

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره (۴۷)

وإن كان عالماً بالفضولية، فإن كان الثمن باقياً استردّه وفقاً للعلامة^١ وولده^٢ والشهيد^٣ والمحقق الثاني^٤؛ إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً، ومجرد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، ولأنّ الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك - كما هو المشهور - يستلزم تملك المالك للثمن، فإنّ تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة، لأنّ الثمن إنّما ملكه الغير، فيمتنع تحقّق الإجازة، فتأمل^٥. [١]

[١] أقول: ما يظهر من الشيخ^٦ في المقام (صورة علم المشتري بالفضولية) جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضولي (مع بقاء الثمن) في قبال قول القائل (الجواهر كما نسب إليه) من أنّه لا يحقّ للمشتري استرجاع الثمن حتّى لو كان الثمن باقياً، وأيضاً: من قال بقيام الإجماع على أنّه لا يحقّ للمشتري استرجاعه لو كان تالفاً، ولا يخفى أنّه لا يستفاد من هذا الإجماع منع رجوعه بناءً على اعتبار بقاء ملكية المشتري للثمن.

وقد استدلل الشيخ^٧ على دعواه بوجوه ثلاثة:

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

٢ . إيضاح الفوائد ١: ٤١٨، ٤٢١.

٣ . الدروس الشرعية ٣: ١٩٣، اللعة دمشقية: ١١٠، الروضة البهية ٣: ٢٣٤ و ٢٣٥، مسالك الأفهام ٣:

١٦٠ و ١٦١.

٤ . جامع المقاصد ٤: ٧٧.

٥ . كتاب المكاسب ٣: ٤٨٤-٤٨٥.

الأول: وهو ما صرح به من «أنّه لم يحصل من المشتري ما يوجب انتقاله عنه شرعاً» بتوضيح: أنّ دفع الثمن إليه مع العلم بكونه فضولياً ليس من الأسباب المملّكة؛ لأنّ هذه الأسباب معيّنة ومحدودة في الشريعة بالقصد والقهر (كالعقد والحيازة والإرث) وكلّ هذه مفقودة في المقام، فالمال المدفوع باقٍ على ملك المشتري وله الاسترجاع عند وجوده وأخذ بدله إذا أتلّفه.

الثاني: إنّ الحكم بالانتقال إلى البائع بمجرد التسليط منقوض بالبيع الفاسد؛ حيث إنّهُ يتحقّق التسليط من دون تحقّق الملكية؛ لأنّ فيه يسلّط كلّ منهما صاحبه على ماله مع أنّه لكلّ منهما استرداد ماله بالاتفاق من الجميع.

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

وأورد على الوجوه الثلاثة:

وأما على الأول: سلّمنا أنّ التسليط (بما هو) لا يوجب الانتقال، ولكنّه بعد ما إذا كان محفوظاً بالقرينة أو القرائن الموجبة للدلالة على التملك يترتّب عليه الأثر.

والإشكال: إنّ بعد علم المشتري بفضولية البائع لم يتحقّق المعاوضة الموجبة للانتقال إلّا بناءً على تحقّق الهبة المشروطة بالمعوضة، وهي

منتفية بعد كون المثلّم مالاً للغير وهو معلوم للآخذ أو بناءً على الإعراض كما عن «الجواهر» - وهو قد تقدّم عدم كونه من مسقطات الملكية وإن قام الدليل على أنّ الاستيلاء من أسباب الملكية.

وأما على الثاني: فعن المحقّق الأصفهاني رحمته الله: «أنّ التسليط في غير ما نحن فيه بعنوان الوفاء بالمعاملة وحيث لا ملك من قبل المعاملة لفرض فسادها كان التسليط بعدها لغواً بخلاف التسليط هنا، فإنّه ليس بعنوان الوفاء، فإنّ مقتضى الوفاء بالمعاملة مع المالك تسليط المالك لا غيره»^١.

توضيح ما أفاده: إنّ قياس المقام بالبيع الفاسد مع الفارق؛ لأنّ التسليط في البيع الفاسد يكون بمقتضى الوفاء بالعقد وبعد ثبوت البطلان فيه يحقّ له الرجوع، بخلاف ما نحن فيه فإنّه يعدّ من التسليط المجان، فلا يحقّ له الرجوع.

ولعلّ هذا هو ما أورده المحقّق الخوئي وفاقاً لشيخه: «فإنّ في المقبوض بالعقد الفاسد أنّ الشارع قد منع عن مضيّ ذلك العقد وتأثيره في النقل والانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك وحصول الضمان الخاصّ المعاملي، فإذا لم يحصل ذلك الضمان الخاصّ من ناحية عدم إمضاء الشارع، فيكون إقدامهما على الضمان الحقيقي، فيكون كلّ من البائع والمشتري ضامناً لما أخذه من صاحبه، وهذا بخلاف المقام فإنّ دفع المال إلى البائع الفضولي سواء كان غاصباً أو غير غاصب ليس إلّا

^١ . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني رحمته الله) ٢: ٢٨٨.

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

ويمكن الإيراد عليه - كما أورده شيخنا الأستاذ رحمته الله - بصحة القياس وعدم الفارق بين الموردين من أن المشتري في الموردين يدفع الثمن إلى البائع بالتزامه بالعقد لقبض المثلث وإقباض الثمن فلا تسليط مجاني، بل التسليط في كلا الموردين تسليط بعنوان الوفاء.

إلا أن يقال بالفرق فيهما بكون التسليط في البيع الفاسد مع الجهل الفساد وفي المقام بعد فرض العلم بالفضولية.

وأما على الثالث: فإن انتقال الثمن إلى المالك بعد كون الحكم بصحة الفضولي مع إجازة المالك مبني على القول بالكشف، فيكون التسليط من المشتري البائع الفضول على الثمن لغواً، وقد مر سابقاً من الشيخ رحمته الله وغيره أن التسليط (من المشتري) مراعى بعدم إجازة المالك، فهو بعد إجازته مالكا.

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

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ٣٤٢.

تسليط 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 التسليط مجّاناً نعم، يتحقق ذلك في فرض ردّ المعاملة. والظاهر أنّ مراد القائل «بأنّه بناءً على النقل لا يكون التسليط مجّاناً» لعلّه من جهة أنّ التسليط مراعى بحصول الملكية بالإجازة المتأخّرة من المالك، فإن أجاز فيكون الثمن له في مقابل المبيع، وإن لم يجز فيكون للبائع، فيكون التسليط منجزاً لا أنّ التسليط من الأوّل منجز وأنّ المشتري سلّط البائع على ماله منجزاً (هكذا وجه الأمر في كلام السيد الخوئي رحمته الله).^١

«...وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقوامهما العدم؛ لأنّه أكل مال بالباطل، هذا كلّه إذا كان باقياً، وأمّا لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشتري...»^٢. [١]

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

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ٣٤٣.

^٢ . كتاب المكاسب ٣: ٤٨٥.

التجارة ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^١.

وأما وجه القول بجواز التصرف للبائع (عن المحقق النائيني رحمته الله)^٢: هو أنّ البائع إنّما يبيع المال بعنوان أنّه مالك والمشتري يقبل منه لكونه مالكا، لكن التسليط فعل خارجي وهو لا يتعلّق بالعنوان وإنّما يكون للشخص فهو يسلّط البائع على الثمن بداعي الوفاء والتسليط يستتبع جواز التصرف.

ولكنّ الإشكال فيه واضح بعد ما تقدّم من أنّ التسليط لا يوجب الإذن في التصرف؛ لأنّ المفروض (كما صرح في كلامه أنّ المشتري سلّط البائع على ماله بعنوان المعاوضة والمعاملة وصيرة المبيع مالاّ له) وحيث إنّ لم يصّر المثلن بهذه المعاملة مالاّ للمشتري ويبقى له حقّ الرجوع في الثمن المدفوع، لم يبق وجه للقول بجواز تصرف البائع فيما أخذه).

وأما الكلام فيما لو كان الثمن تالفاً بيد البائع الفضولي «فالمعروف عدم رجوع المشتري»، ثمّ حكى عن العلامة وولده... الاتفاق عليه» ووجه القول «بعدم جواز رجوع المشتري في الثمن على البائع الغاصب» ناقلاً التصريح 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 ٢: ٢٦١.

العادية على العين وأنّ من وضع يده على مال غيره فلا بدّ له أن يخرج عن عهده، إلّا أنّ اليد الأمانية (كما في موارد الوديعة والعارية) لا توجب الضمان، ففي المقام يكون التسليط على التصرف في المال وإتلافه له ممّا لا يوجب الضمان بالأولوية، وصرح الشيخ رحمته الله بأنّ «الأول مخصّصة بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه كما في الوديعة أو الانتفاع به كما في العارية أو استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى»^١.

ووجه الأولوية: لعلّه أنّه إذا قلنا في صورة بقاء العين وعدم إعراض صاحب المال عن ماله بعدم كون الآخذ (أي البائع ضامناً ففي صورة فقدان الثمن وتسليط المشتري البائع له مجّاناً وبلا عوض فيكون عدم الضمان بطريق أولى.

«وأما قاعدة الإقدام على الضمان الذي استدلّ به الشيخ^٢ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه...»^٣. [١]

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

١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٨٦.

٢ . المبسوط ٣: ٨٥ و ٨٩.

٣ . كتاب المكاسب ٣: ٤٨٦.

بما علم المشتري أنه ليس ملكاً له»^١ وقد قرّر أنّ ثبوت الضمان موقوف على تحقّق سببه، وفي المقام أنّ جميع أسباب الضمان ساقطة (من اليد، وما يضمن بصحيحه) فلم يبق وجه لاشتغال ذمّة المتبايعين (أي الضمان العقدي) فأصالة البرائة جارية في حقّ البائع الفضولي.

ثمّ أنّ الشيخ رحمته الله تعرّض لبيان الإشكالات الثلاثة والإجابة عنها:

الأوّل: «إن قلت: تسلّطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه ولو عدواناً على كونه ملكاً له، ولولا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة - كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه - فهو إنّما سلّطه على وجه يضمنه بماله فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثلث عدواناً لا يقدح في التضمن الحقيقي بماله...»^٢.

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

سلّمنا أنّ المعاملة الفضولية غير واجدة للصحة الفعلية إلّا أنّها واجدة للصحة التأهيلية وأنّ صحتها موقوفة على حقوق الإجازة، فالفضول وإن لم يكن مالكاً حقيقة، إلّا أنّه لا إشكال في كونه مالكاً ادعاءً، وبهذا الفرض صحّحنا قابلية المعاملة في البيع الفضولي، والمشتري يدفع إليه باعتبار مالكيته للمبيع وتسلّطه عليه في مقابل المبيع الذي يملكه وهذا

١. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٧.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٧ و ٤٨٨.

هو المراد من التضمنين فثبت الضمان بقاعدتي اليد والإقدام، فيحق له استرجاع الثمن ولو في صورة التلف؛ لوجود الملازمة بين البيع والتضمنين.

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

توضيح ما أفاده: لا إشكال في أنّ المعاوضة متحققة بإنشائها وهي التي تثبت بها قابلية لحق الإجازة، إلا أنّ الضمان بمعنى كون الشيء في عهدة الضامن، وخسارته عليه ثابتة في المعاملة الواقعة بين المالكين الحقيقيين، فإذا لم يكن المبيع ملكاً للبائع حقيقة ولا ادعاءً بعد كون المشتري عالماً بالواقع لم يتحقق الضمان بصرف إقدام البائع على أخذ مال المشتري باختياره وتسليطه له عليه، بخلاف بيع الغاصب، فإنه بعد ادعائه المالكية له المالكية العنائية، ولكنّ المبادلة الحقيقية واقعة بين المالكين الحقيقيين.

وحاصل كلامه (في الجواب): سلّمنا تحقق المعاوضة الإنشائية في المعاملات الفضولية ولكنّ الضمان مترتب على المعاوضة الحقيقية (الواقعة بين المالكين) وفي المقام يكون المفروض عدم تحققها؛ لأنّ المشتري بعد علمه بالفضولية لم يضمّنه، فلا يحق له استرجاع الثمن،

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٨٨.

والشيخ رحمته الله في نهاية كلامه صرح: «بأنه لا تضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن»^١.

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

ثم أجاب بوجود الفارق بين الصورتين وهو يقتضي التفكيك بينهما في الحكم أيضاً قائلاً: لأن «رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف 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 التضمن؛ لأنه إنما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكاً له وصيرورته مباحاً له بتسليطه عليه، وهذا مفقود فيما نحن فيه؛ لأن طيب النفس بالتصرف والإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل...»^٢.

وحاصل كلامه (كما في بيان السيد الخوئي رحمته الله): إن التضمن 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 يمسّ الشارع الضمان الخاصّ العقدي، فيكون أصل الضمان

١. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٨.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٨٨.

بالإقدام باقياً على حاله «لقاعدة الإقدام» أو «لقاعدة اليد» من دون أن يكون هنا تسليم وتسليم مجّاني، وهذا بخلافه هنا، فإنّ التسليط إنّما هو تسليط مجّاني وليس إلّا كتسليط ثالث عليه وإعطائه له، فلا ضمان هنا بوجه...»^١.

وخلاصة الكلام في بيان الفارق بين المقامين: إنّ المشتري (في العقد الفاسد) كان معتقداً لملك البائع للمبيع، فأقدم على الشراء، ثم انكشف خلافه، فأقدامه 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.

ثمّ إنّّه بعد أن أثبت عدم الضمان وأنّه لا تضمين حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن قال ﷺ: «ومما ذكرنا يظهر - أيضاً - فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد؛ حيث إنّّه ضمّن البائع بما يعلم أنّه لا يضمن الثمن به وكذا البائع مع علمه بالفساد ضمّن المشتري بما يعلم أنّ المشتري لا يضمن به، فكأنّه لم يضمنه بشيء...»^٢. «وهذا هو الإشكال الثالث». والنقض للمقام والبيع الفاسدة مع أنّ التسليط فيها موجب للتضمين على رغم بطلان العقد وفساده.

١ . مصباح الفقاهة ٤: ٣٤٦.

٢ . كتاب المكاسب ٣: ٤٨٩.

قال عليه السلام: «وجه الفساد أنّ التضمين الحقيقي حاصل هنا؛ لأنّ المضمون به مال الضامن، غاية الأمر أنّ فساد العقد مانع عن مضيّ هذا الضمان والتضمين في نظر الشارع؛ لأنّ المفروض فساد، فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجّاني أو استئمان عن مالكة موجباً لضمّانه - على الخلاف في مدرك الضمان في «فاسد ما يضمن بصحيحه» - وشيء منهما غير موجود فيما نحن فيه كما أوضحناه بما لا مزيد عليه.

وحاصله: إنّ دفع المال إلى الغاصب ليس إلّا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكاً للمبيع وتسليطه على إتلافه في أنّ ردّ المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث».

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

١ . شرح القواعد (مخطوط): ٦٨ .

٢ . كتاب المكاسب ٣: ٤٩٠ .

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

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

بقي الكلام في أنّ مستند المشهور وتبعية الشيخ رحمته الله في الحكم بعدم الضمان إن كان لعدم كفاية «قاعدة الإقدام» من حيث إنّ البائع الفضولي والمشتري العالم لم يقدم على التضمين، فهو تامّ لا نقاش فيه. وأمّا إذا كان المستند هو قاعدة اليد، فهي أيضاً إذا كان مستندها السيرة فهي أيضاً قاصرة عن إثبات الضمان في عهدة البائع وتضمّنه بعد كون المشتري عالماً بفضولية البائع الغاصب ولكون يده حينئذٍ يد عدوانية وتسلّط المشتري البائع على ماله من دون تعليق على إجازة المالك، فالسيرة هنا إمّا مقطوع العدم أو مشكوك الوجود.

وأما إذا كان المستند للحكم هو قاعدة اليد المستندة إلى الرواية النبوية صلّى الله عليه وآله «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»^١ فإطلاقها يقتضي الشمول لكلّ يد عادية على مال الغير من دون إجازة مالكه (أو الشارع) إلّا أنّ الرواية مخصّصة بالنسبة إلى موارد إقدام صاحب المال على إسقاط حرمة ماله ببذله للغير من دون أن يضمّنه بشيء، كما إذا قال للغير: «ألق متاعي في البحر ولا ضمان عليك، وفي ما نحن فيه هل هو كذلك، أو

^١ . مستدرک الوسائل ١: ٨، كتاب الوديعة ب ٧ ح ١٢.

أنّه لم يسلّطه على ماله من دون تضمين (وإن علمه بكونه غاصباً أو فضولاً) وإنّما سلّطه في قبال أخذ المثلّث. فيكون تسليطه عوضاً عمّا يأخذه منه فلذا يشكل الحكم بكون الدليل مخصّصاً بالنسبة إليه، وعند الشك إمّا يكون إطلاق الخبر محكّماً، فيدلّ على ثبوت الضمان، وإمّا يكون من موارد الترديد بين الأقلّ والأكثر، فيندرج في صغرى التمسك بعموم العامّ مع إجمال المخصّص المنفصل، فالمتيقّن من تخصيص القاعدة هو ما إذا كان التسليط فيه بغير عنوان العوض، فيبقى مرجعية عموم القاعدة والحكم بالضمان.

ثمّ إنّ الشيخ رحمته الله عدل عما أفاد من الحكم بعدم الضمان في المقام وقال بثبوت الضمان؛ معللاً بأنّ الضمان مقتضى إطلاق قولهم: «إنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» فيما أنّ البيع الصحيح يقتضي الضمان بفساده كذلك، ومن البديهي أنّ البيع الفضولي بعد رده من المالك الأصيل يكون فاسداً، فيكون مضموناً، كما أنّ صحيحه مضموناً فتشمله القاعدة «كلّ عقد....».

ثمّ إنّّه بعد تعريضه على قول المشهور (من عدم الضمان) بأنّ مستندهم لا يخلو من غموض أيّد عدوله عما اختارهم وما اختاره أولاً بما دلّ من الأخبار على كون «ثمن الكلب أو الخمر سحتاً» حيث إنّ مقتضى كون الشيء سحتاً عدم جواز التصرف فيه، ولازم هذا هو الضمان عند تلفه.

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

ثم قال: «ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع 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»: «بأن هذا من عجائب المصنف، فإنه ليس هنا شيء من أسباب الضمان فإنَّ البائع وإن أخذ الثمن من المشتري وتلف عنده ولكن ليست يده يد إتلاف هنا - كما صرح به (وقال: وتلف) - مع ذكره الإتلاف بعده، وإنما تلف عنده بتلف سماوي بلا تفریط من البائع، فلا موجب للضمان لكون البائع أميناً في إيصاله إلى البائع فقط»^٢.

ثم إنَّ الشيخ رحمته 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 تسليط إلا بالعقد، والتسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان، ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف

١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٩١ - ٤٩٢.

٢ . مصباح الفقاهة ٤: ٣٤٩.

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

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

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

ثمّ ذكر الأمر الرابع قائلاً: «ولو كان الثمن كلياً فدفّع إليه المشتري بعض أفرادها فالظاهر عدم الرجوع لأنّه كالثمن المعنى في تسليطه عليه مجاناً...»

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

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

١. كتاب المكاسب ٣: ٤٩٢.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

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

وبالجملة: يكون الكلام والبحث في حق المشتري بالرجوع إلى البائع الفضولي ومطالبته ببذل الغرامة التي يدفعها إلى المالك. والغرامة المدفوعة منقسمة إلى أقسام في كلام الشيخ رحمته الله:

الأول: «إمّا أن يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين والثلث عشرة...».

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

الثاني: «وإمّا أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار ووطء الجارية واللبن والصوف والثمرة...» فيما إذا أخذ المالك العين المشتراة أو المستأجرة بالفضولية وإجارتها، فهل للمشتري أن يرجع إلى البائع في تلك المنافع أيضاً أم لا؟

الثالث: «وإمّا أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة وما صرفه في العمارة وما تلف منه، أو ضاع من الغرس والحفر، أو

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.

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

وهكذا الكلام بالنسبة إلى المنافع الغير المستوفاة

ثم قال عليه السلام: «ثم المشتري إن كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد؛ لعدم الدليل عليه، وإن 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 وأنّ تسليطه على الثمن يعدّ إتلافاً بماله؛ لأنّ الحكم بالضمان يحتاج إلى الدليل والسبب وهو مفقود.

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

منها: عدم الخلاف أو الإجماع.

منها: قاعدة الإتلاف والتسبيب.

منها: قاعدة لا ضرر.

ومنها: الأخبار الخاصة، وأيضاً قاعدة الغرور.

أما الإجماع: يشكل الاعتماد عليه، لاحتمال كونه مستنداً إلى الوجوه المذكورة، مضافاً إلى أنّه دعوى تحصيله في غاية البعد.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

وأما قاعدة الإتلاف والتسبيب: بدعوى: أنَّهما تدلان على ضمان من كان سبباً في إتلاف مال غيره، وفي المقام لا إشكال في استناد الإتلاف إلى البائع الفضول؛ لأنَّه هو السبب في جميع ما صرفه المشتري غرامة في الموارد الأربعة؛ حيث إنَّه من تسبَّب في وقوع أمر فهو أولى بانتساب المسبَّب إليه.

والإشكال: إنَّا سلَّمنا دلالة قاعدة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» على ضمان من كان استناد التلف إليه حقيقياً، ولكنَّ تمامية هذا الاستناد في المقام غير تام؛ لأنَّ المشتري هو الذي صرف ماله في الموارد من دون إكراه وإجبار وينسب التلف إليه حقيقة بعد ذلك دون البائع نعم، إسناده إلى البائع مجازاً لا بأس به.

وأما قاعدة التسبيب: فالمشكلة فيها: أنَّ التسبيب يتحقَّق تارة على نحو يكون الوساطة ملغاة عن الموضوعية وخارجاً عن الاستدلال. وأخرى يكون وزان السبب وزان الداعي والمشوَّق إلى صدور العمل فقط.

ومثال الأوَّل: من أعطى السكِّين لمن لا يعقل، كالصبي والمجنون وأمره بإدخاله في جوف الشخص، فهنا لا إشكال في إسناد الفعل إليه حقيقة (أي إلى السبب) ولا اعتبار بالوساطة ويعامل معه معاملة القائل في أخذ الدية (لأقوائية السبب من المباشر).

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

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

ولزيادة التوضيح نقول: إنّهُ على مسلك الشيخ الأعظم رحمته الله أنّ الحديث ينفي الحكم الشرعي الضري وتبعه على ذلك المحقّق النائيني رحمته الله^١، والمحقّق الآخوند رحمته الله^٢ يقول بأنّ نفي الحكم بلسان نفي الموضوع بتوجيه: إنّ النفي التشريعي لا بدّ من أن يتعلّق بالحكم؛ لأنّه الذي وضعه ورفع به بيد الشارع.

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

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

١. المكاسب و البيع ٢: ٢٧٤.

٢. حاشية المكاسب (للآخوند رحمته الله): ١٨٩.

وهذا واضح بعد كون القاعدة من الأحكام الثانوية وأنّها حاکمة ورافعة بالنسبة إلى الأحكام الأولى، 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، فإثبات التدارك بها هو التشريع. ومع التّنزّل والقول بأنّها تثبت الضمان من الشارع يستلزم تراحم الضررين؛ لأنّ رفع الضرر عن المشتري يستلزم وضعه على البائع الفضول، وهذا يخالف امتنانية القاعدة نعم، لا يبعد تقديم جانب المشتري على البائع لجهله وعلم البائع بالفضولية أو الغصب، إلّا أنّ إثبات الحكم ولزوم التدارك بالقاعدة مشكل جداً بعد عدم كون البائع هو السبب والموقع للمشتري في الضرر نعم، سلّمنا كونه معدّاً، إلّا أنّ الاستناد إلى المعدّ والقول بضمانه أوّل الكلام، كما مرّ.

وأما قاعدة الغرور، فهذه القاعدة حديث مرسل نبويّ، إلّا أن القول بانجبارها: بعمل المشهور وإمكان الاستناد إليها بعد جبرها و صيرورتها حجة - بناءً على القول به - مشكل؛ لأنّ المشهور استندوا في فتاويهم بقاعدة السبب، وكذا الضرر، وأيضاً الروايات الخاصّة التي سنبحث عنها. نعم، لا يبعد احتمال القاعدة متصدّية من النصوص الواردة في موارد خاصّة وصدقها حتى مع عدم العمد وانطباق عنوان الخادع الضامن للضرر المخدوع.

ومنها: ما رواه الكافي... عن أحدهما عليه السلام قال في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل: «ضمنوا ما شهدوا به وغرموا...»^١.

ومثلها في باب الشهادات^٢.

وأيضاً ما وردت في أبواب العيوب والتدليس.

منها: اسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها، فقيل: هي ابنة فلان فأتى أباه. فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها، فولدت منه، فعلم بها بعد أنّها غير ابنته وأنّها أمة؟ قال عليه السلام: «تردّ الوليدة على مواليتها، والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه»^٣.

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

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

١ . وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٦، كتاب الشهادات ب ١٠ ح ١.

٢ . وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٧، كتاب الشهادات ب ١١.

٣ . وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٠، أبواب العيوب والتدليس ب ٧ ح ١.

٤ . وسائل الشيعة ٢١: ٢١٣، أبواب العيوب والتدليس ب ٢ ح ٥.

٥ . وسائل الشيعة ٢١: ٢١٤، أبواب العيوب والتدليس ب ٢ ح ٧.

وأما الحكم بالضمان فيمن لم يكن ملتفتاً للمخالفة بين ظاهر حال الشيء والواقع للضرر الذي وقع فيه المشتري (كما لو باع معتقداً بكون المال ملكاً له واشتره 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 التعرّض للأخبار الخاصة التي استدلل بها في المقام (كما أفاده الشيخ رحمته الله).

أما الأخبار الخاصة: فقد استدلل إلى (ظاهر رواية جميل أو فحواها) وهي صحيحة جميل بن درّاج - عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولدها، ثم يجيء مستحقّ الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحقّ ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»^١.

استدلّ بها الشيخ رحمته الله بتقريب: أنّ حرّية ولد المشتري إمّا أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، مع أنّ في توصيف قيمة الولد بأنّها أخذت منه نوع إشعار بعليّة الحكم فيطرد في سائر ما أخذ منه...»^٢.

توضيح ما أفاده في مقام التعليل وكيفية الاستدلال بالرواية على الضمان: أنّه تارة نقول: بأنّ حرّية الولد تعدّ نفعاً للمشتري، وتارة نقول:

^١. وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٥، أبواب نكاح العبد والإماء ب ٨٨ ح ٥.

^٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٩٤-٤٩٥.

بأنّه لا يعدّ نفعاً له، وعلى كلا التقديرين يثبت الضمان على البائع، أمّا على الأوّل فتكون الدلالة بالفحوى، وعلى الثاني بظاهر الرواية. وأمّا كيفية الثبوت بالفحوى: أنّه على القول بأنّ حرّية الولد تعدّ نفعاً للمشتري وجواز الرجوع له على البائع كما في القسم الثاني من تقسيم الشيخ رحمته الله (إنّ ما اغترمه ... في مقابل ما استوفاه المشتري لسكنى الدار ووطء الجارية و...) هذه الرواية مروية بسند صحيح (عن الشيخ) عن معاوية بن حكيم، عن محمد بن أبي عمير، عن جميل...، وأيضاً روى الجميل رسالة عن بعض أصحابنا، ولذلك نوقش فيهما من جهة احتمال اتحادهما واحتمال كون الإرسال مضرّاً لصحة الأولى، والظاهر أنّ الجميل من أصحاب الإجماع ولا يضرّ إرساله، فبالأولوية يحقّ للمشتري الرجوع فيما إذا لم تعدّ حرّية 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.

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

١ . وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٨٨ ح ٣.

٢ . كتاب المكاسب ٣: ٩٣.

٣ . كتاب المكاسب ٣: ٩٥.

بتوضيح: أنّ تعليق الحكم بالوصف مشعر بعليّته له (كما في الحكم بوجوب إكرام العالم يشعر بعليّته بوجوب الإكرام) وفي المقام علّق الإمام عليه السلام حكم رجوع المشتري على البائع بقيمة الولد التي أخذت منه بمعنى أنّ علّة الرجوع هو أخذ القيمة منه، وهذا يشمل ويطرّد في كلّ ما أخذ من المشتري بناءً على القول بكون «تعليق الحكم مشعر بالعليّة».

أقول: من المعلوم أنّ تمامية هذا الاستدلال موقوف على القول بوجود المفهوم للوصف وإنتفاء الحكم عند انتفاء الوصف وأصالة الاحترازية في القيود وأنّ الأوصاف مشعر بالعليّة، ولكن قد حقّق في الأصول عدم ثبوت المفهوم للوصف وما استدلّ به من دفع بعدم انحصار الفائدة في رجوعه إلى الحكم، بل يكفي تحديد موضوع الحكم به، والاحترازية متحقّقة بتضييق دائرة الموضوع وكفى، والإشعار بالعليّة ثابت إذا وصل إلى حدّ الظهور، هذا مع أنّ الاستناد والاستدلال بهذه الرواية لثبوت الضمان في مطلق الغرامة متوقّف 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 فوّت على المالك هذه المنفعة واستولدها وولد الحرّ حرّاً، فعليه أن يدفع قيمة الولد، أي غرامة المنفعة التي فوّتها على المالك. وأمّا بناءً على القول بأنّ الحكم الصادر فيها حكم تعبّدي بضمان ذمة البائع؛ لأنّ الوليدة حرّ ولا عوض للحرّ ولا يبذل بإزائه المال، وفي خصوص المورد حكم الشارع بالضمان، فهذا حكم تعبّدي وليس بحكم عامّ مبّتن على القواعد حتّى يمكن القول بتسريته لمطلق المنافع.

أما الرواية الثانية: قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولدها، ثم يجيء الرجل، فيقيم البيّنة على أنّها جاريته لم تبع ولم توهب، فقال: «يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع» قال: كان معناه قيمة الولد^١.

والمستفاد من تفسير زرارة: أنّ الامام عليه السلام وصف قيمة الولد بالانتفاع ودلالتها على ضمان مطلق المنافع تامّة ويحقّ للمشتري على البائع الفضول مطالبة الغرامة والخسارة منه.

وذهب «الحدائق»^٢ إلى جواز رجوع المشتري على البائع بالثمن فقط دون ما اغترمه المشتري في قبال المنافع المستوفاة وغيرها وأنّه ليس له الرجوع فيها على البائع واستدلّ على ذلك برواية رزيق وأضاف الشيخ عليه السلام رواية زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثمّ إنّ أباه يزعم أنّها له وأقام على ذلك البيّنة، قال عليه السلام: «يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»^٣.

وهكذا رواية رزيق^٤ الدالّة على رجوع المالك إلى المشتري وساکتة عن رجوع المشتري إلى البائع مع كون الإمام عليه السلام في مقام البيان

١ . وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٨٨ ح ٢.

٢ . الحدائق الناضرة ١٨: ٣٩٣ و ٣٩٤.

٣ . وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٤، أبواب نكاح العبيد والإماء ب ٨٨ ح ٤.

٤ . وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٠، أبواب عقد البيع ب ٣ ح ١.

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

وأورد الشيخ رحمته الله على صاحب الحقائق رحمته الله بقوله: «وفيه - مع أنّا نمنع ورودها إلا في مقام حكم المشتري مع المالك -: إنّ السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أنّ رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع، مع أنّ البائع في قضية رزيق هو القاضي، فإن كان قضائه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم؛ لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غارماً من جهة حكمه على طبق البيّنة المأمور بالعمل بها، وإن كان قضائه باطلاً - كما هو الظاهر - فالظاهر علم المشتري بطلان قضاء المخالف وتصرفه في أمور المسلمين فهو عالم بفساد البيع، فلا رجوع له...»^١.

أقول: إنّ الشيخ ردّ كلام الحقائق بوجوه أربعة:

الأوّل: إنّ الخبر وارد في مقام بيان وظيفة المشتري مع المالك دون بيان حكمه ووظيفته مع البائع، كما أنّ رواية زرارة أيضاً واردة في بيان الوظيفة للمالك في رجوعه إلى المشتري فقط ولا أكثر.

الثاني: ومع التنزّل والقول بورود الخبر في بيان الوظيفة وتعيين التكليف لهما أنّ سكوت الإمام عليه السلام في مقام البيان في هاتين الروايتين لا يعارض الدليل (رواية جميل ورواية زرارة) الدالّ على رجوع المشتري

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٩٧-٤٩٨.

على البائع لكل ما اغترمه؛ لأنّ المعارضة متحققة فيما إذا كان أحد الدليلين مثبتاً والآخر نافياً وليس معنى السكوت في الدليل نفي ما أثبتته الدليل الآخر.

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

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

وأما بناءً على بطلان قضائه (كما هو الظاهر من أنّه 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 وتسليطه يعدّ إتلافاً (هذا كلّّه بالنسبة إلى القسم الثالث من الغرامة في مقابل ما لا يعدّ نفعاً كالنفقة وما صرفه في العمارة... أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً).

وأما الثاني: وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء، ففي الرجوع بها خلاف، أقواها الرجوع وفاقاً للمحكي عن المبسوط^١؛ لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً فيمن قدّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله. وتؤيّد قاعدة نفي الضرر، فإنّ تقديم من أقدم على

^١ . حكاة العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٩ و ٦: ٣٠١.

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

[١] استدلل في المقام وأنه يحق للمشتري الرجوع بوجوه:

منها: قاعدة الغرور المستفاد اتفاقهم عليها في بيان الحكم «لمن قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله، فإنهم اتفقوا على ضمان من قدم؛ معللاً لقاعدة الغرور.

منها: قاعدة الضرر؛ بداهة أن 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) أما بالنسبة إلى الأولى: بأنها مبنية على جريان الضرر، ومدخلية قاعدة نفي الضرر في تحقق الغرور والضرر مفقود في المقام؛ لوصول العوض إلى المشتري، فالقاعدة الثانية منتفية.

وأشكل الشيخ رحمته الله على «الرياض»: بأن قوله لا يخلو من شيء، ولعل مراده ما تقدم منه: من أنه من أقدم على إتلاف شيء مجاناً وبلا عوض بتغريير من شخص آخر (بأن يقول له: هذا مالي فكله أو تصرف فيه) ثم

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٩٨-٤٩٩.

^٢ . الرياض ٢: ٣٠٧.

تبيّن بمجيء صاحبه وأخذ المال والغرامة، فهو متضرّر بدفع المال وتحملّ الغرامة للمالك، فلا إشكال في ثبوت القاعدتين.

وأشكل في «الجواهر»^١: بأنّ قاعدة الغرور مبنية على قوّة السبب على المباشر وإن لم يكن للضرر دخل في الغرور، فكأنّه حمل كلام «الرياض» على كون قاعدة الغرور من صغريات قاعدة الضرر ودفعه بعد مدخلية الضرر فيها وأنّها مبنية على قوّة السبب على المباشر في فرض جهل المشتري بغصيبة المبيع وأنّ الغار هو السبب للإتلاف، فلا إشكال في الحكم بتوجّه الضمان إليه.

وأورد على «الجواهر» (في بيان الشيخ رحمته الله) «...لكنّه لا يخلو من نظر؛ لأنّه (الرياض) إنّما يدّعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصّة والإجماع بصورة الضرر، وأمّا قوّة السبب على المباشر فليست بنفسها ودليلاً على رجوع المغرور...»^٢.

وحاصله: إنّ الرياض لا يقول ولا يدّعى ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة الضرر حتّى يرد عليه ما أفاد في «الجواهر» بل المدّعى في كلامه ابتناء القاعدة على النصوص والإجماع.

«وأمّا قوّة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور إلّا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه كما في المكروه...» [١].

١. جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٩٩-٥٠٠.

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

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

وأما في غير مثل هذا السبب الوحيد في الإيجاد، فالحكم بثبوت الضمان يحتاج إلى دليل كالرجوع إلى قاعدة لا ضرر... والأخبار الواردة في سببية الغازّ في تعزيم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته.

وعلى الجملة: قد أشبعنا الكلام آنفاً في دلالة قاعدة التسييب والنقاش فيها بما ملخصه: إن الوساطة تارة ملغاة عن الموضوعية، وأخرى وزان السبب وزان الداعي والمشوّق إلى صدور العمل، ففي الأوّل (إعطاء السكّين والسلاح لمن لا يعقل وأمره بالقتل) لا إشكال في إسناد الفعل إلى السبب حقيقة. وأما في الثاني لم يتأمّل 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 رحمته الله بعد نفي صحة الرجوع إلى قاعدة التسبب (التي حكم في الجواهر مستنداً إليها) قال: «... فلا بدّ 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.

ولكنّ قد مرّ الإشكال سابقاً في الاستناد بقاعدة الضرر مفصلاً وإجماله: أنّها قاعدة ثانوية غير مشرّعة، بل هي رافعة بالنسبة إلى الأحكام الأولى وليست بمثبتة لحكم آخر، هذا أولاً.

وثانياً: إنّ الضرر بمعنى النقص في المال أو النفس... وما يدفعه المشتري غرامة عما انتفع به ليس بضرر حتّى يرتفع بالقاعدة.

وثالثاً: إنّ القول برجوع المشتري على البائع ضرر عليه، فيستلزم التعارض.

وأما الاستناد إلى الإجماع والأخبار الخاصّة: فالشيخ رحمته الله نصّ بأنّهما «وإن لم يردا في خصوص المسألة» إلّا عدل عن ذلك وقال: بكفاية تحقّقهما في نظائر المسألة «فإنّ رجوع آكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه وإباحته 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 أصلاً^١ أي عدم الفرق على مورد الإجماع والأخبار وما نحن فيه، أي مسألة رجوع المشتري الجاهل، فكل ما اغترمه للمالك على البائع الغاصب.

ويمكن أن يضاف إلى الأخبار التي ذكرها الشيخ رحمته الله (من رواية جميل) رواية اسماعيل بن جابر المتقدمة في الحكم بوجوب عهدة الثمن على الذي زوجه بقوله عليه السلام: «كما غرّ الرجل وخذعه»^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 غرّ الرجل وخذعه).

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

وأما السند: فالكلام في محمد بن سنان مختلف وعدّ بعضهم ورميه بالضعف لأجل نسبة الغلوّ إليه، إلّا أنّ هذه النسبة فلاجل 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 والتدليس ب٧ ح ١.

٣. مصباح الفقاهة ٤: ٣٥٥.

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

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

وهذه الرواية أقوى دلالة من الرواية السابقة (اسماعيل بن جابر) وإن أشكل السيد الخوئي رحمه الله في دلالتها على غير مورد النكاح باحتمال الخصوصية في المهر واستدعائها الضمان وليست 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 ٢: ٢٤٨.

٢ . الوجيزة في الرجال: ١٦١.

٣ . وسائل الشيعة ٣٠: ٤٧٣.

٤ . تذكرة الفقهاء ١٠: ٣٠٨.

٥ . وسائل الشيعة ٢١: ٢١٢، أبواب العيوب والتدليس ب ٢ ح ٢.

٦ . مصباح الفقاهة ٤: ٣٥٦.

وأما الكلام في سندها، فقد أشكل فيه من جهة سهل بن زياد؛ حيث إنَّ النجاشي^١ والشيخ^٢ (في رجاله)^٣ وابن الغضائري^٣ ضعّفوه؛ لأنَّ محمد بن عيسى شهد عليه بالغلوّ والكذب وأخرجه من قم إلى الريّ وكان يسكنها و... .

وأما من جانب آخر نرى إكثار الرواية عنه في «الكافي» مما يقارب ألفي رواية - كما قيل - ومع أنّ «الكافي» من أصحّ المجاميع الروائية وصنّفه الكليني حجةً 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 عليهم السلام كانت المقامات في ذلك الزمان بعيدة عن فهم العامة، مع أنّها اليوم من ضروريات المذهب، وهذا لا يوجب رمي الرجل بالغلوّ والكذب ولا سيّما بعد صحة المضامين الواردة في زيارة الجامعة وتطابقها مع قواعد الدين وأصول المذهب.

وعلى الجملة: يشكل رمي مثل هذا الرجل بالغلوّ ولا يبعد القول بأنّ الأمر (في السهل سهل) إلّا 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 مظانّها نرى أنّ ثبوت الحكم لم يكن مستنداً إلى ما رواه عن «سهل» بل هناك أخبار صحاح أخرى مؤيدة ومستندة للأحكام المذكورة في روايات 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 دلّسها»، وكلّها مطلقة شاملة لصورتي الضرر وعدمه، فما أفاده في «الرياض»^١ من منع جريان قاعدة الغرور إذا لم تنطبق مع قاعدة الضرر المفقودة في المقام لوصول «العوض إلى المشتري...» وأيضاً الخسارة والغرامة المدفوعة إلى المالك في مقابل استيفائه بمنافع المبيع مندفعة بما ذكر من إطلاق الأدلّة وشمول الإطلاق بالنسبة إلى الضرر وعدمه، فما منعه «الرياض» من منع الكبرى الكلية قد اتضح حالها.

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

^١ . رياض المسائل ١٤ : ٤٧ .

غير منقّح إلا أنّ المتيقّن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير، بل قصده إلى إتلافه مال نفسه، أو مال من أباح له الإتلاف، فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير، فيشبهه 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 كلّه يشكل الحكم بالضمان استناداً إلى هذه النصوص؛ لأنّها جميعاً واردة في مورد توجّه الضرر على المغرور، وما نحن فيه ليس كذلك، ولا يتوهم العموم في هذه الروايات المشتملة على لفظ الخديعة والغرور والتدليس؛ 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 للانصراف، 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 المكاسب ٣: ٥٠١.

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

منها: ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمرّ الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: «كلّ شيء يضّرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»^١.

منها: ما رواه بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل دخل دار رجل فوثب عليه كلب في الدار فعقره، فقال: «إن كان دعي فعلى أهل الدار أرش الخدش...»^٢.

منها: ما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل حفر بئراً في غير ملكه فمرّ عليها رجل فوقع فيها، فقال: «عليه الضمان؛ لأنّ كلّ من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان»^٣.

وهذه الروايات دالة على ثبوت الضمان وليس الضمان الثابت فيها مستنداً إلى الغرور؛ لأنّ موردّها وقوع الغير عن خديعة في خلاف الواقع، كما أنّ الضرر موضوعه الخسارة والنقصان نعم، يكون الضمان مستنداً إلى اليد والإتلاف مع أنّه لا دخل للضرر فيهما، ولذلك كلّه لا يبعد القول بأنّ المستفاد من هذه النصوص قاعدة مستقلة (كما قيل) وعدم كون الضمان من باب الغرور.

١. وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤٣، أبواب موجبات الضمان ب ٩ ح ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٩: ٢٥٤، أبواب موجبات الضمان ب ١٧ ح ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١، أبواب موجبات الضمان ب ٨ ح ١.

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

وأمّا التغاير في الحكم، فلاّن المكره يكون كالألة (ونصّ عليه الشيخ) ولذا يكون المكره ضامناً، بخلاف المغرور، فإنّه هو الضامن ولكنّه 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 الواصل إليه) وأنها مؤيّدّة 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 والحفر أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً...»^١ بقاعدة الغرور وقاعدة نفي الضرر، فإنّه ﷺ حكم في الفرعين بالضمان مع أنّه في الأولى حكم به مستنداً إلى قاعدة الغرور وجعل قاعدة نفي الضرر

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

مؤيدة له، مع أنه حكم في الثانية مستنداً إلى كلتا القاعدتين، ولعل ذلك أن 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 مالکها 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 أن موارد تحقّق الضرر مختلفة: تارة تكون المنفعة الحاصلة لها حيثية مالية في قبال بذل المال فإنّ المالك البازل وإن بذل وفقد منه مالاً، إلاّ أنّه 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 الأقلّ يعدّ شبهة مفهومية، فلا يتحقّق صغرى الضرر ليستلزم جريان قاعدة لا ضرر، بخلاف ما رآه الشيخ رحمته الله واعتباره هذه الصورة ضرراً، هذا.

مضافاً إلى أن في المقام لا حكم شرعي ضرري حتّى نقول برفعه بالقاعدة، ومن المعلوم أن القاعدة جارية فيما إذا كان للشارع حكم استوجب إطلاقه إضراراً بمكلف، كالوضوء، فإنّ أصله لا يعدّ ضرراً على المكلف وإنّما إطلاقه الشامل للمريض ضرري، فيرتفع بالقاعدة، ففي ما نحن فيه ليس حكم شرعي ضرري حتّى نقول بكونه مرفوعاً بالقاعدة ولذلك إمّا لا يكون للشارع حكم في المقام، وإمّا حكم بالعدم

(إما الحكم الواقعي وإما الحكم الظاهري) وأما بناءً على القول بأنه لا حكم له (أي انتفاء الحكم بالضمان) لم يتحقق ضرر من هذه الجهة، وإن سلّمنا تحقق الضرر فهو ناش من جهة عدم الحكم، مع أنّ القاعدة رافعة للضرر الناش عن ثبوت الحكم لا من عدمه، ومن هنا يتّضح الكلام فيما أفاده المحقق الأصفهاني^١ القائل بأنّ عدم الحكم بحق المشتري في المطالبة بخسارة الغرامة المدفوعة يعدّ ضرراً على المشتري من جهة فضلاً عن تعارضه مع ضمان البائع من جهة أخرى؛ لأنّ حكم الشارع بتضمين البائع ضرري عليه، ولكنّه 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.

وأما 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 تحقق موضوع القاعدة فيترتب جريانها.

بقي الكلام في تحقق 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 رحمه الله) ٣: ٣٨٠.

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

والعمدة في المقام: هو البحث عن شمول الحديث للأحكام العدمية كما أنه شامل للأحكام الوجودية (وإنّ 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 أجيراً يكون الحبس إتلافاً لمال المالك والمستأجر، فيكون الحابس ضامناً، وعلى هذا يقال: إنّ عدم الضمان حكم ضرري؛ لاستلزامه الضرر على الحرّ؛ لفوات عمله، فهل يشملته الحديث ومقتضاه ثبوت الضمان والتدارك هنا؟ وكذا مثله ما لو كان بقاء الزوجة على الزوجية مضراً بها وكان الزوج غائباً، فإنّ عدم كون الطلاق بيدها، أو بيد الحاكم الشرعي، أو عدول المؤمنين يكون ضررياً وهكذا... فهنا يقع الكلام في شمول الحديث وثبوت حق الطلاق وكذا ضمان أجرة العمل.

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

^١ . العروة الوثقى ٦: ١١٥.

إلا أنّ التحقيق في المقام يقتضي التفصيل المتقدّم ذكره من أنّ عدم الحكم لا يوجب إسناد الضرر إلى الشارع وإنّما يتحقّق الضرر بالتسبب إليه وإيجاد ما يستلزمه، وأمّا إذا تمّ الاستناد إلى الحكم الشرعي تكون القاعدة رافعة له، إلاّ أنّ براءة ذمّة البائع عن الغرامة للمنافع التي استوفاهما المشتري يشكل إسنادها إلى الشارع والقول بأنّ الشارع حكم ببراءة ذمّة البائع وإن تمكّن المشتري من تدارك الخسارة والضرر لولا هذه البراءة المجعولة؛ لوضوح الفرق بين الاستناد مباشرة وعدمه، فلذلك يشكل التمسك بقاعدة لا ضرر، أي ضمان المبيع بقيمته الواقعية، فالضمان المسبّب عن إقدامه هذا لمّا كان لأجل فساد العقد المسبّب عن تغرير البائع لا يكون أكثر من ضمان العشرة الزائدة (على الغارّ) والمشتري وإن أقدم على ذلك، إلاّ أنّه لم يكن مقدماً على الزيادة، بل هو مغرور من قبل البائع الفضولي، هذا أوّلاً.

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

توضيح ما أفاده: إنّ القاعدة بأنّ الإقدام سبب للضمان هو الشيخ (الطائفة) والشيخ الأعظم أوضح مراد شيخ الطائفة 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: ٨٥ و ٨٩.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٥٠٣.

عليه بيان أنّ العين والمنفعة الذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجّاناً وتبرّعاً حتّى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض، كما في العملي المتبرّع به والعين المدفوعة مجّاناً أو أمانة، 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 بلزوم دفع العشرين يستلزم تضرّره 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 بصحيحه، 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 بصحيحه وبذلك لو باع لعشرة في معاملة ربوية - مثلاً - فتلف عند المشتري وكانت قيمته يوم التلف عشرين ضمن العشرين لا العشرة

١. كتاب المكاسب ٣: ١٩٠.

٢. كتاب المكاسب 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 تحقّق الغرور وهو الإقدام لم يكن إلاّ في مقابل الثمن والضمان المسبّب (أي الضمان الزائد عن مقدار الثمن أي القيمة الواقعية) عن هذا الإقدام لمّا كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغيير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقراً على الغارّ، فغرامة العشرة الزائدة وإن كانت مسببة عن الإقدام، إلاّ أنّها ليست مقدماً عليها (أي من قبل المشتري الجاهل).

وجوابه: «إنّ الإقدام إنّما كان على ضمانه بالثمن...»^١ ومراده: أنّ المشتري يقدم باشرائه على ضمان الثمن والشارع بعد حكمه بفساد العقد وعدم امضائه للعقد جعل إقدامه هذا سبباً للضمان.

«ثمّ إنّ ما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما ساوى عشرين بعشرة فتلف فأخذ منه المالك عشرين، فإنّه لا يرجع بعشرة الثمن، وإلاّ لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك؛ لأنّه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب

^١ . كتاب المكاسب 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 رحمته الله : إنّهُ بعد ما اختار القول بأنّه يحقّ للمشتري الجاهل الرجوع على البائع لكلّ ما اغترمه للمالك، فهنا تعرّض لبيان القسم الأوّل 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 المغرور إلى الغارّ، 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 الطائفة رحمته 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 رحمته الله): «وكيف كان فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع»^١.
 ووجه الأولوية واضح؛ لأنّ المشتري هنا متضرّر 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 أنّه في القيمة المتجدّدة لم يكن إقدام على الضمان، فالقول بالرجوع هنا أولى «هذا كلّه فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة».

«...وأما ما يغرمه بإزاء أجزائه التالفة، فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع في أنّه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله على ما اخترناه، ويجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه...»^٢. [١]

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

وأما القول الآخر وهو عدم الرجوع فظهر اندفاعه مما تقدّم.

١. كتاب المكاسب ٣: ٥٠٣.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٥٠٣-٥٠٤.

«وَأَمَّا مَا يَغْرَمُهُ بِإِزَاءِ أَوْصَافِهِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَقْسُطُ عَلَيْهِ الثَّمَنُ - كَمَا عَدَا وَصَفَ الصَّحَّةَ مِنَ الْأَوْصَافِ الَّتِي يَتَفَاوَتُ بِهَا الْقِيَمَةُ كَمَا لَوْ كَانَ عَبْدًا كَاتِبًا فَنَسِيَ الْكِتَابَةَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَرَجَعَ الْمَالِكُ عَلَيْهِ بِالتَّفَاوُتِ - فَالظَّاهِرُ رَجُوعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدَمْ عَلَى ضَمَانِ ذَلِكَ...»^١.

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

«ثُمَّ إِنْ مَا ذَكَرْنَا كُلَّهُ مِنْ رَجُوعِ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِمَا يَغْرَمُهُ إِنَّمَا هُوَ إِذَا كَانَ الْبَيْعُ الْمَذْكُورَ صَحِيحاً مِنْ غَيْرِ جِهَةٍ كَوْنِ الْبَائِعِ غَيْرَ مَالِكٍ، أَمَّا لَوْ كَانَ فَاسِداً مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى فَلَا رَجُوعَ عَلَى الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الْغَرَامَةَ لَمْ تَجِءَ مِنْ تَغْرِيرِ الْبَائِعِ فِي دَعْوَى الْمَلَكِيَّةِ، وَإِنَّمَا جَاءَتْ مِنْ جِهَةِ فُسَادِ الْبَيْعِ، فَلَوْ فَرَضْنَا الْبَائِعَ صَادِقاً فِي دَعْوَاهُ لَمْ تَزَلِ الْغَرَامَةُ غَايَةَ الْأَمْرِ كَوْنِ الْمَغْرُومِ لَهُ هُوَ الْبَائِعُ عَلَى تَقْدِيرِ الصَّدَقِ، وَالْمَالِكُ عَلَى تَقْدِيرِ كَذِبِهِ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ نَفْسِ الثَّمَنِ فِي التَّزَامِ الْمُشْتَرِي بِهِ عَلَى تَقْدِيرِي صَدَقِ الْبَائِعِ وَكَذَبَهُ»^٢. [١]

١ . كتاب المكاسب ٣: ٥٠٤.

٢ . كتاب المكاسب ٣: ٥٠٤.

[١] ملخص الكلام في المسألة الثانية «المشتري اغترم للمالك غير الثمن» أي مضافاً وزائداً على الثمن المدفوع، بعد تقسيم الشيخ رحمته 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 المشتراة) ومطالبة البائع بمقتضى رواية جميل وأيضاً قاعدة الغرور.

تعرض الشيخ رحمته الله بعد ذلك كله إلى أن الأحكام المذكورة من ترتب الضمان وعدمه مرتبطة ومطروحة فيما إذا كان العقد صحيحاً من جميع الجهات عدا كون البائع فضولياً، وأمّا في غير هذا المورد مما يكون العقد فاسداً من جهة أخرى، كأن يكون أحد المتبايعين غير بالغ أو غير عاقل أو غير مختار، أو كان الثمن مما لا يملك، (كالكلب والخنزير والحرّ) أو كان المبيع مجهولاً أو لم يكن البائع قادراً على التسليم، فلا مجال للحكم برجوع المشتري على البائع بما اغترمه (عند تلف المبيع) وعلمّه: «بأن الغرامة لم تجيء من تغير البائع في دعوى الملكية وإنّما جاءت من جهة فساد البيع» ومن ثمّ حكم بلزوم 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 لتوجّه 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 يوجّه كلام الشيخ رحمته الله: بأنّ المعلول يستند إلى ما بالذات، كالقول بأنّ عدم دخول المشرك في المسجد مستنداً إلى شركه لا إلى جنابته. وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ غرامة المشتري مستندة إلى فساد العقد لا إلى تغيير البائع نعم، لا بأس باستناد المعلول إلى العلتين إذا كانتا من سنخ 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 الغارّ؛ لأنّ الاستناد إليه يتمّ فيما إذا كان البيع في أصله صحيحاً والله العالم، إلّا أن يشكّل: بإمكان 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 يحقّ للمشتري الرجوع على البائع الغارّ حتّى في فرض فساد البيع.