

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آيت الله يشربي «مدظله العالي»

«كتاب البيع»

شماره: (٢٤)

«ويقى الكلام حينئذٍ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن ولم يقع بأمره، كالسبق في المسابقة الفاسدة؛ حيث حكم الشيخ^١ والمحقق^٢ وغيرهما^٣ بعدم استحقاق السابق أجرة المثل خلافاً للآخرين ووجهه: (عدم استحقاق السابق أجرة المثل) لأنّ عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر، ولم يقع بأمره أيضاً، فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا يقضى بضمان الشخص له ووجوب عوضه عليه؛ لأنّه ليس كالمستوفى له ولذا كانت شرعّته على خلاف القاعدة؛ حيث إنّه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع البازل...».^٤ [١]

[١] قد مرّ الكلام في ضمان المقبوض على القابض بالعقد الفاسد، وأمّا ضمان الأعمال المضمونة: فالمستفاد من النصوص والسير على قاعدة احترام فعل المسلم، وأنّ استيفاء العمل من العامل المقدم على إنجاز عمل غير متبرّع به، أو أمره بإثبات عمل معين توجّبان ضمان ذمة المستوفى والامر نعم، مع عدمهما لم يبق وجّه للضمان فالضمان مختصّ بهما.

وأمّا الأعمال غير المضمونة أو التي لا يرجع نفعها إلى الضامن فقد حكم شيخ الطائفة والمحقق

التحقيق: أنّ المسابقة عقد مشروع مستقلّ، نبحث عنه في كتاب السباق والرماية وإن اختصّت حسب النصوص بالألعاب الثلاثة، كما في

^١ المبسوط: ج ٦، ص ٣٠٢.

^٢ شرائع: ج ٢، ص ٢٤٠.

^٣ مسالك الأفهام: ج ٦، ص ١٠٩-١١٠.

^٤ كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩١-١٩٢.

قوله عليه السلام : «لا سبق إلا في خف أو حافر أو نضل يعني النضال»^١ وإنها من العقود الالزمة يتعاقدان فيها على أن يكون السبق لمن سبق، ويكون «السابق من أحدهما أو كليهما» فإن كان العقد صحيحًا فالضمان - وهو كون السبق للسابق - ثابت وإن كان فاسدًا فحكم الشيخ الطائف^٢ والمتحقق^٣ وجماعة بأنه لا ضمان بالنسبة إلى أجرة المثل، فكان ما يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسدته، وإن ذهب جماعة كالعلامة^٤ والمتحقق الثاني^٥ إلى ثبوته مستندًا إلى قاعدة «ما يضمن...»، واختار الشيخ عدم الضمان، فيكون القاعدة منتقضة. ووجهه: بأن الأدلة المذكورة في كلام شيخ الطائف على الضمان في المنافع والأعمال غير جارية هنا. وذلك لأن الموجب للضمان والمناط له إنما هو الانتفاع بمال الغير بالاستيلاء عليه واستيفاء منافعه، فيجب حينئذٍ عليه التدارك، وإنما أمر الغير على عمل وصدوره منه في الخارج، فمع كون عمل المسلم محترماً فيجب عليه دفع أجرته سواء وصل نفعه إلى الأمر أم لم يصل إليه.

إنما هو الإجارة والجعالة الصحيحة، فيجب عليه دفع العوض المسمى وأماماً في المسابقة الفاسدة التي ليست بإجارة ولا جعالة، فلا

١. وسائل الشيعة: ج ١٩، ص ٢٥٣؛ كتاب السبق والرمائية: ب ٣، ح ١.

٢. المبسوط: ج ٦، ص ٣٠٢.

٣. شرائع الإسلام: ج ٢، ص ٢٤٠.

٤. قواعد الأحكام: ج ٢، ص ٣٦٧.

٥. جامع المقاصد: ج ٨، ص ٣٣٧.

يترب الصمان المسمى لعدم تحقق الموجب لها (وهو العقد الصحيح)، وما قام به من العمل لم يقع بأمر منه، مضافاً إلى عدم انتفاع الصمان منه. وهذا ما أفاده الشيخ الأعظم الله مصراً بأن «شرعية على

خلاف القاعدة؛ حيث إنّه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع البازل».^١

وإنّ الصحيح من المسابقة إنّما يوجب الصمان من جهة إمضاء الشارع للمغالبة ولأجل اهتمام الشارع بأمر الجهاد مع الكفار، وفيها تمهيدات وتمرينات للحرب معهم ولو لا هذه الجهة لا فرق بينها وسائر أنواع القمار المنهي عنه وضعاً وتكتليفاً. ولا يخفى إمكان تعميم الحكم بالنسبة إلى المصادر والموضوعات المستحدثة تحت العناوين القديمة كما يعمّ حكم الصيد بالآلات الحديثة، كلّ ذلك مشروط بتأتيتها إلى التمهيد والتسهيل والاستعداد لأمر الحرب مع الأعداء. وكيف كان، لا إشكال في أنّ العقد السبق الفاسد لا يقتضي الصمان؛ لأنّ شرعية أصل العمل مخالف للقاعدة، ولعدم وصول النفع من هذا العمل إلى البازل، وأنّه لا ينفع مما يبذله في عقد السبق. وشرعية مثله (أي لا ينفع البازل فيه) موقوف على قيام دليل خاصّ ومع عدمه يكون مندرجأ في عموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ...﴾ الحاكم والدال على فساد هذا العقد.

^١ كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٢.

بقي الكلام فيما أفاده المحقق الإيرلندي بإمكان الالتزام بالضمان بقوله الله: «المراد بالأمر في المقام بعث الغير نحو العمل لا خصوص الطلب، وهذا حاصل في المسابقة؛ لتضمنها الالتزام بمال السبق، فإنّ البعث يحصل بكل من الطلب والوعد بالثواب والوعيد بالعقاب...»^١. إنّ الباقي في المسابقة فاسدة؛ لعدم وجود التزام غير الالتزام العقدي الفاسد، وعليه لم تبق حرمة لعمله حتى يستحق شيئاً في مقابلة، فما يبقي عليه الضمان غير حاصل.

ويمكن الذّي عنه: بأنّ الشّيخ الله أشكل في تحقق الأمر في المقام وأجاب عنه بحصول البعث والأمر والقول بفساد الالتزام العقدي لا يخلّ بوجود الأمر كما في سائر العقود الفاسدة، فالمقتضي للضمان موجود؛ لوجود الأمر وإن لم يعُد نفع فيه للضمان أي الدافع، كما حكم في المضاربة الفاسدة باستحقاق أجرة مثل العمل من المالك مع فساد العقد (وعدم الأمر المقتضي لثبوت الضمان) وعدم وجود نفع عائداً إلى المالك، فبناءً على كون المناطق عود النفع إلى الدافع (البازل) فلابدّ من الحكم بعدم الضمان فيها، مع أنّ المفروض ثبوت الاتفاق على الضمان.

ونقل عن الشّهيد الثاني^٢ الجواب عن ذلك: بأنّ احترام العمل الصادر من العامل في المضاربة ثابت لصدوره بأمر من البازل وصاحب الشمن

^١ . حاشية المكاسب (للايرلندي الله): ج ١، ص ٩٤.

^٢ . مسالك الأفهام: ج ٦، ص ١٠٩-١١٠.

فلا ينتقض. ولكن المشكلة أنّ الأمر المتحقق في المقام ليس غير الأمر الذي وقع عليه عقد المضاربة والمفروض وقوعه فاسداً.

ولذلك ذهب في «الجوهار»^١ بثبوت الضمان في هذه المعاملة الفاسدة وإنّه ليس بسبب الأمر حتى يقال كان في ضمن العقد الفاسد وإنّما هو ثابت بسبب احترام العمل الصادر من العامل، فعمله محترم كبقية أمواله وبناءً عليه قوى الضمان في المسابقة الفاسدة.

إلا أن يورد عليه: بالفرق في الضمان بين البابين المضاربة والمسابقة من جهة احترام العمل (للعامل والسابق) بإمكان توجيهه استناد الضمان باحترام العمل للعامل؛ لأنّ الأصل في باب المضاربة هو الصحة من جهة حفظ مالية المال وأنّ المقتضي للضمان موجود والمانع مفقود بخلاف باب السبق المبنية على المغالبة والرهان الذي الأصل فيه الفساد، فاقتضاء الضمان فيه مفقود.

ومع ذلك للتأمّل في الباب مجال بعد القول بتمامية عقد المسابقة في الموارد المنصوصة والتعمدي عنها إلى غيرها مع وجود المناط والملاك فيه.

هذا ولا يخفى أنّ في باب المضاربة يحكم بالضمان؛ لاحترام عمل العامل إذا لم يقدم على إسقاط حرمة عمله، كما في حرمة مال المالك وإنّه بالإتلاف، فإنه كما إنّه ليس للمالك المطالبة بضمان ماله التالف كذلك ليس للعامل المطالبة بضمان عمله؛ حيث إنّهما اتفقا على بذل

^١ جواهر الكلام: ج ٢٨، ص ٢٣٩.

المال والعمل وتقسيم الربح لو حصل ومع عدمه فليس لأحدهما المطالبة بشيء فالعامل قد أسقط حرمة عمله بنفسه ومع سقوط الحرمة للعمل لا مجال لتحقق الضمان.

والمسألة محل النزاع؛ حيث إنّ الشيخ الطائفية التزم بالضمان والمتحقق الثاني عدمه وفي الجواهر مال إلى الضمان مبنياً على حرمة العمل الصادر من العامل مع آننا أشكنا في بقاء الحرمة.

«ثم إنّه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض. وتوهم: أنّ الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه والمفروض أنّ القابض جاهل مدفوع: بإطلاق النص والفتوى وليس الجاهل مغروراً؛ لأنّه أقدم على الضمان قاصداً وتسلّط الدافع العالم لا يجعله أمانة مالكية؛ لأنّه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه لا أنه أمانة عنده أو عارية ولذا لا يجوز له التصرف فيه والانتفاع به...».^١ [١]

[١] قد تصدّى الشيخ رحمه الله هنا لبيان تعميم الحكم المذكور (ما يضمن...) أي ثبوت الضمان في فرض دخل جهل الدافع والقابض بالفساد وعلمهمما. والصور أربع: كونهما جاهلين بالفساد، وكونهما عالمين بالفساد، كون الدافع جاهلاً بالفساد والقابض عالماً، كون الدافع عالماً والقابض جاهلاً، الظاهر اتفاق الأصحاب في الحكم فيما إذا كانوا جاهلين وفيما إذا كان الدافع جاهلاً والقابض عالماً، إلا أنّ الشيخ رحمه الله

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٢.

يرى إفادة الضمان في جميع الصور وعَلَّه بتمامية المقتضي للضمان وهو النص والفتوى (قاعدة اليد وقاعدة الاحترام) وإن إطلاقهما يقتضي الضمان ولعدم أمانية يد القابض؛ حيث لم يسلّطه المالك الدافع على ماله مَجَانًا. وتوهّم أن قاعدة الغرور يمنع عن فعليّة المقتضي؛ حيث إن القول بضمان القابض الجاهل بالفساد بالنسبة إلى البدل الواقعي يجعله مغروراً والمغرور يرجع إلى من غرّه مندفع: بأن الغرور يتحقق فيما إذا لم يقدم القابض على الأخذ على وجه الضمان وفي المقام قد أقدم بنفسه على أن يكون ضامناً لكن بالثمن المسمى، فلا يندرج تحت قاعدة الغرور.

والقول بأن المالك قد سلّطه الجاهل مع علمه بفساد المعاملة على ماله وبذلك قد أسقط حرمة ماله فلا ضمان في فرض التلف، فقد أجاب الشيخ عنه: بأن المالك العالى بالفساد إنما سلّطه عليه بعنوان أنه مال القابض لا بعنوان أنه مال الدافع، فإذا دام الدافع بتسليط القابض على ماله ولو بعقد فاسد لا يؤذى إلى سقوط حرمة مال الدافع، فاقتضاء الضمان تام والممانع مفقود.

وعلى الجملة: إنما ينفي الضمان فيما إذا تحقق إذن للتصرف من المالك أو الغرور. وأمّا في العقد الفاسد ففي فرض الجهل لا إشكال في ثبوت الضمان وأيضاً فيما إذا كان الدافع جاهلاً والقابض عالماً بالأولوية؛ لأنّه يعتقد صحة العقد والأخذ بعد علمه ضامن لما أخذه. وأيضاً فيما إذا كان الدافع عالماً بالفساد والقابض جاهلاً أو كانا عالمين، فلا يقال بعدم الضمان؛ معللاً بأن الإقلاع مع العلم بالفساد

إذن في التصرف فلا ضمان، أو لأنّ الإقراض في هذا الحال أمانة مالكية، أو لما كان الدافع عالماً والقابض جاهلاً، فالقابض مغرور من قبل الدافع فكلّها مندفعه؛ لأنّ الأمانة المالكية عبارة عن الوديعة أو العارية ونحوهما ولا شيء من هذه مقصود للدافع، فلا موضوع للأمانة. وأمّا الإذن في التصرف، فمع كونه لم يدفعه إليه مجاناً فهو منتف لـما مرّ. وأمّا قاعدة الغرور فهي أيضاً منتفية بعد كون القبض على وجه المعاوضة.

وعلى الجملة: فالضمان ثابت في جميع الصور؛ لتمامية القاعدة (على مبني الشيخ الله فيها) وأيضاً على ما اخترناه من دلالة قاعدة اليد مع ضم الإقدام وتمامية السيرة هذا.

«وأمّا عكسها وهو: أنّ «ما لا يضمن بـ صحيحه لا يضمن بـ فاسده» فمعناه: أنّ كلّ عقد لا يفيـد صحيحـه ضمان مورـده فـفاسـده لا يـفيـد ضـمانـاً، كـما فيـ عـقدـ الـرهـنـ وـالـوكـالـةـ وـالـمضـارـبـةـ وـالـعـارـيـةـ غـيرـ المـضـمـونـةـ، بلـ المـضـمـونـةـ بـنـاءـ عـلـىـ أنـ المرـادـ بـإـفـادـةـ الصـحـيـحـ لـضـمانـ إـفـادـهـ بـنـفـسـهـ لـأـمـرـ خـارـجـ عـنـهـ، كـالـشـرـطـ الـوـاقـعـ فـيـ مـتـنـهـ وـغـيرـ ذـلـكـ مـنـ العـقـودـ الـلـازـمـةـ وـالـجـائـزـةـ...». ^١ [١]

[١] تعرّض الشيخ الله هنا لبيان عكس القاعدة وهو أنّ كلّ عقد لا يفيـد صحيحـه ضمانـ مورـدهـ فـفاسـدهـ لا يـفيـدـ ضـمانـاًـ، فـالـرهـنـ وـالـوكـالـةـ وـالـمضـارـبـةـ وـالـعـارـيـةـ بـالـنـسـبـةـ إـلـىـ الـعـيـنـ الـمـرـهـونـةـ فـيـ يـدـ الدـائـنـ وـكـذـاـ الـعـيـنـ

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٢.

في يد الوكيل وأيضاً في المضاربة بالنسبة إلى المال في يد العامل والعين في يد المستعير لا يفيد فاسدتها الضمان ك صحيحها، ثم إنّه قال بالنسبة إلى العقود التي لا يوجب الضمان بالذات ولكن قد يكون سبباً للضمان بالعرض كالuarية المضمونة مع الشرط، فإنّه في فاسدتها يعود أمر الضمان إلى أصل العقد الذي لا يفيد الضمان بذاته.

ولا يخفى أنّ البحث في عكس القاعدة مبني على كون (الباء) للسببية؛ لأنّ الفاسد لا يكون سبباً للضمان أبداً؛ لأنّ السبب لملكية العوض المسمى هو العقد ومع فساده لا يتحقق السببية بوجه ولو حصل القبض مع ذلك يكون السبب للضمان هو اليد وهذه القاعدة اقتضائية والمانع عنها إذن المالك، فعدم الضمان سبب وجود المانع.

ثم إنّ الشيخ رحمه الله تعرض إلى حكم العين المأخوذة بالإجارة الفاسدة وعدم إمكان تطبيق القاعدة (ما لا يضمن...); لأنّ الإجارة الفاسدة مضمونة مع أنّ صحيحها غير مضمونة بقوله: «ثم إنّ مقتضى ذلك (أي عكس القاعدة) عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً؛ لأنّ صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها، كما صرّح به في «القواعد»^١ و«التحرير»^٢ وحكي عن «التذكرة»^٣ وإطلاق الباقي^٤ (أي قولهم بعدم الضمان في

^١ قواعد الأحكام: ج ١، ص ٢٣٤.

^٢ تحرير الأحكام: ج ١، ص ٢٥٢.

^٣ تذكرة الفقهاء: ج ٢، ص ٣١٨.

^٤ الوسيلة: ص ٢٦٧؛ شرائع الإسلام: ج ٢، ص ١٧٩ والروضۃ البهیۃ: ج ٤، ص ٣٣١.

الإجارة من دون تقيد بالصحيحة) إلا أن صريح «الرياض»^١ الحكم بالضمان وحكي فيها (أي الفاسدة) نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب. والظاهر أن المحكى عنه هو المحقق الأدبي في «مجمع الفائدة»^٢. وما أبعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد حيث قال في باب الغصب: إن الذي يلوح من كلامهم هو عدم الضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة والذي ينساق إليه النظر هو الضمان؛ لأن التصرف فيها حرام؛ لأن غصب فيضمنه. ثم قال: إلا أن تكون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصريحها منافٍ لذلك (أي الضمان في الفاسدة) فيقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً (أي لا يكون المستأجر مستحقاً له لفساد الإجارة) والأصل براءة الذمة من الضمان، فلا يكون العين بذلك مضمونة، ولو لا ذلك (أي البرائة) لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأن استيلائه بغير حق وهو باطل انتهى...^٣.^٤ [١]

[١] والملاحظ من كلمات القائلين بالضمان خلافهم في توجيه الحكم بالضمان؛ حيث إن «الرياض» بعد أن يحكم بثبوت أجرة المثل في الإجارة الفاسدة وأن العين مضمونة استدل بحديث (على اليد) وكأنّ القاعدة (ما لا يضمن) مخصوصة بقاعدة اليد وأنّها توجب ثبوت الضمان، مع أن المستفاد من كلام المحقق الثاني الاستدلال بالتكليف

١. رياض المسائل: ج ٢، ص ٨.

٢. مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠، ص ٥٠.

٣. جامع المقاصد: ج ٦، ص ٢١٦.

٤. كتاب المكافآت: ج ٣، ص ١٩٣-١٩٤.

(خلافاً للرياض حيث استدلّ بالوضع) وقوله: (لأنه غصب فيضمنه) أي رتب الضمان على الغصب وكأنه علّ عدم الضمان في الإجارة الصحيحة تكون اليد أمانية وفي الفاسدة بثبوت الضمان؛ لأنّها عدوانية وحرمة التصرف فيها بالغصب وجعله سبباً لحرمة التصرف. ثم قال بمعارضة الحكم بالضمان؛ لقاعدة (ما لا يضمن) وبعد ذلك استقرّ على عدم الضمان؛ لأنّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء، أي أنّ المعطى أقدم على عدم الضمان. ثم تنزّل بعد القول بعدم الضمان (مستنداً إلى جهة الإقدام والدخول على الضمان) من الدليل إلى الأصل بقوله: «والأصل برائة الذمة من الضمان» وأنّ أصالة البرائة كافية لإثبات عدم الضمان حتى مع عدم تمامية الدليل.

ثم أنّه أورد نقضاً على القول بالضمان وهو أنّه لو نلتزم برائة (وعدم الضمان) في العين المأخوذة في الإجارة الفاسدة فلا بدّ من الالتزام بثبوت الضمان في الرهن الفاسد وهو ما لا يمكن الالتزام به لقيام الإجماع على عدم الضمان في الرهن الفاسد إذا تلّفت العين، فقاعدة (ما لا يضمن جارية في الرهن، فلو قلنا بضمان العين في الإجارة الفاسدة فلا بدّ أن نقول بضمان العين في الرهن الفاسد أيضاً) وحيث لا يمكن الالتزام في الرهن فكذلك في الإجارة، فاتّضح أنّ المحقق اختار الضمان أولاً ثم يعدل ويقوّي عدم الضمان أخيراً.

وأمّا «الجوواهـر»: فقد ذهب إلى عدم الضمان قائلاً: «إنّ الذي عثـرنا عليه من كلام الأصحاب في المقام صريح في عدم ضمان العين

المستأجرة في العقد الفاسد كما صرّح به في «القواعد»^١ و«جامع المقاصد»^٢ ومحكي «التذكرة»^٣، بل في «مفتاح الكرامة»^٤ عن «الرياض»^٥ و«المجمع»^٦ التصریح بذلك أيضًا ولعله لقاعدة «ما لا يضمن بصحیحه لا يضمن بفاسدھ» كما استدلّ به في «التذكرة» و«الجامع»، بل لم أجد من صرّح هنا بالضمان وإن كان قد يوجّه - على تقدير صحة النسبة إلى الأصحاب - بما سمعت من عموم على اليد المعارض لقاعدة المزبورة من وجه ويرجح عليها بالنسبة المزبورة. ودعوى العكس باعتضادها بقاعدة الأمانة يدفعها ما سمعته من «الرياض» أخيراً من أنه إذا كان الدفع بعنوان الصحة يكون الإذن كالمقيدة بذلك، فمع الفساد نكشف أن لا إذن، فلا تكون أمانة. ومن ذلك يعلم أنه لا وجه لفرقه بين العلم والجهل حينئذٍ؛ إذ الرزعم لا مدخلية له في ذلك؛ ضرورة قيام الدفع بعنوان المزبورة مقام الرزعم المذكور.

على أنه قد يقال: بعدم اندراج العين في قاعدة «ما لا يضمن...» فلا تعارض «على اليد...» حينئذٍ. وذلك لأنّ المراد من الإيجاب والسلب فيها ما كان مضموناً بسبب العقد وما لم يكن مضموناً كذلك على

^١ . قواعد الأحكام: ج ٢، ص ٣٠٤.

^٢ . جامع المقاصد: ج ٧، ص ٢٥٨.

^٣ . تذكرة النقهاء (ط.ق): ح ٢، ص ٣١٨.

^٤ . مفتاح الكرامة: ج ١٩، ص ٧٦٤-٧٦٣.

^٥ . رياض المسائل: ج ١٠، ص ٤٤-٤٥.

^٦ . مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠، ص ٥٠.

معنى: (أنَّ الضمان وعدهم فيه مورد العقد) كالمنفعة في الإجارة والعين في الهبة، ولا ريب أنَّ عدم الضمان في العين المستأجرة لا مدخلية للعقد فيه وإنّما هو باعتبار كونها أمانة، فيدور الضمان في الفاسدة حينئذٍ عليها لا من القاعدة المزبورة^١!

فما يستفاد من كلام «الجواهر» أنَّه يرى المعارضة بين القاعدتين (اليد وما لا يضمن) بالعموم من وجه بدعوى: أهمية قاعدة اليد من حيث المورد (ممّا لا يضمن) بجريانها في الغصب، مع أنَّ (ما لا يضمن) غير جارية فيه، كما تجري أيضاً في البيع الفاسد وتفيض الضمان. وأمّا قاعدة (ما لا يضمن) فهي أعمّ من كونها في العين أو في المنفعة، أي سواء كانت يد على العين أم لا؟

وأمّا الشيخ رحمه الله بعد نقل كلام المحقق الثاني يقول: «ولعلَّ الحكم بالضمان في المسألة إمّا لخروجها عن قاعدة «ما لا يضمن»؛ لأنَّ المراد بالمضمون مورد العقد ومورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد وحيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً ومن طرف المالك لم يكن فيه ضمان، وأمّا في فاسدتها فدفع الموجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها؛ الحق الانتفاع فيه والمفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان. وإنّما لأنَّ قاعدة «ما لا يضمن» معارضة هنا

^١ جواهر الكلام: ج ٢٧، ص ٢٥٢.

بقاعدة اليد والأقوى: عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة ولا متحصلة».^١ [١]

[١] فالشيخ أيضاً يرى المعاوضة أولاً بين القاعدتين وأنّ قاعدة اليد مخصصة لقاعدة «ما لا يضمن» بأنّ مصبّ القاعدة في الإجارة الفاسدة هي المنفعة ولا تشمل العين التي هي خارجة عن القاعدة تخصّصاً فتدرج في قاعدة اليد من دون معارض. وبعد التنزّل قال: سلّمنا اندراج العين في قاعدة «ما لا يضمن» ومع ذلك يمكن تخصيص ما لا يضمن بقاعدة اليد لأظهرية قاعدة اليد فتقديم عليها.

ولكن في الأخير التزم بأنّ القاعدة لا تكون مخصصة بالعين المستأجرة (بالإجارة الفاسدة) وكذلك لا يكون متحصلة أي ليس لها خروج موضوعي. أمّا عدم التخصيص فلأنّ قاعدة اليد واردة في مورد (ما لا يضمن) وهي ثابتة في جميع مواردها، فإنّ خصّصنا قاعدة (ما لا يضمن) (بقاعدة اليد) لزم لغوية قاعدة (ما لا يضمن) وبه يدفع التعارض بينهما بالوجه المذكور» في كلام «الجواهر» من آنّه وإن كانت النسبة بينهما عموم من وجه، إلا أنّ هناك قاعدة عقلية تفيد عدم جواز تخصيص قاعدة (ما لا يضمن) بقاعدة اليد وهي: آنّه إذا لزم من الأخذ بالعامين من وجه سقوط مورد الآخر فلابدّ من ترجيح جانب الساقط والمقام كذلك؛ حيث إنّ في الموارد التي تجري قاعدة (ما يضمن وما لا يضمن) تكون قاعدة اليد جارية، كالأمانة والمضاربة (الجارية فيهما

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٤

قاعدتي اليـد وما لا يضمن) وكذلك العـارية والـوكـالـة (الـجـارـية فـيـهـما قـاعـدـتـي الـيـد وـما لا يـضـمـن) فإذا أـخـذـنـا فـي جـمـيـع هـذـه المـوـارـد بـقـاعـدـة الـيـد وـخـصـصـنـا بـهـا قـاعـدـتـي (ما يـضـمـن وـعـكـسـهـا) لـمـا بـقـيـتـ مـوـرـدـ لـجـرـيـانـهـا فـيـهـ أوـ يـنـدـرـ وـجـوـدـهـ وـعـلـيـهـ فـلـابـدـ مـنـ تـخـصـيـصـ (قـاعـدـةـ الـيـدـ) حـتـىـ لـا يـلـزـمـ لـغـوـيـةـ قـاعـدـةـ ماـلاـ يـضـمـنـ.

وـأـمـاـ عـدـمـ التـخـصـيـصـ: بـمـعـنـىـ خـرـوـجـ القـاعـدـةـ عـنـ شـمـولـهـاـ لـلـعـيـنـ وـكـونـهـاـ مـخـصـصـةـ بـالـمـنـافـعـ، فـإـنـ مـقـتضـيـ القـاعـدـةـ حـيـنـئـذـ هوـ الـعـمـلـ بـاـطـلـاقـ قـاعـدـةـ الـيـدـ، معـ أـنـ الـمـقـامـ لـاـ يـقـضـيـ التـمـسـكـ بـهـذـهـ الـعـمـومـ؛ لـأـنـ اـسـتـيـفـاءـ الـمـنـافـعـ مـنـ الـعـيـنـ الـمـسـتـأـجـرـةـ يـتـوقـفـ حـسـبـ بـنـاءـ الـعـقـلـاءـ عـلـىـ تـسـلـطـ الـمـسـتـأـجـرـ عـلـىـ الـعـيـنـ وـكـونـهـاـ مـوـضـوـعـةـ تـحـتـ يـدـهـ، فـإـذـاـ سـلـطـ الـمـالـكـ الـمـسـتـأـجـرـ عـلـىـ الـعـيـنـ فـإـنـ ضـمـانـهـاـ تـخـرـجـ عـنـ قـاعـدـةـ الـيـدـ وـتـنـدـرـجـ فـيـ قـاعـدـةـ (ماـلاـ يـضـمـنـ)ـ الـتـيـ يـكـونـ مـوـرـدـ جـرـيـانـهـاـ الـطـبـيـعـيـ خـصـوصـ الـمـنـافـعـ وـلـكـنـ بـسـبـبـ الـتـعـارـفـ وـالـتـعـهـدـ الضـمـنـيـ تـشـمـلـ الـعـيـنـ، فـإـذـنـ لـاـ تـكـونـ القـاعـدـةـ مـخـصـصـةـ.

«ثـمـ إـنـ يـشـكـلـ إـطـرـادـ القـاعـدـةـ فـيـ مـوـارـدـ

مـنـهـاـ: الصـيـدـ الـذـيـ اـسـتـعـارـهـ الـمـحـرـمـ مـنـ الـمـحـلـ؛ بـنـاءـ عـلـىـ فـسـادـ

الـعـارـيـةـ، فـإـنـهـمـ حـكـمـواـ بـضـمـانـ الـمـحـرـمـ لـهـ بـالـقـيـمـةـ، مـعـ أـنـ صـحـيـحـ الـعـارـيـةـ

لـاـ يـضـمـنـ بـهـ وـلـذـاـ نـاقـشـ الشـهـيـدـ الثـانـيـ ^{اللهـ}¹ـ فـيـ الضـمـانـ عـلـىـ تـقـدـيـرـيـ

الـصـحـةـ وـالـفـسـادـ، إـلـاـ أـنـ يـقـالـ: إـنـ وـجـهـ ضـمـانـهـ بـعـدـ الـبـنـاءـ عـلـىـ أـنـهـ يـجـبـ

¹ مـسـالـكـ الـأـفـهـامـ: جـ٥ـ، صـ١٣٩ـ.

على المحرم إرساله وأداء قيمته أن المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف...».^١

[١] ذكر موارد ثلاثة لنقض القاعدة:

منها: الصيد الذي استعاره المحرم... مع أنْ صحيح العارية لا يضمن ولذلك ناقش الشهيد في الضمان، ولكن وجّه الشيخ عليه السلام الضمان بأنّ منشأه هو الإتلاف ولا التلف؛ لأنّ إمساك الصيد محرّم على المحرم ويجب عليه إرساله، فيعدّ إتلافاً وبحكم القاعدة المسلّمة «من أتلف مال...» يحكم فيه بالضمان فهو يضمن قيمة الصيد. وبهذا يتضح عدم نقض القاعدة الكلية «ما لا يضمن...» بل الضمان مستند إلى الإتلاف نعم، لو قلنا بثبوت الضمان بالتلف يصح القول بانتهاض القاعدة ولكن الضمان الحاصل في المقام مستند إلى حكم الشارع بوجوب الإرسال وهو يستلزم الإتلاف.

وأورد على توجيهه الشيخ عدّة من الأعلام (السيد والنائيني والخوئي عليه السلام) وقبل ذلك نقول: إنّ المتفق عليه حرمة الصيد على المحرم وعدم تحقق الملكية له بالصيد ووجوب إرسال الصيد وخروجه عن ملكه حتى لو اصطاده قبل الإحرام، ولكن الكلام في استعارته من

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٤-١٩٥

المحلّ، فعلى تقدير الحرمة تكون العارية فاسدة ولذلك حكم العالّمة والمحقق... بضمّانه.

فعن المحقق (في الشرائع): «لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيداً؛ لأنّه ليس له إمساكه ولو أمسكه ضمّنه وإن لم يشترط عليه،^١ وعن العالّمة (في التذكرة): «فلو استعاره وجب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته ولو تلف في يده ضمّنه أيضاً بالقيمة لصاحب المحلّ وبالجزاء لله تعالى، بل يضمّنه بمجرد الإمساك».^٢

وخلالفهم الشهيد الثاني رحمه الله (في المسالك) وقال: إنّ صحيح العارية لا يضمن وما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده.^٣ وفي «الجواهر»: يضمن إذا أرسل.^٤

أمّا أفاده الشيخ رحمه الله توجيههاً للحكم بالضمّان هو أنّه استعار الصيد يجب عليه إرساله والإسال إتلاف، فالاستعارة أوجبت إتلاف مال الغير والإتلاف موجب للضمّان، فيكون المقام خارجاً عن موضوع القاعدة (ما لا يضمن)؛ لأنّ موضوعها التلف فلا الإتلاف فلا ينتقض القاعدة.

ولتوضيح المقام لابدّ من البحث في أمور:

هل الاستعارة (المحرم للصيد) فاسدة؟ وأنّ الضمّان ضمان التلف أو الإتلاف؟ وهل يكون فرق بين علم المعيير بكون المستعير محرماً

^١ شرائع الإسلام: ج ٢، ص ١٣٦.

^٢ تذكرة الفقهاء: ج ٦، ص ٢٣٨.

^٣ مسالك الأفهام: ج ٥، ص ١٣٩.

^٤ جواهر الكلام: ج ٧، ص ١٦٥.

ووجهه؟ وهل الإرسال واجب على المستعير المحرم، أو هل له الرد إلى مالكه ومع الرد تبرأ ذمته؟

وعن المحقق النائيني رحمه الله: لا إشكال في وجوب الإرسال على المحرم بعد استيلائه على الصيد بسبب العارية وهل هو حكم تكليفي محض وأن الصيد باقٍ على ملك مالكه ما لم يتحقق الإرسال، فإذا وقع على يد المعير فلا ضمان وإنما الضمان يتحقق بسبب الإرسال الذي هو إتلاف لمال المعير، وأن الصيد بسبب وقوع يد المحرم عليه خرج عن الملكية وصار من المباحثات بالأصل ورجع إلى حالته الأولى أعني: قبل صيرورته محازاً وجهاً، بل قوله أقواهما الثاني. وذلك لأن بقاء ملكية المعير مع وجوب الإرسال على المستعير وإن كان ممكناً معقولاً إلا أنه من الحكم بخروج الصيد عن ملكية الإنسان إذا صار محرماً إذا كان الصيد تحت يده يستكشف أن وجوب الإرسال لمكان خروج الصيد عن ملك المعير وصيرورته من المباحثات بالأصل، فتأمل».١

ما يستفاد عما أفاده: أن هناك تضاداً بين يد المحرم وملكية الصيد وبمجرد تتحقق يده عليه يكون من المباحثات. وبتقريب واضح: أنه إذا استعار المحرم الصيد وجب عليه إرساله والإرسال إتلاف، وجواز إتلاف مال الغير يكشف عن عدم ملكه.

ولكن القول بوجود التضاد بين يد المحرم وملكية الصيد حتى لو كانت الملكية للغير محلّ كلام؛ لعدم الدليل على ذلك نعم، يتم

١. المكاسب والبيع (للنائيني رحمه الله): ج١، ص٣١٣-٣١٤.

الدليل على عدم ملكية المحرم لما اصطاده قبل الإحرام. وأمّا عدم جواز إتلاف مال الغير فهو مسلم، إلّا أنّ بعد الأمر من الشارع بوجوب الإرسال يرفع الحكم التكليفي ولا ينافي وجوب الضمان؛ لعدم الملازمة بين الحكمين هذا.

وللسيد عليه السلام^١ إشكال: بأنّ الحكم بثبوت الضمان يتمّ فيما لو كان الإرسال الذي لا ينفكّ عن الإتلاف عادة واجباً على المستعير، لكنّ الحقّ إنّ الحرام هو إمساك الصيد لا أنّ الواجب إرساله وبينهما فرق، فلا معنى لضمان القيمة بمجرد الاستعارة.

فهنا ينبغي التأمل في مقتضى النصوص في الباب: منها: رواية زرارة: إنّ الحكم سأل أبا جعفر عن رجل أهدي له في الحرم حمامه مقصوصة؟ فقال: «انتفها وأحسن علفها حتى إذا استوى ريشها فخلّ سبيلها».^٢

منها: رواية حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام في من أصاب طيراً في الحرم؟ قال: «إنّ كان مستوى الجناح فليخل عنه وإنّ كان غير مستوى نتفه وأطعمه وأسقاه، فإذا استوى جناحاه خلّ عنه».^٣

منها: رواية داود بن فرق، قال: كنّا عند أبي عبدالله عليه السلام بمكة وداود بن عليّ بها، فقال لي أبو عبدالله عليه السلام: «قال لي داود بن علي: ما تقول يا أبا

^١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي عليه السلام): ج ١، ص ٩٤.

^٢ . وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٣٠؛ أبواب كفارات الصيد: ب ١٢، ح ٢.

^٣ . وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٣٠؛ أبواب كفارات الصيد: ب ١٢، ح ١.

عبد الله عليه السلام في قماري اصطدناها وقضيناها؟ فقلت: تنتف وتعلف فإذا استوت خلبي سبيلها».^١

منها: رواية حكم بن عتيبة: سألت أبا جعفر عليه السلام ما تقول في رجل أهدي إليه حمام أهلي وهو في الحرم من غير الحرم؟ فقال: «أماماً إذا كان مستوياً خلّيت سبيله وإن كان غير ذلك أحسنت إليه حتى إذا استوى ريشه خلّيت سبيله».^٢

منها: رواية شهاب الواردة في حق من جعل سحوره من لحم الصيد فأجابه الإمام عليه السلام: «فقد حرم عليك ذبحه وإمساكه».^٣

فما يستفاد من مجموع هذه النصوص أن الإرسال في مقابل الإمساك فتكون حرمة الإمساك عرضية، كوجوب الصلاة التي تركها حرام عرضاً. والنتيجة: إن كان الثابت من الروايات حرمة الإمساك يستلزم ذلك وجوب الرد إلى مالكها، وإن كان الثابت منها وجوب الإرسال، يجب عليه القيام به، المستفاد منها بعد ضم ظاهر الآية: «وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا»^٤ عدم جواز اهتمام المحرم بحبس الطيور والصيود ولو وقع تحت يده وتصرّفه وجب عليه إرساله وحرمة الإمساك لمنافاته مع حرمة الصيد وأن المراد من حرمة الصيد سد باب الصيد في الحرم وعلى

^١ وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٣٢؛ أبواب كفارات الصيد: ب ١٢، ح ٧.

^٢ وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٣٣؛ أبواب كفارات الصيد: ب ١٢، ح ١٢.

^٣ وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٣١؛ أبواب كفارات الصيد: ب ١٢، ح ٤.

^٤ آل عمران (٣): ٩٧.

المحرم وليس هو المقصود. ويشهد ذلك تعنون الباب في تبويب المحدثين «باب وجوب إرسال الصيد» وكذلك الفقهاء، كالشيخ في «المبسط» و«النهاية» وابن ادريس و«فقه القرآن» للراوندي والعلامة فيكتبه وأيضاً المحقق في «الشائع» و«المعتبر» وكذا «الجواهر». فالصحيح ما ذهب إليه الشيخ من ثبوت الضمان الثابت بالإرسال المستلزم للإتلاف دون ما أفاده السيد عائض^{لله عائض}؛ لأنّه حتّى لو ثبت حرمة الإمساك يجب الإرسال دون الردّ، فإنّ الضمان يثبت بمجرد تخلية سبيل الصيد، إلا أنّ القول بثبوت الضمان بمجرد استعارة الصيد لا يتمّ إلا بعد ضمّ قاعدة الاحترام؛ لأنّ أخذه (أي المحرم) المال بعد وجوب الإرسال عليه ملازم عادة لإتلافه، وهو حرام شرعاً، فيثبت الضمان بهما كما في أكل مال الغير في عام المجاعة، فإنّ الضمان لا يثبت على ذمته بمجرد وجوب الأكل وإنّما يثبت من اجتماع وجوب الأكل مع حرمة مال المسلم وهو معاً يفيدان الضمان، فوجوب الإرسال بمجرده لا يثبت الضمان إلا بضمّ قاعدة الاحترام، فلا يثبت الضمان بمجرد التلف. فالنتيجة: أنّه إذا تخلّف ولم يرسله، بل ورده إلى مالكه لم يضمّنه (كما أنّه إذا أرسله ضمن قيمة ضمان الإتلاف) والأدلة المعتبرة قائمة على ملكية المحرم للصيد.

منها: معتبرة يونس من يعقوب قال: سألت أبا عبد الله عائض^{لله عائض} عن المضطر إلى الميّة وهو يجد الصيد؟ قال: «يأكل الصيد» قلت: إن الله عزّ وجلّ قد أحلّ له الميّة إذا اضطّر إليها ولم يحلّ له الصيد؟ قال:

«تأكل من مالك أحب إليك أو الميّة؟» قلت: من مالي، قال: «هو مالك؛ لأنّ عليك فدائه».^١

ومنها: رواية الصدوق (في العلل) عن أبيه، عن محمد بن يحيى العطار، عن العمركي، عن علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سأله عن المحرم إذا اضطر إلى أكل صيد وميّة وقلت: إنّ الله عزّ وجلّ حرم الصيد وأحلّ الميّة، قال: «يأكل ويفديه، فإنّما يأكل ماله».^٢

وأيضاً غيرهما كصحيحي أبي أيوب^٣ ومنصور بن حازم^٤.

وكلّها هذه تدلّ على أنّ الصائد يملك الصيد، فالقول المذكور من المحقق النانيني رحمه الله من أنّ الصيد بمجرد إمساك المحرم له خرج عن ملكه واستقرّ ضمان الإتلاف عليه وكذا ما أفاده المحقق الخوئي رحمه الله في مقام الرد على بيان شيخه من «إنّما الثابت أنّ المحرم لا يملك الصيد»^٥ اجتهاد في مقابل النصّ، فلو استعار المحرم من المحلّ صيداً لا يضمن؛ لأنّه وإن وجب عليه الإرسال وحرم عليه الإمساك، لكنّ سبب الضمان حرمة المال المسلم، فإذا أرسله ضمنه ومجرد الأخذ لا

١. وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٨٥؛ أبواب كفارات الصيد: ب ٤٣، ح ٢.

٢. وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٨٦؛ أبواب كفارات الصيد: ب ٤٣، ح ٥.

٣. وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٨٦؛ أبواب كفارات الصيد: ب ٤٣، ح ٦.

٤. وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٨٦؛ أبواب كفارات الصيد: ب ٤٣، ح ٧.

٥. مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ١٠٦.

يؤدّي إلى زوال الحرمة، فلا ينتقض القاعدة بالعارية الفاسدة؛ لأنّه لا ضمان عليه عند التلف.

وكذا ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من أنّه لا أثر لردة إلى مالكه المعير بدعواه من أنّ الصيد بمجرد إمساك المحرم خرج عن مالكيته ويوجب استقرار ضمان الإتلاف على المحرم، فلو ردّه حصل للملك صيد جديد.

وقد مرّ أنّه لا دليل على عدم جواز الردّ، بل الدليل على كونه باقياً على ملكه تام، فإن رده فلا ضمان عليه، فالإرسال واجب إذا لم يكن الردّ عليه الضمان في الفرض المذكور، فالقاعدة أيضاً غير منقضية.

وفي الختام نشير إلى بعض تعرّضنا إليه من فساد استعارة المحرم ما يظهر من التتبع في كلمات القول عدم القول بفسادها وإنّما احتمله الشهيد الثاني. ولعلّ الوجه أنّه لما كان المقصود من العارية هو الانتفاع من الشيء ولا يجوز للمحرم أن ينتفع بالصيد فانتفي أثر العارية. فهي فاسدة.

وأمّا الضمان فهو ليس ضمان التلف وهو إما ضمان الإتلاف لوجوب الإرسال، أو القول بأنّه ضامن للقيمة تشریعاً من أول الأمر؛ لأنّ التكليف بالسبب أي الإرسال تكليف بالمسبّب. ولكنّ الإشكال: أنّ الحكم بالضمان أي الحكم الوضعي تقديري فلا يتصرّر في المقام غير ضمان الإتلاف.

وفصل السيد بين علم المعير وجهله بالنسبة إلى إحرام المستعير، فإنه إذا كان عالماً كان الإتلاف مستندًا إليه؛ لأنَّه هو السبب في ذلك؛ لأنَّه سلم إليه الصيد مع علمه بكونه محرماً ويجب عليه الإرسال وسيرسله. فالبحث عن ضمان المحرم وعدهم يختصّ بصورة جهل المعير بكونه محرماً.

ولكنَّ الإشكال: إنَّ الإسناد إلى السبب يتم لولم نقل بأنَّ المباشر أقوى من السبب والمعير وإن كان هو السبب للإتلاف إلا أنَّ المستعير المحرم هو الأقوى لل مباشرة، فهو مستند إليه دون المعير، فلا فرق حينئذٍ بين علم المعير وجهله.

«ويشكل اطراد القاعدة أيضًا في المبيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها، فإنَّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة في العقد الفاسد، إلا أن يقال: إنَّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح وال fasid. وفيه نظر: لأنَّ نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح؛ لأنَّ الشمن إنما يبزاء العين دون المنافع». ^١ [١]

[١] بيان الإشكال في اطراد القاعدة: فيما أنَّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح فالقول بضمانتها في العقد الفاسد يوجب انتقاض القاعدة، ووجه تقييد المنافع بغير المستوفاة مع أنَّ المنافع المستوفاة غير مضمونة في العقد الصحيح، فلعلَّه لأجل الاستيفاء بمنزلة الإتلاف

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٥.

فمن أقدم عليها يعدّ ضامناً. وتوجيهه النقض: إنّ هذه المنافع المستوفاة إذا استوفاها في البيع الصحيح لم يكن مضمونة، مع أنّه محكومة بالضمان في البيع الفاسد وزانه وزان الغصب ومحكوم بحكمه سواء استوفيت المنافع أم لا. وقد تصدّى الشيخ رحمه الله للإشكال في دعوى النقض بقوله «إلا أن يقال..» أي أنّ المنافع غير المستوفاة مضمونة في العقد الصحيح أيضاً، فالمورد يندرج في أصل القاعدة (ما يضمن...) ولا عكسها.

بتوضيح: أنّ المشتري إنّما يدفع الثمن في مقابل العين ومنافعها دون خصوص العين مجردة عن المنافع، فحينئذٍ يقع المنافع مورداً للعقد الصحيح، فالضمان وعدمه تابعان للعقد فاستوجب العقد الضمان فالصحيح وال fasد على السواء في ثبوت الضمان، وكذلك إن استوجب عدم الضمان وفي المقام بعد كون المنافع واقعة في العقد الذي يستوجب صحيحة الضمان كذلك يثبت الضمان في فاسده، فتكون المسألة واقعة في أصل القاعدة.

ثم إنّه أجاب عما أفاده بقوله: «وفيه نظر...» وإنّ نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح؛ لأنّ الثمن إنّما هو بإزاء العين فقط دون المنافع، مع أنّ ثبوت الضمان في العقد الفاسد مما لا ريب فيه. ولعلّ جزمه بعد ثبوت الضمان (بالنسبة إلى المنافع) بعد تعليله بمقابلة الثمن بإزاء العين دون المنافع مبنيٍ على أنّ حيّة العين في العقود حيّة تقيدية والمنافع حيّيتها تعليلية وأنّ المشتري لأجلها يبذل

المال في مقابل العين، فالذى يقع بإزاء الثمن هي العين دون المنفعة، فلا تكون المنافع بإزاء العين، فعدم وقوع المنافع بإزاء الثمن واضح، فلا يكون هي مضمونة (بناءً على هذا) لا أصلًا ولا تبعًا، بل الضمان (المسمى) تختص بالعين وأنّها هي موضوعة للعقد، وأمّا المنافع فإنّها علّة لموضوعية العين، فما لا ضمان في صحيحة يجب أن لا يكون مضمونًا في فاسده (بناءً على عكس القاعدة الكلية).

هنا أشكل السيد الحبيب (في الحاشية) في جوابه عن النقض: بأنّ «المنافع وإن لم يكن مقابلة بالمال إلّا أنّها ملحوظة في القيمة وزيادة الثمن وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة (كالشروط) ومن هنا يعرف حال الشروط فإنّه لو فرض شرط الخياطة في عقد فاسد فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامناً، لأنّ في الصحيح وإن لم يكن الشرط مقابلًا بالمال إلّا أنه ملحوظ في زيادة الثمن ونقصانه، فكأنّه مقابل بالمال ولذا اشتهر أن للشرط قسطاً من الثمن يعني في اللب فتدبر...».^١

وأورد عليه (السيد الميلاني): بأنّه وجه خطابي؛ لأنّ الواسطة في الثبوت لا يقع في حيّز الثبوت، وكثرة المنافع أو الشروط واسطة في ثبوت ازدياد القيمة المضمنة، فلا يعقل أن تكون هي مضمونة كذلك.

وتوسيع ما أفاده: إن لحاظ المنفعة أمر وضمانها أمر آخر والشيخ الحبيب موافق للسيد الحبيب في ضمان المنافع كليّة بنحو الحيّة التعليلية ولكنّ

^١ حاشية المكاسب (للسيد اليزدي الحبيب) ج ١، ص ٩٥.

الواقع بإزاء الثمن هو ما كان بنحو العيث التقىسي وعلمون أن المنافع ملحوظة عادة وتصير داعيًّا له بذل المال في قبال الثمن وازدياده، ولكن الأثر متربٌ فيما إذا بذل الثمن في مقابل المنفعة نفسها وقد حُقِّ أنَّ المال والثمن مبذول بإزاء العين فقط، وأمَّا بالنسبة إلى الشروط التي أدعى أنَّ لها قسطاً من الثمن فقد ظهر جوابه من أنَّ الثمن لا يقع بإزاء الشرط، بل الشرط علَّة لزيادة الثمن وبقضائه في مقابل العين. والشاهد أنَّه لو تخلَّف لا يقتضي أكثر من التعلل بالنسبة إلى العين.

وأورد (على ما أفاده السيد الله) المحقق الخوئي الله : «بأنَّ دخل المنافع في زيادة الثمن لا يستلزم ضمانها وراء ضمان العين، كما أنَّ الشروط لها دخل في زيادة القيمة مع أنَّها خارجة عن حول القاعدة، أمَّا ثبوت الضمان فيما ذكر من مثال الخياطة فلأجل احترام العمل واستناد تحققه في الخارج إلى أمر المشروط له، وعليه فلا صلة بالمقام».^١

وما أفاده إشكالاً تام، إلَّا أنَّ توجيهه للضمان مستنداً إلى احترام العمل والسيرة لا يخلو عن شأنية الإشكال؛ لأنَّ العمل الصادر من العامل بعد عدم صدوره بأمر من الامر يشكل الاستلزم بثبوت الحرمة له (لكون العقد فاسداً) فالخياطة مسبيبة من الالتزام في البيع الفاسد ولا دليل على حرمة مثل هذا العمل ولم تثبت السيرة على ضمانه.

وعن المحقق الإصفهاني: «ربما يتصرَّ ضمان العين بنحو تكون متضمناً لضمان المنافع الفائتة في الصحيح وال fasid، كما إذا كانت

^١ . مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ١٠٨

العين لها أمد خاصٌ وعمر مخصوص، فإذا مضى منه شهر مثلاً نقصت قيمة العين وفهذا النقص ملحوظ في الصحيح وال fasid^١.

وأورد عليه تلميذه المحقق: «بأنّ مضي مدة خاصة من عمر العين وإن أوجب نقصاناً فيها، إلا أنّ الضمان هنا بالعين لا بالمنافع غير المستوفاة ولذلك اعترف في آخر كلامه بأنه: «لا فرق حيئثٍ بين القول بضمان العين والمنافع أو ضمان العين تامة»^٢.

وكيف كان فقد تصدّى السيد الخوئي لدفع النقص قائلاً: «إن النقص غير وارد على القاعدة، وتوهّم انتقاضها بما ذكر نشاً من عدم تطبيق الكبّر على الصغرى. وتوضيح ذلك: أنّ النسبة بين تملّك المنافع وتملّك العين عموم من وجه؛ إذ قد تملّك المنافع دون العين - كما في الإجارة - وقد تملّك العين دون المنافع - كما إذا باعها مسلوبة المنفعة - وقد تملّكان معاً وعليه فملكية العين لا تلازم ملكية المنافع وإنما تملك المنافع في البيع بنفس السبب لملكية العين، ففي الحقيقة كان الشمن يباز العين بالأصلّة وباذاته منافعها بالتبع. وعلى هذا فكلّ من العين والمنافع مورد للعقد، نهاية الأمر أنّ العين مورد للعقد بالأصلّة والمنافع مورد له بالتبعية. ومن الواضح أنّ عقد البيع ممّا يضمن بصحيحة وفاسدّه سواء في ذلك نفس المبيع ومنافعه، وإن فلا وجه لتوهّم انتقاض القاعدة طرداً بالبيع fasid^٣.

^١ . حاشية كتاب المكاسب (لإصفهاني)، ج ١، ص ٣٣٨.

^٢ . مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ١٠٨.

^٣ . مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ١٠٩.

ولكن الإشكال: إنّا سلّمنا إنّ النسبة بين تملّك العين والمنفعة نسبة العموم من وجه دون التلازم، إلّا أنه لا يستفاد من هذا الكلام مضمونية المنفعة بإزاء الشمن، مع أنّ المدعى وقوع المنفعة بإزاء الشمن أصلّة وبقاءً، مضافاً إلى أنّا نسلّم أنّ مقتضى إطلاق العقد ملكية المنفعة لدلالة الشرط الضمني العقلائي على تبعية المنفعة للعين (في النقل والاتصال) لكن هذا لا يفيد وقوع الشمن بإزاء المنافع وأيضاً وقوع العقد على المنفعة، مع أنّ المدعى وقوع العقد على المنفعة وأنّ الشمن يقابلها لكن بالتبع ولا بالأصلّة.

وغاية ما يستفاد مما أفاده دليلاً هو إثبات التبعية في الملكية للمنافع مع العين، ولكن التبعية في الملكية أمر والتبعية في الضمان بالمسمي أمر آخر، فالنتيجة: أنه لابد من تسلّم ورود النقض على القاعدة وعدم اطّرادها؛ لأنّ المفروض (في البيع الفاسد) إنّ ما أقدما عليه المتبایعان من إنشاء البيع لم يكن ممضاة شرعاً، فيكون يد المشتري على العين عدوانية بالأصلّة وعلى المنافع عدوانية بالتبع ومقتضى عموم «على اليد» هو الضمان بخلاف ما إذا كانت المنافع غير المستوفاة (في البيع الصحيح) فهي غير مضمونة؛ لأنّ الشارع بعد إمضاه لنقل العين والمنافع أصلّة وبالتالي يكون يد المشتري على العين والمنفعة يد الملكية ولا ضمان عليه.

«ويمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً على ما صرّح به في «المبسوط»^١ و«الشرع»^٢ و«الذكرة»^٣ و«التحرير»^٤ من كونه مضموناً على المشتري خلافاً للشهيدين^٥ والمحقق الثاني^٦ وبعض آخر تبعاً للعلامة في «القواعد»^٧ مع أنّ الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنّه للبائع وعن «الدروس»^٨ توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع، وحينئذٍ لا نقض على القاعدة».^٩ [١]

[١] الظاهر أنّه لو سلّمنا توجيه الشهيد (في الدروس) لكلام العلامة القائل بعدم الضمان وهو أنّه إذا اشترط الدخول في البيع فلا نقض على القاعدة، فالقول بالضمان خاص بما إذا أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع، والقول بعده خاص بما إذا أراد صورة خروج الحمل عنه، فيكون شأن الحمل هنا شأن نفس العين في الإجارة وكما أنّ العين خارجة عن مورد عقد الإجارة فكذلك الحمل، فإذاً لا تنتقض القاعدة بذلك (هذا ما أفاده السيد الخوئي).

^١ . المبسوط: ج ٣، ص ٦٥.

^٢ . شرائع الإسلام: ج ٣، ص ٢٣٦.

^٣ . تذكرة الفقهاء: ج ١، ص ٤٩٦.

^٤ . تحرير الأحكام: ج ٢، ص ١٣٧.

^٥ . الدروس الشرعية: ج ٣، ص ١٠٨؛ الروضة البهية: ج ٧، ص ٢٤-٢٥.

^٦ . جامع المقصود: ج ٦، ص ٢٢٠.

^٧ . قواعد الأحكام: ج ١، ص ٢٠٢.

^٨ . الدروس الشرعية: ج ٣، ص ١٠٨.

^٩ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٥-١٩٦.

ومن المعلوم أنَّ الكلام في الحمل الموجود حين البيع؛ لأنَّ الحمل متَّخِراً عن البيع، فهو ملك للمشتري في العقد الصحيح وللبائع في العقد الفاسد. ومنشأ الخلاف في المقام هو أنَّه لمَّا باع الحامل فهل باعه مع الحمل، أو أنَّ الحمل باقٍ على ملك البائع؟

على الأول: يكون الحمل مضموناً كالحامل، فإنْ كان العقد صحيحاً فبالبدل المسمى وإنْ كان فاسد فبالبدل الواقعي.

وعلى الثاني: فعن المحقق الثاني: أنَّ في العقد الفاسد غير مضمون، فإنَّه ليس مبيعاً، فلا يندرج في بيع الأمْ فيكون أمانة في يد المشتري.

إلا أنَّ مقتضى التحقيق هو التفصيل بين علم البائع بوجود الحمل حين البيع وجهله به، فإنه إنْ كان عالماً فالحمل أمانة مالكية سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً والأمانة لا تضمن، وإنْ كان جاهاً فالحمل أمانة شرعية لا مالكية في العقد الصحيح وإنْ كان فاسداً وباع نفس الحامل فالحامل باقٍ في ملكه، وكذلك الحمل تتبعه وليس بأمانة مالكية ولا الشرعية وكان ثبوت الضمان تام مبتكراً على قاعدة اليد، فالحق هو التفصيل.

«ويمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة؛ بناءً على أنَّه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترى حينئذٍ عدواً موجباً للضمان». ١

[١]

١. كتاب المكاسب: ج. ٣، ص. ١٩٦.

[١] ما يظهر مما أفاده جواز التصرف في المال المشترك (مشاًعاً) بعد وقوع عقد الشركة بمعنى: أنه يجوز أن يتصرف كل من الشريكين في كل ما بيده؛ لأن العقد المذكور يستلزم جواز تصرف لهما في المال المشاع، فلو تلف بتلف سماوي لم يكن ضامناً إن كان العقد صحيحاً ومحظوظاً بفساد العقد بناءً على عدم جواز التصرف لهما يحكم بالضمان.

وأشكّل عليه: بأن تفريع الضمان على الحكم التكليفي أي حرمة التصرف في مال الغير واضح الفاسد؛ لعدم الملازمة بينهما (أي الحكمين)؛ لأنّه بناءً على أنّ عقد الشركة لا يقتضي جواز التصرف في المال المشترك (كما هو الظاهر) فإنه حينئذ وإن كان لا يجوز لكل من الشريكين أن يتصرف في المال المشترك فيه بدون إذن صاحبه، إلا أنه لو تلف المال المزبور بغير تفريط من أحدهما لم يحكم بالضمان؛ لأنّ كلاً منهما قد فوض زمام ماله إلى شفيعه وجعله أميناً في ذلك، ومن الواضح أنه لا ضمان على الأمين ولا يفرق في ذلك بين الشركة الصحيحة وال fasدة، وإن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة.

وبعبارة واضحة (مع توجيه آخر للقول بعدم انتقاض القاعدة): أنّ حاصل الشركة و نتيجتها عبارة عن ملكية كل منهما لما يملكه الآخر على وجه الإشاعة. فعليه يكون تصرف كل منهما موقوفاً على إذن الآخر؛ لعدم جواز التصرف في المال المشترك (وأنّ نفس الشركة لا يجب جواز التصرف في المال المشاع) إلا مع الإذن، فلو تصرف بلا إذن ضمنه سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً ومع الإذن فلا ضمان.

نعم إن قلنا بأنّ نتيجة الشركة هي سلّط كلّ منها صاحبه على ملك نفسه فلا ضمان إذا تلف سواء كان العقد صحيحًا أو فاسدًا.

وعلى الجملة: إنّ الضمان لا يدور مدار جواز التصرف وعدمه، بل يدور مدار الإذن والرضا وعدمه.

وأضاف السيد الخوئي عليه السلام مورداً لنقض أصل القاعدة (لا عكسها) وهو: نقض أصل القاعدة بالنكاح الفاسد؛ ضرورة أنّ النكاح الصحيح يوجب ضمان الصداق للمرأة دون فاسدته إذا كانت المرأة عالمة بالفساد، فإنّها وقتئذ زانية، فلا مهر لبغي.

ثمّ دفع هذا التوهم: «بأنّ ضمان المهر في عقد النكاح إنّما هو بإزاء الزوجية دون البعض، فالضمان هنا ثابت بنفس العقد، فإذا انتفى العقد من ناحية حكم الشارع بالفساد انتفى الضمان أيضاً ومحلّ الكلام في المقام هو ما كان سبب الضمان أمراً آخر وراء العقد، كالقبض في العقد، فإنّ التلف قبله من مال البائع.

وعلى الجملة: أنّ البعض وسائر الاستمتعات لا مالية لها في حكم الشارع. ومن هنا لوحبس أحد زوجية غيره وفوت عليه جميع الاستمتعات لم يضمن بشيء وليس ذلك إلا لأجل أنّ البعض وسائر الاستمتعات لا تقابل بالمال.

نعم قد ثبت مهر المثل في موارد الوطء بالشبهة تعبيداً لاحترام الأعراض. وصفوة الكلام: أنّ مورد البحث في قاعدة «ما يضمن بصححه يضمن بفاسدته» إنّما هو العقود الصحيحة وال fasde التي

يكون الضمان فيها مستندًا إلى غير العقد. وعليه فشوت الصداق في النكاح الصحيح وعدم ثبوته في الزنا بعيد عن محل الكلام رأساً^١.

«ثم إنّ مبني هذه القضية السالبة - على ما تقدم من كلام الشيخ الله في «المبسوط» هي الأولوية. وحاصلها: أنّ الرهن لا يضمن بصريحه فكيف بفاسده.

وتوصيحة: إنّ الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثّر في الضمان؛ لأنّ أثر الضمان إما من الإقدام على الضمان والمفروض عدمه وإلا لضمن بصريحه. وإنّا من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة والمفروض أنها لا تؤثّر شيئاً، ووجه الأولوية...»^٢. [١]

[١] وحاصل ما أفاده: إنّ الدليل على هذه الكلية (أي عكس القاعدة) هو ما يستفاد عن كلام «المبسوط»^٣ في قضية الرهن وأنّه لا يضمن بصريحه فكيف يضمن بفاسده الدال على أولوية عدم الضمان في الفاسد.

وأوضح مراده: بأنّ الضمان يتحقّق إما بإقدام المالك وإنّما بحكم الشارع ولا ثالث في البين يدلّ على الضمان (على الذمة بعد فراغها عنه بالأصل) ففي العقود التي لم يقدم على الضمان في صحيحه كالعارية والوديعة وهذا الرهن (بعد أنّ المالك يدفع ماله مجاناً إلى الغير) وأنّ

^١ . مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ١١٢-١١١.

^٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٦-١٩٧.

^٣ . المبسوط: ج ٣، ص ١٦٥.

إقدامهما على التسلیط المُجّان وأنّ الشارع يمضي ذلك ولا يحكم ثبوت الضمان فكذلك في الفاسد؛ لأنّهما لم يقدما على ضمان ليكون تضميناً مالكيّاً وأنّ الشارع أيضاً ليس له حكم في المورد بعد عدم إمضائه للعقد الفاسد فلا موجب للضمان.

وأمّا وجه الأولوية؛ فقد أفاد: «أنّ الصحيح إذا كان مفيدةً للضمان يمكن أن يقال: إنّ الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجري في الفاسد؛ لكونه لغوًّا غير مؤثّر على ما سبق تقريره: من أتّه أقدم على ضمان خاصٍ والشارع لم يمضه، فيرتفع أصل الضمان». ^١ [١]

بتوضيح: أنّ أصل القاعدة «ما يضمن بصحيحة...» مقتض وموجب للضمان في العقد الصحيح حيث وقع منهما الإقدام على ضمان العين بالمسمي مع امضاء الشارع له وأمّا في فاسده: فإنّهما أقدموا على الضمان بالمسمي وهو لم يتحقق وإنّما المتحقق هو الضمان الواقعي بالمثل أو القيمة وهو الذي لم يقدموا عليه، فيكون النتيجة أنّ العقد الفاسد فيما يضمن (كالبائع) وإن كان المفروض تبعيته لل الصحيح في ثبوت الضمان ولكنّه لم يتحقق؛ لإنّهما في الصحيح على المسمي. وأمّا في الفاسد فلم يقدموا على ضمان المثل والقيمة، فالمفروض أتّه لا يضمن فإذا لم يضمن في فاسد ما يضمن بصحيحة لابدّ أن لا يثبت الضمان في فاسد ما لا يضمن بصحيحة بالأولوية القطعية.

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٧.

ثم إنّ الشيخ نافش في الأولوية المذكورة بقوله: «لكن يخدشها أنّه يجوز أن يكون صحة الرهن والإجارة المستلزمة لسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب سلطتاً لهما على العين، فلا أولوية»^١ وأنّه لوجود الفارق بين الصحيح وال fasid وأنّ الفاسد (مثلاً في الإجارة) وإن كان لا يضمن بصريحها إلا أنّ فاسدتها مضمون؛ لعدم إمضاء الشارع فيكون التسلط غير مشروع فضمن.

ثم أجاب عن هذه الخدشة بقوله: «إإن قلت: إنّ الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان، إلا أنّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصلاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض وبقي الباقي». ^٢ [١]

[١] ومعناه: أنّ موجب الضمان وهو قاعدة الإقدام منتفٍ في «ما لا يضمن» ولكن في المقام موجب آخر وهو عموم قاعدة «على اليد» ومقتضاه في الفاسد هو الضمان؛ ولذا لو تلف الشوب في يد الأجير لغسله لم يضمنه في الإجارة الصحيحة. وأمّا في الفاسد، فمقتضى اليد هو الضمان وكذلك في العارية والمكالة والرهن.

فالمحصل: إنّ للضمان موجبان: أحدهما: الإقدام والآخر: اليد وإن انتفى الأول في العقد الفاسد ولكنّ الآخر موجود في الإجارة و... .

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٧.

^٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٧.

ثم أجاب عنه: «ما خرج به المقبوض بصلاح تلك العقود يخرج المقبوض بفاسدها وهي عموم ما دلّ على «أنّ من لم يضمنه المالك سواء ملكه إياه بغير عوض، أو سلطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستبقاء حقّه، أو العمل فيه بلا أجراً أو معها أو غير ذلك فهو غير ضامن». ^١ [١]

[١] ومراده: إنّ قاعدة «على اليد» محكّمة، إلّا أنّها مخصّصة بالأدلة الواردة الدالّة على عدم الضمان في الوديعة والعارية كقوله ^{إثنا}: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان» وقال: «ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن» ^٢.

وفي بعض الروايات: «ليس لك أن تتهمنم من قد ائتمنته ولا تأمن الخائن وقد جرّبته» ^٣.

فعموم قاعدة «على اليد» وإن كانت شاملة للصحيح وال fasد إلّا أنّها مخصّصة بهذه الأدلة في الصحيح.

«أمّا في غير التملّيك بلا عوض أعني الهبة فالدليل المخصوص لقاعدة الضمان عموم ما دلّ على من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمنم».

وأمّا في الهبة الفاسدة، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد: بفحوى ما دلّ على خروج مورد الاستئمان، فإنّ استئمان المالك

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٧.

^٢ . وسائل الشيعة: ج ١٩، ص ٩٣؛ كتاب العارية: ب ١، ح ٦.

^٣ . بحار الأنوار: ج ٧٥، ص ١٩٤؛ قرب الإسناد: ص ٨٤.

لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسلیط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى. والتقييد بالمجانية لخروج التسلیط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات، فإنه عین التضمين. فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن: أنّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعى أعني المثل أو القيمة ولا جعلني فليس عليه ضمان». ^١ [١]

[١] حاصل ما أفاده: إن أدلة عدم ضمان المستأمن مخصصة لقاعدة الضمان «وهي اليد» في غير الهبة بالنسبة إلى العقود الصحيحة منها. وأمّا في الفاسد منها، فلأن العين باقية على ملك مالكها، بل الرهن الفاسد والإجارة الفاسدة والعارية الفاسدة والوكالة و... ففيها أيضاً عموم استئمان المالك دال على عدم الضمان وبه يختص عموم قاعدة «اليد». وأمّا في الهبة فلأجل التسلیط المطلق والمجانی من المالك، ففيها أيضاً يختص عموم قاعدة «اليد» بطريق أولى.

فالمحصل: أنه استدل لرفع الضمان: بتسليط المالك غيره على ماله برغبته و اختياره، أو مجاناً، فلا ضمان تمّسكاً بعموم دليل الاستئمان وبال الأولوية في التسلیط المجاني.

إلا أنه يمكن أن يقال أن التسلیط إنما كان من باب الوفاء بالعقد لا مطلقاً ليفيد الأمانة المالكية (أو الدفع المجاني) النافية للضمان ويكون سبباً لسقوط الضمان، كما في الرهن، فإن الرهن إنما يسلط المرتهن

^١ . كتاب المکاسب: ج ٣، ص ١٩٨.

عليه من جهة الوفاء بعقد الرهن، فهو لم يكن يسلطه عليه مطلقاً، فالضمان ثابت إلا إذا قامت القرينة الدالة على عدم ارتباط التسلط بهذه المعاملة.

فدعوى الشيخ: أن عموم أدلة يقتضي عدم الضمان، مندفع؛ لأنّه لم يثبت مثل هذه العموم في مطلق الموارد.

والنتيجة: إن المأخوذ بالعقد الفاسد لا يؤدي إلى تحقق الأمانة المالكية فيكون القابض ضامناً بمقتضى قاعدة الضمان.

نعم، إذا كان المستند للضمان هو السيرة العقلائية، يشكل دعوى الضمان؛ لأن التالف لا يعدّ ضامناً عند العقلاء ولا يكون مطالباً لدفع المثل أو القيمة في مطلق العقود الفاسدة التي لا يضمن بصحّيتها.