

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۲۹)

ثم إنّ في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليها وإن لم تهلك كما لو سرقت أو غرقت أو ضاعت أو أبقت؛ لما دلّ على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمنة^١ [١].

[١] قد مرّ أنّ العين إذا كانت موجودة، يجب ردّها إلى مالکها وإن كانت تالفة فهي مضمنة بالمثل في المثليات وبالقيمة في القيميات، وإنّما الكلام هنا فيما إذا لم تتلف العين ولكن تعذر الوصول إليها بسبب من الأسباب المذكورة في المتن، فهل على ذمّة الضامن دفع البدل عنها وعن منافعها الفائتة؟

صرّح الشيخ رحمته الله أولاً: بتسرية حكم التالف إلى ما تعذر الوصول إليه، ثمّ حصر الموضوع قائلاً: «وهل يقيّد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة يتضرّر المالك من انتظارها، أو ولو كانت قصيرة؟ وجوه». ثمّ استظهر اختصاص الأدلّة بأحد الأولين، وإن استظهر بعد ذلك من إطلاق الفتاوى الصورة الأخيرة. والعمدة في المقام ملاحظة الأدلّة التي استدللّ عليها المشهور لإثبات بدل الحيلولة:

الأوّل: قال الشيخ رحمته الله: «... ويؤيّده أنّ فيه جمعاً بين الحقيّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين...» [٢].

١. كتاب المكاسب ٣: ٢٥٧.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٢٥٨.

[٢] توضيح ما أفاده: إنَّ إلزام الضامن بالعين بعد تعذُّره ظلم عليه، كما أنَّ حرمان المالك عن ماله ظلم آخر. فالجمع بين الحقَّين يقتضي جعل بدل المال عند المالك فترة الحيلولة، فهي تثبت بذلك، ولذا وجَّه الشيخ رحمته الله قبل ذلك بقوله: «... كما يظهر من إطلاقهم أنَّ اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل. ويؤيده أنَّ فيه جمعاً بين الحقَّين... فإنَّ تسلَّط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهده عند تعذُّر نفسه، نظير ما تقدَّم في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذِّر في المثلي»^١.

وأشكل على هذا التوجيه والاستدلال، أولاً: إنَّ الشيخ رحمته الله فصل بين ما نحن فيه وبين المثلي المتعذِّر بانقلاب الضمان إلى القيمة في (المثلي المتعذِّر) الأخير؛ مستدلاً بدليل الجمع بين الحقَّين، وأمَّا في المقام فقد اعتبر دليل الجمع بين الحقَّين مؤيداً لرفع بدل الحيلولة، فما هو الفارق بين الأمرين؟

وثانياً: إنَّ الاستدلال «بالجمع بين الحقَّين» يستلزم الدور الباطل؛ لأنَّه مع تعذُّر وصول المال إلى مالكة لا بدَّ وأنَّ يثبت له حقّاً في غير ماله، فحينئذٍ فمقتضى الجمع بين الحقَّين هو المدعى من ثبوت بدل الحيلولة، ولكنَّ المفروض أنَّ حقَّ المالك هو المال المتعذِّر وفيه الحيثية الوضعية، وهي ثبوت المال في ذمّة الضامن وعدم سقوطه

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٥٧-٢٥٨.

بالتعذّر، وكذلك الحيثية التكاليفية، وهي وجوب أداء مال الغير بمقتضى قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^١. وهذه الحيثية بعد كونها مشروطة بالقدرة، فهي ساقطة بفرض العجز، فعليه لا مجال لثبوت حقّ للمالك على سائر أموال الضامن من باب الجمع بين الحقيّين، وهذا هو الدور؛ لأنّ إثبات حق زائد على أصل المال بنفس دليل الجمع بين الحقيّين يعدّ إثباتاً للمدعى بنفس الدليل، فالدليل صغروباً وكبروباً مشكل.

الثاني: هو التمسك بقاعدة السلطنة، صرّح الشيخ رحمته الله بالاستدلال عليها بقوله: «فإن تسلّط الناس على ماله...» بمعنى أنّ مقتضاها سلطنة المالك على ماله مع تيسره وسلطانه على بدله عند العجز عنه. إلّا أنّ المشكلة في الاستدلال بها أولاً: أنّها مرسلة نبوية، إلّا أن نقول بانجبارها، مضافاً إلى القول باستناد الاصحاب إلى هذا الخبر لا بوجه آخر، هذا أولاً.

وثانياً: قد مرّ أنّ من المحتمل في دلالة هذا الخبر أنّه يثبت به أنحاء السلطنة وبناءً على تمامية هذا الاحتمال يستند إليه في صحة المعاطاة. وثالثاً: إنّ غاية ما تدلّ عليه القاعدة «عدم مزاحمة الملاك في التصرف في أموالهم» ولا تثبت بها أنحاء السلطنة.

فعلى الأخير، لا يمكن الاستناد إليها لإثبات بدل الحيلولة، وبناءً على الأول فإن قلنا: إنّ من شؤون السلطنة على المال جواز المطالبة ببذله،

كما يقال في المثلي المتعذر، فالمشكلة: إنّ البدل بدل للتالف لا المثل، وكذا في المقام بالنسبة إلى المتعذر وصوله، مضافاً إلى أنّ أخذ البدل يستلزم الجمع بين البدل والمبدل.

وإن قلنا: إنّ مقتضى السلطنة هو جواز مطالبته للتوصل إلى أخذ بدله. والإشكال: إنّ لا معنى لبقاء السلطنة على المال بعد تعذر الوصول إليه والسلطنة على أخذ بدل الشيء غير السلطنة على نفس الشيء، ولا دليل على ثبوتها.

وإن قلنا: إنّ للمال (كما حقق) حيثية الشخصية والنوعية والمالية ومقتضى الحديث التسلط على كلّ الحيثيات الثلاثة، فإذا تعذر الوصول إلى البعض كان له الأخذ بحيثية المالية وهو أخذ البدل.

والمشكلة أولاً: إنّ المالية ليست من الصفات الخارجية الوجودية كي يكون من الأمور المسلط عليها، بل هي أمر اعتباري عقلاني.

وثانياً: إنّ السلطنة على مالية الشيء غير السلطنة على قيمته القائمة بالدرهم والدينار.

وإن قلنا: إنّ مقتضى القاعدة تسلط المالك على جميع أنحاء الانتفاعات بماله وبدله الحيلولة بدل لهذه السلطنة.

والإشكال: إنّ سلطنة المالك على جميع منافع ماله وانتفاعه منه حكم وضعي شرعي، وجعل البدل للحكم الشرعي غير معقول نعم، يكون بدلاً عن كون الغاصب حال بين المالك وبين انتفاعاته من العين، لكن إذن لا يتوقف على تعذر الوصول إليه، بل يجب عليه دفع البدل، سواء

تعدّر الوصول إليه أولاً، حتى فيما إذا منعه الغاصب ظلماً، وهذا ممّا لم يلتزم به المشهور وإنّما الاستدلال بها في مورد التعدّر.

فالمتحصّل: عدم التوجّيه للتمسّك بدليل السلطنة.

الثالث: قاعدة اليد: وعن المحقّق الأصفهاني توجّيه الاستدلال بها: «إن كان مفادها كون المأخوذ خسارة على ذي اليد، فمقتضاه تداركه ببدله عند تلفه، وإلاّ فمع بقاءه على ماليّته وملكيّة مالكه، فلم يذهب المأخوذ من المالك حتى يكون ذهابه منه على ذي اليد خسارة عليه، وإنّما ذهبت من مالكه السلطنة على الانتفاعات به، فتداركها لسلطنة أخرى على مال آخر يحقّق كون ذهاب السلطنة على الانتفاع بالمأخوذ خسارة على ذي اليد، لا أنّ نفس المأخوذ خسارة عليه، وإن كان مفادها كون المأخوذ في عهدة ذي اليد، وهي المناسبة لهذه الغاية كما مر تفصيله، فتحقيق الحال فيه: أنّ عهدة العين تارة تكليفية، وأخرى مالية، فمادامت موجودة يجب ردّها، وبعد تلفها لا بدّ من تدارك ماليّتها بحصّة مماثلة لها، ولا تدارك قبل تلفها، إلاّ أنّ اعتبار عهدة العين فعلاً في كلّ زمان تحتاج إلى أثر مصحّح وإلاّ كان اعتبارها لغواً، ومن الواضح أنّه عند تعدّر ردّها وعدم تلفها ليس لها عهدة تكليفية؛ حيث يستحيل التكاليف بردّها وليس لها عهدة تداركية لنفسها، حيث إنّها غير تالفة، فلو لم يجب تداركها من حيث فوات السلطنة على الانتفاعات بها كان

اعتبار عهدها فعلاً لغواً فالالتزام بكونها في العهدة فعلاً يقتضي الالتزام بأثر لها فعلاً^١.

والإشكال أولاً: ضعف سند الحديث وعدم تمامية القول باستناد المشهور في الفتوى بالضمان في موارد الضمان باليد؛ لاحتمال استنادهم إلى السيرة وغيرها.

وثانياً: لو سلّمناه لجاز التمسك به فيما إذا كانت مدة التعذر قليلة؛ لأنّ فيها (أي المدة القليلة أيضاً) يصدق زوال السلطنة، بل وحتى يمكن التمسك بها في الغاصب، سواء تعذر الوصول إلى العين أو لا، ولا ربط ببدل الحيلولة؛ لأنّ مقتضى ضمان اليد هو الخروج عن عهدة بدل الانتفاعات، وهو أجرة المثل لتلك المنافع المفقّوة على المالك.

وثالثاً: إنّ قد مرّ آنفاً (مبحث المقبوض بالعقد الفاسد) أنّ هذه القاعدة تدلّ على ثبوت العين في عهدة الغاصب بجميع خصوصياتها الفردية والوصفية والنوعية التي هي دخيل في المالية، وفقدان أية منها لا يوجب اضمحلال غيرها، فعليه إذا كانت العين موجودة لزم على الغاصب ردّها مع جميع الخصوصيات؛ لاستحالة صدق الأداء حتى مع فقد بعضها.

وإذا تلفت حقيقة بالاحترق ونحوه أو صارت بحكم التالف عند العرف كالسرقة والإباق... مما يوجب اليأس عن الوصول، ينتقل إلى الضمان بالمثل، وإذا تعذر المثل مع مطالبة المالك حقّه وجب على

^١ . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني رحمه الله) ١: ٤٢٨.

الغاصب أداء القيمة أي المالية المحضنة ، ومن الواضح عدم جواز مطالبة المثل ولا العين بعد ارتفاع المانع عن الوصول إليها؛ لأنّه من الجمع بين العوض والمعوّض.

وأما إذا لم يوجب التعذّر اللّحوق بالتالف، فحينئذٍ ليس للمالك مطالبة البدل؛ لبقاء مشكلة الجمع بين البدل والمبدل.

نعم لا يبعد القول بجواز مطالبة المالك المنافع الفائتة، فيكون المأخوذ بإزائها بمنزلة الأجرة للعين، وهذا لا يرتبط ببدل الحيلولة.

الرابع: قاعدة لا ضرر، وتقريبها بإحدى الوجوه الآتية:

الأوّل: إنّ صبر المالك والحكم عليه بالصبر إلى عود المال إليه ضرر عليه، والقاعدة تقتضي وجوب البدل.

الثاني: إنّ عدم الحكم بوجوب البدل (من الشارع) ضرري ترفعه القاعدة، ويثبت نقيضه وهو وجوب دفع البدل.

الثالث: إنّ الحكم بجواز امتناع الآخذ عن دفع بدل الحيلولة ضررياً على المالك عند مطالبة المالك لملكه ، فالقاعدة ترفعه.

وأما التقريب الأوّل: فهو موقوف على تمامية دلالة الحديث على ثبوت البدل ووجوب تدارك الضرر؛ وهو كما ترى.

والوجه: إنّ حقّ المالك متعلّق بماله والمفروض تعذّره ولا يعقل أن يكلف الشارع الضامن بغير المقدور فكذلك لا يعقل تكليف الشارع المالك بالصبر؛ إذ العقل حاكم بالصبر حينما لم يستحقّ شيئاً آخر نعم، الثابت شرعاً جواز مطالبة ذي الحقّ حقّه وإذا تعذّر أدائه سقط

التكليف، ولازمه العقلي وجوب الصبر إلى حين ارتفاع العذر لا ثبوت حكم شرعي بوجود الصبر الذي يتضرر منه المالك، فترفعه القاعدة. وأما التقريب الثاني: وهذا أيضا لا يتم لأن القاعدة كما حققنا نظرة إلى الأحكام المجعولة ورافعة لما كان ينشأ منه الضرر وليست نظرة إلى مورد عدم جعل الحكم ليستدل بها إلى وجوب الجعل.

وأما التقريب الثالث: إن هذا التقريب يتم لو قلنا بدلالة الحديث على نفي الأحكام الضرورية، فيرتفع الجواز، إلا أن ذلك يستلزم القول بأن الجواز كان مجعولاً من الشارع، ولكن الجواز غير مجعول، بل هو عبارة أخرى عن عدم وجوب البذل؛ لعدم الدليل عليه.

وحاصل الكلام في رد التمسك بهذه القاعدة: إنها مشرعة لأجل نفي المجعولات الضرورية لا تبديل عدم الحكم الضروري إلى حكم رافع للضرر.

الخامس: قد يستدل في المقام بقاعدة الإتلاف؛ لأن الضامن باستيلائه على مال الغير قد أتلّف سلطنته على ماله، وهذه الكبرى «من أتلّف مال الغير فهو له ضامن» تقتضي وتوجب ضمانه؛ لأن السلطنة الفائتة في هذه الفترة (الحيلولة) مضمونة في عهدة الضامن، وهذا يوجب وجوب دفع ما يقوم مقام السلطنة الفائتة، أي البذل.

والإشكال أولاً: إن هذه القاعدة ليست من الآيات أو الروايات حتى يمكن التمسك بإطلاقها، وإنما هي قاعدة متصيّدة من مجموع الأدلة الواردة في باب الضمان، فلا بد من الاقتصار على الموارد المتيقّنة، وما هو حادث في المقام تفويت سلطنة المالك على ماله دون تفويت عين

مال منه، فالحكم بالضمان عند تفويت السلطنة خروج عمّا تقتضيه القاعدة وهو الأخذ بالقدر المتيقّن.

وثانياً: لو سلّمنا ضمان تفويت السلطنة بهذه القاعدة، فإنّها تقتضي الالتزام والحكم بضمان جميع موارد إتلاف السلطنة، مع أنّهم لم يلتزموا بثبوت بدل الحيلولة في جميع موارد بقاء العين وفوات السلطنة، كما في العين المأخوذة بالعقد الفاسد، أو الغصب ومنع الظالم، وإنّما حكموا بالبدل (الحيلولة) في خصوص مورد تعذّر العين.

السادس: الاستدلال بأية الاعتداء (عن المحقّق الرشتي) لأنّ الغاصب قد اعتدى على المسلوب عنه بسلب ماله وإزالة ملكيّته عنه وبحكم الآية الشريفة يجوز للمعتدى عليه أن يأخذ من أمواله بمقدار المال الذي سلبه منه.

والإشكال أولاً: إنّها لا تدلّ على الضمان ببطل الحيلولة في مطلق الموارد والدعاوي، بل هي خاصّة بموارد الاعتداء، فلا تشمل المأخوذ بالعقد الفاسد ولا سيما مع الجهل.

وثانياً: قد مرّ أنّ الآية لا تدلّ على الضمان؛ لأنّ الأخذ والاستيلاء ليس ممثالاً للإتلاف، إلّا بدعوى اندراجهما تحت عنوان جامع انتزاعي (وهو الفصل بين المال والمالك) مضافاً إلى أنّ الآية الشريفة متفرّعة «بالفاء» على الآية السابقة عليها ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^١ فهي ظاهرة في مقابلة الاعتداء

بالاعتداء، فهو قبال مماثل من حيث الزمان والمكان، فكما أنّهم لم يحافظوا على الحرمات من حيث الزمان والمكان، فكذلك يجوز لكم ترك التحفظ عليها، فيكون النتيجة مصدرية «ما» أي فاعتدوا عليه بمثل اعتدائه، ولا تكون موصولة حتى يكون الرابط محذوفاً، فيصير المعنى «بمثل الذي اعتدى به عليكم» ولا أقلّ من ترددها بين المصدرية والموصولة.

وعلى الجملة: لو سلّمنا كونها موصولة فإنّها تشمل وتعمّ العمل، فيكون المعنى جواز الاعتداء بمثل الذي صدر من المشركين من الاعتداء، وأين هذا المعنى من الضمان؟

السابع: دليل العقل (وهو الذي استدل به المحقّق الرشدي أيضاً) وملخصه: إنّ الثابت في محله قبح الظلم عقلاً والعقل حاكم بلزوم دفعه، وإثبات اليد على مال الغير ظلم، فلو اتفق ذلك وأدّى إلى حرمان المالك عن الانتفاع بماله، فإنّ العقل حاكم بوجوب رفع هذا الظلم ولا يتحقّق ذلك عند تعذّر العين إلّا بإعطاء ما يقوم مقام المأخوذ بدله. والإشكال أولاً: إنّ هذا الدليل يختصّ بصورة الغصب؛ لأنّه هو الذي تحقّق فيه الظلم، وأمّا في مطلق موارد تعذّر الوصول لم يصدق الظلم حتى يقال بوجوب رفعه بعموم هذا الدليل.

وثانياً: لو سلّمنا بحكم الدليل وجوب رفع الظلم، ففي المقام يقتضي الدليل وجوب ردّ العين المغصوبة والمفروض (في المقام) عجز الضامن عن رفع الظلم؛ لعدم تمكّنه وتعذّره، فالحكم بشبوت بدل الحيلولة لا يثبت به.

الثامن: الإجماع.

والإشكال: إنّ هذه الدعوى بعد الاستدلال بالوجوه المذكورة تكون مدركية، مضافاً أنّه من الإجماع المنقول.

التاسع: قول الشيخ رحمته الله: «... لما دلّ على الضمان بهذه الأُمُور في باب الأمانات المضمونة»^١.

وقد أشار إليها السيد رحمته الله في «الحاشية» إلى هذه النصوص قائلاً: «الأخبار الدالة بالمنطوق أو المفهوم على الضمان بالمذكورات ونحوها، مما يصدق عليه التلف عرفاً كثيرة»^٢.

منها: رواية ابن محبوب قال: كتب رجل إلى الفقيه عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل وديعة وأمره أن يضعها في منزله، أو لم يأمره فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره أو أخرجها من ملكه؟ فوّع عليه السلام: «هو ضامن لها إن شاء الله تعالى»^٣.

منها: رواية أبان عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الانسان، فتهلك أو تسرق؟ قال: فقال: «إذا كان أميناً فلا غرم عليه»^٤.

١. كتاب المكاسب ٣: ٢٥٧.

٢. الحاشية على المكاسب (للسيد اليزدي رحمته الله) ١: ١٠٦.

٣. الفقيه ٣: ٣٠٤، وسائل الشيعة ١٩: ٨١، كتاب الوديعة ب ٥ ح ١.

٤. وسائل الشيعة ١٩: ٩٣، كتاب العارية ب ١ ح ٧.

منها: رواية الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن القصّر يسلم إليه الثوب واشترط عليه يعطيني في وقت؟ قال عليه السلام: «إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن»^١.

وتوجيه الاستدلال: إنّ اليد إذا لم تكن مأذونة فهو ضامن، كما أنّ اليد مع كونها أمانية لا توجب، وبعد الوقت فليست بمأذونة. والمشكلة: إنّ هذه الروايات أخصّ من المدعى؛ لأنّه لا يمكن إثبات المدعى وهو تعدّد الوصول بما هو مذكور في النصوص من الضياع؛ للفرق بين المقامين، ولا أقلّ من الشبهة المفهومية في صدق عنوان الضياع على أنّ تفويت السلطنة ليس بتفويت للمال. فالمتحصّل من جميع ما ذكر: عدم تمامية الاستناد إلى الروايات المتفرقة الدالة على ضمان التالف في الأمانات المضمونة في المقام (أي فيما إذا تعدّد الوصول إلى العين) إلّا إذا كانت بحكم التالف وصدق عليه الإتلاف، فهنا يحكم بوجوب ردّها إمّا بالمثل أو القيمة ولا صلة لهذا الحكم بمبحث بدل الحيلولة.

وأما سائر الأدلّة المذكورة في كلام الشيخ رحمته الله وما أضافه غيره من الميرزا الرشتي والسيد صاحب العروة (من الجمع بين الحقين وقاعدتي السلطنة ولا ضرر، وكذا قاعدة الإتلاف والدليل العقلي والإجماع وأيضاً آية الاعتداء) فقد مرّ الإشكال فيها، فلا مجال للموافقة مع القول

^١ . وسائل الشيعة ١٩: ١٤٣، كتاب الإجارة ب ٢٩ ح ٧.

بشوت بدل الحيلولة وإن ذهب إليه المشهور، إلّا أنّ الشيخ رحمته الله حسب مختاره تعرّض إلى أُمُور متفرّعة لا بأس بالتعرّض لها؛ حيث قال «وهل يقيّد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة يتضرّر المالك من انتظارها، أو ولو كانت قصيرة؟ وجوه»^١ [١].

[١] الكلام في بيان المراد من التعذّر وأنّه هل المراد منه العقلي أو العرفي؟ إن كان المناط والمدار على التعذّر العقلي، فلا وجه للحكم بضمان بدل الحيلولة؛ لأنّه ليس للمالك إلّا ماله الذي تعذّر الوصول إليه، فدعوى إثبات حقّ آخر له (غير المثل أو القيمة) في عهدة الضامن لا دليل عليه.

بخلاف ما إذا كان المناط التعذّر العرفي، فإنّه في هذا الفرض مضافاً إلى تكليف الضامن بتحصيل مال المالك، يمكن تكليفه بدفع بدل الحيلولة في فترة التعذّر، وهذا ما يستفاد مما أفاده الشيخ: «من إطلاقهم أنّ اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته»^٢.

إنّ المناط عندهم (أي القائلين) هو التعذّر العرفي؛ لإمكان قلعه عند الوصول إلى الساحل ودفع البدل في هذه الفترة.

١. كتاب المكاسب ٣: ٢٥٧.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٢٥٧.

إلا أن الشيخ رحمته الله أعرض عن هذا وقائل بكون المراد من التعذر هو العقلي منه؛ حيث قال بعد استظهاره من الأدلة: «عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السعي»^١، فهنا أعرض عن هذا الظاهر وقال: «لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر وهو الأوفق بأصالة عدم تسلّط المالك على أزيد من إلزامه بردّ العين، فتأمّل»^٢.

ومراده من اعتبار التعذر العقلي هو أنّ الحكم بثبوت بدل الحيلولة مخالف للأصل (كما أنّ إثبات المثل أو القيمة في مدة الحيلولة مخالف للقاعدة أيضاً) لأنّ الحكم في موارد التعذر العرفي ببطل الحيلولة خلاف مقتضى الاقتصار على القدر المتيقّن وأصالة عدم السلطنة، مضافاً إلى هذا مقتضى قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾^٣ أي أنّه بعد عدم الدليل لإثبات البدل فالآية الشريفة تمنعه، ولا يستفاد من مجموع الأدلة وإطلاقاتها إلا بقاء ملكية المالك على ماله، سواء تعذر الوصول إليها أم لم يتعذر، وهذه تثبت بقاء العين في ذمّته عند وجودها وبدل العين عند تلفها، وعند الشك في الزائد عليهما وإثبات أمر آخر (بدل الحيلولة) يكون أصالة البرائة جارية وتدلّ على لزوم الاقتصار على القدر المتيقّن، والمتيقّن ما كان متعذراً عقلاً في فتره معيّنة.

١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٥٨.

٢ . كتاب المكاسب ٣: ٢٥٨.

٣ . النساء ٤: ٢٩.

وأما وجه تأمّل الشيخ رحمته الله: فلعلّه إشارة إلى عدم الاعتبار بالأصل (أصالة عدم تسلّط المالك...) بعد وجود العموم (الناس مسلطون على أموالهم) سواء أكان في زمان التعذّر أو في زمان السعي للوصول، أو لعلّه إشارة إلى أن عموم قوله: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم...﴾^١ مخصّص بقاعدة السلطنة وقاعدة لا ضرر التي أثبتت من خلالهما بدل الحيلولة، وبعد التخصيص والسقوط لم يبق وجه للتمسك بعموم الآية، فيبقى الأصل العملي (أي براءة ذمّة الضامن من بدل الحيلولة) محكوماً بالأدلة الثانوية، أو أنّ إطلاق القاعدتين وقاعدة اليد حاکمة على أصل البرائة، بل متقدّمة.

بتوضيح: أنّ المالك عند التعذّر العرفي يكون متضرراً بسلب سلطنته على ماله، فيشمّله عموم قاعدة لا ضرر وكذا قاعدة السلطنة الحاكمتان على أصالة البرائة، فبهذا يتحدّ التعذّر العرفي مع التعذّر العقلي في الحكم ويكون النتيجة ثبوت بدل الحيلولة عند التعذّر العرفي كما هو ثابت عند التعذّر العقلي.

ثم إنّ الشيخ رحمته الله تعرّض إلى أمر آخر، وهو أنّه هل للضامن إلزام المالك بأخذ بدل الحيلولة أم لا؟ والمسألة مسبقة بفرض تلف المال وإجبار الضامن المالك بأخذ البديل المضمون (من المثل أو القيمة) قال رحمته الله: «إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين ليس كشبوتها مع تلفها في كون دفعها حقّاً للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من

^١ . النساء ٢٩.

أخذها ويصبر إلى زوال العذر، كما صرّح به الشيخ في «المبسوط»^١،
ويدل عليه قاعدة تسلّط الناس على أموالهم»^٢ [١].

[١] فمّا أفاده يستفاد أنّه فرق بين البدل الواقعي وبدل الحيلولة؛
حيث إنّ في الأوّل يكون المالك ملزماً بأخذ البدل ولا يجوز له الامتناع
من الأخذ، مع أنّ في الثاني حكم بجواز امتناع المالك من الأخذ
والصبر إلى زوال العذر؛ مستدلاً إلى قاعدة تسلّط الناس على أموالهم.
إلاّ أنّه تأمّل فيه بعض الأعاضم بقوله: لأنّه يتوقّف على أن يكون عدم
التصرّف في المال أو بدله من شؤون السلطنة، وهذا غير صحيح للمبنى
المقرّر في الأصول من أنّ قولهم في معنى القدرة والسلطنة على الشيء:
أنّ له إرادة فعله وإرادة تركه كلام صوري، بل الصحيح أنّ السلطنة
والقدرة على الشيء هي أنّه إن شاء فعل وإن شاء ترك؛ لأنّ العدم لا
ينشأ من الإرادة، والعدميات لا تدخل في حيّزها، فمعنى الحديث أنّ له
القدرة على التصرّف في ماله وليس معناه القدرة على ترك التصرّف، فلا
مناص من أن يحمل كلامه على أنّ العين لمّا كانت موجودة في الخارج
وهي ملك له فسلطنة عليها باقية ولم تنتقل إلى البدل في ذمّة الضامن
حتى يقال بأنّ للضامن حقّ في إلزام المالك بأخذ البدل من أجل
الخروج على العهدة.

وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن تكون دالة على الإباحة المطلقة
وإن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة في المعاطاة على القول بها فيها

١. المبسوط ٣: ٨٧.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٢٥٩.

ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، وحكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمته الله في أجوبة مسائله^١.

وعلى أيّ حال فلا تنتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه ودخول العين في ملكه وليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض والمعوض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له.

حاصل كلامه: إنّه يبحث أولاً: عن ملكية المالك في فترة الحيلولة. وثانياً: عن ملكية الضامن للمبدل في هذه الفترة، فالبحث في مقامين وأنّه هل يملك المالك البدل وعلى فرض ملكيته له هل الضامن يملك المبدل؟

وأما بالنسبة في المقام الأول: فقد ادعى الشيخ رحمته الله ملكية المالك للبدل بدعوى: عدم الخلاف بين المسلمين، ووجهه: بأنّ التدارك (على السلطنة الفائتة) ببطل الحيلولة لا يتحقّق إلّا بحصول الملكية للمالك، ثمّ أعرض عن هذا وقال: «ولولا ظهور الإجماع... لاحتملنا أن يكون مباحاً له»^٢ ناقلاً الجزم بهذا الرأي عن المحقق القمي رحمته الله من جهة اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، كما أفاده ثاني الشهيدين^٣.

١ . جامع الشتات في أجوبة السئالات ٢: ٢٦١.

٢ . كتاب المكاسب ٣: ٢٥٩.

٣ . مسالك الأفهام ١٢: ٢٠١.

ولكنّ الإيراد عليه واضح (أي ما أفاد في توجيه كلام الشيخ رحمته الله) بعد ما لم يكن المستند لبدل الحيلولة منحصراً في قاعدة السلطنة؛ لأنّه ربما يكون الاستناد إلى قاعدة لا ضرر أو قاعدة اليد وغيرهما، فإنّه بناءً عليه اشتغلت ذمّة الضامن بالبدل، فحينئذٍ له أن يلزم المالك بالأخذ وليس له الامتناع، كما لا يخفى.

«وكما أنّ تعدّر ردّ العين في حكم التلف، فكذا خروجه عن التقويم»^١
[١].

[١] أراد بهذا الكلام تنزيل خروج العين عن التقويم وصيرورتها بلا قيمة منزلة ما إذا تعدّر الوصول إلى العين، بمعنى: أنّه كما يحكم بثبوت دفع البدل في المتعدّر فكذلك يحكم به في صورة السقوط عن المالية؛ لأنّ ثبوت البدل مقتضى قاعدة الضرر وقاعدة السلطنة (في حيلولة الغاصب) ومثاله: فيما لو غصب شيئاً من المالك (كالكوز) وانكسره، فإنّه يخرج بذلك عن القيمة وينتفي ماليتّه إلاّ أنّ الملكية له ثابتة، فتنتقل إلى بدل الحيلولة.

ثم إنّ المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما في «المبسوط»^٢ و«الخلاف»^٣ و«الغنية»^٤ و«السرائر»^١ وظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين.

١. كتاب المكاسب ٣: ٢٥٩.

٢. المبسوط ٣: ٩٥.

٣. الخلاف ٣: ٤١٢.

٤. غنية النزوع: ٢٨٢.

ولعلّ الوجه فيه: إنّ التدارك لا يتحقّق إلّا بذلك، ولولا ظهور الإجماع وادّلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن تكون مباحاً له إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه نظير الإباحة في المعاطاة على القول بها فيها ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، وحكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمي رحمته الله في أجوبة مسائله، وعلى أيّ حال فلا تنتقل العين إلى الضامن فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه ودخول العين في ملكه وليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوّض، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البدل له

حاصل كلامه: أنّه يبحث أولاً: عن ملكية المالك في فترة الحيلولة. وثانياً: عن ملكية الضامن للمبدل في هذا الفترة.

فالبحث في مقامين وأنّه هل يملك المالك البدل، وعلى فرض ملكيته له هل الضامن يملك المبدل؟

وأما بالنسبة إلى المقام الأوّل: فقد ادعى الشيخ رحمته الله ملكية المالك للبدل بدعوى: عدم الخلاف بين المسلمين ووجهه: بأنّ التدارك (على السلطنة الفائتة) يبدل الحيلولة لا يتحقّق إلّا بحصول الملكية للمالك، ثمّ أعرض عن هذا وقال: لولا ظهور الإجماع و... لاحتملنا أن يكون مباحاً له ناقلاً الجزم بهذا الرأي عن المحقّق القمي رحمته الله، من جهة اجتماع العوض و المعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح، كما أفاده ثاني الشهيدين.

وقال الشهيد الثاني: «ولو قيل بحصول الملك لكلّ منهما مترزلاً وتوقّف تملّك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين وإن جاز له التصرّف كان وجهاً في المسألة»^١، «واستحسنه في محكي الكفاية»^٢،^٣ إلا أنّ الشيخ رحمته الله أجاب عن إشكال الشهيد: بأنّ ما يأخذه المالك بعنوان بدل الحيلولة ليس عوضاً ليلزم اجتماع العوض والمعوّض، بل هي غرامة وهي لا تلازم المعاوضة.

فالمسألة عند الشيخ رحمته الله مبنية على ما تقتضيه الأدلّة، وهي لا تدلّ على أكثر من إباحة البدل المدفوع إلى المالك ويكون دخوله في ملك المالك مشروطاً بتلف العين، ومع ذلك فلا تنتقل العين إلى الضامن؛ لأنّه غرامة وليست بمعاوضة، فالمبدول (أي البدل) كالمبدول مع تلف العين في عدم البدل له، فالأدلة المذكورة في المقام إمّا هو الإجماع، فهو بما أنّه دليل لبّي يقتصر فيه بالقدر المتيقّن وهو ثبوت إباحة التصرّفات للمالك لا يدلّ على أكثر من ذلك، وإمّا قاعدتي لا ضرر والسلطنة فإنّهما لا يقتضيان أكثر من تدارك السلطنة الفاتئة ولزوم دفع الضرر وهما يحصلان بإباحة جميع التصرّفات ولا يستلزمان حصول الملكية للبدل للمالك.

ثمّ إنّّه لا يبعد اقتضاء الملكية إن استندنا في تحقّق بدل الحيلولة بقاعدتي على اليد والإتلاف، فإنّهما تقتضيان الملكية؛ لأنّ قاعدة على

١ . مسالك الأفهام ١٢: ٢٠١.

٢ . كفاية الأحكام: ٢٥٩.

٣ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٠.

اليد تقتضي وجوب ردّ العين إلى مالِكها، ومع تلفها يلزم على الآخذ ردّ بدلها. ولا يخفى أنّ مقتضى البدلية هو كون البدل ملكاً لمالك المبدل. وأما قاعدة الإتلاف فهي أيضاً تقتضي صيرورة البدل ملكاً لمالك العين التالفة؛ بديهية أنّ الضمان لا يرتفع إلاّ بذلك.

إلاّ أنّ الإشكال كما تقدم في تمامية دلالتهما على ثبوت بدل الحيلولة. مضافاً إلى أنّ مقتضى قاعدة على اليد لا يزيد أكثر من تدارك الملكية الفائتة وفي موارد تعدّد الوصول لم يتلف أصل الملكية حتى يقال بوجوب تداركه بحصول ملكية البدل، بل الفائت هو السلطنة وهي تحصل بالإباحة، فكذا الأمر في قاعدة الإتلاف، فإنّه لم يتلف أصل العين، بل الضامن أُلّف انتفاعاته بالنسبة إلى العين، فهي يتدراك بالإباحة.

والكلام في ملكية الضامن يتضح بعد القول بعدم تحقّق الملكية للمالك، فإنّ لم يبق وجه لملكية الضامن بالنسبة إلى العين. فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالِكها، إنّما الكلام في البدل المبذول... لم يبعد انكشاف ذلك (أي الحكم بالغرامة) عن انتقال العين، إلى الغارم^١ [١].

[١] ملخص ما أفاده رحمته الله : إنّ بدل الحيلولة إنّما يدخل في ملك المالك إذا ضاعت العين وذهبت على وجه التلف العقلي الحقيقي أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفاً، وأمّا مع بقائها خارجاً وانقطاع

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦١-٢٦٢.

سلطنة المالك عنها فلا يملك البدل، بل يكون تداركاً للسلطنة الفائتة فالعين باقية على ملك المالك وله السلطنة المطلقة على بدل الحيلولة وقد حققنا آنفاً أنَّ مختار الشيخ رحمته الله في أنَّ بدل الحيلولة بدل عن السلطنة، وهو يقتضي إباحة التصرفات ولا أكثر؛ لأنَّه لا دلالة في دليل السلطنة إلا على لزوم إعادة سلطنة المالك الزائلة، ولا إشكال في حصول هذا المعنى بجواز تصرفه في بدل الحيلولة وإن لم يصر البدل ملكاً له.

ولكنَّ الإشكال: إنَّ قاعدة السلطنة إمَّا تقتضي أنَّ السلطنة مضافة إلى العين، فإنَّ بدل الملك هو الملك، وإمَّا مضافة إلى التصرفات، فعلى الثاني ينتفي الحكم بتعذر موضوعه، فتكون السلطنة ساقطة بسقوط موضوعها، وحينئذٍ لا معنى للبدل عن الحكم الشرعي، وإن كان المراد من السلطنة هو الأول (أي القدرة على التصرف في المال خارجاً) فإذا انتفت القدرة الخارجية بفعل الغاصب، كان عليه دفع ما يتدارك به تلك القدرة، لا أن يدفع ما هو بدل عن مالية العين، فالقول بالإباحة استناداً إلى قاعدة السلطنة ممنوع.

وإن كان المدرك لبذل الحيلولة هو الإجماع، فلا إشكال في أنَّ المتيقَّن منه هو قيام البدل مقام المبدل في خصوص التصرفات المالكية لا في الملكية، وإن كان المدرك هو قاعدة «من أ تلف» فهي تقتضي صيرورة البدل ملكاً للمالك؛ بديهية أنَّ الضمان لا يرتفع إلا بتحقيق الملكية.

وإن كان المدرك هو قاعدة «ضمان اليد» وهي تقتضي كون البديل ملكاً لمالك المبدل، وقد مرّ بيان ذلك.

وكيف كان، فهل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البديل أم لا؟
قد يقال: بأنّ المالك (المضمون له) يملك بدل الحيلولة والضامن يملك البديل (المتعدّرة) لاستحالة بدلية شيء عن شيء، إلّا بعد قيام البديل مكان المبدل في جهة من الجهات، وتلك الجهة في المقام هي الإضافة الملكية.

وقد يقال: بأنّ المالك يملك البديل، وأمّا الضامن فلا يملك المبدل؛ لأنّ المأخوذ بعنوان البدلية ليس عوضاً حقيقياً حتّى يقال باستحالة البدلية إلّا بدخول العين المتعدّرة في ملك الضامن، بل هو غرامة خالصة، نظير دية المتقول أو المخروج وكالمبدول عند تلف العين. ومن الواضح أنّ عنوان الغرامة لا تستلزم خروج المبدل عن ملك الضامن ولا دخول العين المتعدّرة في ملكه لكي يكون ذلك معاوضة قهرية شرعية. ولكن مقتضى التحقيق: أنّ ما تدلّ عليه أدلّة الضمان (من قاعدة التلف وضمان اليد) وجوب تدارك العين على الضامن بجميع حيثياتها ومنها حيثية الملكية، وإذا أعطى المالك البديل فقد تداركت الملكية، ولازمه انقطاع علاقة الملكية عن العين وخروجها عن ملكية بالمعاوضة القهرية الشرعية؛ إذ لولا ذلك لزم اجتماع العوض والمعوّض في ملك مالك العين، ولعلّه لذلك ناقش الشهيد والمحقّق الثانیان في الالتزام بكون البديل غرامة من غير أن يكون المبدل ملكاً للضامن؛ إذ لا يحتمل أحد أن تصير من المباحات.

وأيد هذا القول بما ورد في الدابة الموطونة من إلزام الواطيء بأخذ الدابة وإعطاء ثمنها لمالكها عن سدير عن أبي جعفر عليه السلام: في الرجل يأتي البهيمة، قال عليه السلام: «يجلّد دون الحدّ ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها؛ لأنّه أفسدها عليه وتذبح وتحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، وإن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها وجلّد دون الحدّ وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف فيبيعها فيها كي لا يعيّر بها صاحبها»^١.

فهذه الرواية ظاهرة في ملكية الدابة للغارم؛ للأمر فيها ببيع الدابة وصيرورة الثمن له، وصرّح الشيخ رحمته الله بأنّ هذا (أي الوطاء) لا يعدّ فواتاً لما به قوام المالية، ولذلك قال في الذيل: «هذا كلّ مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ماليّتها السابقة».

ثمّ قال رحمته الله: «أمّا لو خرجت عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية، فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك به (أي سبب خروج العين عن المالية) لأنّ القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا عوض العين نفسها، كما في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقائها على ملك مالكها لا ينافي معنى الغرامة؛ لفوات معظم

^١ . وسائل الشيعة ٢٨: ٣٥٨، أبواب نكاح البهائم ب ١ ح ٤.

الانتفاعات به، فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك ولو بذل القيمة»^١ [١].

[١] تعرض هنا لفروع مهمّة:

منها: التوضّي بالماء المغصوب غفلة أو مقبوض بالعقد الفاسد والتفت بعد الغسلات وقبل المسحات، فإنّه بناءً على دخول الماء في ملك الضامن بعد أداء بدله يصحّ المسح بما بقي من الرطوبة، وبناءً على عدم دخول الماء في ملك الضامن لا يصحّ المسح بتلك الرطوبة ولا يصحّ الوضوء. هذا على تقدير أنّ الرطوبة الباقية باقية على كونها ملكاً بل مالا. أمّا إذا فرض أنّ الماء المستعمل في الوضوء يعدّ من التالف جاز المسح بالرطوبة الباقية، من غير فرق في ذلك بين إمكان انتفاع المالك بتلك الرطوبة وعدم إمكانه، هذا ما أفاده السيد الخوئي^٢، وأمّا الشيخ^٣ فقد حكم بعدم جواز مسح الغاصب؛ لأنّه يعدّ تصرفاً في متعلّق حقّ الغير (وهو المالك) لأنّ الضامن يضمن الماء وغرامته ولا يصحّ الوضوء بالنداوة الباقية واستشهد بما أفاده العلامة.

منها: قال في «القواعد»^٣: فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة: ولو طلب المالك نزاعها وإن أفضى إلى التلف (تلف الخيوط) وجب، ثمّ يضمن الغاصب النقص، ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، انتهى.

١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٢-٢٦٣.

٢ . مصباح الفقاهة ٣: ٢١٨.

٣ . قواعد الأحكام ٢: ٢٣٥.

وعطف على ذلك في محكي «جامع المقاصد»^١ قوله: ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك كما سبق من أنَّ جنابة الغاصب توجب أكثر الأمرين (قيمة الواقعة والأرث) ولو استوعبت (الجنابة) القيمة أخذها ولم تدفع العين انتهى.

وعن «المسالك» في هذه المسألة: أنه «إن لم يبق له قيمة ضمن جمع القيمة ولا يخرج بذلك عن ملك ماله كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة»^٢.

لكن عن «مجمع البرهان» في هذه المسألة: اختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: يمكن أن لا يجوز ويتعين القيمة؛ لكونه بمنزلة التلف، وحينئذٍ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط؛ إذ لا غصب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب...^٣.

واستجوده بعض المعاصرين^٤ ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه بصيرورته عوضاً شرعاً. وفيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء...»^٥ [١].

١. جامع المقاصد ٦: ٣٠٥.

٢. مسالك الأفهام ١٢: ١٧٨.

٣. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٢١.

٤. جواهر الكلام ٣٧: ٨٠.

٥. كتاب المكاسب ٣: ٢٦٣-٢٦٤.

[١] ما أفاده الشيخ رحمته الله واستقرّ عليه وأشكل في كلام الأردبيلي وصاحب الجواهر: هو وجوب دفع بدل مالية العين مع الحكم ببقاء العين على ملك المالك. واستشهد بكلام العلامة في الثوب المخيط بخيوط مغصوبة حيث قال: «ولو طلب المالك...» ثمّ أضاف إلى كلامه قول «جامع المقاصد» من حكمه «بأنّ ذلك لا يوجب خروج العين عن ملك مالكيها» وأيضاً ما أفاده «المسالك» «فيجمع بين العين والقيمة» ثمّ نقل الخلاف عن الأردبيلي وكلام «الجواهر» وأشكل عليهما بقوله رحمته الله: «إنّه لا منشأ لهذا الاقتضاء، وأدلة الضمان قد عرفت أنّه محصّلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليّتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء والأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيتها... وعلى الثاني السلطنة المطلقة على البديل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين، وهذا معنى بدل الحيلولة، وعلى الثالث فالمبدول عوض عمّا خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة، لا نفس العين الباقية، كيف؟ ولم تتلف هي...»^١.

فما يستفاد ممّا ذكره الشيخ بطوله أنّ هنا مبنيين: أحدهما: ما اختاره الأردبيلي وتبعه «الجواهر» من ملكية الخيوط بإعطاء القيمة أو المثل

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٤.

وعدم وجوب النزع وصحة الصلاة في الثوب المخيط وأيضا جواز المسح بالرطوبة الباقية.

ثانيهما: ما اختاره العلامة و«جامع المقاصد» و«المسالك» من ثبوت الغرامة عند التعذر وأنّ على الضامن ردّ الخيط وقيّمته مع مطالبة المالك وحيث إنّ القيمة المدفوعة تعدّ غرامة لم يتحقّق المبادلة، والخیوط باقية على ملك المالك، فلا تصحّ الصلاة في الثوب، وهذا خيرة الشيخ الأعظم رحمته الله؛ حيث التزم بأنّ ما يدفعه المالك غرامة وليس بعوض واعتبار البديل غرامة نعم، التزم في صورة واحدة بكون المدفوع عوضاً وليس بغرامة، وهي ما أفاده: «ثمّ إنّ هنا قسماً رابعاً وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حقّ الأولوية فيه، كما لو صار الخلّ المغصوب خمراً...»^١.

فإنّه قد مرّ تصريحه بأن المال إذا تلف حقيقة، فإنّ ما يدفعه الضامن إلى المالك بدل عن التالف، إلّا أنّه لو قلنا بكونه عوضاً عن التالف يتم به المعاوضة ولو قهراً، وقد حقّق سابقاً عدم بقاء المبدل على ملك المالك للجمع بين العوض والمعوّض، وأمّا لو التزمنا بأنّ المدفوع غرامة فالإشكال المذكور مندفع بعدم اجتماع البديل والمبدل.

فالثمرة (في المسائل المطروحة في كلامه) تظهر في التلف الحقيقي والحكمي وفي انقطاع السلطنة.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٥.

أمّا الأوّل: فإنّ المتلف ضامن بمقتضى قاعدة «من أتلف» لكنّ البديل ليس بعوض، بل هو غرامة. والوجه في عدم كونه عوضاً هو بطلان المعاوضة بين التالف المعلوم والبديل الموجود، كالدية المدفوعة بإزاء القتل أو الجرح، فهي غرامة وليست بعوض؛ لاستلزام ملك الجاني المبدل وهو باطل.

وأمّا الثاني: وهو يتحقّق فيما إذا تلف معظم الأجزاء أو الصفات الدخيلة في مالية الشيء وقيّمته، كالماء المغصوب فيما لو توجّس به جهلاً... فإنّ النداءة الباقية التي ماء ولم يعدّ تالفاً حقيقة، لكنّه تالف لزوال ماله الدخل في ماليتّه، فإن قلنا بأنّ القيمة المدفوعة غرامة لا يصحّ له المسح بالنداءة الباقية؛ لأنّ الغارم لا يملك المبدل بإعطاء الغرامة، وإن قلنا بعوضيّة البديل صحّ له المسح لمالكيّة المتوضي للماء بدفع البديل وكذلك الحكم في الخيط المغصوب؛ حيث إنّ الأمر يدور مدار الالتزام بعوضيّة البديل المدفوع وغرامته.

وأمّا الثالث: فيما إذا انقطع سلطنة المالك، وفيه أيضاً لا يمكن المعاوضة بين المعلوم والموجود عقلاً وعقلاً؛ لأنّ لزوم دفع يدلّ الحيلولة لم يكن لأجل تلف المال أو الأوصاف الدخيلة في المالية، بل هما باقيان كما لو سرق أو غرق، بل لأجل انقطاع السلطنة وتعذّر الوصول إليه، فهنا التزم الشيخ رحمته الله أيضاً بأنّ البديل الحيلولة المدفوعة غرامة في الواقع وإن سمّي بدلاً.

وأمّا المورد الرابع: فيما إذا تتلف العين ولا الصفات المقوّمّة، وإنّما أحدث فيها ما منع من البيع والتقابل، كالدابة الموطونة، ففي هذا المورد

التزم الشيخ بكون المدفوع عوضاً وليس بغرامة، فيملك الواطئ الدابة في مقابل العوض المدفوع إلى المالك.

وأما المورد الخامس: وهو ما إذا أخرج المال عن الملكية، كانقلاب الخلّ خمراً بيد الغاصب، وهذا هو الذي تعرّض إليه الشيخ بقوله: «ثم إنَّ هنا قسماً رابعاً وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حقّ الأولوية...».

وفي هذا المورد أيضاً يذكر اختلافهم بين القولين، القول الأول: كون البذل المدفوع يعدّ عوضاً عما خرج عن الملكية (أي أنّ بدفع البذل يتحقّق المعاوضة) فحينئذٍ ليس للمالك حقّ المطالبة، وأشار إلى هذا القول بنقل إشكال العلامة رحمته الله في «القواعد» في المقام «فاستشكل في «القواعد»^١: وجوب ردّها مع القيمة»^٢.

ولعلّه يمكن توجيه وجوب الردّ - كما في كلام الشيخ رحمته الله - «من استصحب وجوب ردّها». بتوضيح: أنّ الخلّ قبل صيرورته خمراً كان واجب الردّ، فيشكّ فيه بعد الانقلاب خمراً، فيستصحب الحكم؛ لاتحاد الموضوع، ثمّ ردّه بقوله: «ومن أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك؛ إذ لم يجب إلّا ردّه ولم يكن المالك إلّا أولى به»، بتوضيح: إنّ الموضوع في الاستصحاب ليس متحداً بعد صيرورته خمراً حال كونه خلّاً؛ لأنّ في الأول ملك للمالك وبعده خرج عن ملكيته،

١. قواعد الأحكام ١: ٢٠٦.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٢٦٥.

فليس في الحال ملكاً حتى يستصحب فلا يجب ردها نعم، الباقي للمالك حينئذٍ حقّ الأولوية فقط.

ثم قال رحمته الله: «إلا أن يقال: إنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي ولذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان^١ والمحقق الثاني^٢، ويؤيده أنّه لو عادت خلاً ردّت إلى المالك بلا خلاف ظاهر»^٣ [١].

[١] وحاصل ما أفاده: أنّه لو قلنا بكفاية وحدة الموضوع عند العرف دون الوحدة الحقيقية والواقعية يحكم بوجوب ردها كما هو مذهب جماعة. ويؤيد هذا الحكم (مضافاً إلى أنّ العرف يرى الخلّ المنقلب خمراً هو ذلك الخلّ الذي كان يملكه صاحبه) وجوب ردها فيما لو عادت الخمر خلاً.

ومن خلال ما ذكر في القول الأول (كون البدل يعدّ عوضاً) يتضح القول الثاني، وهو كون البدل المدفوع يعدّ غرامة، فيبقى للمالك حقّ المطالبة حيث علّله الشيخ رحمته الله بقوله: «لعلّه من استصحب وجوب ردها» وعرفية الموضوع وتأنيده بوجوب الردّ بعد إعادته خلاً.

فالمتحصل من جميع ما أفاده الشيخ رحمته الله: أنّه التزم بكون البدل المدفوع يعدّ غرامة في الموارد الثلاثة الأولى (التلف الحقيقي والحكمي وبدل الحيلولة) وبهذا يدفع عنه إشكال الجمع بين العوض

١ . الدروس الشرعية ٦: ١١٢، ومسالك الأفهام ١٢: ٢٣٧.

٢ . جامع المقاصد ٦: ٢٩٢.

٣ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٥.

والمعوض، والتزم في مورد الرابع (عدم تلف العين وكذا الصفات وإنما حدث مانع عن البيع) بأنّ البدل المدفوع عوض لملكية المالك، ولعلّه لمكان النصّ الوارد.

وأما ففي المورد الأخير يظهر منه التردّد بين كونه عوضاً أو غرامة وإن مال إلى الغرامة نهاية.

ولكنّ الذي يخطر بالبال: إنّه ادعى في الصورة الأولى - أي حدوث التلف الحقيقي - بعدّ المثل أو القيمة المدفوعة غرامة ويملكها المالك من دون أن يتحقّق المعاوضة بين الغرامة والتالف. والثمرة التي ترتّب على هذا القول هي أنّه لو قلنا بأنّ التالف المعدم لا يتحمّل الإضافة الملكية (ولذا يقال بدل المدفوع غرامة) فحينئذٍ لا يعقل عود التالف إلى ملكية الضامن بعد ذلك (أي كون البدل غرامة) وتظهر الثمرة في تعاقب الأبدى (وهو تخيير المغصوب منه في أخذ البدل لأيّ من الغاصبين) وسنبحث عنه آنفاً.

وأما لو قلنا: بإمكان تحقّق المعاوضة والتالف كما في الفسخ بعد تلف أحد العوضين حيث يعود كلّ مال إلى ملكية مالكة الأول ويحكم بملكية المعدم ينبغي لنا الالتزام بتحقّق المعاوضة في المقام أيضاً ومالكية المالك للغرامة والضامن للتالف، هذا أولاً.

وادعى في الصورة الثانية أيضاً كون البدل غرامة (أي فيما إذا تلف معظم الأجزاء المقوّمه) والباقي من العين التالفة يبقى على ملكية المالك.

ولا يحقّ لغيره التصرّف فيه، وعلى هذا بنى على بطلان المسح بالنداء الباقية للصلاة، أو في الثوب المخيط المغصوب.

إلا أنّ ما أفاده لا يساعده الأدلّة في باب الضمان (كقاعدة ضمان اليد) فإنّها بعد احتفافها بالارتكازات العقلائية دالّة على تحقّق المعاوضة بين ما يدفعه الضامن غرامة وإبراء لذمته وما هي باقية من الأجزاء ولم يبق للمالك حقّ فيها فيحكم لمالكية الضامن للنداء الباقية والخيوط المستعملة، كما ذهب إليه المحقّق الأردبيلي و«الجواهر».

وأما ما أفاده في الصورة الثالثة: فقد أشكلنا في تمامية الأدلّة التي أقامها لإثبات بدل الحيلولة، وأنّ غاية ما تدل عليه هو الضمان بالنسبة إلى السلطنة الفاتئة من دون أن يملك المالك البدل المدفوع.

وأما الصورة الرابعة: فهي مستفادة من النصّ الوارد كما أشرنا إليه ولا نقاش فيها.

وأما الصورة الأخيرة: فالحقّ عدم صحة ما التزم به؛ لأنّه لم يبق حقّ للمالك (ولو بالأولوية بعد دفع الضامن حقّ المالك ولو بعنوان الغرامة) حتى يطالب به المالك، وأما الاستصحاب فلا وجه له بعد تبدّل الموضوع.

ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أكان للسوق أم للزيادة المتصلة، بل المنفصلة كالثمرة، ولا يضمن منافعتها فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك، وعن «التذكرة»^١ وبعض آخر^١

^١ . تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٢.

ضمان المنافع وقوّاه في «المبسوط»^٢ بعد أن جعل الأقوى خلافه ، وفي موضع من «جامع المقاصد»^٣: إنّه موضع توقّف، وفي موضع آخر رجّح الوجوب^٤ (وجوب الضمان)^٥ [١].

[١] حاصل ما أفاده عدم ثبوت الضمان على الغارم إلى الزيادات السوقية ... (المتصلة والمنفصلة) لو قلنا بكون البذل المدفوع غرامة؛ لأنّه علّل خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها، فلذلك لا يضمن الارتفاع بعد دفع الغرامة.

إلا أنّ الإشكال والسؤال هو أنّ البذل المدفوع هل هو بدل عن العين، أو بدل عن السلطنة الفائتة، فإن قلنا: بأنّه بدل عن العين المتعدّرة فلا يتم الحكم بالضمان بالنسبة إل العين نفسها وكذا زياداتها بعد دفع الغرامة (أي البذل) التي تساوى قيمتها.

وإن قلنا: بأنّ البذل المدفوع بدل عن السلطنة الفائتة، كما هو خيرة الشيخ رحمته الله، فلازمه بقاء البذل على ملك الضامن وإنّما يجوز للمالك أن يتصرّف فيه بدلاً عن التصرّفات في السلطنة الفائتة، فعلى هذا فالعين باقية على ملك المالك، فيضمن الغارم نفسها مع الزيادات الحاصلة فيها؛ لأنّ العين بناءً على هذا مضمونة بضمان آخر لا ربط له بضمان ذمّة الغارم عن السلطنة الفائتة.

١ . مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٩.

٢ . المبسوط ٣: ٩٦.

٣ . جامع المقاصد ٦: ٢٥١.

٤ . جامع المقاصد ٦: ٢٧٣.

٥ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٦.

ثمَّ إنّ ظاهر عطف التعذّر على التلف في كلام بعضهم عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذّر وقبل الدفع كالحاصل بعد التلف...»^١ [١].

[١] وحاصله: إنّ ظاهر كلمات الفقهاء وجوب دفع قيمة يوم التعذّر لا قيمة يوم الأداء، حيث إنهم عطفوا التلف على التعذّر بقولهم: «إذا تعذّر أو تلف» ومقتضى العطف اشتراك حكم المتعذّر مع التالف في كون المضمون قيمة التلف أو التعذّر.

فبناءً على هذا لا معنى لزيادة القيمة بعد يوم التعذّر (كما إذا كان المناخ يوم التلف) لاتحاد المتعذّر مع التالف في الحكم، فلا يجب إذن ملاحظة أعلى القيم بعد التعذّر؛ لعدم كونه مضموناً.

إلا أنّ الشيخ رحمته الله أشكل عليهم: بأنّ التعذّر ليس بحكم التلف مستنداً إلى أنّ «مقتضى القاعدة ضمانه له؛ لأنّ مع التلف يتعيّن القيمة؛ ولذا ليس له الامتناع من أخذها، بخلاف تعذّر العين؛ فإنّ القيمة غير متعيّنة، فلو صبر المالك حتّى يتمكّن من العين كان له ذلك وتبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب على الخلاف. والحاصل: أنّ قبل دفع القيمة تكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذّر، والحكم بكون يوم التعذّر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٦.

والنماء إلى دفع (يوم) البدل وإن تراخى عن التعذر ممّا لا يجتمعان ظاهراً (لأنّه تناقض) فمقتضى القاعدة (يؤخذ الغاصب بأشدّ الأحوال) ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلي^١.

فالنتيجة : لم يبق وجه لقياس باب التعذر ببات التلف. والوجه ما قدّمناه (من ضمان ذمّة الضامن بارتفاع القيمة من حين التعذر إلى حين دفع البدل) نعم، بعد دفع البدل لا يضمن الزيادة كما تقدّم في المسألة السابقة.

ثم إنّّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين وصار ممكناً وجب ردّها على مالکها، كما صرح به في «جامع المقاصد»^٢ فوراً وإن كان في إحضارها مؤونة، كما كان قبل التعذر؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» ودفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاده خروج الغاصب عن الضمان بمعنى: أنّه لو تلفت لم يكن عليه قيمتها بعد ذلك، واستلزم بعد ذلك على ما اخترناه: عدم ضمان المنافع والنماء المنفصل والمتصل بعد دفع الغرامة، وسقوط وجوب الردّ حين التعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب والعموم هو الضمان المدلول عليه بقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت المغيبي بقوله: «حتّى تؤدّي»^٣ [١].

١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٦-٢٦٧.

٢ . جامع المقاصد ٦: ٢٦١.

٣ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٧-٢٦٨.

[١] وحاصل ما أفاده: إنّ وجوب ردّ العين فوري بعد ارتفاع التعذّر ودفع بدل الحيلولة إنّما أخرج العين عن الضمان، فإنّها إن تلفت غير مضمونة بعد دفع البدل، وأمّا بعد التمكنّ من ردّ العين فإنّ مقتضى عموم «على اليد» وجوب ردّها فوراً، وهكذا مقتضى الاستصحاب أي استصحاب وجوب الردّ قبل التعذّر، لا يقال: «إنّ وجوب الردّ (قبل التعذّر) قد سقط بسبب التعذّر وبعد ارتفاعه يستصحب عدم وجوب الردّ.

فما أفاده الشيخ من التمسك باستصحاب وجوب الردّ الثابت قبل التعذّر لا وجه له بعد سقوطه بعروض التعذّر (فإنّه يقال: إنّ سقوط التعذّر كان من جهة حكم العقل بتعذّر الردّ وبعد رفعه وزواله لا يمكن استصحاب بقاء السقوط، فإنّه قد تبدّل الموضوع.

وبعبارة أخرى: إنّ التكاليف المترتبة على الموضوعات مستمرة وعند تعذّر امتثال تكليف في برهة من الزمان لعذر عقلي، فلا وجه للقول بسقوطه بالمرة؛ لأنّ الملاك الموجود للحكم ووجود الموضوع المترتب عليه لا ينتفي بعذر في وقتٍ ما؛ ولذلك بعد ارتفاع العذر بقي التكليف على حاله بوجود المقتضي وعدم المانع، فما أفاده من أنّ وجوب الردّ مقتضى الاستصحاب وعموم القاعدة المنعّية بالأداء تامّ.

ولكنّ الإشكال عليه: إنّهُ التزم آنفاً بسقوط اشتغال الذمة، ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمّانها بعد دفع البدل غرامة وسقوط اشتغال ذمّة الغارم عن العين

وزياداتها، فهو ينافي التزامه هنا بوجوب ردّ العين بمقتضى العموم والاستصحاب.

وهل الغرامة المدفوعة يعود ملكها إلى الغارم بمجرد طرّو التمكّن، فيضمن العين من يوم التمكّن ضمناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان، أو يوم التلف، أو أعلى القيم، أو أنّها باقية على ملك مالك العين وكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمّة الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلّا حكم تكليفي بوجوب ردّه، وأمّا الضمان وعهدة جديدة فلا؟

وجهان: أظهرهما الثاني؛ لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة وعدم طرّو ما يزيل ملكيّته عن الغرامة أو يحدث ضمناً جديداً^١ [١].

[١] تعرّض هنا في حكم الغرامة المدفوعة إلى المالك وأنّه هل تزول ملكية المالك بالنسبة إليها (أي البدل المدفوع غرامة) بمجرد طرّو التمكّن من ردّ العين، أو أنّ الملكية الحاصلة (في البدل) للمالك لا تزول، بل هي باقية إلى ردّ العين، فعلى القول الأوّل: تكون العين مضمونة بضمان جديد بالمثل أو القيمة بعد زوال الضمان عن البدل لطرّو التمكّن.

وعلى القول الثاني: فلعدم زوال الملكية عن ملك المالك، فلا يحصل ضمان جديد.

استظهر الشيخ رحمته الله الوجه الثاني واستدلّ له بوجهين:

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٨.

الأوّل: قوله: «لاستصحاب كون العين مضمونة... ومجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتّى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض والمعوّض، غاية ما في الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفائته المبدلة عنها بالغرامة ووجوبها عليه، وحينئذٍ فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة... ولو لم يدفعها لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً؛ إذ ما لم يتحقّق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم...»^١.

فاستناده إلى الاستصحاب واضح بعد كون العين مضمونة ببطل الحيلولة عند التعذّر، وعند طرؤ التمكن من الردّ نشكّ في بقاء ضمان العين وزوالها، فإنّ مقتضى الاستصحاب بقاء ذمّة الضامن مضمونة ومشغولة ببطل الحيلولة، فيستنتج عدم حصول ضمان جديد بسبب طرؤ التمكن والقدرة على ردّ العين.

الوجه الثاني: إن قلنا بأنّ البطل المدفوع إلى المالك بدل عن السلطنة الفائته بالنسبة إلى العين، فالقاعدة (قاعدة السلطنة) تقتضي بقاء البطل إلى ملك المالك حتى تعود سلطنته على العين.

وإن قلنا: إنّ الغرامة بدل عن العين فلا بدّ من خروجها عن ملك المالك (الحاصل له بالفعل) وعود ملكيّتها إلى الضامن ومجرد طرؤ القدرة والتمكن لا يوجب ذلك؛ لعدم تحقّق السلطنة على العين للمالك بمجرد حصول التمكن.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٢٦٨-٢٦٩.

نعم لورّد الضامن العين إلى المالك فيجب على المالك ردّ البدل، وأما النماءآت الحاصلة من بدل الحيلولة التي استفادها المالك خلال أيام التعذر، فهي تكون للمالك؛ لملكية البدل له، فيكون مالكا للثمرات بقاء.

ثم إنّه تعرّض إلى دفع وهم بقوله: «وتوهم: إنّ المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذر فلا يعود؛ لعدم عود مبدله، ضعيف في الغاية، بل كان بدلاً عن أصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز ولا يجب ردّ نمائه المنفصل».

ثم أضاف قائلاً: «نعم للمالك مطالبة عين ماله؛ لعموم «الناس مسلّطون على أموالهم» وليس ما عنده من المال عوضاً عن مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة، بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك؛ ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة»^١ [١].

[١] والوجه: ما ذكره مضافاً إلى أنّ التعذر سبب لانقطاع سلطنته على نفس المال لا على المطالبة به المتمكّن له بعد رفعه، فيجب على الضامن ردّه تكليفاً.

ومما ذكرنا يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة كما اختاره في «التذكرة»^٢ و«الإيضاح»^٣ و«جامع المقاصد»^٤

١. كتاب المكاسب ٣: ٢٦٩.

٢. تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٥.

٣. إيضاح الفوائد ٢: ١٧٨.

٤. جامع المقاصد ٦: ٢٦١.

وعن «التحرير»^١ الجزم بأنّ له ذلك، ولعلّه لأنّ القيمة عوض إمّا عن العين وإمّا عن السلطنة عليها، و على أيّ تقدير يتحقّق التردّد، وحينئذٍ فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلّم ما بيد الآخر. وفيه: إنّ العين بنفسها ليست عوضاً ولا معوّضاً ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلّط عليها والمعوّض للغرامة السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتردّد، اللهمّ إلا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامة، وهي السلطنة الفائتة والأقوى الأوّل»^٢ [١].

ما أفاده هنا مبني على مختاره من كون بدل الحيلولة بدلاً عن السلطنة فهل يجوز للمالك حبسه إلى أن تصل العين إليه، وهل للضامن حبس العين إلى أن يدفع القيمة؟

ذكر خلاف الأصحاب ونسب إلى بعضهم: أنّه لا يحقّ للضامن حبس العين ونسب إلى البعض الجزم بأنّ له ذلك، ووجّه القول الأخير: بأنّ للضامن حقّ حبس العين إلى حين استرداد البدل؛ لأنّ البدل إمّا أنّه بدل عن أصل المال، وإمّا بدل عن السلطنة، ومقتضى المبادلة هو أنّ لكلّ منها حبس ما عنده حتى يستردّ البدل والعوض، سواء أكان بدلاً عن أصل المال أو عن السلطنة، فبالنسبة إلى المالك حيث إنّ البدل بدل عن السلطنة الفائتة وسلطنة الغارم على ماله بإزاء سلطنته على العين المتعدّرة، فبعد رفع التعدّر كما له مطالبة ماله فللغارم حبس العين إلى

١. التحرير ٢: ١٤٠.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٢٦٩-٢٧٠.

استرجاع ماله. ثم رده الشيخ: بأنَّ المقام ليس مقام المبادلة المعاوضة حتى يتم ما ذكر (أي جواز حبس العين للغاصب وحبس البديل للمالك) ولهذا قال: بأنَّ البديل غرامة وليس بعوض حتى يتم القول بجواز الحبس من الطرفين، وقد مرَّ الكلام آنفاً في الالتزام بكون البديل غرامة عن نفس العين.

ثم لو قلنا بجواز الحبس لو حبسها، فتلفت العين محبوساً فالظاهر أنَّه لا يجري عليه حكم المغصوب؛ لأنَّه حبسها بحق نعم يضمنها؛ لأنَّه قبضها لمصلحة نفسه، والظاهر أنَّه بقيمة يوم التلف، على ما هو الأصل في كلِّ مضمون ومن قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف»^١ [١].

[١] والمسألة واضحة على مختار الشيخ رحمته الله وكذا على القول بالضمان.