بينهما»^(٢).

ولو سلّم استكشاف الالتزام الضمنيّ من بناء العقلاء فلم يثبت به إلّا آثار

(١) منية الطالب ٣: ٣٥٥-٣٥٦.

(٢) كتاب المكاسب والبيع ١: ٤١٠.

الالتزام من جواز الامتناع لأحدهما مع امتناع الآخر، وجواز إجبار الممتنع وثبوت الخيار مع تعذر التسليم. وأمّا انفساخ العقد وعود الثمن إلى المشتري فهو أجنبي عن الالتزام الضمني، بل هو حكم شرعيّ تعبدي يحتاج إلى دليل، وليس دليله إلا الروايات والإجماع.

ولقد أجاد المحقق الأكبر الشيخ محمد حسين الأصفهاني من أنّه لا دليل على أنّ التقابض في مطلق البيع شرط، وإنّما المشروط به بيع الصرف فقط. والالتزام الضمني المستكشف من بناء العقلاء لم يثبت به إلا جواز الامتناع والخيار عند التخلف، لا عود الثمن قبل التلف. بل جعل التقابض من مقتضيات العقد غير معقول على وجهٍ وغير مجد على وجهٍ آخر، فإنّه إن أريد أنّ التسبب المعاملي إلى الملكية والتسليط الخارجي يجمع السلطنة الاعتباريّة والخارجيّة فمن البين أنّ السلطنة الخارجيّة لا إنشائيّة ولا تسيبيّة. وإن أريد أنّه من أحكام العقد على الملكية عرفاً الممضاة شرعاً فليس أثره إلا وجوب التسليط أو زيادة استحقاق التسليط، فمع التلف لا موجب لانفساخ العقد، ولا لارتفاع أثره، وهو الملك، فلا يكون رجوع الثمن إلى المشتري على وفق القاعدة^(١). انتهى كلامه.

ومن هنا يظهر فساد الاستدلال عليها بثبوت بناء العقلاء على انفساخ العقد لو وقع التلف قبل القبض بدليل أنّ العقلاء ينشأون المبادلة بين المالين بعنوان كون كلّ من المالين عوضاً وبدلاً عن الآخر، فإذا سقط أحدهما عن قابليّة الإقباض وكونه بدلاً فينفسخ العقد قهراً^(٢).

والوجه في فساده ما ذكرنا من أنّ حقيقة البيع على ما هو المرتكز عند العقلاء ليس مشتملاً إلا على التملك بالعوض تمليكاً إنشائياً من دون الالتزام بأمر آخر.

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٣٨٦: ٥، وراجع كلامه في كتاب الإجارة: ٨٤.

(٢) القواعد الفقهيّة (للبيجنوردي) ٢: ٦٥.

مضافاً إلى أن الالتزام الضمني المستكشف ببناء العقلاء - لو كان - لم يثبت به إلا آثار الالتزام من جواز امتناع أحد المتعاملين من إعطاء المال فيما إذا امتنع منه الآخر، وجواز إجبار الحاكم الممتنع، وثبوت الخيار مع تعذر التسليم؛ وأما انفساخ العقد فهو أجنبي عن الالتزام الضمني.

ويمكن أن يقال: إن أصل الضمان هنا وإن كان موافقاً للقواعد الأوليّة، لكن انفساخ العقد بالتلف قبل القبض مخالف لها. توضيح ذلك: أن المالك في كون مال الغير في عهدة الشخص هو استيلاؤه عليه من دون إذن المالك، كما أن المالك في حصول الملكية هو تحقق العقد الجامع للشرائط والأجزاء. فإذا تحقق العقد ينتقل المبيع - مثلاً - إلى المشتري وصار ملكاً له، كما أن الثمن ينتقل إلى البائع وصار ملكاً له. وحينئذٍ ففي المقام - والمفروض أن عقد البيع تحقق بجميع أجزائه وشرائطه - يصير المبيع ملكاً للمشتري بمجرد العقد، كما يصير يد البائع عليه - التي كانت يداً مالكيّاً - يداً غير مالكي، فيكون البائع بعد العقد مستولياً على مال الغير وضامناً له إلا إذا إذن المشتري أن يكون المبيع في يده، أو كان يده عليه ممّا ينافي الضمان - كما مرّ في قاعدة على اليد - كما إذا كان استيلاؤه عليه أمانياً أو مجانياً. وعليه فيكون أصل ثبوت الضمان موافقاً للقواعد الأوليّة، ولا ينافي قاعدة كون ضمان كل مال على مالكة المستولي عليه.

وإنما الكلام في أن التلف قبل القبض كيف يقتضي انفساخ العقد، لأن استيلاء البائع على المبيع الذي صار ملكاً للمشتري إنما يقتضي كون عهده عليه بالمسمى فيما إذا كان المبيع باقياً، وبالقيمة أو المثل فيما إذا كان تالفاً، وأما انفساخ العقد وعود الثمن إلى المشتري فلا؟

فقول: إن انفساخ العقد بالتلف قبل قبض المبيع آنأماً قبل التلف ليس إلا أمراً تعبدياً يدلّ عليه قوله ﷺ: «من مال بايعه»، وسيأتي مزيد توضيح له إن شاء الله.

ومن هنا يظهر أنّ الفرق بين هذه القاعدة والقاعدة السابقة في أنّ أصل الضمان في المقام موافق للقاعدة الأولى - أي قاعدة ضمان اليد -، وإن كان انفساخ العقد على خلاف القاعدة. بخلاف القاعدة السابقة فإنّ فيها أصل الضمان أيضاً على خلاف القاعدة، لأنّ المفروض أنّ المشتري مستولٍ على ماله، فمقتضى قاعدة تلف كلِّ مال على مالكة المستولي عليه أن يكون تلف المبيع محسوباً من مال المشتري، لا من مال البائع.

وبالجملة: إنّ العمدة في الاستدلال على القاعدة ما عرفت من الروايات والإجماع، فتكون القاعدة من القواعد التعبدية.

الجهة الثالثة: في تنبيهات القاعدة

التنبيه الأوّل: في تفصيل مفردات القاعدة

١ - «تلف»

إنّ التلف لغةً هو الهلاك والضياع^(١). وفي الاصطلاح يستعمل في موارد: الأوّل: التلف الحقيقي، وهو زوال العين وهلاكها. الثاني: أن يتلف جمع الانتفاعات المرتبة على الشيء في جميع الأزمنة، كصيرورة الدواء فاسداً.

الثالث: أن يتلف بعض الانتفاعات في بعض الأمكنة دائماً، كما إذا صار الحيوان موطوءاً، فإنّه لم يتلف منه إلّا الانتفاع به دائماً في بلد الوطئ لا في سائر البلاد. الرابع: أن يتلف جميع الانتفاعات في بعض الأزمنة، كما إذا منع الحاكم من استعمال مبيع خاصّ.

(١) الصحاح ٤: ١٣٣٣، لسان العرب ٩: ١٨، تاج العروس ٦: ٥٠.

الخامس: أن يخرج الشيء عن التقويم وإن كانت عينها موجودة.
 السادس: أن يتعذر الوصول إلى العين عادةً، كما إذا سرقت على وجه لا يرجى عوده أو وقعت في البحر العميق أو انفلت الطير.
 الظاهر - بقرينة رواية عقبة المتقدمة - أن المراد من التلف ليس خصوص التلف الحقيقي، بل يشمل كل ما يوجب زوال مالية المبيع، لأن المعقود عليه في البيع هو المال، فإن البيع مبادلة مال بمال. وإذا خرجت العين عن المالية - بأن يتلف عينه، أو يتلف الانتفاعات التي تتقوّم بها الملكية في جميع الأزمنة والأمكنة، أو يخرج العين عن التقويم بحيث لم يقابل بالمال عرفاً، أو يتعذر الوصول إليها عادة - فلا يمكن مبادلته عرفاً. وسقوط العين عن المالية تساوق تلف المعقود عليه، وإذا تلف المعقود عليه قبل قبضه ينسخ العقد تعبدًا ويرجع ما جعل مقابلًا له من المال إلى مالكة السابق.
 والحاصل: أن المراد من التلف هو ما يعدّ في العرف تلفاً، بحيث لا يمكن تحقّق المبادلة عرفاً، وهو كل تلف يتقوّم مالية الشيء بعده.

٢ - «المبيع»

المراد من المبيع بمقتضى اللغة والعرف واضح، وهو المثلن، فلا يشمل بحسب اللفظ. الثمن.

وإنما الكلام في أن القاعدة هل تشمل تلف الثمن قبل قبضه من جهة وحدة المناط أو من جهة أخرى أو لا تشملها؟ وسيأتي البحث عن هذا المطلب في التنبيهات الآتية إن شاء الله.

٣ - «القبض»

القبض لغةً هو الأخذ. قال في الصحاح: «قبضت الشيء قبضاً: أخذته»^(١).

(١) الصحاح ٣: ١١٠.

وقال في النهاية: «القبض: الأخذ بجميع الكف»^(١). وقال في القاموس: «قبضه بيده يقبضه: تناوله بيده وعليه بيده: امسكه»^(٢). وقال في مجمع البحرين: «قوله تعالى: (قبضت قبضة من أثر الرسول) أي: أخذت ملاً كف من تراب...»^(٣).
 وإنما الكلام في أن المراد من القبض في القاعدة هل هو مجرد التخلية بين المال ومالكه السابق، أو هو استيلاء المالك الفعلي عليه خارجاً، أو هو التخلية في غير المنقول والاستيلاء في المنقول؟
 وقبل الخوض في بيان المراد من القبض في المقام ينبغي الإشارة إلى ما ذكر في حقيقة القبض.

فنقول: اختلفوا في حقيقة القبض على أقوال:

الأول: أن القبض هو التخلية مطلقاً، في المنقول وغير المنقول^(٤).

الثاني: أن القبض في المنقول هو النقل، وفيما يعتبر كي له أو وزنه الكيل أو الوزن^(٥).

الثالث: أن القبض في الحيوان هو النقل، وفيما يعتبر كي له أو وزنه هو كي له أو وزنه، وفي الثوب هو وضعه في اليد^(٦).

الرابع: أن القبض هو التحويل والنقل مطلقاً، في المنقول وغير المنقول^(٧).

الخامس: أن القبض فيما يتناول باليد - كالجواهر والدراهم والدنانير - هو التناول باليد، وفي مثل الحيوان هو النقل إلى مكان آخر، وفيما يكال هو الكيل^(٨).
 السادس: أن المرجع في القبض هو العرف^(٩).

(١) النهاية في غريب الحديث ٤: ٦.

(٢) القاموس المحيط ٢: ٣٤١.

(٣) مجمع البحرين ٤: ٢٢٥ - ٢٢٦.

(٤) كشف الرموز ١: ٤٧١.

(٥) المختلف ٥: ٢٧٩.

(٦) الدروس ٣: ٢١٣.

(٧) الغنية: ٢٢٩، الخلاف ٣: ٩٨، السرائر ٢: ٣٦٩، اللعة: ١٣٢.

(٨) مجمع الفائدة ٨: ٥٠٥، كفاية الأحكام: ٩٦.

(٩) المبسوط ٢: ١٢٠.

إذا عرفت هذا، فاعلم أنه قد يدعى أن القبض المعتبر في رفع ضمان المبيع عن البائع هو خصوص التخلية بين البائع والمبيع، فإذا رفع استيلاء البائع على المبيع يرفع ضمان المبيع عنه، سواء استولى عليه المشتري خارجاً أو لم يستول عليه، وذلك لرواية عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام، حيث قال: «من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه»، فإن الضمير المستتر في قوله عليه السلام: «يقبض» و«يخرجه» يرجع إلى البائع، فتدلّ على أن الحكم برفع ضمان البائع منوط بإخراجه المبيع من بيته، والإخراج من البيت كناية عن إخراجه عن سلطنته ورفع اليد، وهو مساوق للتخلية. وهذا يظهر من بعض عبارات الشيخ في المكاسب^(١).

وقد يدعى أن القبض المعتبر في رفع ضمان المبيع عن البائع هو استيلاء المشتري على المبيع خارجاً، استناداً إلى رواية عقبة بن خالد، بناءً على أن الضمير في قوله: «يقبض» و«يخرجه» راجع إلى المشتري، فتدلّ الرواية على أن الحكم برفع ضمان المبيع عن البائع منوط بأن يسلب عليه المشتري ويخرج المبيع من بيت البائع بأن يأخذه منه^(٢).

ولا يخفى: أنه لا ظهور لرواية عقبة بن خالد بالنسبة إلى مرجع الضمير فيهما، بل تكون مجملة، فكما يحتمل رجوعهما إلى البائع يحتمل رجوعهما إلى المشتري.

اللهم إلا أن يقال: إن الضميرين يرجعان إلى المشتري بقرينة قول السائل: «ولم يقبضه»، فإنّ وحدة السياق تقتضي رجوعهما إلى المشتري أيضاً.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ٧: ٤٧.

(١) المكاسب ٦: ٢٤٥ - ٢٤٦.

ولكن التحقيق: أنَّ القبض من المفاهيم العرفية، وليس له حقيقة شرعية أو متشرعية حتى تكون متبعة. وهو في العرف عبارة عن الاستيلاء على المال بحيث يكون المالك أو من يؤول إليه أمر المالك قادراً على أن يتصرف فيه وأن يمنع الغير من التصرف فيه. وهذا المعنى العرفي يختلف بحسب اختلاف الموارد، فإنَّ القبض يتحقق في مثل الدار بمجرد التخلية بين المالك السابق وبينها، وفي مثل الجواهر يتحقق بالأخذ باليد، وفي مثل النقود في العصر الحاضر يتحقق بالنقل من الحساب البنكي إلى الحساب الآخر. وكيف كان فالقبض له معنى عرفي، وليس فيه خلاف، وإنَّما الاختلاف في مصاديقه وأفراده.

٤- «من مال بائعه»

المراد من قوله ﷺ: «فهو من مال بائعه» هو الضمان بالمسمى الذي ينتج إنفساخ المعاملة، فإنَّ ظاهره أنَّ تلف المبيع يقع في ملك البائع ويخرج من كيسه، والمفروض أنَّ المبيع صار ملكاً للمشتري بعد العقد، فلا بدَّ من حمله على أنَّ المبيع التالف يرجع إلى البائع آنماً قبل التلف ويصير ملكاً له، فبالتلف ينفسخ العقد ويرجع الثمن إلى مالكة السابق، أي المشتري. فليس معنا قوله ﷺ: «فهو من مال بايعه» أنَّ البائع ضامن للمبيع بالضمان الواقعي، ضرورة أنَّه لو كان المراد منه الضمان الواقعي لكان اللازم أن يقول: «فعلى البائع». فالمراد من هذه الجملة هو انفساخ العقد المساوق للضمان بالمسمى، كما مرَّ في القاعدة السابقة.

التنبيه الثاني: في اختصاص القاعدة بالمبيع

وقع الكلام بينهم في أنَّ هذه القاعدة هل تشمل تلف الثمن قبل قبضه فيكون تلفه من مال المشتري وينفسخ المعاملة، أو لا تشمل بل تختص بتلف المبيع؟ فيه قولان:

القول الأول: أنَّ القاعدة تشمل تلف الثمن كما تشمل تلف المبيع. وهذا

ما ذهب إليه كثير من المحققين، ولكن اختلفوا في الاستدلال عليه. فذهب بعضهم إلى أنه لا يمكن الاستدلال على الشمول بناءً على كون القاعدة من القواعد التعبدية، لعدم دلالة الأدلة التعبدية على الشمول. أما الروايات: فلأنها ظاهرة في خصوص المبيع. وأما الإجماع: فلأن القدر المتيقن منه خصوص المبيع. بل إنما يمكن الاستدلال عليه بناءً على كون القاعدة من القواعد العقلية، لدلالة الأدلة العقلية على شمولها للثمن أيضاً، وهي عبارة عن أدلة ثلاثة: أحدها: السيرة القطعية المتشعبة، لأن السيرة كما أنها جارية في ناحية المبيع كذلك أنها جارية في ناحية الثمن^(١).

ثانيها: بناء العقل، فإن بنائهم في المعاملات المعاوضة هو إنشاء المبادلة بين المالكين لأجل الأخذ والإعطاء والتقابض الخارجي، فإذا خرج المبيع أو الثمن عن قابلية القبض والإقباض والأخذ والإعطاء فيفسخ المعاملة، فلا فرق في مناط الانفساخ بين الثمن والمبيع^(٢).

ثالثها: أن عقد المعاوضة بما هي معاوضة يقتضي أن يكون الثمن في ضمان المشتري قبل القبض، كما يقتضي أن يكون المبيع في ضمان البائع قبل القبض^(٣). وذهب بعض آخر إلى أنه يمكن الاستدلال على الشمول مطلقاً، سواء قلنا بأنّها من القواعد العقلية أو قلنا بأنّها من القواعد التعبدية.

أما إذا قلنا بأنّها من القواعد العقلية: فلأن مقتضى المعاوضة أو السيرة وبناء العقل هو انفساخ المعاوضة بتلف كل واحد من العوضين قبل القبض، من دون فرق بين تلف الثمن أو المثل^(٤).

وأما إذا قلنا بأنّها من القواعد التعبدية فللدلالة روايات الباب على الشمول.

(١) مصباح الفقاهة ٣: ٣٤.

(٢) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٢: ٧٣.

(٣) بلغة الفقيه ١: ١٩٤.

(٤) منية الطالب ٣: ٣٥٨.

أما النبويّ (كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه): فلأنّ كلمة «البائع» يطلق على المشتري أيضاً^(١).

وأما رواية عقبة: فقال في مجمع الفائدة: «وفي الأولى - أي في خبر عقبة - إيماء إلى التعميم في البائع والمشتري»^(٢). بل قال المحقّق النائيني - على ما في تقارير بحثه - «إنّ رواية عقبة بن خالد صريحة أو ظاهرة في سريّة هذا الحكم إلى الثمن أيضاً، فإنّ قوله ﷺ: (فإذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتّى يردّ إليه ماله) صريح في أنّ المبتاع هو المشتري، والضمان الثابت عليه هو الضمان المعاوضي الثابت على البائع. والضمير في قوله: (لحقّه) راجع إلى البائع، فيصير مفاده أنّ المشتري لو قبض المبيع فهو ضامن لحقّ البائع حتّى يردّ إليه الثمن، فإذا تلف الثمن قبل أن يردّه إليه ينفسخ المعاوضة ويرجع المبيع إلى البائع. واحتمال كون المبتاع هو البائع مساوق لأن لا يكون للشرط جزاء. كما أنّ احتمال رجوع الضمير إلى المشتري أو كون الضمان عليه هو ضمان اليد لا المعاوضي احتمال لا يُعتنى به. مع أنّ الرواية لو لم تكن صريحة فلا أقلّ من ظهورها في سريّة الحكم إلى الثمن، فيكفي للمدّعي»^(٣).

القول الثاني: أنّ القاعدة تختصّ بتلف المبيع ولا تشمل تلف الثمن، فإذا تلف الثمن في يد المشتري قبل القبض يكون من مال البائع، لأنّه مالكة، وتلف كلّ مال من مال مالكة.

التحقيق: أنّ الثمن إذا تلف في يد المشتري قبل القبض يكون عهده على المشتري، لأنّه يكون مستولياً عليه من دون إذن البائع المالك له، فالقاعدة الأولى تقتضي الحكم بضمان المشتري للثمن بالضمان الواقعي. وأمّا انفساخ العقد وعود

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤١٩، رياض المسائل ٨: ٢٠٨.

(٣) منية الطالب ٣: ٣٥٨.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤١٩.

المبيع إلى البايع بتلف الثمن فيحتاج إلى دلالة دليل، ولا دليل عليه.
 أمّا السيرة المتشرّعة وبناء العقلاء واقتضاء العقد: فلما مرّ فيها من المناقشة.
 وأمّا النبويّ: فلأنّ كلمة «المبيع» ظاهرة في الثمن، كما هو المتفاهم منه
 في المحاورات العرفيّة، لو لم نقل بكونها صريحة فيه، فلا يصدق على الثمن إلّا
 مع القرينة.

وأما رواية عقبة بن خالد: فلأنّ في قوله: «فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع
 ضامن لحقه حتّى يردّ إليه ماله» وجهين:

الأوّل: أنّه يحتمل أن يكون الضمير المستتر في قوله: «أخرجه» والضمير
 البارز في قوله: «بيته» راجعين إلى البايع، وأن يكون المراد من المبتاع هو
 المشتري، ويرجع الضمير في قوله: «لحقّه» إلى البايع، فيكون معناه: أنّ البايع إذا
 أخرج المبيع الذي صار ملكاً للمشتري من بيته، يكون المشتري ضامناً لحقّ البايع
 إلى أن يردّ إليه ماله. وعليه فيكون المراد من حقّ البايع هو الثمن الذي صار ملكاً
 له بعد العقد. وحينئذٍ تدلّ الرواية على أنّ مجرد التخلية بين المبيع والبايع يكفي في
 رفع ضمان البايع بالنسبة إلى المبيع الذي صار ملكاً للمشتري. وأمّا المشتري
 فيكون ضامناً للثمن الذي صار ملكاً للبايع بالضمان الواقعي، لأنّه كان مستولياً
 على الثمن الذي يكون ملكاً للغير.

فعلى هذا الاحتمال تكون الرواية أجنبيّة عن إثبات انفساخ المعاملة بتلف
 الثمن، بل يكون ظاهراً في أنّ المشتري ضامن للثمن بالضمان الواقعي. وأمّا
 انفساخ العقد بتلف الثمن فيحتاج إلى دليل، وهو مفقود في المقام.

الثاني: أنّه يحتمل أن يكون الضمير المستتر في قوله: «أخرجه» راجعاً إلى
 المشتري، والضمير البارز في قوله: «بيته» راجعاً إلى البايع، ويكون المراد من
 المبتاع هو المشتري، ويرجع الضمير في قوله: «لحقّه» أيضاً إلى البايع. فيكون

معناه: أنَّ المشتري إذا أخرج المبيع الَّذي صار ملكه من بيت البائع يكون ضامناً لحقَّ البائع - أي عليه أن يردَّ الثمن إلى البائع -، لأنَّه يكون مستولياً عليه من دون إذن المالك. فإذا تلف الثمن قبل أن يردَّه إلى البائع يكون ضامناً له بالضمان الواقعي، فإنَّ القاعدة الأوَّليَّة تقضي بأن يردَّ إليه المسمَّى فيما إذا كان باقياً، وأن يردَّ إليه القيمة أو المثل فيما إذا كان تالفاً. وأمَّا انفساخ العقد بتلف الثمن وعود المبيع إلى البائع يحتاج إلى دليل من الرواية والإجماع، وهو مفقود في المقام، لأنَّ الرواية النبويَّة تختصُّ بالمبيع، كما أنَّ القدر المتيقَّن من معقد الإجماع هو خصوص المبيع.

فعلي كلا الاحتمالين لا دلالة للرواية على انفساخ المعاملة بتلف الثمن قبل القبض.

ولا ينافيه قاعدة كون تلف كلِّ مال من ماله، لأنَّها تختصُّ بما إذا كان المالك مستولياً على المال فتلف المال حين استيلائه، والمفروض في المقام أنَّ مالك الثمن - أي البائع - لم يكن مستولياً عليه، بل المستولي عليه هو غير ماله - أي المشتري -.

والحاصل: أنَّ القاعدة لا تشمل تلف الثمن قبل القبض، بل تختصُّ بتلف المبيع قبل القبض، فإذا تلف الثمن قبل قبضه يكون المشتري ضامناً له بمثله أو قيمته.

التنبيه الثالث: في عدم إلحاق سائر المعاوضات بالمبيع ويقع الكلام أيضاً في أنَّ القاعدة هل تختصُّ بالمبيع أو تشمل سائر العقود المعاوضيَّة؟

التحقيق: أنَّه لا وجه لإلحاق سائر العقود المعاوضيَّة بالمبيع في الحكم المتقدِّم، فلا تجري في الصداق وعوض الخلع وغيرهما، لعدم شمول الروايات

ولا الإجماع لها، لما مرّ في التنبيه السابق.

نعم ادّعى العلامة في التذكرة في باب الإجارة عدم الخلاف في انفساخ العقد فيما إذا تلفت العين المستأجرة. وقد يستظهر من كلامه ثبوت الإجماع على عموم الحكم لجميع المعاوضات.

ولكن التحقيق: أنّه لا يستفاد من كلامه دعوى الإجماع، فإنّه قال: «بلا خلاف نعلمه، لأنّ المعقود عليه تلف قبل قبضه، فأشبه ما لو تلف المبيع قبل قبضه»^(١). مضافاً إلى أنّها - على فرض استفادتها من كلامه - دعوى بلا دليل.

نعم، لو قلنا بأن القاعدة ليست من القواعد التعبدية الصرفة، بل هي من القواعد العقلية التي تدلّ عليها السيرة أو بناء العقلاء، يمكن دعوى ثبوت الحكم في سائر المعاوضات وإلحاقها في الحكم المتقدم، ولكنّه كما ترى.

وعليه فيبقى الحكم في سائر المعاوضات على الأصل الأولي الذي تقتضيه القواعد الأولية، وهو الحكم بأنّ من استولى على المال ضامن له بالضمان الواقعي حتّى يقبضه مالكة، فإذا تلف الصداق - مثلاً - قبل قبضه يكون الزوج ضامناً به بمثله أو قيمته.

التنبيه الرابع: في عدم إمكان إسقاط هذا الضمان

هل هذا الضمان قابل للإسقاط أم لا؟ وبتعبير آخر: إنّ ضمان البائع بالنسبة إلى الثمن لو تلف المبيع قبل أن يقبضه المشتري هل يمكن إسقاطه بإسقاط المشتري أم لا؟

الحق أنّه لا يسقط بإسقاط المشتري، لأنّ انفساخ العقد ورجوع الثمن الموجود بعد تلف المبيع حكم شرعيّ تعبدية، بناءً على أن يكون مدرك القاعدة

(١) تذكرة الفقهاء (ط - القديمة) ٢: ٣٢٢.

هو الروايات والإجماع. وليس انفساخ العقد آنأماً قبل التلف من حقوق المشتري على حلّ العقد إذا تلف المبيع قبل القبض، بل يكون حكماً شرعياً تبعدياً، والحكم الشرعي أمره بيد الشارع وليس قابلاً للإسقاط. هذا بناءً على أن يكون مدرك القاعدة هو الروايات والإجماع.

وأما بناءً على أن يكون مدركها السيرة أو بناء العقلاء أو اقتضاء العقد؛ فالتحقيق أيضاً أنه لا يقبل الإسقاط، لأنّ انفساخ العقد - حينئذٍ - أمر قهري خارج عن اختيار المشتري، فإنّ بناء العقلاء - لو كان - على أن بقاء العقد منوط ببقاء قابلية كلّ واحد من العوضين على الأخذ والإعطاء، وإذا خرج العقد عن هذه القابلية ينحلّ العقد قهراً، فلا يكون إنحلاله من آثار حقّ المشتري على حلّ العقد كي يقبل الإسقاط.

ولا فرق فيما ذكرنا بين اشتراط البراءة عن الضمان في العقد وبين إسقاط الضمان بعد العقد.

أما الثاني: فلما ذكرناه.

وأما الأول: فلاّنه شرط مخالف للمشروع، وهو باطل.

وقد فصل بعض المحققين بين ما إذا اشترط في العقد البراءة عن الضمان فتحصل البراءة، وبين إسقاط الضمان بعد العقد فلا يسقط به. وحاصل كلامه: أنّ مفاد العقد المشروطة فيه البراءة عن الضمان من الجانبين أو من أحدهما بالنسبة إلى العوضين مغاير للعقد المطلق، لأنّ مفاد الأوّل هو مجرد التملك بإزاء التملك بحسب الاقتضاء واستحقاق التملك منهما أو من أحدهما بحسب الشرط، ومفاد الثاني هو التسليط الفعلي بإزاء التسليط الفعلي، فإنّ الاقتضائية والفعلية إذا اجتمعتا اتحدتا في الوجود، فلا يكون الشرط في الأوّل منافياً لمقتضى ذات العقد. وهذا لا ينافي ما ذكرنا من كون التسليم من تمام مقتضى العقد، فإنّنه من مفاد العقد

المطلق لا مطلق العقد^(١).

وفيه: أولاً: أنَّ أثر العقد المعاوضي ليس إلا التملك الإنشائي وحصول الملكة الاعتبارية. وأمَّا التسليط الفعلي فهو خارج عن حقيقة العقد المعاوضي، كما مرَّ سابقاً.

وثانياً: أنَّ المراد من مقتضيات العقد في قولهم: «إنَّ الشرط المنافي لمقتضيات العقد باطل» هو ما يقتضيه ذات العقد بما هو عقد، الذي يكون على نحو اللابشرط المقسمي، لا ما يقتضيه إطلاق العقد المطلق الذي يكون على نحو اللابشرط القسمي. وإذا كان تسليم العوضين والتسليط الفعلي من مقتضيات العقد المطلق فلا يكون عدمه منافياً لما يقتضيه العقد كي يكون باطلاً، غاية الأمر أنَّ عدمه يكون منافياً لما يقتضيه إطلاق العقد. كيف ويكون أكثر الشروط منافياً لما يقتضيه العقد؟!

وتوضيح ذلك: أنَّ مقتضيات العقد على قسمين:

الأول: ما يقتضيه العقد بحسب ذاته قطع النظر عن الشرع وبناء العقلاء، بحيث يكون انتفاؤه موجباً لانتفاء ماهية العقد، كإقتضاء عقد البيع ملكية العين وكون نماء الملك للمالك، وإقتضاء الإجارة ملكية المنفعة، وإقتضاء النكاح علاقة الزوجية وهكذا.

الثاني: ما يقتضيه العقد لا بحسب ذاته وماهيته، بل بحسب إطلاقه، كإقتضاء إطلاق المزارعة جواز زرع ما شاء العامل، وإقتضاء إطلاق الوقف على جماعة التسوية بينهم، وإقتضاء إطلاق المعاوضة كون العوض والمعوّض حاليين، وإقتضاء إطلاق الرهن تسلط المرتهن في الاستيفاء من دون مدخلية شيء آخر، وهكذا.

(١) بلغة الفقيه ١: ١٨٤ - ١٨٥.

والمراد من مقتضيات العقد التي ينتفي العقد بعدمها ولا يصحّ اشتراط عدمها هو القسم الأول، فإذا انتفى أحد ما يقتضيه العقد بحسب ذاته ينتفي به العقد، كما إذا انتفى ملكية العين في عقد البيع. وأمّا الأمور التي يقتضيها إطلاق العقد فلا مانع من انتفائها، كما لا مانع من اشتراط عدمها.

والتسليط الفعلي - على ما ذكرتم ها هنا - يكون من مقتضيات العقد المطلق، لا من مقتضيات العقد بما هو عقد، فلا ينتفي العقد بانتفائه، بل يصحّ اشتراط عدمه في العقد، ولكنه أجنبي عن البراءة عن الضمان - بمعنى انفساخ العقد آناءً قبل التلف -، لما مرّ من أن انتفاء التسليط الفعلي لا يلزم انفساخ العقد وبطلانه، سواء كان العقد مشروطاً أو كان مطلقاً، وذلك لأنّ المفروض أن التسليط الفعلي من مقتضيات إطلاق العقد، لا من مقتضيات ذات العقد، فتدبرّ.

التنبيه الخامس: في عدم شمولها لتلف ما لا يقسّط عليه الثمن إنّ التالف قبل القبض قد يكون كلّ المبيع، وقد يكون بعضه، وقد يكون وصفاً من أوصافه.

لاريب في أن القاعدة تشمل تلف كلّ المبيع، فإنّ تلف كلّ المبيع يوجب عود ما يقابله من الثمن إلى المشتري ويتحقّق الانفساخ.

وإنّما الكلام في أن القاعدة هل تشمل تلف جزء المبيع وتلف وصف من أوصافه أم لا؟

التحقيق: أن القاعدة لا تشمل تلف وصف من الأوصاف، لأنّه لا يقسّط عليه الثمن مطلقاً، سواء كانت من أوصاف الصّحة أو كان من أوصاف الكمال.

وأمّا جزء المبيع: فإن كان من الأجزاء التي يقسّط عليه الثمن ككيل من الحنطة أو منّ من السمن فتشملة القاعدة، وإلّا فلا. والوجه في ذلك ما مرّ في القاعدة السابقة من أن المراد من الضمان في المقام هو الضمان بالمسمّى الذي

يرجع إلى انفساخ العقد، والانفساخ إنما يعقل بالنسبة إلى ما يكون معقوداً عليه، وهو مجموع المبيع أو جزؤه الذي يقسّط عليه الثمن، فإنهما ممّا يقسّط عليه الثمن ويقابلان بالمال ويعود ما يقابلهما إلى المشتري بالتلف. وأمّا الوصف: فانفساخ العقد بالنسبة إليه غير معقول، لأنّه ممّا لا يقسّط عليه الثمن، فلا مقابل له كي يعود بانفساخه إلى المشتري.

وقد مرّ في القاعدة السابقة تفصيل ما أفاده الأعلام في المقام نقضاً وإبراماً، فراجع.

التبني السادس: في أنّ القاعدة لا تشمل الإلتلاف من المشتري

لا شبهة في جريان القاعدة فيما إذا تلف المبيع قبل القبض بتلف سماويّ ونحوها. وإمّا الكلام فيما إذا أُلّف. والإلتلاف إمّا أن يكون من المشتري، وإمّا أن يكون من البايع، وإمّا أن يكون من الأجنبيّ.

أما إن كان من المشتري: فلا يخلو: إمّا أن يكون المشتري متلفاً لما صار ملكاً له ويعلم أنّه ملكه، فيكون الإلتلاف حينئذٍ قبضاً عرفاً، فيسقط ضمان البايع بالنسبة إلى المبيع. وإمّا أن يكون جاهلاً بأنّه ملكه، وحينئذٍ فإن أُوهمه فرد آخر بأنّه هبة له أو مباح عليه فأتلفه، يصدق عليه المتلف عرفاً، فلا يجري فيه حكم التلف قبل القبض الذي دلّ عليه النبويّ ويكون القدر المتيقّن من معقد الإجماع، ولا يتحقّق به القبض أيضاً. فإذا كان الغارّ نفس البايع فيرجع المشتري إليه بضمانه الواقعي من المثل أو القيمة، وإذا كان الغارّ هو الأجنبيّ فيرجع إليه أيضاً بالضمان الواقعي.

وهذا ما صرّح به العلامة في التذكرة، حيث قال: «هذا إذا كان المشتري عالماً. أمّا إذا كان جاهلاً بأن قدّم البايع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله فهل يجعل قابضاً؟ فالأقرب أنّه ليس قابضاً ويكون بمنزلة إلتلاف البايع»^(١).

والعجب من صاحب الجواهر حيث قال هاهنا: «الظاهر أن إتلاف المشتري بمنزلة القبض، سواء كان عالماً أو جاهلاً»^(١)، فإنّ كلامه هذا ينافي ما ذكره في كتاب الغصب من قوله: «لو كان الطعام ملك الأمور المغرور ضمنه له أيضاً، لأنّه وإن كان قد سلّطه عليه وصيّره بين يديه إلّا أنّه بإعتقاده أنّه ملك الغير وأنّه مسلّط على إتلافه بغير عوض، فليس تسليمه له تسليماً تامّاً يتصرّف فيه تصرّف المالك»^(٢). هذا مضافاً إلى أنّ إطلاق التلف في النبويّ - على فرض إطلاقه - ينصرف عن إتلاف المشتري بمناسبة الحكم والموضوع. ورواية عقبة بن خالد وردت في إتلاف الأجنبيّ، ولا تشمل ما إذا أتلّفه المشتري المالك.

ومع الشكّ في تحقّق القبض في هذه الصورة يكون مقتضى الأصل عدم تحقّق القبض، لأنّ عدم تحقّق القبض قبل إتلاف المشتري جاهلاً يقينيّ، ويشكّ في تحقّقه بعده، فيستصحب عدم تحقّقه.

وأما إن كان من البايع: فقد ذكر الشيخ الأعظم فيه وجوهاً ثلاثة:
الأوّل: إنفساخ البيع، كما في مورد التلف القهريّ. وذلك لأنّ التلف في النبويّ عامّ ويشمل لكلّ تلف، سواء تحقّق بإتلاف حيوان أو إنسان أو باقّة.
الثاني: ضمان البايع لقيمة المبيع التالف. وذلك لإنصراف دليل الانفساخ عن هذه الصورة، فيدخل تحت قاعدة إتلاف مال الغير.

الثالث: التخيير بين المطالبة بالقيمة والمطالبة بالثمن. إمّا لأنّ كلّاً من سبب الضمان وسبب الانفساخ متحقّق، ولا يمكن العمل بهما معاً، فيؤخذ بأحدهما؛ وإمّا لأنّ التلف الناشئ من فعل البايع إذا كان خارجاً عن منصرف دليل الانفساخ كان من موارد تعذّر التسليم، فيثبت الخيار للمشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١٥٧.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ٥٧.

الإمضاء والمطالبة بالقيمة^(١).

التحقيق: أن المراد من التلف ليس إلا ما يعدّ في العرف تلفاً وهدراً، بحيث لا يمكن تحقّق المبادلة بين المالين عرفاً، وهو قد يتحقّق بخروج المبيع عن التقويم، وقد يتحقّق بسلب الانتفاعات المترتبة عليه، وقد يتحقّق بتعذّر المشتري من الوصول إلى المبيع. وما نحن فيه من قبيل الثالث، فإنّ البائع إذا أتلّف المبيع يتعذّر المشتري المالك من الوصول إليه، فيشمّله النبويّ ويحكم بانفساخ العقد ورجوع المبيع آنأماً قبل التلف إلى ملك البائع وكون تلفه من ماله.

ولا تشمله قاعدة إتلاف مال الغير، لأنّ المفروض أنّ الشارع حكم برجوع المبيع إلى ملك البائع آنأماً قبل التلف، فأتلّف البائع ما رجع إلى ملكه، لا أنّه تلف مال الغير كي تشمله قاعدة الإتلاف.

وأما إن كان الإتلاف من الأجنبيّ: فيحكم بانفساخ العقد ورجوع المبيع إلى ملك البائع آنأماً قبل التلف، فيكون التلف من مال البائع بمقتضي صريح رواية عقبة بن خالد، وبطل هو المستفاد من رواية النبويّ. غاية الأمر لما حكم الشارع تعبدّاً برجوع المبيع آنأماً قبل التلف والتعذّر إلى ملك البائع فيقع إتلاف الأجنبيّ في ملك البائع بحكم الشارع، وقاعدة الإتلاف يحكم بضمان الأجنبيّ بالنسبة إلى ملك البائع، فللبائع أن يرجع إلى الأجنبيّ بالقيمة أو المثل.

والحاصل: أنّ القاعدة تشمل الإتلاف فيما إذا كان من البائع أو الأجنبيّ، وأما إذا كان من المشتري فلا تشمله.

هذا كلّ بناءً على أن يكون القاعدة من القواعد التعبدية التي دلّت عليه الروايات والإجماع، وإلاّ فشمولها للإتلاف من البائع أو الأجنبيّ واضح.

(١) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٦: ٢٧٦.

التنبية السابع: في تعارض قاعدة التلف في زمان الخيار مع هذه القاعدة ويقع الكلام في نسبة القاعدة مع قاعدة التلف في زمان الخيار، فهل يتعارضان فيما إذا وقع التلف قبل قبض المشتري للمبيع وكان البائع ذا الخيار، أم لا يتعارضان؟

قد يقال بأن النسبة بين القاعدتين عموم من وجه، فيتعارضان في مادة الاجتماع، كما إذا وقع التلف قبل قبض المشتري للمبيع وكان التلف في زمان خيار البائع دون المشتري، فقاعدة التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار له تقتضي أن يكون التلف في ملك المشتري ولا يرجع الثمن إليه، بخلاف قاعدة تلف المبيع قبل قبضه، فإنه تقتضي أن ينحل العقد ويكون تلف المبيع من مال البائع، بأن يدخل في ملكه آناء قبل التلف، فيقع التلف في ملكه ويرجع الثمن إلى المشتري.

والتحقيق: أنهما لا يتعارضان، لعدم كون النسبة بينهما عموماً من وجه، وذلك لما مرّ في القاعدة السابقة أن مورد قاعدة التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار له هو خصوص بعد القبض، فإنّ قوله عليه السلام - في صحيحة ابن سنان -: «وإن كان بينهما شرط أيّاماً معدودة فهلك في يد المشتري»^(١) أو قوله عليه السلام - في رواية عبد الرحمن -: «فماتت عنده»^(٢) ظاهر في اختصاص القاعدة بما بعد القبض، فموضوع تلك القاعدة هو ما إذا تلف المبيع بعد قبضه في زمان ثبوت خيار الحيوان أو الشرط للمشتري. وأمّا إذا تلف قبل قبضه - سواء كان المشتري ذا الخيار أم لا - فيكون من مال البائع بمقتضى قاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥١، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

مضافاً إلى أنَّ قاعدة التلف في زمان الخيار تختصّ بما إذا كان الخيار للمشتري فقط.. كما مرّ توضيحه في تلك القاعدة -، فلا يجتمعان فيما إذا تلف المبيع قبل قبض المشتري له وكان الخيار للبائع فقط، بل لا تجري فيه قاعدة التلف في زمان الخيار من مال من لا خيار، فلا معارض لقاعدة تلف المبيع قبل قبضه في هذا المورد.

ومن هنا يظهر فساد ما يتوهم من وقوع التعارض بين القاعدتين في هذا المورد ودعوى تقديم وترجيح قاعدة التلف قبل القبض على قاعدة التلف في زمان الخيار لقوة دليلها على دليل قاعدة التلف في زمان الخيار من حيث تعميمها لمثل هذا المورد^(١).

التنبيه الثامن: في حكم اتّحاد القابض والمقبض

لو اتّحد القابض والمقبض هل يحصل القبض بمجرد كون العوضين تحت يده أم يحتاج إلى قصد جديد وثبة جديدة؟ مثلاً: لو كان شخص وكيلاً عن البائع والمشتري أو ولياً عليهما وكان الثمن والمثمن كلاهما تحت يده، أو كان البائع وكيلاً عن المشتري وكان الثمن تحت يده، أو كان المشتري وكيلاً عن البائع والمثمن تحت يده، فهل يتحقّق القبض بمجرد استيلائه عليهما أو على أحدهما فيكون تلف أحدهما بعد وقوع العقد من التلف بعد القبض، أم لا يتحقّق القبض إلا إذا جدّد القصد والنية، فيعتبر في قبض الثمن أن ينوي كونه تحت يده باعتبار صيرورته ملكاً للبائع الموكل أو المولي عليه، ويعتبر في قبض المثلث أيضاً أن ينوي كونه تحت يده باعتبار صيرورته ملكاً للمشتري الموكل أو المولي عليه؟

التحقيق: أنَّ القبض من المفاهيم العرفية، وهو في العرف عبارة عن الاستيلاء على المال بحيث يكون المالك أو من يوول إليه أمر المالك قادراً على أن يتصرّف

(١) حاشية المكاسب (لليزدي) ٢: ١٦٩.

فيه وأن يمنع الغير من التصرف فيه. وهذا المعني يتحقق في المقام من دون حاجة إلى نيّة جديدة.

التنبيه التاسع: في حكم التفريط في الإقباض

لا شك في أنّ البائع المالك إذا فرط في الإقباض فتلف المبيع قبل قبضه ينفسخ العقد ويرجع الثمن إلى المشتري. وإنّما الكلام فيما إذا فرط من يؤول إليه أمر المالك - كوكيله أو وليّه - بدون أيّ عذر، فتلف المبيع، فهل ينفسخ العقد ويرجع المبيع إلى البائع آنأما قبل التلف أم لا؟

التحقيق: أنّه ينفسخ العقد العقد ويرجع المبيع إلى البائع آنأما قبل التلف. وذلك لما مرّ من أنّ المراد من التلف هو ما يعدّ تلفاً وهدرأ في العرف بحيث لا يمكن تحقّق المبادلة بين المالين عادةً، وهو يتحقّق إمّا بخروج المبيع عن التقويم وإمّا بانتفاء الانتفاعات المترتبة عليه وإمّا بتعذر المشتري من الوصول إليه. وما نحن فيه من قبيل الثالث، فإنّ الوكيل المفرط صار سبباً لتعذر المشتري المالك من الوصول إلى المبيع، فيشملة النبوي.

نعم، للبائع أن يرجع إلى الوكيل المفرط بالضمان الواقعي، إمّا بمقتضي قاعدة التسيب، وهو فيما إذا صار تأخيره وتفريطه في الإقباض سبباً لإتلاف الغير، كما إذا صار سبباً لسرقة السارق، وإمّا بمقتضي قاعدة الإتلاف، وهو فيما إذا ترتّب على تأخيره وتفريطه فساد المبيع وضياعه، فإنّه يصدق عليه المتلف عرفاً.

التنبيه العاشر: في دوران الأمر بين كون التلف قبل القبض أو بعده

قد انتقدح ممّا ذكرناه أنّ المبيع إذا تلف قبل أن يقبضه المشتري ينفسخ العقد ويرجع الثمن إلى المشتري، وهذا ممّا لا ريب فيه. وإنّما الكلام فيما إذا تحقّق التلف وشكّ في كونه موجباً للانساخ، للشكّ في حصوله قبل القبض أو بعده. فقد يقال: إنّ الشكّ في المقام يرجع إلى الشكّ في وجود الفاسخ أو فاسخيّة

الموجود، والأصل عدم عروض الفاسخ أو فاسخية الموجود.
وقد يقال: إنَّ الشكَّ في المقام يرجع إلى الشكَّ في بقاء ملكية الثمن للبايع التي تتحقق بعد العقد قطعاً، فنستصحب بقاء ملكية الثمن للبايع.
ولكن التحقيق: أنَّ الشكَّ في عروض الفاسخ بعد العقد أو فاسخية العارض الموجود والشكَّ في بقاء ملكية الثمن للبايع مسبَّب عن الشكَّ في حصول قبض المبيع بعد العقد وعدمه، والأصل الجاري في الشكَّ السببيِّ حاكم على الأصل الجاري في الشكَّ المسببي، فيستصحب عدم حصول قبض المبيع بعد العقد ويحكم بانفساخ العقد.

لا يقال: إنَّ الشكَّ في المقام مسبَّب عن الشكَّ في تقدُّم القبض على التلف وتأخُّره عنه، لا عن الشكَّ في حصول القبض بعد العقد وعدمه، وحينئذٍ يتعارض أصالة تأخُّر التلف عن القبض مع أصالة تأخُّر القبض عن التلف، فيتساقطان، وتصل النوبة إلى جريان أصالة عدم عروض الفاسخ وأصالة بقاء ملكية الثمن للبايع.

فإنَّه يقال: إنَّ تأخُّر القبض عن التلف غير معقول، لأنَّ التالف المعدوم غير قابل للقبض، فلا يدور الأمر بين تقدُّمه على التلف وتأخُّره عنه، بل الأمر يدور بين أن يحصل القبض بعد العقد فيكون التلف بعده لا محالة، وبين أن لم يحصل القبض بعد العقد فيكون التلف قبله لا محالة؛ وعليه يكون موضوع الانفساخ مركَّب من جزئين: (أحدهما) تلف المبيع، وهو حاصل بالوجدان. (ثانيهما) عدم حصول القبض بعد العقد، وهو يشبَّ باستصحاب عدمه الذي متيقَّن قبل العقد.

التنبيه الحادي عشر: في حكم النماء الحاصل للمبيع التالف

قد وقع الكلام في أنَّ النماءات الحاصلة للمبيع التالف قبل تلفه هل يرجع إلى ملك البايع آنأماً قبل التلف كما يرجع إليه نفس المبيع، فتكون النماءات ملكاً له، أو

يبقى على ملك من صار المبيع بعد العقد ملكاً له فتكون النماءات ملكاً للمشتري؟
 التحقيق: أن المبيع وإن صار ملكاً للمشتري بمجرد العقد، كما أن الثمن صار ملكاً للبائع كذلك، من دون أن تكون الملكية بالنسبة إلى أحدهما متوقفاً على القبض، إلا أن تبعية النماء للأصل تقضي بكون النماءات للبائع، لأن النماءات الحاصلة للمبيع إنما يكون ملكاً للمشتري مادام المبيع ملكاً له، وإذا دلّ دليل على خروج المبيع عن ملكه - كما دلّ الدليل على أن المبيع إذا تلف قبل القبض يخرج عن ملك المشتري ويدخل هي ملك البائع - تخرج النماءات الحاصلة له بقاعدة تبعية النماء للأصل. هذا في النماءات.

وأما في المنافع والفوائد المترتبة على المبيع فهو أيضاً للبائع، لكون تلفه حينئذٍ من ملكه، وكل من كان التلف من ملكه فالمنافع والفوائد المترتبة على التالف له بمقتضى قاعدة الخراج بالضمان التي سيأتي تفصيلها.

الجهة الرابعة: في تطبيقات القاعدة

وموارد تطبيقها كثيرة جداً، منها ما يلي:

١ - قال في جواهر الكلام: «لو باع جملة، فتلف بعضها بأفة سماوية، فإن كان للتالف قسط من الثمن - لأنه لا يبقى مع فواته أصل المبيع، بل بعضه، وضابطه ما كان صالحاً للبيع منفرداً - انفسخ العقد فيه ورجع ما يخصه من الثمن، لصدق تلف المبيع قبل قبضه»^(١).

٢ - وقال أيضاً: «لو تلف - أي المبيع - في يده - أي البائع - انفسخت الإقالة بناءً أنها بيع، لأن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»^(٢).

٣- قال الشيخ الأعظم: «لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، فإن كان ممّا يقسط عليه الثمن إنفسخ البيع فيه فيما يقابله من الثمن، لأنّ التالف مبيع تلف قبل قبضه»^(١).

٤- إذا تلف المبيع قبل قبضه وكان البايع ذا الخيار، ينفسخ البيع، ويردّ الثمن إلى المشتري، لقاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه.

٥- إذا بيعت الثمرة بعد وجودها وصلوحها للقطف فإن تلف قبل قبض المشتري لها تنفسخ المعاملة ويرجع الثمن إلى المشتري، لقاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه.

(١) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٦: ٢٨١.

القاعدة الحادية عشرة

قاعدة ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة

إذا استقرّ الضمان الواقعي فهل القاعدة في إفراغ الذمّة لزوم دفع المثل في المثليّات والقيمة في القيميّات، أو يتعيّن على الضامن دفع المثل مطلقاً إلّا فيما إذا تعذّر من المثل، أو يتعيّن عليه دفع القيمة مطلقاً إلّا إذا قام الدليل على خلافه، أو أنّه مختار في دفع المثل أو القيمة أو غير ذلك؟

المشهور هو الأوّل. وهذا ما قد يعبر عنه بقاعدة «ضمان المثليّ بالمثل أو القيميّ بالقيمة».

والتحقيق: أنّه لا أساس لهذه القاعدة. وتوضيح ذلك يتوقّف على البحث عنها في جهات:

الجهة الأولى: في توضيحها

المشهور أنّ الانسان إذا أخذ مال غيره واستولى عليه بغير سبب شرعي ضمنه، وإفراغ ذمّته لا يحصل إلّا برّد عينه إلى مالكة إذا كان باقياً، وإذا تلفت وجب عليه ردّ مثلها إن كانت العين التالفة مثلياً، ورّد قيمتها إن كانت قيميّاً، ولا يكفي برّد أحدهما مكان الآخر. وهذا واضح لاسترة عليه.

وإنّما الكلام في تعريف المثليّ والقيميّ وبيان الضابط فيهما. فنقول: اختلف

كلمات الفقهاء في تعيين المراد من المثلي والقيمي، فعرفوا المثلي بتعريفات مختلفة:

أحدها: ما عن الشيخ والحلي والمحقق والعلامة وجمع آخر من أن المثلي ما تتساوي قيمة أجزائه^(١). ونسبه في المسالك إلى المشهور^(٢).

ثانيها: أن المثلي ما يماثل أجزاؤه المقدارية كله في الماهية^(٣).

ثالثها: أن المثلي ما يتساوي أجزاؤه في الحقيقة النوعية^(٤).

رابعها: أن المثلي هو المتساوي الأجزاء والمنفعة، المتقارب الصفات بمثله^(٥).

خامسها: أن المثلي هو الذي يصدق على قليله وكثيره اسم الكل^(٦).

سادسها: أن المثلي ما قدّر بالكيل والوزن^(٧).

سابعها: إن المراد بالمثلي هو الذي له مثل، بمعنى أنه مساوٍ له في جميع ماله

مدخلة في ماليته من صفاته الذاتية، لا العرضية كالمكان والزمان على وجه يكون غالباً في صنفه^(٨).

ثامنها: أن المثلي هو ما لا مدخلة لخصوصيات الأجزاء الشخصية

والتشخصات الفردية في مالية الشيء، بل المالية منوطة بالجامع منها، ولذا صح

بدلية البعض عن بعض في الغرامة مطلقاً، لأن مرتبة المالية محفوظة في جميعها^(٩).

تاسعها: كل ما صحّ المسلم فيه فهو مثلي^(١٠).

وعرفوا القيمي بعكس ما عرفوا به المثلي.

(١) الخلاف ١٠٣: ٢، السرائر ٤٨٠: ٢، المبسوط ٥٩-٦٠، تذكرة الفقهاء (ط - القديمة) ٣٨١: ٢.

(٢) مسالك الأفهام ١٨٢: ١٢. (٣) إيضاح الفوائد ١٧٩: ٢. (٤) غاية المراد ٣٩٨: ٢.

(٥) الدروس ١١٣: ٣، مسالك الأفهام ٤٤٧: ٣، كفاية الأحكام ١٠٣.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٢١٧: ١٠.

(٧) مغني المحتاج ٢: ٢٨١، المحلى ٤٣٧: ٦، المغني (لابن قدامة) ٢٣٩ - ٢٤٠.

(٨) جواهر الكلام ٣٧: ٩٤. (٩) بلغة الفقيه ٤٢١: ٣. (١٠) منية الطالب ٢٨٤: ١.

ثم إنّه قد كثر النقض والإبرام حول التعاريف المذكورة بعدم الإطّراد أو عدم الانعكاس أو سائر الجهات.

والتحقيق: أنّ لفظي المثلي والقيمي ليسا من الحقائق الشرعيّة، ولا المتشرعيّة، فإنّهما لم يردا في آية ولا في رواية لكي نبحت عن حقيقتهما ونطيل الكلام حول النقض والإبرام فيما ذكر من التعاريف لهما، بل هما من المفاهيم العرفيّة التي لا بدّ في تعيين مصاديقها من الرجوع إلى العرف، فإن كان الشيء ذا أفراد متماثلة بحسب النوع أو الصنف بحيث لا يتفاوت أفرادهما في الماليّة في نظر العرف فهو مثلي وإن كان بينها فرق بالدقّة العقليّة، وإن لم يكن الشيء ذا أفراد متماثلة كذلك بل كان كلّ فرد منه غير الآخر في الماليّة في نظر العرف فهو قيمي. ولعلّ هذا هو مراد الفقهاء فيماذكروه في تعريفهما.

ومن هنا يظهر أنّ المثلي والقيمي يختلفان بحسب الأزمنة والأمكنة، فإنّ الأثواب كانت من القيمات في الأيام السالفة وأصبحت في العصر الحاضر من المثليات. ولقد أجاد المحقّق الأصفهاني فيما أفاد في المقام، حيث قال: «لا نظنّ بإجماعٍ تعبّدي على الحكم، فضلاً عن الحكم بعنوان المثلي والقيميّ بما هما، ولذا لم يرد في هذا الباب مع كثرة ورود الأخبار في باب الضمانات والغرامات نصٌّ بعنوان المثل والمثلي والقيمة والقيميّ إلّا نادراً في باب القيمة، وأنّما الغالب إثبات الموضوع وهو أنّه ضامن. فيعلم منه إيكال تعيين المضمون به إلى الطريقة العرفيّة الجارية على التضمين في بعض الموارد بالمثل وفي بعضها الآخر بالقيمة»^(١). وسنذكر في الجهة الثالثة ما يفيد إيضاح مفاد القاعدة وتفصيله ذيل التنبيهات إن شاء الله.

الجهة الثانية: في مدركها
واستدل على القاعدة بأمر:

الأمر الأول: آية الاعتداء

قال الشيخ الأعظم: «استدل في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(١) بتقريب: أن مماثل (ما اعتدى) هو المثل في المثلي والقيمة في غيره»^(٢). وقال المحقق الأصفهاني - تعليقاً على كلام الشيخ الأعظم - «إن ما نسبته المصنف رحمه الله إلى الشيخ من الاستدلال بالآية لهذا التفصيل فلم أظفر به في المبسوط، بل الموجود في باب الغصب من المبسوط الاستدلال بالآية لخصوص ضمان المثلي بالمثل»^(٣).

وما أفاده المحقق الأصفهاني موافق للتحقيق، فإن كلام الشيخ في المبسوط وإن كان أصرح من كلامه في الخلاف في أصل هذا التفصيل، إلا أنه في المبسوط استدلل بالآية لخصوص ضمان المثلي بالمثل، وإليك نصّ كلماته فيهما:

قال في موضع من كتاب الخلاف: «المنافع تضمن بالغصب كالأعيان، مثل: منافع الدار والدابة والعبيد والثياب... دليلنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾. والمثل مثلان: مثل من حيث الصورة، ومثل من حيث القيمة، فلما لم يكن للعقار مثل من طريق الصورة وجب أن يكون له مثل من طريق القيمة»^(٤).

وقال في موضع آخر منه: «إذا قطع يداً كاملة الأصابع، ويده ناقصة الأصبع،

(١) البقرة/١٩٤. (٢) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٣: ٢١٧ - ٢١٨.

(٣) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١: ٣٦٥. (٤) الخلاف ٣: ٤٠٢ - ٤٠٣.

فالمجني عليه بالخيار بين العفو على مال وله دية اليد خمسون من الإبل، وبين أن يقتض فيأخذ يدأ ناقصة إصبعاً قصاصاً، ويأخذ دية الأصبع المفقودة... دليلنا: إجماع الفرقة. وأيضاً قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾. والمثل مثلان: مثلٌ من طريق الصورة، ومثلٌ من طريق القيمة. فلما لم يكن ها هنا مثلٌ من طريق الصورة والخلقة وجب أن يكون له مثلٌ من طريق القيمة، فيأخذ قيمة الأصبع المفقودة»^(١). فيستفاد من كلماته هذه أن الآية تدلّ على اعتبار المماثلة بين (ما اعتدى عليه) وبين (ما اعتدى به)، والمماثل فيما له مثل من طريق الصورة هو مثله كذلك، وهو ما يعبر عنه بالمثل في الاصطلاح، وفيما ليس له مثل من طريق الصورة هو قيمته. وكلامه في المبسوط أيضاً صريح في هذا التفصيل، بل هو أصرح ممّا في الخلاف، غاية الأمر أنه استدللّ فيه بالآية على خصوص ضمان المثلي بالمثل، وإليك نصّ كلامه: «فإذا ثبت تحريم الغصب فالأموال على ضربين: حيوان وغير حيوان. فأما غير الحيوان فعلى ضربين: ماله مثل، وما لا مثل له. فماله مثل ما تساوت أجزاؤه، ومعناه: تساوت قيمة أجزائه.

فكلّ هذا له مثل، كالحبوب والأدهان والتمور والأقطان والخلول التي لا ماء فيها والأثمار ونحو هذا كلّ له مثل. فإذا غصب غاصب من هذا شيئاً فإن كان قائماً ردّ، وإن كان تالفاً فعليه مثله، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾ فإن غصب ما لا مثل له - ومعناه ما لا يتساوى أجزاؤه - فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون من جنس الأثمان أو من غير جنسها، فإن كان من غير جنسها كالثياب والخشب والحديد والرصاص والنحاس والعقار ونحو ذلك من الأواني كالصحاف وغيرها، فكلّ هذا وما في معناه مضمون

بالقيمة»^(١).

وكيف كان، فالشيخ أول من استدلل بهذه الآية على مذهب المشهور. و تبعه على ذلك ابن زهرة^(٢) وابن ادريس^(٣) والعلامة^(٤) وغيرهم. وهذا ممّا لا كلام فيه. وأنما الكلام في صحة الاستدلال بها وعدمها. فذهب كثير من الفقهاء إلى عدم دلالة الآية على مذهب المشهور، بل ناقش فيها كلّ واحد منهم من جهة: الوجه الأوّل: ما ذكره السيّد الطباطبائي في الرياض، حيث قال: «وفيه نظر، لاحتمال كون المراد بالمثل فيه مثل أصل الاعتداء، لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه»^(٥).

وتوضيحه: أنّ دلالة الآية على مذهب المشهور تتوقّف على أن تكون كلمة (ما) في قوله تعالى: ﴿مَا أَعْتَدِي﴾ موصولة، لا مصدرية، وأن يراد من هذه الكلمة الموصولة الشيء المعتدى به، وأنّي للمستدلّ بإثباتها، بل الأظهر أن تكون كلمة (ما) مصدرية، لا موصولة، لأنّ حملها على الموصولة يستلزم التقدير، ضرورة أنّ الاسم الموصول يحتاج إلى العائد ولو تقديرًا، فلا بدّ من تقدير كلمة (به) أو (فيه) كي تكون معنى الآية: «بمثل ما اعتدي به أو فيه»، والتقدير خلاف الأصل.

الوجه الثاني: ما تعرّض له صاحب الجواهر، حيث قال: «بل قيل^(٦): إنّ المراد بالآية إن كان بيان التشبيه الخاصّ - بمعنى عدم التجاوز في مقدار الاعتداء عما اعتدى به - فهو حينئذٍ أجنبيّ عن المثليّ المصطلح، ضرورة كون المراد حينئذٍ التساوي في مقدار الاعتداء في القتل والجرح وأخذ المال من دون ملاحظة المثل أو القيمة، بل ليس فيها حينئذٍ إلّا حكم واحد، وهو الرخصة في الاعتداء بمقدار

(١) المبسوط ٣: ٥٩ - ٦٠. (٢) غنية النزوع: ٢٧٨. (٣) السرائر ٢: ٤٨٥.

(٤) تذكرة الفقهاء (ط - القديمة) ٢: ٣٧٤. (٥) رياض المسائل ٢: ٣٠٣.

(٦) والقائل هو المحقّق القمي في جامع الشتات ٢: ٣٠٠.

اعتداء المعتدي وأن لا يتجاوز عنه. والمراد بالمقدار هو أن يحكم أهل العرف بأنهما سيان في المنفعة والفائدة ويرضى العقلاء بتملك كل منهما مقام الآخر من غير فرق بين المثل والقيمة.

وإن كان المراد التشبيه المطلق - يعني: يجوز لكم الاعتداء على نحو يماثل اعتداء المعتدي في الاعتداء والمعتدى به - فهذا إطلاق ينصرف إلى العموم في كلام الحكيم، وحينئذ هو يشتمل على حكيمين: (الأول) الرخصة في الاعتداء. (الثاني) أن ذلك على سبيل المثلية في كل شيء. وهو يشمل المثلي والقيمي أيضاً. ففي كل منهما يجب اعتبار المماثلة في الاعتداء والمعتدى به في كل شيء إلا مع التعذر. وهو يناسب مذهب ابن الجنيذ بلزوم المثل في القيمي أيضاً إلا مع التعذر، فلا تدل الآية على التفصيل المذكور^(١).

الوجه الثالث: ما أفاده الشيخ الأعظم الأنصاري. وحاصله: أن مقتضى الآية وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية، وهذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيميات، سواء وجد المثل فيها أم لا، فلا تدل الآية على مذهب المشهور^(٢).

الوجه الرابع: ما أفاده المحقق الأصفهاني في حاشية المكاسب. وحاصل ما أفاده: أن في المراد من المماثلة في الآية الجريمة وجوه:

الأول: أن يراد بالمماثلة المماثلة المطلقة، أي: المماثلة من جميع الجهات من الذات والصفات والمالية.

الثاني: أن يراد بها المماثلة من حيث الذات والصفات.

الثالث: أن يراد بها المماثلة من حيث المالية.

الرابع: أن يراد بها مطلق المماثلة، سواء كانت من جميع الجهات أو من حيث المالية أو من حيث الحقيقة.

(٢) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٣: ٢١٨.

(١) جواهر الكلام ٣٧: ٨٦ - ٨٧.

والعبرة في مقام الاستظهار من الآية بالمماثلة العرفية، وهي المماثلة من حيث الحقيقة - أي المماثلة من حيث الذات والصفات -، فمماثل الحنطة عرفاً هو الحنطة، ومماثل الثوب عرفاً هو الثوب، فيتعين الوجه الثاني، إلا أن لازمه أداء المثل وإن سقط عن المائلة، فيجب حينئذٍ أداء المال الذي يماثله من حيث الحقيقة، لا كل ما يماثله من حيث الحقيقة. وعليه فيكون مقتضى الآية حينئذٍ أداء المال المماثل في الحقيقة والذات في المثليات والقيميّات، فلا يصح الاستدلال بالآية على التفصيل بأداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي^(١).

الوجه الخامس: ما أفاد السيد المحقق الخوئي، وحاصله: أن دلالة الآية على مسلك المشهور تتوقف على أمور ثلاثة:

الأول: أن تكون كلمة (ما) في الآية الكريمة موصولة، لا مصدرية.

الثاني: أن يراد من الموصول الشيء المعتدى به.

الثالث: أن يراد من كلمة المثل في الآية الشريفة المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

أما الأول: فيردّه عدم وجود قرينة على أن المراد من كلمة (ما) هو الموصولة، بل يحتمل كونها مصدرية غير زمانية، وعليه فتكون معنى الآية: أنه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم، وإذن فتختص الآية بالاعتداء بالأفعال، وتبعد عن مورد البحث، لأن مماثل الإتلاف هو الإيتلاف دون الضمان.

وأما الثاني: فهو ممنوع، لأنه بناءً على أن يكون المراد من كلمة (ما) هو الموصولة ففي المراد من الموصول وجوه: (أحدها) أن يكون المراد منه الشيء المعتدى به. و(ثانيها) أن يكون المراد به الفعل - أعني الاعتداء - . و(ثالثها) أن يكون المراد به الأعم من الفعل والمعتدى به.

(١) حاشية السكاسب (الأصفهاني) ١: ٣٦٤ - ٣٦٥.

ولا قرينة على الأول كي يكون معنى الآية: فاعتدوا عليه بمثل الشيء الذي اعتدى به عليكم. وعلى الثاني والثالث فتكون الآية غريبة عن غرض المستدل. مضافاً إلى أنه لو سلمنا اختصاص لفظ الموصول بالشيء المعتدى به، فلا نسلم دلالتها على مسلك المشهور، بل غاية ما تدلّ عليه هو ضمان المثل في كل من المثلي والقيمي، فيكون دفع القيمة فيما إذا تعذر من المثل بدلاً عن المثل الثابت في الذمة، لا بدلاً عن العين التالفة ابتداءً.

وأما الثالث: فيردّه أنّ المماثلة لا تقتضي هذا المعنى، بل هي أعمّ من ذلك، فتعين إرادة ضمان المثل من الآية في المثلي يحتاج إلى قرينة، وهي مفقودة في المقام^(١).

الوجه السادس: ما أفاده السيّد الإمام الخميني، وحاصله: أنّ أولاً: يمكن دعوى اختصاص الآية بالحرب، لأجل كونها في خلال آيات الجهاد. وثانياً: لو لم نقل باختصاصها بالحرب فلا محالة يكون الاعتداء بالحرب داخلًا فيها، ومع دخول الحرب فيها لا يمكن إرادة المثلية في المعتدى به، بأن يراد أنّ المقاتلين إذا قتلوا منكم عدداً معلوماً أقتلوا منهم بهذا العدد خاصاً، وإذا أصاب سهم واحد منهم عضواً خاصاً منكم لا يجوز لكم التعدي عن ذلك العضو، وهذا واضح، فلا يراد بالمثل في مورد الآية المماثلة في مقدار الاعتداء، بل الظاهر أنّ المراد منه أنّ الكفار إن اعتدوا عليكم فاعتدوا عليهم كما أنّهم اعتدوا عليكم، فإذا لم يكن المثل في موردها كذلك لا يمكن استفادة ضمان المثل في غير موردها بإطلاقها.

والمثلية في أصل الاعتداء لا تفيد في إثبات المطلوب. بل القرينة - وهي عدم تقدير المقابلة بالمثل - قائمة على عدم دخول الماليات فيها. فالآية إمّا مختصة

بالحرب، أو شاملة لما هو نظيرها كمدافعة اللصّ والمهاجم^(١).
 وقطع النظر عن هذه الوجوه وما في بعضها من المناقشة نذكر وجهاً سابعاً
 يخطر ببالي القاصر.
 الوجه السابع: أنّه لا يصحّ الاستدلال بها على مذهب المشهور. والوجه في
 ذلك أمران:

الأوّل: أنّ الظاهر أنّ مورد آية الاعتداء خصوص التقاصّ في الحرب في
 مقابل حرب المشركين مع المسلمين وهتكهم الحرمات الثلاث، فإنّ قوله تعالى:
 ﴿فَمَنْ آعْتَدَى...﴾ تفريع على قوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ
 وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ﴾، وهذه الآية كلّها وقعت في خلال آيات الجهاد التي سياقها
 يدلّ على نزولها دفعةً واحدةً لبيان حكم القتال مع مشركي مكّة بحدوده وأطرافه
 ولوازمه، فقال الله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَقْتُلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ
 اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ * وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُم
 وَأَلْفِتْنَةً أَشَدَّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا تَقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يَقْتُلُوَكُمْ فِيهِ فَإِنْ
 قَتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ * فَإِنْ أَنْتَهُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ *
 وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ أَنْتَهُوا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى
 الظَّالِمِينَ * الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ فَمَنْ آعْتَدَى عَلَيْكُمْ
 فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾^(٢).
 فقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ...﴾ يبيّن أصل الحكم ووجوب القتال مع
 المشركين.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا...﴾ تحديد له من حيث الانتظام.

وقوله تعالى: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ...﴾ تحديد من حيث التشديد.
 وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ...﴾ يحدّد القتال معهم من حيث المكان.

وقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ...﴾ تحديد للقتال من حيث الزمان.
 وقوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ﴾ معناه: أن قتالكم مع المشركين في الشهر الحرام بإزاء قتالهم معكم فيه حين صدّوا النبي ﷺ وأصحابه عن الحجّ عام الحديبية ورموهم بالسهام والحجارة، فإنّ القتال في الحرم والشهر الحرام والبلد الحرام قصاص في مقابل حربهم معكم وهتكهم الحرمات الثلاث ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ أي: فالمشركون إذا تجاوزوا بكم بالحرب في الشهر الحرام والبلد الحرام تجاوزوا بهم بمثل ما تجاوزوا بكم قصاصاً.

والحاصل: أن تفريع قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى﴾ على قوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ﴾ ووقوع هذه الآية في خلال آيات الجهاد يشعر باختصاص تلك الآية بالتقاص في الحرب وعدم التجاوز عن حدوده. فتكون الآية أجنبية عما نحن فيه.

الثاني: لو سلّم عدم اختصاصها بالحرب فلا نسلم دلالتها على مذهب المشهور من أن ضمان كلّ شيء - سواء كان تالفاً أو متلفاً عدواناً أو متلفاً من دون عدوان - بالمثل في المثلّيات وبالقيمة في القيمّيات، ضرورة أن الاعتداء لا يصدق إلا فيما إذا أُلّف المال عدواناً وظلماً، لا ما إذا تلف المال أو أُلّفه من دون عدوان، فإنّ الاعتداء هو الخروج عن الحدّ الذي يساوق الظلم والطغيان. قال الطبرسي في مجمع البيان: «﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ أي: ظلمكم ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ أي: فجاوزوه باعتدائه وقابلوه بمثله. والثاني ليس باعتداء على الحقيقة،

ولكن سَمَّاهُ اعتداءً لَأَنَّهُ مجازاة اعتداء، وجعله مثله، وإن كان ذلك جوراً وهذا عدلاً، ولَأَنَّهُ مثله في الجنس وفي مقدار الاستحقاق...»^(١). وقال في لسان العرب: «قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ...﴾ فالأول ظلم والثاني ليس بظلم»^(٢). وعليه فيكون الدليل أخصَّ من المدعى.

الأمر الثاني: آية السيئة

وقد يستدل عليها بقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾^(٣). ويرد عليه بعض ما يرد على سابقها، من أنَّ الاستدلال بها يتوقف على أن يراد من السيئة الشيء الذي أساءه المسيء، وهو خلاف ظاهر الآية؛ مضافاً إلى انصراف السيئة إلى خصوص ما صدر عن عمد، فيكون الدليل أخصَّ من المدعى. ومن هنا يظهر ضعف الاستدلال عليها بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ﴾^(٤)، فتأمل.

نعم، هذه الآيات أنما تدلُّ على قاعدة المقاصة كما مرَّ سابقاً.

الأمر الثالث: حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي

ويستدل أيضاً بقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي». وتقريبه: أنه قد مرَّ في قاعدة على اليد أن مدلول الخبر أن الشيء الذي استولى عليه إنسان يكون في عهده مستقراً إلى أن يدفع ذلك الشيء إلى من له الولاية عليه. والشيء إذا كان موجوداً فأداؤه - على ما هو المتفاهم عند العرف - بدفع نفس الشيء إلى من له الولاية عليه، وإذا تلف فأداؤه عرفاً بدفع مثله إن كان مثلياً وقيمه إن كان قيميّاً.

(٢) لسان العرب ٥: ١٨٣.

(٤) النحل / ١٢٦.

(١) مجمع البيان ٢: ٥١٤.

(٣) الشورى / ٤٠.

واستدلّ به المحقّق النائيّ أيضاً، فقال - على ما في تقارير بحثه -: «فالعمدة نفس أدلّة الضمانات، وهي وإن لم تكن متكفّلة بالدلالة المطابقة لكيفيّة الضمان، إلّا أنّها تدلّ عليها بدلالة الالتزام، فإنّ ظاهر قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» - بعد استفادة الضمان منه لو تلف المأخوذ - أنّ أداء المأخوذ إنّما هو بما يعدّ أداءً له عرفاً وعادةً. ولا شبهة أنّ المرتكز في الأذهان أنّ أداء المثلّي بالمثل والقيمي بالقيمة، فإنّ الضامن لو أدّاها، فكأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله ويصدق أنّه الذي أخذ منه.

وبالجملة: مقتضى النبويّ أنّ كلّ ما دخل تحت اليد يجب على الضامن ردّه، فما دام العين موجودة تدخل بخصوصيّاتها النوعيّة والشخصيّة والماليّة تحت الضمان، وإذا تلفت لا بدّ من ردّ عوضها»^(١).

والحاصل: أنّ أداء الشيء عند العرف قد يتحقّق برّد نفس الشيء المأخوذ، وهو فيما إذا كان الشيء موجوداً؛ وقد يتحقّق برّد مثله، وهو فيما إذا تلف الشيء وكان من المثلّيات؛ وقد يتحقّق برّد قيمته وهو فيما إذا تلف الشيء وكان من القيميّات. وعليه فيدلّ حديث على اليد على ضمان المثلّي بالمثل وضمن القيمي بالقيمة.

أللهمّ إلّا أن يقال: أنّ غاية ما يثبت بحديث على اليد هو استقرار الشيء في عهدة المستولي عليه إلى أن يؤدّيه إلى من له الولاية، فلا يدلّ الحديث إلّا على أصل الضمان الذي أمده الأداء. والمتفاهم من الأداء عند العرف والعقلاء هو ردّ الشيء وعودته بما يعدّ أنّه ذلك الشيء كأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله، وهو يختلف باختلاف الرغبات التي تختلف بلحاظ الأزمنة والأمكنة أو الخواصّ والآثار، فربّ شيء يكون مثلياً كمنّ من الحنطة الجيدة، ولكن ردّ مثله - أي من آخر من الحنطة الجيدة - لا يكون ردّه بما يعدّ أنّه ذلك الشيء كأنّه

لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله، وهو فيما إذا خرج الشيء المثلي من التقويم أو قلت ماله وقيمته، فحينئذ لا يتحقق بردّ مثله ردّ الشيء بما يعدّ أنّه ذلك الشيء بحيث لو ردّه كأنه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله، إلّا إذا ردّ إليه معادله في الماله والقيمة. نعم، لو لم يخرج ذلك الشيء من التقويم وكان باقياً على ما كان من القيمة أو زادت قيمته فيتحقّق ردّ الشيء بالمعنى المذكور بردّ مثله. والحاصل: أنّ دلالة حديث على اليد على الضمان بالمثل في المثليات مطلقاً وبالقيمة في القيميات كذلك ممنوعة، فتأمل.

الأمر الرابع: الإجماع

قال في الخلاف - بعد الاستدلال عليها بآية الاعتداء -: «وعلى المسألة إجماع الفرق»^(١).

وقال الشيخ الأعظم: «إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف إلّا ما يحكى عن ظاهر الاسكافي»^(٢).

وقال في موضع آخر: «لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة»^(٣).

وفيه: أنّ الإجماعات المذكورة في الخلاف ليست من الإجماع المصطلح الذي يكشف به عن قول المعصوم. وأمّا ما ادّعاه الشيخ الأعظم من عدم الخلاف وحكاية الاتفاق فيحتمل قوياً أن يكون استناد المجمعين إلى آية الاعتداء وحديث على اليد وغيرهما من أدلّة الضمانات، فلا يكون من الإجماع المصطلح ولا يكشف عن قول المعصوم عليه السلام.

(٢) المكاسب (للشيخ الانصاري) ٣: ٢٠٩.

(١) الخلاف ٣: ٤٠٣.

(٣) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٣: ٢٤٠.

الأمر الخامس: قاعدة الاحترام

وقد يستدلّ بقاعدة الاحترام التي يدلّ عليه قوله ﷺ: «وحرمة ماله - أي مال المؤمن - كحرمة دمه»^(١)، فلا بدّ في احترام المؤمن من إعطاء مثل ماله إذا كان مثلياً وإعطاء قيمته إذا كان قيميّاً.

وفيه: أولاً: أنّ معنى حرمة ماله هو عدم انتهاكه وعدم هدره، فيكون معنى الحديث، أنّ كلّ احترام ثبت لدم المؤمن ثبت لماله، فكما أنّ احترام دمه بعدم إراقته ضياعاً وهدراً فكذلك احترام ماله بعدم انتهاكه وعدم هدره. وعدم الانتهاك والهدر يتحقّق بمجرد ثبوت الضمان وإعطاء بدله إذا تلف، من دون فرق بين أن يعطى القيمة أو المثل. فهذه القاعدة إنّما تدلّ على أصل الضمان لا على كفيّته.

وثانياً: لو سلّم فهتك حرمة الشيء من الأعمال القصدية، فلا يتحقّق الهتك وهدر المال إلّا إذا قصد الشخص هلاكه وضياعه، وهذا إنّما يصدق في الإتلاف عن عمد لا في التلف، وحينئذٍ فيكون الدليل أخصّ من المدّعى.

وأما مناقشة السيّد الخوئي من أنّ هذه الرواية إنّما تدلّ على الحكم التكليفيّ وهو حرمة التصرف في مال المؤمن، لأنّ المراد من كلمة «الحرمة» هو مقابل الحل^(٢)، مدفوعة بما مرّ في قاعدة ما يضمن بالصحيح يضمن بالفاسد، راجع.

الأمر السادس: بناء العقلاء

واستدلّ أيضاً ببناء العقلاء. وقد ذكر في تقريبه وجهان:

الأوّل: ما أفاد السيّد المحقّق الخوئي، فإنّه - بعد ردّ غيره من الأدلّة ودعوى حصر الدليل في بناء العقلاء - قال: «إنّ العقلاء متّفقون على أنّ الإنسان إذا أخذ مال غيره ووضع يده عليه بغير سبب شرعيّ ضمنه بجميع خصوصيّاته الشخصية

(٢) مصباح الفقاهة ٣: ١٤٧.

(١) الكافي ٢: ٣٦٠.

والمالية والنوعية، وأنه لا يخرج عن عهده إلا بردّ عينه على مالكة، وإذا تلفت العين وجب على الضامن ردّ ما هو أقرب إليها، لأنّ تلفها لا يسقط الضمان عنه جزماً. ومن الواضح أنّ الأقرب إلى العين التالفة إنّما هو المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ. وعلى هذا فلا يكتفى بردّ أحدهما في موضع الآخر إلا برضى المالك، وهذا واضح لا شكّ فيه^(١).

ولا يخفي: أنّ ما أفاده بعنوان مبنى العقلاء نفس ما أفاد الشهيد الثاني في المسالك استدلالاً على القاعدة وردّاً على الشيخ والعلامة في بيان ما يأخذ الشفيع من الثمن الذي وقع عليه العقد، فقال - في شرح قول المحقّق: ويدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثلياً... -: «لا خلاف في ثبوت الشفعة على تقدير كون الثمن مثلياً، ولأنّ الشفيع يأخذ الشقص بالثمن، وخصوصيّات الشخص غير مرادة غالباً، وإنّما المطلوب المثل، لمساواته لما دفعه المشتري في غالب الأوصاف والخواصّ. وإنّما الخلاف في ما إذا كان الثمن قيميّاً، فذهب الشيخ^(٢) والعلامة^(٣) إلى عدم ثبوت الشفعة حينئذٍ، وإنّما يتحقّق ذلك في المثليّ، لأنّ الحقيقة غير مرادة إجماعاً، فيحمل على أقرب المجازات إلى الحقيقة وهو المثلي. وذهب الأكثر إلى ثبوتها فيه، لعموم الأدلّة على ثبوت الشفعة، ولأنّ القيمة بمنزلة العوض المدفوع، ولضعف مستند المنع، ضرورة أنّ الحقيقة فيه وإن لم تكن مرادة، إلا أنّ أقرب المجازات إلى الحقيقة ليس خصوص المثل، بل هو المثل إن كان مثليّاً والقيمة إن كان قيميّاً^(٤). ويتوجّه عليه: أنّ حقيقة العين التالفة يتألّف من خصوصيّاتها الشخصيّة والمالية والنوعيّة. والأقرب إلى خصوصيّاتها الشخصيّة هو المثل مطلقاً، سواء كانت العين مثليّاً أو قيميّاً، والأقرب إلى خصوصيّاتها المالية قد يكون مثلها وقد

(١) مصباح الفقاهة ٣: ١٥٠.

(٢) الخلاف ٣: ٤٢٣.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٣٣٩.

(٤) مسالك الأفهام ١٢: ٣١٤ - ٣١٥.

يكون قيمتها، من دون فرق بين أن تكون العين مثلياً أو قيميّاً. فإذا كان المبنى عند العقلاء في المضمون ما هو أقرب إلى حقيقة العين التالفة - لو ثبت أصل البناء - لم يثبت به مذهب المشهور، لأنّ مفهوم الأقرب إلى حقيقة العين مفهوم مجمل، فهو باعتبار حقيقتها الشخصية ليس إلّا مثلها، من دون فرق بين المثلي والقيمي، وباعتبار حقيقتها الماليّة قد يكون مثلها في القيميّ وقد يكون قيمتها في المثلي، كما قد يكون مثلها في المثلي وقيمها في القيميّ. فدعوى كون أقرب المجازات إلى الحقيقة خصوص المثل دعوى بلا دليل، كما أنّ دعوى كونه المثل في المثلي والقيمة في القيميّ أيضاً دعوى بلا دليل.

والحاصل: أنّ بناء العقلاء بهذا التقريب لا يدلّ على مذهب المشهور.

الثاني: ما أفاد السيّد الإمام الخميني. وإليك نصّ كلامه: «ويمكن أن يقال: إنّ كَيْفِيَّةَ الضمان أمر عقلائيّ، لا يختصّ بمحيط الشرع ولا بالمسلمين، وحكم العقلاء في الغرامات والضمانات في المثليات بالمثل ومع فقد المثل بالقيمة، وليست المسألة لا في أصلها ولا في تعيين المثلي والقيميّ من الإجماعات والتعديّات... ويمكن أن يقال في نكته بناء العقلاء: إنّ المماثل للشيء إذا لم يكن مختلفاً مع مماثله في الأوصاف والخواصّ - كمنّ من حنطة من صبرة مع آخر منها... - يكون أداؤه أداءاً للتالف المماثل بجميع ما هو دخيل في أغراض العقلاء؛ فإنّ الرغبات إنّما تتعلّق بالأشياء بلحاظ آثارها وخواصّها ومنافعها، والمثلاث متّحدان في جميع ذلك. والاختلاف بينهما بشيء ليس مورد رغبتهم وأغراضهم، ككون أحدهما هويّة غير هويّة الآخر، فمن أتلف كأساً من مصنوعات معمل خاصّ وأدّى عوضه كأساً آخر من مصنوعاته فقد أدّى ما أتلفه بجميع الجهات الدخيلة في أغراض العقلاء ورغباتهم، فيكون أداؤه تأدية لما أتلفه، لأنّ اختلاف الهويّتين غير منظور فيه بوجه من الوجوه، وما هو منظور فيه هو الجنس والوصف

والخاصية، وهما مشتركان فيها بلا اختلاف بينهما.

ومع فقد المثل كذلك يحكم العقلاء بجبران القيمة، فإذا أُلِفَ مَثًّا من حنطة جيّدة وأراد تأدية من رديء لم يعدّ ذلك أداءً لما أُلِفَ، ولكن القيمة جبران له، والمراد بالقيمة النقد الراجح، لا العروض المتقوِّمة، كما هو المعلوم من بناء العقلاء^(١). وفيه: أولاً: أنَّ ما أفاده في تقريب بناء العقلاء - لو سلّم ثبوته - أجنبي عن مذهب المشهور من ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي. لعدم وجود أي أثر في كلامه من حكم العقلاء في القيمات، بل إنّما تعرّض لحكمهم في المثليات إذا كان المثل موجوداً وحكمهم فيها بالقيمة فيما إذا كان المثل مفقوداً، فقال: «وحكم العقلاء في الغرامات والضمانات في المثليات بالمثل، ومع فقد المثل بالقيمة»، وصرّح أيضاً أنَّ العقلاء يحكمون بأنّ القيمة فيما إذا فقد المثل جبراناً للمثل.

وثانياً: أنَّ ما أفاده في بيان نكتة بناء العقلاء لا يخلو من المناقشة. وحاصل ما أفاده: أنَّ أغراض العقلاء ورغباتهم في المعاملات إنّما تتعلّق بالأشياء بلحاظ آثارها وخواصّها ومنافعها، والمثّلان متّحدان في جميع ذلك، فيكون أداء مثل الشيء إذا لم يكن مختلفاً في الأوصاف والخواصّ أداءً للتالف المماثل بجميع الجهات الدخيلة في أغراضهم ورغباتهم بالأشياء، فيكون أدائه تأدية لما أُلِفَ.

ووجه المناقشة ما مرّ من أنّ أداء الشيء عند العرف والعقلاء يتحقّق برّد ما يعدّ أنّه ذلك الشيء كأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله، وهو يختلف باختلاف رغبات العقلاء التي قد يختلف بلحاظ الأزمنة والأمكنة أو الخواصّ والآثار، فربّ شيء يكون مثلياً كمّن من حنطة جيّدة، ولكن لا يكون ردّ مثله - أي من آخر من حنطة جيّدة - ردّاً له بما يعدّ أنّه ذلك الشيء التالف بحيث لو أدّاه

(١) كتاب البيع (الامام الخميني) ١: ٤٨٦ - ٤٨٧.

فكأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله، كما إذا خرج المثل من التقويم أو قلّت ماليّته وقيّمته مع كونه متّحداً لمماثله في الأوصاف والخواصّ، فحينئذٍ ليس المثلان متّحداً في جميع الجهات الدخيلة في رغبات العقلاء، ولا يتحقّق برّد مثله ردّ الشيء بما يعدّ أنّه ذلك الشيء كي يكون ردّه تأدية لما أتلّفه، بل لا بدّ فيه من ردّ معادله في الماليّة، وهو قيمته. نعم، قد يكون ردّ المثل ردّاً للمماثل التالف بما يعدّ أنّه ذلك الشيء التالف بحيث لو ردّه فكأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله، وهو فيما إذا لم يكن المثل مختلفاً مع مماثله، بل كان متّحداً معه في جميع الجهات الدخيلة في أغراض العقلاء ورغباتهم، كما إذا كان متّحداً له في الآثار والخواصّ والأوصاف والقيمة والماليّة وغيرها.

ودعوى تحقّق الإجماع على إهمال التفاوت في الماليّة والقيمة^(١)، دعوى بلا دليل.

فما أفاد من أنّ المثليين متّحداً في جميع الجهات الدخيلة في أغراض العقلاء ورغباتهم فيكون أداء المثل تأديةً لما أتلّفه، ممنوع إلا في بعض الموارد. مضافاً إلى أنّ هذه النكتة - قطع النظر عن المناقشة المذكورة - إنّما تثبت ضمان المثل في المثليات، وأمّا ضمان القيمة في القيميات فلا.

فالتحقيق: أنّه لا أساس لقاعدة ضمان المثل في المثليات وضمن القيمة في القيميات، كما لا أساس لتعيين المثل في المثليات والقيميات أو تعيين القيمة كذلك، بل مبنى الضمانات على المرتكزات العرفيّة بعد إمضاء الشارع إيّاها، من غير بيان طريق خاصّ فيها، ومقتضاها أنّ كلّ شيء يضمن بمعادله الذي يعدّ ذلك الشيء عرفاً، بحيث لو أدّاه فكأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله. وتعيين

(١) كتاب المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ٢٢٠.

المعادل كذلك بيد العرف والعقلاء، فإن كان المثل فالضمان بالمثل مطلقاً، في المثليات والقيميّات، وإن كان القيمة فالضمان بالقيمة كذلك.

الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور

الأمر الأوّل: مقتضى الأصل فيما شكّ في المثليّ والقيميّ

إذا شكّ في أنّ التالف قيميّ أو مثليّ فهل يكون مقتضى الأصل أنّه مثليّ فيجب على الضامن المثل إلّا فيما إذا تعذّر عنه، أو يكون الأصل أنّه قيميّ، فيجب عليه القيمة، أو يكون الأصل تخيير المالك، فإن عيّن المثل فهو، وإن عيّن القيمة فهي، أو يكون الأصل تخيير الضامن، أو يكون المالك والضامن كلاهما بالخيار، فإن توافقا على أمر فهو وإلّا فيرجع إلى الحاكم، أو يكون الأصل هو القرعة، أو يكون الأصل الرجوع إلى الصلح القهريّ؟

أمّا بناءً على المختار فلا مجال للبحث عن هذا الأمر، لما مرّ من عدم اعتبار المثليّة والقيميّة في رفع الضمان، بل المعتبر أداء الشيء، وهو يتحقّق برّد معادله الذي يعدّ أنّه ذلك الشيء - حقيقةً أو عرفاً - بحيث لو أدّاه فكأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله، فلا فرق في ذلك بين أن يكون الشيء مثليّاً أو قيميّاً. وإنّما الكلام في المسألة بناءً على مذهب المشهور من ضمان المثل في المثليات والقيميّات، فيبحث عمّا إذا شكّ في كون الشيء التالف مثليّاً أو قيميّاً وأنّ مقتضى الأصل في المقام هل هو المثليّة أو هو القيميّة أو هو غيرهما من سائر المحتملات؟

وقبل الخوض في المسألة وتفصيل الأقوال فيها وبيان الاستدلال عليها ينبغي تقديم أمرين:

أحدهما: فيما هو الثابت في العهدة في باب الضمانات

هل الثابت في العهدة في باب الضمانات هو عين الشيء الذي استولى عليه

الغير أو هو غرامته وخسارته وماليته؟

فيه وجهان:

الأول: أنَّ العهدة تشتغل في باب الضمانات بنفس الأعيان الخارجية بخصيَّاتها، لا بماليَّتها.

ويستدلّ عليه بظاهر الروايات:

منها: قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(١)، فإنّه ظاهر في كون نفس العين المأخوذة على العهدة، فيكون معنى قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» أنَّ العين المأخوذة ثابتة في عهدة المستولي عليه.

ومنها: صحيحة الصفار، قال كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل دفع إلى رجل دبيعة وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره، فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه؟
فوقع: «هو ضامن لها إن شاء الله»^(٢).

ومنها: صحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام، قال: سألت عن رجل استأجر دابةً، فأعطاهما غيره فنفت ما عليه؟ قال عليه السلام: «إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسمّ فليس عليه شيء»^(٣).

ومنها: بعض روايات عارية الذهب والفضّة الدالة على أنّهما مضمونان، كصحيحة زرارة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال: «جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضّة، فإنهما يلزمان إلا أن تشترط عليه أنّه متى لم يلزمك تواه. وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك. والذهب والفضّة لازم لك وإن لم يشترط عليك»^(٤).

(٢) الكافي ٥: ٢٣٩.

(١) السنن الكبرى (البيهقي) ٦: ٩٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥٤، الباب ١٦ من أبواب الإجارة، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٩، الباب ٣ من أبواب العارية، الحديث ٢.

ومنها: ما يدلّ على ضمان الإتلاف، كرواية العلاء بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام:
أنّه سُئل عن رجل يسير على طريق من طرق المسلمين على دابّته، فتصيب
برجلها. قال: «ليس عليه ما أصابت برجلها، وعليه ما أصاب بيدها...»^(١).
فالظاهر من هذه الروايات حيث نُسب الضمان إلى نفس الأعيان أنّ نفس
العين ثابتة في عهدة المستولي عليه.

وفيه: أولاً: إنّ كلمة «ما» الموصولة في هذه الروايات عامّة تشمل الأعيان
والمنافع والحقوق بل جميع ما تعلّق بالناس ويكون مطلوباً ومرغوباً لهم لأجل
قضاء حوائجهم ودخيلاً في معاشهم، كما مرّ تفصيله في قاعدة على اليد وقاعدة
التسبيب وغيرهما.

وثانياً: لو سلّم ظهور الروايات في خصوص العين، فتعارض تلك الروايات
روايات أخرى:

منها: صحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن
بُخْتِيٍّ مغتلب قتل رجلاً فقام أخو المقتول فعقر البُخْتِيَّ وقتله، ما حاله؟ قال عليه السلام:
«على صاحب البختي دية المقتول ولصاحب البختي ثمنه على الذي عقر
بختيته»^(٢)، فإنّ هذه الرواية تدلّ على أنّ الثمن على العهدة لا نفس العين.

ومنها: صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على
صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل»^(٣)، ضرورة أنّه
لو كان المضمون نفس العين يلزم أن ينتفي الضمان بانتفاء موضوعه أي العين،
وهو كما ترى.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٤، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٧، الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣٩، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢.

ومنها: ما ورد في دية الكلب من أن دية الكلب السلوقي أربعون درهماً، ودية كلب الغنم كبش، ودية كلب الزرع جريب من برّ، ودية كلب الأهل قفيز من تراب لأهله^(١).

فالظاهر من هذه الروايات أن نفس العين ليس مضموناً بعينه.

الثاني: أن العهدة تشتغل في باب الضمانات بمالّية الأعيان، لا بنفسها.

وهذا ما يظهر من بعض عبارات العلامة. فقال في دية الجنين: «لو كان الجنين رقيقاً فانفصل ميتاً وجب عشر قيمة الأمّ، سواء كان مسلماً أو كافراً، لأنّ المضمون هو المالّية»^(٢).

وربما يقال: «لو بنى الاعتماد على المتعارف وتنزيل إطلاق الضمان عليه فهو ليس إلّا الضمان بالمالّية مطلقاً، وليست الخصوصيّات العينيّة ملحوظة في نظر العرف إلّا عبرة إلى مرتبة مالّية المال، ولذا لو سقط المثل عن المالّية لم يلتفتوا إليه أصلاً، ولا يرون دفعه تداركاً، وكذا إذا زاد في المالّية لا يرون المالك مستحقاً لأزيد من قيمة ماله.

وبالجملة: ليس النظر في الأموال إلّا إلى مالّيّتها، بل لو كانت خصوصيّة مال مطلوبة كان ذلك عرضاً خارجياً، غير دخیل في حيثيّة الضمان، وإنّما يدور الضمان مدار التمولّ... في أيّ عين كان، بلا خصوصيّة للنقدين ولا للمماثل ولا لغيرهما»^(٣).

وقال السيّد الإمام الخميني: «التحقيق أن يقال: إنّ الضمان المعهود المغروس في أذهان العقلاء هو عهدة الغرامة والخسارة، ففي المثليّ بالمثل وفي القيميّ بالقيمة يوم الإتلاف، وأنّ ضمان العين - بمعني أن نفس العين على عهدة الضامن

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٦٧، الباب ١٩ من أبواب ديات النفس.

(٢) حاشية المكاسب (الايرواني) ١: ٩٨.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٦٩٧.

في المثليات والقيميات - خلاف المتعارف والمعهود عندهم، وفي مثله لا بدّ من ورود دليل صريح مخالف لبنائهم وديدهم»^(١).

وفيه: أولاً: أنّه لو كان الضمان بالمالية مطلقاً يلزم منه جواز عدم ردّ العين إلى المالك فيما إذا كانت العين باقية، لأنّ المفروض أنّ المستولي عليها ضامن لمالية العين، فيجوز له رفع الضمان بكلّ ما يساوقها في المالية، وهذا ينافي صريح الروايات من لزوم ردّ العين فيما إذا كان باقياً، كصحيحة جميل السابقة، حيث قال أبي عبد الله عليه السلام: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه».

وثانياً: أنّه لو كان الضمان بالمالية مطلقاً يلزم جواز جبران مالية الشيء التالف بأيّ مال كان، فلو أتلف متناً من الحنطة الجيدة كان له الجبران بأمانٍ من الحنطة الرديئة، لأنّها تساويها في المالية، فليس للمالك أن يطالب متناً من الحنطة الجيدة، وهذا مخالف لحكم العرف والعقلاء.

فالحاصل: أنّ دعوى الضمان بالمالية مطلقاً ممنوعة، كما أنّ دعوى الضمان بالأعيان نفسها ممنوعة.

والتحقيق: أنّ غاية ما يستفاد من الروايات الواردة في باب الضمانات والغرامات هي أصل ثبوت الشيء في العهدة، وأمّا كيفية الضمان فلا يستفاد منها، بل الظاهر أنّ الشارع أوكل كيفية أمر الضمان على العرف والعقلاء، ولهذا لم يعبّر العين بنفسها ولا المالية بعنوان المضمون، بل ليس نظره - على ما يستفاد من ظاهر الروايات - إلّا جبران مال المالك بأدائه إليه، والأداء عند العرف والعقلاء يتحقّق بما يعدّ ذلك الشيء المستولى عليه عند العرف، بحيث لو أذاه فكأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله، وهو يختلف عند العرف والعقلاء بحسب اختلاف

(١) كتاب البيع (الإمام الخميني) ١: ٥٠٦.

الأزمة أو الأمكنة والحالات، فإن كان الشيء قائماً بعينه من دون أن تنقص ماله فيحكم العرف والعقلاء بأن ردّ نفس العين أداءً للعين، لأنها ما لو أدّى فكأنه لم يتلف من المالك شيء من أمواله؛ وإن كان الشيء قائماً بعينه ولكن نقصت ماله فيحكم العرف والعقلاء بأن ردّ نفس العين ليس أداءً للعين، لأنها لو أدّيت بنفسها لم ير العرف والعقلاء أنه لم يتلف شيء من أموال المالك، بل يرى أنه تلف شيء من أمواله، والحكم بكفاية ردّ نفس العين حينئذٍ ظلم على المالك عند العرف والعقلاء، بل الحكم عندهم حينئذٍ أن أداء هذا الشيء برّد نفس العين وردّ قيمة ما نقص من ماله؛ وإن كان الشيء تالفاً فقد يحكم العرف بأن أدائه برّد مثله، وقد يحكم بأنه برّد قيمته.

والحاصل: أن الملاك عند العرف في الأداء ورفع الضمان هو ردّ ما يعدّ ذلك الشيء بحيث لو أدّاه فكأنه لم يتلف منه شيئاً.

ثانيهما: في المراد من القيمة

هل المراد من القيمة هي المايّة السارية في كلّ مال بالحمل الشائع أو المراد منها هي المايّة المحضة التي تمخّص في المايّة، كالدينار والدرهم والنقود الرائجة وأشباهاها ممّا ليس له شأن إلاّ حيثيّة المايّة من دون خصوصيّة أخرى تتفاوت به الرغبات؟

التحقيق: أن قيمة كلّ شيء عبارة عن مقدار ماله التي بها يقابل بالشيء الآخر ويعادله عادةً أو شرعاً.

وأما النقود الرائجة في كلّ عصر فهي بنفسها لا قدر لها، بل إنّما هي ما يجعلها العرف والدول في الممالك والاجتماعات البشرية أسناداً تحكي عن مقدار قدرة الشخص على شراء الأشياء المرغوبة في المعاش.

إذا عرفت هذين الأمرين فاعلم أنّهم اختلفوا في بيان المرجع عند الشكّ في

المثلية والقيمية على أقوال:

القول الأول: أن الأصل فيما إذا شك في كون الشيء مثلياً أو قيمياً هو تخير المالك بينهما، لأنّ ثبوت الشيء في عهدة الضامن قطعي، وإذا اختار المالك أحدهما فلا ريب في كونه مسقطاً للذمة، لأنّ ما يختاره إمّا هو البدل الواقعي وإمّا هو بدل البدل الذي رضى المالك به مقام الوفاء، فما يختاره المالك مسقط قطعاً، وغيره مشكوك فيه، والأصل عدم السقوط إلّا بما يختاره المالك.

وفيه: أنّه لا ريب في جواز ردّ ما تراضيا عليه، فيجوز حينئذٍ ردّ القيمة وإن تعيّن دفع المثل، كما يجوز ردّ المثل وإن تعيّن دفع القيمة، ولكنّه خارج عن محل الكلام. وإمّا الكلام فيما إذا لم يرض المالك إلّا بما هو حقّه شرعاً ولم يرض الضامن إلّا بدفع ما عليه دفعه كذلك، فحينئذٍ لا بدّ من دليل على تعيين ما هو حقّه وما عليه دفعه شرعاً.

القول الثاني: أن الأصل في المقام هو المثلية. واستدلّ له بوجوه:

الأول: أن الواجب على الضامن بمقتضى حديث على اليد إنّما هو أداء المثل حتّى في القيميات، ثمّ خرج عنه القيميات بالإجماع فيما علم أنّه قيمي، وفي صورة الشكّ فالمرجع عموم العام.

وفيه: أن مقتضى حديث على اليد أصل الضمان وثبوت الشيء في العهدة، وأمّا كيفية الضمان فهي أمر موكول إلى العرف والعقلاء كما مرّ تفصيله. مضافاً إلى أن المجمع عليه - لو سلّم ثبوت الإجماع - هو القيميات، فإذا شكّ في شيء أنّه مثلي أو قيمي يكون من الشكّ في المصدق، ولا يجوز الرجوع فيه إلى عموم العام، لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

الثاني: أن ما على الضامن ابتداءً إنّما هو أداء المثل مطلقاً، لكونه أقرب إلى التالف من غيره. وأمّا أداء القيمة في القيميات فإنّما هو من باب الإرفاق للضامن،

إذ لا يوجد غالباً مثل للقيميّات في الخارج. فعليه فراغ الذمة بأداء المثل قطعي، وبأداء غيره مشكوك فيه، فيدور الأمر بين التعيين والتخير، والأصل حينئذٍ هو الأخذ بما يحتمل تعيّن، فالأصل عدم سقوط ما في ذمة الضامن إلّا بأداء المثل. وفيه: أولاً: أنّه قد ثبت أنّ المستفاد من أدلة الضمان ليس إلّا كون الشيء مستقرّاً في عهدة المستولي عليه حتّى يؤدّيه إلى من له الولاية، فما على الضامن ابتداءً هو الأداء، لا أداء المثل ولا أداء القيمة، والأداء عند العرف والعقلاء يتحقّق برّد ما يعدّ ذلك الشيء المأخوذ؛ بحيث لو ردّه فكأنّه لم يتلف من أموال المالك شيئاً، وهو يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والحالات.

وثانياً: أنّ دعوى كون المثل أقرب إلى التالف مطلقاً، ممنوعة، كما مرّ تفصيله.

وثالثاً: أنّ محلّ البحث فيما إذا سلكتنا مسلك المشهور من تعيين الضمان بالمثل في المثليّات وبالقيمة في القيميّات. وأمّا بناءً على القول بأنّ المثل في الذمة مطلقاً حتّى في القيميّات - إمّا بدعوى كونه أقرب إلى التالف، وإمّا بدعوى ظهور حديث على اليد فيه - وأنّ أداء القيمة رافع للضمان إرفاقاً للضامن، فمقتضى القاعدة هو الاحتياط، وهو يحصل بأداء المثل، لكن فساد هذا القول يظهر ممّا مرّ.

الثالث: أنّه ربّما يقال: «التحقيق تعيّن الضمان بالمثل عند الشكّ في ضمان المثل أو القيمة. والوجه في ذلك هو قيام السيرة القطعيّة على أنّ وضع اليد على مال الغير بلا سبب شرعيّ موجب للضمان. وعليه فإن كان المال المزبور موجوداً بعينه فلا بدّ من ردّه على مالكة على النحو الذي أخذه منه - أي بجميع خصوصيّاته النوعيّة والشخصيّة والماليّة -، وإذا تعذّر ذلك - لتلفٍ ونحوه - سقط عنه وجوب ردّ العين وانتقل الضمان إلى المثل، أعني به: الكلّيّ الجامع لجميع الأوصاف التي لها دخل في ماليّة الشيء وموجبة لزيادتها، لا الأوصاف التي لا دخل لها في ماليّة الشيء أصلاً ورأساً، وأنّما هي دخيل في التشخيص.

وعلى هذا الضوء فمقتضى القاعدة هو الضمان بالمثل، إلا إذا ثبت كون التالف قيمياً، أو كان التالف مثلياً ولكن تعذر مثله في الخارج، فإنه عندئذٍ يجب على الضامن أداء القيمة، وكل ذلك من ناحية السيرة العقلائية غير المردوعة من قبل الشارع»^(١).

وفيه: أن ما أفاده هذا المحقق في المقام ينافي ما تقدّم منه في مقام الاستدلال على مذهب المشهور، فإنه قال هناك: «إنّ العقلاء متفقون على أنّ الإنسان إذا أخذ مال غيره ووضع يده عليه بغير سبب شرعيّ ضمنه بجميع خصوصياته الشخصية والمالية والنوعية، وإنه لا يخرج عن عهده إلاّ بردّ عينه على مالكة، وإذا تلفت العين وجب على الضامن ردّ ما هو أقرب إليها... والأقرب إلى العين التالفة إنّما هو المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ، فلا يكتفى بردّ أحدهما في موضع الآخر»^(٢). وادّعى هاهنا قيام السيرة العقلائية على أنّ وضع اليد على مال الغير يوجب ضمان صاحب اليد، وأنّه لا يخرج عن عهده إلاّ بردّ عينه على مالكة على النحو الذي أخذه منه، وإذا تلفت العين وتعذر من ردّ العين سقط عنه ردّ العين وانتقل الضمان إلى المثل.

والتهافت بين الكلامين واضح، فإنّ كلامه في المقام يرجع إلى دعوى قيام السيرة العقلائية على أنّه إذا وضع الإنسان يده على مال الغير بلا سبب شرعيّ ضمنه بجميع خصوصياته ولا بدّ من ردّه على مالكة على النحو الذي أخذه منه فيما إذا كانت العين المأخوذة موجودة، وأمّا إذا تلفت وتعذر ذلك فالسيرة العقلائية قائمة على الضمان بالمثل مطلقاً حتّى في القيميات، ثمّ خرج القيميات - بالإجماع مثلاً - فيما إذا ثبت قيميتها، وبقي المشكوك منها تحت العامّ، أي

(١) مصباح الفقاهة ٢: ١٥٦ - ١٥٧.

(٢) مصباح الفقاهة ٣: ١٥٠.

الضمان بالمثل. وهذا ينافي دعواه هنا من قيام السيرة العقلائية على الضمان بالمثل في المثليات وبالقيمة في القيميات فيما إذا تعذر ردّ العين.

مضافاً إلى أنّ كلا الدعويين ممنوع:

أما الأولى: فلما مرّ سابقاً.

وأما الثانية: فلأنّها دعوى بلا دليل. مضافاً إلى أنّها - على ما قرّبناه - لا يثبت تعيين المثل، ضرورة أنّه لو سلّم قيام السيرة على الضمان بالمثل حتّى في القيميات فيما إذا تعذر ردّ العين، لكن لا نسلم خروج ما ثبت قيمته عن عموم مؤدّاه، فإنّه لم يتفوّه به أحد. نعم، يمكن دعوى قيام الإجماع على خروج القيميات، وحينئذٍ فإذا شكّ في شيء أنّه قيميّ أو مثليّ يكون من الشكّ في المصدق، ولا يجوز الرجوع فيه إلى عموم العام، لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية كما سلكه هذا المحقّق أيضاً.

القول الثالث: أنّ الأصل في المقام هو القيمة. ويستدلّ عليه بأنّ مقتضى حديث على اليد هو لزوم دفع القيمة مطلقاً، حتّى في المثليات، ثمّ خرج منه ما ثبت كونه مثليّاً، وفي المشكوك يرجع إلى عموم العام.

وفيه: - مضافاً إلى ما عرفت من عدم دلالة النبويّ على ذلك - أنّ الشكّ في كون الشيء مثليّاً من الشكّ في المصدق، وفي الشبهة المصداقية لا يرجع إلى عموم العام.

وقد يستدلّ عليه أيضاً بأنّ المقام من موارد دوران الأمر بين الأقلّ والأكثر، لأنّ المراد من القيمة هنا هو العالّة المشتركة بين جميع الأموال، سواء كانت تلك الأموال مثلية أو قيمية، وعليه فيكون اشتغال الذمّة بالجهة المشتركة معلوم، واشتغالها بغير ذلك من الخصوصيات النوعيّة والشخصيّة مشكوك فيه، والمرجع في أمثال ذلك هو البراءة، فلا يجب على الضامن إلّا أداء القيمة، إلّا إذا رضى بأداء

المثل، فحينئذ يكون مخيراً بين أداء القيمة وأداء المثل.

وفيه: أنَّ هذا الدليل مبنيٌّ على أن يقال في باب الضمانات أنَّ العهدة تشتغل بالمالية مطلقاً، لا بنفس الأعيان. وقد منعناه في أوّل هذا الأمر. هذا.

وأما الجواب عنه: بأنَّ هذا الدليل مبنيٌّ على أن يكون المراد من القيمة في المقام هو مطلق المالية السارية في الأموال كلّها، ولكن هذا خلاف المتسالم عليه، بل خلاف ما هو المرتكز في الأذهان، لأنَّ المتبادر من كلمة القيمة إنّما هو المالية الخالصة كالنقود الرائجة بين الناس التي يتمخّض في المالية، وعليه فيكون دوران الأمر بين ردّ المثل وردّ القيمة من قبيل دوران الأمر بين المتباينين ولا بدّ في ذلك من الاحتياط ولا مورد للبراءة^(١).

ففيه: ما مرّ سابقاً من أنَّ المراد من القيمة هو مقدار مالية الشيء التي بها يقابل بالشيء الآخر ويعادله عادةً أو شرعاً. وأما النقود الرائجة في كلّ عصر فهي بنفسها لا قدرلها كي يقابل بالشيء، بل إنّما هي ما يجعلها العرف والدول في الاجتماعات البشرية أسناداً تحكي عن مقدار قدرة الشخص على شراء الأشياء المرغوبة في المعاش، ولذا يختلف نحو حكايتها باعتبار اختلاف الممالك، وقد يسقط سنديتها ويخلفها نقوداً أخرى. فالقول بأنَّ المراد من القيمة هو النقود الرائجة خلاف التحقيق.

ويؤيّده ما ورد في بعض الروايات:

منها: ما رواه البرقي عن أبي جعفر الثاني عليه السلام قال: كتبت إليه: هل يجوز أن يخرج عمّا يجب في الحرث من الحنطة والشعير، وما يجب على الذهب دراهم بقيمة ما يسوى، أم لا يجوز إلّا أن يخرج من كلّ شيء ما فيه؟ فأجاب عليه السلام: «أيّما

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١: ٣٥٧ - ٣٥٨، مصباح الفقاهة ٣: ١٥٨.

تيسّر يخرج»^(١).

ومنها: ما روى عليّ بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يعطي عن زكاته من الدراهم دنانير، وعن الدنانير دراهم بالقيمة، أيحلّ ذلك له أم لا؟ قال: «لا بأس به»^(٢).

القول الرابع: أنّ الأصل في المقام هو تخيير الضامن بين أداء المثل والقيمة. وذلك لأنّ الضامن يعلم إجمالاً باشتغال ذمّته بالمثل أو القيمة، لأنّ هذا الشيء إمّا مثليّ فيضمن بالمثل وإمّا قيميّ فيضمن بالقيمة. ومقتضى الاحتياط هو تحصيل البراءة، والقطع بفراغ الذمّة لا يحصل إلّا بأداء كلا الأمرين. لكنّ الإجماع بل الضرورة تقضي بأنّ الضامن لا يلزم بأداء كلا الأمرين، وإذن يكون مخيراً بين أداء المثل أو القيمة.

إن قلت: إنّ اشتغال الذمّة بالمثل أو القيمة واقعاً وقيام الإجماع والضرورة على عدم لزوم أدائهما معاً لا يقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل والقيمة، بل يعيّن ما في الذمّة بالصلح القهريّ، بأن يرجع الضامن والمالك كلاهما إلى الحاكم الشرعيّ ويحكم الحاكم بذلك، كما يمكن أن يرجع في تعيين أحد الأمرين إلى القرعة.

قلت: لا تصل النوبة إلى الصلح، لأنّ مورده ما إذا لم يمكن فصل الخصومة بغيره، وهو ممكن في المقام؛ ولا إلى القرعة، لعدم جريانها في الشبهات الحكميّة، بل إنّما تجري في بعض الموارد من الشبهات الموضوعيّة، كما سيأتي في قاعدة القرعة إن شاء الله.

فالحاصل: أنّه بناءً على اعتبار قاعدة ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ

بالقيمة فإذا شك في كون شيء مثلياً أو قيميّاً فالمرجع أصالة تخير الضامن بين المثل والقيمة.

وأما بناءً على المختار من عدم اعتبار هذه القاعدة فلا مجال للبحث عن هذه القاعدة كما مرّ.

الأمر الثاني: حكم ما إذا لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمنه

إذا استولى الإنسان على مال الغير ثمّ تلف المال عنده واشتغلت ذمّته بمثله ولم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمنه فهل يجب على المستولي عليه أن يشريه بأكثر من ثمنه ويردّه إلى مالكه، أو لا يجب، بل لا بدّ أن يصبر المالك إلى أن ينزل ثمنه، أو يفصل بين الصور المتصورة في المقام بحسب منشأ زيادة الثمن؟

وللبحث عن هذه المسألة مجال واسع، سواء قلنا باعتبار قاعدة ضمان المثليّ بالمثل والقيميّ بالقيمة، وهو فيما إذا كان التالف مثليّاً، أو قلنا بعدم اعتبارها، وهو فيما إذا حكم العرف بأنّ معادل التالف مثله، لأنّه يعدّ ذلك الشيء عند العرف، فيجب عليه أداء المثل.

وقبل الخوض في ذكر الأقوال في المسألة وبيان الحق فيها ينبغي تقديم مقدّمة:

وهي: أنّ في منشأ زيادة الثمن صوراً:

الأولى: أن تكون كثرة الثمن لزيادة القيمة السوقية للمثل، أي: صار قدره وثنمه أضعاف قدر التالف يوم التلف أو يوم الاستيلاء، من دون تعذّر المثل وندرته، بل مع كثرته في السوق زادت قيمته تبعاً لزيادة قيمة سائر الأشياء في الأسواق.

الثانية: أن تكون كثرة الثمن لقلّة وجود المثل في البلد من جهة طريان الإغواز عليه أو من جهة احتكار من عنده المثل، مع كونه مورداً للرجة.

الثالثة: أن تكون كثرة الثمن لعدم وجوده إلا عند شخص لا يرضى إلا بأكثر من المتعارف من ثمنه.

الرابعة: أن تكون كثرة الثمن لكونه نادر المثل، وإن وجد له مثل أو مثلاًن. هذا ما أفاده بعض الأعلام في صور منشأ كثرة الثمن.

ويمكن أن يقال في ضبط الصور: إن كثرة الثمن لا تخلو: إما أن يكون على النحو المتعارف في الأسواق، بأن يكون منشؤها ما يكون متداولاً في الأسواق من التغير التصاعدي في ثمن الأشياء - كل بحسبه - في كل شهر أو سنة، من دون كثرة الرغبة إليه أو قلّة وجوده أو غيرهما، بل يحصل الترقّي مع كثرة وجوده في السوق وعدم كثرة الرغبة إليه تبعاً لترقي ثمن سائر الأشياء في الأسواق. ويعبر عن هذا بـ«ترقي القيمة السوقية».

وإما أن تكون لا على النحو المتعارف، أي: لا يكون منشؤها التغير التصاعدي الطبيعي في القيمة السوقية، وحينئذٍ إما أن يكون منشؤ كثرة الثمن كثرة رغبة الناس إليه، أو يكون قلّة وجود المثل، أو يكون حصره عند شخص معيّن من دون كثرة الرغبة ومن دون قلّة الوجود. وعلى الأوّل فقد يكون منشؤها رغبة عامة الناس إليه، وقد يكون رغبة طائفة خاصّة إليه. وعلى الثاني فقد تكون قلّة الوجود من جهة طريان الإغواز عليه، وقد تكون من جهة احتكار شخص أو أشخاص، وقد تكون من جهة كونه نادر المثل في أصله.

وكيف كان فقد اختلفوا في حكم المسألة على وجوه:

الأوّل: أنّه يجب الشراء بأكثر مطلقاً، سواء كانت كثرة الثمن لزيادة القيمة السوقية للمثل أو لتعذر المثل وعدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس. هذا ما ذهب إليه الشيخ الأعظم تبعاً لفخر الدين^(١) والشهيد الأوّل^(٢)

(١) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٨.

(٢) الدروس ٣: ١١٣.

والمحقق الثاني^(١)، بل هو صريح الشيخ في الخلاف والمبسوط، حيث قال في الخلاف: «إذا غصب ما له مثل - كالحبوب والأدهان - فعليه مثل ما تلف يده، يشتريه بأيّ ثمن كان بلا خلاف»^(٢). وقال في المبسوط: «يشتريه بأيّ ثمن كان إجماعاً»^(٣).

واستدلّ عليه الشيخ الأعظم بعموم النصّ والفتوى بوجوب المثل في المثلي^(٤). وفيه: أنّ أدلة الضمانات - كحديث على اليد - إنّما تدلّ على أصل الضمان، وأمّا بالنسبة إلى كيفية الضمان ساكتة ولا عموم لها حتّى يستند به على وجوب شراء المثلي ولو بأكثر من ثمنه.

مضافاً إلى أنّ قاعدة لا ضرر حاكمة على أدلة الأحكام الواقعية. الثاني: أنّه لا يجب الشراء بأكثر مطلقاً، بل لا بدّ للمالك من أن يصبر إلى أن ينزل قيمته. ولم أجد من يختار هذا الوجه.

وفساده واضح، لعدم دليل على لزوم الصبر، مضافاً إلى أنّه يمكن عدم نزول قيمته أصلاً.

الثالث: ما ذهب إليه المحقق النائيني^(٥) وتبعه بعض من تأخّر عنه^(٦). وهو التفصيل بين ما إذا كانت كثرة الثمن لزيادة القيمة السوقية فيجب الشراء، وبين ما إذا كانت الكثرة لعدم وجوده إلّا عند من لا يبيعه إلّا بأضعاف قيمته، فلا يجب الشراء. وحاصل ما أفاد المحقق النائيني - على ما في تقارير درسه -: أنّ الشيء المثلي إذا لم يكن مثله كثيراً مبذولاً، بل لم يوجد إلّا عند من لا يبيعه إلّا بأضعاف

(١) جامع المقاصد ٦: ٢٦٠. (٢) الخلاف ٣: ٤١٥. (٣) المبسوط ٣: ١٠٣.

(٤) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٣: ٢٢٣ - ٢٢٤. (٥) منية الطالب ١: ٢٩١ - ٢٩٢.

(٦) كتاب البيع (الإمام الخميني) ١: ٥٢٥ - ٥٢٨، مصباح الفقاهة ٣: ١٦١ - ١٦٣، القواعد الفقهية (البجنوردي) ٤: ٦٣ - ٦٥.

قيمته، يسقط عن الذمة وينقلب قيمياً، فإنّ انحصار وجوده عنده في حكم التعذر، ومقتضى قاعدة لا ضرر، عدم وجوب شرائه على الضامن. وأمّا إذا كان مثله كثيراً مبدولاً ولكن زادت قيمته السوقية فلا يسقط عن الذمة ولا ينقلب قيمياً، فيجب شراؤه، فإنّ الضرر الوارد عليه لا يكون داخلياً في قاعدة لا ضرر، لأنّ هذا الضرر ممّا يقتضيه طبع الحكم، ويعتبر في دخول الضرر في الضرر المنفي أن لا يكون طبع الحكم مقتضياً له، فإنّ ترقّي القيمة وتنزّلها على مساق واحد، وكلّ واحد منهما يقتضي ضرراً على شخص، فكما أنّه لو تنزّل قيمة المثل ليس للمالك مطالبة قيمة التالف أو قيمة المثل قبل تنزّل قيمته، كذلك لو ترقّي القيمة ليس للضامن إلزام المالك لقيمة المثل قبل الترقّي.

ولا يخفي: أنّ ما أفادوه موافق للتحقيق بناءً على اعتبار قاعدة ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة، فإنّه يقال: إنّ عموم على اليد يدلّ على لزوم تفرّغ الذمة وأداء المأخوذ بالمثل مطلقاً إذا كان مثلياً، سواء ارتفعت قيمته عن قيمة العين أو نقصت قيمته عن قيمة العين، وسواء كان منشئ ارتفاع القيمة عدم وجدانه إلاّ عند من لا يبيعه إلاّ بأكثر من ثمنه، أو كان منشؤه زيادة القيمة السوقية، فيجب شراء المثل في كلتا صورتين، غاية الأمر أنّ الصورة الأولى تخرج عن عموم على اليد وإطلاقات أدلة الضمان بقاعدة لا ضرر الحاكمة على الأدلة الأولى، ويحكم بعدم وجوب شرائه على الضامن، لأنّه يوجب ضرره. وأمّا الصورة الثانية فلا تخرج عن ذلك العموم، لعدم دخول الضرر الحاصل من ارتفاع القيمة السوقية في الضرر المنفي بقاعدة لا ضرر، لأنّ هذا الضرر ممّا يقتضيه طبع الحكم، ويعتبر في دخول الضرر في الضرر المنفي بقاعدة لا ضرر أن لا يكون طبع الحكم مقتضياً له. وعليه فلا فرق بين ما إذا ترقّت القيمة أو تنزّلت، فكما أنّه لو تنزّلت قيمة المثل ليس للمالك مطالبة قيمة التالف أو قيمة المثل قبل تنزّلها، كذلك لو ترقّت القيمة أو

تنزّلت، فكما أنّه لو تنزّلت قيمة المثل ليس للمالك مطالبة قيمة التالف أو قيمة المثل قبل تنزّلها، كذلك لو ترقّت القيمة ليس للضامن إلزام المالك بدفع قيمة المثل قبل الترقّي، لعموم قاعدة ضمان المثليّ بالمثل المستفادة من عموم أدلة الضمانات. وأمّا بناءً على المختار من عدم اعتبار هذه القاعدة فالتحقيق أن يقال: إنّ الملاك في رفع الضمان هو تحقّق الأداء، كما أنّ الملاك في الضمان هو الاستيلاء على مال الغير، فإذا حكم العرف والعقلاء بأنّ أداء هذا الشيء إنّما يتحقّق بأداء مثله لا يرفع الضمان إلّا بأداء مثله أو بأداء ما رضى المالك بأخذه والضامن بدفعه. وهذا ما يستفاد من إطلاق أدلة الضمانات مع ضمنية حكم العرف والعقلاء. وهو بإطلاقه يقتضي وجوب شراء المثل ولو بأكثر من ثمنه، سواء كان كثرة الثمن لانهيار وجوده عند من لا يبيع إلّا بأزيد من ثمن مثله، أو كان لزيادة القيمة السوقية. نعم، قاعدة لا ضرر تقضي بعدم وجوب شراء المثل بأكثر من ثمنه، لأنّه يوجب ضرر الضامن.

ولا فرق في ذلك بين الصورتين المذكورتين، فإنّ زيادة القيمة السوقية أيضاً قد يتفق من الجهات الخارجة عن الحكم بالضمان، كارتفاع قدرة الناس على الشراء وتكثير النقود الرائجة وغيرهما، فكما قد تترقّى قيمة الأشياء ويغلو سعرها بواسطة الاحتكار وقلة الوجود وانحصار وجوده عند من لا يبيع إلّا بأزيد من ثمن مثله، كذلك قد تترقّى قيمة الأشياء بواسطة ارتفاع قدرة الناس على الشراء وكثرة الرغبات وغيرهما ممّا يوجب ارتفاع القيمة السوقية، فكلّ هذه عوامل خارجة عن الحكم بالضمان تؤثر في ارتفاع قيمة الأشياء، غاية الأمر أنّ بعضها إنّما يؤثر في ارتفاع قيمة شيء خاصّ، وبعض آخر منها يؤثر في ارتفاع قيمة جميع الأشياء كلّ بحسبه.

وعليه فيدخل الضرر الحاصل منها في الضرر المنفي بقاعدة لا ضرر، وحيث

كانت قاعدة لا ضرر حاكمة على الأدلة الأولى فيحكم بعدم وجوب الشراء بأكثر من ثمن المثل على الضامن.

نعم، نفس الحكم بضمان المثل مجعول ضرري يقتضي بطبعه ضرر الضامن، وهذا الضرر لا يدخل في الضرر المنفي بقاعدة لا ضرر، فإنه نظير الضرر المتوجّه إلى المجاهد في الجهاد والكاسب في الخمس والزارع في الزكاة والحاج في الحج بالنسبة إلى الزاد والراحلة.

اللهم إلا أن يقال: أن زيادة قيمة المثل إذا كانت من جهة ترقّي القيمة السوقية لا يصدق على ثمن المثل أنه أكثر من ثمنه، بل يصدق عليه أنه ثمنه المتعارف بين الناس. بخلاف ما إذا كانت زيادة ثمن المثل من جهة الاحتكار أو قلة الوجود أو انحصار وجوده عند من لا يبيعه إلا بثمن غال، فيصدق حينئذٍ على ثمن المثل أنه أكثر من ثمنه المتعارف. وعليه فإذا كانت زيادة قيمة المثل من جهة ترقّي القيمة السوقية يجب على الضامن شراؤه بذلك الثمن، لأنه شراء بثمنه، لا شراءً بأكثر من ثمنه، فهذه الصورة خارجة عن محلّ الكلام تخصّصاً. وأما إذا كانت زيادة قيمة المثل من جهة أخرى من الجهات المذكورة فيصدق على ثمن المثل أنه أكثر من ثمنه ويقال بأن إطلاق أدلة الضمانات وإن تقتضي وجوب الشراء على الضامن بأكثر من ثمنه، إلا أن قاعدة لا ضرر الحاكمة عليها تقتضي عدم وجوب الشراء على الضامن. وحينئذٍ فإن كان بحيث لا يصدق عرفاً أن الضامن يتعذّر من المثل، كما إذا علم أن كثرة الثمن محدودة بوقت معيّن ويكون الصبر عليه أمراً متعارفاً، فلا ينقلب المثل قيميّاً، بل على المالك أن يصبر إلى أن يقدر الضامن على شرائه بالشئ المتعارف أو تراضياً معاً على دفع شيء آخر مكانه. وإن كان بحيث يصدق عرفاً أن الضامن متعذّر من المثل، كما إذا علم أن كثرة الثمن تدوم مدّة غير معيّنة، فإذا كان الصبر على تنزّل القيمة موجباً لضرر المالك - بأن لم يستوف منافع الشيء

مثلاً - فيتعارض الضرران ويسقط قاعدة لا ضرر، فيرجع إلى مقتضى إطلاقات أدلة الضمانات من وجوب الشراء بأكثر. وإذا لم يكن الصبر عليه موجباً لضرر المالك، فعليه أن يصبر إلى أن يقدر الضامن على شراء المثل بالثمن المتعارف، أو تراضياً على رفع ما يقابله ويعادله عرفاً.

ويمكن أن يقال: إنه لا يتصور ضرر المالك في الصبر على تنزّل القيمة وإن كان زمان التعذر طويلاً، لأنّ الضمان تعلّق بما يعدّ الشيء المأخوذ بحيث لو أدّى فكأنّه لم يتلف من أموال المالك شيئاً، والمفروض أنّه المثل بحكم العرف والعقلاء، فإذا كان زمان التعذر طويلاً وحكّم العرف والعقلاء بأنّ المثل بنفسه يعدّ الشيء المأخوذ بحيث لو أدّاه فكأنّه لم يتلف من أموال المالك شيئاً فيُعطي المثل إليه ولم يتضرّر، وإذا حكّم العرف والعقلاء بأنّ المثل بنفسه لا يعدّ الشيء المأخوذ فللضامن أن يعطي ما يعدّ الشيء المأخوذ بحيث لو أدّاه فكأنّه لم يتلف من أمواله شيء، وتعيين مصداقه بيد العرف والعقلاء، فإن كان ما يعدّ الشيء المأخوذ عند العرف هو المثل مع ضميّة شيء آخر فعليه إعطاء المثل معه، وإن كان ما يعدّ الشيء المأخوذ عند العرف هو القيمة - بمعنى ما يقابله ويعادله عادةً وعرفاً - فعليه أن يعطي القيمة. وعلى أيّ حال لم يتضرّر المالك في المقام أصلاً. فلا يعارض ضرره مع ضرر الضامن، ويحكم بعدم وجوب الشراء بأكثر من الثمن على الضامن مطلقاً.

الأمر الثالث: في حكم التعذر والإعواز

إذا لم يتمكّن الضامن من أداء ما عليه من المثل أو القيمة فهل يجوز للمالك المطالبة بالقيمة فيما إذا كان عليه المثل وبالمثل فيما إذا كان عليه القيمة أو لا يجوز؟ وعلى الأوّل هل يجب على الضامن إعطاء ما طلبه المالك أو لا يجب

عليه؟ تنقيح البحث عنه في ضمن مسائل:

المسألة الأولى: ما هو المناط والضابطة في الإعواز والتعذر؟

المحكي عن العلامة في التذكرة: «أن المراد من التعذر هو أن لا يوجد ذلك الشيء في البلد وما حواليه»^(١).

وفي جامع المقاصد - بعد ما ذكر التعريف المذكور - قال: «لم يحد ما حواليه، والظاهر أن المرجع فيها إلى العرف»^(٢). فالمحقق الثاني أوكل تحديد الحوالي إلى العرف، لا تحديد التعذر، كما زعمه بعض المتأخرين^(٣).

وقال المحقق الأردبيلي: «إن مرجع التعذر هو العرف، لما مر من أن ما ليس له حقيقة شرعية - ولم يكن المراد الحقيقة اللغوية - فالمراد العرفية»^(٤).

وأورد عليه الوحيد البهبهاني، فقال: «لا وجه لما ذكره أولاً من أن مرجع التعذر والحوالي هو العرف، لأنه لم يرد هذا المعنى في حديث أو آية، بل الحاكم هو العقل، فالعبرة بما حكم به العقل والقدر الذي حكم، والعقل لا يحكم إلا إذا لم يمكن بحيث يصير تكليفاً بما لا يطاق»^(٥).

وقال المحقق النائيني: «إن الذي يوجب في ضمان العين عند تلفها استقرار القيمة في الذمة، لا المثل، هو الميزان للتعذر الطارئ للمثل. وبعبارة أخرى: عدم وجود المماثل للعين بحسب الخلقة الإلهية أو مطلقاً المقتضي لاستقرار قيمة العين في الذمة عند تلفها هو الموجب لصدق تعذر المثل»^(٦).

وقال السيد الخوئي: «إن الميزان في تعذر المثل وإعوازه هو التعذر الشخصي

(٢) جامع المقاصد ٦: ٢٤٥.

(١) تذكرة الفقهاء (ط - القديمة) ٢: ٣٨٣.

(٣) كتاب البيع (الإمام الخميني) ١: ٥٥٨، مصباح الفقاهة ٣: ١٦٧.

(٥) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ٦٢٢.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٢٧.

(٦) منية الطالب ١: ٢٩٣.

وعدم إمكان الوصول إليه بشخصه. وعليه فإذا تمكّن الضامن من الوصول إلى المثل ولو كان ذلك في البلاد النائية لم يصدق عليه الإعواز، بل وجب عليه تحصيله، كما أنّه إذا لم يتمكّن الضامن من تحصيل المثل ولو كان موجوداً في البلد أمكن تحصيله لغيره وجب عليه دفع القيمة.

والوجه في ذلك: أنّ تقدير تعذّر المثل بحدّ خاص لم يرد في دليل خاصّ لكي نجعله مرجعاً في البحث، بل لا بدّ من الرجوع في ذلك إلى الاعتبار العقلي، ومن الواضح أنّ الاعتبار العقلي لا يساعد إلّا على ما ذكرناه^(١).

والتحقيق: أنّه لم يرد كلمة «التعذّر» وما يقرب منها في آية ولا في رواية أو معقد إجماع، بل هي نظير كلمة «التعدّي» و«التفريط»، فليست من الحقائق الشرعية حتّى يحتاج إلى بيان الشارع، بل هي من المفاهيم العرفيّة، ولا بدّ من ملاحظة ما هو المتفاهم العرفي منها، فالمرجع في تشخيص مصاديق التعذّر هو تحقق الصدق العرفي.

والمفاهيم العرفيّة تختلف مصداقاً حسب اختلاف الحالات والأفراد والأزمنة والأمكنة، فربما يعدّ عدم وجود المثل في مكانٍ تعذّراً عرفاً بالنسبة إلى حالةٍ أو شخص، ونفس ذلك لم يعدّ تعذّراً بالنسبة إلى شخص آخر أو حالة أخرى، مثلاً: إذا وجد المثل في البلاد النائية ولم يوجد في بلد الأخذ فيصدق التعذّر فيما إذا كان الضامن ممنوعاً من السفر إليها ولم يقدر على إرسال شخص آخر إليها، ولا يصدق التعذّر فيما إذا كان الضامن غير مصدود أو تمكّن من إرسال شخص آخر إليها؛ وأيضاً يصدق التعذّر عرفاً فيما إذا كان زمان فقدان المثل طويلاً، ولا يصدق فيما إذا كان زمانه قصيراً؛ وأيضاً لا يصدق التعذّر فيما إذا كان الضامن

(١) مصباح الفقاهة ٣: ١٦٧.

من كان أمره مطاعاً عند المحتكر، ويصدق في ما إذا كان الضامن من لم يكن أمره مطاعاً عنده، وهكذا.

ولعلّ هذا هو مراد المحقّق الأردبيلي من أنّ مرجع التعذّر هو العرف. ومن هنا يظهر فساد ما أفاده الوحيد البهبهاني - من أنّ الحاكم باستقرار القيمة عند التعذّر هو العقل، فالعبرة في التعذّر بما حكم به العقل، وهو لا يحكم إلّا إذا لم يمكن بحيث يصير تكليفاً بما لا يطاق -، ضرورة أنّ الحاكم باستقرار القيمة عند تعذّر المثل ليس العقل، بل الحاكم به هو العرف وبناء العقلاء، فإنّهم يلزمون الضامن بالمثل عند وجوده والتمكّن من أدائه، وأمّا عند تعذّره وإعوازه فلا يلزمونه به، بل يجوزون المطالبة بغير المثل.

وأما ما أفاده المحقّق النائيني: ففيه أنّه يستلزم الدور، لأنّ كلامه يرجع إلى أنّه لا يصدق تعذّر المثل إلّا فيما إذا يقتضي القيمة، ولا يقتضي الشيء استقرار القيمة إلّا فيما صدق التعذّر، وهذا دور.

المسألة الثانية: هل يجوز للمالك مطالبة القيمة فيما إذا تعذّر الضامن من أداء المثل، ومطالبة المثل فيما إذا تعذّر من أداء القيمة، أو لا يجوز؟

الظاهر أنّه يجوز للمالك المطالبة بالقيمة إذا تعذّر الضامن من أداء المثل، كما يجوز له المطالبة بالمثل فيما إذا تعذّر من أداء القيمة، فإنّه ما تراضيا به معاً.

نعم، ليس للمالك إجبار الضامن بأداء القيمة في الصورة الأولى، وبأداء المثل في الصورة الثانية، لما سيأتي من عدم انقلاب الضمان بالمثل إلى الضمان بالقيمة فيما إذا تعذّر الضامن من المثل، وعدم انقلاب الضمان بالقيمة إلى الضمان بالمثل فيما إذا تعذّر الضامن من أداء القيمة.

لا يقال: لا شبهة في جواز إجبار الضامن على إعطاء القيمة مع تعذّر المثل، لأنّ المالك مسلّط على حقّه، وهو مخير بين مطالبة بدله مع التعذّر وبين الصبر إلى

تمكّن الضامن من أداء المثل نفسه^(١).

لأنّه يقال: لا شكّ في أنّ المالك مسلّط على حقّه، وإنّما الكلام فيما هو حقّه شرعاً بعد التعذّر، وهو إمّا المثل معيّناً أو القيمة كذلك، فإنّ الضامن إذا تعذّر من المثل فيما إذا كان الثابت في ذمّته هو المثل، لا يخلو: إمّا أن يكون الضمان بالمثل ثابت ولو بعد التعذّر، فحينئذٍ للضامن أن يمنع من عطاء غير ما ثبت في ذمّته - أي المثل -، فلا يجوز إجباره على إعطاء القيمة. وإمّا أن ينتقل الضمان بالمثل إلى الضمان بالقيمة بمجرد التعذّر، وحينئذٍ يتعيّن على الضامن إعطاء القيمة وله إجبار المالك على أخذها. فلا وجه للقول بأنّ المالك مخير بين أخذ القيمة وبين الصبر إلى تمكّن الضامن من أداء المثل. وهكذا الأمر فيما إذا كان الثابت في ذمّته القيمة وتعذّر منها.

وظاهر كلام السيّد الإمام الخميني^(٢) عدم جواز المطالبة، زعماء أنّ جواز مطالبة القيمة ملازم لجوب دفعها، وهو ممنوع.

وفيه: أنّه ليس بين جواز مطالبة القيمة وجوب دفعها ملازمة أصلاً، بل الملازمة بين جواز مطالبة القيمة وجواز دفعها، ضرورة أنّ المالك إذا طلب القيمة فإنّما أن يرضي الضامن بدفعها، وإمّا أن لا يرضي به. فعلى الأوّل يحصل التراضي بينهما، ويأخذ المالك القيمة ويرضي بكونها أداءً. وعلى الثاني لا يحصل التراضي، وللمالك أن يصبر إلى أن يقدر الضامن على أداء المثل.

المسألة الثالثة: هل يجوز للضامن إجبار المالك على أخذ القيمة فيما إذا تعذّر من أداء المثل، وعلى أخذ المثل فيما إذا تعذّر من أداء القيمة، أو لا يجوز؟
الظاهر أنّه لا يجوز ذلك، لأنّ المفروض أنّ المثل - في الصورة الأولى - هو

(٢) راجع كتاب البيع (الإمام الخميني) ١: ٥٦٣.

(١) مصباح الفقاهة ٣: ١٦٦.

ما يعدّ عند العرف ذلك الشيء التالف، فحينئذٍ متعلّق الضمان هو المثل، ومن الواضح أنّه ليس للمديون إجبار ذي الحقّ على قبول غير ما هو حقّه، وكذا فيما إذا كان متعلّق الضمان هو القيمة، فليس للمديون إجبار المالك على قبول غير القيمة بمجرد التذرّ من إعطاء حقّه.

الأمر الرابع: الملاك في تعيين القيمة

ومن الأمور التي يجب التنبيه عليها هو أنّه بعد الفراغ عن أنّ الشيء التالف مضمون بالقيمة - إمّا لقاعدة الضمان بالمثل في المثليات وبالقيمة في القيميّات، والمفروض أنّ الشيء قيميّ؛ وإمّا لأنّ المفروض أنّ القيمة ما يعدّ ذلك الشيء التالف عند العرف بحيث لو أداها فكأنّه لم يتلف من أموال المالك شيئاً، ولو قلنا بعدم اعتبار القاعدة المذكورة - فهل الملاك في تعيين القيمة التي يجب أدائها إلى المالك قيمة يوم دخول العين تحت اليد، أو قيمة يوم التلف، أو قيمة يوم الأداء، أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، أو أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء، أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الأداء؟ فيه وجوه، بل أقوال. ولا بدّ في تحقيق المطلب من البحث عن مقامين:

المقام الأوّل: في مقتضى إطلاقات أدلّة الضمان

التحقيق - كما مرّ -: أنّ المستفاد من إطلاقات الروايات الواردة في باب الضمانات - كإطلاق حديث على اليد - أنّ الشيء يستقرّ في عهدة الغير بمجرد استيلائه على مال الغير، ولا يرفع العهدة إلّا إذا تحقّق أداء الشيء إلى من له الولاية. وأمّا كيفيّة استقراره في العهدة وكيفيّة الأداء الراجع للضمان فلا يستفاد من الإطلاقات، بل الظاهر أنّ الشارع أوكل كيفيّة أمر الضمان ورفعها على العرف

والعقلاء، بل ليس نظره - على ما يظهر من الإطلاقات - إلا جبران مال المالك بأدائه إليه. والأداء عند العرف والعقلاء يتحقق بردّ ما يعدّ ذلك الشيء المستولى عليه عندهم، بحيث لو أدّاه فكأنّه لم يتلف من المضمون له شيئاً من أمواله. وهو يختلف عند العرف والعقلاء بحسب اختلاف الأزمنة والأمكنة والحالات؛ فإن كان الشيء قائماً بعينه من دون أن تنقص ماله فبالأداء عندهم يتحقق بردّ نفس العين، لأنّها ماله لو أدّى فكأنّه لم يتلف من المالك شيء من أمواله؛ وإن كان الشيء قائماً بعينه ولكن نقصت ماله فيحكم العرف والعقلاء بأنّ ردّ نفس العين ليس أداءً للعين، لأنّها لو أدّيت بنفسها لم ير العرف والعقلاء أنّه لم يتلف شيء من أموال المالك، بل إنّما يتحقق الأداء بردّ نفس العين وردّ ما نقص من ماله؛ وإن كان الشيء تالفاً فإذا كان مثله ما يعدّ ذلك الشيء بحيث لو أدّى فكأنّه لم يتلف مال المضمون له فعليه إعطاء المثل، وإذا كانت قيمته ما يعدّ ذلك الشيء التالف كذلك فيعطي قيمته - أي مقدار ماله الشيء التي يقابل بالشيء الآخر ويعادله عادةً وشرعاً -، وحينئذٍ فإن كان ما يعدّ ذلك الشيء التالف هو قيمة يوم الأخذ فيعتبر قيمة يوم الأخذ في رفع الضمان، وإن كان معادله عند العرف والعقلاء هو قيمة يوم الدفع فالعبرة في تعيين القيمة بقيمة يوم الدفع، وإن كان ما يعادله ويقابله هو قيمة يوم التلف فالعبرة في ذلك بقيمة يوم التلف، وإن كان معادله أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف أو من يوم التلف إلى يوم الأداء أو من يوم القبض إلى يوم الأداء فالعبرة بأعلى القيم.

والحاصل: أنّ إطلاقات أدلة الضمانات لا تدلّ على تعيين أحد الوجوه الستة، بل إنّما تدلّ على ثبوت الضمان بمجرد الاستيلاء على مال الغير ولزوم رفعه بأداء المال إلى من له الولاية. وأمّا كيفية الضمان وكيفية الأداء فالظاهر أنّه أوكل إلى العرف والعقلاء. والأداء عندهم يتحقق بردّ ما يعدّ الشيء التالف بحيث

لو أدّى فكأنّه لم يتلف من أموال من له الولاية شيء، وهو يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والحالات كما مرّ. هذا بحسب مقتضى قاعدة على اليد وإطلاقات أدلة الضمان.

المقام الثاني: في مقتضى الأدلة الخاصّة

وأما بحسب الأدلة الخاصّة: فالتحقيق أنّ تعيين أحد الوجوه الستّة بالروايات الخاصّة مشكلٌ جداً. فلا بدّ من النظر فيها حتّى يتّضح الأمر.

١ - صحيحة أبي ولّاد وما أفاد الأعلام حولها

قد استدلّ على بعض الوجوه بصحيحة أبي ولّاد الحنّاط، فلا بدّ من نقل الصحيحة والتكلّم في دلالتها.

أما الصحيحة: فعن أحمد بن محمّد، عن ابن محبوب عن أبي ولّاد الحنّاط، قال: اكرتيت بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلمّا صرت قرب قنطرة الكوفة خُبرت أنّ صاحبي توجّه إلى النيل، فتوجّهت نحو النيل، فلمّا أتيت النيل خُبرت أنّ صاحبي توجّه إلى بغداد، فاتّبعته وظفرت به وفرغت ممّا بيني وبينه، ورجعنا إلى الكوفة.

وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، وأردت أن أتحلّل منه ممّا صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً، فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، فأخبرته بالقصة، وأخبره الرجل.

فقال لي: وما صنعت بالبغل؟

فقلت: قد دفعته إليه سليماً.

قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً.

قال: فما تريد من الرجل؟

فقال: أريد كراء بغلي، فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً.
فقال: ما أرى لك حقاً، لأنّه اكتراه إلى قصر ابن هبيرة، فخالف وركبه إلى
النيل وإلى بغداد، فضمّن قيمة البغل، وسقط الكراء، فلمّا ردّ البغل سليماً وقبضته
لم يلزمه الكراء.

قال: فخرجنا من عنده، وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به
أبو حنيفة، فأعطيته شيئاً وتحلّلت منه، فحججت تلك السنة، فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام
بما أفتى به أبو حنيفة.

فقال: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها، وتمنع الأرض بركتها».
قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟
فقال: «أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كراء بغل
راكباً من النيل إلى بغداد، ومثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة توفّيه إيّاه».

قال: فقلت: جعلت فداك، قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟
فقال: «لا، لأنّك غاصب».

قال: فقلت: أرايت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟
قال: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته».

قلت: فإن أصاب البغل كسر، أو دبر، أو غمز؟
فقال: «عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه عليه».
فقلت: فمن يعرف ذلك؟

قال: «أنت وهو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فإن ردّ اليمين عليك
فحلّفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل
حين أكرى كذا وكذا، فيلزمك».

قلت: إنّي أعطيته دراهم ورضي بها وحلّلتني.

فقال: «أنا رضي بها وحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه فأخبره بما أفيتك به، فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك».

قال أبو ولاد: فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاربي، فأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله عليه السلام وقلت له: قل ما شئت حتى أعطيكه؟ فقال: قد حببت إلي جعفر بن محمد، ووقع في قلبي له التفضيل، وأنت في حل، وإن أحببت أن أرد عليك الذي أخذته منك فعلت»^(١).

وقد اختلفت نسخ الحديث، ففي بعض النسخ نقلت كلمة «البغل» في كلام أبي عبد الله عليه السلام منكراً^(٢)، وفي بعض آخر معزفاً^(٣).

وكيف كان، فلا شبهة في صحة الرواية سنداً. وإنما الكلام في دلالتها على أحد الوجوه الستة، فنقول: إن في دلالة الرواية احتمالات: الاحتمال الأول: أن تدل على أن العبرة في تعيين القيمة بقيمة يوم الغصب وهو يوم المخالفة.

وقد استدلل بها على هذا الاحتمال بفقرتين من الرواية: الفقرة الأولى: قول الإمام عليه السلام - جواباً عن سؤال أبي ولاد عن ضمان البغل فيما إذا عطب وتلف - : «نعم، قيمة بغل يوم خالفته».

وقد ذكر الشيخ الأعظم الأنصاري في وجه دلالة هذه الفقرة على أن العبرة في القيمة بقيمة يوم الغصب وجهين:

الأول: ما أفاده بقوله: «إن اليوم قيد للقيمة إما بإضافة القيمة المضافة إلى

(١) الكافي ٥: ٢٩٠.

(٢) مرآة العقول ١٩: ٣٩٢، الكافي ٥: ٢٩١، الاستبصار ٣: ١٣٤، تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٧.

(٣) الوافي ١٨: ٩٣٣.

البغل إليه ثانياً، يعني: قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن حتّى توهّم الرواية مذهب من جعل القيميّ مضموناً بالمثل، والقيمة إنّما هي قيمة المثل»^(١).

وحاصل ما أفاده: أنّ الظرف (يوم المخالفة) قيدٌ للقيمة، بمعنى أنّ لفظ (القيمة) المضاف إلى البغل أضيف إلى يوم المخالفة ثانياً، فهو أضيف مرّتين: مرّةً إلى كلمة (بغل)، وأخرى إلى كلمة (يوم المخالفة)، وعليه يكون معنى كلامه ﷺ: «قيمةُ بغلٍ قيمةُ يوم المخالفة».

ويرد عليه: أنّ إضافة كلمة واحدة إلى شيئين في عرض واحد ليس معهوداً في تراكيب الكلام والجمال العربيّة، بل هو مخالف لطريقة أهل المحاورة.

الثاني: أنّ الظرف (يوم المخالفة) قيدٌ للاختصاص المستفاد من إضافة لفظ القيمة إلى كلمة البغل، فيكون معنى كلامه ﷺ: «أنّه يلزم عليه قيمة مختصة بالبغل يوم المخالفة». وهذا يكون صريحاً في أنّ الملاك قيمة يوم الغضب والمخالفة، لأنّ القيمة المختصة بالبغل يوم المخالفة هي عين قيمة يوم الغضب والمخالفة^(٢).

ويرد عليه: أنّه مخالف للظاهر، بل الظاهر أنّ أبا ولاد سأل عن الإمام عن أصل ثبوت الضمان، لأنّه سمع من أبي حنيفة أنّ ضمان الأصل لا يلائم ضمان الكراء، لأنّ الخراج بالضمان، فأجاب الإمام بثبوت الضمان، كأنّه قال: «إذا خالفت واستوليت على مال الغير - أي البغل - من دون إذنه يلزم عليك قيمته لو عطب أو نفق». وهذا موافق لحديث على اليد الذي مرّ توضيحه. وعليه يكون قوله ﷺ: «يوم خالفته» قيداً لقوله ﷺ: (نعم)، فيكون معنى كلامه ﷺ: «أنّه يلزم عليك إذا خالفته وعطب قيمة بغل»، وإلاّ فكان الصواب أن يقول: «نعم، قيمة البغل

(١) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ٢٤٧.

(٢) المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ٢٤٧.

يوم المخالفة». وحينئذٍ فلا تدلّ الرواية إلّا على أصل الضمان بالقيمة وثبوت الملازمة بينه وبين العطب، وأمّا بالنسبة إلى ما يلزم وأنه قيمة يوم المخالفة أو غيره فالرواية ساكتة عنه.

الفقرة الثانية: قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم أكرى كذا وكذا فيلزمك».

قال الشيخ الأعظم في وجه دلالة هذه الفقرة: «إنّ إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار به، فلا بدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة بناءً على أنّه يوم الاكتراء، لأنّ الظاهر من صدر الرواية أنّه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة، ومن المعلوم أنّ اكتراء البغل بمثل تلك المسافة القليلة إنّما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق، ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه القليلة»^(١).

وفيه: أنّ في التعبير بيوم الاكتراء وجهين:

الأوّل: أن يكون المراد من قيمة يوم الاكتراء نفس قيمة يوم المخالفة، من جهة وحدة اليوم وعدم اختلاف القيمة في هذه الساعات القليلة التي بين الاكتراء والمخالفة، وأنما عبّر عن القيمة بقيمة يوم الاكتراء لأجل سهولة إقامة الشهود فيه. الثاني: أنّ نكتة التعبير بيوم الاكتراء هو الإشارة إلى عدم اعتبار يوم الاكتراء بما هو يوم الاكتراء ويوم المخالفة وما هو يوم الردّ بما هو يوم الردّ. وإنّما ذكر يوم الاكتراء من أجل كون قيمة يوم الاكتراء هي القيمة الواقعية التي يعتبر في باب الضمان.

والثاني أظهر، ولذا قد عبّر الإمام عليه السلام عن القيمة بـ(قيمة يوم خالفته)، وقد

(١) كتاب المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ٢٤٨ - ٢٤٩.

يعبر عنها بـ (قيمة يوم اكترى)، وقد يعبر عنها بـ (قيمة يوم تردّه عليه)، فالظاهر أنّ العبرة بما يعدّ ذلك الشيء التالف أو المكسور من مقدار ماليّة لو أدّى فكأنّه لم يتلف من أموال المالك شيئاً، فلا عبرة بقيمة يوم خاصّ أو أعلى القيم من زمان خاصّ إلى زمان آخر.

نعم، لو كان ما يعدّ ذلك الشيء التالف أو المكسور قيمة يوم الاكتراء فالعبرة بها، لا بما هي قيمة يوم الاكتراء، بل بما هي قيمته الواقعيّة؛ ولو كان ذلك قيمة يوم المخالفة فالعبرة بها، لا بما هي قيمة يوم المخالفة، بل بما هي القيمة الواقعيّة التي لو أدّت فكأنّه لم يتلف من المالك شيئاً؛ ولو كان ذلك قيمة يوم الدفع أو أعلى القيم من زمان خاصّ إلى زمان آخر فالعبرة بها بما أنّها ما يعدّ ذلك الشيء التالف، لا بما أنّها قيمة يوم الدفع أو أعلى القيم.

الاحتمال الثاني: أن تدلّ الرواية على أنّ العبرة بقيمة يوم التلف.

واستدلّ بها على هذا الاحتمال بفقرتين من الرواية:

الفقرة الأولى: قوله عليه السلام: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته». وتقريب الاستدلال: أنّ أبا ولاد سأل عن ضمان البغل إذا عطب أو نفق، فقال: «أرأيت لو عطب البغل ونفق أليس يلزمني؟»، ومعناه: أليس يلزمني قيمة البغل حال تلفه؟ فإنّها قيمته الفعلية. وأجاب عنه الإمام عليه السلام: - تصديقاً لقول أبي ولاد - بقوله: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته»، فإنّ قوله عليه السلام: «يوم خالفته» قيدٌ لقوله عليه السلام: «نعم»، فيصير معناه: «يلزم عليك من يوم المخالفة قيمة البغل حال تلفه»^(١).

وفيه: أنّ الظاهر أنّ أبا ولاد يسأل الإمام عليه السلام عن وجه أصل ثبوت ضمان الكرى، لأنّه زعم أنّ ضمان الكرى لا يجتمع مع ضمان أصل البغل، كما أفتى به

(١) كتاب البيع (الإمام الخميني) ١: ٦٠٠.

أبو حنيفة مستدلاً بقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»، فقول السائل: «لو عطب البغل ونفق أليس يلزمني» يرجع إلى السؤال عن اجتماع ضمان الكرى مع ضمان أصل البغل، فأجاب عنه الإمام ﷺ بقوله: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» أي: يلزمك من يوم المخالفة والاستيلاء على مال الغير قيمة بغل إذا عطب أو نفق. وأمّا بالنسبة إلى المقدار المضمون وأنه هل هو قيمة يوم التلف أو غيرها فالرواية ساكتة عنه.

الفقرة الثانية: قوله ﷺ: «أنت وهو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك».

وتقريب الاستدلال بها: أنه إذا حملنا الرواية على أنّ العبرة بقيمة يوم المخالفة كان المالك مدّعياً، لأنه يدّعي زيادة القيمة، وكان الغاصب منكراً، لأنكاره تلك الزيادة، وحينئذٍ فمقتضى القاعدة أن يتوجّه الحلف على الغاصب المنكر، وأن يتوجّه إقامة البينة على المالك المدّعي، والحال أنّ الصحيحة صريحة في كون كلّ من اليمين وإقامة البينة وظيفة للمالك. فعليه يلزم كون الصحيحة مخالفة للقواعد.

وأما إذا حملناها على أنّ العبرة بقيمة يوم التلف فيمكن تصحيح توجّه اليمين وإقامة البينة على المالك بلا مخالفة للقواعد.

بيان ذلك: أنّ الإمام ﷺ قد تعرّض لصورتين من صور التنازع بين المالك والغاصب:

الأولى: أن يتفق المالك والغاصب على قيمة البغل يوم الاكتراء، ويختلفا في تنزّله عن تلك القيمة يوم التلف، فيدّعي الغاصب نقصان القيمة والمالك ينكره، وحينئذٍ فيقدّم قول المالك مع يمينه، لأنه موافق للأصل.

الثانية: أن يتفقا على وحدة قيمة يوم التلف مع قيمة يوم المخالفة، ويختلفا في

تعيين تلك القيمة، فيدّعي المالك زيادة القيمة وينكرها الغاصب، وحينئذٍ يتوجّه إقامة البيّنة على المالك المدّعي، واليمين على الغاصب المنكر. فلا بدّ من حمل الصحيحة على أنّ العبرة بقيمة يوم التلف كي يمكن تصحيح توجّه كلا الأمرين على المالك^(١).

وفيه: أنّ حمل الصحيحة على إرادة يوم التلف وحمل توجّه اليمين على المالك على صورةٍ وتوجّه إقامة البيّنة عليه على صورة أخرى خلاف ظاهر الرواية جدّاً، ضرورة أنّ عطف إقامة البيّنة على الحلف يقتضي تخيير المالك أحد الأمرين في صورة واحدة، فالصحيحة ظاهرة في أنّه إذا اختلف المالك والغاصب في زيادة القيمة ونقصانها جاز للمالك أن يحلف على مدّعاه، أو يرده إلى الغاصب، أو يقيم بيّنة على ذلك.

الاحتمال الثالث: أن تدلّ الرواية على أنّ العبرة - في تعيين القيمة - بقيمة يوم الأداء.

واستدلّ عليه بقوله ﷺ: «عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه عليه» - جواباً عن سؤال أبي ولّاد: فإن أصاب البغل كسرّاً أو دبراً أو غمزاً؟ -، فإنّ الظاهر من هذه الجملة أنّ المدار على قيمة يوم الأداء.

وفيه: أنّ ظاهر هذه الجملة أنّ الظرف - أي قوله ﷺ: «يوم تردّه عليه» - متعلّق بقوله ﷺ: «عليك»، لا بقوله ﷺ: «قيمة»، وإلّا فكان حقّ العبارة أن يقول: «يوم تردّها عليه». وعليه فيكون معناها: «يلزم عليك يوم تردّ البغل أن يعطي له قيمة تفاوت ما بين الصحة والعيب». وأمّا أنّ القيمة قيمة أيّ يوم؟ فالرواية ساكتة عنه.

(١) كتاب المكاسب (الشيخ الانصاري) ٣: ٢٥١ - ٢٥٢.

وفي مفادها احتمالات أخر أيضاً، بحيث بطل الاستدلال بها على خصوص هذا الاحتمال.

الاحتمال الرابع: أن تدلّ الرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى يوم التلف.

قال الشهيد في المسالك: «إنّ في صحيحة أبي ولّاد فيمن اكرى البغل وتجاوز به محلّ الشرط ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين»^(١).
ولكن قال الشيخ الأعظم: «لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب»^(٢).

وقد يذكر في توجيه دلالتها على ذلك ما هو خلاف ظاهرها أو ما لا يساعد عليه العرف والعقلاء في باب الضمانات، فراجع^(٣).

والحاصل: أنّ استفادة أحد الوجوه الستّة من صحيحة أبي ولّاد في غاية الإشكال، بل يمكن استفادة عدم اعتبار أحدها بالخصوص، كما مرّ.

٢ - بعض الأخبار الواردة في باب الرهن

وقد يتوهم دلالة بعض الروايات الواردة في باب الرهن على أنّ العبرة بقيمة يوم التلف.

منها: موقّعة أبان بن عثمان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «في الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فأخذه، وإن استهلكه ترادّا الفضل بينهما»^(٤).

ومنها: ما عن أبي حمزة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول عليّ عليه السلام: «يتراذّان

(١) مسالك الأنهمام ١٢: ١٨٦. (٢) كتاب المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ٢٥٣.

(٣) كتاب البيع (الامام الخميني) ١: ٦١٩، مصباح الفقاهة ٣: ١٩٢ - ١٩٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٢٥، الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٢.

الفضل؟ فقال عليه السلام: «كان عليّ يقول ذلك».

قلت: كيف يترادّان؟

فقال عليه السلام: «إن كان الرهن أفضل ممّا رهن به ثمّ عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوى ردّ الراهن ما نقص من حقّ المرتهن». قال: «وكذلك كان قول عليّ عليه السلام في الحيوان وغير ذلك»^(١).

ومنها: موثقة اسحاق بن عمّار، قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الراهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاث مائة درهم فيهلك، أعلّى الرجل أن يردّ على صاحبه مأتي درهم؟

قال عليه السلام: «نعم، لأنّه رهن رهنأ فيه فضل وضيّعه».

قلت: فهلك نصف الرهن؟

قال عليه السلام: «على حساب ذلك».

قلت: فيترادّان الفضل؟

قال عليه السلام: «نعم»^(٢).

وتقريب الاستدلال بها على أنّ العبرة بقيمة يوم التلف - على ما في تقارير درس المحقّق النائيني -: أنّ هذه الروايات تدلّ على أنّ التالف يحسب قهراً في مقابل الدين، والتهاثر القهري لا يمكن إلّا بالانتقال إلى القيمة في يوم التلف، وإلّا كان على الراهن أن يؤدّي الدين ويأخذ حقّه من المرتهن إمّا بقيمة يوم الإتلاف، أو يوم الدفع، أو أعلى القيم، أو يوم التفريط لو كان غير يوم التلف^(٣).

وقال السيّد الإمام الخميني - ما حاصله -: أنّ الظاهر من موثقة أبان بن عثمان - بناءً على أنّ المراد من الاستهلاك هو الضياع - أنّ الضياع يوجب سقوط

(١ و ٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٢٩، الباب ٧ من أبواب الرهن، الحديث ١ و ٢.

(٣) منية الطالب ١: ٣١٩.

المقدار المقابل، ويتراذآن الفضل بمجرد التلف؛ كما أنّ الظاهر من التعليل في موثقة اسحاق بن عمار أنّ كلّ من هلك مال الغير تحت يده بتضييع ضمن قيمته يوم التلف^(١).

ولكنّ التحقيق: أنّه لا دلالة لهذه الروايات على تعيين أيّ يوم من الأيام، بل غاية ما يستفاد منها أنّ الرهن يضمن فيها إذا ضيّعه وأتلفه المرتهن. ولو سلّم فموردها خصوص الإتلاف، وموضوع البحث أعمّ من صورة الإيتلاف والتلف.

٣- الأخبار الواردة في الرجل يأتي البهيمة

وربّما يتوهّم من بعض الروايات أنّ الاعتبار بقيمة يوم الأداء.

منها: ما عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام، وعن اسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم موسى عليه السلام، وعن الحسين بن خالد عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، في الرجل يأتي البهيمة، فقالوا جميعاً: «إن كانت البهيمة للفاعل ذُبَحَتْ، فإذا ماتت أُحْرِقَتْ بالنار ولم يُنتَفَعْ بها، وضُرِبَ هو خمسة وعشرين سوطاً، رُبْعُ حَدِّ الزَّانِي؛ وإن لم تكن البهيمة له قُومَتْ وأُخِذَ ثَمَنُهَا مِنْهُ، ودُفِعَ إِلَى صَاحِبِهَا، وَذُبِحَتْ وَأُحْرِقَتْ بالنار، ولم يُنتَفَعْ بها، وضُرِبَ خمسة وعشرين سوطاً».

فقلت: وما ذنب البهيمة؟

فقال: «لا ذنب لها، ولكن رسول الله ﷺ فَعَلَ هذا وأَمَرَ بِهِ لِكَيْلَا يَجْتَرِيَ

الناس بالبَهَائِمِ وَيَنْقَطِعَ النَّسْلُ»^(٢).

ومنها: رواية سدير عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يأتي البهيمة، قال: «يُجْلَدُ دون الحدِّ، ويُغْرَمُ قيمة البهيمة لصاحبها، لأنّه أفسدها عليه، وتُذْبَحُ وتُحْرَقُ وتُدْفَنُ إن كانت ممّا يؤكل لحمه؛ وإن كانت ممّا يُركب ظهره أُغْرِمَ قيمتها، وجُلْدُ دون

(١) كتاب البيع (الامام الخميني) ١: ٦١٥ - ٦١٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٥٧٠، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم، الحديث ١.

الحدّ، وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد آخر حيث لا تعرف، فيبيعها كي لا يعيّر بها صاحبها»^(١).

فيدعي أنّ الظاهر منهما أنّ العبرة بقيمة يوم الأداء، لأنّ يوم الأداء هو يوم إتيان البهيمة، ويوم الذبح والتغريم غيره.

وفيه: أنّ الإنصاف أنّ الروايتين ساكتتان عن اعتبار قيمة يوم خاصّ من الأيّام. ودعوى كون يوم الأداء نفس يوم إتيان البهيمة دعوى بلا دليل.

نعم، يوم إتيان البهيمة يوم استقرارها في العهدة فيما إذا كانت يده عليها يداً أمانياً. فلا يستفاد منهما إلّا أصل ثبوت الضمان وأنّ على الرجل أن يعطي صاحب البهيمة مقدار ماليّتها الذي لو أدّى فكأنّه لم يتلف من صاحبها شيء، فإنّ قيمة كلّ شيء عبارة عن مقدار ماليّته التي بها يقابل بالشيء الآخر ويعادله عادةً أو شرعاً، فلا يستفاد منهما اعتبار مقدار ماليّة يوم خاصّ.

مضافاً إلى أنّ مورد الروايتين صورة الإتلاف وموضوع البحث أعمّ من الإتلاف والتلف.

والحاصل: أنّ الأدلّة اللفظيّة الخاصّة من الروايات إمّا ساكتة عن اعتبار قيمة يوم خاصّ، وإمّا مجمّلة، فلا دلالة لها على تعيين أحد الوجوه الستّة، ولا بدّ من الأخذ بما يقتضيه إطلاق أدلّة الضمانات من ثبوت الضمان بمجرد الاستيلاء على مال الغير ولزوم رفعه برّد ما يعدّ ذلك الشيء التالف بحيث لو أدّى فكأنّه لم يتلف من أموال المالك شيء، وهو عند العرف والعقلاء يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والحالات.

ويظهر ممّا ذكرناه: أنّه لا اعتبار لقاعدة ضمان المثليّ بالمثليّ والقيميّ بالقيمة،

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٥٧١، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم الحديث ٤.

فإنّ خصوص لفظ «المثلي» و«القيمتي» لم يذكر في كلام الشارع، بل ليس في كلامه إلّا لزوم تأدية المال إلى صاحبه، وأوكل كيفية التأدية إلى العرف والعقلاء، وهي عندهم ردّ الشيء بما يعدّ ذلك الشيء، وهو دفع نفس العين في صورة بقائها، وأمّا مع التلف فالأداء قد يتحقّق عندهم بدفع مثل الشيء، وقد يتحقّق بدفع قيمته - بمعنى مقدار ماليته التي بها يقابل بالشيء الآخر -، وقد يتحقّق بدفع كلّ واحد منهما من دون تعيين.

القاعدة الثانية عشرة

قاعدة الخراج بالضمان

لا يخفى: أنّ قاعدة «الخراج بالضمان» - على ما سيأتي في بيان مفادها - ليست من القواعد المختصة بباب الضمان، وإن يوهمه ظاهرها، وإنما نتعرض لها ذيل القواعد المختصة بباب الضمان لأجل أنّها قد يستلزم ضمان المستولي على ماله بالنسبة إلى المنافع إذا كان تلفه من ملك غيره، كما قد يستلزم نفي ضمان المستولي على مال الغير بالنسبة إليها إذا كان تلفه من ملكه.

وكيف كان، فالتحقيق حول هذه القاعدة - المعتمدة عليها عند العامة وكثير من الخاصة - يقتضي البحث عنها في جهات. وحيث كانت القاعدة نصّ نبويّ منقول عن العامة فلا بدّ لنا من تقديم مدركها.

الجهة الأولى: في مدركها

واستدلّ عليها بالروايات، وهي على طوائف:

الطائفة الأولى: الروايات المشتملة على نصّ القاعدة، وهي ما روي عن عائشة من طرق العامة، ولم ترد من طرق الأصحاب الإمامية إلّا في رواية مرسلّة رواها ابن أبي جمهور في «عوالي اللآلي»^(١).

منها: مارواه عمر بن عليّ عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنّ النبي ﷺ قضى أنّ الخراج بالضمان^(١).

ومنها: مارواه مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، أنّ رجلاً اشترى عبداً، فاستغله، ثمّ وجد به عيباً، فردّه. فقال: يا رسول الله! إنّه قد استغلّ غلامي. فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٢).

ومنها: مارواه ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «الخراج بالضمان»^(٣). وفي لفظ آخر «قضى أنّ الخراج بالضمان»^(٤). وعنه أيضاً عن مخلد بن خفاف، قال: ابتعت غلاماً، فاستغلته، ثمّ ظهرت منه على عيب، فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز، ففضي لي برده، وقضى عليّ برده غلته، فأتيت عروة، فأخبرته، فقال: أروح إليه العشيّة، فأخبره أنّ عائشة أخبرتني أنّ رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا أنّ الخراج بالضمان، فجعلت إلى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة عن عائشة عن النبي ﷺ، فقال عمر: فما أيسر عليّ من قضاء قضيتّه، والله يعلم أنّي لم أرد فيه إلّا الحقّ، بلغتني فيه سنّة عن رسول الله ﷺ، فأرد قضاء عمر، وأنفذ سنّة رسول الله ﷺ، فراح إليه عروة، فقضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به عليّ له^(٥).

ومنها: مارواه محمّد بن عبد الرحمن عن مخلد بن خفاف الغفاري، قال: كان بيني وبين أناس شركة في عبد، فاقتوته وبعضنا غائب، فأغلّ على غلّة، فخاصمني في نصيبه إلى بعض القضاء، فأمرني أن أردّ الغلّة، فأيسنت عروة بن

(١) سنن الترمذي ٢: ٣٧٧، السنن الكبرى (البيهقي) ٥: ٣٢٢.

(٢) سنن ابن ماجّة ٢: ٧٥٤، المستدرك ٢: ١٥، سنن أبي داود السجستاني ٢: ١٤٥.

(٣) مسند أحمد ٦: ٤٩، سنن أبي داود السجستاني ٢: ١٤٥، المستدرك ٢: ١٥.

(٤) سنن ابن ماجّة ٢: ٧٥٤. (٥) كتاب المسند (الإمام الشافعي): ٢٤٣.

الزبير، فحدثه، فأتا، عروة، فحدثه عن عائشة عن رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان»^(١).

الطائفة الثانية: ما جاء فيه كلمة «الغلة» مكان كلمة «الخراج».

منها: ما رواه مسلم بن خالد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة عن النبي ﷺ، قالت: قضى رسول الله ﷺ أن الغلة بالضمان^(٢).

الطائفة الثالثة: ما لا يشتمل على نص القاعدة ولكن يوافقه بحسب بعض المعاني المحتملة فيها:

منها: ما رواه إسحاق بن عمار، حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام، وسأله رجل وأنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشتري إن أنا جئتكم بثمانها إلى سنة أن ترد علي، فقال عليه السلام: «لا بأس بهذا، إن جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه». قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة، فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟ فقال: «الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله»^(٣).

ومنها: رواية معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشتري منه الدار حاصر، فشرط إنك إن أتيتني بمالي مابين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال عليه السلام: «له شرطه». قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين. قال عليه السلام: «هو ماله». وقال أبو عبد الله عليه السلام: «أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري»^(٤).

(١) سنن أبي داود (السجستاني) ٢: ١٤٥.

(٢) مسند أحمد ٦: ١٦١.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥-٣٥٦، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

الجهة الثانية: في تحرير مفادها ومفاد أدلتها
وتحرير مفادها يتوقف على بيان المراد من مفادتها، وهي ثلاثة:

١ - الخراج:

- اختلفت الكلمات في معنى الخراج، فذكروا له معانٍ مختلفة:
- الأول: أنَّ الخراج هو الدخل والمنفعة.
- الثاني: أنَّ الخراج هو ما يحصل من غلة الأرض.
- الثالث: أنَّ الخراج هو الضريبة على الأرض.
- الرابع: الخراج هو مال الفيء.
- الخامس: الخراج هو الجزية.
- السادس: الخراج ما يخرج من غلة الأرض أو الغلام.
- السابع: الخراج كلَّ قسمة تقسم على قوم ممّا يجبى.
- الثامن: الخراج ما يخرج من المال في السنة بقدر معلوم.
- التاسع: الخراج ما يخرج من الفرائض من الأموال.
- العاشر: الخراج هو الغلة.
- الحادي عشر: الخراج هو المال الذي يجبى ويؤتى به لأوقات محدّدة.
- الثاني عشر: الخراج هو الأجرة.
- الثالث عشر: الخراج هو الغلة والكراء.
- الرابع عشر: الخراج ما يخرج ويحصل من غلة العين المشتراة.
- السادس عشر: الخراج اسم لما يخرج من الأرض.
- السابع عشر: الخراج ما يستخرج من الشيء من الزيادات والمنافع.

٢- الغلّة:

الغلّة عبارة عن الدخل الذي يحصل من زرع الأراضي وثمر الأشجار ولبن الحيوانات وكراء الدار وأجر الغلام وغيرها من الفوائد والمنافع المترتبة على ما يكون تحت الاستيلاء.

٣- الباء في قوله **بِالضمان**:

الباء في قوله: (بالضمان) إمّا للسببية، فيكون معناه: الخراج بسبب الضمان. وإمّا للمقابلة، فيكون معناه: الخراج بإزاء الضمان.

٤- الضمان:

إنّ في معنى الضمان احتمالات:

أحدها: أنّ المراد بالضمان مطلق التعهّد واستقرار الشيء في العهدة، فيكون المراد منه المعنى الاسم المصدري، ويشمل مطلق كون الشيء في العهدة، سواء كان بسبب اختياريّ بأن يقدم الشخص على التعهّد والضمان أو لم يكن بسبب اختياريّ، بل كان بحكم من الشارع بمقتضى حديث على اليد وغيره.

ثانيها: أن يكون المراد بالضمان المعنى المصدري، أي التعهّد الاختياري الذي أقدم عليه الشخص، سواء أمضى الشارع أو لم يمض، فيشمل التعهّد الذي في العقود المعاوضيّة، صحيحةً كانت أم فاسدة، ولا يشمل ما إذا لم يقدم الشخص على التعهّد، وإن كان متعهّداً بحكم الشارع، كضمان الغاصب للمغصوب.

ثالثها: أن يكون المراد بالضمان المعنى المصدري مع إمضاء الشارع له، فلا يشمل إلّا الضمان الحاصل في العقود المعاوضيّة الصحيحة.

رابعها: أن يكون المراد من الضمان كون تلف المال من الملك.

خامسها: أن يكون المراد بالضمان ضمان التكفل، أي دخول العين في عالة مالكة، بحيث لو كان حيواناً لكان عليه نفقته وحفظه.

سادسها: أن يكون المراد بالضمان ضمان الأراضي الخراجية الذي يتقبلها الأشخاص.

سابعها: أن يكون المراد به الضمانات والتعهدات التي تقبل والي المسلمين بالنسبة إليهم في إدارة شؤونهم العامة.

وعليه ففي مفاد قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان» احتمالات كثيرة:

١- أن يكون المراد من الخراج المنافع المستوفاة، وأن يكون المراد من الضمان التزام الشيء على النفس وتقبله الاختياري الذي أمضاه الشارع، فيكون معنى الحديث: أن منافع ما تقبل الشخص كونه في عهده يكون له بإزاء التزامه وتقبله الاختياري الذي أمضاه الشارع. وعليه فتختص القاعدة بالمنافع الحاصلة للشيء الذي تقبل الشخص كونه في العهدة في العقود المعاوضة الصحيحة. وهذا ما يظهر من كلمات الشيخ الأعظم الأنصاري والمحقق النائيني^(١).

٢- أن يكون المراد من الخراج مطلق المنافع، وأن يكون المراد بالضمان مطلق العهدة، سواء كانت العهدة بسبب أمر اختياري أو كانت بسبب أمر غير اختياري، وسواء كانت ممّا أمضاه الشارع أو كانت ممّا لم يمضه. وهذا ما نقل عن أبي حنيفة من عدم اجتماع الضمان والخراج.

٣- أن يكون المراد من الخراج المنافع المستوفاة، والمراد بالضمان التعهد الاختياري مطلقاً، سواء أمضاه الشارع أو لم يمضه، فتشمل التعهد الاختياري الحاصل في العقود الصحيحة والعقود الفاسدة.

(١) كتاب المكاسب (الشيخ الأنصاري) ٣: ٢٠٢، منية الطالب ٣: ١٩٠ - ١٩١.

٤ - أن يكون المراد من الخراج ما هو المعروف في باب الخراج والمقاسمة من الضريبة على الأراضي، وأن يكون المراد من الضمان هو ضمان هذه الأراضي الخراجية بسبب التقبل والإجارة. وهذا ما عده المحقق الخوئي أقرب الاحتمالات^(١).

٥ - أن يكون المراد من الخراج مطلق ما يأخذه والي المسلمين منهم كالزكاة والخمس والجزية وما هو المضروب على الأراضي الخراجية والرقاب، وأن يكون المراد من الضمان التعهدات التي تقبلها والي المسلمين بالنسبة إليهم من إدارة شؤونهم وتدبير أمورهم وقضاء حاجاتهم، وعليه يكون معنى القاعدة: أن ما يأخذه الوالي من الناس من الأخماس والزكوات والجزية وما يقدر في إجارة الأراضي الخراجية وغيرها بإزاء ما تقبله الوالي من إدارة شؤونهم وتدبير أمورهم. وهذا ما يظهر من كلام السيد الإمام الخميني^(٢).

لكن الظاهر من الطوائف الثلاثة من الروايات بعد ضم الطائفة الأولى بالثانية وهما بالثالثة - أن المراد من الخراج - بقرينة ما في الطائفة الثانية والثالثة من (أن الغلة بالضمان) و(أن الغلة للمشتري) - هو الغلة، وهي كل منفعة وفائدة تترتب على الشيء بحسبه، كالاستعمال في الأرض، والركوب في الدابة، والاستخدام في العبد، والكراء في الدار، والثمر في الأشجار وغيرها.

والمراد من الباء هو المقابلة أو السببية، وكلاهما يرجع إلى مطلوب واحد.

والمراد من الضمان - بقرينة ما في الطائفة الثالثة من الروايات، حيث قال عليه السلام: «ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله»، وقال أيضاً: «لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري» - هو تلف المال من الملك، أي تكون المنافع والفوائد لمن كان تلف المال من ملكه.

ويشهد لما ذكر من تفسير الضمان بتلف المال من الملك وتفسير الخراج بالغلة

(١) مصباح الفقاهة ٣: ١٣٣.

(٢) كتاب البيع (الإمام الخميني) ٤: ٦١٧.

ما ذكره بعض اللغويين. قال ابن منظور: «وروي في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: (الخراج بالضمان). قال أبو عبيد وغيره من أهل العلم: معنى الخراج في هذا الحديث غلة العبد، يشتريه الرجل فيستغله زماناً، ثم يعثر على عيب دلّسه البائع ولم يطلعه عليه، فله ردّ العبد على البائع والرجوع عليه بجميع الثمن، والغلة التي استغلّها المشتري من العبد طيبة له، لأنّه كان في ضمانه ولو هلك من ماله»^(١).

وقال الفيروزآبادي: «قوله ﷺ: (الخراج بالضمان)، أي: غلة العبد للمشتري بسبب أنّه في ضمانه، وذلك بأن يشتري عبداً ويستغله زماناً، ثم يعثر على عيب دلّسه البائع، فله ردّه والرجوع بالثمن. وأما الغلة التي استغلّها فهي له طيبة، لأنّه كان في ضمانه ولو هلك هلك من ماله»^(٢).

ولعله قال بعض أهل العلم في تفسير قول النبي ﷺ: «والخراج اسم للفائدة والغلة التي تحصل من جهة المبيع. ومعنى الخبر أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه»^(٣).

فالحاصل: أن مفاد قاعدة «الخراج بالضمان» أن كلّ مال كان تلفه من ملك شخص فمنافعه له بإزاء كون تلفه من ملكه. وسيأتي في الجهة التالية ما يتّضح به موضوع القاعدة ومجراها سعةً وضيقاً إن شاء الله تعالى.

الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور

الأمر الأوّل: في شمولها للمنافع الفائتة

الظاهر أن القاعدة تشمل المنافع الفائتة مطلقاً، سواء كانت فائتة بالاستيفاء أو كانت فائتة بغير استيفاء. وذلك لإطلاق كلمة الغلة وعدم القرينة على اختصاصها

(١) لسان العرب: ٢: ٢٥١.

(٢) القاموس المحيط: ١: ١٨٥.

(٣) فقه القرآن (القطب الراوندي) ٢: ٥٦.

بالمنافع المستوفاة. هذا كله في الفوائد والنماءات الفائتة.

وأما غيرها من الفوائد والنماءات غير الفائتة كالصوف والسمن والشعر الباقي على ظهر الحيوان واللبن الباقي في ضرعه فتتبع العين ويرجع إلى من ترجع إليه العين، لقاعدة تبعية النماء للعين.

الأمر الثاني: في اختصاص القاعدة بمنافع العين المملوكة

ويظهر ممّا ذكرنا أن مورد القاعدة كلّ منفعة فائتة تحصل للعين الداخلة في الملك المستولي عليه، ضرورة أنّه إذا لم يكن المال داخلاً في ملك الشخص لا يصدق على تلفه أنّه تلف من ملكه، بل يصدق عليه أنّه تلف من ملك الغير، فإنّ كون تلف المال من الملك يتوقّف على دخوله في الملك عادةً، ولذا قلنا في قاعدة «تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع» أنّ البيع يفسخ قبل التلف آناً ويستقل المبيع إلى البائع فيتلف من ماله.

ومن هنا يظهر أنّ القاعدة لا تشمل ما إذا كان المال ممّا استولى عليه الغير من دون إذن صاحبه أو كان ممّا استولى عليه الغير بالعقد الفاسد، وإن كان المستولي عليه ضامناً له قهراً فيكون مستقراً في عهده حتّى يردّ ما يعدّ ذلك المال عرفاً، فتكون المنافع حينئذٍ لمن له الولاية على العين، ويكون المستولي عليه ضامناً لها كما يكون ضامناً لنفس العين، خلافاً لأبي حنيفة، حيث أفتى بعدم كون الغاصب ضامناً للمنافع المستوفاة مستدلاًّ بحديث: «الخارج بالضمان».

وتؤيّد صحیحة أبي ولاد المتضمنة لحكم الإمام عليه السلام بعدم كون كراء البغل للمكثري الذي أخلّ بمورد الكراء وتصرف فيه بركوبه في مسير آخر من دون إذن صاحبه، كما مرّ تفصيلها في القاعدة السابقة.

الأمر الثالث: في عدم اختصاص القاعدة بمورد البيع الصحيح وقد يتوهم أن القاعدة تختص بمنافع المبيع والتمن في مورد العقد الصحيح، وتقريب التوهم أن لنا دعويين:

الدعوى الأولى: أن القاعدة تختص بمورد العقد الصحيح، لأن الظاهر من قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان» أن المنشأ لكون الخراج للشخص هو تعهده بالشيء يبذل عوضه، والتعهد به بعوضه إنما يتحقق فيما إذا صار الشيء مملوكاً بالعقد الصحيح.

الدعوى الثانية: أن القاعدة تختص بمنافع المبيع والتمن، لأن الظاهر من قوله: «الخراج بالضمان» أن منشأ ضمان العين والداعي عليه هو تملك المنافع، فإن كلمة «الباء» الظاهرة في السببية تقتضي أن تكون السببية من الطرفين، أي تملك المنافع صار داعياً للضمان، والضمان صار سبباً لكون المنافع له، كما في كل علة غائية، فإنها داعية لإيجاد الفعل، والفعل سبب لترتبها عليه خارجاً، فيكون الظاهر من الحديث أن التضمن كما صار سبباً لأن يكون الخراج له فذلك لحاظ الخراج صار سبباً لأن يتعهد المال، وهذا يختص بضمان المشتري للمبيع وضمان البائع للتمن.

وهذا المعنى يستفاد أيضاً من قوله عليه السلام: «ألا ترى أنها لو احترقت كانت من مال المشتري؟» في جواب من سأل عن منفعة المبيع في زمان خيار المشتري، أي كون المنافع له إنما هو بإزاء تلف المبيع في ملكه، فإذا التزم بكون المبيع تالفاً في ملكه ناسب أن يكون هذا الالتزام بإزاء ما قصده من تملك المنافع.

ويدل عليه أيضاً ما ورد في الرهن عن إسحاق بن عمار، قلت لأبي إبراهيم عن الرجل يرهن الغلام أو الدار فتصيبه الآفة، على من يكون؟ قال عليه السلام: «على مولاه». ثم قال عليه السلام: «أرايت لو قتل قتيلاً على من يكون؟» قلت: هو في عنق

العبد. قال عليه السلام: «ألا ترى فلم يذهب من مال هذا؟». ثم قال عليه السلام: «أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ ما تتي دينار لمن يكون؟». قلت: لمولاه. قال عليه السلام: «كذلك يكون عليه ما يكون له»^(١).

وبالجملة: فيستفاد من قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان» أن هذه القاعدة تختص بضمان المبيع والتمن على المشتري والبايع^(٢). وفيه: أن كلتا الدعويين ممنوعة:

أما الدعوى الأولى: فلا تـه قد مرّ أن في المراد من الضمان في قوله: «الخراج بالضمان» احتمالات، فحمله على إحداها محتاج إلى القرينة، والطائفة الثالثة من الروايات المتقدمة قرينة على أن المراد من الضمان في المقام هو كون تلف المال من الملك. وأما النعـه الاختياري المعـاوضي فلا قرينة عليه، كما لا قرينة على غيره من الاحتمالات.

وأما الدعوى الثانية: فلا تـه كلمة «الباء» في قوله: «بالضمان» إنما تكون ظاهرة في سببـة الضمان لكون المنافع للضامن، وأما سببـة كون المنافع له للضمان فلا يستفاد إلا إذا قال الشارع: «الضمان بالخراج»، فدعوى اقتضاء السببـة أن تكون من الطرفين دعوى بلا دليل.

وأما قوله عليه السلام: «ألا ترى أنها لو احترقت كان من مال المشتري؟» فلا يدل إلا على أن السبب في حكم الإمام عليه السلام يكون منافع المبيع للمشتري هو كون تلفه من ملك المشتري. وأما التلازم بين قصد تملك المنافع والالتزام بكون المبيع تالفاً في ملكه فلا يستفاد منه أصلاً، بل ظاهر الحديث أن منافع المبيع بعد الشراء وانتقاله إلى ملك المشتري - بأي سبب كان - تكون للمشتري بإزاء كون تلفه من ملكه كذلك، سواء كان الداعي على الشراء تملك منفعه أو لم يكن.

وقوله ﷺ: «كذلك يكون عليه ما يكون له» إنما يدلّ على التلازم بين النقصان والمنفعة وأنّ من كان النفع له كان النقصان عليه ويعبّر عنه بقاعدة «من له الغنم فعليه الغرم»، وسيأتي البحث عنها في المرحلة الثانية، إن شاء الله.

الجهة الرابعة: في التطبيقات

١ - لو ردّ المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد انتفع من منافعه مدّة، فتكون منافعه له، ولا يلزم أجرته، لأنّه لو كان قد تلف في يده قبل الردّ لكان يتلف من ماله، وذلك لقاعدة الخراج بالضمان.

٢ - إذا تلف المبيع في يد المشتري في زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط فتكون منافعه للبائع الذي لا خيار له، لأنّ تلفه حينئذٍ - بمقتضى قاعدة تلف المبيع في زمان الخيار من مال من لا خيار له - من مال البائع، فتكون منافعه له، لقاعدة الخراج بالضمان.

٣ - إذا تلف المبيع بعد أن اشتراه المشتري وقبل أن يقبضه من البائع، فتكون منافعه للبائع، لأنّ تلفه حينئذٍ - بمقتضى قاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع - من مال البائع، فتكون منافعه التي انتفع البائع قبل التلف للبائع، لقاعدة الخراج بالضمان.

٤ - منافع العين الموروثة لوارثه، لكون تلفه من ملكه، وذلك أيضاً لقاعدة الخراج بالضمان.

٥ - منافع العين المرهونة كلّها للراهن، لكون تلفها - من دون تعدّي وتفريط - في يد المرتهن من ملك الراهن، فمنافعها له بمقتضى قاعدة الخراج بالضمان.

٦ - لو وهب شخص لأجنبيّ عيناً، فاستعملها واستغلّها بعد قبوله وقبضه، ثمّ رجع الواهب عن هبته، فالغلّة والخراج للموهوب له، لكون تلفه قبل الرجوع من مال الموهوب له.

القاعدة الثالثة عشرة

قاعدة لا ضمان على المحسن

ومن جملة القواعد الفقهية المشهورة التي تختصّ بباب الضمان قاعدة لا ضمان على المحسن». ويتمّ البحث عنها في جهات:

الجهة الأولى: في مفاد القاعدة

فنقول: إنّ مفادها - إجمالاً - نفي الضمان عن الذي يعمل عملاً إحساناً إلى الغير ويترتب على ذلك العمل ضرر من باب الاتفاق، كما إذا نقل الودعي الوديعة عن محلّها المأذون في حفظها فيه إلى مكان آخر خوفاً من تلفه في المكان السابق، فأصابها بسبب النقل ضرر، فليس على الودعي ضمان، لأنّه محسن في هذا العمل.

ومن هنا يظهر أنّ هذه القاعدة قاعدة فقهية تتفرّع عن قاعدة الإحسان التي تبحث عنها في المرحلة الثانية.

الجهة الثانية: في مستند القاعدة

واستدلّ عليها بأمر:

الأمر الأوّل: الكتاب

قال الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ

لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرْجًا إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ^(١).
وتقريب الاستدلال بها أَنَّ الآية نزلت في مورد قعود العاجزين عن الجهاد
لفقرهم وعدم تمكّنهم من تحصيل الزاد والراحلة للسفر مع رسول الله ﷺ في غزوة
تبوك. قال صاحب مجمع البيان: «قيل: إِنَّ الآية نزلت في عبدالله بن زائدة، وهو
ابن أم مكتوم، وكان ضريب البصر، جاء إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا نبي الله! إني
شيخ ضريب، خفيف الحال، نحيف الجسم، وليس لي قائد، فهل لي رخصة في
التخلف عن الجهاد؟ فسكت النبي ﷺ، فأنزل الله الآية، عن الضحّاك. وقيل: نزلت
في عائد بن عمرو وأصحابه، عن قتادة»^(٢).

فالأية الشريفة نزلت في مورد قعود العاجزين عن الجهاد، فيكون المراد من
نفي السبيل نفي العقاب الأخرى والعتاب من المجاهدين عليهم في تخلفهم عن
الجهاد بشرط نصحهم لله ورسوله.

ولكن خصوصية المورد لا توجب تخصيص الآية بهذا المورد. كيف! وذيلها
﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾.

أما من حيث اللفظ: فلأن كلمة المحسنين جمع معرّف باللام، فيفيد العموم،
وكلمة (سبيل) نكرة واقعة في سياق النفي، وهي تفيد العموم أيضاً.
وأما من حيث المعنى: فلأن الإحسان - في الجملة - عبارة عن إيصال النفع
إلى الغير.

قال الشيخ في التبيان: «قال تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ أي: ليس
على من فعل الحسن الجميل طريق. والإحسان هو إيصال النفع إلى الغير لينتفع به
مع تعرّيه من وجوه القبح. ويصحّ أن يحسن الإنسان إلى نفسه ويحمل على ذلك،

وهو إذا فعل الأفعال الجميلة التي يستحق بها المدح والثواب»^(١).

وقال الراغب في مفردات القرآن: «والإحسان يقال على وجهين: (أحدهما) الإنعام على الغير. يقال: أحسن إلى فلان. و(الثاني) إحسان في فعله. وذلك إذا علم علماً حسناً أو عمل عملاً حسناً»^(٢).

وأما كلمة (سبيل) فمعناه الطريق إلى المؤاخذة والتقريع في الدنيا والعذاب في الآخرة.

وعليه فيكون معنى الآية: أن كل طريق إلى المؤاخذة والتقريع منفي عن كل من صدر عنه الحسن الجميل. وحيث كان الضمان فيما تسبب عن فعل المحسن سبيلاً عليه فتدل الآية على نفيه فيما إذا كان فاعله محسناً، وإن كان ذلك الفعل في حد نفسه موجباً للضمان.

الأمر الثاني: العقل

وقد يستدل عليها بأن القاعدة من الأحكام التي يستقل بها العقل. قال صاحب العناوين - بعد الاستدلال عليها بالآية الشريفة المتقدمة -: «مع أن هذه الآية الكريمة قد سقت مساق حكم العقل، فإنه قاض بعدم السبيل على المحسن. وقد أشار إلى هذا المعنى قوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾»^(٣)، فإن ظاهره امتناع السبيل على ضرر المحسن، بل ينبغي أن يكون جزاء عمله الإحسان إليه، فلا يكون قابلاً للاختصاص بفرد دون فرد آخر. فإذا دلت الآية على نفي السبيل عليه عموماً فدل على عدم الضمان والغرامة عليه، لأنه في قوة الكبرى الكلية، بأن نقول: ثبوت الضمان على المحسن سبيل عليه، والسبيل عليه منفي في الشرع كليةً، فينتج: أن الضمان منفي عن المحسن»^(٤).

(١) التبيان ٥: ٢٧٩.

(٢) مفردات غريب القرآن: ١١٨.

(٣) الرحمن / ٦٠.

(٤) العناوين ٢: ٤٧٥.

وقد يقال في تقريب دلالة العقل: أنَّ شكر المنعم حَسَن بحكم العقل، كما أنَّ كفران نعمته قبيح كذلك. والمحسن منعم، فشكره جزاءه بالإحسان إليه حسن، كما أنَّ كفران نعمته قبيح. ولا شكَّ أنَّ تغريم المحسن وتضمينه فيما أحسن إليه كفران لما أنعم عليه، فتغريمه وتضمينه قبيح بحكم العقل^(١).

وأورد عليه المحقِّق البجنورديَّ بأنَّ هذا صرف استحسان، وإثبات الحكم الشرعي أو نفيه عن موضوعه لا يجوز بالظنون الاستحسانية، بل لابدَّ من قيام دليل وحجَّة ثبت حجَّيته بالحجَّة القطعية على ثبوته أو نفيه، فلو وجد سبب الضمان لا يصحَّ الحكم بعدم الضمان بصرف هذا الاستحسان^(٢).

وأجاب عنه شيخنا الاستاذ بأنَّ حكم العقل بعدم مكافأة الإحسان بالإساءة والتغريم حكم عقليّ قطعيّ، ولا مجال لدعوى كونه من الظنون الاستحسانية غير القابلة لإثبات الحكم أو نفيه^(٣).

التحقيق: أنَّ هذا الدليل غير مطَّرد، بل يكون أخصَّ من المدَّعى. توضيح ذلك أنَّ العناوين على أقسام:

الأوَّل: العناوين الحسنة المحضة، وهي ما لا يكون فعلها في الخارج إلَّا إحساناً محضاً، من دون أن يعتريه عنوان قبيح. مثاله: إنجاء الغريق في البحر وإطعام المسكين في البيت.

الثاني: العناوين القبيحة المحضة، وهي العناوين التي لا يكون فعلها إلَّا قبيحاً من دون أن يعتريه عنوان حسن. مثاله: قتل النفس عدواناً وسرقة أموال الناس وغيرهما.

الثالث: العناوين الحسنة من حيث نفسها التي يعتريها عنوان قبيح بالفعل.

(١) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٤: ١٠. (٢) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٤: ١٠ - ١١.

(٣) القواعد الفقهية (الفاضل اللكراني): ٢٨٤.

مثاله: الصدق فيما إذا أوجب أذي المسلم.

الرابع: العناوين القبيحة من حيث نفسها التي يعترها عنوان حسن بالفعل.

مثاله: الكذب فيما إذا أوجب إنجاء المسلم.

أما القسم الأول: فلا شك في استقلال العقل بحسن شكر فاعلها، كما لا شك في حكمه بقبح مؤاخذته وتغريمه فيما إذا أوجب ما في حد نفسه سبب للضمان. وهذا ما ينصرف إليه قوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾^(١). فلو كان الشخص غريباً وأنجاه شخص آخر، ويصدم الغريق حين الإنجاء، يستقل العقل بحسن شكر المنجي وقبح مؤاخذته وتغريمه.

وأما القسم الثاني: فلا شك في حكم العقل بقبح مدح فاعلها بل يستقل في ذمه ومؤاخذته وتغريمه.

فإذا استولى على مال الغير عدواناً وأتلفه يحكم العقل بحسن مؤاخذته وتغريمه. وأما القسم الثالث والرابع: فلا يستقل العقل في حسن مدح فاعلها بمجرّد عرض عنوان حسن عليها في القسم الرابع، كما لا يستقل في حسن مؤاخذة فاعلها وتغريمها بمجرّد عرض عنوان قبيح عليها في القسم الثالث، ضرورة أن عرض عنوان حسن للعناوين القبيحة لا يتغيّر قبحها، كما أن عرض عنوان قبيح للعناوين الحسنة لا يتغيّر حسنهما.

نعم، يحكم العقل بحسن مدح فاعل العناوين في القسم الرابع - مثلاً - وقبح تغريمه فيما إذا كان العنوان الحسن الطارئ عليه عنواناً لزومياً بحيث يكون فعل الشيء بهذا العنوان الحسن أهم من تركه بالعنوان القبيح. وكذا يحكم العقل بقبح مدح فاعل العناوين في القسم الثالث وحسن تغريمه فيما إذا كان العنوان القبيح الطارئ عليه لزومياً بحيث يكون ترك الشيء بهذا العنوان القبيح أهم من فعله

بالعنوان الحسن.

وعليه، فوضع اليد على مال الغير من دون إذنه ورضاه إساءة إليه وظلم عليه، وعرض عنوان حسن كنقله إلى مكان لحفظه عن التلف لا يغيّر قبضه بالعنوان الأوّلـ أي النصب ـ. فلا يحكم العقل حينئذٍ بحسن شكر فاعله وقبض تغريمه، بل إنّما يحكم بهما فيما إذا عرض عليه عنوان حسن يكون الفعل بذلك العنوان أهمّ من تركه بالعنوان القبيح، كما إذا عرض عليه إنجاء المؤمن.

والحاصل: أنّ العقل لا يحكم بقبح مؤاخذه كلّ محسن على إحسانه كي يستكشف منه كبرى كليّة من قبح تضمين كلّ محسن. فدليل العقل غير مطّرد، بل هو أخصّ من المدّعى.

اللّهمّ إلا أن يقال: إنّ المدّعى قبح مؤاخذه المحسن وتضمينه فيما إذا كان فعله متمخّصاً في الإحسان أو كان العنوان الطارئ عنواناً لزومياً أهمّ من العنوان القبيح، والآية ترشد إليه.

الأمر الثالث: الإجماع

وقد يقال: إنّ من أدلّة هذه القاعدة هو الإجماع، فإنّ الفقهاء يستدلّون في كتبهم وفتاواهم على عدم ضمان المحسن في موارد كثيرة، فيحصل إجماعهم عليها^(١). ولكن بعد التتبّع في كلمات الفقهاء وموارد استدلالهم على عدم ضمان المحسن يظهر لنا أنّ استدلالهم على عدم ضمان المحسن مستند إلى الآية الشريفة، حيث يصرّحون في مقام التعليل بأنّه محسن وما على المحسنين من سبيل^(٢). ولعلّه لم يوجد في كتبهم دعوى الإجماع على القاعدة. نعم، قد ينقل

(١) العناوين ٢: ٤٧٩.

(٢) الخلاف ٥: ٥٠٩، المهدّب ١: ٤٨٨، السرائر ٢: ٣٧ و ٣: ٣٦٧ - ٣٧٢، إيضاح الفوائد ١: ٣٤٠، جامع المقاصد ٦: ٨ و ٩٣ و ١٥٧، مسالك الأفهام ٢: ٤٥٨.

الإجماع عليها في ما نقل العين مع خوف التلف^(١).
والحاصل: أنَّ عمدة الدليل لهذه القاعدة هو عموم الآية الشريفة بناءً على
إلغاء خصوصية المورد.

الجهة الثالثة: في تنبيهات حول حدود القاعدة

التنبيه الأول: في صدق الإحسان على جلب المنفعة ودفع المضرّة
هل الإحسان يصدق على جلب المنفعة ودفع المضرّة أو يصدق على جلب المنفعة
دون دفع المضرّة، أو يصدق على دفع المضرّة دون جلب المنفعة؟ فيه وجوه:
الأوّل: أنّه يصدق على جلب المنفعة فقط. وهذا هو ظاهر كلمات كثير من
المحقّقين في بيان حدّ الإحسان.

قال السيّد الشريف: «حدّ الإحسان إيصال النفع لا على وجه الاستحقاق إلى
الغير مع القصد إلى كونه إحساناً»^(٢).

وقال الشيخ: «حدّ الإحسان هو إيصال النفع الحسن إلى الغير»^(٣).

وقال الطبرسي: «وحدّ الإحسان هو النفع الحسن»^(٤). وقال في موضع آخر:
«الإحسان هو إيصال النفع إلى الغير لينتفع به مع تعرّيه من وجوه القبح»^(٥).

الثاني: أنّه يصدق على جلب المنفعة ودفع المضرّة المستحقّة. وهذا يظهر من
كلام الشيخ في كتاب الاقتصاد، حيث قال: «قد ثبت بأوائل العقول حسن
الإحسان وإيصال المنافع إلى الغير، ومن أحسن الإحسان إسقاط المضارّ
المستحقّة، بل ربّما كان إسقاط المضرّة أعظم من إيصال المنفعة»^(٦).

الثالث: أنّ المراد من الإحسان في المقام هو دفع المضرّة، ولا يشمل جلب

(٣) التبيان ٢: ١٥٣.

(٢) الانتصار: ٤٤٣.

(١) التحفة السنية: ٢٥٨.

(٦) الاقتصاد: ١٢٢.

(٥) مجمع البيان ٥: ١٠٥.

(٤) مجمع البيان ١: ٢٢٧.

المنفعة. وهذا ما نسبته المحقق المراغي إلى الشيخ الوحيد^(١).

الرابع: أنَّ الإحسان يصدق على جلب المنفعة ودفع المضرّة مطلقاً. قال صاحب العناوين: «إنَّ لفظ الإحسان يصدق على إيصال النفع، أوضح من صدقه على دفع المضرّة، فلا وجه للتخصيص بالثاني، ولا أقلّ من التساوي»^(٢).

وقال المحقق البجنوردي: «ثمَّ إنَّه لا فرق في صدق الإحسان بين أن يكون فعل المحسن لجلب المنفعة لذلك الذي يريد الإحسان إليه، أو يكون لدفع المضرّة عنه، فكلاهما إحسان، فكما أنَّ جلب المنفعة له إحسان إليه، كذلك دفع الضرر عن نفسه أو عن ماله إحسان إليه. وربما يكون صدق الإحسان على دفع الضرر في بعض المصاديق والموارد أولى بنظر العرف من صدقه على جلب المنفعة، خصوصاً إذا كان دفع الضرر لحفظ النفس عن الهلاك، فأبى إحسان أعظم من هذا؟»^(٣).

والذي يستظهر من موارد استعماله أنَّ الإحسان من المفاهيم العرفيّة، كالإكرام، وهو عند العرف أعمّ من فعل المحسن لجلب المنفعة لمن يريد الإحسان إليه ودفع المضرّة عنه، بل يشمل فعله لجلب المنفعة لنفسه أو دفع المضرّة عن نفسه. ويشهد لذلك إطلاقه في الشرع على موارد مختلفة:

منها: إطلاقه على فعل المحسن لجلب المنفعة للغير، كقوله تعالى: ﴿وَدَخَلَ مَعَهُ السَّجْنَ فَتَيَانٌ قَالَ أَحَدُهُمَا إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا وَقَالَ الْآخَرُ إِنِّي أَرَانِي أُحْمَلُ فَوْقَ رَأْسِي خُبْرًا تَأْكُلُ الطَّيْرُ مِنْهُ نَبْتُنَا بَتَأْوِيلُهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾^(٤).

ومنها: إطلاقه على فعل المحسن لدفع المضرّة والأذى من الغير، كقوله تعالى: ﴿وَقَدْ أَحْسَنَ بِي إِذْ أَخْرَجَنِي مِنَ السَّجَنِ﴾^(٥).

ومنها: إطلاقه على الإخلاص في العمل، بل على كلّ عمل يعمل به الشخص

(١) العناوين ٢: ٤٧٧.

(٢) العناوين ٢: ٤٧٧.

(٣) القواعد الفقهيّة (البجنوردي) ٤: ١٣. (٤) يوسف / ٣٦. (٥) يوسف / ١٠٠.

متقرباً إلى الله، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ دِينًا مِّمَّنْ أَسْلَمَ وَجْهَهُ لِلَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ﴾^(١). وفي بعض الروايات أن الإحسان أن تعمل لله كأنك تراه^(٢). ومنها: إطلاقه على إحسان المحسن لنفسه. قال تعالى: ﴿إِنْ أَحْسَنْتُمْ أُحْسَنْتُمْ لِأَنْفُسِكُمْ﴾^(٣).

ومنها: إطلاقه على الصبر والتقوى، كما في قوله تعالى: ﴿وَاصْبِرْ فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ﴾^(٤). وقوله تعالى: ﴿مَنْ يَتَّقِ وَيَصْبِرْ فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ﴾^(٥).

وبالجملة: فتحصيل القاعدة بصورة جلب المنفعة أو دعوى اختصاصها بصورة دفع المضرة بدعوى تبادل أحدهما فقط من لفظ الإحسان، تخصيص بلا مخصص ودعوى بلا دليل، بل مقتضى عموم قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ نفي السبيل عن كل من فعل الفعل الذي يصدق عليه الإحسان عرفاً، سواء كان موجباً لجلب المنفعة أو لدفع المضرة.

التنبيه الثاني: في اعتبار القصد والواقع

هل الملاك في موضوع القاعدة - أي الإحسان عرفاً - هو كون الفعل موجباً لجلب المنفعة أو دفع المضرة في نظر الفاعل، فيكفي أن يفعل الفاعل باعتقاد كونه كذلك، وإن لم يكن في الواقع موجباً لأحدهما، كما إذا سقى الدابة باعتقاد أن السقي يوجب دفع الضرر عنه ولم يكن السقي في الواقع كذلك، أو الملاك أن يكون الفعل ممّا يترتب عليه جلب المنفعة أو دفع المضرة، وإن لم يفعل الفاعل باعتقاد كونه كذلك، بل إنّما فعله لغرض آخر ومن دون قصد جلب المنفعة إلى الغير

(١) النساء: ١٢٥.

(٢) بحار الأنوار ٥٦: ٢٦٠.

(٣) الإسراء / ٧.

(٤) هود / ١١٥.

(٥) يوسف / ٩٠.

أو دفع المضرة عنه، أو الملاك فيه كلا الأمرين، فيعتبر أن يكون الفعل ممّا يترتب عليه أحدهما ويفعله الفاعل بقصد جلب المنفعة إلى الغير أو دفع المضرة عنه؟ فيه وجوه، بل أقوال:

الأول: أن المراد من الإحسان في المقام هو كون الفعل حسناً في نظر الفاعل، فيكفي أن يصدر الفعل بقصد الإحسان إلى من يريد الإحسان إليه. وهذا ما يظهر من المحقق الأصفهاني، وإليك نصّ كلامه: «الفعل إذا صدر بقصد عنوان حسن من العناوين الحسنة يتّصف بالحسن وإن لم يتحقّق مبدأ ذلك العنوان في الخارج، مثلاً إذا ضرب اليتيم بداعي التأديب يصدر منه الضرب حسناً وإن لم يتأدّب في الخارج، وإذا كذب لإنجاء المؤمن صدر منه حسناً وإن لم يترتب عليه نجاته خارجاً، وكذا العكس، فإنّه إذا ضرب اليتيم لا بقصد تأديب وتأدّب به لم يصدر منه الفعل حسناً وإن تأدّب، وكذا في الكذب لا بداعي إنجاء المؤمن وترتب عليه نجاته، وذلك لأنّ الحسن والقيح العقليين اللذين هما مورد البحث بين العدليّة والأشاعرة بمعنى كون الفعل ممدوحاً عليه فاعله أو مذموماً عليه، ولا يعقل أن يكون كذلك إلّا إذا كان مقصوداً، ولا يعقل أن يكون بوجوده الواقعي مناطاً للمدح والذم»^(١).

وفيه: أن مجرّد اتّصاف الفعل بالعنوان الحسن لا يستلزم اتّصافه بالإحسان إلى الغير، كما لا يستلزم اتّصاف فاعله بالمحسن إلى الغير، بل لا يخلو:

إمّا أن يصدر الفعل بقصد عنوان حسن ويكون ذلك العنوان ممّا يترتب على ذلك الفعل في الجملة - على نحو ترتّب المعلول على العلّة التامة أو على نحو ترتّبه على العلّة الناقصة -، فحينئذٍ يصدق على ذلك الفعل أنّه إحسان عرفاً، سواء تحقّق

(١) كتاب الإجارة «بحوث في الفقه»: ٣٥.

مبدأ ذلك العنوان في الخارج كما إذا كان الفعل علّة تامّة لتحقيقه، أو لم يتحقّق، كما إذا كان الفعل علّة ناقصة لتحقيقه.

وإمّا أن يصدر الفعل بقصد عنوان حسن ولكن لا يكون في الواقع دخلًا للفعل في تحقّق مبدأ ذلك العنوان في الخارج، كما إذا سقى المريض بقصد نجاته عن الهلاكة ولكّنه في الواقع مضرٌّ له ويوجب تلفه، فحينئذٍ لا يصدق على ذلك الفعل الإحسان العرفيّ بمجرد صدوره بقصد عنوان حسن.

نعم، لو فعل الفعل لا بقصد عنوان حسن ولكن ترتّب عليه مبدأ ذلك العنوان لا يصدق على فاعله أنّه محسن، لأنّ الإحسان - كما سيأتي - من العناوين القصديّة. وأمّا نفس الفعل فيتّصف بالحسن فيما إذا كان ممّا يستقلّ العقل بحسنه الذاتي، كالصدق إذا أوجب هلاك أعداء المؤمنين؛ ولا يتّصف به فيما إذا لم يكن الفعل كذلك، كالضرب، فإنّه يصير حسناً فيما إذا قصد به الضارب تأديب الغير مثلاً.

الثاني: أنّ الملاك في موضوع القاعدة هو أن يكون الفعل إحساناً في الواقع وإن لم يفعله الفاعل باعتقاد كونه إحساناً. وهذا ما اختاره المحقّق البجنوردي، واستدلّ عليه بأنّ الظاهر من العناوين والمفاهيم المأخوذة للحكم الشرعي هو واقعها والمعنى الحقيقي لها، إلّا أن يكون المتفاهم العرفيّ معنى آخر غير المعنى الحقيقي، ولا شكّ في أنّ العرف لا يفهم من لفظ الإحسان غير ما هو المعنى الحقيقي له^(١).

وفيه: أنّه لا شكّ في أنّ العناوين المأخوذة للحكم الشرعي هو المعنى الحقيقي لها، ولكن العناوين على قسمين: (أحدهما) العناوين القصديّة، وهي ما يكون معناها الحقيقي متقوِّماً بالقصد. (ثانيهما) العناوين غير القصديّة، وهي

(١) القواعد الفقهية (للبنوردي) ٤: ٩.

ما لا يكون معناها الحقيقي متقوِّماً بالقصد. وما نحن فيه من قبيل الأوَّل، فإنَّه كالإكرام.

الثالث: أنَّ الملاك في موضوع القاعدة كلاهما، فيعتبر أن يكون الفعل إحساناً في الواقع وفي نظر الفاعل. وهذا ما يظهر من صاحب العناوين، واستدلَّ على اعتبار مصادفة الواقع بأنَّه المتبادر من لفظ الإحسان، وعلى اعتبار القصد بأنَّه المتفاهم عند العرف^(١).

والظاهر أنَّه لا شكَّ في اعتبار القصد في صدق الإحسان، لأنَّه من العناوين القصدية المتقوِّمة بالقصد، كالإكرام، ضرورة أنَّ العرف إنَّما يحكم بصدق الإكرام فيما إذا قصد الشخص بفعله - كالقيام في مقابل الغير - تعظيم الغير، بحيث لو أقرَّ بعدم كون فعله تعظيماً له بل صدر عنه غفلةً أو لغرض آخر، لا يصدق على فعله الإكرام ولا عليه المكرم. فكذلك الإحسان لا يصدق على وصول النفع إلى الغير بسبب فعل الآخر مطلقاً، ولو كان من باب الاتفاق أو لغرض آخر ومن دون أن يقصد الإحسان، بل يصدق حينئذٍ أنَّ فعل الفاعل أوجب وصول النفع إلى الغير من باب الاتفاق، لا أنَّ الفاعل أوصل بفعله النفع إلى الغير، فلا يصدق عليه المحسن إلى الغير. ولعلَّه قد أخذ في حدِّ الإحسان القصد إلى كون الفعل إحساناً، فيقال: «حدِّ الإحسان إيصال النفع لا على وجه الاستحقاق إلى الغير مع القصد إلى كونه إحساناً»^(٢).

ويؤيِّده ما في بعض الروايات من تفسير الإحسان بالإخلاص في العمل، وهو لا ينفكَّ عن القصد^(٣).

وأما اعتبار كون الفعل إحساناً في الواقع فالظاهر أنَّه أيضاً كذلك، لأنَّ المراد

(١) العناوين ٢: ٤٧٦ - ٤٧٨.

(٢) الانتصار: ٤٤٣، مختلف الشيعة ٥: ٨٠.

(٣) تفسير الصافي ١: ٥٠٣، تفسير نور الثقلين ١: ٥٥٣.

من كون الفعل إحساناً في الواقع هو كونه ممّا يقتضي جلب المنفعة إلى الغير أو دفع المضرّة عنه، سواء كان اقتضاؤه اقتضاءً تامّاً بحيث يترتب عليه أحدهما لا محالة، كما يترتب المعلول على علته التامة، أو كان اقتضاؤه اقتضاءً ناقصاً، بحيث لو ضمّ إليه سائر العلل الدخيلة ولم يتخلل الموانع يترتب عليه أحدهما لا محالة، كما لا يتحقّق أحدهما بدون هذا الفعل. والظاهر اعتبار كون الفعل كذلك في صدق الإحسان العرفي، ضرورة أنّ مجرد صدور الفعل الذي أجنبيّ عن المقصود بزعم كونه دخیلاً في المقصود - أي وصول النفع إلى الغير أو دفع المضرّة عنه - ليس بحسب نظر العرف إحساناً إليه، وإن قصد به الفاعل إيصال النفع إلى الغير، بل إنّما يصدق عليه أنّه نوى بذلك الفعل أن يحسن إليه ويوصل النفع إليه بزعم أنّه دخیل في جلب المنفعة إليه أو دفع المضرّة عنه، ولكنّه ليس في الواقع كذلك، فلا يصدق على فاعله أنّه أحسن إلى الغير بفعله هذا.

وبالجملة: فالعرف يرى اعتبار كلا الأمرين، ولا يكتفي بوجود واحد منهما، كما لا يخفى.

التنبيه الثالث: في اعتبار كون الفعل إحساناً محضاً

هل تختصّ القاعدة بما إذا كان الفعل إحساناً محضاً أو لا؟

ويعتبر في وصف الإحسان بكونه محضاً أمور:

أحدها: أن يكون الفعل معنوياً بعنوان حسن من دون أن يعتريه عنوان قبيح عقلاً أو شرعاً، فلا بدّ من خلوه من جميع المفاصد ووجوه القبح، كما إذا علمنا برضاء المالك بوضع اليد على ماله، فوضعنا اليد عليه لإيصاله إليه أو لحفظه عن الهلاك. بخلاف ما إذا كان وضع اليد على مال الغير من دون إذنه ورضاه وتصرّفنا فيه لإيصاله إليه أو لحفظه عن الهلاك، فلا يكون وضع اليد عليه إحساناً محضاً.

وثانيها: أن يكون الفعل لمصلحة الغير فقط، بأن يكون الداعي إليه إيصال النفع إلى الغير أو دفع المضرّة عنه فقط، من دون أن يكون في مقابله عوض أو نفع للفاعل. وأمّا إذا كان الفعل ممّا يترتب عليه جلب المنفعة إلى نفس الفاعل أو دفع المضرّة عنه فقط أو كان ممّا يترتب عليه نفعهما أو دفع المضرّة عنهما بحيث لا يكون الداعي إليه جلب منفعة الغير أو دفع المضرّة عنه فقط - كما في المضاربة والإجارة والعارية -، أو كان الفعل عوضاً عن دين فلا يكون إحساناً محضاً.

وثالثها: أن يكون الفعل موجباً لإيصال النفع إلى الغير أو دفع المضرّة عنه، ولا يكون الغير مستحقاً له شرعاً، فلا يشمل ما إذا كان إيصال النفع إليه أو دفع المضرّة عنه واجباً، فإنّ الوجوب الشرعي لا ينافي الضمان.

ظاهر كثير من الفقهاء، بل صريح كلمات بعضهم أنّه يعتبر في نفي الضمان عن المحسن أن يكون فعله إحساناً محضاً، فإنّهم علّلوا رفع الضمان في موارد كثيرة بكون الفعل إحساناً محضاً وما على المحسنين من سبيل، منهم فخر المحقّقين في الإيضاح^(١) والمحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٢) والشهيد الثاني في المسالك^(٣) والسيد في المدارك^(٤) والمحدث البحراني في الحقائق^(٥) وصاحب الرياض في رياض المسائل^(٦) والمحقّق التراقي في مستند الشيعة^(٧) وصاحب الجواهر في جواهر الكلام^(٨) والشيخ الأنصاري في مواضع من كتبه^(٩).

ويمكن الاستدلال على اعتباره بأنّ كلمة «المحسنين» في قوله تعالى: ﴿مَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ وإن كانت عامّة، فتشمل بعمومها نفي السبيل عن:

-
- (١) إيضاح الفوائد ٢: ١٢٠.
 (٢) جامع المقاصد ٥: ١٦.
 (٣) المسالك الأفهام ٨: ٤٥٨ و ١٠: ٥٠.
 (٤) الحقائق الناضرة ١٥: ٢٩٤.
 (٥) رياض المسائل ٧: ٥٥٤.
 (٦) جواهر الكلام ٢: ٢٩١ و ٢١: ١٧٩ و ٢٥: ٤٧.
 (٧) مستند الشيعة ١٤: ٣١٩.
 (٨) جواهر الكلام ٣٣٣.

كلّ من يصدق عليه المحسن عرفاً، سواء كان محسناً بالإحسان المحض أو محسناً بالإحسان غير المحض، إلاّ أنّه تعالى في موضع آخر من كلامه الشريف أمر المحسنين بالإحسان إلى الخلق مثل ما أحسن نفسه تعالى إلى نفس المحسنين، قال الله تعالى: ﴿أَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾^(١)، والكاف للتشبيه، فيكون معناه: أفضّل وأنعم على الناس كما أفضّل الله وأنعم إليك. ومعلوم أنّ إحسانه تعالى إحسان محض، بمعنى أنّه لا يشوبه عنوان قبيح ويكون إيصال النفع أو دفع المضرة عن الغير فقط، حيث إنّّه تعالى غير محتاج، ويكون من باب التفضّل ومن دون استحقاق الغير. فلا يكون الإحسان إلى الخلق من نوع إحسان الله تعالى إلى العباد إلاّ إذا تحقّق فيه الأمور المذكورة. وأمره تعالى بالإحسان كذلك يشعر بأنّ مراده من المحسنين الذين يتعلّق حبّه إليهم وينفي عنهم السبيل والضمان هم الذين أحسنوا مثل ما أحسن الله إلى الخلق.

التنبيه الرابع: في الإحسان إلى الشخص والنوع

ومما ذكرنا يظهر أنّه لا فرق في جريان القاعدة بين ما إذا كان الإحسان إلى فرد خاصّ وبين أن يكون إحساناً إلى عموم الناس.

التنبيه الخامس: في تأسيس الأصل

ومما مرّ يظهر أيضاً أنّ نسبة هذه القاعدة إلى قاعدة على اليد نسبة الخاصّ إلى العامّ، وإنّما الكلام في ما إذا شكّ في مورد، فهل يمكن تأسيس أصل لفظي أو عملي ليكون مرجعاً في مورد الشكّ أم لا؟
فقول: قد عرفت أنّ الإحسان من المفاهيم العرفيّة، وهو عند العرف عبارة

عن كلّ فعل يصدر عن الفاعل بقصد جلب المنفعة إلى الغير أو دفع المضرة عنه ويكون في الواقع دخيلاً في أحدهما. وإذا اتضح مفهوم الإحسان وشكّ في أنّ هذا الفعل الصادر من الفاعل هل يكون من مصاديق الإحسان أم لا؟ فالمرجع إمّا أصالة البراءة، وأمّا استصحاب عدم اشتغال الذمّة. والأولى هو الثاني، إذ الاستصحاب مقدّم على البراءة، وذلك لعدم الالتزام بجواز التمسك بالعام في الشبهات المصادقية لكي يتمسك بعموم أدلة الضمانات كعموم حديث على اليد ما أخذت حتّى يؤدّي.

نعم، لو شكّ في اعتبار شيء في مفهوم الإحسان فالأصل هو الضمان، لجواز الرجوع إلى العمومات في الشبهات المفهومية، فيجوز الرجوع إلى عموم حديث على اليد والحكم بالضمان.

التنبيه السادس: في دفع وهم

أما الوهم: فهو أنّ الفقهاء ذكروا في باب اللقطة ومجهول المالك والقراضة في دكان الصائغ مع جهل أربابها ونحو ذلك من الصنائع أنّه يجوز لصاحب اليد أن يتصدّق به عن صاحبه بعد اليأس عن إيصال المال إليه، ومع ذلك حكموا بأنّه لو ظهر مالكة فهو ضامن له إذا لم يرض به، مع أنّ المتصدّق لا يكون إلّا محسناً محضاً، وهذا الحكم منهم ينافي عموم قاعدة «لا ضمان على المحسن».

وأما الدفع: فقال صاحب العناوين: «إنّ حكمهم بالضمان هناك من جهة كون التصدّق إحساناً بشرط الضمان - بمعنى: أنّ تحقّق الإحسان هناك معلق على الضمان -، لأنّه إن ظهر صاحبه فهو ضامن يعطيه، وإن لم يظهر فقد وصل إليه الصدقة، فبالمجموع المركّب صار هذا إحساناً؛ وأمّا بدون الضمان فلا إحسان، إذ لا يمكن أخذ مال الناس والتصدّق به عنهم، لأنّه إحسان إليهم، لأنّ الإحسان أمر عرفي، وهو غير صادق في المقام. نعم، لو كان مع الضمان مع عدم إمكان الوصول

إلى المالك فلا شبهة في أنه إحسان»^(١).

وفيه: أنه قد مرَّ أنَّ المالك في تحقُّق الإحسان عرفاً هو قصد جلب المنفعة إلى الغير أو دفع المضرة عنه بالفعل الذي يصدر من الفاعل، مع كون الفعل دخیلاً في أحدهما في الواقع، وكلا الأمرين موجود في المقام، لأنَّ الملتقط - مثلاً - قد قصد بالتصدُّق جلب المنفعة - وهو الأجر الأخرى - إلى المالك، والتصدُّق يكون دخیلاً في ذلك واقعاً، فيصدق المحسن على المتصدِّق به، سواء تقبَّل الضمان أو لم يتقبَّل. والأولى في الدفع أن يقال: إنَّ حكمهم بالضمان هناك إمَّا من جهة عدم صدق الإحسان المحض على التصدُّق، وهو فيما إذا قلنا بعدم جواز أخذ اللقطة، لأنَّ أخذه حينئذٍ يكون استيلاءً على مال الغير وهو قبيح، بل موجب للضمان، وقد مرَّ أنه يعتبر في الإحسان المحض أن يكون الفعل خالياً من وجوه القبح والفساد. وإمَّا من جهة إقدام المتصدِّق به على الضمان بالتصدُّق، لأنَّه كان مخيراً بعد السنة بين أن يحفظها على صاحبها وبين أن يتصدَّق عنه ويكون ضامناً إن لم يرض صاحبها، فإذا تصدَّق عنه أقدم على الضمان ويكون ضامناً إن لم يرض صاحبها بمقتضى قاعدة الإقدام.

الجهة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها

وموارد تطبيقها كثيرة جداً، نذكر بعضها ها هنا:

- ١ - قال في السرائر: «فإن أحدث في الطريق ما له إحداثه وفعله ونصبه، مثل الميازيب والرواشن غير المضرة بالمارة، لم يكن عليه شيء، لأنَّه محسن بفعله وإحداثه، غير مسيء، وقد قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾...»^(٢).
- ٢ - وقال العلامة: «لا يجوز لغير الوليِّ والحاكم إقراض مال الصغير، لانتهاء ولايته عليه، فإن أقرض ضمن، إلَّا أن يحصل ضرورة إلى الإقراض، فيجوز للعدل

(١) العناوين ٢: ٤٧٨ - ٤٧٩.

(٢) السرائر ٣: ٣٧٠.

إقراضه من ثقة مليء، كما إذا حصل نهب أو حريق، ولا ضمان حينئذٍ، لأنّه بفعله محسن، فلا يستعقب فعله الضمان، لأنّه سبيل، وقد قال تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾...»^(١).

٣- من وضع حجراً في جنب حفرة وقعت في طريق المسلمين حفظاً لهم من الهلاك، فصادمه رجل وعطب، فهو ليس ضامناً له، لأنّه محسن، ولا ضمان على المحسن.

٤- قال المحقق الثاني: «لو أَرْضَعَت الصغيرة مثلاً - جاهلةً بكونها زوجة ابنها من النسب مثلاً، أو مع علمها بالزوجية لكن خافت على الصغيرة من التلف، لفقد من ترضعها غيرها في محلّ الحاجة ولم تقصد مع ذلك الإفساد - فيه إشكال، ينشأ ممّا ذكره المصنّف، وهو قوله: أنّ الرضاع سبب لإفساد النكاح، فإذا كان مباحاً لم يوجب الضمان، كحفر البئر في ملكه، فإنّه لكونه مباحاً لا يضمن الحافر ما يتلف بسببه، وأيضاً فإنّ الإرضاع في هذه الحالة إحسانٌ خالٍ عن الضرر، فيندرج في عموم: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾...»^(٢).

٥- إذ أجز الأب أو الجدّ سفينة المولى عليه أو إبله أو جملته، ففرقت السفينة وهلك الإبل أو الحمل، فلا ضمان عليه، لأنّه محسن محض، ولا ضمان على المحسن.

٦- إذا رأى اشتعال النار في لباس إنسان وحفظه عن الاحتراق موقوف على تمزيق لباسه، ومعلوم أنّه راضٍ بتمزيقه، فيحكم بعدم ضمان لذلك اللباس، لأنّه محسن، ولا ضمان على المحسن.

٧- إذا رأى توجّه السيل المخرب إلى منزل شخص، وتوقّف حفظه على إحداث عائق ببعض أثاث منزله، ورضا المالك بوضع أثاث منزله في مقابل السيل معلوم، فلا يكون ضامناً لأثاث منزله، لأنّه محسن بفعله، ولا ضمان على المحسن.

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٦٢ - ٢٦٣.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ٢٦٠.

القاعدة الرابعة عشرة

قاعدة الجُبار

القاعدة الرابعة عشرة من القواعد المختصة بباب الضمان قاعدة «الجُبار». وهي مصطادة من الروايات الواردة في موارد الجبار، ويتفرّع عليها كثير من فروع باب الضمان. والبحث عنها يقع في مقامات:

المقام الأول: في بيان مفادها

فنقول: الجُبار كُغراب، ومعناه: الهدر. والمراد منه في المقام أن تلف الشيء وجرحه إذا كان مستنداً إلى ملك المالك أو ما استولى عليه المستولي ولم يقدر على منعه فيكون هدرًا ولا ضمان على صاحبه.

توضيح ذلك: أن التلف والجرح قد يكون منبعتاً عن فعل الفاعل المختار بالمباشرة، فحينئذٍ تجري قاعدة الإلتاف ونحكم بضمن الفاعل مستدلاً بها؛ وقد يكون منبعتاً عن فعل الفاعل المختار من دون المباشرة، بل بتوسيط فعلٍ أو فاعل آخر، بحيث يصح إسناد التلف أو الجرح إلى ذي الواسطة، فحينئذٍ تجري قاعدة التسبب ونحكم بضمن ذلك الفاعل مستنداً إليها؛ وقد يكون منبعتاً عن ملك المالك أو ما يستولي عليه من دون تفريطه - بمعنى أنه لا يقدر على منعه من التلف أو الجرح، ولا يمكنه الاحتراز عن فعله - بحيث لا يصح إسناد التلف أو الجرح إلى المالك والمستولي عرفاً، فحينئذٍ تجري قاعدة الجُبار ونحكم بأن التالف هدرٌ

ولا ضمان على صاحبه.

والقاعدة - بالرغم من دورها الهامّ في الفقه - لم يبحث عنها في الفقه، بل لم يذكر في الكتب الفقهيّة ولا في ذيل القواعد الفقهيّة. نعم، إنّما تعرّض بعض العامة قاعدة متفرّعة عن هذه القاعدة، وهي «قاعدة جناية العجماء جبار». وستعرف عدم اختصاصها بالعجماء.

المقام الثاني: في دليلها

والدليل عليها هو الروايات الواردة في موارد الجُبار، وهي وإن كانت واردةً في موارد خاصّة ولكن التأمّل في مضامينها - بعد ضمّ بعضها إلى بعض - ينتج عدم دخل الموارد في الحكم، بل تلغي الخصوصية وينقّح لنا أنّ العبرة والملاك في عدم الضمان هو عدم تفريط المالك والمستولي وعدم صحّة الاستناد إليهما. وهذه الروايات على طوائف ثلاث:

الطائفة الأولى: ما ينسب فيها الجُبار إلى نفس الملك أو المستولي عليه منها: معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال رسول الله ﷺ: البئر جُبار، والعجماء جُبار، والمعدن جُبار»^(١).

ومنها: رواية عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «كان من قضاء النبي ﷺ أنّ المعدن جُبار، والبئر جُبار، والعجماء بهيمة الأنعام، والجُبار من الهدر الذي لا يغرم»^(٢).

ومنها: ما في معاني الأخبار عن زيد بن عليّ، عن أبيه، عن آبائه، قال: «قال رسول الله ﷺ: العجماء جُبار، والبئر جُبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس،

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٠٢، الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٠٣، الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٤.

والجُبَار الَّذِي لَا دِيَّةَ فِيهِ وَلَا قُودٌ»^(١).

ومنها: ما في بعض كتب العامة عن رسول الله ﷺ: «السَّائِمَةُ جُبَارٌ، والمعدن جُبَارٌ...»^(٢).

ومنها: ما عن طرق العامة من قوله ﷺ: «النَّارُ جُبَارٌ، والبئرُ جُبَارٌ»^(٣). ولا شك في أن دلالة الاقتضاء تقتضي التقدير في هذه الكلمات، والمقدر هو كلمة «الجرح» أو «الجنابة»، كما يتأتى بها في الطائفة الثانية ظاهرةً. وعليه فالمراد من قوله ﷺ: «العجماء جبار» أن جرح العجماء جبار، أي إذا أفست الدابة المرسلة من دون تفريط مالكة لا ضمان على مالكة. ويؤيده قوله ﷺ: «السَّائِمَةُ جبار»، فإن السائمة هي الدابة المرسلة في رعيها. والمراد من قوله ﷺ: «البئر جبار» أنه إذا وقع إنسان في البئر الذي حفرها المالك في ملكه أو انهارت على من استأجر أحداً ليعمل فيها، لا ضمان على المالك والمستأجر.

والمراد من قوله ﷺ: «المعدن جبار» أن الجرح المنبعث عن المعدن فيما إذا أنهار على من يعمل فيه، لا يوجب ضمان صاحب المعدن. والمراد من قوله ﷺ: «النار جبار» أنه لو أٌجِّج ناراً في ملكه أو في مكان مباح بقدر حاجته لم يضمن لو اتفق التعدي فأتلفت مالاً أو نفساً. الطائفة الثانية: ما ينسب فيها الجبار إلى جرح الأشياء

منها: ما رواه أحمد بن حنبل في مسنده، قال: حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ، حَدَّثَنَا أَبُو كَامِلٍ الْجَحْدَرِيُّ، حَدَّثَنَا الْفَضِيلُ بْنُ سُلَيْمَانَ، حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ عَقْبَةَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ يَحْيَى ابْنِ الْوَلِيدِ بْنِ عَبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ عَنْ عَبَادَةَ، قَالَ: إِنَّ مِنْ قِضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَنْ

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٠٣، الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٥.

(٢) مسند أحمد ٣: ٣٣٥، كنز العمال ١٥: ١٦. (٣) سنن ابن ماجه ٢: ٢٨٩.

المعدن جبار، والبئر جبار، والعجماء جرحها جبار^(١).

ومنها: ما رواه مسلم في صحيحه عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ: «أنه قال: «البئر جرحها جبار، والمعدن جرحه جبار، والعجماء جرحها جبار، وفي الركاز الخمس»^(٢).

الطائفة الثالثة: ما دلّ على اعتبار عدم التفريط

منها: معتبرة السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام، قال: كان عليّ عليه السلام لا يضمن ما أفسدت البهائم نهاراً، ويقول: «على صاحب الزرع حفظ زرعه»، وكان لا يضمن ما أفسدت البهائم ليلاً^(٣).

ومنها: مرسله الحلبي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «بعث رسول الله ﷺ عليّاً عليه السلام إلى اليمن فأفلت فرس لرجل من أهل اليمن وهو يُعدو، فمرّ برجل فنّفحه برجله فقتله، فجاء أولياء المقتول إلى الرجل، فأخذوه، فرفعوه إلى عليّ عليه السلام، فأقام صاحب الفرس البيّنة عند عليّ عليه السلام أن فرسه أفلت من داره ونفح الرجل، فأبطل عليّ عليه السلام دم صاحبهم، فجاء أولياء المقتول من اليمن إلى رسول الله ﷺ، فقالوا: يا رسول الله! إن عليّاً ظلمنا وأبطل دم صاحبنا. فقال رسول الله ﷺ: إن عليّاً ليس بظلام ولم يخلق للظلم، إن الولاية لعلّي من بعدي، والحكم حكمه، والقول قوله، لا يردّ حكمه وقوله وولايته إلّا كافر»^(٤).

ومنها: معتبرة أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَمَمُ الْقَوْمِ﴾^(٥). فقال:

(٢) صحيح مسلم ٥: ١٢٨.

(١) مسند أحمد ٥: ٣٢٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ٢٠٨، الباب ٤٠ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ١٩٢، الباب ٢٠ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١.

(٥) الأنبياء / ٧٨.

لا يكون النفس إلا بالليل، إنَّ على صاحب الحرث أن يحفظ الحرث بالنهار، وليس على صاحب الماشية حفظها بالنهار، إنَّما رعيها بالنهار وأرزاقها، فما أفسدت فليس عليها، وعلى أصحاب الماشية حفظ الماشية بالليل عن حرث الناس، فما أفسدت بالليل فقد ضمنوا، وهو النفس»^(١).

ومنها: معتبرة أخرى عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن رجل غشيه رجل على دابة، فأراد أن يطأه، فزجر الدابة، فنفرت بصاحبها، فطرحته وكان جراحة أو غيرها؟ فقال عليه السلام: «ليس عليه ضمان، إنَّما زجر عن نفسه، وهي الجبار»^(٢).
ومنها: رسالة يونس عن أبي عبد الله عليه السلام، أنَّه قال: «بهيمة الأنعام لا يغرم أهلها شيئاً ما دامت رسالة»^(٣).

ومنها: معتبرة زيد بن علي عن آبائه، عن علي عليه السلام: أنَّه كان يضمن صاحب الكلب إذا عقر نهاراً، ولا يضمنه إذا عقر بالليل^(٤).

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنَّه سئل عن الرجل يمر على طريق من طرق المسلمين، فتصيب دابته إنساناً برجلها، فقال عليه السلام: «ليس عليه ما أصابت برجلها، ولكن عليه ما أصابت بيدها، لأنَّ رجلها خلفه إن ركب، فإن كان قاد بها فإنه يملك بإذن الله يدها، يضعها حيث يشاء»^(٥).

ومنها: خبر مسمع بن عبد الملك، عن أبي عبد الله عليه السلام: إنَّ أمير المؤمنين عليه السلام كان إذا صال الفحل أوَّل مرة لم يضمن صاحبه، فإذا ثنى ضمنه صاحبه»^(٦).

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٠٩، الباب ٤٠ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٠٦، الباب ٣٧ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ٢٠٣، الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ١٩٠، الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٣.

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٤، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٣.

(٦) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٧، الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢.

ومنها: رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أنه ضَمَنَ القائد والسائق والراكب، فقال عليه السلام: «ما أصاب الرجل فعلى السائق، وما أصاب اليد فعلى القائد والراكب»^(١). والظاهر من هذه الروايات أَنَّ الملاك كُلَّهُ في الضمان هو التفريط والتقصير وصحّة إسناد التلف والجرح إلى المالك والمستولي، فإنَّ التفصيل بين النهار والليل - في معتبرة السكوني ومعتبرة أبي بصير - من الحكم بضمان صاحب البهائم فيما إذا أفسدت في الليل والحكم بعدم ضمانه فيما إذا أفسدت في النهار، ليس إلّا من ناحية أَنَّ التفريط من صاحبها في الغالب - وسيّما في تلك الأعصار - يكون في الليل، حيث كان عليهم أن يحفظوا البهائم في الليل، بخلافه في النهار، فإنّهم يرسلونها إلى المرعى للرعي، فليس عليهم حفظها - كما في معتبرة أبي بصير - ولا سلطنة لهم عليها في المرعى، فلا يتمكّنون من منعهم من الجناية والفساد، بحيث لو أفسدوا لم يصحّ إسناد فسادهم إلى صاحبهم. ويعكس الأمر في مثل الكلب، فإنّ صاحبه قادر على منعه من العقر في النهار، فإذا عقر يضمن، بخلافه في الليل، فإنّه يرسل الكلب ويطلقه في الغالب للحراسة عن الدار والبستان، فلا يقدر على منعه من العقر، فإذا أفسد وعقر لا يضمن.

ثمّ إنّ قضاء أمير المؤمنين عليه السلام بإبطال دم من نفّح الفرس برجله وقتله بعد أن يقيم صاحب الفرس البيّنة على أَنَّ الفرس أفلّت من داره ونفحه من دون اختياره، دليلٌ واضح على أنّه يعتبر في الحكم بالضمان علم المالك وتمكّنه من منع البهيمة عن إيقاع الجناية.

وكذا التفصيل بين ما أصابت الدابة برجلها وما أصابت بيدها من الحكم بضمان الراكب على الثاني وعدمه على الأوّل معللاً بقوله عليه السلام - في صحيحة الحلبي -:

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٥، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٥.

«لأنّ رجليها خلفه إن ركب» كالصریح في أنّ ما أصابت الدابة بعضها الذي ليس حركته في اختيار الراكب - وهو رجليها - لا يوجب ضمان الراكب. ويؤيّد ما في رواية السكوني من الحكم بثبوت ضمان الراكب والقائد فيما إذا أصابت الدابة بيدها، فإنّهما يملكان حركات يدها ويتمكّنان من سوقه إلى موضع دون موضع، والحكم بثبوت الضمان على السائق فيما إذا أصابته برجلها، لأنّه يقدر على منع جنايتها برجليها.

والتفصيل بين ما إذا صال الفحل أوّل مرّة وبين ما إذا صال مرّة ثانية بالحكم بضمان صاحبه على الثاني وعدم ضمانه على الأوّل، مشعراً بأنّ المالك في الحكم بالضمان هو علم الصاحب وقدرته على منع التلف والجرح، فإنّ المالك لا يعلم صوله ولا يقدر على منعه من ذلك، بخلاف المرّة الثانية، فإنّه علم به وعليه منعه من ذلك حيث يقدر عليه. وهذا ما فهمه كثير من الفقهاء من هذه الروايات^(١).

وعليه، فيحمل إطلاق الطائفة الأولى والطائفة الثانية على ما إذا حصل الجرح من دون تفريط المالك والمستولي. ويتحصّل من مجموع الروايات - بعد الغاء الخصوصيّة من مواردها كما هو التحقيق - أنّ الجناية الحاصلة - من التلف والجرح - بسبب شيء ليس للمالك أو المستولي عليه قدرةً على منعه هدر ولا ضمان على صاحبه.

المقام الثالث: في بيان أمور

الأوّل: أنّ الظاهر من بعض الروايات ثبوت الضمان في جناية العجماء مطلقاً، سواء كانت من تفريط أو عدمه.

(١) مسالك الأفهام ١٥: ٣٧٥، جواهر الكلام ٤٣: ١٢٩.

منها: معتبرة أبي مريم عن الإمام الباقر عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في صاحب الدابة أنه يضمن ما وطأت يدها ورجلها، وما نفحت برجلها فلا ضمان عليه إلا أن يضربها إنسان»^(١).

ومنها: معتبرة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إنّ عليّاً ضمن صاحب الدابة ما وطأت يديها ورجليها وما نفحت برجلها فلا ضمان عليه إلا أن يضربها إنسان»^(٢).

ومنها: معتبرة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إنّ عليّاً كان يضمن الراكب ما وطأت الدابة يدها أو رجلها، إلا أن يعبث بها أحد، فيكون الضمان على الذي عبث بها»^(٣).

فهذه الروايات تعارض الروايات المتقدمة التي دلّت على التفصيل بين ما أصابت الدابة برجلها فيحكم بعدم ضمان صاحبها وبين ما أصابت يدها فيحكم بضمان صاحبها؛ بل تدلّ هذه الروايات بإطلاقها على عدم اعتبار التفريط في الحكم بثبوت الضمان على صاحب الدابة.

والتحقيق: أنّه لا معارضة بين هذه الروايات والروايات المتقدمة، وذلك لأنّ رواية أبي مريم لم تثبت، فإنّ الشيخ رواها بعينها خالية عن كلمة (ورجلها)^(٤)، بل الظاهر من الوافي^(٥) أنّ هذه الكلمة لم تكن موجودة في الكافي أيضاً. وأمّا معتبرة غياث فهي أيضاً لم تثبت، فإنّ الصدوق رواها في الفقيه خالية عن كلمة (ورجلها)^(٦). وأمّا معتبرة إسحاق بن عمار فلا بدّ من حملها على صورة التفريط أو على

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٤، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٥، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٧.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٦، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ١٠.

(٤) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٧. (٥) الوافي ١٦: ٨٤٢. (٦) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٥٦.

ما إذا كانت الدابة واقفةً، فيخصّص إطلاقها بخبر العلاء بن الفضيل^(١) الذي يدلّ على ضمان صاحب الدابة فيما إذا وقفت الدابة مطلقاً، أو بصحيفة الحلبي الدالة على عدم ضمان صاحب الدابة فيما إذا أصابت برجلها الظاهرة في اعتبار التفريط في الضمان.

الثاني: أنّ القاعدة هل تشمل المراكب المستحدثة في هذه الأعصار كالسيّارة والقطارات وغيرها أم لا؟

الظاهر أنّ القاعدة تشمل المراكب المستحدثة، فإنّ موضوع الروايات هو الراكب والقائد والسائق، وهي تصدق على من ركب المراكب المستحدثة أو قادها أو ساقه.

وغاية ما يمكن أن يوجّه به عدم الشمول هو دعوى انصراف الأدلة عن هذه المراكب المستحدثة. ولكنّها فاسدة، كيف وكانت المسافرة في الأعصار السابقة بالمشي أو الركوب بتلك المراكب المعهودة القديمة من الدواب، ولا يصحّ دعوى انصراف أدلة القصر عن المسافرة بالمراكب المستحدثة؟ فكذا في المقام، فإنّ الظاهر من الأدلة - كما تقدّم - أنّ الموضوع للضمان هو التفريط وصحة إسناد التلف أو الجرح إلى الراكب أو السائق أو القائد أو صاحب الملك، كما أنّ الموضوع لعدم الضمان هو عدم التفريط وعدم صحة إسنادهما إليه، فلا يصحّ دعوى انصراف أدلة عدم الضمان عن التلف أو الجرح الحاصل من المراكب المستحدثة فيما إذا كان من دون تفريط.

ومع الشكّ في ثبوت الضمان فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل، وهو أصل البراءة من الضمان فيما إذا لم يكن عن تفريط كي يشمل عموم قاعدة التسبب.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٤، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢.

الثالث: أنه يظهر ممّا مرّ أنّ الراكب إذا ركب المركوب على المعتاد يضمن ما أصاب المركوب بيديها ولا يضمن ما أصاب برجليها، لأنّ رجليها فيما إذا ركب على المعتاد يكون خلفه ولا يتمكّن من منعه ممّا جنى بهما. وأمّا مع فرض خلافه - بأن كان وجهه إلى خلفها - فهل يعكس الأمر في الضمان، فيحكم بأنّه ضامن لما أصاب برجليها فقط، أو يكون بحكم السائق الذي ساقه من دون راكب له ولا قائد، أي يضمن ما يجنيه يديه ورجليه - كما في معتبرة العلاء بن الفضيل^(١) -؟ قال صاحب الجواهر: «أمّا مع فرضه على خلافه - بأن كان وجهه إلى خلف الدابة احتمل قوياً العكس في الضمان، لمفهوم التعليل المزبور، وكونه كالسائق في ضمان الجميع إن لم يضطرّ إلى الركوب كذلك؛ أمّا اليدان فلا إطلاق النص والفتوى؛ وأمّا الرجلان فلاّنه حينئذٍ يملكهما، إلّا أنّه كما ترى بعد انسياب غير ذلك من الركوب. نعم قد يقال: باندراج الركوب وكلا رجليه إلى ناحية واحدة فيه، بل لعلّ التعليل أيضاً منطبق عليه. ويحتمل اعتبار التفريط وعدمه اقتصاراً على المتيقّن فيما خالف الأصل»^(٢).

ويظهر ممّا مرّ أنّ الملاك في الضمان وعدمه هو التفريط وعدمه، فإن كان فيما إذا ركب الدابة كذلك متمكّناً من مراعات يديها ورجليها معاً فيكون ضامناً فيما أصابت باليدين أو الرجلين، وإن لم يكن متمكّناً من مراعات اليدين فيعكس الأمر ويضمن فيما إذا أصابت برجليها. ومع الشكّ يرجع إلى الأصل وهو أصل البراءة عن الضمان. وهذا ما اعترف به صاحب الجواهر - تبعاً للمحقّقين - في مقام نفي دخل الليل والنهار في الضمان وعدمه، فقال: «التحقيق حملها - أي حمل الروايات الدالة على التفصيل بين جناية العجماء في الليل وبين جنايتها في

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٤، الباب ١٣ من أبواب موجبات الضمان، الحديث ٢.

(٢) جواهر الكلام ٤٣: ١٣٧.

النهار - على ما عرفت من كون ذلك مثلاً للتفريط وعدمه»^(١).

الرابع: وقد يتوهم استثناء جناية العجماء في حال الوقوف من القاعدة، وذلك لما في معتبرة العلاء بن الفضيل عن الصادق عليه السلام، أنه سُئل عن رجل يسير على طريق من طرق المسلمين على دابّته، فتصيب برجلها، قال عليه السلام: «ليس عليه ما أصابت برجلها، وعليه ما أصابت بيدها، وإذا وقف فعليه ما أصابت بيدها ورجلها، وإن كان يسوقها فعليه ما أصابت بيدها ورجلها أيضاً»، فإنّ فيه الدلالة على ضمان صاحب الدابّة مع الوقوف بالدابّة لما تجنيها مطلقاً، سواء كان بالتفريط والتقصير أو كان من دونهما، فيستثنى من القاعدة ما جنت الدابّة في حال الوقوف، وإن كانت من دون تفريط صاحبها^(٢).

ولكنّه مدفوع، وهذا لما قيل من أنّ هذه الرواية ضعيفة سنداً، لوجود محمد بن سنان في طريقها، وهو ضعيف، فإنّه وإنّ ضعفه كثير من الأعلام، إلّا أنّ الأصحّ وثاقته على ما حقّقناه، بل يدفع بوجهين آخرين:

أحدهما: أنّ إطلاق هذه الرواية ينافي إطلاق الطائفة الأولى والثانية من الروايات المتقدمة، فإنّهما تدلّان بإطلاقهما على أنّ جناية العجماء جبار مطلقاً، سواء كان في حال السير أو في حال الوقوف، وسواء كان المالك أو المستولي عليها متمكّناً من منعه عن التلف والجرح أو لم يكن متمكّناً منه. ويمكن رفع التنافي بين الإطلاقيين بحملهما على ما يدلّ عليه الطائفة الثالثة من الروايات من الحكم بعدم ثبوت الضمان على صاحب الدابّة فيما إذا جنت من دون تقصير

(١) جواهر الكلام ٤٣: ٤٠٥.

(٢) جواهر الكلام ٤٣: ١٣٨ حيث قال: «لو وقف بها ضمن ما تجنيه بيديها ورجلها بلا خلاف أجده فيه، لخبر العلاء بن الفضيل السابق، بل الظاهر ضمان ما تجنيه مطلقاً، ولو برأسها وغيره... بل الظاهر أيضاً عدم الفرق بين الطريق الضيق والواسع والمفرط وغيره والراكب والقائد والسائق عملاً بإطلاق النصّ والفتوى».

صاحبها، والحكم بثبوتها عليه فيما إذا جنت مع تقصير صاحبها، فيحمل إطلاق الطائفة الأولى والثانية على جناية العجماء من دون تفريط صاحبها، سواء كانت الجناية في حال سيرها أو في حال وقوفها، كما يحمل إطلاق معتبرة العلاء على جنايتها مع تفريط صاحبها حال الوقوف، سواء كانت جنايتها بيدها أو برجلها. ثانيهما: أنه يحتمل قوياً أن يكون الحكم بضمان صاحب الدابة حين وقوفها لأجل أن إيقافها في طريق المسلمين يضرّ بهم في الطريق، وهذا ما يعلم به المالك أو المستولي، فعليه أن يحفظه ويراعيه، وإلا يصدق تفريطه، وإذا أصابت بيدها أو رجلها يضمن، لصدق التسبب.

الخامس: لا ريب في أن العاقلة يضمن جناية الآدمي الحرّ على الآدمي فيما إذا كانت خطأً، من دون فرق بين أن تكون العاقلة متمكناً من منعه من الجناية أو لم تكن متمكناً من ذلك كما هو الغالب في الخطائي، فتخرج جنايته عن القاعدة. وإنما الكلام في أن خروجها هل يكون تخصيصاً أو يكون تخصصاً؟ الأقرب هو الثاني، لانصراف الروايات الدالة على القاعدة من الطوائف الثلاث إلى ما إذا كان الجاني الواسط من لا يتصور اشتغال ذمته، كالدابة والنار وغيرهما، فحينئذ يكون التلف والجرح هدرًا، بمعنى أنه لا ضمان على نفس الواسط الجاني، لعدم قابليته للضمان، ولا على صاحبه، لعدم صحة إسناد التلف أو الجرح إليه. وعليه لا تشمل الروايات ما إذا كان الجاني الواسط من يمكن اشتغال ذمته بنفسه، وهو فيما إذا كان الجاني إنساناً، فإنّ جناية الإنسان ليست هدرًا أصلاً، غاية الأمر قد تكون جنايته على عاقلته، وهو فيما إذا كان الجاني حرّاً يجني على الآدمي خطأً، وقد تكون على نفسه، وهو فيما إذا كانت جناية الجاني على غير الآدمي، أو كانت جنايته على الآدمي عمدًا، سواء كان حرّاً أو عبدًا. فالحاصل: أن الجناية من الآدمي على الآدمي تخرج من القاعدة تخصصاً.

المقام الرابع: في التطبيقات

١ - قال العلامة في التحرير: «وإن أضرَم النار في مكان له التصرف فيه بحق ملك أو إجارة، فإن تعدّي في ذلك بأن زاد على قدر الحاجة مع غلبة ظنه بالتعدّي كما في أيام الأهوية ضمن»، وذلك لقاعدة التسيب. ثم قال: «وإن لم يتعدّ بأن أضرَم قدر الحاجة من غير اتصال بملك الغير أو بحطبه وكان على الوجه المعتاد فحملتها الريح أو سرت إلى ملك غيره أو عصفت الأهوية بغتةً فحملتها فأُتلفت فلا ضمان»، وذلك لقاعدة الجُبار. ثم قال: «وكذا البحث في فتح المياه»^(١)، وتعميم الحكم للمياه لا يستند إلّا إلى قاعدة الجبار.

٢ - لو قطعت الدابة رباطها وشردت أو جفلت أو نفحت برجلها أو بيدها أو بذنبها فأضرّت أحداً فلا ضمان على صاحبها، لقاعدة الجُبار.

٣ - لو اغتالت هرةٌ شخصي طائراً لغيره، فلا ضمان على صاحب الهرة إذا لم يكن مع التفریط. وذلك لقاعدة الجبار.

٤ - لو ربط اثنان دابّتهما في محلٍّ لهما حقّ الربط فيه، فأُتلفت إحداهما الأخرى، فلا ضمان على صاحبها، لقاعدة الجبار.

٥ - لو أفسدت الدابة برشاش بولها أو روثها فلا يضمن صاحبها، لعدم تمكّنه من منعه، فتجري قاعدة الجُبار.

٦ - قال في تحرير الوسيلة: «لو وضع على حائطه إناءً أو غيره فسقط وتلف به نفس أو مال لم يضمن إلّا أن يضعه مائلاً إلى الطريق أو وضعه بنحو تقتضي العادة سقوطه على الطريق، فإنّه يضمن»^(٢). والدليل على عدم الضمان في الصورة الأولى هو قاعدة الجُبار، كما أنّ الدليل على الضمان في الثانية هو قاعدة التسيب.

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٦٥.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ٥٦٧.

٧- وقال أيضاً في تحرير الوسيلة: «لو بنى حائطاً في ملكه أو ملك مباح على أساس يثبت مثله عادة، فسقط من دون ميل ولا استهدام بل على خلاف العادة كسقوطه بزلزلة ونحوها لا يضمن صاحبه ما تلف به وإن سقط في الطريق أو في ملك الغير»^(١). والدليل عليه قاعدة الجبار.

(١) تحرير الوسيلة ٢: ٥٦٦.

القاعدة الخامسة عشرة

لا ضمان على العاقلة إلا في جناية الحرّ على الآدمي خطأً

القاعدة الخامسة عشرة من القواعد المختصّة بباب الضمان قاعدة «لا ضمان على العاقلة إلا في جناية الحرّ على الآدمي خطأً». وستأها صاحب الجواهر بـ«قاعدة اختصاص الجناية بالجاني دون غيره إلا ما خرج بالدليل»^(١).

الجهة الأولى: في بيان مفادها

وقد اختلفت كلمات الفقهاء في معنى العاقلة. قال الشيخ في الخلاف والمبسوط: «العاقلة كلّ عصابة خرجت من الوالدين والمولودين، وهم الاخوة وأبناؤهم إذا كانوا من جهة أب أو أمّ، أو من جهة أب، والأعمام وأبناؤهم، وأعمام الأب وأبناؤهم والموالي»^(٢). وقال في النهاية: «ودية الخطأ تلزم العاقلة الذين يرثون دية القاتل إن لو قتل، ولا يلزم من لا يرث من ديته شيئاً على حال»^(٣).

(٢) الخلاف ٥: ٢٧٧، المبسوط ٧: ١٧٣.

(١) جواهر الكلام ٤٣: ٤٤٤.

(٣) النهاية: ٧٣٧.

وقال المفيد: «تؤخذ دية الخطأ من عاقلة القاتل، وهم عصبة الرجال دون النساء، ولا يؤخذ من إخوانه لأُمّه منها شيء، ولا من أخواله، لأنّه لو قتل وأخذت ديته ما استحقّ إخوانه لأُمّه وأخواله منها شيئاً، فلذلك لم يكن عليهم منها شيء»^(١). وقال ابن إدريس: «دية الخطأ تلزم العاقلة، وهي تلزم العصبات من الرجال، سواء كان وارثاً أو غير وارث، الأقرب فالأقرب»^(٢).

وقال أبو الصلاح الحلبي: «عاقلة الحرّ المسلم عصبته، وعاقلة الرقيق مالكة، وعاقلة الذمي الفقير الإمام»^(٣).

وقال ابن حمزة: «العاقلة أربعة: فعاقلة الحرّ إذا لم يوال إلى أحدٍ ورثته إن كانت له ورثة، والإمام إن لم يكن له ورثة. وعاقلة المملوك والمعتق إذا لم يكن سائبة ولم يكن له وارث مولاه. وعاقلة الذمي ومن لا وارث له الإمام. وعاقلة من والى إلى غيره من له الولاء»^(٤).

فالظاهر من أكثر الكلمات المذكورة أنّ العاقلة التي تعقل دية القاتل خطأ هي عصبته. وتدلّ عليه بعض الروايات:

منها: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام على امرأة أعتقت رجلاً واشترطت ولاه، ولها ابن، فألحق ولاه بعصبتها الذين يعقلون عنه دون ولدها»^(٥).

ومنها: صحيحة أخرى عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى في رجل حرّ رجلاً واشترط ولاه، فتوفّي الذي أعتق، وليس له ولد إلا النساء، ثمّ توفّي المولى وترك مالاً وله عصة، فأعتق في ميراثه بنات مولاه والعصة، فقضى بميراثه للعصة الذين يعقلون عنه إذا أحدث حدثاً يكون في عقل»^(٦).

(١) المقنعة: ٧٣٥. (٢) السرائر ٣: ٣٣١ - ٣٣٢. (٣) الكافي في الفقه: ٣٩٢.

(٤) الوسيلة: ٤٣٦. (٥) وسائل الشيعة ١٦: ٥٢، الباب ٣٩ من أبواب العتق، الحديث ١.

(٦) وسائل الشيعة ١٦: ٥٣، الباب ٤٠ من أبواب العتق، الحديث ١.

ويؤيدها ما رواه العامة مسنداً والفاضل الهندي مرسلًا من قضاء رسول الله ﷺ في امرأة أخرى حاملاً فأسقطت ثم ماتت الرامية بأن ميراثها لبنيتها وزوجها، والعقل على عصبتها^(١).

والحاصل: أن المشهور بين الأصحاب الإمامية أن العاقلة التي تعقل دية القاتل خطأ هي عصبتها، لما مرّ من الروايات. وإنما الكلام في المراد من العصبه، فهل هي من تقرب بالقاتل من الأبوين أو بالأب فقط من الذكور، كالأخوة وأولادهم والأعمام وأولادهم والأجداد، كما صرح به غير واحد من الأصحاب^(٢)، أو هي خصوص من يرث دية القاتل لو قتل ولا يلزم من لا يرث من ديته، كما ذهب إليه الشيخ في النهاية^(٣)؛ أو هي المستحقون لميراث القاتل من الرجال العقلاء، سواء كانوا من قبل أبيه أو أمه، كما عن ابن الجنيّد^(٤)؛ أو هي كلّ من يتقرّب من الرجال، سواء كان وارثاً أو غير وارث، الأقرب فالأقرب، كما ذهب إليه ابن إدريس^(٥)؟ فيه وجوه بل أقوال. والأظهر هو الأوّل. ويشهد له ما من تفسير العصبه في اللغة.

قال ابن قتيبة: «وعصبه الرجل قرابته لأبيه وبنوه. وسمّوا بذلك لأنهم عصبوا به أي أحاطوا به، فالأب طرف والابن طرف والعمّ جانب والأخ جانب»^(٦). وقال الجوهري: «وعصبه الرجل بنوه وقرابته لأبيه»^(٧). وقال ابن الأثير: «والعصبه الأقارب من جهة الأب، لأنهم يعصبونه، ويعتصب بهم، أي: يحيطون به ويشتدّ بهم»^(٨).

(١) كتاب الأمّ ٦: ١١٠، المدوّنة الكبرى ٢: ٢٨١، كشف اللثام ١١: ٤٩٨.

(٢) المبسوط ٧: ١٧٣، المهذّب ٢: ٥٠٣، تحرير الأحكام ٢: ٢٧٩، جواهر الكلام ٤٣: ٤١٨.

(٣) النهاية: ٧٣٧. (٤) راجع المختلف ٩: ٢٩٠. (٥) السرائر ٣: ٣٣١-٣٣٢.

(٦) غريب الحديث ١: ٤٤. (٧) الصحاح ١: ١٨٢. (٨) النهاية ٣: ٢٤٥.

وقال الطريحي: «وعَصَبَةُ الرجل - بالتحريك - جمع عاصب، ككفرة جمع كافر. وهم بنوه وقرباته لأبيه»^(١).

وقال ابن منظور: «وعصبة الرجل بنوه وقرباته لأبيه»^(٢).
وأما القول بأن العاقلة هم العصبة الذين يرثون دية القاتل لو قتل، فلا دليل عليه. وقد يلحق بمن يتقرب بالأب والأم أو بالأب من يتقرب بالأم من الرجال، استناداً إلى ما رواه الحسن بن محبوب عن مالك بن عطية عن أبيه عن سلمة بن كهيل، قال: أتني أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد قتل رجلاً خطأً، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: «من عشيرتك وقربتك؟». فقال مالي بهذا البلد عشيرة ولا قرابة. فقال عليه السلام: «فمن أيّ البلدان أنت؟». قال: أنا رجل من أهل الموصل، ولدت بها، ولي بها قرابة وأهل بيت.

قال: فسأل عنه أمير المؤمنين عليه السلام فلم يجد له بالكوفة قرابة ولا عشيرة.
قال: فكتب إلى عامله على الموصل: «أما بعد، فإن فلان - بن فلان وحليته كذا وكذا - قتل رجلاً من المسلمين خطأً، فذكر أنه رجل من أهل الموصل وأن له بها قرابة وأهل بيت، وقد بعثت به إليك مع رسولي فلان وحليته كذا وكذا، فإذا ورد عليك إن شاء الله وقرأت كتابي فافحص عن أمره وسل عن قرباته من المسلمين، فإن كان من أهل الموصل ممن ولد بها وأصبحت له قرابة من المسلمين فاجمعهم إليك، ثم انظر، فإن كان رجل منهم يرثه له سهم في الكتاب لا يحجبه عن ميراثه أحد من قرباته فألزمه الدية وخذه بها نجوماً في ثلاث سنين، فإن لم يكن له من قرباته أحد له سهم في الكتاب وكانوا قرباته سواء في النسب وكان له قرابة من قبل أبيه وأمه سواء في النسب ففضّ الدية على قرباته من قبل أبيه وعلى قرباته من قبل

أمّه من الرجال المدركين المسلمين، ثمّ خذهم بها واستأدهم الدية في ثلاث سنين، وإن لم يكن له قرابة من قبل أبيه ولا قرابة من قبل أمّه ففضّ الدية على أهل الموصل ممّن ولد ونشأ بها، ولا تدخلنّ فيهم غيرهم من أهل البلد، ثمّ استأد ذلك منهم في ثلاث سنين في كلّ سنة نجماً حتّى تستوفيه إن شاء الله. فإن لم يكن لفلان بن فلان قرابة من أهل الموصل ولم يكن من أهلها وكان مبطلا في دعواه فردّه إليّ مع رسولي فلان بن فلان فأنا وليّه والمؤدّي عنه ولا يبطل دم امرئ مسلم»^(١).

وهذه الرواية دلّت على أمور:

١- دخول الآباء والأولاد في العقل.

٢- دخول الأمّ في العقل.

٣- دخول قرابة الأمّ في العقل.

٤- إلزامهم بثلث الدية مع قرابة الأب.

٥- إلزام أهل بلد القاتل مع عدم القرابة.

٦- إلزام الإمام مع عدمهم.

ولكن لا يخفى: أنّها - قطع النظر عمّا في دلالتها - ضعيفة سنداً، لأنّ سلمة بن كهيل مذموم بتري^(٢).

وقد يستند للقول بأنّ العاقلة هم الذين يرثون من الإنسان بمرسلة يونس بن

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠١، الباب ٢ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

(٢) عن سدير، قال: دخلت على أبي جعفر عليه السلام ومعى سلمة بن كهيل، وأبوالمقدّام ثابت الحدّاد، وسالم بن أبي حفصة، وكثير النواء، وجماعة معهم، وعند أبي جعفر عليه السلام أخوه زيد بن عليّ عليه السلام، فقالوا لأبي جعفر عليه السلام: نتولّى عليّاً وحسنّاً وحسيناً ونتبرّأ من أعدائهم. قال عليه السلام: «نعم». قالوا: نتولّى أبا بكر وعمر ونتبرّأ من أعدائهم! قال: فالتفت إليهم زيد بن عليّ، قال لهم: أتتبرّؤون من فاطمة؟! بترتم، أمرنا بتركهم الله. فيومئذٍ سمّوا البترية. اختيار معرفة الرجال ٢: ٥٠٥، رجال الكشي: ٢٠٥.

عبدالرحمن عمن رواه، عن أحدهما عليه السلام، أنّه قال - في الرجل إذا قتل رجلاً خطأً فمات قبل أن يخرج إلى أولياء المقتول من الدية - : «إنّ الدية على ورثته، فإن لم يكن له عاقلة فعلى الوالي من بيت المال»^(١).

وأنت خير: بأنّ هذه الرواية أيضاً ضعيفة، لإرسالها.

والمتحصّل: أنّ المراد من العاقلة هو العصبه، والعصبه - على ما صرح به أهل اللغة - هي أبناء القاتل وقرباته من جهة أبيه من الذكور، سواء ورثوا من مال القاتل وديته أم لا.

ومن هنا يظهر أنّ الآباء - وإن علوا - والأبناء - وإن نزلوا - يدخلون في العاقلة التي تعقل دية القاتل، لأنّهم - كما صرح به أهل اللغة - من عصبه القاتل. واحتجّ الشيخ في الخلاف على عدم دخولهما في العقل بأمور، فقال: «دليلنا: أنّ ما اعتبرناه مجمع على أنّه من العاقلة الذين يجب عليهم الدية. ولا دليل على أنّ الوالدين والولد منهم. والأصل براءة ذمتهم.

وروى ابن مسعود: أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: (لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض، لا يؤخذ الرجل بجريرة ابنه، ولا الابن بجريرة أبيه)^(٢). وهذا نصّ. وروى سعيد بن المسيّب عن أبي هريرة: إنّ امرأتين من هذيل اقتتلتا، فقتلت إحداهما الأخرى، ولكلّ واحدة منهما زوج وولد، فقاضى رسول الله صلى الله عليه وآله بدية المقتولة على عاقلة القاتلة، وبرئ الزوج والولد، ثمّ ماتت القاتلة، فجعل النبي صلى الله عليه وآله ميراثها لبنيتها، والعقل على العصبه^(٣)»^(٤).

وفيه: أولاً: أنّ الإجماع على دخول الذكور ممّن يتقرّب القاتل من جهة الأب

(١) التهذيب ١٠: ١٩٧. (٢) مجمع الزوائد ٦: ٢٨٣، كنز العمال ١١: ١٣٤.

(٣) سنن أبي داود ٤: ١٩٢، سنن النسائي ٨: ٤٨. (٤) الخلاف ٥: ٢٧٨.

في العاقلة ليس دليلاً على إجماعهم على خروج غيرهم منها. مع أن دعوى الإجماع ممنوعة جداً، كيف وذهب نفس الشيخ في النهاية إلى أن العاقلة تشمل كل من يرث دية القاتل.

وثانياً: أنه ظهر مما مر أن العاقلة هي العصبية، والعصبية - على ما صرح به أهل اللغة - هي أبناء القاتل وأقاربه من جهة الأب، وهذا أدل دليل على أن الأبناء والآباء يدخلون في العاقلة، فدعوى عدم الدليل على دخولهما في العاقلة الذين يعقلون دية القاتل ممنوعة.

وثالثاً: أنه لا مجال للتمسك بأصل البراءة، ويدلّ الدليل على دخولهما في العاقلة. نعم، لو شك في مفهوم العاقلة وأنه هل تشمل الآباء والأبناء أم لا؟ فللتمسك بعموم ما دلّ على عدم ضمان أحد جنائيه غيره - كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(١) - مجال.

ورابعاً: أن الحديثين - قطع النظر عن ضعفهما سنداً - لا يدلّان على خروج الآباء والأبناء من العاقلة، لأن الأول يحتمل فيه إرادة العمد، والثاني يحتمل فيه إرادة الأنتى من الولد.

ثم إنه لا يدخل في العقل أهل البلد إذا لم يكونوا عصبية، فإنه لا دليل على دخولهم في العقل إلا رواية سلمة بن كهيل السابقة، حيث دلّت على إلزام أهل بلد القاتل مع فقد القرابة، ولكنها ضعيفة سنداً ومطرحه عملاً.

إذا عرفت هذا، فنقول: أن العاقلة - أي عصبية الإنسان بالمعنى الذي ذكرناه - لا تضمن ما جنى الإنسان من القتل والجرح والإتلاف والإقرار والصلح، إلا ما جنى على الآدمي من القتل والجرح خطأً.

الجهة الثانية: في مدرّكها

قد ظهر ممّا مرّ أنّ القاعدة مركّبة من المستثنى منه والمستثنى، فلا بدّ من الاستدلال على كلّ واحد منهما على حدة.

أمّا المستثنى منه: فيدلّ عليه الكتاب والسنة والإجماع.

أمّا الكتاب: فيدلّ عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(١) أي لا تحمل نفسٌ ثقلَ نفسٍ أخرى، بل كلّ نفس بما كسبت رهينة. فهو يدلّ على اختصاص الإنسان بجنائته وجرمه واكتساب يده. ويستفاد منه أنّ القاعدة الكلّية عدم ضمان أحد جناية غيره إلا فيما إذا خرج بالدليل الخاصّ. وأمّا السنة: فتدلّ عليه روايات:

منها: ما عن أمير المؤمنين عليه السلام: «لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً»^(٢)، أي لا تعقل العاقلة ما تجنيه الإنسان عمداً من القتل والجرح والإتلاف، كما لا تعقل ما تجنيه العبد على غيره، سواء كان عمداً أو خطأً، ولا تضمن أيضاً ما اصططح القاتل والأولياء في العمد مطلقاً وفي الخطأ مع عدم ثبوته بالبيّنة، ولا تضمن العاقلة ما أقرّ الجاني بالقتل خطأً إلا إذا ثبت.

ومنها: خبر زيد بن عليّ عن آبائه عليه السلام: «لا تعقل العاقلة إلا ما قامت عليه البيّنة». قال: وأتاه رجل فاعترف عنده فجعله في ماله خاصّة ولم يجعل على العاقلة شيئاً^(٣).

ومنها: خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «لا تضمن العاقلة عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً»^(٤).

(١) الفاطر / ١٨. (٢) دعائم الإسلام ٢: ٤١٦، مستدرک وسائل الشيعة ١٨: ٤١٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٦، الباب ٩ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٢، الباب ٣ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

ومنها: خبر السكوني عن جعفر، عن أبيه أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «لا تضمن العاقلة عمداً ولا إقراراً ولا صلحاً»^(١).

وينجبر ضعفها سنداً بما يأتي من الإجماع على عدم ضمان العاقلة إلا ما إذا جنى الحرّ على الآدمي.

وأما الإجماع: فقال في كشف اللثام: «الإجماع حاصل على أن الأولياء وبيت المال لا تعقل إلا قتل الخطأ المحض. فأما الخطأ شبه العمد فعندنا بغير خلاف بيننا لا تعقله العاقلة ولا تحمله، بل تجب الدية على القاتل نفسه»^(٢).

وقال في الجواهر: «ودية العمد والخطأ شبه العمد في مال الجاني بلا خلاف ولا إشكال، فإن الأصل والنصوص والفتاوى متفقة عليه»^(٣).

وأما المستثنى: وهو جناية الحرّ على الآدمي، فتدلّ عليه - قبل الإجماع من الخاصة والعامة - عدة روايات:

منها: صحيحة محمد الحلبي، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول، فسالت عيناه على خديّه، فوثب المضروب على ضاربه فقتله؟ فقال عليه السلام: «هذان متعدّيان جميعاً، فلا أرى على الذي قتل الرجل قوداً، لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأ يلزم عاقلته يؤخذون بها في ثلاث سنين»^(٤).

ومنها: معتبرة إسحاق بن عمّار عن جعفر عن أبيه، إنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: «عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقلة»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٢، الباب ٣ من أبواب العاقلة، الحديث ٢.

(٢) كشف اللثام ١١: ٤٩٧. (٣) جواهر الكلام ٤٣: ٤٤٧.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٦، الباب ١٠ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٣.

ومنها: معتبرة إسماعيل بن أبي زياد عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنّ محمّد بن أبي بكر كتب إلى أمير المؤمنين عليه السلام، يسأله عن مجنون قتل رجلاً عمداً، فجعل الدية على قومه وجعل خطأه وعمده سواء»^(١).

ومنها: النبوي المرسل - الذي رواه الفاضل في كشف اللثام - أنّ امرأة رمت أخرى حاملاً فأسقطت، ثمّ ماتت الرامية، ف قضى رسول الله صلى الله عليه وآله عليها بالغرّة، وقضى بأنّ ميراثها لبنيتها وزوجها، والعقل على عصبتها^(٢). والمراد من الغرّة هي الغفلة.

ولا ريب في أنّ الظاهر من هذه الروايات أنّ الدية المترتبة على الجنابة الخطائية على عاقلة الجاني، فيستثنى من قاعدة «لا ضمان على العاقلة» أو قاعدة «كون جنابة الجاني على نفسه دون غيره» ما إذا جنى إنسان على إنسان خطأً.

وإنّما الكلام في أنّها هل تدلّ - بإطلاقها - على كون الجنابة الخطائية على العاقلة، سواء كانت الجنابة قتلاً أو جراحة أو لا تتناول الجراحات؟ وعلى الأوّل فهل تتناول الجراحات مطلقاً، سواء كانت موضحة فصاعداً أو كانت دونها أم لا تتناول إلاّ دية موضحة فصاعداً؟

التحقيق: أنّ الظاهر المنصرف إليه الروايات اختصاصها بدية النفس خاصّة، فإنّ مورد ما مرّ من الروايات ليس إلاّ دية النفس. وأمّا دية الجراحات فلا تحملها العاقلة إلاّ في الموضحة فما زاد، لما روى ابن فضال عن يونس بن يعقوب عن أبي مريم عن أبي جعفر الباقر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن لا يحمل على العاقلة إلاّ الموضحة فصاعداً». وقال: «ما دون السمحاق»^(٣) أجز الطيب سوى الدية»^(٤). مضافاً إلى أنّه ممّا اشتهر بين الأصحاب. مع أنّه مقتضى الأصل من كون

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٥.

(٢) كشف اللثام ١١: ٤٩٨.

(٣) أي: غشاء العظم.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٣، الباب ٥ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

الجنابة على الجاني.

وفي الشرايع: «أنَّ في الرواية ضعفاً»^(١)، ولعلَّه بابن فضَّال الذي هو فطحي^(٢)، إلَّا أنَّها موثقة، فإنَّ كونه فطحيّاً لا يضرُّ بوثاقته. قال النجاشي: «كان فقيه أصحابنا بالكوفة، ووجههم، وثقتهم، وعارفهم بالحديث، والمسموع قوله فيه. سمع منه شيئاً كثيراً، ولم يعثر له على زلّة فيه ولا ما يشينه، وقلَّ ما روى عن ضعيف، وكان فطحيّاً، وقد صنّف كتباً كثيرة»^(٣).

وقال الشيخ الطوسي: «علي بن الحسن بن فضَّال فطحيّ المذهب، ثقة، كوفي، كثير العلم، واسع الرواية والأخبار، جيّد التصانيف، غير معاند، كان قريب الأمر إلى أصحابنا الإمامية القائلين بالاثني عشر»^(٤).

وقال الكشي: «الحسن بن عليّ بن فضَّال و... من أجلة العلماء»^(٥). مضافاً إلى أنَّه روي رجوعه عن الفطحية عند موته. قال النجاشي: «قال أبو عمرو الكشي: كان الحسن بن عليّ فطحيّاً يقول بإمامة عبدالله بن جعفر، فرجع»^(٦). بل نقل رجوعه عند موته من كلّ من نقل كونه فطحيّاً^(٧).

ولو سلّم فلا محيص عن العمل به في المقام بعد اعتضاده بالأصل والشهرة، هذا. وأمّا الاستدلال على عدم العقل في ما دون الموضحة بأنَّ الغالب حصول الجنابات الكثيرة خطأً من الناس، فلو وجب كلّ جرح - قلَّ أو كثر - على العاقلة لزم حصول المشقة لهم^(٨)، فهو كما ترى، ضرورة أنَّ مجرد حصول المشقة لا ينافي ثبوت الحكم الشرعي في موردها، إلَّا إذا كان حرجياً، وهو ممنوع في المقام.

(١) شرايع الإسلام ٤: ١٠٥٣.

(٢) الفطحية فرقة قالت بانتقال الإمامة من الإمام الصادق عليه السلام إلى ابنه عبدالله الأقطع.

(٣) رجال النجاشي: ٢٥٨ - ٢٥٧. (٤) الفهرست: ١٥٦. (٥) رجال الكشي ٢: ٣٤٥.

(٦) رجال النجاشي: ٣٦. (٧) الفوائد الرجالية ٢: ٢٥٦. (٨) جواهر الكلام ٤٣: ٤٢٦.

تذنيبان:

التذنيب الأول: أنّ دية الخطأ مؤجلة تستأدى من العاقلة في ثلاث سنين، كلّ سنة عند انسلاخها ثلثاً، من غير فرق بين دية الرجل والمرأة. وهذا ممّا لا خلاف فيه، بل عليه إجماع الأمة - كما عن الخلاف - .
وتدلّ عليه روايتان:

الأولى: صحيحة أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «كان عليّ عليه السلام يقول: تستأدى دية الخطأ في ثلاث سنين، وتستأدى دية العمد في سنة»^(١).
الثانية: صحيحة محمد الحلبي المتقدمة، حيث قال عليه السلام «والأعمى جنايته خطأ، يلزم عاقلته، يؤخذون بها في ثلاث سنين»^(٢).

فلا ريب في كون دية الخطأ مؤجلة تستأدى من العاقلة في ثلاث سنين، وإنّما الكلام في أنّ حكم التوزيع إلى ثلاث سنين هل يجري في مطلق دية الخطأ، سواء كانت دية النفس أو دية الأطراف أو تختصّ بدية النفس؟ فيه أقوال:
الأول: أنّ التأجيل يختصّ بدية النفس.

الثاني: أنّه يعمّ دية الأطراف فيما إذا كانت لها دية مقدّرة، وأمّا فيما لا مقدّر فيه فلا تأجيل فيه.

الثالث: أنّ الأرض إن كان بقدر ثلث الدية فما دون يستأدى عند انسلاخ السنة الأولى، وإن كان بقدر الثلثين وما دون فالثلث الأول يستأدى عند انسلاخ السنة الأولى والباقي عند انسلاخ الثانية، وإن كان زائداً على الثلثين يستأدى الزائد عند انسلاخ السنة الثالثة.

الرابع: أنّ التأجيل يثبت مطلقاً.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٥٠، الباب ٤ من أبواب ديات النفس، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٦، الباب ١٠ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

والأخير هو الأظهر، فإنَّ صحيحة أبي ولّاد تدلّ على تأجيل دية الخطأ مطلقاً، حيث قال: «تستأدى دية الخطأ في ثلاث سنين».

ودعوى انصراف الدية في صحيحة أبي ولّاد إلى خصوص دية النفس - كما في الجواهر^(١) - فاسدة، فإنَّ الدية فيها تعمّ دية النفس وغيرها. مضافاً إلى أنَّ المذكور في صحيحة محمد الحلبي المتقدّمة كلمة «الجنائية»، لا كلمة «الدية»، ومن الواضح أنَّ الجنائية لا تختصّ بدية النفس، بل مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين دية النفس والأرش.

التذنيب الثاني: لو فقدت العاقلة أو كانوا فقراء بحيث عجزوا عن الدية هل تؤخذ الدية من مال الجاني، فإن لم يكن له مال فتؤخذ من الإمام، أو يكون الأمر بالعكس فيقدّم ضمان الإمام على ضمان الجاني؟ وإذا تصل النوبة إلى الإمام فهل يؤخذ من مال الإمام نفسه أو يؤخذ من الإمام من بيت المال؟ فيه أقوال:

الأوّل: أنّه إن لم يكن له عاقلة فتؤخذ الدية من ماله، فإن لم يكن له مال فتؤخذ من الإمام من بيت المال. وهذا ما ذهب إليه جماعة كثيرة من القدماء والمتأخّرين، منهم الشيخ المفيد في المقنعة^(٢)، وسلّار في المراسم^(٣)، والشيخ الطوسي في النهاية^(٤)، وابن زهرة في الغنية^(٥)، والفاضل الآبي في كشف الرموز^(٦)، وصاحب الرياض في رياض المسائل^(٧)، والمحقّق في المختصر^(٨). وادّعى ابن زهرة الإجماع عليه^(٩).

الثاني: أنّه إن لم يكن له عاقلة فتؤخذ من ماله، وإن لم يكن له مال فتؤخذ من مال الإمام نفسه، لأنّه ميراث له، لا من بيت المال. وهذا ما ذهب إليه ابن إدريس

(١) راجع الجواهر ٤٣: ٤٢٨. (٢) المقنعة: ٧٤٣. (٣) المراسم: ٢٤٢.

(٤) النهاية: ٧٦٠. (٥) غنية النزوع: ٤١٣. (٦) كشف الرموز ٢: ٦١٢.

(٧) رياض المسائل ١٦: ٢٦٠. (٨) المختصر النافع: ٢٨٩. (٩) غنية النزوع: ٤١٣.

في السرائر^(١).

الثالث: أنّه إن لم يكن له عاقلة فتؤخذ من بيت المال وإلا فمن مال الجاني، كما ذهب إليه العلامة في التحرير^(٢) وابن البرّاج في المهذب^(٣). والأظهر هو الأوّل.

أمّا تقدّم ضمان الجاني على ضمان الإمام: فتدلّ عليه بعض الروايات: منها: صحيحة محمد الحلبي، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول، فسالت عيناه على خديّه، فوثب المضروب على ضاربه فقتله؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: «هذان متعدّيان جميعاً، فلا أرى على الذي قتل الرجل قوداً، لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنائيته خطأ يلزم عاقلته، يؤخذون بها في ثلاث سنين، في كلّ سنة نجماً، فإن لم يكن للأعمى عاقلة لزمته دية ما جنى من ماله، يؤخذ بها في ثلاث سنين، ويرجع الأعمى على ورثة ضاربه بدية عينيه»^(٤). ومنها: موثقة أبي عبيدة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن أعمى فقأ عين صحيح؟ فقال عليه السلام: «إنّ عمد الأعمى مثل الخطأ، هذا فيه الدية في ماله، فإن لم يكن له مال فالدية على الإمام، ولا يبطل حقّ امرئ مسلم»^(٥).

ويحمل الموثقة على ما إذا لم تكن له عاقلة، بقرينة صحيحة الحلبي المتقدمة الدالة على أنّه إذا لم تكن له عاقلة فالدية في ماله.

ومنها: صحيحة زرارة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قتل رجلاً خطأ في أشهر الحرام؟ فقال عليه السلام: «عليه الدية و...»^(٦)، المحمولة على عدم وجود العاقلة أو

(١) السرائر ٣: ٣٦٨. (٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٨٠. (٣) المهذب ٢: ٤٩٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٦، الباب ١٠ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٦٥، الباب ٣٥ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ١.

(٦) وسائل الشيعة ١٩: ١٥٠، الباب ٣ من أبواب ديات النفس، الحديث ٤.

عجزها من أداء الدية.

وأما أن المراد من كون الدية على الإمام كونها من بيت مال المسلمين لا أمواله الخاصة: فلأن إعطاء الدية حينئذٍ من مصالح المسلمين، وليس مورد مصرف بيت المال إلا ما يرجع إلى مصالح المسلمين، فمناسبة الحكم والموضوع تقتضي كون الدية من بيت المال.

مضافاً إلى أنه يستفاد من عدة روايات:

منها: صحيحة أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «ليس فيما بين أهل الذمة معاقلة... فإن لم يكن لهم مال رجعت الجناية على إمام المسلمين، لأنهم يؤدّون إليه الجزية...»^(١). فإن مقتضى التعليل هو كونها من بيت المال، لأن الجزية ترجع إلى بيت المال، لا إلى الإمام نفسه.

ومنها: صحيحة أخرى عن أبي ولّاد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مسلم قتل رجلاً مسلماً [عمداً] فلم يكن للمقتول أولياء من المسلمين إلا أولياء من أهل الذمة من قرابته؟ فقال عليه السلام: «على الإمام أن يعرض على قرابته من أهل بيته الإسلام، فمن أسلم منهم فهو وليه يدفع القاتل إليه، فإن شاء قتل، وإن شاء عفا، وإن شاء أخذ الدية. فإن لم يسلم أحد كان الإمام ولي أمره، فإن شاء قتل، وإن شاء أخذ الدية فجعلها في بيت مال المسلمين، لأن جناية المقتول كانت على الإمام، فكذلك تكون ديته لإمام المسلمين». قلت: فإن عفا عنه الإمام؟ قال عليه السلام: «إنما هو حق جميع المسلمين، وإنما على الإمام أن يقتل أو يأخذ الدية، وليس له أن يعفو»^(٢). فإن هذه الرواية تدلّ على أن المراد من كون الجناية على الإمام كونها في بيت مال المسلمين.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٠، الباب ١ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٩٣، الباب ٦٠ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ١.

ومنها: موثقة حسن بن محبوب عن مالك بن عطية عن سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل مسلم قتل وله أب نصراني، لمن تكون ديته؟ قال عليه السلام: «تؤخذ فنجعل في بيت مال المسلمين، لأنّ جنايته على بيت مال المسلمين»^(١).

تتمّة: في كيفية تقسيم الدية على العاقلة

فاعلم أنّهم اختلفوا في كيفية تقسيم الدية على العاقلة على أقوال:
الأول: أنّه يوزّع على العاقلة كلّها، سواء كانت قريبة أو بعيدة، ولكن الغنيّ منهم يضمن عشرة قراريط - أي نصف دينار - والفقير منهم خمسة قراريط - أي رבעه - . هذا ما اختاره الشيخ في موضع من محكي المبسوط والخلاف^(٢). ونسبه في الجواهر إلى القاضي وقال: «بل هو خيرة الفاضل في القواعد والإرشاد»^(٣). ثمّ قال: «إلا أنّ في عباراتهم نوع اختلاف في المراد من التقدير المزبور. فعن المذهب: المراد أنّ أكثر ما على الموسر نصف دينار وأكثر ما على المتوسط رבעه. وعن موضع من الخلاف والمبسوط أنّ المراد لزومهما عليهما لا أقلّ، للإجماع، ولا أكثر، للأصل مع عدم الدليل. والفاضل أطلق ولم يذكر شيئاً من ذلك، كما أنّ المصنّف وغيره قالوا: (اقتصاراً على المتفق) في توجيه القول المزبور. وكأنّه لا حاصل له بعد إطلاق أدلّة الضمان على العاقلة المقتضى للتساوي»^(٤).

الثاني: أنّ أمر التقسيم بيد الإمام عليه السلام أو نائبه، فهو يوزّع على جميع العاقلة بحسب ما يراه من أحوال العاقلة من الغني والفقير، فله أن يوزّعه على القريب والبعيد بحيث لا يجحف بأحدهم. وذلك لعدم الدليل على التقدير المذكور في

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٥٥٢، الباب ٤ من أبواب ولاء ضمان الجريرة والإمامة، الحديث ٥.

(٢) كما في رياض المسائل ١٦: ٥٨٢. (٣) جواهر الكلام ٤٣: ٤٣٥.

(٤) جواهر الكلام ٤٣: ٤٣٥.

القول السابق. وهذا ما اختاره الشيخ في موضع آخر من الخلاف، فقال: «أنّها يؤخذ جميعها منهم، ويؤخذ منهم على قدر أحوالهم وما لا يجحف بعضهم، ويستوى القريب والبعيد في ذلك. دليلنا: أنّ الأخبار عامّة في أنّ الدية على العاقلة، فمن نقلها أو بعضها إلى بيت المال أو قدّم بعضها على بعض أو قدّم معيّناً فعليه الدلالة»^(١).

وتبعه على ذلك الفاضل الهندي في كشف اللثام فقال: «فألذي يقتضيه مذهبنا أن لا يقدر ذلك، بل يقسّم الإمام على ما يراه من حاله من الغني والفقير، وله أن يفرّقه على القريب والبعيد»^(٢).

الثالث: أنّه يقسّط على رأي الإمام أو من نصبه للحكومة بحسب ما يراه من أحوال العاقلة من الغني والفقير، فيدفع الدية عن الفقير الذي لا قدرة له بالكليّة ويوجبها على الغني والفقير المتوسط بحسب مقدورهما، ولكن عليه أن يبدأ بالتقسّط على الأقرب من العاقلة إلى الجاني رتبةً ودرجةً فالأقرب، فيأخذ من عصبتها في الطبقة الأولى أولاً، فمن الغني منهم بحسب مقدوره ومن الفقير منهم بحسب مقدوره، وإن لم تكن الطبقة الأولى أو عجز كلّهم عن الدية فيأخذ من العصابة في الطبقة الثانية وهكذا على حسب ترتيب الإرث. هذا ما اختاره الشيخ في موضع آخر من المبسوط^(٣) والمحقّق^(٤) وصاحب الرياض^(٥) ونسباه إلى المشهور.

واستدلّ عليه صاحب الرياض بأمور، فقال - بعد التّعريض للقول الآتي -: «ولكن الأوّل أظهر، وفاقاً للأكثر، لعموم: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى

(١) الخلاف ٥: ٢٧٩. (٢) كشف اللثام ١١: ٥١٦. (٣) المبسوط ٧: ١٧٩.

(٤) راجع جواهر الكلام ٤٣: ٤٣٧ - ٤٣٨. (٥) رياض المسائل ١٦: ٥٨٣.

بِبَعْضٍ^(١)، ولا قائل بالفرق. مضافاً إلى ما مرّ من إشعار النصوص والفتاوى - بل ظهورهما - في كون العقل كالإرث يترتب كترتبته ويلزم حيث يثبت. ومنها المرسل المتقدم المتضمّن لقوله ﷺ: (أنّ الدية على ورثته)، فتأمل. ويؤيده النصوص المتقدمة فيمن قتل وهرب فمات أنّه تؤخذ الدية من الأقرب إليه فالأقرب^(٢).

الرابع: أنّ الدية تقسّط على العاقلة بالسويّة، ولا فرق في ذلك بين الغنيّ والمتوسّط والفقير، ولا بين القريب والبعيد. وذلك لأنّه مقتضى إطلاق ما دلّ على أنّ الدية على العاقلة. والتقسيط بغير ذلك يحتاج إلى دليل وهو مفقود في المقام. ومال إلى هذا الوجه صاحب الجواهر^(٣). وهذا هو القويّ عندنا. وأمّا غيره من الأقوال الثلاثة فلا يخلو من المناقشة:

أما القول الأوّل: فلاّ أنّه لا دليل في الشرع على التقدير المذكور من ثبوت عشرة قراريط في عهدة الغنيّ وخمسة قراريط في عهدة الفقير من العاقلة، كما صرّح به نفس الشيخ في موضع آخر من الخلاف كما مرّ. مضافاً إلى أنّه ينافي إطلاق الروايات الدالّة على ضمان العاقلة في الجنابات الخطائيّة، فإنّ مقتضى إطلاقها عدم التقدير.

وأما القول الثاني: فلاّ أنّه كما كان التقدير على النحو المذكور في القول الأوّل محتاجاً إلى دليل، وهو مفقود، فكذلك يكون اعتبار توزيع الإمام ﷺ أو نائبه على حسب ما يراه من أحوال العاقلة محتاجاً إلى دليل خاصّ، وليس دليل عليه، بل مقتضى إطلاق أدلّة كون الضمان على العاقلة أنّ الدية في الجنابة الخطائيّة دينٌ ثابت على العاقلة ابتداءً من دون التفاوت بينهم، فيوزّع بينهم بالسويّة، فإن كانت العصبة خمسة أفراد فثبت في عهدة كلّ واحد خمس الدية، وإن كانت أربعة أفراد

(٢) رياض المسائل ١٦: ٥٨٤.

(١) الأنفال / ٧٥.

(٣) جواهر الكلام ٤٣: ٤٣٦ - ٤٣٩.

فثبت في عهدة كل واحد منهم رُبع الدية وهكذا، حتّى لو كان من العصابة واحداً تعيّن عليه الدية بتمامها مع قدرته عليها، فليس عدم الفقر معتبراً في الضمان كما ليس الفقر مانعاً منه، فإنّه دين كسائر ديونه. ومع عدم قدرة العصابة على الدية بتمامه فيثبت في ذمتهم ما قدروا عليه وينتقل الزائد إلى ذمّة نفس الجاني إذا كان له مال، وإلاّ فيؤخذ من بيت المال، لما مرّ من الروايات.

والعجب من صاحب الرياض حيث قال - بعد اعترافه بأنّ مقتضى الإطلاق عدم التفاوت بين أفراد العاقلة، ردّاً على القول الأوّل -: «وعلى هذا فالوجه وقوفه أي التقيسط على رأي الإمام (عليه السلام) أو من نصبه للحكومة»^(١)، فإنّه يجري في الكلام المزبور بعينه.

وأما القول الثالث: فهو مركّب من دعويين:

إحدهما: أنّ الدية يقسّط على رأي الإمام (عليه السلام) أو من نصبه للحكومة بحسب ما يراه من أحوال العاقلة.

وثانيتها: أنّ على الإمام أو نائبه أن يبدأ بالتقيسط على الأقرب فالأقرب بحسب ترتيب الإرث، فيقسّط على من في الطبقة الأولى من العصابة بحسب أحوالها، وإن لم تكن الطبقة الأولى أو لم يقدر من فيها من إعطاء الدية بتمامها فيقسّط على من في الطبقة الثانية وهكذا.

ولكن التحقيق أنّ كلتا الدعويين باطلة:

أما الدعوى الأولى: فيتّضح بطلانها ممّا مرّ في الردّ على القول الثاني من عدم الدليل على اعتبار توزيع الإمام أو نائبه بحسب ما يراه من أحوال العاقلة. وأما الدعوى الثانية: فلعدم استقامة ما استدلّ صاحب الرياض به عليها:

أما الآية الشريفة: فَلَا تَنهَا وَرَدَتْ فِي مَوَاضِعٍ مِنَ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ:
أحدهما: سورة الأنفال، فقال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ
وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَغْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ
فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾^(١).

وثانيهما: سورة الأحزاب، حيث قال الله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ
أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَغْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ
الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ
مَسْطُورًا﴾^(٢).

والظاهر من قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَغْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾ في كلا
الموضعين إرادة الأولوية في خصوص الميراث. ويشهد له أمور:

الأول: ما ورد في شأن نزوله. قال علي بن إبراهيم القمي - ذيل قوله تعالى:
﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا
أُولَئِكَ بَغْضُهُمْ أَوْلَىائِ بَعْضٍ﴾^(٣): «فإن الحكم كان في أول النبوة أن المواريث كانت
على الإخوة، لا على الولادة، فلما هاجر رسول الله ﷺ إلى المدينة آخا بين
المهاجرين وبين الأنصار، فكان إذا مات الرجل يرثه أخوه في الدين ويأخذ
المال وكان ما ترك له دون ورثته، فلما كان بعد بدر أنزل الله ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى
بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ...﴾»^(٤) فنسخت آية الإخوة بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ
بَغْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾.

وقال الطبرسي في تفسير الآية في سورة الأنفال: «معناه وذوو الأرحام
والقراة بعضهم أحق بميراث بعضهم من غيرهم. عن ابن عباس والحسن وجماعة

المفسرين. وقالوا: صار ذلك نسخاً لما قبله من التوارث بالمعاقدة والهجرة وغير ذلك من الأسباب، فقد كانوا يتوارثون بالمؤاخاة، فإن النبي ﷺ كان آخياً بين المهاجرين والأنصار»^(١).

وقال أيضاً في بيان شأن نزول الآية في سورة الأحزاب: «قال الكلبي: آخى رسول الله ﷺ بين الناس، فكان يواخي بين الرجلين، فإذا مات أحدهما ورثه الثاني منهما دون أهله، فمكثوا بذلك ما شاء الله حتى نزلت: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ﴾ فنسخت هذه الآية الموارثة بالمؤاخاة والهجرة. وورث الأدنى فالأدنى من القربات. وقال قتادة: كان المسلمون يتوارثون بالهجرة، وكان لا يرث الأعرابي المسلم من المهاجرين شيئاً، فنزلت هذه الآية، فصار الموارث بالقربات»^(٢).

وقال الراوندي: «اعلم أن الجاهلية كانوا يتوارثون بالحلف والنصرة وأقربوا على ذلك في صدر الإسلام في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾»^(٣). ثم نسخ مع وجود ذوى الأسباب بسورة الأنفال في قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾.

وكانوا يتوارثون بعد ذلك بالإسلام والهجرة، فروي أن النبي ﷺ آخى بين المهاجرين والأنصار لما قدم المدينة، فكان يرث المهاجري من الأنصاري، والأنصاري من المهاجري، ولا يرث وارثه الذي كان له بمكة وإن كان مسلماً، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا...﴾. ثم نسخت هذه الآية بالقربة والرحم والنسب والأنساب بقوله: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ...﴾. فبيّن تعالى أن أولى الأرحام أولى من المهاجرين إلا أن يكون وصية»^(٤).

(١) مجمع البيان ٤: ٥٠٠.

(٢) مجمع البيان ٨: ١٢١.

(٣) النساء / ٣٣.

(٤) فقه القرآن ٢: ٣٢٥.

الثاني: الاستدلال به في كثير من النصوص، بل تفسيره بالأولوية في الإرث: منها: ما عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «الخال والخالة يرثان إذا لم يكن معهما أحد، إن الله يقول: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ...﴾»^(١). ومنها: ما عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في تفسير قول الله: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ...﴾: «إنّ بعضهم أولى بالميراث من بعض، لأنّ أقربهم إليه رحماً أولى به». ثمّ قال أبو جعفر عليه السلام: «أيّهم أولى بالميت وأقربهم إليه؟ أمّه أو أخوه؟ أليس الأمّ أقرب إلى الميت من إخوته وأخواته؟»^(٢).

ومنها: ما عن ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «أختلف عليّ بن أبي طالب عليه السلام وعثمان بن عفّان في الرجل يموت وليس له عصبة يرثونه وله ذوو قرابة لا يرثونه، ليس له بينهم مفروض. فقال عليّ عليه السلام: ميراثه لذوي قرابته، لأنّ الله تعالى يقول: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾. وقال عثمان: أجعل ميراثه في بيت مال المسلمين ولا يرثه أحد من قرابته»^(٣).

ومنها: ما عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في خالة جاءت تخاصم في مولى رجل مات، فقرأ هذه الآية: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ فدفع الميراث إلى الخالة ولم يعط الموالي»^(٤). وليس في الروايات مورداً يستند فيه بالآية غير مورد الإرث، وهذا يقوّي إرادة خصوص الأولوية في الإرث من الآية.

الثالث: الاستثناء الواقع عقيب قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ...﴾ في

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٥٠١، الباب ١٢ من أبواب ميراث الاخوة والأجداد، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٤٣٤، الباب ٨ من أبواب موجبات الإرث، الحديث ١١.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٤٣٣، الباب ٨ من أبواب موجبات الإرث، الحديث ٩.

(٤) وسائل الشيعة ١٧: ٥٣٨، الباب ١ من أبواب ميراث ولاء العتق، الحديث ٣.

سورة الأحزاب، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَيَّ أُولِيَّائِكُمْ مَعْرُوفًا﴾^(١)، ومعناه - كما صرح به كثير من العامة والخاصة^(٢) -: «إِلَّا أَنْ يوصي الميت لأحد أصدقائه وأوليائه وصيةً، فيعطى له من ثلث ماله. ومن المعلوم أن هذا الاستثناء يناسب ما قبله إذا كان المراد من الأولوية في المستثنى منه هو الأولوية في الميراث.

هذا كله مضافاً إلى أن الآية أجنبية عن المدعى، فإن المدعى أولوية بعض الرحم - وهو العصة في الطبقة الأولى - بالجاني من بعض آخر منهم - وهو العصة في الطبقة الثانية -، والآية إنما تدلّ على أولوية بعض الرحم ببعض آخر من الأجنبي - أي الأنصار والمهاجرين -، فالآية أجنبية عن المدعى.

والحاصل: أن الآية الشريفة لا تدلّ على اعتبار تقديم الطبقة الأولى في التقسيط والتوزيع.

وأما دعوى إشعار النصوص في كون العقل كالإرث، فهي أيضاً دعوى فاسدة جداً، كيف وليس في روايات الباب من تقابل العقل بالإرث عين ولا أثر، نعم قد يستفاد من رسالة يونس بن عبد الرحمن المتقدمة أن العقل على الورثة، وهو كما ترى.

وأما النصوص الواردة في من قتل عمداً وهرب ومات - كمعتبرة أبي بصير^(٣) وصحيحة ابن أبي نصر^(٤) - فموردها القتل العمدي، وليس على العاقلة فيه شيء، بل يستفاد منها ثبوت الدية على الوارث، وهذا حكم تعبدي يختص بمورده، ولا يعمد منه إلى القتل الخطائي الذي تكون الدية فيه على العاقلة ابتداءً.

وبالجملة: فالأظهر هو القول الرابع من تقسيط الدية على العاقلة بالسوية، من دون فرق بين الغني والمتوسط والفقير، ولا بين القريب والبعيد، ولا بين الأقرب

(١) الأحزاب / ٦.

(٢) المبسوط ٤: ٦٧، المهذب ٢: ١٢٣، السرائر ٣: ٢٢٧، المجموع ١٦: ٥٢، المغني ٦: ٥٣٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٣، الباب ٤ من أبواب العاقلة، الحديث ١ و٣.

من العاقلة إلى الجاني على حسب ترتيب الإرث وبين الأبعد كذلك. وذلك لأنّ موضوع الدية هو العاقلة، وهي عبارة عن عصبة الجاني التي تعمّ جميع أقاربه من الرجال، وإطلاق ما دلّ على أنّ الدية على العاقلة يقتضي تقسيط الدية عليهم بالسوية. والتقسيت بغير ذلك يحتاج إلى الدليل، وهو مفقود في المقام.

بقي شيء: في المراد من الضمان في المقام

قد مرّت الإشارة إلى أنّ الدية يستقرّ في عهدة العاقلة ابتداءً من حيث وقوع الجنائية الخطائية، فهو دينٌ كسائر ديونها الشرعية، فالمراد من الضمان في المستثنى والمستثنى منه هو الضمان المعهود الذي يكون من الأحكام الوضعية.

وذهب صاحب الجواهر إلى عدم استقرار الدية في عهدة العاقلة ابتداءً، بل الدية ثابتة في ذمّة الجاني، غاية الأمر أنّ العاقلة تتحمّل دية جنائته خطأً، فليس ضمان العاقلة على النحو المعهود، بل هو خطاب تكليف أو شبه التكليف الذي يسقط بالموت أو العجز. وإليك نصّ كلماته في مواضع من الجواهر:

قال في موضع - مستدلاً على سقوط الدية من العاقلة فيما إذا عجز عنها قبل الحول -: «بل قد يقال - بناءً على اعتبار الوجدان - باعتباره حين الجنائية كالتكليف، لا حين حلول الحول، فتأمل جيّداً، فإنّك ستسمع إن شاء الله ما يرفع ذلك، من احتمال عدم ضمان العاقلة قبل الحول على وجه الدين، بل هو خطاب تكليف»^(١). وقال في موضع آخر: «بل هو كالتكليف بالأداء الذي يسقط بالموت كغيره من التكليف»^(٢).

وقال في موضع آخر: «إنّه وإن كان المغروس في الذهن أنّ دية الخطأ على العاقلة ابتداءً، إلّا أنّ التدبّر في النصوص وقاعدة اختصاص الجنائية بالجاني دون

غيره، أنها عليه وإن أدت العاقلة عنه، إذ قد سمعت ما في خبري البقاي وغيره، بل لعلّه المنساق من الآية ولو بسبب جمع الكفارة التي لا إشكال في كونها عليه مع الدية، فالجمع حينئذٍ بينها وبين ما دلّ على أنها على العاقلة أنها تؤدّي عنه، كما سمعت التصريح به من أمير المؤمنين يقول: «أنا وليّه والمؤدّي عنه». ولا فرق بينه وبين باقي أفراد العاقلة، وهو حينئذٍ يكون شاهد جمع إن لم نقل إنه المنساق على وجه لا يحتاج إلى شاهد، ولعلّه لذا مع فقر العاقلة أو عجزها يرجع إليه، وإلا فلم يجد له في النصوص أثراً^(١).

وقال في موضع آخر: «العاقلة مؤدّية عن الجاني لا مديونة في ذمتها، فيكون حينئذٍ شبه التكليف الذي يسقط بالعجز عنه. ولذا رتبوا الحكم في المسألة على عدم العاقلة وعجزها وفقرها، مع أنّه لم نجد للأخيرين أثراً في النصوص»^(٢).

وتبعه على ذلك السيّد المحقّق الخوئي، فقال - على ما في تقارير بحثه -: «إنّ ظاهر الآية الكريمة والروايات هو أنّ ذمّة الجاني مشغولة بالدية، غاية الأمر أنّ العاقلة تتحمّل عنه في أدائها، فيكون بالإضافة إليها تكليفاً محضاً.

أمّا الآية - وهي قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾^(٣) - فهي ظاهرة في أنّ الدية ثابتة في ذمّة القاتل وأنّه المكلف بتأديتها إلى أهل المقتول، كما أنّه مكلف بتحرير الرقبة المؤمنة.

وأما الروايات: فمنها ما هو صريح في ذلك، كصحيحة أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن الخطأ الذي فيه الدية والكفارة، أهو أن يعتمد ضرب رجل ولا يعتمد قتله؟ فقال: «نعم». قلت: رمى شاة فأصاب إنساناً؟ قال: «ذاك الخطأ الذي لا شكّ فيه، عليه الدية والكفارة»^(٤).

ومنها: ما هو ظاهر فيه، كصحيحة زرارة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

(١) جواهر الكلام ٤٣: ٤٤٤ - ٤٤٥. (٢) جواهر الكلام ٤٣: ٤٤٦. (٣) النساء / ٩٢.

(٤) وسائل الشريعة ١٩: ٢٦، الباب ١١ من القصاص في النفس، الحديث ٩.

قتل رجلاً خطأً في أشهر الحرام؟ فقال: عليه الدية، وصوم شهرين متتابعين من أشهر الحرام....».

فإنّها ظاهرة في أنّ الدية في القتل الخطائي في مال الجاني وأنّه مكلف بها مطلقاً وإن كان القتل خطأً محضاً. ويؤكد ذلك أنّه جعل الدية عليه في سياق جعل الكفّارة عليه. فلو كنّا نحن وظاهر الآية الكريمة والروايتين لم نقل بوجوب إعطاء الدية على العاقلة. ولكن قد دلّ الدليل على أنّ عاقلة الجاني تتحمّل دية جنايته خطأً، كصحيحة محمد الحلبي وغيرها من الروايات الدالة على أنّ العاقلة تتحمّل دية جناية الجاني إذا كانت خطأً، ولكن لا يدلّ شيء منها على أنّ ذلك وضع^(١). وفيه: أنّ ما أفاده يرجع إلى دعويين:

إحدهما: أنّ الدية ثابتة في ذمّة الجاني ابتداءً، والعاقلة إنّما تتحمّل عنه أدائها، بحيث لو لم تؤدّها العاقلة عصياناً وماتت، لم تخرج من تركتها، بل تثبت في ذمّة الجاني وعليه أن يؤدّيها.

ثانيتهما: إنّ ثبوت الدية على العاقلة ليس ديناً شرعياً كسائر ديونها، فليس من الوضع، بل هو تكليف محض بالإضافة إلى العاقلة، فيسقط الدية عنها بموتها كما يسقط عنها سائر التكاليف.

ولكن في كلتا الدعويين نظر:

أما الدعوى الأولى: فلاّنها خلاف ظاهر صحيحة الحلبي، حيث قال عليه السلام: «هذان متعدّيان جميعاً، فلا أرى على الذي قتل الرجل قوداً، لأنّه قتله حين قتله وهو أعمى، والأعمى جنايته خطأً، يلزم على عاقلته، يؤخذون بها في ثلاث سنين في كلّ سنة نجماً، فإن لم يكن للأعمى عاقلة لزمته دية ما جنى في ماله، يؤخذ بها في ثلاث سنين»^(٢). فإنّها تدلّ على أنّ الدية في القتل الخطائيّ تحمل على العاقلة

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٤٢: ٥٥٥ - ٥٥٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٦، الباب ١٠ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

ابتداءً. وهذا ما صرّح به نفس السيّد المحقّق الخوئي في موضع من كلامه، فقال: «فإنّها تدلّ على أنّ القتل الخطائي تحمل على العاقلة ابتداءً، فإن لم تكن عاقلة وجبت الدية على الجاني نفسه»^(١).

وأما الآية الشريفة - وهي قوله تعالى: «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ»^(٢) - وإن دلت بإطلاقها على ثبوت الدية في ذمّة الجاني ابتداءً أمطلقاً، سواء كانت له عاقلة أو لم تكن له عاقلة، إلّا أنّ إطلاقها يقيد بما في صحيحة الحلبي من قوله عليه السلام: «فإن لم تكن للأعمى عاقلة لزمته دية ما جنى في ماله»، فتدلّ الآية بعد تقييدها بالصحيحة على أنّ الدية ثابتة في ذمّة الجاني ابتداءً فيما إذا لم تكن له العاقلة، وإلّا فتثبت في ذمّة العاقلة ابتداءً.

ومن هنا يظهر ما في الاستدلال بصحيحة أبي العباس وصحيحة زرارة، فإنّهما أيضاً وإن كانتا بإطلاقهما تدلّان على ثبوت الدية في ذمّة الجاني ابتداءً، سواء كانت له العاقلة أم لا، ولكنّه يقيد إطلاقهما بصحيحة الحلبي وغيرها من الروايات الظاهرة في ثبوت الدية في القتل الخطائي على العاقلة ابتداءً.

وأما الدعوى الثانية - من أنّ ثبوت الدية على العاقلة تكليف محض وليس ديناً شرعياً كسائر ديونه، فيسقط الدية عنها بموته -: ففيها:

أولاً: إنّّه لا ملازمة بين ثبوت الدية في ذمّة الجاني ابتداءً وبين كونه بالإضافة إلى العاقلة تكليفاً محضاً، بل يكون ثبوت الدية في ذمّة القاتل ابتداءً ضمناً ودينياً، غاية الأمر أنّه من الديون الشرعيّة والضمانات الحاصلة بأصل الشرع، فيكون من التكاليف الماليّة التي لا يسقط بموت المديون، كزكاة الأبدان وزكاة الأموال والأخماس وما يلتزمه الإنسان بنذر أو عهد أو يمين. وينتقل هذا الضمان هكذا

(٢) النساء / ٩٢.

(١) موسوعة الإمام الخوئي (مباني تكملة المنهاج) ٤٢: ٥٥٥.

إلى العاقلة ثانياً، فتصير العاقلة مكلفاً بتأدية الدية إلى أهل المقتول فيما إذا وجدت العاقلة، كما كان الجاني مكلفاً به فيما إذا لم تكن له عاقلة. فلا وجه لما أفاد السيّد المحقّق الخوئي من قوله: «أنّ ظاهر الآية الكريمة والروايات هو أنّ ذمّة الجاني مشغولة بالدية، غاية الأمر أنّ العاقلة تتحمّل عنه في أدائها، فيكون بالإضافة إليها تكليفاً محضاً»^(١).

والعجب من صاحب الجواهر حيث صرّح في موضع من كلامه في الجواهر بكون الدية ديناً شرعياً على العاقلة، فقال: «لا دليل على اعتبار توزيع الإمام أو نائبه أو عدول المؤمنين بعد إطلاق الأدلّة أنّ الضمان على العاقلة المقتضي كونه عليهم ديناً شرعياً»^(٢). وهذا ينافي كلامه: «بل هو كالتكليف بالأداء الذي يسقط بالموت كغيره من التكاليف»^(٣). ضرورة أنّ الديون الشرعيّة ما كلّف الله تعالى المكلفين بأدائه ولا يسقط هذه الديون بموتهم، بل يثبت في تركته.

ثانياً: أنّ صريح كثير من الروايات الدالّة على نفي الدية عن العاقلة في غير الجنابة الخطائية أنّ ذلك وضع ليس تكليفاً محضاً.

منها: رواية أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «لا تضمن العاقلة عمداً ولا إقرار ولا صلحاً»^(٤).

ومنها: معتبرة زيد بن عليّ عن آبائه عليهم السلام، قال: «لا تعقل العاقلة إلا ما قامت عليه البيّنة». قال: «وأتاه رجل فاعترف عنده فجعله في ماله خاصّة ولم يجعل على العاقلة شيئاً»^(٥).

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٤٢: ٥٥٥.

(٢) جواهر الكلام ٤٣: ٤٣٦.

(٣) جواهر الكلام ٤٣: ٤٤٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٢، الباب ٣ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٦، الباب ٩ من أبواب العاقلة، الحديث ١.

فالحاصل: أن ثبوت الدية في ذمة العاقلة في الجناية الخطائية من الضمانات الحاصلة بأصل الشرع، وليس تكليفاً محضاً، كما أن الدية ثابتة في ذمتها من حين الجناية ابتداءً.

وعليه، فإذا كان للجاني عاقلة فتثبت الدية في ذمتهم ولا تبرأ ذمتهم إلا بأدائها كسائر الديون الشرعية، فإذا مات تخرج من تركتها، كما أنه إذا لم تؤدّها عصياناً لم يثبت في ذمة الجاني. نعم، يكون الدية في مال الجاني في خصوص صورة عدم العاقلة له أو عجزها، كما مرّ.

الجهة الثالثة: في التطبيقات

١ - تحمل العاقلة دية الموضحة وما فوقها من الجروح فيما إذا كانت الجناية عن خطأ، وأما دية ما دونها فهي ليس في عهدة العاقلة، بل في مال الجاني، لقاعدة لا ضمان على العاقلة إلا في جناية الحرّ على الآدمي خطأً.

٢ - لا تضمن العاقلة جناية عبد، سواء كانت جنايته عن خطأ أو عن عمد، وسواء كانت قتلاً أو مادونه، للقاعدة المذكورة.

٣ - لو جنى شخص على نفسه خطأً - قتلاً أو جرحاً - لا تضمنه العاقلة، لقاعدة لا ضمان على العاقلة إلا في جناية الحرّ على الآدمي خطأً.

٤ - لا تضمن العاقلة جناية الحرّ على الآدمي إذا كانت دون الموضحة، للقاعدة المذكورة.

٥ - لا تضمن العاقلة جناية بهيمة الشخص. ولو جنت بتفريط المالك، فعلى المالك، ولو كانت من عصبته.

٦ - لا تضمن العاقلة ما أتلّفه شخص آخر، كما لا يضمن تلفه، للقاعدة المذكورة.

٧- لا تضمن العاقلة جناية الحرّ على الآدمي إذا كانت عن عمد، لقاعدة لا ضمان على العاقلة إلا في جناية الحرّ على الآدمي خطأً.

٨- لا تضمن العاقلة إقراراً ولا صلحاً، فلو أقرّ العاقل بالقتل أو بجناية أخرى خطأً تثبت الدية في ماله دون العاقلة، وكذلك لو صالح عن قتل خطائي بمال آخر غير الدية، للقاعدة المذكورة.

٩- تضمن العاقلة جناية الصبيّ والمجنون مطلقاً، سواء كان عن عمد أو شبه عمد أو خطأً، لأنّ عمد الصبيّ والمجنون خطأً، فتدلّ المستثنى في القاعدة المذكورة على ثبوت دية جنايتهما في عهدة العاقلة.

١٠- وجاء في قانون المجازات الإسلامية، المادة ٣٠٦: «و در خطای محض دية قتل و همچنین دية جراحت (موضحه) و ديه جراحتهای زيادتر از آن به عهده عاقله می باشد. و ديه جراحتهای کمتر از آن به عهده خود جانی است»^(١). والدليل عليه هو القاعدة المذكورة.

(١) وعلى العاقلة دية القتل والجراحات الموضحة وما فوقها إذا كانت الجناية عن خطأ. وأمّا دية مادونها فهي في مال الجاني.

القاعدة السادسة عشرة

قاعدة الزعيم غارم

القاعدة السادسة عشرة من القواعد المختصة بباب الضمان قاعدة «الزعيم غارم». والبحث عنها يقع في مراحل:

المرحلة الأولى: في بيان مفادها

وتوضيح مفادها يتفرّع على بيان مفرداتها، وهي كلمتان:

الأولى: كلمة الزعيم. وهي في اللغة بمعنى الكفيل أي الضمين. قال في الصحاح: «والزعيم: الكفيل. وفي الحديث الزعيم غارم»^(١). وقال ابن أثير: «الزعيم: الكفيل»^(٢). والمراد منها في المقام هو من ضمن وتعهد بمال أو نفس للآخر. قال الشيخ المفيد: «والكفيل والزعيم والضمين بمعنى واحد»^(٣).

الثانية: كلمة الغارم. وهي في اللغة بمعنى الضامن ومن يلتزم ما ضمنه وتكفل به^(٤). والمراد منها في المقام من يشتغل ذمته بأداء ما ضمنه. وعليه فيكون معنى القاعدة: أن كل من تعهد بمال أو نفس للآخر يشتغل ذمته بأداء المال وتسليم النفس أو أداء ما عليه من مال أو حق.

(١) الصحاح ٥: ١٩٤٢. (٢) النهاية (ابن الأثير) ٢: ٣٠٣. (٣) المقنعة: ٨١٧.

(٤) النهاية ٣: ٣٦٣، مجمع البحرين ٢: ٢٧٨، لسان العرب ١٢: ٤٣٦.

فلا فرق بين الضمان في المقام والضمنان في القواعد السابقة - كقاعدة على اليد وغيرها -، فإنَّ الضمان في كلا المقامين بمعنى اشتغال الذمة للغير، غاية الأمر أنَّ الضمان هنا قهريّ يحصل بسبب الاستيلاء على مال الغير من دون إذنه، والضمنان هاهنا اختياريّ يحصل بسبب عقد شرع للتعهد. فإذا تعهد الشخص بمال مَن ليست ذمته مشغولة لذلك الضامن بمثله فيسمّى تعهده بالضمان بالمعنى الأخصّ؛ وإذا تعهد بمال مَن أحال دائته إليه فيسمّى تعهداً بالحوالة؛ وإذا تعهد بنفسه للآخر فيسمّى بالكفالة.

المرحلة الثانية: في دليلها

ويدلّ عليها أمور:

الأوّل: قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١) أي أنا متعهد بأدائه إلى من رده. وظاهر الآية الشريفة أنَّ على الضمين والمتعهد أن يعطي ما تعهده للذي تعهد له.

الثاني: النبويّ المعروف: «الزعيم غارم»، حيث روي عنه أنّه قال في خطبته يوم فتح مكة: «العارية مؤدّاة، والمنحة مردودة، والدين مقضيّ، والزعيم غارم»^(٢). لا يقال: هذا ينافي ما رواه حسين بن خالد عن أبي الحسن موسى عليه السلام، حيث قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك، قول الناس: الضامن غارم. قال عليه السلام: «ليس على الضامن غرم، والغرم على من أكل المال»^(٣).

فإنّه يقال: المراد من عدم كون الغرم على الضامن وكونه على آكل المال أنَّ

(١) يوسف / ٧٢.

(٢) عوالي اللآلي ٣: ٢٤١ و ٢٥٢، مستدرک وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٤٩، الباب ١ من أبواب كتاب الضمان، الحديث ١.

الخسارة الواقعية بالآخرة على من أكل المال، لأنَّ الضامن وإن كان ذمته مشغولة بالمال للمضمون له، ولكن ليس اشتغال ذمته بلا عوض، بل يكون بعوض اشتغال ذمة المضمون عنه له بذلك المقدار، فالغرم والخسارة الواقعية يكون على المضمون عنه الذي يكون مديوناً واقعاً^(١).

وإن قلت: هذا فيما إذا كان المراد من الضامن في رواية حسين بن خالد خصوص من ضمن بإذن المضمون عنه. ولكن الرواية مطلقة، وتشمل بإطلاقها الضمان بغير الإذن الذي لا يكون اشتغال ذمة الضامن بعوض اشتغال ذمة المضمون عنه له.

قلت: إنَّ الرواية وإن كانت بإطلاقها تدلُّ على عدم الغرامة على من ضمن الغير مطلقاً، ولكنه يحمل على ما إذا ضمن بإذن المضمون، للإجماع، كما في الجواهر^(٢) والمستمسك^(٣) وغيرهما.

وقد يتوهم عدم كون الرواية حجة، لأنَّه لم يرد من طرقنا، بل رواية حسين بن خالد تشعر بتكذيبها. قال صاحب الجواهر: «هو ليس من أخبارنا، بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا، كما سمعته في الخبر السابق الظاهر في الإنكار عليهم»^(٤). وقال السيّد الحكيم في المستمسك: «قوله عليه السلام: الزعيم غارم، فقد عرفت أنَّه غير ثابت من طرقنا، وفي بعض الأخبار تكذيبه»^(٥).

وفيه: أنَّ هذا الحديث - الذي رواه أبوأمانة الباهلي (صدى بن عجلان) الذي هو من أصحاب رسول الله ﷺ^(٦) - وإن لم يذكر في أصولنا المعدة لضبط

(١) راجع القواعد الفقهية (للمحقق البجنوردي) ٦: ٩٨. (٢ و ٤) جواهر الكلام ٢٦: ١٣٣ و ١٤٠.

(٣) مستمسك العروة ١٣: ٢٩٣. (٥) مستمسك العروة ١٣: ٣٤٥.

(٦) قال السيّد الخوئي في معجم رجال الحديث ٩: ١٠٣: «صدى أبوأمانة من أصحاب رسول الله ﷺ.

رجال الشيخ. وذكره بكنيته في الكنى في أصحاب علي عليه السلام قائلاً أبوأمانة له صحبة، وكان معاوية وضع عليه الحرس لئلا يهرب إلى علي عليه السلام. أقول: ويظهر من ذلك حسن حاله».

الأحاديث - إلا في عوالي اللآلي^(١) والمستدرک^(٢) - إلا أن الأصحاب أرسله إرسال المسلمات، وذكره الفريقان في كتبهم، واشتهر العمل به بين علماء الإسلام نقلاً واستناداً، بحيث يوجب الوثوق بصدوره.

قال الشيخ في الخلاف: «مسألة: يصح ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة له. وللشافعي فيه وجهان: أحدهما: مثل ما قلناه. والثاني: لا يصح ضمانه. دليلنا قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، وهذا نص. وقول النبي ﷺ: الزعيم غارم. وهذا عام إلا ما أخرجه الدليل.

مسألة: يصح ضمان مال المسابقة... دليلنا قوله ﷺ: الزعيم غارم.
مسألة: إذا جنى على حرٍّ فاستحقَّ بالجناية إيلاً، صحَّ ضمانها... دليلنا قوله ﷺ: الزعيم غارم. وهذا زعيم^(٣).

وقال في المبسوط: «مال الجعالة... يصح ضمانه ويلزمه، لقوله ﷺ: الزعيم غارم»^(٤).

وقال - مستدلاً على جواز العارية من السنة -: «وأما السنة فروى أبوأمامة أن النبي ﷺ قال في خطبته في عام حجة الوداع: العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم»^(٥).

وقال ابن البراج: «والعارية من البرّ. ولا خلاف بين الأمة في جوازها. وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال في خطبة حجة الوداع: العارية مؤداة... الزعيم غارم»^(٦).
وقال ابن زهرة: «ويصح ضمان مال الجعالة بشرط أن يفعل ما يستحق به، للخبر المتقدم - أي قوله ﷺ: الزعيم غارم»^(٧).

(١) عوالي اللآلي ٣: ٢٤١ و ٢٥٢. (٢) مستدرک وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٣.

(٣) الخلاف ٣: ٣١٧. (٤) المبسوط ٢: ٣٢٥. (٥) المبسوط ٣: ٤٩.

(٦) المهذب ١: ٤٢٩. (٧) غنية النزوع: ٢٦٠.

واستند به أيضاً جمعٌ كثير من الفقهاء المتأخرين، منهم العلامة في المختلف^(١) والتذكرة^(٢) والتحرير^(٣)، وفخر المحققين في الإيضاح^(٤)، وابن فهد في المهدب^(٥)، والبارع^(٦)، والمحقق الثاني في جامع المقاصد^(٧)، والشهيد في المسالك^(٨)، والمحدث البحراني في الحقائق^(٩)، والسيد في رياض المسائل^(١٠).

ولا ريب في أن اعتماد محقق أصحابنا من القدماء والمتأخرين واستنادهم بها للحكم شهادة على صدورها عن النبي ﷺ ولا أقل أنه يوجب الوثوق بصدورها الذي هو موضوع الحجية، فلا وجه للبحث عن سنده.

والعجب من صاحب الجواهر والسيد الحكيم حيث ذهبا إلى اعتبار حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وتلقياه بالقبول واستندا به في موارد كثيرة، وليس في الاعتبار أقوى من رواية أبوأمامة الباهلي، كيف واستناد الشيخ وابن زهرة وغيرهما إلى حديث على اليد ليس إلا ما يظهر من عباراتهم، بخلاف رواية أبوأمامة، فإن كلماتهم - كما مر - صريحة في استنادهم إليه ونسبته إلى المعصوم ﷺ.

الثالث: الأخبار الواردة عن طريق أهل البيت ﷺ:

منها: ما رواه فضيل وعبيد عن أبي عبد الله ﷺ، قال: لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنوهاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتكم ومنزلي منكم، وعلي دين، فأحب أن تقضوه عني. فقال علي بن الحسين ﷺ: «ثلث دينك علي»، ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسين ﷺ: «علي دينك كله». ثم قال علي بن الحسين ﷺ: «أما أنه لم يمنني أن أضمنه أولاً إلا كراهة أن يقولوا: سبقنا»^(١١).

(١) المختلف ٥: ٤٥٩. (٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٥. (٣) تحرير الأحكام ١: ٢٢٢.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٨١-٨٣. (٥) المهدب البارع ٢: ٥٢٢-٥٢٧.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٣٢٥. (٧) مسالك الأفهام ٤: ١٩٧.

(٨) الحقائق الناضرة ٢١: ٣٠-٣١. (٩) رياض المسائل ٨: ٥٧٢.

(١٠) وسائل الشيعة ١٣: ١٥١، الباب ٣ من أبواب الضمان، الحديث ١.

فقوله ﷺ: «أما أنه لم يمنعني أن أضمنه...» دليل على أن التعهد بأمر يوجب التضمن.

ومنها: مرسل الصدوق، قال: قال الصادق ﷺ: «الكفالة خسارة غرامة ندامة»^(١).
ومنها: ما عن داود الرقي عن أبي عبد الله ﷺ، قال: «مكتوب في التوراة كفالة ندامة غرامة»^(٢).

ومعلوم أن الكفالة ليست خسارة وغرامة إلا فيما إذا أوجبت اشتغال ذمة المتعهد بالنسبة إلى مال أو نفس تعهده للغير.

ومنها: رواه أبي العباس عن أبي عبد الله ﷺ، قال: سألت عن الرجل يكفل بنفس الرجل إلى أجل، فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً؟ قال ﷺ: «إن جاء به إلى أجل فليس عليه مال، وهو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله»^(٣).

ومنها: صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ﷺ في رجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: «إذا رضى به الغرماء برئت ذمة الميت». ولا شك أن براءة ذمة الميت تستلزم اشتغال ذمة الضامن^(٤).

ومنها: ما في الخلاف عن أبي سعيد الخدري، قال: كنا مع رسول الله ﷺ في جنازة، فلما وضعت، قال ﷺ: «هل على صاحبكم من دين؟». فقالوا: نعم، درهمان. فقال ﷺ: «صلوا على صاحبكم». فقال عليّ ﷺ: «هما عليّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن»، فقام رسول الله ﷺ فصلّى عليه، ثم أقبل على عليّ، فقال:

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٥٤، الباب ٧ من أبواب الضمان، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٥٥، الباب ٧ من أبواب الضمان، الحديث ٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٥٧، الباب ١٠ من أبواب الضمان، الحديث ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٥٠، الباب ٢ من أبواب الضمان، الحديث ١.

«جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفكّ رهانك كما فككت رهان أخيك»^(١). فقوله ﷺ لأئمة المؤمنين - بعد أن ضمن عن الميت دينه - : «فكّ رهانك كما فككت رهان أخيك» يدلّ على أنّ الضمان يوجب برائة ذمّة المضمون عنه باشتغال ذمّة الضامن. ولا شكّ أنّ ضعف بعض هذه الروايات من جهة الإرسال - كرواية أبي سعيد - أو جهة أخرى - كرواية فضيل وعبيد - ينجر باشتهارها عملاً واستناداً.

الرابع: بناء العقلاء

لا شكّ أنّ بناء العقلاء في الالتزامات والتعهدات على لزوم العمل على طبقها، بحيث تكون مخالفة الالتزامات وعدم الاعتناء بالتعهدات من أكبر المعائب وأخس الصفات، بل يكون الملتزم عندهم غير قادر على رفع اليد عن التزامه، بل ذمته مشغولة له بذلك، فلو رفع اليد عمّا التزم وتعهّد به يروونه ناقضاً لما التزم وتعهّد به ويذمونه على ذلك. والشارع لم يردعهم عن هذه الطريقة، بل امضاها بقوله: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٢). نعم، يعتبر أن لا يكون من الالتزامات الباطلة، كالالتزام بفعل حرام أو ترك واجب.

المرحلة الثالثة: في أقسام الزعيم وأحكامها

قد مرّ أنّ الزعيم عبارة عن المتعهّد بشيء للغير. والغارم عبارة عن من يكون ذمته مشغولة للآخر من جهة تعهّد بالشئ للغير. والزعيم على ثلاثة أقسام: الأول: من يلتزم ويتعهّد بمالٍ ممّن ليست ذمته مشغولة له بمثله. وهو في اصطلاح الفقهاء يسمّى بالضامن، كما أنّ تعهده كذلك يسمّى بالضمان بالمعنى الأخصّ.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٥١، الباب ٣ من أبواب الضمان، الحديث ٢. (٢) المائدة / ١.

الثاني: من يلتزم بمالٍ مَمَّن كان في ذمته له مثل ما ضمَّنه. وهو يسمَّى في مصطلح الفقهاء بالمحال عليه. هذا بناءً على عدم جواز الحوالة على البريء. وأمَّا بناءً على جوازه - كما هو الحق - فيقال: الثاني من يتعهَّد بمالٍ بعد إحالة المديون دائنه إليه.

الثالث: من يتعهَّد ويلتزم لشخص بإحضار نفس له حقٌّ عليه. ويسمَّى هذا المتعهَّد في مصطلح الفقهاء بالكفيل، وتعهَّده كذلك كفالة. وعليه، فالجامع بين الأقسام هو التعهَّد الاختياري قبال التعهَّد القهري، فإذا كان التعهَّد بالنفس يسمَّى: «كفالة»، وإذا كان بالمال مَمَّن ليس عليه يسمَّى: «ضماناً بالمعنى الأخصَّ»، وإذا كان مَمَّن عليه مال يسمَّى: «حوالة».

فلابدَّ من البحث في ثلاث مقامات:

المقام الأوَّل: الضمان بالمعنى الأخص

والكلام فيه يقع مباحث:

البحث الأوَّل: الضمان عقد أو إيقاع

قال السيّد في العروة: «ويشترط فيه (أي الضمان) أمور:

أحدها: الإيجاب. ويكفي فيه كلّ لفظ دالٌّ، بل يكفي الفعل الدالٌّ ولو بضميمة القرائن على التعهَّد والالتزام بما على غيره من المال. الثاني: القبول من المضمون له. ويكفي فيه أيضاً كلّ ما دلَّ على ذلك من قول أو فعل.

وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول، كذا ذكره.

ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حدِّ سائر العقود اللازمة، بل يكفي رضا المضمون له، سابقاً أو لاحقاً، كما عن الإيضاح والأردبيلي، حيث قال: (يكفي فيه الرضا، ولا يعتبر القول العقدي)، بل عن القواعد: (وفي اشتراط قبوله

احتمال). ويمكن استظهاره من قضية الميّت المديون، الذي امتنع النبي ﷺ أن يصلي عليه حتى ضمنه عليّ عليه السلام. وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والمولات وسائر ما يعتبر في قبولها»^(١).

والتحقيق: أن الاحتمالات في الضمان ثلاثة:

الاحتمال الأول: أنه من المفاهيم العقدية المتقومة بالإيجاب والقبول، فيعتبر فيه الإيجاب من الضامن والقبول من المضمون له. وهذا ما ذهب إليه العلامة^(٢) وابن فهد الحلبي^(٣) والمحقق الثاني^(٤) وبعض من المعاصرين^(٥).

واستدلّ عليه بأمر:

أحدها: الإجماع.

قال العلامة: «والأقرب اعتبار قبوله. الخامس: الضمان عقد جايز بالنص والإجماع»^(٦).

وقال المحقق الثاني - ذيل قول العلامة: «وفي اشتراط قبوله احتمال» - : «والأصح الاشتراط، لأن الضمان عقد إجماعاً، فلا بدّ فيه من القبول»^(٧).

وفيه: أنه لا وجه لدعوى الإجماع، كيف ويظهر من الخلاف عدم اعتبار رضا المضمون له فضلاً عن قبوله، حيث قال: «ليس من شرط صحة الضمان رضاهما أيضاً، وإن قيل: (إنّ من شرطه رضا المضمون له) كان أولى»^(٨).

ثانيها: صحيحة عبدالله بن سنان^(٩). قال العلامة: «لنا ما رواه عبدالله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء.

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٥٩. (٢) تحرير الأحكام ٢: ٥٥٧. (٣) المهذب البارع ٢: ٥٢١.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٣١٩. (٥) موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٣٩٠.

(٦) تحرير الأحكام ٢: ٥٥٧. (٧) جامع المقاصد ٥: ٣١٩. (٨) الخلاف ٣: ٣١٣.

(٩) وسائل الشيعة ١٣: ٩٨، الباب ١٤ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١.

فقال: «إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمّة الميّت»^(١).

وفيه: أنّ الظاهر من الصحيحة كفاية مجرد رضا المضمون له باطناً وحمله على الرضا العقدي المبرز في الخارج خلاف الظاهر، فإنّ الرضا جعل فيها شرطاً زائداً على الضمان، وهو ظاهر في أنّ الضمان يتحقّق وإن لم يرض المضمون له. ثالثها: أنّ المراد من الضمان ما يوجب نقل مال الغير من ذمّة إلى أخرى، ونقل مال الغير من ذمّة إلى أخرى تصرف في سلطانه، فلا يجوز من دون إذنه. قال العلامة: «لكن لا يلزم إلّا برضا المضمون له، لأنّ حقّه على المضمون عنه، فلا ينتقل عنه إلّا برضاه»^(٢).

وقال المحقّق الثاني: «ولأنّ المال للمضمون له، فكيف يملك شخص نقله إلى ذمّته بغير رضاه؟»^(٣).

وفيه: أنّ الضمان - على ما يساعد عليه اللغة والعرف - ليس إلّا التعهّد بالشيء بأسباب قهرية أو اختيارية، فالضمان بالمعنى الأخصّ ليس إلّا التعهّد الاختياريّ بالشيء من الغير للغير، وهو يوجب اشتغال ذمّة المتعهّد بمقتضى ما مرّ من الأدلّة الدالّة على أنّ الزعيم غارم. وأمّا نقل التعهّد من المضمون عنه إلى الضامن فلم يؤخذ في حقيقة الضمان، بل هو من أحكامه المستفادة إمّا من دليل عقلي، كعدم إمكان اشتغال ذمّة شخصين بمالٍ واحد في آن واحد - ولكن مرّ ضعفه في قاعدة على اليد ما اخذت في مبحث تعاقب الأيدي -، وإمّا من دليل شرعي، كالروايات الدالّة على براءة ذمّة المضمون عنه بمجرد تعهّد الضامن مطلقاً، كموتفة إسحاق بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين، فحضره الموت، فيقول وليّه: «عليّ دينك؟» قال عليه السلام: «يرثه ذلك»^(٤)، أو الدالّة على برائته إذا أحرز

(١) مختلف الشيعة ٥: ٤٥٧. (٢) مختلف الشيعة ٥: ٤٥٧. (٣) جامع المقاصد ٥: ٣١٩.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٩٩، الباب ١٤ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٢.

رضا الباطني من المضمون له، كصحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين، فيضمنه ضامن للغرماء؟ قال عليه السلام: «إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»^(١).

الاحتمال الثاني: أنه من المفاهيم الإيقاعية الصرفة التي لا يعتبر في تأثيرها رضا الغير، كالطلاق والعتاق وغيرهما. واستدل عليه ببعض الروايات:

منها: خبر أبي سعيد الخدري، قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في جنازة، فلما وضعت، قال عليه السلام: «هل على صاحبكم من دين؟». قالوا: نعم، درهمان. فقال عليه السلام: «صلّوا على صاحبكم». فقال علي عليه السلام: «هما عليّ يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأنا لهما ضامن». فقام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم أقبل على علي عليه السلام فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفكّ رهانك كما فككت رهان أخيك»^(٢).

ومنها: خبر جابر بن عبد الله، قال: إن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان لا يصلي على رجل عليه دين، فأتى بجنازة، فقال عليه السلام: «هل على صاحبكم دين؟». قالوا: نعم، ديناران. فقال عليه السلام: «صلّوا على صاحبكم». فقال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله! قال: فصلّي عليه، فلما فتح الله على رسوله قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالا فلورثته، ومن ترك ديناً فعليّ»^(٣).

والظاهر من إطلاقهما عدم اعتبار رضا المضمون له في الضمان فضلاً عن القبول.

وفيه: أنه لو سلّم إطلاقهما فيخصّص بصحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة، حيث دلّت على اعتبار رضا الغرماء.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٩٨، الباب ١٤ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١.

(٢) و(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٥١، الباب ٣ من أبواب كتاب الضمان، الحديث ٢ و٣.

وأما الجواب عنها: فتارةً بأن هذه الروايات إنما تتضمن قضية شخصية في واقعة، فلا يمكن جعلها دليلاً على عدم اعتبار القبول في الضمان، ولعل الدائن في تلك القضية كان حاضراً ورضى بذلك. وأخرى بأن الضمان المذكور فيها أجنبي عن الضمان المبحوث عنه في المقام، فإن الكلام إنما هو في الضمان بمعنى نقل ما في ذمة شخص إلى ذمة غيره على نحو تبرأ ذمة الأول، وهذا المعنى غير ثابت في هذه النصوص، إذ لم يرد في شيء منها براءة ذمة الميت^(١).

ففيه: أن الجواب الأول مجرد دعوى بلا دليل. والجواب الثاني فاسد، لأن قوله ﷺ «لا ميراث للمؤمنين» بعد أن ضمن عن الميت بدينه -: «وفك رهانك، كما فككت رهان أخيك» صريح في براءة ذمة الميت وسقوط الدين عن ذمته. وكذا صلاته ﷺ بعد ضمان أمير المؤمنين وأبي قتادة دليل على براءة ذمة ذلك الميت، وإلا فأَي فرق بين قبل ضمانه فيمتنع عن الصلاة عليه وبين ضمانه فيصلي عليه مع اشتغال ذمة الميت في كلتا الحالتين؟!

الاحتمال الثالث: أن الضمان من المفاهيم الإيقاعية التي لا قبول فيها، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاته وسائر ما يعتبر في قبولها. نعم، يعتبر فيه مجرد رضا المضمون له.

وهذا هو الحق في المقام، فإنه مقتضى الجمع بين إطلاق الروايات الدالة على تحقق الضمان بمجرد تعهد الضامن، سواء رضي به المضمون له أو لم يرض، فضلاً عن قبوله، وبين ما تضمنته صحيحة ابن سنان التي تدل على اعتبار رضا الغرماء.

المبحث الثاني: في شرائط الضامن

ويعتبر في الضامن أمور: البلوغ، والعقل، والرشد، والاختيار، والحرية.

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٣٩٢.

أما الأول والثاني: فلعدم نفوذ أمر الصبي حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق، لما دلّ على أنّه لا يجوز أمر الصبي حتى يحتلم، وما دلّ على أنّ المجنون لا تملك أمره، فليس عليه شيء.

وأما الثالث: فلأنّ السفيه ممنوع من التصرفات ومحجور عليه. نعم، يجوز له الضمان بإذن وليّه، كما لا بأس بكون الضامن مفلساً، لأنّ الفلاس إنّما يقتضي المنع من التصرفات في أمواله دون ذمّته. والضمان تصرف في النفس، لأنّه اشتغال الذمّة بالمضمون.

وأما الرابع: فلعدم العبرة بفعل المكروه إجماعاً، ولما دلّ على رفع الإكراه الظاهر في الرفع المطلق حتى السبيّة، خصوصاً بقريّة صحيح البرنطي عن أبي الحسن (عليه السلام) في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعناق والصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال (عليه السلام): لا، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيعوا وما أخطأوا»^(١).

وأما الخامس: فلأنّ العبد أيضاً ممنوع عن مثل هذه التصرفات بدون إذن مولاه، لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾^(٢)، فإنّ إطلاقها شامل لجميع العقود والإيقاعات الصادرة منه، خصوصاً بملاحظة استشهاد الإمام عليّ (عليه السلام) بها في صحيحة زرارة على نفي قدرته على الطلاق^(٣).

المبحث الثالث: في شرائط صحّة الضمان

وقد يذكر في صحّة الضمان أمور:

(١) وسائل الشيعة ١٦: ١٣٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٢.

(٢) النحل / ٧٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٥: ٣٤٣، الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ١.

منها: التنجيز

قال صاحب العروة: «السابع: التنجيز، فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: «أنا ضامن لما على فلان إن إذن لي أبي»، أو «أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلاً» بطل على المشهور. لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة إلا دعوى الإجماع في كل العقود على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير؛ أو دعوى منافاة التعليق للإنشاء. وفي الثاني ما لا يخفى. وفي الأول منع تحققه في المقام»^(١).

والتحقيق أن الضمان - كما مرّ - هو تعهد مال عن شخص، وهو في المقام مطلق، غاية الأمر قد يتعلّق بالأمر المطلق الثابت فعلاً، وقد يتعلّق بالأمر المقيّد الذي يكون في معرض الثبوت عرفاً، فالتعليق إنّما يكون في متعلّق الضمان، لا في نفس الضمان، ولا مانع منه.

ومنها: كون المضمون ثابتاً في الذمة

قال في الشرائع: «الثاني: في الحقّ المضمون، وهو كلّ مال ثابت في الذمة، سواء كان مستقراً، كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان، كالتمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن»^(٢).

وقال في التذكرة: «الخامس: في الحقّ المضمون به... يشترط في الحقّ المضمون به أمران: (الأول) المائيّة. فلا يصحّ ضمان ما ليس بمال. والضابط فيه أن يكون ممّا يصحّ تملكه وبيعه، فكما لا يصحّ بيع المحرّمات والربويات وغيرهما ممّا تقدّم، كذا لا يصحّ ضمانها. (الثاني) الثبوت في الذمة، فلو ضمن ديناً لم يجب

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٦١.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٣٥٧.

بعد وسيجب بقرض أو بيع أو شبههما لم يصح»^(١).

واستدلّ عليه السيّد الحكيم في المستمسك بقوله: «قد عرفت في أوّل الكتاب أنّ الضمان إشغال الضامن ذمّته بما اشتغلت به ذمّة المضمون عنه، وهو يتوقّف على اشتغال ذمّة المضمون عنه ليصحّ القصد إليه، فإذا لم يكن في ذمّة المضمون عنه شيء لم يمكن للضامن قصد إشغال ذمّته به ولا إنشاء ذلك، فلا ضمان ولا عقد كي يتمسك بالعمومات الدالّة على صحّة الضمان أو صحّة العقود، ولذلك لم يصحّ ضمان ما لم يجب. أمّا ما سيجب وما سيثبت فيمكن ضمانه على نحو الواجب المعلق أو على نحو الواجب المشروط»^(٢).

ويمكن الخدشة فيه: بأنّ معنى الضمان هاهنا - كما مرّ - هو التعهّد الاختياري بمالٍ عن شخص لشخص آخر من دون أن تكون ذمّة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل ما تعهّد عنه. وهذا ما صرّح به نفس السيّد الحكيم، حيث قال: «ليس الضمان إلّا التعهّد بالدين وشغل الذمّة به... فكما أنّ التعهّد بالنفس ليس إلّا محض التعهّد بالنفس، كذلك التعهّد بالمال ليس إلّا التعهّد بالمال»^(٣). ومعلوم أنّ إنشاء هذا التعهّد الذي يوجب اشتغال الذمّة بمقتضى الأدلّة المتقدّمة - من الآيّة والروايات - لم يتوقّف على اشتغال ذمّة المضمون عنه بالفعل، بل يكفي كونه في معرض الثبوت، سواء كان مالم يجب ويمكن أن يجب، أو كان ما سيجب وما سيثبت، وإذا صدق عليه الضمان فلا بأس بالتمسك بإطلاق أدلّة قاعدة الزعيم غارم وإثبات صحّة الضمان، وإن لم يكن ذمّة المضمون عنه مشغولة بالفعل.

لا يقال: أنّ حقيقة الضمان عبارة عن نقل ذمّة إلى أخرى، فلا يصحّ الضمان إلّا إذا كان المضمون ثابتاً في ذمّة المضمون عنه، ضرورة أنّه إذا لم يكن ذمّة المضمون

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٠٩.

(٢) (٣ و ٢) مستمسك العروة ١٣: ٢٦٤ و ٢٥٠.

عنه مشغولة بالشيء فعلاً لم يكن لنقله إلى ذمّة أخرى معنى محصّل.
 لأنّه يقال: أولاً: إنك قد عرفت أنّ نقل ذمّة إلى أخرى خارج عن حقيقة
 الضمان بالمعنى الأخصّ، لأنّه ليس إلّا التعهّد الاختياريّ بمال عن شخص
 لشخص آخر، سواء كان مورد التعهّد ثابتاً في ذمّة المضمون عنه بالفعل أو لم يثبت
 في ذمّته، بل كان في معرض الثبوت، فإذا كان ثابتاً في ذمّته بالفعل ينشأ الضمان
 ويترتب عليه بالفعل أحكامه المستفادة من الأدلّة العقلية أو النقلية من نقل ذمّة
 المضمون عنه إلى الضامن، وإذا لم يكن ثابتاً في ذمّته بالفعل وكان ممّا يكون في
 معرض الثبوت فينشأ الضمان والتعهّد، فيصير متعهّداً لمورد التعهّد، غاية الأمر
 ينتقل ذمّة المضمون عنه بعد الدين.

وثانياً: ولو سلّم، فعلى القول بعدم اعتبار التنجيز لا إشكال في إنشاء الضمان
 على نحو الضمان المتأخّر، بأن يكون إنشاء النقل فعلياً والنقل بعد الدين واشتغال
 ذمّة المضمون عنه بالشيء، فالضامن في الحقيقة إنّما ينشأ الانتقال إلى ذمّته بعد
 الدين من الآن.

ومن هنا يظهر جواز ضمان الأعيان المضمونة - كالغصب والمقبوض بالعقد
 الفاسد ونحوهما - كما ذهب إليه الشيخ^(١) والمحقّق^(٢) والعلامة^(٣)، سواء فسّرنا
 الضمان بنقل ذمّة إلى أخرى أو بما مرّ؛ بل يظهر جواز ضمان الأعيان غير
 المضمونة بالفعل - كمال المضاربة والرهن والوديعة - قبل تحقّق سبب ضمانها من
 تعدّد أو تفریط، فإنّه يرجع إلى الضمان التعليقي الأثر.

(١) المبسوط ٢: ٣٢٦.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٣٥٧.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٥٥٤.

المقام الثاني: في التعهّد بعد الحوالة

والحوالة عبارة عن إحالة المديون دائنه إلى غيره في دينه. وحينئذٍ فإذا تعهّد ذلك الغير - المحال عليه - دينه فيصير متعهّداً وزعيماً. وتعهّده هذا على قسمين: أحدهما: أن يتعهّد دينه بعد إحالة المديون دائنه إليه وكانت ذمّته مشغولة للمحيل (المديون) بمثل ما تعهّده عنه.

ثانيهما: أن يتعهّد دينه بعد الإحالة، من دون أن تكون ذمّته مشغولة بمثل ما تعهّده عنه.

ومن هنا يظهر أنّ هذا التعهّد أيضاً من المفاهيم الإيقاعية، غاية الأمر لا يترتب عليه بعض آثاره، - كانتقال ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه - إلا إذا رضي المحتال.

ثم إنّ الفرق بين التعهّد الذي يسمّى بالضمان بالمعنى الأخصّ والتعهّد في القسم الثاني من القسمين المذكورين في المقام أنّه هناك عبارة عن تعهّد الشخص عن المضمون عنه للمضمون له من دون إحالة المضمون عنه دائنه - أي المضمون له - إلى ذلك الشخص؛ وهو في المقام عبارة عن تعهّد الشخص - أي المحال عليه - عن المضمون عنه - أي المديون المحيل - للمضمون له - أي المحتال - بعد إحالة المضمون عنه دائنه إلى ذلك الشخص.

ومن هنا يظهر أيضاً جريان ما ذكرنا في المباحث الثلاثة المتقدّمة في المقام، فيعتبر فيه ما يعتبر فيه من اعتبار البلوغ والعقل والرشد والاختيار والحرية في المتعهّد وعدم اعتبار التنجيز.

نعم، يعتبر في المقام أن يكون مورد التعهّد ثابتاً في ذمّة المحيل، ضرورة أنّ تحقّق التعهّد بعد الحوالة يتوقّف على تحقّق الحوالة، وهو لا يتحقّق إلا بعد ثبوت مورد الإحالة في ذمّة المحيل. وفي المقام مباحث حول الحوالة وأحكامها، ينبغي البحث عنها في كتاب الحوالة.

المقام الثالث: في الكفالة

والكفالة هي التعهّد والالتزام بإحضار نفس لمن له حقّ عليه متى طلبه. وهي عقد واقع بين الكفيل والمكفول له، فيعتبر فيها رضاها - بمعنى الرضا المعاملي الذي يبرز بالإيجاب والقبول -، كما يعتبر في الكفالة التنجيز. أمّا رضاها بالمعنى المذكور: فلأنّ صحّة كلّ عقد منوطة برضاء المتعاقدين بما هو مضمون العقد، ضرورة أنّه لا ينشأ المعاملة إلّا باستعمال المتعاقدين لفظ الإيجاب والقبول في معناها بإرادة جدّية. وأمّا التنجيز: فلقيام الإجماع على بطلان التعليق في جميع العقود التي منها الكفالة.

ويعتبر في الكفيل الشرائط العامّة - كالبلوغ والعقل والاختيار - والتمكّن من الإحضار.

أمّا الثلاثة الأولى: فلأنّها من الشرائط العامّة لكلّ عقد. وأمّا الأخير: فمضافاً إلى الإجماع أنّ التعهّد بإحضار ما لا يقدر عليه في حكم عدم التعهّد عرفاً. وبقيت هنا أبحاث كثيرة، لا دخل لها في أصل القاعدة، بل ينبغي التمرّض لها في كتاب الكفالة.

المرحلة الرابعة: في التطبيقات

وموارد تطبيقها كثيرة جدّاً، منها ما يلي:

١ - قال الشيخ في الخلاص: «يصحّ ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة له». ثمّ استدلّ عليه، فقال: «دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، وهذا نصّ؛ وقول النبي ﷺ: (الزعيم غارم)، وهذا عامّ إلّا

ما أخرجه الدليل»^(١).

٢- وقال أيضاً: «لا يصح ضمان مال المسابقة... دليلنا قوله ﷺ: (الزعيم غارم)، وهو على عموم»^(٢).

٣- وقال أيضاً: «إذا جنى على حرّ، فاستحقّ بالجناية إيلاً، صحّ ضمانها... دليلنا قوله ﷺ: (الزعيم غارم)، وهذا زعيم»^(٣).

٤- واستدلّ الشيخ في الخلاف بهذه القاعدة على صحّة ضمان الثمن مدّة الخيار^(٤).

٥- يشتغل ذمّة الضامن بمجرد رضا المضمون له، وإن لم يرض المضمون عنه، وذلك لإطلاق قاعدة الزعيم غارم.

٦- يشتغل ذمّة الكفيل بإحضار المكفول مطلقاً، سواء كانت الكفالة معجّلة أو مؤجّلة، وذلك لإطلاق قاعدة الزعيم غارم.

٧- يجوز ترامي الكفارات واشتغال ذمّة كلّ واحد على حدة، فيجوز أن يكفل كفيل آخر، ثمّ يكفل كفيل الكفيل كفيل آخر وهكذا، لصدق الزعيم على كلّ واحد منهم، فيحكم باشتغال ذمّة كلّ واحد منهم بمقتضى قاعدة الزعيم غارم.

٨- من ضمن الأعيان المضمونة - كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما - تصير ذمّته مشغولة، لقاعدة الزعيم غارم.

٩- واستدلّ في العروة^(٥) على اشتغال الذمّة بالضمان مع عدم العلم بمقدار الدين ولا بجنسه، بقوله ﷺ: «الزعيم غارم».

انتهى الجزء الثاني بحمد الله تعالى، ويتلوه الجزء الثالث مبتدئاً بالقواعد المختصة بباب الصلح إن شاء الله تعالى.

(٢) الخلاف ٣: ٣١٧.

(١) الخلاف ٣: ٣١٦ - ٣١٧.

(٤) الخلاف ٣: ٣١٩.

(٣) الخلاف ٣: ٣١٧.

(٥) العروة الوثقى ٢: ٧٦٤.

فهرس محتويات الكتاب

الفصل العاشر

القواعد المختصة بباب الدين والقرض

- ٤ القاعدة الأولى: قاعدة وجوب أداء الدين مهما أمكن
- ٤ الجهة الأولى: في مفادها
- ٥ الجهة الثانية: في مدركها
- ٥ الجهة الثالثة: في مستثنيات القاعدة
- ٦ الجهة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها
- ٨ القاعدة الثانية: قاعدة المقاصة
- ٨ المبحث الأول: في معناها
- ٨ المبحث الثاني: في دليلها
- ١١ المبحث الثالث: في موارد تطبيقها
- ١٢ القاعدة الثالثة: قاعدة كلّ من مات حلّ دينه
- ١٥ القاعدة الرابعة: قاعدة كلّ زيادة يجزّ بها القرض فهي حرام
- ١٥ المبحث الأول: في بيان مفادها إجمالاً
- ١٦ المبحث الثاني: في مدركها
- ٢١ المبحث الثالث: في التنبيه على أمور:
- ٢١ الأمر الأول: حرمة نفس الزيادة المشتركة
- ٢٤ الأمر الثاني: حكم الزيادة غير المشتركة

- ٢٥ الأمر الثالث: إطلاق الحكم في الزيادة المشتركة
- ٢٥ الأمر الرابع: صور الزيادة المشتركة وأحكامها
- ٢٩ المبحث الرابع: في بعض موارد القاعدة
- ٣١ القاعدة الخامسة: قاعدة كل ما يضبط وصفه وقدره أو قيمته يصح إقراضه
- ٣١ كلام صاحب الجواهر
- ٣٦ القاعدة السادسة: قاعدة القرض لا يملك إلا بالقبض

الفصل الحادي عشر

- ٣٩ القواعد المختصة بباب الرهن
- ٤٠ القاعدة الأولى: قاعدة لا رهن إلا مقبوضاً
- ٤٠ الجهة الأولى: في بيان المراد منها
- ٤٢ الجهة الثانية: في مدركها
- ٤٦ الجهة الثالثة: في بعض موارد تطبيقها
- ٤٧ القاعدة الثانية: قاعدة كل ما يملك يجوز رهنه
- ٤٧ النقطة الأولى: في مفهومها
- ٤٨ النقطة الثانية: في مدركها
- ٤٨ النقطة الثالثة: في مستثنيات القاعدة أصلاً
- ٥١ النقطة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها
- ٥٢ القاعدة الثالثة: قاعدة الراهن والمرتهن ممنوعان

الفصل الثاني عشر

- ٥٥ القواعد المختصة بباب الحجر
- ٥٦ قاعدة المحجور ممنوع
- ٥٦ الجهة الأولى: في مفادها

- ٥٧ الجهة الثانية: في دليلها
٦١ الجهة الثالثة: في بعض التطبيقات

الفصل الثالث عشر

القواعد المختصة بباب الوكالة

- ٦٤ القاعدة الأولى: قاعدة جواز الوكالة في كل شيء إلا ما خرج
٦٧ القاعدة الثانية: قاعدة كل ما يجب إيقاعه مباشرة لا تجوز فيه الوكالة
القاعدة الثالثة: قاعدة كل ما للمكلف أن يليه بنفسه وتصح النيابة فيه صح
٦٨ أن يكون وكيلاً فيه

الفصل الرابع عشر

القواعد المختصة بباب الضمان

- ٧٢ القاعدة الأولى: قاعدة على اليد ما أخذت حتى تؤدّي
٧٢ الجهة الأولى: في مفادها
٧٧ الجهة الثانية: في مدركها
٨٣ الجهة الثالثة: في تنبيهات القاعدة
٨٤ التنبيه الأوّل: في الفرق بين قاعدة اليد وهذه القاعدة
٨٤ التنبيه الثاني: في عدم الفرق بين الجاهل والعالم
٨٤ التنبيه الثالث: في دفع كلام المحقق الإيرواني
٨٦ التنبيه الرابع: في شمول القاعدة للمنافع والحقوق
٨٧ التنبيه الخامس: في عدم شمولها للمنافية للضمان
٨٩ التنبيه السادس: في شمولها للحرّ وشبهه
٩٠ التنبيه السابع: في الأداء ومراتبه
التنبيه الثامن: في شمولها لليد المتعاقبة واليد المركبة وعدم شمولها لليد
٩٢ المنضمة

- ٩٤ إشكالٌ ودفعٌ
- ١٠١ الجهة الرابعة: في موارد تطبيقها
- ١٠٤ القاعدة الثانية: قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
- ١٠٥ المقام الأول: في بيان مفادها
- ١١٤ المقام الثاني: في مدركها
- ١١٤ الأول: قاعدة الإقدام
- ١١٤ مناقشة الشيخ الأنصاري ودفعه
- ١١٨ الثاني: قاعدة على اليد
- ١١٨ الثالث: قاعدة الاحترام
- ١٢١ الرابع: سيرة العقلاء
- ١٢١ الخامس: الإجماع
- ١٢٢ المقام الثالث: في ما يتوهم من النقوض
- ١٢٥ المقام الرابع: في بعض موارد تطبيقها
- ١٢٨ القاعدة الثالثة: قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
- ١٢٨ الجهة الأولى: في دليلها
- ١٢٩ الأول: الأولوية
- ١٣٠ الثاني: أدلة الاستئمان
- ١٣١ الثالث: موثقة إسحاق بن عمار
- ١٣٣ الرابع: قاعدة الإقدام
- ١٣٣ الخامس: الإجماع
- ١٣٤ الجهة الثانية: في دفع النقوض
- ١٣٧ الجهة الثالثة: في بعض مطابقتها في الفقه والقانون
- ١٣٨ القاعدة الرابعة: قاعدة عدم ضمان الأمين

- ١٣٨ المقام الأول: في مفاد القاعدة
- ١٤٠ المقام الثاني: في مدرك القاعدة
- ١٤٠ الأول: الكتاب
- ١٤١ الثاني: الروايات
- ١٤٤ علاج الروايات المعارضة
- ١٤٨ الثالث: العقل
- ١٤٨ الرابع: الإجماع
- ١٤٩ المقام الثالث: في مستثنيات القاعدة
- ١٤٩ الأول: صورة التعدي والتفريط
- ١٥٢ الثاني: صورة اشتراط الضمان
- ١٥٤ الثالث: الذهب والفضة المستعاران
- ١٥٤ المقام الرابع: في النقوض المتوهمّة
- ١٥٧ المقام الخامس: في بعض موارد تطبيقها
- ١٥٩ القاعدة الخامسة: قاعدة الإلتلاف
- ١٥٩ الجهة الأولى: في بيان المراد منها
- ١٦٢ الجهة الثانية: في مداركها
- ١٦٣ الأول: الكتاب
- ١٦٣ الثاني: الروايات
- ١٦٥ الثالث: بناء العقلاء
- ١٦٥ الرابع: الإجماع
- ١٦٦ الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور:
- ١٦٦ الأمر الأول: عدم الفرق بين العالم والجاهل
- ١٦٦ الأمر الثاني: عدم شمولها للإفساد بالتسبيب

- ١٦٦ الأمر الثالث: الفرق بين القاعدة وقاعدة ضمان اليد
- ١٦٧ الأمر الرابع: في عدم شمولها لما ينافي الضمان
- ١٦٨ الجهة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها
- ١٧٠ القاعدة السادسة: قاعدة التسبيب
- ١٧٠ الجهة الأولى: في مفادها
- ١٧٣ الجهة الثانية: في مدركها
- ١٧٧ الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور:
- ١٧٧ الأمر الأول: الفرق بين قاعدة الإلتلاف وقاعدة التسبيب
- ١٧٨ الأمر الثاني: في الفرق بين القاعدة وقاعدة الغرور
- ١٨١ الأمر الثالث: في شرائط الضمان بالتسبيب
- ١٨٣ الأمر الرابع: في أقسام التسبيب
- ١٨٤ الأمر الخامس: في اجتماع السبب والمباشر
- ١٨٦ الأمر السادس: في اجتماع السببين أو الأسباب
- ١٨٩ الجهة الرابعة: في التطبيقات
- ١٩١ القاعدة السابعة: قاعدة الغرور
- ١٩٢ المقام الأول: في مفاد القاعدة
- ١٩٦ المقام الثاني: في مدركها
- ٢٠٩ المقام الثالث: في التطبيقات
- ٢١٢ القاعدة الثامنة: قاعدة تلف كل مال من ماله
- ٢١٤ القاعدة التاسعة: قاعدة التلف في زمان الخيار
- ٢١٤ الجهة الأولى: في بيان مفادها الإجمالي
- ٢١٤ الجهة الثانية: في بيان مدركها
- ٢١٨ الجهة الثالثة: في بيان مفادها تفصيلاً

- ٢١٨ الأمر الأول: في كون القاعدة تعديّة صرفة
- ٢١٩ الأمر الثاني: في المراد من الضمان
- ٢٣٢ الأمر الثالث: في المراد من الخيار
- ٢٣٩ الأمر الرابع: في اختصاص القاعدة بتلف المبيع في يد المشتري ذي الخيار
- ٢٤٢ الأمر الخامس: في عدم شمولها للمبيع أو الثمن الكلّيين
- ٢٤٥ الأمر السادس: في اختصاص القاعدة بالخيار المتّصل
- ٢٤٧ الأمر السابع: في عدم شمولها لتلف ما لا يقسّط عليه الثمن
- ٢٥٢ الأمر الثامن: في حكم تلف المبيع في زمان الخيار المشترك
- ٢٥٤ الأمر التاسع: في اختصاص القاعدة بالتلف دون الإتلاف
- ٢٥٥ الأمر العاشر: في عدم شمولها للتلف في زمان الخيار الشأني
- ٢٥٧ الأمر الحادي عشر: في أنّ القاعدة تعمّ صورة التبرّي عن موجب التلف
- ٢٥٨ الأمر الثاني عشر: في أنّ القاعدة تختصّ بالبيع
- ٢٥٨ الأمر الثالث عشر: في اختصاصها بما بعد القبض
- ٢٦٠ القاعدة العاشرة: قاعدة تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه
- ٢٦٠ الجهة الأولى: في بيان مفادها
- ٢٦٠ الجهة الثانية: في مدركها
- ٢٧١ الجهة الثالثة: في تنبيهات القاعدة
- ٢٧١ التنبيه الأول: في تفصيل مفردات القاعدة
- ٢٧٥ التنبيه الثاني: في اختصاص القاعدة بالمبيع
- ٢٧٩ التنبيه الثالث: في عدم إلحاق سائر المعاوزات بالبيع
- ٢٨٠ التنبيه الرابع: في عدم إمكان إسقاط هذا الضمان
- ٢٨٣ التنبيه الخامس: في عدم شمولها لتلف ما لا يقسّط عليه الثمن
- ٢٨٤ التنبيه السادس: في أنّ القاعدة لا تشمل الإتلاف من المشتري

- التنبيه السابع: في تعارض قاعدة التلف في زمان الخيار مع هذه القاعدة ٢٨٧
- التنبيه الثامن: في حكم اتحاد القابض والمقبض ٢٨٨
- التنبيه التاسع: في حكم التفريط في الإقباض ٢٨٩
- التنبيه العاشر: في دوران الأمر بين كون التلف قبل القبض أو بعده ٢٨٩
- التنبيه الحادي عشر: في حكم النماء الحاصل للمبيع التالف ٢٩٠
- الجهة الرابعة: في تطبيقات القاعدة ٢٩١
- القاعدة الحادية عشرة: قاعدة ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة ٢٩٣
- الجهة الأولى: في توضيحها ٢٩٣
- الجهة الثانية: في مدركها ٢٩٦
- الأمر الأول: آية الاعتداء ٢٩٦
- الأمر الثاني: آية السيئة ٣٠٤
- الأمر الثالث: حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدّي ٣٠٤
- الأمر الرابع: الإجماع ٣٠٦
- الأمر الخامس: قاعدة الاحترام ٣٠٧
- الأمر السادس: بناء العقلاء ٣٠٧
- الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور ٣١٢
- الأمر الأول: مقتضى الأصل فيما شك في المثلي والقيمي ٣١٢
- الأمر الثاني: حكم ما إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمنه ٣٢٤
- الأمر الثالث: في حكم التعذر والإعواز ٣٣٠
- الأمر الرابع: الملاك في تعيين القيمة ٣٣٥
- المقام الأول: في مقتضى إطلاقات أدلة الضمان ٣٣٥
- المقام الثاني: في مقتضى الأدلة الخاصة ٣٣٧
- القاعدة الثانية عشرة: قاعدة الخراج بالضمان ٣٥٠
- الجهة الأولى: في مدركها ٣٥٠

- ٣٥٣ الجهة الثانية: في تحرير مفادها ومفاد أدلتها
- ٣٥٧ الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور:
- ٣٥٧ الأمر الأول: في شمولها للمنافع الفائتة
- ٣٥٨ الأمر الثاني: في اختصاص القاعدة بمنافع العين المملوكة
- ٣٥٩ الأمر الثالث: في عدم اختصاص القاعدة بمورد البيع الصحيح
- ٣٦١ الجهة الرابعة: في التطبيقات
- ٣٦٢ القاعدة الثالثة عشرة: قاعدة لا ضمان على المحسن
- ٣٦٢ الجهة الأولى: في مفاد القاعدة
- ٣٦٢ الجهة الثانية: في مستند القاعدة
- ٣٦٨ الجهة الثالثة: في تنبيهات حول حدود القاعدة
- ٣٦٨ التنبيه الأول: في صدق الإحسان على جلب المنفعة ودفع المضرة
- ٣٧٠ التنبيه الثاني: في اعتبار القصد والواقع
- ٣٧٤ التنبيه الثالث: في اعتبار كون الفعل إحساناً محضاً
- ٣٧٦ التنبيه الرابع: في الإحسان إلى الشخص والنوع
- ٣٧٦ التنبيه الخامس: في تأسيس الأصل
- ٣٧٧ التنبيه السادس: في دفع وهم
- ٣٧٨ الجهة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها
- ٣٨٠ القاعدة الرابعة عشرة: قاعدة الجبار
- ٣٨٠ المقام الأول: في بيان مفادها
- ٣٨١ المقام الثاني: في دليها
- ٣٨٦ المقام الثالث: في بيان أمور:
- ٣٨٧ الأمر الأول: في علاج الروايات المتعارضة
- ٣٨٨ الأمر الثاني: في شمول القاعدة للمراكب المستحدثة
- ٣٨٩ الأمر الثالث: حكم ما إذا ركب المركوب على نحو غير المعتاد

- ٣٩٠ الأمر الرابع: في شمول القاعدة لجناية العجماء في حال الوقوف
- ٣٩١ الأمر الخامس: في جناية الآدمي الحرّ تخصّصاً
- ٣٩٢ المقام الرابع: في التطبيقات
- القاعدة الخامسة عشرة: لا ضمان على العاقلة إلاّ في جناية الحرّ على الآدمي خطأً
- ٣٩٤
- ٣٩٤ الجهة الأولى: في بيان مفادها
- ٤٠١ الجهة الثانية: في مدركها
- ٤٠٥ تذييلان:
- ٤٠٥ التذنب الأوّل: التأجيل في دية الخطأ
- ٤٠٦ التذنب الثاني: حكم ما إذا فقدت العاقلة
- ٤٠٩ تتمة: في كيفية تقسيم الدية على العاقلة
- ٤١٧ بقي شيء: في المراد من الضمان في المقام
- ٤٢٢ الجهة الثالثة: في التطبيقات
- ٤٢٤ القاعدة السادسة عشرة: قاعدة الزعيم غارم
- ٤٢٤ المرحلة الأولى: في بيان مفادها
- ٤٢٥ المرحلة الثانية: في دليلها
- ٤٣٠ المرحلة الثالثة: في أقسام الزعيم وأحكامها
- ٤٣١ القسم الأوّل: الضمان بالمعنى الأخص
- ٤٣١ المبحث الأوّل: الضمان عقد أو إيقاع
- ٤٣٥ المبحث الثاني: في شرائط الضامن
- ٤٣٦ المبحث الثالث: في شرائط صحّة الضمان
- ٤٤٠ القسم الثاني: في التعهّد بعد الحوالة
- ٤٤١ القسم الثالث: في الكفالة
- ٤٤١ المرحلة الرابعة: في التطبيقات