

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۲۴)

«ويبقى 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 أُجرة المثل خلافاً للآخرين ووجهه: (عدم استحقاق السابق أُجرة المثل) أنَّ عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر، ولم يقع بأمره أيضاً، فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا يقضى بضمان الشخص له ووجوب عوضه عليه؛ لأنَّه ليس كالمستوفي له ولذا كانت شرعيّته على خلاف القاعدة؛ حيث إنَّه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل...»^٤ [١]

[١] قد مرَّ الكلام في ضمان المقبوض على القابض بالعقد الفاسد، وأمَّا ضمان الأعمال المضمونة: فالمستفاد من النصوص والسيرة على قاعدة احترام فعل المسلم، وأنَّ استيفاء العمل من العامل المقدم على إنجاز عمل غير متبرّع به، أو أمره بإتيان عمل معيّن توجبان ضمان ذمة المستوفي والآمر نعم، مع عدمهما لم يبق وجه للضمان فالضمان مختصّ بهما.

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

التحقيق: أنَّ المسابقة عقد مشروع مستقلّ، نبحث عنه في كتاب السبق والرماية وإنَّ اختصّت حسب النصوص بالألعاب الثلاثة، كما في

١ . الميسوط: ج٦، ص ٣٠٢.

٢ . شرائع: ج٢، ص ٢٤٠.

٣ . مسالك الأفهام: ج٦، ص ١٠٩-١١٠.

٤ . كتاب المكاسب: ج٣، ص ١٩١-١٩٢.

قوله **عليه السلام**: «لا سبق إلا في خفّ أو حافر أو نضل يعني النضال»^١ وإنّها من العقود اللازمة يتعاقدان فيها على أن يكون السبق لمن سبق، ويكون «السبق من أحدهما أو كليهما» فإن كان العقد صحيحاً فالضمان - وهو كون السبق للسابق - ثابت وإن كان فاسداً فحكم الشيخ الطائفة^٢ والمحقّق^٣ وجماعة بأنّه لا ضمان بالنسبة إلى أجرة المثل، فكان ما يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، وإن ذهب جماعة كالعلامة^٤ والمحقّق الثاني^٥ إلى ثبوته مستنداً إلى قاعدة «ما يضمن...»، واختار الشيخ عدم الضمان، فيكون القاعدة منتقضة. ووجهه: بأنّ الأدلة المذكورة في كلام شيخ الطائفة على الضمان في المنافع والأعمال غير جارية هنا. وذلك لأنّ الموجب للضمان والمناط له إمّا هو الانتفاع بمال الغير بالاستيلاء عليه واستيفاء منافعه، فيجب حينئذٍ عليه التدارك، وإمّا 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.

وإمّا هو الإجارة والجعلالة الصحيحة، فيجب عليه دفع العوض المسمّى وأمّا في المسابقة الفاسدة التي ليست بإجارة ولا جعلالة، فلا

١ . وسائل الشريعة: ج ١٩، ص ٢٥٣؛ كتاب السبق والرماية: 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.

يترتب الضمان المسمّى لعدم تحقّق الموجب لها (وهو العقد الصحيح)، وما قام به من العمل لم يقع بأمر منه، مضافاً إلى عدم انتفاع الضامن منه. وهذا ما أفاده الشيخ الأعظم رحمته الله مصرّحاً بأنّ «شرعيّته على خلاف القاعدة؛ حيث إنّ بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل».^١

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

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٢.

بقي الكلام فيما أفاده المحقق الإيرواني بإمكان الالتزام بالضمان بقوله عليه السلام: «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 الباعثية الحاصلة فاسدة؛ لعدم وجود التزام غير الالتزام العقدي الفاسد، وعليه لم تبق حرمة لعمله حتى يستحق شيئاً في مقابله، فما يبتني عليه الضمان غير حاصل.

ويمكن الذبّ عنه: بأنّ الشيخ عليه السلام أشكل في تحقّق 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 يعدّ نفع فيه للضامن 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 المناط عود النفع إلى الدافع (البازل) فلا بدّ من الحكم بعدم الضمان فيها، مع أنّ المفروض ثبوت الاتفاق على الضمان.

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

١ . حاشية المكاسب للإيرواني عليه السلام: ج ١، ص ٩٤.

٢ . مسالك الأفهام: ج ٦، ص ١٠٩-١١٠.

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

ولذلك ذهب في «الجواهر»^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 توجيه 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، فاقضاء الضمان فيه مفقود.

ومع ذلك للتأمّل في الباب مجال بعد القول بتمامية عقد المسابقة في الموارد المنصوصة والتعدي 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 وإذنه بالإتلاف، فإنّه كما إنّ ليس للمالك المطالبة بضمان ماله التالف كذلك ليس للعامل المطالبة بضمان عمله؛ حيث إنّهما اتّفقا 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 لتحقيق الضمان.

والمسألة محل النزاع؛ حيث إنَّ الشيخ الطائفة التزم بالضمان والمحقق الثاني عدمه وفي الجواهر مال إلى الضمان مبنياً على حرمة العمل الصادر من العامل مع أنَّنا أشكلنا في بقاء الحرمة.

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

[١] قد تصدَّى الشيخ رحمته الله هنا لبيان تعميم الحكم المذكور (ما يضمن...) أي ثبوت الضمان في فرض دخل جهل الدافع والقابض بالفساد وعلمهما. 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 كانا جاهلين وفيما إذا كان الدافع جاهلاً والقابض عالماً، إلَّا أنَّ الشيخ رحمته الله

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٢.

يرى إفادة الضمان في جميع الصور وعَلَّله بتمامية المقتضي للضمان وهو النصّ والفتوى (قاعدة اليد وقاعدة الاحترام) وإنّ إطلاقهما يقتضي الضمان ولعدم أمانية يد القابض؛ حيث لم يسلّطه المالك الدافع على ماله مجّاناً. وتوهم أنّ قاعدة الغرور يمنع عن فعلية المقتضي؛ حيث إنّ القول بضمان القابض الجاهل بالفساد بالنسبة إلى البدل الواقعي يجعله مغروراً والمغرور يرجع إلى من غرّه مندفع: بأنّ الغرور يتحقّق فيما إذا لم يقدم القابض على الأخذ على وجه الضمان وفي المقام قد أقدم بنفسه على أن يكون ضامناً لكن بالثمن المسمّى، فلا يندرج تحت قاعدة الغرور.

والقول بأنّ المالك قد سلّطه الجاهل مع علمه بفساد المعاملة على ماله وبذلك قد أسقط حرمة ماله فلا ضمان في فرض التلف، فقد أجاب الشيخ عنه: بأنّ المالك العالم بالفساد إنّما سلّطه عليه بعنوان أنّه مال القابض لا بعنوان أنّه مال الدافع، فإقدام الدافع بتسليط القابض على ماله ولو بعقد فاسد لا يؤدّي إلى سقوط حرمة مال الدافع، فاقضاء الضمان تام والمانع مفقود.

وعلى الجملة: إنّما ينتفي الضمان فيما إذا تحقّق 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 بأنّ الإقباض مع العلم بالفساد

إذن في التصرف فلا ضمان، أو لأنّ الإقباض في هذا الحال أمانة مالكية، أو لما كان الدافع عالماً والقابض جاهلاً، فالقابض مغرور من قبل الدافع فكلّها مندفعة؛ 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 منتفٍ لما مرّ. وأمّا قاعدة الغرور فهي أيضاً منتفية بعد كون القبض على وجه المعاوضة.

وعلى الجملة: فالضمان ثابت في جميع الصور؛ لتامة القاعدة (على مبنى الشيخ رحمته الله فيها) وأيضاً على ما اخترناه من دلالة قاعدة اليد مع ضمّ الإقدام وتامة السيرة هذا.

«وأمّا عكسها وهو: أنّ «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» فمعناه: أنّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربة والعارية غير المضمونة، بل المضمونة بناءً على أنّ المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه وغير ذلك من العقود اللازمة والجائزة...»^١ [١]

[١] تعرّض الشيخ رحمته الله هنا لبيان عكس القاعدة وهو أنّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضماناً، فالرهن والوكالة والمضاربة والعارية بالنسبة إلى العين المرهونة في يد الدائن وكذا العين

^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 فاسدها الضمان كصحيحها، ثم إنه قال بالنسبة إلى العقود التي لا يوجب الضمان بالذات ولكن قد يكون سبباً للضمان بالعرض كالعارية المضمونة مع الشرط، فإنه في فاسدها يعود أمر الضمان إلى أصل العقد الذي لا يفيد الضمان بذاته.

ولا يخفى أن البحث في عكس القاعدة مبني على كون (الباء) للسببية؛ لأنّ الفاسد لا يكون سبباً للضمان أبداً؛ لأنّ السبب لملكية العوض المسمّى هو العقد ومع فساده لا يتحقّق 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 رحمته الله تعرّض 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 ل ضمانها، كما صرح 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 والروضة البهيّة: ج ٤، ص ٣٣١.

الإجارة من دون تقيد بالصحيحة) إلا أنّ صريح «الرياض»^١ الحكم بالضمان وحكي فيها (أي الفاسدة) نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب. والظاهر أنّ المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في «مجمع الفائدة»^٢. وما أبعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد حيث قال في باب الغصب: إنّ الذي يلوح من كلامهم هو عدم الضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة والذي ينساق إليه النظر هو الضمان؛ لأنّ التصرف فيها حرام؛ لأنّه غصب فيضمنه. ثم قال: إلا أنّ كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافي لذلك (أي الضمان في الفاسدة) فيقال: إنّ 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؛ لأنّ استيلائه بغير حقّ وهو باطل انتهى...^٣. [١]

[١] والملاحظ من كلمات القائلين بالضمان خلافهم في توجيه الحكم بالضمان؛ حيث إنّ «الرياض» بعد أن يحكم بثبوت أجره المثل في الإجارة الفاسدة وأنّ العين مضمونة استدلل بحديث (على اليد) وكأنّ القاعدة (ما لا يضمن) مخصّصة بقاعدة اليد وأنها توجب ثبوت الضمان، مع أنّ 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 المكاسب: ج ٣، ص ١٩٣-١٩٤.

(خلافاً للرياض حيث استدلل بالوضع) وقوله: «لأنَّه غصب فيضمنه» أي رتب الضمان على الغصب وكأنَّه علَّل عدم الضمان في الإجارة الصحيحة بكون اليد أمانية وفي الفاسدة بثبوت الضمان؛ لأنَّها عدوانية وحرمة التصرف فيها بالغصب وجعله سبباً لحرمة التصرف. ثم قال بمعارضة الحكم بالضمان؛ لقاعدة (ما لا يضمن) وبعد ذلك استقرَّ على عدم الضمان؛ لأنَّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء، أي أنَّ المعطي أقدم على عدم الضمان. ثمَّ تنزَّل بعد القول بعدم الضمان (مستنداً إلى جهة الإقدام والدخول على الضمان) من الدليل إلى الأصل بقوله: «والأصل براءة الذمة من الضمان» وأنَّ أصالة البرائة كافية لإثبات عدم الضمان حتَّى مع عدم تمامية الدليل.

ثمَّ أنَّه أورد نقضاً على القول بالضمان وهو أنَّه لو نلتزم بالبرائة (وعدم الضمان) في العين المأخوذة في الإجارة الفاسدة فلا بدَّ من الالتزام بثبوت الضمان في الرهن الفاسد وهو ما لا يمكن الالتزام به لقيام الإجماع على عدم الضمان في الرهن الفاسد إذا تلفت العين، فقاعدة (ما لا يضمن جارية في الرهن، فلو قلنا بضمان العين في الإجارة الفاسدة فلا بدَّ أن نقول بضمان العين في الرهن الفاسد أيضاً) وحيث لا يمكن الالتزام في الرهن فكذلك في الإجارة، فاتَّضح أنَّ المحقِّق اختار الضمان أولاً ثمَّ يعدل ويقوِّي عدم الضمان أخيراً.

وأما «الجواهر»: فقد ذهب إلى عدم الضمان قائلًا: «إنَّ الذي عثرنا 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 التصريح بذلك أيضاً ولعلّه لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» كما استدللّ 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 للقاعدة المزبورة من وجه ويرجّح عليها بالنسبة المزبورة. ودعوى العكس باعتضاها بقاعدة الأمانة يدفعها ما سمعته من «الرياض» أخيراً من أنّه إذا كان الدفع بعنوان الصحة يكون الإذن كالمقيّدة بذلك، فمع الفساد نكشف أن لا إذن، فلا تكون أمانة. ومن ذلك يعلم أنّه لا وجه لفرقه بين العلم والجهل حينئذٍ؛ إذ الزعم لا مدخلية له في ذلك؛ ضرورة قيام الدفع بالعنوان المزبور مقام الزعم المذكور.

على أنّه 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 الفقهاء (ط. ق): ج ٢، ص ٣١٨.

٤. مفتاح الكرامة: ج ١٩، ص ٧٦٣-٧٦٤.

٥. رياض المسائل: ج ١٠، ص ٤٤-٤٥.

٦. مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠، ص ٥٠.

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

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

وأما الشيخ رحمته الله بعد نقل كلام المحقّق الثاني يقول: «ولعلّ الحكم بالضمان في المسألة إمّا لخروجها عن قاعدة «ما لا يضمن»؛ لأنّ 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 فاسدها فدفع الموجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها؛ الحقّ الانتفاع فيه والمفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان. وإمّا لأنّ قاعدة «ما لا يضمن» معارضة هنا

^١ . جواهر الكلام: ج ٢٧، ص ٢٥٢.

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

[١] فالشيخ أيضاً يرى المعاوضة أولاً بين القاعدتين وأنّ قاعدة اليد مخصّصة لقاعدة «ما لا يضمن» بأنّ مصبّ القاعدة في الإجارة الفاسدة هي المنفعة ولا تشمل العين التي هي خارجة عن القاعدة تخصّصاً فتندرج 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 فتقدّم عليها.

ولكن في الأخير التزم بأنّ القاعدة لا تكون مخصّصة بالعين المستأجرة (بالإجارة الفاسدة) وكذلك لا يكون مخصّصة أي ليس لها خروج موضوعي. أمّا عدم التخصيص فلأنّ قاعدة اليد واردة في مورد (ما لا يضمن) وهي ثابتة في جميع مواردّها، فإنّ خصّصنا قاعدة (ما لا يضمن) (بقاعدة اليد) لزم لغوية قاعدة (ما لا يضمن) وبه يدفع التعارض بينهما بالوجه المذكور» في كلام «الجواهر» من أنّه وإن كانت النسبة بينهما عموم من وجه، إلّا أنّ هناك قاعدة عقلية تفيد عدم جواز تخصيص قاعدة (ما لا يضمن) بقاعدة اليد وهي: أنّه إذا لزم من الأخذ بالعامين من وجه سقوط مورد الآخر فلا بدّ 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 اليد وما لا يضمن) وكذلك العارية والوكالة (الجارية فيهما قاعدتي اليد وما لا يضمن) فإذا أخذنا في جميع هذه الموارد بقاعدة اليد وخصّصنا بها قاعدتي (ما يضمن وعكسها) لما بقيت مورد لجريانها فيه أو ينذر وجوده وعليه فلا بدّ من تخصيص (قاعدة اليد) حتّى لا يلزم لغوية قاعدة ما لا يضمن.

وأما عدم التخصيص: بمعنى خروج القاعدة عن شمولها للعين وكونها مختصة بالمنافع، فإنّ مقتضى القاعدة حينئذٍ هو العمل باطلاق قاعدة اليد، مع أنّ المقام لا يقتضي التمسك بهذه العموم؛ لأنّ استيفاء المنافع من العين المستأجرة يتوقّف حسب بناء العقلاء على تسلّط المستأجر على العين وكونها موضوعة تحت يده، فإذا سلّط المالك المستأجر على العين فإنّ ضمانها تخرج عن قاعدة اليد وتندرج في قاعدة (ما لا يضمن) التي يكون مورد جريانها الطبيعي خصوص المنافع ولكن بسبب التعارف والتعهد الضمني تشمل العين، فإذن لا تكون القاعدة مخصّصة.

«ثمّ إنّّه يشكل إطراد القاعدة في موارد:

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ؛ بناءً على فساد العارية، فإنّهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أنّ صحيح العارية لا يضمن به ولذا ناقش الشهيد الثاني رحمته الله^١ في الضمان على تقدير الصحة والفساد، إلّا أن يقال: إنّ وجه ضمانه بعد البناء على أنّه يجب

^١ . مسالك الأفهام: ج ٥، ص ١٣٩.

على المحرم إرساله وأداء قيمته أنّ 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]

[١] ذكر موارد ثلاثة لنقض القاعدة:

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

وأورد على توجيه الشيخ عدّة من الأعلام (كالسيد والنائيني والخوئي رحمته الله) وقبل ذلك نقول: إنّ المتفق عليه حرمة الصيد على المحرم وعدم تحقّق الملكية له بالصيد ووجوب إرسال الصيد وخروجه عن ملكه حتى لو اصطاده قبل الإحرام، ولكنّ الكلام في استعارته من

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٤-١٩٥.

المحلّ، فعلى تقدير الحرمة تكون العارية فاسدة ولذلك حكم العلامة والمحقق... بضمانه.

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

وخالفهم الشهيد الثاني رحمته الله (في المسالك) وقال: إنّ صحيح العارية لا يضمن و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.^٣

وفي «الجواهر»: يضمن إذا أرسل.^٤

أمّا أفاده الشيخ رحمته الله توجيهاً للحكم بالضمان هو أنّه استعار الصيد يجب عليه إرساله والإرسال إتلاف، فلاستعارة أوجبّت إتلاف مال الغير والإتلاف موجب للضمان، 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 الضمان ضمان التلف أو الإتلاف؟ وهل يكون فرق بين علم المعير بكون المستعير محرماً

١ . شرائع الإسلام: ج ٢، ص ١٣٦.

٢ . تذكرة الفقهاء: ج ١٦، ص ٢٣٨.

٣ . مسالك الأفهام: ج ٥، ص ١٣٩.

٤ . جواهر الكلام: ج ٢٧، ص ١٦٥.

وجهلته؟ وهل الإرسال واجب على المستعير المحرم، أو هل له الردّ إلى مالكة ومع الردّ تبرأ ذمّته؟

وعن المحقّق النائي^١: لا إشكال في وجوب الإرسال على المحرم بعد استيلائه على الصيد بسبب العارية وهل هو حكم تكليفي محض وأنّ الصيد باقٍ على ملك مالكة ما لم يتحقّق الإرسال، فإذا وقع على يد المعير فلا ضمان وإنّما الضمان يتحقّق بسبب الإرسال الذي هو إتلاف لمال المعير، أو أنّ الصيد بسبب وقوع يد المحرم عليه خرج عن الملكية وصار من المباحات بالأصل ورجع إلى حالته الأولى أعني: قبل صيرورته محازاً وجهان، بل قولان أقواهما الثاني. وذلك لأنّ بقاء ملكية المعير مع وجوب الإرسال على المستعير وإن كان ممكناً معقولاً إلاّ أنّه من الحكم بخروج الصيد عن ملكية الانسان إذا صار محرماً إذا كان الصيد تحت يده يستكشف أنّ وجوب الإرسال لمكان خروج الصيد عن ملك المعير وصيرورته من المباحات بالأصل، فتأمل^١.

ما يستفاد عمّا أفاده: أنّ هناك تضادّ بين يد المحرم وملكية الصيد وبمجرد تحقّق يده عليه يكون من المباحات. وبتقريب واضح: أنّه إذا استعار المحرم الصيد وجب عليه إرساله والإرسال إتلاف، وجواز إتلاف مال الغير يكشف عن عدم ملكه.

ولكنّ القول بوجود التضادّ بين يد المحرم وملكية الصيد حتّى لو كانت الملكية للغير محلّ كلام؛ لعدم الدليل على ذلك نعم، يتمّ

^١ . المكاسب والبيع (للنايني^{رحمته}): ج ١، ص ٣١٣-٣١٤.

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 أهدى له في الحرم حمامة مقصوفة؟ فقال: «انتفها وأحسن علفها حتى إذا استوى ريشها فخلّ سيلها».^٢

منها: رواية حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام في من أصاب طيراً في الحرم؟ قال: «إن كان مستوي الجناح فليخل عنه وإن كان غير مستوي نتفه وأطعمه وأسقاه، فإذا استوى جناحه خلّى عنه».^٣

منها: رواية داود بن فرقد، قال: كتّنا عند أبي عبد الله عليه السلام بمكّة وداود بن عليّ بها، فقال لي أبو عبد الله عليه السلام: «قال لي داود بن عليّ: ما تقول يا أبا

١. حاشية المكاسب (للسيد البيهقي 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.

عبدالله عليه السلام في قماري اصطدناها وقصيناها؟ فقلت: تنتف وتعلف فإذا استوت خلّي سبيلها»^١.

منها: رواية حكم بن عتيبة: سألت أبا جعفر عليه السلام ما تقول في رجل أهدى إليه حمام أهليّ وهو في الحرم من غير الحرم؟ فقال: «أمّا إذا كان مستويّاً خلّيت سبيله وإن كان غير ذلك أحسنت إليه حتّى إذا استوى ريشه خلّيت سبيله»^٢.

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

فما يستفاد من مجموع هذه النصوص أنّ 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 الردّ إلى مالكها، وإن كان الثابت منها وجوب الإرسال، يجب عليه القيام به، والمستفاد منها بعد ضمّ ظاهر الآية: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾^٤ عدم جواز اهتمام المحرم بحبس الطيور والصيد ولو وقع تحت يده وتصرفه وجب عليه إرساله وحرمة الإمساك لمنافاته مع حرمة الصيد وأنّ المراد من حرمة الصيد سدّ باب الصيد في الحرم وعلى

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

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

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

٤. آل عمران (٣): ٩٧.

المحرم وليس هو المقصود. ويشهد ذلك تعنون الباب في تبويب المحذّثين «باب وجوب إرسال الصيد» وكذلك الفقهاء، كالشيخ في «المبسوط» و«النهاية» وابن ادریس و«فقه القرآن» للراوندي والعلامة في كتبه وأيضاً المحقّق في «الشرائع» و«المعتبر» وكذا «الجواهر».

فالصحيح ما ذهب إليه الشيخ من ثبوت الضمان الثابت بالإرسال المستلزم للإتلاف دون ما أفاده السيد الخليل؛ لأنّه حتّى لو ثبت حرمة الإمساك يجب الإرسال دون الردّ، فإنّ الضمان يثبت بمجرد تخلية سبيل الصيد، إلّا أنّ القول بثبوت الضمان بمجرد استعارة الصيد لا يتمّ إلّا 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 ذمّته بمجرد وجوب الأكل وإنّما يثبت من اجتماع وجوب الأكل مع حرمة مال المسلم وهما معاً يفيضان الضمان، فوجوب الإرسال بمجرد لا يثبت الضمان إلّا بضمّ قاعدة الاحترام، فلا يثبت الضمان بمجرد التلف. فالنتيجة: أنّه إذا تخلف ولم يرسله، بل وردّه 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 عليه السلام عن المضطرّ إلى الميتة وهو يجد الصيد؟ قال: «يأكل الصيد» قلت: إنّ الله عزّ وجلّ قد أحلّ له الميتة إذا اضطرّ إليها ولم يحلّ له الصيد؟ قال:

«تأكل من مالك أحب إليك أو الميتة؟» 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: سألته عن المحرم إذا اضطرّ إلى أكل صيد وميتة وقلت: إنّ الله عزّ وجلّ حرّم الصيد وأحلّ الميتة، قال: «يأكل ويفديه، فإنّما يأكل ماله».^٢

وأيضاً غيرهما كصحيح أبي أيوب^٣ ومنصور بن حازم^٤. وكلّها هذه تدلّ على أنّ الصائد يملك الصيد، فالقول المذكور من المحقّق النائي رحمته الله من أنّ الصيد بمجرد إمساك المحرم له خرج عن ملكه واستقرّ ضمان الإتلاف عليه وكذا ما أفاده المحقّق الخوئي رحمته الله في مقام الردّ على بيان شيخه من «إنّما الثابت أنّ المحرّم لا يملك الصيد»^٥ اجتهد في مقابل النصّ، فلو استعار المحرم من المحلّ صيداً لا يضمن؛ لأنّه وإنّ وجب عليه الإرسال وحرّم عليه الإمساك، لكنّ سبب الضمان حرمة المال المسلم، فإذا أرسله ضمنه ومجرد الأخذ لا

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

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

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

٤ . وسائل الشيعة: ج ١٣، ص ٨٦؛ أبواب كفّارات 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 المحقّق النائي رحمته الله من أنّه لا أثر لردّه إلى مالكة المعير بدعواه من أنّ الصيد بمجرد إمساك المحرم خرج عن مالكيته ويوجب استقرار ضمان الإتلاف على المحرم، فلورده حصل للمالك 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 وعليه الضمان في الفرض المذكور، فالقاعدة أيضاً غير منتقضة.

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 لمّا كان المقصود من العارية هو الانتفاع من الشيء ولا يجوز للمحرم أن ينتفع بالصيد فانتهى أثر العارية. فهي فاسدة.

وأما الضمان فهو ليس ضمان التلف وهو إمّا ضمان الإتلاف لوجوب الإرسال، أو القول بأنّه ضامن للقيمة تشريعاً من أوّل الأمر؛ لأنّ التكليف بالسبب أي الإرسال تكليف بالمسبّب. ولكنّ الإشكال: أنّ الحكم بالضمان أي الحكم الوضعي تقديري فلا يتصوّر في المقام غير ضمان الإتلاف.

وفصّل السيد بين علم المعير وجهله بالنسبة إلى إحرام المستعير، فإنّه إذا كان عالماً كان الإلتلاف مستنداً إليه؛ لأنّه هو السبب في ذلك؛ لأنّه سلّم إليه الصيد مع علمه بكونه محرماً ويجب عليه الإرسال وسيرسله. فالبحث عن ضمان المحرم وعدمه يختصّ بصورة جهل المعير بكونه محرماً.

ولكنّ الإشكال: إنّ الإسناد إلى السبب يتم لو لم نقل بأنّ المباشر أقوى من السبب والمعير وإن كان هو السبب للإلتلاف إلّا أنّ المستعير المحرم هو الأقوى للمباشرة، فهو مستند إليه دون المعير، فلا فرق حينئذٍ بين علم المعير وجهله.

«ويشكل اطراد القاعدة أيضاً في المبيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها، فإنّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنّها مضمونة في العقد الفاسد، إلّا أن يقال: إنّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد. وفيه نظر: لأنّ نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح؛ لأنّ الثمن إنّما بإزاء العين دون المنافع»^١ [١]

[١] بيان الإشكال في أطراد القاعدة: فيما أنّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح فالقول بضمانها في العقد الفاسد يوجب انتقاض القاعدة، ووجه تقييد المنافع بغير المستوفاة مع أنّ المنافع المستوفاة غير مضمونة في العقد الصحيح، فلعلّه لأجل الاستيفاء بمنزلة الإلتلاف

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٥.

فمن أقدم عليها يعدّ ضامناً. وتوجيه النقض: إنّ هذه المنافع المستوفاة إذا استوفاهها في البيع الصحيح لم يكن مضمونة، مع أنّه محكومة بالضمان في البيع الفاسد ووزانه وزان الغصب ومحكوم بحكمه سواء استوفيت المنافع أم لا. وقد تصدّى الشيخ رحمته 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 والفاسد على السواء في ثبوت الضمان، وكذلك إن استوجب عدم الضمان وفي المقام بعد كون المنافع واقعة في العقد الذي يستوجب صحّحه الضمان كذلك يثبت الضمان في فاسده، فتكون المسألة واقعة في أصل القاعدة.

ثمّ إنّّه أجاب عمّا 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 ممّا لا ريب فيه.

ولعلّ جزمه بعدم ثبوت الضمان (بالنسبة إلى المنافع) بعد تعليقه بمقابلة الثمن بإزاء العين دون المنافع مبني على أنّ حيثية العين في العقود حيثية تقييدية والمنافع حيثيتها تعليلية وأنّ المشتري لأجلها يبذل

المال في مقابل العين، فالذي 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 أصلاً ولا تبعاً، بل الضمان (المسمى) تختص بالعين وأنها هي موضوعة للعقد، وأما المنافع فإنها علة لموضوعية العين، فما لا ضمان في صحيحه يجب أن لا يكون مضموناً في فاسده (بناءً على عكس القاعدة الكلية).

هنا أشكل السيد رحمته الله (في الحاشية) في جوابه عن النقض: بأن «المنافع وإن لم يكن مقابلة بالمال إلا أنها 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 مقابلاً بالمال إلا أنّه ملحوظ في زيادة الثمن ونقصانه، فكأنّه مقابل بالمال ولذا اشتهر أنّ 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 المضمونة، فلا يعقل أن تكون هي مضمونة كذلك.

وتوضيح ما أفاده: إنّ لحاظ المنفعة أمر وضمانها أمر آخر والشيخ رحمته الله موافق للسيد رحمته الله في ضمان المنافع كلية بنحو الحثية التعليلة ولكنّ

^١ . حاشية المكاسب (للسيد البيهقي رحمته الله) ج ١، ص ٩٥.

الواقع بإزاء الثمن هو ما كان بنحو الحيث التقييدي ومعلوم أنّ المنافع ملحوظة عادة وتصير داعياً له لبذل المال في قبال الثمن وازدياده، ولكنّ الأثر مترتب فيما إذا بذل الثمن في مقابل المنفعة نفسها وقد حقق أنّ المال والثمن مبذول بإزاء العين فقط، وأمّا بالنسبة إلى الشروط التي ادّعى أنّ لها قسطاً من الثمن فقد ظهر جوابه من أنّ الثمن لا يقع بإزاء الشرط، بل الشرط علّة لزيادة الثمن وبقضائه في مقابل العين. والشاهد أنّه لو تخلّف لا يقتضي أكثر من التعلّل بالنسبة إلى العين.

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

وما أفاده إشكالاً تامّاً، إلّا أنّ توجيهه للضمان مستنداً إلى احترام العمل والسيرة لا يخلو عن شائبة الإشكال؛ لأنّ العمل الصادر من العامل بعد عدم صدوره بأمر من الأمر يشكل الاستلزام بثبوت الحرمة له (لكون العقد فاسداً) فالخياطة مسبّبة من الالتزام في البيع الفاسد ولا دليل على حرمة مثل هذا العمل ولم تثبت السيرة على ضمانه.

وعن المحقّق الإصفهاني: «ربّما يتصوّر ضمان العين بنحو تكون متضمناً لضمان المنافع الفائتة في الصحيح والفاسد، كما إذا كانت

^١ . مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ١٠٨.

العين لها أمد خاص وعمر مخصوص، فإذا مضى منه شهر مثلاً نقصت قيمة العين وفهذا النقص ملحوظ في الصحيح والفساد»^١.
وأورد عليه تلميذه المحقق: «بأنّ مضيّ مدّة خاصّة من عمر العين وإن أوجب نقصاناً فيها، إلّا أنّ الضمان هنا بالعين لا بالمنافع غير المستوفاة ولذلك اعترف في آخر كلامه بأنّه: «لا فرق حينئذٍ بين القول بضمان العين والمنافع أو ضمان العين تامة»^٢.

وكيف كان فقد تصدّى السيد الخوئي لدفع النقص قائلاً: «إنّ النقص غير وارد على القاعدة، وتوهم انتقاضها بما ذكر نشأ من عدم تطبيق الكبرى على الصغرى. وتوضيح ذلك: أنّ النسبة بين تملك المنافع وتملك العين عموم من وجه؛ إذ قد تملك المنافع دون العين - كما في الإجارة - وقد تملك العين دون المنافع - كما إذا باعها مسلوقة المنفعة - وقد تملكان معاً وعليه فملكية العين لا تلازم ملكية المنافع وإنّما تملك المنافع في البيع بنفس السبب لملكية العين، ففي الحقيقة كان الثمن بإزاء العين بالأصالة وبإزاء منافعها بالتبع. وعلى هذا فكلّ من العين والمنفعة مورد للعقد، نهاية الأمر أنّ العين مورد للعقد بالأصالة والمنافع مورد له بالتبعية. ومن الواضح أنّ عقد البيع ممّا يضمن بصحيحة وفساده سواء في ذلك نفس المبيع ومنافعه، وإذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة طرداً بالبيع الفاسد»^٣.

١ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته الله): 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 تملك العين والمنفعة نسبة العموم من وجه دون التلازم، إلّا أنّه لا يستفاد من هذا الكلام مضمونية المنفعة بإزاء الثمن، مع أنّ المدعى وقوع المنفعة بإزاء الثمن أصالة وبقاءً، مضافاً إلى أنّنا نسلم أنّ مقتضى إطلاق العقد ملكية المنفعة لدلالة الشرط الضمني العقلاني على تبعية المنفعة للعين (في النقل والانتقال) لكن هذا لا يفيد وقوع الثمن بإزاء المنافع وأيضاً وقوع العقد على المنفعة، مع أنّ المدعى وقوع العقد على المنفعة وأنّ الثمن يقابلها لكن بالتبع ولا بالأصالة.

وغاية ما يستفاد مما أفاده دليلاً هو إثبات التبعية في الملكية للمنافع مع العين، ولكنّ التبعية في الملكية أمر والتبعية في الضمان بالمسمّى أمر آخر، فالنتيجة: أنّه لا بدّ من تسلّم ورود النقض على القاعدة وعدم أطرادها؛ لأنّ المفروض (في البيع الفاسد) إنّ ما أقدم عليه المتبايعان من إنشاء البيع لم يكن ممضاةً شرعاً، فيكون يد المشتري على العين عدوانية بالأصالة 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 إمضائه لنقل العين والمنافع أصالة وبالتبع يكون يد المشتري على العين والمنفعة يد المالكية ولا ضمان عليه.

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

[١] الظاهر أنَّه لو سلّمنا توجيه الشهيد (في الدروس) لكلام العلامة القائل بعدم الضمان وهو أنَّه إذا اشترط الدخول في البيع فلا نقض على القاعدة، فالقول بالضمان خاص بما إذا أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع، والقول بعدمه خاص بما إذا أراد صورة خروج الحمل عنه، فيكون شأن الحمل هنا شأن نفس العين في الإجارة وكما أنَّ العين خارجة عن مورد عقد الإجارة فكذلك الحمل، فإذا 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 المقاصد: 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 أنّ الكلام في الحمل الموجود حين البيع؛ لأنّ الحمل متأخراً عن البيع، فهو ملك للمشتري في العقد الصحيح وللبائع في العقد الفاسد. ومنشأ الخلاف في المقام هو أنّه لمّا باع الحامل فهل باعه مع الحمل، أو أنّ الحمل باقٍ على ملك البائع؟ فعلى الأول: يكون الحمل مضموناً كالحامل، فإن كان العقد صحيحاً فبالبدل المسمّى وإن كان فاسد فبالبدل الواقعي.

وعلى الثاني: فعن المحقّق الثاني: أنّ في العقد الفاسد غير مضمون، فإنّه ليس مبيعاً، فلا يندرج في بيع الأمّ فيكون أمانة في يد المشتري. إلّا أنّ مقتضى التحقيق هو التفصيل بين علم البائع بوجود الحمل حين البيع وجهله به، فإنّه إن كان عالماً فالحمل أمانة مالكية سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً والأمانة لا تضمن، وإن كان جاهلاً فالحمل أمانة شرعية لا مالكية في العقد الصحيح وإن كان فاسداً وباع نفس الحامل فالحامل باقٍ في ملكه، وكذلك الحمل بتبعه وليس بأمانة مالكية ولا الشرعية وكان ثبوت الضمان تام مبتتياً على قاعدة اليد، فالحق هو التفصيل.

«ويمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة؛ بناءً على أنّه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجب للضمان».^١

[١]

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٦.

[١] ما يظهر ممّا أفاده جواز التصرف في المال المشترك (مشاعاً) بعد وقوع عقد الشركة بمعنى: أنّه يجوز أن يتصرّف كلّ من الشريكين في كلّ ما بيده؛ لأنّ العقد المذكور يستلزم جواز تصرف لهما في المال المشاع، فلو تلف بتلف سماوي لم يكن ضامناً إن كان العقد صحيحاً ومع فساد العقد بناءً على عدم جواز التصرف لهما يحكم بالضمان.

وأشكل عليه: بأنّ 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) فإنّه حينئذٍ وإن كان لا يجوز لكلّ من الشريكين أن يتصرّف في المال المشترك فيه بدون إذن صاحبه، إلّا أنّه لو تلف المال المزبور بغير تفريط من أحدهما لم يحكم بالضمان؛ لأنّ كلّاً منهما قد فوّض زمام ماله إلى شفيعه وجعله أميناً في ذلك، ومن الواضح أنّه لا ضمان على الأمين ولا يفرق في ذلك بين الشركة الصحيحة والفاصلة، وإذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة.

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

نعم إن قلنا بأن نتيجة الشركة هي تسلّط كلّ منهما صاحبه على ملك نفسه فلا ضمان إذا تلف سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً.
وعلى الجملة: إنّ الضمان لا يدور مدار جواز التصرف وعدمه، بل يدور مدار الإذن والرضا وعدمه.

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

ثمّ دفع هذا التوهّم: «بأنّ ضمان المهر في عقد النكاح إنّما هو بإزاء الزوجية دون البضع، 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 البضع وسائر الاستمتاع لا مالية لها في حكم الشارع. ومن هنا لو حبس أحد زوجية غيره وفوت عليه جميع الاستمتاع لم يضمن بشيء وليس ذلك إلّا لأجل أنّ البضع وسائر الاستمتاع لا تقابل بالمال.

نعم قد ثبت مهر المثل في موارد الوطء بالشبهة تعبدّاً لاحترام الأعراض. وصفوة الكلام: أنّ مورد البحث في قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» إنّما هو العقود الصحيحة والفسادة التي

يكون الضمان فيها مستنداً إلى غير العقد. وعليه فثبوت الصداق في النكاح الصحيح وعدم ثبوته في الزنا بعيد عن محلّ الكلام رأساً»^١.
 «ثم إنّ مبنى هذه القضية السالبة - على ما تقدم من كلام الشيخ عليه السلام في «المبسوط» هي الأولوية. وحاصلها: أنّ الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده.

وتوضيحه: إنّ الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له فالفساد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثّر في الضمان؛ لأنّ أثر الضمان إمّا من الإقدام على الضمان والمفروض عدمه وإلّا لضمن بصحيحه. وإمّا من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة والمفروض أنّها لا تؤثّر شيئاً، ووجه الأولوية...»^٢ [١]

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

وأوضح مراده: بأنّ الضمان يتحقّق إمّا بإقدام المالك وإمّا بحكم الشارع ولا ثالث في البين يدلّ على الضمان (على الذمّة بعد فراغها عنه بالأصل) ففي العقود التي لم يقدم على الضمان في صحيحه كالعارية والوديعة وهكذا الرهن (بعد أنّ المالك يدفع ماله مجّاناً إلى الغير) وأنّ

١ . مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ١١١-١١٢.

٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٦-١٩٧.

٣ . المبسوط: ج ٣، ص ١٦٥.

إقدامهما على التسليط المجّان وأنّ الشارع يمضي ذلك ولا يحكم بثبوت الضمان فكذا في الفاسد؛ لأنّهما لم يقدموا على ضمان ليكون تضميناً مالكيّاً وأنّ الشارع أيضاً ليس له حكم في المورد بعد عدم إمضاءه للعقد الفاسد فلا موجب للضمان.

وأما وجه الأولوية؛ فقد أفاد: «أنّ الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إنّ الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجري في الفاسد؛ لكونه لغواً غير مؤثّر على ما سبق تقريره: من أنّه أقدم على ضمان خاصّ والشارع لم يمضه، فيرتفع أصل الضمان».^١ [١]

بتوضيح: أنّ أصل القاعدة «ما يضمن بصحيحه...» مقتضى وموجب للضمان في العقد الصحيح حيث وقع منهما الإقدام على ضمان العين بالمسمى مع امضاء الشارع له وأما في فاسده: فإنّهما أقدموا على الضمان بالمسمى وهو لم يتحقّق وإنّما المتحقّق هو الضمان الواقعي بالمثل أو القيمة وهو الذي لم يقدموا عليه، فيكون النتيجة أنّ العقد الفاسد فيما يضمن (كالبيع) وإن كان المفروض تبعيته للصحيح في ثبوت الضمان ولكنّه لم يتحقّق؛ لإقدامهما في الصحيح على المسمى. وأما في الفاسد فلم يقدموا على ضمان المثل والقيمة، فالمفروض أنّه لا يضمن فإذا لم يضمن في فاسد ما يضمن بصحيحه لا بدّ أن لا يثبت الضمان في فاسد ما لا يضمن بصحيحه بالأولوية القطعية.

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٧.

ثم إنَّ الشيخ ناقش في الأولوية المذكورة بقوله: «لكن يחדشها أنَّه يجوز أن يكون صحة الرهن والإجارة المستلزمة لتسلُّط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثِّرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين، فلا أولوية»^١ وأنَّه لوجود الفارق بين الصحيح والفساد وأنَّ الفاسد (مثلاً في الإجارة) وإن كان لا يضمن بصحيحها إلاَّ أنَّ فاسدها مضمون؛ لعدم إمضاء الشارع فيكون التسليط غير مشروع فتضمن.

ثم أجاب عن هذه الخدشة بقوله: «فإن قلت: إنَّ الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان، إلاَّ أنَّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض وبقي الباقي»^٢ [١]

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

فالمتحصِّل: إنَّ للضمان موجبان: أحدهما: الإقدام والآخر: اليد وإن انتفى الأوَّل في العقد الفاسد ولكنَّ 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 بصحاح تلك العقود يخرج المقبوض بفاسدها وهي عموم ما دلّ على «أنّ من لم يضمّن المالك سواء ملكه إياه بغير عوض، أو سلّطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستبقاء حقّه، أو العمل فيه بلا أجره أو معها أو غير ذلك فهو غير ضامن».^١ [١]

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

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

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

«أمّا في غير التملك بلا عوض أعني الهبة فالدليل المخصّص لقاعدة الضمان عموم ما دلّ على من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمه.

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، ح ٦.

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

لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى. والتقييد بالمجانبة لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات، فإنه عين التضمين. فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن: أن من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمّنه بعوض واقعى أعني المثل أو القيمة ولا جعلي فليس عليه ضمان».^١ [١]

[١] حاصل ما أفاده: إن أدلة عدم ضمان المستأمن مخصّصة لقاعدة الضمان «وهي اليد» في غير الهبة بالنسبة إلى العقود الصحيحة منها. وأمّا في الفاسد منها، فلأنّ العين باقية على ملك مالکها، بل الرهن الفاسد والإجارة الفاسدة والعارية الفاسدة والوكالة و... ففيها أيضاً عموم استئمان المالك دالّ على عدم الضمان وبه يخصّص عموم قاعدة «اليد». وأمّا في الهبة فلاجل التسليط المطلق والمجاني من المالك، ففيها أيضاً يخصّص عموم قاعدة «اليد» بطريق أولى. فالمتحصّل: أنّه استدللّ لرفع الضمان: بتسليط المالك غيره على ماله برغبته واختياره، أو مجاناً، فلا ضمان تمسّكاً بعموم دليل الاستئمان وبالأولوية في التسليط المجاني.

إلا أنّه يمكن أن يقال أنّ التسليط إنّما كان من باب الوفاء بالعقد لا مطلقاً ليفيد الأمانة المالكية (أو الدفع المجاني) النافية للضمان ويكون سبباً لسقوط الضمان، كما في الرهن، فإنّ الراهن إنّما يسلّط المرتهن

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٩٨.

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

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

والنتيجة: إنّ المأخوذ بالعقد الفاسد لا يؤدّي إلى تحقّق الأمانة المالكية فيكون القابض ضامناً بمقتضى قاعدة الضمان.

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