

مسأله [احكام المقبوض بالعقد الفاسد]^۱

[الأول: ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد^۲ لم يملكه، و كان مضموناً عليه.

أما عدم الملك؛ فلائنه مقتضى فرض الفساد.

^۱ گاهی مساله فقهی یک مساله جزئی است، مثل «ارث خمس دارد؟» یا «معاطات مفید ملک است؟». اما گاهی مساله یک مساله کلان و کلی است که باید به مسائل ریز تبدیل شود، مثل «رسانه چه احکامی دارد؟» یا «مقبوض به عقد فاسد دارای چه احکامی است؟». در این موارد باید ابتدا با تسلط بر فقه و موضوع، مساله سازی کرد و فروع ذیل مساله کلان را به دست آورد. در محل بحث مرحوم شیخ مسائلی مانند ضمان عین، ضمان منافع و وجوب رد فوری را به عنوان فروع ذیل مساله اصلی بیان کرده اند.

^۲ قبض به عنوان ملک بوده است و فساد عقد به دلیل خلل در شرایط صیغه، متعاقدين، عوضین یا ... بوده است. به همین جهت بهتر بود این بحث بعد از شروط متعاقدين و عوضین مطرح می شد.

[دعوى الاجماع على الضمان]

و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه^٣ و هو أحد الأمور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف،^٤ و ادعى الشيخ في باب الرهن^٥، و فى موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً^٦، و تبعه فى ذلك فقيه عصره فى شرح القواعد^٧.

^٣ مراد تلف عين است و ضمان منافع در مساله سوم مطرح مى شود. ضمان حكم وضعى است كه لازمه تكليفى دارد و اگر تلف شد، مثل يا قيمت را به مالك بدهكار مى شود. مساله در مورد تلف عين است و در فرض اتلاف عين -در ادامه اشاره خواهد شد- حكم ضمان در آن روشن است.
^٤ مراد از آن مشهور، عدم وجدان خلاف يا عدم خلاف.

^٥. المبسوط ٢: ٢٠٤.

^٦. نفس المصدر ٢: ١٥٠.

^٧. هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء فى شرح القواعد (مخطوط): ٥٢.

و فی السرائر: أنّ البيع الفاسد یجری عند المحصّلین مجری الغصب فی الضمان،^۸ و فی موضع آخر نسه إلى أصحابنا^۹.

^۸ غاصب ضامن عین و منافع می باشد.

^۹ . السرائر ۲: ۲۸۵ و ۳۲۶.

^{۱۰} این تعبیر ظهور در اجماع علماء شیعه دارد. مراد از «اصحابنا» شیعیان می باشد.

و يدلّ عليه: ^{۱۱} النبوی المشهور: ^{۱۲} «علی الید ما أخذت حتی تؤدّی» ^{۱۳} ^{۱۴}.

^{۱۱} استفاده از قواعد کلی باب ضمان برای استدلال بر ضمان. (لزوم تسلط بر قواعد فقه).
^{۱۲} دلیل لفظی از حیث صدوری سه راه برای اثبات مقتضی حجیت دارد: (۱) وثاقت راویان. (۲) شهادت یا خبر به صحت روایت. (۳) وثوق به صدور. وثوق به صدور ممکن است با شهرت روایی (استفاضه یا تواتر) یا شهرت عملی حاصل شود. احتمالاً اشاره مرحوم شیخ به «مشهور» برای تصحیح حیث صدوری روایت از جهت وثوق به صدور است.

^{۱۳} مصداقیت مساله برای دلیل: در محل بحث اخذ کننده «المقبوض بالعقد الفاسد» مصداق «علی الید ما أخذت ...» می باشد. + تعبیر «علی الید ...» افاده حکم وضعی ضمان بر أخذ را دارد. = ضمان عین از روایت استفاده می شود.

^{۱۴}. عوالی الآلی: ۱: ۲۲۴، الحدیث ۱۰۶ و ۳۸۹، الحدیث ۲۲.

و الخدشۃ فی دلالتہ: بأن کلمۃ «علی» ظاہرۃ فی الحکم التکلیفی فلا یدل علی الضمان،
۱۵ضعیفۃ جداً؛^{۱۶} فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا أسند الظرف^{۱۷} إلى فعلٍ من أفعال المکلّفين،

۱۵ در مقام استظهار با استفاده از دقت در ظواهر الفاظ باید تشخیص داد که مفاد دلیل لفظی، حکم تکلیفی است یا حکم وضعی. ظهور روایت حکم تکلیفی است در حالی که مدعا حکم وضعی است. «علی...» ظهور در حکم تکلیفی دارد. حکم تکلیفی به مال (ما أخذت) تعلق نمی گیرد، پس فعلی در تقدیر است که «وجوب حفظ از تلف» یا «وجوب ردّ به مالک» (برخی این احتمال را با غایت روایت ناسازگار می دانند) است. این حکم تکلیفی ملازمه ای با حکم وضعی ضمان ندارد. (گفته شده «علی...» در برخی استعمالات جارومجرور نیست و اسم فعل به معنای «ألزم» است).

۱۶ تراکیب و قیود و متعلقات می تواند در استظهار اثرگذار باشد. «علی...» اگر اسناد به فعل داشته باشد، ظهور در حکم تکلیفی دارد، مثل «علیک اکرام العلماء». اما اگر اسناد به مال داشته باشد مجرد استقرار بر عهده (ضمان) را افاده می کند، مثل «علیک الدین». (نقد مثال: در این مثال نفس «دین» استقرار بر عهده را می رساند -نه تعبیر «علیک»-). در محل بحث «علی الید» به مال (ما أخذت) تعلق گرفته است و در نتیجه حکم وضعی ضمان را افاده می کند. (ضمناً دقت شود که «علی» بر چه چیزی تعلق گرفته است. اگر بر شخص تعلق گرفته است و مثلاً گفته شده باشد «علی زید»، ممکن است استقرار بر عهده و ذمه را افاده کند. اما اگر بر امر دیگری -مثل «ید» در محل بحث ما- تعلق گرفت، چنین استظهاری انکار شود و همین ترکیب قرینه باشد که قبل از «ما أخذت» فعلی مقدر است. ر.ک. حاشیه مرحوم

لا إلى مال من الأموال، كما يقال: «عليه دين»، فإن لفظة «على» حينئذٍ لمجرد الاستقرار في العهدة، عيناً كان أو ديناً.

و من هنا^{۱۸} كان المتّجه صحّة الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون^{۱۹} إذا لم يكن يدهما ضعيفاً؛^{۲۰} لعدم التمييز والشعور.

ایروانی، ج ۱، ص ۹۳ و حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۰۵ که احتمالات و ادله و لوازم را مطرح کرده اند).

^{۱۷} معنای عام ظرف بر هر جار و مجروری اطلاق می شود.

^{۱۸} که روایت دلالت بر حکم وضعی دارد ... اگر دلالت بر حکم تکلیفی می داشت، حکم به صغیر و مجنون که فاقد شرط تکلیف هستند، سرایت نمی کرد.

^{۱۹} بر اساس اطلاق دلیل که نتیجه وجود شرایط اطلاق و فقدان موانع اطلاق است.

^{۲۰} اگر «ید» ضعیف نباشد، اطلاق دلیل شامل آن می شود. اما اگر ید ضعیف باشد، یا «اخذ ید» عرفاً صدق نمی کند یا اطلاق دلیل - به خاطر انصراف یا ... - شامل آن نمی شود.

و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً: قوله عليه السلام في الأمة المبتاعه إذا وُجِدَتْ مسروقه بعد أن أولدها المشتري: إنه «يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمة»^{٢١}،^{٢٢}،^{٢٣}

^{٢١} این روایت در وسائل الشیعه، ج ٢١، ص ٢٠٤، ح ٣ ذکر شده است و مرسل است، لکن در این باب از وسائل احادیث دیگری با این مضمون یافت می شود. البته این روایت بر اساس وقوع در الکافی برای کسانی که تمام روایات کافی را حجت می دانند، حجت است.

^{٢٢} . الوسائل ١٤: ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نکاح العیبد و الإماء، الحدیث ٣.

^{٢٣} بحث دلالی: زید مالک امه است که امه و قیمت بچه به او تحویل می شود. عمرو غاصب و بایع است. خالد مشتری جاهل است که استیلاذ کرده و پدر بچه ای است که حرّ به دنیا آمده است (فرزند ملحق به اشرف ابوبین است). حرّ قابل تملک نیست و نمائی است که حادث شده، ولی از آن استیفاء برده نمی شود و عبد کسی واقع نمی شود و در نتیجه منفعت تلف شده است - نه اتلاف منفعت موجود - . (نقد مرحوم ایروانی: مشتری عرفاً استیفاء نماء کرده است، چرا که بچه، بجهّ اوست). اگر نسبت به نمائی که استیفاء نشده ضمان وجود دارد، به طریق اولی ضمان اصل (امه) ثابت است. (توجه به راههای تعدی از مورد روایت به مسائل دیگر، مخصوصاً طریق اولویت لفظی یا غیر لفظی). اضافه بر این که از ضمان در مورد روایت که بحث غضب امه و استیلاذ است، تعدی می شود به ضمان در مقبوض از مالک به عقد فاسد چرا که مناط حکم «ید بر مال غیر مبتنی بر عقد فاسد است» یا (اگر تنقیح مناط قطعی نباشد، تعدی دارای اشکال است. در بحثهای آینده مرحوم شیخ نسبت به تعدی از مورد این روایت به محل بحث اشکال می کنند).

فإنَّ ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريقٍ
أولى، و^{٢٤} ليس استيلاؤها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابلٍ
للملك، فهو كالتالف لا المتلف، فافهم^{٢٥}.

^{٢٤} در مقام دفع این اشکال: وجه حکم به ضمان «ید بر مال غیر» نیست، بلکه اتلاف مال غیر است. اتلاف
از محل بحث خارج است و آنچه در این مساله محل بحث است، ضمان در فرض تلف است یا فرضی
که کالا همچنان باقی است. (ضمان در فرض اتلاف با جریان قاعده «من اتلف» واضح تصور شده است،
در حالی که برخی نسبت به فرض تلف و اتلاف از حیث ادله و موانع ضمان تفاوتی قائل نیستند و
معتقدند که هر دو محل بحث می باشند. ر.ک. حاشیه مرحوم سید و حاشیه مرحوم خویی، ج ٣، ص ٨٦).
^{٢٥} ١. عرفاً صدق اتلاف می کند، چرا که ٩ ماهه درگیر است و در این زمان می توانست برای مولایش
عبد بیاورد. ٢. تعدی از روایت به محل بحث صحیح نیست، چرا که در محل بحث خود مالک کالا را
با بیع فاسد به مشتری فروخته است.

[قاعده ما يضمن بصحيحه و عكسها]

[البحث في قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده]

ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعده المعروفة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

^{٢٦} و هذه القاعده أصلاً و عكساً و إن لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلماء، إلا أنها تظهر من كلمات الشيخ -رحمه الله- في المبسوط^{٢٧}، فإنه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسده: «بأنه دخل^{٢٨} على أن يكون المال مضموناً^{٢٩} عليه».

^{٢٦} در مرحله مساله شناسی، ابتدا سیر تاریخی این قاعده فقهی به طور اختصار مورد اشاره قرار می گیرد و سپس مفردات قاعده شرح داده می شود.

^{٢٧} . راجع المبسوط ٣: ٥٨، ٦٥، ٦٨، ٨٥ و ٨٩

^{٢٨} في هذه المعامله.

^{٢٩} ضمان به معنای عرفی اش در امثال این موارد صدق می کند یا مراد ضمان اصطلاحی است؟

و حاصله: أن قبض المال مُقَدِّماً على ضمانه بعوضٍ واقعيٍّ أو جعليٍّ موجبٌ للضمان، و هذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحتها.^{٣٠}

و ذكر أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: أن صحَّيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده^{٣١}؟ و هذا يدلّ على العكس المذكور.

و لم أجد من تأمّل فيها عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق^{٣٢} في أنه يستحقّ السابق اجرة المثل أم لا؟^{٣٣}.

^{٣٠} چون «قبض المال مُقَدِّماً على ضمانه بعوضٍ» در فاسد نیز صدق می کند.

^{٣١} . المبسوط ٢: ٢٠٤.

^{٣٢} اگر «السبق» عقد - به معنای معامله دو طرفه - هم نباشد، در ادامه بیان خواهد شد که این قاعده شامل مواردی که شائبه ایقاع را دارند یا به ایقاع نزدیکتر هستند نیز می شود.

^{٣٣} . المسالك ٦: ١١٠.

[الكلام فى معنى القاعدة]

و كيف كان^{٣٤}، فالمهم بيان معنى القاعدة أصلاً و عكساً،^{٣٥} ثم بيان المدرك فيها.

[معنى العقد]

فنقول و من الله الاستعانة: [١] إن المراد بـ «العقد»^{٣٦} أعم من الجائز و اللازم، بل مما كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة^{٣٧} و الخلع^{٣٨} ^{٣٩}.

^{٣٤} چه در كلمات علماء باشد و چه نباشد.

^{٣٥} بررسی دقیق مفردات و ترکیب قاعده برای فهم کامل مراد علماء و ادعاء مطرح شده. (نقد مرحوم سید: از آن جایی که این عبارت در لسان اخبار نیامده است و معقد اجماع نمی باشد، مهم بررسی مدرك است).

^{٣٦} مراد معامله دو طرفه است -نه ایجاب و قبول یا مطلق عهد-.

^{٣٧} شائبه ایقاع بودن را دارد و در عقد یا ایقاع بودن آن اختلاف است.

^{٣٨} مصداق طلاق است و به ایقاع نزدیکتر است تا عقد، لکن معاوضه ای در آن واقع می شود که شباهت با عقد دارد یا عقدی است که به ایقاع نزدیکتر است.

^{٣٩} ظاهراً مدعای مرحوم شیخ این نکته است که این قاعده در كلمات علماء مواردی که شائبه ایقاع را دارد یا به ایقاع نزدیکتر است نیز جاری شده است و لذا مرادشان اعم است و این مثالها را نیز در بر می گیرد.

و المراد بالضمان فی الجملتين: هو كون دَرَك المضمون، عليه،^{٤٠} بمعنی كون خسارته و دَرَكه فی ماله الأصلي^{٤١}، فإذا تلف وقع نقصان فيه؛ لوجوب تداركه منه.

و^{٤٢} أما مجرد كون تلفه فی ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم^{٤٣} فليس هذا معنی للضمان أصلاً، فلا يقال: إنَّ الإنسان ضامنٌ لأمواله^{٤٤}.

ثمَّ تداركه من ماله، تارةً يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى هو و المالك علی كونه عوضاً و أمضاه الشارع، كما فی المضمون بسبب العقد الصحيح.

^{٤٠} نقد مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢٠٩: ضمان به این است که خود مضمون بر ضمان است - نه دَرَك آن -.

^{٤١} احتمالات در مراد مرحوم شیخ: (١) در مقابل مال تلف شده. (٢) اصل مالش، مثل این که گفته می شود اصل ترکه در مقابل اموالی که بعد از تقسیم ارث باقی می ماند. (٣) اموالش قبل از معاوضه.

^{٤٢} بیان و نقد تعریف دیگری از ضمان. (تتبع تعاریف ذکر شده و تلاش جهت نقد و بررسی آنها).

^{٤٣} قيل: إنَّه الشیخ علی فی حواشی الروضة فی تفسیر القاعدة. انظر غاية الآمال: ٢٧٧، و هداية الطالب: ٢١٠، و لعل المراد من الشیخ علی المذكور هو صاحب «الدر المنثور» حفيد صاحب المعالم، انظر الذريعة ١٢: ٦٧.

^{٤٤} صدق معرف و عدم صدق معرف (ضمان) دلیل بر بطلان تعریف است.

و أخرى بأداء عوضه الواقعي و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه.

و ثالثه بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعي و الجعلى، كما ذكره بعضهم فى بعض

المقامات^{٤٥} مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض^{٤٦}.

^{٤٥} . ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٩: ١٧٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ٦: ٦٣.

^{٤٦} هبه معوضه رخ داده است، اما بعد از تحقق هبه دوم، موهوب اول تلف شده است. كسى كه هبه اول را دریافت کرده است، ضامن است و باید اقلّ ارزشى موهوب دوم (عوض جعلى در كلام ایشان قلمداد شده است) یا عوض واقعى (مثل یا قیمت) را به واهب اول تقدیم کند. (برای اقوال در این مساله ر.ك. حاشیه مرحوم سید، ج ١، ص ٩٣).

فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأن هذا هو التدارك حقيقة،^{٤٧} و لذا لو اشترط ضمان العارية لزوم غرامه مثلها أو قيمتها. و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات^{٤٨} من المغصوبات و غيرها عدا لفظ «الضمان» بقول مطلق. و أمّا تداركه بغيره فلا بدّ من ثبوته من طريق آخر^{٤٩}، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يُمضيه الشارع.^{٥٠}

^{٤٧} سه احتمال در مورد مراد مرحوم شیخ با توجه به مطالبی که در ادامه مطرح می فرمایند: (۱) معنای حقیقی ضمان، تدارک واقعی است. (۲) ضمان انصراف به تدارک واقعی دارد. (۳) اطلاق لفظ ضمان موجب افاده خصوص تدارک واقعی دارد، مثل اطلاق هیئت امر که موجب تضییق و اراده خصوص امر نفسی عینی تعیینی است و نتیجه اش شمولیت نمی باشد. دو احتمال اول مربوط به مراد استعمالی است و احتمال آخر مربوط به مراد جدی.

^{٤٨} انظر الوسئل ۱۳: ۲۵۷ ۲۵۸، الباب ۱۷ من أبواب أحكام الإجارة، الأحادیث ۲ ۶، و ۱۳: ۲۷۱ و ۲۷۶، الباب ۲۹ و ۳۰، و ۱۹: ۱۷۹ ۱۸۲، الباب ۱۱۸ من کتاب الدیات و غيرها
^{٤٩} غیر از «ضمان به قول مطلق».

^{٥٠} اگر عوض جعلی وجود ندارد، روشن است که عوض واقعی مورد ضمان است. اگر عوض جعلی وجود دارد و شارع آن را امضاء کرده است، عوض جعلی مورد ضمان است. اگر عوض جعلی وجود

فاحتمال:^{۵۱} أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّى نظير الضمان في العقد الصحيح^{۵۲}، ضعيف في الغاية^{۵۳}، لا^{۵۴} لأنّ ضمانه بالمسمّى يخرج من فرض الفساد؛ إذ^{۵۵} يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلّ من العوضين على ملك مالكه و إن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيّة نظير المعاطاة على القول

دارد و شارع آن را امضاء نکرده است، چرا عوض واقعی مورد ضمان باشد؟ چون عدم امضاء شارع به معنای عدم تایید عوضیت جعلی است.

^{۵۱} با توجه به این که ضمان مطلق، ضمان به عوض واقعی است (تدارک حقیقی به عوض واقعی است)، پس مراد از «یضمن بفاسده»، ضمان به عوض واقعی است. دلیل دوم بر اثبات ضمان به عوض واقعی در ادامه ذکر خواهد شد (لا لأنّ ضمانه بالمسمّى...).

^{۵۲} دلیل این ادعا قرینه وحدت سیاق می تواند باشد که در ادامه مورد اشاره قرار می گیرد.

^{۵۳} قال المحقّق المامقانی بعد نقل العبارة: - تعریض بما فی شرح القواعد، انظر غلیة الآمال: ۲۷۹، و شرح

القواعد للشیخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط): الورقة ۵۲.

^{۵۴} دلیل دوم برای اثبات ضمان به عوض واقعی (توجه به لوازم): فساد معامله تلازم دارد با ثبوت ضمان به عوض واقعی و قول ضمان مسمّى خروج از فرض فساد معامله است.

^{۵۵} نقد: تلازم منتفی است. فساد معامله تلازم دارد با بقاء ملکیت های سابق و تلازمی با ضمان واقعی ندارد و با ضمان مسمّى نیز سازگار است. در نتیجه قول به ثبوت ضمان مسمّى خروج از فرض فساد نیست.

بالإباحه^{۵۶}؛ بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان، و^{۵۷} أن التدارك بالمسمى فى الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيته، لا لأن معنى الضمان فى الصحيح مغاير لمعناه فى الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكاً فى العبارة،^{۵۸} فافهم.^{۵۹}

^{۵۶} ملکیت های سابق باقی است، لکن ضمان به عوض جعلی است و با تلف، عوض جعلی به ملک دیگری در می آید - نه عوض واقعی -.

^{۵۷} دلیل این که مراد ضمان به عوض جعلی است (توجه به قرینه وحدت سیاق در استظهار): مراد از ضمان در «یضمن بصحیحه»، ضمان به عوض جعلی است و در نتیجه مراد از ضمان در «یضمن بفاسده» نیز ضمان به عوض جعلی است (وحدت سیاق کلمات یکپارچه از نوع تکرار لفظ واحد). اگر مراد ضمان به عوض واقعی باشد، تفکیک در عبارت رخ خواهد داد و خلاف قرینه وحدت سیاق خواهد بود.

^{۵۸} جواب: ظهورسازی قرینه وحدت سیاق در مراد استعمالی است - نه مراد جدی - (توجه به شرایط قرینه وحدت سیاق و تطبیق آنها در مقام). مراد استعمالی هر دو «اصل ضمان» است و در قدر مشترک مطلق غرامت استعمال شده است. تعیین این که غرامت به مسمى یا واقعی است به اطلاق یا قرائن کشف می شود که مربوط به مراد جدی است - نه مراد استعمالی - . در «یضمن بصحیحه» قرینه صحت معامله و امضاء شارع است که کاشف از اراده ضمان به عوض جعلی است و اطلاق در «یضمن بفاسده» دلیل بر اراده ضمان به عوض واقعی.

[عموم «العقود» ليس باعتبار الانواع]

ثمَّ العموم^{٦٠} في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفراده مثل البيع و الصلح و الإجارة و نحوها؛ لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، و إنما مقتضى له بعض أصنافه،^{٦١} فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلاً الصلح بنفسه لا يوجب الضمان؛ لأنه قد لا يفيد إلّا فائدة الهبة الغير المعوّضة أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم

^{٥٩} در اشکال تفکیک عبارت فرقی نیست که تفکیک در مراد استعمالی است یا مراد جدی و قرینه وحدت سیاق در کشف مراد جدی نیز مفید است.

^{٦٠} مراد از عمومیت «کلّ عقد»: (١) ناظر به انواع، مثل صلح و عاریه و هبه و بیع و ... (٢) ناظر به اصناف، مثل عاریه نقدین و عاریه غیر نقدین و هبه معوضه و هبه غیر معوضه و ... (٣) ناظر به افراد. در ادامه بیان خواهد شد که این قسم مراد نیست، چرا که فرد قابل تقسیم به صحیح و فاسد نیست.

^{٦١} نوع هبه فی نفسه مقتضی ضمان نیست، بلکه صنف آن - یعنی هبه معوضه - مقتضی ضمان است. در قاعده به صنف توجه می شود - نه نوع - . اگر نوع مقتضی ضمان باشد، مثل بیع، صنف نیز - به دلیل اشتغال بر نوع - مقتضی ضمان است. (مراد از «یضمن بصحیحه» یعنی فی نفسه باید مقتضی ضمان باشد و مراد از «لا یضمن بصحیحه» یعنی فی نفسه باید مقتضی عدم ضمان باشد یا شامل مواردی که فی نفسه مقتضی ضمان نیست، نیز می شود؟).

موجب للضمان أيضاً، و لا يلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفساده، و كذا الكلام في الهبة المعوّضة، و كذا عارية الذهب و الفضة^{٦٢}. نعم،^{٦٣} ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم: أنّ صحيح العارية^{٦٤} لا يوجب الضمان فينبغي أن لا يضمن بفسادها^{٦٥}، و لعلّ المراد عارية غير الذهب و الفضة، و غير المشروط ضمانها^{٦٦}.

^{٦٢} این دو صنف نیز مقتضی ضمان هستند، هر چند نوع آنها مقتضی ضمان نیست.

^{٦٣} محرمی که صیدی را عاریه گرفته است، واجب است آن را رها و آزاد کند و عاریه فاسد است، چرا که محرم امکان استفاده و انتفاع حلال از صید را ندارد. این مساله محل اختلاف است که محرم ضامن این صید می باشد یا خیر.

^{٦٤} ظاهر عبارت در مورد نوع عاریه است و در نتیجه معیار نوع عاریه قرار داده شده است -نه صنف آن- . بنابراین مخالف کلام شیخ است.

^{٦٥} . انظر المسالك ٥: ١٣٩، و الحدائق ٢١: ٤٨٩، و مفتاح الكرامة ٦: ٥٦ و غيرها، و سوف يجيء الكلام في المسألة عند التعرّض للإشكال في أطراد القاعدة في الصفحة ١٩٥.

^{٦٦} شاید مراد صنف باشد و اگر ظهور در اراده نوع عاریه انکار شود یا احتمال داده شود که این ظاهر اراده نشده است، مخالفت با کلام شیخ ثابت نیست.

[معنی اقتضاء الصحيح و الفاسد للضمان]

ثمّ المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال،^{٦٧} كما لو استأجر إجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين،^{٦٨} و قلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأنّ صحیحته یضمن به و لو لأجل الشرط، أم لا؟
و كذا الكلام في الفرد الفاسد من العاريه المضمونه. و يظهر من الرياض^{٦٩} اختيار الضمان بفاسدها مطلقاً^{٧٠}، تبعاً لظاهر المسالك^{٧١}.

^{٦٧} چون متبادر نیست و لذا احتمالاً مراد علماء نیست. (ر.ک. حاشیه مرحوم سید، ج ١، ص ٩٤ و حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢١١).

^{٦٨} در اجاره بدون شرط، مستاجر ضامن منفعت است - نه عین -.

^{٦٩} عاریه مضمونه مطلقاً - چه ضمان به دلیل شرط باشد و چه به دلیل نقدین و چه به دلیل افراط و تفريط - فاسدش ضمان آور است. (ظاهر آن خلاف کلام مرحوم شیخ است).

^{٧٠}. انظر الرياض ١: ٦٢٥.

^{٧١}. المسالك ٥: ١٣٩ ١٤١.

و يمكن جعل الهبة المعوّضة من هذا القبيل؛ بناءً على أنّها هبة مشروطة لا معاوضة.^{٧٢}
و ربما يحتمل^{٧٣} في العبارة أن يكون معناها: أن كلّ شخصٍ من العقود يضمن به لو كان صحيحاً، يضمن به مع الفساد.

^{٧٢} ضمان از باب نفس معاوضه نیست تا فاسد آن طبق قاعده ضمان آور باشد، بلکه از باب شرط ضمان است (شرط هبه دوم) و لذا ضمان آور بودن فاسدش مشکوک است.
^{٧٣} احتمال عموم انواعی و عموم اصنافی مطرح شد و عموم به حسب افراد بیان نشد. طبق عموم افرادی معنا چنین خواهد بود که «این فرد از عقد اگر فرض شود که صحیح باشد، ضامن باشد، در فرض فساد نیز ضامن است و...». طبق این احتمال یک فرد در دو فرض مراد است، بر خلاف احتمال انواع و اصناف که دو قسم از افراد آنها مراد است.

و يترتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا اجرة^{٧٤} كما اختاره الشهيدان^{٧٥، ٧٦}،
أو باع بلا ثمن^{٧٧}، كما هو^{٧٨} أحد وجهي العلامة في القواعد^{٧٩}.

و يضعف: بأن الموضوع هو العقد الذي يوجد له بالفعل صحيح

و فاسد، لا ما يفرض تارةً صحيحاً و أخرى فاسداً، فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة: الضمان
في مسألة البيع؛ لأن البيع الصحيح يضمن به.

^{٧٤} به دليل این شرط، اجاره فاسد است - اگر چنین شرطی معقول باشد - . ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی،
ج ٢، ص ٢١١.

^{٧٥} . نقله المحقق الثاني في جامع المقاصد ٧: ١٢٠، عن حواشي الشهيد، و لكنها لا توجد لدينا، و نقله الشهيد
الثاني أيضاً في المسالك ٥: ١٨٤، و قال: و هو حسن.

^{٧٦} عدم ضمان را اختیار کرده اند، چرا که اگر همین فرد صحیح باشد، اجرت نداشت و ضامن نبود.
^{٧٧} اقدام بر بیع بدون ثمن یعنی مشتری اقدام به ضمان نکرده است. سوال: در این مثال عدم ثمن جزو
حقیقت بیع است و صنف ساز است یا شرط بیع است؟

^{٧٨} عدم الضمان.

^{٧٩} . القواعد ١: ١٣٤.

نعم،^{۸۰} ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة: بأنه أقدم على العين^{۸۱} مضمونة عليه، لا يجرى في هذا الفرع،^{۸۲} لكنّ الكلام في معنى القاعدة، لا في مدرکها.^{۸۳}

[معنى الباء في «بصحيحه» و «بفاسده»]

ثمّ إنّ لفظه «الباء» في «بصحيحه» و «بفاسده»،^{۸۴} إمّا بمعنى «في»، بأن يراد: كلّ ما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده، و إمّا لمطلق السببيّة الشامل للناقصة لا العلة التامة؛

^{۸۰} دليل این قاعده اقدام بر ضمان است. این دلیل در فرع «بیع بلائمن» وجود ندارد. این دلیل ضمان در این فرع و امثال آن را ثابت نمی کند.

^{۸۱} . كالشهيدي الثاني في المسالك ۳: ۱۵۴.

^{۸۲} از آنجایی که این قاعده با این الفاظ در ادله لفظی نیامده است، توجه به ادله این قاعده مفید و دارای اهمیت است.

^{۸۳} ممکن است در نهایت ادعا شود که این دلیل اخصّ از مدعا است و این موارد را در بر نمی گیرد. لکن در حال حاضر صرفا معنای قاعده محل کلام است.

^{۸۴} ذکر تمام احتمالات متصور و بررسی صحت و سقم آنها : (۱) به معنای «فی» : مراد از آن صرف ظرفیت است یا اعم از ظرفیت و علت؟ (۲) مطلق سببیت - اعم از ناقصه و تامه - (۳) علت تامه / نقد : گاهی قبض جزء علت برای ضمان است و لذا نفس عقد علت تامه برای ضمان نمی باشد. بنابراین مراد علماء علت تامه نیست یا نباید باشد.

فإنَّ العقدَ الصحيحَ قد لا يوجب الضمانَ إلَّا بعد القبض،^{٨٥} كما في السلم و الصرف، بل مطلق البيع، حيث إنَّ المبيعَ قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أنَّ دركَّه عليه، و يتداركه برد الثمن، فتأمل.^{٨٦}

و كذا الإجارة و النكاح و الخلع؛^{٨٧} فإنَّ المالَ في ذلك كَلَّه مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلَّمه من انتقل إليه.

^{٨٥} قبل از قبض، عقد صحیح رخ داده و مشتری مالک است، لکن بایع ضامن است و مشتری ضامن نیست.

^{٨٦} ١. ممکن است ادعا شود در این موارد نیز عقد علت تامه ضامن است، لکن تلف موجب انفساخ بیع است. ٢. قبض جزء عقد است و باز هم عقد علت تامه است. ٣. عقد صرفاً عدم مانع برای ضامن است و «ید» مقتضی آن می باشد. (ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢٠٨).

^{٨٧} مثل بیع، عقد علت ناقصه ضامن است و قبض جزء دیگر آن می باشد.

و أمّا العقد الفاسد،^{۸۸} فلا يكون علّة تامّة أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان به إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً:^{۸۹} إمّا لأنّه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، و إمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض؛ ولذا^{۹۰} علّل الضمان الشيخ^{۹۱}

^{۸۸} عقد صحيح علت تامه یا ناقصه است، اما عقد فاسد علت تامه ضمان نیست و «باء» در «بفاسده» نمی تواند علت تامه باشد.

^{۸۹} «باء» در «بفاسده» می تواند به معنای مطلق سببیت باشد؟ بله، با این توجیهاات : (۱) عقد فاسد سببِ سببِ ضمان است؛ چرا که سبب ضمان، قبض و ید است و عقد فاسد سببِ تحقق قبض و ید است. (توهم صحت عقد موجب شده است که قبض و اقباض رخ دهد -نه ذات عقد فاسد-). (۲) عقد فاسد سبب و علتِ حکم به ضمان و علم به ضامن بودن شخص به شرط قبض است. علّتِ علم به حکم است -نه علتِ ضمان-. [۳] عقد فاسد سبب ناقص ضمان باشد. / نقد : قبض علت تامه است و عقد فاسد که هیچ اثری ندارد، هیچگونه سببیت برای ضمان ندارد.]

^{۹۰} به خاطر این که عقد فاسد «سببِ سببِ ضمان» است. با عقد فاسد در ضمان داخل می شود و دخول در ضمان موجب ضمان است. پس عقد فاسد علت دخول در ضمان و دخول در ضمان علت ضمان است.

^{۹۱} . تقدّم فی الصفحة ۱۸۲ (چاپ کنگره).

و غیره^{۹۲} بدخوله علی أن تكون العین مضمونة علیه، و لا ریب أن دخوله علی الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما یقبضه.

و الغرض من ذلك كله^{۹۳}: دفع ما یتوهم أن سبب الضمان فی الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف یقاس الفاسد علی الصحيح فی سبب الضمان و یقال: کل ما یضمن بصحيحه یضمن بفاسده؟

و قد ظهر من ذلك أيضاً^{۹۴}: فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم توقّف الضمان فی الفاسد علی القبض، فلا بدّ من تخصیص القاعدة بإجماع و نحوه.

^{۹۲}. مثل الشهد الثانی فی المسالك ۳: ۱۵۴، و ۴: ۵۶.

^{۹۳} توضیح این که مراد از «باء» ظرفیت یا سببیت ناقص است و «باء» در «بفاسده» با ظرفیت سازگار است و با سببیت قابل توجیه است.

^{۹۴} توهم: ظاهر قاعده این است که نفس عقد فاسد و صحیح موجب ضمان است -چه قبض رخ دهد و چه قبض رخ ندهد-. نسبت به فرض عدم ضمان در فرض عدم قبض، می توان به دلیل اجماع یا ... قائل به تخصیص این قاعده شد. / دفع توهم: «باء» می تواند به معنای ظرفیت یا سببیت ناقص باشد و توجیهاتی که مطرح شد هر دو معنا را توجیه می کند.

[الكلام فى مدرک القاعدة]

[الاستدلال بقاعدة الاقدام وخبر «على اليد»]

ثم إن المدرك لهذه الكلية على ما ذكره فى المسالك^{٩٥} فى مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل^{٩٧٩٦} هو: إقدام الآخذ على الضمان،^{٩٨} ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^{٩٩}.

و الظاهر أنه تبع فى استدلاله بالإقدام الشيخ فى المبسوط^{١٠٠}، حيث علل الضمان فى موارد كثيرة من البيع و الإجارة الفاسدين :- بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة.

^{٩٥} تتبع و تحقيق در كلمات علماء در مرحله جمع آوری ادله.

^{٩٦} شرط شده كه آخذ بعد پایان مهلت آن را بفروشد یا به عنوان بیع مالک شود.

^{٩٧} . المسالك ٤: ٥٦.

^{٩٨} گویا مراد سیره عقلاء است.

^{٩٩} . عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحدیث ١٠٦، و ١: ٣٨٩، الحدیث ٢٢.

^{١٠٠} . تقدّم فى الصفحة ١٨٢.

و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل؛^{١١} لأنهما إنما أقدما و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص، لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان^{١٢} لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية أخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت، فحكم شرعي تابع لدليله و ليس مما أقدم عليه المتعاقدان.

^{١١} سه نقد : (١) تطبيق قاعده در مقام : اقدام بر ضمان جعلی است - که شارع آن را تایید نکرده است - و مدعا اثبات ضمان واقعی است که بر آن اقدام نشده است. (حتی اگر اقدام بر ضمان واقعی باشد و ثمن جعلی مساوی ثمن واقعی باشد، باز هم شارع آن را امضاء نکرده و تایید نکرده است). (٢) عدم تطابق دلیل و مدعا و رابطه اعم و اخص من وجه. (٣) قاعده اقدام دلیلی بر حجیت آن وجود ندارد. (برای تمسک به قواعد فقهی کلی، اولاً دقت شود که نفس قاعده حجت باشد و ثانياً به شکل صحیح در مقام تطبیق شود و ثالثاً رابطه دلیل و مدعا باید تساوی باشد.

^{١٢} بر ضمان جعلی (فرد خاص کلی ضمان) اقدام شده است که تایید نشده است، لکن گفته شود «کلی ضمان» در ضمن فرد دیگری (ضمان واقعی) باقی بماند. / جواب : تحقق فرد دیگر ضمان (ضمان واقعی) نیازمند دلیل است.

هذا كله، مع أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما قبل القبض،^{١٣} وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان،^{١٤} كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري،^{١٥} و كما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «آجرتك بلا اجرة»^{١٦.١٧}

^{١٣} از این حیث اعم است. / نقد: استثناء این مورد از قاعده به دلیل خاص، مانعی برای تمسک به آن قاعده نیست. (اعم بودن دلیل در فرضی به استدلال لطمه می زند که در بخش اعم التزام صحیح نباشد و قول به تخصیص و تقييد نیز مورد قبول نباشد).

^{١٤} دلیل اخص، حداقل در محدوده اخص می تواند دلیل برای قاعده تلقی شود.

^{١٥} مشتری اقدام به ضمان نکرده است، اما ضامن است.

^{١٦} در مورد این دو مثال ادعا شده است که اصلاً بیع و اجاره بدون ثمن و اجرت شکل نمی گیرد.

^{١٧} در نقد این مثالها ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢١٣ و کلمات مرحوم خوئی، ج ٣، ص ٩٧.

نعم،^{۱۰۸} قَوَى الشَّهِيدَانِ فِي الْأَخِيرِ^{۱۰۹} عَدَمَ الضَّمَانِ^{۱۱۰}، وَ اسْتَشْكَلَ الْعَلَامَةُ فِي مِثَالِ الْبَيْعِ^{۱۱۱}
فِي بَابِ السَّلْمِ^{۱۱۲}.

و بِالْجَمَلَةِ، فَدَلِيلُ الْإِقْدَامِ مَعَ أَنَّهُ مَطْلَبٌ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ لَمْ نَحْصَلْهُ،^{۱۱۳} مَنْقُوضٌ طَرْدًا وَ
عَكْسًا.

^{۱۰۸} برخی که این مثالها را قبول ندارند، اعم بودن از طرف ضمان را نمی پذیرند.

^{۱۰۹} اجاره بدون اجرت.

^{۱۱۰} .تقدّم عنهما فی الصفحة ۱۸۶.

^{۱۱۱} بیع بلا ثمن.

^{۱۱۲} .القواعد ۱: ۱۳۴.

^{۱۱۳} این اشکال سومی است که در گذشته مورد اشاره قرار نگرفته بود. (مرحوم خویی، ج ۳، ص ۹۶ :
تسلط به همراه اقدام بر ضمان، موجب ضمان است به سیره عقلایی که مورد امضاء شارع واقع شده است و
لذا حجیت دارد.

و أمّا خبر اليد^{۱۱۴} فدلالته و إن كانت ظاهرة^{۱۱۵} و سنده منجبراً،^{۱۱۶} إلّا أنّ مورد مختصّ بالأعيان، فلا يشمل المنافع و الأعمال^{۱۱۷} المضمونة في الإجارة الفاسدة.^{۱۱۸}

^{۱۱۴}. و هو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «علي اليد ما أخذت حتى تؤدّي»، عوالي اللآلي ۱: ۲۲۴، الحديث ۱۰۶.

^{۱۱۵} ظهور در حکم وضعی ضمان نسبت به کالای تلف شده -در مقابل قولی که آن را دال بر حکم تکلیفی می دانست-.

^{۱۱۶} شهرت عملی یا روایی مستلزم اطمینان به صدور شود.

^{۱۱۷} عملی که اجیر انجام داده است، در مقابل منافع عین اجاره شده.

^{۱۱۸} صدق عرفی «اخذ يد» در مورد اعیان صحیح است، اما در مورد منافع و اعیان صدق نمی کند. بنابراین دلیل اخص از مدعاست (بررسی تطابق دلیل و مدعا). / نقد: (۱) اخذ کنایه از استیلاء است. (۲) عدم صدق دلیل بر عدم امکان استفاده از دلیل نیست و می توان با تنقیح مناط یا طریق تساوی و اولویت یا ... حکم را برای منافع و اعمال نیز ثابت دانست. (ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم ایروانی).

[الاستدلال بما دل على احترام مال المسلم وقاعدة نفى الضرر]

اللهم إلّا^{۱۱۹} أن يستدلّ على الضمان فيها [۱] بما^{۱۲۰} دلّ على احترام مال المسلم^{۱۲۱}، و أنّه لا يحلّ مال امرئٍ إلّا عن طيب نفسه^{۱۲۲}،^{۱۲۳} و أنّ حرمة ماله كحرمة دمه^{۱۲۴}،^{۱۲۵} و أنّه لا يصلح

^{۱۱۹} دليل اخص از مدعا بود و صرفاً ضمانت نسبت به اعيان را ثابت کرد. ادله ای برای ضمان نسبت به منافع و اعمال می توان ضمیمه کرد تا کلّ مدّعا ثابت شود. (ادله ای که ضمیمه می شود، می تواند در مورد اعیان نیز ضمانت را ثابت کند و لذا ممکن است دلیلی در عرض «علی الید» برای اثبات کلّ مدعا تلقی شود). البته ایشان ابتدا به منافع و اعمال مستوفاه اشاره دارند و منافع غیر مستوفاه را در ادامه (بقی الکلام) بیان می کنند).

^{۱۲۰} از ادامه کلام مرحوم شیخ چنین استفاده می شود که به دو دلیل تمسک شده است: (۱) قاعده احترام مال مسلم. (۲) قاعده ضرر. البته برای اثبات قاعده احترام مال مسلم به سه دلیل اشاره شده است؛ روایت طیب نفس و روایت حرمت مال و عدم صلاحیت ذهاب حق.

^{۱۲۱}. انظر الوسائل ۱۷: ۳۰۹، الباب الأوّل من أبواب الغصب، الحديث ۴، و عوالی اللآلی ۳: ۴۷۳، الأحادیث ۱. ۵.

^{۱۲۲}. الوسائل ۳: ۴۲۵، الباب ۳ من أبواب مکان المصلی، الحديث ۳، مع اختلاف فی اللفظ، و عوالی اللآلی ۲: ۱۱۳، الحديث ۳۰۹.

^{۱۲۳} وجه استدلال: مال شامل منافع و اعمال می شود. لزوم تحصیل طیب نفس مالک به این است که پول منافع و اعمال استفاده شده داده شود تا طیب نفس حاصل شود. / نقد (عدم امکان تطبیق دلیل در

مقام): ۱) روایت ناظر به حرمت تکلیفی است - نه ضمان وضعی -. ۲) روایت ناظر به قبل از تصرف عالمانه است - نه بعد از تصرف جاهلانه -. ۳) طیب نفس ممکن ناست به عوض جعلی باشد - نه واقعی -

۱۲۴. الوسائل ۸: ۵۹۹، الباب ۱۵۲ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ۹، و الصفحة ۶۱۰، الباب ۱۵۸ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ۳.

۱۲۵ وجه استدلال: مال شامل منافع و اعمال می شود. احترام داشتن به این معناست که هدر و بی ارزش نیست و این معنا ملازم ضمان نسبت به آن است، همانطور که خون مومن هدر نیست و اگر بی دلیل ریخته شود، دیه یا قصاص بر آن مترتب خواهد بود. / نقد (دقت در استظهار و الفاظ): روایت ظهور در حرمت تصرف در مال یا لزوم حفظ آن از تلف را دارد و اشاره ای به ضمان ندارد. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۹۴.

ذهاب حقّ أحد^{۱۲۶}،^{۱۲۷} [۲] مضافاً إلى أدلّة نفی الضرر^{۱۲۸}،^{۱۲۹} فكلّ عمل وقع من عامل^{۱۳۰}
لأحدٍ بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه^{۱۳۱}، فلا بدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتی الاحترام و
نفی الضرر^{۱۳۲}.^{۱۳۳}

^{۱۲۶}. الوسائل ۱۳: ۳۹۰، الباب ۲۰ من أبواب أحكام الوصایا، الحدیث ۳.
^{۱۲۷} وجه استدلال: حقّ شامل منافع و اعمال می شود. اگر ضمان منتفی باشد، حقّ از بین رفته است و
این شایسته نیست. پس ضمان وجود دارد. (برای بررسی اصل این قاعده و محدوده آن ر.ک. حاشیه
مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۱۳).

^{۱۲۸}. منها ما ورد فی الوسائل ۱۷: ۳۴۰، الباب ۱۲ من أبواب إحياء الموات.
^{۱۲۹} دو مرحله باید مدنظر قرار گیرد: (۱) اصل صحّت و سقم قاعده و محدوده آن: فرض بر صحت این
قاعده است و مفادش این است که جعل یا عدم جعل حکمی که منجر به ضرر شود، در شریعت منتفی
است. (۲) تطبیق قاعده در مقام: اگر ضمان جعل نشده باشد، ضرر بر طرف مقابل است و این ضرر
منتفی است. پس ضمان جعل شده است. / نقد: (۱) عدم تطبیق در مقام چرا که در مقام عدم انتفاع از
عین یا عمل است - نه ضرر کردن. (۲) با سدّ ضرر، اجرت بر آمر ثابت نمی شود و شاید باید از راه
دیگر - مثل بیت المال - اجرت پرداخت شود. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی).
^{۱۳۰} یا منفعه اعیان.

ثمَّ إِنَّهُ^{۱۳۴} لا یبعد أن یکون مراد الشیخ و من تبعه من الاستدلال علی الضمان بالإقدام و الدخول علیه: بیان آن العین و المنفعه اللذین تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً و تبرعاً حتی لا یقضى احترامهما بتدارکهما بالعوض، كما فی العمل المتبرّع به و العین المدفوعه

^{۱۳۱} این قید برای اشاره به این نکته است که منفعت مستوفاه است. (همانطور که در ادامه اشاره می شود، مرحوم شیخ ادله مطرح شده را مخصوص [منافع و] اعمال مستوفاه می داند که نفعش به آمر یا همان مستاجر رسیده است. قاعده احترام و نفی ضرر در فرضی ضمان را برای شخص ثابت می کند که شخص از منافع و اعمال سودی برده باشد و الا این سوال مطرح است که عمل و منفعت احترام دارد، لکن چرا این شخص - که نفعی نبرده است - باید ارزش آن را پردازد؟ لکن مرحوم شهیدی در حاشیه این قیود را زائد می داند و بیان می کند که این قیود از ادله استفاده نمی شود).

^{۱۳۲} مرحوم سید در حاشیه برای اثبات منافع مستوفاه به قاعده اتلاف تمسک کرده است. (اهمیت استقصاء تمام ادله قابل تصور در مقام).

^{۱۳۳} برای اطلاع و بررسی سایر ادله در مقام ر.ک. کلمات مرحوم خوبی، ج ۳، ص ۸۷.

^{۱۳۴} شاید دلیل اول (قاعده اقدام) به دلیل دوم رجوع کند و دلیل مستقلی نباشد، به این بیان که مرحوم شیخید در اعیان و احترام در اعمال و منافع را مقتضی ضمان می دانسته و با قاعده اقدام اشاره کرده است که مانعی برای این مقتضی تصور نمی شود. (ر.ک. نقد مرحوم ایروانی).

مجاناً أو أمانه، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال و احترام الأعمال.

نعم،^{١٣٥} في المسالك ذكر كلاً من الإقدام و اليد دليلاً مستقلاً^{١٣٦}، فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقض و الاعتراض^{١٣٧}.

^{١٣٥} اين توجيه در مورد كلام شيخ شايد قابل قبول باشد، اما در مورد كلام شهيد ثانی مقبول نيست.

^{١٣٦} . المسالك ٣: ١٥٤، و ٤: ٥٦.

^{١٣٧} . أما النقض، فهو ما أفاده في الصفحة السابقة بقوله: «و بالجملة فدليل الإقدام .. منقوض طرداً و عكساً.» و

أما الاعتراض، فهو ما ذكره في الصفحة ١٨٨ ١٨٩ بقوله: «لأنهما إنما أقدمتا و تراضيا و تواطئتا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة.»

[الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن]

و يبقى الكلام حينئذ في بعض الأعمال^{١٣٨} المضمونه التي لا يرجع نفعها إلى الضامن و لم يقع بأمره^{١٣٩}،^{١٤٠} كالسبق في المسابقة الفاسده،^{١٤١} حيث حكم الشيخ^{١٤٢} و المحقق^{١٤٣} و

^{١٣٨} و منافع.

^{١٣٩} اعمال و منافع مطرح است و لذا قاعده على اليد جاری نیست. به امر شخص انجام نشده است و لذا قاعده احترام و نفی ضرر ضمان را برای او ثابت نمی کند. این ادله ضمان را بر کسی ثابت می کند که منافع را استیفاء کرده باشد. (نقد برخی: غرض عقلایی داشتن شخص برای ضمان بودن او کافی است و استیفاء - به معنایی که مرحوم شیخ مدنظر دارد - شرط شمولیت ادله نیست).

^{١٤٠} شاید تفصیلهایی را در ذیل این مساله بتوان مطرح کرد و به عنوان مثال فرضی که شخص از منافع استفاده نکرده و مانع مالک از استفاده شده را از فرضی که مانعی برای استفاده مالک ایجاد نکرده است، تفکیک کرد.

^{١٤١} دلیل ضمان بر گزار کننده مسابقه و کسی که بر خود مقرر کرده ست جایزه به نفرات برتر بدهد در فرض فساد، چیست؟ این شخص از نفر برتر شدن کسی مثل زید نفعی نمی برد و حتی به زید امر نکرده است که در مسابقه شرکت کند. / نقد مرحوم ایروانی: مراد از امر کردن، خصوص طلب نیست و بعث غیر نحو عمل را نیز شامل می شود که در مقام وجود دارد. / نقد مرحوم شهیدی: امر به داعی تحقق متعلق نیست، اما به داعی کشف قدرت مسابقه دهنده وجود دارد. (به دلیل این نقدها و امثال آنها برخی قائل به ضمان در مقام شده اند).

غيرهما^{١٤٤} بعدم استحقاق السابق اجرة المثل، خلافاً لآخرين^{١٤٥}، ووجهه: أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر، و لم يقع بأمره أيضاً، فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا يقضى بضمان الشخص له و وجوب عوضه عليه؛ لأنه ليس كالمستوفى له؛ و لذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة، حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع البازل، و تمام الكلام في بابه.

١٤٢. المبسوط ٦: ٣٠٢، لكنّه نفى فيه استحقاق المسمّى، و أمّا اجرة المثل فقد نسب إلى قوم ثبوته و إلى آخرين سقوطه.

١٤٣. الشرائع ٢: ٢٤٠.

١٤٤. كالشهيد الثاني في المسالك ٦: ١٠٩ ١١٠، و السيزواري في الكفاية: ١٣٩.

١٤٥. منهم العلامة في القواعد ١: ٢٦٣، و التذكرة ٢: ٣٥٧، و ولده فخر المحققين في الإيضاح ٢: ٣٦٨، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ٣٣٧.

[لا فرق فی الضمان بین جهل الدافع بالفساد و علمه به]

ثم إنه^{١٤٦} لا فرق فی ما ذکرنا من الضمان فی الفاسد، بین جهل الدافع بالفساد و بین علمه مع جهل القابض.

^{١٤٦} توجه به فروض اثرگذار در مسأله: (١) علم هر دو به فساد شرعی معامله. (٢) علم یکی از دو طرف به فساد شرعی معامله. (٣) عدم علم هر دو به فساد معامله. قسم دوم به اقسامی تقسیم می شود: ١/ علم دافع و شک قابض. ٢/ علم دافع و جهل مرکب قابض. ٣/ علم قابض و شک دافع. ٤/ علم قابض و جهل مرکب دافع. قسم سوم نیز به اقسامی تقسیم می شود که روشن است. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ١، ص ٩٤). ضمان در فرض جهل هر دو و جهل دافع - که مراد جهل مرکب است - مسلم و مستدل فرض شده و محل بحث ضمان در فرضی است که دافع عالم و قابض جاهل مرکب است. جواب فروض دیگر با بررسی جریان ادله مطرح شده در آن فروض قابل کشف است.

و توهم: أن الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه و المفروض أن القابض جاهل، مدفوع: بإطلاق النص^{١٤٧} و الفتوى^{١٤٨}، و^{١٤٩} ليس الجاهل مغروراً؛ لأنه أقدم على الضمان قاصداً،^{١٥٠} و^{١٥١} تسليط الدافع العالم لا يجعلها أمانة مالكيه؛ لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع

^{١٤٧} قاعده «على اليد» یا احترام یا نفی ضرر ضمان را ثابت می کند -چه دافع عالم باشد و چه جاهل- .
^{١٤٨} اگر اجماع دارای معقد لفظی باشد، به اطلاق لفظی آن می توان تمسک کرد. اگر این اجماع فاقد حجیت باشد یا معقد لفظی نداشته باشد یا معقد لفظی فاقد اطلاق باشد، به عنوان موید قابل طرح است.
^{١٤٩} جواب استدلال اول بر عدم ضمان: قاعده غرور (المغرور يرجع الى من غره / تطبيق قواعد کلی در مساله) چنین اقتضاء دارد که قابض به دافع رجوع کند و در حقیقت دافع حق رجوع به کسی که او را فریب داده است، نداشته باشد. (مخصص قاعده علی اليد خواهد بود؟).

^{١٥٠} عدم تطبیق قاعده در مساله محل بحث: خودش اقدام به ضمان کرده است. (نقد مرحوم خوئی، مصباح الفقاهه، ج ٣، ص ١٠٠: اقدام به ضمان مسمی کرده است -نه ضمان واقعی-، در حالی که طبق فتوا ضمان واقعی بر او ثابت می شود).

^{١٥١} جواب استدلال دوم بر عدم ضمان: تسلیط دافع با علم به فساد، امانت مالکی است (تحلیل دقیق عرفی و عقلایی واقعه خارجی) و لذا ید قابض امانی است و ضمان برای او ثابت نیست. قاعده «علی اليد» در یدهای امانی جاری نیست.

إليه،^{۱۵۲} لا أنه أمانة عنده أو عارية؛ و لذا لا يجوز له التصرف فيه و الانتفاع به،^{۱۵۳} و سيأتي تتمه ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري.^{۱۵۴}

هذا كله في أصل الكليّة المذكورة.

^{۱۵۲} اهمیتی برای حکم شارع قائل نیست و خود تشریح کرده و او را مالک قرار می دهد و با فرض این که او مالک شده است، کالا را به او تحویل می دهد. لذا اگر علم پیدا کند که تشریح او واقع نشده و قابض هرگز مالک نشده است، طبق روال متعارف از تصرف قابض در مال خودش رضایتی ندارد.

^{۱۵۳} مراد: (۱) چون عاریه واقع نشده است، پس تصرف قابض در آن کالا واقعا دارای اشکال است و جایز نیست -ولو قابض به عدم جواز جاهل است-. (مصادره به مطلوب است، چرا که کسی که قائل به امانت است، تصرف را واقعا جایز می داند. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی). (۲) اگر دافع قصد عاریه داشته باشد، پس به تصور خودش تصرف قابض را -ولو با فرض بطلان تملیک- باید جایز بداند، در حالی که او نیز با فرض بطلان تملیک تصرف قابض را جایز نمی داند. (۳) چون قصد امانت یا عاریه ندارد، دافع تصرف خودش را در کالا جایز نمی داند.

^{۱۵۴} برای عدم ضمان به ادله دیگری نیز تمسک شده است، مثل این که اذن در تصرف مسقط ضمان است یا اصل عدم ضمان. ر.ک. حاشیه مرحوم سید، ج ۱، ص ۹۴ و حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۱۴.

[الكلام في عكس القاعدة]

و أمّا عكسها، و هو: أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، فمعناه: أن كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففساده لا يفيد ضماناً،^{١٥٥} كما في عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية الغير المضمونة، بل المضمونة بناءً على أن المراد بإفاده الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لا بأمر خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة.

[هل تضمن العين المستأجرة فاسداً؟]

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً؛ لأنّ صحيح الإجارة غير مفيد ل ضمانها كما صرّح به في القواعد^{١٥٦} والتحرير^{١٥٧} و حكى عن التذكرة^{١٥٨} و إطلاق^{١٥٩}

^{١٥٥} در مورد معنای «باء» در عکس قاعده و معنای سلب ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ١، ص ٩٤.

^{١٥٦} القواعد ١: ٢٣٤.

^{١٥٧} . تحرير الأحكام ١: ٢٥٢، هذا و قد وردت الكلمة في أكثر النسخ هكذا: «تر»، و لكننا لم نقف عليه في

السرائر، فراجع.

^{١٥٨} . التذكرة ٢: ٣١٨.

^{١٥٩} إطلاق كلام «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» شامل عين مستأجره می شود.

الباقى ١٦٠، إلا أن صريح الرياض ١٦١ الحكم بالضمان، و حكى فيها ١٦٢ عن بعضٍ نسبته ١٦٣ إلى المفهوم من كلمات الأصحاب ١٦٤، و الظاهر أن المحكى عنه هو المحقق الأردبيلي ١٦٥ فى مجمع الفائدة ١٦٦.

و ما أبعد ١٦٧ ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد؛ حيث قال فى باب الغصب: إن الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة، و الذى ينساق إليه

١٦٠. كابين حمزة فى الوسيلة: ٢٦٧، و المحقق فى الشرائع ٢: ١٧٩، و الشهيدان فى اللمعة و شرحها (الروضة البهية) ٤: ٣٣١.

١٦١ سيد على طباطبائى حائرى، قرن ١٣.

١٦٢ رياض المسائل.

١٦٣ ضمان.

١٦٤. الرياض ٢: ٨.

١٦٥ قرن ١٠، داراى مسلک عقلگرایی در فقه در مقابل مسلک اخبارى گرى. گرايش اخبارى گرى بعد از ايشان در حوزه ها نضع جدى پيدا کرد و در قرن ١١ به اوج رسيد.

١٦٦. مجمع الفائدة ١٠: ٥٠.

١٦٧ ر.ك. حاشيه مرحوم شهيدى، ج ٢، ص ٢١٥.

النظر هو الضمان، لأنَّ التصرف فيه حرام؛ لأنَّه غضب فيضمنه،^{١٦٨} ثمَّ قال: إلَّا أنَّ كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافع لذلك، فيقال: إنَّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً والأصل براءة الذمَّة من الضمان^{١٦٩} فلا تكون العين بذلك مضمونة، و لو لا ذلك^{١٧٠} لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأنَّ استيلاءه بغير حق^{١٧١} وهو^{١٧٢} باطل^{١٧٣}، انتهى.

^{١٦٨} عبارت جامع المقاصد کمی متفاوت است و ایشان می فرماید اجاره فاسد و تصرف غاصبانه است (ید امانی نیست) و در نتیجه واقعا حرام است و ضمان ثابت است.

^{١٦٩} مرجع در فرض تعارض قاعده «ما لا یضمن...» با قاعده «علی الید»، با توجه به این که مدرک عکس قاعده، «علی الید» نیست.

^{١٧٠} نقد: دلیل اعم از مدعاست و امثال رهن را هم در بر می گیرد که گوینده و علماء به آن ملتزم نیستند.

^{١٧١} مرتهن بر رهن «ید» دارد؟

^{١٧٢} ضمان مرتهن.

^{١٧٣}. جامع المقاصد ٦: ٢١٦.

و لعلّ الحكم بالضمان في المسألة: ^{١٧٤}

إمّا لخروجها عن قاعدة «ما لا يضمن»؛ ^{١٧٥} لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يُرجع في حكمها إلى القواعد، و حيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً و من طرف المالك، لم يكن فيه ضمان، و أمّا في فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها؛ لحقّ الانتفاع فيه، و المفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان ^{١٧٦} موجبة للضمان. ^{١٧٧}

^{١٧٤} بررسی و حدس دلایل محتمل برای فتوای برخی علماء به ضمان.

^{١٧٥} خروج موضوعی (تخصص).

^{١٧٦} يد غير امانی.

^{١٧٧} نقد: قاعده در لسان علماء و مدرک شامل مورد عقد و غیر مورد عقد می شود یا مورد عقد اعم از نفس ما تعلق به العقد (منفعت) و متعلق آن (عين) است.

و إما^{۱۷۸} لأنّ قاعدة «ما لا يضمن» معارضة هنا بقاعدة اليد^{۱۷۹}.

[الأقوى عدم الضمان]

و الأقوى: عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة، و لا متخصّصة.

[الموارد التي توهم اطراد القاعدة فيها]:

ثمّ إنّه يشكّل اطراد القاعدة في موارد: ^{۱۸۰}

^{۱۷۸} شاید مرادشان خروج حکمی (تخصیص) باشد به این بیان که در تعارض و درگیری با قاعده علی الید، قاعده علی الید مقدم می شود و قاعده «ما لایضمن...» را تخصیص می زند، شاید با این بیان که قاعده علی الید شامل منافع نمی شود و لذا اخص است.

^{۱۷۹} بررسی شرایط تخصیص در مقام: (۱) گفته شده قاعده «ما لایضمن...» اخص از قاعده علی الید است. (۲) گفته شده رابطه این دو قاعده عموم و خصوص من وجه است و لذا در محل تعارض تساقط می کنند و اصل عدم ضمان است. ر.ک. مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۱۵.

^{۱۸۰} مسائلی در فقه یافت می شود که مصداق قاعده هستند، اما شمولیت قاعده نسبت به آنها دچار اشکال است؛ چرا که در این مسائل حداقل برخی علماء قائل به ضمان هستند و این نقض به صحت کلیت قاعده است. مثال عین مستأجره که در عبارات قبل مطرح شد نیز می توانست جزو این موارد شمرده

منها: الصید الذی استعاره المحرم من المحل؛ بناءً على فساد العاریة،^{۱۸۱} فإنهم حکموا بضمان المحرم له بالقیمة، مع أن صحیح العاریة لا یضمن به، و لذا^{۱۸۲} ناقش الشہید الثانی فی الضمان على تقدیری الصحّة و الفساد^{۱۸۳}.

شود و مورد بررسی قرار گیرد. (مرحوم سید: ضمان در این مسائل مسلم نیست و ممکن است انکار شود و اشکال اطراد و شیوع از اساس مرتفع شود).
^{۱۸۱} عدم جواز انتفاع مُحَرَّم از صید (حرمت احداث و ابقاء صید بر مُحَرَّم بنابر این نظر) و لذا عاریه فاسد است. نهی از انتفاع و عاریه گرفته دلیل فساد عاریه است یا شرط صحت عاریه، جواز انتفاع است. گفته شده که در این فرض اگر صید در دست مُحَرَّم تلف شود، ضامن است.
^{۱۸۲} چون اصل در عاریه صحیح عدم ضمان است و «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» چون در صحیح و فاسد نباید ضامن باشد. (در کلام شہید ثانی این احتمال که عاریه مورد بحث صحیح باشد نیز مطرح شده است).

^{۱۸۳}. المسالک ۵: ۱۳۹.

إلّا أن يقال: ^{۱۸۴} إن وجه ضمانه بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته:-
أنّ المستقرّ عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف
بسبب وجوب الإتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد، لا بسبب التلف. ^{۱۸۵}

^{۱۸۴} حکم به ضمان از باب ضامن بودن در عاریه فاسد یا تلف شدن کالا در دست عاریه گیرنده نیست، بلکه از باب دلیل دیگر ضمان یعنی اتلاف است. کسانی که حکم به ضمان کرده اند معتقدند مُحرم باید صید را آزاد کند و وجوب اتلاف صید موجب می شود تا صید احکام اتلاف را داشته باشد. به عنوان مثال اگر پرنده ای را عاریه گرفته است، باید رهایش کند. وجب اتلاف، کالا را از مالیت خارج می کند و موجب می شود تا حکم مُتَلَف را داشته باشد. پس محرم که باید پرنده را آزاد کند، اتلاف کننده او تلقی می شود و طبق «قاعده اتلاف» ضامن است. (سوال: قاعده اتلاف شامل این موارد نیز می شود؟).

^{۱۸۵} چند نکته در کلمات محشین: ۱) وجوب ارسال و رها کردن صید مسلم نیست و خلاصی از صید راه دیگری مثل دفع به مالک دارد (توجه به پیش فرضهای فقهی اثرگذار در مساله). ۲) وجوب ارسال یا نفس ارسال موجب خروج صید از ملکیت دافع نمی شود و مالک حق اخذ آن را از محرم دارد. ۳) اگر دافع عالم بود، اتلاف به خود او منتسب است و قابض ضامن نیست. (توجه به فروض مختلف مساله).

۴) اگر بعد از عاریه ارسال واجب باشد، حرمت تصرف برای دافع و قابض ثابت است و هیچکدام ملکیت ندارند و لذا ضمان برای کسی ثابت نیست. (تحلیل دقیق واقعه خارجی از حیث فقهی).

[۲- المنافع غیر المستوفاه من المبیع فاسدا]

و يشكل اطراد القاعدة أيضاً في المبيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها^{١٨٦}؛^{١٨٧} فإنّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح،^{١٨٨} مع أنّها مضمونة في العقد الفاسد،^{١٨٩} إلّا أن يقال: ^{١٩٠} إنّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد، و فيه نظر؛^{١٩١}

^{١٨٦} مثال ماشینی که از آن استفاده نشده است یا خانه ای که در آن سکونت نکرده است.
^{١٨٧} تفکیک منافع مستوفاه از غیر مستوفاه شاید به این دلیل است که نسبت به منافع مستوفاه ادعای جریان قاعده اتلاف و ثبوت ضمان بر اساس آن قاعده وجود دارد. (نقد مرحوم ایروانی : در مورد منافع غیر مستوفاه نیز قاعده اتلاف جاری است).

^{١٨٨} در بیع صحیح، ثمن فقط در قبال عین داده می شود و اگر بعد از معامله امکان استفاده از منافع حاصل نشود، معامله دچار خدشه نمی شود. رسیدن به منافع عین می تواند غرض از معامله باشد - نه این که مورد معامله و مثن تلقی شده باشد-.

^{١٨٩} برخی محشین اشاره کرده اند که قائل به ضمان در این مسأله را پیدا نکرده اند.
^{١٩٠} داعی بر ضمان عین، تحصیل منافع آن است و لذا اگر عین را در عقد صحیح ضامن است، بالتبع منفعت را نیز در عقد صحیح ضامن است و لذا در عقد فاسد نیز باید ضامن باشد.

^{١٩١} تبعیت ادعا شده صحیح نیست و داعی بودن موجب نمی شود تا مورد ضمان باشد. ثمن فقط در قبال عین است و در قبال منفعت ثمنی پرداخت نمی شود و لذا اگر به منافع نرسد، برای فسخ یا خذ بعض یا همه ثمن حق رجوع به بایع را ندارد.

لأنّ نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح؛ لأنّ الثمن إنّما هو بإزاء العين دون المنافع.^{١٩٢}

[٣ - حمل المبيع فاسداً]

و يمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً،^{١٩٣} على ما صرح به في المبسوط^{١٩٤} و الشرائع^{١٩٥} و التذكرة^{١٩٦} و التحرير^{١٩٧}: من كونه مضموناً على المشتري، خلافاً للشهيدين^{١٩٨}

^{١٩٢} طبق نظري كه ضمان عين مستاجر را تخصصاً از قاعده خارج می دانست - چون موضوع قاعده را مورد عقد تلقی می کرد-، این مثال نیز تخصصاً از قاعده خارج خواهد بود؛ چرا كه منفعت کالا مورد بیع نیست.

^{١٩٣} مبيع حيوان یا آمه ای است كه هنگام بیع حامله است، ولی حمل و بچه جزء یا شرط معامله نیست و در ملك بايع باقی می ماند و لذا ثمنی در قبال آن پرداخت نمی شود و در عقد صحيح، مصداق «ما لا یضمن بصحيحه» می باشد. با این حال گفته شده است كه در بیع فاسد، مشتری ضامن حمل می باشد.

^{١٩٤}. المبسوط ٣: ٦٥.

^{١٩٥}. الشرائع ٣: ٢٣٦.

^{١٩٦}. التذكرة ١: ٤٩٦، و ٢: ٣٩٧.

^{١٩٧}. التحرير ٢: ١٣٧.

^{١٩٨}. الدروس ٣: ١٠٨، و الروضة البهية ٧: ٢٤ و ٢٥، و المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٥.

و المحقق الثاني^{١٩٩} و بعض آخر^{٢٠٠} تبعاً للعلامة في القواعد^{٢٠١}، مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح؛ بناءً على أنه للبائع^{٢٠٢}.

و عن الدروس^{٢٠٣} توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع^{٢٠٤}، و حينئذ لا نقض على القاعدة.

^{١٩٩}. جامع المقاصد ٦: ٢٢٠.

^{٢٠٠}. مثل المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٠: ٥١١.

^{٢٠١}. القواعد ١: ٢٠٢.

^{٢٠٢} با این فرض که در ملک باع باقی می ماند.

^{٢٠٣} توجهی که سبب جمع بین نظرات علماء می شود: (١) قول به عدم ضمان در فرضی است که حمل جزء مبیع یا شرط بیع نیست و ثمنی به ازای آن پرداخت نمی شود. (٢) قول به ضمان در فرضی است که حمل جزء مبیع یا شرط بیع است و در ثمن لحاظ شده و لذا در صحیح نسبت به آن ضمان وجود دارد و لذا در فاسد آن نیز ضمان ثابت است.

^{٢٠٤}. الدروس ٣: ١٠٨، و العبارة في «ف» هكذا: إذا شرط الدخول في المبيع.

[۴- الشركة الفاسدة]

و يمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة؛^{٢٠٥} بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجباً للضمان.

[مدرك عكس القاعدة]

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط^{٢٠٦} هي الأولوية، و حاصلها: أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟

و توضيحه^{٢٠٧}: أن الصحيح من العقد إذا لم يقتضِ الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان؛ لأن أثر الضمان إما من الإقدام على الضمان، و

^{٢٠٥} در شراکت صحیح، در فرض از بین رفتن سرمایه هیچ یک از شرکاء نسبت به شریک دیگر ضامن نیست. اما در شراکت فاسد ادعا شده است که سرمایه تحت استیلاء هر کس بوده است، او نسبت به شریک دیگر ضامن است. (۱. برخی محشین گفته اند که کسی به قائل به ضمان در این مساله نیست. ۲. مرحوم ایروانی راه حلی را برای این نقض بیان کرده اند تا با اطراد قاعده تنافی نداشته باشد. ر.ک. ج ۱، ص ۹۵).

^{٢٠٦}. تقدمت في الصفحة ۱۸۲ (چاپ کنگره).

^{٢٠٧} روشن است که در مقام شرح اولویت است - نه بیان دلیلی دیگر -.

المفروض عدمه، و إلا لضمن بصحيحه، و إما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض أنها لا تؤثر شيئاً.^{٢٠٨}

و وجه الأولوية: أنّ الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إنّ الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجرى في الفاسد؛^{٢٠٩} لكونه لغواً غير مؤثر، على ما سبق تقريره: من أنّه أقدم على ضمان خاصّ، و الشارع لم يمهضه فيرتفع أصل الضمان^{٢١٠. ٢١١}

^{٢٠٨} با این ذهنیت که «اقدام بر ضمان» تنها دلیل ضامن بودن است، گفته می شود در فرضی که اقدام به ضمان نیست و معامله صحیح است و شارع امضاء کرده و اثر دارد و این احتمال که شارع با امضاء خود او را ضامن قرار داده باشد، ضامن نیست، پس به طریق اولی در معامله فاسد که اصلاً شارع آن را امضاء نکرده و کالعدم است، ضامن نیست.

^{٢٠٩} اگر معامله صحیح ضمان آور بود، ممکن بود فاسد ضمان آور نباشد (اصل قاعده «ما یضمن بصحیحه...»)، چون صحیح دارای اثر است و فاسد کالعدم است. اما وقتی صحیح ضمان آور نیست، به طریق اولی فاسد ضمان آور نمی باشد.

^{٢١٠}. سبق تقریبه فی الصفحة ١٨٩ (چاپ کنگره).

^{٢١١} تبیین دیگری از اولویت ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢١٧.

لكن يخدمها: ^{٢١٢} أنه يجوز أن يكون صحّة الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلّط المرتهن و المستأجر على العين شرعاً مؤثّرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلّطاً لهما على العين، فلا أولوية.

فإن قلت: ^{٢١٣} إنّ الفاسد و إن لم يكن له دخل في الضمان، إلّا أنّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض، و بقي الباقي.

^{٢١٢} در اولويت عقلي يا عقلايي، تمام مناطهاى محتمل براى حكم (عدم ضمان) در اصل (معامله صحيح) بايد استقصاء شود و سپس اثبات شود كه اين مناطها در فرع (معامله فاسد) به نحو اقوى وجود دارد و لذا فرع به طور قطع و يقين داراى حكم (عدم ضمان) است. «عدم اقدام بر ضمان» يكي از علل محتمل براى حكم به «عدم ضمان» است، اما احتمالات ديگرى نيز وجود دارد، مانند اذن شارع بر تسلط شخص بر کالا. اين اذن در معامله صحيح وجود دارد و در معامله فاسد وجود ندارد و لذا ممكن است حكم عدم ضمان مخصوص به معامله صحيح باشد و در معامله فاسد، ضمان ثابت باشد.

^{٢١٣} عموم «على اليد» مقتضى ثبوت ضمان در معامله صحيح و معامله فاسد است (علاوه بر قاعده اقدام، اين دليل نيز از ادله ضمان بايد مدنظر قرار گيرد). معامله هاى صحيح -در امثال عاريه و هبه- بر اساس

قلت: ۲۱۴ ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفسادها، و هي عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمنه المالك -سواء ملكه إياه بغير عوض، أو سلّطه على

ادله از این قاعده تخصیص خورده است و معامله فاسد در عموم آن باقی می ماند. بنابراین طبق قاعده باید حکم به ضمان کرد. (برای نفی ضمان تمام علل متصور برای ضمان باید نفی شود).
۲۱۴ همان دلیلی که معامله های صحیح -در امثال عاریه و هبه- را از عموم «علی الید» خارج می کند، معامله های فاسد -در امثال عاریه و هبه- را نیز خارج می کند. آن دلیل اختصاصی به معامله های صحیح ندارد. مخصّص دلیلی است که مفاد این است: «کسی که مالک او را ضامن نکرده -چه در معامله صحیح و چه در معامله فاسد-، ضامن نیست». این قاعده «اصطیادی» است و مدرک آن در غیر هبه عموم ادله ای است که مفادشان این است: «کسی که مالک او را امین قرار داده، ضامن نیست» و در هبه مدرک اولیّتی است که در ادامه اشاره خواهد شد. این ادله در غیر هبه و اولویت در هبه مخصّص قاعده «علی الید» هستند یا به تعبیر دیگر از مجموع این ادله و اولویت قاعده «من لم یضمنه المالك...» اصطیاد می شود و این قاعده مخصّص قاعده «علی الید» است.

الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقّه، أو العمل فيه بلا اجرة أو معها
أو غير ذلك^{٢١٥} - فهو غير ضامن^{٢١٦}. ٢١٧

أما في غير التمليك بلا عوض أعنى الهبة فالدليل المخصّص لقاعدة الضمان عموم ما دلّ
على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن^{٢١٨}، بل ليس لك أن تتهمه^{٢١٩}. ٢٢٠

^{٢١٥} توضيح این موارد به ترتیب: هبه، عاریه، ودیعه، مثل دفع عین اجاره برای استیفاء منفعت آن، مثل
دفع پارچه به خیاط برای خیاطی تبرعی، مثل دفع پارچه به خیاط برای خیاطی با اجرت و غیر ذلك مثل
رهن.

^{٢١٦} سوال: این که مالک او را ضامن قرار نداده است به دلیل تصور صحت بوده است. اگر می دانسته
که معامله فاسد است، شاید او را ضامن قرار می داده است. این قاعده شامل این موارد نیز می شود؟
^{٢١٧}. قال الشَّهيدی فی شرحه: «لم نعث بهذا الدليل»، بل الظاهر من عبارة المصنّف فيما بعد عدم عثوره عليه
أيضاً (هدایة الطالب: ٢١٨).

^{٢١٨}. راجع الوسائل ١٣: ٢٢٧، الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة، و الصفحة ٢٧٠، الباب ٢٨ من أبواب أحكام
الإجارة، الحديث الأوّل.

^{٢١٩}. كما ورد في الحديث ٩ و ١٠ من الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة.

^{٢٢٠} سوال: آیا این ادله شامل معاملات فاسد - که قصد امین قرار دادن شخصی را داشته اما به دلیل فساد،
معامله شکل نگرفته است - نیز می شود؟

و أمّا في الهبة الفاسدة، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم «اليد»: بفحوى ما دلّ على خروج صور الاستئمان؛ فإنّ استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق^{٢٢١} عليه مجاناً عدم ضمانه بطريقٍ أولى.^{٢٢٢} و التقييد بالمجانبة لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات؛ فإنّه عين التضمين.

فحاصل أدلّة عدم ضمان المستأمن: أنّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي أعنى المثل أو القيمة و لا جعلي، فليس عليه ضمان.

^{٢٢١} سلطه كامل که مجوز تمام تصرفات -حتی تصرفات مالکانه- را به همراه دارد.

^{٢٢٢} در مواردی که قصد اخراج کالا از ملک خود را ندارد، بلکه قصد ردّ آن را دارد، گیرنده ضمان نیست، پس در مواردی که قصد اخراج کالا از ملک را داشته و قصد ردّ آن را ندارد، به طریق اولی گیرنده ضامن نیست. (نقد مرحوم ایروانی، ج ١، ص ٩٥: تسلیط به عنوان مالک بودن طرف مقابل رخ داده و فرض این است که ملکیت واقع نشده است و اذن و تسلیطی با فرض بقاء در ملک و اهب وجود ندارد و در نتیجه ید امانی نیست و «علی الید» مثبت ضمان است).

[الثانی: وجوب ردّ المقبوض بالبیع الفاسد]

الثانی^{۲۲۳} من الأمور المتفرّعة علی عدم تملّک المقبوض بالبیع الفاسد، وجوب ردّه فوراً
إلی المالك.^{۲۲۴}

و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فیہ علی تقدیر عدم جواز التصرف فیہ^{۲۲۵} كما یلوح^{۲۲۷۲۲۶} من
مجمع الفائدة^{۲۲۸}، بل صرح فی التذکره^{۲۲۹} كما عن جامع المقاصد: أنّ مؤنّه الردّ علی

^{۲۲۳} مقدمه : ۱) قدرمتیقن از مساله در کلام علماء فرضی است که دافع و قابض جاهل به بطلان بوده اند.
مرحوم سید و مرحوم شهیدی در حاشیه مکاسب به برخی دیگر از فروض اشاره کرده اند (توجه به
شقوق اثرگذار فقهی). ۲) پیش فرض مساله عدم اذن یا رضایت مالک به امساک و تصرف در فرض
فساد معامله است و الا روشن است که ردّ وجوب فوری ندارد (توجه به پیش فرض های مساله).

^{۲۲۴} احتمال دیگر: کفایت تخلیه سبیل کالا برای دریافت مالک.

^{۲۲۵} اگر تصرف جایز باشد - به دلیل اذن باع یا ... - ادله جاری نبوده و وجوب ردّ فوری نتیجه نمی شود.
^{۲۲۶} ظاهر می شود.

^{۲۲۷} الضمیر فی قوله «یلوح» عائد إلی عدم جواز التصرف، لا إلی نفی الخلاف، كما صرح به المحقق المامقانی،
انظر غاية الآمال: ۲۸۶.

^{۲۲۸} . مجمع الفائدة ۸: ۱۹۲.

^{۲۲۹} . التذکره ۱: ۴۹۵.

المشتری لوجوب ما لا يتم الردّ إلا به^{۲۳۰}،^{۲۳۱} و إطلاقه^{۲۳۲} يشمل ما لو كان في ردّه مئونه كثيرة، إلا أن يقيد بغيرها بأدلّه نفى الضرر^{۲۳۳}.

۲۳۰. جامع المقاصد ۴: ۴۳۵.

۲۳۱ علامه: ردّ واجب است پس پرداخت مئونه ردّ که مقدمه واجب است -در فرض انحصار اتیان ذی المقدمه در انجام این مقدمه-، واجب می شود. مقدمه واجب، واجب شرعی یا واجب عقلی است.

۲۳۲ اطلاق «مئونه الرد علی مشتری» شامل مئونه کم و مئونه زیاد می شود.

۲۳۳ وجوب ردّی که مستلزم دفع مئونه زیاد است، ضرر بر مشتری است و قاعده لاضرر نافعی جعل چنین حکمی است. (نقدها: ۱. مرحوم سید: در مئونه کم نیز ضرر وجود دارد. ۲. کم و زیاد بودن مئونه شاید به معیار مشتری و وضع مالی مشتری دانسته شود و مثلا دویست هزار تومان برای شخصی که وضع مالی خوبی ندارد، مصداق ضرر و برای شخصی که بسیار پولدار است، مصداق ضرر نباشد. ۳. عدم جعل وجوب ردّ بر مشتری مستلزم این است که مئونه بر عهده بایع باشد و او ضرر کند. پس جعل و عدم جعل هر دو ضرری هستند. باید بررسی شود که در این موارد قاعده لاضرر جعل را نفی می کند یا اصلا جاری نیست. اگر قاعده جاری نباشد، طبق ادله مئونه بر مشتری است و اگر جعل را نفی کند، مئونه بایع است. ۴. پرداخت مئونه ردّ تا کجا بر مشتری است؟ تا محل قبض یا مکان مالک یا...؟

[الاستدلال علی وجوب الرد و حرمة الامساک]

و يدلّ عليه: ۲۳۴ أنّ الإمساك أنّاً ما تصرف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز؛ لقوله عجلّ الله فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه» ۲۳۵. ۲۳۶.

۲۳۴ توجه به مصداقیت عنوان محل بحث (امساک) برای ادله شرعی (تصرف حرام): وجه استدلال: (۱) امساک تصرف در مال غیر بدون اذن مالک است. (۲) تصرف در مال غیر بدون اذن مالک حرام است - به دلیل روایت مهدوی عجل الله تعالی فرجه الشریف یا ضرورت دین یا حکم عقل یا اجماع یا ... = امساک حرام است. (۳) نهی از شیء مقتضی امر به ضدّ است. (۴) ردّ فوری ضدّ امساک است. = ردّ فوری واجب است.

نکاتی که در مورد استدلال باید بررسی شود: ۱. امساک، تصرف است؟ ۲. حرمت تصرف در مال غیر شامل امساک در این فرض می شود؟ ۳. ردّ فوری ضدّ عام است یا ضدّ خاص؟ اگر ضدّ عام باشد، وجوب شرعی یا عقلی آن مورد قبول مشهور است، اما وجوب ضدّ خاصّ مورد تردید جدی است. گفته شده عدم امساک انحصاری در ردّ ندارد و شامل تخلیه سیبیل نیز می شود و ردّ ضدّ خاصّ برای عدم امساک است. ۴. نفس ردّ - نیز مانند امساک - تصرف در مال غیر و حرام است، مگر ادعا شود که اذن یا رضایت مالک نسبت به آن محرز است یا مصداق احسان به مالک است و اذن شرعی در عدم حرمت آن کافی است. با فرض احسان بودن ردّ، این سوال مطرح می شود که آیا امساک یا تخلیه سیبیل مصداق احسان نیست؟ (ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی و کلمات مرحوم خوئی، ج ۳، ص ۱۲۰).

و لو نوقش فی کون الإمساک تصرّفًا، کفی عموم قوله -صلى الله عليه وآله وسلم-: «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه»^{۲۳۷} حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده^{۲۳۸}.

^{۲۳۵} انتساب متن كتب اربعة به مولفينشان -يعنى محمدون ثلاث رحمهم الله- مسلم يا مشهور است. اما انتساب متن ديگر كتب حديثي -مثل «كمال الدين»- به مولفينشان -مثل مرحوم صدوق- مورد بحث است. از اولين مراحل بررسى سندى روايت، بررسى انتساب متن به مولف ادعايى است.

^{۲۳۶}. الوسائل ۱۷: ۳۰۹، الباب الأوّل من أبواب الغصب، الحديث ۴.

^{۲۳۷}. الوسائل ۳: ۴۲۵، الباب ۳ من أبواب مكان المصلّى، الحديث ۳، باختلاف في اللفظ. و رواه في عوالي اللآلى ۲: ۱۱۳ و ۲۴۰، الحديث ۳۰۹ و ۶.

^{۲۳۸} وجه استدلال: (۱) روايت افاده حکم تکلیفی دارد. (۲) حکم تکلیفی به عين تعلق گرفته است و در نتیجه باید فعلی مقدر باشد؛ چرا که حکم تکلیفی به عين تعلق نمی گیرد. (۳) مقدر در اين موارد جميع افعالی است که به «مال» تعلق می گیرد -از جمله امساک حتى اگر مصداق تصرف نباشد-. (شاید با اين بيان که اگر حکم تکلیفی به عين خاص -مثل خمر یا صندلی- تعلق بگیرد، فعل خاص متناسب با آن مقدر است -مثل شرب یا نشستن در دو مثال ذکر شده-. اما اگر حکم تکلیفی به عنوان عام -مثل مال- تعلق بگیرد، جميع افعال مقدر است). = جميع افعال تعلق گرفته به کالای غیر از جمله امساک حرام است. (۴) نهی از شیء مقتضى امر به ضد آن است. (۵) ردّ فوری ضدّ امساک است. = ردّ فوری واجب

وَأَمَّا تَوْهَمٌ: ٢٣٩ أَنْ هَذَا يَأْذَنُ حَيْثُ إِنَّهُ دَفَعَهُ بِاخْتِيَارِهِ، فَمَنْدَفَعُ: بَأَنَّهُ إِنَّمَا مَلِكُهُ إِيَّاهُ عَوْضًا، فَإِذَا انْتَفَتِ صَفَةُ الْعَوْضِيَّةِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ سَلَامَةِ الْعَوْضِ لَهُ شَرْعًا^{٢٤٠}، وَ الْمَفْرُوضُ أَنْ كَوْنَهُ عَلَى وَجْهِ الْمَلِكِيَّةِ الْمَجَانِيَّةِ مِمَّا لَمْ يَنْشِئْهَا الْمَالِكُ، وَ كَوْنَهُ مَالًا لِلْمَالِكِ وَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ أَيْضًا مِمَّا لَمْ يَأْذَنَ فِيهِ، وَ لَوْ أْذَنَ لَهُ فَهُوَ اسْتِيدَاعٌ جَدِيدٌ، كَمَا أَنَّ لَوْ مَلِكُهُ مَجَانًا كَانَتْ هِبَةٌ جَدِيدَةً.^{٢٤١}

است. (غیر از نقدهایی که ذیل استدلال اول مطرح شد و در مورد این استدلال نیز قابل طرح است، نسبت به مقدمه سوم ادعا شده است که فعل متناسب با «مال»، تصرف یا انتفاع یا تملک یا امثال این موارد است که شامل امساک نمی شود).

^{٢٣٩} شاكال / عدم تطبیق روایت در مقام (اشكال صغروی): در مقام مالک اذن داده است.

^{٢٤٠}. الظاهر سقوط جواب الشرط، و هو «انتفى الإذن».

^{٢٤١} همچنین در مقام به قاعده «على اليد» تمسک شده است. ر.ک. کلمات مرحوم ایروانی، مرحوم نائینی و نقد مرحوم خویی، ج ٣، ص ١٢٢.

[الظاهر من المبسوط و السرائر عدم الإثم في الامساك]

هذا، و لكن^{٢٤٣} الذي يظهر من المبسوط^{٢٤٣}: عدم الإثم في إمساكه^{٢٤٤}، و كذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب^{٢٤٥، ٢٤٦} و هو ضعيف^{٢٤٧} و النسبة غير ثابتة^{٢٤٨}، و لا يبعد^{٢٤٩} إرادة صورة الجهل^{٢٥٠}؛ لأنه لا يعاقب.

^{٢٤٢} ظاهر كلام برخی علماء مخالفت با ما در این مسأله است.

^{٢٤٣}. فی غیر «ف» و «ش» زیاده: «فی قبضه معللاً بأنه قبضه بإذن مالک، و قد تقدّم أيضاً من التحریر التصريح بعدم الإثم» و شطب علیها فی «ن»، و لعلها كانت حاشیة خلطت بالمتن، و يشهد لذلك عدم تقدّم كلام من التحریر فی المسأله، و لم نقف فی التحریر أيضاً علی التصريح بعدم الإثم فی الإمساك.

^{٢٤٤}. المبسوط ٢: ١٤٩.

^{٢٤٥}. السرائر ٢: ٣٢٦.

^{٢٤٦} ظاهراً ادعای اجماع یا عدم خلاف دارد بر این که امساك حرام نیست. (این برداشت مرحوم شیخ از كلام ابن ادریس محل تأمل است).

^{٢٤٧} به دلیل استدلالهای اقامه شده بر حرمت امساك و وجوب ردّ.

^{٢٤٨} اجماع محصل محقق نیست و اجماع منقول حجت نیست، مخصوصاً که عالمی چون علامه با آن مخالفت کرده است. (كلام مرحوم علامه در وجوب ردّ فوری بیان شد که لازمه اش حرمت امساك است، براساس مبنای ضدّ در علم اصول).

[الثالث: ضمان المنافع المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد و الدليل عليه]

أنه لو كان للعین المتباعدة منفعة استوفاهَا المشتري قبل الردّ، كان عليه عوضها على المشهور^{٢٥١}، بل ظاهر ما تقدّم من السرائر، من كونه بمنزلة المغصوب^{٢٥٢}: الاتفاق على الحكم.^{٢٥٣}

^{٢٤٩} به این قرینه که بعید است امساک کالای غیر که تصرف بدون اذن است را ایشان حرام ندادند.
^{٢٥٠} مراد ایشان فرض جهل قصوری قابض است که در این فرض حرمت امساک منجز نمی شود و مکلف عقاب نمی شود. با این توجیه غیر بعید، کلام ایشان با نظر ما مخالفتی ندارد. (احتمال دیگر: شاید مراد ایشان امساک به نحو تخلیه سیل برای مالک بوده است).
^{٢٥١} مشهور محصل.

^{٢٥٢}. تقدّم فی الصفحة ١٨٠ (چاپ کنگره).

^{٢٥٣} اجماع منقول. (استفاده از لازمه کلام برای تحصیل اقوال).

۲۵۴ يدلّ عليه: ۲۵۵ عموم قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه» ۲۵۶، ۲۵۷ بناءً على صدق المال على المنفعة، ۲۵۸ و لذا يجعل ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح ۲۵۹. ۲۶۰

۲۵۴ راههای تحصیل دلیل: (۱) قواعد کلی ضمان یا عدم ضمان. (۲) تتبع در کلمات علماء در مقام. (۳) جستجوی لفظی یا معنوی کتب حدیثی. (۴) ...

۲۵۵ تحصیل دلیل با بررسی مصداقیت موضوع محل بحث (منافع مستوفاه) برای عناوین مهم و دارای دلیل فقهی (مال).

۲۵۶. عوالی اللالی ۲: ۱۱۳، الحدیث ۳۰۹.

۲۵۷ حیث صدور روایت: (۱) روایت در عوالی اللالی است لکن اولاً مرسل است و ثانیاً اعتبار این کتاب و مولف آن - یعنی ابن ابی جمهور احسائی (قرن ۹-) محل تامل و بحث است. (۲) این مفاد در کافی و الفقیه نیز وجود دارد. ر.ک. وسائل الشیعه، ج ۵، ص ۱۲۰، ح ۱.

۲۵۸ حیث دلالتی روایت: (۱) منفعت مال است. ادله این مقدمه در ادامه بیان می شود. (۲) مال بدون رضایت مالک حلال نیست. (۳) عدم حلیت تکلیفی مستلزم حکم وضعی ضمان است. [۴] (۴) در محل بحث استفاده از منفعت بدون رضایت بوده و لذا واقعا حلال نبوده است - ولو مشتری جاهل بوده است. = مشتری ضامن منافع مستوفاه می باشد و باید مثل یا قیمت را پرداخت کند تا طیب نفس مالک حاصل شود. (ر.ک. نقد مرحوم ایروانی). [بیان دیگر: روایت حرمت تصرف را افاده می کند و استیفاء منافع با

تصرف بوده است و لذا حرام بوده است و ضمان وجود دارد. (این بیان نیازی به اثبات مال بودن منفعت ندارد).^{۲۵۹}

دو دلیل برای اثبات این مقدمه که منفعت مال است : ۱. منفعت، ثمن در بیع واقع می شود. هر چه که ثمن در بیع واقع می شود، مال است. (در بحث از معنای بیع بیان شد که چه اموری ثمن واقع می شوند). ۲. منفعت مهر در نکاح واقع می شود. هر چه که مهر در نکاح واقع می شود، مال است. (این که فقط مال، مهر در نکاح واقع می شود، محل تامل است).

^{۲۶۰} سائر ادله ادعا شده در مقام : قاعده احترام مال مسلم که در ادامه مرحوم شیخ به آن اشاره می کند. قاعده اتلاف و قاعده علی الید (حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۱۹) و قاعده نفی ضرر و سیره عقلاء. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۹۶ و کلمات مرحوم خوئی، ج ۳، ص ۱۲۷.

[نقی ابن حمزہ الضمان بالنبوی: «الخراج بالضمان»]

خلافاً للوسیلة،^{۲۶۱} فنقی الضمان؛ محتجاً بأنَّ الخراج بالضمان^{۲۶۲} كما^{۲۶۳} فی النبوی المرسل^{۲۶۴} .^{۲۶۵}

و تفسیره: ^{۲۶۶} أنَّ مَنْ ضَمَّنَ شَيْئاً وَ تَقَبَّلَهُ لِنَفْسِهِ فَخَرَجَهُ لَهُ، فَالْبَاءُ لِلْسَّبِيئَةِ أَوْ الْمَقَابَلَةِ، فَالْمَشْتَرَى لَمَّا أَقْدَمَ عَلَى ضَمَانِ الْمَبِيعِ وَ تَقَبَّلَهُ عَلَى نَفْسِهِ بِتَقْيِيلِ الْبَائِعِ وَ تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ

^{۲۶۱} ابن حمزه طوسی، قرن شش، کتاب الوسیله که فقه فتوایی است.

^{۲۶۲} . الوسیلة: ۲۵۵.

^{۲۶۳} دو احتمال: ۱. به عنوان خبر واحد مورد استناد قرار گیرد. ۲. به عنوان قاعده اصطیادی مورد تمسک قرار گیرد که در ادامه مورد اشاره قرار می گیرد.

^{۲۶۴} بررسی حیث صدوری روایت / وجود مقتضی حجیت: (۱) وثوق به صدور با استفاده از استفاضه یا تواتر روایت - ولو در منابع عامه - یا شهرت عملی جابر ضعف سند. (و فیہ ما لایخفی). (۲) شهادت یا خبر به صحت. (۳) وثاقت راویان. روایت در الخلاف و المبسوط و الوسیله به نحو مرسل آمده است و احتمال اخذ از منابع اهل سنت وجود دارد. در عوالی اللئالی نیز مرسل است.

^{۲۶۵} . عوالی اللئالی ۱: ۲۱۹، الحدیث ۸۹.

^{۲۶۶} بررسی مفردات به کار برده شده در دلیل: ۱. خراج: کل ما خرج من الشیء، یعنی منافع و فوائد. (مرحوم شهیدی در حاشیه مراد از خراج را خسارت با اعطای بدل دانسته اند). ۲. باء: برای سببیت یا

الخراج له مجاناً، كان اللازم على ذلك أن خراجه له على تقدير الفساد، كما أن الضمان عليه على هذا التقدير^{٢٦٧} أيضاً.

و الحاصل: أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، و مرجعه إلى أن الغنيمه و الفائدة بإزاء الغرامه.

مقابله. (به معنای الصاق - که گفته شده معنای اول این حرف جرّ است - نیز باشد همین معنا را به همراه دارد؟) ٣. ضمان : معنای مصدری ضامن شدن. معنای عبارت : مالک منافع شیء شدن به سبب یا در مقابل ضامن خود شیء شدن است. به تعبیر دیگر ضمان عین مستلزم مالک منافع بودن است. در نتیجه مثل یا قیمت منفعت را به غیر بدهکار نمی شود و ضامن آن نیست. (نقد مرحوم ایروانی : مفاد دلیل این است که «اگر شخصی مالک منافع بود، ضامن عین است». در حقیقت مالک منافع بودن موضوع و مفروض الوجود است - نه حکم - . بنابراین ابتدا مالک منافع بودن باید ثابت شود تا دلیل در مقام تطبیق شود).

^{٢٦٧} تقدیر فساد.

و^{۲۶۸} هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة، مثل قوله عليه السلام في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري: «ألا ترى أنّها^{۲۶۹} لو أحرقت كانت من مال المشتري؟»^{۲۷۰} و نحوه في الرهن^{۲۷۲ ۲۷۳} و غيره^{۲۷۴ ۲۷۵}.

^{۲۶۸} این مفاد ممکن است قاعده اصطیادی باشد و از این طریق بتوان اعتبار آن را ثابت کرد - با توجه به این که روایت از حیث سندی با اشکال همراه است - . برای تحصیل قاعده اصطیادی تتبع تام در ابواب مختلف و یافتن مصادیق مختلف و متنوع در فقه نیاز است تا اولاً احتمال نقش خصوصیات مصادیق در هر مسأله منتفی شود و ثانیاً هیچ احتمال دیگری برای توجیه مصادیق یافت شده، وجود نداشته باشد.
^{۲۶۹} غلّه (درآمد زمین) یا دار.

^{۲۷۰} ر.ک. روایت اسحاق، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۹، ح ۱ (بررسی سندی روایت و اختلاف الفقیه با کافی و تهذیب در سند) و همچنین روایت معاویه بن میسره در همان باب، ح ۳.
^{۲۷۱} . الوسائل ۱۲: ۳۵۶، الباب ۸ من أبواب الخيار، الحدیث ۳، و لفظ الحدیث: «أ رأیت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار، دار المشتري؟!»، و مثله فی الدلالة الحدیث الأول من هذا الباب.

^{۲۷۲} وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۸۷، ح ۶.

^{۲۷۳} . الوسائل ۱۳: ۱۲۶، الباب ۵ من أبواب أحكام الرهن، الحدیث ۶، و غیره.

^{۲۷۴} در باب نکاح، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۶۲، ح ۱.

[المناقشة في الاستدلال]

و فيه: ^{٢٧٦} أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج يازائه، وإنما هو أمرٌ قهريٌّ حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم ^{٢٧٧} و المغصوب.

[المراد بالضمان في النبوي]

فالمراد بالضمان الذي يازائه الخراج: التزام الشيء على نفسه و تقبله له مع إمضاء الشارع له.

^{٢٧٥} نقد به اصطیاد این قاعده از مثالهای ذکر شده: احتمال دیگری در مورد مصادیق و تطبیق ها وجود دارد و آن «ملکیت نماء به ملکیت عین» است. شاید این قاعده می شده تا چنین احکامی در مسائل مطرح شده وجود داشته باشد.

^{٢٧٦} «ضامن شدن» ظهور در این معنا دارد که خود شخص با اختیار خودش اقدام به ضمان کرده و این اقدام او باید مورد تایید شارع هم باشد تا شارع به مالکیت او بر منافع حکم کرده باشد. در محل بحث که معامله فاسد است، اقدام متبايعان مورد تایید شارع نبوده و حکم به ضمان قهري و از سوی شارع بوده است و لذا دلیل در مقام تطبیق نمی شود.

^{٢٧٧} گرفتن مشتری متاع را برای امتحان جهت خریدن. مشتری ضامن کالا است به حکم قهري شرعی ولو خودش اقدام به ضمان نکرده است.

و ربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة؛ حيث إنه أقدم على ضمانها^{٢٧٨}، مع أنّ خراجها ليس له؛ لعدم تملكه للمنفعة، و إنّما تملك الانتفاع^{٢٧٩} الذي عينه المالك^{٢٨٠}، فتأمل^{٢٨١}.

و الحاصل: أنّ دلالة الرواية^{٢٨٢} لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه^{٢٨٣} و عدم حلّه إلّا عن طيب النفس.^{٢٨٤}

^{٢٧٨} چون شرط کرده است که ضامن عین باشد.

^{٢٧٩} اجازه انتفاع مجانی - که به تملك انتفاع تعبیر شده است -.

^{٢٨٠} نوع انتفاع جایز توسط مالک تعیین می شود.

^{٢٨١} ١. این مورد استثناء از قاعده است و به کلیت قاعده لطمه نمی زند. ٢. «خراج برای اوست»، اعم از ملکیت منفعت و ملکیت انتفاع است. پس در این مورد نیز روایت مصداق می یابد. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢٢١.

^{٢٨٢} . آی النبوی المرسل: «الخراج بالضمان»، المتقدم فی الصفحة ٢٠١ (چاپ کنگره).

^{٢٨٣} مرحوم شیخ به این دلیل برای اثبات ضمان در مباحث سابق تمسک نکرده بود و ظاهراً مراد از «ضمان مال مسلم» همان قاعده احترام باشد.

^{٢٨٤} در مورد احتمالات دیگر در معنای روایت ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ١، ص ٩٦ و کلمات مرحوم خوئی، ج ٣، ص ١٣٣.

[استدلالان آخراں علی الضمان، و المناقشة فیہما]

و ربما یردّ هذا القول: ^{۲۸۵} بما ورد فی شراء الجاریة المسروقة، ^{۲۸۶} من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن، بل عوض کلّ ما انتفع ^{۲۸۷}.

و فیہ: ^{۲۸۸} أنّ الکلام فی البیع الفاسد الحاصل بین مالکی العوضین من جهة أنّ مالک العین جعل خراجها له یازاء ضمانها بالثمن، لا ما کان فسادہ من جهة التصرف فی مال الغیر.

^{۲۸۵} دلیل بر ضمان کہ مستلزم رد قول عدم ضمان است. (اهمیت تسلط بر اخبار در ابواب مختلف و تتبع کلمات علمائی کہ دارای تخصص بالایی در احادیث دارند).

^{۲۸۶} وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۰۴، ح ۳ و ۴.

^{۲۸۷}. انظر الوسائل ۱۴: ۵۹۱، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العیید و الإمام، الأحادیث ۲ ۵.

^{۲۸۸} عدم تطبیق مفاد روایت در محل بحث: مفاد روایت ناظر به فساد معامله از جهت تصرف در مال غیر است و مالک هیچ رضایتی نسبت به معامله و تصرفات نداشته است. محل بحث ابن حمزه و مشهور، موردی است کہ بایع مالک بوده و مشتری را ضامن عین کرده تا خراج برای مشتری باشد، هر چند بیع فاسد بوده است. تعدی از محل بحث روایت به مساله مدنظر وجه صحیحی ندارد و احتمال خصوصیت در مورد آن وجود دارد. (مرحوم شیخ ابتدای بحث ضمان عین مقبوض به عقد فاسد، برای ضمان به این روایت تمسک کردند. بررسی شود کہ آیا این کلام ایشان با کلام سابقشان تنافی دارد؟).

و أضعف من ذلك ردّه بصحيحه أبي ولاد^{٢٨٩} المتضمنه لضمان منفعة المغصوب المستوفاه؛
رداً على أبي حنيفه القائل بأنه إذا تحقّق ضمان العين و لو بالغصب سقط كراها^{٢٩٠}، كما
يظهر من تلك الصحيحه^{٢٩١. ٢٩٢}

نعم، لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفه في إطلاق القول بأنّ الخراج
بالضمان^{٢٩٣}، انتهضت الصحيحه و ما قبلها ردّاً عليه.

^{٢٨٩}. الوسائل ١٧: ٣١٣. الباب ٧ من أبواب الغصب، الحديث الأوّل.

^{٢٩٠}. انظر بداية المجتهد ٢: ٢٣١، و المغنى لابن قدامة ٥: ٥٠١.

^{٢٩١} در این روایت به فتوای ابوحنیفه و بطلان آن اشاره شده است. وسائل الشیعه، ج ١٩، ص ١١٩، ح ١.

^{٢٩٢} وجه اضعفیت: محل بحث روایت تصرف در مال غیر بدون اذن اوست و اصلاً بیعی رخ نداده است.

^{٢٩٣} این اطلاق شامل فرض بیع سارق و غضب بشود، این اطلاق با این ادله نفی می شود.

[حکم المنافع الفائتة بغير استيفاء و ما يمكن ان يستدل به على الضمان فيها]

هذا كله في المنفعة المستوفاه، و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء،^{٢٩٤} فالمشهور فيها أيضاً الضمان،^{٢٩٥} و قد عرفت عبارة السرائر المتقدمه^{٢٩٦}، و لعله^{٢٩٧} [١]^{٢٩٨} لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضه في يده؛ و لذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا

^{٢٩٤} ابتدا باید شقوق اثرگذار از حیث فقهی را مدنظر قرار داد: الف) علم یا جهل بائع یا مشتری نسبت به فساد بیع. ب) منافع فوت شده با حبس مشتری بوده است یا خیر. ج) منافع، عین است - مثل پشم یا شیر - یا عین نیست - مثل سکونت منزل - این شقوق ممکن است در دلیل و حکم متفاوت باشند.
^{٢٩٥} پنج قول در مساله وجود دارد که در ادامه مورد اشاره قرار می گیرد. همچنین ر.ک. کلمات مرحوم خوئی، ج ٣، ص ١٣٧.

^{٢٩٦}. تقدمت في الصفحة ١٨٠ (چاپ کنگره)، و إليك نصّها: إن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في الضمان.

^{٢٩٧} راه یافتن دلیل: بررسی تطبیق قواعد کلی ضمان در مقام، مثل قاعده علی الید و احترام مال مسلم.
^{٢٩٨} منافع، اموال هستند (مصادقیت محل بحث برای عناوین مهم فقهی). اگر منفعت در اختیار کسی باشد، مقبوض اوست - ولو استفاده نکند - و حکم عین مقبوض را دارد (شاهد برای مقبوض بودن: امکان ثمن واقع شدن در بیع سلم). عین مقبوض مضمون است و لذا منفعت مقبوض نیز مضمون است. مرحوم شیخ در ادامه اشاره می کنند که این استدلال ناقص است [صرف مقبوض بودن عین یا منفعت موجب ضمان نیست] و باید قاعده «علی الید» به آن ضمیمه شود.

قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر، و يتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجهول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجهول سكنها ثمناً،^{٢٩٩} [٢] مضافاً إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم؛^{٣٠٠} إذ كونه في يد غير مالكة مدّة طويلة من غير اجرةٍ منافٍ للاحترام.

[المناقشة في الاستدلال]

لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقةً: - بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلّا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت»^{٣٠١}، و^{٣٠٢} لا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع، و حصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ.

^{٢٩٩} قبض ثمن در مجلس، شرط صحت بیع سلم است. در بیع سلم ممکن است منفعتِ عین به عنوان ثمن در سلم قرار بگیرد و تحقق قبض در حین عقد و تسلیم کالا - مثل خدمت یک ماه عبد با این که هنوز خدمتی رخ نداده است - باعث صحت بیع سلم است.

^{٣٠٠} با قبول این مقدمه که منافع، اموال است یا این قاعده اعم از اموال است و شامل منافع نیز می شود.

^{٣٠١} . عوالی اللالی ١: ٢٢٤، الحدیث ١٠٦.

^{٣٠٢} «اخذ» تنها برای عین صدق می کند.

و دعوی: ۳۰۳ آنه کنایه عن مطلق الاستیلاء الحاصل فی المنافع بقبض الأعیان، مشکله ۳۰۴.
و اما احترام مال المسلم، ۳۰۵ فانما یقتضی عدم حل التصرف فيه و إتلافه بلا عوض، و إنما
یتحقق ذلك فی الاستیفاء.

۳۰۳ در تعابیر الفاظ باید دقت شود که معنای حاقّ لفظ مراد است یا لفظ به شکل مجازی یا کنایی
استعمال شده است. در مقام «اخذ» کنایه از استیلاء است و استیلاء در مورد منافع وجود دارد و لذا قاعده
شامل منافع می شود.

۳۰۴ حمل بر کنایه خلاف قاعده و نیازمند دلیل است. در نتیجه به ظاهر معنای عرفی ماده «اخذ» باید اخذ
شود که مخصوص اعیان است. (نقد: ۱) اگر مراد «اخذ» لغوی باشد، ضمان بسیاری از اعیان را هم افاده
نمی کند و این لازمه عرفا قابل التزام نیست و در نتیجه همین قرینه است بر این که مراد استیلاء است.
ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم شهیدی. ۲) اگر صرفا شامل اعیان شود، ضمان منافع را نیز افاده می
کند؛ چرا که اداء عین با اداء منافع آن است. ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم ایروانی. برای نقدهای
دیگر به این استدلال ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۲۲ و کلمات مرحوم خوبی، ج ۳، ص ۱۴۰.
۳۰۵ عدم تطبیق قاعده بر محل بحث: قاعده بیان می کند که تصرف و اتلاف بدون عوض، حلال نیست
و این مفاد مخصوص منافع مستوفاه است. (از ادله این قاعده، «لا یحل مال امرء...» بود که برخی ادعا
کرده بودند «تصرف» در این دلیل در تقدیر است). در نتیجه شامل محل بحث یعنی منافاه غیر مستوفاه
نمی شود.

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح^{٣٠٦} أو مع علم البائع بالفساد^{٣٠٧} كما عن بعضٍ آخر^{٣٠٨} موافق [١]^{٣٠٩} للأصل^{٣١٠} السليم^{٣١١}.

[٢]^{٣١٢} مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» [له]^{٣١٣} و من المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة؛ لأنها له مجاناً و

^{٣٠٦}. إيضاح الفوائد ٢: ١٩٤. (فخرالمحققين، پسر علامه حلی، قرن هشتم).

^{٣٠٧} مرحوم ایروانی: اگر علم بایع سبب عدم ضمان است، فرقی بین منافع مستوفاه و غیر مستوفاه وجود ندارد و در منافع مستوفاه نیز باید به عدم ضمان حکم شود.

^{٣٠٨}. نسبه المؤلف قدس سره إلى بعض من كتب على الشرائع، انظر الصفحة الآتية.

^{٣٠٩} توجه به اصول در جمع آوری ادله.

^{٣١٠} مراد (١): استصحاب عدم ضمان. (٢) برائت از حکم وضعی ضمان یا حکم تکلیفی و جواب دفع مثل یا قیمت. (٣) قاعده فقهی عدم ضمان به عنوان یک اماره به این معنا که عدم دلیل بر ضمان خود اماره بر عدم ضمان باشد.

^{٣١١} سالم از تعارض و حاکم و وارد.

^{٣١٢} توجه به قواعد کلی عدم ضمان در جمع آوری ادله.

^{٣١٣} با این پیشفرض که این قاعده مورد قبول است و شامل غیر مورد معامله نیز می شود.

لا يتسَّط الثمن عليها،^{۳۱۴} و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإِتلاف،^{۳۱۶} فلا ينافى القاعدة المذكورة؛ لأنها بالنسبة إلى التلف لا الإِتلاف.

^{۳۱۴} در بیع ثمنی در قبال منافع داده نمی شود و لذا اگر بعد بیع مشتری نتواند از منافع استفاده کند، ارتباطی با بیع نخواهد داشت. در بیع ثمن فقط در قبال عین است - ولو رسیدن به منافع غرض و انگیزه از پرداخت ثمن در قبال عین باشد-. (نقد مرحوم سید و مرحوم شهیدی: ثمن در حقیقت به لحاظ منافع است و لذا می توان گفت منافع در صحیح مضمون است و در فاسد نیز باید مضمون باشد).

^{۳۱۵} اشکال مقدر: دلیل اعم از مدعاست چرا که شامل منافع مستوفاه نیز می شود، در حالی که شما در منافع مستوفاه قائل به ضمان هستید.

^{۳۱۶} جواب: دلیل با مدعا تطابق دارد، چرا که قاعده مخصوص فرض تلف است و شامل فرض اتلاف نمی شود. در منافع مستوفاه، اتلاف رخ می دهد و در منافع غیر مستوفاه، تلف رخ می دهد. لذا در منافع مستوفاه با استفاده از قاعده «من اتلف» می توان ضمان را ثابت کرد، اما در منافع غیر مستوفاه، خیر. (نقد مرحوم شهیدی: اتلاف اعم از مستوفاه است).

[۳] مضافاً^{۳۱۷} إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجاریه المسروقه المبیعه^{۳۱۸}، الساکتة من ضمان غیرها فی مقام البیان.^{۳۱۹}

^{۳۱۷} تمسک به اخبار بحث ضمان : این روایات در مقام بیان موارد ضمان هستند. در این مقام، به ذکر ضمان عین و ضمان منافع مستوفاه اکتفاء کرده اند و اشاره ای به ضمان منافع غیر مستوفاه نداشته اند (اطلاق مقامی). پس منافع غیر مستوفاه مضمون نیستند. [حتی اگر ولد به عنوان منافع غیر مستوفاه شناخته شود، سکوت نسبت به دیگر منافع غیر مستوفاه چنین نتیجه می دهد که آنها مضمون نیستند]. عدم ضامن در فرضی که بایع، مالک نبوده است، به طریق اولی عدم ضمان در مقام را افاده می کند.

^{۳۱۸}. الوسائل ۱۴: ۵۹۱، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العیید و الإماء، الأحادیث ۵۲.

^{۳۱۹} نقد: ۱) حداقل برخی روایات در مقام بیان منافع نیست و صرفاً به ولد اشاره شده است تا توهم رقیب نشود. (جواب: ۱. ذکر یک منفعت به عنوان مثال برای منافع مستوفاه است. [؟] ۲. منفعت مستوفاه دیگری وجد نداشته یا متصور نبوده است. [؟] ۲) روایت فقط در مقام بیان موارد ضمانی است که مورد سوال بوده است و این که در مقام بیان تمام موارد مورد ضمان باشد، ثابت نیست. ۳) ظاهر برخی روایات این است که منافع غیر مستوفاه نداشته است و لذا به ضمان آنها اشاره نشده است. (ر.ک. حاشیه مرحوم سید و مرحوم شهیدی). ۴) نقد به طریق اولویت: در بیع فاسد، از همان ابتدا معامله فاسد بوده است؛ اما در بیع مسروقه، بیع فضولی رخ داده و منوط به اذن مالک است و لذا شاید در بیع فاسد منافع غیر مستوفاه مضمون باشد اما در بیع مسروقه خیر. [؟]

[۴] و کذا^{۳۲۰} صحیحہ محمد بن قیس الواردة فی من باع ولیدہ أبیہ بغير إذنه، فقال علیہ السلام: «الحکم أن يأخذ الولیدة و ابنها^{۳۲۱}»^{۳۲۲} و سکت عن المنافع الفائتة،^{۳۲۳} فإنّ عدم الضمان فی هذه الموارد مع کون العین لغير البائع یوجب عدم الضمان هنا بطریقِ اولی.

^{۳۲۰} وجه استدلال شبیه روایت سابق و با استفاده از اطلاق مقامی و طریق اولویت است.

^{۳۲۱} ظاهر روایت رجوع مشتری به بایع فضولی جهت فشار بر مالک اصلی (بدرِ بایع فضولی) برای اجازه دادن بیع است. مفاد این روایت از جهات مختلفی معارض دیگر اخبار بلکه خلاف احکام مسلم فقه تلقی شده است و از این جهت موانعی برای حجیت فعلی آن ادعا شده است؛ هر چند برخی در مقام دفع این شبهات بر آمده اند.

^{۳۲۲}. نفس المصدر، الحدیث الأول.

^{۳۲۳} یعنی منافع غیر مستوفاه که خودش فوت شده است و تفویضی رخ نداده است.

و الإنصاف: أن للتوقف^{٣٢٤} في المسألة - كما في المسالك^{٣٢٥} تبعاً للدروس^{٣٢٦} و التنقيح^{٣٢٧}
- مجالاً^{٣٢٨}.

و ربما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد:- اختصاص
الإشكال و التوقف بصورة علم البائع^{٣٢٩} على ما استظهره السيد العميد^{٣٣٠} و المحقق

^{٣٢٤} مراد: (١) فتوا ندادن. (٢) احتياط و الزام دو طرف به مصالحه یا راهی شبیه آن.

^{٣٢٥} المسالك ٣: ١٥٤.

^{٣٢٦} الدروس ٣: ١٩٤.

^{٣٢٧} التنقيح الرائع ٢: ٣٢. (فاضل مقداد، اواخر قرن ٨ و اوائل قرن ٩).

^{٣٢٨} ادله ضمان مورد قبول واقع نشدند؛ اما چرا به ادله عدم ضمان تمسك نشده است؟ شاید اشکالاتی که در مورد ادله عدم ضمان طرح شد، در نظر شریف ایشان نیز بوده است و از سویی فتوا دادن به اصل عملی عدم ضمان با وجود اماره هابی بر ضمان -مخصوصاً شهرت یا اجماع بر ضمان- مورد تردید ایشان بوده است و احتیاط عقلایی در مقام را موجب توقف می دانستند.

^{٣٢٩} القواعد ١: ٢٠٨. (علامه حلی، قرن ٧ و ٨، کتاب قواعد، کتاب فقه فتوایی است که متن بسیاری از بحث

های استدلالی فقهی برای نسل بعد ایشان بوده است -شبیه العروه الوثقی در حال حاضر-).

^{٣٣٠} کنز الفوائد ١: ٦٧٦. (سید عمیدالدین، قرن ٨، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد).

الثاني^{٣٣١} من عبارة الكتاب، و عن الفخر: حمل الإشكال في العبارة على مطلق^{٣٣٢} صورة عدم الاستيفاء^{٣٣٣}.

[محصل الأقوال في المسألة]

فتحصّل من ذلك كلّه: أنّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة:

الأول: الضمان، و كأنّه للأكثر.

الثاني: عدم الضمان، كما عن الإيضاح^{٣٣٤}.

الثالث: الضمان إلّا مع علم البائع^{٣٣٥}، كما عن بعض من كتب على الشرائع.

٣٣١ . جامع المقاصد ٦: ٣٢٤ ٣٢٥.

٣٣٢ چه بايع عالم باشد و چه عالم نباشد.

٣٣٣ . إيضاح الفوائد ٢: ١٩٤.

٣٣٤ إيضاح الفوائد، فخرالمحققين، فرزند علامه حلي، قرن ٨

٣٣٥ حکم به عدم ضمان در فرض علم بايع -نه توقف-.

الرابع: التوقّف في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد و السيّد العميد من عبارة القواعد.

الخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدين.

و قد عرفت أنّ التوقّف أقرب إلى الإنصاف، إلّا^{٣٣٦} أنّ المحكى من التذكرة ما لفظه: إنّ منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريةً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه سواء أ تلفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع^{٣٣٧}.

^{٣٣٦} اجماع منقول علامه و ابن ادریس ممکن است انصاف بودن توقف را دچار خدشه کنند. (مخالفت از علامه به بعد ثابت شده است و لذا ممکن است قبل از علامه این اجماع وجود داشته باشد و کاشف از رای معصوم - علیه الصلاة والسلام - باشد).

^{٣٣٧}. التذكرة ٢: ٣٨١.

و لا یبعد^{۳۳۸} أن یراد بـ «الید العادیة» مقابل الید الحقة^{۳۳۹}، فیشمل ید المشتري فی ما نحن فیہ، خصوصاً مع علمہ، سیما مع جهل البائع به.

و أظهر منه^{۳۴۰} ما فی السرائر فی آخر باب الإجارة-: من الاتّفاق أيضاً علی ضمان منافع المغصوب الفائتة^{۳۴۱}، مع قوله فی باب البیع: إنّ البیع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشیء المغصوب إلّا فی ارتفاع الإثم عن إمساكه^{۳۴۲}،^{۳۴۳} انتهى.

^{۳۳۸} از باب انصراف ناشی از کثرت استعمال در کلمات علماء یا از باب این که این معنای اصطلاحی در کلمات علماء در زمان مرحوم علامه بوده است و استعمال در عبارات فقهی ظهور در این معنای اصطلاحی را دارد یا ...

^{۳۳۹} ید حقه ظاهراً عمّ از ید مالکی و ید امانی (اذن مالکی یا شرعی دارد) است.

^{۳۴۰} چون شبهه معنای «ید عادیة» را ندارد.

^{۳۴۱}. السرائر ۲: ۴۷۹.

^{۳۴۲}. السرائر ۲: ۳۲۶.

^{۳۴۳} لازمه این دو اتفاق، اجماع بر این که در محل بحث مشتری ضامن منافع غیر مستوفاه است.

[القول بالضمان لا يخلو من قوة]

و على هذا،^{۳۴۴} فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة، وإن كان المتراءى من ظاهر صحيحة أبي ولاد^{۳۴۵} اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاه من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصة،^{۳۴۶} إلا أنا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها^{۳۴۷}.

^{۳۴۴} وجود دو اجماع منقول.

^{۳۴۵} . الوسائل ۱۷: ۳۱۳، الباب ۷ من أبواب الغصب، الحديث الأوّل.

^{۳۴۶} بر اساس اطلاق مقامی؛ چرا که در مقام بیان موارد ضمان به ذکر ضمان عین و منافع مستوفاه اکتفاء شده است. (نقد مرحوم سید: ظاهر روایت این است که مورد منافع غیر مستوفاه نداشته است. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۲۳). عدم ضمان منافع غیر مستوفاه در غصب به ضمیمه وحدت حکم بیع فساد با غصب چنین افاده می کند که در بیع فاسد نیز ضامن منافع غیر مستوفاه نیست.

^{۳۴۷} اتفاق بر ضمان منافع غیر مستوفاه در غصب و لذا بنا بر اتفاق حکم غصب با محل بحث، در محل بحث نیز باید گفت منافع غیر مستوفاه مضمون است (اجماع منقول ابن ادریس خدشه ای ندارد). از سویی در مورد روایت به مفادش عمل نشده است و در غیر موردش که بیع فاسد باشد و لسانی ندارد، نیز عمل نمی شود.

الرابع [ضمان المثلي بالمثل]

إذا تلف المبيع، فإن كان مثلياً وجب مثله^{٣٤٨} بلا خلاف إلا ما يحكى عن ظاهر
الإسكافي^{٣٤٩: ٣٥٠}

^{٣٤٨} در مقابل قول اشتغال ذمه به قیمت یا هر کدام که مالک یا ضامن اختیار کردند.
^{٣٤٩} ابن جنید، قرن ٤، مرحوم علامه در مختلف الشیعه، ج ١، ص ٤٦٣ بیان می کند که چون ایشان در فقه
قائل به قیاس بوده است، مخالفت او با اجماع نزد علماء بر حجیت اجماع لطمه ای وارد نمی کرده است.
^{٣٥٠}. حکاه العلامه فی المختلف ٦: ١٣١، و الشهید فی غایه المراد: ١٣٥، و غیرهما.

[تعريف المثلى عند المشهور]

و قد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلى،^{٣٥١} فالشيخ^{٣٥٢} و ابن زهرة^{٣٥٣} و ابن إدريس^{٣٥٤} و المحقق^{٣٥٥} و تلميذه^{٣٥٦} و العلامة^{٣٥٧} و غيرهم^{٣٥٨} - قدس الله أسرارهم - بل المشهور على ما حكى^{٣٥٩} أنه: ما^{٣٦٠} يتساوى^{٣٦١} أجزاءه^{٣٦٢} من حيث القيمة.

^{٣٥١} لفظ شرعى یا اخذ شده در نصوص شرعى نیست، لکن عنوان مدنظر در حکم و سیره عقلايى است که توسط شارع تایید شده و در نتیجه نیازمند ضابطه برای تمییز است، مخصوصاً که در برخی مصادیق ممکن است تردید شود که مثلى است یا قیمی.

^{٣٥٢}. المبسوط ٣: ٥٩.

^{٣٥٣}. الغنية: ٢٧٨.

^{٣٥٤}. السرائر ٢: ٤٨٠.

^{٣٥٥}. الشرائع ٣: ٢٣٩.

^{٣٥٦}. و هو الفاضل الآبى فى كشف الرموز ٢: ٣٨٢.

^{٣٥٧}. القواعد ١: ٢٠٣.

^{٣٥٨}. مثل أبى العباس فى المهدب البارع ٤: ٢٥١، و المقتصر: ٣٤٢.

^{٣٥٩}. حكاة الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، و المحقق السبزواری فى الكفاية: ٢٥٧، و

السيد الطباطبائي فى الرياض ٢: ٣٠٣.

[توضیح التعریف]

و المراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة. و المراد بتساويها من حيث القيمة: تساويها بالنسبة، بمعنى كون قيمة كلِّ بعضٍ بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين

۳۶۰ بعدا بیان می شود که مراد صنف است.

۳۶۱ تساوی در قیمت در فرض وحدت کمیت یا تساوی در قیمت به نسبت مقداری که در مقایسه با یکدیگر یا در مقایسه با منبع اصلی دارند، مگر اگر مقدار دو برابر است، قیمت نیز دو برابر باشد (بدون لحاظ تخفیفی که به دلیل خرید عمده که گاهی بایع برای مشتری لحاظ می کند).

۳۶۲ اجزائی که اسم حقیقت بر آنها صدق می کند و فرد برای عنوان هستند، مثلا دو کیلو برنج از اجزاء یک گونی ده کیلویی، خودش به تنهایی مصداق برنج است - بر خلاف پایه میز که به تنهایی مصداق میز نیست. - (مرحوم شهیدی: استفاده از تعبیر اجزاء به دلیل این است که مثلی ها غالبا مجموعی خرید و فروش می شوند و دارای اجزاء هستند).

من حيث المقدار؛^{۳۶۳} و لذا قيل في توضيحه: إن المقدار منه إذا كان يستوى^{۳۶۴} قيمة، فنصفه يستوى نصف تلك القيمة^{۳۶۵}.

و من هنا^{۳۶۶} رجّح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين^{۳۶۷} قيمياً، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها^{۳۶۸}.^{۳۶۹}

^{۳۶۳} یعنی اگر یکی ۲ کیلو باشد و دیگری ۴ کیلو و دیگر ۸ کیلو، قیمت ۸ کیلو چهار برابر قیمت ۲ کیلو و قیمت ۴ کیلو دو برابر قیمت ۲ کیلو و نصف قیمت ۸ کیلو است. در این فرض گفته می شود که همگی تساوی در قیمت دارند، چون قیمتشان به تناسب کمیت آنهاست.

^{۳۶۴}. کذا فی النسخ، و لعلّه مصحف «یسوی» بمعنی: یساوی، لکن عن الأزهري: أن قولهم «یسوی» ليس عربياً صحیحاً، انظر المصباح المنیر، مادة: «سوی».

^{۳۶۵}. قاله الشهيد الثاني فی المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۰۸، و السيد الطباطبائي فی الرياض ۲: ۳۰۳.

^{۳۶۶} با توجه به این تعریف از مثلی.

^{۳۶۷} یک درهم و یک دینار.

^{۳۶۸} یک درهم نصف شود، ارزش آن نصف درهم نیست و لذا تعریف مثلی بر آن صدق نمی کند.

^{۳۶۹}. المسالك (الطبعة الحجرية) ۲: ۲۰۹.

قلت: ^{۳۷۰} و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً؛ ^{۳۷۱} إذ لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع ^{۳۷۲}، إلا أن يقال: ^{۳۷۳} إن الدرهم مثليٌ بالنسبة إلى نوعه و هو الصحيح؛ ^{۳۷۴} و لذا لا يعدّ الجريش ^{۳۷۵} مثلاً للحنطة، و لا الدُّقاقة ^{۳۷۶} مثلاً للأرز.

^{۳۷۰} ابتدای کلام مرحوم شیخ توضیح کلام شهید ثانی و از «الا ان يقال» نقد این فرمایش است.

^{۳۷۱} پس تعریف جامع افراد نیست، چرا که مثلی بودن «درهم» مسلم است.

^{۳۷۲} . کذا فی «ش» و مصحّحه «ن»، و فی «ف» و مصحّحه «ص»: «نقص قيمة نصفه عن قيمة المجموع»، و فی سائر النسخ: «نقص قيمة نصفه عن قيمة المجموع».

^{۳۷۳} نصف کردن و تبدیل به جزء تا وقتی اشکال ندارد که فردی از عنوان باشد و «درهم» بر آن صدق کند. در نصف کردن درهم، نصف درهم مصداق «درهم» نیست. بنابراین برای تطبیق تعریف بر این عنوان، باید به عنوان مثال یک درهم را با دو درهم مقایسه کرد. یک درهم از حیث کمی نصف دو درهم است و از حیث قیمت نیز نصف آن است و لذا تعریف مثلی بر آن صدق می کند.

^{۳۷۴} در حالی که درهم سالم است و شکسته نیست و فردی از «درهم» تلقی می شود.

^{۳۷۵} دانه نیم کوب.

^{۳۷۶} آرد (پودر شده).

و من هنا^{۳۷۷} يظهر أن كل نوع من أنواع الجنس الواحد [المثلي]، بل كل صنف من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف.^{۳۷۸}

فلا يرد^{۳۷۹} ما قيل: ^{۳۸۰} من أنه إن أريد التساوي بالكليّة، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعروف؛ إذ ما من مثلي إلا و أجزاءه مختلفة في القيمة كالحنطة؛ فإنّ قفيزاً^{۳۸۱} من حنطة

^{۳۷۷} که تساوی در قیمت از حیث کمیت باید مبنا قرار گیرد.

^{۳۷۸} به عنوان مثال برنج، جنس است و برنج هاشمی، نوع است و برنج هاشمی معطر کشت دوم فریدونکنار، صنف است. افراد برنج قیمت واحدی ندارند و حتی افراد برنج هاشمی قیمت واحدی ندارند؛ لکن افراد برنج هاشمی معطر کشت دوم فریدونکنار، قیمت واحدی دارند. لذا «برنج هاشمی معطر کشت دوم فریدونکنار» مثلی به حساب آمده و اگر این صنف از برنج شخصی تلف شد، ضامن باید از همین صنف به مالک تقدیم کند.

^{۳۷۹} با توجه به این که مراد نوع یا صنفی از جنس است که قیمت افرادش واحد باشد.

^{۳۸۰} اگر تساوی قیمت در تمام افراد مراد باشد، تعریف جامع افراد نیست و اگر تساوی قیمت در بعض افراد مراد باشد، تعریف مانع اغیار نیست و در قیمی ها نیز بالاخره افرادی یافت می شوند که قیمت واحد داشته باشند.

^{۳۸۱} پیمانان ای به مقدار ۱۲ صاع.

يساوى عشرة و من اخرى يساوى عشرين. و إن أريد التساوى فى الجملة، فهو فى القيمى موجود، كالثوب^{٣٨٢} و الأرض^{٣٨٣}، انتهى.

و قد لوح هذا المورد^{٣٨٤} فى آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا: من أن كون الحنطة مثلية معناه: أن كل صنف منها متماثل الأجزاء و متساو فى القيمة، لا بمعنى أن جميع أبعاض هذا النوع متساوية فى القيمة، فإذا كان المضمون بعضاً من صنف، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمة و لا بعض من صنف آخر^{٣٨٥}.

^{٣٨٢} در گذشته باتوجه به تهیه دستى پارچه و لباس عده ای این کالا را قیمی می دانستند.

^{٣٨٣} . قاله المحقق الأردبیلی فى مجمع الفائدة ١٠: ٥٢٢ ٥٢٣.

^{٣٨٤} خود وارد کننده اشکال به این جواب اشاره کرده است.

^{٣٨٥} . انظر مجمع الفائدة ١٠: ٥٢٥ ٥٢٦.

لكنّ الإنصاف: ^{۳۸۶} أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم؛ ^{۳۸۷} فإنهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما، ^{۳۸۸} مع عدم صدق التعريف عليه، ^{۳۸۹} و إطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثليته أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيداً، إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً، ^{۳۹۰} إلا ^{۳۹۱} أن يُهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة

^{۳۸۶} توضیحی که تعریف مثلی در کلام علماء داده شد، دارای دو اشکال است.

^{۳۸۷} با توجه به این که فهم مراد علماء از این تعریف مدنظر بود.

^{۳۸۸} گویا مراد ایشان از «مای موصول» جنس است - نه نوع یا صنف -.

^{۳۸۹} چون افراد آنها دارای قیمت واحدی نیستند.

^{۳۹۰} تسامح در تعبیر و بیان کردن جنس و اراده کردن نوع یا صنف برای تعریف بعید است، مگر ادعا شود که در تعریف مراد نوع یا صنف است و در مثال تسامح رخ داده است. ر.ک. توجیه این اطلاق در کلام مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۹۷.

^{۳۹۱} اشکال عدم صدق تعریف صحیح نیست، چرا که در افراد جنس واحد خصوصیات اهمال می شود و قیمت - حداقل عرفاً - مساوی تلقی می شو. پس مراد از «مای موصول» جنس است و افراد نیز تساوی در قیمت دارند و تعریف بر آن صدق می کند.

القيمة و نقصانها، كما التزمه بعضهم^{٣٩٢}. غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف، أو القرض، و هذا أبعد.^{٣٩٣}

هذا،^{٣٩٤} مضافاً إلى أنه يشكل أطراد التعريف بناءً على هذا، بأنه:^{٣٩٥}

^{٣٩٢}. لم تقف عليه بعينه، و لعلّه ينظر إلى ما قاله الشهيد الثاني و غيره في المثلي: من أن المثل ما يتساوى قيمة أجزائه، أي أجزاء النوع الواحد منه، انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، و الكفاية: ٢٥٧ و غيرها.

^{٣٩٣} چرا که اولاً رعایت خصوصیات یعنی در خصوصیات اصناف اهمال رخ نداده است و در نتیجه جنس نمی تواند مثلی باشد و تفاوت قیمت نزد عرف و عقلاء مدنظر قرار می گیرد. اگر اهمال خصوصیات رخ داده بود، چرا باید از همان صنف پرداخت شود؟ ثانياً تعریف مثلی برای این است که از افراد همان ضمان پرداخت شود - نه افراد صنف آن-.

^{٣٩٤} اشکال دوم به جامع افراد نبودن یا مانع اغیار نبودن تعریف؛ هر چند در ابتدا مرحوم شیخ صرفاً به مانع اغیار نبودن اشاره کرده اند.

^{٣٩٥} بررسی احتمالات: (١) مراد تساوی حقیقی تمام افراد: جامع افراد نیست و در مورد برنج، گردو و ... نسبت به نوع واحد حتی صنف عرفی واحد می توان اقسامی را یافت که قیمت واحدی ندارند. به عنوان مثال برنج طارم معطر کشت اول با کشت دوم قیمت متفاوتی دارد. (نقد: مراد از صنف در مقام، لحا تمام خصائصی است که مقصود و موثر در قیمت است). (٢) مراد نزدیکی قیمت تمام افراد: مانع اغیار نیست و اکثر قیمی ها قیمت‌های نزدیکی دارند، مثل عبد یا زمین.

إن أُريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقيًا، فقلّ ما يتفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع؛ لأنّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى فى القيمة؛ لتفاوتها بالخصوصيّات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها، كما لا يخفى.

وإن أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و إن لم يتساو حقيقةً، تحقّق ذلك فى أكثر القيميّات؛ فإنّ لنوع الجارية أصنافاً متقاربة فى الصفات الموجبة لتساوى القيمة، و بهذا الاعتبار^{٣٩٦} يصحّ السلم فيها، و لذا^{٣٩٧} اختار العلامة فى باب القرض من التذكرة على ما حكى عنه أنّ ما يصحّ فيه السلم من القيميّات مضمون فى القرض بمثله^{٣٩٨}.

^{٣٩٦} اعتبار وجود اصنافى در جاريه كه صفات متقارب دارند كه موجب تساوى در قيمت است، پس در بيع سلم مى توان با ذكر خصائص مبيع را از جهالت و بيع را از غرر خارج كرد و بيع سلم آن صحيح است. (غرر در بيع سلم بيش از بيع هاى متعارف رخ مى دهد و احتمال اختلاف قيمت جعلى و واقعى بيشتر است).

^{٣٩٧} تحقّق تقارب موجب تساوى عرفى در قيمتها است.

^{٣٩٨}. التذكرة ٢: ٥.

و^{۳۹۹} قد عدّ الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه^{۴۰۰} من القيمّات^{۴۰۱}، مع أنّ كلّ نوعٍ منها
مشمّل على أصنافٍ متقاربةٍ في القيمة، بل متساويةٍ عرفاً.

^{۳۹۹} اگر تقارب قیمت مراد بود، رطب و فواکه باید مثلی دانسته می شدند، در حالی که مرحوم شیخ آنها
را قیمی دانسته است و در نتیجه تقارب مراد نیست و تساوی حقیقی مراد است.
^{۴۰۰} در مورد مثالها در ادامه مطالبی بیان خواهد شد.
^{۴۰۱} . المبسوط ۳: ۹۹.

ثم^{٤٠٢} لو فرض أنّ الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمة عزيز الوجود^{٤٠٣} بخلاف الأنواع المثلية، لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف.^{٤٠٤} نعم،^{٤٠٥} يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمه الحكم بضمنان المثلي بالمثل، و القيمي بالقيمة.

[تعاريف اخرى للمثلي]

ثمّ إنّهُ قد عرّف المثلي بتعاريف أخر أعمّ من التعريف المتقدمّ أو أخصّ:

^{٤٠٢} در مقام دفع اشكال عدم مانعيت اغيار با فرض تساوى عرفى قيمتها : مصاديق هم قيمت قيمي تعدادشان كم است، اما مصاديق هم قيمت مثلى تعدادشان زياد است.
^{٤٠٣} نادر و كمياب.

^{٤٠٤} در تعريف قيد نشده است «افرادى كه تساوى در قيمت دارند، زياد باشند» و در نتيجه تعريف شامل برخى قيمي ها مى شود و اگر تعريف شامل يك مورد از قيمي ها شود، اشكال عدم مانعيت اغيار پابرجاست.

^{٤٠٥} قلت و كثرت وجود، اشكال به تعريف را حل نمى كند (معيار تمميز مثلى از قيمي)، بلكه مى تواند حكمت فرق در حكم باشد. حكمت چنين اقتضاء دارد كه اگر افراد بسيار است، ضامن مثل باشد و اگر افراد اندك است و تحصيل آن نوعا با عسر و حرج همراه است، ضامن قيمت باشد.

۴۰۶ مراد از تماثل اجزاء : ۱) تساوی افراد در قیمت -قرینه نظارت بر تعریف سابق که برای شیخ و خود علامه در دیگر کتبش می باشد- ۲) تماثل لغوی و شباهت افراد -یا اجزاء یک کلّ مثل اجزاء یک گونی برنج- در ظاهر و صفات. اگر مراد از تماثل، تساوی در قیمت باشد، این تعریف قید تقارب در صفات را اضافه دارد که اگر مصداقی را خارج نکند (اخص مصداقی نباشد)، از حیث مفهومی دارای قید اضافه و به این لحاظ اخص مفهومی است.

۴۰۷ . حکاه عنه السید العاملی فی مفتاح الکرامه ۶: ۲۴۲، و انظر التحریر ۲: ۱۳۹، و فیه: «و یتفاوت صفاته» و لم نقف علی غیره.

و عن الدروس و الروضة: أنه المتساوی الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات^{٤٠٨، ٤٠٩} و عن المسالك و الكفاية^{٤١٠}: أنه أقرب التعريفات إلى السلامة^{٤١١}.

^{٤٠٨} دو تفاوت این تعریف نسبت به تعریف سابق : (١) استفاده از تعبیر تساوی به جای تماثل تا مراد را واضحتر کند و احتمال تماثل در ظاهر و صفات - که در مورد تعریف سابق داده شد- را خارج کند. با توجه به نظارت بر تعاریف سابق احتمالاً مراد تساوی در قیمت است. (٢) اضافه کردن قید «تساوی در منفعت». شاید مراد از منفعت لوازم خارجی شیء و مراد از صفات خصوصیات داخلی شیء باشد. با توجه به این قید نسبت به تعریف سابق از حیث مفهوم اخص است.

^{٤٠٩} . الدروس ٣: ١١٣، الروضة البهية ٧: ٣٦.

^{٤١٠} مرحوم سبزواری، قرن ١١.

^{٤١١} . المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، الكفایة: ٢٥٧، و اللفظ للأخیر، و حکاه عنهما السید العاملی فی مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٢.

و عن غايه المراد^{٤١٢}: ما تساوى أجزاءه فى الحقيقة النوعية^{٤١٣. ٤١٤}

و عن بعض العامة: أنه ما قدر بالكيل أو الوزن^{٤١٥. ٤١٦}

و عن آخر منهم زياده: جواز بيعه سلماً^{٤١٧. ٤١٨}

^{٤١٢} شهيد اول، قرن ٨

^{٤١٣} احتمالات در مراد ایشان: (١) افرادش تحت نوع واحدی هستند. (با این تعریف اعم از تعاریف سابق است و مانع اغیار نیست و می توان گفت تمام قیمی ها را در بر می گیرد). (٢) اجزاء آن تحت نوع واحدی هستند، به عنوان مثال اجزاء یک گونی برنج همگی از نوع برنج هستند، در مقابل عبد که اجزایش مصداق انسان نیستند و انواع مختلفی می باشند. (با این تعریف صندلی قیمی است چون اجزایش مصداق درهم نیستند و زمین، مثلی است چون اجزایش همگی زمین هستند). (٣) تساوی در قیمت مراد است و مقصود تساوی افراد تحت نوع واحد در قیمت است. (شبه تعریف مشهور است).

^{٤١٤}. غایه المراد: ١٣٥، و فیه: ما تتساوى.

^{٤١٥} تعریف به لازم عقلایی و عرفی. (نقد: جامع افراد نیست و سکه طلا که مثلی است را در بر نمی گیرد و مانع اغیار نیست چون گوسفند قیمی را - که با وزن کردن قیمت می شود - شامل می شود).

^{٤١٦}. بدایة المجتهد ٢: ٣١٧، و المغنی؛ لابن قدامة ٥: ٢٣٩ ٢٤٠، و المحلی ٦: ٤٣٧.

^{٤١٧} توجه به لازمه شرعی در تعریف.

^{٤١٨}. انظر مغنی المحتاج ٢: ٢٨١.

و عن ثالث منهم زیاده: جواز بیع بعضه ببعض^{۴۱۹}،^{۴۲۰} إلى غیر ذلك مما حکاه فی التذکره
عن العامه^{۴۲۱}.

^{۴۱۹} دو احتمال در مراد (۱) معامله افراد این نوع با افراد دیگر این نوع و مثلاً ثمن و مثن هر دو گندم یا جو باشد. (در قیمی ها تقابل ثمن و مثن به اعتبار تساوی قیمت است، اما در مثلی ها بدون اعتبار قیمت).
(۲) معامله فردی از افراد این نوع با مشاهده فرد دیگر. آنچه مشاهده شده است، مبیع نیست و آنچه مبیع است، مشاهده نشده است. مثل این که بایع نمونه ای از برنج را به شما می دهد و شما گونی دیگری از همان برنج را که باز نکرده اید، می خرید، اما با توجه به شباهت در اوصاف و تساوی در قیمت، معامله غرری و باطل نیست.

^{۴۲۰}. لم تقف علیه فی ما بأیدینا من کتب العامه.

^{۴۲۱}. التذکره ۲: ۳۸۱.

ثم لا يخفى^{٤٢٣} أنه ليس للفظ «المثلى» حقيقة شرعية ولا متشرعية، وليس المراد^{٤٢٤} معناه اللغوى؛ إذ المراد بالمثل لغة: المماثل، فإن أريد من جميع الجهات تغير منعكس،^{٤٢٥} وإن أريد من بعضها، فغير مطرد^{٤٢٦ ٤٢٧}.

^{٤٢٢}. این عنوان در چاپ کنگره موجود نیست.

^{٤٢٣} مواردی که بررسی تعریف لفظ در مساله فقهی اثرگذار است : (١) لفظ دارای حقیقت شرعی یا متشرعی باشد. (٢) در مساله محل بحث علماء معنای لغوی از لفظ اراده شده باشد. (برای فهم دقیق مساله) (٣) در نصوص شرعی از آن استفاده شده باشد و احتمال داده شود که در معنای لغوی استعمال شده باشد. (٤) در معقد لفظی اجماع علماء استعمال شده باشد و احتمال داده شود که در معنای لغوی استعمال شده است. (٥) در حکم عقلایی حجت مدنظر قرار گرفته باشد و احتمال داده شود که معنای لغوی آن لحاظ شده است. (٦) سیره عقلاء حجت منوط به صدق معنای لغوی آن باشد.]

^{٤٢٤} در مساله حل بحث علماء فقط معنای لغوی مراد نیست، یا در نصوص شرعی و معقد اجماع و ... نیز معنای لغوی مراد نیست؟ اگر دومی مراد باشد، نباید در ادامه بیان کنند که در نصوص شرعی استعمال نشده است؛ چرا که اگر استعمال هم شده بود، تعریف و رسیدن به معنای لغوی فهم نص شرعی را به همراه نداشت، مگر ادعا شود با کشف معنای لغوی، فهم مستعمل فیه در نصوص شرعی را ساده تر می کند.

۴۲۵ جامع افراد نیست، چرا که بالاخره مثلی هایی پیدا می شوند که افرادشان تشابه کامل صد در صد ندارند، به عنوان مثال نمی توان دو سیب را پیدا کرد که دقیقا مثل هم باشند. (نقد: مماثلت من جمیع الجهات عرفی مراد است - نه عقلی - و این معنا جامع افراد مثلی می باشد).

۴۲۶ مماثلت از بعض جهات در برخی قیمی ها نیز یافت می شود، مثل زمین یا عبد.

۴۲۷ نقد مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۲۶: در کلام مرحوم شیخ بین مثلی و مثل خلط شده است. گفته شده «در مثلی، ضمان به مثل است». مثل به معنای مماثل است که در حال حاضر محل بحث نیست. محل بحث معنای «مثلی» است که معنای عرفی آن «مناطق مالیه الجامع و لم یلاحظ فیها الجهات الشخصیه» است و لذا اشکال وارد نیست.

و ليس في النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان حتّى يبحث عنه. نعم، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم^{٤٢٨} على أنّ المثلى يضمن بالمثل، وغيره بالقيمة،^{٤٢٩} و من المعلوم^{٤٣٠} أنّه لا يجوز الاتّكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين^{٤٣١}.

^{٤٢٨}. انظر جامع المقاصد ٦: ٢٤٥، و الرياض ٢: ٣٠٣، و المناهل: ٢٩٩، و مفتاح الكرامة ٦: ٢٤١، و الجواهر

٣٧: ٨٥.

^{٤٢٩} اگر اجماع دارای معقد لفظی باشد و اطمینان حاصل شود که این عبارت لفظی دقیقاً از معصوم - علیه الصلاه و السلام - به علماء رسیده است، شبیه دلیل لفظی در مقام خواهد بود و بررسی مراد از این لفظ در دلیل لفظی دارای اهمیت خواهد شد - نه تعریف علماء از این لفظ - . اگر اجماع دارای معقد لفظی نباشد و دارای حجیت باشد، تعریف اجماع کنندگان برای درک دقیق مراد ایشان و کشف محدوده قدرمتیقن و محدوده مورد اختلاف اهمیت خواهد داشت.

^{٤٣٠} برای کشف محدوده اجماعی که مورد قبول همگی است، به تعریف برخی نمی توان اکتفاء کرد. ^{٤٣١} اختلاف دیگران اگر در مراد از مثلی باشد، صرفاً در محدوده قدرمتیقن اجماع ثابت است. اما ممکن است در معنا و مفهومی ذهنی از مثلی اتفاق نظر داشته باشند و اختلاف در این باشد که کدام الفاظ کاملتر و بهتر مراد را افاده می کند. در این فرض مراد کشف مراد است و اختلاف تعاریف به معنای اختلاف نظر علماء نیست.

و حينئذٍ^{٤٣٢} فينبغي أن يقال: ^{٤٣٣} كل ما كان مثلياً باتفاق المجمعين^{٤٣٤} فلا إشكال في ضمانه بالمثل؛ للإجماع، و يبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب و الفضة الغير المسكوكين، فإن صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيميات^{٤٣٥}، و ظاهر غيره^{٤٣٦} كونهما مثليين، و

^{٤٣٢} که علماء در تعریف از مثلی دارای اختلاف هستند ...

^{٤٣٣} ابتدا باید روشن شود مساله مطرح شده شبهه حکمیه است یا موضوعیه و اگر شبهه حکمیه است، شبهه مفهومیه است یا خیر. راه حلّ این مسائل با یکدیگر متفاوت است. اگر ادعا شود حکم واقعی بر عنوان «مثلی» تعلق گرفته است، شبهه مفهومیه خواهد بود. اگر ادعا شود حکم واقعی بر عناوین دیگری - مثل حیوانات یا نفس عنوان گندم- تعلق گرفته است، شبهه حکمیه خواهد بود. اگر فرض شود منشا تردید اشتباه امور خارجی و عدم شناخت کافی از مصادیق است، شبهه مصداقیه خواهد بود.

^{٤٣٤} مراد: (١) اجماع بر حکم: اجماع اقامه شده است که ضمان آن به مثل است و ذکر «مثلی» بودن برای اشاره به حکم است. (٢) اجماع بر مصداق: اجماع اقامه شده است که مصداق «مثلی» است. (حجیت اجماع در این موارد بررسی شود).

^{٤٣٥}. المبسوط ٣: ٦١.

^{٤٣٦}. كالمحقق في الشرائع ٣: ٢٤٠، و العلامه في التحرير ٢: ١٣٩، و التذكرة ٢: ٣٨٤، و المختلف ٦: ١٢٢، و الشهيد في الدروس ٣: ١١٦، و نسبه الشهيد الثاني إلى المشهور، انظر المسالك ٢: ٢٠٩، و مثله في الكفاية:

٢٥٨

كذا الحديد و النحاس^{٤٣٧} و الرصاص^{٤٣٨}؛ فإنّ ظواهر عبائر المبسوط^{٤٣٩} و الغنية^{٤٤٠} و السرائر^{٤٤١} كونها قيمية.

و عبارة التحرير صريحة في كون أصولها مثلية و إن كان المصوغ منها قيميا^{٤٤٢}.

و قد صرّح الشيخ في المبسوط: بكون الرطب و العنب قيمياً، و التمر و الزبيب مثليا^{٤٤٣}.

٤٣٧ مس.

٤٣٨ سرب.

٤٣٩ . المبسوط ٣: ٦٠.

٤٤٠ . الغنية: ٢٧٨.

٤٤١ . السرائر ٢: ٤٨٠.

٤٤٢ . التحرير ٢: ١٣٩.

٤٤٣ . انظر المبسوط ٣: ٩٩، ١٠٠.

و قال فى محكى المختلف: إن فى الفرق^{٤٤٤} إشكالاً^{٤٤٥}، بل صرح بعض من قارب عصرنا
بكون الرطب و العنب مثليين^{٤٤٦}.

و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد: أن الثوب مثلى^{٤٤٧}، و المشهور خلافه. و أيضاً
فقد مثّلوا للمثلى بالحنطة و الشعير^{٤٤٨}، و لم يعلم أن المراد نوعهما أو كلّ صنف؟ و ما
المعيار فى الصنف؟^{٤٤٩} و كذا التمر.

^{٤٤٤} فرق بين رطب و تمر و بين عنب و زبيب.

^{٤٤٥} المختلف ٦: ١٣٥.

^{٤٤٦} صرح به المحقق القمى فى جامع الشتات (الطبعة الحجرية) ٢: ٥٤٣ ٥٤٤.

^{٤٤٧} حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٩، و انظر جامع المقاصد ٦: ٢٥٠.

^{٤٤٨} كما فى جامع المقاصد ٦: ٢٤٣، و الروضة البهية ٧: ٣٦، و مجمع الفائدة ١٠: ٥٢٢.

^{٤٤٩} چه مقدار قيد و وصف بايد به مفهوم اضافه شود تا به صنف تبديل شود؟ تا جابى كه قيمت و صفت
عرفا يكي باشند.

[ما هو الاصل فيما يشك في كونه مثليا او قيميا]

و الحاصل: أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة، فلا بدّ من ملاحظه أنّ الأصل^{٤٥٠} الذي يرجع إليه عند الشك^{٤٥١} هو الضمان بالمثل، أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة؟

و لا يبعد أن يقال: ^{٤٥٢} إنَّ الأصل هو تخيير الضامن؛ لأصالة براءة ذمته عمّا زاد على ما يختاره، فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك؛ لأصالة عدم براءة ذمته بدفع

^{٤٥٠} ابتدا به اصل عملی اشاره می شود و در ادامه اصل لفظی (قاعده علی الید) نیز بیان می گردد.
^{٤٥١} مساله شناسی با دقت در پیش فرض مساله: شك در شبهه حکمی و وضعیه است با این پیش فرض که ضمان مثلی فقط به مثل است و ضمان قیمی فقط به قیمت است (تفاوت احکام با تفاوت موضوع). اگر فرض شود ضمان هر دو به مثل است یا ضمان هر دو به قیمت است، این مساله طرح نخواهد شد. همچنین اگر در قیمی مخیر به پرداخت مثل یا قیمت باشد، در فرض تردید بین مثلی یا قیمی بودن، یقین دارد که پرداخت مثل رافع ذمه خواهد بود.

^{٤٥٢} مراحل: (١) تصویر صحیح و دقیق از مسأله. (٢) یافتن اصل مناسب مسأله. (٣) کشف مقتضای اصل. در مورد تصویر مسأله این احتمالات قابل طرح است:

١. دوران بین تخيير ضامن و تعيين مثل یا قیمت / براءة از تعيين و خصوصیت یکی زائد بر اصل ضمان (مبنای اصولی) / تخيير ضامن. (نقد: ١. تردید در حکم واقعی است و احتمال تخيير

ضامن در حکم واقعی داده نمی شود - به دلیل اجماع یا ... - و لذا دوران بین تعیین مثل و تعیین قیمت است. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی. ۲. در دوران، احتمال تخییر مالک مد نظر قرار نگرفته است.

۲. دوران بین تعیین مثل یا تعیین قیمت که مصداق دوران بین اقل و اکثر استقلالی است / براءت از اکثر / دفع قیمت کافی است، اما ضامن می تواند مثل را انتخاب کند، چرا که طبق فرض، مثل اکثر استقلالی همان اقل است و در نتیجه ضامن مخیر بین پرداخت مثل و قیمت است، هر چند در پرداخت مثل، مثل بما هو مشتمل بر قیمت است، از او رفع ذمه کرده است. (نقد: دوران بین متباینان است. ر.ک. مرحوم خوئی، ج ۳، ص ۱۵۸).

۳. دوران بین اقل و اکثر ارتباطی است / احتیاط یا براءت بر اساس مبنای اصولی / مقتضای احتیاط، لزوم دفع اکثر (مثل) و مقتضای براءت، کفایت دفع اقل (قیمت) است.

۴. دروان بین متباینین / احتیاط به دفع مثل و قیمت با هم مطلوب مولا نیست و قطعاً باطل است به دلیل اجماع یا ضرورت یا نفی ضرر یا ظلم بودن بر مضمون، پس مجرای اصل تخییر است / تخییر ضامن.

۵. دوران بین متباینین / احتیاط به دفع مثل و قیمت با هم باطل است، اما احتیاط به جلب رضایت مالک محقق می شود و مختار او قطعاً ذمه ضامن را ساقط می کند / تخییر مالک. (نقد: توجه به مقتضای اصل از طرف تمام افراد در گیر مساله: نسبت به مالک این سوال وجود دارد که چرا او حق دارد ضامن را ملزم به مثل یا قیمت کند؟ اگر ضامن راضی باشد و هر دو توافق کنند، خارج از بحث است و اگر ضامن راضی نباشد یا صغیر باشد، چه دلیل بر امکان الزام

ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^{٤٥٣} «فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر.

او وجود دارد؟ از طرف مالک، شک وجود دارد که مختار خودش را مالک می شود (استصحاب عدم ملکیت)، ولی یقین دارد که مختار ضامن را با رضایت مالک می شود.^{٤٥٣} ظهور آن افاده حکم وضعی ضمان نسبت به خود کالا-نه مثل یا قیمت- پس رفع ضمان با اداء عین کالا محقق است یا با جلب رضایت مالک (به دلیل اجماع یا اخبار یا قرینه ارتکازی عقلایی علم وجود دارد که این دلیل مقید به فرض عدم جلب رضایت مالک است). دلیل نسبت به بدل بودن مثل یا قیمت ساکت است و بدلی را معرفی نمی کند. از سویی اداء عین به دلیل تلف شدن آن ممکن نیست و تنها راه موجود، جلب رضایت مالک است. پس اصل اولی تخیر مالک است. (نقد: مفاد این دلیل یا سایر ادله مثل سیره این است که اگر دفع عین مقدور نبود، ضامن بدل-مثل یا قیمت- است. اضافه بر این که باید تبیین شود چرا می توان ضامن را به پرداخت مختار مالک ملزم کرد).

^{٤٥٤}. عوالی اللآلی ١: ٢٢٤، الحدیث ١٠٦ و ٣٨٩، الحدیث ٢٢.

و الأقوى: تخيير المالك من أول الأمر؛ لأصالة الاشتغال، و التمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع^{٤٥٥}.

نعم، يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، و الإجماع على عدم تخيير المالك:- التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعنى: تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة و لا للضامن الامتناع، و تعيين القيمة كذلك، فلا متيقن في

^{٤٥٥} بر اساس این که مراد براءت از تعیین باشد (تصویر اول مطرح شده): ممکن است اشاره به مبنای اصولی اجرای براءت در دوران بین تعیین و تخيير باشد و ممکن است اشاره به این نکته باشد که اثبات تخيير ضامن با براءت از تعیین، اصل مثبت است (ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی)

البین، و لا یمکن البراءة الیقینیة عند التّشاح^{۴۵۶}، فهو من باب تخیر المجتهد فی الفتوی^{۴۵۷}، فتأمل^{۴۵۸}.

[مقتضى القاعدة: الضمان بالمثل ثم بالقيمة من النكدين]

هذا، و لكن یمکن أن یقال: ^{۴۵۹} إن القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان فی المغصوبات و الأمانات المفترط فیها، و غیر ذلك، هو الضمان بالمثل؛ لأنه أقرب إلى التالف من حیث

^{۴۵۶} بخل و رزیدن و عدم توافق یا صغیر بودن مالک یا ضامن یا هر دو.

^{۴۵۷} مراد (۱): تخیر مکلف در مقام شبیه تخیر مجتهد در مقام فتواست. (این احتمال اولاً خلاف ظاهر تعبیر «من باب» است و ثانیاً تشبیه برای واضحتر شدن است و این تشبیه بیشتر سبب اجمال می شود). (۲) در محل بحث مجتهد مخیر در مقام فتواست - نه مکلف -، به این معنا که مجتهد در فتوا ضامن را مکلف به مثل یا قیمت می کند. (فتأمل: ۱) اگر شبهه در مورد تراحم یا تعارض اخبار و امثال ذلك بود، تخیر برای مجتهد بود؛ لکن در مقام که مجرای اصل عملی تخیر است، مکلف مخیر است. (۲) در مقام احتیاط به دفع هر دو قطعاً مطلوب شارع نیست، لکن احتیاط به جلب رضایت مالک ممکن است و لذا مجرای اصل تخیر نیست.

^{۴۵۸} احتمالات دیگر در جواب از مساله: ۱. قرعه. ۲. صلح قهری با اختیار حاکم. ۳. ...

^{۴۵۹} قاعده از نوع اماره بر ضمان مثل در تمام موارد - که مقدم بر اصل عملی است - استدلالات دارای دو مقدمه اساسی است. اول اطلاق ادله ضمان، به این معنا که اکثر قریب به اتفاق اخبار ضمان، اشاره ای به

الماليّة و الصفات، ثمّ بعده^{٤٦٠} قيمة التالف من التقدين و شبههما؛ لأنّهما أقرب من حيث
الماليّة؛ لأنّ ما عدهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما.^{٤٦١}

ضمان مثل یا قیمت نداشته اند و صرفاً اصل ضمان را بیان کرده اند. دوم این که متعارف در ضمان، پرداخت اقرب به تالف است که مثل می باشد. با توجه به این که اطلاق نزد عرف حمل بر متعارف می شود، پس در نظر شارع نیز اصل در ضمان، ضمان به مثل است. / احتمالات مراد از این استدلال: (۱) سکوت شارع امضاء یا عدم ردع سیره یا حکم عقلانی است. (۲) با توجه به متعارف، اطلاقات منصرف به ضمان مثل است. (۳) اطلاق لفظی ادله به دلیل متعارف ضمان در ارتکاز یا روش عقلایی منجر به لزوم دفع مثل است. (در این موارد - شبیه اطلاق هیئت امر و بر خلاف دیگر اطلاقات - نتیجه اطلاق، تضییق است نه توسعه). (۴) اطلاق مقامی کل شریعت به دلیل متعارف ضمان در ارتکاز یا روش عقلایی منجر به لزوم دفع مثل است، به بیانی که در مورد قبل ذکر شد. (۵) معنای حقیقی از ضمان، تدارک به بدل اقرب (مثل) است و در فرض اطلاق، حمل بر همین معنای حقیقی می شود. (ر.ک. کلمات مرحوم سید، ج ۱، ص ۹۷ و مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۹۸ و مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۲۹).

^{٤٦٠} در فرض تعذر مثل (بدل طولی).

^{٤٦١} پول رایج مالیت محض است و صفاتش ملحوظ نیست.

و لأجل الاتِّكال على هذا الظهور^{٤٦٢} لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على
كثرتها قد نصَّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها إلّا ما شدَّ و ندر قد أطلق فيها
الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد
البيان.^{٤٦٣}

^{٤٦٢} مراد (١) ظهور لفظي. (٢) وضوح حكم.

^{٤٦٣} بنابراین اصل بر ضمان مثل است و ضمانِ قیمت نیازمند دلیل بر خلاف اصل است. پس در موارد
شبهه حکمیّه باید به اصل رجوع شود.

[الاستدلال على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة بآية الاعتداء]

و قد استدلّ في المبسوط^{٤٦٤} و الخلاف^{٤٦٥} على ضمان المثلي بالمثل، و القيمي بالقيمة بقوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»^{٤٦٦} بتقريب: أن مماثل «ما اعتدى» هو المثل في المثلي، و القيمة في غيره.^{٤٦٧}

٤٦٤. المبسوط ٣: ٦٠.

٤٦٥. الخلاف ٣: ٤٠٢ و ٤٠٦، كتاب الغصب، المسألة ١١ و ١٨.

٤٦٦. البقرة: ١٩٤.

^{٤٦٧} تفكيك دقيق مقدمات استدلال: (١) تعدى شامل تعدى مالي نیز می شود. (٢) تعدى اعم از تعدى عدوانی عالمانه عامدانه است و شامل تعدى در مقبوض به بيع فاسد نیز می شود. (٣) «کم» خطاب استغراقی و به تک تک مسلمانان است -نه خطاب مجموعی به جامعه اسلامی در مقابل دشمنان-. (٤) تعدى به مثل ملازم ضمان طرف مقابل به مثل است. (٥) مثل عرفا در کالای مثلی، مثل است و در کالای قيمي، قيمت است. (٦) «ما» موصول و مراد از آن «شیء معتدى به» است. (در ادامه و ضمن اشکال و جواب به این مقدمه بیان می شود که اگر «ما» مصدریه باشد نیز می توان استدلال را تام دانست). (تمام این مقدمات باید مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد).

و ۴۶۸ اختصاص الحكم بالمتلف عدواناً لا يقدر بعد عدم القول بالفصل ۴۶۹.

و ۴۷۰ ربما يناقش في الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به ۴۷۱،
و فيه نظر ۴۷۲.

۴۶۸ نقد مقدمه دوم: آیه شریفه صرفاً تعدی عدوانی را در بر می گیرد و شامل محل بحث نمی شود.
۴۶۹ هر اصل و قاعده اولی که در فرض ضمان عدوانی مورد قبول واقع شده است، همان اصل و قاعده
در فرض ضمان غیر عدوانی نیز مورد قبول علماء بوده است و تفکیک بین آنها قائل ندارد. (شرایط
حجیت عدم قول به فصل در مقام نیازمند بررسی است).

۴۷۰ نقد مقدمه ششم: «ما» مصدریه است و اشاره به اصل ظلم و صرفاً مقدار کمی اعتداء (قیمت) دارد
و مثلث از حیث کیفیت (صفات) - که ضمان مثل را نتیجه می دهد - از آیه شریفه استفاده نمی شود.
۴۷۱. المناقشة من السيد الطباطبائي في الرياض ۲: ۳۰۳.

۴۷۲ اگر «ما» مصدریه باشد نیز می توان گفت مماثلت در آیه شریفه اطلاق دارد و از این جهت مماثلت
در جمیع جهات - چه کمی و چه کیفی - را افاده می کند. (شرایط اطلاق در مقام نیازمند بررسی است).

نعم،^{٤٧٣} الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه^{٤٧٤} بالقول المشهور؛ لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية، وهذا يقتضى اعتبار المثل حتى في القيمات، سواء وجد المثل فيها أم لا^{٤٧٥} .^{٤٧٦}

^{٤٧٣} نقد مقدمه پنجم.

^{٤٧٤} . و هو استظهار الضمان بالمثل عرفاً من إطلاقات أدلة الضمان في الصفحة السابقة بقوله: و لكن يمكن أن يقال .. إلخ.

^{٤٧٥} در ادامه بیان می شود که اگر موجود باشد، با دفع مثل ضمان بر طرف می شود، اما اگر موجود نباشد، ذمه بر مثل تعلق گرفته است، اما هنگام دفع - که مثل وجود ندارد- به بدل اقرب یعنی قیمت تبدیل می شود و لذا قیمت يوم الدفع بر ضامن لازم است.

^{٤٧٦} نقد مقدمه چهارم: مفاد آیه شریفه جواز تصرف در مال از باب تقاص است- نه ضمان طرف مقابل - نقد مقدمه سوم: سیاق آیات چنین افاده می کند که خطاب مجموعی به جامعه اسلامی است.

أما^{٤٧٧} مع وجود المثل فيها، كما لو أتلف ذراعاً من كرباس^{٤٧٨} طوله عشرون ذراعاً^{٤٧٩} متساوية من جميع الجهات، فإن مقتضى العرف والآية: إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر^{٤٨٠} من ذلك و لو بأضعاف قيمته و دفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به.

^{٤٧٧} در ادامه روشن می شود که در برخی موارد این دو دلیل حکم به ضمان مثل می کنند، در حالی که قول مشهور حکم به ضمان قیمت است. از سویی در برخی موارد نیز این دو دلیل حکم به ضمان قیمت می کنند، در حالی که حداقل برخی حکم به ضمان مثل کرده اند. در نتیجه رابطه این دو دلیل با قول مشهور در حکم به ضمان مثل، اعم و اخص من وجه است.

^{٤٧٨} پارچه پنبه ای سفید. پارچه حداقل نزد برخی از قدماء قیمی بوده است.

^{٤٧٩} هر ذراع حدود ٧٠ سانتی متر و ٢٠ ذراع حدود ١٤ متر خواهد بود.

^{٤٨٠} یک ذراع باید پرداخت کند یا یک پارچه یک تیکه بیست ذراعی؟

و كذا لو أتلف عليه عبداً و له في ذمّة المالك بسبب القرض أو السلم عبد موصوف
بصفات التالف،^{٤٨١} فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر القهريّ، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في
بيع عبدٍ من عبدين^{٤٨٢ ٤٨٣}.

^{٤٨١} پرداخت عبدي بر ذمّه مُتلف است به دليل تلف کردن عبد مالک. از سویی عبدي را به مالک قرض
داده از او خریده با همين اوصاف و مالک عبدي بر ذمه مالک است. از سوی ديگر پرداخت عبدي بر
ذمه مالک است به دليل قرض يا بيع سلم و مالک عبدي بر ذمه متلف است به دليل اتلاف او. ذمه دو
طرف مشغول به كالای مشابه كه منجر به تهاتر قهري است.

^{٤٨٢} مشتری یکی از دو عبد را - که در اوصاف همسان هستند - را بخرد.

^{٤٨٣} . راجع الخلاف ٣: ٢١٧، كتاب السلم، المسألة ٣٨، و الشرائع ٢: ١٨، و الدروس ٣: ٢٠١، و مفتاح الكرامة

٣٥٣: ٤.

نعم،^{۴۸۴} ذهب جماعة منهم الشهداء في الدروس و المسالك^{۴۸۵} إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيمية،^{۴۸۶} لكن^{۴۸۷} لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين،^{۴۸۸} لا من جهة ضمان القيمي بالمثل؛ و لذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها^{۴۸۹} و إن كان مماثلًا لها من جميع الجهات.

^{۴۸۴} از فتاوی برخی چنین استفاده می شود که در قیمی، قائل به امکان پرداخت مثل هستند (خلاف مشهور و موافق مفاد دو دلیل).

^{۴۸۵} . الدروس ۳: ۳۲۰، المسالك ۳: ۴۴۹.

^{۴۸۶} اگر ضمان به قیمت بود، ردّ عین جایز نبود. عین مصداق اتمّ مثل است و چون ضمان به مثل است، ردّ عین جایز است. (در بحث ضمان، ضمان به عین تعلق گرفته است و مثل یا قیمت بدل آن تلقی می شوند و تا عین موجود باشد، ضمان به قیمت یا مثل تعلق نمی گیرد).

^{۴۸۷} از کلام ایشان فتوا به ضمان قیمی به مثل استفاده نمی شود.

^{۴۸۸} صدق عرفی اداء قرض است.

^{۴۸۹} غیر عین. اگر ضمان قیمی به مثل بود، با پرداخت مثل ضمان مرتفع می شد و مالک ملزم به قبول مثل بود؛ لکن پرداخت مثل را موجب رفع ضمان ندانسته اند.

و أما مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمّة بالتعدّر، كما لو تعدّر المثل في المثلي، فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي، و لا يقولون به^{٤٩٠}.

و أيضاً،^{٤٩١} فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً،^{٤٩٢} فمقتضى ذلك عدم وجوب^{٤٩٣} إلزام المالك بالمثل؛^{٤٩٤} لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و

^{٤٩٠} قيمت روز تلف یا روز ضمان یا اعلى القيم را علماء قائل شده اند.

^{٤٩١} بیان اخص بودن مفاد دو دلیل در ضمان مثل نسبت به قول مشهور از جهتی.

^{٤٩٢} مثل ارزان شدن یخ در زمستان. (ادعایی که در ادامه مطرح می شود در مورد افزایش فاحش قیمت نیز قابل طرح است؟).

^{٤٩٣} . فی شرح الشہیدی: الصواب «الجواز» بدل «الوجوب» كما لا يخفى، انظر هداية الطالب: ٢٣١.

^{٤٩٤} پس ضامن چیست؟ (١) قیمت که بدل اقرب است. (٢) پرداخت مثل به همراه ما به التفاوت قیمت.

المالية،^{٤٩٥} مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض^{٤٩٦} إلزامه به و إن قوّى خلافه بعض^{٤٩٧}، بل ربما احتمال جواز دفع المثل و لو سقط من القيمة بالكليّة^{٤٩٨} و إن كان الحقّ خلافه.^{٤٩٩}

فتبيّن: أنّ النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآية عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين و لا يضمن به عند المشهور، كما فى المثالين المتقدمين^{٥٠٠} و قد

^{٤٩٥} متعارف و «مثل» در آیه شریفه ضمان یخ در زمستان در قبال یخ در تابستان نیست. عرف یخ در زمستان را مثل یخ در تابستان نمی داند. (نقد مرحوم سید : مقتضای دو دلیل مماثلت در صفات و خصوصیات است - نه حیث مالیت - . ضامن نقصان قیمت سوقی را ضامن نیست و صرفاً مثل کالا را ضامن است، همانطور که اگر عین موجود بود، نقصان قیمت سوقی را ضامن نبود).

^{٤٩٦} . انظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢، و الجواهر ٣٧: ٩٩

^{٤٩٧} . قوّه الشّهِيد قدّس سرّه فى الدروس ٣: ١١٣، و لكنّه فيما لو خرج المثلّى عن القيمة.

^{٤٩٨} . احتمله العلّامة فى القواعد ١: ٢٠٤.

^{٤٩٩} چرا که: (١) «حتى توديه» صدق نمی کند. (٢) متعارف نیست. (٣) خلاف مفاد آیه شریفه است. (٤) بر خلاف قاعده لاضرر است. (٥) مصداق ظلم به مالک است.

^{٥٠٠} . یعنی: مثالی إتلاف الكرباس و إتلاف العبد، المتقدمين فى الصفحة ٢١٨. (چاپ کنگره)

ينعكس الحكم كما في المثال الثالث^{٥٠١}، و قد يجتمعان في المضمون به كما في أكثر الأمثلة.

ثم^{٥٠٢} إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدى بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً^{٥٠٣}، ففي موارد الشك^{٥٠٤} يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل

^{٥٠١} نقصان فاحش قيمت.

^{٥٠٢} اجماع مخصص برای دو دلیل اصلی بحث - یعنی متعارف و آیه اعتداء - و اثبات ضمانِ قیمت در قیمی و نتیجه این خواهد بود که ضمان در تمام موارد به مثل است، مگر در قیمی ها. (اجماع دارای معقد لفظی مطلق است یا باید به قدر متیقن آن اخذ شود؟).

^{٥٠٣} اگر اجماع بر قیمی بودن ثابت شود، این اجماع حجیت دارد؟ اگر اجماع بر حکم باشد که ضمان این شیء به قیمت است، شاید اجماع تبعدی بوده و حجیت داشته باشد؛ اما اگر اجماع بر مصداق یابی برای موضوع حکم (القیمی یضمن بالقیمه) باشد، حجیت نخواهد داشت.

^{٥٠٤} مصداقیت مورد برای موضوع حکم اجماعی مردد است و لذا تمسک به اجماع صحیح نیست و مصداق تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود عام خواهد بود.

السابق^{٥٥} و عموم الآية^{٥٦}؛ بناءً على ما هو الحق المحقق: من أن العام المخصّص بالمجمل مفهوماً، المتردد بين الأقلّ و الأكثر لا يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك^{٥٧}.

٥٥. تقدّم في الصفحة ٢١٧ (چاپ کنگره) المشار إليه بقوله: و لكن يمكن أن يقال ..

٥٦. المتقدّمة في الصفحة ٢١٧ ٢١٨.

٥٧. شكّ در قيمي بودن کالا یا ناشی از شبهه مصداقيه است یا ناشی از شبهه مفهومیه. اگر شبهه موضوعیه باشد، تمسک به عام در شبهه مصداقيه مخصّص جایز نیست. اگر ناشی از مفهومیه باشد و شكّ ناشی از تردید در مفهوم مخصّص (اجماع مفهوم مخصّص)، یا مفهوم مردد بین دو امر متباین است یا مردد بین اقل و اکثر. در دوران بین دو امر متباین نیز تمسک به عام صحیح نیست. در دوران بین اقل و اکثر، اگر مخصّص متصل باشد، تمسک به عام صحیح نیست؛ لکن اگر مخصّص منفصل باشد -چه لفظی باشد و چه لبی- ادعا شده است که باید به عام تمسک کرد، چرا که اجماع مخصّص در این موارد به عام سرایت نکرده و حجیت عموم را خدشه دار نمی کند. محل بحث از نوع دوران بین اقل و اکثر است، چرا که محدوده ای که یقین داریم -با اجماع یا غیر آن- قیمی است، یقیناً داخل در مخصّص است و موارد مشکوک در صورتی داخل در مخصّص است که از مخصّص معنای اکثر اراده و قصد شده باشد، مانند «لا تکرّم الفساق من العلماء» که مفهوم فاسق مردد بین اقل (مرتکب کبیره) و اکثر (مرتکب کبیره یا مرتکب صغیره) است.

فحاصل الكلام: أن ما أجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل، مع مراعاة الصفات التي تختلف بها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف؛ بناءً على تحقّق الإجماع على إهمال هذا التفاوت،^{٥٠٨} مضافاً إلى الخبر الوارد في أنّ الثابت في ذمّة من اقترض دراهم^{٥٠٩} و أسقطها السلطان و روج غيرها، هي الدراهم الأولى^{٥١٠}.^{٥١١}

^{٥٠٨} اجماع بر این که شرعاً مثل تلقی می شود. (حجیت این اجماع بررسی شود).

^{٥٠٩}. کذا فی «ف»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و نسخه بدل «ش»، و فی «ن» و «ش» هكذا: «فی أنّ اللازم علی منّ علیه دراهم»، و قال الشهیدی بعد نقل هذه العبارة: هكذا فی النسخ المصحّحة، انظر هداية الطالب: ٢٣١.

^{٥١٠}. الوسائل ١٢: ٤٨٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الحديث ٢. (این روایت، معارض دارد و برای تکمیل بحث باید معارض ها و نتیجه نهایی مدنظر قرار گیرد).

^{٥١١}. فی «ن» زیادة: «فتأمل» استدراكاً، و يشهد علی وجودها فی الأصل أنّ المامقانی و الشهیدی قدّس سرهما نقلها فی شرحهما و علّقوا علیها، انظر غاية الآمال: ٣٠ و ٥، و هداية الطالب: ٢٣١. (وجه تامل: ١. روایت ذکر شده دارای معارض است. ٢. اجماع بر اهمال قیمت، اجماع تبعیدی بر حکم شرعی نیست، بلکه مصداق یابی برای مثل بر اساس ذهنی عرفی علماء است. ٣. تفاوت قیمت سبب می شود تا عرفاً مثل تلقی نشود، مخصوصاً اگر تفاوت قیمت فاحش باشد. شباهت در قیمت از ارکان مثلث عرفی است).

[ما اجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة]

و ما اجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة بناءً على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك^{٥١٢} و إن وجد مثله أو كان مثله في ذمّة الضامن^{٥١٣}.

[حكم ما شكّ في كونه قيمياً او مثلياً]

و ما شكّ في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثل، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع و التالف، و مع الاختلاف الحق بالقيمي، فتأمل.

^{٥١٢}. يجيء في الأمر السابع.

^{٥١٣} مثلاً بابيع كلي مالک چنين كالاي بر ذمه مالک شده است که در صورت ضمان مثل ادعا شده که تهاتر قهری رخ می دهد.

الخامس [عدم وجدان المثل الا بأكثر من ثمن المثل]

٥١٤ ذكر في القواعد: أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردد^{٥١٥}، انتهى.

أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: إذا غصب ما له مثل كالحبوب والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده،

٥١٤ مساله شناسی و تفکیک فروض : مثل امکان تهیه دارد یا ندارد (انتقال به قیمت و مربوط به الامر السادس). اگر امکان تهیه دارد یا به ثمن متعارف قابل تهیه است و باید مثل -به عنوان مقدمه وجوب رد- تهیه و تقدیم مالک شود، یا تهیه آن متوقف بر پرداخت بیش از ثمن المثل است (محل بحث). افزایش قیمت نیز یا بر اساس زیاد شدن قیمت بازاری کالا است (بعدا بیان می شود که این قیمت مصداق قیمت متعارف است) یا به دلیل اجحاف بایع است. توجه شود که اگر تفاوت فاحش باشد، ممکن است خصوصیت خاص داشته باشد.

٥١٥ . القواعد ١: ٢٠٤.

يشتره بأى ثمن كان، بلا خلاف^{٥١٦}، انتهى. و فى المبسوط: يشتره بأى ثمن كان
إجماعاً^{٥١٧}، انتهى.

^{٥١٦}. الخلاف ٣: ٤١٥، كتاب البيوع، المسألة ٢٩.

^{٥١٧}. المبسوط ٣: ١٠٣.

و وجهه: عموم النص^{۵۱۸} و الفتوی^{۵۱۹} بوجود المثل فی المثلی،^{۵۲۰} و یؤیّده^{۵۲۱} فحوی حکمهم بأنّ تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا یوجب الانتقال إلى القيمة،^{۵۲۲}

^{۵۱۸} اطلاق نقص (متعارف) و آیه شریفه اعتداء.

^{۵۱۹} همچنین ممکن است به سیره در مقام تمسک شود. استقصاء تمام ادله در ذیل مساله دارای اهمیت است. اضافه بر این که به جریان یا عدم جریان قواعد کلی - مثل قاعده لاضرر نسبت به ضامن - در مقام باید توجه شود و این نکته بررسی شود که آیا این قاعده در محل کلام جاری است یا خیر؟ این اشکالات به جریان قاعده لاضرر در مقام مطرح شده است: (۱) عدم تطبیق قاعده: حکم شارع ضمان مثل است و ضمان مثل، ضرری نیست. (۲) عدم شرط قاعده: جریان این قاعده در حق ضامن خلاف امتنان بر مالک است. در مقام دوران ضرر بین مالک و ضامن است و راهی برای نفی ضرر از هر دو وجود ندارد و در نتیجه این قاعده جاری نیست. (۳) محدوده شمولیت قاعده: اعراض از اطلاق قاعده در مقام مانع از امکان تمسک به آن می شود. ر.ک. به حاشیه مرحوم شهیدی و کلمات مرحوم خوئی.

^{۵۲۰} نقد: ممکن است گفته شود مثلیت در مالیت رعایت نشده است، مخصوصا اگر تفاوت فاحش باشد.

^{۵۲۱} توجه به فتوای علماء در دیگر مسائل. (فحوا قطعی نیست و لذا صرفا موید است).

^{۵۲۲} اگر در فرض ضرر مالک، ضمان مثل باقی است، پس به طریق اولی در فرض ضرر ضامن، ضمان مثل باقی است. (اگر طریق اولویت مقبول نبود، طریق تساوی یا الغای خصوصیت از کم یا زیاد شدن قیمت کالا یا ... شاید بتواند مورد تمسک قرار گیرد).

بل ربما احتتمل بعضهم^{٥٢٣} ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن المالىة؛ كالماء على الشاطى و الثلج فى الشتاء.^{٥٢٤}

و أما إن كان لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزید ممّا یرغب فىه الناس مع وصف الإعواز^{٥٢٥}، بحيث یعدّ بذل ما یرید مالکه یازائه ضرراً عرفاً و الظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة القواعد^{٥٢٦}؛ لأنّ الثمن فى الصورة الاولى لیس بأزید من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، و إنّما زاد على ثمن التالف یوم التلف و حینئذ فیمكن التردد^{٥٢٧} فى الصورة

٥٢٣ . احتمله العلامه فى القواعد ١: ٢٠٤.

٥٢٤ مخالفین : در این فرض، در حکم تلف است. برخی در فرض تفاوت فاحش نیز منلیت را انکار کرده اند.

٥٢٥ نایاب بودن کالا.

٥٢٦ . تقدّم عبارتہ فى صدر المسألة.

٥٢٧ بین انتقال به قیمت به دلیل قاعده لاضرر که نافی وجوب دفع مثل است و مثل را کالمعدوم می کند و بین وجوب خریدن مثل به عموم نص و فتوا.

الثانية كما قيل^{٥٢٨}: من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبة في الكفارة^{٥٢٩}
و الهدى^{٥٣٠}، و أنه يمكن معاندة^{٥٣١} البائع و طلب أضعاف القيمة، و هو ضرر.

^{٥٢٨}. قاله العلامة في التذكرة ٢: ٣٨٤. و السيد العاملی فی مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٤.
^{٥٢٩} معدوم یا ملحق به معدوم باشد، به كفاره رتبه بعدی - اگر ترتیبی است - رجوع می شود، مثل كفاره
صید برای محرم در برخی فروض و شرایط.
^{٥٣٠} معدوم یا ملحق به معدوم باشد، به روزه گرفتن منتقل می شود.
^{٥٣١} سماجت و یکدنگی.

[الأقوى وجوب الشراء]

و لكنّ الأقوى مع ذلك: وجوب الشراء^{٥٣٢}؛ وفاقاً للتحرير^{٥٣٣} كما عن الإيضاح^{٥٣٤} و الدروس^{٥٣٥} و بل إطلاق السرائر^{٥٣٦}، و نفى الخلاف المتقدّم عن الخلاف^{٥٣٧}؛ لعين ما ذكر في الصورة الأولى^{٥٣٨}.

^{٥٣٢} مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢٣٢: کلام مرحوم شیخ در این مساله با مساله بعد دارای تهافت است.

^{٥٣٣}. التحرير ٢: ١٣٩.

^{٥٣٤}. إيضاح الفوائد ٢: ١٧٨.

^{٥٣٥}. الدروس ٣: ١١٣.

^{٥٣٦}. انظر السرائر ٢: ٤٨٠.

^{٥٣٧}. تقدّم في الصفحة ٢٢٢.

^{٥٣٨} عموم نص و فتوا. (نقد مرحوم سيد و مرحوم ايرواني و مرحوم خويي: قاعده لاضرر در مقام جاري است).

^{٥٣٩}. و هو ما أفاده بقوله: و وجهه عموم النصّ و الفتوى بوجود المثل في المثلى.

[جواز المطالبة في بلد التلف وغيره]

ثم إنه^{٥٤٠} لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، و لا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف، أم لا؛ وفاقاً لظاهر المحكي^{٥٤١} عن السرائر^{٥٤٢} و التذكرة^{٥٤٣} و الإيضاح^{٥٤٤} و الدروس^{٥٤٥} و جامع المقاصد^{٥٤٦}.

^{٥٤٠} آیا مالک حق دارد کالا را در هر مکانی که خواست -چه مکان تلف باشد و چه نباشد و چه قیمت کالا در آن مکان مساوی قیمت کالا در مکان تلف باشد و چه نباشد- مطالبه کند؟ (فرض این است که مالک در مکان مطالبه است یا اعم از این که مالک در آنجا باشد یا نباشد؟ چرا احتمال مکان ضمان مطرح نشده است؟). حق مطالبه در هر مکانی مستلزم وجوب دفع در همان مکان به مالک است. جواب این مساله از طریق بررسی ادله ضمان و قواعد کلی -مثل قاعده سلطنت و لاضرر و ...- تحصیل می شود.

^{٥٤١} . حکاه عنهم السيد العاملی فی مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢.

^{٥٤٢} . السرائر ٢: ٤٩٠.

^{٥٤٣} . التذكرة ٢: ٣٨٣.

^{٥٤٤} . إيضاح الفوائد ٢: ١٧٦.

^{٥٤٥} . الدروس ٣: ١١٤.

^{٥٤٦} . جامع المقاصد ٦: ٢٥٦.

و فی السرائر: آنه الذی یقتضیه عدل الإسلام و الأدلة و أصول المذهب^{۵۴۷}، و هو كذلك؛
لعموم «الناس مسلطون علی أموالهم»^{۵۴۸، ۵۴۹}

هذا مع وجود المثل فی بلد المطالبه، و أما مع تعذره فسیأتی حکمه فی المسأله السادسة^{۵۵۰}.

^{۵۴۷}. انظر السرائر ۲: ۴۹۰، ۴۹۱.

^{۵۴۸} ظاهراً مرحوم شیخ این قاعده را دلیل برای عدل اسلام و ادله و اصول مذهب دانسته است، اما ممکن است مقتضای عدل اسلام به خاطر قاعده سلطنت باشد، مقتضای ادله اشاره به عموم ادله ضمان داشته باشد و مقتضای اصول مذهب اشاره به احترام مال مسلم.

^{۵۴۹}. عوالی اللالی ۱: ۲۲۲، الحدیث ۹۹.

^{۵۵۰} مرحوم ایروانی: باید بین مساله مکان مطالبه و مکان تسلیم و مکان اقباض مثل تفکیک کرد. این که در هر مکانی مالک قصد قبض داشت، ضامن ملزم به اقباض در آن مکان باشد، محل تامل است.

السادس [تعذر المثل في المثلي]

[التفصيل بين ما لو طالب المالك وعدمه]

٥٥١ لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبه المالك^{٥٥٢}؛

٥٥١ در مرحله مساله شناسی، به تفکیک فروض اثرگذار از حیث فقهی باید توجه کرد و این فروض را جداگانه مورد تحلیل و بررسی قرار داد. مرحوم شیخ این مساله را که در هنگام تعذر مثل، ضمان بر چه چیزی تعلق گرفته است را بین فرضی که مالک حقش را مطالبه می کند با فرضی که مالک حقش را مطالبه نکرده است، تفکیک می کند.

٥٥٢ آیا در این فرض مالک حق مطالبه حقش را دارد؟ جواب این سوال در ادامه بیان خواهد شد.

لأنَّ ٥٥٣ منع المالك ظلم، و إلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب القيمة؛ جمعاً بين
الحقَّين ٥٥٤.

٥٥٣ استدلال : مقدمه اول : مالک حق مطالبه حقش را دارد، چرا که منع مالک از مطالبه حقش و حکم الزام او به صبر تا یافتن مثل، ظلم است و شارع ظلم نمی کند و حکم ظالمانه جعل نکرده است. (باید دقت شود که اگر «ظلم از شارع صادر نمی شود»، حکم عقلی است، موضوع و محدوده موضوع نیز عقلی است و مصادیق قطعی به قطع شامل آن می شوند -نه مصادیق عرفی-) . اضافه بر این که ممکن است قاعده سلطنت و اجماع را نیز دلیل بر حق مالک بر مطالبه حقش دانست. ر.ک. حاشیه مرحوم سید. مقدمه دوم : الزام ضامن به دفع مثل، تکلیف ما لایطاق یا تکلیف حرجی است -اگر تعذر اعم از حرج مراد است- و در نتیجه یا محال است یا از حکیم صادر نمی شود یا به ادله نفی عسر و حرج، منتفی است. مقدمه سوم : به مقتضای عقل و با قطع می توان مدعی شد که دفع قیمت بر ضامن واجب است، زیرا تنها راهی است که قطع داریم مورد رضای شارع است و حجتی بر رضایت شارع به راههای دیگر -مثل دفع کالای مشابه- وجود ندارد. (نقد : ادعا شده راه دیگری وجود دارد و آن دفع امثل و ما به التفاوت بین دو کالا است).

٥٥٤ تعبیر حق در مورد ضامن به این معناست که ضامن حق دارد تا تکلیف ما لایطاق یا حرجی بر او بار نشود.

مضافاً إلى قوله تعالى «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»^{۵۵۵} فإن^{۵۵۶} الضامن إذا أُلزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى.

و أما مع عدم مطالبه المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة؛ لأن^{۵۵۷} المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبه المالك، و جمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة و حق الضامن

۵۵۵. البقرة: ۱۹۴.

۵۵۶ وجه استدلال: «مثل ما اعتدى»، در مثلی، مثل است. اگر متعذر شد، متفاهم عرفی بدل اقرب است و بدل اقرب قیمت است و مصداق «مثل ما اعتدى» در فرض تعذر مثل است -نه مصداق «ازید ما اعتدی» که آیه شریفه ضمان آن را نفی می کند-. (در ادامه بیان می شود که آیا آیه شریفه اطلاق نسبت به فرض تعذر مثل دارد یا خیر).

۵۵۷ تطبیق ادله ضمان در مقام.

بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور، أمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن
المثل ٥٥٨: ٥٥٩

و ما ذكرناه يظهر من المحكى عن التذكرة و الإيضاح، حيث ذكرنا في ردّ بعض
الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه: إنّ المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ
المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به؟ و إنّما المصير إلى القيمة
وقت تغريمها ٥٦٠، ٥٦١ انتهى.

٥٥٨ که دارای خصوصیات شیء تلف شده می باشد.
٥٥٩ بنابراین ضمان مثل وجود دارد و حکم وضعی منوط به قدرت تکلیفی نیست، هر چند در حال حاضر
و جوب دفع - به دلیل تعذر یا عسر - منتفی است. (نقد مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢٣٢: طبق آیه شریفه
اعتداء و ادله ضمان، ضمان به بدل اقرب منتقل شده است و امکان الزام مالک به قبول وجود دارد.
٥٦٠ وقت لزوم پرداخت یعنی زمانی که مالک خواستار دریافت حقیش می باشد.
٥٦١. التذكرة ٢: ٣٨٣، إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥؛ و قوله: «إنّما المصير .. إلخ» ليس في الإيضاح.

لكن أطلق^{٥٦٢} كثيرٌ منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، و لعلهم يريدون صورة المطالبة^{٥٦٣}، و إلّا فلا دليل على الإطلاق.

و يؤيد ما ذكرنا: أنّ المحكى عن الأكثر في باب القرض: أنّ المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة^{٥٦٤}،^{٥٦٥} نعم عبر بعضهم بيوم الدفع^{٥٦٦}، فليتأمل^{٥٦٧}.

^{٥٦٢} - چه مالک مطالبه کند و چه مطالبه نکند - که ظاهر این اطلاق خلاف فتوای مرحوم شیخ است.
^{٥٦٣} به دلیل عدم اطلاق و اخذ به قدر متیقن یا انصراف به فرض غالب که مالک حقیق را مطالبه می کند.
^{٥٦٤} . حکاه السيد المجاهد فی المناهل: ٨، قال بعد نقل أقوال أربعة: لا یبعد أن یقال: إنّ الأحوط هو القول الأول؛ لأنّ القائل به أكثر.

^{٥٦٥} پس با مطالبه ضمان به قیمت منتقل می شود - نه این که ملاک روز دفع باشد - . اگر ملاک روز دفع بود، نسبت به مطالبه و عدم مطالبه مالک مطلق بود. / وجه موید بودن: شاید مراد یوم الدفع است و به دلیل غلبه مطالبه مالک از آن به یوم المطالبه تعبیر کرده اند.

^{٥٦٦} . عبر به العلامه فی المختلف ٥: ٣٩٢.

^{٥٦٧} شاید مرادشان از یوم الدفع، روز وجوب دفع یعنی روز مطالبه است.

[هل العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة يوم الدفع او التعذر؟]

و كيف كان^{٥٦٨}، فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول:^{٥٦٩} المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع^{٥٧٠}؛ لأن المثل ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان،^{٥٧١} و لا دليل على سقوطه بتعذره، كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه.^{٥٧٢}

^{٥٦٨} چه مراد از يوم الدفع، روز و جوب دفع (روز مطالبه) باشدو چه مراد روز دفع مقروض (روز اداء) باشد.

^{٥٦٩} اصل مساله : در فرض تعذر مثل و مطالبه مالک، قیمت چه روزی بر ذمه ضامن است؟ قیمت روز ضمان یا روز تلف عین یا روز تعذر مثل یا روز مطالبه مالک یا روز دفع یا اعلی القیم؟ جواب این سوال را باید از ادله ضمان و قواعد کلی و اقوال علماء (اجماع یا شهرت) تحصیل کرد.

^{٥٧٠} . وردت العبارة في «ف» هكذا: إن العبرة بقيمة يوم دفع قيمة المثل المتعذر.

^{٥٧١} طبق مقتضای ادله ضمان مثل آیه شریفه اعتداء و طبق اطلاق اجماع بر ضمان مثلی به مثل که شامل فرض تعذر هم می شود و طبق جریان استصحاب.

^{٥٧٢} حتی اگر قیمت از روز مطالبه کمتر شده باشد و ضامن به عمد دفع را به تاخیر انداخته است و این تاخیر منجر به ضرر مالک شود؟

و قد صرّح بما ذكرنا المحقّق الثانی^{۵۷۳}، و قد عرفت من التذکرة و الإيضاح ما يدلّ علیہ^{۵۷۴}

و یحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل،^{۵۷۵} و هو للحلّی فی البیع الفاسد^{۵۷۶}، و للتحریر فی باب القرض^{۵۷۷}، و محکّی عن المسالك^{۵۷۸}؛ لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة.

و یضعفه: ^{۵۷۹} أنّه إن أريد بالانتقال انقلاب ما فی الذمّة إلى القيمة فی ذلك الوقت، فلا دلیل علیہ، و إن أريد عدم وجوب إسقاط ما فی الذمّة إلّا بالقيمة، فوجوب الإسقاط بها و إن

^{۵۷۳}. جامع المقاصد ۶: ۲۴۵ و ۲۵۵.

^{۵۷۴}. راجع الصفحة السابقة.

^{۵۷۵} تسامحا از این روز به روز تلف مثل می توان تعبیر کرد.

^{۵۷۶}. السرائر ۲: ۲۸۵.

^{۵۷۷}. تحریر الأحكام ۱: ۲۰۰.

^{۵۷۸}. المسالك ۳: ۱۷۴.

^{۵۷۹} برای نقد و بررسی یک ادعا ابتدا باید احتمالات معنایی آن را از یکدیگر تفکیک کرد و سپس هر احتمال را جداگانه مورد نقد و بررسی قرار داد. مرحوم شیخ می فرمایند مراد از وقت انتقال به قیمت چیست؟ احتمال اول: انقلاب ذمه به قیمت. این ادعا بی دلیل است. با تعذر ذمه به قیمت تبدیل نمی

حدث يوم التعذر مع المطالبه، إلا أنه لو أحرر الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط، و إسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، و ليس في الزمان الثاني مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول.

هذا، و لكن^{٥٨٠} لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدم سابقاً: من الآية^{٥٨١}، و من أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد

شود و مالك حق صبر و مطالبه مثل را دارد. دليل این ادعا بیان شد. احتمال دوم: دفع قیمت به مالک برای اسقاط ذمه بر ضامن در روز تعذر با مطالبه مالک واجب است. اصل این کلام صحیح است اما با تاخیر اسقاط -و عقب افتادن روز دفع از روز مطالبه به دلیل عصیان یا غیر آن-، همچنان مثل بر ذمه است. لحظه دفع، ضمان مثل به ضمان قیمت تبدیل می شود، چرا که اسقاط ذمه تعلق گرفته به مثل با اداء قیمت مثل در هنگام اداء رخ می دهد. پرداخت قیمت مثل در زمان دفع، مصداق اسقاط در آن زمان است.

^{٥٨٠} بیان دلیل برای قول قیمت روز تعذر و انتقال ذمه به قیمت در این روز بر اساس ادله ضمان، یعنی آیه اعتداء و متبادر از اطلاقات ضمان. این کلام بر خلاف مدعای سابق است که مفاد ادله ضمان ثبوت مثل حتی در فرض تعذر است و با تعذر ذمه نسبت به مثل ساقط نمی شود.

^{٥٨١}. المتقدمة في الصفحة ٢٢٦.()

تعذر المثل، توجه القول بصيروره التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل؛^{۵۸۲} إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات، و بين طروره بعد التمكن^{۵۸۳}، كما في ما نحن فيه^{۵۸۴}.

و دعوى: اختصاص الآيه و إطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء^{۵۸۵}، لا يخلو عن تحكّم^{۵۸۶}.

^{۵۸۲} همانطور که در مورد آیه شریفه اعتداء مطرح شد، ادعا این است که در فرض تعذر مثل، ضمان به اقرب بعدی یعنی قیمت تعلق می گیرد. بنابراین قیمت روز تعذر بر ذمه ضامن است.
^{۵۸۳} عارض شدن تعذر بعد از امکان دفع مثل. البته شاید دفع مثل از ابتدا و هنگام تلف عین متعذر باشد، لکن این نکته تاثیری در بحث ندارد.

^{۵۸۴} برای نقد این کلام ر.ک. حاشیه مرحوم سید، ج ۱، ص ۱۰۱ و برای بررسی مقتضای اصل عملی در مقام ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۳۳.

^{۵۸۵} و شامل فرض تعذر متاخر نمی شود.

^{۵۸۶} ادله اقتضای فرق بین این دو قسم را ندارند. (البته مرحوم شیخ در ادامه بیان می کنند که ادله ضمان اطلاقی نسبت به فرض تعذر مثل ندارند).

ثمَّ إنّ في المسألة احتمالاتٍ أُخرى، ذكر أكثرها في القواعد^{٥٨٧}، و قوّى بعضها في الإيضاح^{٥٨٨}، و بعضها بعض الشافعية^{٥٨٩}.

[الاحتمالات في المسألة مع مبانيها]

و^{٥٩٠} حاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها، أنه:

^{٥٨٧}. قواعد الأحكام ١: ٢٠٣ ٢٠٤.

^{٥٨٨}. إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥.

^{٥٨٩}. قال النووي: و الأصحَّ أنّ المعتبر أقصى قيمةٍ من وقت الغضب إلى تعذّر المثل. مغنى المحتاج ٢: ٢٨٣، و انظر التذكرة ٢: ٣٨٣.

^{٥٩٠} بعد از مرحله مساله شناسی، جمع آوری و توجه به تمام وجوه و اقوال متصور در مساله بنا بر مبانی مختلف می تواند در قضاوت و رسیدن به جواب ما را یاری دهد. (البته برخی احتمالات در ادامه مطرح می شود). احتمالات متصور: (١) بقاء مثل به قیمت با تعذر: قیمت روز دفع. ٢ و ٣ و ٤) قیمت مثل در روز تعذر یا در روز ضمان یا اعلی القیم از ضمان تا تعذر. ٥ و ٦ و ٧) قیمت عین در روز ضمان یا [روز تلف] یا اعلی القیم از ضمان تا تلف. ٨ و ٩ و ١٠) قیمت قدر مشترک عین و مثل در روز ضمان یا روز تعذر مثل یا اعلی القیم از روز ضمان تا روز تعذر مثل. ١٠) اعلی القیم از روز ضمان تا روز دفع. (نحوه دسته بندی این احتمالات در کتاب در ضمن مطالب کتاب ذکر خواهد شد).

[١] إِمَّا أَنْ نَقُولَ بِاسْتِقْرَارِ الْمَثَلِ فِي الذَّمَّةِ إِلَى أَوْانِ الْفِرَاقِ مِنْهُ بِدَفْعِ الْقِيَمَةِ، وَهُوَ الَّذِي اخْتَرْنَاهُ تَبَعًا لِلْأَكْثَرِ مِنْ اعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ عِنْدَ الْإِقْبَاضِ، وَذَكَرَهُ فِي الْقَوَاعِدِ خَامِسَ الْاِحْتِمَالَاتِ.

[٢] وَ إِمَّا أَنْ نَقُولَ بِصِرُورَتِهِ قِيَمِيًّا عِنْدَ الْإِعْوَازِ ٥٩١، فَإِذَا صَارَ كَذَلِكَ، فَإِمَّا أَنْ نَقُولَ: [٢/١] إِنَّ الْمَثَلَ الْمُسْتَقَرَّ فِي الذَّمَّةِ قِيَمِيٌّ، فَتَكُونُ الْقِيَمِيَّةُ صِفَةً لِلْمَثَلِ بِمَعْنَى أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ وَجِبَ قِيَمَتُهُ ٥٩٢.

[٢/٢] وَ إِمَّا أَنْ نَقُولَ: إِنَّ الْمَغْصُوبَ انْقَلَبَ قِيَمِيًّا بَعْدَ أَنْ كَانَ مَثَلِيًّا ٥٩٣.

٥٩١ تبديل شدن آنچه بر ذمه ضامن است به قیمت هنگام تعذر مثل، اعم از این که قیمتِ مثل باشد یا قیمتِ عین یا قیمتِ قدر مشترک.

٥٩٢ قیمتِ مثل بر ذمه آمده است نه قیمتِ عین.

٥٩٣ قیمتِ عین بر ذمه آمده است نه قیمتِ مثل.

فإن قلنا بالأوّل^{٥٩٤}، [٢/١/١] فإن جعلنا الاعتبار في القيميّ يوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعيّن قيمة المثل يوم الإعواز،^{٥٩٥} كما صرّح به في السرائر في البيع الفاسد^{٥٩٦}، و التحرير في باب القرض^{٥٩٧}؛ لأنّه يوم تلف القيميّ^{٥٩٨}.

^{٥٩٤} سه احتمال در فرض ضمان قیمتِ مثل بر اساس مبانی مختلف در ضمان قیمت در قیمی ها.
^{٥٩٥} در قیمی روزی که ذمه به قیمت تبدیل می شود، روز تلف است و در مثلی متعذر المثل، روزی که ذمه به قیمت تبدیل می شود، روز تعذر مثل است.

^{٥٩٦}. السرائر ٢: ٢٨٥.

^{٥٩٧}. تحرير الأحكام ١: ٢٠٠.

^{٥٩٨} زمانی که به وصف قیمی در می آید و ذمه به قیمت تبدیل می شود.

[۲/۱/۲] و إن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما هو القول الآخر في القيميّ كان المتّجه اعتبار زمان تلف العين؛^{۵۹۹} لأنّه أوّل أزمنة وجوب المثل في الذمّة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه، و هذا مبنيّ على القول بالاعتبار في القيميّ بوقت الغصب كما عن الأكثر^{۶۰۰}.

[۲/۱/۳] و إن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب^{۶۰۱} كان المتّجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز، و ذكر هذا الوجه في القواعد ثانی الاحتمالات^{۶۰۲}.

^{۵۹۹} قیمت اولی زمانی که شیء به ذمه آمده است که در قیمی روز ضمان است چون در آن روز ذمه به عین تعلق گرفته است و در مثلی متعذر المثل، روز تلف عین است چون در آن روز ذمه به مثل تعلق گرفته است. در قیمی «قیمتِ عین» است و لذا اولین زمان ضمان عین لحاظ می شود و در مثلی متعذر المثل «قیمتِ مثل» بر ذمه است و لذا اولین زمان ضمان مثل لحاظ می شود. مثل جای عین را گرفته است.

^{۶۰۰} . نسبه إلى الأكثر المحقق في الشرائع ۳: ۲۴۰، و العلامه في التحرير ۲: ۱۳۹.

^{۶۰۱} . منهم: الشيخ في المبسوط ۳: ۷۲، و ابن حمزة في الوسيلة: ۲۷۶، و ابن زهرة في الغنية: ۲۷۹ و غیرهم، انظر مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۴.

^{۶۰۲} . القواعد ۱: ۲۰۳.

[۲/۲] و إن قلنا: إنَّ التالف انقلب قيميًّا، [۲/۲/۱] احتمال الاعتبار بيوم الغصب كما في القيميِّ المغصوب^{۶۰۳} [۲/۱/۲] و الاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلف^{۶۰۴}، و ذكر هذا أوّل الاحتمالات في القواعد^{۶۰۵:۶۰۶}

[۲/۳] و إن قلنا: إنَّ المشترك بين العين و المثل صار قيميًّا،^{۶۰۷} [۲/۳/۱] جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذّر المثل؛ لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إمّا

^{۶۰۳} چون «قیمتِ عین» ملاک است، اولین روز ضمان عین لحاظ می شود و دوره ضمان مثل مورد محاسبه قرار نمی گیرد.

^{۶۰۴} از روز ضمان عین تا روز تلف عین.

^{۶۰۵}. القواعد ۱: ۲۰۳ ۲۰۴.

^{۶۰۶} احتمال ملاک بودن روز تلف در قیمی ها مورد اشاره قرار نگرفته است.

^{۶۰۷} حیث مشترک عین و مثل از حیث قیمت ملک مالک است. بنابراین «قیمتِ حیث مشترک» لحاظ می شود و نه قیمتِ مثل یا قیمتِ عین. در نتیجه تطبیق مبنای روز ضمان، روز ضمان عین و تطبیق مبنای روز تلف، روز تعذر مثل خواهد بود.

للعين و إمّا للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغضب إلى التلف^{٦٠٨}، و هذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات^{٦٠٩}.

[٢/٣/٢] ^{٦١٠} و احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الغضب إلى دفع المثل^{٦١١}، و وجهه في محكيّ التذكرة و الإيضاح: بأنّ المثل لا يسقط بالإعواز^{٦١٢}، قالوا: أ لا ترى أنّه لو صبر

^{٦٠٨} مراد از روز تلف، روز تلف حيث مشترك يعني روز تعذر مثل است.

^{٦٠٩}. القواعد ١: ٢٠٣ ٢٠٤.

^{٦١٠} این احتمال ممکن است ذیل معیار «قیمتِ حيث مشترك» باشد كما این که ادامه عبارت ایشان به نظر می رسد ناظر به این قسم است، با این توجیه که در قیمی، معیار اعلى القیم از روز ضمان تا روز دفع باشد. لکن این احتمال با مقسم این اقسام که «بصیروربته قیمیا عند الاعواز» (ذمه با تعذر به قیمت تعلق می گیرد) سازگاری کاملی ندارد. لذا احتمال دیگر این است که قسمی برای شق اول (عدم تبدیل به قیمی با اعواز) باشد.

^{٦١١}. فی مصحّحه «ن»: إلى دفع قيمة المثل. قال الشهيدی قدّس سرّه: و جعله فی القواعد رابع الاحتمالات؛ فإنّه قال: «الرابع: أقصى القیم من وقت الغضب إلى وقت دفع القیمه»، انتهى. و منه یعلم أنّ الصواب فی عبارة المصنّف أن یقول: «إلى دفع القیمه» بدل «إلى دفع المثل»، و علی تقدیر صحّه النسخه فلا بدّ من الالتزام بتقدیر القیمه مضافة إلى المثل، یعنی: دفع قیمه المثل المفروض تعذّره. انظر هداية الطالب: ٢٣٤.

^{٦١٢} هنوز قیمی نشده است و مالک، مالک قیمت نشده است.

المالك إلى وجدان المثل، استحقَّه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها^{٦٣}. و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم^{٦٤}.

و حاصله: أنَّ وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه^{٦٥} أو وجوب مبدله أعنى العين^{٦٦}، فيجب أعلى القيم منها^{٦٧}، فافهم^{٦٨}.

^{٦٣}. التذكرة ١: ٣٨٣، إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥.

^{٦٤} چون ارتفاع قیمت را ضامن است.

^{٦٥} زمان وجوب مثل که از روز تلف عین است تا روز دفع.

^{٦٦} زمان وجوب عین که از روز ضمان است تا روز تلف عین.

^{٦٧} أعلى القيم از این زمانها می شود، أعلى القيم از روز ضمان تا روز دفع.

^{٦٨} ١. ضامن ارتفاع قیمت فاقد دلیل است. ٢. مبنای ملکیت قدر مشترک عین و مثل دلیل ندارد. مالک

قبل تلف، مالک عین و بعد تلف، مالک مثل است و هیچگاه مالک قدر مشترک نبوده است.

[بیان ما يستفاد من الأدلة وكلمات الأصحاب]^{٦١٩}

إذا عرفت هذا^{٦٢٠}، فاعلم: ^{٦٢١} أن المناسب لإطلاق كلامهم^{٦٢٢} لضمان المثل في المثلى هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبه المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل،^{٦٢٣} فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط و تفرغ الذمة.

و أما^{٦٢٤} بناءً على ما ذكرنا^{٦٢٥} من أن المتبادر من أدلة الضمان^{٦٢٦} التبريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدماً مع تيسره، و مع تعذره ابتداءً كما في القيمي، أو بعد

^{٦١٩}. این عنوان در چاپ کنگره موجود نیست.

^{٦٢٠} «ما ذكرنا من الاحتمالات في صورته تعذر المثل».

^{٦٢١} بیان دلیل قول قیمت روز دفع.

^{٦٢٢} معقد لفظی اجماع. (- چه مثل متعذر باشد و چه متعذر نباشد-).

^{٦٢٣} در لحظه دفع و اسقاط ذمه از مثل به قیمت تغییر می کند.

^{٦٢٤} دلیل قول قیمت روز تعذر با این فرض که در قیمی، قیمت روز تلف معیار است.

^{٦٢٥}. ذکره فی الصفحة ٢٢٨. (چاپ کنگره)

^{٦٢٦} مثل آیه اعتداء و اطلاق ادله ضمان در غضب و ... (متعارف).

التمكّن كما فيما نحن فيه،^{٦٢٧} كان المتعین هو القيمة، فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيمياً، و هو حال الإعواز، فحال الإعواز معتبر من حيث أنه أول أزمة صيرورة التالف قيمياً،^{٦٢٨} لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين.^{٦٢٩} فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجه ما اختاره الحلّي^{٦٣٠} رحمه الله^{٦٣١}.

^{٦٢٧} این تعبیر مخصوص برخی فروض مساله است و شاملی فرضی که مثل از همان ابتدا تلف عین متعذر باشد، نمی شود، لکن تفاوتی در حکم بین این دو شق وجود ندارد.

^{٦٢٨} زمانی که عین مثلی به عین قیمی تبدیل شد. ر.ک. نقد مرحوم سید (روز تلف عین باید معیار باشد - نه روز تعذر مثل-).

^{٦٢٩} چرا این دلیل دارای اشکال است؟ چون اقرب، قیمت عین است - نه قیمت مثل-.

^{٦٣٠} قیمت عین در روز تعذر مثل.

^{٦٣١}. و هو ثمن المثل يوم الإعواز، راجع السرائر ٢: ٢٨٥.

و^{۶۳۲} لو قلنا بضمنان القیمی بأعلى القیم من حین الغصب^{۶۳۳} إلى حین التلف كما علیه جماعه من القدماء^{۶۳۴} توجه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القیم من حین الغصب إلى زمان الإعواز^{۶۳۵}؛ إذ كما أن ارتفاع القیمه مع بقاء العین مضمون بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القیم، كذلك^{۶۳۶} بشرط تعذر المثل فی المثل؛ إذ مع ردّ المثل یرتفع ضمان

^{۶۳۲} دلیل قول اعلى القیم از روز ضمان تا روز تعذر (زمان تبدیل شدن ضمان به قیمت).

^{۶۳۳} دقت شود که محل بحث ضمان در مقبوض به عقد فاسد یا مطلق ضمان است و اختصاصی به غصب ندارد و غصب از باب مثال ذکر شده است. لذا خصوصیت‌های خاص باب غصب را نباید در این بحث دخیل دانست.

^{۶۳۴} . تقدّم التخریج عنهم فی الصفحه ۲۳۰ (چاپ کنگره)، فی الهامش

^{۶۳۵} با تعذر مثل، عین به قیمی تبدیل می شود.

^{۶۳۶} . عبارة «بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القیم كذلك» لم ترد فی «ف»، و كتب علیها فی «ن»: زائد، و ورد فی هامشها تصحیحاً العبارة التالية: «عند التلف فی القیمی، كذلك ارتفاع القیمه مع بقاء العین أو المثل مضمون بشرط .. نسخه».

القيمة السوقية، وحيث كانت العين فيما نحن فيه مثلية كان أداء مثلها عند تلفها كَرَدَّ عينها في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل^{٦٣٧}.

فإن قلنا: ^{٦٣٨} إنَّ تعذّر المثل يسقط المثل^{٦٣٩} كما أنَّ تلف العين يسقط العين توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز، و هو أصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل^{٦٤٠}.

^{٦٣٧} ارتفاع قيمة مورد ضمان است، لكن در فرض بقاء عين و ردّ آن، یا در فرض تمکن از مثل و پرداخت آن، ارتفاع قیمت تدارک می شود. (نقد: هنگامی که کالا هنگام دفع ارزان شده باشد، دفع آن تدارک کننده ارتفاع قیمت نیست و ادعای مطرح شده به معنای عدم ضمان ارتفاع قیمت است، اللهم الا ان يقال دفع عين یا مثل به تعبد شرعی تدارک کننده ارتفاع قیمت است).

^{٦٣٨} تعذر مثل موجب سقوط مثل بر ذمه و تعلق ذمه به قیمت با تعذر مثل، پس اعلی القیم از ضمان تا تعذر را ضامن است.

^{٦٣٩}. فی غیر «ف» زیادة: «كما إنَّ تلف العين يسقط المثل»، و لكن شطب علیها فی غیر «ش».

^{٦٤٠}. قاله العلامة فی التذكرة ٢: ٣٨٣، و انظر مغنی المحتاج ٢: ٢٨٣.

و إن قلنا: ^{٦٤١} إنَّ تعذّر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين، كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذّر المثل أيضاً مضموناً، فيتوجّه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة، و هو المحكىّ عن الإيضاح ^{٦٤٢}، و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم ردّ العين أو المثل.

[هل يختص التعذر بالطارئ أو يشمل الابتدائي ايضاً]

ثمّ اعلم ^{٦٤٣}: أنّ العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنه لو تلف المثلى و المثل موجود ثمّ أعوز ^{٦٤٤}، و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذّر المثل بعد تيسّره في بعض أزمنة التلف، لا ما تعذّر فيه المثل ابتداءً.

^{٦٤١} با تعذر مثل، همچنان مثل بر ذمه است و ارتفاع قیمت بعد تعذر مثل مضمون است - همانطور که قبل تعذر مثل مضمون بود، در نتیجه اعلى القيم از ضمان تا دفع باید لحاظ شود.

^{٦٤٢}. إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥.

^{٦٤٣} تفكيك فروضی که ممکن است از حيث فقهي متفاوت باشند: تعذر از همان ابتداء یا تعذر عارضی.

^{٦٤٤}. انظر القواعد ١: ٢٠٣.

و عن جامع المقاصد: أنه يتعين حينئذ^{٦٤٥} قيمته يوم التلف^{٦٤٦}، و لعله لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات^{٦٤٧}.

و يمكن أن يخدش فيه:^{٦٤٨} بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمة ابتداءً، كما لا يشترط في استقراره استدامه على ما اعترف به^{٦٤٩} مع طرؤ التعذر بعد التلف؛ و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض^{٦٥٠}.

^{٦٤٥} که تعذر مثل از همان ابتداء است.

^{٦٤٦}. جامع المقاصد ٦: ٢٥٢.

^{٦٤٧} تمکن از مثل، شرط تعلق تکلیف به ان است. بنابراین قبل تلف، ضمان عین و بعد تلف، ضمان قیمت بر ذمه ثابت است.

^{٦٤٨} فرقی بین دو قسم وجود ندارد و از همان ابتداء مثل بر ذمه می آید ولو متعذر باشد.

^{٦٤٩}. انظر جامع المقاصد ٦: ٢٥٥.

^{٦٥٠} اگر مثلی قرض گرفته شد و از همان ابتداء مثل متعذر بود و قادر بر دفع مثل در زمان حال شدن قرض نبود، ضامن مثل است.

و بالجمله، فاشتغال الذمّة بالمثل إن قيّد بالتمكّن لزوم الحكم بارتفاعه بطرؤ التعذّر، و إلّا لزوم الحكم بحدوثه مع التعذّر من أوّل الأمر، إلّا أن يقول^{۶۵۱}: إنّ أدلّة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكّن و إن لم يكن مشروطاً به عقلاً، فلا تعمّ صورة العجز.

نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيمياً.

و قد يقال على المحقّق المذكور^{۶۵۲}: إنّ اللازم ممّا ذكره أنّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة، و لا أظنّ أحداً يلتزمه، و فيه تأمل^{۶۵۳}.

^{۶۵۱} وجه برای تفصیل (تلاش جهت یافتن دلایل متصور برای قول): ادله وجوب مثل ظاهر در این که مثل در ابتدائی که به ذمه می آید مورد تمکن است. پس اگر تعذر ابتدایی باشد، وجوب دفع قیمت طبق ادله ثابت است [۴] و در تعذر عارضیف مثل بر ذمه ثابت شده و بعد تعذر دلیلی بر سقوط مثل بر ذمه و قیمی شدن وجود ندارد.

^{۶۵۲} نقد با تالی فاسد.

^{۶۵۳} ۱. این تالی فاسد بنا بر قول انقلاب ضمان به قیمت وجود دارد - چه در تعذر ابتدایی و چه در تعذر عارضی - ۲. مانعی برای التزام به این لازمه وجود ندارد. ۳. محقق کرکی شاید معتقد به انقلاب به قیمت است مادامی که مثل متعذر است. با تمکن از مثل، مثل بر ذمه مستقر می شود.

[المراد من «إعواز المثل»]

ثم إن المحكى عن التذكرة: أن المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد و ما حوله^{٦٥٤. ٦٥٥}
و زاد في المسالك قوله: مما ينقل عادةً منه إليه^{٦٥٦}، كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه^{٦٥٧. ٦٥٨}

^{٦٥٤} مراد ایشان این است که معیار اعواز عقلی یا عرفی یا تعسر و حرج یا ... نیست یا ملاک ذکر شده
تشخیص شخصی ایشان از مصداق برای اعواز عرفی است؟ (معیار ایشان با زمان حاضر که به راحتی
امکان خرید از سراسر کشور وجود دارد، همخوانی ندارد).

^{٦٥٥}. التذكرة ٢: ٣٨٣.

^{٦٥٦} در فرضی فقدان در شهر و اطراف آن مصداق تعذر است که آن کالا به طور متعارف به این شهر
آورده می شود -مثل خودکار و مداد-. اما اگر آن شیء به طور متعارف به این شهر آورده نمی شود -
مثل قطعه خاص آسانسور که فقط در پایتخت پیدا می شود-، فقدان آن در این شهر و اطراف آن به
معنای تعذر مثل نیست.

^{٦٥٧} قطع بودن دسترسی به مضمن در بیع سلم در زمانی که باید کالا تحویل مشتری شود. اعواز مسلم فيه
را اینگونه شرح داده اند.

^{٦٥٨}. المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨.

و عن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف.^{٦٥٩}

و يمكن أن يقال ^{٦٦٠}: إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس ^{٦٦١} و تسليطهم على أموالهم ^{٦٦٢} أعياناً كانت أم في الذمّة - : وجوب تحصيل المثل ^{٦٦٣} كما كان يجب ردّ العين أينما كانت و لو كانت في تحصيله مثنوئة كثيرة، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمنٍ كان، و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة ^{٦٦٤}.

^{٦٥٩}. جامع المقاصد ٦: ٢٤٥.

^{٦٦٠} قضاوت مرحوم شيخ در مورد ملاكهای مطرح شده.

^{٦٦١}. يدلّ عليه ما في الوسائل ١٧: ٣٠٨، الباب الأوّل من أبواب الغصب، و مستدرک الوسائل ١٧: ٨٧، الباب الأوّل من أبواب الغصب.

^{٦٦٢}. عوالمی اللالی ١: ٢٢٢، الحدیث ٩٩.

^{٦٦٣} در هر مکانی و با هر هزینه ای مگر قاعده لاضرر مانع شود.

^{٦٦٤}. التذكرة ٢: ٣٨٣.

نعم،^{۶۶۵} لو انعقد الإجماع^{۶۶۶} على ثبوت القيمة عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد، كما أن المجمعين إذا كانوا بين معبرٍ بالإعواز و معبرٍ بالتعذر، كان المتيقن الرجوع إلى الأخصّ و هو التعذر؛ لأنه المجمع عليه.

^{۶۶۵} اگر این عموم دارای مخصص است، دلیل مخصص باید مورد بررسی قرار گیرد. اگر دلیل عقلی جمع بین حقین است یا اگر مفاد آیه اعتداء است که ظهور در اقرب فالاقرب دارد یا اگر اجماع است، جداگانه باید تحلیل و بررسی شوند.

^{۶۶۶} اجماع اگر لبی باشد، فقط در قدر متیقن حجیت دارد. اگر لفظی باید و دارای معقد واحد (اعواز) معیار فهم عرف از اعواز است. اگر معقد واحدی وجود ندارد و برخی به اعواز تعبیر کرده و برخی به تعذر تعبیر کرده اند، تعذر (غیر ممکن) عرفی اخص از اعواز (نایاب) عرفی است و در نتیجه اجماع در محدوده اخص دارای حجیت است. (نقد مرحوم سید: اگر اعواز و تعذر به معنای عقلی یا عرفی لحاظ شوند، رابطه آنها تساوی است ولی اگر یکی از آنها عرفی و دیگری عقلی باشد، معنای عرفی اعم است).

نعم،^{۶۶۷} ورد فی بعض أخبار السلم: أنه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخيير المشتري^{۶۶۸}.

و من المعلوم:^{۶۶۹} أن المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه^{۶۷۰}.

^{۶۶۷} دلیل برای معیار بودن عرفی.

^{۶۶۸}. راجع الوسائل ۱۳: ۶۹، الباب ۱۱ من أبواب السلف، الحدیث ۷ و غیره. (وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۰۳، باب ۱۱، کل باب مخصوصاً حدیث اول و توجه به اسناد ذیلی و بخش دیگر وسائل که روایت در آن ذکر شده است، یعنی وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۲۸۴، ح ۴).

^{۶۶۹} کلمات در ادله لفظی حمل بر معنای عرفی می شوند، در نتیجه عدم قدرت عرفی مراد است که با کلام علامه که فقدان در شهر و حومه آن است، تطابق دارد. (و فیہ تامل واضح).

^{۶۷۰} به دلیل تنقیح مناط یا قیاس اولویت یا قیاس تساوی یا الغاء خصوصیت و کشف قاعده کلی در هر شغل ذمه ای قدرت بر اعطای آن وجود نداشته باشد.

[المعیار فی معرفهٔ قیمة المثل مع فرض عدمه]

ثمّ،^{٦٧١} إنّ فی معرفهٔ قیمة المثل مع فرض عدمه إشکالاً؛^{٦٧٢} من حیث إنّ العبرة بفرض وجوده و لو فی غایه العزّة کالفاکهة فی أوّل زمانها أو آخره أو وجود المتوسط؟^{٦٧٣} الظاهر هو الأوّل، لکن مع فرض وجوده بحیث یرغب فی بیعه و شرائه، فلا عبرة بفرض وجوده عند من یرغب عن بیعه بحیث لا یبیعه إلّا إذا بذل له عوض لا یرغبون فی هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم، لو الجئی^{٦٧٤} إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك، كما لو فرض الجمد^{٦٧٥} فی الصیف عند ملک العراق، بحیث لا یعطیه إلّا أن یرغبه یازاء عتاق الخیل^{٦٧٦} و شبهها، فإنّ الراغب فی الجمد فی العراق من حیث أنّه راغب لا یرغب هذا

^{٦٧١} پیش فرض مساله: قیمت يوم الدفع ملاک است.

^{٦٧٢} در بازار موجود نیست و قیمت آن کشف نمی شود و ممکن است متخصصین هم در قیمت گذاری آن دچار تردید باشند.

^{٦٧٣} سه وجه قابل تصور است: ١. قیمت در اوج: اشبه به فرض عدم است. ٢. قیمت در حالت متعارف. (ادله قابل طرح در ذیل این مساله: ادله ضمان، سیره، قواعد فقهی مثل لاضرر، اصل عملی و ...).

^{٦٧٤} اضطرّ.

^{٦٧٥} یخ.

^{٦٧٦} تحویل دادن یک گله اسب.

العوض بإزائه، و إنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجته مشرف على الهلاك به، و نحو ذلك من الأغراض؛ و لذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر في صدق التعذر^{٦٧٧} كما ذكرنا في المسألة الخامسة^{٦٧٨}.

فكل موجود لا يقدر وجوده في صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده في التقويم عند عدمه.

[هل الاعتبار بقيمة بلد المطالبة أو التلف أو اعلاهما]

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان في غير بلد الضمان و كان قيمة المثل هناك أزيد^{٦٧٩}،^{٦٨٠} و أما^{٦٨١} مع تعذره و كون قيمة المثل في بلد

^{٦٧٧} قيمة با اجحاف است و واقعي نیست.

^{٦٧٨} . راجع الصفحة ٢٢٣. (چاپ کنگره)

^{٦٧٩} به دلیل قاعده سلطنت و ادله ضمان.

^{٦٨٠} . راجع الصفحة ٢٢٤ (چاپ کنگره).

^{٦٨١} پیش فرض مساله : غیریت مکان تلف و مکان مطالبه و تفاوت قیمت در این دو مکان.

التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة، فهل له المطالبة بأعلى القيمتين^{٦٨٢}، أم يتعين قيمة بلد المطالبة^{٦٨٣}، أم بلد التلف^{٦٨٤؟}^{٦٨٥} وجوه.

^{٦٨٢} مقتضای ادله ضمان، ضمان اعلى القيم است و لا ضرر نسبت به مالک اقتضای آن را دارد.

^{٦٨٣} بر اساس قاعده سلطنت.

^{٦٨٤} اقرب به بدل عين است و مقتضای ادله ضمان.

^{٦٨٥} اگر بلد قبض غير از بلد مطالبه تلقى شود، احتمال دارد قيمت بلد قبض معيار باشد (قول چهارم).

و فصل الشيخ في المبسوط في باب الغصب:-^{٦٨٦} بأنه إن لم يكن في نقله مئونة^{٦٨٧} كالنقدين
فه المطالبة بالمثل، سواء أ كانت القيمتان مختلفتين أم لا. و إن كان في نقله مئونة، فإن
كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، و إلا فالحكم
أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد، ثم قال: إن الكلام في القرض
كالكلام في الغصب^{٦٨٨}.

^{٦٨٦} كلام ایشان در باب غصب و قرض در فرض وجود مثل نکته ای دارد که ممکن است برای مسأله
محل بحث نیز مفید باشد. ایشان در فرض تفاوت بلد مطالبه و بلد تلف می فرماید، اگر نقل مئونه ندارد،
مالک حق مطالبه مثل در مکان دیگر را دارد ولو قیمت ها متفاوت باشد. (از آن جایی که نقل مئونه
ندارد، می تواند در بلد تلف کالا را تهیه کرده و بدون مئونه در بلد مطالبه به مالک برساند و ضرری
متوجه ضامن نخواهد شد). اگر نقل مئونه دارد ولی قیمت در دو بلد یکسان است، مالک حق مطالبه را
دارد، چرا که ضرر متوجه ضامن نیست و ضامن می تواند کالا را در بلد مطالبه خریداری و به مالک
تحویل دهد. اگر نقل مئونه دارد و قیمت ها مساوی نیست، مالک (حق مطالبه مثل را ندارد و شبیه فرض
تعذر مثل است) یا صبر می کند تا مثل را در بلد مطالبه به او تحویل دهد یا قیمت بلد تلف را در بلد
مطالبه اخذ می کند (ارتباط با محل بحث ما).

^{٦٨٧} مراد صرفاً سختی یا راحتی نقل است یا هزینه بر بودن نقل نیز مدنظر قرار گرفته است؟

^{٦٨٨}. المبسوط ٣: ٧٦.

و حکمی نحو هذا عن القاضي أيضاً^{۶۸۹}، فتدبر^{۶۹۰}.

و يمكن أن يقال: إنَّ الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الإطلاق^{۶۹۱}
لانصراف العقد إليه،^{۶۹۲} و ليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف^{۶۹۳} ۶۹۴.

۶۸۹. المهذب ۱: ۴۴۳.

۶۹۰. اولاً محل بحث مرحوم شیخ فرضی است که مثل وجود دارد ولی دفع آن به مالک موجب ضرر بر
ضامن است، در حالی که محل بحث ما تعذر مثل است. ثانیاً منشا حکم مرحوم شیخ قاعده لاضرر است
که ارتباطی با تعذر در فرض عدم ضرر ندارد. ر.ک. حاشیه مرحوم سید، حاشیه مرحوم ایروانی و حاشیه
مرحوم شهیدی.

۶۹۱. محل تحویل کالا در معامله مشخص نشده است.

۶۹۲. منشا انصراف چیست؟ قرینه شاهد حال یا ارتکاز عقلائی یا سیره عقلاء یا ...

۶۹۳. بنابراین بین مساله قرض و غضب تفاوت است.

۶۹۴. نقد مرحوم سید: شاید منساق و متفاهم عرفی از ادله ضمان نیز «بلد ضمان» باشد. فرمایش مرحوم
ایروانی، ج ۱، ص ۱۰۰: این مساله متفرع بر استحقاق مثل برای مالک در هر بلدی است. اگر آن استحقاق
ثابت شد، قیمت همان بلد هم ثابت می شود. لذا این مساله شأن مستقلی ندارد.

[اذا سقط المثل عن المايئة]

بقى الكلام في أنه هل يعدّ من تعدّر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا أتلّفه في مفازة^{٦٩٥}، و الجمد في الشتاء إذا أتلّفه في الصيف أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأوّل،^{٦٩٦} بل حكى عن بعض نسبته إلى الأصحاب و غيرهم^{٦٩٧}.

^{٦٩٥} بيابان.

^{٦٩٦} دليل؟ ١. مصداق مثل نيست. در مثليت، قيمت نيز لحاظ مي شود. ٢. كفايت دفع مثل، ضرر يا ظلم به مالک است. ٣. اخذ مثل در اين فرض مصداق «اعتداء» در آيه شريفه نيست.
^{٦٩٧}. حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢ عن جامع المقاصد ٦: ٢٥٨.

و المصرّح به في محكيّ التذكرة^{٦٩٨} و الإيضاح^{٦٩٩} و الدروس^{٧٠٠}: قيمة المثل في تلك
المفازة،^{٧٠١} و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالية^{٧٠٢}.

^{٦٩٨}. التذكرة ٢: ٣٨٤.

^{٦٩٩}. إيضاح الفوائد ٢: ١٧٧.

^{٧٠٠}. الدروس ٣: ١١٣.

^{٧٠١} بدل اقرب به عين تلف شده است.

^{٧٠٢} چرا که تا آن زمان، مثل بر ذمه بوده است و در آن لحظه ضمان مثل به ضمان قیمت تبدیل شده
است.

«فرع» [لو تمكّن من المثل بعد دفع القيمة]

لو دفع القيمة في المثلى المتعدّر مثله ثم تمكّن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل في ذمّته؛ وفاقاً للعلامة رحمه الله^{٧٠٣} و من تأخّر عنه^{٧٠٤} ممّن تعرّض للمسألة؛^{٧٠٥} لأنّ المثل كان ديناً في الذمّة سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده.

^{٧٠٣}. القواعد ١: ٢٠٤، و التذكرة ٢: ٣٨٤.

^{٧٠٤}. مثل الشهيد في الدروس ٣: ١١٣، و المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٦: ٢٥٥ ٢٥٦، و الشهيد الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨ و غيرهم.

^{٧٠٥} دليل: اگر با اعواز مثل بر ذمه باشد، با اداء قيمت (عوضِ مثل)، دين به مثل ساقط شده است و عود نمی کند (فقدان دليل عود ذمه به همراه استصحاب برائت ذمه. برای ادله عود مثل به ذمه ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدید، ج ٢، ص ٢٣٥). اگر با اعواز ذمه به قيمت تغيير کرده است، ما في الذمه دفع شده است و عود نمی کند. اگر با اعواز، قيمت به عنوان بدل حيلوله پرداخت می شود، با تمكّن از مثل و انتفاء حيلوله، مثل به ذمه عود می کند. (نقد: محل بحث مصداق بدل حيلوله نیست و ملكيت مالک نسبت به مثل ثابت نیست. حق مالک به قيمت تغيير کرده است).

هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز، و أما على القول بسقوطه و انقلابه قيمياً، فإن قلنا: بأن المغصوب انقلب قيمياً عند تعذر مثله، فأولى بالسقوط؛ لأن المدفوع نفس ما في الذمة.

و إن قلنا: بأن المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قيمياً، احتمال وجوب المثل عند وجوده؛ لأن القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل^{٧٠٦}، و سيأتي أن حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة^{٧٠٧}.

^{٧٠٦} مثل با تعذر نازل منزلة تلف است و بدل آن به مالک داده می شود ولی حق مالک به مبدل تعلق گرفته است، مثل هنگامی که عین نازل منزله عدم و تلف باشد و بدل به مالک داده شود، لکن مالکیت مالک نسبت به عین باقی است و با دسترسی به عین، باید آن را به مالک داد، زیرا ملکیت او بر عین از بین نرفته است.

^{٧٠٧}. یأتی فی الصفحة ٢٦٧ (چاپ کنگره)، عند قوله: «ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكناً وجب ردّها إلى مالکها».

[ضمان القیمی بالقیمه فی المقبوض بالعقد الفاسد، و الدلیل علیه]

لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً^{٧٠٨} فقد حكى: الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة^{٧٠٩، ٧١٠} و يدلّ عليه^{٧١١}: الأخبار المتفرقة في كثيرٍ من القيميّات^{٧١٢، ٧١٣} فلا حاجة إلى التمسك

^{٧٠٨} مانند عبد، اسب، خانه، نقاشی و ...

^{٧٠٩}. لم نعر على حكاية الاتفاق، نعم استظهر السيد المجاهد عدم الخلاف بين الأصحاب، راجع المناهل: ٢٩٨.

^{٧١٠} در ادامه بیان می شود که ضمان مثل به مرحوم ابن جنید، مرحوم شیخ و مرحوم محقق نسبت داده شده است.

^{٧١١}. با توجه به مباحث گذشته بیان کنید که به چه دلیلی می توان گفت ضمان قیمی به قیمت است؟ مقتضای قاعده اولیه در مقام چیست؟

^{٧١٢} حکم در این روایات برای مصداق خاص از قیمی - مثل طعام یا عبد - است، لکن با الغاء خصوصیت یا اصطیاد قاعده کلی می توان ادعا کرد که تمام قیمی ها چنین حکمی را دارند. در مورد این اخبار دو مطلب باید مورد توجه قرار گیرد. اول آن که مورد آن ها مثلی است یا قیمی و دوم آن که از مورد - مثل طعام یا لقطه یا عبد - امکان تعدی به سایر موارد وجود دارد یا خیر. ر.ک. وسائل الشیعه، ج ٢٥، ص ٤٦٨، ح ١ (سند پرتکرار و محل بحث بودن النوفلی + «سفره» به معنای توشه راه و غذایی که مسافر با خود به همراه دارد است)، همان، ص ٤٤٥، ح ١٤ (در سند، «الاسناد» اشاره به سند با عهد ذکر می دارد،

اما حدیث سابق در حدیث ۱۲ مصحف است «عن» در «جده عن علی بن جعفر» زیادی است. این اشتباه با مقایسه اسناد به دست می آید + توجه به نسخه بدل متن روایت و تردید بین «لقطه» و «فضه». اگر اولی باشد، شاید الغای خصوصیت با اشکال همراه باشد و اگر دومی باشد، این سوال مطرح می شود که نقره مثلی است یا قیمی)، همان، ج ۲۸، ص ۳۱۵، ح ۱، همان، ج ۲۳، ص ۳۸، ح ۶ (اگر بخشی از عبد آزاد شود، جانب حریت غلبه می کند و کامل آزاد می شود و در حکم تلف مال برای دیگر مالکین خواهد بود + توجه شود که آیا شراکت یا کمتر از یک عین کامل بودن یا حریت عبد خصوصیت خاص ندارد)، همان، ص ۳۷، ح ۴ در قضاوت حضرت امیر - علیه الصلاه و السلام - (اشاره در سند توضیح داده شود و به شرح روایت در وافی و روضه المتقین مراجعه شود)، همان، ج ۱۹، ص ۱۲۲، ح ۵ (صاحب وسائل اجتهاد خود را از سند تهذیب نقل کرده است یا از سند استبصار استفاده کرده است) و همچنین الفقیه، ج ۳، ص ۲۹۷ ذیل روایت که باید بررسی شود ادامه روایت مرسل است یا کلام مرحوم صدوق است. تشخیص مرحوم مجلسی در روضه المتقین و مرحوم فیض در الوافی و صاحب وسائل این است که جزو روایت است.

۷۱۳. انظر الوسائل ۱۷: ۳۷۲، الباب ۲۳ من أبواب اللقطة، الحديث الأول، و ۱۸: ۵۳۸، الباب ۳ من أبواب الحدود و التعزیرات، الحديث الأول.

بصحيحه أبي ولاد الآتية في ضمان البغل^{٧١٤، ٧١٥} و لا بقوله عليه السلام: «من أعتق شقصاً^{٧١٦}
من عبد قوم عليه^{٧١٧، ٧١٨} بل الأخبار كثيرة^{٧١٩}، بل^{٧٢٠} قد عرفت^{٧٢١} أن مقتضى إطلاق^{٧٢٢}

^{٧١٤}. تأتي في الصفحة ٢٤٦ ٢٤٧ (چاپ کنگره)

^{٧١٥} وسائل الشيعه، ج ٢٥، ص ٣٩٠، ح ١. در ادامه برای اثبات ضمان قيمت در روز مخالفت به اين روايت
تمسك شده و مفاد آن به تفصيل مورد بررسی قرار می گیرد. اما دليل عدم نیاز به اين روايت ممكن
است احتمال اختصاص آن به غضب و تصرف بدون اذن و عدم امکان تعدی از آن به بيع فاسد باشد و
ممكن است احتمال اراده قيمت مثل باشد - نه قيمت عين - که نتیجه اش اشتغال ذمه به مثل است. [اثبات
ادعا منوط به ابطال ساير احتمالات متصور است]. ر.ك. حاشيه مرحوم ايروانی.
^{٧١٦} حصه ای.

^{٧١٧} مفاد روايت اين است که بخش حرّ عبد غلبه می يابد و کلّ آن حرّ می شود و ارزش سهم ساير
مالکان را آزاد کننده بايد بپردازد، چرا که ملک آنها را با آزاد کردن عبد، تلف کرده است. قيمت
گذاری در روايت نشان می دهد که ضمان در عبد - که قيمی است - به قيمت است. دليل عدم نیاز به
تمسك به اين روايت، ضعف سند آن يا احتمال اختصاص آن به عبد و عتق بخشی از آن يا احتمال
وقوع معاوضه شرعی قهری - به تعبد صرف و غلبه جانب حریت عبد - است که ربطی به باب ضمان
نخواهد داشت. ر.ك. حاشيه مرحوم شهیدی.

^{٧١٨}. رواه ابن أبي جمهور في عوالي اللآلي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ مع اختلاف في اللفظ، انظر
عوالي اللآلي ٣: ٤٢٧، الحديث ٢٤، و عنه في مستدرک الوسائل ١٥: ٤٦١، الباب ١٦ من أبواب العتق،

الحديث ٥، و لفظ الحديث موجود في الغنية: ٢٧٩. [الته در الخلاف، ج ٣، ص ٣٩٦، م ٢ این روایت نقل شده است].

٧٩. انظر الوسائل ١٦: ٢٠ ٢١، الباب ١٨ من أبواب العتق، الأحاديث ١، ٤، ٥، ٩ و ١٠ و غيرها.

٧٢. تمسك به اطلاق ادله به حسب متعارف که در مقام اثبات «ضمان مثلی به مثل» به تفصیل مطرح شد و احتمالات متصور در شرح آن ارائه گردید.

٧٣. فی الصفحة ٢٢٨ (چاپ کنگره)

٧٤. عدم ذکر این که ضمان به قیمت است یا مثل.

أدلة الضمان^{۷۲۳} في القيميات هو ذلك بحسب المتعارف، إلا أن المتيقن^{۷۲۴} من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً، بل^{۷۲۵} يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات كالبغل و العبد و نحوهما^{۷۲۶} لصورة تعذر المثل، كما هو الغالب.

^{۷۲۳} ادله ای که به نحو کلی -در هر شیئی یا صرفاً در قیمی ها- ضمان را ثابت می کند، مثل «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» یا ادله ای که در خصوص برخی قیمی ها ضمان را ثابت می کند و با الغای خصوصیت یا دیگر راههای تعدی، حکم ضمان در تمام قیمی ها را افاده می کند.

^{۷۲۴} مقتضای اطلاق این ادله به حسب متعارف چیست؟ (۱) ضمان مثل در مثلی و قیمت در قیمی. (۲) ضمان مثل مطلقاً حتی در قیمی ها. مرحوم شیخ در ذی الامر السادس احتمال دوم را پذیرفته بودند. در نتیجه می فرماید این اطلاقات صرفاً ضمان قیمت در قیمی را در فرض تعذر مثل افاده می کنند. در مورد مثلی نیز در فرض تعذر مثل، دفع قیمت موجب سقوط ذمه می شود. مراد از تعبیر «المتیقن» استفاده ضمان مثل در فرض تیسر مثل است -نه سکوت و عدم اطلاق نسبت این فرض -.

^{۷۲۵} کلام ناظر به ادله ضمان در خصوص برخی قیمی ها مثل ضمان بغل و عبد است و نافی اطلاق این ادله است. دو احتمال در مراد مرحوم شیخ وجود دارد: ۱. غلبه وجودی موجب انصراف و عدم استظهار اطلاق است. در نتیجه این اخبار نسبت به فرض امکان پرداخت مثل لسان ندارند. ۲. غلبه وجودی مانع استظهار اطلاق از روایات می شود و صرفاً در قدرمتیقن که فرض تعذر مثل است، قابل تمسک هستند.

[استظهار الاجماع على ضمان القيمي بالقيمة مع تيسر المثل]

فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي و إن فرض تيسر المثل له كما في من أتلّف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، و كما لو أتلّف عليه ذراعاً من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في أجزائه أصلاً، هو الإجماع،^{٧٢٧} كما يستظهر.

بنابر هر دو احتمال، مدعا که ضمان قیمت به نحو مطلق -در فرض تيسر و تعدّر مثل - است، ثابت نمی شود. [عدم تطابق کامل دلیل و مدعا].

^{٧٢٦}. تقدّم الإشارة إلى مواردھا فی الصفحة السابقة.

^{٧٢٧} در نقد و بررسی اجماع توجه به این امور لازم است : ١. احتمال مدرکی بودن اجماع. ٢. مخالفت منقول از اسکافی، شیخ و محقق. ٣. قدرمتیقن از این دلیل لیبی.

و على تقديره،^{٧٢٨} ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل، خصوصاً مع الاستدلال عليه كما في الخلاف^{٧٢٩} و غيره^{٧٣٠} بقوله تعالى «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»^{٧٣١}؛ بناءً على أن القيمة مماثلة للتالف في المالىة، فإن ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل^{٧٣٢}.

^{٧٢٨} بر فرض ثبوت اصل اجماع، فرض تيسر من جميع الجهات از قدرمیتین آن خارج است و در این فرض اجماع ثابت نیست. شاید بتوان تيسر را به تيسر عادى (قيمت دو عبد تقريباً نزد عرف مساوى است و عرف فرق معتابهي بين آنها قائل نمى شود) و تيسر من جميع الجهات (نه تنها قيمت دو عبد مساوى است، بلکه خصائص روحى و جسمى واحدى نیز دارند - مثل دو برادر دو قلو-) تقسيم کرد و مدعى شد که اجماع شامل فرض تيسر عادى می شود.

^{٧٢٩} الخلاف ٣: ٤٠٢، كتاب الغصب، المسألة ١١، و ٤٠٦، المسألة ١٨.

^{٧٣٠} مثل السرائر ٢: ٤٨٠، و التذكرة ٢: ٣٨٣.

^{٧٣١} البقرة: ١٩٤.

^{٧٣٢} پس کسانی که به این آیه شریفه تمسک کرده اند معتقدند اگر مثل در دسترس بود، ضامن مثل است - نه قیمت-. بنابراین شمول اجماع نسبت به فرض تيسر من جميع الجهات مشکوک است. (اضافه بر این که احتمال مدرکی بودن اجماع را تقویت می کند).

و كيف كان^{٧٣٣}، فقد حكى الخلاف^{٧٣٤} في ذلك عن الإسكافي^{٧٣٥}، و عن الشيخ و المحقق في الخلاف و الشرائع في باب القرض^{٧٣٦}.

^{٧٣٣} چه ضمان به قیمت باشد مطلقا و چه ضمان به قیمت تنها در فرض تعذر مثل باشد.

^{٧٣٤} قول به ضمان مثل در قیمی.

^{٧٣٥} حكى عنه و عن ظاهر الشيخ و المحقق، السيد العاملی فی مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٣.

^{٧٣٦} الخلاف ٣: ١٧٥، كتاب البيوع، المسألة ٢٨٧. و الشرائع ٢: ٦٨، لكنّه استحسن ضمان المثل بعد أن أفتى

بضمان القيمة.

فإن^{۷۳۷} أرادوا ذلك مطلقاً حتى مع تعذر المثل فيكون القيمة عندهم بدلاً عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها^{۷۳۸} كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسألة تعيين القيمة^{۷۳۹} متفرعاً على هذا القول فيرده إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة^{۷۴۰}:

منها: صحيحة أبي ولاد الآتية^{۷۴۱}.

و منها: رواية تقويم العبد^{۷۴۲}.

^{۷۳۷} بررسی احتمالات متصور در مراد مخالفین : (۱) ضمان به قیمت مطلق حتی در فرض تعذر مثل. در ادامه بیان می شود که ظاهر کلمات ایشان این قول است. (۲) ضمان مثل در فرض تیسر مثل و ضمان قیمت در فرض تعذر مثل.

^{۷۳۸} همانطور که در ضمانی مثلی به مثل بیان شد که با تعذر این ضمان به قیمت تبدیل نمی شود و هنگام دفع و اسقاط، پرداخت قیمت همان موقع موجب سقوط ضمان به مثل است.

^{۷۳۹}. انظر مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۳، و الجواهر ۲۵: ۲۰.

^{۷۴۰} قیمت بدل تالف چه در فرض تعذر مثل و چه در فرض تیسر مثل بر ذمه ضامن است.

^{۷۴۱}. يأتي في الصفحة ۲۴۶ ۲۴۷.

^{۷۴۲}. المراد بها ظاهراً ما تقدم في الصفحة ۲۴۰ من قوله عليه السلام: «من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه».

و منها: ما دلّ علیّ أنّه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمّته بحساب ذلك^{۷۴۳، ۷۴۴}،
فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

و منها: غير ذلك من الأخبار الكثيرة^{۷۴۵، ۷۴۶}.

^{۷۴۳}. انظر الوسائل ۱۳: ۱۲۹، الباب ۷ من أبواب أحكام الرهن. [وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۳۹۱، ح ۲].
^{۷۴۴} رهن در روایت اعم از مثلی و قیمی است که به دلیل اجماع یا ارتکاز یا ... به قیمی تخصیص خورده
و مخصوص قیمی قلمداد می شود. تعبیر «ضیعه» یا «هلک» ممکن است دالّ بر تفريط مرتهن باشد.
مرتهن ضامن قیمت است که تهاتر قهری رخ می دهد و اگر ضامن مثل بود، تساقط دین را به همراه
نداشت. با الغای خصوصیت یا اصطیاد قاعده کلی از رهن، ضمان در دیگر موارد نیز قابل تحصیل است.
(نقد: اولاً ممکن است مفاد روایت تهاتر به حکم شرعی یا بر اساس تراضی دو طرف باشد و الا حکم
اولی ضمان مثل است و ثانیاً سرایت و تعدی از مورد روایت به دیگر ابواب و ضمان ها وجه روشنی
ندارد).

^{۷۴۵} ابتدای بحث به این روایات اشاره شد.

^{۷۴۶}. المشار إليها فی هامش الصفحة ۲۴۱.

و إن أرادوا أنّه مع تيسّر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً؛^{٧٤٧} نظراً إلى ظاهر آية الاعتداء^{٧٤٨، ٧٤٩} و نفى الضرر^{٧٥٠؛ ٧٥١} لأنّ خصوصيات الحقائق قد تقصد،^{٧٥٢} اللهم إلّا أن

^{٧٤٧} استدلال و نقد اصل این قول و تفصیل.

^{٧٤٨} با این بیان که مثل أقرب، مثل است و در مرحله بعد و در فرض تعذر، قیمت.

^{٧٤٩}. البقرة: ١٩٤.

^{٧٥٠}. انظر الوسائل ١٧: ٣٤٠، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

^{٧٥١} نقد: با دفع قیمت، ضرر صدق نمی کند حتی اگر خصوصیات خارجی مقصود باشد. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی، ج ١، ص ١٠١. (در تطبیق قواعد در مسائل و موارد خاص باید دقت کافی را مبذول داشت).

^{٧٥٢} مرحوم سید: این قول خلاف اطلاق اخبار است که ذیل احتمال قبل بیان شد. (مگر ادعا شود که به دلیل غلبه وجودی انصراف به فرض تعذر دارند یا فاقد اطلاق هستند و قدرمیتین از آنها فرض تعذر مثل است).

يَحَقِّقُ إِجْمَاعٌ عَلَىٰ خِلَافِهِ^{٧٥٣} وَ لَوْ مِنْ جِهَةٍ أَنْ ظَاهِرَ كَلِمَاتٍ هُوَ لِأَنَّ^{٧٥٤} إِطْلَاقَ الْقَوْلِ بِضَمَانِ الْمَثَلِ، فَيَكُونُ الْفَصْلُ بَيْنَ التَّيَسُّرِ وَ عَدَمِهِ قَوْلًا ثَالِثًا فِي الْمَسْأَلَةِ.

[ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالعقد الفاسد؟]

ثمَّ^{٧٥٥} إِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي تَعْيِينِ الْقِيَمَةِ فِي الْمَقْبُوضِ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

^{٧٥٣} اجماع بر خلاف این ظنر: (١) اجماع بسیط بر این که ضمان قیمی به قیمت است، مطلقاً. این ادعا در ابتدای بحث مطرح شد ولی سه نفر ذکر شده با این قول مخالفت کرده اند. (٢) اجماع مرکب، چرا که مشهور قائل به ضمان قیمت مطلقاً هستند و این سه نفر نیز قائل به مثل مطلقاً هستند -طبق ظاهر کلامشان- و در نتیجه قول به تفصیل خرق اجماع مرکب است. (البته شرایط حجیت اجماع در مقام باید مورد بررسی قرار گیرد).

^{٧٥٤}. یعنی الإسکافی و الشیخ و المحقق قدس سرهم.

^{٧٥٥} مساله دوم: ضمان قیمت چه روزی بر عهده ضامن است؟ وجوه متصور: ١. يوم البيع. ٢. يوم القبض. ٣. يوم التلف. ٤. يوم الدفع. ٥. اعلى القيم به اقسام مختلف آن.

فالمحكىّ في غاية المراد^{٧٥٦} عن الشيخين^{٧٥٧} و أتباعهما: تعيّن قيمة يوم التلف، و عن الدروس^{٧٥٨} و الروضة^{٧٥٩} نسبته إلى الأكثر.

و الوجه فيه على ما نبّه عليه جماعة، منهم العلّامة في التحرير^{٧٦٠}:- أنّ الانتقال إلى البدل إنّما هو يوم التلف؛ إذ الواجب قبله هو ردّ العين.

و ربما يورد^{٧٦١} عليه: أنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، أمّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا.^{٧٦٢}

^{٧٥٦}. غاية المراد: ٨٥ (شهاد أول، قرن ٨).

^{٧٥٧} مرحوم شيخ مفيد و شيخ طوسي.

^{٧٥٨}. الدروس ٣: ١١٣.

^{٧٥٩}. الروضة البهية ٧: ٤١، و انظر الجواهر ٣٧: ١٠٥.

^{٧٦٠}. التحرير ٢: ١٣٩.

^{٧٦١}. لم نثر على المورد، نعم أورده في المناهل: ٢٩٨ بلفظ: «و لا يقال».

^{٧٦٢} شاید زمان انتقال به قیمتِ يوم القبض باشد یا ... در نتیجه زمان انتقال بودن دلیل نمی شود که قیمت همان روز ملاک باشد.

و يدفع: ^{۷۶۳} بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه: كونه فى عهدته، و معنى ذلك و جواب تداركه
ببدله عند التلف، حتّى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، و تداركه على هذا النحو بالتزام
مال معادل له [قائم] مقامه.

[الأصل فى ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف]

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل فى ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج
المغضوب من ذلك مثلاً فبدليل من خارج ^{۷۶۴}.

[الاستدلال بصحيحة أبى ولاد على أن العبرة بقيمة يوم الضمان]

نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلّى فى هذا المقام: من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسداً
بمنزلة المغضوب إلّا فى ارتفاع الإثم ^{۷۶۵}، ألحقناه بالمغضوب إن ثبت فيه حكم مخالف

^{۷۶۳} ضمان عين يعنى تدارك با بدل در هنگام تلف. بدل همان قيمت است. قيمت در هنگام تلف، بدل
عين است در هنگام تلف. بنابراین ضمان بر قيمت يوم التلف خواهد بود. (در ادامه بيان مى شود اين
قول مقتضای اطلاق ادله ضمان به حسب متعارف است). [ادله ديگر متصور در مقام : ۱) سيره عقلاء.
۲) آيه اعتداء. ۳) لازمه عقلايى حكم به ضمان].

^{۷۶۴} ضمان روز غضب و ضمان اعلى القيم در مورد مغضوب احتمال داده شده است.

^{۷۶۵}. تقدّم فى الصفحة ۲۰۷ ۲۰۸ (چاپ كنگره)

لهذا الأصل، بل يمكن أن يقال: ^{٧٦٦} إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآتية كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف؛ إذ ^{٧٦٧} يلزم حينئذٍ ^{٧٦٨} أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف

^{٧٦٦} ضمان قيمت روز ضمان برای تمام موارد ضمان.

^{٧٦٧} تالی فاسد غیر قابل التزام در شریعت : غاصب - که گناهکار است - احسن حالا از دیگر ضامن ها و هو باطل بالضروره. بنابراین نمی شود غصب، قیمت روز ضمان باشد و دیگر موارد قیمت روز تلف، چرا که لازمه اش در برخی فروض قابل التزام نیست و در نتیجه در دیگر موارد ضمان هم قیمت روز ضمان معیار است. بنابراین اطلاقات ضمان مقتضی قیمت يوم التلف نیستند. (اقتضاء ندارد، یعنی این اطلاق - با توجه به تالی فاسد - فاقد حجیت است و کشف می شود که مراد جدی مولا نبوده است). در نتیجه اگر اصلی اولی قیمت يوم التلف باشد، اصل ثانوی قیمت روز ضمان است. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢٣٦.

^{٧٦٨} اطلاقات چنین اقتضائی ندارند، چون اگر اقتضاء داشته باشند، لازم می آید - در هنگامی که ضمان غصب روز ضمان باشد و مابقی روز تلف -.

أضعاف ما كانت يوم الغضب غير واجب التدارك عند التلف؛ لما ذكرنا^{٧٦٩} من أن معنى التدارك التزام بقيمته يوم وجوب التدارك^{٧٧٠}.

نعم، لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم،^{٧٧١} أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشق الأحوال.

فالمهم حينئذٍ صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها؛^{٧٧٢} ليلحق به البيع الفاسد، إما لما ادّعه الحلّي^{٧٧٣}، وإما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك^{٧٧٤} و الغرامة في

^{٧٦٩} علت برای لزوم.

^{٧٧٠} یعنی يوم التلف. ضمان يوم التلف در باقی موارد اگر اطلاقات اقتضاء داشته باشد (اصل اولی).

^{٧٧١} پس می توان ملتزم شد به مقتضای اطلاقات و حکم به قیمت يوم التلف در باقی موارد.

^{٧٧٢} این که مفاد این روایت در مورد غضب، ضمان يوم الغضب یا ضمان اعلى القيم است، در بحث ضمان بيع مقبوض به عقد فاسد موثر است بنابر اجماع منقول مرحوم حلّی و استدلالی که ذیل عبارت

«يمكن ان يقال» بیان شد.

^{٧٧٣}. راجع الصفحة السابقة.

^{٧٧٤} مراد جدی از تدارک.

المضمونات، و كون العبرة في جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد.

و حيث إنّ الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة و فوائد خطيرة، فلا بأس بذكرها جميعاً و إن كان الغرض متعلقاً ببعضها.

[صحيحة أبي ولاد على ما رواه الشيخ]

فروى^{٧٧٥} الشيخ في الصحيح عن أبي ولّاد، قال: اكرتت^{٧٧٦} بغلاً^{٧٧٧} إلى قصر بني هبيرة^{٧٧٨} ذاهباً و جائياً بكذا و كذا، و خرجت في طلب غريم^{٧٧٩} لي، فلما صرت إلى قرب قنطرة^{٧٨٠}

^{٧٧٥}. لما كانت النسخ مختلفة اختلافاً كثيراً في نقل الرواية، آثرنا نقلها من التهذيب.

^{٧٧٦} كراهيه كردن.

^{٧٧٧} قاطر.

^{٧٧٨}. الوسائل: «قصر ابن هبيرة»، و هو الموافق لما في معجم البلدان ٤: ٣٦٥. (از عمال بنی امیه در اواخر حاکمیتشان که ۱۱ فرسخ تا کوفه فاصله داشته است).

^{٧٧٩} بدهکار.

^{٧٨٠} گذرگاه طاق دار.

الكوفه خُبرت أن صاحبى توجه إلى النيل^{٧٨١}، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خُبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعته فظفرت به و فرغت فيما بينى وبينه، و رجعت إلى الكوفه، و كان ذهابى و مجيئى خمسَه عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذرى، و أردت أن أتحلل^{٧٨٢} منه فيما صنعت و أرضيه، فبذلت له خمسَه عشر درهماً فأبى أن يقبل، ففراضينا بأبى حنيفه، و أخبرته بالقصه و أخبره الرجل، فقال لى: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد رجعتة سليماً. قال: نعم، بعد خمسَه عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد كرى^{٧٨٣} بغلى فقد حبسه على خمسَه عشر يوماً. فقال: إننى ما أرى لك حقاً؛ لأنه أكثره إلى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمه البغل و سقط الكرى، فلما ردّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكرى. قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفه، و أعطيته شيئاً و تحللت منه، و حججت تلك السنه فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفه، فقال: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس

٧٨١. سوف يأتى توضيحه فى هامش الصفحة ٣٦٦ (چاپ كنگره). (شهرى بين بغداد و كوفه).

٧٨٢ طلب حلاليت.

٧٨٣ كرايه ها.

السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها. قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟ قال: أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل و مثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كرى البغل^{٧٨٤} من بغداد إلى الكوفة، و توفيه إياه. قال: قلت: جعلت فداك، قد علفته^{٧٨٥} بدراهم، فلى عليه علفه؟ قال: لا؛ لأنك غاصب. فقلت: أ رأيت لو عطب^{٧٨٦} البغل أو أنفق^{٧٨٧}، أ ليس كان يلزمني؟ قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر^{٧٨٨} أو دبر^{٧٨٩} أو عقر^{٧٩٠}؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت^{٧٩١} على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود

^{٧٨٤} اجره المثل.

^{٧٨٥} علوفه دادن.

^{٧٨٦} هلاك شدن.

^{٧٨٧} مرگ طبیعی.

^{٧٨٨} شکستگی.

^{٧٨٩} زخم.

^{٧٩٠} جراحی.

^{٧٩١} با فرض عدم توافق و اتفاق بر قیمت.

يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكرتري كذا و كذا فيلزمك. قلت: إنّني أعطيته دراهم و رضى بها و حللني. قال: إنّما رضى فأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم، و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفيتتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك.. الخبر»^{٧٩٢}.

[محل الاستشهاد في صحيحة ابي ولاد]

و محلّ الاستشهاد فيه فقرتان:

^{٧٩٢}. التهذيب ٧: ٢١٥، الحديث ٩٤٣، و أورده في الوسائل ١٣: ٢٥٥، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الحديث الأوّل، عن الكافي.

الاولی: قوله: «نعم، قیمة بغل یوم خالفته» إلى ما بعد^{۷۹۳}،^{۷۹۴} فَإِنَّ الظاهر أَنَّ الیوم قید للقیمة،
إمَّا بإضافة القیمة المضافة إلى البغل إليه ثانیاً،^{۷۹۵} یعنی قیمة یوم المخالفه للبغل، فیکون

^{۷۹۳} قدم اول در مرحله دلالت، یافتن نسخه صحیح متن است. «قیمة البغل» دارای نسخه بدل است و ممکن است نسخه صحیح قابل تشخیص و اثبات نباشد. ر.ک. کافی دارالحدیث، ج ۱۰، ص ۴۷۱. در مرحله بعد به معنای لغات و ترکیب نحوی مفردات باید دقت شود.

^{۷۹۴} استقصاء احتمالات در مورد «یوم خالفته»: (۱) قید برای قیمت. این احتمال خود به سه نحوه قابل تصور است: ۱. قید برای خود قیمت. ۲. قید برای اختصاص قیمت به بغل. ۳. ظرف برای «نعم» که قائم مقام «یلزمک» است. ۳. قید برای بغل باشد. (این احتمال در کلمات مرحوم ایروانی مطرح و رد شده است).

^{۷۹۵} احتمالات متصور: (۱) «قیمة بغل و قیمة یوم مخالفته». نقد: یک کلمه دوبار اضافه شده است؟ (احتمال باید با قواعد زبان عرفی همخوانی داشته باشد). سوال: اگر قیمت همان بغل بر ذمه آمده است، چرا «البغل» گفته نشده است؟ نکره آمده پس غیر معین است و در نتیجه قیمت مثل مراد است و ضمان مثل بر ذمه مستقر شده است و به خاطر تعذر به قیمت تبدیل شده. جواب: با توجه به اضافه قیمت به روز مخالفت معلوم می شود مراد همان بغل است و لذا نیازی به تعریف ندارد و ادخال «ال» لغو است [۱۴]. (۲) «یوم» مضاف به «بغل» باشد - به غرض تقیید قیمت - «قیمة بغل یوم خالفته». در نتیجه «بغل» بدون «ال» است به خاطر اضافه شدن، لکن معرفه و معین است و مراد بغل غیر معین (مثل) نیست تا گفته شود قیمت مثل اراده شده پس مثل بر ذمه بوده است. (۳) «یوم» ظرف متعلق به قیمت است و قیمت جامد

إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن، حتّى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، و القيمة إنّما هي قيمة المثل. و إمّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص^{٧٩٦} الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل.^{٧٩٧}

محض نیست که نتواند متعلق برای ظرف باشد [!؟]. (نقد مرحوم ابروانی: قید قیمت بودن خلاف سیاق روایت است «علیک» در ادامه) و با فقره شهود منافات دارد).^{٧٩٦} اضافه لامیه (معنای حرفی).

^{٧٩٧} در نتیجه «قیمت برای بغل» در روز مخالفت مراد است. نقدهای مطرح شده: ۱. معنای حرفی مقید نمی شود. ۲. اگر امکان مقید شدن معنای حرفی باشد، مقید شدن آن خلاف ظاهر است. ۳. چرا بغل نکرده آمده است؟ بیان شد که به دلیل معلوم بودن، ادخال «ال» لغو است [!؟]. ۴. عامل ظرف، معنای حرفی نمی تواند باشد و باید فعل یا شبه فعل باشد. ر.ک. حاشیه مرحوم شعرانی بر کافی و کلمات مرحوم خویی در مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۱۸۱.

و أما ما احتمله جماعة^{۷۹۸} من تعلق الظرف بقوله: «نعم» القائم مقام قوله عليه السلام: «يلزمك» يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل^{۷۹۹} فبعيد جداً، بل غير ممكن^{۸۰۰}؛ لأن^{۸۰۱} السائل^{۸۰۲} إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة

^{۷۹۸}. منهم: السيد العاملي في مفتاح الكرامة ۶: ۲۴۴، و المحقق التراقي في المستند ۲: ۳۶۸، و صاحب الجواهر في الجواهر ۳۷: ۱۰۱ ۱۰۲.

^{۷۹۹} قیمت چه روزی را افاده نمی کند.

^{۸۰۰} آنچه در ادامه بیان می شود، عدم امکان را افاده نمی کند.

^{۸۰۱} قرینه ذهنیت و آگاهی سائل برای کشف دقیق مورد سوال و فهم جواب.

^{۸۰۲} سائل با توجه به سوال (بعد از علم به بطلان فتوای ابوحنیفه که نفی ضمان بود)، علم دارد که زمان مخالفت، زمان حدوث ضمان است و اصل ضمان را می داند و سوال از این است که با مخالفت چه چیزی بعد تلف بر او لازم می شود. (ضمان منافع را فهمیده پس به طریق اولی ضمان عین را فهمیده و می داند ضمان قیمی و ضمان به قیمت است). در نتیجه جواب - که باید ناظر به سوال باشد - ناظر به اصل ضمان در روز مخالفت نیست و این مطلب جواب سوال او نیست، بلکه در جواب، قیمت روز خاصی که بر عهده ضامن است بیان شده است.

زمان حدوث الضمان، كما يدلّ عليه: «أ رأيت لو عطب البغل، أو نفق أ ليس كان يلزمني؟»، فقولُه: «نعم» يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.^{٨٣} وقد أطب بعضٌ في جعلِ الفقرةِ ظاهرةً في تعلّق الطرف بلزوم القيمة عليه^{٨٤}، و لم يأتِ بشيءٍ يساعده التركيب اللغوي، و لا المتفاهم العرفي.

^{٨٣} ادله دیگر ابطال این احتمال : ١) توجه به قواعد استظهاری: الاقرب يمنع الابعد اقتضاء دارد «يوم» ظرف برای قیمت باشد. (ر.ک. نقد مرحوم سید). ٢) امکان التزام به لوازم : در روز مخالفت، خود عین بر ذمه است - نه قیمت - . پس معنا مسلماً باطل است. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی). ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢٣٧.

^{٨٤} الظاهر أنّه قدس سره أشار بهذا الكلام إلى ما حكاه صاحب الجواهر رحمه الله في كتاب الغصب بقوله: «نعم، ربما قيل: إنّه ظاهر فيه، يعني في تعلّق الطرف بالفعل المدلول عليه بقوله عليه السلام: «نعم»، كذا أفاده العلامة المامقاني في غاية الآمال: ٣١٥، و انظر الجواهر ٣٧: ١٠٢

الثانية: قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكرتري كذا و كذا»^{٨٠٥، ٨٠٦}

فإن^{٨٠٧} إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه؛ لعدم الاعتبار به، فلا بدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة؛ بناءً على أنّه يوم الاكتراء؛ لأنّ الظاهر من صدر الرواية أنّه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة، و من المعلوم أنّ اكرتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنّما يكون يوم الخروج، أو في عصر اليوم السابق. و معلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة.

^{٨٠٥} برای فهم مراد حدیث باید با قرینه قرار دادن رفتارهای عقلایی متعارف، به شکل دقیق واقعه را تحلیل کرد.

^{٨٠٦} مقدمات : ١. روزه کرایه کردن و مخالفت کردن یا یکی بوده است یا خیلی به هم نزدیک بوده است؛ چرا که به طور متعارف جلوتر از وقت حاجت کرایه نمی کردند و مخالفت نیز به مجرد خروج و رسیدن به قنطره کوفه رخ داده است. ٢. علم به شرایط بازار تجارت: عدم تفاوت قیمت در این مدت کوتاه، مورد اطمینان است. [بعدا اشاره می شود که عدم تفاوت قیمت در کل ١٥ روز معلوم است].

^{٨٠٧} بررسی تمام احتمالات (سبر و تقسیم) : ١) روز کرایه دادن : خیر، چرا که در این روز ضمان نبوده است. ٢. قیمت روز مخالفت : بله. در نتیجه ضمان به قیمت بغل در روز ضمان است.

و أما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابة العيب: «عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم^{٨٠٨} تردّه» فالظرف متعلق بـ «عليك» لا قيد للقيمة؛ إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً؛ لأنّ النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين،^{٨٠٩} فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغلة.

^{٨٠٨} سه احتمال : ١. «يوم» قيد برای «قیمت» است، مثل فراهای دیگر به دلیل قرینه وحدت سیاق و الاقرب يمنع الابعاد. بنابر این احتمال قیمت يوم الدفع یا يوم الردّ معیار است - نه روز مخالفت یا تلف -.

٢. «يوم» قيد برای «عيب» است. ٣. «يوم» قيد برای «عليك» است.

^{٨٠٩} اگر در اصل عین، روز مخالفت معیار باشد، در عیب نیز روز مخالفت معیار است و اگر در اصل عین روز تلف معیار است، در عیب روز حدیث عیب معیار خواهد بود. (نقد : ١. اجماع ادعائی صغرویا و کبرویا محل تامل است. ٢. تبعیت ادعائی محل تامل و فاقد وجه روشنی است. اگر تبعیت مورد قبول واقع نشود، حکم این فراز روایت مبارک ارتباطی با مسأله محل بحث نخواهد داشت. ٣. این فراز بیان می کند معیار در عیب، «يوم الردّ» است و بر اساس تبعیت ادعائی کشف می شود که معیار در تلف نیز «يوم الردّ» است. مرحوم سید : معیار «يوم الردّ» است، چرا که در آن روز باید سالم به مالک تحویل داده شود و اگر عیبی دارد، تدارک شود).

و یحتمل أن يكون قیداً لـ «العیب»^{۸۱۰}، و المراد: العیب الموجود فی یوم الردّ؛ لاحتمال ازدیاد العیب إلى یوم الردّ فهو المضمون، دون العیب القلیل الحادث أوّلاً، لکن یحتمل أن یكون العیب قد تناقص إلى یوم الردّ، و العبرة حينئذٍ بالعیب الموجود حال حدوثه؛ لأنّ المعیب لو ردّ إلى الصحّة أو نقص لم یسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع علی مقتضی الفتوی،^{۸۱۱} فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعیف أيضاً، فتعیّن^{۸۱۲} تعلّقه بقوله علیه السلام: «علیک»^{۸۱۳}.

^{۸۱۰} مثلاً به دلیل اقربیت.

^{۸۱۱} اگر عیب از زمان حدوث تا زمان ردّ، زیاد شود، مضمون است و معیار عیبِ یوم الردّ است. اما اگر عیب کم شود، ضمان ساقط نمی شود و طبق مقتضای فتوای عیب حادث را ضامن است. (مرحوم سید: این مطلب مقتضای فتوا نیست، بلکه ظاهر فتوا و مقتضای قاعده سقوط است و معیار عیب موجود حال اداء است، چرا که واجب «ردّ عین کما کانت» می باشد). در نتیجه معیار عیب روز حدوث عیب (تلف) است - نه روز ردّ-. بنابراین معیار بودن مطلق «یوم الردّ» مردود و غیر قابل التزام است و در نتیجه قطعاً اراده نشده است و مقید کردن آن به فرض تساوی یا ازدیاد عیب، عرفی نیست.

^{۸۱۲} بر اساس برهان سبر و تقسیم، تنها احتمال معقول، این احتمال است و لذا همین احتمال صحیح است.

^{۸۱۳} معنا: واجب است بر تو در روز ردّ قاطر، [اداء] قیمت بین صحیح و معیب. در نتیجه این فراز فی نفسه اشاره ای به این که قیمت چه روزی معیار است، ندارد. (نقد مرحوم ایروانی: وجوب اداء آرش

و المراد بـ «قيمة ما بين الصحّة و العيب» قيمة التفاوت بين الصحّة و العيب، و لا تعرّض في الرواية ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغضب، و يحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصحّة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات و المعاوضات، و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له في اعتبار يوم الغضب، تعيّن حمل هذا أيضاً على ذلك.^{٨١٤}

در روز ردّ نیست و هنگام حدوث عیب است -ولو اصلاً ردّ رخ ندهد- اگر سوال شود که با این توضیح ذکر «یوم تردّه» بی وجه خواهد بود؛ جواب داده می شود ذکر «یوم ردّ» به این دلیل است که دفع آرش در آن روز متعارف و متداول است -نه این که ملاک و معیار باشد-). (نقد مرحوم سید : اگر «یوم» به «علیک» تعلق داشته باشد، ظهورش قیمت «یوم الردّ» است).^{٨١٤} به قرینه وحدت سیاق.

[ما یوهن الاستدلال بالصحیحة علی اعتبار قیمة یوم الضمان]

نعم،^{۸۱۵} یمکن أن یوهن ما استظهرناه من الصحیحة بآنه لا یبعد أن یمکن مبنی الحکم فی الروایة علی ما هو الغالب فی مثل مورد الروایة من عدم اختلاف قیمة البغل فی مدّة خمسۀ عشر یوماً، و^{۸۱۶} یمکن السرّ فی التعبير بـ «یوم المخالفة» دفع ما ربما یتوهمه أمثال صاحب

^{۸۱۵} استفاده از قرینیت شرایط متعارف قیمت در بازار و اشکال به استظهار این که معیار «روز غضب» است : غالباً در ۱۵ روز قیمت تفاوت نمی کند و در نتیجه ذکر «یوم خالفته» برای لحاظ تفاوت قیمت ها نیست و عبارات صرفاً در مقام بیان اصل ضمان است و تفاوت تعبیرها هم شاهد بر این ادعاست.

^{۸۱۶} کشف وجه استفاده از معانی و الفاظ خاص : سوال می شود که چرا از تعبیر «یوم خالفته» استفاده شده است - اگر همه روزها قیمت واحد دارد-؟

البغل من العوامّ: أنّ العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك؛ لأنّه خسره^{۸۱۷}
المبلغ الذي اشترى به البغلة.^{۸۱۸}

و يؤيده^{۸۱۹}: التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بـ «يوم الاكتراء»^{۸۲۰} فإنّ فيه إشعاراً
بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث إنّّه يوم المخالفة.^{۸۲۱}

^{۸۱۷} في «ع» و «خ»: «خسره»، قال في شرح الشهيدى بعد أن أثبت «خسره» و شرح معناها: - هذا بناءً على
«خسره» بالضمير، و أمّا بناء على عدمه كما في بعض النسخ المصحّحة من جهة حك الضمير فيه، فالمعنى
واضح. انظر هداية الطالب: ۲۳۹.

^{۸۱۸} نقد: ۱. چنین توهمی وجود ندارد. (مرحوم ایروانی). ۲. برای دفع این توهّم می توان از «روز کرایه
کردن» یا «روز تلف» یا «روز ردّ» هم استفاده کرد. پس این جواب وجه منطقی برای انتخاب روز
مخالفت از بین این عناوین را ارائه نمی دهد. ۳. اصل در قیود احترازی بودن است.

^{۸۱۹} دقت در تعابیر به کار برده شده: «روز مخالفت» موضوعیت ندارد و ناظر به غالب است که قیمت
در ۱۵ روز تغییر نمی کند، از این رو از «روز مخالفت» به «روز کرایه دادن» تعبیر شده است.
^{۸۲۰} التعبير الموجود فی ذیل الروایة هو: «حین اکثری»، و لعلّ المؤلّف قدس سرّه نقل ذلك بالمعنى.

^{۸۲۱} بلکه در مقابل قیمت خرید مالک است. (چرا صرفاً مویّد و اشعار است؟) ۱. چون بیان شد روز
مخالفت و کرایه دادن یک روز بوده یا به یکدیگر نزدیک بوده اند. ۲. الا ان يقال - که در ادامه
اشاره می شود. - البته این بیان ممکن است اصل مویّد بودن را نیز انکار کند).

إلّا أن يقال: إنّ الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفه هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء؛ لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس وجماعه من المُكّارين، بخلاف زمان المخالفه من حيث إنّه زمان المخالفه، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفه، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينه كاليمين، في مقابل قول السائل: «و من يعرف ذلك؟»، فتأمل^{٨٢٢}.

و يؤيده أيضاً^{٨٢٣} قوله عليه السلام في ما بعد، في جواب قول السائل: «و من يعرف ذلك؟» قال: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أنّ قيمة البغل يوم اكرى

^{٨٢٢} ١) روز مخالفت و كرایه کردن متحد هستند و در نتیجه در سهولت شهادت بر قیمت بین این دو روز فرقی نیست. مهم رویت قاطر است که در همان روز رخ داده است. ٢) ظهور عبارت، بیان حکم واقعی است و موضوعیت داشتن روز کرایه دادن را افاده می کند.

^{٨٢٣} مفاد این موید این است که معیار روز مخالفت نیست، بلکه روز تلف است. معیار بودن روز تلف از موید اول قابل استفاده نبود.

كذا و كذا، فيلزمك.. الخبير»، فَإِنَّ الْعِبْرَةَ لَوْ كَانَ بِخُصُوصِ يَوْمِ الْمَخَالَفَةِ^{٨٢٤} [١] لَمْ يَكُنْ وَجْهَ لِكُونِ الْقَوْلِ قَوْلَ الْمَالِكِ مَعَ كَوْنِهِ مُخَالَفًا لِلْأَصْلِ، [٢] ثُمَّ لَا وَجْهَ لِقَبُولِ بَيِّنَتِهِ؛ لِأَنَّ مِنْ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فَالْبَيِّنَةُ بَيْنَهُ صَاحِبِهِ.^{٨٢٥}

^{٨٢٤} اگر معیار روز مخالفت باشد، قول مالک - غالباً و با توجه به این که اگر ادعای قیمت کمتری کند، تنازع رخ نمی دهد - قیمت بیشتر است و ضامن قیمت کمتری را ادعا می کند و این اختلاف قیمت منجر به نزاع شده است. اصل براءت از زیاده نتیجه می دهد که قول مالک خلاف اصل است [بنابر این مبنا که معیار تعیین مدعی و منکر مخالفت و موافقت با اصل است]. بنابراین مالک مدعی است و حلف و وظیفه غاصب است، در حالی که این مطلب خلاف مفاد روایت است. بنابراین معیار روز مخالفت نیست. [اگر ملاک روز تلف باشد، این اشکال جاری نیست؟].

^{٨٢٥} پیش فرض این اشکال: بینه منکر مسموع نیست. ممکن است ادعا شود این روایت دلیل بر سماع بینه منکر و از ادله ابطال پیش فرض مطرح شده است. (این اشکال ضمیمه ای علی ای حال وارد است و فرقی ندارد که ملاک چه روزی باشد).

و^{۸۲۶} حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدق فيه من دون محاكمه و^{۸۲۷} التعبير برده اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمه بغله، فكان الحلف حقاً له ابتداء خلاف الظاهر.^{۸۲۸}

و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف؛ فإنه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا فى تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما أو الاطلاع من الخارج على قيمته

^{۸۲۶} توجه به احتمالات مختلف در مراد از الفاظ و عدم تکیه بر ذهنیت فقهی: مراد از حلف، محاکمه در پیشگاه قاضی نیست (این احتمال قرینه ای ندارد)، بلکه قسم خوردن در اختلافات متداول بین مردم است که سبب علم طرف مقابل یا رضایت او می شود - نه الزام به قبول -.

^{۸۲۷} جواب با توجه به قرائن لفظی: تعبیر رد یمین با محاکمه سازگار است و ادعای مطرح شده خلاف ظاهر است. / نقد جواب با بیان توجهات عرفی: مالک اعرف به قیمت است و حلف [نزد عقلاء] حق ابتدائی برای اوست. / رد نقد با توجه به شئون متکلم در مقام استظهار: خلاف ظاهر است، چرا که ظاهر از شأن امام ع بیان حکم شرعی واقعی - نه رفع اختلافات متعارف مردمی است. در اختلافات متعارف مردمی حکم شرعی نداریم. همچنین این ادعا با تعبیر «الزام» در روایت سازگاری ندارد.

^{۸۲۸} خلاصه آن که معیار بودن روز مخالفت با این فرازها سازگار نیست. (در ادامه و با تعبیر «و اما علی تقدیر...» توجیهاتی ارائه می شود که معیار بودن روز مخالفت را توجیه می کند).

سابقاً،^{۸۲۹} و لا شكَّ حينئذٍ أنَّ القول قول المالك، و^{۸۳۰} يكون سماع البيِّنَة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقاً مع اتفاقهما على بقاءه عليها إلى يوم التلف، فتكون الرواية قد تكفّلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، و يبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة، و لعلَّ حكمها أعنى حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها^{۸۳۱} المذكور في الرواية.^{۸۳۲}

^{۸۲۹} چرا یمین بر مالک است؟ غاصب مدعی نزل قیمت است و مالک مدعی بقاء قیمت. استصحاب موافق بقاء قیمت است و قول مالک مطابق اصل خواهد بود و حلف بر مالک است.
^{۸۳۰} چرا بینه بر مالک است؟ فرضی بیان می شود که مالک مدعی باشد.
^{۸۳۱} عکس: غاصب مدعی نزل قیمت است.

^{۸۳۲} نقد: حمل مطلق بر دو فرض مختلف و نادر بدون قرینه، وجه منطقی برای توجیه مفاد روایت نیست و در نتیجه حمل ذکر شده جمع عرفی بین اخبار تلقی نمی شود، بلکه صرف احتمال برای تاویل روایت است و قابل استناد به ظهور لفظی نیست و حجت نمی باشد. عدم حجیت این فراز از روایت، بحث تبعیض در حجیت را مطرح خواهد کرد و ممکن است کل مفاد خبر از حجیت ساقط شود. (عدم حجیت فرازی از روایت، مانع حجیت فعلی فرازهای دیگر خواهد بود).

و^{۸۳۳} أما على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة، فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، أو اللاحق له و ادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة، و لا يخفى بعده^{۸۳۴}.

^{۸۳۳} حلف مالک برای فرضی است که بر قیمت سابق بر روز مخالفت اتفاق نظر وجود دارد و غاصب مدعی تنزل و مالک مدعی بقاء تا روز مخالفت است و استصحاب حکم به بقاء دارد. بینه مالک برای فرضی است که اتفاق بر قیمت لاحق بر روز مخالفت وجود دارد و غاصب مدعی کمتر بودن روز مخالفت و مالک مدعی بقاء است و استصحاب قهقرایی جاری نیست و در نتیجه برائت از زائد حاکم است.

^{۸۳۴} حمل مطلق بر فرد نادر بعید است و در نتیجه عبارت با معیار بودن روز تلف سازگاری بیشتری دارد. (نقد: هر دو توجیه بعید است، مخصوصا بر اساس متعارف بازار که قیمت روز مخالفت و تلف غالبا یکسان است).

و أبعد منه: ^{۸۳۵} حمل النصّ على التبعّد، و جعل الحكم في خصوص الدأبة المغصوبة أو مطلقاً مخالفاً للقاعدة المتفق عليها نصاً ^{۸۳۶} و فتوى: من كون البيّنة على المدعى و اليمين على من أنكر، ^{۸۳۷} كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة و الغصب ^{۸۳۸}.

^{۸۳۵} معیار روز مخالفت است و نص حمل بر تبعّد خاص می شود در دابه مغصوبه فقط (عدم الغاء خصوصیت) یا مطلق غصب فقط و در این فرض فقط جریان حلف و بیینه بر خلاف قاعده در دیگر ابواب فقهی است و قاعده (حلف بر منکر و بیینه بر مدعی است) به دلیل خاص در این فرض تخصیص خورده است و حلف و بیینه بر مدعی است.

^{۸۳۶}. انظر الوسائل ۱۸: ۱۷۰، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم و الدعوى و غيره.

^{۸۳۷} دلیل ابعديت : ۱. عام - به دلیل ظهور قوی در عموم و موافقت با سیره و قواعد عقلائی - آبی از تخصیص است، حداقل عرف با این ادله قائل به تخصیص آن نخواهد بود. (۲) ظهور روایت در تطبیق قواعد کلی و امکان این تطبیق و عدم ظهور در تنافی با قواعد نزد عرف. (۳) عدم قائل به این تخصیص. ^{۸۳۸}. انظر النهاية: ۴۴۶، هذا في الإجارة، و لم نعر عليه في الغصب.

[الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى التقييم والمناقشة فيه]

و أضعف من ذلك^{٨٣٩}: الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغضب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني^{٨٤٠} إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب^{٨٤١}.

^{٨٣٩} اضعف از استدلال به روایت بر معیار بودن روز تلف، استدلال به آن برای معیار بودن اعلی‌القیم از غضب تا تلف است.

^{٨٤٠} المسالك ٢: ٢٠٩، و الروضة البهيّة ٧: ٤٣ ٤٤، و حكاية السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٤.

^{٨٤١} مرحوم شهیدی، ج ٢، ص ٢٤٠: وجه برای این قول: جنس روز مخالفت مراد است که کل ١٥ روز را شامل می شود و خصوص روز حدوث مخالفت مراد نیست. (نقد: عنوان مخالفت ظهور در حدوث مخالفت دارد و صرفاً همان روز اول مخالفت را افاده می کند).

[الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، و المناقشة فيه]

نعم، استدّلوا على هذا القول بأن العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة^{٨٤٢} التي منها زمان ارتفاع قيمته^{٨٤٣، ٨٤٤}.

و فيه: إن ضمانها في تلك الحال،^{٨٤٥} [١] إن أريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم؛^{٨٤٦} إذ تداركه لا يكون إلا بذلك، لكن المفروض أنها لم تتلف فيه^{٨٤٧}.

^{٨٤٢} به دليل قاعده على اليد.

^{٨٤٣} به ضميمه اين نکته که «لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع» به خاطر استصحاب يا دليلی دیگر. در نتیجه ضمان نسبت به اعلى القيم ثابت است.

^{٨٤٤} ممن استدّل بذلك: الفاضل المقداد في التنقيح ٤: ٧٠، و ابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٤: ٢٥٢، و الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٢٠٩، و انظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٤.

^{٨٤٥} استقصاء احتمالات متصور برای مراد از مستدلّ.

^{٨٤٦} به این دلیل که بیان شد معیار روز تلف است.

^{٨٤٧} این بیان، معیار بودن اعلى القيم بين روز ضمان تا روز تلف را ثابت نمی کند و بنابراین مراد قائلین نیست.

[۲] و إن أريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلاً و إن تنزلت بعد ذلك،^{۸۴۸} فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين.

[۳] و إن أريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو و إن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءة^{۸۴۹} من غير دليل شاغل،^{۸۵۰} عدا ما حكاها في الرياض عن خاله العلامة^{۸۵۱} - قدس الله تعالى روحهما - من قاعدة نفى الضرر الحاصل على المالك^{۸۵۲}.

^{۸۴۸} مطلقاً - چه عين تلف شود و چه تلف نشود -.

^{۸۴۹} براءت از زائد بر قیمت روز تلف یا براءت از زائد بر اقل القیم. اضافه بر استصحاب ضمان عین تا روز تلف که نافی ضمان اعلی القیم است، فتامل.

^{۸۵۰} دلیلی که شغل ذمه به زائد را ثابت کند.

^{۸۵۱} مرحوم بهبهانی، اواخر قرن ۱۲. صاحب ریاض داماد مرحوم وحید و خواهرزاده اوست.

^{۸۵۲} الرياض ۲: ۳۰۴، و المراد بـ «خاله العلامة» هو العلامة الأكبر الآقا محمد باقر الوحيد البهبهانی قدس سره.

و فيه نظر،^{۸۵۳} كما اعترف به بعض من تأخّر^{۸۵۴}.

[توجيه الاستدلال]

نعم،^{۸۵۵} يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونه في جميع الأزمنه-: بأنّ العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار ماليتها مقومه بتلك القيمة، فكما أنه إذا تلفت

^{۸۵۳}نقدهای مطرح شده (۱) عدم صدق قاعده در مقام (مرحوم ابروانی): ضرر صدق نمی کند بلکه فوت نفع صدق می کند. (۲) تالی فاسد: اگر این قاعده جاری باشد، باید در فرض بقاء عین هم جاری باشد و اضافه قیمت با عین ردّ شود. (۳) عدم شرط جریان قاعده (مرحوم شهیدی): قاعده لاضرر امتنانی است و به این دلیل که در محل بحث خلاف امتنان بر غاصب است، جاری نیست؛ مگر ادعا شود که غاصب اهلیت امتنان را ندارد.

^{۸۵۴}. المراد به صاحب الجواهر قدّس سرّه فی الجواهر ۳۷: ۱۰۵.

^{۸۵۵} بیان حجت مقدم بر اصل برائت از زائد: عین در تمام زمانهایی که ید عدوانی بر آن وجود دارد، مورد ضمان است. در زمان اعلی القیم، ضمان اعلی القیم ثابت است، مگر عین ردّ شود. بعد از اعلی القیم نیز حیلولت بین مالک و عین سبب می شود تا شبیه تلف در اعلی القیم باشد و بالاترین مرتبه مالیت بر ذمه ضامن ثابت شود، مگر رد عین شود. (شاید مراد این است که ذمه مشغول به قیمت در تمام روزهای ضمان است و واجب است در تمام زمانها از عهده قیمت خارج شد). اگر عین باقی باشد، عین ردّ می شود و اجماعاً مالیت تدارک می شود و ضمان رفع می شود.

حينئذٍ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت؛ إذ لا فرق مع عدم التمكّن منها بين أن تتلف أو تبقى.

نعم، لو ردّت تدارك تلك المائيّة بنفس العين، وارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري^{٨٥٦} لا يضمن بنفسه؛^{٨٥٧} لعدم كونه مالاً، وإنما هو مقوم لماليّة المال، وبه تمايز الأموال كثرةً وقلّة.

والحاصل: أنّ للعين في كلّ زمانٍ من أزمنه تفاوت قيمته مرتبةً من المائيّة، أُزيلت يد المالك منها وانقطعت سلطنته عنها، فإن ردّت العين فلا مال سواها يضمن، وإن تلفت

^{٨٥٦} بر خلاف تفاوت در عين با چاق شدن مثلاً که امر حقيقي است و مال است و مضمون است.

^{٨٥٧} چرا که هر امر اعتباری که مال نیست، مضمون نیست. (نقد اول: لازمه این بیان عدم صحت ضمان به قیمت در هیچ فرضی است. نقد دوم: اعتباری بودن منافاتی با ضمان ندارد. بهتر است به همان اجماع تمسک شود).

استقرت علیاً تلك المراتب؛ لدخول الأدنى تحت الأعلى،^{۸۵۸} نظیر ما لو فرض للعین منافع متفاوتة متضادة،^{۸۵۹} حيث إنه یضمن الأعلى منها.

و لأجل ذلك^{۸۶۰} استدلّ العلامة فی التحریر للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنه زمان إزالة يد^{۸۶۱} المالك^{۸۶۲}.

^{۸۵۸} با پرداخت اعلی، ضمان ادنی را نیز پرداخت کرده است.

^{۸۵۹} مانند اسبی که هم برای باربری و هم برای سوارکاری و هم برای مسابقه قابل اجاره دادن است. در

این فرض اگر اجاره باربری اش بیشتر است، از غاصب اجاره باربری اش مطالبه می شود.

^{۸۶۰} حیولت که سبب ضمان است و ضمان در تمام زمان های حیولت ثابت است.

^{۸۶۱} إزالة يد اشاره به حیولت دارد.

^{۸۶۲}. التحریر ۲: ۱۳۹.

و نقول في توضيحه:^{٨٦٣} إن كلَّ زمانٍ من أزمته الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليته، ففي زمانٍ أزيلت من مقدار درهم، و في آخر عن درهمين، و في ثالث عن ثلاثه، فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامه أكثرها، فتأمل^{٨٦٤}.

[استدلال ثالث على أعلى القيم و توجيهه]

و استدلال في السرائر و غيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال^{٨٦٥}؛ لاشتغال ذمته بحق المالك، و لا يحصل البراءة إلا بالأعلى.

^{٨٦٣} زمان حيلوت ملاك است و حيلوت سبب ضمان است و در نتیجه قيمت در تمام زمان های حيلوت، مضمون است. در نتیجه در زمان اعلى القيم، ضمان اعلى القيم ثابت است. قيمت ادنى نیز داخل در قيمت اعلى است. پس اعلى القيم را بايد پرداخت کند يا عين را رد کند. بنابراین مراد علامه از روز غصب، تمام روزهای غصب است - نه روزی که غصب حادث شده است -.

^{٨٦٤} ١. ظاهر كلام علامه روز حدوث غصب و ازاله يد است. ٢. اشاره به ادله رد قول به اعلى القيم و بطلان اين دليل دارد، ادله ای که ضمان قيمت روز تلف را ثابت می کرد. (برای ادله اعلى القيم ر.ک.

حاشیه مرحوم ايروانی، ج ١، ص ١٠٢).

^{٨٦٥}. السرائر ٢: ٤٨١، الرياض ٢: ٣٠٤، المناهل: ٢٩٩.

و قد يجاب^{٨٦٦} بأن الأصل في المقام البراءة؛ حيث إن الشك في التكليف بالزائد^{٨٦٧}. نعم، لا بأس^{٨٦٨} بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد.

^{٨٦٦} تصویر دقیق مساله برای بررسی اجرای اصل در آن : با فرض انتقال ذمه به قیمت در فرض تلف، مساله از نوع اقل و اکثر استقلالی است و در نتیجه مجرای برائت از اکثر است.
^{٨٦٧}. أجاب عنها بذلك في الجواهر ٣٧: ١٠٦.

^{٨٦٨} اشتغال ذمه به اعلى القيم، استصحاب می شود. (نقد : ١. بررسی ارکان استصحاب و از جمله یقین سابق : با بقاء عین، اشتغال ذمه به اعلى القيم دلیل مثبتی ندارد. ٢. اگر ادله معیار بودن روز تلف، اماره باشند، بر این اصول مقدم هستند).

[المحكي عن جماعة أن الاعتبار بيوم البيع، وتوجيهه]

ثم إنه حكى عن المفيد و القاضى و الحلبي: الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري^{٨٦٩}،^{٨٧٠} و لم يعلم له وجه،^{٨٧١} و لعلهم يريدون به يوم القبض^{٨٧٢}؛ لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض، فافهم^{٨٧٣}.

^{٨٦٩} ثمن را مشتری تعیین کند. بطلان بیع در این فرض به جهت مجهولیت ثمن است.
^{٨٧٠} المقنعة: ٥٩٣، و لم نعره عليه في الكافي و المهدب، و الظاهر أن المؤلف قدس سره أخذ ذلك عن العلامة قدس سره في المختلف ٥: ٢٤٣ و ٢٤٤، حيث نقل عن الشيخ في النهاية ما نصه: من اشترى شيئاً بحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً، فإن هلك في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتياعه إلى أن قال و كذا قال المفيد و ابن البراج و أبو الصلاح.

^{٨٧١} مرحوم شهیدی و جهی برای این قول بیان کرده اند. ر.ک. حاشیه ایشان، ج ٢، ص ٢٤١.
^{٨٧٢} این قول دارای وجه است، چرا که روز حدوث ضمان مشتری است.
^{٨٧٣} ١. فهم بهتر کلام: از آن جایی که ظاهر کلامشان و جهی ندارد و واضح البطلان است، پس نمی تواند مراد باشد و چاره ای بهتر از این توجیه وجود ندارد و حتماً این معنا مرادشان است. ٢. اشکال: بعید است از مواردی که روز قبض غیر از بیع است، غفلت کرده باشند.

[لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف في القيمي]

ثم^{٨٧٤} إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال،^{٨٧٥} إلا أنه تردّد فيه في الشرائع^{٨٧٦}، و لعله كما قيل^{٨٧٨} من جهة^{٨٧٩} احتمال كون القيمي مضموناً بمثله، و دفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل.

و قد تقدّم أنّه مخالفٌ لإطلاق النصوص و الفتاوى^{٨٨٠}،^{٨٨١}.

^{٨٧٤} در ادامه و ذیل عبارت «ثم ان ما ذكرنا...» به تفکیک شقوق این مساله می پردازند که شاید مقدم شدن آن منطقی تر باشد.

^{٨٧٥} حتی قول به اعلى القيم که اعلى از روز ضمان تا روز تلف است.

^{٨٧٦} احتمال این که اعلى القيم از ضمان تا دفع مضمون باشد.

^{٨٧٧}. الشرائع ٣: ٢٤٠.

^{٨٧٨}. قاله الشهيد الثاني في الروضة البهية ٧: ٤٠.

^{٨٧٩} قيمي مضمون به مثل است. تا هنگام دفع، مثل بر عهده است. دفع قیمت بدل و مسقط دفع مثل است با تعذر مثل یا مطلقاً. معیار اعلى القيم است یا قیمت روز دفع و کالا گران شده است.

^{٨٨٠} قيمي مضمون به قیمت است - نه مثل -.

^{٨٨١}. راجع الصفحة ٢٤٠ ٢٤٢ (چاپ کنگره)

[ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة]

ثم إن ما ذكرنا^{٨٨٢} من الخلاف^{٨٨٣} إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة، و أما إذا كان بسبب الأمكنة، كما إذا كان في محلّ الضمان بعشرة، و في مكان التلف بعشرين، و في مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف؛^{٨٨٤} لأنّ مالیه الشيء تختلف بحسب الأماكن، و تداركه بحسب ماليته.

^{٨٨٢} تفكيك شقوق : ضمان ارتفاع قيمت مکانی یا زمانی. در فرض زمانی، بعد تلف یا قبل تلف. در فرض قبل تلف، قیمت بازاری عین یا زیاده در عین.

^{٨٨٣} که معیار روز ضمان است یا روز تلف یا اعلى القيم.

^{٨٨٤} مالیت شیء در اماکن مختلف متفاوت است. تدارک به حسب مالیت شیء باید باشد. در مکان تلف به قیمت تبدیل شده و مالیت آن مکان مهم است. پس معیار به قیمت در محل تلف است. (مرحوم سید : این فتوا مبتنی بر این است که قیمت روز تلف معیار باشد. مرحوم ایروانی : معیار مکانهایی است که کالا از آنها عبور داده شده و اعلى القيم آن مکانها مضمون است).

[ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية]

ثم إنَّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة السوقيَّة الناشئة من تفاوت رغبة الناس، و أمَّا إذا كان حاصلًا من زيادةٍ في العين،^{٨٥} فالظاهر كما قيل^{٨٦} عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم، و في الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة، و إنما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت.

نعم، يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، و أن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم.^{٨٧}

^{٨٥} مثل حيوان چاق شده كه بعد لاغر می شود. (برخی در این مساله بين زياده منفصل -مثل شیر و پشم- و زياده متصل -مثل چاقی- تفصيل داده اند و ضمان زياده منفصل را ضمانی مستقل دانسته اند).
^{٨٦} قاله الشهيد الثاني قدس سره في عكس المسألة، و هو ما إذا استند نقص القيمة إلى نقص في العين، انظر المسالك ٢: ٢٠٩، و الروضة البهية ٧: ٤٤، و قرره في الجواهر ٣٧: ١٠٧. و الظاهر أن المؤلف قدس سره أراد من الزيادة: الزيادة الفائتة، بدليل قوله فيما سيأتي: «النازلة منزلة الجزء الفلئت»، و قوله: «نعم يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة».

^{٨٧} سوال: اگر زياده در عين از بين برود و سپس دوباره موجود شود، آیا نسبت به فوت شده ضمان وجود دارد؟ ر.ك. حاشیه مرحوم ابروانی، ج ١، ص ١٠٣.

[تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف]

ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليه وإن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق؛ لما دلّ على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة^{٨٨٨}.

[الدليل على ثبوت بدل الحيلولة]

و هل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها، أو لو كانت قصيرة؟ وجوه.

^{٨٨٨} راجع الوسائل ١٣: ١٢٧، الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٨، و الصفحة ٢٢٩، الباب ٥، الحديث الأول.

ظاهر أدلّه ما ذكر من الأمور^{٨٨٩}: الاختصاص بأحد الأولين، لكنّ ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير، كما يظهر من إطلاقهم أنّ اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل^{٨٩٠}.

و يؤيده: أنّ فيه جمعاً بين الحقيين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين؛ فإنّ تسلط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضى جواز مطالبته الخروج عن عهده عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم في تسلطه على مطالبته القيمة للمثل المتعدّر في المثلى^{٨٩١}. نعم، لو كان زمان التعذّر قصيراً جداً، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم.

^{٨٨٩}. يعنى: السرقة و الغرق و الضياع و الإباق.

^{٨٩٠}. صرّح بذلك العلّامة في القواعد ١: ٢٠٧، و التذكرة ٢: ٣٩٦، و نسبه السيّد العاملى إلى صريح جامع

المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر غيرها، راجع مفتاح الكرامة ٦: ٢٨٤.

^{٨٩١}. تقدّم في الأمر السادس، الصفحة ٢٢٦.

[المراد بالتعذر]

ثمّ الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السعي، لكن ظاهر كلمات بعضهم^{٨٩٢}: التعبير بالتعذر، و هو الأوفق بأصالة عدم تسلّط المالك على أزيد من إزامه بردّ العين، فتأمل، و لعلّ المراد به التعذر في الحال و إن كان لتوقّفه على مقدّمات زمانية يتأخّر لأجلها ذو المقدّمه.

[هل يلزم المالك بأخذ البدل؟]

ثمّ إنّ ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقّاً للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها و يصبر إلى زوال العذر، كما صرّح به الشيخ في المبسوط^{٨٩٣}، و يدلّ عليه قاعدة تسلّط الناس على أموالهم.
و كما أنّ تعذر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.

^{٨٩٢}. كالمحقّق في الشرائع ٣: ٢٣٩ و ٢٤١، و العلامه في القواعد ١: ٢٠٥ و التحرير ٢: ١٣٩ و ١٤٠ و غيرهما،
و الشهيد في الدروس ٣: ١١٢، و المحقّق السبزواري في الكفاية: ٢٥٨.
^{٨٩٣}. المبسوط ٣: ٨٧.

[هل البدل ملك لمالك العين او مباح له؟]

ثم إنَّ المال المبدول يملكه المالك بلا خلاف،

كما في المبسوط^{٨٩٤} و الخلاف^{٨٩٥} و الغنية^{٨٩٦} و السرائر^{٨٩٧} و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين، و لعلَّ الوجه فيه: أنَّ التدارك لا يتحقَّق إلَّا بذلك.

و لو لا ظهور الإجماع و أدلَّة الغرامة^{٨٩٨} في الملكية لا حتملنا أن يكون مباحًا له إباحةً مطلقةً و إن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، و يكون

^{٨٩٤}. المبسوط ٣: ٩٥.

^{٨٩٥}. الخلاف ٣: ٤١٢، كتاب الغصب، المسألة ٢٦.

^{٨٩٦}. الغنية: ٢٨٢.

^{٨٩٧}. السرائر ٢: ٤٨٦.

^{٨٩٨}. مثل قاعدة «على اليد» و آية «الاعتداء»، و قاعدة «الإقدام»، و الروايات الواردة في الموارد الخاصّة، المتقدّمة في الصفحات السابقة.

دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، و حكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله^{٨٩٩}.

[هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل]

و على أيّ حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين في ملكه، و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوض، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البدل له.

و قد استشكل في ذلك المحقق و الشهيد الثانيان:

قال الأوّل في محكيّ جامعه: إنّ هنا إشكالاً؛ فإنّه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه؟ و جعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه^{٩٠٠}، انتهى.

^{٨٩٩}. لم نعتز عليه.

^{٩٠٠}. جامع المقاصد ٦: ٢٦١، و فيه: إنّ هنا إشكالاً؛ فإنّه كيف تجب القيمة و يملكها بالآخذ و يبقى العبد على ملكه.

وقال الثاني: إن هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح، و لو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلاً، و توقّف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة^{٩٠١}، انتهى. و استحسنة في محكي الكفاية^{٩٠٢}.

أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا: إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه^{٩٠٣}؛ ليصدق ذهابها من كيسه.

ثم إنّ الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي المخرج للعين عن قابليّة الملكيّة عرفاً، و جب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكيّة، و إن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكيّة، و جب قيام مقابله مقامه في

^{٩٠١}. المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٠.

^{٩٠٢}. كفاية الأحكام: ٢٥٩.

^{٩٠٣}. كذا في النسخ، و المناسب: إقامة مقابله من ماله مقامها، لرجوع الضمير إلى العين، و كذا الكلام في الضمائر في الفقرة الآتية

السلطنة، لا فى الملكيّة؛ ليكون مقابلًا و تداركًا للسلطنة الفائتة، فالتدارك لا يقتضى ملكيّة المتدارك فى هذه الصورة.

نعم، لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك؛ لتوقف بعض التصرفات عليها، و جب ملكيته للمبدول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة.

و على أىّ تقدير: فلا ينبغي الإشكال فى بقاء العين المضمونة على ملك مالکها، إنّما الكلام فى البدل المبدول، و لا كلام أيضاً فى وجوب الحكم بالإباحة و بالسلطنة المطلقة عليها، و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذٍ إلى أنّ إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ و قد تقدّم فى المعاطاة بيان ذلك.

[التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها]

ثمّ إنّّه قد تحصل ممّا ذكرنا: أنّ تحقق ملكيّة البدل أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالکها، إنّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامة و تداركاً، أمّا لو لم يفت إلّا بعض ما ليس به قوام الملكيّة، فالتدارك لا يقتضى ملكه و لا السلطنة المطلقة على البدل.

و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامه قيمته حينئذ لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم؛ و لذا استظهر غير واحد^{٩٠٤} أنّ الغارم لقيمة الحيوان الذي وطأه يملكه؛ لأنه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلد و بيعه في بلد آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتاً لما به قوام المالىة.

[خروج العين عن التقويم]

هذا كله مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها السابقة.

أما لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية، فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة، مع بقاء العين على ملك المالك؛ لأنّ القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا عوض العين نفسها، كما في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالكها لا ينافي معنى الغرامة؛ لفوات معظم الانتفاعات به، فيقوى عدم جواز المسح بها إلّا بإذن المالك و لو بذل القيمة.

^{٩٠٤}. منهم الشهيد الثاني في الروضة البهية ٩: ٣١١، و السيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٤٩٩.

قال فى القواعد^{٩٠٥} فى ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة-: و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف و جب، ثم يضمن الغاصب النقص، و لو لم يبق لها قيمةً غرم جميع القيمة، انتهى.

و عطف على ذلك فى محكىّ جامع المقاصد قوله: و لا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أنّ جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، و لو استوعبت القيمة أخذها و لم تدفع العين^{٩٠٦}، انتهى.

و عن المسالك فى هذه المسألة: أنّه إن لم يبق له قيمةً ضمن جميع القيمة، و لا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين و القيمة^{٩٠٧}.

^{٩٠٥}. فى «ش»: «شرح القواعد»، و المظنون بل المقطوع أنّ ما صدر عن قلمه الشريف هو «القواعد»، كما ورد فى سائر النسخ؛ بدليل قوله فيما سيأتى: «و عطف على ذلك فى محكىّ جامع المقاصد»، لكن مصحح «ش» لمّا رأى أنّ المتقول لم يكن بتمامه فى القواعد، أضاف إليه كلمة: «شرح».

^{٩٠٦}. جامع المقاصد ٦: ٣٠٤ ٣٠٥. و انظر القواعد ١: ٢٠٧.

^{٩٠٧}. المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٧ ٢٠٨.

لكن عن مجمع البرهان في هذه المسألة-: اختيار عدم وجوب النزع، بل قال: يمكن أن لا يجوز و يتعين القيمة؛ لكونه بمنزلة التلف، و حينئذٍ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخطط؛ إذ لا غصب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل و قبل المسح^{٩٠٨}، انتهى.

و استجوده بعض المعاصرين^{٩٠٩}؛ ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه؛ لصيرورته عوضاً شرعاً.

و فيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، و أدلة الضمان قد عرفت أن محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته.

و لا يخفى أن العين على التقدير الأول خارج عن الملكية عرفاً.

^{٩٠٨}. مجمع الفائدة ١٠: ٥٢١.

^{٩٠٩}. هو صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧: ٨٠.

و على الثانى: السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين، و هذا معنى بدل الحيلولة.

و على الثالث: فالمبدول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين، فالمضمون فى الحقيقة هى تلك الأوصاف التى تقابل بجميع القيمة، لا نفس العين الباقية، كيف! و لم تتلف هى، و ليس لها على تقدير التلف أيضاً عهدة مالية؟ بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال، بل لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه، فتأمل.

[خروج العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية]

و لعلّ ما عن المسالك: من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعين القيمة فقط^{٩١٠}، محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشب، كما لا يأبى عنه عنوان المسألة،

^{٩١٠}. انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٧، و العبارة منقولة بالمعنى.

فلاحظ، و حينئذٍ فلا تنافى ما تقدّم عنه سابقاً: من بقاء الخيط على ملك مالكة و إن وجب بذل قيمته^{٩١١}.

ثمّ إنّ هنا قسماً رابعاً، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكيّة مع بقاء حقّ الأوليّة فيه، كما لو صار الخلّ المغصوب خمراً، فاستشكل فى القواعد وجوب ردّها مع القيمة^{٩١٢}؛ ولعلّه من استصحاب وجوب ردّها، و من أنّ الموضوع فى المستصحب ملك المالك؛ إذ لم يجب إلّا ردّه و لم يكن المالك إلّا أولى به.

إلّا أن يقال: إنّ الموضوع فى الاستصحاب عرفيٌّ، و لذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان^{٩١٣} و المحقّق الثانى^{٩١٤}، و يؤيّدونه أنّه لو عاد خلّاً ردّت إلى المالك بلا خلافٍ ظاهر.

^{٩١١}. راجع الصفحة ٢٦٣ (چاپ كنگره)

^{٩١٢}. القواعد ١: ٢٠٦.

^{٩١٣}. الدروس ٣: ١١٢، المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٤.

^{٩١٤}. جامع المقاصد ٦: ٢٩٢.

[حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها]

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواء كان للسوق أو للزيادة المتصلة، بل المنفصلة كالثمره و لا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك.

و عن التذكرة^{٩١٥} و بعض آخر^{٩١٦}: ضمان المنافع، و قوَاهُ في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه^{٩١٧}.

و في موضع من جامع المقاصد: أنه موضع توقف. و في موضع آخر رجح الوجوب^{٩١٨}.

^{٩١٥}. التذكرة ٢: ٣٨٢.

^{٩١٦}. و قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة (٦: ٢٤٩): «و هو الأصح»، و فيه أيضاً: «و مال إليه في المسالك».

انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٠.

^{٩١٧}. المبسوط ٣: ٩٦.

^{٩١٨}. جامع المقاصد ٦: ٢٥١ و ٢٧٣.

[حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر وقبل الدفع]

ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم^{٩١٩} عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع، كالحاصل بعد التلف، لكن مقتضى القاعدة ضمانه له؛ لأن مع التلف يتعين القيمة؛ ولذا ليس له الامتناع من أخذها، بخلاف تعذر العين؛ فإن القيمة غير متعينة، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و يبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغضب، على الخلاف.

و الحاصل: أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر، والحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجره والنماء إلى دفع البدل وإن تراخى عن التعذر، مما لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلى.

^{٩١٩}. مثل المحقق في المختصر ٢: ٢٥٦، والعلامة في التحرير ٢: ١٣٩.

[إذا ارتفع التعذر وجب رد العين]

ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكناً، وجب ردّها إلى مالكيها كما صرح به في جامع المقاصد^{٩٢٠} فوراً، وإن كان في إحضارها مئونة، كما كان قبل التعذر؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^{٩٢١}، و دفع البدل لأجل الحيلولة إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، و استلزم ذلك على ما اخترناه^{٩٢٢} عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة. و سقوط وجوب الردّ حين التعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان المدلول عليه بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» المعنيّاً بقوله: «حتى تؤدى».

^{٩٢٠}. جامع المقاصد ٦: ٢٦١.

^{٩٢١}. عوالي الآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦، و الصفحة ٣٨٩، الحديث ٢٢.

^{٩٢٢}. تقدّم في الصفحة ٢٦٦ (چاپ كنگره)

[هل يعود ملك البدل الى الغارم بمجرد التمكن من العين؟]

و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طرؤ التمكن، فيضمن العين من يوم التمكن ضمناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنّها باقية على ملك مالك العين، و كون العين مضمونة بها لا بشيءٍ آخر في ذمّة الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلّا حكم تكليفي بوجوب رده، و أمّا الضمان و عهده جديده فلا؟ وجهان:

أظهرهما الثاني؛ لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، و عدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمناً جديداً، و مجردّ عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتّى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوض، غاية ما في الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها عليه.

و حينئذ، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكية المالك للغرامة، و توهم: أنّ المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السلطنة في زمان التعذرّ فلا يعود لعدم عود مبدله، ضعيف في الغاية، بل كان بدلاً عن أصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقلٍ لازم بل جائز، و لا يجب ردّ نمائه المنفصل.

و لو لم يدفعها^{٩٢٣} لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً؛ إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم؛ فإنَّ الغرامة عوض السلطنة لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل.

نعم، للمالك مطالبة عين ماله؛ لعموم «الناس مسلطون على أموالهم»^{٩٢٤}، وليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة، بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك؛ ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

^{٩٢٣}. كذا في «ش» و مصححة «خ»، و في سائر النسخ: «يدفعه»، و الصحيح ما أثبتناه كما أثبتته المامقاني و قال: هذه الجملة عطف على قوله: «فإنَّ دفع العين»، و الضمير المنصوب بقوله: «لم يدفع»، عائد إلى العين، غاية الآمال: ٣١٩. و أثبتتها الشهيدي كما في سائر النسخ، لكنّه قال: الصواب: «يدفعها» لأنَّ الضمير راجع إلى العين، هداية الطالب: ٢٤٥.

^{٩٢٤}. عوالي الآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

[ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل]

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك القيمة، كما اختاره في التذكرة^{٩٢٥} و الإيضاح^{٩٢٦} و جامع المقاصد^{٩٢٧}.

و عن التحرير: الجزم بأنّ له ذلك^{٩٢٨}؛ و لعلّه لأنّ القيمة عوض إمّا عن العين، و إمّا عن السلطنة عليه، و على أيّ تقدير فيتحقّق الترادّ، و حينئذٍ فلكلّ من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتّى يتسلّم ما بيد الآخر.

و فيه: أنّ العين بنفسها ليست عوضاً و لا معوّضاً؛ و لذا تحقّق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة، فالمالك مسلّطٌ عليها، و المعوّض للغرامة السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالترادّ.

^{٩٢٥}. التذكرة ٢: ٣٨٥.

^{٩٢٦}. إيضاح الفوائد ٢: ١٧٨.

^{٩٢٧}. جامع المقاصد ٦: ٢٦١.

^{٩٢٨}. التحرير ٢: ١٤٠، و حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٦.

اللهم إلا أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامة و هي السلطنة الفائتة.
و الأقوى: الأوّل.

[لو حبس العين فتلفت]

ثمّ لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنّه لا يجرى عليه حكم المغصوب؛ لأنّه حبسه بحقّ، نعم يضمّنه؛ لأنّه قبضه لمصلحته نفسه، و الظاهر أنّه بقيمة يوم التلف على ما هو الأصل في كلّ مضمون و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف.

و ذكر العلّامة في القواعد: أنّه لو حبس فتلف محبوساً، فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة الأولى^{٩٢٩}.

و الظاهر أنّ مراده بـ «قيمة الآن»: مقابل القيمة السابقة؛ بناءً على زوال حكم الغصب عن العين، لكونه محبوساً بغير عدوان، لا خصوص حين التلف. و كلمات كثيرٍ منهم لا يخلو عن اضطراب.

^{٩٢٩}. القواعد ١: ٢٠٤.

ثم إن أكثر ما ذكرناه مذکور فی کلماتهم فی باب الغصب، لكن الظاهر أن أكثرها بل جميعها حکم المغصوب من حيث كونه مضموناً؛ إذ ليس فی الغصب خصوصية زائدة.

نعم، ربما يفرق من جهة نص في المغصوب مخالف لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمه يوم الضمان من جهة صحیحه أبي ولاد^{٩٣٠} أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحیحه عليه^{٩٣١}، و أما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً.

و لنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد و إن بقي منه أحكام آخر أكثر مما ذكر، و لعل بعضها يجيء في بيع الفضولی إن شاء الله تعالى^{٩٣٢}.

^{٩٣٠}. تقدمت في الصفحة ٢٤٦ ٢٤٧ (چاپ کنگره)

^{٩٣١}. تقدمت في الصفحة ٢٥٢ (چاپ کنگره)

^{٩٣٢}. يجيء في الصفحة ٣٤٥ (چاپ کنگره)