بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين

واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين

والحاصل: أنّه لا يتصور وجود جامعٍ حقيقي بين الضمان بالمُسمى والضمان بالبدل الواقعي، ممّا يكشف عن أنّ القاعدة ليست هي قاعدة عقلائيّة بنفسها؛ فإنّ ما يتبانى عليه العقلاء يرجع لنكات ارتكازية تشير لجامعٍ حقيقي بين الموردين لا لجامع جنسي كاشتغال الذمّة بعوضٍ، أو جامعٍ انتزاعي نحو عنوان الضمان.

الملاحظةُ الثانية:

لو سلمنا أنّها قاعدة عقلائيّة وأنّ هناك جامعاً بين الموردين، فقد أُفيد في بعض الكلمات عدّة جوامع:

الأوّل: ما ذكره المحقّق الأصفهاني (قُدّس سرّه) في حاشية المكاسب[1] مِن أنّ الجامع بين الموردين هو الجامع اللغوي، وهو كون الشيء ضمن شيء.

ومصداقه في المقام: أنّ كون المال مضموناً على شخص مساوق لكونه ضمن عهدته.

وقد يلاحظُ عليه:

أنّ عنوان الضمان مختلفٌ لغةً عن عنوان الضمن، وإنْ رجعا لأصلٍ اشتقاقي واحد، فإنّ الأوّل عبارة عن الغرامة، والثاني عبارة عن احتواء شيء لشيء وبينهما فرقٌ مفهوم ظاهر، مضافاً إلى أنّه لَمْ يُذكر في كتب اللغة جامعاً بينهما سوى ابن فارس في معجم مقاييس اللغة[2] وهو مِن الكتب المتأخرة لا مثل الصحاح والعين.

الثاني: أنّ الجامع بينهما جامعٌ عقلائي وهو: أنّ خسارة المال ودركه في كيسه –أي: مِن ماله–؛ فعندما يقال: بأنّ فلاناً ضامن فمعنى ذلك أنّ خسارة المال مِن كيسه، وهذا جامعٌ عقلائي بين الضمان بالتسبيب كما في عقد الضمان، والضمان بالمُسمى كما في المعاوضات، والضمان بالبدل الواقعي كما في

---

[1] حاشية كتاب المكاسب، الشيخ محمد حسين الأصفهاني، ج1، ص 76.

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

استيلاء اليد غير المستأمنة، وهو ممّا ينطبق على المقام؛ فإنّ الإجارة إنْ كانت صحيحة كان ضمان المنافع التي ملكها بالإجارة بالأُجرة المُسمّاة مِن كيسه، وإنْ كانت فاسدة فما أتلفه مِن المنافع أو تلف تحت يده فخسارته أيضاً مِن كيسه.

وربما يشكلُ على ذلك: بأنّ الضمان العقلائي لا ينحصر في الضمان بالتسبيب والضمان بالمُسمى، والضمان بالبدل الواقعي، بل يوجدُ صنف رابع وهو ضمان اليد ما تحتها؛ حيثُ إنّ المستفاد مِن النبوي: (**على اليد ما أخذت حتى تؤدي**)[3]، أنّ ما أخذته اليد فهو على اليد، وهذا هو نحو مِن الضمان.

بمعنى: أنّ للعين مضافاً لوجودها العيني الخارجي ثبوتاً اعتبارياً على اليد الآخذة مغيى بالأداء، وهو غير القضية الشرطية التي تعني: (لو تلف كانت الذمّة مشغولة ببدله).

وبعبارةٍ أدق: أنّ هناك فرقاً بين العهدة والذمّة بالنظر العقلائي؛ فالذمّة وعاءٌ للأموال والديون وليست وعاءً للتكاليف، بينما العهدة وعاء للاعتبارات التكليفية؛ فيقال: "الصلاة في عهدة المكلف" لا في ذمّته، بينما الثمن أو الأُجرة في ذمّة المكلف؛ باعتبار أنّها مِن سنخ الديون الماليّة.

فلذلك، إذا مات المكلف أو أُغمي عليه فالمنتفي في حقّه هو العهدة –لا الذمّة–؛ باعتبار أنّ العهدة وعاءٌ للاعتبارات التكليفية المستتبعة للعقوبة، ولا معنى لها في فرض الصبا أو الجنون أو الإغماء القهري أو الموت.

بينما يثبتُ في هذه الفروض وعاء الذمّة، فمَن كان مَدِيناً ما زالت ذمّته مشغولة وإنْ مات، ومَن ترك الحج الواجب عليه فإنّ الحج في حقّه يتحول مِن كونه تكليفاً إلى كونه دَيناً مالياً، أي: يخرج الحج مِن العهدة إلى الذمّة.

وبما أنّ هناك فرقاً بين العهدة والذمّة فلا جامع عقلائي بين الضمان بمعنى اشتغال الذمّة وبين الضمان بمعنى اشتغال العهدة.

مع أنّ قاعدة: (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) تشمل سائر فروض الذمّة والعهدة.

الثالث: ماذكره بعض الأكابر (قُدّس سرّه): مِن أنّ الضمان المنظور في هذه القاعدة هو الضمان المتعارف، –أي: الضمان بالبدل الواقعي–.

---

[3] مستدرك الوسائل، المحدث النوري، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، ج14، كتاب الوديعة، الباب 1 باب وجوب أداء الأمانة، ح12.

وما أُفيد ليس بواضح؛ حيثُ لا يضمن المال بالبدل الواقعي في فرض صحّة العقد وإنّما يضمن بالمُسمى، خصوصاً مع ظهور الباء في (بصحيحه) في باء السببية لا الظرفية، والعقد الصحيح بما هو صحيح لا سببية فيه للضمان بالبدل الواقعي، فكيف يكونُ الضمان المنظور في الجملتين هو الضمان بالبدل الواقعي؟

ولعل مراده (قُدّس سرّه): أنّ مجموع العقد والاستيلاء مِن قِبَل الطرف الآخر سبب للضمان، أي: اشتغال الذمّة على مرتبتين:

الأُولى: مرتبة الضمان بالأصالة، وهو ضمان الشيء ببدله الواقعي، فإنّ معنى الضمان بحسب العرف العقلائي هو ما يحل محل الشيء عند فوته أو تلفه، وما يحل محله حقيقةً هو البدل الواقعي –لا المُسمى–.

فليس للضمان إلّا معنى واحد وهو حلول البدل محل المبدل، ولا يكون ذلك إلّا بالبدل الواقعي.

الثانية: مرتبة الضمان بالمُسمى، وليس هذا تغييراً فيما به الضمان؛ وإنّما جعل المُسمى في مقابل المال مرجعه إلى تراضٍ منهما على أنْ يكون أداء المُسمى أداء للبدل الواقعي، فهو مرتبة تنزلية في مقام الأداء، وإلّا فالمال مضمونٌ ببدله الواقعي.

ولكن قد يُقال:

أوّلاً: سبقّ أنّ الحديث النبوي لَمْ يثبت مِن طرق الإمامية، وإنْ نقله بعض القدماء عن أصول عامية، فلا وجه لدوران المسألة مدار ما يستفاد مِن كلمة (**على اليد ما أخذت**).

وثانياً: على فرض أنّ المستند هو هذه الرواية، فلا يستفادُ مِنها أنّ هناك نحواً مِن الثبوت الاعتباري للعين على اليد؛ فإنّ كلمة "على" لا يستفادُ منها أكثر مِن الحكم التكليفي.

كما في قوله تبارك وتعالى: **{وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا}**[4]؛ فإنّه لا يستفادُ مِن كلمة "على" أكثر مِن الحكم التكليفي المحض، أي: على النّاس أداءُ الحج عند الاستطاعة.

كما لا يستفاد مِن قوله عزّ وجلّ: **{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ}**[5] أكثر مِن الوجوب.

---

[4] سورة آل عمران، 97.

[5] سورة البقرة، 183.

ممّا يؤكد أنّ الحديث لو تمّ سنداً فهو إمضاءٌ للمرتكز العقلائي القائم على أن كلّ مَن وقعت العين تحت يده مِن دون إذنٍ مِن المالك أو استئمان فعليه أنْ يؤديها إلى مالكها، وهذا ليس مِن باب الضمان في شيء؛ فإنّ الضمان عبارة عن الغرامة والحلول محل الشيء، وهذا لا ينطبق على كون اليد مكلفةً بأداء ما تحتها.

ولا يُتعقل للثبوت الاعتباري للعين على اليد غير أحد محتملين:

المحتملُ الأوّل: اشتغال الذمّة بالمال، وهو عبارة عن الضمان بالمسمى أو بالبدل الواقعي لا غير.

المحتملُ الثاني: لزوم إعادة العين تكليفاً لمالكها، وليس بضمان، مضافاً لا مكان لدعوى انصراف هذه القاعدة العقلائيّة وهي: (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) لو سلمت عن الحكم التكليفي الثابت على اليد؛ فإنّ الحديث غيرُ ناظرٍ لعالم العهدة إطلاقاً.

والحمد لله رب العالمين