مجموعهٔ

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربي «مدظله العالي»

«کتاب البیع»

شماره: (۲۷)

ثمّ إنّه بعد ذلك تعرّض الشيخ رحمه الله إلى مبحث قلّة المثل و زيادة قيمته قائلاً عن العلّامة رحمه الله: **الخامس: ذكر فى «القواعد»: أنّه لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل، ففى وجوب الشراء تردّد، انتهى.**

أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه فالظاهر أنّه لا إشكال فى وجوب الشراء ولا خلاف كما صرّح به فى «الخلاف»، حيث قال: إذا غصب ما له مثل الحبوب والأدهان، فعليه مثل ما تلف فى يده، يشتريه بأىّ ثمن كان بلا خلاف[1]، وفى «المبسوط»[2] يشتريه بأىّ ثمن كان إجماعاً، انتهى.

ووجهه عموم النص والفتوى بوجوب المثل فى المثلى، ويؤيّده فحوى حكمهم بأن تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربّما احتمل بعضهم[3] ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن المالية كالماء على الشاطئ والثلج فى الشفاء».

وأمّا إن كانت لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكه بإزائه ضرراً عرفاً...[4] [1].

---

[1] وفي هذا المقام تعرّض الشيخ رحمه الله إلى فروع:

---

[1]. الخلاف ٣: ٤١٥.

[2]. المبسوط ٣: ١٠٣.

[3]. احتمله العلّامة في القواعد ١: ٢٠٤.

[4]. كتاب المكاسب ٣: ٢٢٢.

منها : كثرة الثمن بسبب زيادة القيمة السوقية.

واستدلّ الشيخ﵀ بوجوب شرائه (أي المثل) في هذه الصورة (زيادة القيمة السوقية ولو بأضعاف قيمة التالف يوم تلفه) بوجهين :

الأوّل : الإجماع المنقول عن «المبسوط» وعدم الخلاف عن «الخلاف»، إلّا أنّ معقد الإجماع ـ كما نصّ عليه الشيخ الطائفة ـ هو الغصب ومقامنا هو العقد الفاسد إلّا بناءً على قول «السرائر» حيث قال في المأخوذ بالعقد الفاسد: «إنّه يجري مجرى الغصب عند المحصّلين من أصحابنا».

الثاني : عموم النص والفتوى ، و مراده من النصّ قوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ** ...﴾[1] وعموم قاعدة على اليد و إطلاق الفتاوى والإجماعات على أنّ الضمان في المثليات يكون بالمثل سواء بقي المثل على قيمته حال التلف أم ارتفعت القيمة.

ثمّ أيّد مختاره بفحوى حكمهم: بأنّ تنزّل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة.

وعن المحقّق الأصفهاني﵀ في تقريب الفحوى: «أنّ أداء المثل مع نقصان قيمته عن قيمة التالف لمكان صدق المماثلة ، فإذا صدق عليه أنّه مماثل مع عدم كونه مماثلاً للتالف في المالية بحدّها، فصدق المماثل عليه مع بلوغه لقيمة التالف وزيادة بالأولوية، فإنّه مماثل له في

[1] . البقرة (٢): ١٩٤.

الحقيقة والمالية على الحقيقة لا بالعناية، وبمجرد المماثلة في الصورة»[١].

توضيح ما أفاده : لو ضمن التالف المثلي كطلّ من الحنطة التي كان سوى مأة دينار حين التلف ثمّ هبطت قيمته السوقية إلى خمسين ديناراً ، فإنّ التالف ضامن للمثل وإن كان ما يدفعه الآن لا يكون مثله في الخصوصية والمالية والمثل إنّما هو في الخصوصية دون المالية وهو المثل مجازاً وادعاءً، فعلى هذا إن كان التالف ضامناً لخصوص المثل عند تنزّل القيمة السوقية فبالأولوية والفحوى يضمن المثل عند ارتفاع القيمة.

وبعبارة واضحة توضيحاً لدعوى الفحوى: إنّ كلّ حكم ثبت مع وجود المزاحم له، فهو ثابت مع عدمه بالأولوية، والمقام من هذا القبيل؛ حيث إنّه في فرض تنزّل القيمة يقع التزاحم بين حفظ الخصوصيات النوعية والصنفية و بين حفظ المالية، فلابدّ من رفع اليد عن أحدهما والشارع قد حكم بوجوب حفظ الخصوصيات مع وجود المزاحم وهو تنزّل القيمة فكان الواجب دفع المثل وإن نقصت قيمته ، و مع ارتفاع القيمة وعدم المزاحم يكون الواجب حفظ المثلية، وعلى الضامن دفعه بالأولوية القطعية.

ولكن المحقّق الأصفهاني ناقش هذا الفحوى وقال : «وفيه: أنّ الأولوية بالصدق في مقام الكفاية واضحة، والكلام في الأولوية في مقام

[١] . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني ﷺ): ٣٦٩.

اللزوم وأنّه إذا لزم أداء المثل في مقام تفريع الذمّة مع نقصان القيمة، فهو مع ارتفاع قيمته أولى باللزوم، مع أنّه لا موجب له، بل غايته المساواة من حيث إنّ نقصان القيمة موجب لتضرّر المالك وارتفاعها موجب لتضرّر الضامن[1].

وأمّا توضيح المناقشة: إنّ الكلام ليس في صدق عنوان المماثلة مع زيادة القيمة السوقية؛ لأنّه واضحة ولا ريب فيه ، بل الكلام في وجوب شراء المثل ولزوم تداركه في مقام تفريغ ذمّته؛ لأنّ القول بجواز الاكتفاء بدفع المثل عند نقصان قيمته السوقية أمرٌ والقول بوجوب شرائه عند ازدياد القيمة وعدم وجوبه أمر آخر، ولا ربط بين المسألتين، فضلاً عن الأولوية.

فالمتحصّل: أنّه لا وجه للحكم بوجوب شراء المثل مستنداً إلى الأولوية المدعاة.

وأمّا الإجماع : ففيه مضافاً إلى ما ذكره الشيخ﵀ من أنّ معقده الغصب وفي المأخوذ بالعقد الفاسد: لا يصدق إلّا في مورد جهل البائع وعلم المشتري، فلا يتمّ دعوى إطلاقه وما نحن فيه هو العقد الفاسد.

وإنّ هذه المسألة من المسائل الفرعية الاجتهادية والإجماع في هذه المسائل غير كاشف عن رأى المعصوم.

وحمل كلام «إبن ادريس» عند المحصّلين مجرى الإجماع بعد كون الإجماع دليل لبيّ والقدر المتيقّن منه هو أنّ المأخوذ بالعقد الفاسد

[1] . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني﵀) ١: ٣٦٩.

بمنزلة المغصوب في عدم جواز التصرف، وأمّا ترتب سائر أحكام الغصب فممّا لا وجه له.

وأمّا النصّ والفتوى : لا يخفى أنّه لا يمكن الاستدلال بالفتوى وعمومه إلّا بناءً على كون المراد منه الإجماع وقد مرّ الكلام فيه.

وأمّا النصّ: إنّ النصوص لم يذكر في شيء منها التعرّض بوجوب دفع المثل إلّا الآية الشريفة ﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ...**﴾ وقد تقدم الإشكال في الاستناد بها آنفاً من وجوه ولا سيّما أعمّية الآية بالنسبة إلى العمل، فلا دلالة فيها على الضمان . قد مرّ الإشكال في الاستدلال بها عند ذكر قول «المبسوط» و«الخلاف» تقريباً «بأنّ مماثل ما اعتدى، هو المثل في المثلي والقيمة في القيمي» وقد استدلّ الشيخ رحمه الله بهذه الآية بضمان التالف المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة، والاعتداء هو التجاوز عن الحدّ و«الباء» للمقابلة كقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ**﴾[1] وقوله تعالى: ﴿**وَمَنْ عَاقَبَ بِمِثْلِ مَا عُوقِبَ**﴾[2] وعن الشيخ في «الخلاف» بعد الآية: «المثل مثلان: مثل من حيث الصورة ومثل من حيث القيمة لم يكن للمنافع مثل من حيث الصورة وجب أن يلزمه من حيث القيمة»[3].

وظاهر بيانه أنّ «ما» في الآية موصولة وتقريب الاستدلال : إنّ من تعدّى على شيء من أموالكم بالاستيلاء عليه يجوز لكم التعدّي على

---

[1] . نحل (١٦): ١٢٦.
[2] . الحجّ (٢٢): ٦٠.
[3] . الخلاف ٣: ٤٠٢.

أمواله، فإذا أتلف لكم شيئاً منها جاز لكم الاستيلاء على ماله، إن كان مثلياً فبالمثل وإن قيمياً فبالقيمة؛ لأنّ المثل (كما ذكر) مثلان.

ونوقش : أوّلاً: إن الأخذ والاستيلاء ليس مماثلاً للإتلاف إلّا بدعوى اندرجهما تحت عنوان جامع منتزع وهو التفصيل بين المال ومالكه، وفيه ما لا يخفى.

وثانياً: المراد بالمثل بقول مطلق ظهوره في المماثلة من جميع الجهات، مع أنّ المثلية في القيميات يكون من وجه، فلا يتم الاستدلال.

وثالثاً: إنّ الآية متفرّعة على صدرها﴿ **الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ...**﴾وهذا يقتضي ظاهراً في مقابلة الاعتداء بالاعتداء، فهو قتال مماثل من حيث الزمان والمكان بمعنى أنّه كما أنّهم لم يحافظوا على المحرّمات الزمانية والمكانية فكذلك أنتم يجوز لكم ترك المحافظة عليها، فالتفريع يشهد بأنّ «ما» مصدرية أي فاعتدوا عليه بمثل اعتدائهم وليست موصولة ويكون الرابط محذوفاً.

وعلى الأقلّ مردّدة بين المصدرية والموصولة.

ورابعاً: مع التنزّل والقول بأنّها موصولة، فهي تعمّ العمل، فيكون المعنى الاعتداء بمثل الذي صدر عن المشركين من الاعتداء، فلا دلالة على الضمان.

فلم يبق وجه على ضمان المثل في هذه الصورة إلّا ما ذكرناه في توجيه الاستدلال من ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي ولزومه من

أمّا الفرع الثاني الذي تعرّض إليه الشيخ﵀ وهو: «**إن كانت لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه...**»[١].

السيرة وأقربيته إلى التالف وأنّ فراغ الذمة بأداء ما يحتمل تعيّنه قطعي وبالنسبة إلى غيره مشكوك والأصل هو التعيين في دوران الأمر بين التعيين والتخيير وغيرها من الوجوه.

إن قلنا: الحكم بوجوب شراء المثل بأضعاف قيمته يوم تلفه ضرري فهو منفي بالقاعدة.

قلنا: إنّه ينتقض بموارد نقصان القيمة وتجويز دفع المثل ضرري على المالك، فهو أيضاً منفي بالقاعدة، هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ الضرر مانع عن ثبوت الحكم فيما إذا كان الحكم زائداً على طبيعة الحكم، وأمّا إذا كان الضرر هو المقتضي للحكم، فلا يرتفع بالقاعدة ولذا يرتفع بها الوضوء الضرري ولا يرتفع بها الزكاة والجهاد. وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ تنزّل قيمة الأعيان والمثليات وارتفاعها يعدّان من الآثار واللوازم الطبيعية لضمان المثل، فلا تكون القاعدة متكفلّة لدفعه، وإنّه لا تجرى فيما لو استلزم من جريانها عدم الامتنان، وخروج المقام عن القاعدة تخصّصي ولا تخصيصي.

[١] واستدلّ الشيخ﵀ هنا بما استدل له في الفرع الاوّل من عدم الخلاف وعموم النص والفتوى، وبما أنّ ضمان المثلي ثابت في المثليات (بمقتضى عموم الدليل) وقد يتغيّر قيمته بالنزول والصعود، كما يكون ثابتة في موارد، فتنزيل العموم أو الإطلاق على خصوص

الموارد الثابتة يستلزم المنافاة لقانونية الحكم، فلابدّ من تعميم الحكم بجميع الصور وإن زادت قيمته السوقية.

توضيح ما أفاده: إنّ عموم دليل الضمان بالمثل وإطلاقه يقتضيان ضمان المثل بالمثل، ومن المعلوم أنّ قيمة المثل قد يكون ثابتة قد يكون نازلة عن قيمة يوم التف وقد تكون مرتفعة، فلو نزّلنا الإطلاق على خصوص القسم الأوّل دون الآخرين لأدّى إلى تخصيص الأكثر المنافي لقانونية الحكم، فلابدّ من تعميم الحكم بجميع الصور.

ومنها: لزوم ردّ المثل وإن زادت قيمته العرفية عن زمان التلف.

إلّا أنّ الشيخ رحمه الله حمل كلام «القواعد» وتردّده على هذه الصورة؛ معللاً: «بأنّ الثمن في الصورة الأُولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل وإنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف، فحينئذٍ يمكن التردّد في الصورة الثانية. كما قيل: من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والهدي وأنّه يمكن معاندة البائع وطلب أضعاف القيمة وهو ضرر»[1].

ولكنّه لم يقل بجريان القاعدة وحكم بلزوم دفع المثل في المقام والمحقّق الآخوند رحمه الله قرّب نظر الشيخ رحمه الله قائلاً: «وذلك لأنّ ضرر الضامن في الشراء بأزيد من ثمنه يزاحم بضرر المالك في منعه عما يستحقّه من المثل، فيبقى ما دلّ على الضمان بالمثل بلا مزاحم، وعدم

[1]. كتاب المكاسب ٣: ٢٢٣.

العلم باستحقاقه بالمثل شرعاً لا ينافي استحقاقه له عرفاً واعتباراً وهو كافٍ في صدق الضرر حقيقة»[١].

وبعبارة أُخرى: إنّ قاعدة لا ضرر حكم امتناني لطبيعي الأُمّة وترتّب الضرر بسببه على بعض أفراد الأُمّة خلاف الامتنان ومستلزم للتناقض؛ لأنّ الموجبة الجزئية نقيض السالبة الكلّية، ففيما نحن فيه جريان القاعدة بالنسبة إلى الضامن ليرتفع عنه وجوب الشراء يستلزم الضرر على البائع، وذلك مانع عن جريانها في حقّ الضامن.

وما أفاده‌ﷺ واضح لسقوط القاعدة بتحقّق تزاحم الضرر من الجانبين بمعنى: أنّ جريان القاعدة بالنسبة إلى الضامن ليرتفع عنه وجوب الشراء يستلزم الضرر على البائع، فأدلّة الضمان بالمثل باقية بلا أن تزاحمه القاعدة.

قد يقال ـ توجيهاً في تقريب عدم الاعتداد بالقاعدة من الشيخ‌ﷺ عن المحقّق الإيرواني‌ﷺ ـ[٢]: بأنّ الضرر هنا ليس في متعلّق التكليف، أي أداء المثل وإنّما هو في مقدّماته أي شراء المثل بأزيد من القيمة السوقية وأدلّة نفي الضرر لا تشمل مقدّمات التكليف؛ بداهة أنّ وجوب المقدّمة عقلي ولا شرعي.

وبعبارة واضحة: عدم شمول القاعدة لما نحن فيه واضح بعد عدم كون متعلّق الضرر هو وجوب دفع المثل، بل الضرر متعلّق بالمقدّمة، أي

---

[١]. حاشية المكاسب (للآخوند‌ﷺ): ٣٦.

[٢]. حاشية المكاسب (للإيرواني‌ﷺ) ١: ٩٨.

بذل المال زيادة على القيمة وهو لا يسري إلى ذي المقدّمة.

وأُورد عليه: بأنّ أدلّة نفي الضرر مسوقة لرفع التكليف الضـرري سـواء أكان التكليف أصلياً أم مقدّمياً ولذا لا يحكم بوجوب الصلاة قائماً على القادر على القيام ولكن النهوض عليه ضررياً، وكذلك لا يحكم بوجوب الحج على من قدر على الإتيان بالمناسك ولكن مقدّماته ضررية وهكذا وليس ذلك إلّا من ناحيـة أدلّـة نفـي الضـرر بنـاءً علـى القـول بوجـوب المقدّمة شرعاً.

وأمّا بناءً على عدم وجوب المقدّمة إلّا عقلاً، فأدلّة نفي الضرر ـ علـى ما قرّر في محلّه ـ إنّما تنفي الحكم الناشئ من قبله الضـرر: وإذن فكـلّ حكم ضرري في عالم التشريع، سواء أكان الحكم بنفسه ضررياً أم كـان الضرر ناشئاً من قبله، وعليه فوجوب المقدّمة وإن كان عقلياً، إلّا أنّـه إذا كان ضررياً مشمولاً لأدلّة نفي الضرر؛ بداهة أنّ الضرر هنا نشأ من فعـل حكم الشارع بوجوب ذي المقدّمة ولأنّ المقدّمة سـبب لـذي المقدّمـة وبارتفاع السبب يرتفع المسبّب[١].

إلّا أنّه يمكن النقاش في التمسّك بقاعدة لا ضرر ببيان لا يرد عليـه مـا أوردوه عليه.

وهو: أنّه في المقام (تعذّر المثل وعدم وجدانه) تارة يكون بمثابة كونـه معدوماً، فلا إشكال في سقوط وجوب الشراء وانتقال الضمان إلى القيمة (لأنّ أدلّة الضمان ملقاة إلى العرف وهو الفرد المتداول من المثل).

---

[١] . مصباح الفقاهة ٣: ١٦٣.

وتارة لا يكون كذلك، فالشراء واجب بأيّ ثمن كان (لا لعموم النصّ والفتوى) لأجل الأمر بدفع المثل (لأقربيته إلى التالف) ولا تمنعه قاعدة نفي الضرر لا لما أفاده السيد الخوئيﷺ وغيره، بل للفرق بين مقدّمة الواجب التكليفي ومقدّمة الواجب الوضعي، فإنّ في الأوّل إذا كانت المقدّمة ضررية انتفى وجوب ذيها. وأمّا في الثاني فلا (كالدين ووجوب أدائه وإن كانت مقدّمته ضررية، واستدلال العقل بوجوب الخروج عن العهدة والقاعدة لا ترفع الحكم العقلي وهكذا في الديات والملكية والنجاسة) لأنّ رفع الحكم مع بقاء موضوعه يستلزم انفكاك المعلول عن العلة وهو محال وما يلزم منه المحال محال، فالحكم لو كان متوجّهاً إلى موضوع ضرري استحال ارتفاعه بالقاعدة؛ لأنّ الشيء لا يمنع عن نفسه، فعليه لا يعقل أن تكون القاعدة مانعة عن دفع المثل؛ لأنّ ضمان المثل ودفعه ضرري، بخلاف ما إذا كان الحكم التكليفي متوجّهاً إلى طبيعة كالصلاة وكان فرداًمنها ضررياً، فإنّه يرتفع الوجوب عن الفرد بالقاعدة.

فالمتحصّل: إنّه إذا كان المثل إنّما يوجد عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس بعد عدم توفّره وتداوله في السوق وكان بمنزلة المعدوم فلا إشكال في انتقاله إلى القيمة لا لقاعدة لا ضرر، بل ممّا تقدم من أنّ ظاهر أدلّة الضمان إيكال أمر الضمان إلى العرف، والعرف لا يرى إلّا الفرد المتعارف والمتداول من المثل، مع أنّه تلزم لغويته عند عدم التداول.

ثمّ إنّه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا، وفاقاً لظاهر المحكي عن «السرائر»[١] و«التذكرة»[٢] و«الايضاح»[٣] و«الدروس»[٤] و«جامع المقاصد»[٥]، وفي «السرائر»[٦] أنّه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلّة وأُصول المذهب، وهو كذلك لعموم الناس مسلّطون على أموالهم، هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة وأمّا مع تعذّره فسيأتي في المسألة السادسة[٧] [١].

وأمّا إذا لم يكن بتلك المثابة، فالشراء واجب لا لعموم النصّ والفتوى لما مرّ من الإشكال فيهما، بل لظاهر أدلّة الضمان، وقاعدة لا ضرر غير مانعة؛ لأنّ رفع الحكم مع بقاء موضوعه يستلزم انفكاك المعلول عن العلّة وهو محال وما يستلزم منه المحال محال.

[١] ما أفاده‌ رحمه‌الله واضح من الحكم بوجوب دفع المثل؛ لأنّ اشتغال ذمّة المشتري يستلزم وجوب إفراغها للمالك في أيّ مكان يطلبه بمقتضى عموم قاعدة السلطنة وغيرها من الأدلّة ومقتضى دلالة ثبوت حقّ المطالبة لذي الحقّ بماله وحقّه، إلّا أنّ ذلك ثابت في الحالات المتعارفة، وأمّا إذا طالبه في مكان يتعذّر حصول المثل فيه، أو طالبه في

---

١. حكاه عنه في مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢؛ السرائر ٢: ٤٩٠.
٢. تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٣.
٣. ايضاح الفوائد ٢: ١٧٦.
٤. الدروس الشرعية: ٣: ١١٤.
٥. جامع المقاصد ٦: ٢٥٦.
٦. السرائر ٢: ٤٩٠-٤٩١.
٧. كتاب المكاسب ٣: ٢٢٤.

السادس: لو تعذّر المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك؛ لأنّ منع المالك ظلم وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذّر، فوجوب القيمة جمعاً بين الحقّين مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ ... ﴾ فإنّ الضامن إذا أُلزم بالقيمة مع تعذّر المثل لم يعتد عليه أزيد ممّا اعتدى، وأمّا مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على الزامه بقبول القيمة...[1] [٢].

مكان لا يوجد بأكثر من ثمن المثل، والأخير ما ذكرناه آنفاً، وأمّا الأوّل فالبحث في حكمه في الأمر السادس.

[٢] يبحث في هذا الأمر عن الحكم في صورة تعذّر المثل أوّلاً و ثانياً عن القيمة التي يجب دفعها عند تعذّر المثل، ولا يخفى أنّ التعذّر تارة يكون دائمياً بحيث لا يتسّر له حصول العين (المثل) ففي هذه الحالة لا خلاف في انتقال الضمان من المثل إلى القيمة؛ لأنّه بعد تعذّر المثل لا يعقل بقاء حكمه وطبعاً ينتقل إلى القيمة بمقتضى قاعدة اليد والارتكاز العقلائي وإنّهما يدلّان على وجوب ردّ مال الغير بجميع خصوصياته الشخصية والنوعية والمالية، ومع تعذّر إحداها ينتقل إلى الرتبة المتأخّرة (بمقتضى الضرورات تتقدّر بقدرها).

وتارة: يكون التعذّر يرتفع بارتفاع ظرفه الزماني أو المكاني، فإذن ربّما لا يطالب المالك بحقّه في ظرف التعذّر، فالحكم بالانتقال إلى القيمة يحتاج إلى دليل مفقود في المقام؛ لأنّ اشتغال ذمّة الضامن بالمثل ثابت ولا مانع من بقائه عرفاً وشرعاً و مع الشك يكون المرجع هو

---

[1]. كتاب المكاسب ٣: ٢٢٦.

الاستصحاب.

قيل: إنّ الضمان لابدّ أن ينتقل إلى القيمة عند إعواز المثل في الخارج وإلّا لم ينتقل إلى المثل أيضاً عند تلف العين الشخصية بمعنى: أنّه كما ينتقل إلى المثل عند تلف العين الشخصية فكذلك ينتقل إلى القيمة عند إعواز المثل.

والجواب: إنّ الانتقال إلى المثل بعد تلف العين أمر قهري؛ لأنّه لا معنى لبقاء العين الشخصية في الذمة بعد التلف، بخلاف المثل فإنّه أمر كلّي قابل للبقاء في الذمّة إلى حين الأداء.

وأمّا إذا قام المالك بطلب حقّه في ظرف التعذّر، فقد حكم الشيخ هنا بلزوم أداء القيمة مستدلّاً: بأنّ منع المالك ظلم وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذّر فوجبت القيمة جمعاً بين الحقّين.

واستشكل عليه: بأنّ الظلم عبارة عن منع الغير عن حقّه، فلابدّ من إثبات حقّ المطالبة بالقيمة (مع تمكّن الضامن من دفع المثل) حتّى يكون منعه ظلماً مع أنّ استحقاق المالك لقيمة التالف أوّل الكلام؛ لأنّ الضمان كان بالمثل وليس له المطالبة بقيمة المثل؛ لأنّه لم يضمن المالية في عرض الخصوصيات؛ لأنّ المالية في طولها والمفروض هو التمكّن من تسليم المثل بخصوصياته.

فلا تصل النوبة إلى المالية حتّى يجوز له المطالبة بالقيمة.

وبعبارة واضحة: أنّ حقّ المالك الثابت في ذمّة الضامن لا يعدد المثل بمقتضى الدليل ومعلوم أنّه يجب أن تثبت القيمة في ذمّة الضامن أوّلاً

حتّى يعدّ منع المالك عنها ظلماً ثانياً، مع أنّ الشيخ ﵀ يريد إثبات حقّ المالك بالظلم وهذا دور.

ولا يخفى أنّ تمام الكلام في إثبات كون «منع المالك ظلماً» هل يوجب تبدّل ضمان العهدة من المثل إلى القيمة فيما نحن فيه (فيما إذا تعذّر المثل ويمكن رفعه في الزمان الآتي أو في مكان آخر)؟

أقول: إنّ صرف مطالبة المالك لا يوجب انتقال الضمان القيمة وتبديله إليها؛ لأنّ دليل الانتقال ثابت فيما إذا استلزم ضياع حقّ المالك وهو ما إذا لم يتمكّن من أداء المثل عرفاً، فيرجع إلى دليل وجوب ردّ مال الغير بماليته.

وفي المقام ليس كذلك؛ لإمكان دفع المثل في مكان وزمان آخر، فلا وجه للحكم بالانتقال إلى القيمة بعد ثبوت كونه مثلياً، وتحقّق الظلم أوّل الكلام بعد تمكّن الضامن من تسليم المثل بخصوصياته، هذا مضافاً إلى أنّ الانتقال حكم وضعي يشكل تحقّقه بعد ما أمكنه التسليم بالمثل مستنداًإلى حرمة الظلم (وهو حكم تكليفي) موقوف تحقّقه على منع الغير عن حقّه.

واستدلّ الشيخ ﵀ ثانياً بآية الاعتداء بقوله ﵀ :«فإنّ الضامن إذا أُلزم بالقيمة مع تعذّر المثل لم يعتدّ عليه أزيد ممّا اعتدى، وأمّا مع عدم مطالبة المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة؛ لأنّ المتيقّن أنّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، وجمع بين حقّ المالك بتسليطه على

المطالبة وحقّ الضامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور، وأمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل...»[١].

والإشكال: أنّه قد مرّ عدم تمامية دلالة الآية على الضمان وغايتها لزوم مراعاة حقوق الآخرين وعدم التعدي إلى حدّ تصل إلى العدوان. هذا مضافاً إلى أنّه بعد التنزّل كان معناها أنّ المعتدي ضامن بمثل ما اعتدى والمفروض عدم تحقّق اعتداء آخر يوجب الضمان بالقيمة.

وثالثاً: أنّه لم يتعذّر المثل بحيث صار معدوماً، فيجوز المطالبة بالقيمة مع وجود المثل، مع أنّ مورد التقاصّ هو صورة الامتناع، والمفروض أنّ الضامن غير ممتنع، بل هو مستمهل فقط، فلا يمكن المصير في المقام إلى التبديل بالقيمة في المقام.

بقي الكلام فيما استدلّ به السيد ﵀ في الحاشية[٢] وقوله: «لظهور الإجماع» وهو كما ترى؛ لعدم كاشفية عن رأى المعصوم عليه السلام بعد احتمال استنادهم إلى الآية الشريفة، أو دليل السلطنة وقاعدة الضرر، أو أنّ الضرورات تتقدّر بقدرها.

وأيضاً قوله ﵀ :«في بيان مناط جواز المطالبة بالبدل... أنّ مناطه مجرد عدم وجوده في البلد وما يقرب منه ممّا يحتاج نقله إلى مضيّ زمان، فإنّ للمالك أن لا يصبر إلى زمان النقل، فإنّ مقتضى السلطنة على ماله

---

[١] . كتاب المكاسب ٣: ٢٢٦.

[٢] . حاشية المكاسب (للسيّد اليزدي ﵀) ١: ٩٩.

جواز مطالبة ماليته فعلاً بأخذ البدل، وإن أمكن إعطاء نفس المال بعد مضي مقدار من الزمان حسبما ذكروه في بدل الحيلولة»[١].

فالسيّد يعتمد على هذه القاعدة بدعوى: أنّها تقتضي عدم جواز حرمان المالك من العين عند التمكّن منها وعدم جواز حرمانه من المثل مع التمكّن منه وعدم جواز حرمانه من القيمة مع تعذّر المثل، فالنتيجة: القول بعدم الانتقال إلى القيمة عند تعذّر المثل ينافي مدلول قاعدة السلطنة.

والإشكال: إنّ القاعدة تقتضي سلطنة المالك على ماله مادامت العين موجودة، ومعلوم أنّ بعد تلف المال (أي العين) انتفيت القاعدة بانتفاء موضوعها، أي بانتفاء العين زالت الخصوصية الشخصية، فما هو الوجه للقول لبقاء السلطنة بعد انتفاء موضوعها وانعدامها بمعلومية استحالة بقاء الحكم وضعاً وتكليفاً.

إن قلنا بعدم حصر المالية في العين وأنّه يمكن القول كما يقال بمالكية المالك ماله في ذمّة الآخر، فما في ذمة الآخر مال له.

إلّا أنّه يشكل: بأنّه المالية صفة قائمة بالخصوصيات، لا أنّه خصوصية اشتغلت بها ذمّة الضامن كذلك فللمالك المطالبة بالمثل ذي المالية لا المطالبة بالمالية؛ إذ لا معنى للمطالبة بالصفة دون الموصوف.

بتوضيح: أنّه لم يكن المتلف ضامناً للقيمة إلى حسب المثل حتّى يكون صاحب المال التالف مالكاً لها في ذمّة الضامن وإنّما هي أمر

[١]. حاشية المكاسب (للسيّد اليزدي﵀) ١: ١٠١.

اعتباري متعلّق بالمثل، فهي لم تكن مورداً للسلطنة المالك حتّى يستدلّ بقاعدة السلطنة.

هذا مضافاً إلى أنّ قاعدة السلطنة لا تثبت لزوم دفع القيمة عند تعذّر المثل، فهذه القاعدة أجنبيّة عمّا نحن فيه.

واستدلّ السيّد رحمه الله ثالثاً: إنّ للمالك بعد تعذّر المثل إلغاء حقّه من الخصوصية ومطالبة مالية ماله، مع أنّ الصبر إلى أنّ يوجد المثل ضرر عليه ولا يعارضه ضرر الضامن من حيث تعلّق غرضه بدفع نفس ما عليه وهو المثل[١].

والإشكال: عدم تحقّق موضوع القاعدة بتوضيح: أنّ تضرّر المالك لا يرتبط بالحكم الشرعي ولا بمتعلّقه، بل هو أمر خارجي، فلا يرتفع بلا ضرر.

وبعبارة واضحة: إنّ عدم دفع القيمة وإعطائها هو السبب في تضرّر المالك، مع أنّه ليس بحق للمالك (أي القيمة) لأنّ حقّه الثابت هو المثل دون القيمة والضامن لم يمتنع عن دفعه إليه ولكنّه متعذّر عن دفعه، نعم هو ممتنع عن دفع القيمة التي يكون استحقاق المالك لها أوّل الكلام فعدم دفع القيمة لا يعد حكماً شرعياً ولا متعلّقاً له حتّى يكون مرفوعاً بلا ضرر.

وبتوضيح آخر: إنّ القول بعدم إيجاب الشارع لدفع القيمة ضرري؛ لأنّه يستلزم الصبر وهو ضرر فينقلب إلى نقيضه وهو وجوب الإعطاء

[١] . حاشية المكاسب (للسيّد اليزدي رحمه الله) ١: ٩٩.

مندفع: بأنّ القاعدة واردة على الأحكام وعدم إيجاب القيمة لم يكن من الأحكام ولم يكن حكماً مجعولاً حتّى يرتفع بالقاعدة، بل هو من ارتفاع الحكم بارتفاع موضوعه.

واستدلّ السيّد الخوئي﵀ (محاضرات في الفقه الجعفري) بوجوب دفع القيمة عند مطالبة المالك قائلاً: «ولا ينبغي الريب في أنّ المالك له إلزام الضامن بدفع القيمة؛ لأنّ الأوصاف النوعية من حقوق المالك على الضامن وله رفع اليد عن حقّه وإسقاطه بقبول غيره بدلاً عنه كما أنّ المبيع إذا كان مشتملاً على أوصاف فللمشتري رفع اليد عنها ورضاه بالمبيع الفاقد لها والسيرة العقلائية تساعد ما ذكرناه، فإنّهم يلزمون الضامن بدفع القيمة عند إعواز المثل إذا طالب بها المالك»[١].

فهو﵀ قد استدلّ أوّلاً: بجواز رفع يد المالك عن الخصوصيات والأوصاف في مبيعه.

وثانياً: بالسيرة العقلائية.

ولكنّ الإشكال فيما أفاده: إنّه سلّمنا جواز إسقاط كلّ ذي حقّ حقّه أو تبديله ببديل مباين لمتعلّق حقّه، ولكن هذا لا يفيد وجوب قبول البائع له أيضاً، مع أنّ الكلام في المقام عن إلزام الضامن بدفع القيمة التي بدل المثل المتعذّر حصوله.

وأمّا السيرة العقلائية والقول بأنّها قائمة على تخيير المالك بين الصبر إلى زوال التعذّر الطارئ وأخذ حقّه (أي المثل) وبين مطالبته بالقيمة

[١] . محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٢٠٣.

المشهور أنّ العبرة في قيمة المثل المتعذّر بقيمة يوم الدفع ... ويحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل[1] [١].

الثابتة للمثل.

لا إشكال ظاهراً في ثبوت هذه السيرة في الغصب ولكن ثبوتها بالنسبة إلى المقبوض بالعقد الفاسد محلّ كلام، فبما أنّها من الأدلّة اللبّية يقتصر على المتيقّن منها.

مضافاً إلى أنّ اتصالها بزمان المعصوم عليه السلام محتاج إلى الإحراز، لا يبعد دعوى اتصالها بالقول بأنّها تشابه ظهورات الألفاظ المستعملة في أيّامنا، فالاستصحاب القهقرائي يثبت وجودها واتصالها بزمان المعصوم عليه السلام فإن سلّمنا هذين الأمرين تكون السيرة دليلاً على المدّعى، وإلّا لا وجه للقول بانتقال المثل إلى القيمة.

[١] نبحث في المقام عن مقتضى الأدلّة الواردة أوّلاً والبحث عن مقتضى الأُصول العملية عند الشك في تعيين المحتملات ثانياً:

أمّا المقام الأوّل: قد مرّ أنّه بعد تعذّر المثل على الضامن بقول مطلق أو بعد مطالبة المالك ينتقل حقّ المالك إلى القيمة، إلّا أنّ القيمة يمكن فرضها إمّا بقيمة يوم التعذّر، وإمّا بقيمة يوم المطالبة، وإمّا قيمة يوم الأداء.

نسب إلى المشهور الفرض الأخير وهو وجوب قيمة يوم الأداء، مستدلاً بأنّ المثل لا ينتقل إلى القيمة عند التعذّر أو المطالبة؛ لأنّ الذمّة مشغولة

[1]. كتاب المكاسب ٣: ٢٢٧-٢٢٨.

بالمثل في المثلي وهو باقٍ فيها إلى حين الأداء، ومع الشكّ فالاستصحاب يقتضي عدم تبدّل المثل وانقلابه إلى القيمة بمجرد التعذّر أو مطالبة المالك، وإنّما ينتقل ويتبدّل إليها يوم الأداء، أي حينما يقدم الضامن على إفراغ ذمّته، وأمّا قبله فإثباته موقوف على دليل وهو مفقود.

وما احتمل ثانياً من أنّه بقيمة يوم التعذّر وأنّ المثلي بمجرد تعذّره يتبدّل إلى القيمة وأنّ وزان التعذّر في المثلي وزان التلف بالنسبة إلى العين، فكما أنّ المالك يستحقّ قيمة العين المغصوبة أو المأخوذة بالعقد الفاسد بمجرد التلف لا قبله ولا بعده فكذلك حكم التعذّر في المثلي.

بتوجيه: أنّ المثلي بعد التعذّر يكون حكمه حكم القيمي بالأصالة كالبغلة المغصوبة (فحينئذٍ يبحث عن وجوب دفع قيمة المثل يوم الأخذ أو يوم الغصب، أو يوم التلف، أو أعلى القيم بينهما، أو أعلى القيم بين يوم الدفع والتلف والغصب والأخذ) لأنّ الانقلاب إلى القيمة عند تعذّر المثل حدوثاً فكذلك بقاء والتزم الشيخ رحمه الله بهذا حينما ناقش كلام المشهور عند قوله رحمه الله: «ودعوى اختصاص الآية وإطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذّر المثل ابتداءً لا يخلو عن تحكّم...»[1] وإن عدل عن ذلك والتزم بقول المشهور وسيأتي.

ولعلّ المشكلة: أنّا سلّمنا انقلاب المثل إلى القيمة فيما إذا كان التعذّر

[1] . كتاب المكاسب ٣: ٢٢٩.

دائمياً؛ لعدم معقولية اشتغال الذمّة بالمعدوم (وهو المثل) ولكن إذا تعذّر موقّتاً ـ زماناً أو مكاناً ـ لا وجه للانقلاب إلى القيمة، بل المالك مخيّر بين الصبر أو المطالبة بالقيمة، فإذا لم يبق وجه للقول بالانقلاب بمجرد تعذّر المثل ومع الشك الأصل يقتضي بقاء الضمان بالمثل.

وأمّا الاحتمال الثالث وهو القول بانقلاب المثل المتعذّر إلى القيمة بمطالبةالمالك لا بالأداء ـ كما عليه المشهور ـ ولا بالتعذّر ـ كما عليه جماعة ـ.

وقد وجّه: بأنّ مطالبةالمالك للقيمة يكشف عن رضاه بالقيمة وبه تسقط حقّه بالنسبة إلى المثل الثابت في ذمّة الضامن أوّلاً.

والفارق من حيث النتيجة والثمرة بين هذين القولين، أي يوم التعذّر ويوم المطالبة هو: أنّه إذا تعذّر المثل قبل شهر أو شهرين ولكنّه طالب به الآن، فعلى القول بالاحتمال الثاني يكون الانقلاب إلى القيمة قبل الشهر أو الشهرين، وعلى القول الأخير يتمّ النقل إلى القيمة في الحال.

والإشكال في هذا الوجه: إنّ المطالبة وإن دلّت على رضا المالك، إلّا أنّ صرف الرضا غير مسقط عمّا هو ثابت في الذمّة.

هذا مضافاً إلى الانتقاض بالدين؛ حيث لا ينقلب المثلي قيمياً بالمطالبة في الدين، كما إذا كانت ذمّة الدائن مشغولة بمأة كيلو من الحنطة، فبمجرد مطالبةالمدين لا ينتقلب الحنطة المثلية المضمونة إلى القيمي.

قد مرّ أنّ الشيخ﵀ نسب إلى المشهور بكون العبرة في قيمة المثل المتعذّر بيوم الدفع وعلّله: «بأنّ المثل ثابت فيالذمّة إلى ذلك الزمان

ولا دليل على سقوطه بتعذّره كما لا يسقط الدين بتعذّر أدائه، وقد صرّح بما ذكرنا المحقّق الثاني وقد عرفت من «التذكرة» و«الإيضاح» ما يدلّ عليه»[١].

ثمّ إنّه ذكر ما احتمله الحلّي من أنّ العبرة وقت التعذّر في باب البيع الفاسد وفي «التحرير» في باب القرض والمحكي عن «المسالك»؛ لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة، ثمّ ضعّفه وأشكل عليه بقوله رحمه الله :

«ويضعّفه: أنّه إن أُريد بالانتقال انقلاب ما في الذمّة إلى القيمة في ذلك الوقت فلا دليل عليه،وإن أُريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمّة إلّا بالقيمة فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعذّر مع المطالبة، إلّا أنّه لو أخّر الإسقاط بقي المثل في الذمّة إلى تحقّق الإسقاط، وإسقاطه في كلّ زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، وليس في الزمان الثاني مكلّفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأوّل»[٢].

ولا يخفى أنّ ما أفاده مبني على القول بأنّ على الضامن قيمة المثل المتعذّر، وأمّا لو قلنا بأنّ عليه دفع قيمة العين التالفة ولا المثل المتعذّر؛ لأنّ الخسارة واردة على العين ودفع المثل بمنزلة إرجاع العين فهو في الحقيقة ضامن للعين المقبوضة، فكان المثل يتدارك به العين التالفة وإذا تعذّر فضمانه بالنسبة إلى العين باقٍ، فالواجب عليه دفع القيمة بدلاً عن مالية العين التالفة بقيمة يوم التعذّر.

---

[١] . كتاب المكاسب ٣: ٢٢٧.
[٢] . كتاب المكاسب ٣: ٢٢٨.

وما ذكرناه بيان لما أفاده الشيخ﵀ وإن كانت عبارته مجملة ومشتبهة؛ إذ قال: «ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً من الآية ومن أنّ المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذّر المثل توجّه القول بصيرورة التالف قيمياً بمجرد تعذّر المثل؛ إذ لا فرق في تعذّر المثل بين تحقّقه ابتداءً كما في القيميات وبين طروّه بعد التمكّن كما فيما نحن فيه».

ولذلك قال: «ودعوى اختصاص الآية وإطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذّر المثل ابتداءً لا يخلو عن تحكّم»[١].

وعلّق المحقّق الآخوند﵀ على كلام الشيخ قائلاً: إنّ المثلي ثابت في الذمة «هذا على قول المشهور من اشتغال الذمّة بالمثل وأمّا بناءً على ما هو ظاهر الأدلّة فلأنّ العين باقية على العهدة إلى ذلك الزمان، فيكون العبرة بقيمة يوم الدفع؛ لأنّها قيمة العين لا المثل»[٢].

وتقريب ما أفاده هو : إنّ العين الخارجية المركّبة من الماهية والوجود فعند التلف انعدم وجودها وبقيت ماهيتها وهي الكلّي الطبيعي اعتباراً في ذمّة الضامن، والضامن مكلف بإيجاد المصداق للكلّي وهو المثل لكون التالف مثلياً ودفعه إلى المالك ليخرج عن العهدة، ولكن بعد تعذّره لا وجه للقول بتبدّله إلى القيمة بسبب التعذّر، بل الأمر الاعتباري المذكور لا يزال موجوداً، فإذا أراد تفريغ ذمّته وجب عليه دفع قيمة يوم

---

[١] . كتاب المكاسب ٣: ٢٢٨-٢٢٩.

[٢] . حاشية المكاسب (للآخوند﵀): ٣٧.

ثم إنّ في المسألة احتمالات أُخر...[١] [١].

الأداء.

فالمتحصّل إلى هنا: إمّا القول بقيمة يوم تعذّر المثل، وإمّا القول بقيمة يوم الأداء ، وقول الثالث وهو قيمة يوم التلف، وهذا هو مقتضى أدلّة الضمان؛ حيث إنّ مدلول تلك الأدلّة (من الآية وقاعدة اليد ووجوب دفع الأقرب إلى التالف) ضمان عهدة من تلفت العين بيده ووجوب تفريغ ذمّته بأداء ما عليه إلى مالكه، فإن كان المثل موجوداً يجب عليه دفع المثل ويحصل له التدارك بدفعه، ومع تعذّره يتدارك بماليته (أي يجب تدارك التالف بها) أي قيمته، فالواجب دفع قيمة التالف يوم تلفه وهو قول قوي يفهم عرفاً من أدلّة الضمان.

[١] وملخّصه في وجوب دفع القيمة:

١- وجوب دفع قيمة يوم قبض المبيع؛ معلّلاً بأنّ مبدأ الضمان: وضع اليد على الشيء.

٢- أو يوم التلف؛ لأنّ العين مادامت موجودة يجب ردّها بنفسها، وعند تلفها يجب المثل، وبالتعذّر يجب دفع قيمتها يوم تلفها.

وسائر الأقوال من يوم التعذّر ويوم المطالبة ويوم الأداء وأعلى القيم من حين القبض إلى يوم الأداء، ومن حين القبض إلى يوم المطالبة ، ومن حين القبض إلى يوم التعذّر ومن حين القبض إلى يوم التلف، أو قيمة المثل في جميع هذه الصور. ولا يعبأ بها بعد ما حقّقناه من أنّ

[١] . كتاب المكاسب ٣: ٢٢٩.

العين مضمونة بدفعها وبعد تلفها، ففي المثلي يضمن المثل وعند تعذّر المثل ينتقل إلى القمية، وبما أنّ المثل صار واجباً يتدارك به الخسارة الواردة بتلف العين، فيكون الواجب هو دفع قيمة التالف، هذا ما تقتضيه الأدلّة.

وأمّا عند الشكّ في تعيّن أحد المحتملات والرجوع إلى الأصل، فتارة: يلتزم بتعلّق العين بالذمّة إلى زمان الدفع من دون أن ينقلب ضمانها إلى المثل أو القيمة، فالأصل يقتضي الاشتغال بالأكثر؛ لأنّ المفروض بقاء العين متعلّقة بذمّة الضامن وتبدّلها إلى المثل أو القيمة فنشك عند الإفراغ في أنّ قيمة يوم التلف أو يوم التعذّر أو يوم المطالبة أو يوم الأداء يوجب فراغ ذمّته؟ فحينئذٍ لا يطمئن إلّا بدفع أعلى القيم.

وتارة: يلتزم بعدم بقاء العين في الذمّة بعد التلف وينقلب إلى المثل أو القيمة وتردّد بين الأقل والأكثر بين القيمة ليوم التلف والتعذّر والأداء، فحينئذٍ مقتضى الأصل هو البرائة عن الأكثر؛ لليقين بالأقل والشك في الأكثر.

وتارة : يلتزم بانقلاب العين إلى المثل بالتلف دون القيمة والذمّة مشغولة بالمثل المنقلب إليه إلى زمان الأداء، فحينئذٍ تقتضي القاعدة الاشتغال؛ لأنّ الذمّة مشغولة بالمثل إلى حين الدفع والقيمة هي البدل عن المثل ومع دفع القيمة نشك في سقوطه المثل عن الذمّة، فالأصل هو الاشتغال بالأكثر.

وتارة: يشك في انقلاب العين إلى بدلها من المثل أو القيمة؟

(فحينئذٍ بناءً على الالتزام بجريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية) يستصحب عدم الانقلاب أي عدم انقلاب العين إلى المثل وعدم انقلاب المثل إلى القيمة عند التعذّر، فيكون النتيجة اشتغال الذمّة بالأكثر.

وإلى هذا ذهب المحقّق الإصفهاني﵀، بل وجعل المقام من مصاديق دوران الأمر بين المتباينين والالتزام بجريان الاشتغال حيث قال: «إنّ المالية القائمة بالأعيان التي هي من حيثياتها وشؤونها أمر اعتباري بسيط، لا من الأعراض الخارجية القائمة لها حتى يكون لها قلّة وكثرة كالكمّ المنفصل أو زيادة ونقص، كالكمّ المتصل، أو شدة وضعيف كمقولة الكيف، ولا هي عبارة عن الدينار والدرهم اللذين لهما قلّة وكثرة؛ بداهة أنّ الدينار والدرهم، أو الكلّي الجامع بينهما ليس حيثية قائمة بالحنطة أو الشعير، بل لهما مالية اعتبارية مساوية لمالية الحنطة والشعير أو غير مساوية.

نعم المالية القائمة بالعين ـ إذا وجب تداركها بعد تلف العين ـ مالية مساوية لمالية درهمين مثلاً، وحيث إنّ الباقي مالية محضة، فلا يتدارك إلّا بما يتمحّض في المالية، كالدينار والدرهم وسائر المسكوكات، فالقلّة والكثرة ليستا فيما اشتغلت به الذمّة ولا في مالية الدينار والدرهم، بل فيما يتدارك به خارجاًمالية العين التالفة في مقام الأداء الذي ليس للمالك الامتناع من أخذه ولا للضامن الامتناع من أدائه، فلا محالة لا تتردّد المالية ـ بلحاظ وقت كذا ووقت آخر ـ بنحو الأقلّ والأكثر، بل بنحو التباين ، فإنّ أنحاء المالية بسائط متباينة حينئذٍ، والقلّة

والكثرة فيما هو مال بالحمل الشائع ـ وهو الدرهم والدينار ـ الذي لا تشتغل الذمّة بهما، فيشكّ حينئذٍ في أنّ المالية التي قد اشتغلت الذمّة بها، أو وجب تداركها هذه المالية المتعيّنة، أو مالية أُخرى متعيّنة بتعيّن آخر، وهما بسيطان متباينان، فلا مجال إلّا للاشتغال، فتدبّر فإنّه حقيق به»[١].

ولكن الإيراد عليه (كما أُورد): بأنّا وإن سلّمنا أنّ مالية الأشياء ليست من مقولة الكمّ المتصل والمنفصل ولا الكيف؛ لأنّه لم توجد في المالية الشدّة والضعف، والقلّة والكثرة، والزيادة والنقيصة، وهذه المراتب المشكّكة منتفية فيها، إلّا أنّ الأدلّة الواردة في باب الضمان مثبتة لاشتغال ذمّة الضامن وعهدته بالقيمة عند التلف، أو التعذّر بالقيمة دون المالية ومعلوم أنّ المالية أمر بسيط فاقد للمراتب المشكّكة دون القيمة التي هي بمعنى ما يقوم مقام الشيء وهي لغة ثمن الشيء والثمن فيه زيادة ونقيصة، والدليل على ذلك النصّ والإجماع القطعي فضلاً عن كلمات الفقهاء المتفقة على ثبوت الضمان بالقيمة في ذمّة الضامن دون المالية.

والنصوص المدّعاة:

منها: صحيحة أبي ولّاد ... فقلت له: أرأيت لو عطب البغل ونفق، أليس كان يلزمني ؟ قال: «**نعم قيمة بغل يوم خالفته**»[٢] بدعوى: أنّها دالّة على أنّ الذي تعلّق بذمّته هي قيمة البغل دون المالية، وعليه دفع القيمة

---

[١] . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني ﷺ) ١: ٣٧٧-٣٧٨.

[٢] . وسائل الشيعة ٢٩: ١١٩، كتاب الإجارة ب١٧: ح١.

التي هي ثمن البغل كما فسّرها أصحاب اللغة فضلاً عن أنّها تدلّ على أمر آخر غير معدود من الأُمور المالية وهي ضمان أرش ما بين الصحة والعيب.

منها: صحيحة عمر بن أُذينة: كتبت إلى أبي عبدالله عليه السلام أسأله عن رواية الحسن البصري يرويها عن علي عليه السلام في عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت ربع ثمنها، فقال: «**صدق الحسن قد قال علي عليه السلام ذلك**»[1].

منها: صحيحة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى علي عليه السلام في عين فرس فقئت ربع ثمنها يوم فقئت العين»[2].

وهذه كسابقتها تدلّ على أنّ مورد الضمان هو القيمة وهي قابلة للتردّد بين الكثرة والقلّة ويجري فيها البرائة، مع أنّها لو كانت المالية مورداً للضمان لا يمكن فرض القلّة والكثرة ويكون الأمر متردّداً بين المتباينين ويكون النتيجة هي الاشتغال.

والإشكال فيما أفاده: أنّ القيمة كما قد التزم في دعواه : إنّها هي ما يقوم مقام الشيء، والشيء المتلف أو المتعذّر هو العين.

فما يقوم مقامه من أجله هو الذي يجبر به الخسارة الواردة على الضامن، ولذلك يحكم بالانتقال إلى المثل في القيمي؛ لأقربيته إلى التالف، وإلى القيمة أي ما يقوم مقامه في القيمي؛ وهما المثل والقيمة لا موضوعية لهما، بل من حيث قيامهما مقام العين بماليتهما.

---

[1] . وسائل الشيعة ٢٩: ٣٥٥، أبواب ديات الأعضاء ب٤٧: ح٢.

[2] . وسائل الشيعة ٢٩: ٣٥٥، أبواب ديات الأعضاء ب٤٧: ح٣.

ولذلك قلنا بثبوت قيمة يوم التلف ولا يعبأ بسائر الأقوال من يوم التعذّر و يوم المطالبة ويوم الأداء بناءً على الأدلّة الدالّة.

وأمّا من جهة الأصلي العملي، فإنّه بناءً على أنّ القول بالمثل للأقربية إلى العين التالفة وعند تعذّره ينقلب إلى القيمة، فعند الشك يكون مقتضى الأصل هو البرائة.

ثمّ إنّ الشيخ بعد ذكر الاحتمالات في المسألة ـ وجوب دفع القيمة عند تعذّر المثل واختياره قول المشهور من استقرار المثل في الذمّة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، واعتبار القيمة عند الإقباض ـ قال: «.. وإمّا أن نقول بصيرورته قيمياً عند الإعواز، فإذا صار كذلك (أي صيرورة المثل قيمياً) فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذمّة قيمي، فتكون القيمة صفة للمثل، بمعنى: أنّه لو تلف وجبت قيمته...»[1].

وأضاف إلى بيانه وجوه الأقوال من الحكم بقيمة المثل يوم الإعواز أو القيمة يوم تلف العين معلّلاً «بأنّه أوّل أزمنة وجوب المثل في الذمّة المستلزم بضمانه بقيمته عند تلفه»[2] وأيضاً الاعتبار بأعلى القيم من يوم التلف إلى زمان الإعواز ، أو أعلى القيم من يوم الغصب إلى دفع المثل معلّلاً: «بأنّ المثل لا يسقط بالإعواز».

قال: «ثمّ إنّ المحكي عن «التذكرة»[3] : إنّ المراد بإعواز المثل أن لا يوجد في البلد وما حوله، وزاد في «المسالك»[1] قوله: ممّا ينتقل عادة منه

---

[1] . كتاب المكاسب ٣: ٢٢٩.
[2] . كتاب المكاسب ٣: ٢٣٠.
[3] . تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٣.

منه إليه كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه (أي ما ذكر من الملاك في بيع السلم عدم وجود المثمن في البلد وحواليه) وعن «جامع المقاصد»[٢]: الرجوع فيه إلى العرف. ويمكن أن يقال: إنّ مقتضى عموم (قوله: «المغصوب كلّه مردود»[٣]، وليس المراد قاعدة اليد؛ لأنّها حكم وضعي دون التكليفي، وما أفاده الشيخ من الحكم بالوجوب تكليفي) وجوب أداء مال الناس وتسليطهم على أموالهم، أعياناً كانت أم في الذمّة وجوب تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين أينما كانت ولو كانت في تحصيله مؤونة كثيرة، ولذا كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان، وليس هنا تحديد التكليف بما عن «التذكرة» ... .

نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعيّن ما عن «جامع المقاصد» كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معبّر بالإعواز معبّر بالتعذّر[٤] كان المتيقّن الرجوع إلى الأخصّ وهو التعذّر؛ لأنّه المجمع عليه».

أقول: ما يظهر من كلامه قدس سره بعد أن قوّى كلام «جامع المقاصد»: إرجاع معنى الإعواز إلى العرف، ولكن مرجعية العرف تامة فيما ورد نصّ ولم نعلم معناه، فهنا نرجع إلى العرف لمعرفة المعنى، أو انعقد إجماع نتعامل معه معاملة النصّ، وكلاهما مفقودان، مضافاً إلى أنّ من

---

[١] . مسالك الأفهام (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨.
[٢] . جامع المقاصد ٦: ٢٤٥.
[٣] . تهذيب الأحكام ٤: ١٢٩.
[٤] . كتاب المكاسب ١: ٢٣٥-٢٣٦.

المحتمل إرادة الرجوع إلى العرف في معنى «حوالي البلد» دون مفهوم الإعواز (في كلام جامع المقاصد».

وكيف كان، ليس لنا في المقام نصّ ورد فيه عنوان التعذّر والإعواز، إلّا ما أشار إليه من النصوص في باب السلف، كرواية إبن فضّال، قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام : الرجل يسلفني في الطعام فيجيء الوقت وليس عندي طعام، أعطيته بقيمته دراهم؟ قال : «**نعم**»[1] وغيرها الظاهرة في جواز دفع القيمة بدلاً عمّا أسلف.

ولكنّ الإشكال: إنّ إسراء الحكم من باب السلف إلى المقام موقوف على إلغاء الخصوصية وألّا يكون من القياس الممنوع، هذا مضافاً إلى أنّه لا إطلاق في هذه الأخبار يستفاد منه شمول الحكم بجميع موارد الضمان، بل هي خاصّة بالضمان العقدي وأنّ موضوع التعذّر الوارد فيها منصرف بالإرتكاز العقلائي إلى خصوص الضمان العقدي المسؤول عنه وشمولها لسائر موارد الضمان موقوف على الدليل المفقود في المقام ولا سيما أنّ الضامن في العقد الفاسد لم يقدم على ضمان القيمة، بل هو ضامن للعين، فلا وجه لتسرية الحكم إليه.

هذا مضافاً إلى أنّ الظاهر في بيع السلف انصراف العقد إلى الكلّي المقدور في البلد وحواليه؛ لأنّ القدرة على التسليم من شرائطه والمراد هي القدرة المتعارفة ولا ربط لذلك بما نحن فيه.

وكيف كان، فالقول بأنّ المراد من الإعواز: إعوازه في البلد وحواليه لا

[1] . وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٦، أبواب السلف ب ١١: ح٨.

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكّنه ولو كان في غير بلد الضمان وكانت قيمة المثل هناك أزيد، وأمّا مع تعذّره وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة، فهل له

يستفاد من النصوص؟ فيظهر ضعف كلام العلّامة والمحقّق وبما أنّ الكلام في التعذّر الموقّت ولا التعذّر مطلقاً، وقد تقدّم سابقاً أنّه ليس في المقام نصّ يدلّ على أنّ «المثل» ما هو الموجود أو ما يوجد بسهولة من دون مؤونة زائدة، بل الدليل قائم على أنّه يجب على الضامن الخروج عن عهدة الضمان بدفع المثل النازل منزلة العين التالفة كما كان مكلّفاً بدفع العين وجوب ردّها إن كانت موجودة ولو كانت في البلاد النائية ويستلزم ردّها إلى مؤونة كثيرة ولا تمنعه قاعدة لا ضرر.

نعم إن تعذّر بنحو مطلق يجب الخروج عن العهدة بضمان المالية، أي إنّه عند التعذّر ضامن بمالية العين المتلفة، إلّا أنّ الكلام في أنّ ضمانه مطلق أو مقيّد بالقدرة (حيث إنّ الأحكام الوضعية تارة مطلقة كالقرض وتارة مقيّدة كالحلّية في الذبيحة، فإنّها مقيّدة بعدم كون الذابح محرماً وكذا ملكية اللقطة مقيّدة بعدم كونها في الحرم و...) ففي المقام فهل ضمان المثل مطلق أو مقيّد بالقدرة؟ فإن قلنا بالتقييد، فهل هو المراد هي القدرة العقلية، أي وجوب تحصيل المثل بأيّ نحو كان ولو بمؤونة كثيرة أو القدرة المتعارفة؟ الظاهر من أدلّة الضمان هو المقدور بحسب المتعارف، وعند الشكّ يرجع إلى ضمان الزائد على المقدور عليه عرفاً والأصل عدمه، فما أفاده الشيخ رحمه الله من أنّ مقتضى قاعدة السلطنة لزوم ردّ «المثل بتحصيله بأيّ ثمن كان» مندفع بما ذكرناه.

المطالبة بأعلى القيمتين، أو بتعيّن قيمة بلد المطالبة، أم بلد التلف؟ وجوه.

وفصّل الشيخ في «المبسوط» في باب الغصب[1]: بأنّه إن لم يكن في نقله مؤونة كالعقدين فله المطالبة بالمثل سواء أكانت القيمتان مختلفتين أم لا وإن كان في نقله مؤونة، فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً؛ لأنّه لا ضرر عليه في ذلك، وإلّا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتّى يوفّيه بذلك البلد، ثمّ قال: إنّ الكلام في القرض كالكلام في الغصب.

ثمّ إنّه بعد نقل التفصيل المذكور قال: **يمكن أن يقال: إنّ الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الإطلاق (أي من دون تقييد مال المقروض ببلد خاص) لانصراف العقد إليه وليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف[2] [١].**

---

[١] فيكون النتيجة جواز مطالبة المالك في أيّ بلد أراده.

هذا ولكنّ الحكم فيما نحن فيه يتوقف على المباني في كيفية ضمان المثل وانقلابه إلى القيمة. وقد مرّ أنّه تارة نلتزم ببقاء العين في الذمّة إلى زمان الأداء، فهنا لابدّ من لحاظ قيمة العين حين الدفع.

وتارة نلتزم بانقلاب ضمان العين إلى المثل في المثلي وإلى القيمي في القيمي، فهنا لابدّ من لحاظ قيمة يوم التلف.

وتارة نلتزم بأنّ المنقلب إلى المثل يبقي في الذمّة إلى يوم الأداء،

---

[1] . المبسوط ٣: ٧٦.

[2] . كتاب المكاسب ٣: ٢٣٧-٢٣٨.

بقي الكلام في أنّه هل يعدّ من تعذّر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازة والجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأوّل، بل حكي عن بعض نسبه إلى الأصحاب وغيره[١]. والمصرّح به في محكي «التذكرة»[٢] و«الإيضاح»[٣]

فالملحوظ هنا قيمة يوم الأداء وتارة نلتزم بالانقلاب إلى القيمة بعد التعذّر، فالملاحظ هنا قيمة يوم التعذّر أو يوم المطالبة.

فما أفاده الشيخ من جواز مطالبة المالك في أيّ بلد شاء وكان المثل في غاية العزّ مشكل؛ لأنّ هذه القيمة وإن كانت قيمة المثل إلّا أنّ هذه قيمة المثل في زمان عزّة وجوده، مع أنّ القاعدة على اختلاف المباني المذكورة تقتضي إمّا قيمة يوم التلف، وإمّا قيمة يوم التعذّر، وإمّا قيمة يوم الأداء، وهذه القيمة العالية (أي القيمة السوقية) غير مضمونة؛ لعدم مدخليتها في أصل الضمان؛ لأنّ الضمان لم يتعلّق بالخصوصية، أي المثل العزيز النادر الوجود، بل الضمان تعلّق بالمثل والخصوصية حاصلة في المضمون، فلا يجب على الضامن دفع قيمة النادر العزيز ولا سيّما عدم ذكر بلد الأداء في الوجوه المذكورة واستلزامه الحرج الشديد وضرراً زائداً على ما اقتضاه طبيعة الحكم.

هذا كلّه بناءً على القول بوجوب دفع القيمة يوم الأداء، وأمّا بناءً على ما حقّقناه من انقلاب ضمان العين إلى القيمة يوم التلف فالأمر سهل.

---

[١] . حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢ عن جامع المقاصد ٦: ٢٥٨.
[٢] . تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٤.
[٣] . إيضاح الفوائد ٢: ١٧٧.

و«الدروس»[١] قيمة المثل في تلك المفازة، ويحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالية[٢] [١].

[١] بناءً على ما اخترناه من ضمان العين التالفة وقوام معنى الضمان هو عهدة تدارك الضرر والخسران المالي، فلابدّ من القول بضمان المالية؛ لأنّ القول بضمان المثل في المثلي لا يكون إلّا بوجود المماثل للتالف وبه يخرج عن العهدة ولا موضوعية للمثل، وإنّما اشتغلت الذمّة به لأجل تدارك المال المتلف، ففي المقام لا معنى لأن يتدارك بما لا مالية له فلذا يحكم بجابرية المثل إذا كان ذا مالية.

فبناءً على القول باشتغال الذمّة بالمثل على وجه الطريقية، فإذا سقط عن المالية لم يتحقّق بدفعه تدارك الخسارة، ولا يقاس بنزول القيمة وارتفاعها؛ لأنّه في فرض تفاوت القيمة يحصل التدارك بخلاف ما نحن فيه وهو سقوط المالية، فعلى هذا يجب دفع قيمةالعين التالفة في المفازة إذا أتلفه وكذا قيمة الجمد، وإن قلنا باستقرار المثل في الذمّة، كما عليه المشهور، فالحكم هو ما أفاده الشيخ رحمه الله من القول بتعيّن آخر زمان أو مكان سقط المثل عن المالية.

---

[١] . الدروس الشرعية ٣: ١١٣.

[٢] . كتاب المكاسب ٣: ٢٣٨.

فرع: لو دفع القيمة في المثلي المتعذّر مثله ثم تمكّن من المثل فالظاهر عدم عود المثل في ذمته وفاقاً للعلّامة[1] ومن تأخّر عنه[2] ممن تعرّض للمسألة؛ لأنّ المثل كان ديناً في الذمّة سقط بأداء عوضه مع التراضي، فلا يعود كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده.

هذا على المختار (أي عدم عود المثل بعد وجوده وبعد أداء عوضه) **من عدم سقوط المثل عن الذمّة بالإعواز، وأمّا على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً، فإن قلنا بأنّ المغصوب انقلب قيمياً عند تعذّر مثله فأولى بالسقوط؛ لأنّ المدفوع نفس ما في الذمّة. وإن قلنا: بإنّ المثل بتعذّره النازل منزلة التلف صار قيمياً احتمل وجوب المثل عند وجوده؛ لأنّ القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي أنّ حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة[3] [١].**

---

[١] الصور المفروضة في كلام الشيخ ﷺ ثلاثة:

تارة: نقول ببقاء المثل في الذمة إلى زمان الأداء، وعدم انقلابه إلى القيمة بالتعذّر، فحينئذٍ بعد رضى المالك بالقيمة (حتّى مع فرض وجود المثل) وقعت المعاوضة القهرية بين المثل والقيمة وسقط المثل عن الذمّة، والساقط لا يعود وإلّا يستلزم الجمع بين البدل والمبدل.

وتارة: نقول بانقلاب العين التالفة إلى القيمة بالتعذّر، فحينئذٍ بعد زوال التعذّر لا يكون ضامناً للمثل؛ لأنّ ما دفعه (من القيمة) نفس ما في ذمّته

---

[1] . قواعد الأحكام ١: ٢٠٤، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٤.

[2] . الدروس الشرعية ٣: ١١٣.

[3] . كتاب المكاسب ٣: ٢٣٩.

لأنّ المفروض انقلاب العين إلى القيمة بالتلف ودفعها لا فراغ ذمته، فلا وجه لعود المثل ثانياً.

وتارة: نقول بانقلاب المثل إلى القيمة بالتعذّر، فهنا احتمل الشيخ ﷺ وجوب أداء المثل واسترجاع القيمة بعد تمكّنه من أداء المثل؛ لأنّ القيمة كانت بدل الحيلولة، ومع إمكان رد المثل يسقط عن البدلية.

واستشكل عليه: بأنّه لا مجال لهذا الاحتمال (أي عود وجوب دفع المثل) بعد انقلابه إلى القيمة، فإنّ هذا لا يجتمع مع الانقلاب، فإنّ المدفوع على فرض الانقلاب إنّما هو نفس ما اشتغلت به الذمّة، لا أنّه بدله، فلا فرق بين القول بانقلاب العين التالفة إلى القيمة وبين انقلاب المثل بالقيمة.

نعم، لا يبعد الالتزام بوجوب دفع المثل بناءً على القول بعدم الانقلاب وبقاء المثل في الذمة، فيجب دفع نفس ما اشتغلت به الذمّة عند التمكّن، ويمكن تصويره فيما إذا دفع الضامن القيمة (عند تعذّر المثل) بحكم الشارع بوجوب إبراء ذمّته من دون تحصيل المراضاة ثمّ يتيسّر له المثل، فعند ذلك لا يبعد وجوب ردّ المثل؛ لعدم تحقّق الانقلاب، وكذا التراضي ومقتضى الاستصحاب أيضاً، فعليه دفع المثل واسترجاع القيمة التي سقطت بدليتها.

ولكنّا قد مرّ منّا: إنّ المثل هو ما به يتدارك الخسارة والضمان، فلا معنى لبدل الحيلولة أصلاً.