مجموعۀ

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربي «مدظله العالي»

«کتاب البیع»

شماره: (۲۵)

«الثاني من الأُمور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب ردّه فوراً إلى المالك ...».[1] [١]

[١] وهنا تعرّض لما يترتّب على القبض بالبيع الفاسد (بعد بيان حكم الضمان في بيع الفاسد وعدم دخوله في ملك القابض): وهو لزوم ردّ العين فوراً كما في مال المغصوب وهو من ضروريات الفقه، إلّا أنّ الكلام في أنّه هل هو من جهة حرمة الإمساك ووجوب الردّ فوراً كالغصب أم لا؟ المشهور: وجوب المبادرة إلى الردّ فوراً وحرمة الإمساك ولكنّ السيد[2] والمحقّق الإصفهاني[3] خالفهم بعد عدم إمكان التمسّك بأدلّة الغصب (في المأخوذ بالعقد الفاسد) لأنّه غير مغصوب.

واستدلّ لذلك (أي وجوب الردّ فوراً) أوّلاً بقوله عليه السلام وصلى الله عليه وآله: «**لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه**»[4]، فإمساكه آناًمّا تصرّف في مال الغير بغير إذنه وهو غير جائز.

وناقش الشيخ رحمه الله في كون الإمساك يعدّ تصرّفاً (عند العقل) ومع الشك يكون التمسّك بهذا الدليل تمسّكاً به في الشبهة الموضوعية للدليل، بل يمكن القول: بأنّه تصرّف فيه بإذن مالكه فيكون جائزاً.

فالنتيجة: إنّه تأمّل في ناحية الصغرى بعد تمامية الكبرى.

---

[1]. كتاب المكاسب: ج٣، ص١٩٩.
[2]. حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج١، ص٩٥.
[3]. حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمه الله): ج١، ص٣٤٧.
[4]. وسائل الشيعة: ج٢٥، ص٣٨٦؛ كتاب الغصب: ب١، ح٤.

وفصّل السيد﵀ وقال: «لا ينبغي الإشكال في عدم جواز التصرّف فيه مع جهل الدافع. وأمّا مع علمه فيمكن الإشكال فيه وإن كان باقياً على ملكه وذلك للإذن فيه في ضمن التمليك. ودعوى: أنّ الإذن مقيّد بالملكية وهي غير حاصلة مدفوعة: بأنّ القيد ليس إلّا الملكية في اعتبار البائع وهي حاصله...».[١]

وأورد عليه السيد الخوئي﵀: بأنّه «لا إشكال في عدم جواز التصرّف في المقبوض مع جهل الدافع بالفساد، أمّا مع علمه به فقد يقال بالجواز نظراً إلى أنّ الدفع عندئذٍ قد أذن للقابض في التصرّف في ماله، فلا يكون حراماً ولكنّ الظاهر هو عدم جواز التصرّف فيه؛ لأنّ القاعدة الأوّلية إنّما تقتضي حرمة التصرّف في أموال الناس إلّا بإذن مالكها. ومن الواضح أنّ الدافع إنّما جوّز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد من حيث كونه ملكاً للقابض لا على وجه الإطلاق ولمّا لم تحصل الملكية للقابض ولا أنّ المالك قد أذن له في ذلك إذناً جديداً فحرم على القابض التصرّف فيه وضعاً وتكليفاً.

نعم، لو أذن المالك للقابض إذناً جديداً في التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد لم يحرم له التصرّف لا وضعاً ولا تكليفاً، ضرورة أنّ فساد العقد لا يمنع عن إذن المالك جديداً في التصرّف في المقبوض.

---

[١] . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي﵀): ح١، ص٩٥.

وعلى الجملة: «إنّ الإذن الحاصل في ضمن التمليک بالعقد الفاسد لا يكون منشأ لجواز التصرّف فيما وقع عليه العقد إلّا أن يكون هنا إذن آخر غير الإذن الحاصل في العقد الفاسد».[١]

ثم إنّ السيد﵀ استدلّ على جواز التصرّف بقوله: «هذا التمليک له حيثيتان فهو إذن من حيثية وتمليک من أُخرى ولمّا كان التمليک محتاجاً شرعاً إلى صيغة صحيحة والمفروض عدمها، فهو غير مؤثّر من هذه الجهة؛ لعدم حصول شرطه. وأمّا من الحيثية الأُخرى فهي غير مشروط شرعاً، فيجوز العمل به، فإنّ الإذن مؤثّر في جواز التصرّف من غير اشتراط بصيغة خاصّة، فيشمله عموم ما دلّ على جواز التصرّف مع الإذن وطيب النفس وإذا جاز التصرّف فلا يجب الردّ إلى المالک فضلاً عن كونه فورياً نعم، لو رجع عن إذنه وطلبه وجب الردّ إليه فوراً».[٢]

وأورد عليه أيضاً: «بأنّ جواز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد متوقّف على أمرين على سبيل مانعة الخلو: إمّا كون ذلک ملكاً للقابض. وإمّا إذن المالک في التصرّف فيه.

أمّا الأوّل: فهو منفيّ على الفرض.

وأمّا الثاني فكذلک؛ إذ لم يأذن فيه المالک بوجه.

والوجه في ذلک: إنّ الأفعال تارة تتعلق بالعناوين الكلية ـ كبيع كلّي الفرس ونحوه ـ وأُخرى تتعلّق بالجزئيات الخارجية والأفراد المشخّصة،

---

[١] . مصباح الفقاهة:ج٣، ص١١٥.

[٢] . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي﵀): ح١، ص٩٥.

كالأكل والشرب والنوم والضرب والقيام والقعود وأشباهها، فإذا كان الفعل ممّا يتعلّق بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق كلّي ما عليه داعياً إلى إيجاده، فإذا ضرب شخصاً باعتقاد أنّه كافر فتبيّن أنّه كان مؤمناً كان هذا من التخلّف في الداعي، فإنّ الضرب قد وقع في الخارج على واقع المؤمن حقيقة، والتخلف إنّما هو في اعتقاد أنّه كافر الذي كان داعياً إلى إيجاده.

وأمّا إذا كان الفعل متعلّقاً بالكلّي فلا يسري إلى غير مصداقه وإن كان الفاعل يعتقد أنّه مصداقه، فلو رضي المالك بدخول العلماء داره وأذن به لم يجز الدخول لغير العالم وإن اعتقد الآذن أنّه عالم.

ولا شبهة أنّ متعلّق الإذن في قوله ﷺ: «لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» إنّما هو العنوان الكلّي، أعني به: عنوان التصرّف في مال الغير. وعليه فإنّما يجوز التصرّف في أموال الناس فيما إذا أُحرز أنّ المالك قد أذن في التصرّف في ماله لكي يكون ذلك مشمولاً للعنوان الكلّي الذي ذكر في التوقيع المزبور ومن البيّن الذي لا ريب فيه أنّ هذا المعنى بعيد عن المقبوض بالعقد الفاسد؛ بديهة أنّ المالك لم يأذن للقابض أن يتصرّف في ماله وإنّما سلّمه إليه باعتبار أنّه ملك له.

وحيث إنّه لم يصر ملكاً للقابض ولا أنّ الدافع قد أذن له في التصرّف فلا يجوز للقابض أن يتصرّف فيه» انتهى كلامه رحمه الله.[1]

[1] . مصباح الفقاهة: ج٣، ص١١٦-١١٧.

وحاصل كلامه: إنّ الدافع إنّما سلّم المتاع للقابض معتقداً أنّه ملك له لا أنّه باقياً على ملك الدافع وقد أذن له بالتصرّف فيه، فلا يشمله عموم الأدلّة الدالّة على جواز التصرّف مع الإذن وطيب النفس الذي أشار إليه السيد رحمه الله.

وبما ذكر يظهر الإشكال فيما أفاده المحقّق الإصفهاني من رضاية الدافع حين دفع الشيء إلى القابض فهو مأذون للتصرّف فيه مادامت العين باقية على حالها إلّا بعد رجوع الدافع المالك؛[1] لأنّ الكلام ـ كما مرّ ـ في تحقّق الإذن؛ حيث إنّ المفروض أنّ المالك دفع العين في مقابل العوض وفاءً بالعقد، فلا معنى لاستظهار رضاه ببقاء العين في يد القابض بعد فساد العقد، هذا مع أنّه لا فرق في وجوب الردّ فيما إذا لم يتحقّق إذن جديد بين علم الدافع بفساد المعاملة وبين جهله؛ إذ مع العلم يكون التسليم منه وفاءً بالمعاملة الفاسدة تشريعاً لا اعتقاداً بالصحة، فعلى هذا لم يبق إشكال في وجوب الردّ بعد فرض عدم تحقّق الملكية وفرض انتفاء الإذن من المالك في حفظه وتصرّفه وعدم صحة الإبقاء تحت اليد اعتماداً على القبض المتحقّق بعنوان الوفاء بالمعاملة.

وعلى الجملة: أنّ الدافع يدفع العين إلى القابض باعتبار أنّ ملك له وقد أذن له بالتصرّف فيه ورضى ببقاء المال بيد القابض مقيّداً بكونه ملكاً للقابض لا بنحو مطلق بأن يرضى ببقائه عنده وتصرّفاته فيه، أعمّ من أن يكون ملكاً له أو للقابض.

---

[1] . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمه الله): ج١، ص٣٤٧.

وبعبارة واضحة: أنّ الإذن لم يتعلّق بالتصرّف في مال الدافع وإنّما تعلّق بالتصرّف فيه من جهة استلزامه التمليک لا أنّه إذن جديد وراء التمليک.

وعمدة الإشكال ما ذكره الشيخ رحمه الله من التشكيک في عدّ الإمساک تصرّفاً؛ إذ التصرّف من «الصرف» من باب التفعّل وهو نقل الشيء وتحويله من مكان إلى مكان ومن حال إلى حال، فلابدّ من إحداث التغيير فيه، مع أنّ بقاء الشيء على حاله بمعنى الإمساک لا يعدّ تصرّفاً نعم، لو طالبه وامتنع عن تسليمه وردّه فقد ارتكب محرّماً لمنع المالک عن ملكه ظلماً.

واستدلّ الشيخ ثانياً: بعموم قوله صلى الله عليه وآله: «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه»[1] حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلّقة به التي منها كونه في يده.[2]

توضيح ما أفاده: إنّ مقتضى عموم إسناد الحرمة لمال المسلم هو عدم جواز إمساكه من غير تخصيص بخصوصية معيّنة أو تحديد بحدّ، بل إنّ مال المسلم ماله، فممنوع التصرّف فيه مطلقاً وهو يقتضي عدم جواز الاستيلاء والاحتفاظ من دون إذنه ورضاه.

ونوقش في الاستدلال بها: إنّ الحليّة أو الحرمة إذا أُسندت إلى الأعيان فلابدّ من أن يراد بها الحلّية أو الحرمة التكليفية وأن يكون الإسناد باعتبار

---

[1] . أُنظر وسائل الشيعة: ج٥، ص١٢٠؛ أبواب مكان المصلّي: ب٣، ح١و٣.
[2] . كتاب المكاسب: ج٣، ص٢٠٠.

تقدير فعل يناسب المقام، فيراد من حلّية المأكولات حلّية أكلها ومن حرمة الأُمّهات والعمّات والخالات حرمة نكاحهنّ وهكذا في مورد لزوم ملاحظة الحكم والموضوع. وإذن فلابدّ من عدم حلّية المال مع عدم طيب النفس (من المالك) عدم جواز تملّكه أو عدم جواز الانتفاع به. وعلى هذين التقديرين لا تدلّ الرواية على حرمة إمساك مال شخص آخر بوجه. نعم، يحتمل أن يكون المقدّر مطلق التصرّف، لكن قد عرفت قريباً أنّ مجرّد الإمساك لا يعدّ تصرّفاً بوجه، فالرواية بعيدة عن الدلالة على حرمة الإمساك بمجرّده، انتهى كلامه رحمه الله.[١]

والظاهر أنّه لا وجه لاختصاص الدليل بهذه الأُمور المحتملة (من عدم جواز التملّك وعدم جواز الانتفاع أو مطلق التصرّف) بل مقتضى إطلاق الدليل وعمومه هو تقدير جميع الشؤون المتعلّقة بالمال بحيث يشمل الحكم (أي الحرمة) ما يعمّ الإنتفاع والتملّك والحيازة والاستئثار به دون مالكه وهكذا لا بأس من تقدير التصرّف ليشمل جميع أنحاء الانتفاعات والتملّكات والشؤون المتعلّقة بالمال، فلا ينافي تعلّق حكم الحرمة بالعين، هذا وقد ورد في صحيحة زيد الشحّام أنّ التعليل مسبوق بقول رسول الله صلى الله عليه وآله: ... وقف بمنى حتّى قضى مناسكها في حجّة الوداع... «**فإنّ دمائكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا... ألا من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا**

[١] . مصباح الفقاهة: ج٣، ص١٢٢.

يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفسه»[١] فيكون النهي «لا يحلّ...» بقرينة الصدر متعلّقاً بالأداء، فهي نصّ في وجوب أداء مال الغير.

نعم لولا الصدر لأمكن تقدير فعل مناسب متعلّق بالمال.

مضافاً إلى أنّ إبقاء التصرّف تصرّف كما لا يخفى.

وقد استدلّ بعضهم على حرمة إمساك المقبوض بالعقد الفاسد وعلى وجوب ردّه إلى مالكه فوراً بالنبوي المعروف «**على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي**»[٢].

وقد قرّبه المحقّق النائيني عليه السلام: «بأنّه وإن لم يكن متعرّضاً للحكم التكليفي بالدلالة المطابقية، إلّا أنّه متعرّض له بالدلالة الالتزامية، فإنّ استقرار الضمان على عهدة القابض ملازم لوجوب الردّ؛ لأنّه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلّا وجوب ردّ العين مادامت باقية وردّ المثل أو القيمة لو كانت تالفة، فحرمة إمساك مال الغير من غير إذنه ووجوب ردّه إليه فوراً بالفورية العرفية لا إشكال فيه»[٣].

وأورد عليه تلميذه: «بأنّ دعوى الملازمة بين الحكم التكليفي والوضعي وإن كانت صحيحة ولكنّ الحكم التكليفي الملازم للحكم الوضعي هنا ليس هو وجوب ردّ العين إلى صاحبها لكي تترتّب عليه حرمة الإمساك وإنّما الواجب على القابض هو وجوب التخلية بين

---

[١] . وسائل الشيعة: ج٢٩، ص١٠؛ أبواب القصاص في النفس: ب١، ح٣.

[٢] . منية الطالب: ج١، ص١٣١.

[٣]

المال ومالكه، أمّا الزائد على ذلك فلم يدلّ عليه دليل شرعي ولا عقلي»[١].

هذا ولكنّ الإشكال: أنّه تصرّف في الغاية وبدّل الأداء بالتخلية مع أنّ الأداء مصرّح في النص وإرجاع الأداء إلى التخلية ممّا لا دليل عليه نعم، أنكر السيد الميلاني﵀ الدلالة الالتزامية في المقام بدعوى: أنّ الدليل يدلّ على استمرار الضمان وثبوته حتّى يحصل الأداء والردّ وأنّ الضمان لا يدلّ على وجوب الأداء كما أنّ قوله: «أنت في حماي حتّى تسافر» لا يدلّ على وجوب السفر.

وأوضح مختاره بأنّ الغاية تارة: توجب تعنون الموضوع وتحدّده بحدّ كقوله: «كل شيء طاهر حتّى تعلم أنّه قذر» فإنّه يعنى: كلّ شيء لا تعلم قذراته فهو طاهر حتّى تعلم القذارة.

وأُخرى: الغاية مؤكّدة للحكم واستمراره كقوله تعالى: ﴿**وَاعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّى يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ**﴾[٢] فعبادة الربّ غير منقطعة آناًمّا ومستمرّة حتّى الموت.

وثالثة: الغاية رافعة للحكم «العصير العنبي حرام حتّى يذهب ثلثاه»، فذهات الثلثين رافع للحرمة وحديث «اليد» من قبيل الثاني يدلّ على استمرار الضمان وثبوته حتّى يحصل الأداء والردّ، فأين الدلالة الالتزامية.

---

[١]. مصباح الفقاهة: ج٣، ص١٢٣.
[٢]. الحجر (١٥): ٩٩.

ما أفادهﷺ من التفصيل بين موارد الغاية لا ينافي ترتّب الحكم التكليفي بالدلالة الالتزامية إذا كان ملازماً للحكم الوضعي، وصرف دعوى كون حديث اليد من مقولة الثاني (أي مؤكّداً للحكم واستمراره) أيضاً لا ينافي ترتّب الحكم التكليفي ولا سيما إنّ «إتيان اليقين» لا يجب بل لا يجوز تحصيله؛ لأنّه خارج عن اختيار المكلّف، بل هو منهيّ عن الإلقاء فيه، بل الملازمة هنا ملازمة بيّنة لا نقاش فيها فيتمّ كلام المحقّق النائينيﷺ.

وللمحقّق الإيرواني تقريب آخر «فالأولى تبديل الاستدلال به بالاستدلال بعموم على اليد، فإنّه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف فلا أقلّ من أن يعمّ الوضع والتكليف جميعاً، بتقريب: أنّ مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها ودفع البدل مع التلف».[١]

وأجاب عنه المحقّق الخوئيﷺ «أوّلاً: إنّ إرادة الحكم التكليفي من حديث «على اليد» يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال، فإنّ الحكم التكليفي لا يتعلّق بالمال نفسه وإرادة الحكم الوضعي منه لا يحتاج إلى تقدير شيء أصلاً ورأساً، ومن الواضح أنّ المراد بكلمة الماء الموصولة هو المال ولا يمكن الجمع بين إرادة الحكم التكليفي الوضعي؛ إذ لا يمكن الجمع بين التقدير وعدمه»[٢].

---

[١] . حاشية المكاسب (للإيرواني ﷺ): ج١، ص٩٥.
[٢] . مصباح الفقاهة: ج٣، ص١٢٣.

وردّه شيخنا الأُستاذ دام ظله مدافعاً عن الإيرواني؛ بأنّ المستدلّ (أي الإيرواني) يرى أنّه لا معنى لثبوت الضمان في الذمّة عند وجود العين بل مع وجودها لابدّ من ردّها ولا ضمان وإنّما الضمان يختصّ بردّ البدل وبعد تلف العين فلا مانع من الجمع بين الوضع والتكليف، فبما أنّ الضمان عنده بمعنى ردّ العين عند وجودها وردّ بدلها بعد التلف فلا مجال للاعتراض عليه.

قال: ولكنّ الإشكال ما أفاده حول مدلول القاعدة وأنّه لا يمكن حمل مدلوله على التكليف بوجوب الردّ، بل هو تكليف بوجوب الحفظ بدليل أنّ الغاية فيه هو الأداء، فلا معنى لقوله: «يجب عليك ردّ ما أخذته حتّى تردّه». والعجب أنّ من يصرّح بهذا كيف يرى دلالة الخبر على التكليف في المقام.

والذي يسهّل الخطب ضعف سند الرواية على نحو لا يتمّ إدراجها في سياق الأدلّة ولم يثبت عمل المشهور بها حتّى يقال بانجبار ضعف سندها على القول به ولو سلّم استناد المشهور فهو غير جابر، مضافاً إلى أنّ في السند الحسن البصري المعلوم الحال وكذا سمرة بن جندب، فهي من الروايات الفاسدة التي انتقلت من مصادر العامّة إلى جوامعنا الروائية.

ولكنّه مع ذلك كلّه نرى أنّ الأعيان من فقهائنا استندوا إليه في استنباط الحكم الشرعي بوجوب ردّ المغصوب وتلقّاها بالقول وتسلّم صدورها

كالسيد ابن زهره[١]؛ حيث عبّر عنها بأنّها قول النبي صلى الله عليه وآله مع أنّ مسلك السيد عدم الاعتماد بالخبر الواحد الصحيح، وأيضاً ابن ادريس[٢] وهو يرى صحة مقالة السيد المرتضى من عدم اثبات قول المعصوم إلّا عن طريق السماع أو الإجماع وهو أيضاً نسب الحديث إلى النبي صلى الله عليه وآله.

مضافاً إلى أنّ العلّامة استدّل به «التذكرة»[٣] وأيضاً الشهيد الثاني[٤] وكذا «الرياض»[٥] والشهيد الأوّل[٦].

فلا أقلّ من لزوم مراعاة الاحتياط في مثل هذا الخبر فلذا لا يحكم بالبرائة في المقبوض بالعقد الفاسد ويجب التخلية بين المال ومالكه بمقتضى سيرة العقلاء ووجوب الردّ بمقتضى دليل اليد.

«بل صرّح في «التذكرة»[٧] كما عن «جامع المقاصد»: أنّ مؤونة الردّ على المشتري لوجوب ما لا يتمّ إلّا به[٨]، وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة إلّا أن يقيّد بغيرها بأدلّة نفي الضرر»[٩]. [١]

[١] توضيح ما أفاده: إنّ مؤونة الردّ على المشتري؛ لوجوب ما لا يتمّ إلّا به، أي وجوب ردّ مال الغير، فإنّ بذل المؤونة لإيصال مال المأخوذ

---

١. غنية النزوع: ص٢٨٠.
٢. السرائر: ج٢، ص٨٧.
٣. تذكرة الفقهاء: ج١٣، ص٢٥٩ و ج١٦، ص٢٩٦.
٤. مسالك الأفهام: ج٣، ص١٤٢.
٥. رياض المسائل: ج٨، ص٢٠٤.
٦. الدروس الشرعية: ج٣، ص١٠٩.
٧. تذكرة الفقهاء (ط.ق): ج١، ص٤٩٥.
٨. جامع المقاصد: ج٤، ص٤٣٥.
٩. كتاب المكاسب: ج٣، ص١٩٩.

بالعقد الفاسد مقدّمة لوصول المأخوذ والمقبوض إلى صاحبه، فالردّ واجب فكذلك مقدّمة وهو بذل المال، وإطلاق وجوب ما لا يتمّ إلّا به الذي هو صرف المال والمؤونة يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة، إلّا أن يقيّد وجوب الردّ بعدم احتياجها إلى مؤونة كثيرة زائدة بأدلّة نفي الضرر.

هذا وفي المسألة أقوال:

الأوّل: وجوب تحمّل المؤونة على المشتري مطلقاً.

الثاني: عدم وجوب تحمّلها عليه مطلقاً.

الثالث: التفصيل بين المؤونة الكثيرة وغيرها وهو يظهر من الشيخ.

الرابع: التفصيل بين كونها من اللوازم العادية وغير العادية، ففي العادية يحكم بوجوب بذل المؤونة.

قد مرّ أنّ الشيخ رحمه الله فصّل بين المؤونة الكثيرة والقليلة وقيّد وجوب بذل المؤونة بالقليلة دون الكثير؛ لتقييدها بأدلّة نفي الضرر وأنّها على المالك.

وما يردّ عليه في بادئ الأمر: أنّه على القول بجريان قاعدة نفي الضرر وحكومتها فيما نحن فيه، فلا وجه للتفصيل بين القليل والكثير، بل الحكم (وجوب بذل المؤونة) مرفوع متى صدق عنوان الضرر؛ لأنّ إطلاق القاعدة يقتضي رفع الحكم الضرري مطلقاً بلا تفصيل بين القليل والكثير، إلّا أن يناقش في صدق الضرر على المؤونة القليلة.

وفصّل المحقّق النائينيﷺ (تقريرات الخوانساري) بين ما إذا كانت المؤونة ممّا يقتضيها طبع الردّ، فهي على القابض وبين غيره، فهي على المالك. وحاصله: إنّه لو كانت بمقدار ما يقتضيه طبعاً ردّ مال الغير فهو على القابض ولو لم يكن كذلك بأنّ كانت زائدة عليه فلا يجب عليه وذلك لأنّ الحكم المجعول إذا اقتضى في طبعه مقداراً من الضرر فهو مخصّص بقاعدة الضرر ولا أقلّ من عدم حكومتها عليه نعم، لو احتاج الردّ إلى المؤونة الزائدة على المتعارف بحيث صار وجوبه بدون جبرانه من المالك إجحافاً على القابض، فأدلّة لا ضرر حاكمة عليه[1].

وأوضحه المحقّق الخوئيﷺ: «بأنّ الحكم الشرعي إذا اقتضى في نفسه وبحسب جعله مقداراً من الضرر، نظير وجوب الخمس والزكاة والصوم والجهاد وامثالها من الأحكام الشرعية ـ كان الحكم المذكور تخصيصاً لقاعدة نفي الضرر، وإذا كان الضرر زائداً على المقدار الذي يقتضيه طبع الحكم الشرعي لم يكن ذلك تخصيصاً لأدلّة نفي الضرر، بل أدلّة نفي الضرر تكون حاكمة على دليل ذلك الحكم وموجباً لاختصاصه بغير موارد الضرر...».

ثمّ أورد عليه: «بأنّ وجوب الردّ في نفسه لا يقتضي أيّ ضرر؛ إذ قد يكون غير محتاج إلى المؤونة أصلاً، فالمؤونة أمر قد يحتاج إليه الردّ

[1] . منية الطالب: ج١، ص١٣٢.

وقد لا يحتاج إليه ذلك. وإذن فدليل نفي الضرر يقتضي اختصاص وجوب الردّ بما لا يحتاج إلى مؤونة»[١].

فما أفاده إشكالاً تامّ ومتين؛ إذا الردّ في المقام مثل الوضوء، فقد لا يكون ضررياً وقد يكون ضررياً، فيجري القاعدة وفي المقام يكون الحكم مختصّ بما لا يترتّب عليه مؤونة مالية.

وبهذا حمل تفصيل الشيخ﵀ بين القليل والكثير وقال بأنّه لا بأس بالالتزام بكون المؤونة على القابض فيما إذا كانت المؤونة لمرتبة لا تعدّ ضرراً عرفاً هذا وللنائيني﵀ بيان في الدورة الأخيرة سليم عن ورود هذا الإشكال؛ حيث قال (تقريرات الآملي): إنّ الحكم الذي يرتفع بجريان قاعدة لا ضرر لا يخلو عن أنحاء:

أحدها: أن لا يكون امتثاله منوطاً على بذل مال دائماً.

ثانيها: أن لا يكون كذلك في الأكثر.

ثالثها: أن يكون امتثاله منوطاً على بذل المال دائماً أو في الأكثر.

رابعها: أن يتساوي مورد توقّف امتثاله على بذل المال مع ما لا يكون كذلك. ولا إشكال في حكومة لا ضرر على الحكم الذي لا يتوقّف امتثاله على بذل المال دائماً أو في الأكثر، فإذا اتفق إناطته في مورد نادر لا يجب البذل مقدّمة للامتثال، بل يسقط التكليف عن الشيء الذي يتوقّف على البذل. وأمّا في الأقسام الأُخر فليس لقاعدة الضرر حكومة على الحكم المتوقّف على البذل؛ ضرورة لزوم عدم تحقّق المورد له

[١] . مصباح الفقاهة: ج٣، ص١٢٤-١٢٥.

دائماً أو في الأكثر فيما إذا كان التوقّف دائمياً أو أكثرياً، وكذا في صورة التساوي، ثمّ فيما إذا كان التوقّف على البذل دائمياً أو أكثرياً ربّما يصير منوطاً ببذل الزائد عن المتعارف بحيث يكون إجحافاً بهذه الزيادة أيضاً ترفع وجوبها بقاعدة نفي الضرر، كنفي وجوب أصل البذل فيما لا يتوقف على البذل أصلاً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ حاجة الردّ إلى مؤونة النقل أكثري؛ لكون الردّ بالنسبة إلى ما لا يحتاج نقله إلى المؤونة أقلّ ممّا يحتاج إليه؛ لمكان أكثرية ما في نقله المؤونة، فلو حكمنا بتحكيم لا ضرر في المقام للزم انحصار الحكم بوجوب الردّ على الأخذ بالموارد النادرة، لكنّ الواجب عليه هو مؤونة النقل بما لم يكن إجحافاً ... .

فتحصل: أنّ الأقوى هو كون مؤونة النقل على القابض بما إذا لم يكن منشأ للإجحاف عليه ... انتهى موضع الحاجة.[1]

وحاصل ما أفاده: أنّ الأحكام تارة على نحو يكون بطبعها ضررية كالجهاد والحجّ وإخراج الخمس والزكاة.

وتارة يكون في أغلب الأحوال ضررياً وإن لم يكن بطبعها ضررية.

وثالثاً: تتساوي موارد ضرر الحكم مع عدم ضرره.

ورابعاً: عدم الضرر غالب على موارد الحكم وأيضاً يكون بعضها خالية عن الضرر، وهذان الأخيران خارجان عن محلّ البحث.

---

[1] . المكاسب والبيع (للنائيني ﷺ): ج١، ص٣٢٧-٣٢٨.

وأمّا القسم الأوّل والثاني غير مرفوعان بقاعدة لا ضرر؛ لأنّ في الأوّل شرّع الحكم ضررياً وفي الثاني يستلزم تخصيص الأكثر.

وألحق القسم الثالث إلى الثاني، ولعلّه لأنّ تخصيص الأحكام والقوانين بما يؤدّي إلى خروج نصف من يشمله الحكم ينافي حكمة التقنين.

وأمّا بالنسبةإلى وجوب ردّ المال فقد عدّه من القسم الثاني ويكون أكثر أفراده ضررياً؛ إذ ردّ أغلب المعاملات يحتاج إلى المؤونة وجريان قاعدة لا ضرر فيها يستلزم تخصيص الأكثر.

وبالنتيجة: لا يمكن القول بجريان قاعدة لا ضرر في مطلق موارد ردّ العين، بل في مطلق الردود الموقوف على المؤونة المالية، فعلى القابض ردّ العين إلى مالكه وإن استلزم صرف مبالغ مالية قليلة كانت أو كثيرة.

هذا وأمّا بالنسبة إلى موارد علم المشتري بالفساد، لا يبعد القول بأنّ أخذه كان غصباً عدواناً وكان بقاء المأخوذ في يد القابض استمرار للمعصية والعقل حاكم بوجوب الردّ تخلّصاً عنها و هو لم يحصل إلّا بردّ المقبوض إلى المالک وصرف المؤونة عليه قليلة كانت أو كثيرة ولا مجال لقاعدة لا ضرر في مورد الحكم العقلي، مضافاً إلى أنّها غير جارية في مورد الإقدام والمفروض، اقدام الآخذ على الضرر في المقام.

نعم إذا لم يكن الأخذ على وجه الغصب (أو كان على وجه الغصب وقلنا بكفاية التخلية بين المال ومالكه) وقلنا بوجوب الردّ بمقتضى قوله

تعالى ﴿**إِنَّ اللّهَ يَأمُرُكُم أَن تُؤَدُّوا الأَماناتِ إِلىٰ أَهلِها**﴾[١] أو الحديث الوارد في باب ردّ اللقطة (المروية في باب حكم صيد الطير) إذا عرف صاحبه ردّه عليه[٢] فالحكم واضح ممّا تقدم (بناءً على أن يكون أكثر موارد الردود محتاج إلى المؤونة).

[١] . النساء (٤): ٥٨.

[٢] . وسائل الشيعة: ج٢٥، ص٤٦١؛ كتاب اللقطة: ب١٥، ح١.

قوله﵀: «الثالث: إنّه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشتري قبل الردّ كان عليه عوضها على المشهور بل ظاهر ما تقدم من السرائر كونه بمنزلةالغصب الاتفاق على الحكم، ويدلّ عليه عموم قولهﷺ: «لا يحلّمال امرء مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه» بناءً على صدق المال على المنفعة ولذا يجعل ثمناً في البيع وصداقاً فيالنكاح... .

الأمر الثالث مّما يترتب على المقبوض بالعقد الفاسد هو القول بضمان المنافع المستوفاة بناءً على أنّ للعين المبتاعمنفعةاستوفاها المشتري قبل الردّ فالمشهور بين الفقهاء ضمان القابض للعين المقبوض بالعقد الفاسد بالنسبة إلى منافعها المستوفاة والمحكي عن السرائر (أنّ البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب والضمان) لقيام الإجماع على ذلك.

ونسب الخلاف إلى ابن حمزة حيث حكم لعدم الضمان محتجّاً بأنّ الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل...

وكيف كان فقد استدلّ على الضمان بوجوه

الأوّل قولهﷺ: «لا يجوز لأحد أن ينصرف في مال غيره إلّا بإذنه» بدعوى صدق المال على المنافع ولذلك يقع ثمناً في البيع وعوضاً في الخلع وصداقً في النكاح وهكذا ولعلّ مراد الشيخ﵀ من الاستدلال هنا هو أنّه لو لا طيب النفس من صاحب المال فهو باقٍ على ملكه و حينئذٍ يكون صغرى للكبرى قاعدة «من اتلف مال الغير فهو له ضامن وبهذا

يتمّ كلام المشهور بالضمان يفيد طيب النفس وبقاء المال على ملك صاحبه ومنافعه كذلك يتبعه وقد اتلفها المشتري فهو لها ضامن.

وأورد على الاستدلال بها: أنّ الخبر ظاهر في الحكم التكليفي وحرمة التصرّف في أموال الناس بدون إذنهم، أمّا الحكم الوضعي أي الضمان فلا يستفاد منها ولا ملازمة بين الحكمين، وقد مرّ سابقاً أنّ نسبة المحل إلى الأموال والأعيان إنّما هي باعتبار التصرّف إذ لا معنى لحلية الأعيان الخارجية كما أنّ نسبة الحرمة إليها كذلك كنسبة الحرمة إلى الأكل والشرب و...

وما التزم به البعض (النائيني) من أنّ نفس عدم جواز التصرّف يوجب الضمان مدفوع: بأنّ حدّ دلالة الرواية مجرّد عدم جواز التصرّف و.... وارادة أنّ حرمة التصرّف يقتضي الضمان عند العقلاء فهو خروج عن سياق الاستدلال بالدليل اللفظي نعم، يتمّ الاستدلال بالخبر مع ضمّ الدليل العقلي

الثاني: قاعدة نفي الضرر، وإنّ استيفاء منفعة مال المالك وجعله مسلوب النفع ضرر عليه وهو منفي في الشريعة

والإشكال: أوّلاً أنّ أدلّة نفي الضرر ليست مسوقة لإثبات الحكم الشرعي وإنّما هي مسوقة لبيان نفي الحكم الضرري أي أنّها ينفي الأحكام المجعولة التي توجب الضرر لا أنّها يوجب إنشاء حكم لتدارك الضرر الفائت فالقاعدة كما مرّ مراداً نافية للحكم الضرري لا أنّها مثبتة للضمان

مضافاً إلى أنّ القول بجريانها لنفي الضرر عن المالك مخالف مع الإمتنان بالنسبة إلى مستوفي المنفعة بمعنى أنّه كما أنّ الحكم لعدم الضمان فيه ضرر على المالك كذلك الحكم بالضمان ضرر على القابض بل يمكن القول بأنّ المنافع ... وتنعدم بنفسها سواء في ذلك استيفاء المالك وعدمه فالحكم بعدم الضمان ليس فيه ضرر على المالك بل أنّه من قبيل عدم النفع فلا موضوع للقاعدة، ولذا من سكن الدار المشتراه بعقد فاسد مدة ولم يدفع إجارتها فصاحب الدار لم يتضرّر وإنّما يكون قد .. المنفعة ولا ضرر يبقى الضرر لا عدم النفع

الثالث: بالخبر الدالّ على أنّ «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» بتعريب: إنّه يثبت احترام مال المسلم وعدم جواز صناعة ومن كان سبب في ذلك فعليه الضمان

فالإيراد بأنّه لا يثبت أكثر من الحكم التكليفي ووزانه وزان النبوي صلى الله عليه وآله المقدم «لا يحلّ لأحد أن يتصرّف...»

مندفع، بأنّ تنزيل حرمة المال من له حرمة الدم يقتضي ثبوت الحكمين فيه بعد كون الدم فيه الحكم التكليفي (حرمة ...) والحكم الوضعي وهو الضمان، فمن اتلف مال الغير ينسب في حقه بعد الحرمة هو الضمان لا يقال أنّ مضمون الخبر وجوب حفظ مال المسلم من التلف ولا يدلّ على حرمة الاتلاف، لأنّه يقال أنّه بناءً عليه لابدّ من الالتزام بوجوب حفظ أموال المسلمين على كل مكلّف وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به

فالظاهر تمامية دلالة هذه الرواية على ضمان المال وضمان المنافع المستوفاة

الرابع: الاستدلال بقوله «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» وهذه الجملة بهذه الكيفية وإن لم ترد في رواية خاصة إلّا أنّها قاعدة ... من الموارد الخاصة التي يقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد كالرهن والعارية والمضاربة والإجارة والوديعة وغير ذلك فإنّه قد وردت فيها الأخبار الدالّة على أنّ اتلاف مال الغير (مرهونة كانت أو ... أو متاجرة أو مو...) موجب للضمان.

واستناد الفقهاء رحمهم الله من هذه الروايات (الحاكية بضمان المترتهن والمستعير والأجير...) قاعدة كلية وهي (من اتلف ...) فهذه تدلّ على أنّ المنافع المستوفاة مضمونة على القابض «... كل أجير يعطي الأجر على أن يصلح ليفسد فهو ضامن»

«كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن ... والصباغ والصائغ احتياطاً على أمتعة الناس»

«من استعار عبداً مملوكاً لقوم ... فهو ضامن، بناءً على أن العيب من ناحية المستعير»

«إذا رهنت عبداً أو دابة فمات فلا شيء عليك وإن هلكت الدابة أو آبق الغلام فأنت ضامن»

وناقش المحقّق الإيرواني: بأنّ المتبادر من اتلاف المال إخراجه عن المالية بتضييعه لا اتلافه في سبيل الانتفاع كأكل المأكول وشرب المشروب

اللهم إلّا أن يقال: أنّ اتلاف المال على صاحبه يحصل بأكله وشربه، ويدفعه أنّ صدق الاتلاف فرع صدق مادة التلف فإذا لم يكن المأكول تالفاً لم يكن الأكل اتلافاً إلّا أن يراد من الاتلاف خلأ ... صاحبه عنه لا الاتلاف الحقيقي المنوط بتحقّق التلف وفيه: أنّ هذا يحتاج إلى شاهد خارجي ومجرّد الاستحسان لا يجدي في حمل اللفظ عليه بعد كونه خلاف ظاهره»

والجواب عنه ما قربناه في بيان مراد الشيخ في الاستدلال بالنبوي «لا يحلّ...» وأنّه لولا طيب النفس من صاحب المال فالمال باقٍ على ملك صاحبه ومع نقد طيب النفس وقد .. المشتري فهو له ضامن

ومع التنزل والقول بأنّ عنوان التلف لا يصدق على استيفاء منافع الغير ولا أقل من الشك في صدقه إلّا أنّه لا يتمّ عدم انطباق العنوان في المقام بعد كون المستند (من اتلف) عنوان ... من الأدلّة وليس بنص شرعي حتّى يبحث عن مدي دلالته، وإنّما هو مستفاد من الأدلّة المتقدّمة الدالّة عل أن تصنع المال على صاحبه وتفويته عليه موجب للضمان فموضوع الأدلّة هو تفويت المال دون الاتلاف ولذا لو أكله أو شربه أو انتفع بمنافعه بحيث ينجر إلى حرمان المالك عنه فهو له ضامن وهذه هي القاعدة المستفادة ... الدالّة على ضمان المنافع المستوفاة

الخامس: ثبوت السيرة العقلائية على أنّ من أقدم على الانتفاع بـأموال الناس واستوفى منافعها فهو ضامن ولا إشكال في ثبوتها وعدم ردعها من الشارع فهي تدلّ على الضمان من دون إشكال

السادس: النبوي المعروف «على اليد...» فإنّ عمومه يشـمل المنـافع بعد كون اليد مستولية على العين

والايراد عليه لضعيف السند فقد مرّ الكلام عنه

وأورد عليه: بأنّ الظاهر من ذيـل الحـديث اختصاصـه بالأعيـان فقـط بداهة أنّ الظاهر من الأداء هو ردّ المأخوذ بعينه بدءاً ومع عـدم الـتمكن منه ينوب عنه رد المثل أو القيمة ومـن الواضـح أنّ رد المـأخوذ بعينـه لا يعقل في المنافع لأنّها ما لم توجد في الخارج ليسـت بمضـمونه وبعـد وجودها فيه تنعدم وتنصرم و حينئذٍ فلا يمكن أداءها إلى المالـك لكـي يشملها دليل ضمان اليد، على أنّ للمناقشـة فـي شـمول مفهـوم الأخـذ للمنافع مجال إذ قـد يقـال: أنّ مفهـوم الأخـذ لا يصـدق علـى اسـتيفاء المنافع خصوصاً إذا كانت المنفعة من قبيل الأعمال كم أمر غيره بخياطة ثوبه أو ... داره أو ... بابه ولم يعط أجرته فإنّه لا يطلق كلمة الأخـذ علـى شيء من ذلک ومن هنا ذكر المصنف فيما تقدّم (أنّ مـورده أي .. اليـد) مختصّ بالأعيان فلا يشمل المنـافع والأعمـال المضـمونة فـي الإجـارة الفاسدة ولكنّ الصحيح أنّ مفهوم كلمة الأخـذ أوسـع مـن ذلـک لعـدم اختصاصه بالأخذ الخارجي وإلّا لزم منه خروج كثير مـن الأعيـان عـن مورد الحديث كالدار والأرض والبستان والحديقة واشباهها ممّا لا يقبل الأخذ الخارجي وممّا يدلّ على صحة ما ذكرناه إنّ مفهوم الأخـذ يصـح

انتسابه إلى الأُمور المعنوية كالعهد والميثاق والرأي وامثالها كما يصح انتسابه إلى الأُمور الخارجية وإذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجية وإنّما هو كناية عن الاستيلاء على الشيء كما أنّ بسط اليد كناية عن الجود وا... وكلمة القبض كناية عن البخل ولا ريب إنّ استعمال الأخذ في هذا المعنى ـ الذي ذكرناه ـ كثير في القرآن ومنه قوله تعالى (لا تأخذ سنة ولا نوم) وإذن فالصحيح في وجه المنع عن شمول الحديث هو اختصاص ذيل الحديث بالأعيان وعدم شموله للمنافع» انتهى كلامه

أقول: سلمنا أنّ المنفعة بنفسهاغير صالحة للرد لما ذكره وإنّها تختصّ بالعين المأخوذة بشخصها ولكنّ بما أنّه يجب ردّ البدل (مثلاً أو قيمة) وضمنه ويحكم به مستنداً إلى القاعدة وغيرها فلا بأس بشمولها للنافع المستوفاة إذا أمكن ردّ ماليتها وقيمتها والله العالم.

قوله﵀ «... خلافاً للوسيلة فنفي الضمان محتجاً بأنّ الخراج بالضمان كما في النبوي ﷺ المرسل وتفسيره: إنّ من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه فخراجه له فالباء للسببية أو المقابلة

أمّا الكلام في سند الحديث، رماه الشيخ الأعظم بالإرسال، وعن المحقّق المامقاني «لم يعثر على ذكره في كتب الأخبار المأثورة عن طرقنا الخاصة»

ولكنّ المحقّق النائيني﵀ صحّح الاستناد إليه بقوله: «إنّ رواية عبادة بن الصامت الذي اتفق في النقل وجملة من اقضيته المروية عنه ﷺ

بطريق عبادة بن صامت مروي في اخبارنا أيضاً، وقد ذكر الشيخ (الطائفة) هذا الخبر في المبسوط وذكر له معنين وذكره في كتابه وتصدية لبيان معناه يكشف عن اعتماده عليه ويكفي في الإطمئنان لصدوره مع أنّه مؤيد ممّا ورد في طرقنا في الكتاب برميه إلى الإرسال بل الإنصاف صحة الاستناد إليه بما بنيناه»

إلّا أنّ السيد الخوئي رماه بالضعف وعدم الانجبار وقال شيخنا دام ظله: إنّه ضعيف حتّى بحسب القواعد الخبر المعتمدة عند العامة، وعلى فرض اعتبار السند عندهم فإنّه مردود عندنا لعدم اعتبار ... توثيقات العامة وتصنعاتهم عندنا

وكيف كان نتعرض للمحتملات في معنى الحديث، الأوّل: (ما ذكره المحقّق الآخوند﵀ بعد رمي الحديث لضعف السند بالإرسال) إنّه مجمل لإحتمال أن يكون المراد به خراج الأرض كمّاً وكيفاً على من ضمنها أو معنى آخر حيث لم يعلم أنّه في أي مورد ورد فتدبر) فهو فسّر الخراج بالمعنى المصطلح عليه شرعاً وهو ما لصيغة ا.. على الأراضي المفتوحة عنوة، فضمان الأراضي لسبب التقبل والإجارة

وهذا بعيد (كما استبعده البعض) بالنظر إلى ما رواه ابن ماجة وأبي داود (... عن عايشة: إنّ رجلاً اشترى من رجل غلاماً في النبيﷺ فكان عنده ماشاء الله ثمّ ردّه من عيب وجد به، فقال الرجل حين ردّ عليه الغلام يا رسول اللهﷺ إنّه كان ... غلامي منذ كان عنده فقال النبيﷺ: الخراج بالضمان

فالمعنى المذكور في كلام الآخوند غير مطابق للحديث وأيضاً لكلمات الفقهاء كالشيخ وأبي حمزة والعلّامة والمحقّق و...

الثاني: إنّ الخراج بالمعنى اللغوي (ما يخرج من غلة الأرض) والضمان مصدر (ضمن يضمن) فالمعنى: إنّ من ضمن شيئاً حقيقة فله فوائده وعوائده

فتكون الحديث عليهذا يختص بالمعاملة المعاوضية الصحيحة وهذا هو الذي فهمه المشهور وصرّح به الشيخ الأعظم﵀

الثالث: الخراج بالمعنى اللغوي والضمان مصدر ولكنّه أعمّ من أن يكون ضماناً حقيقتاً أو صورياً فيشمل المعاملة الفاسدة حيث أنّه يضمن الشيء فيها ولكنّ لا واقعية لها لفساد العقد، فالخراج ملك للضامن بسبب ضمانه سواء كان واقعياً أو صورياً لإثبات له في نفس الأمر وهذا ما فهمه صاحب الوسيلة وبنى عليه في مخالفته للمشهور

الرابع: أن يكون المعنى في الحديث: إنّ الخراج بضمان ذلك الخراج فمنفعة الدار المستأجرة أي سكناها بالضمان بالأجرة وكذلك منفعة البستان أي ثمارها ومنفعة الدابة وهي الركوب وهكذا فالمراد من الضمان هو العوض لا العين، وهذا كما ترى خلاف الظاهر

الخامس: وهو الذي بنى عليه أبي حنيفة، وجعل الضمان بمعنى الإسم المصدري أي أنّه «من يضمن العين يملك المنافع العين المضمونة واستدلّ بعمومه حتّى في باب الغصب والتزم أنّ الغاصب ضامن للعين دون المنافع التي استوفاها خلال فترة الغصب للعين

السادس: ما نسبه البعض إلى شيخ الطائفة بالنظر إلى قوله «لأنّه لو تلف...» إن من ضمن شيئاً وتلف فعلية دفع قيمته أو مثله، إلّا أنّه مخالف لمراد الشيخ بل مراده: إنّ من أخذ الشيء بعوض فتلف كان تلفه في ملكه، ولو كان معيباً سقط الخيار وله أخذ الأرش وذلك لأنّه قال معناه أنّ الخراج بالضمان

هذه هي مجموعة المحتملات في كلمات الأعيان ولعل، منشأه عدم التأمل في مضمون الخبر بعد كون القضية معنونة في كتب العامّة وعبّر عنه بتعبيرين «الخراج بالضمان» وأيضاً «الغلّة بالضمان» وقد ذكرنا الخبر آنفاً ومقتضى التأمل هو الأخذ بما فسّره المشهور أي الضمان بالمعنى المصدري وهذا ظاهر في تحقّق الضمان وحصوله واقعاً وذلك لا يكون إلّا بإمضاء الشارع فعلى هذا عندما ضمن المشتري في المعاملة بالعوض المسمّى وامضاها الشارع يكون المنفعة للمشتري لحصولها في ملكه لتعاقبه المنافع للعين ولو وجب عليه الردّ بسبب خيار لم يرد المنفعة لأنّها كانت ملكاً للمشتري واستوفا ملكه

وأمّا ابن حمزة قال بشمولها لمورد المبيع بالبيع الفاسد لكن الظاهر عدم تمامية قوله﵀ لأنّ «الخراج» هو الفائدة «الباء» للسببية أو «للمقابلة» وعليهما لابدّمن فعلية الضمان وتحقّقه حتّى يصحّ القول بأنّ الخراج بسبب الضمان (بعد كون السبب مقدّماً) أو بإزائه (بناءً على المقابلة) وهذا منحصر بالمعاملة الصحيحة دون الفاسدة حيث أنّ المراد من الضمان خصوص الضمان الاختياري المترتّب على العقود

الصحيحة الممضاة من الشارع فلا يكون الحديث مرتبطاً بما افتى به إبن حمزة لأنّ مورد كلامه البيع الفاسد ولا الصحيح، ولا قرينة في الحديث على إرادة هذا المعنى دون ساير الاحتمالات المقدّمة مضافاً إلى أنّ لازم الأخذ بما احتمله الوسيلة لزوم ردّ العوض على كل من استوفى من منافع العين إلى الضامن وإن كان المستوفى هو المالك للعين وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به

إلّا أن يقال: إنّ مقتضى معنى المقابلة أو السببية هو أنّه «لما أقدم المشتري على ضمان المبيع وتقبله على نفسه ب... البائع وتضمنه إياه على أن يكون الخراج له مجّاناً كان اللازم من ذلک أنّ خراجه له على تقدير الفساد كما أنّ الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً

والحاصل إنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج ومرجعه إلى أنّ الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة (أي ومرجع عدم اجتماع ضمان العين وضمان الخراج إلى أنّ الأرباح والفوائد يكون بإزاء غرامة العين وضمانها فلا يكون ضمان آخر للفوائد) وهذا المعنى مستنبط من اخبار كثيرة متفرقة مقل قوله في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري (رواية اسحق بن عمّار قال أخبرني من سمع أباعبدالله يقول وقد سأله رجل وأنا عنده فقال له رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى إلى أخيه فقال له أبيعک داري هذا ويكون لک أحبّ إليّ من أن يكون لغيرک على أن تشترط لى أنّي إذا جئتک بقمنها إلى سنة تردها عليّ؟ قال: لا بأس بهذا إن جاء بثمنها إلى نسبة ردّها عليه، قلت فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة؟ فقال: الغلة للمشتري ألا ترى أنّها لو

أحرقت لكانت من ماله) ونحوه في الرهن وغيره (وهي رواية اسحق بن عمّار أيضاً عن أبي إبراهيم عليه السلام: عن الرجل يرهق العبد أو الثوب أو الحلّي أو متاع ال... فيقول صاحب المتاع للمرتهن أنت في حلّ من ليس هذا الثوب فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم، قال: هو حلال له إذا أحلّه و ما أحبّ أن يفعل،قلت: فارتهن داراً لها غلة لمن الغلّة؟ قال: لصاحب الدار، قلت: فارتهن أرضاً بيضاء فقال صاحب الأرض: أزرعها لنفسك، فقال: هو حلال ليس هذا مثل هذا يرزعها لنفسه بماله فهو له حلال كما أحلّه لأنّه يزرعها بماله ويعمرها)

هذا ما ذكره الشيخ توجيها لما أفتي به الوسيلة، إلّا أنّه أشكل عليه بقوله: «وفيه أنّ هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتّى يكون الخراج بإزائه وإنّما هو أمر قهري حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بال... والمغصوب، فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج التزام الشيء على نفسه وتقبله له مع إمضاء الشارع له

توضيح ما أفاده: إنّ مدلول الحديث بثوب الضمان مع اقدام المتبايعين وإمضاء الشارع له يكون منافعها للضمامن والضمان مع فساد البيع لا يكون ضامناً ولايعدّ ضماناً إقداميا من الطرفين بل كالضمان في المقبوض غضباً أو بالسوم فيما أخذ المشتري السلعة للإختيار وتلفت عنده فالضمان هنا حكم الشرعي مستفاد من أدلّته كقاعدة اليد ومثلها، فالقول بثبوت الضمان بالنسبة إلى العين لا يوجب كون المنافع للضامن كما في ضمان المغصوب

ثم قال الشيخ﵀: «وربّما ينتقض ما ذكرناه في معنى الرواية بالعارية المضمونة حيث إنّه أقدم على ضمانها مع أنّ خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة وإنّما تملّك الانتفاع الذي عينه المالك فتأمّل»

ومراده: إنّ ما ذكرنا في معنى الحديث من عدم دلالته على ضمان ما حصل بالعقد الفاسد وعدم كون النماء والخراج للقابض منقوض بالعارية المضمونة حيث إنّ فيها أقدم على الضمان مع أنّ خراجها له ... ثم تأمّل ولعلّ وجه التأمّل إنّ في مورد الاستعارة لا يكون الضمان من باب كون العين ملكاً للمستعير حتّى يملك المنافع بإزاء ضمان العين وعن السيّد﵀ : هو أنّ المنافع للمستعير غير أنّها المنافع التي عينها المالك بخلاف الإجارة إذا المستأجر أن ينتفع من العين المستأجرة مطلق المنفعة

أو نقول لشمول الحديث للمقام بتوجيه أنّ الخراج بالضمان أي أنّ المنافع لا يحتاج إلى البدل وكفى فيها الضمان فنعم العارية المضمونة فلا يجب دفع البدل بإزاء المنافع المستوفاة فيكون النقض غير وارد

ثمّ قال الشيخ﵀: «والحاصل أنّ دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الرهن فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حلية إلّا عن طيب النفس

وربّما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد وعوض اللبن بل عوض كلّما انتفع، وفيه: أنّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أنّ مالك العين جعل

خراجها له بإزاء الثمن لا ما كان فساده من جهة التصرّف في مال الغير...)

وما أشار إليه من الروايات أمّا رواية زرارة قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام رجل إشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضيةفولدت منه أولاداً ثمّ إن أباها يزعم أنّها له وأقام على ذلک البيّنة، قال نقيص ولده ويدفع إليه الجارية ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها،

وأيضاً رواية أخرى عن زرارة قلت لأبي جعفر عليه السلام الرجل يشري الجارية من السوق فمولدها ثمّ يجيء فيعمم البيّنة على أنّها جاريته لم تبع ولم توهب فقائل: يرد إليه جاريته وبعوضه بما انتفع،قال كان معناه قيمة الولد ورواية جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعة بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه...

فهذه الروايات ترد المرسلة (الخراج بالضمان) بعد أنّه حكمت فيها برد الجارية إلى مالكها والأمر للتعويض القيمة من الولد واللبن والخدمة لصاحب الجارية

ثمّ أشكل في هذا الاستدلال (أي الرد) أنّ اللازم في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أنّ مالک العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن لا ماكان فساده من جهة التصرّف في مال الغير،

بتوضيح أنّ مالك العين بتسليم العين قد سلّم جميع المنافع مع أنّ الحال في الروايات المذكورة ليس كذلك

ثمّ قال الشيخ رحمه الله: «وأضعف من ذلك ردّه بصحيحة أبي ولاء المتضمنة لضمان منفعة المغصوب ردّاً على أبي حنيفة بأنّه إذا تحقّق ضمان العين ولو بالغضب سقط كرهاً كما يظهر من تلك الصحيحة

نعم لو كان القول املذكور موافقاً يقول أبي حنيفة في إطلاق القول: بأنّ الخراج بالضمان انتهضت الصحيحة وما قبلها ردّاً عليه...»

أي لا وجه لردّ المرسلة «الخراج بالضمان» استناداً إلى صحيحة أبي ولاء المتضمنة «لضمان المنافع المتسوفاة» في مقام ردّ فتوى أبي حنيفة القائل بإنّة إذا تحقّق ضمان العين ولو بالغضب سقط ضمان المنافع كرهاً مستدلاً «بأنّ الخراج بالضمان»

إلّا أنّ وجه الأضعفية إنّ الصحيحة واردة في الغصب مجرّدة عن عنوان البيع والكلام في المقام (أي ضمان المقبوض بالعقد الفاسد) فلا وجه للاستناد بالصحيحة بعد عدم مساسها بما نحن فيه

ثمّ استدرک الشيخ وقال لو كان قول إبن حمزة موافق لقول أبي حنيفة اطلاق يتمّ الاستناد بالصحيحة لدفعه إلّا أنّه يقول بعدم الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد فقط دون الغصب هذا

قوله رحمه الله :«وأمّا المنفعة الفائتة لغير استيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان وقد عرفت عبارة السرائر المقدمة...»

وهذا من الفروع التي اضطرت كلمات الشيخ﵀ فيه بعد ذكر الأقوال الخمسة فيها فهو تارة يعنى بالضمان وأخرى بعدمه وثالثة يتوقف في المسألة ومع ذلک بعده افتى بالضمان، ولا يخفى أنّ البحث هنا بعد الفراغ عن الحكم بالضمان في المنافع المستوفاة ومع عدمه فيما يكون الحكم بعدمه هنا بالأولية القطعية كما عليه بعض الأعلام وقد مرّ، هذا أوّلاً وثانياً لا يكن فوت المنافع من ناحية وضع يد القابض على المقبوض بالعقد الفاسد وإلّا يكون ذلک من مصاديق المغصوب ويجري عليه حكمه

أمّا الأقوال الخمسة (المذكورة في كلام الشيخ﵀)

الأوّل: الضمان وكأنّه للأكثر،

الثاني: عدم الضمان كما عن الإيضاح،

الثالث: الضمان إلّا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع،

الرابع: التوقف في هذاالصورة كما استظهره جامع المقاصد والسيد لعميد من عبارة القواعد

الخامس: التوقف مطلقاً كما عن الدروس والتنقيح والمسالک ومحتمل القواعد كما يظهر من الفخر

أمّا المشهور فقد استدلّ على ضمان المنافع الفائتة بوجوده وقبل ذكر مسانيدهم نتعرض لبيان الشيخ﵀ بدواً حيث قال: «... ولعلّه يكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين فهي مقبوضة في يده ولذا يجري

على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر ويتحقّق قبض الثمن في السلم لقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً وكذا الدار المجعول سكناها ثمناً...»

فبما ذكره يستفاد أنّه استند في الحكم بالضمان بقاعدة اليد وحاصله: إنّ المنافع أموال وهي مقبوضة وكفي في تحقّق القبض (للمنفعة) قبض العين كما في تحقّق القبض في ثمن السلم قبض الجارية المجعول خدمتها وهكذا الدار...

فالضمان ثابت بكفاية حصول المنافع في اليد نقيض العين

ثمّ أشكل وقال: «ويشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة بأنّ مجرّد ذلک لا يكفي في تحقّق الضمان إلّا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت» ولا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع وحصولها في اليد بعوض العين لا يوجب صدق الأخذ ودعوى أنّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة»

وحاصله: إنّا وإن سلمنا صدق عنوان المال على المنافع إلّا أنّه يشكل صدق عنوان الأخذ بالنسبة إلى المنافع غير المستوفاة من جهة عدم شمول عنون الأخذ لهاوعدم تحقّق الأخذ الذي هو صلة للموصول

ثمّ أشكل في تسليم دعوى كون أخذ معنى كفائياً عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان،

وليس له بيان لوجه الإشكال ، ولعلّ الوجه أنّ المنافع بالنسبة إلى الدار أو الدابة من الأعراض القائمة بأن كل والراكب ولا ربط بالدار والدابة المقبوضان بيد المشتري لها

أو أنّ الكناية هي التعبير عن الشيء بلفظ لا يكون مستعملاً في معناه الحقيقي وبعد أنّ مقتضى إصالة الحقيقة حمل اللفظ على معانيها الحقيقة وعدم جواز التصرّف فيها بالمجاز والكناية إلّا بعد قيام القرينة الدالة عليها يشكل الحمل عليها فإلى هنا لم يختص الشيخ بثبوت الضمان فيها لعدم تمامية المقتضى أي عدم صحة قاعدة اليد

وأمّا احترام مال المسلم قال﵀ : «فإنّها يقتضى عدمّ حلّ التصرّف فيه واتلافه بلا عوض وإنّما يتحقّق ذلک في الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقاً...» فالقاعدة تدلّ على عدم جواز التصرّف وحرمة الاتلاف ولا ربط لها بالتلف القهري

فلا يبعد القول بعد عدم تمامية الدليل (قاعدة اليد وقاعدة الاحترام) بالبرائة على الضمان استناد إلى أصالة البرائة وعموم قاعدة ما لا يضمن حيث أنّ المنافع الفائتة في العقد الصحيح غير مضمونة فكذلک في فاسده مضافاً إلى أنّ الاخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة مالية عن بيان ضمان المنافع الفائتة مع أنّه في مقام الحكم الشرعي

ثمّ إنّه عدل عمّا أفاد وقال: وإنّه أضاف إن للتوقف في المسألة كما في المسالک تبعاً للدروس والتنقيح مجالاً

ومع ذلک يقول بأنّ «القول بالضمان لا يخلو عن قوة» ويستشهد لذلک لكلام إبن إدريس واستظهر هذا ممّا أفاده عدّة من الأعيان وأيضاً تعرض إلى الاستناد بظاهر صحيحة أبي ولاد وردّها مستنداً إلى العمل

بها وكيف كان نتعرض إلى بيان الأدلّة التي استدلّ بها المشهور على ضمان المنافع الفائتة، الوجه الأوّل: قوله: «لا يجوز لأحد أن ينصرف ...» الوجه الثاني: قاعدة الاحترام، الوجه الثالث: قاعدة الاتلاف

الوجه الرابع: السيرة العقلائية،

الوجه الخامس: قاعدة لا ضرر

الوجه السادس: قاعدة اليد،

أمّا السيرة: فهي كما مرّ التحقيق فيها، ثبوت قيامها على ضمان المنافع المستوفاة دون التالفة مضافاً إلى أنّها ليست من الأدلّة اللفظية ... حتّى يتمسّك بإطلاقها، وأمّا قاعدة الاحترام فهي أيضاً بعد تسلّم دلالتها على ثبوت الضمان في الاتلاف فقد مرّ الإشكال في دلالتها على الضمان في التلف من جهة عدم شمول «الأخذ» للمنافع،

وأمّا قاعدة الاتلاف، فهي أيضاً منفعته بإنتفاء الموضوع حيث أنّ الكلام في المقام في مورد التلف دون الاتلاف

بقي الكلام في الاستدلال بالمرسلة «لا يجوز لأحد...» بدعوى أنّها تدلّ على حرمة التصرّف في مال الغير ويثبت بتبعها الضمان على ما التزم به المحقّق النائينيﷺ «من أنّ نفس عدم جواز التصرّف يوجب الضمان» وقد مرّ آنفاً «في ضمان المنافع المستوفاة» إنّها لا تدلّ على أكثر من عدم جواز التصرّف تكليفاً ولا ملازمة بين الحكم التكليفي الشرعي والضمان الوضعي، والقول بأنّ التصرّف في الأُمور المالية يقتضيي الضمان عند العقلاء (كما يظهر منهﷺ) فإنّه خروج عن

الاستدلال بالرواية وسياق البحث لأنّه يعدّ من الاستدلال بالخبر وضمّ الدليل العقلي

وأمّا الاستناد بقاعدة «لا ضرر» لضمان المنافع الفائتة، وإنّ الحكم بعدم ضمان القابض منافع الفائتة لما قبضه من الأعيان ضرر على المالك فأشكل عليه السيد الخوئيﷺ بوجهين، الأوّل: أنّ الحكم بضمان القابض ضرر عليه أيضاً فيقع المعاوضة في شمول القاعدة لكلا الطرفين،

الثاني: إنّ القاعدة المذكورة إنّما تنفي الأحكام الضررية ولا دلالة فيها على إثبات حكم آخر الذي يلزم الضرر من عدم جعله، هذا وقد قرب المحقّق الرشتي الاستدلال بقاعدة «لا ضرر» على ما نقله وتنبّه شيخنا الأستاذ دام ظله: إنّ الأحكام الشرعية منقسمة إلى أحكام تأسيسية وإمضائية، والأصول العدمية كالبرائة الأصلية وأيضاً الأصول النافية مثل البرائة عن الضمان وأصالة عدم اشتغال الذمة كلها أحكام عدمية عقلائية ممضاة من قبل الشارع لأنّ البرائة أمر مرتكز عند العقلاء والشارع قد أمضى مثل هذه السيرة العقلائية، وفي المقام فإنّ الأصل العدمي الجاري هو أصالة برائة الذمة عن الضمان وحيث إنّ جريانها ضرري فيرتفع الحكم الضرري بقاعدة «لا ضرر» فالنتيجة ثبوت الضمان على ما إدّعاه المشهور واستند بهذا الدليل لإثبات مدّعاة

فكان المحقّق المذكور يقصد بكلامه إنّ نفس حكم الشارع ببرائة ذمّة القابض عن درک المنافع الفائتة ضرري للمالک فيندفع بقاعدة «لا ضرر» ولذا ثبت الضمان على ذمّته

نعم هو أورد على نفسه بعدم جريان القاعدة في المقام لاستلزامها تخصص الأكثر وأنّ الفقهاء أفتى في أغلب موارد جريانها لعدم الضمان والبرائة، ولم يتمسّكوا بالقاعدة كحكمهم ببرائة الذمّة عن الضمان في حبس دابة الغير فيما أدى إلى تلف ولدها، أو حبس المال ممّا أدى إلى ضياع المال وتلفه وأيضاً في حبس ... الكسوب ممّا أدى إلى تضرره لعجزه عن الاكتساب، وهذا يدلّ على أنّ القاعدة مخصصة كثيراً أو هذا الكثير ممّا يؤدي إلى إجمال القاعدة وعدم تحديد دلالتها ممّا يمنع عن رفع الحكم العدمي المجعول بها وعلى الإجمال سقوطها عن قابلية الاستدلال بها في المقام

ثمّ أجاب بأنّ ذلک (كثرة التخصص) يوجب أن يتوقف في العمل بها إلّا في موارد التي عمل بها المشهور (كما في مثل قاعدة القرعة) وما نحن فيه من ذلک فكانت دليلاً على ثبوت الضمان فيه، فلذلک يحكم المحقّق الرشتي﵀ بضمان المنافع التالفة من عبّر اتلاف وتفويت اعتماداً على القاعدة، وإنّ البرائة من الضمان أو استصحاب عدم اشتغال ذمّة القابض بمنافع العين المقبوضة بالعقد الفاسد حكمان عدميان ضرريان ومقتضى القاعدة المذكورة وحكومتها على جميع الأحكام الضررية هو نفيها فالنتيجة ضمان المنافع التالفة

وأورد عليه بعد تأييد ما ذكره في صدور بيانه حول إمضائية البرائة وإنّ حكم الشارع بالبرائة إمضائي لا تأسيسي وإنّه أمضى ما عليه سيرة العقلاء من الحكم بالبرائة حتّى يثبت بالدليل، إلّا أنّ ما أفاده حول الأصول العدمية محلّ إشكال لعدم وجود أصل عدمي يقابل البرائة سوى الاستصحاب، وهو تارة وجودي وتارة عدمي ومعناه إبقاء اليقين السابق عملاً في ظرف الشك إلّا أنّ هذا الأصل العدمي يخالف ما عليه سيرة العقلاء حيث إنّه ليس من سيرتهم الحكم بالبقاء اعتماداً على أُمور (عبّر التعبد باليقين) كالوثوق والإطمئنان فإذن لابدّ من التفصيل بين البرائة والاستصحاب العدمي لأنّ الأوّل (البرائة) حكم إمضائي واثباتي (استصحاب العدم) حكم تعبدي تأسيسي هذا أوّلاً وثانياً: إنّ اثبات ضمان المنافع التالفة عن طريق حكومة القاعدة غير تامّ لأنّه تؤدي إلى اثبات الضمان على المنافع عبّر المستوفاة وتضمن القابض بلا ضرر ضرري عليه مع أنّ القاعدة تنفي الأحكام الضررية دون أن تثبت شيئاً تثبت شيئاً فالتمسّک بها يعدّ تمسّکاً لها لإثبات الضرر وهو مندفع

وثالثاً: إنّ ما أفاده بصدد رفع إجمال القاعدة تمسّکاً بعمل المشهور لها وإن كانت ذات أهميته ويترتّب على إثباتها في الفقه آثار مهمّة إلّا أنّ الإشكال والمانع عدم تمامية المبني، بتوضيح: إنّ مووضع حجته الأدلّة هي الطهورات حيث ثبت إنّ ظاهر الأدلّة حجية بمقتضى السيرة القطعية الثابتة عند العقلاء بضمّ عدم ردع الشارع عنها، فإذا كان عمل المشهور مستبدّاً إلى دليل (كالقاعدة) ومؤدياً إلى رفع الإجمال عنه (بعد تحقّق الظهور في الرواية) فإنّه يصير حجة وموضوعاً لدليل الحجته

ويصحّ التمسّك به في مثل المقام، وأمّا إذا لم يكن عمل المشهور كاشفاً عن انعقاد الظهور في الرواية بل احتمل ابتناء العمل بإجتهاد المشهور فحينئذٍ لم تتمّ الحجة والاعتبار لعمل المشهور والمقام من هذا القبيل إذ المفروض إجمال قاعدة لا ضرر بكثرة التخصص وعدم ارتفاع اجمالها بعمل المشهور فعلى هذا لا يكون موضوع لدليل الحجية،

هذا مضافاً إلى أنّ فتوى المشهور بالضمان لو كان وتمّ استناده إلى (القاعدة) لتمّ ما أفيد وبعد احتمال كون الاستناد إلى غيرها من الأدلّة فلا وجه للقول بأنّ مستندهم هو قاعدة لا ضرر.

فالمتحصّل من الإشكال أوّلاً أنّ القاعدة نافية الأحكام الضررية فهي غير صالحة لإثبات الحكم (أي اثبات الضمان في المقام)، وثانياً أنّ الاستناد إلى عمل المشهور برواية (مضافاً إلى لزوم اثبات عملهم بها دون غيرها) فإنّما هو في مورد تحقّق الظهور للفظ الرواية بعملهم بها،

فالنتيجة أنّه لا وجه للاعتماد على «قاعدة لا ضرر» لاثبات ضمان المنافع الفائتة

أمّا الاستدلال بقاعدة اليد، فقد مرّ مناقشة الشيخ الأعظم فيها من التشكيك في صدق الأخذ بالنسبة إلى المنفعة بل لا وجه لصدق الأخذ فيها وأيضاً عدم تسلم كون المراد من «اليد» مطلق الاستيلاء الحاصل لقبض العين بعدم تمامية القرينة، مضافاً إلى ما ذكرنا من الإشكال من جهة الغاية وهي أنّ قوله: «حتى تؤدي» بمعنى أنّه «حتى يرجع» وهي لا تصدق على المنافع وإنّها ثابتة بالنسبة إلى الأعيان فقط

إلّا أنّ المحقّق النائيني أشكل على الشيخ﵀ قائلاً «أمّا وجه اختياره عدم الضمان أوّلاً فبدعوى منع شمول عموم على اليد للمنافع لأنّ أخذها والاستيلاء عليها لا يتحقّق مستقلة بل إنّما هو بتبعية الاستيلاء على العين والعموم منصرف إلى الأخذ بالاستقلال هذا هو الذي يظهر من عبارته وإن لم يصرح بدعوى الانصراف

ثم قال: ولا يخفى ما فيه لأنّ انصراف الأخذ إلى الاستقلالي بدوي لا يضر التمسّک بالإطلاق ومنشأ بدوية الانصراف هو تواطي افراد الأخذ في صدق المفهوم عليه وإذا كانت الافراد كذلک فيكون انصراف اللفظ إلى بعض منها بدوياً لأجل انس الذهن إليه كانصراف الماء إلى ماء الفرات... فانصراف الأخذ إلى أخذ العين إنّما هو لأجل انس الذهن بهذا الفرد من غير تفاوت بينه وبين أخذ المنفعة بالاستيلاء عليها كما لا يخفى...»

ولكنّ الإيراد عليه: إنّالانصراف متفرّع على الصدق دائماً بمعنى أنّه يجب أن يكون المادة صادقة أوّلاً ثمّ تنصرف بسبب ندرة الوجود إلّا أنّ استدلال الشيخ مبني على عدم صدق الأخذ على المنفعة اساساً ولعلّه لأنّ المنفعة غير موجودة والوجود الاستعدادي لا يصحح صدق الاستيلاء الموجب للضمان، مضافاً إلى ما مرّ منّا من أنّ الإشكال في الاستناد إليها من ناحية الغاية

ثمّ قال النائيني﵀ :«ووجه اختياره الضمان أخيراً هو الإجماع عليه المنقول من التذكرة وربّما يورد عليه بأنّ التمسّک بالإجماع المنقول

منافٍ مع السببية في الأصول من عدم حجيته ولكنّه مندفع بأنّ الممنوع منه هو ما إذا كان إجماعاً على أمر تعبدي بحيث يراد اندراجه تحت الخبر الواحد الحاكي عن قول المعصوم عليه السلام وتسليمه في المقام ليس لهذه الجهة بل لأجل استكشاف القاعدة الفقهية المتسالم لدى الفقهاء ولا يخفى صحة استكشافها من الإجماع المنقول بل ممّا هو أدون منه فهذا الإيراد ليس بشيء...»

وحاصل كلامه بعد الإشكال على الشيخ في تمسّكه بالإجماع للمدعي المشهور.

توجيهه: إنّ الممنوع في الإجماع هو الاخبار الحدسي عن رأي المعصوم عليه السلام وأمّا الإجماع المدعي في المقام هو الإجماع الكاشف عن وجود قاعدة عند الأعلام المستند إليها في مقام الفتوى وهي قاعدة اليد وقاعدة الإحترام وتعجّب السيد الخوئي رحمه الله من كلامه هذا قائلاً: «إنّ المصنف قد ناقش كلتا القاعدتين صريحاً في صدر كلامه وحم بعدم إمكان التمسّك بهما هنا ومعه كيف يعتمد عليهما في ذيل كلامه.

إلّا أنّ شيخنا الأستاذ قرب بيان المحقّق النائيني بأنّ الشيخ وإن أشكل وناقش في القاعدة (على اليد) إلّا أنّه استشهد بالإجماع لإثبات عدم الإشكال في الحمل على معنى الكنائي بعد قيام جماعة من الفقهاء من أهل اللسان بذلك بمعنى أنّه إذا لاحظا أنّ عامة الفقهاء تعاملوا مع اللفظ معاملة الظهور نستكشف ظهوره في المعنى المحمول عليه، فالشيخ رحمه الله وإن أشكل في حمل لفظ «الأخذ» على الاستيلاء إلّا أنّه

يدفع الإشكال بما أجمع عليه الأصحاب من العمل به واستكشف من اجماعهم تعارف ظهور اللفظ في المعنى ال.... عنده وعند غيره ولهذا اعتمد على الإجماع مع أنّ مبناه عدم الاعتماد على الإجماعات الحدسية المنقولة ولهذا قال بعد توقفه «وعلى هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة ...» أي لقول العلّامة والسرائر و... هذا

وقد تصدّى بعض الأعيان تبعاً للشيخ رحمه الله لدفع القول بالضمان في المقام بتخصيص القاعدة (قاعدة اليد) بالأخبار الواردة الدالّة على عدم ضمان المنافع المستوفاة كرواية صحيحة محمد بن قيس، عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال: «قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثمّ قدم بيدها الأوّل نخاصم بيدها الأخير فقال: «هذا وليدتي باعها أنبى بغير إذني فقال: خذ وليدتك وابنها فناشده المشتري فقال: خذ أنبه ـ يعنى الذي باع الوليدة ـ حتّى ينفذلك ما باعك فلمّا أخذ البيع الإبن، قال أبوه أرسال إبني فقال: لا أرسل أبيك حتّى ترسل إبني فلمّا رأي سيد الوليدة الأوّل أجاز بيع أنبه،

ووجه الاستدلال: إنّ الرجل قد استخدم الوليدة كما فات بعض المنافع بوقوعها تحت يده ومع ذلك أمر الإمام عليه السلام بأخذ الوليدة وإبنها وسكت ولم يتعرض للمنافع الفائتة وحكمها (أي الضمان)

وأيضاً رواية أخرى عن زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجىء الرجل فيعلم البيّنة على أنها

جاريته لم تبع ولم تهب فقال: يرد إليه جاريته ويعوضه بما انتفع، (قال: كان معناه قيمة الولد)

توجيه الاستدلال: إنّ هذه أقوى في الدلالة من السابقة حيث لم يتعرض الإمام عليه السلام في الأوّلى إلى المنافع مطلقاً (المستوفاة وغيرها) بل أمر بأخذ الوليدة وابنها واطلاقها يقتضى عدم ضمان مطلق المنافع حتّى المستوفاة أمّا هذه الأخيرة في تدلّ على ضمان خصوص المنافع المستوفاة بقوله: «يعوضه بما انتفع» فإطلاقه بالنسبة إلى عدم ضمان المنافع الفائتة تامّة ولا إشكال فيها ثمّ استشكل في السند وعالجه بتوثيق الوحيد البهبهاني وأيضاً بأنّ الراوي «أبى عبدالله الفراء» من رجال إبن أبي عمير فيندرج في توثيق عام الشيخ الطوسي، فالنتيجة عدم ضمان المنافع الفائتة في المقبوض بالعقد الفاسد بطريق أولى كما قال الشيخ حيث المبيع ملك للبائع إلّا أنّ البيع فاسد فإنّ عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى.

ولكنّ الإشكال في التفريق بين مضمون الرواتين بحمل الأولي منهما على عدم تعرّض الإمام عليه السلام إلى المنافع مطلقاً فلا ضمان بالنسبة إلى المستوفاة وغير المستوفاة

والثانية على ثبوت الضمان في المستوفاة وعدمه في غير المستوفاة، بعد كون الذيل في الثانية وقول زرارة «كان معناه قيمة الولد» دالّ على حصر وجوب التعويض بما انتفع أي ضمان المستوفاة (وهي الولد) وهذا الحكم ... موجود في الصحيحة بقوله: «خذ وليدتك وإبنها»

مضافاً إلى أعراض الأصحاب عنهما والقول بثبوت الضمان في غير المتسوفاة أيضاً كما هو المشهور عنهم، وذهب بعض الأكابر إلى تحكيم القول بالضمان إلى التمسّک بقاعدة الحيلولة وإنّها تجري تارة في الحيلولة بين المالک وملكه وأخرى في المعلولة دون انتفاعه بملكه، وثالثة بين العين وماليتها، ورابعة بين العين وإضافتها إلى المالک

وإليک بعض النصوص في المقام، عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المملوک بين شركاء فينعتق أحدهم ...، فقال: إنّ ذلک فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته، فقال: يقوّم قيمة فيجعل على الذي اعتقه عقوبة وإنّما جعل ذلک عليه بما أفسده

وهذه الرواية تدلّ على أنّ اعدام مالية الشيء موجب للضمان ومثلها ما رواه سماعة قال: سألته عن المملوک بين شركاء فينعتق أحدهم نصيبه فقال هذا فساد على أصحابه تقوّم قيمة ويضمن الثمن الذي اعتقه لأنّه أفسده على أصحابه» وهذه أصرح بالنسبة إلى إعدام المالية وعن الحلبي أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام في جارية كانت بين ال... فاعتق أحدهما نصيبه قال: إن كان موسراً كذلک أن يضمن، فإن كان معسراً خدمت بالحصص

عن سدير، عن أبي جعفر عليه السلام «في الرجل يأتي ... قال يجلد دون الحدّ ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها لأنّه أفسدها عليه وتذبح وتحرق إن كانت ممّا يؤكل وإن كانت ممّا يركت ظهره عزم قيمتها وجلّد دون الحد

فهذه تدلّ على الضمان بسقوط الحيوان عن المالية أو بسقوط إضافتها إلى صاحبها

عن أحدهما عليهما السلام في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا وإن لم يكن قضى طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً

وهذه أيضاً تدلّ على ضمان الشهود لأنّهم السبب في القطاع إضافة المال إلى مالكه، فيستفاد من هذه النصوص إنّ اسقاط المال عن المالية أو التسب إلى القاع إضافته إلى مالكه موجب للضمان، والمقام من هذا القبيل لأنّ المشتري حال بين المالك ومالية المنفعة فهو يضمن بدل المالية للمدة التي عنده

نعم لا يبعد التفصيل فيما إذا كان عالمين أو كان البائع عالماً فلا ضمان لأنّ المفروض تسليم البائع ملكه للمشتري مع علمه بالفساد فيكون الاتلاف مستنداً إليه ولا فرق في كون التسليم من باب التشريع أو عدم المبالاة بالحكم الشرعي

وأمّا إذا كانا جاهلين بالفساد ويعتقدان صحة العقد فالاتلاف مستند إلى كليهما على حدّ سواء غير أنّه بالنسبة إلى البائع بالتسبب وإلى المشتري بالمباشرة و حينئذٍ شكّ في ضمان المشتري والأصل العدم

وهكذا الحكم فيما إذا كان البائع جاهلاً بالفساد والمشتري عالماًبه، فالحقهما بالصورة الثالثة حتّى لو كان تسليم البائع عن خطأ لا عن اعتقاد لصحة العقد لأنّ نسبة الاتلاف إلى كليهما واحدة على كل تقدير

ثمّ قوّى ما ذهب إليه المحقّق الثاني من عدم الضمان مطلقاً وأنبه هو المتعين من بين الأقوال بحسب القواعد، ثمّ أيد مختاره بما في صحيحة أبي ولاد حيث إنّ الإمام عليه السلام لم يحكم إلّا بضمان الأجرة من الكوفة إلى النيل ومنها إلى بغداد ومنها إلى الكوفة مع أنّه قد فوّت على المالك منافع كثيرة في تلك المدة كما لا يخفى، هذا والإشكال في الأخير بعد تسليم الحكم في الصور الثلاثة (أي فيما إذا كان عالمين أو كون البائع عالماً معلّلاً باستناد الاتلاف إلى البائع وأيضاً في فرض جهلهما لاستناد الاتلاف إلى كليهما على حدّ سواء) إنّ إسناد الاتلاف إلى البائع الجاهل بالفساد على حدّ إسناده إلى العالم محلّ كلام وتأمل لعدم صدق عنوان اتلاف مال الغير بالنسبة إلى المشتري الجاهل نظنه إنّه ماله بخلاف ما لو كان عالماً بعدم كونه مال له وأتلفه فإنّه يصدق عليه إنّه أتلف مال غيره مضافاً إلى أنّه لم يستبعد أن يكون المراد باليد العارية في مقابل اليد ألحقه فهذه اليد العادية شاملة لمن اتباع شيئاً بالعقد الفاسد ولا سيما مع جهل البائع به