

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت اللہ یثربی «مدظلہ العالی»

«کتاب البيع»

شماره (۴۷)

وإن كان عالماً بالفضولية، فإن كان الثمن باقياً استرده وفاماً للعلامة^١ ولدته^٢ والشهيدين^٣ والمحقق الثاني^٤: إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً، ومجرد تسلیطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد لتسلیط كل من المتبایعين صاحبه على ماله، ولأن الحكم بصححة البيع لو أجاز المالك - كما هو المشهور - يستلزم تملّك المالك للثمن، فإن تملّكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة، لأن الثمن إنما ملكه الغير، فيمتنع تحقق الإجازة، فتأمل».^٥ [١]

[١] أقول: ما يظهر من الشيخ^{الرحمه} في المقام (صورة علم المشتري بالفضولية) جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضولي (مع بقاء الثمن) في قبال قول القائل (الجواهر كما نسب إليه) من أنه لا يحق للمشتري استرجاع الثمن حتى لو كان الثمن باقياً، وأيضاً: من قال بقيام الإجماع على أنه لا يحق للمشتري استرجاعه لو كان تالفاً، ولا يخفى أنه لا يستفاد من هذا الإجماع منع رجوعه بناءً على اعتبار بقاء ملكية المشتري للثمن.

وقد استدلّ الشيخ^{الرحمه} على دعواه بوجوه ثلاثة:

^١. قواعد الأحكام ٢: ١٩، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٨.

^٢. إيضاح الفوائد ١: ٤١٨، ٤١٨.

^٣. الدروس الشرعية ٣: ١٩٣، اللمعة الدمشقية ١١٠، الروضۃ البهیة ٣: ٢٣٤ و ٢٣٥، مسائل الأفہام ٣: ٤٦١ و ٤٦٠.

^٤. جامع المقاصد ٤: ٧٧.

^٥. كتاب المکاسب ٣: ٤٨٤-٤٨٥.

الأول: وهو ما صرّح به من «أنه لم يحصل من المشتري ما يوجب انتقاله عنه شرعاً» بتوضيح: أنّ دفع الثمن إليه مع العلم بكونه فضوليًّا ليس من الأسباب المملوكة؛ لأنّ هذه الأسباب معينة ومحدودة في الشريعة بالقصد والقهر (كالعقد والحيازة والإرث) وكلّ هذه مفقودة في المقام، فالمال المدفوع باقي على ملك المشتري ولو الاسترجاع عند وجوده وأخذ بدله إذا أتلفه.

الثاني: إنّ الحكم بالانتقال إلى البائع بمجرد التسلیط منقوص بالبيع الفاسد؛ حيث إنّه يتحقق التسلیط من دون تحقق الملكية؛ لأنّ فيه يسلط كلّ منهما صاحبه على ماله مع أنه لكلّ منهما استرداد ماله بالاتفاق من الجميع.

الثالث: ما أفاده بقوله عليه السلام: «ولأنّ الحكم...» بتوضيح: أنّ إجازة المالك (لهذه المعاملة الفضوليّة) توجب صحة المعاملة وانتقال الثمن إلى المالك، مع أنه إذا قلنا بانتقال الثمن إلى البائع الفضولي بمجرد التسلیط من المشتري يستلزم تقويت محلّ الإجازة وتحقّق البيع بلا ثمن.

وأورد على الوجوه الثلاثة:
وأمّا على الأول: سلّمنا أنّ التسلیط (بما هو) لا يوجب الانتقال، ولكنه بعد ما إذا كان محفوفاً بالقرينة أو القرائن الموجبة للدلالة على التملّك يترتب عليه الأثر.

والإشكال: إنّ بعد علم المشتري بفضوليّة البائع لم يتحقّق المعاوضة الموجبة للانتقال إلا بناءً على تتحقق الهبة المشروطة المعقودة، وهي

منتفية بعد كون المثمن مالاً للغير وهو معلوم للأخذ أو بناءً على الإعراض كما عن «الجواهر» - وهو قد تقدم عدم كونه من مسقّطات الملكية وإن قام الدليل على أن الاستيلاء من أسباب الملكية.

وأماماً على الثاني: فعن المحقق الأصفهاني رحمه الله: «أن التسلیط في غير ما نحن فيه بعنوان الوفاء بالمعاملة وحيث لا ملك من قبل المعاملة لفرض فسادها كان التسلیط بعدها لغوًا بخلاف التسلیط هنا، فإنه ليس بعنوان الوفاء، فإن مقتضى الوفاء بالمعاملة مع المالك تسلیط المالك لا غيره»^١.

توضیح ما أفاده: إن قیاس المقام بالبيع الفاسد مع الفارق؛ لأن التسلیط في البيع الفاسد يكون بمقتضى الوفاء بالعقد وبعد ثبوت البطلان فيه يحق له الرجوع، بخلاف ما نحن فيه فإنه يعد من التسلیط المجان، فلا يحق له الرجوع.

ولعل هذا هو ما أورده المحقق الخوئي وفاقاً لشيخه: «إإن في المقبوض بالعقد الفاسد أن الشارع قد منع عن مضي ذلك العقد وتأثيره في النقل والانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك وحصول الضمان الخاص المعاملتي، فإذا لم يحصل ذلك الضمان الخاص من ناحية عدم إمضاء الشارع، فيكون إقدامهما على الضمان الحقيقي، فيكون كل من البائع والمشتري ضامناً لما أخذه من صاحبه، وهذا بخلاف المقام فإن دفع المال إلى البائع الفضولي سواء كان غاصباً أو غير غاصب ليس إلا

^١ . حاشية كتاب المکاسب (لالأصفهاني رحمه الله) ٢: ٢٨٨.

كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكاً للمبيع، وتسليطه على إتلافه في أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث فالقياس باطل^١!

ويتمكن الإياد عليه - كما أورده شيخنا الأستاذ د. أمين الله - بصحبة القياس وعدم الفارق بين الموردين من أن المشتري في الموردين يدفع الثمن إلى البائع بالتزامه بالعقد لقبض المثمن وإقباض الثمن فلا تسليط مجاني، بل التسلیط في كل الموردين تسليط بعنوان الوفاء. إلا أن يقال بالفرق فيما يكون التسلیط في البيع الفاسد مع الجهل الفساد وفي المقام بعد فرض العلم بالفضولية.

وأمّا على الثالث: فإن انتقال الثمن إلى المالك بعد كون الحكم بصحبة الفضولي مع إجازة المالك مبني على القول بالكشف، فيكون التسلیط من المشتري البائع الفضولي على الثمن لغواً، وقد مر سابقاً من الشيخ رحمه الله وغيره أن التسلیط (من المشتري) مراعي بعدم إجازة المالك، فهو بعد إجازته مالك.

نعم ما أفاده في الوجه الثالث يتم على النقل (من تقويت محل الإجازة) وكيف كان لعل ما ذكرناه (من التفريق بين الإجازة على الكشف والنقل) هو الوجه للتأمل في كلام الشيخ رحمه الله وأنه لا يتحقق البيع بلا ثمن على الكشف؛ لأن تسلیط المشتري البائع على الثمن بعد

^١. مصباح الفقاهة ٤: ٣٤٢.

تسلیط له على ملكه للإجازة اللاحقة وأنها كاشفة عن ملكية الفضول للمبيع من حين العقد، فلا يتحقق البيع بلا ثمن.

كما أنه بناءً على النقل أيضاً لا يتحقق التسلیط مجاناً نعم، يتحقق ذلك في فرض رد المعاملة. والظاهر أن مراد القائل «بأنه بناءً على النقل لا يكون التسلیط مجاناً» لعله من جهة أن التسلیط مراعي بحصول الملكية بالإجازة المتأخرة من المالك، فإن أجاز فيكون الثمن له في مقابل المبيع، وإن لم يجز فيكون للبائع، فيكون التسلیط منجزاً لأن التسلیط من الأول منجزاً وأن المشتري سلط البائع على ماله منجزاً هكذا ووجه الأمر في كلام السيد الخوئي رحمه الله!

«...وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما العدم؛ لأنَّه أكل مال بالباطل، هذا كله إذا كان باقياً، وأمّا لو كان تالفاً،

فالمعروف عدم رجوع المشتري...»^١ [١].^٢

[١] أقول: بعد تمامية القول بعدم ملكية المشتري للمبيع (في فرض علمه بفضولية البائع) لعدم تحقق سبب الملكية وأنه يحق للمشتري الرجوع إلى البائع لاسترداد ماله، يبحث هنا عن جواز تصرف البائع فيما أخذه وعدمه؟ وحكم بأن «الأقوى العدم»؛ معللاً: بكون ذلك «أكل مال بالباطل»؛ حيث إنَّ المشتري إنما دفع الثمن بالعقد الواقع لا عن تراضٍ فهو فاسد، وفي هذا الفرض داخل في المستثنى منه في آية

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ٣٤٣.

^٢ . كتاب المکاسب ٣: ٤٨٥.

التجارة ﴿لَا تأكلو أموالكم بينكم بالباطل إِلَّا أَنْ يَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تِرَاضٍ﴾^١.

وأمّا وجه القول بجواز التصرّف للبائع (عن المحقق النائيني رحمه الله)^٢: هو أنّ البائع إنّما يبيع المال بعنوان أنه مالك والمشتري يقبل منه لكونه مالكاً، لكن التسلیط فعل خارجي وهو لا يتعلّق بالعنوان وإنّما يكون للشخص فهو يسلّط البائع على الثمن بداعي الوفاء والتسلیط يستتبع جواز التصرّف.

ولكن الإشكال فيه واضح بعد ما نقدّم من أنّ التسلیط لا يوجّب الإذن في التصرّف؛ لأنّ المفروض (كما صرّح في كلامه أنّ المشتري سلط البائع على ماله بعنوان المعاوضة والمعاملة وصيغة المبيع مالاً له (وحيث إنّه لم يصر المثمن بهذه المعاملة مالاً للمشتري ويبيّن له حقّ الرجوع في الثمن المدفوع، لم يبق وجه للقول بجواز تصرّف البائع فيما أخذه).

وأمّا الكلام فيما لو كان الثمن تالفاً بيد البائع الفضولي «فالمعروف عدم رجوع المشتري»، ثمّ حكى عن العلّامة وولده و... الاتفاق عليه» ووجّه القول «بعدم جواز رجوع المشتري في الثمن على البائع الغاصب» ناقلاً التصرّيف به عن البعض: بأنّ الضمان إمّا لعموم على اليد وإمّا لقاعدة الإقدام، بتوضيح: أنّ قاعدة اليد تقتضي ضمان اليد

^١. النساء (٤): ٢٩.

^٢. المكاسب والبيع: ٢٦١.

العادية على العين وأنّ من وضع يده على مال غيره فلابدّ له أن يخرج عن عهده، إلّا أنّ اليد الأمانة (كما في موارد الوديعة والعارية) لا توجب الضمان، ففي المقام يكون التسلیط على التصرف في المال وإتلافه له مما لا يوجب الضمان بالأولوية، وصرّح الشیخ الله بأنّ «الأول مخصوص بفحوی ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالک ودفعه إليه لحفظه كما في الوديعة أو الانتفاع به كما في العارية أو استيفاء المنفعة منه كما في العین المستأجرة، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه مما لا يوجب ذلك بطريق أولی»^١.

ووجه الأولوية: لعله أنّه إذا قلنا في صورةبقاء العين وعدم إعراض صاحب المال عن ماله بعدم كون الآخذ (أي البائع ضامناً) ففي صورة فقدان الثمن وتسلیط المستري البائع له مجاناً وبلا عوض فيكون عدم الضمان بطريق أولی.

«وأمّا قاعدة الإقدام على الضمان الذي استدلّ به الشیخ^٢ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحیحه...»^٣

[١] بتوضیح: أنّ الإقدام موجب للضمان ويعدّ سبباً له، وأورد الشیخ الله على الضمان هنا: «بأنّ البائع لم يقدم على ضمان الثمن إلّا

^١. كتاب المکاسب: ٣: ٤٨٦.

^٢. المبسوط ٣: ٨٥ و ٨٩.

^٣. كتاب المکاسب: ٣: ٤٨٦.

بما علم المشتري أنه ليس ملكاً له^١ وقد قرر أن ثبوت الضمان موقوف على تحقق سببه، وفي المقام أن جميع أسباب الضمان ساقطة (من اليد، وما يضمن بصححه) فلم يبق وجه لاشغال ذمة المتباعين (أي الضمان العقدي) فأصلالة البرائة جارية في حق البائع الفضولي.

ثم أنّ الشيخ رحمه الله تعرّض لبيان الإشكالات الثلاثة والإجابة عنها:

الأول: «إن قلت: تسلّطه على الشمن بإزاء مال الغير لبنيائه ولو عدواً على كونه ملكاً له، ولولا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة - كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه - فهو إنما سلطه على وجه يضمنه بماله فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثمن عدواً لا يقدر في التضمين الحقيقي بماله...»^٢.

وبعبارة واضحة: إذا لم تكن المعاملة التي أوقعها الفضولي حقيقة لم تؤثر الإجازة اللاحقة، فلذلك يحكم ثبوت الضمان في المقام كما يحكم به في كلّ معاوضة حقيقة.

سلّمنا أنّ المعاملة الفضولي غير واجدة للصحة الفعلية إلا أنها واجدة للصحة التأهيلية وأنّ صحتها موقوفة على لحق الإجازة، فالفضول وإن لم يكن مالكاً حقيقة، إلا أنه لا إشكال في كونه مالكاً ادعاءً، وبهذا الفرض صحّحنا قابلية المعاملة في البيع الفضولي، والمشتري يدفع إليه باعتبار مالكيته للمبيع وتسلطه عليه في مقابل المبيع الذي يتملّكه وهذا

^١. كتاب المکاسب: ٤٨٧: ٣.

^٢. كتاب المکاسب: ٤٨٧: ٤٨٨ و ٤٨٩.

هو المراد من التضمين فثبت الضمان بقاعدتي اليد والإقدام، فيتحقق له استرجاع الثمن ولو في صورة التلف؛ لوجود الملازمة بين البيع والتضمين.

ثم أجاب عن ذلك بقوله: «قلت: الضمان كون الشيء في عهدة الضمان وخسارته عليه وإذا كان المضمون به ملكاً غير الضامن واقعاً فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك...»^١.

توضيح ما أفاده: لا إشكال في أن المعاوضة متحققة بإنسانها وهي التي ثبت بها قابلية لحقوق الإجازة، إلا أن الضمان بمعنى كون الشيء في عهدة الضامن، وخسارته عليه ثابتة في المعاملة الواقعية بين المالكين الحقيقيين، فإذا لم يكن المبيع ملكاً للبائع حقيقة ولا ادعاءاً بعد كون المشتري عالماً بالواقع لم يتحقق الضمان بصرف إقدام البائع علىأخذ مال المشتري باختياره وتسلطيه له عليه، بخلاف بيع الغاصب، فإنه بعد ادعائه الملكية له الملكية العنائية، ولكن المبادلة الحقيقية واقعة بين المالكين الحقيقيين.

وحصل كلامه (في الجواب): سلّمنا تحقق المعاوضة الإنسانية في المعاملات الفضولية ولكن الضمان متربّ على المعاوضة الحقيقية (الواقعة بين المالكين) وفي المقام يكون المفروض عدم تحققها؛ لأنّ المشتري بعد علمه بالفضولية لم يضمنه، فلا يتحقق له استرجاع الثمن،

^١. كتاب المكافأة ٤٨٨: ٣.

والشيخ رحمه الله في نهاية كلامه صرّح: «بأنه لا تضمين حقيقة في تسلیط المشتري البائع على الثمن»^١.

ثم أورد على نفسه (في الإشكال الثاني) بعدم المجال للتفكير في الضمان بين صورة علم المشتري بالفضولية وبين صورة جهله (كما في البيع الفاسد) لاشراكهما في عدم تحقق البيع، مع أن المدعى يثبت الضمان في صورة الجهل فممنوعيته في فرض العلم.

ثم أجاب بوجود الفارق بين الصورتين وهو يقتضي التفكير بينهما في الحكم أيضاً قائلاً: لأن «رجوع المشتري مع اعتقاد المتابعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشف الخطاء، مع أنه إنما ضمّنه بمال الغير فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع للثمن من دون ضمان وإن كان ما ضمّنه به غير ملك له ولا يتحقق به التضمين؛ لأنّه إنما طاب نفسه بتصريف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكاً له وصيروته مباحاً له بتسلیطه عليه، وهذا مفقود فيما نحن فيه؛ لأنّ طيب النفس بالتصريف والإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل...»^٢.

وحصل كلامه (كما في بيان السيد الخوئي رحمه الله): إن التضمين الحقيقي حاصل في البيع الفاسد؛ لأن المضمون به مال الضامن، غاية الأمر أن فاسد العقد من جهة عدم إمضاء الشارع مانع عن مضي هذا الضمان فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص العقدي، فيكون أصل الضمان

^١. كتاب المکاسب: ٤٨٨: ٣.

^٢. كتاب المکاسب: ٤٨٨: ٣.

بالإقدام باقياً على حاله «لقاعدة الإقدام» أو «لقاعدة اليد» من دون أن يكون هنا تسلیم وتسليمه مجانی، وهذا بخلافه هنا، فإن التسلیط إنما هو تسلیط مجانی وليس إلا كتسليط ثالث عليه وإعطائه له، فلا ضمان هنا بوجه ...»^١.

وخلاصة الكلام في بيان الفارق بين المقامين: إن المشتري (في العقد الفاسد) كان معتقداً لملك البائع للبيع، فأقدم على الشراء، ثم انكشف خلافه، فإذا دامه كان على التضمين، وفيما نحن فيه بعد كونه عالماً بالغصبية (الفضولية) فهو أقدم على ضرر نفسه ولا مجال للتضمين، وطيب النفس من المشتري كان حاصلاً.

ثم إنّه بعد أن أثبت عدم الضمان وأنّه لا تضمين حقيقة في تسلیط المشتري البائع على الثمن قال ﷺ: «وممّا ذكرنا يظهر - أيضاً - فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد؛ حيث إنّه ضمن البائع بما يعلم أنّه لا يضمن الثمن به وكذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتري بما يعلم أنّ المشتري لا يضمن به، فكانه لم يضمنه بشيء...»^٢. «وهذا هو الإشكال الثالث». والنقض للمقام والبيوع الفاسدة مع أنّ التسلیط فيها موجب للتضمين على رغم بطلان العقد وفساده.

^١ . مصباح الفقاهة :٤ :٣٤٦

^٢ . كتاب المكاسب :٣ :٤٨٩

قال عليه السلام: «وجه الفساد أن التضمين الحقيقي حاصل هنا؛ لأن المضمون به مال الضامن، غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان والتضمين في نظر الشارع؛ لأن المفروض فساده، فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسلیط مجاني أو استئمان عن مالكه موجباً لضمانه - على الخلاف في مدرك الضمان في «فاسد ما يضمن بصححه» - وشيء منهما غير موجود فيما نحن فيه كما أوضحتناه بما لا مزيد عليه.

وحاصله: إن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكاً للبيع وتسلیطه على إتلافه في أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث».

ثم إن استدرك عما أفاد (في فرض علم المشتري بفضولية المعاملة أو يكون البائع غاصباً وعدم كونه ضامناً): «نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العرض للملك - كالخمر والخنزير والحرّ - قوي اطراد ما ذكرنا فيه: من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرّح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد^١ هذا...»^٢.

^١ شرح القواعد (مخطوط): ٦٨.

^٢ كتاب المكاسب: ٤٩٠: ٣.

فإنه برغم قوله في الضمان في البيوع الفاسدة قوى القول بعدم الضمان فيما إذا كان فساد البيع والعقد لعدم قبول العوض ملكاً، ولعله لوجود الروايات العديدة في الباب.

فالمحصل: عدم جواز الرجوع للمشتري إلى البائع بعد علمه بكون البائع فضوليًا عند تلف الثمن وعدم كونه ضامناً للبدل، هذا.

بقي الكلام في أن مستند المشهور وتبعية الشيخ رحمه الله في الحكم بعدم الضمان إن كان لعدم كفاية «قاعدة الإقدام» من حيث إن البائع الفضولي والمشتري العالم لم يقدمما على التضمين، فهو تمام لا نقاش فيه. وأمّا إذا كان المستند هو قاعدة اليد، فهي أيضاً إذا كان مستندها السيرة فهي أيضاً قاصرة عن اثبات الضمان في عهدة البائع وتضمينه بعد كون المشتري عالماً بفضولية البائع الغاصب ولكن يده حينئذ يد عدوانية وتسليط المشتري البائع على ماله من دون تعليق على إجازة المالك، فالسيرة هنا إنما مقطوع العدم أو مشكوك الوجود.

وأمّا إذا كان المستند للحكم هو قاعدة اليد المستندة إلى الرواية النبوية عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^١ فإنطلاقها يقتضي الشمول لكلّ يد عادية على مال الغير من دون إجازة مالكه (أو الشارع) إلا أنّ الرواية مخصصة بالنسبة إلى موارد إقدام صاحب المال على إسقاط حرمة ماله بيذهله للغير من دون أن يضمنه بشيء، كما إذا قال للغير: «ألق متاعي في البحر ولا ضمان عليك، وفي ما نحن فيه هل هو كذلك، أو

^١ . مستدرك الوسائل ٨، كتاب الوديعة ب٧ ح ١٢

آنَه لَم يُسْلِطَه عَلَى مَالِه مِن دُونِ تضْمِينٍ (وَإِنْ عَلِمَ بِكُونِه غَاصِبًاً أَوْ فَضْلَوًا) وَإِنَّمَا سَلَطَه فِي قِبَالِ أَخْذِ الْمَثْمَنِ . فَيَكُونُ تَسْلِيْطَه عَوْضًا عَمَّا يَأْخُذُه مِنْه فَلَذَا يُشَكِّلُ الْحُكْمَ بِكُونِ الدَّلِيلِ مُخْصَصًا بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ، وَعِنْدِ الشُّكِّ إِمَّا يَكُونُ إِطْلَاقُ الْخَبَرِ مُحَكَّمًا، فَيُدَلِّلُ عَلَى ثَبَوتِ الْضَّمَانِ، وَإِمَّا يَكُونُ مِنْ مَوَارِدِ التَّرْدِيدِ بَيْنِ الْأَقْلَى وَالْأَكْثَرِ، فَيُنْدَرِجُ فِي صُغْرَى التَّمْسِكِ بِعُمُومِ الْعَامِ مَعَ إِجْمَالِ الْمُخْصَصِ الْمُنْفَصَلِ، فَالْمُتَقِّنُ مِنْ تَخْصِيصِ الْقَاعِدَةِ هُوَ مَا إِذَا كَانَ التَّسْلِيْطُ فِيهِ بِغَيْرِ عَنْوَانِ الْعَوْضِ، فَيُبَقِّى مَرْجِعِيَّةَ عُمُومِ الْقَاعِدَةِ وَالْحُكْمِ بِالْضَّمَانِ.

ثُمَّ إِنَّ الشِّيْخَ الْجَمِيعَ لِلَّهِ عَدَلَ عَمَّا أَفَادَ مِنَ الْحُكْمِ بِعَدْمِ الْضَّمَانِ فِي الْمَقَامِ وَقَالَ بِثَبَوتِ الْضَّمَانِ؛ مُعَلَّلًا بِأَنَّ الْضَّمَانَ مُقتَضِيٌّ إِطْلَاقَ قُولَّهُمْ: «إِنَّ كُلَّ عَقدٍ يَضْمُنُ بِصَحِيحِهِ يَضْمُنُ بِفَاسِدِهِ» فِيمَا أَنَّ الْبَيْعَ الصَّحِيحَ يَقْتَضِي الْضَّمَانَ فِي فَاسِدِهِ كَذَلِكَ، وَمِنَ الْبَدِيْهِيِّ أَنَّ الْبَيْعَ الْفَضْوِيَّ بَعْدَ رَدِّهِ مِنَ الْمَالِكِ الْأَصْلِيِّ يَكُونُ فَاسِدًا، فَيَكُونُ مُضْمِنًا، كَمَا أَنَّ صَحِيحَهُ مُضْمِنًا فَتَشَمَّلُهُ الْقَاعِدَةُ «كُلَّ عَقدٍ...».

ثُمَّ إِنَّه بَعْدَ تَعْرِيْضِه عَلَى قُولِ الْمُشَهُورِ (مِنْ عَدْمِ الْضَّمَانِ) بِأَنَّ مُسْتَنِدَهُمْ لَا يَخْلُو مِنْ غَمْوُضٍ أَيْدِيَ عَدُولَهُ عَمَّا اخْتَارُهُمْ وَمَا اخْتَارَهُمْ أَوْلَأً بِمَا دَلَّ مِنَ الْأَخْبَارِ عَلَى كَوْنِ «ثَمَنِ الْكَلْبِ أَوِ الْخَمْرِ سَحْتًا» حِيثُ إِنَّ مُقتَضِيَ كَوْنِ الشَّيْءِ سَحْتًا عَدْمَ جَوازِ التَّصْرِيفِ فِيهِ، وَلَازِمٌ هَذَا هُوَ الْضَّمَانُ عِنْدَ تَلْفِهِ.

وكيف كان يحكم بالضمان على ما قرّبناه آنفاً لجريان عموم القاعدة وعدم ثبوت التخصيص فيها وإن لم يستقرّ الشيخ رحمه الله على توجيهه في العدول عما اختاره.

ثم قال: «ثم إنّ مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير باع لنفسه، بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك فتلف في يده؛ إذ لم يسلطه عليه ولا إذن له في التصرف فيه فضلاً عن إتلافه»^١.

وأورد عليه في «المصباح»: «بأنّ هذا من عجائب المصنف، فإنه ليس هنا شيء من أسباب الضمان فإنّ البائع وإن أخذ الثمن من المشتري وتلف عنده ولكن ليست يده يد إتلاف هنا - كما صرّح به (وقال: وتلف) - مع ذكره الإتلاف بعده، وإنّما تلف عنده بتلف سماوي بلا تفريط من البائع، فلا موجب للضمان لكون البائع أميناً في إيصاله إلى البائع فقط»^٢.

ثم إنّ الشيخ رحمه الله ذكر أمراً ثانياً من مقتضيات القوم بعدم الوجه للرجوع إلى الثمن، وقوى الرجوع: «لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري، بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما، فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسلیط إلّا بالعقد، والتسلیط العقدي مع فساده غير مؤثّر في دفع الضمان، ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف

^١. كتاب المکاسب: ٣: ٤٩١ - ٤٩٢.

^٢. مصباح الفقاہة: ٤: ٣٤٩.

البائع الغاصب فيه مع اتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة^١. وما أفاده واضح بعد عدم تتحقق الموجب والسبب لرفع الضمان أي التسلیط المجان من المشتري.

ثم ذكر أمراً ثالثاً بقوله: «وكذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها».

وهذا أيضاً واضح؛ لأنّ المشتري لم يسلّطه مجاناً على الثمن، بل سلّطه مع الضمان فلو تلف يكون ضامناً لبدله.

ثم ذكر الأمر الرابع قائلاً: « ولو كان الثمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفراده فالظاهر عدم الرجوع لأنّه كالثمن المعنى في تسلیطه عليه مجاناً...»

والوجه واضح فإنّ المشتري بعد أن طبق الثمن الكلي على هذا الفرد وسلط البائع عليه، فعلى العقول بعدم الضمان لتسلیطه على ماله بلا عوض، فالمقام كذلك كما في كون الثمن شخصياً، هذا.

«المسألة الثانية: إنّ المشتري إذا أغترم للملك غير الثمن فإما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين والثمن عشرة وإما أن يكون...»^٢ [١].

^١ . كتاب المکاسب :٣:٤٩٢.

^٢ . كتاب المکاسب :٣:٤٩٣.

[١] هذه المسألة هي المسألة الثانية التي ذكرها الشيخ في بيان «حكم المشتري مع الفضولي» قائلاً: إنّه «يقع الكلام فيه تارة في الثمن، وأخرى فيما يغرمه للملك زائداً على الثمن، فهنا مسألتان»^١.

وبالجملة: يكون الكلام والبحث في حقّ المشتري بالرجوع إلى البائع الفضولي ومطالبته ببدل الغرامة التي يدفعها إلى الملك.
والغرامة المدفوعة منقسمة إلى أقسام في كلام الشيخ رحمه الله:

الأول: «إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي مَقْبَلِ الْعَيْنِ، كَزِيادةِ القيمةِ عَلَى الثَّمَنِ إِذَا رَجَعَ الْمَالِكُ بِهَا عَلَى الْمُشَتَّرِيِّ، كَأَنْ كَانَتِ القيمةُ الْمَأْخُوذَةُ مِنْهُ عَشْرِينَ وَالثَّمَنَ عَشْرَةً...».

بتوضيح: أنّ الملك لو أخذ زيادة القيمة على أصل الثمن بأن اشتري على عشرة دنانير وكانت قيمة العين عشرين ديناً، فهل للمشتري أن يرجع إلى البائع في زيادة القيمة أم لا؟

الثاني: «وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي مَقْبَلِ مَا اسْتَوْفَاهُ الْمُشَتَّرِيُّ كَسْكُنَى الدَّارِ وَوُطْءَ الْجَارِيَّةِ وَاللَّبِنِ وَالصَّوْفِ وَالثَّمَرَةِ...» فيما إذا أخذ الملك العين المشتراء أو المستأجرة بالفضولية وإجارتها، فهل للمشتري أن يرجع إلى البائع في تلك المنافع أيضاً أم لا؟

الثالث: «وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ غَرَامَةً لَمْ يَحْصُلْ لَهُ فِي مَقْبَلِهَا نَفْعٌ، كَالنَّفْقَةِ وَمَا صَرْفَهُ فِي الْعِمَارَةِ وَمَا تَلَفَّ مِنْهُ، أَوْ ضَاعَ مِنْ الْغَرْسِ وَالْحَفْرِ، أَوْ

^١ . كتاب المكافآت ٤٨٣: ٣.

إعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً ونحو ذلك، أو نقص من الصفات والأجزاء...».

وهكذا الكلام بالنسبة إلى المنافع الغير المستوفاة ثم قال ﷺ: «ثُمَّ المشتري إنْ كان عالماً فلا رجوع في شيءٍ من هذه الموارد؛ لعدم الدليل عليه، وإنْ كان جاهلاً...»^١ فالظاهر هو التفصيل بين الموارد.

والوجه لعدم الضمان وعدم جواز الرجوع (في فرض علم المشتري) بالنسبة إلى جميع الموارد هو مانعية علمه عن استقرار الضمان وأن تسلطيه على الثمن يعد إتلافاً بماله؛ لأن الحكم بالضمان يحتاج إلى الدليل والسبب وهو مفقود.

وأمّا في فرض الجهل أي كون المشتري الغارم جاهلاً بالفضولية، فالمعروف بين الأصحاب (خصوصاً في القسم الثالث) هو الضمان مدعياً قيام الأدلة على ضمان البائع.

منها: عدم الخلاف أو الإجماع.

منها: قاعدة الإتلاف والتسبيب.

منها: قاعدة لا ضرر.

ومنها: الأخبار الخاصة، وأيضاً قاعدة الغرور.

أمّا الإجماع: يشكل الاعتماد عليه، لاحتمال كونه مستندًا إلى الوجوه المذكورة، مضافاً إلى أنه دعوى تحصيله في غاية البعد.

^١. كتاب المكافأة: ٤٩٣.

وأماماً قاعدة الإتلاف والتبسيب: بدعوى: أنّهما تدلّان على ضمان من كان سبباً في إتلاف مال غيره، وفي المقام لا إشكال في استناد الإتلاف إلى البائع الفضولي؛ لأنّه هو السبب في جميع ما صرفة المشتري غرامات في الموارد الأربع؛ حيث إنّه من سبب في وقوع أمر فهو أولى بانتساب المسبب إليه.

والإشكال: إنّا سلّمنا دلالة قاعدة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» على ضمان من كان استناد التلف إليه حقيقةً، ولكنّ تمامية هذا الاستناد في المقام غير تمام؛ لأنّ المشتري هو الذي صرف ماله في الموارد من دون إكراه وإجبار وينسب التلف إليه حقيقةً بعد ذلك دون البائع نعم، إسناده إلى البائع مجازاً لا بأس به.

وأماماً قاعدة التسبيب: فالمشكلة فيها: أنّ التسبيب يتحقق تارة على نحو يكون الواسطة ملغاً عن الموضوعية وخارجاً عن الاستدلال. وأخرى يكون وزان السبب وزان الداعي والمشوّق إلى صدور العمل فقط. ومثال الأول: من أعطى السكين لمن لا يعقل، كالصبي والمجنون وأمره بإدخاله في جوف الشخص، فهنا لا إشكال في إسناد الفعل إليه حقيقة (أي إلى السبب) ولا اعتبار بالواسطة ويعامل معه معاملة القاتل فيأخذ الديمة (الأقوائية للسبب من المباشر).

وأماماً الثاني: فيما إذا كان السبب داعياً إلى إيقاع الفعل وصدوره بأن يقول للآخر مع كونه بالغاً عاقلاً: أُقتل فلاناً، ففي هذه الصورة لم يتأمّل أحد في استناد الفعل إلى الفاعل المباشر (وإن قلنا بحرمة البعث

والتحريك) وفي المقام لا يعدّ البائع سبباً تاماً لغرامة المشتري وإن كان داعياً ومشوّقاً له، فلا يتم استناد الغرامات إليه، فلا وجه للحكم بضمائه. وأمّا قاعدة لا ضرر، بدعوى: أنّ عدم الرجوع إلى البائع ضرر على المشتري ولأنّ البائع هو الذي بتصرّفه صار موجباً لتضرّره وخسارته. وبالجملة: متقضها وجوب التدارك على البائع للضرر المتوجّه إلى المشتري.

ولزيادة التوضيح نقول: إنّه على مسلك الشيخ الأعظم رحمه الله أنّ الحديث ينفي الحكم الشرعي الضرري وتبعه على ذلك المحقق النائيني رحمه الله، والمحقق الآخوند رحمه الله^١ يقول بأنّ نفي الحكم بلسان نفي الموضوع بتوجيه: إنّ النفي التشريعي لابدّ من أن يتعلّق بالحكم؛ لأنّ الذي وضعه ورفعه بيد الشارع.

وكيف كان فكما أنّ التعبد من الشارع يتعلّق بإثبات الحكم فكذلك يتعلّق بنفي الحكم، ففي المقام عدم إلزام البائع بتدارك الخسارة ضرر على المشتري، فهو مرفوع بالقاعدة، فالثابت نقضه وهو لزوم إلزامه فيجب عليه دفع الخسارة.

ولكنّ الإشكال في الاستدلال بالقاعدة: أنّه إثبات الحكم (وجوب التدارك) بهذا الوجه (عن طريق عدم الحكم) وبأنّ لا يكون «لا ضرر» مشرعاً باطلأ.

^١. المكاسب والبيع : ٢٧٤.

^٢. حاشية المكاسب (لآخوند رحمه الله): ١٨٩.

وهذا واضح بعد كون القاعدة من الأحكام الثانوية وأنّها حاكمة ورافعة بالنسبة إلى الأحكام الأولية، والقول بأنّها مثبتة لحكم آخر يستلزم قبول القول بكونها مشرّعاً وهذا باطل.

هذا مضافاً إلى أنّ عدم الحكم لا يمكن رفعه ونفيه؛ لأنّ المرفوع هو الأمر الوجودي الثابت لا العدمي، فالقاعدة رافعة للحكم الثابت بوجود الضرر، فإنّيات التدارك بها هو التشريع. ومع التنزّل والقول بأنّها تثبت الضمان من الشارع يستلزم تراحم الضررين؛ لأنّ رفع الضرر عن المشتري يستلزم وضعه على البائع الفضولي، وهذا يخالف امتنانية القاعدة نعم، لا يبعد تقديم جانب المشتري على البائع لجهله وعلم البائع بالفضوليّة أو الغصب، إلاّ أنّ إثبات الحكم ولزوم التدارك بالقاعدة مشكل جدّاً بعد عدم كون البائع هو السبب والموقع للمشتري في الضرر نعم، سلّمنا كونه معدّاً، إلاّ أنّ الاستناد إلى المعدّ والقول بضمائه أول الكلام، كما مرّ.

وأمّا قاعدة الغرور، فهذه القاعدة حديث موسى نبوى، إلاّ أن القول بإنجبارها: بعمل المشهور وإمكان الاستناد إليها بعد جبرها وصيروتها حجّة – بناءً على القول به – مشكل؛ لأنّ المشهور استندوا في فتاويهم بقاعدة السبب، وكذا الضرر، وأيضاً الروايات الخاصة التي سنبحث عنها. نعم، لا يبعد احتمال القاعدة متصرّفة من النصوص الواردة في موارد خاصة وصدقها حتى مع عدم العمد وانطباق عنوان الخادع الضامن للضرر المخدوع.

ومنها: ما رواه الكافي... عن أحد هما عليهما السلام قال في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل: «ضمنوا ما شهدوا به وغromo...»^١.

ومثلها في باب الشهادات^٢.

وأيضاً ما وردت في أبواب العيوب والتدليس.

منها: اسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله عليهما السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها، فقيل: هي ابنة فلان فأتى أباها. فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه، فعلم بها بعد أنّها غير ابنته وأنّها أمّه؟ قال عليهما السلام: «ترد الوليدة على مواليها، والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه»^٣.

منها: ما ورد في التدليس في مرض (من البرص والجنون والجدام ...) قال: كيف يصنع بمهرها قال: «المهر لها بما استحلّ من فرجها ويغرم ولّيها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها»^٤.

وهذه تدل على ضمان الغار إذا كان عامداً في التغريب وكذا من لم يكن عامداً ولكن لم يبيّن (كما يظهر من بعض الروايات)^٥.

^١ . وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٦، كتاب الشهادات ب١٠ ح.

^٢ . وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٧، كتاب الشهادات ب١١.

^٣ . وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٠، أبواب العيوب والتدليس ب٧ ح.

^٤ . وسائل الشيعة ٢١: ٢١٣، أبواب العيوب والتدليس ب٢ ح.^٥

^٥ . وسائل الشيعة ٢١: ٢١٤، أبواب العيوب والتدليس ب٢ ح.

وأماماً الحكم بالضمان فيمن لم يكن ملتفتاً للمخالفة بين ظاهر حال الشيء الواقع للضرر الذي وقع فيه المشتري (كما لو باع معتقداً بكون المال ملكاً له واحتراه المشتري اعتماداً عليه ثم ظهر الحال) فمشكل؛ للشك في شمول إطلاق النصوص لهذه الصورة، هكذا استشكل في تمامية الاستدلال بهذه النصوص بقاعدة الغرور بنحو الإطلاق.

وسنرجع إلى هذا المبحث بعد التعرض للأخبار الخاصة التي استدل بها في المقام (كما أفاده الشيخ رحمه الله).

أما الأخبار الخاصة: فقد استدل إلى (ظاهر رواية جميل أو فحواها) وهي صحيحة جميل بن دراج - عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتعان قيمة الولد ويرجع على من باعه بشمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»^١.

استدل بها الشيخ رحمه الله بتقريب: أن حرية ولد المشتري إما أن يعد نفعاً عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، مع أن في توصيف قيمة الولد بأنّها أخذت منه نوع إشعار بعلية الحكم فيطرد في سائر ما أخذ منه...»^٢.

توضيح ما أفاده في مقام التعليل وكيفية الاستدلال بالرواية على الضمان: أنه تارة نقول: بأن حرية الولد تعد نفعاً للمشتري، وتارة نقول:

^١ . وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٥، أبواب نكاح العبيد والإماء بـ ٨٨ ح ٥.

^٢ . كتاب المكاسب ٤٩٤-٤٩٥: ٣

بأنه لا يعدّ نفعاً له، وعلى كلا التقديرتين يثبت الضمان على البائع، أما على الأول فتكون الدلالة بالفحوى، وعلى الثاني بظاهر الرواية.

وأما كيفية الثبوت بالفحوى: أنه على القول بأن حريّة الولد تعدّ نفعاً للمشتري وجواز الرجوع له على البائع كما في القسم الثاني من تقسيم الشيخ الله (إنّ ما اغترمه ... في مقابل ما استوفاه المشتري لسكنى الدار ووطء الجارية و...) هذه الرواية مروية بسنّد صحيح (عن الشيخ) عن معاوية بن حكيم، عن محمد بن أبي عمير، عن جميل...، وأيضاً روى الجميل مرسلة عن بعض أصحابنا^١، ولذلك نوقش فيما من جهة احتمال اتحادهما واحتمال كون الإرسال مضرّاً لصحة الأولى، والظاهر أنّ الجميل من أصحاب الإجماع ولا يضرّ إرساله، فالالأولوية يتحقّق للمشتري الرجوع فيما إذا لم تعدّ حريّة الولد نفعاً للمشتري، كما في القسم الثالث «...أن يكون غرامة لم تحصل في مقابلها نفع كالنفقة وما صرفه في العمارة... أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً...»^٢ وهذا هو المستفاد من ظاهر الرواية في ما نحن فيه.

ثم إنّ الشيخ الله تصدّى لإثبات الضمان على البائع (في مفروض الكلام وهو جهل المشتري وثبت الغرامة على البائع للمالك) بدليل آخر وهو قوله الله: «مع أنّ توصيف قيمة الولد...»^٣.

^١. وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، أبواب نكاح العبيد والإماء ب٨٨ ح ٣.

^٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

^٣. كتاب المكاسب ٣: ٤٩٥.

بتوضيح: أنّ تعليق الحكم بالوصف مشعر بعلّيته له (كما في الحكم بوجوب إكرام العالم يشعر بعلّيته بوجوب الإكرام) وفي المقام علّق الإمام عثيمان حكم رجوع المشتري على البائع بقيمة الولد التي أخذت منه بمعنى أنّ علة الرجوع هوأخذ القيمة منه، وهذا يشمل ويطرد في كلّ ما أخذ من المشتري بناءً على القول بكون «تعليق الحكم مشعر بالعلّية».

أقول: من المعلوم أنّ تمامية هذا الاستدلال موقوف على القول بوجود المفهوم للوصف وإنتفاء الحكم عند انتفاء الوصف وأصالحة الاحترازية في القيود وأنّ الأوصاف مشعر بالعلّية، ولكن قد حقّق في الأصول عدم ثبوت المفهوم للوصف وما استدلّ به مندفع بعدم انحصار الفائدة في رجوعه إلى الحكم، بل يكفي تحديد موضوع الحكم به، والاحترازية متحقّقة بتضييق دائرة الموضوع وكفى، والإشعار بالعلّية ثابت إذا وصل إلى حدّ الظهور، هذا مع أنّ الاستناد والاستدلال بهذه الرواية لثبت الضمان في مطلق الغرامة متوقف على القول بأنّ اعتبار الحكم فيها على وفق القاعدة (كما احتمله الشيخ أولاً وعدّ الولد منفعة) من أنّ وليدة الأمة تعدّ منفعة حاصلة من الأمة، وبما أنّ المشتري قد فوت على المالك هذه المنفعة واستولدها وولد الحرّ حرّ، فعليه أن يدفع قيمة الولد، أي غرامة المنفعة التي فوتها على المالك. وأماماً بناءً على القول بأنّ الحكم الصادر فيها حكم تعبّدي بضمان ذمة البائع؛ لأنّ الوليدة حرّ ولا عوض للحرّ ولا يبذل بإزاره المال، وفي خصوص المورد حكم الشارع بالضمان، فهذا حكم تعبدني وليس بحكم عامٍ مبني على القواعد حتى يمكن القول بتسريرته لمطلق المنافع.

أمّا الرواية الثانية: قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولدها، ثم يجيء الرجل، فيقيم البينة على أنها جاريته لم تبع ولم توهب، فقال: «يرد إليه جاريته ويعوضه بما انتفع» قال: كان معناه قيمة الولد^١.

والمستفاد من تفسير زرارة: أن الإمام عليه السلام وصف قيمة الولد بالانتفاع ودلالتها على ضمان مطلق المنافع تامةً ويحقق للمشتري على البائع الفضول مطالبة الغرامه والخسارة منه.

وذهب «الحدائق»^٢ إلى جواز رجوع المشتري على البائع بالشمن فقط دون ما اغترمه المشتري في قبال المنافع المستوفاة وغيرها وأنه ليس له الرجوع فيها على البائع واستدلّ على ذلك برواية رزيق وأضاف الشيخ رحمه الله رواية زرارة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل اشتري جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباها يزعم أنها له وأقام على ذلك البينة، قال عليه السلام: «يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»^٣.

وهكذا رواية رزيق، الدالة على رجوع المالك إلى المشتري وساكتة عن رجوع المشتري إلى البائع مع كون الإمام عليه السلام في مقام البيان

^١ . وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، أبواب نكاح العبيد والإماء ب٨٨ ح ٢.

^٢ . الحدائق الناضرة ١٨: ٣٩٣ و ٣٩٤.

^٣ . وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، أبواب نكاح العبيد والإماء ب٨٨ ح ٤.

^٤ . وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٠، أبواب عقد البيع ب٣ ح ١.

فبمقتضى الإطلاق يحكم بأن لا يحق للمشتري الرجوع إلى البائع فتكون هذه الرواية ورواية زرارة معارضتين لرواية جميل.

وأورد الشيخ رحمه الله على صاحب الحدائق رحمه الله قوله: «وفي - مع آننا نمنع ورودها إلا في مقام حكم المشتري مع المالك - : إن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكّن من الرجوع إلى البائع، مع أن البائع في قضية رزيق هو القاضي، فإن كان قضائه صحيحًا لم يتوجه إليه غرم؛ لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غارمًا من جهة حكمه على طبق البيئة المأمور بالعمل بها، وإن كان قضائه باطلًا - كما هو الظاهر - فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف وتصرّفه في أمور المسلمين فهو عالم بفساد البيع، فلا رجوع له...»^١.

أقول: إنّ الشيخ ردّ كلام الحدائق بوجوه أربعة:
 الأول: إن الخبر وارد في مقام بيان وظيفة المشتري مع المالك دون بيان حكمه ووظيفته مع البائع، كما أن رواية زرارة أيضًا واردة في بيان الوظيفة للمالك في رجوعه إلى المشتري فقط ولا أكثر.
 الثاني: ومع التنزّل والقول بورود الخبر في بيان الوظيفة وتعيين التكليف لهما أن سكوت الإمام عليه السلام في مقام البيان في هاتين الروايتين لا يعارض الدليل (رواية جميل ورواية زرارة) الدال على رجوع المشتري

^١ . كتاب المكافئات ٤٩٨-٤٩٧: ٣

على البائع لكلّ ما اغترمه؛ لأنّ المعارضنة متحقّقة فيما إذا كان أحد الدليلين مثبتاً والآخر نافياً وليس معنى السكوت في الدليل نفي ما أثبته الدليل الآخر.

الثالث: إنّ رواية زرارة بظاهرها تدل على عدم تمكّن المشتري من الرجوع إلى البائع، فإنّ المفروض فيها (خروج المشترط مع الجارية إلى أرضه) أنّ المشتري غير متمكّن من أن يصل يده إلى البائع.

الرابع: وأمّا فيما يتعلق برواية رزيق، فإنّ البائع فيها هو القاضي، فهو بناءً على القول بصحة قضائه وعمله مستندًا إلى البينة فلا غرم عليه، وهذا واضح.

وأمّا بناءً على بطلان قضائه (كما هو الظاهر من أنه من المخالفين) والمشتري عالم على المفروض ببطلان قضاء القاضي المخالف، فلا يصحّ له الرجوع للمشتري إلى البائع والمانع عن استقرار الضمان على البائع علم المشتري وتسويقه يعدّ إتلافاً (هذا كله بالنسبة إلى القسم الثالث من الغرامة في مقابل ما لا يعدّ نفعاً كالنفقة وما صرفه في العمارة... أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حراً).

وأمّا الثاني: وهو ما غرمته في مقابل النفع الواثق إليه من المنافع والنماء، ففي الرجوع بها خلاف، أقواها الرجوع وفقاً للمحكي عن المبسوط^١؛ لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً فيمن قدم مال الغير إلى غيره الباجهيل فأكله. وتنويهه قاعدة نفيضرر، فإنّ تقديم من أقدم على

^١. حكاية العامل في مفتاح الكرامة ٤: ٦١٥١.

إتلاف شيء من دون عوض مغروراً من آخر بأأنّ له ذلك مجاناً من دون الحكم برجوعه إلى من غرّه في ذلك ضرر عظيم، ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر»^١ [١].

[١] استدلّ في المقام وأنه يحق للمشتري الرجوع بوجوهه منها: قاعدة الغرور المستفاد اتفاقهم عليها في بيان الحكم «لمن قدّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله، فإنّهم اتفقوا على ضمان من قدّم؛ معللاً لقاعدة الغرور.

منها: قاعدة الضرر؛ بداعه أنّ عدم رجوع المشتري على البائع فيما أخذ منه المالك ضرر عظيم ومجرد رجوع عوضه (إلى المشتري من دون عوض ما اغترمه) إليه لا يدفع الضرر.

وأورد في «الرياض»^٢ على كلا الوجهين (قاعدة الغرور وقاعدة لا ضرر) أمّا بالنسبة إلى الأولى: بأنّها مبنية على جريان الضرر، ومدخلية قاعدة نفي الضرر في تحقق الغرور والضرر مفقود في المقام؛ لوصول العوض إلى المشتري، فالقاعدة الثانية منافية.

وأشكل الشيخ الله على «الرياض»: بأنّ قوله لا يخلو من شيء، ولعلّ مراده ما تقدّم منه: من أئنه من أقدم على إتلاف شيء مجاناً وبلا عوض بتغريب من شخص آخر (بأن يقول له: هذا مالي فكله أو تصرف فيه) ثم

^١. كتاب المكاسب: ٣: ٤٩٨-٤٩٩.

^٢. الرياض: ٢: ٣٠٧.

تبين بمجيء صاحبه وأخذ المال والغرامة، فهو متضرر بدفع المال وتحمل الغرامات للملك، فلا إشكال في ثبوت القاعدتين.

وأشكل في «الجواهر»^١: بأن قاعدة الغرور مبنية على قوة السبب على المباشر وإن لم يكن للضرر دخل في الغرور، فكانه حمل كلام «الرياض» على كون قاعدة الغرور من صغيرات قاعدة الضرر ودفعه بعد مدخلية الضرر فيها وأنها مبنية على قوة السبب على المباشر في فرض جهل المشتري بخصية المبيع وأن الغار هو السبب للإتلاف، فلا إشكال في الحكم بتوجّه الضمان إليه.

وأورد على «الجواهر» (في بيان الشيخ رحمه الله) «...لكته لا يخلو من نظر؛ لأنَّه (الرياض) إنما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة والإجماع بصورة الضرر، وأمّا قوة السبب على المباشر فليست بنفسها ودليلًا على رجوع المغدور...»^٢.

وحاصله: إنَّ الرياض لا يقول ولا يدعى ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة الضرر حتى يرد عليه ما أفاد في «الجواهر» بل المدعى في كلامه ابتناء القاعدة على النصوص والإجماع.

«وأمّا قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغدور إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه كما في

[١]. [٢]. المكره...».

^١. جواهر الكلام: ٣٧: ١٨٣.

^٢. كتاب المكاسب: ٣: ٤٩٩ - ٥٠٠.

[١] وأمّا توضيح كلام الشيخ رحمه الله في منع دليلية قوة السبب بالنسبة إلى المباشر: أنّ قوة السبب ليست بنفسها دليلاً مستقلاً لرجوع المشتري على البائع في كلّ ما اغترم المشتري للملك من دون حاجة إلى قاعدي الغرور والضرر وكذا الأخبار الواردة (كرواية جميل...).

وكذا لا يكون دلالة هذا الدليل على نحو الإطلاق الشامل لجميع الموارد نعم، يتم استناد إيجاد الفعل إلى السبب بحيث يكون المباشر آلة كما في المكره، فإنه لو لا إكراه المكره لما يتحقق الفعل في الخارج ففي هذه الصورة يمكن القول بأقوائية السبب على المباشر ويصبح أخذ السبب بالنسبة إلى ما فعله (وذكر أمثلة أخرى للمقام: الريح العاصف الموجب للإحراق والشمس الموجبة لإذابة الدهن وإراقتها وأراد قوة السبب فيهما وأمثالهما من جعل الدهن في معرض الشمس وصحة إسناد الإتلاف إلى السبب و...).

وأمّا في غير مثل هذا السبب الوحيد في الإيجاد، فالحكم بشوت الضمان يحتاج إلى دليل كالرجوع إلى قاعدة لا ضرر... والأخبار الواردة في سبيبة الغاز في تعزيم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته.

وعلى الجملة: قد أشعبنا الكلام آنفاً في دلالة قاعدة التسبيب والنقاش فيها بما ملخصه: إن الواسطة تارة ملغاة عن الموضوعية، وأخرى وزان السبب وزان الداعي والمشوق إلى صدور العمل، ففي الأول (إعطاء السكين والسلاح لمن لا يعقل وأمره بالقتل) لا إشكال في إسناد الفعل إلى السبب حقيقة. وأمّا في الثاني لم يتأمل أحد في إسناد الفعل إلى

الفاعل المباشر، ففي المقام لا يمكن عدّ البائع سبباً تاماً لغرامة المشتري، فلا وجه لضمان البائع استناداً إلى هذه القاعدة.

ثم إنّ الشيخ رحمه الله بعد نفي صحة الرجوع إلى قاعدة التسبيب (التي حكم في الجوادر مستنداً إليها) قال: «...فلا بد من الرجوع بالأخرة إلى قاعدة الضرر أو الإرجاع المدعى في «الإيضاح»^١ على تقديم السبب إذا كان أقوى، أو بالأخبار الواردة... ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه...» ثم اختار الرجوع^٢.

ولكن قد مر الإشكال سابقاً في الاستناد بقاعدة الضرر مفصلاً وإجماله: أنها قاعدة ثانوية غير مشرعة، بل هي رافعة بالنسبة إلى الأحكام الأولية وليس بمثبتة لحكم آخر، هذا أولاً.

وثانياً: إن الضرر بمعنى النقص في المال أو النفس... وما يدفعه المشتري غرامة عما انتفع به ليس بضرر حتى يرتفع بالقاعدة.
وثالثاً: إن القول برجوع المشتري على البائع ضرر عليه، فيستلزم التعارض.

وأقى الاستناد إلى الإجماع والأخبار الخاصة: فالشيخ رحمه الله نصّ بأنّهما «وإن لم يردا في خصوص المسألة» إلا عدل عن ذلك وقال: بكفاية تحققهما في نظائر المسألة «فإن رجوع آكل طعام الغير إلى من غرّه بدعوى تملّكه وإياحته له مورد الإجماع ظاهراً ورجوع المحكوم عليه

^١. الإيضاح: ٢: ١٩١.

^٢. كتاب المكاسب: ٣: ٥٠٠.

إلى شاهدي الزور مورد الأخبار ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلًا^١ أي عدم الفرق على مورد الإجماع والأخبار وما نحن فيه، أي مسألة رجوع المشتري الجاهل، فكلّ ما اغترمه للملك على البائع الغاصب.

ويمكن أن يضاف إلى الأخبار التي ذكرها الشيخ عليه السلام (من رواية جميل) رواية اسماعيل بن جابر المتقدمة في الحكم بوجوب عهدة الشمن على الذي زوجه بقوله عليه السلام: «كما غر الرجل وخدعه»^٢ فإنّ لسان الدليل لسان العلة وأنّ تقرّر الضمان على الذي زوجه لعلّة الغرور، أي البائع ضامن للمنافع المستوفاة (وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل وخدعه).

وإن أشكل السيد الخوئي بضعف السند (الجهة محمد بن سنان)^٣ والدلالة؛ لاختصاصها بباب النكاح وعدم المجال لعمم الحكم إلى سائر الموارد.

وأمّا السند: فالكلام في محمد بن سنان مختلف وعدّ بعضهم ورميه بالضعف لأجل نسبة الغلوّ إليه، إلّا أنّ هذه النسبة فلأجل ذكر بعض مراتب الأئمة عليهم السلام ومقاماتهم التي يعدّ اليوم من الضروريات في

^١. كتاب المكاسب: ٣-٥٠٠-٥٠١.

^٢. وسائل الشيعة: ٢١، ٢٢٠، أبواب العيوب والتلبيس ب٧ ح١.

^٣. مصباح الفقاهة: ٤-٣٥٥.

المذهب، مضافاً إلى توثيق المفيد^١ والمجلسي^٢ والحرر العاملي^٣ والعلامة (ني الرضاع)^٤.

وأمّا الدلالة، فإنّ ظهورها العرفي من لسان التعليل (كما غرّ الرجل وخدعه) في علية الخديعة والغرور تامّ، فلا يمكن تخصيصه بباب دون باب؛ لأنّ الضمير راجع إلى المغدور، وهكذا رواية رفاعة بن موسى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام^٥ - إلى أن قال: - وسألته عن البرصاء؟ فقال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام^٦ في امرأة زوجها وليتها وهي برصاء أنّ لها المهر بما استحلّ من فرجها، وأنّ المهر على الذي زوجها وإنّما صار عليه المهر؛ لأنّه دلّسها...»^٧.

وهذه الرواية أقوى دلالة من الرواية السابقة (اسماعيل بن جابر) وإن أشكل السيد الخوئي^٨ في دلالتها على غير مورد النكاح باحتمال الخصوصية في المهر واستدعاها الضمان وليس هذه الخصوصية في غير المهر، ولكنّ التعليل يأبى عن التفصيل والقول بثبوت الضمان في مورد وعدم ثبوته في مورد آخر؛ لاستفادة العموم منه.

^١. الإرشاد: ٢٤٨.

^٢. الوجيزة في الرجال: ١٦١.

^٣. وسائل الشيعة: ٣٠: ٤٧٣.

^٤. تذكرة الفقهاء: ١٠: ٣٠٨.

^٥. وسائل الشيعة: ٢١: ٢١٢، أبواب العيوب والتدايس بـ ٢ ح.

^٦. مصباح الفقاهة: ٤: ٣٥٦.

وأماماً الكلام في سندها، فقد أشكل فيه من جهة سهل بن زياد؛ حيث إن النجاشي^١ والشيخ (في رجاله)^٢ وابن الغضائري^٣ ضعفوه؛ لأنّ محمد بن عيسى شهد عليه بالغلو والكذب وأخرجه من قم إلى الري وكان يسكنها

وأماماً من جانب آخر نرى إكثار الرواية عنه في «الكافي» مما يقارب ألفي رواية - كما قيل - ومع أنّ «الكافي» من أصح المجاميع الروائية وصنه الكليني حجّة للطائفة - على ما ذكره في الديباجة - يشكل الحكم والقول باعتماده على «كذاب، ضعيف» هذا مضافاً إلى أنّ عمل «محمد بن عيسى» لا دلالة فيه؛ لأنّه كان متسرّعاً في أحكامه، كما عمل بالنسبة إلى أحمد بن محمد بن خالد البرقي وإخراجه من قم، ثم ندامته على ذلك وإعادته والمشي في جنازته حاسراً حافياً نعم، سلّمنا أنّ سهل بن زياد يروي روايات كثيرة مشتملة على مقامات الأئمة^{الإمامية}.

كانت المقامات في ذلك الزمان بعيدة عن فهم العامة، مع أنها اليوم من ضروريات المذهب، وهذا لا يوجب رمي الرجل بالغلو والكذب ولا سيما بعد صحة المضامين الواردة في زيارة الجامعة وتطابقها مع قواعد الدين وأصول المذهب.

وعلى الجملة: يشكل رمي مثل هذا الرجل بالغلو ولا يبعد القول بأنّ الأمر (في السهل سهل) إلا أن يناقش في إكثار الكليني عنه الرواية

^١. رجال النجاشي: ١٨٥، ٤٩٠.

^٢. الفهرست: ٨٠.

^٣. رجال ابن الغضائري: ٦٦.

ونسبة الاعتماد إليه له: بأنّ بعد التتبع في مظانها نرى أنّ ثبوت الحكم لم يكن مستندًا إلى ما رواه عن «سهل» بل هناك أخبار صحاح أخرى مؤيّدة ومستندة للأحكام المذكورة في روایات السهل، ومع ذلك يشكل القول بأنّ «الأمر في السهل صعب».

وكيف كان يحكم بهذه النصوص وغيرها بثبوت الضمان على البائع في المقام ولا سيّما بعد أنّ الأخبار المذكورة مطلقة غير مقيدة بالضرر لأنّ ما عنونه في النبوية «المغرور يرجع على من غره» وفي الرواية الأولى «غرّ الرجل وخدعه» وفي الرواية الثالثة «لأنّه دلسها»، وكّلها مطلقة شاملة لصورتي الضرار وعدمه، فما أفاده في «الرياض»^١ من منع جريان قاعدة الغرور إذا لم تتطبق مع قاعدة الضرار المفقودة في المقام لوصول «العوض إلى المشتري...» وأيضاً الخسارة والغرامة المدفوعة إلى المالك في مقابل استيفائه بمنافع المبيع مندفعة بما ذكر من إطلاق الأدلة وشمول الإطلاق بالنسبة إلى الضرار وعدمه، فما منعه «الرياض» من منع الكبri الكلية قد اتضح حالها.

وأمّا العدول من منع الكبri (في منع الصغرى من أنّ ما نحن فيه ليست من أفراد الكبri (قاعدة الغرور): حيث إنّ القاعدة جارية لرعاية مصالح المغرور فيما إذا كان الغاز عالماً قاصداً (في المعاملة) تغريه المشتري، وأمّا مع جهله فهي غير جارية، كما أفاده الشيخ: «فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور والموجب للرجوع في باب الإتلاف وإن كان

^١. رياض المسائل ٤٧: ١٤.

غير منقح إلا أنّ المتيقن منه ما كان إتلاف المغدور لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير، بل قصده إلى إتلافه مال نفسه، أو مال من أباح له الإتلاف، فيكون غير قاصلد لإتلاف مال الغير، فيشبه المكره في عدم القصد»^١.

فما يستفاد لزوم التفصيل بينما إذا كان الفضول جاهلاً بكون المال ليس بمال له واعتقد مالكيته وفيما إذا كان عالماً بعدم مالكيته وخدع المشتري وأغراه، فالقاعدة جارية في هذه الصورة دون الصورة الأولى. ومع ذلك كله يشكل الحكم بالضمان استناداً إلى هذه النصوص؛ لأنّها جميعاً واردة في مورد توجّه الضرر على المغدور، وما نحن فيه ليس كذلك، ولا يتوجه العموم في هذه الروايات المشتملة على لفظ الخديعة والغرور والتلليس؛ لأنّها واردة في خصوص الضرر المالي والمنقصة في العرض، هذا أولاً.

وثانياً: خفاء صدق الخديعة في الأخبار التي ظاهرها الإطلاق على المورد الذي لا خسارة فيه، وقد تقرّر في الأصول أنّ الخفاء في الصدق منشأ لانصراف، وإن قلنا بعدم كون الندرة في الوجود منشأ لانصراف المطلق، فالاستدلال بقاعدة الغرور ساقط في المقام.

نعم لا إشكال في اتفاق الأصحاب في ضمان الغاصب فيما إذا غصب مال الغير وجاء به إلى غيره وأكله وأتلفه حتّى إذا كان ذلك الغير شخص

^١. كتاب المكافئات ٥٠١:٣

المالك. ويدلّ عليه النصوص في باب الضمان الظاهرة في أنّ جهل المتألف يوجب ضمان السبب الموقع له في الإتلاف.

منها: ما رواه الحلبـي عن أبي عبدالله علـيـهـالـثـلـاثـةـ قال: سألهـ عن الشـيءـ يوضع على الطـرـيقـ فـتـمـ الدـاـبـةـ فـتـنـفـرـ بـصـاحـبـهـ فـتـعـقـرـهـ؟ـ فـقـالـ:ـ «ـكـلـ شـيءـ يـضـرـ بـطـرـيقـ الـمـسـلـمـينـ فـصـاحـبـهـ ضـامـنـ لـمـاـ يـصـيـبـهـ»ـ^١.

منها: ما رواه بعض أصحابنا عن أبي عبدالله علـيـهـالـثـلـاثـةـ قال: سألهـ عن رجل دخل دارـ رـجـلـ فـوـثـبـ عـلـيـهـ كـلـبـ فـيـ الدـارـ فـعـقـرـهـ،ـ فـقـالـ:ـ «ـإـنـ كـانـ دـعـيـ فـعـلـىـ أـهـلـ الدـارـ أـرـشـ الـخـدـشـ...ـ»ـ^٢.

منها: ما رواه زرارـةـ عن أبي عبدالله علـيـهـالـثـلـاثـةـ قال: قـلـتـ لـهـ:ـ رـجـلـ حـفـرـ بـثـراـ فـيـ غـيرـ مـلـكـهـ فـمـرـ عـلـيـهـاـ رـجـلـ فـوـقـ فـيـهـاـ،ـ فـقـالـ:ـ «ـعـلـيـهـ الضـمـانـ؛ـ لـأـنـ كـلـ مـنـ حـفـرـ فـيـ غـيرـ مـلـكـهـ كـانـ عـلـيـهـ الضـمـانـ»ـ^٣.

وهذه الروايات دالة على ثبوت الضمان وليس الضمان الثابت فيها مستندًا إلى الغرور؛ لأنّ موردها وقوع الغير عن خديعة في خلاف الواقع، كما أنّ الضرر موضوعه الخسارة والنقسان نعم، يكون الضمان مستندًا إلى اليـدـ وإـلـاتـافـ معـ آنـهـ لاـ دـخـلـ لـلـضـرـرـ فـيـهـماـ،ـ وـلـذـلـكـ كـلـهـ لاـ يـبـعـدـ القـوـلـ بـأـنـ الـمـسـتـفـادـ مـنـ هـذـهـ النـصـوـصـ قـاعـدـةـ مـسـتـقـلـةـ (ـكـمـاـ قـيـلـ)ـ وـعـدـمـ كـوـنـ الضـمـانـ مـنـ بـابـ الغـرـورـ.

^١ . وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤٣، أبواب موجبات الضمان ب٩ ح١.

^٢ . وسائل الشيعة ٢٩: ٢٥٤، أبواب موجبات الضمان ب١٧ ح١.

^٣ . وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١، أبواب موجبات الضمان ب٨ ح١.

فبما ذكر ظهر الإشكال في دعوى الشيخ واستناد الحكم إلى قاعدة الغرور، وأمّا قوله عليه السلام: «...فيشبه المكره في عدم القصد...» فلعلّ المراد من وجه الشبه أنّ المغروف والمكره لا يتحقّق منها القصد الطبيعي إلى إتلاف مال الغير، مع أنّهما متغايران موضوعاً وحكمًا؛ لأنّ الموضوع في المغروف لا يكون مال الغير بما هو مال الغير بجهل المغروف، بل هو أراد التصرف والإقدام بالنسبة على مال الغير مع جهله بالخصوصية (أي خصوصية كونها مال غيره) بخلاف المكره، فإنّه يعلم بأنّ الشيء ملك للغير، فإذا قادمه وتصرّفه مع العلم والإرادة عن الإكراه.

وأمّا التغيير في الحكم، فلأنّ المكره يكون كالآللة (ونصّ عليه الشيخ) ولذا يكون المكره ضامناً، بخلاف المغروف، فإنّه هو الضامن ولكنه يرجع على من غرّه، ولذا يكون وجه الشبه ما ذكرناه.

بقي الكلام فيما ذهب إليه من الحكم بالضمان مستنداً إلى قاعدة الغرور في هذا الفرع (ما يغرمه المشتري في مقابل النفع الوacial إلـيه) وأنّها مؤيّدة بقاعدة نفي الضرر، مع أنّه حكم في الفرع السابق «غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع كالنفقة وما صرفه في العمارة وما تلف منه أو ضاع من الغرس والمحفر أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً...»^١ بقاعدة الغرور وقاعدة نفي الضرر، فإنّه عليه السلام حكم في الفرعين بالضمان مع أنّه في الأولى حكم به مستنداً إلى قاعدة الغرور وجعل قاعدة نفي الضرر

^١ . كتاب المكاسب ٤٩٣: ٣.

مؤيّدة له، مع أنه حكم في الثانية مستنداً إلى كلتا القاعدتين، ولعل ذلك أنّ صدق الضرر في الثانية غير خفي، بل هو ظاهر؛ لعدم وصول منفعة إليه، ولذلك علينا أن نتأمل في صدق الضرر (في المقام أي فيما انتفع المشتري) لمنافع العين المعادة إلى مالكها ودفع غرامة المنافع المستوفاة وأنه هل يعدّ المشتري متضرراً أو يصحّ له مطالبة البائع بعوض الثمن والغرامة؟ الظاهر عدم صدق الضرر فيما إذا دفع الغرامة في قبال المنافع المستوفاة، بل أنه ما دفعه متدارك بما انتفع به نعم، سلّمنا أنّ موارد تحقق الضرر مختلفة: تارة تكون المنفعة الحاصلة لها حيّة مالية في قبال بذل المال فإنّ المالك البادل وإن بذل وقد منه مالاً، إلّا أنه يعوّض له مالاً آخرًا، فلا يكون مصداقاً للضرر، وتارة لا يكون العوض مقدّراً بالمال والثمن، بل يكون بإزائها شيء يحكم العرف بتدارك صرف المال بإزائه، كالمبذول في قبال العلاج لتحصيل الصحة، وفي المقام إن لم نقل بوصول المنفعة ولا أقلّ من أنه ضرر متدارك وعلى الأقل يعُد شبهة مفهومية، فلا يتحقق صغرى الضرر ليستلزم جريان قاعدة لا ضرر، بخلاف ما رأاه الشيخ رحمه الله واعتباره هذه الصورة ضرراً، هذا.

مضافاً إلى أنّ في المقام لا حكم شرعي ضرري حتّى نقول برفعه بالقاعدة، ومن المعلوم أنّ القاعدة جارية فيما إذا كان للشارع حكم استوجب إطلاقه إضراراً بمكلّف، كالوضع، فإنّ أصله لا يعدّ ضررياً على المكلّف وإنما إطلاقه الشامل للمريض ضرري، فيرتفع بالقاعدة، ففي ما نحن فيه ليس حكم شرعي ضرري حتّى نقول بكونه مرفوعاً بالقاعدة ولذلك إما لا يكون للشارع حكم في المقام، وإنما حكم بالعدم

(إما الحكم الواقعي وإما الحكم الظاهري) وأماماً بناءً على القول بأنه لا حكم له (أي انتفاء الحكم بالضمان) لم يتحقق ضرر من هذه الجهة، وإن سلمنا تتحقق الضرر فهو ناش من جهة عدم الحكم، مع أنّ القاعدة رافعة للضرر الناشي عن ثبوت الحكم لا من عدمه، ومن هنا يتضح الكلام فيما أفاده المحقق الأصفهاني^١ القائل بأنّ عدم الحكم يتحقق المشتري في المطالبة بخسارة الغرامة المدفوعة يعدّ ضرريراً على المشتري من جهة فضلاً عن تعارضه مع ضمان البائع من جهة أخرى؛ لأنّ حكم الشارع بتضمين البائع ضرري عليه، ولكنه ضرر ناش من الحكم (أي الحكم من الشارع لتضمين البائع ضرري عليه) مع أنّ ضرر المشتري ناش من عدم الحكم ومن المعلوم: أنّ عدم الحكم لا يعدّ حكماً ليتعارض مع ضمان البائع.

وأماماً بناءً على أنّ للشارع حكماً بالعدم، فعليه لا إشكال في جريان القاعدة؛ لعدم الفرق (في جريانها) بين أن يكون سبب حدوث الضرر وجود الحكم أو عدمه، ولذلك لو كان الحكم بالعدم حكماً واقعياً لا شك في تتحقق موضوع القاعدة فيترتّب جريانها.

بقي الكلام في تتحقق موضوع القاعدة لو كان الحكم بالعدم حكماً ظاهرياً، والظاهر جريانها بدعوى: عدم الفرق بين الحكم الواقعي والظاهري وصدق الانتساب إلى الشارع (في الحكم الظاهري) فمتى

١ . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني العليل)، ٣: ٣٨٠

كان الحكم سبباً للضرر فالقاعدة حاكمة عليه (وإن كان الحكم ظاهرياً) فبالنتيجة يكون الحكم بعدم ضمان البائع يستلزم الضرر على المشتري. وبعبارة أخرى: جريان القاعدة رافعة ونافية للبرأة عن الضمان، وهذا بمعنى نفي الحكم الضري ظاهراً «بقاعدة لا ضرر».

والعمدة في المقام: هو البحث عن شمول الحديث للأحكام العدمية كما أنه شامل للأحكام الوجودية (وإن الحديث يوجب التصرف في الأحكام الوجودية وتخصيصها بغير مورد الضرر) فهل يشمل الأحكام العدمية؟ مثال ذلك: «ما إذا حبس حرّاً غير أجير، ففات عليه، فإنّ قواعد الضمان لا تشمل مثل ذلك؛ لعدم كونه إتلاف مال نعم، لو كان المحبوس عبداً أو حرّاً أو أجيراً يكون الحبس إتلافاً لمال المالك والمتأجر، فيكون الحابس ضامناً، وعلى هذا يقال: إنّ عدم الضمان حكم ضري؛ لاستلزمـه الضرر على الحرّ؛ لفوات عملـه، فهل يشملـه الحديث ومقتضاه ثبوت الضمان والتدارك هنا؟ وكذا مثلـه ما لو كان بقاء الزوجة على الزوجية مضرـاً بها وكان الزوج غائـباً، فإنّ عدم كونـ الطلاق بيدـها، أو بـيدـ الحاكم الشرعيـ، أو عـدول المؤمنـين يكونـ ضـريـاً وهـكذا... . فـهـنا يـقـعـ الكلـامـ فيـ شـمـولـ الحديثـ وـثـبـوتـ حقـ الطـلاقـ وكـذاـ ضـمانـ أـجـرـةـ العـملـ.

ذهب السيد عليه السلام في الملحقات^١ بثبوت الحق للحاكم الشرعي - عملاً بعض النصوص و محتجاً لقاعدة نفي الضرر والجرح.

^١. العروة الوثقى: ٦: ١١٥.

إلا أن التحقيق في المقام يقتضي التفصيل المتقدم ذكره من أن عدم الحكم لا يوجب إسناد الضرر إلى الشارع وإنما يتحقق الضرر بالتبسيب إليه وإيجاد ما يستلزم، وأمّا إذا تم الاستناد إلى الحكم الشرعي تكون القاعدة رافعة له، إلا أن برائة ذمة البائع عن الغرامة للمنافع التي استوفاها المشتري يشكل إسنادها إلى الشارع والقول بأن الشارع حكم برائة ذمة البائع وإن تمكّن المشتري من تدارك الخسارة والضرر لو لا هذه البرائة المجعلولة؛ لوضوح الفرق بين الاستناد مباشرة وعدمه، فلذلك يشكل التمسك بقاعدة لا ضرر، أي ضمان المبيع بقيمته الواقعية، فالضمان المسبب عن إقدامه هذا لـما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغیر البائع لا يكون أكثر من ضمان العشرة الزائدة (على الغار) والمشتري وإن أقدم على ذلك، إلا أنه لم يكن مقدماً على الزيادة، بل هو مغرور من قبل البائع الفضولي، هذا أولاً.

وثانياً: «ليس الإقدام على الضمان علة له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان وإن استدلّ به الشيخ^١ وأكثر من تأخر عنه»^٢.

توضيح ما أفاده: إن القاعدة بأن الإقدام سبب للضمان هو الشيخ (الطائفية) والشيخ الأعظم أوضح مراد شيخ الطائفية من الاستدلال بالإقدام (في مبحث مدرك قاعدة ما يضمن) قائلاً: «لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام والدخول

^١. المبسوط ٣: ٨٩ و ٨٥.

^٢. كتاب المكافئ ٣: ٥٠٣.

عليه بيان أن العين والمنفعة الذين تسلّمهمما الشخص لم يتسلّمها مجاناً وتبرّعاً حتّى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالغوض، كما في العملي المتبع به والعين المدفوعة مجاناً أوأمانة، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً (في عرض دليل على اليد) بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال»^١.

فلو حكمنا على البائع بلزم دفع العشرين يستلزم تضرره بالعشرة من دون السبب.

«ومما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في وجه عدم الرجوع من أنّ المشتري إنّما أقدم على ضمان العين وكون تلفها منه كما شأن فاسد كلّ عقد يضمن بصحيحة، ومع الإقدام لا غرور، ولذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن ...»^٢ [١].

[١] وهنا أجاب عن توجيه القول بعدم الرجوع على البائع، بدعوى: أنّ مفهوم الإقدام على الضمان يناقض مفهوم الغرور؛ لأنّ الغرور يصدق إذا لم يكن المشتري هو السبب لضمان نفسه. والإقدام معناه أن يكون هو السبب للضمان فهو متناقضان، ومعنى الشراء هو الإقدام على الضمان فمعه لا معنى للغرور، كما هو شأن فاسد كلّ عقد يضمن بصحيحة وبذلك لو باع لعشرة في معاملة ربوية - مثلاً - فتلف عند المشتري وكانت قيمته يوم التلف عشرين ضمن العشرين لا العشرة

^١. كتاب المكافآت: ٣: ١٩٠.

^٢. كتاب المكافآت: ٣: ٥٠٢.

نعم، يكون الفارق بين الموردين أنّ البائع هناك هو المالك وهنا الفضولي.

إلا أنّ الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام مع فساد العقد وعدم إمضاء الشارع له سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعية، فالمانع من تحقق الغرور وهو الإقدام لم يكن إلا في مقابل الثمن والضمان المسبب (أي الضمان الزائد عن مقدار الثمن أي القيمة الواقعية) عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغريم البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرراً على الغار، فغرامة العشرة الزائدة وإن كانت مسببة عن الإقدام، إلا أنها ليست مقدماً عليها (أي من قبل المشتري الجاهل).

وجوابه: «إن الإقدام إنما كان على ضمانه بالثمن...»^١ ومراده: أنّ المشتري يقدم باشتراكه على ضمان الثمن والشارع بعد حكمه بفساد العقد وعدم امضاءه للعقد جعل إقدامه هذا سبباً للضمان.

«ثم إنّ ما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغره في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما ساوي عشرين بعشرة فتلاف فأخذ منه المالك عشرين، فإنه لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك؛ لأنّه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامه المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامات للثمن لم تنشأ عن كذب

^١. كتاب المكافل ٣: ٥٠٢.

البائع، وأمّا العشرة الزائدة فإنّما جاءت غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور، فوجب الرجوع...»^١ [١]

[١] توضيح ما أفاده الشيخ رحمه الله : إنّه بعد ما اختار القول بأنّه يحقّ للمشتري الجاهل الرجوع على البائع لكلّ ما اغترمه للملك، فهنا تعرّض لبيان القسم الأول من تقسيمه الثلاثي (غرامة المشتري في مقابل زيادة العين، غرامته في مقابل المنافع المستوفاة، غرامته في مقابل النفقات المصروفة على المبيع) : من رجوع المشتري على البائع في العشرين (في مثال المذكور) أو العشرة الزائدة؟ اختار القول بالرجوع إلى العشرة الزائدة؛ معللاً بأنّ اليد وإن كانت سبباً لضمان تمام العشرين والغرور سبب لرجوع المغدور إلى الغار، إلّا أنّ الغرور إنّما كان في المقدار الزائد؛ لأنّ المشتري أقدم على دفع الثمن باختيار منه، لذلك يقول في المقام: وقد ذكرنا في محلّه توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد.

وحاصله: إنّ الإقدام بنفسه ليس دليلاً مستقلاً على الضمان؛ لأنّه ليس من الأسباب الشرعية، وهذا هو مراد شيخ الطائف رحمه الله من قوله: إنّ سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان، وهو معنى رجوع الاستدلال إلى قاعدة اليد، ومقتضى هذه القاعدة «اليد» ضمان نفس المبيع.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٥٠٢.

ثم قال (الشيخ الأعظم رحمه الله): «وكيف كان فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع».^١ ووجه الأولوية واضح؛ لأنّ المشتري هنا متضرر بخلاف المسألة السابقة (الاغترام في قبال المنافع المستوفاة). «هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى».

وجه الأولوية هنا: احتمال صحة نسبة الإقدام إلى المشتري على الضمان (في أصل القيمة) مع أنه في القيمة المتتجددة لم يكن إقدام على الضمان، فالقول بالرجوع هنا أولى «هذا كله فيما يغره المشتري بإزاء نفس العين التالفة».

«...وأماماً ما يغره إزاء أجزاءه التالفة، فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع في أنه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله على ما اختناه، ويجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغره...»^٢ [١].

[١] أفاد رحمه الله بأنّ الكلام في الجزء هو الكلام في الكل، أي يرجع المشتري إلى البائع فيما اغترمه من الزيادة على الثمن فيما يقابل ذلك الجزء ولا أكثر.

وأماماً القول الآخر وهو عدم الرجوع ظهر اندفاعه مما تقدم.

^١. كتاب المكاسب .٥٠٣:٣.

^٢. كتاب المكاسب .٥٠٤-٥٠٣:٣.

«وأمّا ما يغرهه بيازء أو صافه، فإن كان مما لا يقسّط عليه الثمن - كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة كما لو كان عبداً كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت - فالظاهر رجوع المشتري على البائع؛ لأنّه لم يقدم على ضمان ذلك...»^١.

والظاهر أنّ استثناء وصف الصحة من جهة أنّ حكمه حكم تلف الجزء، وأمّا بالنسبة إلى غير هذا الوصف، أي فيما لا يقسّط عليه الثمن فقد حكم برجوع المشتري إلى البائع فيما يغرهه في قبال النقصان؛ لأنّه لم يقسّط الثمن على ذلك الوصف، فلم يصدق إقدام المشتري بضمانه، فيكون مغروراً بكلّ ما اغترمه؛ فله الرجوع إلى البائع الغار.

«ثم إنّ ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرهه إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحًا من غير جهة كون البائع غير المالك، أمّا لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع؛ لأنّ الغرامة لم تجيء من تغريب البائع في دعوى الملكية، وإنّما جاءت من جهة فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامة غاية الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديره صدق البائع وكذبه»^٢.

^١. كتاب المكافأة: ٣: ٥٠٤.

^٢. كتاب المكافأة: ٣: ٥٠٤.

[١] ملخص الكلام في المسألة الثانية «المشتري اغترم للملك غير الثمن» أي مضافاً وزائداً على الثمن المدفوع، بعد تقسيم الشيخ رحمه الله إلى الأقسام الثلاثة (١. بأن تكون الغرامة في قبال زيادة العين، ٢. أن تكون الغرامة في قبال المنافع المستوفاة، ٣. أن تكون الغرامة في مقابل ما لم يحصل له النفع).

واختياره: حق الرجوع إلى البائع في جميع الغرامات المدفوعة إلى المالك عدا قيمة المبيع (العين المشتراء) ومطالبة البائع بمقتضى رواية جميل وأيضاً قاعدة الغرور.

تعرّض الشيخ رحمه الله بعد ذلك كله إلى أن الأحكام المذكورة من ترتّب الضمان وعدمه مرتبطة ومطروحة فيما إذا كان العقد صحيحاً من جميع الجهات عدا كون البائع فضوليًّا، وأمّا في غير هذا المورد مما يكون العقد فاسداً من جهة أخرى، كأن يكون أحد المتابعين غير بالغ أو غير عاقل أو غير مختار، أو كان الثمن مما لا يملكون، (كالكلب والخنزير والحرث) أو كان المبيع مجهولاً أو لم يكن البائع قادرًا على التسليم، فلا مجال للحكم برجوع المشتري على البائع بما اغترمه (عند تلف المبيع) وعلّله: «بأن الغرامة لم تجيء من تغيير البائع في دعوى الملكية وإنما جاءت من جهة فساد البيع» ومن ثم حكم بلزم دفع الثمن إلى البائع (إذا تلف المبيع عند المشتري) والغرامة إذا كان البائع صادقاً في دعواه وأمّا إذا كان كاذباً فيلزم على المشتري دفعهما إلى المالك الأصيل، ولم يبق وجه لتوجيه الضمان (فيما نحن فيه) إلى البائع الفضول (لأنّ الفساد

لم تجيء من ناحية فضولية المعاملة) بل المشتري يده على المبيع ضمانية، وفعل الفضول لا يكون رافعاً للضمان عن يد المشتري، وما هو المؤثر والمجوز لرجوع المشتري إلى البائع هو الغرور، وهو هنا منتفٍ لفساد المعاملة من جهة أخرى.

وقد يوجه كلام الشيخ رحمه الله : بأنّ المعلول يستند إلى ما بالذات، كالقول بأنّ عدم دخول المشترك في المسجد مستنداً إلى شركه لا إلى جنابته. وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ غرامة المشتري مستندة إلى فساد العقد لا إلى تغريب البائع نعم، لا بأس باستناد المعلول إلى العلتين إذا كانتا من سخن واحد كإسناد النجاسة إلى البول والدم، وأمّا إذا كانتا في الطول أُسندت إلى أسبق العلتين، ففي المقام تكون الغرامة مستندة إلى فساد البيع لا إلى البائع الغار؛ لأن الاستناد إليه يتم فيما إذا كان البيع في أصله صحيحًا والله العالم، إلا أن يشكل: يامكان اجتماع الغرور مع فساد البيع والقول بأنّ لكلّ منهما أثره الخاصّ، بمعنى أنّ الغرامة أثر التلف (أي ما يلزم دفعه إلى المالك في مقابل تلف ماله أو منافع العين) ونتيجة الغرور هو رجوع المشتري على البائع فيما دفعه إلى المالك، وهذا لا ينافي فساد البيع، فعلى هذا يحق للمشتري الرجوع على البائع الغار حتى في فرض فساد البيع.