مجموعهٔ

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربي «مدظله العالي»

«کتاب البیع»

شماره: (۲۳)

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، وكان مضموناً عليه، أمّا عدم الملك؛ فلأنّه مقتضى فرض الفساد.

وأمّا الضمان بمعنى كون تلفه عليه و هو أحد الأُمور المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف[1] [1].

[1] فكلامه مشتمل على عقد سلبي، وهو عدم تحقّق الملكية بالعقد الفاسد، وعلى عقد إيجابي وهو ثبوت الضمان على القابض، أمّا الأوّل فلأنّ السبب والمؤثّر لحصول الملكية إنّما هو العقد، فإذا كان العقد فاسداً لم يبق وجه لحصولها، ولأنّ العقد الفاسد بمنزلة المعدوم، وعليه الإجماع منقولاً ومحصّلاً ـ كما في الجواهر[2] ـ.

وأمّا الثاني وهو ثبوت الضمان على القابض سواء أتلفه أو تلف قهراً وبتلف سماوي، فهو كالغصب كما عن «السرائر»[3]، وهذا هو المعروف عند الإمامية.

واستدلّ له أوّلاً: بالإجماع واعتمد عليه جماعة كصاحب الرياض[4] وهذا كما ترى لا يعدّ كاشفاً عن رأي المعصوم أو عن دليل معتبر بعد كثرة الأدلّة المستدلّ بها في لسان القوم.

وثانياً: بالنبوي صلى الله عليه وآله المشهور «**على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي**»[5].

---

[1] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٠.
[2] . جواهر الكلام: ج٢٢، ص٢٥٦.
[3] . السرائر: ج٢، ص٢٨٦.
[4] . رياض المسائل: ج٨، ص٢٥٤.
[5] . مستدرک الوسائل: ج١٤، ص٨؛ كتاب الغصب: ب١، ح٤.

لكنّ الإشكال أوّلاً في سند الروايةوهو ضعيف جدّاً ولم يذكر في مجاميع المعدّة لضبط الأحاديث (عند الإمامية) وإنّما استدلّوا بها لمقاصدهم في الكتب الاستدلالية أخذاً عن كتب العامّة عن سمرة بن جندب (وهو الذي له نخلة في دار الأنصاري وشكى عنه عند رسول اللهﷺ فقالﷺ له: «**بع نخلك هذا وخذ ثمنه...**» ثمّ قالﷺ: «**اذهب فاقطع نخله فإنّه لا حقّ له فيه**»[١] وهو ملعون فإنّه ممّن حرّض الناس على الخروج لقتل أبي عبدالله الحسينعليه السلام ـ على ما ذكره إبن أبي الحديد[٢] ـ وأيضاً أخذ من المعاوية (مأة ألف درهم) وقال بنزول الآية النازلة في أمير المؤمنينعليه السلام ﴿**وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا**﴾[٣]، ﴿**وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاء مَرْضَاتِ اللّهِ...**﴾[٤] في إبن ملجم. مضافاً إلى ما قيل فيه: من أنّه بيّاع الخمر ببصرة إلّا أنّه ادّعى جبر ضعفه بعمل المشهور.

وعن الوحيد البهبهاني (في الحاشية على مجمع الفائدة): «لا يخفى أنّ ديدن الفقهاء العمل بمضمون هذا الخبربهذا المضمون في مواقع كثيرة، بل كلّ موقع كان من قبيل ما نحن فيه عملوا به فمجرد الشهرة يجبر الضعف»[٥] ولكن قد حقّقنا في الأُصول وقلنا بعدم جابرية عمل

---

[١] . بحار الأنوار: ج٣٤، ص٢٨٩.
[٢] . شرح نهج البلاغة (لإبن أبي الحديد): ج٤، ص٧٩.
[٣] . البقرة(٢): ٢٠٤.
[٤] . البقرة(٢): ٢٠٧.
[٥] . حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ص١٣٣.

المشهور لضعف السند أوّلاً.

وثانياً: لو احتملنا أنّ عملهم بالحديث لمطابقته للقواعد من العام الفوقاني أو الأصل فليس بحجّة حتّى إذا علمنا باستناد المشهور إليه.

هذا مضافاً إلى أنّه لم يثبت استناد المشهور إلى الحديث المزبور في موارد ضمان اليد؛ لاحتمال استنادهم إلى وجوه أُخر مذكورة في كلماتهم كالإجماع؛ حيث استند كثيرمنهم إليه كالعلّامة والشهيد الأوّل و«الرياض» و«الجواهر»، والسيرة، وأيضاً: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و«لا يحلّ مال امرء مسلم...» وإنّما ذكروا الحديث تأييداً لمدعاهم، فلم يبق وجه على صحة الحديث المزبور إلّا إذا وافق سائر الأدلّة في مواردها.

أمّا الدلالة فقال الشيخ رحمه الله: «**والخدشة في دلالته: بأنّ كلمة (على) ظاهرة في الحكم التكليفي، فلا يدلّ على الضمان ضعيفة جدّاً، فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا أُسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلّفين لا إلى مال من الأموال كما يقال عليه: دين، فإنّ لفظة (على) حينئذٍ لمجرد الاستقرار في العهدة عيناً كان أو ديناً**»[1] **[١]**.

[١] توضيح ما أفاده رحمه الله: إنّه إذا أُسند إلى الأفعال سلّمنا دلالة الكلام على التكليف. وأمّا إذا أُسند إلى العين والموضوع الخارجي فالمراد هو العهدة.

ثمّ إنّ الشيخ رحمه الله استدلّ بوجه آخر وهو قوله: «**ومن هنا كان المتّجة**

[1]. كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨١.

صحّة الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة؛ لعدم التمييز والشعور»[1] **[١] .**

[١] والمراد: معلومية عدم الضمان عليهما؛ لرفع القلم عنهما إلّا أنّ الضمان ثابت عليهما مادام يدهما معتبرة.

إلّا الإيراد على الشيخ: منافاة كلامه هنا مع ما بنى عليه في الأُصول من انتزاع الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية، ففي الصبي والمجنون لا تكليف حتّى ينتزع منه الوضع.

وكيف كان، فبما أنّ الحديث موافق مع الارتكاز والأُصول القطعية فلابدّ من ذكر المحتملات فيه ثبوتاً:

الأوّل: إنّ مدلولة وجوب ردّ المأخوذ، أي يجب على اليد ردّ ما أخذت. والإشكال: أنّه موقوف على أخذ التقدير أي (يجب) في ناحية الوجوب والمتعلّق. والإضمار مخالف للأصل.

الثاني: إنّ مدلوله وجوب دفع البدل. وهو أيضاً يرد عليه الإشكال السابق.

الثالث: مدلوله هو الضمان بالقوّة.

والإشكال: أنّه ما لم يتحقّق التلف لم يتعلّق الخسارة. والتعليق مخالف للظهور.

الرابع: مدلوله وجوب الحفظ، وهذا أيضاً لا يدلّ على أكثر من التكليف.

---

[1] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨١.

الخامس: هو يدلّ على أنّه يستقرّ في ذمّة المستولي وعهدته كلّ ما أخذ من أموال الآخرين، والاستقرار على العهدة يؤدّي إلى ترتّب الآثار الوضعية والتكليفية. والأثر التكليفي: وجوب الحفظ. والأثر الوضعي: هو الاشتغال بالمثل أو القيمة.

واستدلّ الشيخ رحمه الله (ثالثاً) بقوله: «**ويدلّ على الحكم المذكور أيضاً قوله عليه السلام في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري: أنّه يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة، فإنّ ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري، يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى. وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا المتلف فافهم**»[1] **[١]**.

[١] ومراده هي الروايات الواردة كرواية جميل ـ المعتبرة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجيئ مستحق الجارية، قال: «**يأخذ الجارية المستحقّ ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه**»[2].

وكذا رواية أُخرى منه عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة، قال: «**يأخذ الجارية**

[1] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨١.
[2] . وسائل الشيعة: ج٢١، ص٢٠٥؛ أبواب نكاح العبيد والإماء: ب٨٨، ح٥.

صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته»[١].

وبهذا المضمون روايتان عن زرارة وفي إحداهما: ...يـردّ إليـه جاريتـه ويعوّضه بما انتفع، قال: «**كان معناه قيمةالولد**»[٢].

وفي الأُخرى: «**يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمـة مـا أصاب من لبنها و خدمتها**».[٣]

ثمّ إنّه استفاد من هذه الروايات: الحكم بضمان المنفعـة الفائتـة التـي استولى عليها المشتري واستوفاها بعد شراء الأمة بالبيع الفاسد، فالحكم بضمان المنفعة وهي النماء الحاصل من الذمـة فـي المقـام، فـإذا ثبـت ضمان المنفعة فبالأولوية يكون ضمان العين ثابت، فالروايـة دالّـة علـى ثبوت الضمان لذات العين و منافعها.

ثمّ أنّه ردّ من توهّم أنّها واردة في مـورد الإتـلاف، مـع أنّ البحـث فـي المقام إثبات الضمان في التلف المترتّب على المأخوذ بالعقـد الفاسـد بقوله: «بأنّـه كالتـالف لا المتلـف، فـافهم» بمعنـى: أنّ اسـتيلاد الأمـة المسروقة ليس من قبيل إتلاف النماء حتّى يكون المشتري متلفاً، بل من قبيل إحداث نماء في رحم الأمة غيـر قابـل للملـك لصـاحب النمـاء، فيكون بمنزلة التالف لا المتلف، وإنّ الاستيلاد يكون كالتالف ثمّ قـال: «فافهم». ولعلّه اشارة إلى إمكان صدق الإتلاف عرفـاً، كـزرع الحـبّ أو الشجر في أرض الغير.

---

[١] . وسائل الشيعة: ج٢١، ص٢٠٤؛ أبواب نكاح العبيد والإماء: ب٨٨، ح٣.
[٢] . وسائل الشيعة: ج٢١، ص٢٠٤؛ أبواب نكاح العبيد والإماء: ب٨٨، ح٢.
[٣] . وسائل الشيعة: ج٢١، ص٢٠٤؛ أبواب نكاح العبيد والإماء: ب٨٨، ح٤.

وبعبارة أُخرى: إنّ ثبوت الإتلاف لم يكن من المشتري وإنّما ثبت من ناحية الشارع بحرّية الولد ويترتّب على حكمه ثبوت الإتلاف. وتعنون الفعل الصادر بأنّه كالتالف لا كالمتلف من جهة قيام المشتري بإحداث حدث واستبعاد منفعة غير قابل لتملّك المالك، فيعدّ فعله كالتلف لا كالمتلف، فيتمّ الاستدلال بالرواية للمدّعى.

وأورد عليه السيد الخوئي رحمه الله: «بأنّ الروايات المذكورة غريبة عن مركز بحثنا؛ إذ المفروض هنا أن يكون البائع مالكاً أمّا المذكور في الرواية فهو كون البائع غاصباً. ومن الواضح الذي لا ريب فيه إنّه لم يتوهّم أحد عدم الضمان في هذه الصورة حتّى فيما إذا كان العقد غير معاوضي، كالهبة وحكمنا بعدم الضمان في مورد بحثنا»[1].

وبعبارة واضحة: أنّ الروايات دلالتها على الضمان من جهة الغصبية والقول بتعميم الحكم لمطلق المقبوض بالعقد الفاسد يحتاج إلى الدليل وإلغاء الخصوصية عن الغصب. ومع احتمالها لا يمكن إلغائها. ومع التنزّل وتسلّم الدلالة يكون الدليل أخصّ من المدعى؛ لكون الدليل وارداً في خصوص كون البائع غاصباً. وفيما نحن فيه يكون البائع مالكاً والفساد في مورد الروايات من جهة عدم ملكية البائع، فلا تدلّ على ثبوت الضمان فيما لو كان الفساد والخلل من جهة الإخلال بشروط العقد أو المتعاقدين، وهذا إشكال وارد.

إلّا أنّ الشيخ رحمه الله استدلّ بها للضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد بطريق

[1]. مصباح الفقاهة: ج٣، ص٩٠.

الأولوية: لأنّه بعد الحكم في الرواية لضمان قيمة الولد فالحكم بالضمان بالنسبة إلى الأُمّ أولى.

وتبعه المحقّق النائيني قائلاً: «أنّ الحكم بضمان قيمة الولد يدلّ على ضمان الأصل أيضاً؛ لكون الولد من تبعات الأصل ومتفرّعاته، فيكون ضمانه تابعاً لضمانه. وما ذكرنا من الاستدلال بطريق الفرعية أولى ممّا استدلّ به في الكتاب بطريق الأولوية؛ لإمكان منع الأولوية».

ثمّ احتمل ثانياً (بعد احتمال كون منشأ الضمان هو اليد) أن يكون منشأ الضمان هو الاستيفاء كما إذا أكل خبز الغير فإنّ بهذا الاستيفاء يضمن قيمته، إلّا أنّ ضمان المنفعة المستوفاة لا يستلزم ضمان العين، ثمّ قوّى الاحتمال الأوّل فتبيّن كون ضمان قيمة الولد باليد لا بالاستيفاء).

وأوضح مراده وهذا نصّ كلامه قائلاً: «وتوضيح المقام: إنّ منشأ الضمان قد يكون هو الاستيفاء وقد يكون هو اليد وقد يكون الإتلاف. مثال الأوّل: ما إذا أكل مال الغير كخبزه مثلاً؛ حيث إنّه باستيفائه يضمن قيمته.

ومثال الثاني: ما إذا اتلف مال المغصوب عند الغاصب بتلف سماوي؛ حيث إنّه ليس في البين استيفاء ولا إتلاف، بل وقع التلف قهراً وإنّما الضمان نشأ من اليد.

ومثال الثالث: ما إذا منع المالك عن التصرّف في ماله من دون تصرّف منه فيه ولا شبهة في ثبوت الضمان بالأوّلين. ولكن في ثبوته بالثالث بحث طويل وفيه أقوال ثالثها التفصيل بين وقوع الإجارة على ما أتلف لا

بالاستيفاء وبين عدم وقوعها بثبوت الضمان في الأوّل دون الأخير. ولا يبعد أن يكون الأقوى هو الأخير. والتحقيق في ذلك موكول إلى محلّ آخر.

وكيف كان، فلا إشكال في أنّ استيلاد الأمة ليس من قبيل إتلاف منفعتها من دون استيفاء أو يد. وهذا ظاهر. وإنّما الكلام في تشخيص كونه من قبيل الاستيفاء أو من قبيل اليد. فإن كان من قبيل الاستيفاء فضمان المنفعة المستوفاة لا يستلزم ضمان العين كما هو واضح. وإن كان لأجل اليد فاليد على المنافع بعين اليد على العين فيكون ضمانها بعين ضمان العين. وهذا ما قلنا من أنّ دلالة الرواية حينئذٍ ليست بمناط الأولوية، بل إنّما هي بعين الدلالة على ضمان العين. و حينئذٍ فالمهمّ هو بيان كون المورد من أيّ قسم من القسمين المذكورين (ضمان بالاستيفاء، وضمان باليد) فنقول: يحتمل أن يكون منشأ الضمان في المقام هو اليد. وذلك لأنّ الفعل الصادر عن المشتري الذي استولد الأمة هو الوطء ويترتّب على الوطء الحمل ويترتّب على الحمل الولادة، فما استوفاه المشتري بالمباشرة هو الوطء لا الأخيرين لكن يجب أن ينظر إلى أن ترتّب الحمل والولادة على الوطء هل هو من قبيل ترتّب المسبّبات التكوينية على أسبابها كترتّب الإحراق على الإلقاء أو من قبيل ترتّب المعلول على علله المعدّة الذي يمكن أن يترتّب، ويكن أن لا يترتّب فإن كان من قبيل الأوّل فيكون الحمل والولادة أيضاً مستوفى باستيفاء سببهما الذي هو الوطء. وإن كان من قبيل الأخير فليس بالنسبة إليهما استيفاء لا بالمباشرة ولا بالتسبيب، فلو كان حينئذٍ

ضمان لابدّ أن يكون بسبب اليد، لكن لا ينبغي الإشكال في أنّ ترتّبهما على الوطء ليس من قبيل ترتّب المسبّبات على أسبابها التكوينية بحيث كان الحمل بنفسه متعلّق إرادة الواطء وكان فعلاً اختيارياً له وهذا ظاهر جدّاً. وحينئذٍ فإمّا أن يكون الضمان على نفس الوطء أو يكون على ما يترتّب عليه. ومن المعلوم أيضاً أنّ ضمان قيمة الولد ليس ضمان قيمة الوطء، بل إنّما هو ضمان منفعتها التي عبارة عن ولدها الذي هو كأبيه حرّ بحكم الشارع وحكمه صار منشأ لتلف المنفعة، أعني رقية الولد بحيث لولا حكمه بحرّيته يحكم على الرقية بتبعية أُمّه ولم يكن تالفاً، فهذه المنفعة أعني الولد كالتالف أعني تلف بحكم الشارع لا المتلف، أي ليس بسبب استيفاء المستوفي إيّاها ويكون نظير تلفها بسبب سماوي وليس الضمان حينئذٍ إلّا بسبب اليد هذا.

ويحتمل أن يكون منشأ الضمان هو الاستيفاء وذلك لأنّ ما ذكر في احتمال كونه بسبب اليد وإن كان قوياً متيناً، إلّا أنّه دقّة عقلية ولا شبهة في أنّ المرجع في مثل المورد هو العرف ولا ينبغي التأمّل في حكم العرف باستيفاء الولد والحمل وإن لم يكن بالدقّة كذلك. وأقوى الاحتمالين هو الأوّل. وذلك لأنّ العرف إنّما يكون هو المحكّم في تشخيص المفهوم وأمّا في تطبيق المفهوم على المصداق وتعيين المصداق فلا سبيل إلى الرجوع إليه وما نحن فيه من هذا القبيل؛ لأنّ الشك في كون المورد من موارد المسبّبات التوليدية بعد تبيّن مفهومها

شكّ لا في أصل مفهومها، فحينئذٍ فالأقوى صحة التمسك بالخبر؛ لتبيّن كون ضمان قيمة الولد باليد لا بالاستيفاء»[١] انتهى كلامه.

وما اختاره وإن كان على وفق القاعدة وكمال الدقّة، إلّا أنّ صراحة بعض الروايات الواردة المستدلّة بها لا تساعده حيث أطلق الإمام عنوان الاستيفاء على الولد المتولد منها في رواية زرارة قال: قلت لأبي جعفر: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجيئ الرجل فيقيم البيّنة على أنّها جاريته لم تبع ولم توهب؟ فقال : «**يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع**»، قال: كان معناه قيمة الولد.[٢]

ففي الرواية صرّح الإمام بلزوم دفع العوض عمّا استوفاه المشتري من المنفعة، فالضمان المترتّب لا يعدّ ضمان التلف ولا الاتلاف أيضاً وإنّما هو ضمان الاستيفاء بمقتضى فهم العرف، فلا وجه لما اعترضه المحقّق النائيني بأنّ العرف لا يعدّ مرجعاً في التطبيق، هذا من جهة الدلالة ولا بأس بسندها؛ حيث إنّها مروية في «التهذيب» عن صفوان عن أبي عبدالله الفرّاء عن زرارة.[٣] وروى الصدوق عن ابن أبي عمير عن الفرّاء (أبي عبدالله الفرّاء)[٤] وينطبق على كلا الطريقين (صفوان وإبن أبي عمير) عموم التوثيق الوارد (بأنّه لا يرسل ولا يروي إلّا عن ثقة) هذا.

---

١. المكاسب والبيع (للنائيني): ج١، ص٢٩٧-٢٩٩.
٢. وسائل الشيعة: ج٢١، ص٢٠٤؛ أبواب نكاح العبيد والإماء: ب٨٨، ح٢.
٣. التهذيب: ج٧، ص ٢٧٦/٦٤.
٤. الفقيه: ج٤، ص٤٤٢.

فالثابت بهذه الروايات مجرد ضمان استيفاء دون ضمان التلف (كما عن الشيخ والنائيني) ولا ضمان الإتلاف (كما عن السيدﷺ والمحقّق الإصفهاني).

واستدلّ أيضاً (رابعاً) بالروايات الدالّة على عدم حلّية مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه[1] وأنّها شاملة للمقام.

وأُورد عليه: بأنّ نسبة الحلّ إلى الأموال والأعيان إنّما هي باعتبار التصرّف؛ لأنّه لا معنى لحلّية الأعيان الخارجية كما أنّ نسبة الحرمة إليها كذلك؛ ضرورة أنّه يراد منه حرمة الخمر حرمة شربه وحرمة المال حرمة التصرّف فيه وحرمة الأُمّهات والبنات والأخوات حرمة نكاحهنّ وهكذا.

فالفرض من هذه الروايات إنّما هو الحرمة التكليفية دون الوضعية فهي إذن بعيدة عن إثبات الضمان.

ومراده عدم قابلية الأعيان الخارجية للاعتبار الوضعي، فالحلّية أو الحرمة المستندة إلى الخبز والخمر، فإنّهما تفيدان الحلّية والحرمة التكليفية نعم، إذا استندتا إلى الأُمور الاعتبارية كالبيع والربا لا بأس بظهورهما في الوضع وفي المقام أسندت الحرمة إلى المال وهو من الأعيان الخارجية فيكون ظاهراً في التكليف فتفيد الحرمة التصرّف في مال المسلم تكليفياً إلّا برضا المالك، سلّمنا أنّ إسناد الحلّية والحرمة إلى الأعيان يقتضي التكليف (كالأكل والشرب و ...) ففيها يقدّر الفعل

[1] . وسائل الشيعة: ج٥، ص١٢٠؛ أبواب مكان المصلّي: ب٣، ح١.

المناسب لها).

وأمّا إذا أسند إلى العين الخارجي (كالمال) فلابد أن يكون المقدّر هو التصرّف والتصرّف أعمّ من التكويني والاعتباري بصحة موضوعية الأموال بكلا التصرّفين من الأكل والشرب والبيع والإجارة و... .

فإذن يكون التصرّف المتعلّق بالمال يتفاوت ويختلف عن التصرّف المتعلّق بالذات، فإذا تصوّرنا أعمّيته عن الخارجية والاعتبارية فلم يبق وجه لحمل الحلّية على التكليفية، فإذن لا مانع من حملها على الوضعية إذا اقتضت المناسبة بين الحكم والموضوع، إلّا أن يقال بعدم دلالة هذه الرواية على الضمان؛ لأنّها في مقام بيان ممنوعية التصرّفات التكوينية والاعتبارية أيضاً بالنسبة إلى أموال الناس بمعنى: أنّها تمنع عن أكل أموال الناس. وأمّا الضمان فلا يستفاد منها؛ لعدم كونها في هذا المقام.

واستدلّ (خامساً) بقوله عليه السلام: «حرمة ماله ـ مؤمن ـ كحرمة دمه» (عن أبي جعفر عليه السلام قال: «**قال رسول الله صلى الله عليه وآله: المؤمن فسوق وقتاله كفر وأكل لحمه معصية لله وحرمة ماله كحرمة دمه...**»[1] فالظاهر من هذه العبارة هو أنّ إتلاف مال المؤمن موجب للضمان ولا يذهب هدراً، كما أنّ دمه لا يذهب هدراً، بتوضيح: أنّه كما أنّ للدم حكمين تكليفية ووضعية من جهة القتل وثبوت الدية فالمال كذلك يترتّب عليه الجهتان.

[1] . وسائل الشيعة: ج١٢، ص٢٨١؛ أبواب أحكام العشرة: ب١٥٢، ح١٢.

وأُورد: أنّها تدلّ على الضمان في فرض الإتلاف دون التلف، فالدليل أخصّ مضافاً إلى أنّها مذكورة في عداد جمل أُخر التي هي ظاهرة في الحكم التكليفي، واتحاد السياق يقتضي إرادة الحكم التكليفي منها، فهي أيضاً بعيدة عن إثبات الضمان؛ حيث إنّ الحكم في الصدر من جهة السبّ والقتال والغيبة وهي ليست بأكثر من التكليف، ففي الذيل كذلك.

والإشكال عليه: أنّ الاستدلال بوحدة السياق ينافي ما أفاده في الأُصول من جواز التفكيك بين الفصول المتعدّدة في رواية واحدة إذا اقتضت القرينة ذلك كما أفتى هو في مثل قوله: «اغتسل للجمعة الجنابة» بحمل الأوّل على الاستحباب؛ لما ورد في الدليل من الرخصة والثاني على الوجوب.

وفي المقام لا بأس بحمل الموارد في الصدر على التكليف وفي الذيل على التكليف والوضع.

واستدل (سادساً) بما روي في عدّة روايات من أنّه لا يصلح ذهاب حق أحد:

منها: رواية الحلبي ومحمد بن مسلم ـ في الصحيح ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة من غير أهل ملّتهم؟ قال: «**نعم، إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد**».[1]

[1] . وسائل الشيعة: ج١٩، ص٣١٠؛ كتاب السبق والرماية: ب٢٠، ح٣.

منها: رواية الكناسي ـ الصحيحة ـ قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل، هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: «**لا، إلّا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية؛ لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ امرء مسلم ولا تبطل وصيّته**».[١]

ومنها: غيرهما من الروايات بهذا المضمون.

وأُورد على هذا الاستدلال: بأنّه متوقّف (أي ثبوت الضمان) على أن يراد بالحقّ المال وأن يكون عدم صلوح ذهابه كناية عن الضمان ولم يثبت شيء من الأمرين، بل إنّ تلك الجملة واردة في الوصية وأنّ للمسلم أن يوصي بماله وهذا أحقّ له ولا يصلح أن يذهب حقّه وعليه فإن أمكن الإشهاد عليه من المسلمين فهو وإلّا يجوز شهادة غيرهم أيضاً وهذا أجنبي عمّا نحن فيه.

ويضاف إلى ذلك: أنّها لا تشمل صورة التلف، فيكون أخصّ من المدّعى. ومحصّله: أنّ المال إذا تلف بعقد فاسد لا يثبت ضمان المشتري بهذه الروايات.

وما أورده تامّ بالنسبة إلى رواية الكناسي بعد إطلاق كلمة «الحقّ» فيها إلى حقّ الوصية وهكذا رواية سماعة[٢] (رواية أُخرى في الباب) وأمّا رواية الحلبي ومحمد بن مسلم فظاهرها تأسيس قاعدة عامّة تشمل مطلق الحقوق المالية وغيرها ولا يختصّ الحكم من «عدم صلوح حقّ

---

[١] . وسائل الشيع: ج١٩، ص٣٠٩؛ كتاب السبق والرماية: ب٢٠، ح١.

[٢] . وسائل الشيعة: ج١٩، ص٣١١، كتاب السبق والرماية: ب٢٠، ح٥.

أحد» خصوص حقّ الوصية، فالتخصيص بالوصية أو بغير الأموال ممّا لا وجه له.

ويؤيّد ما ذكر إطلاق الحقّ في القرآن وأيضاً في السنّة على الحقوق المالية كقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ**﴾[١].

وأيضاً قوله عليه السلام: «**هلك الناس في بطونهم وفروجهم؛ لأنّهم لم يؤدّوا إلينا حقّنا**».[٢] فلا وجه للتقييد بغير الحقوق المالية نعم، سلّمنا الإشكال على الاستدلال بها بأخصّيتها عن المدّعى وأنّها لا يثبت بها التلف بالآفة السماويّة.

واستدلّ (سابعاً): بالروايات الدالّة على نفي الحكم الضرري في الشريعة المقدّسة. ومن الظاهر أنّ الحكم بعدم ضمان القابض لها قبضه بالعقد الفاسد ضرر على المالك فينتفي بأدلّة الضرر.

وبعبارة واضحة: يحمل نفي الضرر بأنّه متدارك بجعل الضمان وفي المقام حينما يتضرّر صاحب المال المأخوذ بالعقد الفاسد (بالتلف) فالشارع ينفي الضرر ويدفع عنه الخسارة بجعل الضمان ويتدارك به ضرره.

وأُورد عليه (سواء قلنا بأنّ الدليل ينفي الحكم الضرري بدواً أو ينفي الحكم بلسان نفي الموضوع): بأنّ أدلّة نفي الضرر تختص برفع الأحكام

---

[١] . المعارج (٧٠): ٢٤ و٢٥.

[٢] . وسائل الشيعة: ج٩، ص٥٤٣؛ أبواب الأنفال: ب٤، ح١.

المجعولة في الشريعة التي ينشأ منها الضرر (كالضرر الحاصل من وجوب الوضوء) فالشارع يرفع الضرر الحاصل منه برفع الوجوب. وأمّا إذا كان الضرر ينشأ من عدم جعل حكم، كالضمان في المقام، فإنّ أدلّة الضرر عاجزة عن رفعه ولا تفي بنفيه لثبت الجعل الشرعي. مضافاً إلى أنّه حقّق في محلّه (مبحث لا ضرر) من أنّ (دليل لا ضرر) ناظر وحاكم على إطلاقات أدلّة الأحكام بمعنى: أنّه كلّما كان إطلاق الحكم سبباً لحدوث الضرر يقيّد هذا الإطلاق ويرفع الحكم الضرري وبذلك يتدارك الإضرار الحاصل من الأحكام المجعولة، ومعنى هذا ارتفاع الضرر الذي منشأها جعل الشارع.

واستدلّ (ثامناً): بالسيرة العقلائية القطعية المتصلة بزمان المعصومين عليهم السلام وغير المردوعة من قبلهم، فيحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد مطلقاً من ناحية السيرة المزبورة سواء في ذلك التلف أو الاتلاف.

ويمكن الإيراد عليه: بأنّه في فرض تسليط المالك غيره على ماله مجّاناً لا نردّد في عدم ثبوت الضمان، كما لا ترديد في ثبوت الضمان لو سلّطه غير مجان بناءً على سيرة العقلاء. وإنّما الكلام في ثبوت هذه السيرة لو سلّط غيره على ماله بضمان المسمّى، ثمّ تلف المال في يده من دون تعدّد ولا تفريط في العين، فهل العقلاء يحكمون بضمانه للبدل الواقعي وإن كان قيمته أضعاف قيمة المسمّى، أم يحكون بعدم جواز مطالبة المشتري أكثر من القيمة المقبوضة؟

الظاهر من سيرتهم عدم ثبوت التضمين بالبدل الواقعي بأن يعود المالك إلى المشتري ويطالبه ببدل العين التالفة وإن كان قيمتها أضعاف البدل المسمّى، بل المعهود منهم عدم المطالبة إلّا بما اتفقا عليه من ثمن المسمّى دون البدل الحقيقي.

فالنتيجة: إنّه إذا اعتمدنا على قاعدة اليد فهي تثبت الضمان بالبدل الواقعي وأمّا لم نعتمد عليها وقلنا بالسيرة فهي تحكم بأنّه ليس على المتلف إلّا دفع ثمن المسمّى وعلى الأقلّ بلزوم المصالحة. وأمّا ثبوت الضمان بالبدل الواقعي غير ممكن أو في غاية الإشكال، فمقتضى المقام عند القول في إثبات الضمان بالسيرة ملاحظة مواردها؛ لخلوّها عن قاعدة كلّية قابلة للتطبيق في جميع الموارد وتلاحظ في كل مورد بخصوصه ولا سيّما بعد لزوم إحراز اتصالها بزمن الشارع وتعارفها نعم، لو التزمنا بقيام السيرة على ثبوت الضمان بالبدل الواقعي يشكل الجزم بثبوت اتصالها بزمن الشارع ولا سيما بعد احتمال الاستناد بقاعدة اليد في إثبات البدل الواقعي؛ لاحتمال كون الحكم بثبوت الضمان الواقعي مستنداً إلى القاعدة دون السيرة، فلا يمكن عدّ السيرة دليلاً مستقلّاً في قبال القاعدة؛ ولذا ذهب بعض الأكابر بلزوم مراعاة الاحتياط اللزومي بالمصالحة بالنسبة إلى البدل الواقعي والبدل المسمّى مع فرض رفع اليد عن قاعدة اليد. وإلّا فالقاعدة تامّة الدلالة على إثبات البدل الواقعي.

وفي المقام شبهة منقولة عن المحقّق النائيني﵀ (رواها السيد الميلاني﵀)[١] حول معنى القاعدة وهي أنّ المراد من كلمة «اليد» هي يد الغلبة والقهر لا عدم الحقّ؟

توضيح ذلك: تارة نلتزم بأنّ المراد من اليد عمومها الشامل لليد القهرية وغيرها من التناولية بالحق وغيره ولازم هذا المبنى التخصيص في اليد الأمانية (بالأمانية المالكية والشرعية) يعني: لو أعار أو ائتمن فإنّه بعد اندراجه في قاعدة اليد تخرج بأدلّة الأمانة والعارية.

وأمّا لو التزمنا بأنّ المراد من كلمة اليد خصوص اليد المستولية على المال من غير حقّ، فحينئذٍ يكون خروج الأمانة والعارية بالتخصيص.

وتظهر الثمرة في موارد الشبهات المفهومية؛ حيث إنّ الخروج لو كان بالتخصيص (أي التزمنا بعموم دليل اليد) ففي موارد إجمال دليل المخصّص، يكون المرجع عموم قاعدة اليد. وأمّا لو كان الخروج تخصّصياً، فإنّه في موارد الشبهة المفهومية بالنسبة إلى المخصّص وعند الشك في حقانية اليد المستولية وعدمها فعند ذلك يسقط عموم القاعدة عن الدلالة ويكون المرجع هو البرائة. ولا إشكال في وجود الفارق بين اليد المستولية على المال قهراً والمستولية عليه بحقّ، (وقد خلط الأمر هنا) فقد تكون اليد المستولية على المال بغير حقّ ولكن لا يعدّ استيلائها على المال قهرياً، كما في المقبوض بالعقد الفاسد ولا توصف

١.

يده قهراً ولا غلبة برغم أنّها يد باطلة وليس بأمانة شرعية ولا مالكية (وللكلام في المقام مجال نتعرّض له...).

ثمّ إنّ الشيخ رحمه الله بعد الفراغ عن الاستدلال للفرع المذكور (أي المقبوض بالعقد الفاسد) بالإجماع وبقاعدة اليد والروايات الواردة في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة قال: «**ثمّ إنّ هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة (كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) وهذه القاعدة أصلاً وعكساً وإن لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة رحمه الله، إلّا أنّها تظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في «المبسوط»[1] فإنّه علّل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة: بأنّه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.** وحاصله: **إنّ قبض المال مقدماً على ضمانه بعوض واقعي أو جعلي موجب للضمان وهذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها. وذكر أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد أنّ صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده. وهذا يدلّ على العكس المذكور، ولم أجد من تأمّل فيها عدا الشهيد في «المسالك»[2] فيما لو فسد عقد السبق فهل يستحقّ السابق أُجرة المثل أم لا...»[3] [١].**

---

[1] . المبسوط: ج٢، ص٢٠٤.
[2] . مسالك الأفهام: ج٦، ص١١٠.
[3] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٢.

[١] إنّه﵀ تأمّل أوّلاً في مستند هذه القاعدة بقوله: «وإن لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلّامة﵀» وقال في «التذكرة»: إذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان؛ لأنّه قبضه بحكم أنّه رهن وكلّ عقد كان صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك...»[١]، ثمّ استظهر من تعليل الشيخ في «المبسوط» حيث علّل ثبوت الضمان بأنّه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه وجب عوض المثل لما تلف في يده.[٢] بمعنى: أنّه لمّا اشترى شيئاً فإنّه اشتراه على الضمان ببدل المسمّى فالإقدام على المعاملة يلازم الالتزام بالضمان، فإذا ظهر فساد العقد انتفى المسمّى ولكن أصل الضمان باقٍ.

وكيف كان فقد استدلّ الشيخ﵀ في المقام بدعوى: أنّ المقبوض بالعقد الفاسد من صغرياتها، وأراد إثبات الضمان بقاعدة اليد وأنّها مقتضية له وإن أشكل في علّيّة القاعدة للضمان بنحو الإطلاق؛ لعدم وجود الضمان في بعض الموارد وللاستدلال على تحقّق الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد بهذه القاعدة (ما يضمن بصحيحه) مجال واسع، المحكي عن الشهيد في «المسالك»: أنّه حكم بالفساد في ما لو رهن الراهن ماله على دين واشترط معه على أن يكون المال المرهون مبيعاً إذا لم يف بدينه[٣]. وهذا الحكم منه بالفساد مقيّد واستدلّ على

[١] . تذكرة الفقهاء: ج١٣، ص٢٥٢.
[٢] . راجع المبسوط: ج٣، ص٥٨، ٦٥، ٨٥، ٨٩.
[٣] . المسالك: ج٤، ص٥٥.

حكمه بالفساد بأنّ الرهن فاسد ولأنّه محدود بالأجل والمعتبر في الرهن تحديده بأداء الدين عند انتهاء الوثيقة بأداء الدين، فإذا حدّد الرهن بوقت معيّن يوجب فساده كما أنّ البيع يفسد أيضاً؛ لصيرورته معلّقاً على كون المال المرهون مبيعاً في وقت معيّن (رأس المدّة) ومن المعلوم أنّ التعليق يوجب بطلان العقد. فما هو المستفاد من كلام الشهيد استدلاله على البطلان مبني على شرط النتيجة دون شرط الفعل بمعنى: أنّه يرى أنّ فساد العقد ناشٍ من جهة التعليق في البيع وصيرورة البيع معلّقاً على عدم الوفاء بالدين بحيث كانت النتيجة صيرورة المرهونة مبيعاً.

وأمّا إذا كان الاشتراط بنحو شرط الفعل بأن يشترط عليه بأن يبيع عليه المرهونة عند حلول الأجل، فإنّه لا يضرّ بصحة العقد.

والظاهر أنّ إشكال الشهيد وكذا الشيخ الطائفة والمحقّق ـ على ما نقل عنهما ـ في صحة العقد والحكم ببطلانه من جهة الالتزام بلابدّية وجود السبب المتعارف والمشروع لكلّ معاملة وتحقّق البيع مثلاً (بالإيجاب والقبول) وعدم تحقّقه من خلال الشرط.

نعم من التزم بعدم لزوم سبب خاص ـ عدا بعض العقود أو الإيقاعات ـ يتم عنده اعتبار البيع وإبرازه بكلّ سبب وحتى الشرط.

والمحكي عن الشهيد عند التعرّض لفرع آخر: إذا تلف المال المرهون قبل الأجل فهو غير مضمون؛ لأنّ الرهن كان فاسداً قبل حلول الأجل، فإذا تلف قبل حلول الأجل لا يضمن؛ لأنّ الرهن الصحيح لا يضمن التلف قبل الأجل ففاسده كذلك، وهذا بخلاف ما لو تحقّق التلف بعد

الأجل، فهو مضمون؛ لأنّه بعد الأجل برغم أنّ البيع فاسد لكنّه مضمون؛ لأنّ البيع صحيحه مضمون ففاسده كذلک.[١]

فظهر أنّ الضمان ثابت بعد الأجل وغير مضمون قبله ودليل الشهيد على الضمان عند حلول الأجل من جهة الإقدام ومن جهة قاعدة اليد. وأمّا شيخ الطائفة فلم يتعرّض لقاعدة الإقدام. ولعلّه لذلک نسب الشيخ الأعظم تبعية الشهيد في حكمه لشيخ الطائفة في كتاب البيع والإجارة؛ حيث استدلّ فيهما على الضمان بالإقدام؛ حيث أشكل على التمسّک بقاعدة الإقدام بقوله: «**وهذا الوجه لا يخلو عن تأمّل؛ لأنّهما أقدما وتراضيا وتواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ لا الضمان بالمثل أو القيمة والمفروض عدم إمضاء الشارع لذلک الضمان الخاص ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوّم بخصوصية أُخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت فحكم شرعي تابع لدليله وليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان**».[٢]

وبما ذكر يظهر بطلان التمسّک بقاعدة الإقدام لإثبات الضمان لا من جهة كبرى القاعدة، بل من جهة الخلل الحاصل في تحقّق صغرى القاعدة وهي عدم تحقّق الإقدام في العقد الفاسد، فالنتيجة: إنّه عند تحقّق الصغرى (الإقدام) فالضمان ثابت لا محالة وبهذا البيان يندفع الإشكال «من أنّ الإقدام على ضمان خاص ـ ضمان المسمّى ـ يعدّ في

---

[١] . مسالک الأفهام: ج٤، ص٥٦.
[٢] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٨.

الحقيقة إقداماً على أصل الضمان» من أنّ بانتفاء الضمان الخاص ينتفي أصل الضمان.

وفي المقام أورد المحقّق الآخوند﵀ على الشيخ﵀ بقوله: «إنّهما أقدما على أصل الضمان في ضمن الإقدام على ضمان خاص والشارع إنّما لم يمض الضمان الخاص لا أصله».[1] ولكنّ الظاهر أنّه لم يلتفت إلى ما أفاده الشيخ﵀؛ حيث إنّه صرّح بقوله: «إنّهما أقدما على الضمان بالمسمّى» وعبّر عنه بالحصّة الخاصّة في العقد الفاسد، فإذا زالت الحصّة لا يعقل بقاء شيء بعده.

وبعبارة واضحة: إنّ المتبايعين أقدما على الحصّة الخاصّة المسمّاة بضمان المسمّى دون الإقدام على المركّب من الأصل والحصّة أو الاشتراط، فمع انتفاء الحصّة لا مجال لبقاء أمر آخر، هذا أوّلاً.

وثانياً: بعد التنزّل والقول بتوجيه الإقدام فإنّه لا محصّل له؛ لأنّ الشارع لم يمض أصل الطبيعة، بل أمضى في حصّة خاصّة غير الأصل. وللكلام تتمة نتعرّض له عند البحث عن أصل القاعدة. ومحصّل الكلام: أنّه لا دليل على هذه القاعدة وقد مرّ مضافاً إلى أنّ المتعاملين قد أقدما على الضمان بالمسمّى ولم يثبت دليل على صحة إقدامهما وما ثبت عليه الدليل لم يقدما عليه.

الكلام في أصل القاعدة وعكسها (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) قوله﵀: «**فنقول ومن الله**

[1] . حاشية المكاسب (للآخوند﵀): ص٣١.

الاستعانة: إنّ المراد بالعقد أعمّ من الجائز واللازم، بل ممّا كانت فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة والخلع. والمراد بالضمان في الجملتين: هو كون درك المضمون عليه بمعنى: كون خسارته ودركه في ماله الأصلي فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه...»[1] **[١].**

[١] بيّن المراد من العقد وأنّه أعمّ من اللازم والجائز وكذا الإيقاع نعم، يوجد في بعض التعابير «كلّما يضمن بصحيحه ...» فعليه لا احتياج إلى هذا التفصيل.

وكيف كان ففي الجعالة لو قال: «من ردّ عليّ ضالّتي فله هذا الشيء المعيّن» ثمّ تبيّن عدم ملكيته للجاعل فسدت الجعالة وكان ضامناً؛ لأنّ الجعالة الصحيحة فيها الضمان وعليه دفع البدل، وكذا في الخلع فلو تبيّن فساده كان المرأة ضامنة لثبوت الضمان في الخلع الصحيح.

فمحصّل كلام الشيخ﵀: إنّ قاعدة اليد مؤثّرة في كلّ مورد يضمن بصحيحه في موارده الفاسدة وهكذا العكس؛ لأنّ هذه القاعدة اقتضائية متوقّفة تأثيرها على عدم المانع.

أمّا المراد بالضمان، فهذه المادّة لغة بمعنى التكفّل والتعهّد، كما عن «الصحاح»[2] و«لسان العرب»[3]، وفي الرواية: «**ضمنت لمن اقتصد أن**

---

[1] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٣.
[2] . الصحاح: ج٦، ص٢١٥٥
[3] . لسان العرب: ج١٣، ص٢٥٧.

لا يفتقر»[١] وأيضاً «**الإمام ضامن للقرائة**»[٢] فالمعنى هو الكفالة والتعهّد، مع أنّ الشيخ فسّره بالخسارة. فعلى الأوّل: يكون المال التالف ثابتاً في ذمة الضامن اعتباراً، فإن كانت المعاملة صحيحة فالمشتري متعهّد وملتزم بدفع الثمن والشارع قد أمضى العوض المسمّى. وأمّا إن كانت فاسدة بمعنى: أنّ الشارع لم يمض بدلية المسمّى عوضاً عن مالية الشيء المبيع فكان على المشتري دفع البدل مثلاً أو قيمة إن كان المبيع تالفاً، وإن كان باقياً وجب إرجاعه عيناً.

وقد يجب دفع أقلّ الأمرين من المسمّى والبدل كما في الهبة المعوّضة حينما تلفت العين الموهوبة المشروطة بالعوض المقبوضة بالعقد الصحيح ففي المسالك. عليه دفع أقلّ الأمرين واستدلّ: بأنّ المتّهب كان مخيّراً بين تملّك العين الموهوبة ودفع العوض وبين إمساك العوض وإرجاع العين، والآن حيث إنّ العين تالفة وهو لا يدفع العوض فالتخيير باقٍ إمّا بدفع العوض وإمّا بدفع بدل العين فالمتعيّن من ضمان المتّهب هو أقلّ الأمرين.[٣]

بتوضيح: أنّه إن سلّم المتّهب العوض في الهبة المعوضة كانت العين الموهوبة ملكاً له وإلّا كان للواهب الرجوع في العين، ولو تلفت بيد المتّهب والهبة صحيحة فالبدل المسمّى أو الواقعي مخيراً فله دفع أقلّ الأمرين، وفي قبال هذا القول (ما ذهب إليه صاحب العروة) القول بدفع

---

[١] . وسائل الشيعة: ج١٧، ص٦٤؛ أبواب مقدّمات التجارة: ب٢٢، ح٢.
[٢] . وسائل الشيعة: ج٨، ص٣٥٣؛ أبواب صلاة الجماعة: ب٣٠، ح١.
[٣] . مسالك الأفهام: ج٦، ص٦٣.

العوض المسمّى؛ لأنّه كان مخيراً بين ردّ العين أو إمساكها ودفع العوض[١] بمقتضى القاعدة العامّة من أنّه إذا تعذّر أحد العدلين تعيّن الآخر هو وجوب دفع العوض المسمّى إذا تعذّر ردّ العين.

والإشكال في هذا القول: إنّ القاعدة المذكورة جارية في التخييرات الشرعية وليس التخيير في المقام كذلك.

وذهب العلّامة (في التحرير) إلى أنّه ليس على المتّهب شيئاً لأنّه لم يكن ملزماً بدفع العوض، فإذا لم يدفعه كان للواهب الرجوع في هبته، فلو تلفت العين تلفاً قهرياً انتفى موضوع الرجوع ولا شيء على المتّهب.[٢]

ولكنّ الظاهر بناءً على تمامية قاعدة اليد ثبوت أقلّ الأمرين من البدل الواقعي وقيمة المسمّى لا نفسه؛ لأنّ الضمان بالمسمّى حكم العقد الصحيح، أمّا أنّ الواجب أقلّ الأمرين، فلأنّ الواهب قد أسقط بهبته الزائد عن البدل الواقعي، فإن كان البدل الواقعي أقلّ من المسمّى فهو وإن كان المسمّى هو الأقل، فالمفروض أنّ الواهب قد أسقطه.

وعلى الجملة: فالضمان عند الشيخ هو الخسارة. ولذلك قال﵀: «**ثمّ تداركه من ماله تارة يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضي هو والمالك على كونه عوضاً وأمضاه الشارع كما في المضمون بسبب العقد الصحيح. وأُخرى بأداء عوضه الواقعي وهو المثل أو القيمة وإن لم يتراضيا عليه. وثالثة بأداء أقل الأمرين من العوض الواقعي والجعلي**

---

[١] . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي﵀): ج١، ص٩٣.
[٢] . تحرير الأحكام: ج٣، ص٢٨٠.

كما ذكره بعضهم... فإذا أثبت هذا فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأنّ هذا هو التدارک حقيقة...»[١] **[١].**

[١] أراد بهذا البيان أنّ الاختلاف بين الأعلام في أنّ الغرامة هل هي أنّها العوض الواقعي، أو المسمّى، أو أقلّ الأمرين لا يضرّ بكون معنى الضمان هو الخسارة والغرامة على تقدير التلف، كما أنّه بناءً على القول بمعناه اللغوي من التعهّد والكفالة لا يوجب الاختلاف في الآثار والأحكام.

وأمّا ما أفاده الشيخ بقوله: «**وأمّا مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له ـ كما يتوهّم ـ فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إنّ الانسان ضامن لأمواله**».[٢] فهو ردّ على ما توهّم من أنّ الضمان في العقد الصحيح هو بالمسمّى فليكن معناه في الفاسد كذلک، فيكون الضمان في الجملتين بمعنى واحد، كما أنّ بطلان هذا القول بناءً على المعنى اللغوي للضمان أوضح؛ لأنّ الضمان بمعنى التكفّل والتعهّد في العقد الصحيح هو بالمسمّى وفي الفاسد بالعوض الواقعي، واختلاف الأثر لا يوجب اختلاف المعنى الحقيقي.

ثمّ إنّه استدلّ على نفي كون الضمان (في العقد الفاسد) هو وجوب أداء ضمان المسمّى بأنّ «**المراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأنّ هذا هو التدارک حقيقة**».

---

[١] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٣-١٨٤.

[٢] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٣.

ثمّ تشبّث لذلك (أي لأجل أنّ التدارك الواقعي هو اللازم ومبرء للذمّة) بقوله﵀: «**ولذا لو اشترط ضمان العارية لزمت غرامة مثلها أو قيمتها ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات من المغصوبات وغيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق. وأمّا تداركه بغيره فلابدّ من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع**».

ثمّ تصدّى لتضعيف القول بأنّ الضمان في القاعدة «... يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّى في الفاسد كما في الصحيح بقوله﵀: «**فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم: يضمن بفاسده، هو وجوب أداء العوض المسمّى نظير الضمان في الصحيح ضعيف في الغاية**».

ووجّه مختاره ـ أي ضعف الاحتمال المذكور وهو ضمان المسمّى في القاعدة ـ بقوله: «**بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان...**».[1]

ولا يقال: إنّ الوجه لتضعيف الاحتمال المذكور أنّ القول بالضمان المسمّى يخرج العقد عن فرض الفساد؛ لكفاية فرض تحقّق الفساد لبقاء كلّ من العوضين على ملك مالكه نظير المعاطاة على القول بالإباحة في أنّ العوضين باقٍ على ملك مالكه وعند تلف أحدهما يضمن بالعوض الواقعي، وإن أشكل بالتنظير بالمعاطاة: بأنّ فيها يكون تعيين العوض بعد التلف سبب لصحة المعاطاة شرعاً لا مع فرض فسادها.

---

[1] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٤.

ثمّ قال: «**فافهم**»[١]، لعلّه إشارة إلى ما قدّمناه من أنّ التفكيك في معنى الضمان في الصحيح والفاسد لا يوجب اختلافاً في معنى الضمان.

ثم قال رحمه الله: «**ثمّ العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفراده مثل البيع والصلح والإجارة ونحوها...**».[٢] **[١]**

[١] هل المراد من العموم في القاعدة هو الأنواع أو الأصناف أو الأشخاص والأفراد؟ والقاعدة المقرّرة في الأُصول موضوعية أداة العموم لاستيعاب كلّ الأفراد والخصوصيات الموجودة ولكنّ الشيخ احتمل: أن يكون المعنى كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد، ورتّب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا أُجرة، كما اختاره الشهيدان[٣]، أو باع بلا ثمن كما هو أحد وجهي العلّامة[٤] (لانتفاء الإجارة والبيع على الأُجرة والثمن) ثمّ قال: «**ويضعّف بأنّ الموضوع هو العقد الذي وجد له بالفعل صحيح وفاسد لا ما يفرض تارة صحيحاً وأُخرى فاسداً...**».[٥] **[١]**

[١] توضيح ما أفاده: إنّ القاعدة متضمّنة لبيان الحكم للعقد المنقسم إلى الصحيح والفاسد بالفعل، لا أنّه منقسم إلى القسمين بالفرض والتقدير، فكأنّه لا يوافق العموم الأفرادي ولا الأنواعي؛ لأنّ بعض

---

[١] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٥.
[٢] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٥.
[٣] . نقله المحقّق الثاني في جامع المقاصد عن حواشي الشهيد: ج٧، ص١٢٠؛ مسالك الأفهام: ج٥، ص١٨٤.
[٤] . قواعد الأحكام: ج٢، ص٤٤.
[٥] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٦-١٨٧.

الأنواع غير مقتضٍ للضمان كالصلح، فهو بنفسه لا يوجب الضمان وما هو الموجب له ما هو مشتمل على المعاوضة، فما اختاره هو الأعمّ من النوع والصنف وأفاده المحقّق النائيني[1]: إنّ الأحكام الشرعية كلّها بنحو القضايا الحقيقية، فكلّ عقد يضمن بصحيحه يعنى: كلّ عقد وجد في الخارج وكان صحيحاً فهو لو وجد في الخراج فاسداً يضمن، كما كان يضمن إذا كان صحيحاً.

وبعبارة أُخرى: كل عقد لو وجد صحيحاً، وكان موجباً للضمان فهو لو وجد فاسداً كان موجباً له أيضاً.

فالمناط هو القضية الحقيقة ولا بحث عن كون العموم أفراديا أو صنفياً أو نوعياً ولذا يكون التعبير «وكلّ ما كان يضمن...» أحسن عن التعبير «بكلّ عقد...» والشيخ بعد أن اختار أعمية القاعدة من النوع والصنف، تعرض إلى ذكر بعض الأنواع غير المقتضية للضّمان وأنّ الخصوصية النوعية غير مقتضية له وإنّما المقتضى للضّمان بعض أصناف النوع، «فالصلح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنّه قد لا يفيد إلّا فائدة الهبة غير المعوضة أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضّمان أيضاً ولا يلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده وكذا الكلام في الهبة المعوضة وكذا عارية الذهب والفضّة...».

[1]. المكاسب والبيع (للنائيني): ج١، ص٣٠٥.

فما يستفاد من كلامه أنّ العموم المستفاد من القاعدة «كل عقد...» وأنّ الموجب له لفظة «كل» ليس باعتبار العموم في أنواعه حتى يستلزم خروج جميع أفراد العارية مثلاً عن دائرة الحكم بالضمان كعارية الذهب والفضة أو المشترط فيهما الضمان وغير المشترط، لأنّ نوع عقد العارية لا يضمن بصحيح فلا يضمن بفاسده، بل العموم المذكور باعتبار أصنافه، حيث إنّ بعض الأنواع من العقود مشتمل على أصناف بعضها لا يضمن بصحيحها فالفاسد من هذا الصنف لا يضمن، وفي بعض الأصناف يضمن بصحيحها فالفاسد منها يضمن كذلك، كما مثّل بالعارية نعم، ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد في المحرم الذي استعاره المحرم أنّ صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغي أن لا يضمن بفاسدها وهي استعارة المحرم للصيد حالة الإحرام حيث إنّ الصيد محرّم عليه فلا يملكه.

هذا كلّه من حيث اقتضاء نفس العقد الصحيح للضمان، وإلى هذا أشار الشيخ﵀ بقوله: «**ثمّ المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقّق في ضمن العقد الصحيح ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال، كما لو استأجر إجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين وقلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد؛ لأنّ صحيحة يضمن به ولو لأجل الشرط، أم لا؟ وكذا الكلام في الفرد**

الفاسد من العارية المضمونة...»[١] فلو اختلّ بعض الشروط في عقد الإجارة ـ مثلاً ـ واشترط ضمان العين، وقلنا بصحة هذا الشرط وهو ضمان العين من دون تعدد تفريط فهل يضمن العين المستأجرة التي شرط ضمانها بهذه الإجارة الفاسدة التي فقدت فيها بعض الشروط؟ لأنّ صحيح الإجارة التي شرط فيها ضمان العين يضمن فهل الضمان ثابت في فاسده التي شرط فيها الضمان؟ أو أنّه راجع إلى أصله وهو أنّ صحيح الإجارة لا يضمن فكذلك فاسدها، ولو لأجل الشرط، وكذا عارية الذهب والفضّة إذا فسدت مضمونة كما أنّ صحيحها كذلك، ما يظهر من الرياض (على ما نسب إليه الشيخ﵀) اختيار الضمان بفاسده العارية مطلقاً سواء اشترط فيها الضمان أم لا؟ بقوله: «على اليد ما أخذت..»[٢] تبعاً لظاهر المسالك[٣] ومن قبيل العارية المضمونة (في كونها موجبة للضمان) الهبة المعوضة والحاصل: هو القول بشمول عموم القاعدة حتى لو باع بلا ثمن، أو أجر لا أجرة بناءً على ما اختاره الشيخ﵀، من أنّ الموضوع في القاعدة هو صنف العقد الذي وجد له بالفعل صحيح وفاسد، والبيع والإجارة في المثال من هذا القبيل، ولكن لا يبعد الإشكال في المقام بأنّ الثمن ركن العقد فقصد البيع والإجارة بلا ثمن ولا أُجرة تناقض وهما أشبه بالهبة أو العارية (في الإجارة بلا أجرة) ولا ضمان في العارية كما لا ضمان في الهبة، فلا وجه للقول

---

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٥و١٨٦.
٢. رياض المسائل: ج٩، ص٢٠١.
٣. مسالك الأفهام: ج٣، ص١٥.

بثبوت الضمان في المثالين، وأمّا في المقام المبحوث عنه وهو أنّه لم يكن العقد معاوضياً، ولكنّه تضمن شرطاً يقتضي المعاوضة فهل يقال بجريان القاعدة.

أشكل السيد رحمه الله على الشيخ بقوله «بل لا إشكال في أنّ المراد أعمّ من أن يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمة الشرط فإنّ العقد مع الشرط ومجرداً عنه صنفان متغايران وبعد إرادة الصنف من مدخول «كلّ» لا يبقى الإشكال».[1]

وأورد عليه المحقّق الإصفهاني رحمه الله بأنّ «المراد من صنف العقد في قبال نوعه وشخصه خصصه الذاتية ـ أي خصص العقد بما هو عقد ـ فلابدّ أن يكون القيد بحيث لا يأبى المجموع عن صدق العقد عليه ومن الواضح أنّ العقد المشترط فيه الضمان عقد وشرط، لا أنّ المجموع عقد، فالقيود الخارجة عن العقد وإن كانت محصصة له إلّا أنّها تحصصه بحصص مؤتلفة من عقد وغير عقد، والمفروض إسناد الضمان إلى العقد بمجرده».[2]

إلّا أن يقال أنّ الدليل الموجب للضمان هو اليد وهو المناط في القاعدة فكلّ يد أوجب الضمان في العقد الصحيح فهي موجبة له في العقد الفاسد فعلى هذا فإن تعلّق الشرط باليد (كما لو اشترط الضمان في الإجارة بالتلف السماوي) فإنّ العين في يد الآخذ، وملاك الضمان

[1] . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج١، ص٩٤.
[2] . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمه الله): ج١، ص٣٠٩.

متحقّق، وكذلك في العارية المضمونة، وإن كان الشرط غير مرتبط باليد فهو خارج عن محل الكلام، فلا يتمّ كلام السيّد﵀ وكذا كلام المحقّق الإصفهاني﵀، بل الأمر في المسألة يدور مدار تحقّق المناط وهو اليد.

«ثمّ إنّ لفظة «الباء» في «بصحيحه» و«بفاسده» إمّا بمعنى «في» بأنّ يراد: كلّما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده، وإمّا لمطلق السببيّة الشامل للناقصة لا العلّة التامّة فإنّ العقد ألصحيح قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض، كما في السلم والصرف، بل مطلق البيع...».[١] [١]

[١] من المحتمل أن يكون لفظة (الباء) استعمل في الظرفية كما يقال «أقمت بالمسجد أو البيت» واستعمل لمطلق السببية، فبناء على الأوّل يكون المعنى كلّما تحقّق الضمان في الصحيح تحقّق في الفاسد، أي «كلّ عقد يضمن في صحيحه بأي سبب من الأسباب يضمن في فاسده كذلك أي بأيّ سبب من الأسباب».

وبناءً على الثاني فمحصّل كلامه: إنّ الفاسد لا يكون سبباً للضمان لأنّ السبب لملكية العوض (المسمّى) هو العقد والفاسد منه لا يكون فيه السببية فلو حصل القبض بعده (بعد العقد الفاسد) كان هو السبب للضمان أي اليد.

وأجاب: بأنّه هذا إذا أخذنا السببية بمعنى العلة التامة أمّا إذا قلنا بأنّها أعمّ من التامّة والناقصة كما أنّ بعض العقود لا يؤثر في الضمان إلّا بعد

[١] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٧.

القبض كالصرف والسلم، ففي مثل هذه الموارد لا يكون البيع سبباً وعلّة تامّة بل هو جزء السبب مع القبض واليد فهما يؤثّران.

وأضاف الشيخ « **بل مطلق البيع... وكذا الإجارة والنكاح والخلع، فإنّ المال في ذلك كلّه مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلّمه من انتقل إليه**»[١] **[١].**

[١] فعلى هذا لو باع شيئاً لم يكن المشتري ضامناً للثمن إلّا بعد القبض؛ لأنّ المتاع قبل القبض في ضمان البايع، فلو تلف كان من مال البايع، للقاعدة المسلّمة «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» وينفسخ البيع وهكذا كل العقود المعاوضية، فالعقد جزء للسبب.

وبعبارة واضحة: إنّ المال مضمون (في جميع الموارد) على من انتقل عنه إلى أن بتسلمه في من انتقل إليه.

«**وأمّا العقد الفاسد فلا يكون علّة تامّة أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان به إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً: إمّا لأنّه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، وإمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض**»[٢] [٢] لا مجرداً عنه.

[٢] توضيح مراده: إنّ إسناد الضمان إلى العقد الفاسد إمّا لأنّ العقد هو المنشأ والسبب عادة للقبض وهو سبب للضمان، فالعقد حينئذٍ هو العلّة التامّة للضمان؛ لأنّه السبب للسبب (أي القبض)، ولأجل مدخلية

---

[١] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٧.

[٢] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٧.

القبض في الضمان علّل الشيخ الطائفة وغيره بدخوله على أن يكون العين مضمونة عليه.[١]

وأمّا الوجه الثاني ـ على ما وجّهه الآخوند ﷺ ـ فهو مبنيّ على أن يكون المدرك للقاعدة هو الإقدام على الضمان بمعنى: أنّه إسناد الضمان بعد الإقدام عليه بإنشاء العقد المعاوضي ـ صحيحاً كان أو فاسداً ـ تامّ حقيقة من دون إشكال، بخلاف ما إذا كان المدرك قاعدة اليد، فإنّ إسناد السببية إلى العقد مجازاً لاستلزامه الإسناد إلى شيء ليس سبباً له، فعلى هذه إذا كان المدرك «قاعدة الإقدام» كان أخذ (الباء) بمعنى السببية تام، بخلاف ما إذا كان مدركها قاعدة اليد».[٢]

ولكن الإشكال: إنّ «اليد» بما هي ليست فيها سببية للضمان نعم، هي سبب للضمان إذا لم يكن القبض والإقباض على نحو المجّان. وعلى هذا فالعقد المعاوضي ولو كان فاسداً يخرج المعاملة عن المجانية وعدم المانع جزء من أجزاء السبب، فيصحّ بهذا اللحاظ إسناد السببية إلى العقد الفاسد.

ولا يخفى أنّ كل ما ذكر مبتن على القول في معنى الضمان من أنّه «الخسارة والدرك». وأمّا إن قلنا بمعناه اللغوي وهو العهدة والكفالة فبمجرد وقوع العقد يتحقّق الثمن في عهدة المشتري وضمانه ثابت عليه قبل القبض أيضاً، فلو تلفت العين قبله انتفى موضوع العهدة بانفساخ

---

[١] . المبسوط: ج٣، ص٥٨، ٦٥، ٨٥، ٨٩.

[٢] . حاشية المكاسب (للآخوند ﷺ): ص٣١.

العقد، لا أنّ الضمان متوقّف على القبض وعليه فالسببيّة للعقد في مطلق البيع تامة لا ناقصة، وكيف كان فقد علّل الشيخ رحمه الله على ما اختاره تحقّق الضمان ولو بإنشاء العقد الفاسد وأنّه هو السبب لضمان ما يقتضيه دون القبض ولذلك قال: «**والغرض من ذلك كلّه دفع ما يتوهّم أنّ سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببيّة الضمان ويقال: كلّ ما يضمن... .**

وقد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهّم أنّ ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، فلابدّ من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه».[1] **[١]**

[١] توضيح ما أفاده: إنّ سببية كلمة (الباء) في العقد الصحيح والفاسد إنّما هي بنحو الاقتضاء دون العلّية التامّة وأنّ العقد الفاسد لا يكون علّة تامّة للضمان ما لم يكن معه قبض، فالعقد الفاسد والقبض يكونان دخيلين في الضمان على نحو الطول.

وبما ذكر يتضّح أمران:

أوّلهما: دفع توهم سببيّة القبض بمجرده للضمان.

وثانيهما: توقّف الضمان إلى القبض.

«**ثمّ إنّ المدرک لهذه الكلّية ـ على ما ذكره في «المسالک» في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل ـ**[2] **هو إقدام الآخذ على الضمان، ثمّ أضاف إلى ذلک قوله صلى الله عليه وآله : «على اليد ما**

[1] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٨.

[2] . مسالک الأفهام: ج٤، ص٥٦.

أخذت حتى تؤدّي.[١] والظاهر أنّه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في «المبسوط»[٢]؛ حيث علّل الضمان في موارد كثيرة من البيع والإجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى، فإذا لم يسلّم له المسمّى رجع إلى المثل أو القيمة. وهذا الوجه لا يخلو عن تأمّل...»[٣]. [١]

[١] ذكر الشيخ رحمه الله لهذه القاعدة شيئين:

الأوّل: الإقدام على الشيء.

الثاني: قوله صلى الله عليه وآله: «**على اليد ما أخذت...**» ثم نقل عن شيخ الطائفة الاستدلال بقاعدة الإقدام وتبعه المتأخّرون منهم الشهيد في «المسالك». وكيف كان فقد علّل الضمان «بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه...».

ثمّ تأمّل وقال: «**لأنّهما أقدما وتراضيا وتواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ، لا الضمان بالمثل أو القيمة والمفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاصّ ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتّى يتقوّم بخصوصية أُخرى.**

فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت فحكم شرعي تابع لدليله وليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان، هذا كلّه مع أنّ مورد هذا التعليل أعمّ من وجه من المطلب؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما قبل القبض

---

[١] . عوالي اللئالي: ج١، ص٢٢٤.
[٢] . المبسوط: ج٣، ص٥٨، ٦٥، ٦٨، ٨٥، ٨٩.
[٣] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٨.

وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: بعتك بلا ثمن أو آجرتك بلا أُجرة نعم، قوّى الشهيدان[1] في الأخير عدم الضمان واستشكل العلّامة[2] في مثال البيع في باب السلم. وبالجملة: فدليل الإقدام مع أنّه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصّله منقوض طرداً وعكساً...»[3]. [١]

[١] فالشيخ في هذه العبائر أشكل على الاستدلال بقاعدة الإقدام أوّلاً: بأنّه لا دليل شرعي على الضمان؛ لأنّهما أقدما و... والمفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، فالمراد من الإقدام إن كان هو بما هو سبب للضمان فهو ساقط لعدم إمضائه، وإن كان المراد منه أنّ الإقدام على الضمان يرفع مجّانية اليد فهو لا يكون سبباً للضمان إلّا بمعنى أنّه رافع لجهة مجّانية اليد، فالأثر راجع إلى اليد والضمان يثبت بقاعدة اليد، هذا مضافاً إلى أنّه قد مرّ أنّ ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة حكم شرعي تابع للدليل وليس بمقتضى الإقدام.

وأضاف إلى ذلك ـ أي إلى ما أفاده من أنّ الضمان المخصوص قد ارتفع بفساد العقد والضمان المطلق لم يقدما المتبايعان عليه ـ أنّ بين الإقدام والضمان عموم من وجه؛ لصدق الإقدام والضمان فيما إذا تلف المبيع بالعقد الفاسد في يد المشتري، ولكن تارة يكون الإقدام موجوداً

---

[1] . نقله المحقّق الثاني في جامع المقاصد: ج٧، ص١٢٠ عن حواشي الشهيد والمسالك: ج٥، ص١٨٤.
[2] . قواعد الأحكام: ج٢، ص٤٤.
[3] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٩.

والضمان ليس بموجود ومثّل له الشيخ (كما قبل القبض)، وتارة: يكون الضمان موجوداً والإقدام ليس بموجود ومثّل له الشيخ (كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع و...) وأيضاً عقد البيع بلا ثمن والإجارة بلا أُجرة، فهما فاسدان، فالضمان موجود والإقدام ليس بموجود. وإشكال الشيخ﵀ في الاستدلال بقاعدة الإقدام ثانياً: بأنّها منقوضة طرداً وعكساً؛ لأنّ معنى الإقدام هو أنّه كلّما كان هناك إقدام على الضمان فالضمان ثابت وكلّما لم يقدم فيه على الضمان فلا ضمان وكلتاهما منتقضان؛ لأنّ النسبة أعمّ من وجه؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما إذا تلف المبيع قبل القبض في البيع الفاسد؛ لعدم القول بضمان المشتري لا بالعوض المسمّى ولا بالعوض الواقعي وإن كان مقدما عليه و... .

هذا، وقد ذكرنا آنفاً إشكال المحقّق الخراساني على المنافقشة الأُولى من الشيخ﵀ «من أنّ الشارع لم يمض الضمان الخاص لا أصله»[1] وما أجاب به المحقّق الإصفهاني«من أنّ الدليل إذ دلّ على فساد العقد فإنّه يدل بالالتزام على عدم الضمان الخاص...».[2]

وأمّا التأمّل في المناقشة الثانية، ولا يبعد أنّ مراد الشهيد الثاني جعل الإقدام جزء للعلّة لاتمامها والجزء الآخر هو القبض والأخذ ولذا صرّح بالأخير وقال: «هو إقدام الآخذ» وحيث إنّ المفروض عدم حصوله

[1]. حاشية المكاسب (للآخوند﵀): ص٣١.
[2]. حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني﵀): ج١، ص٣١٢.

فالنقض غير وارد؛ لعدم ثبوت الضمان بالإقدام وحده، هذا، مضافاً إلى أنّ الشيخ نفسه صرّح قبل ذلك بقوله: «**وإمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض؛ ولذا علّل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، ولا ريب أنّ دخوله على الضمان إنّما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه**».[1] **[١]**

[١] والكلام في النقض الثاني (شرط الضمان، والبيع بلا ثمن) ففي الأوّل يجيء الضمان من ناحية الشرط وفي الثاني فلأنّ الجمع بين البيع وعدم الثمن تناقض.

«**وأمّا خبر اليد فدلالته وإن كانت ظاهرة وسنده منجبراً، إلّا أنّ مورده مختصّ بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة...**».[2] **[٢]**

[٢] يبحث في هذا المقام عن الملاك الثاني للكلّية (ما يضمن وما لا يضمن) وتسلّم ظهور دلالته وأشكل فيها باختصاص مورده بالأعيان و...

إلّا أنّ البحث والاستدلال يتقضي أكثر من ذلك ولا سيما بيان الفرق بين هذه اليد الواردة في الخبر «على اليد ما أخذت...» وبين اليد التي جعلها الشارع إحدى الأمارات كالبيّنة والسوق.

والفارق أنّه يبحث في قاعدة اليد أوّلاً عن أماريّتها وحجّيتها مستنداً إلى الروايات، كموثّقة حفص بن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال له

---

[1] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٧.

[2] . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٨٩-١٩٠.

رجل: إذا رأيتُ شيئاً في يدي رجل، أيجوز لي أن أشهد أنّه له؟ قال عليه السلام: «**نعم**»، قال الرجل: أشهد أنّه في يده ولا أشهد أنّه له فلعلّه لغيره، فقال أبو عبدالله عليه السلام: «**أفيحلّ الشراء منه؟**» قال: نعم، فقال عليه السلام: «**فلعلّه لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك؟ ثمّ تقول بعد الملك: هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟**» ثم قال أبوعبدالله عليه السلام: «**لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق**»[1].

وأيضاً ممّا روي عن أمير المؤمنين عليه السلام ــ في حديث فدك ـ حيث قال عليه السلام لأبي بكر: «**أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين؟**» قال: لا، قال عليه السلام: «**فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه، ادّعيت أنا فيه، من تسأل البيّنة؟**» قال: إيّاك كنت أسأل البيّنة على ما تدّعيه على المسلمين، قال: «**فإذا كان في يدي شيء فادعى فيه المسمون، تسألني البيّنة على ما في يدي؟**».[2]

وغيرهما من الروايات المستدلّة بها وإن اشكل في تماميتها للاستناد وكان استظهار الفقهاء مبني على ما ارتكز في أذهانهم من حجيّة اليد وكذلك استدلّ لقاعدة اليد ببناء العقلاء.

---

[1] . وسائل الشيعة: ج٢٧، ص٢٩٢؛ أبواب كيفيت الحكم: ب٢٥، ح٢.
[2] . وسائل الشيعة: ج٢٧، ص٢٩٣؛ أبواب كيفيت الحكم: ب٢٥، ح٣.

وكيف كان، لا إشكال في حجّيتها وترتيب آثار الملك عليها، كما أنّ بالبيّنة والسوق تثبت الزوجية والملكية والتذكية والطهارة وغير ذلك من الأُمور الانتزاعية، فالبحث عن اليد (في قاعدة اليد) بحث عن ثبوت المذكور بها أي هل تثبت الملكية و... بهذه اليد الواضعة على ما يكون تحت تصرّفه أم لا؟

فتكون مآل البحث عن أماريّتها (ومع التنزّل تقدّمها على سائر الأُصول ولا سيما الاستصحاب؛ لأنّها واردة في موارده غالباً، فيلزم من تخصيص دليل الاستصحاب لدليلها عدم بقاء مورد لها إلّا نادراً، فيوجب لغوية اعتبارها...» وعلى أيّ حال يكون المراد من معناها العام وهي السلطنة والسلطة والسيطرة والاستيلاء وليس المراد منها اليد الغاصبة أو المأذونة أو الشرعية أو المالكية و... .

وأمّا البحث عن اليد في قولهﷺ: «**على اليد ما أخذت...**» فهو يبحث عن أنّ هذه اليد التي ليست يداً مالكية ولا مأذونة من قبل مالكها هل توجب الحكم الوضعي الذي يراد منهما الضمان لو تصرّفت فيما تحت تصرّفه وسلطته واستيلائه عند تلفه أو لا توجب إلّا الحكم التكليفي فقط وهو وجوب الردّ إلى صاحبه؟

وغير خفيّ أنّ المراد باليد هنا ليست اليد الجارحة بل الاستيلاء؛ لأنّه ربما يكون الآخذ غير قابل لأخذه الشيء بالجارحة. وبهذا المعنى صحّ أن يقال: ليس بيدي ولو كان بيدي لكنت أفعل كذا، فالمراد الاستيلاء التكويني أو الاعتباري؛ لأنّه من صفات المتولّي، فإذا قيل: «على اليد كذا» أي يمنع المستولي كذا وبهذا المعنى قال الله تعالى ردّاً على

اليهود: ﴿بَلْ يَداهُ مَبْسُوطَتانِ﴾ حيث قالوا: ﴿يَدُ اللّهِ مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَلُعِنُواْ بِمَا قَالُواْ﴾.[1]

إذ اليهود أرادوا من الغلّ، القدرة والاستيلاء على الرزق، فأجابهم أنّ قدرة الله واسعة ليس فيها تضييق، فهو ينفق حسب المصالح.

وكيف كان، فالموضوع في «قاعدة اليد» أماريتها، وفي الرواية على اليد الضمان وعدمه. ويشهد لذلك إعراب الحديث؛ حيث إنّ قوله: «على اليد» ظرف مستقرّ مرفوع محلاً وخبر للمبتداء المتأخّر وهي كلمة «ما» الموصولة، فتقدير الجملة: «الذي أخذته اليد ثابت أو مستقرّ في ذمّة الإنسان حتّى يؤدّيه».

وقيل: إنّ الظرف لغو متعلّق بأفعال العموم: وهو الكون والوجود والحصول والثبوت، ولكنّ الأوّل أوفق بالمتفاهم العرفي؛ لأنّ الثاني يحتاج إلى التقدير والأصل عدمه، مضافاً إلى أنّه في مقام بيان ردّ مال الغير إلى صاحبه، لا أنّه في مقام حفظه عن التلف والضياع.

ويستفاد عن الرواية أنّ مدّة الاستيلاء محدودة لغاية معيّنة إلى أن يردّه إلى صاحبه وإذا أدّاه فقد ارتفع ذلك الاستيلاء.

ثمّ إنّ بعد ذلك يتّضح أنّ المأخوذ الذي يصبح تحت تصرّف الآخذ إمّا غصباً أو بدون إذن المالك والشارع، يكون في عهدة الآخذ وذمته، التي يراد منه عالم الاعتبار، وليس المراد منه عالم الخارج؛ لأنّه وعاء للموجود الخارجي فالمأخوذ جبراً فهو ثابت بوجوده الاعتباري في ذمّة

[1]. المائدة (٥): ٦٤.

الشخص وعهدته ولا يرتفع إلّا بعد أدائه إلى صاحبه إذا كانت العين موجودة، أو أداء مثلها، أو قيمتها إذا كانت تالفة؛ لأنّه بمجرد التلف لا يرتفع الموجود الاعتباري عن ذمّة الشخص عهدته.

والخلاصة: إنّ المأخوذ لو كان موجوداً فأدائه بردّ العين نفسها الخارجيّة الموجودة.

وإذا كانت تالفة المستحيلة أدائها فتصل النوبة في التدراك بالمثل أو القيمة.

ثمّ إنّ هذه المراتب ليست بحكم العقل فقط، بل العرف حاكم بذلك أيضاً، هذا كلّه بالنسبة إلى العين.

وأمّا المنافع وهي على قسمين: المستوفاة وغيرها وأمّا المستوفاة، فلا إشكال في ضمانها وإنّها في ذمّة المستوفي لأنّها تعد من الأموال فلابدّ من تداركها: لعدم الفرق في الأموال بين كونها عيناً أومنفعة، لوضوح كون ماليته الاشياء كثيراً بواسطة مالية منافعها بمعنى أنّه لولا المنفعة الحاصلة للعين لما بذل المال بإزائها.

وعلى الجملة: بما أنّه يصدق وضع اليد على مال الغير من دون تسليط المالک (على المنافع المستوفاة) فلا إشكال لثبوت الضمان بمقتضى الرواية (على اليد...) وأمّا المنافع غير المستوفاة، فالمشهور فيها الضمان ولعلّ الوجه هو تفويت المنفعة على صاحبها بناءً على أنّ التفويت من موجبات الضمان واسبابه عند العقلاء، حيث إنّهم يرون أنّ تفويت مال الغير موجب للضمان لقوله «من أتلف مال الغير فهو له

ضـامن» ولدلالـة الروايـة (علـى اليـد...) الحاكمـة بضـمان المـأخوذ والمفروض أنّ استيلاء الآخذ موجب لتفويت منافع العين على المالك.

وأنّ (ما) الموصولة تشمل الأعيان والمنافع والأعمال و(الأخذ) بمعنى الاستيلاء فهو يشمل كلّها؛ لأنّه مطلق التناول وفي كل شيء بحسبه.

فهي أيضاً دالّة على ضمان المنافع غير المستوفاة حتى إذا كانت للعين منافع متضادة وتلفت في يد الغاصب، سواء استوفها أم لم يستوفها إلّا أنّ متقضى العرف هو الحكم بضمان مالية أكثر المنافع (من حيث المالية) لا جميعها لعدم إمكان الاستيفاء للجميع للمالك نعم، مـع الإمكـان لا بأس بالقول بضمان الجميع؛ لأنّ اليد يد عدوان فصارت موجبة للتلـف فيكون ذمته مشغولة بها ولا تبرا إلّا بأدائها.

وأمّا الكلام بالنسبة إلى الأعمال المضمونة وغيـر المضـمونة فسـيأتي الكلام عنها عند تعرض الشيخ﵀ لها... .

«اللهم إلّا أن يستدلّ على الضـمان فيهـا بمـا دلّ علـى احتـرام مـال المسلم وأنّه لا يحل مال امرئي إلّا عن طيب نفسه وأنّ حرمة ماله كحرمة دمـه، وأنّـه لا يصـلح ذهـاب حـق أحـد، مضـافاً (إلـى أدلـة نفـي الضرر...).[1] [١]

[١] وفي هذه العبارة استدل الشيخ﵀ بأُمور أربعة:

الأوّل: قاعدة الاحترام ومستندها (كما مرّ) عدة روايات:

[1]. كتاب المكاسب: ج٣، ص١٩٠.

منها: ما رواه الكليني عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن إبن أبي عمير، عن أبي أُسامة زيد الشحام، عن أبـي عبداللـه عليه السلام: «**إنّ رسـول اللـه صلى الله عليه وآله وقف بمنى حين قضى مناسكها في حجّة الوداع**» ـ إلى أن قال: ـ فقال: «**أيّ يوم أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا اليوم، قال: فأيّ شهر أعظـم حرمـة؟ فقالوا: هذا الشهر، قال: فأيّ بلد أعظم حرمة؟ قالوا: هذا البلد، قال: فإنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هـذا فـي بلدكم هذا إلى يوم تلقونه فيسألكم عن أعمالكم، ألا هل بلغت؟ قالوا: نعم، قال: اللهم أشهد ألا من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى مـن إئتمنـه عليها فإنّه لا يحلّ دم امرء مسلم ولا مالـه إلّا بطيبـة نفسـه، ولا تظلمـوا انفسكم ولا ترجعوا بعدي كفّاراً**».[1]

ومنها: رواية أبي بصير عن أبي بصير، عن أبي عبداللـه عليه السلام قـال: «**قـال رسول الله صلى الله عليه وآله سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمـه معصـية الله، وحرمة ماله كحرمة دمه**».[2]

ومنها: غيرها الدالة على أنّ حرمة المال كحرمة الدم

واستدل بها بأنّ مقتضى تشبيه المال بالدم هو الضمان، فكما لا يذهب دم المؤمن هدراً وتجب الدية فكذلك المال ويجب دفع العـوض سـواء كان عيناً أو منفعةً أو عملاً، وكذلك الحال فـي السـبّ والغيبـة فـالحكم الوضعي ثابت بالاضافة إلى الحكم التكليفي.

---

[1] . وسائل الشيعة: ج٢٩، ص١٠؛ أبواب قصاص النفس: ب١، ح٣.

[2] . وسائل الشيعة: ج٢٩، ص٢٠؛ أبواب قصاص النفس: ب١، ح٣.

هذا مضافاً إلى أنّه لو أتلف مال المؤمن ولم يعوض عنه لزم ضياعه وذهابه هدراً وهذا ينافي الاحترام، ومع ما قدمناه من أنّ المال أعمّ من الأعيان والمنافع فمنفعة الدار، والمركوب وكذلك العمل وأنّه يبدل بإزائها المال فلابدّ من دفع البدل وإلّا يلزم هتك حرمتها.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب الاستدلال بقاعدة الاحترام ولكن قد أشكلنا سابقاً أنّ هذه القاعدة لو دلّت فإنّما تدلّ على الضمان في فرض الإتلاف دون التلف، مضافاً إلى أنّه تارة يستأجر الدار بالإجارة الفاسدة وسكن فيها، أو الدابّة ويركبها فلا ريب في الضمان وعليه دفع البدل ـ كما لو كان العقد صحيحاً ـ بأدلّة الاحترام؛ لعدم ذهاب مال المؤمن هدراً، وأمّا إذا كانت الإجارة فاسدة (في الفرض المذكور) فبما أنّه لم يكن في المقام إتلاف ولم يذهب شيء هدراً، فلا موضوع لأدلّة الاحترام حتى يجب الضمان.

فالمتحصل: أنّ في موارد عدم الانتفاع يفترق الحكم في الإجارة الصحيحة مع الفاسدة، إذ الضمان ثابت في الصحيحة وإن لم ينتفع وأمّا في الفاسدة فلا ضمان لعدم تحقّق الانتفاع فلا كلّية في هذه القاعدة بمعنى: أنّا سلّمنا أنّ معنى حرمة احترام مال المسلم وعمله ثبوت العوض له وهذا متحقّق فيما إذا وقع العقد صحيحاً، ففي هذه الصورة يضمن المستأجر الأجر المسمّى، سواء انتفع بالدار أو استخدم الأجير أو لا وكذا فيما إذا أمر الأجير بالعمل فيأتي به بقصد العوض فالآمر ضامن للبدل بلا إشكال، وأمّا مع وقوع العقد فاسداً، فإنّه يضمن أُجرة المثل (في فرض الأمر بالعمل) دون المسمّى لفساد العقد، ولأنّ

عمل الأجير وقع بلا طلب من المستأجر بل الغاية: أنّه اعتقد صحة العقد وإنّ ذمّته مشغولة مثلاً، فلا دلالة لقاعدة الاحترام على الضمان، فالقاعدة بعد نقضها لا تدلّ على نحو الكلّي.

الثاني: الاستدلال بما دلّ على أنّه «**لا يحلّ دم امرء مسلم ولا ماله إلّا عن طيبة نفسه**»[1]. بدعوى دلالتها على عدم الحلّيّة فيما لم يتحقّق «طيب النفس» وعدم الحلّية مطلق يشمل الوضعية والتكليفية.

إلّا أنّه قد مرّ سابقاً أنّ نسبة الحل إلى الأموال والأعيان إنّما هي باعتبار التصرّف، إذ لا معنى لحليّة الأعيان الخارجية، كما أنّ نسبة الحرمة إليها كذلك ففي الخمر (شربه) وفي المال (تصرّفه) وفي الأمهات والبنات (نكاحهن) وساير الموارد إذ الفعل المناسب في كل منها، فهي بعيدة عن اثبات الضمان.

الثالث: الرواية (لا يصلح ذهاب حق أحد) وقد روى ضريس الكناسي «في كتاب الوصية» قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل ـ هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم ـ فقال: «**لا، إلّا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم ـ وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية، لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ امرىء مسلم ولا تبطل وصية**».[2]

وغيرها ما رواه الحلبي ومحمد بن مسلم وأيضاً سماعة بهذا المضمون تقريب الاستدلال: أنّ الدّار أو الدابة المستأجرة ذات المنفعة، فإن قلنا

---

[1] . وسائل الشيعة: ج٥، ص١٢٠؛ أبواب مكان المصلي: ب٣، ح١.
[2] . وسائل الشيعة: ج١٩، ص٣٠٩؛ أبواب الوصية: ب٢٠، ح١.

بعدم الضمان (في الإجارة الفاسدة) يستلزم ضياع حق المسلم وهذا ما لا يصلح بمقتضى التعليل في النصوص المذكورة، فهي وإن كانت واردة في مورد الوصية، إلّا أنّ التعليل معمّم والكبرى قد طبقت على مورد الوصية إلّا أن الكبرى وإن كانت مسلّمة ولكن موردها استيفاء المنفعة (أو وقوع العمل بأمر المستأجر) وأمّا في الإجارة الفاسدة وعدم الانتفاع لم يتحقّق لصاحبها حقّ كى يلزم من عدم الضمان ذهاب حقّه.

ونزيد توضيحاً: إنّه بعد إن لم يتحقّق حقّ لصاحب الدار أو الدابة للمستأجر فلا موجب للقول بضمانه حتّى يقال بعدم صلاح ذهاب حقّه، فلا وجه لجعل هذا مستنداً للقاعدة (ما يضمن...).

وعلى الجملة: لو دلّت تدلّ على فرض الإتلاف ولا التلف، فيكون أخصّ من المدّعى.

هذا كلّه مضافاً إلى أنّه بالنسبة إلى ضمان الأعمال يتوجه إشكال آخر وهو عدم صدق عنوان «الحقّ» على العمل بعد كون العمل فعلاً اختيارياً للإنسان كما لا يكون العمل مصداقاً للملك ولذا لا يقال لمن يتمكن من القيام بالأعمال الكثيرة: إنّ له ملكاً كثيراً.

الرابع: (قاعدة لا ضرر): بدعوى أنّ الحكم بعدم ضمان القابض بما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على المالك فينتفي بانتفائه.

وقد مرّ الإشكال في الاستناد بهذه القاعدة ونعيدها ببيان آخر،وهو أنّ كلمة (لا) نافية للجنس قطعي الضرر منفي تشريعاً بناءً على القول بأنّ المعنى: كل موضوع ضرري فلا حكم له في الاسلام، لأنّ نفي الموضوع

تشريعاً عبارة عن عدم حكم فهو نفي للحكم بلسان نفي الموضوع فلا ربط للقاعدة بما نحن فيه.

وأمّا بناءً على القول بأنّ المعنى: كل حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي الشرع (كما اختاره الشيخ) أي لا حكم ضرريّ في الإسلام فليس محل البحث هنا حكم ينشأ منه الضرر، حتّى يتمسك بالقاعدة لنفيه.

إلّا أن يقال: إنّ ما ورد في لسان الشارع من أنّه (لا يجب كذا) أو (لا يحرم كذا) أو (لا يحل كذا) ونحو ذلك ليس إخباراً عن عدم الحكم لأنّ الأحكام كلها أعدام في الأزل بل، هو إنشاء لعدم الحكم والتعبد به ولذا يجري استصحاب العدم الأزلي ويتعبد به، ولهذا حكم الشارع بعدم الضمان ـ في الأعمال والمنافع المستوفاة بالعقد الفاسد ـ حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي بأدلّة الضرر وإذا ارتفع العدم ثبت نقيضه فالضمان ثابت.

فالمتحصل: أنّ معنى القاعدة: كل حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي وإنّ عدم الحكم ممّا يمكن أن يتعبد به ونفيه جعل لعدمه، فيكون النتيجة ثبوت الحكم بالضمان.

ولكن الإشكال: أنّه بعد تسلم إمكان التعبد بعدم الحكم نقول: إنّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل: إذ المفروض عدم إنشاء الحكم بعدم الضمان، والقول بأنّعدم الحكم من دون إنشائه مجعول فاسد جداً، هذا أوّلاً وثانياً: ظاهر الرواية أنّ المنفي هو الحكم الضرري لا عدم الحكم الذي ينشأ منه الضرر،فلا يمكن جعل هذه القاعدة مستند لكلية (ما يضمن...).

وعلى الجملة: إنّ الحكم ـ في المنافع والأعمال المضمونة المستوفاة ـ وجوب دفع البدل بما مرّ من أنّ تسليمه الدار للانتفاع مبني على أنّ المنفعة المستوفاة ليست مجانية فبمقتضى هذا الشرط الضمني بعد عدم وجوب دفع العوض المسمّى لفساد العقد وجوب دفع البدل (بناءً على القول بأنّ منشأ القاعدة هو دليل السلطنة) وأمّا بناءً على القول بأنّ الدليل للقاعدة هو الإقدام المنضم إلى الاستيلاء من جهة السيرة العقلائية فقد مرّ تمامية دلالتها على المنافع المستوفاة وغيرها، ولهذا احتمل الشيخ﵀ أن يكون المراد من الاستدلال للضمان (في كلام شيخ الطائفة) بالإقدام والدخول عليه ببيان أنّ العين والمنفعة للعين تسلّمها الشخص ولم يتسلمهما مجاناً وتبرعاً حتى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض كما في فعل المتبرّع به والعين المدفوعة مجاناً أو أمانة، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً في عرض دليل (على اليد) بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال.