بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين

واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين

ولكن: قد أفادَ بعض الأكابر (قُدّس سرّه) كما في كتاب البيع، بأنّ هناك مدركاً آخر لقاعدة: (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) غير دعوى اليد أو الإقدام أو الاحترام.

وبيانُ ما أفاده (قُدّس سرّه) بعرض عدّة مطالب:

المطلبُ الأوّل: أنّ الضمان في الجملتين في: (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) بمعنى واحد؛ لا أنّ الضمان في فرض صحّة العقد بمعنى وفي فرض فساد العقد بمعنى، بل الضمان واحد، وهو معناه العرفي الذي هو عبارة عن الضمان بالمثل أو القيمة الواقعية.

قال (قُدّس سرّه)[1]: **(ويمكن أن يقال: إن المراد بالضمان في الجملتين هو الضمان المعهود المتعارف، أي الضمان بالمثل أو القيمة الواقعية، وعهدة الأداء في فرض وجود العين)** لو كانت العين موجودة غير تالفة، فالضمان حينئذٍ بتسليم العين **(لو قلنا بأن عهدة الأداء أيضا ضمان، وإلا)** لو قلنا بأن العهدة ليست مِن الضمان **(فهي خارجة عن القاعدة –وإن فرض دخولها في قاعدة اليد، قلنا بإفادة قاعدتها الضمان مع الزيادة–)** يعني: أنّ اليد منشأ للضمان مع الزيادة وهي العهدة على اليد أنْ تسلم ما وقعت عليه.

المطلبُ الثاني: أنّ العقد مِن حيثُ المِلكيّة هو تمام السبب، ومِن حيثُ الضمان هو بعض السبب.

قال (قُدّس سرّه): **(وذلك لأن العقد في البيع الصحيح تمام السبب لقلب اليد المالكية إلى غيرها، فالسلطنة والاستيلاء على المال قبل العقد سلطنة واستيلاء على مال نفسه وبعده على مال غيره، من غير أن يكون هذا الاستيلاء بإذن مالكي أو استيمان شرعي أو مالكي، فذلك الاستيلاء يوجب الضمان بمقتضى إطلاق على اليد، فالعقد تمام السبب للقلب المذكور، وبعض السبب للضمان، لأن الاستيلاء**

[1] كتاب البيع، مؤسسة اسماعليان، الطبعة الرابعة، ص262.

أيضاً دخيل فيه، ولهذا لو كانت العين بيد المشتري وتحقق العقد لا يوجب ضمانا، فالعقد الصحيح بعض السبب للضمان)[2].

وبيانُ ذلك: أنّه إذا جرى العقد بين المتبايعين مثلاً، فالعقد أوجب انتقال المِلكيّة مِن أحدهما إلى الآخر، وهذا هو معنى كونه تمام السبب؛ لأنّه قلب اليد مِن كونها يد مالكة إلى يدٍ على مال الغير فهو تمام السبب في قلب المِلكيّة بما لها مِن السلطنة.

لكنه بعض السبب للضمان؛ حيثُ إنّه لولا العقد لما انتقلت العين مِن يد البائع إلى المُشتري، فإذا انتقلت العين إلى يد المُشتري ولَمْ تكن يد المُشتري مستأمنة، لا مأذونةً مِن قِبَل المالك على نحو العارية أو على نحو الإباحة –مثلاً–، ولا أمانة مالكيّة ولا أمانة شرعية، وإنّما صارت اليد تحت يده وفاءً للعقد؛ باعتبار أنّ مقتضى الوفاء بالعقد تسليم كلٍّ مِن العوضين لصاحبه، وإلّا فاليد ليست مستأمنة، وحينئذٍ لو تلفت العين تحت يد المُشتري، ثمّ تبيّن أنّ العقد فاسد، أو فسخ العقد بخيارٍ، ضمن المُشتري قيمة العين بمجموع سببين: يده والعقد؛ إذ لولا العقد لما وقعت العين في يده –أي: لما سُلّط على العين–، ولولا اليد لما كان هناك منشأٌ للضمان.

فالعقدُ بما هو هو ليس كافياً في الضمان، ولذلك لو فرض أنّ العين كانت في يد المُشتري قَبْل العقد، كما لو كان المُشتري أميناً أو مستعيراً أو أنّ العين كانت لقطة فاستأمنه الشارع العين، ثمّ التفت البائع إلى وقوع العين تحت يد المُشتري فباعه، ففي هذا الفرض لا يكون للعقد سببية في الضمان؛ باعتبار أنّ وقوع العين تحت يد المُشتري ليس مستنداً للعقد، بل مستندٌ لسببٍ سابقٍ رتبةً على المعاملة، ممّا يعني أنّ العقد في نفسه ليس كافياً في الضمان.

كما أنّ اليد لو كانت يداً مأذونةً أو مستأمنةً لَمْ تكن يد ضمان، ممّا يدل على أنّ اليد في نفسها بما هي هي ليست سبباً للضمان، بل اليد غير المستأمنة والعقد الذي هو منشأ لصدق أنّ اليد ليست يداً مستأمنة كانت اليد يد ضمان، ممّا يعني أنّ للعقد سببية في ذلك.

فإنْ قلتَ: قد اتفق الأعلام على أنّ تلف المبيع قَبْل قبضه مِن مال بائعه، أي: أنّ مقتضى تلف المبيع قَبْل قبضه انفساخ المعاملة، ممّا يعني أنّ العقد في حدّ ذاته ليس له أيّة سببية، وإنّما المدار على اليد.

---

[2] المصدر السابق، ص 262 – 263.

قلتُ: إنّ محلّ الكلام العقد الباقي لا العقد المنفسخ.

وقد أفاد ذلك (قُدّس سرّه) بقوله: **(فعليه يكون كل عقد بيع ونحوه من العقود موجبا للضمان مع بقائه، فلو فرضنا أن التلف وقع مع بقاء العقد كان الضمان بالمثل والقيمة الواقعية، لكن العقود تنفسخ بالتلف، فالعقد سبب للضمان، وبالتلف ينفسخ، والانفساخ بحكم الشرع أو العرف لا يوجب رفع السببية، بل يوجب رفع السبب، فالمراد بالسببية السببية الذاتية، وفائدة الجعل تظهر في العقد الفاسد)**[3].

وتوضيحه:

أنّ هناك فرقاً بين رفع السببية ورفع السبب، أي: أنّ مِن القوانين المشرعة أنّ كلّ عقد جزء مِن سببية الضمان.

واتصاف العقد بالسببية بَعْد المفروغية عن حكم الشارع والعقلاء، يعني: أنّ السببية ذاتية للعقد، وبالتالي إذا تلف المبيع قَبْل قبضه فكان مِن مال بائعه لَمْ ترتفع السببية؛ لأنّ السببية ذاتية للعقد، وإنّما الذي ارتفع السبب، يعني: السبب لَمْ يوجد، لا أنّ السببية انتفت.

نظير أنْ يُقال: "النارُ سببٌ للإحراق"، وأمّا إذا لَمْ توجد النار فعدم الإحراق مِن باب انتفاء السبب، لا مِن باب انتفاء السببية.

كذلك سببية العقد للضمان لَمْ يرفعها الشارع كي يقال بأنّ تلف المبيع قَبْل قبضه مِن مال بائعه تخصيص للسببية، وإنّما الذي ارتفع هو السبب ببركة الانفساخ.

المطلبُ الثالث: قال (قُدّس سرّه): **(هذا حال العقود الصحيحة، والعقود الفاسدة أيضاً كذلك، أي يكون العقد جزء السبب للضمان، والاستيلاء جزؤه الآخر، فلا الاستيلاء بذاته سبب –ولهذا لو استولى عليه بإذن منه أو بأمانة شرعية لا يوجب ضماناً– ولا العقد بنفسه بلا استيلاء سبب، لكن الاستيلاء المسبوق بالعقد الفاسد بتوهم صحته صار موجبًا للضمان، ولو في هذا المورد الشخصي الذي لم تكن قيود أخر توجب تمامية السبب ولو كان اليد تمام السبب، لكن العقد صار سببا بنحو للوقوع فيها. وهذا الاحتمال أقرب من سائر الاحتمالات)**[4]

المطلبُ الرابع: تعليقه (قُدّس سرّه) على ما ذكره المحقّق النائيني (قُدّس سرّه).

---

[3] المصدر السابق، 263.

[4] المصدر السابق، 263 – 264.

حيثُ إنّ المحقّق النائيني (قُدّس سرّه) في منية الطالب قال في موضعٍ: **(يمكن أن يقال بأنّ الضّمان في الصّحيح والفاسد كليهما المثل أو القيمة فإنّ الضّمان بالمسمّى في الصّحيح هو قبل القبض وهو خارج عن القاعدة فإنّها أسّست لموارد ضمان اليد وهو يتحقّق بالقبض)**[5].

وفي موضعٍ ثانٍ قال (قُدّس سرّه): **(القاعدة حيث ما عرفت أنّها لتأسيس تمييز موارد التّسليط المجّاني عن غيره)**[6].

وفي موضعٍ ثالثٍ قال (قُدّس سرّه): **(فتحصّل ممّا ذكرنا كله أمور الأوّل أنّ هذه القاعدة أسّست لموارد تمييز اليد المجّانيّة عن غيرها النّاشئة عن العقود)**[7].

وحاصلُ ما أفاده (قُدّس سرّه):

أنّ هذه القاعدة –وهي قاعدة: (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده)– لتمييز أنّ الموارد على قسمين: موارد التسليط المجاني فلا ضمان، وموارد التسليط غير المجاني ففيه ضمان، فقولهم: (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) مقصودهم أنّ مَن تسلط على العين بواسطة العقد خرج عن كونه تسليطاً مجانياً وصار تسليطاً مضمناً، أو أنّ مقصودهم أنّ اليد الواقعة على العين بَعْد العقد ليست يداً مستأمنة وإنّما هي يد عادية، فأريد التمييز بين الموردين فتبانوا على هذه القاعدة للتمييز بين الموردين.

فقال بعض الأعاظم (قُدّس سرّه): **(فما قد يقال: من أن القاعدة أسست لموارد ضمان اليد، أو أسست لموارد تمييز اليد المجانية عن غيرها، أو أسست لتمييز موارد التسليط المجاني عن غيره، أو أسست للضمان الناشئ عن المعاوضة أو المجانية بالنسبة إلى ما دخل تحت اليد كلها تخريص)**[8]، بل الصحيح: أنّ القاعدة يرادُ منها أنّ العقد جزء السبب للضمان.

أقولُ:

إنّ ما ذكره (قُدّس سرّه) مبني على كون (ما يضمن) قاعدة عقلائية في نفسها، فمقتضى الاشتراك بين الجملتين وجود جامعٍ مشترك بين الضمان في فرض الصحّة والضمان في فرض الفساد.

---

[5] منية الطالب في حاشية المكاسب، الميرزا محمد حسين الغروي النائيني، بقلم: الشيخ موسى النجفي الخوانساري، الناشر: المكتبة المحمدية، ج1، ص119.

[6] المصدر السابق، 120.

[7] المصدر السابق، ص 130.

[8] كتاب البيع، مؤسسة اسماعليان، الطبعة الرابعة، ص 265 – 266.

وذلك الجامع بينهما -كما أفاد المحقّق الأصفهاني (قُدّس سرّه)- هو أنّ المعنى العرفي واللغوي لكلمة الضمان أنْ يكون الشيء ضمن شيءٍ آخر، وهو ما ذكره ابن فارس في المقاييس بقوله: ((**ضَمَنَ الضَّادُ وَالْمِيمُ وَالنُّونُ أَصْلٌ صَحِيحٌ، وَهُوَ جَعْلُ الشَّيْءِ فِي شَيْءٍ يَحْوِيهِ. مِنْ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ: ضَمَّنَتُ [الشَّيْءَ]، إِذَا جَعَلْتَهُ فِي وِعَائِهِ**)[9].

فعندما يُقال: "ضمان" يعني: كون الشيء في عهدة شخص أو ذمّة شخص، فمتى ما كان درك الشيء وخسارته في عهدة شخص آخر أو ذمّته كان ضامناً؛ وهذا هو الجامع بين فرض صحّة العقد وفساده، غاية ما في الأمر أنّ نوع الضمان في فرض الصحّة يختلف عن نوع الضمان في فرض الفساد، ولكن الجامع بينهما ثابت.

ولكن بعض الأكابر (قُدّس سرّه) لَمْ يقبل بهذا واعتبره مخالفاً للغة والعرف، ثمّ أفادَ بأنّ الجامع بينهما هو الضمان بالمعنى المتعارف ألّا وهو الضمان بالمثل أو القيمة في قوله (قُدّس سرّه) -كما تقدم-: **(ويمكن أن يقال: إن المراد بالضمان في الجملتين هو الضمان المعهود المتعارف، أي الضمان بالمثل أو القيمة الواقعية)**[10].

وفي كلامه (قُدّس سرّه) ملاحظتان:

الملاحظةُ الأُولى:

أنّ المرتكز العقلائي شاهدٌ على أنّ هناك نحوين مِن الضمان:

النحو الأوّل: الضمان بالمُسمى.

النحو الثاني: الضمان الواقعي.

ولكلّ واحدٍ سبب يختص به:

فأمّا سببُ الضمان بالمسمى العقد الجامع للشرائط مِن دون مدخلية للقبض إطلاقاً، أي: متى ما تمّ العقد تحقّق سبب الضمان بالمُسمى وإنْ لَمْ يتحقّق قبضٌ وإقباض، فهذا هو المرتكز العقلائي.

نعم، لو تلف المبيع قَبْل قبضه أوجب الانفساخ؛ لفوت الغرض النوعي المقوم لنفوذ المعاملة، لذلك كان الضمان بالمُسمى ممّا قد انتفى بانتفاء موضوعه، وهو العقد الجامع للشرائط.

---

[9] معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، دار الفكر، ج3، ص 372.

[10] كتاب البيع، مؤسسة اسماعليان، الطبعة الرابعة، ص262.

وأمّا سببُ الضمان الواقعي فهو استناد فوت المال على مالكه للغير، إمّا بالإتلاف أو بتلفه تحت اليد بنحو لولا وقوعه تحت يده لما تلف.

ولا وجه للجمع بينهما؛ فإنّهما مختلفان في نوع الضمان وفي سببه، ولا وجه للجمع بينهما مِن حيثُ السببية للضمان، ممّا يؤكد أنّه لا وجود لهذه القاعدة –وهي: (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده)– وإنّما جيء بها في كلمات الفقهاء ترجمةً وبياناً لأصلٍ عقلائي وهو أصالة الاحترام للمال؛ فإنّ مقتضى أصالة الاحترام للمال أنْ يكون مضموناً إمّا بالمعاملة فيُضمنُ بالمُسمى، أو بوقوعه تحت يد الغير إتلافاً أو تلفاً، وإلّا فالأصل هو قاعدة الاحترام، التي تعني: أنّ المال لا يخرج عن الاحترام سواءً كان العقد صحيحاً أو فاسداً، لا أنّ هناك قاعدة عقلائية أريد تأسيسها مقابل قاعدة اليد أو الإقدام أو القواعد الأخرى وهي أنّ العقد سببٌ في الضمان على نحو الجزئية بضميمة جزءٍ آخر وهو الاستيلاء على العين.

والحمد لله رب العالمين