

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۲۶)

«الرابع: إذا تلف فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف»^١. [١]

[١] نبحث أولاً: عن الوجوه التي استدللّ الأصحاب على أنّ المضمون بالعقد الفاسد في القيميات بالقيمة وفي المثليات بالمثل.

وثانياً: عن حقيقة معنى المثلي والقيمي.

وثالثاً: عن مقتضى الأصل عند الشك في قيمّة الشيء أو مثليّته.

أمّا الأول: فعن الشيخ الأعظم رحمته الله وقد استدللّ في المبسوط^٢

و«الخلاف»^٣ على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالى:

﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^٤

بتقريب: أنّ مماثل ﴿مَا اعْتَدَى﴾ هو المثل في المثلي والقيمة في غيره

واختصاص الحكم بالمتلف عدواناً لا يقدر بعد عدم القول بالفصل.

وربّما يناقش في الآية: بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء

لا المعتدى به وفيه نظر. نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية بالقول

المشهور...».

وحاصل كلامه في الاستدلال بالآية الشريفة: إنّ من تعدّى على شيء

من أموالكم يجوز لكم التعدي على أمواله. فإذا أتلّف لكم شيئاً من

الأموال جاز لكم الاستيلاء على ماله إن كان مثلياً بالمثل وإن كان قيمياً

فبالقيمة؛ لأنّ المثل مثلان.

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٢٠٩.

٢ . المبسوط: ج ٣، ص ٦٠.

٣ . الخلاف: ج ٣، ص ٤٠٢.

٤ . البقرة (٢): ١٩٤.

ولكن الإشكال في الاستدلال بها (بعد الغضّ عن الجهات التفسيرية): إنّها واردة في مقام توهم الحظر فهي لا تفيد أكثر من جواز التعدي هذا أولاً.

وثانياً: إنّ المدعى في المقام هو الحكم الوضعي وحمل الأمر في الآية بعد ظهوره في التكليف على الوضع محتاج إلى الحجة القطعية وهي مفقودة للمدعى.

وثالثاً: إنّ دلالة الآية على المدعى متوقّفة على كون كلمة (ما) موصولة ولا المصدرية وإن صلتها الشيء المعتقد به ولكنّ المحقّق الأردبيلي ذهب إلى أنّها مصدرية غير زمانية، فيكون المعنى أنّه يجوز الاعتداء بمثل اعتدائهم عليكم^١ (فهو بعد ذكر جملة من الآيات المتقدمة وتفرّع هذه الآية بالفاء على الآية السابقة حينما قال: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾ فهي ظاهرة في جواز الاعتداء بالمثل وأنّها دالة على جواز القصاص بالنفس والطرف والجروح فتختصّ الآية بالأفعال، فتخرج على موضوع البحث.

وبالجملة: هي دالة على عدم جواز التعديّ والتجاوز عن الفعل الصادر من المعتدي فيكون مدلولها مدلول الآية الشريفة ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾^٢ فهي أجنبية عن بحث القيمي والمثلي. ومع التنزّل والقول بأنّ كلمة «ما» محمولة على الموصل والمراد من

^١ . زبدة البيان في أحكام القرآن: ص ٣١٠.

^٢ . شوري (٤٢): ٤٠.

الموصول هو العين، فلا قرينة على أنّ المراد من الشيء الأعيان الخارجية من النقد والعرض.

مضافاً إلى أنّ من المحتمل أن يكون المراد من الشيء ما هو الأعم من الفعل والمعتدى به، فحينئذٍ تدلّ الآية على جواز اعتداء المضروب بالضرب والمشتوم بالشتم وجواز أخذ المال بدل المال، فلا يستفاد من الآية الضمان ولا جواز تملك المغصوب منه شيئاً ممّا أخذه الغاصب وغاية ما تدلّ عليه جواز التصرف في أموال الغاصب على سبيل التقاص من دون صيرورته ملكاً له؛ لعدم الملازمة بين جواز التصرف وملكيته للمتصرف (ويشهد لذلك جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة مع عدم كونه ملكاً للآخذ بناءً على الإباحة).

واستدلّ للمدعى بوجه ثانٍ وهو قاعدة الاحترام، وقد مرّ أنّها تدلّ على أنّ الإلتلاف يوجب الضمان بالبدل الواقعي دون تعيّن المثل في المثلي والقيمة في القيمي، مضافاً إلى ما أشكل في دلالتها وأنّها لا تزيد عن التكليف.

الوجه الثالث: «قاعدة اليد، بتقريب: أنّ ضمان كلّ شيء ما هو أقرب إليه والأقرب في المثليات هو المثل وفي القيميات هي القيمة.

بتوضيح أنّ المستفاد من القاعدة هو أنّ الشيء المأخوذ يستقرّ في ذمّة القابض وعهده حتّى يؤدّيه وأنّ الضمان لا يزول إلّا بأداء الشيء نفسه ولكن مقتضى فهم العرف الخاص والعقلاء وما عليه الفقهاء لزوم التوسع في مفهوم الغاية والالتزام بالمراتب في الأداء بأن يكون المرتبة

الأولى أداء نفس المأخوذ والمرتبة الثانية أداء ما هو الأقرب إلى الشيء من الخصوصيات الشخصية والنوعية والمالية.

فالضامن لو أدّى نفس الشيء سقط عن عهده إذا كان موجوداً ومع عدمه يخرج عن العهدة بأداء ما هو أقرب إليه والأقرب في المثليات هو المثل وفي القيميات هو القيمة.

ولكن الإيراد - كما أورد - إنّ ظهور القاعدة ثبوت العين أولاً في عهدة الآخذ وعند التعذر انتقل إلى ضمان المثل وإذا تعذر انتقل إلى القيمة من دون فرق في ذلك بين المثلي والقيمي، فلا يتم استناد المشهور إلى هذه القاعدة «من وجوب ردّ المثل في المثلي والقيمة في القيمي»، بل مقتضاها أنّ ضمان القيمة في طول زمان المثل كما أنّ ضمان المثل في طول الضمان بنفس العين المأخوذة من المالك بغير سبب شرعي.

الوجه الرابع: وقد اعتمد عليه المحقق الخوئي رحمته الله بقوله: «والتحقيق: أن يستدلّ على ذلك بالسيرة... إنّ العقلاء متفقون على أنّ الإنسان إذا أخذ مال غيره ووضع يده عليه بغير سبب شرعي ضمنه بجميع خصوصياته الشخصية والمالية والنوعية وأنّه لا يخرج عن عهده إلاّ برّد عينه على ماله وإذا تلفت العين وجب على الضامن ردّ ما هو أقرب إليها؛ لأنّ تلفها لا يسقط الضمان عنه جزماً. ومن الواضح أنّ الأقرب إلى العين التالفة إنّما هو المثل في المثلي والقيمة في القيمي. وعلى هذا فلا يكفي برّد أحدهما في موضع الآخر إلاّ برضى المالك، وهذا واضح لا شكّ فيه.

ويؤيد ذلك بأنّ المرتكز في أذهان العقلاء هو أنّه لا يحصل فراغ الذمّة إلاّ بأداء المثل في المثلي وبأداء القيمة في القيمي^١.
ولكن للتأمّل فيما أفاده مجال (من أنّ وجوب ردّ ما هو الأقرب مسقط للضمان دون غيره، وهو المثل في المثلي والقيمة في القيمي) لعدم ثبوت مثل هذه السيرة في المقام ولا سيّما مع وجود المثل في القيمات وإمكان ردّ المثل وتيسّره لبدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن وهو دفع الأقرب إلى التالف؛ لاشتغال المثل على خصوصية النوعية والمالية مع أنّ القيمة تشتمل على خصوصية المالية فقط، فلا استدلال بالسيرة مشكل.

الوجه الخامس: الروايات الواردة في بعض الأبواب، كالروايات الدالّة على أنّ الأمانة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري أخذها صاحبها وأخذ المشتري ولدها بالقيمة، فإنّ حكم الإمام عليه السلام بضمان قيمة الولد ظاهر في أنّ ضمان القيمي بالقيمة.

والإشكال: أنّ دعوى ظهورها في كون ضمان المثل بالمثل القيمي بالقيمة غير تامّة، بعد أنّه لا يتصوّر المثل في المقام (في مورد الولد).
وأيضاً: بالأخبار الواردة في عتق حصّة العبد المشترك وضمان المعتق للقيمة بالنسبة إلى حصص باقي الشركاء.

^١ . مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ١٥٠.

والإشكال فيها أيضاً: ندرة وجدان المثل في العبيد والإماء (إن لم نقل بعدم وجدان المثل كسابقها) لاستحالة العثور على عبد يتماثل في جميع الأوصاف والخصوصيات مع المفقود.

وأيضاً بصحيفة أبي ولّاد حيث قال الإمام عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته»^١. والإيراد عليها كسابقاتها من عدم إمكان تحصيل ما يماثلها.

نعم ربّما يستدلّ بالأخبار الواردة في باب الرهن: منها: رواية الكليني بسنده الصحيح عن أبي حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام: يترادّان الفضل؟ فقال: «كان علي عليه السلام يقول ذلك» فقلت: كيف يترادّان؟ فقال: «إن كان الرهن أفضل ممّا رهن به ثمّ عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوّى ردّ المرتهن ما نقص من حقّ المرتهن» قال: وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك.^٢

ففي هذه الرواية يسأل الراوي عن دين القيميات ورهن عين وثيقة لدينه ثم تلفت العين المرهونة، فحكم الإمام عليه السلام بوجوب دفع الفرق بين العين المرهونه والدين، فهي بإطلاقها تدلّ على ضمان الرهن المحدود من القيميات سواء وجد ما يماثل العين المرهونه في الصفات أم لا،

^١ . وسائل الشيعة: ج ٢٥، ص ٣٩١؛ كتاب الغصب: ب ٧، ح ١.

^٢ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٣٩٠؛ كتاب الرهن: ب ٧، ح ١.

والإطلاق تامّ بعد ترك استفصال الإمام عليه السلام بين وجود مثل العين وعدمه وحكم بضمان القيمة على نحو الإطلاق.

منها: رواية الكليني - الصحيحة - عن اسحق بن عمار، قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهّن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أعلى الرجل إن يردّ على صاحبه مائتي درهم؟ قال: «نعم؛ لأنّه أخذ رهناً فيه فضل وضيعه» قلت: فهلك نصف الرهن، قال: «حساب ذلك» قلت: فيتراذان الفضل؟ قال: «نعم».^١

فهذه الرواية كسابقتها دالة على أنّ الرهن المحدود من القيميات مضمون حيث حكم بضمان الفضل ولزوم ردّ الزائد على الدين سواء تيسّر مثل التالف أم لا.

منها: رواية الكليني - الصحيحة - أيضاً عن ابن بكير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن؟ فقال: «إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدّي الفضل إلى صاحب الرهن وإن كان أقلّ من ماله فهلك الرهن أدّى إليه صاحبه فضل ماله وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء».^٢

منها: رواية الصدوق مثلها.^٣

وهذه الأخبار لا يخلو من حالتين: إمّا مطلقة وإمّا أنّها خاصّة بالقيميات فعلى الأخير يجب دفع القيمة، سواء تعذّر المثل أو تيسّر.

١ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٣٩١؛ كتاب الرهن: ب ٧، ح ٢.

٢ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٣٩١؛ كتاب الرهن: ب ٧، ح ٣.

٣ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٣٩١؛ كتاب الرهن: ب ٧، ذيل الحديث: ٣.

وعلى الأول إطلاقها يقتضي الضمان بخصوص القيمة، سواء كان المتلف قيمياً أو مثلياً، إلا أنها مخصّصة بالإجماع اللفظي القائم على أنّ المثلي مضمون بالمثل، سواء تيسّر مثل القيمي أم لا. ولكن الإشكال في تمامية الإجماع المدّعى (أي على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة) لما حقّق من أنّ حجّة الإجماع موقوفة على كونه كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام وأنّ العلم بذلك في المقام مشكل جدّاً؛ لأنّ من المحتمل إسناد المجمعين إلى بعض الوجوه المذكورة المتقدّمة.

المبحث الثاني: في معنى المثلي والقيمي والفارق بينهما؟

قد اختلفت كلمات الفقهاء في تعريفهما وتحديدتهما، فالمشهور (من الشيخ^١ وابن زهرة^٢ والمحقّق^٣ وابن ادريس^٤ والعلامة^٥ والدروس^٦ والروضة^٧ وغيرهم^٨) أنّ المثلي: «ما تتساوى أجزائه من حيث القيمة». وقيل: ما تساوت قيمة أجزائه كالحبوب والأدهان والأقطان. وقيل: ما لو امتزج مالان من شخصين كانا مشتركين بالتساوي. وقيل: ما تناسبت أجزائه وتقاربت صفاته.

١. المبسوط: ج ٣، ص ٥٩.

٢. غنية النزوع: ص ٢٧٨.

٣. شرائع الإسلام: ج ٣، ص ٢٣٩.

٤. السرائر: ج ٢، ص ٤٨٠.

٥. قواعد الأحكام: ج ١، ص ٢٠٣.

٦. الدروس الشرعية: ج ٣، ص ١١٣.

٧. الروضة البهية: ج ٧، ص ٣٦.

٨. المهذّب البارع: ج ٤، ص ٤٠١؛ والمقتصر: ص ٣٤٢.

وقيل: هو المتساوي من حيث الأجزاء والمنفعة والمتقاربة صفاته.

وقيل: ما يباع بالكيل والوزن.

وعن المحقق الآخوند بعد نقل الخلاف عنهم في التعريف: إنها ليست بتعاريف حقيقية حتى تنتقض طرداً أو عكساً، بل هي بيان للمفهوم العرفي.^١

والشيخ الأعظم رحمته الله يبين المراد من «الأجزاء» و«التساوي» في تعريف المشهور بقوله: «والمراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة، بمعنى كون قيمة كلٍّ بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار...»

ومن هنا رجّح الشهيد الثاني رحمته الله^٢ كون المصوغ من النقيدين قيماً قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها...».^٣ [١]

[١] فالمراد من الأجزاء هو المصاديق والمراد من التساوي أن يكون قيمة نصف الكلي نصف قيمته (كالصبرة من الحنطة، فإن كانت وزنها ألف كيلو بقيمة ألف درهم فقيمة الخمسمائة كيلو منها خمسمائة درهم) وقد أورد على هذه التعاريف بالنقض والطرْد ولا يعبأ بهذه التعاريف والنقض؛ لأنّ البحث عنها تطويل لا طائل تحته؛ لأنّ هذه المباحث بصدد بيان كيفية الخروج عن عهدة الضمان بعد اشتغال الذمة

١ . حاشية المكاسب (للآخوند رحمته الله): ص ٣٥.

٢ . مسالك الأفهام: ج ٢، ص (الطبعة الحجرية)، ص ٢٠٩.

٣ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٢١٠.

بالاستيلاء على أموال الناس، مع أنّ لفظ المثلي والقيمي لم يرد في آية ولا في رواية ولا ينعقد عليهما إجماع حتّى يلزم البحث عنهما شرطاً أو تفسيراً وإنّهما لم يقعا موضوعاً للحكم الشرعي.

فالذي يهّمنا التّعريض إليه هو البحث عن الطريقة التي يمكن بها إفراغ الذمة عن الضمان، وحيث إنّ أوصاف الأشياء على قسمين: قسم منهما لها الدخل في مالية الشيء وقسم منهما لا يكون لها دخل في المالية والأخير خارج عن مورد البحث؛ لعدم دخله في مالية الموصوف، فلا يكون تفويته موجباً للضمان.

وأما الأول: فإن كانت للشيء الموصوف أفراد متماثلة بحسب النوع أو الصنف فهو مثلي؛ لأنّ الأفراد والمصاديق للكلي بعد فرض التماثل والتقارب في الأوصاف متساوية عند العرف وإن كان بينهما فرق بالدقّة العقلية.

وأما إذا لم يكن كذلك (الشيء الموصوف) فهو قيمي، فبما ذكر اتضح أنّ المراد من كلمة الأجزاء إنّما هو أفراد الطبيعة الواحدة (فلو تساوا في المالية ولم يجتمعا تحت جامع لم يكونا مثلين، كما لو تساوت مالية المنّ من الحنطة مع مالية المنّ من اللحم وهكذا لو كانا من جنس واحد وهما غير متساويين في المالية كالحنطة الجيدة والرديئة) ولا أجزاء المركّب، فالضابط الكلي هو أن يكون التماثل بين أفراد الشيء الواحد الموصوف.

ولا يخفى عليك أنّ المثلي والقيمي يختلفان بحسب الأزمنة والأمكنة كالأثواب والمنسوجات وإن كانتا في القديم من القيميات إلا أنّهما من المثليات في هذا القصور.

المبحث الثالث: في بيان الضابط فيما شكّ من كونه مثلياً أو قيمياً؟ وقد اختلفت كلمات الفقهاء في بيان المصاديق بعد أن اختلفوا في التعريف كما تقدّم.

والذي يحسن بنا أولاً بيان الشيخ ثمّ البحث عن مقتضى القاعدة والأصل عند الشك في كون الشيء مثلياً أو قيمياً؟

قال عليه السلام: «والحاصل: أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثلية فيها كثيرة، فلا بدّ من ملاحظة أنّ الأصل الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمة؟ ولا يبعد أن يقال: أنّ الأصل هو تخيير الضامن؛ لأصالة براءة ذمّته عمّا زاد على ما يختاره».

هذا استدلال من الشيخ على ما اختاره أولاً، ثم قال ثانياً: «فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك؛ لأصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم على اليد ما أخذت حتّى تودّي، فإنّ مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر».^١ [١]

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٢١٦.

[١] ومن هذا البيان يستفاد أنّ الأصل الذي تمسّك به أولاً من تخيير الضامن مبني على فرض عدم تمامية الإجماع وبعد تماميته ينقلب الأصل ويحكم بتخيير المالك. واستدلّ أولاً: بالأصل.

وثانياً: بعموم على اليد، ثمّ عدل وقال ثالثاً: «والأقوى تخيير المالك من أول الأمر؛ لأصالة الاشتغال والتمسك بأصالة البرائة لا يخلو من منع»^١ والوجه واضح؛ لحكومة الاستصحاب على البرائة.

ثمّ يقول: «نعم، يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال والإجماع على عدم تخيير المالك: التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين أعني تعيّن المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن الامتناع وتعيين القيمة كذلك، فلا متيقّن في البين ولا يمكن البرائة اليقينية عند التشاّخ، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى».^٢ [١]

[١] وفي هذا البيان (بعد أن قال بتخيير الضامن أولاً مستنداً إلى أصالة البرائة الشرعية العملية) يقول بتخيره استناداً إلى الدليل العقلي. بتوجيه: أنّ الأمر يدور بين تعيّن المثل على الضامن بحيث لا يكن للمالك حقّ المطالبة بالقيمة ولا للضامن حقّ الامتناع عن المثل، وبين تعيّن القيمة فقط على الضامن بحيث لا يكون للمالك حقّ المطالبة بالمثل ولا للضامن حقّ الامتناع عن المثل، فإذاً لا متيقّن في البين ولا يمكن

١. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٢١٦.

٢. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٢١٧.

البرائة اليقينية عند التشاّح، بمعنى أنّه لو كان المثل معيّناً فلا بدّ على الضامن دفعه وعلى المالك أخذه وليس له الامتناع عن ذلك وإن كان المتعيّن هو القيمة أجبر المالك على قبولها، فيدور الأمر بين المحذورين من قبل المالك والضامن فتخير الضامن. ثم قال: إنّ المقام من قبيل تخيير المجتهد في الفتوى أي كما أنّ المجتهد عند تعارض الخبرين الدالّ أحدهما على الوجوب والآخر على الحرمة يضطرّ إلى الأخذ بأحدهما والإفتاء على طبقه فكذلك فيما نحن فيه يضطرّ الضامن إلى الأخذ بأحدهما من المثل أو القيمة لدوران أمره بين المحذورين؛ لأنّه إن لم نقل بتخير الضامن يدور الأمر بين المحذورين.

ثم قال: «فتأمل»، وعن السيد عليه السلام في «التعليقه»: «إنّه إشارة إلى أنّ تخيير المجتهد إنّما هو في تعارض الخبرين لا مثل المقام»^١ (الذي هو لأجل المحذورين المذكورين والظاهر أنّه في مقام بيان الفارق بين ما في المقام من الحكم بالتخير وإنّه ثابت بحكم العقل من جهة الدوران بين المحذورين وما للمجتهد من الحكم بالتخير ثابت بالنصوص والأخبار الواردة.

ثمّ أنّه يعود عمّا أفاد من الحكم بالتخير للضامن وقال: «ولكن يمكن أن يقال: إنّ القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات والأمانات المفترّط فيها وغير ذلك (أي المقبوض بالعقد الفاسد) هو الضمان بالمثل؛ لأنّه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات، ثمّ

^١ . حاشية المكاسب (للسيد البيهقي عليه السلام): ج ١، ص ٩٧.

بعده قيمة التالف من النقيدين وشبههما؛ لأنَّهما أقرب من حيث المالية؛ لأنَّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه إليهما. ولأجل الانتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نصَّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها إلا ما شدّد وندر قد أطلق فيها الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان».^١ [١]

[١] وحاصل ما أفاده في نهاية كلامه: إنَّ مقتضى القاعدة الاستفادة من إطلاقات الأدلة في الضمان هو الأداء بالمثل؛ لأنَّ المثل مشتمل على خصوصيتين (من التالف) أي المالية والصفات دون القيمة؛ لأنَّها تشتمل على خصوصية المالية فقط، فكأنَّه يدّعي أنَّ الدليل على لزوم رعاية الأقربى إلى التالف أمران: السيرة الجارية عند العقلاء وكذلك إطلاقات أدلة الضمان وأنَّ الاستفادة فيهما الضمان بالمثل ولاسيما بعد تضمّن الإطلاقات في الأدلة الإطلاق المقامي وأيضاً الإطلاق الكلامي، فبهذه الإطلاقات يتمسك لحمل الضمان والخروج عن عهده بالأقرب إلى التالف (وهو المثل)؛ لأنَّ الشارع لم يصرّح بنوع الضمان وهذا شاهد على تنزيل الإطلاق على الارتكاز العرفي الفطري من عدّ المثل أقرب إلى التالف.

فتكون النتيجة: إنَّ الأصل الأوّلي في من أتلّف شيئاً ضمان مثله عليه وعند الشكّ في الضمان بالمثل أو القيمة لا بدّ له من إفراغ ذمّته

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٢١٧.

والخروج عن العهدة بالمثل، هذا ما ذكره الشيخ رحمته الله من الوجوه العديدة وبيان ما أفاده.

وأما البحث عن مقتضى القواعد والأصل في موارد الشك في المثلي والقيمي ودوران الأمر بينهما؟

ولا يخفى اختلاف الحال فيما لو قلنا بأنّ الأمر المشكوك فيه من قبيل دوران الأمر بين الأقلّ والأكثر أو بين المتباينين، فإنّه لو قلنا بأنّه من قبيل الأول (في مقام الاشتغال) فإنّ الأصل هو البرائة؛ حيث إنّ المراد من المالية تارة هي المالية الخاصة وتارة هي المالية المطلقة، ففي الأخير يندرج الشك في دوران الأمر بين الأقلّ والأكثر؛ للعلم باشتغال الذمّة بهذا المبلغ مطلقاً في كلّ حال وفي ضمن أيّ جنس ونشكّ في اشتغال الذمّة بما زاد على القدر المتيقّن وهي الخصوصية النوعية والأصل هو البرائة عن الزائد.

وأما في المالية الخاصة (أي الاشتغال بين المثلي والقيمي) فالشكّ مندرج بين المتباينين والمقام من هذا القبيل؛ لأنّ الاستفادة من السيرة عند العقلاء فضلاً عن الإجماع ضمان التالف بالقيمة الخاصة دون مطلق المالية.

بخلاف ما لو قلنا بأنّه من مقولة المتباينين، فإنّه هو محلّ الكلام عند الأعلام، واختلفوا في كيفية ا فراغ الذمّة وما هو مقتضى الأصل. والاحتمالات أربعة - كما تقدّم - :

الأول: إنّ الأصل يقتضي تخيير الضامن.

٢- إنّه يقتضي تخير المالك.

٣- لا بدّ من التصالح القهري.

٤- مرجعية القرعة.

أمّا الأول: وهو الذي ذهب إليه الشيخ أولاً ويمكن توجيهه بوجوه:
منها: إنّ الجامع بينهما مقطوع الاشتغال، أمّا الخصوصية النوعية أو
الصنفية فمشكوكة والأصل هو البرائة ولأنّ الضامن مخير في أن يفرغ
ذمّته بأيّهما اختار، نظير ما إذا علم بوجود أحد الأمرين من الإطعام
والعتق مع الشكّ في خصوصية إحداهما فإنّه بعد علمه بأصل الاشتغال
بالجامع والشكّ في الخصوصية يجري البرائة.

والإشكال: إنّه فرق بين تعلّق الحكم بالجامع الانتزاعي والشكّ في
الخصوصية الزائدة وبين تعلّق الحكم بالخصوصية (المردّدة) وانتزاع
العقل الجامع بين الخصوصيتين، فإذا علم المكلّف باشتغال ذمّته بأمر
واقعي معيّن ثمّ تردّد في حقيقة الأمر الذي اشتغلت ذمّته به، فإنّ العقل
حاكم أنّ «أحدهما» هو متعلّق الحكم دون الجامع، فلا مجرى للبرائة.

منها: إنّ من المعلوم أنّه عند الاختلاف والشبهة في ضمان المثل أو
القيمة يدور الأمر بين المتباينين الواقعيين، بتوضيح: إنّ القابض إمّا أنّه
يضمن المثل الذي يباين حقيقة النقد الرائج. وإمّا أنّه يضمن النقد
الرائج وهو مباين حقيقة مع المثل، وبالضرورة يكفي أحدهما في مقام
فراغ ذمّة الضامن ولا معنى للاحتياط بدفع كليهما، مضافاً إلى أنّ
دفعهما ضروري مندفع بقاعدة لا ضرر.

وبعبارة واضحة: إنّه وإن كان الاحتياط هو العلاج في موارد دوران الأمر بين المتباينين (أي الجمع بين المثل والقيمة في المقام) إلا أنّ الضرورة وقاعدة لا ضرر تقتضيان عدم ثبوت الاحتياط في حقّ الضامن هذا.

ولكن الإشكال: إنّ ما ذكر لا يفيد تخيير الضامن؛ لأنّه غاية ما يستفاد ممّا استدلّ هو عدم وجوب الاحتياط والحكم بالجمع بين المتباينين وأداء كليهما دون تخيير الضامن، بل لا بدّ من لزوم المصالحة بين الضامن والمالك. ومع التنازع يلزم الرجوع إلى الحاكم الشرعي وهو يأمرهما بالمصالحة قهراً.

وبالجملة: أنّ الاستدلال المذكور إنّما يثبت الأعمّ من تخيير الضامن والصلح الاختياري أو القهري، والأعم لا يثبت الأخصّ.

منها: ما أفاده المحقّق النائي في مطاوي كلماته حيث قال: «... يجب الفحص عن حكم المتباينين وأنّه هل هو الاحتياط، كما في الدوران بينهما في باب التكاليف وموارد العلم الإجمالي أو أنّه يرجع في المقام إلى تخيير الضامن، أو إلى تخيير المالك، أو تعيين ما على الضامن بالقرعة، أو يحكم بالتنصيف، أو الصلح القهري، لكن لا مجال في الماليات للقول بالاحتياط؛ لمعارضة الاحتياط فيها من طرف الدافع مع الاحتياط من طرف القابض؛ لأنّه كما يعلم الدافع إجمالاً بثبوت إحدى المتباينين عليه من الثوب والكتاب مثلاً، يعلم القابض أيضاً بعدم استحقاقه إلا لأحدهما، فلا يجوز له أخذهما معاً؛ لمكان العلم الإجمالي فباب الاحتياط والموافقة القطعية مسدود في مورد الماليات

ويجب الموافقة الاحتمالية. وحينئذٍ فهل الأصل هو التخيير، أو أحد الآخرين من التنصيف والتصالح القهري ثم على التخيير أيضاً، فهل هو ثابت للضامن أو للمالك؟ يمكن أن يقال بالتخيير للضامن. وذلك لعدم إمكان الاحتياط التام والموافقة القطعية، فينتهي إلى جواز الاكتفاء بالموافقة الاحتمالية والامثال الاحتمالي المقتضي لتخيير الضامن في إخراج المثل أو القيمة في مقام الأداء... ومما ذكرناه يظهر ضعف ما في الكتاب من فرض تخيير الضامن أولاً متمسكاً بأصالة البرائة عمّا زاد على ما يختاره...»^١.

والإشكال فيه: أنّ ما أفاده تامّ بالرجوع إلى الموافقة الاحتمالية عندما لا يمكن تحصيل الموافقة القطعية. وفي المقام تحصل الموافقة القطعية بإحضار الفردين عند المالك والتخلية بينه وبينهما وعدم جواز أخذهما شرعاً للمالك، أو مطالبة أحدهما المعيّن لا يكون مانعاً عن حصول البرائة للضامن وأنّ عدم تمكّن المالك من التصرف شرعاً فيهما لا ربط له بتكليف الضامن، فإنّه بإحضارهما متيقّن بفراغ ذمّته.

وعلى الجملة: القول بتخيير الضامن ساقط من رأسه.

الاحتمال الثاني: وهو القول بتخيير المالك وإنّ هو مقتضى الأصل واستدلّ له: بأنّ ما يختاره المالك إمّا هو حقّه واقعاً، أو أنّه بدله الذي رضي به، فما يختاره المالك يعدّ مسقطاً ومفرغاً لذمّة الضامن؛ لأنّ ذمّته قبل اختيار المالك كانت مشغولة ومقتضى القاعدة استمرار

^١ . المكاسب والبيع (للنايني رحمه الله): ج ١، ص ٣٤٢.

اشتغالها إلى أن يقوم المالك باختيار ما يرضيه وعندما اختار فرغت ذمة الضامن. وهذا ما أفاده الشيخ رحمته الله (على ما تقدّم ذكره عنه): «والأقوى تخيير المالك من أوّل الأمر؛ لأصالة الاشتغال والتمسك بالبراءة لا يخلو عن منع»^١.

ولكنّ الإشكال: إنّ هذا (أي اشتغال ذمة الضامن) لا يثبت إلّا استحقاق المالك لحقه الواقعي. وهذا يمكن تحصيله بإحضار المثل والقيمة ولا يكون الطريق منحصرًا بالحكم بتخيره بين حقه الواقعي أو بدله، وقد يقتضي (الاشتغال) أن يجبرهما الحاكم على الصلح وما زاد يحتاج إلى الدليل.

الاحتمال الثالث: وهو القول بالرجوع إلى القرعة؛ لكونها لكلّ أمر مجهول والمضمون به في المقام مجهول، وكذا بناء على كونها لكلّ أمر مشكل ولو في الشبهات الحكمية. وأشكل عليها بوجوه:

منها: بورود التخصيصات الكثيرة على عمومات القرعة وهذا يوجب وهنها؛ لأنّ إرادة العموم لا يجتمع مع كثرة التخصيص. **والجواب:** أنّ خروج الموارد المنظورة خروج تخصّصي ولا تخصيصي حتّى يستلزم وهن العموم.

منها: من المتسالم عليه عند الأعلام مرجعية القرعة في الشبهات المالية الموضوعية وأمّا إذا كان منشأ الإشكال من جهة الشبهة الحكمية

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٢١٦.

فلا مجال لتعيين الحق بالقرعة، بل المرجع فيها الأصول اللفظية أو العملية مع فقدانها (وإن نوقش فيها بما إذا تلف الشيء ويجهلان الضامن والمالك في كون المتلف مثلي أو قيمي، فتكون الشبهة موضوعية) فإنه في المقام لا بأس بالرجوع إلى القرعة لتعيين المثلية والقيمة.

هذا بالنسبة إلى استناد القاعدة إلى كل أمر مشكل، فإنها ظاهرة فيما لا تعين له في الواقع، أما إذا كان المستند هو كل أمر مجهول أو المشتبه فهي ظاهرة بعد كونهما من «المشتبه والمجهول» وصفاً لذات الشيء المعنون من جهة تردده بين الشئيين أو الأشياء لا وصفاً لحكمه ولا عنوانه، فلا يشمل الموارد الشبهة الحكمية؛ لأن الاشتباه فيها (في الشبهة الحكمية) في حكم الشيء لا في ذاته ولا يشمل الشبهات الموضوعية لأن الاشتباه في انطباق ما هو موضوع الحكم على الموجود الخارجي.

وكيف كان، موضوع أدلة القرعة هو الأمر المجهول والمشتبه بمعنى: أنه لا سبيل إلى معرفة الوظيفة الشرعية ومع التمكن من معرفتها لا تصل النوبة إلى القرعة. وفيما نحن فيه أصالة الاشتغال بتعيين الوظيفة (أي الجمع بين المثل والقيمة) وأما عدم جواز أخذ المالك فهو أمر آخر وقد مر المختار آنفاً من إحضار المتباينين والتخلية بينهما وبين المالك وبذلك يحصل البرائة، فالمرجع في المقام هو الأصل العملي ومع لا وجه للرجوع إلى قاعدة القرعة.

الاحتمال الرابع: وهو ثبوت الضمان بالمثل - وهو الذي اختاره الشيخ رحمته الله أخيراً - بدعوى: أن مقتضى الأصل والقاعدة الأولى (في باب المضمونات) هو الضمان بالعين ومع فقد العين وتلفها تصل النوبة إلى ما هو الأقرب إلى العين، فالأقرب هو المثل وبعد فقد المثل (أي الأقرب) تصل النوبة إلى القيمة.

ولكن المشكلة إننا سلّمنا اقتضاء أدلة الضمان ضمان ذات العين المأخوذة مادامت العين موجودة ومع فقدتها وتلفها فمقتضى القاعدة والسيرة العقلانية - كما استدللّ به - هو ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة.

أما التمسك بقاعدة الأقرب فالأقرب (في موارد الشبهة) يعدّ تمسكاً بعموم الدليل في الشبهة الموضوعية للمخصّص.

بتوضيح: إنّ عموم «قاعدة اليد» يقتضى ضمان العين أولاً ومع فقد العين يثبت ضمان الأقرب إليها وهو المثل؛ لاشتماله على خصوصية الصفة والقيمة. ولكنّ المفروض تقيّد هذه القاعدة في المثليات بالمثل وفي القيميات بالقيمة، فلا يمكن التمسك بعمومها في المقام لدوران الأمر بين المتباينين؛ لأنّه يوجب التمسك بالعموم في الشبهة الموضوعية وقد حقّق في الأصول عدم جواز التمسك بالعموم فيما إذا كان مفهوم العام يتّناً وشكّ في المصداق، كأن يقول: «أكرم العلماء» ويشكّ في المصداق في أنّ «زيداً» مصداق لعنوان «العالم»، فهنا لا يجوز التمسك بعموم العالم للحكم بوجوب إكرام زيد، وكذا لا يجوز

التمسك بالعام فيما لو كان عندنا عام بين وخاص بين، ثم شككنا في مورد أنه مصداق للعام أو الخاص؛ إذ التخصيص بمعنى: أن الباقي تحت العام مقيد بكونه غير المخصص. وأمّا فيما إذا كان للمخصص مفهوماً مجملاً وتسمى بالشبهة المفهومية لا بأس بالتمسك بالعام، كأن يقول: «كل مكلف يجب عليه التمام في صلاته» ثم أخرج المخصص «المسافر» وكان المخصص مجملاً؛ لتردده بين «من مسافر بريداً أو بريدن» والقدر المتيقن هو من سافر بريدن ويبقى المسافر بريداً تحت العام، أو قال: «أكرم الناس إلا الفاسق» وتردد الفاسق بين خصوص مرتكب الكبيرة أو الأعم منها ومن الصغيرة، والقدر المتيقن هو مرتكب الكبيرة، وفي غيره يتمسك بالعام. وهكذا في موارد المخصص اللبي، فإنّ الخارج من تحت العام هو القدر المتيقن وفيما زاد يتمسك بالعام. وفي المقام بما أن المخصص لبّي وهو إمّا أنه الإجماع أو السيرة العقلانية؛ لقيام الإجماع على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة وكذا السيرة، فهي دالة على ضمان المثليات بالمثل والقيميات بالقيمة، فالدليل يؤثر ويعتبر في القدر المتيقن والمتيقن منهما هو المثل أو القيمة فيما لو علم أن التالف مثلي أو قيمي. وحينئذٍ يضمن المثل في المثلي والقيمة في القيمي. وأمّا لو جهل حقيقة التالف أو شك في مثليته أو قيمته فلا متيقن في البين فيكون المرجع عموم «قاعدة اليد» وهو يقتضي الضمان بالمثل ومع الإشكال في تمامية سند الحديث يمكن القول في تقريب ضمان المثل: بأن الضمان بمعنى الكفالة والكفيل هو

من يكون ملتزماً بإرجاع الشيء إلى محلّه وصاحبه ولو تلف وهو كفيل وجب عليه إرجاع مثله؛ لأنّه بمنزلة إرجاع نفسه وكأنّه لم يتلف. ولو نوقش: بأنّ روايات الضمان مختلفة وقسم منها في تلف القيمي وقسم منها وارد بعنوان الثمن والمخاطب في الجميع هو العرف والعرف يشكل أن يفهم هذه الدقائق المذكورة. يمكن أن يقال: بأنّ أمر الضامن (في المقام) مردّد بين التعيين والتخير، ومقتضى الأصل هو التعيين، فعليه دفع المثل إلّا ما خرج بالدليل.

وبعبارة أخرى: إنّ مقتضى القاعدة في الضمان دفع المثل وجواز دفع القيمة في القيميات إرفاق من الشارع، فإذا شكّ في اشتغال الذمّة بالمثل أو القيمة، فدفع القيمة كان مقتضى استصحاب بقاء الاشتغال، فيتعيّن دفع المثل حتّى يتيقّن بالفراغ.

فرع: تعرّض إليه الشيخ^١ وهو أنّه لو نقصت القيمة السوقية للعين أو المثل عند الأداء فهل يضمن القابض بالعقد الفاسد العين أو المثل مع النقيصة أم لا؟

الظاهر أنّ مقتضى القاعدة عدم تكليف القابض إلّا بإرجاع العين مع بقائها وإن نقصت قيمتها؛ لأنّ «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» كما أنّه كذلك عند تعدّر ردّ العين واستقرار البدل من المثل أو القيمة، فهما وإن

^١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٢٢٠.

كائنا ناقصان عند الأداء؛ لعدم الدليل على ضمان نقصان القيمة، وذلك لانتقال الضمان إلى المثل أو القيمة دون الزيادة.

هذا ما ذهب إليه السيد الخوئي^١ وأيده بالأخبار الواردة في القرض وهي طائفتان:

الأولى: ما دلّت على لزوم ما هو المتعارف فعلاً لا حين القبض بالعقد الفاسد، رواية الشيخ بإسناده عن محمد بن عيسى عن يونس، قال: كتبت إلى الرضاء عليه السلام: «إنّ لي على رجل ثلاثة آلاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام وليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟ قال: فكتب إليّ: «لك أن تأخذ منه ما يتفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس»^٢.

فما يستفاد منها ضمان النقص بدفع ما هو المتداول بين الناس مع تساوي قيمة التالف.

الثانية: ما دلّت على عدم اشتغال الذمة بنقصان القيمة السوقية وتنزّل المالية.

منها: رواية الشيخ بإسناده عن محمد بن عيسى، عن يونس قال: كتبت إلى أبي الحسن الرضاء عليه السلام: أنّه كان لي على رجل دراهم وأنّ السلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من الدراهم الأولى ولها اليوم

^١. مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ٢٥٩-٢٦٠.

^٢. وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٢٠٦؛ أبواب الصرف: ب ٢٠، ذيل الحديث ١.

وضيعة فأَيُّ شيء لي عليه، الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب: «لك الدراهم الأولى».^١

ومنها: ما رواه الشيخ بسنده عن صفوان قال: سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت ولا يباع بها شيء أَلصاحب الدراهم الدراهم الأولى، أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: «لصاحب الدرهم الدراهم الأولى».^٢

وقد مرَّ أنَّ السيد الخوئي اختار عدم ضمان القيمة السوقية معللاً بعدم تكليف القابض إلا بإرجاع العين مع بقائها وعند التلف انتقل الضمان إلى المثل من دون زيادة. وأيد مختاره بالروايات الدالة على وجوب ردّ الدراهم المقترضة مثلها وإن أسقطت عن المالية وردّ الطائفة الأولى الآمرة بوجوب ردّ ما ينفق بين الناس المعارضة للطائفة الثانية بضعف السند لمكان «سهل بن زياد»، إلا أنَّ المبنى في السهل إن كان «صعوبة الأمر فيه» لمكان تضعيف النجاشي والشيخ يتم ما أفاده، وإن كان المبنى فيه «سهولة الأمر فيه»؛ لأنّ الروايات المروية عنه في «الكافي» فقط ما يتجاوز عن ألفين مضافاً إلى أنَّ وجه ضعفه رميه بالغلو لم يبعد الاعتماد بروايته هذا.

والذي يسهّل الخطب: أنَّ الكليني روي بطريق صحيح (على بن ابراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس).

^١ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٢٠٦؛ أبواب الصرف: ب ٢٠، ح ٢.

^٢ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٢٠٧؛ أبواب الصرف: ب ٢٠، ح ٤.

رواية تدلّ على لزوم دفع ما هو المتعارف فعلاً وهي: كتبت إلى الرضا عليه السلام إن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام وليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما يتفق اليوم بين الناس؟ قال: فكتب إليّ: «لك أن تأخذ ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس».^١

فهذه الرواية والتي رواها سهل تفيدان ضمان نقصان القيمة وعدم براءة ذمّة الضامن إلّا بدفع الزيادة، إذن لا اعتبار بما أفاده السيد الخوئي جازماً لمعارضة الطائفتان، ومع فقد المرجح لا بدّ إمّا من القول بالتخيير أو التساقط والرجوع إلى العمومات الدالّة على الاشتغال هذا.

مضافاً إلى أنّ القائل العظيم ذهب إلى أنّ الروايات المستندة لا تدلّ على كفاية ردّ الدراهم الساقطة عن المالية بالمرّة؛ لأنّ الدراهم مصوغة من الفضة، فلا معنى لسقوطها عن المالية، فالقول بكفاية ردّ العين أو المثل بعد سقوطها عن المالية ممّا لا دليل عليه ولا سيّما في مثل الثلج في الشتاء وإنّما يجب ردّ المثل بما أنّه مال ومعلوم أنّ بعد سقوط المثل عن المالية انتقل الضمان إلى القيمة. ويدلّ عليه حديث اليد والسيرة العقلانية.

^١ . الكافي: ج ٥، ص ١/٢٥٢.