



المال المثل والمال القيم

في الفقه الاسلامي

دراسة مقارنة مع القانون

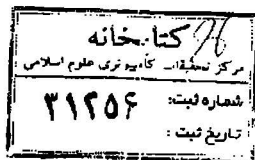


عباس كاشف الغطاء



shiabooks.net

رابطہ پیدیل < mktba.net



موضوع:

فقه استدلالی: ۱۵۶ (فقه و حقوق: ۲۹۵)

گروه مخاطب:

– تخصصی (طلاب، دانشجویان، پژوهشگران و اساتید حوزه و دانشگاه)

شماره انتشار کتاب (چاپ اول): ۱۶۸۰

مسلسل انتشار (چاپ اول و بازچاپ): ۴۱۳۵



مرکز تحقیقات کلامی و فقهی علوم اسلامی

کاشف الغطاء، عباس. ۱۳۶۱ / ۱۳۴۰ ش -

فصل العالی و عالی فقهی فی فقه الاسلامی: دراسته مقارنه مع القانون / عباس کاشف الغطاء - قم: مؤسسه بوسان کتاب مرکز طبایع و نشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامی، ۱۴۳۰ ق. - ۱۳۸۸
[۱۳۴۰ ق. - مؤسسه بوسان کتاب - ۱۳۶۸ هجری و حقوق: ۲۹۵، فقه استدلالی: ۱۵۶]

ISBN 978-964-09-0333-9 - ۹۸۰۰ تومان

فهرست نویسی براساس اطلاعات فیا

در اصل پایا بنامه (دکتری) جامعه خداد. ۱۴۱۳ ق. - ۱۴۹۲ م. - ۱۳۷۱

ع. ع. به انگلیسی: Abbas Kashif al-Ghita. Replaceable Property and Priced Property in Islamic

Fiqh A Comparative Study with the Law

کتابنامه: ص. [۳۷۱] - ۳۹۹، همچنی به صورت زیر نویس

۱. معاملات (فقه). ۲. خرید و فروش (فقه). ۳. معاملات - قوانین و مقررات - عراق. ۴. معاملات - مطالعات تطبیقی.

الف. دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم. مؤسسه بوسان کتاب. ب. عنوان.

۲۹۷/۲۹۷

BP ۱۹۰ / ۱۲۲

۱۳۸۸

﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾

﴿وَمَا أَوْتَيْنَاهُ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾^١

﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ
رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ﴾^٢

﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا
أَكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا
تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا
وَلَا تُعَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا
وَأَرْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾^٣

صدق الله العلي العظيم

١. الإسراء: ٨٥.

٢. آل عمران: ٨.

٣. البقرة: ٢٨٦.

نوقشت هذه الرسالة لنيل درجة
الدكتوراه في العلوم الإسلامية في جامعة
بغداد، سنة (١٤١٣ هـ = ١٩٩٢ م)، و
حصل الطالب على درجة «جيد جداً».

ملخص الرسالة

يعني هذا البحث باستنباط نظرية عامة في الفقه الإسلامي اصطلاح عليها الباحث بنظرية المال المثلي و المال القيمي و هي تستند إلى أصول الشريعة الإسلامية و قواعدها و أحكامها، و إلى تطبيقات الفقهاء و آرائهم.

و توزعت جزئيات البحث على تمهيد وباين و خاتمة. تناولت في التمهيد تعريف المال و أقسامه، و اشتمل الباب الأول في تأسيس النظرية على أربعة فصول: الفصل الأول: في تعريف المال المثلي و المال القيمي، و الفصل الثاني: مماثلة و شروط و أركان المال المثلي و المال القيمي، و الفصل الثالث: خلافة المثل أو القيمة للمضمون، و الفصل الرابع: تردد المال بين المثلية و ائتمية.

أمّا الباب الثاني: فهو في أحكام المال المثلي و المال القيمي، و يحتوي على ستة فصول: الفصل الأول: في حكم تعدد المثل، و الفصل الثاني: في سقوط و نقصان و زيادة قيمة المثل، و الفصل الثالث: في العوامل المؤثرة في تحديد قيمة القيمي، و الفصل الرابع: في تحديد حق المالك باختلاف الأمكنة. و الفصل الخامس: في اختلاط و انقلاب المال المثلي و المال القيمي، و الفصل السادس: في الفرق بين المال المثلي و المال القيمي.

وجاءت الخاتمة في النتائج التي توصّل إليها الباحث.

لقد سلك الباحث في طول البحث منهج الموازنة بين الآراء، و ترجيح رأي على

رأي بحسب قوة الدليل، كما قام الباحث بالمقارنة مع القانون المدني العراقي، وتمّ الالتزام في البحث بتوثيق النصوص، و الرجوع إلى المصادر الأصلية المعتمدة. وكان للباحث اجتهاد في الفهم والرأي، وختم البحث بخلاصة تضمنت نتائج البحث وأهمها التوصل إلى نظرية عامة اختص بها الفقه الإسلامي، و تفرد بصفته عائلة تشريعية مستقلة.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الغر الميامين، وصحبه الكرام المنتجبين إلى يوم الدين.

وبعد، فللمال في الشريعة الإسلامية أهمية خاصة، وملحظ متميز، فقد استأثر بعناية فقهاء الإسلام قديماً وحديثاً، وألوه من العناية الفائقة ما تشهد به مصنفاتهم الفقهية؛ إذ استغرت تلك الجهود المبذولة عن ثروة واسعة من الأحكام تعتز المكتبة الإسلامية بها.

وانصبت تلك الدراسات العميقة على بيان معالم الطرق المشروعة لكسبه وجوه التصرف به، كما أضافت الحماية اللازمة له، فأوجب احترام الأموال في أيدي أصحابها، ومنعت الاعتداء على أموال الغني.

قال تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^١، كما قرره رسول الله ﷺ بقوله: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه»، و«كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله و عرقه». وفي تقرير هذه المعاني كثيرة من الآيات والروايات.

إن أهمية الفقه الإسلامي - الذي يبت قواعد العامة على فكرة المصلحة والعدل - تظهر في أصالة مبادئه وقدرته على احتواء حاجات الناس و ضمان مراعاتها في مختلف عصورهم و بيئاتهم.

أهميّة البحث

و تتجلى أهميّة البحث في كونه وسيلة لتحقيق غايات عدّة تعود منفعتها إلى الفرد و المجتمع، و تتّصل بمجموعها في النواحي الاقتصاديّة و الاجتماعيّة و النفسيّة، كما تتّصل بالجوانب الأخروية.

ففيما يتّصل بالنواحي الاقتصاديّة - و هو أوّل ما يتبادر إلى الذهن من تلك الغايات - هو تحقيق ضمان ما يأكله الإنسان من مال الغير بالباطل، و إقامة التوازن الاقتصادي بين ما يعطي و ما يأخذ في معاملاته.

و من ثمرات هذا البحث و نتائجه الإيجابية - إذا ما تجاوزنا الغاية الاقتصاديّة - أنّه يبعث في الإنسان الطمأنينة بما يكفّله له من الحصانة المشروعة لحفظ حقوقه إضافة إلى ما ينميه فيه من عزيمة الإقدام على وضع ماله بيد الآخرين و الثقة بهم في الوفاء. و أمّا وظيفته الاجتماعيّة، فإنّه يحوّل بين أن يبني أحد على مال أحد، و يحدّد سلوك القائمين بتلك الوظيفة لئلا يتعسفوا في استعمال حقوقهم، كما يرد آثار بعض الأعمال السيئة على أصحابها.

كما تتأكّد أهميّة الموضوع في أنّه وسيلة تمنع وجود المنازعات أو تزيلها بدرء خطر العداوة و البغضاء، و ما يكسبانه من آثار سيئة على المجتمع.

و من غايات البحث المهمة ما هو أجلّ و أسمى من جميع ما تقدّم ذلك رسم الخطوط العريضة للمنهج الحقّ في ضوء مراعاته بما يضمن - من غير شك - تجاوز آثاره إلى الحياة الأخرى. و هو رضا الربّ في نيل الثواب و رفع العقاب.

فموضوع الرسالة يسلّط الضوء على ما من شأنه أن يحقق غايات سامية هي فيما بين العبد و ربّه، و فيما يتّصل بخلق الإنسان و اقتصاده و بقيّة روابطه، و بقدر تعلق الشخص بأبعاد هذه الغايات التي تنظّم سلوكه على أساس العدل و تضفي عليه الخير و الطمأنينة.

ولما كانت مسائل المال المثلي و المال القيمي موزعة في أكثر الأبواب الفقهية، كالقرض و تلف المبيع بالعقد الفاسد و تلف وثيقة الرهن و الوديعة و العارية بشتم و تفريط و النصب و غيرها، و الكشف عن معالجة كل مسألة يحتاج إلى زمن لا تنهض به.

فترة إعداد أطروحة جامعية و يحتاج إلى مجلدات؛ لذلك رأيت من المناسب أن أعرض الموضوع من خلال نظرية متماسكة الأسس واضحة المعالم، تلمّ شتات الموضوع في قواعد عامة و أحكام كلية تجمع أصول المسائل، كأداء المثل عن المثلي و القيمة عن القيمي، و هذا وجه في اختيار الموضوع.

و أما الوجه الثاني؛ فهو أنّ كثيراً من فقهاء القانون و من تابعهم من الباحثين ما زالوا يروجون لفكرة أنّ الفقه الإسلامي ليس له عناية بالنظريات و لا المبادئ العامة بالأخصّ فيما يتصل بالمسؤولية المدنية، و أنّه فقه حوادث جزئية و وقائع عملية و مسائل افتراضية، و هذا لم يكن عيباً بل يعدّ مزية و ليس هو أمانة على القصور.

إن إبراز نظرية في الفقه الإسلامي يسهم بفي إبراز المنهج العملي و التفكير المنطقي الذي جرى عليه الفقهاء المسلمون و هو يكشف - في الوقت عينه - عن شمولية هذا الفقه و حيويته.

إنّ عنوان المال المثلي و المال القيمي مبني على انقسام المال إلى قسمين، و طبيعة الحال ينحصر البحث في الأموال التي تقبل القسمة، و أما الأموال التي لا تكون إلّا من قسم واحد و هي المنافع، فإنّها لا تكون إلّا أموالاً قيمية تخرج عن موضوع الرسالة. فالمنافع المستوفاة و المتلفة و التي تقع المعاوضة عليها تخرج عن البحث؛ لأنّها لا تكون إلّا أموالاً قيمية.

هذا إذا أعدت المنافع أموالاً كما عليه جمهور الفقهاء، و أمّا إذا سلبت عنوان المائنة كما هو المشهور عند فقهاء الحنفية، فخروجها عن موضوع الرسالة واضح؛ إذ هي ليست أموالاً، كما سيأتي توضيح ذلك.

و قد استقرت أبواب الفقه الإسلامي لأبّين الأحكام و الفتاوى التي صدرت من قبل فقهاء المسلمين القائمة على أساس تقسيم المال إلى مثلي و قيمي.

و شملت النظرية قسم المعاملات في أكثر من باب من أبواب الفقه الإسلامي، و إن كان أهم مصب من مسائل نظرية المال المثلي و المال القيمي هو الضمان لما يتوجب على الضامن في إبراء ذمته أو المقرض عند الوفاء.

و لقد سلكت في البحث منهجية الفقهاء ولكن خلال منهجيتهم أرسم منهجية الرسالة من خلال مناقشة الآراء و بيان الرأي المختار حتى يكون القارئ على إطلاع و معرفة بالفرق بين المنهجيتين.

و كان من طبيعة البحث أن ينتظم في تمهيد و باين و خاتمة.

و قد جاء التمهيد في تعريف المال و أقسامه مشتملاً على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف المال، و يحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في المعنى اللغوي للمال، و المطلب الثاني: في المعنى الاصطلاحي للمال، و المطلب الثالث: في تعريف المال في القانون المدني.

أمّا المبحث الثاني: فهو في تقسيم المال.

أمّا الباب الأول: فهو في تأسيس النظرية و يشتمل على أربعة فصول، تناولت في

الفصل الأول تعريف المال المثلي و المال القيمي، و يحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف المال المثلي، و فيه ثلاثة مطالب. المطلب الأول: المعنى

اللغوي للمثل، و المطلب الثاني: تعريف المال المثلي اصطلاحاً، و المطلب الثالث:

تعريف الفقهاء المحدثين.

و المبحث الثاني: تعريف المال القيمي، و يحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: المعنى اللغوي للقيمة، و المطلب الثاني: تعريف المال القيمي

اصطلاحاً.

والمبحث الثالث: تعريف المال المثلي و القيمي في القانون.

و اشتمل الفصل الثاني على أربعة مباحث:

المبحث الأول: في المماثلة في الأموال، و يحتوي على مطلبين: المطلب الأول: في الصفات التي تعتبر فيها المماثلة، و المطلب الثاني: المماثلة المعتبرة في الشرع.
و المبحث الثاني: شروط و أركان المال المثلي و المال القيمي.
و المبحث الثالث: حصر الأموال المثلية و الأموال القيمية.
و أما المبحث الرابع: فهو في اختلاف المال المثلي و المال القيمي حسب المكان و الزمان.

و تناولت في الفصل الثالث: خلافة المثل أو القيمة للمضمون، و يحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في الضمان قبل تعذر المضمون، و يشمل على مطلبين:
المطلب الأول: الأصل دفع العين، و المطلب الثاني: الأصل ردّ المثل أو القيمة.
و المبحث الثاني: في ضمان بعد تعذر ردّ العين، و يشتمل على مطلبين:
المطلب الأول: الأصل في الضمان المثل، و المطلب الثاني: الأصل في الضمان القيمة.

و المبحث الثالث: تحديد تفريغ الذمة في المال القيمي، و يشتمل على مطلبين:
المطلب الأول: القول بدفع المثل، و المطلب الثاني: القول بدفع القيمة.
أما الفصل الرابع: فقد جاء في تردّد المال بين المثلية أو القيمية، و احتوى على ستة مباحث:

المبحث الأول: في القول بدفع المثل، و المبحث الثاني: في القول بدفع القيمة، و المبحث الثالث: في القول بتخيير الضامن أو المالك، و اشتمل على مطلبين:
المطلب الأول: في القول بتخيير الضامن، و المطلب الثاني: في القول بتخيير المالك.
و جاء المبحث الرابع: في القول بحكم القرعة، و المبحث الخامس: القول بالصلح الفهري، و المبحث السادس: القول بالتصنيف.

و جاء الباب الثاني: في أحكام المال المثلي و المال القيمي، و اشتمل على ستة فصول:

الفصل الأول: في حكم تعذر المثل، و يحتوي على خمسة مباحث، فتكلّمت في المبحث الأول على المراد بالتعذر و الفقدان، و يشمل على مطلبين: المطلب الأول: في التعذر حسب الأمكنة، و المطلب الثاني: في التعذر حسب الزمان.

و تناولت في المبحث الثاني: ما يثبت في الذمة بعد تعذر المثل. و المبحث الثالث في تفرغ الذمة بدفع القيمة بعد تعذر المثل، و يشتمل على مطلبين: المطلب الأول: في توقّف دفع قيمة المثل المتعذر على المطالبة، و المطلب الثاني: القيمة المدفوعة عند تعذر المثل.

و المبحث الرابع في تشخيص الوقت لتحديد قيمة المثل أو المثلي. و جاء المبحث الخامس في التمكن من المثل بعد دفع القيمة. و تعرّضت في الفصل الثاني لسقوط و نقصان و زيادة قيمة المثل، و هو يحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في سقوط المثل عن المائيّة، و اشتمل على ثلاثة مطالب: المطلب الأول: القول بدفع القيمة، و المطلب الثاني: القول بدفع المثل، و المطلب الثالث: في تعيين قيمة المثل الساقط عن المائيّة.

و جاء المبحث الثاني: في نقصان قيمة المثل عن المثلي. أمّا المبحث الثالث: ففي زيادة قيمة المثل عن المثلي. و تطرّقت في الفصل الثالث إلى العوامل المؤثرة في تحديد قيمة القيمي.

و تعرّضت في الفصل الرابع: إلى تحديد حق المالك باختلاف الأمكنة، و يشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تحديد حق المالك في المال المثلي حسب الأمكنة، و فيه

مطلبان:

المطلب الأول: تحديد حق المالك في غير الأثمان. والمطلب الثاني: مطالبة الأثمان حسب الأمكنة، أما المبحث الثاني: ففي تحديد حق المالك في المال القيمي حسب الأمكنة.

وتطرقت في الفصل الخامس: إلى اختلاط و انقلاب المال المثلي و المال القيمي، و يحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: اختلاط المال المثلي و المال القيمي. و يشمل على أربعة مطالب: المطلب الأول: في اختلاط المثلي بمثله، و المطلب الثاني: اختلاط المثلي بأجود منه، و المطلب الثالث: اختلاط المثلي بأردأ منه، و المطلب الرابع: اختلاط المثلي بغيره، و المطلب الخامس: اختلاط المثلي بالماء، و المطلب السادس: اختلاط المال القيمي. أما المبحث الثاني: ففي انقلاب المثلي و المال القيمي، و يحتوي على أربعة مطالب: المطلب الأول: في انقلاب المال المثلي إلى مال قيمي، و المطلب الثاني: انقلاب المال القيمي إلى مال مثلي، و المطلب الثالث: انقلاب المال المثلي إلى مال مثلي آخر، و المطلب الرابع: انقلاب المال القيمي إلى مال قيمي آخر. وجاء الفصل السادس: في الفرق بين المال المثلي و المال القيمي، و اشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: في المقاصة في الأموال المثلية و الأموال القيمية. والمبحث الثاني: في الفرق بين كون الثمن في السلم مثلياً أو قيمياً، و يحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: اشتراط معرفة مقدار الثمن إذا كان مثلياً في عقد السلم. والمطلب الثاني: في عدم اشتراط معرفة مقدار الثمن إذا كان مثلياً في عقد السلم. و جاء المبحث الثالث. في الثمن المثلي أو القيمي في المراجعة و التولية و الوضعية. أما المبحث الرابع: ففي الشفعة في المال المثلي و المال القيمي.

و جاءت الخاتمة في النتائج التي توصل إليها الباحث.

و نظراً لأهمية الموضوع، فإنّ دراستي له ستكون مقارنة بين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية. كما أبين رأي القانون المدني العراقي، و مقارنته برأي فقهاء الشريعة. فقد حاولت في ذلك أن أرجع إلى رأي الفقيه في أيّ مذهب إلى الكتب المعتمدة لديهم، و عرض الأقوال بكلّ موضوعيّة و تجرّد، موازناً بين الآراء، و مناقشاً إيجاباً، مستنداً إلى أدلّة الشرع و قواعده و مبادئه و أصوله، لأخلص إلى ترجيح ما قام الدليل على رجحانه في نظري.

كما اعتنيت - قدر الوسع - بذكر آراء القانون العراقي المدني؛ معتمداً على موادّ التقنيات المدنية، و آراء شراح القانون؛ مقتصرأ عليه، و لم أغفل إيراد التطبيقات القضائية، و بالأخصّ قضاء محكمة التمييز في العراق.

و أما المباحث التي لم أذكر فيها رأي القانون المدني العراقي فيها، فالسبب هو عدم وجود موادّ قانونيّة، أو آراء لفقهاء القانون تبين رأي القانون في تلك النواقعة.

و لقد اعتمدت في تحصيل مسائل رسالتي، و آراء الفقهاء و المذاهب الإسلامية المختلفة - و هي الإماميّة، الحنفيّة، الشافعيّة، الحنبليّة، المالكيّة، الزيدية، الظاهريّة، و الآباضيّة - على الكتب المعتمدة لكلّ مذهب من هذه المذاهب من مطبوعات و بعض من المخطوطات، و رمزت للمخطوط بحرف «م» أما عنوان الكتاب و كتب التفسير، و الحديث، و علم الرجال، حيثما أحوّجني البحث إلى ذلك، و كذلك كتب القانون المدني العراقي و شروحه.

إنّ ما جاء في الرسالة إن كنت أصبت فيه فذلك من فضل الله، و إن كنت أخطأت فذلك منّي؛ فإنّني قصدت بلوغ المرام، فلست أدعي لبحتي هذا بلوغ شاكلة الصواب و إصابة مفصل الحقيقة في لحمته و سدها، ولكنّه جهد المستطاع، و غاية الوسع، و نتيجة الجهد الدائب، و السعي المتّصل، و صدق الله العليّ العظيم؛ إذ يقول: ﴿لَا يَكْفُرُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ

أَخْطَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِزْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ^١.



تمهيد

تعريف المال وأقسامه

قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا﴾^١.

أخبر الله سبحانه وتعالى عن المال بأنه زينة الحياة الدنيا، فهو محو السعادة متى أخذ من مصادر مشروعة، و صرف في مواضعه المطلوبة شرعاً، و من أكبر أسباب الشقاء إذ عدل به عن الصراط السوي، و هو مدعاة الحضارة و العمران، كما أنه مجلبة الدمار و الخسران، عليه تزدحم المطامع، و به تنال المآرب. و بينما تجده مثار الفتن، و معترك النزاع؛ إذ تراه يصارع الضغائن فيصرعها، و يستأصل الأحقاد من منابتها فيجثتها، لولاه لاستراح القضاة من أكثر القضايا، و لأمن العطب كثير من نفوس البرايا، لفظ ضئيل، و معنى كبير، بنيت عليه المعاملات، و تفرغت منه أكثر المخاصمات. و قد ذكر القرآن الكريم لفظ المال ستاً و ثمانين مرة. فلا بد من معرفة معناه لما يتعلق به من أحكام شرعية ينبغي العمل بها، كإخراج أموال الزكاة، و معرفة ما يثبت في الذمة بمثله، و ما يثبت بقيمته، و ما يقع فيه الربا و ما لا يقع و غيرها من الأحكام، و قبل أن نستعرض تعريف الفقهاء للمال لتحديد المعنى الشرعي له، لابد أن نقف على المعنى اللغوي له.

المبحث الأول: تعريف المال

المطلب الأول: المعنى اللغوي للمال

المال مشتق من مادة «مَوَّلَ» يَذْكُرُ وَيُؤْتِ، يقال: هو المال و هي المال. و المال معروف، ولا عجب في القول بأن معنى المال معروف؛ لأن من يقال له - مثلاً - ليس لك أن تعتدي على مال غيرك، لا يسأل عن المراد بهذه الكلمة، بل يفهما على الفور، على أن صاحب لسان العرب رأى أن يزيد الأمر وضوحاً، فقال:

المال معروف: ما ملكته من جميع الأشياء، و جمعه أموال.^١

و يوضح ابن الأثير المراد بالمال أكثر فيقول: «المال في الأصل: ما يملك من الذهب و

الفضة - ثم أطلق على - كل ما يقتنى و يملك من الأعيان».^٢

و أكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم.. وفي المأثور:

«نهى عن إضاعة المال».

قبل: أراد به الحيوان. و أوضح ابن جني أصل المال من «مَوَّلَ يوزن فَرَقَ» ثم انقلبت

الواو ألفاً؛ لتحركها و انفتاح ما قبلها، فصارت مالاً. و مال الرجل يَمُولُ، و يمال مؤلّ و

مؤولاً إذا صار ذا مال. و امرأة مليّة ذات مال، و تصغيره مويل. و ما أمولك، أي ما أكثر

مالك.^٣

و الحقيقة أن المال يطلق على معانٍ عدّة تختلف ضيقاً و اتساعاً؛ إذ أن منهم من

خصّصه بما يملك من الذهب و الفضة.

و قال آخرون: إن المال هو الثياب و المتاع و العروض. و أما من توسّع، فقد عرّفه

١. لسان العرب، ج ٣، ص ٥٥٠، «مول».

٢. النهاية في غريب الحديث و الأثر، ج ٤، ص ١١٤، «مول».

٣. لسان العرب، ج ٣، ص ٥٥٠؛ القاموس المحيط، ج ٤، ص ٥٣؛ تاج العروس، ج ٨، ص ١٢١، «مول».

بأنه كل ما يقتنى ويملك من جميع الأشياء كما مر، ويشهد على ذلك قوله ﷺ: «يقول ابن آدم: مالي مالي. و هل لك يا ابن آدم من مالك إلا ما أكلت فأفنيته، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت»^١.

و بناءً على هذا، فإن المال في اللغة يشمل جميع ما يملكه الإنسان من ذهب وفضة وحيوان ونبات وأرض.

أما ما لا يملكه الإنسان، فلا يسمى مالاً في اللغة، كالطير في الهواء، و السمك في الماء، و المعادن في باطن الأرض.

و يلاحظ من جميع هذه النقول أن المال في اللغة يطلق على كل ما تملكه الإنسان و حازه بالفعل. أما ما لا يملكه و لم يدخل في حيازته بالفعل، فلا يعدّ مالاً في اللغة، و من هنا علّم سبب اختلاف العرب في إطلاق أسم المال، فكل فريق يستى ما معه مالاً، فأهل الإبل يستونها مالاً، و أهل النخيل يستونها مالاً، و أهل الذهب و الفضة يستونها مالاً، و هكذا. فالتغاثر في معنى المال يأتي بناءً على الغالب في عرف الناس من الأموال.

و يرد على التعريف اللغوي بأنّ الدين مال مع العلم بأنّه ليس داخلاً في التعريف، ولا سيّما إذا كان الدين في ذمّة المدين، كما لم يشمل تعريفهم المنفعة، و لم تعدّ من الأموال؛ إذ مثّلوا بالأعيان فقط و لعلّ عذرهم في ذلك أنّ وظيفة اللغوي تنحصر في بيان موارد استعمال الكلمة. فاكتمى بذكر ما يطلق عليه لفظ المال دون بيان ماهيّة.

المطلب الثاني: المعنى الاصطلاحي للمال

اختلف الفقهاء في تحديد المعنى الاصطلاحي للمال تبعاً لاختلاف نظرهم فيما يعدّ مالاً، و ما لا يعدّ على اتجاهين.

١. صحيح مسلم بشرح النووي، ج ١٨، ص ٩٤؛ سنن الترمذي، ج ٤، ص ٤٩٤.

الاتجاه الأول: تعريف المال عند جمهور الفقهاء.

توسع جمهور الفقهاء في تحديد المعنى الاصطلاحي للمال، فشمل الأعيان و المنافع و بعض الحقوق^١.
الإمامية حدّد فقهاء الإمامية مفهوم المال و المالّية من خلال كلامهم على كون المبيع متمولاً.

و قد أوضح العلامة الحلي مفهوم المال بما كان فيه منفعة مقصودة، و هذه المنفعة محلّلة عند الشارع فما لا منفعة فيه ليس مالاً، و ما أسقط الشارع منفعته لا يعتبر مالاً، كآلات القمار، و اللهو، و الخمر، و ذلك بقوله: «لا يجوز بيع مالا منفعة؛ لأنّه ليس مالاً»^٢.

فلا يؤخذ في مقابلته المال، كالحبّة و الحبّتين من الحنطة، و لا يعدّ مالا ينتفع به مالاً، كبعض الحشرات، و الحيوانات، و الفضلات، و الديدان لخستها، و عدم التنفّات نظر الشارع إلى مثلها في التقويم، و لا تثبت الملكية لأحد عليها، و لا اعتبار بما يورد في الخواص من منافعتها فإنّها مع ذلك لا تعدّ مالاً.

١. قسم الفقهاء الحقّ بحسب أحكامه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما لا يقبل المعاوضة بالمال و هو ما لا يجوز جعله ثمنًا، كحقّ الأوليّة، و حقّ الولاية.

القسم الثاني: ما لا يقبل النقل - و إن قبل الانتقال بغير اختيار مع وجود سببه - كالإرث، و مثل له بحقّ الشفعة و حقّ الخيار.

القسم الثالث: ما يقبل النقل و الانتقال، و يقابل بالمال في الصلح، و مثل له بحقّ التحجير، و حقّ التأليف و الابتكار.

فيض الحقوق من الأموال لأنّ المال ليس من المعقولات الخارجيّة، بل هو مقوم برغبة الناس في الشيء رغبة عقلانيّة، و قيام اعتبارهم على كونه مالاً، فمثلاً حقّ التأليف و الابتكار ذو قيمة مألّفة، و يترتب على ذلك أنّ استيلاء الغير عليه غير مشروع، و التسبّب بالإضرار في ذلك يوجب الضمان.

راجع: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٣٨؛ مهذب الأحكام، ج ١٧، ص ٢٥٤؛ المسائل المستحدثة، ص ٢٣٣؛ الحكم و الحقّ، ص ١٨٤.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ٧، ص ١٩.

ويلاحظ أنَّ تعريف العلامة الحلبي يقتضي حصر المائيّة في العين، ولعلَّ عذره أنَّ مقصوده هنا فيما يصحّ بيعه من الأموال، فذكر الأعيان فقط بينما في عقد الإجارة عدّ المتفعة من الأموال، وذلك من خلال تعريفه لها بأنّها «عقد يقتضي تمليك منفعة خاصّة بعوض معلوم»^١.

وجاء في القاعدة «٢٤٠» من كتاب القواعد والفوائد مفهوم المال من خلال الكلام في كون المبيع ممّا يتموّل، وذلك بعدم صحّة العقد على ما لا يتموّل؛ لعدم الانتفاع به، كحبة الدخن؛ لأنّ بذل المال في مقابلها سفه.^٢

والظاهر أنَّ مقياس المائيّة هو ما أشرتُ إليه سابقاً وهو ما ينتفع به منفعة محلّلة مقصودة عند العقلاء والشرع.

وحَدّد صاحب المكاسب مفهوم المال بما ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء، محلّلة في الشرع، واحترز بهذا:

أولاً: ما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء فليس مالاً عرفاً، كالحشرات والديدان؛ فإنّها لا يصحّ عرفاً بذل المال بإزائها، ونفي الفائدة عنها. وقسّم عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى خسة الشيء، كالحشرات، وإلى ما يستند إلى قلته، كحبة الحنطة. وذكر أنَّ ما يستند إلى قلته ليس مالاً وإن كان يصدق عليه الملك، ولذا يحرم غصبه إجماعاً.^٣

اعتراض: إنّ بعض الحشرات والديدان لها قيمة عند بعض الناس، كاستخراج الأدوية منها مثلاً.

الجواب: إنّ الفوائد النادرة ليست مقياساً للمائيّة لدى الفقهاء وإلاّ لما أمكن نفي المائيّة عن أيّ شيء أصلاً؛ إذ ما من شيء إلاّ وله منفعة ما لشخص ما.

١. المصدر، ج ٢، ص ٢٨٦ (الطبع الحجري).

٢. القواعد والفوائد، ج ٢، ص ٢٤٠.

٣. المكاسب، ج ١٠، ص ٥٨.

و ثانياً: كون المنفعة محللة في انشراح، فليس بمال شرعاً، كالخمر و الخنزير. و عزف الشيخ محمدحسين كاشف الغطاء المال: «بأنه كلّ ماله قيمة مائية في عرف الناس»، و يشمل الأعيان و المنافع و بعض الحقوق^١، كالحقوق المستجدة. كحق التأليف، و حق براءة الاختراع و غيرها من الحقوق التي هي بمثابة أفكار لأصحابها تعدّ مشمولة بصفة مائية، لأنّ لفظ «كلّ» من ألفاظ العموم، كما هو مقرّر عند الأصوليين.^٢

و يرد على هذا التعريف بأنّه تعريف للمال بنفسه. تمّ إنّ فقهاء الإمامية عندهم أنّ كلّ مال مضمون، و ليس كلّ مضمون مالاً، كأرش الجنائيات على الأطراف و أرش البكارة. بما أنّ المنافع مضمونة، فتعتبر عندهم من الأموال.^٣

و نخلص من هذا إلى أنّ معيار المائية عند فقهاء الإمامية كون الشيء مباحاً به شرعاً، و له أثر في الانتفاع عند العقلاء. فلم تكن العينية معياراً للمائية، فشمّل المال بهذا المعيار الأعيان، و المنافع، و بعض الحقوق.^٤

الشافعية: حدّد الامام الشافعي المال بقوله «لا يقع أسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها، و تلزم متلفه و إن قلّت، و مالا يطرحه الناس كالفلس. و ما أشبه ذلك».^٥ فعبارة «ماله قيمة يباع بها» عامة تشمل كافّة الأعيان؛ لأنّ البيع يقع على الأعيان، فمعيار مائية الأشياء عند الشافعي هو إمكان مقابلة الشيء بقيمة مائية يباع و يشتري بها عند الناس، و لا يآثر في مائية الشيء كون قيمته قليلة.

١. نحرير المحقّق: ج ١، ص ١٢٦.

٢. حقائق الأصول، ج ١، ص ٤٤٨.

٣. شرح المكاسب بدون ترفيع.

٤. مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٣؛ سفينة البحار ج ٣، ص ١٢٦.

٥. الأشياء و النظائر، ص ١٩٧.

أما ما لم يكن له قيمة مائية أو كانت قيمته تافهة مثل قشور الخضر والفواكه و
العلب الفارغة والأدوات المطروحة، فلا تعدّ مالاً، وأن الشيء ذا القيمة يضمن عند
التلف بالقيمة وإن قلّت هذه القيمة. وفي هذا إشارة إلى إخراج الأموال غير المتقومة
من دائرة الأموال الشرعية، كالخمر والخنزير والميتة؛ إذ هي أموال مستقومة شرعاً
لا تنضم بالإتلاف. ويضع الشافعي ضابطين لتمول الأشياء في باب اللقطة:

[الضابط ١] الأول: أن كلّ ما يقدّر له أثر في النفع فهو متمول، وكلّ ما لا يظهر له أثر
في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول.

[الضابط ٢] الثاني: المتول ما يمرض له قيمة عند غلاء الأسعار، والخارج عن
التمول هو الذي لا يعارض فيه ذلك.^١

فالمعيار لمالية الشيء كونه مباحاً شرعاً متقوماً عند الإتلاف يقابل بقيمته ويضمن
بها وإن قلّت، وله أثر في الانتفاع، فيشمل المال بهذا المعيار الأعيان والمنافع وبعض
الحقوق.

وأكّد الزنجاني من فقهاء الشافعية على أن إطلاق المال على المنافع أحقّ منه على
الأعيان بقوله: «وإطلاق لفظ «المال» عليها - المنافع - أحقّ منه على العين؛ إذ التضمن
لا يسمّى مالاً إلا لاشتمالها على المنافع، ولذا لا يصح بيعها بدونها».

و يرد عليه أنه خلط بين خصائص العين التي بها تقوم مالتها، والمنفعة التي هي
قسيم العين في المائّة لدى ما يعدّها قسماً مستقلاً من الأموال.

المالكية: عرّف المالكية المال بأنّه «ما يقع عليه الملك، ويستبدّ به المالك عن غيره
إذا أخذه من وجهه».^٢

و هذا التعريف ينطلق من كون المال محلاً للملك و تدخل تحته الأعيان والمنافع؛
لأنّه يقع عليهما الملك، وللمالك الحقّ في أن يستبدّ بهما و يتصرّف فيهما دون سواه.

١. المصدر.

٢. الموافقات، ج ٢، ص ١٠.

اعتراض: يقتضي هذا التعريف صدق المآلية على حبة الخردل مثلاً على قلّتها؛ لأنّها مملوكة مع أنّ العرف لا يعتبرهما مالاً، ولذلك لا يضمن الغاصب إن أتلفها وإن وجب عليها ردّها؛ لأنّ المالك يستبذّ بها، ولا يجوز مزاحمته عليها، وهذه من خصائص الملكية وليست من خصائص المآلية.

الحنابلة: عرّف الحنابلة المال بقولهم: «هو ما فيه منفعة مباحة بغير ضرورة»، فكلّ شيء فيه منفعة مباحة يمكن استيفاءها، وجواز أخذ العوض عنها، وإباحة بذل المال فيها توصلاً إليها في غير حالة الاضطرار تعدّ مالاً.

وبهذا تكون المنافع وبعض الحقوق أموالاً. وقد أخرج تعريف الحنابلة في قوله: «منفعة مباحة» مالا يباح شرعاً، كالخمر، والخنزير.

ويرد على هذا التعريف أنّ حقّ استمتاع الزوج بزوجة ليس بمال مع أنّه داخل في التعريف.

وتتسع دائرة مآلية الأشياء عند الحنابلة؛ لتشمل ما قد ينتفع به لکنّه غير مقابل بقيمة مآلية، كقشور الفواكه والخضر؛ فإنّه يمكن أن ينتفع بها علفاً للحيوانات مع أنّها لاتباع ولا تشتري في عرف الناس، وذلك بإغفالهم ما ذكر الشافعي من اعتبار القيمة لتموّل الشيء.

أدلة جمهور الفقهاء على مآلية المنافع

احتجّ جمهور الفقهاء على مآلية المنافع بما يلي:

١. أنّ المال مخلوق لصالح الآدمي والمنافع كذلك. وأنّ الأعيان إنّما تصير مالاً باعتبار الانتفاع بها؛ لأنّ الانتفاع بها هو المقصود، فما لا ينتفع به لا يكون مالاً. فكيف تسلب المآلية عن المنافع، ولولاها لما صارت الأعيان أموالاً.^١

١. نبين لاحقاً، ج ٥، ص ٢٣٢، لم أر تنصيصاً لأدلة جمهور الفقهاء والحنفية إلا في كتب أصول الحنفية.

و يلاحظ على هذا الدليل ما يأتي:

(أ) يبدو أن هذا الدليل جعل قوام مائية الأعيان بالمنافع والخصائص التي تتوفر في العين، وهذا خلط بين خصائص العين التي بها قوام المائية، أو بالأحرى الخصائص التي تكون منشأ اعتبار المائية؛ فإن من بيده الاعتبار يعدّها بملاحظة تلك الخصائص بما لها من تأثير في إسعاد البشرية و تلبية ضرورياتها، و بين المنفعة المعوضة، كما في الإجارة.

(ب) إن كان لابد من إتمام الدليل، فينبغي أن يصاغ، كما يلي:

إن مائية الأعيان إنما انتزعت أو اعتبرت - على اختلاف النظريات في معنى المائية - لأجل ما تحمل لأعيان من مقتضى رغبة العقلاء فيها، لسدّ ضرورياتهم و هذا المناط بعينه موجود في المنافع، فينبغي أن تكون مالاً.

٢. أن الشارع أجاز أن تكون المنافع مهراً، و انههر لا يكون إلا مالاً بدليل قوله تعالى ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُخَصِّنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾^١ فالمنافع من الأموال. و يتم هذا الاستدلال على لزوم المهر في تمامية العقد.

٣. أن العقود ترد على المنافع و تصبح مضمونة بها، و هذا دليل كونها مالاً؛ إذ لو لم تكن مالاً في ذاتها لما صارت مالاً بالعقد؛ لأنّ العقود لا تقلّب حقائق الأشياء بل تقرّر خصائصها.^٢

و يلاحظ أنّ هذا الاستدلال يتم في أنّ كلّ ما يبذل في مقابلة مال فهو مال، و لا يمكن الالتزام بذلك، فإنّ عقد تصالح و تنازل و ريث الدم عن القصاص لقاء الدية عقد قد بذل المال بإزائه، و ليس مالاً.^٣

٤. شهد العرف أنّ المنافع أموال في عقد الإجارة، فلو لم تكن المنافع بمنزلة

١. النساء: ٢٤.

٢. كشف الأسرار، ج ١، ص ١٧.

٣. جاني نكحة المنهك، ج ٢، ص ١٧٦.

الأعيان لما صَحَّ إبرام العقد على المنافع في الإجارة. فصارت المنافع مقاً يجرى فيه البذل و المنع، و هو دليل على ماليتها.^١

و يرد عليه الملاحظة السابقة نفسها، فجعل كل ما يبذل بإزائه المال فهو مال، و هو غير سليم، ولا يمكن الالتزام بذلك؛ لما تقدّم في الدليل السابق.

و قد ذكر صاحب كشف الأسرار مفصلاً أدلة الجمهور على مالّية المنافع بدليل الحقيقة و العرف و الحكم بقوله:^٢

أما الحقيقة، فلأنّ المال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، و المنافع منّا أو من غيرنا بهذه الصفة، و كيف لا و المصلحة في التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها، و الذوات تصير متقومة و مالاً بمنافعها؛ إذ كلّ شيء لا منفعة فيه لا يكون مالاً، فكيف يسقط حقّ المالّية و التقوّم عنها.

و أمّا العرف، فلأنّ الأسواق إنّما تقوم بالمنافع و الأعيان جميعها، فإنّ الحبر و الخانات إنّما بنيت للتجارة، و قد يستأجر المرء جملة، و يؤجر متفرقاً لا ابتغاء الربح. كما يشتري جملة و يبيع متفرقاً.

أما الحكم، فلأنّها في الشرع عدت أموالاً متقومة حتى صلحت مهراً و ورد العقد عليها و ضمنت بالمال في العقود الصحيحة و الفاسدة بالإجماع. و العقد لا يجعل ما ليس بمال مالاً و لا ماليس بتقوّم متقوماً.

و يرد على ما استدللّ به صاحب كشف الأسرار بما يأتي:

١. أنّه خلط بين صفات العين و منافعها.
٢. أنّ الظاهر من كلامه مقياس المالّية أن يكون الشيء فيه منفعة للبشريّة، ولكن ماذا يعني بذلك؟

إن كان المقصود أنّ كلّ ماله أثر في سدّ حاجة من حاجات البشريّة فهو مال،

١. كشف الأسرار، ج ١، ص ١٧١.

٢. المصدر.

فيجب أن يقال: إنَّ الهواء، والماء في البحار والأنهار، والكواكب كلّها مال؛ لأنَّ الله تعالى قال: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾^١.

وإن كان يعني بذلك ما ينتفع به الإنسان باستخدامه بمحض إرادته واختياره، فيلزم أن تكون الزوجة ونحوها - من الأشياء التي ينتفع الإنسان - باستخدامها - مالا.

٣. أن ما جاء في صدر العبارة من استدلال على مالّية المنافع بصلاحيّتها أن تكون مهراً وإن كان جيّداً إلا أن ما جاء في ذيل الدليل لا يمكن الالتزام به؛ وذلك لأنّه يقتضي تقوّم المالّية بجواز العقد وبذل المال بقباله، وقد مرّ عدم الالتزام بذلك.

٤. تقوّم المالّية بالضمان بالمال ليس تامّاً، فإنّ الجنايات تضمن بالمال وتعوّض به وليس مالا.

الاتّجاه الثاني: تعريف المال عند فقهاء الحنفيّة

المشهور في تحديد مفهوم المال عند الفقهاء الحنفيّة يختلف عن جمهور الفقهاء، فقد عرّف ابن عابدين المال بأنّه: «ما يميل إليه الطبع، ويذخر لوقت الحاجة»^٢.

والتقييد بالادّخار في التعريف يخرج به المنفعة؛ لأنّها عندهم من قبيل الملك للأمال؛ لأنّها من الأمور غير القارّة، والذي يذخر عادة الأعيان.

و يرد على هذا التعريف:

١. حقّ الاستمتاع الزوج بالزوجة؛ فإنّه ممّا يميل إليه الطبع ويحتفظ به لقضاء الحاجة وليس مالا.

٢. أن من الأشياء ما لا يميل إليها طبع الإنسان مع أنّها تعدّ أموالاً؛ لإمكان حيازتها والانتفاع بها، وذلك كبعض الأدوية والسموم. فاعتبار ميل الطبع معياراً لمالّية الأشياء غير سليم، ولا يصحّ لتحديد معنى شرعي، وكونه مقياساً معيّراً بين المال

١. البقرة: ٢٩.

٢. منحة الرائق، ج ٥، ص ٢٧٧.

وغير المال.^١

و يمكن الجواب بأن الأدوية والسموم يميل إليها الطبع و تدّخر وقت الحاجة بالنظر إلى الحاجة إليها والانتفاع بها، و ما من شيء إلّا و ينظر إلى نتيجه و فائدته.

٣. أن جميع المباحات التي يمكن إحرازها تعدّ أموالاً في ذاتها قبل إحرازها، مثل الطير في الهواء، و السمك في الماء، و الشجر في الغابات مع أنّه لا يمكن ادّخارها لوقت الحاجة؛ لعدم القدرة عليها قبل الإحراز و التعريف المذكور لا يستوعب ذلك كله.

و يمكن الجواب بأنّ مراد التعريف و الإحراز لا يمكن ادّخاره، فليس المقصود الادّخار الفعلي.

٤. أن أنواعاً من الأموال لا يمكن ادّخارها؛ لسرعة سريان الفساد إليها، كالخضروات و الثمار الطازجة، و لا ريب أنّها أموال عند الناس.

و يمكن الجواب عنه بأنّه ليس للادّخار معنى ثابت، فلكلّ مادّة مدّة معيّنة تدّخر فيها، فقد تطول المدّة و قد تقصر، كما عرّف المال صاحب الحاوي القدسي^٢ «بأنّه اسم لغير الآدمي خلق نمصالح الآدمي، و أمكن إحرازه و التصرف فيه على وجه الاختيار»^٣ و يخرج من التعريف العبيد و الإماء بقيد «اسم لغير الآدمي» مع أنّها تعدّ مالاً لدى العرف و الشرع.

و يستفاد من هذا التعريف أنّ كلّ ما هو ليس بآدمي مخلوق لمصلحة الآدمي بشرط إمكان إحرازه و حيازته و التصرف فيه من غير اضطرار يعدّ من الأموال.

فبقيد «الإحراز» أخرج المنافع؛ فإنّها أعراض غير قازة لا يمكن حيازتها، فهي بهذا الاعتبار ليست أموالاً. و بقيد «الاختيار» خرج عن تعريف المال كلّ مالاً يحرز

١. ملكة الأراضي و الأموال المنقولة، ص ٩.

٢. صاحب الحاوي القدسي هو جمال الدين محمد بن أحمد بن نوح القاسم الغزنوي الحنفي (ت ٦٠٠ أو ٥٩٢ هـ) راجع: فهرس مخطوطات الأوقاف، ج ١، ص ٤٢٥، الفقرة (١٢٧٦).

٣. البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٧٧.

ولا يتصرف فيه اختياراً، كأن اضطر الإنسان للانتفاع به فإنه لا يصير بذلك مالاً، كأكل لحم الميتة، و شرب الخمر اضطراراً يضي عليهما صفة المالية.

و أوضح صاحب الدر المستقى بما لا يقبل الشك أن المال مقصور على الأعيان، فلا يشمل المنافع بقوله: «عين يجري فيه التنافس والابتذال»^١ و هو المشهور عند فقهاء الحنفية.

و يرد على هذا التعريف بالمرأة فإنها يبذل بإزائها المال، و يتنافس عليها الخاطبون مع العلم أنها ليست مالاً. و الخمر و الخنزير يبذل بإزائهما المال و يتنافس عليهما العقلاء و قد سلب الشارع مذكيتهما، فهما ليسا بمالين.

أدلة فقهاء الحنفية على عدم مالية المنافع

استدل فقهاء الحنفية على عدم مالية المنافع بأن المال يمكن إحرازه و حيازته، و ادخاره لوقت الحاجة، و المنافع لا تقبل الحيازة و الادخار؛ لأنها أعراض لا تبقى زمانين، بل تحدث آنأ بعد آن، فلا يمكن إحرازها، و بالتالي لا تكون مالاً، فهي قبل أن تحدث معدومة، و المعدوم ليس بمال، و بعد إحداثها لا يمكن إحرازها، و ما لا يمكن إحرازه لا يستوي مالاً.

و قد تعدد المنافع أموالاً بالعقد، كالإجارة استحساناً؛ لورود النص بذلك، و جريان العرف به و إن لم تكن بذاتها مالاً.^٢

و يرد على هذا الاستدلال بأن حيازة المنافع ممكنة بحيازة أصلها و محلها، كما أن على فقهاء الحنفية أن يقيموا البرهان على اعتبار الحيازة أو الادخار في مفهوم المالية ثم يستدلوا به على نفي المالية حيث انتفيا، و لم يأتوا بشاهد من الشرع أو العرف يقتضي حصر المالية في المدخر أو المحاز، و أن تعريف بعض اللغويين للمال - كما

١. الدر المستقى، ج ٢، ص ٣.

٢. تبين الحقائق، ج ٥، ص ٢٣٤.

تقدّم - يصلح أن يكون شاهداً على عدم حصر المائيّة في المذخر أو المحاز، نظير تعريف المال بـ «أنه كلّ ما يقتنى و يملك من جميع الأشياء» و المنافع تملك فهي أموال، فلا يعدّ الاستدلال المذكور مصادرة، فإنّه استدلال على شيء بما ادّعى.

تعريف المال عند الفقهاء المحدثين

عرّف بعض الفقهاء المحدثين المال بتعاريف تعكس وجهة نظر الفقهاء الحنفيّة، فقد اختار الدكتور عبدالكريم زيدان تعريف الشيخ الخفيف للمال بـ «أنه ما يمكن حيازته و عرفه مذكور بـ «أنه كلّ ما يمكن تملكه و ادخاره لوقت الحاجة»^١. فكلّ ما لا يمكن تملكه لا يعدّ مالاً حتى مع تحقّق الانتفاع به على وجه يرضيه الشارع حال السعة و الاختيار.

و عرّف الزرقا المال بـ «أنه كلّ عين ذات قيمة ماديّة بين الناس»^٢. و هذه التعاريف قد أخرجت من دائرة الأموال المنافع و الحقوق المحضة التي تدخل ضمن ما يعدّ ملكاً لا يعدّ مالاً عندهم. يؤخذ عى أصحاب هذه التعاريف أنّهم رجّحوا مذهب جمهور الفقهاء في اعتبار المنافع أموالاً، و هذا يتعارض مع ما تفيدّه تعاريفهم التي اعتمدوها؛ لأنّها مانعة؛ لشمول المنافع الأموال.

الرأي الراجح: و الراجح عندي هو رأي جمهور الفقهاء بأنّ المال ما يشمل الأعيان و المنافع و بعض الحقوق؛ لقوّة أدلّتهم، و موافقتهم لعرف الناس و تعاملهم؛ و لأنّ قول الحنفيّة يؤدّي إلى عدم تضمين الغاصب لسكنى الدار عن المدة التي سكن فيها، و لأجرة عليه و هو ما يأباه العرف؛ لأنّ المنافع عندهم ليست أموالاً، فيؤدّي إلى أكل مال الناس بالباطل.

١. المدخل للنقطة الإسلامي، ص ٤٧٥.

٢. نظرية الالتزام، ج ٣، ص ١٢٦.

و خير ما يمكن الاستدلال به على أَنَّ المنفعة مال قوله سبحانه و تعالى: ﴿مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾^١ بضميمة ما دلَّ على أَنَّ المنفعة يصحَّ جعلها صداقاً، كتعليم القرآن، و قد جعل صداقاً؛ لما روي عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «جاءت امرأة إلى النبي ﷺ، فقالت: زوّجني، فقال رسول الله ﷺ: من لهذه؟ فقام رجل، فقال: أنا يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لي شيء. قال: لا، فأعادت فأعاد رسول الله ﷺ الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله ﷺ في المرة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوّجْتُكها على ما تحسن من القرآن فعَلِّمها إِيَّاه»^٢.

و استدَلَّ الشهيد الثاني بالآية على أَنَّ: «المهر كلّ ما يصحّ أن يملك و إن قلَّ بعد أن يكون متمولاً، عيناً كان أو منفعةً و إن كانت منفعة حرّ، ولو أنّه كتعليم صنعة أو سورة أو علم غير واجب أو شيء من الحكم و الآداب أو شعري أو غيرها من الأعمال المحلّة المقصودة».

و جاء في شواخ الإسلام: بِ«أَنَّ المهر كلّ ما يصحّ أن يملك، عيناً كان أو منفعة. و يصحّ العقد على منفعة الحرّ، كتعليم الصنعة و السورة في القرآن، و كلّ عمل محلّل»، فنستفيد أَنَّ المنافع أموال.

المطلب الثالث: تعريف المال في القانون المدني

عرّف القانون المدني العراقي في المادّة «٦٥» المال بأنّه «هو كلّ حقّ له قيمة مادّيّة»^٣، فتكون الأعيان و المنافع و الحقوق من المال، و كون المنافع و الحقوق مندرجة تحت الأموال ظاهرة؛ لأنّها تقدّر بقيمة مادّيّة و على ذلك يعدّ مالاً كلّ ما

١. النساء: ٢٤.

٢. وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ٢١٤.

٣. القانون المدني العراقي، ص ٢١؛ الموسوعة الفقهية العراقية، ج ١، ص ١٢٠.

يملكه الإنسان من عقار و منقول و حق، كحق المؤلف في استثمار مجهوده العلمي، و حق صاحب المخزن في الانتفاع من اسمه التجاري، و حق المخترع في الاستفادة من ابتكاره، فالمال في عرف القانون المدني العراقي كل حق، سواء أكان ذلك الحق عينياً، أم شخصياً، أم كان من الحقوق الملكية، أو الأدبية، أو الفنية، أو الصناعية، فكل حق قابل لأن يقوم بالنقود يعدّ مالاً.

و التعبير بالحق عن أنواع المال كلّها ثم تقسيمه إلى حقوق و منافع و أعيان، غير جيد. فلو عرّف القانون المال بأنّه كلّ ماله قيمة مادية، كان أولى بمقام التقنين الذي يتطلب الدقّة في التعبير.

و الظاهر أنّ السنيهوري أوّل من عبّر بالحق بمعنى شامل للملك و اعتبر الملك من الحقوق، فشمّل الأعيان و المنافع، و تبعه غيره.^١

والذي دعا المقنّن العراقي إلى تعريف المال بأنّه «هو كلّ حق له قيمة مادية» هو لتعديل مفهوم المال الشائع في أذهان الناس، و المتأثر بتعريف مجلة الأحكام العدلية، و المأخوذ عن تعريف فقهاء الحنفية من «أنّه ما يميل إليه طبع الإنسان، و يمكن ادّخاره إلى وقت الحاجة»^٢، فالقيود التي أوردّها هذا التعريف «كميل الطبع، و إمكان الادّخار»، تخرج ما هو معدود من الأموال من المنافع في القانون المدني في دائرة المالية.

فلاحظ عند المقارنة إلى أنّ نظر القانون إلى مالية الأشياء موافقة لنظر فقهاء الجمهور، فلا بدّ أن نسجّل هذا السبق الفقهي لفقهاء الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: تقسيم المال

المال بمعناه السابق أنواع مختلفة لكلّ منه مقوماته و خواصّه الذي يستتبع أحكاماً

١. مصادر الحق: ج ١، ص ٣٠.

٢. مجلة الأحكام العدلية، ص ٢٠، المادة ٥١٢٦.

خاصة، فينقسم من حيث ما تتوَقَّر له الحماية بالضمان شرعاً إلى قسمين: ما مُنْتَقِوم، و مال غير منْتَقِوم.^١

القسم الأول: المال المنْتَقِوم

يعرف المال المنْتَقِوم بـ«أنه ما حازه الإنسان فعلاً و جاز له الانتفاع به اختياراً، و أحاطه الشارع بالحماية و الصون بحيث يجب ضمانه على من يتلفه، مثل العقارات، و المنقولات، و المطعومات المباحة في الشرع، كالبر و الشعير و الخضروات»^٢. و من هذا يلاحظ أنه يشترط لاعتبار المال منْتَقِوماً اجتماع أمرين: [الأمر] الأول: الحيازة. فيخرج بذلك غير المحاز و إن أمكن حيازته كالمسك في الماء.

[الأمر] الثاني: إباحة استعماله و الانتفاع به شرعاً في حالة السعة و الاختيار، فيخرج بذلك ما يباح في حالة الضرورة و الإكراه، كالهيئة و الدم. و يرد على هذا التعريف ما يأتي:

١. أن الظاهر من قيد «ما حازه الإنسان فعلاً» هو حصر المال المنْتَقِوم بالأعيان؛ لأنّ المنافع لا تحاز عند الحنفيّة؛ لانعدامها. و قد تقدّم أن المال عند جمهور الفقهاء هو الأعيان التي لم ينف الشارع ماليّتها، و المنافع المباحة شرعاً و بعض الحقوق كحقّ التأليف^٣.

٢. أن قيد «ما حازه الإنسان فعلاً» في التعريف يُخرِج الحيوان الضائع عن مالكة عن كونه مالاً منْتَقِوماً مع أنه لو قتله أحد كان ضامناً لمالكه.

١. عرّف بعض الفقهاء عن المال المنْتَقِوم و المال غير المنْتَقِوم بعبارة المال المحترم و المال غير المحترم. راجع: الحقّ و

الانقزام، ص ٨٤.

٢. البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٧٧.

٣. إصالح الفتاوى، ج ٢، ص ١٧١، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٨٩، الحكم و الحق، ص ٢٧٦.

المال المتقوم في القانون المدني

عرّف القانون المدني العراقي الشيء المتقوم في المادة «٦١» في الفقرة «١» بأنه كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجوز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.^١

فاشترط القانون المدني العراقي شرطين في الشيء المتقوم:
أولاً: استطاعة الاستئثار بحيازته.

ثانياً: أن يكون محلاً للحقوق المالية قانوناً.

و عند المقارنة نلاحظ أن القانون المدني العراقي يلتقي مع الفقه الإسلامي في اشتراط كون المال متقوماً محازاً.

و يفرق الفقه الإسلامي عن القانون المدني في مصدر جواز الانتفاع به، ففي الفقه الإسلامي مصدرها الشارع المقدس بينما تستمد شرعية جواز الانتفاع في القانون من القانون نفسه.

و يترتب على هذا أن الخمر مال متقوم في القانون المدني و يصح التصرف فيه، و هذا خلاف الحكم في الفقه الإسلامي حيث لا قيمة له: لحرمة تناوله و الاتجار به.

القسم الثاني: المال غير المتقوم

يعرّف المال غير المتقوم بـ «أنه ما لا قيمة له في نظر الشارع و إن أبيع في حالة الضرورة لحفظ النفس البشرية، أو الذي لم يحرز بالفعل و إن كان بذاته مباح الانتفاع به

١. القانون المدني العراقي، ص ٢١.

شرعاً»^١.

فمثال ما لا قيمة له في نظر الشرع الميتة والدم وغيرهما، ومثال ما لم يحرز بالفعل كالطير في الهواء والسماك في الماء.

و يرد على هذا التعريف بأن الحيوان الضائع عن مالكه مال متقوم بضمن إذا قتله أحد وإن لم يحرز بالفعل.

وقد اتفق الفقهاء على أن المال الذي حرم الشارع الانتفاع به في حالة السعة واختيار غير متقوم وإن حيز عليه بالفعل بالنسبة إلى المسلم. فإذا أتلّف شخص خمرًا لمسلم فإنه لا يضمنه لصاحبه؛ لأنّ الخمر لا يعتبر من الأموال المتقومة في الشريعة الإسلامية^٢.

و اختلفوا بالنسبة إلى غير المسلم من أهل الذمة بكونه متقومًا أو غير متقوم إلى رأيين:

الرأي الأول: مال متقوم للذمي

ذهب الحنفية والمالكية والزيدية والإمامية إلى أنّ الخمر والخنزير يعتبران مالاً متقومًا عند أهل الذمة لأمرنا بتركهم وما يدينون فيما بينهم بالانتفاع بهما، واعتبارهما مالاً متقومًا، فنعاملهم بما يعتقدون^٣.

جاء في كتاب جواهر الكلام «و تضمن - الخمر - إذا غصبت من الذمي متسترًا ولو غضبها المسلم، وكذا الخنزير، و يضمن الخمر بالقيمة عند المستحلّ لا بالمثل»^٤.

١. البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٧٧.

٢. المصدر.

٣. البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٧٧؛ السبكي، ج ٤، ص ٣٤؛ الزدقاني على مختصر الخليل، ج ٣، ص ١٤٦؛ البحر

الرّخا، ج ٣، ص ٣٠٩؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٤٥.

٤. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٤٤.

الرأي الثاني: مال غير متقوم للذمي

ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن الخمر والخنزير لا يعتبران مالاً متقوماً في حق أهل الذمة؛ لأنّ لهم ما لنا وعليهم ما علينا؛ ولأنّهم مأمورون بأن تكون معاملاتهم مثل معاملات المسلمين.^١

قال ابن قدامة: «إنّه لا يجب ضمان الخمر والخنزير، سواء أكان متلفه مسلماً أم ذمياً، نصّ عليه أحمد في رواية أبي حارث في الرجل يهرق مسكراً لمسلم أو لذمي خمرًا، فلا ضمان عليه، وبهذا قال الشافعي».^٢

و يترتب على هذا التقسيم:

١. المال المتقوم يضمن بالإتلاف، و يصح أن يكون ديناً بالذمة. أمّا المال غير المتقوم، فلا يضمن بالإتلاف، و لا يصح ديناً في الذمة.
٢. أن جميع العقود ترد على المال المتقوم، كالبيع والقرض والرهن والإجارة وغيرها. أمّا المال غير المتقوم، فلا يجوز ورود العقد عليه.

الشيء غير المتقوم في القانون المدني

عرّف القانون المدني العراقي الأشياء غير المتقومة في المادة «٦١» الفقرة «٢» بـ «أنّها الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها، و هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، و الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلّاً للحقوق المائيّة».^٣

لقد أوضح فقهاء القانون بأنّ الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي

١. منبى المحتاج، ج ٢، ص ٢٨٥؛ المغنى، ج ٥، ص ٤٤٣؛ المحلى، ج ٥، ص ١٧١.

٢. المغنى، ج ٥، ص ٤٤٣.

٣. القانون المدني، ص ٢٢، الرقم «٤٠» (١٩٥١)، المادة «٦١» الفقرة «٢».

يمكن أن ينتفع بها كلّ الناس دون أن يحوّل انتفاع بعضهم انتفاع البعض الآخر، كالماء الجاري في البحار والمحيطات والأنهار، والهواء المنتشر في الفضاء، وأشعة الشمس، وغيرها، فليس هناك من يستطيع الاستئثار بحيازتها والانتفاع بها. أمّا الأشياء التي خرج عن التعامل بحكم القانون، فهي التي ينصّ القانون على عدم جواز التعامل بها بوجه عام، كالحشيش والأفيون والأشياء التي تدخل في ضمن الأموال العامة.^١

و نلاحظ من خلال تعريف القانون للمال والشيء هناك فرقاً بينهما، فالشيء أعمّ من المال، فالأشياء غير متقوّمة لاتقع ضمن الأموال؛ إمّا لعدم حيازتها، أو لنصّ القانون. بينما الفقه الإسلامي يعدّ هذه أموالاً غير متقوّمة، كما يعدّ الشيء أعمّ من المال، فكلّ مال هو شيء وليس كلّ شيء مالاً.

فحبة الحنطة شيء، ولكنها ليست بمال؛ لعدم إمكان ادّخارها لوقت الحاجة؛ لأنّ ركن المائيّة فيها مسلوب، فلو غصبت وجب على الغاصب ردّها إلى مالكها، بينما إذا نلفت لم يضمن؛ لأنّ الضمان ركنه المائيّة، وبما أنّها لامائيّة لها، فلا ضمان لها.^٢ و ينقسم المال المتقوّم بحسب طبيعته من حيث الثبات والاستقرار إلى عقار و منقول:

أولاً: العقار

العقار لغة: الأرض والضياع والنخل، و منه قولهم: ماله دار و لاعقار. و خصّ بعضهم العقار بالنخل.^٣

أمّا في اصطلاح الفقهاء، فالظاهر أنّ هناك اتّجاهين في الفقه الإسلامي في تحديد

١. الحقوق العينية لأصلية ج ١، ص ٨.

٢. أحكام النصب، ج ٣٧.

٣. لسان العرب ج ٤، ص ٣٠٣٧.

العقار والمنقول:

الاتجاه الأول: يرى الحنفية أن العقار هو الأرض فقط، أي كل ماله أصل ثابت لا يمكن نقله بحال من الأحوال، وليس ذلك إلا الأرض.^١

الاتجاه الثاني: يرى جمهور الفقهاء أن العقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء و شجر و قناطر.^٢ وهذا التحديد أوسع من الأول، وهو أقرب إلى تحديد بعض اللغويين.

القانون المدني

عرّف القانون المدني العراقي في المادة «٦٢»، الفقرة «١» العقار بـ «أنه كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء و الفراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية».^٣

فالعقار بموجب هذا المعيار هو الشيء الذي له مستقر ثابت بحيث لا يمكن تحويله أو نقله دون تلف، سواء أكان عدم الإمكان ناشئاً عن طبيعة الشيء، كالأراضي و المعادن قبل استخراجها، والأحجار قبل قلعها، والثمار قبل قطفها، أم عن فعل الإنسان، كالبناء و الفراس و السدود و الجسور.^٤

و بهذا يتفق القانون المدني مع جمهور الفقهاء في تعريف العقار.

ثانياً: المنقول

عرّف الفقهاء المنقول بأنه المال الذي يمكن نقله و تحويله من محل إلى آخر مع

١. البناية، ج ٨، ص ٣٥٠.

٢. بداية المجهد، ج ٢، ص ٢٣٧؛ المفروق، ج ٢، ص ٢٠٦؛ الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣٧٥؛ نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٤٥؛ مجمع البحرين، ج ٣، ص ٤١٠.

٣. القانون المدني، ص ٢٢، رقم «٤٠»، السنة «١٩٥١»؛ الموسوعة القانونية العراقية، ج ١، ص ١٢٠.

٤. المفروق اليمنية الأصلية، ص ٨.

بقاء صورته وهيئته. و اختلف الفقهاء فيما يمكن تحويله و نقله من محلّ إلى آخر، ولكن مع تغيّر في صورته و هيئته بسبب النقل و التحويل، كالبناء و القناطر و الشجر، هل يعدّ منقولاً أم عقاراً على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ المنقول هو ما يمكن نقله و تحويله من مكان إلى آخر مع الاحتفاظ بهيئته و صورته الأولى قبل النقل و التحويل، فالبناء و الشجر المتصل بالأرض من العقار لاتصالهما بالأرض اتصال قرار، وعدم إمكان نقلهما مع بقاء هيئتهما؛ إذ بالنقل يصير البناء انتقاضاً و الشجر حطباً.^١

الرأي الثاني: ذهب الحنفية إلى أنّ ما يمكن تحويله و نقله من محلّ إلى آخر حتى مع تغيير في صورته و هيئته من المنقول بسبب النقل و التحويل، كالبناء و القناطر و الشجر، فالعقار عندهم الأرض فقط.^٢

القانون المدني

عرّف القانون المدني العراقي المنقول في المادة «٦٢»، الفقرة «٢» بأنّه كلّ شيء يمكن نقله و تحويله دون تلف، فيشمل النقود و العروض و الحيوانات و المكيلات و الموزونات، و غير ذلك من الأشياء المنقولة.^٣

و بالمقارنة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي نلاحظ أنّ فقهاء القانون يتفقون و جمهور فقهاء الفقه الإسلامي في تعريف المنقول.

و ثمرة هذا التقسيم يترتب عليها ما يأتي:

١. اختلاف الفقهاء في غصب ما لا ينقل و لا يحول، و هو العقار فذهب جمهور الفقهاء إلى أنّه يضمن بالغصب، و ذلك إذا هدمت الدار ضمن الغاصب قيمتها. و ذهب

١. بداية المجهتد ج ٢، ص ٢٣٧؛ شرح الكبير، ج ٥، ص ٣٧٥؛ نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٤٥.

٢. الثابتة ج ٨، ص ٣٥٠.

٣. الموسوعة القانونية العراقية، ج ١، ص ١٢٠؛ القانون المدني، ص ٢٢، الرقم «٤٠» لسنة «١٩٥».

أبو حنيفة وأبو يوسف إلى خلاف ذلك^١.

و سبب الاختلاف هو أنه هل يد الغاصب على العقار مثل يده على ما ينقل و يحول؟ فمن جعل حكم ذلك واحداً قال بغصبها، و من لم يجعل حكم ذلك واحداً قال بعدم غصبها.

قال المقدسي:

ويضمن العقار بالغصب، و يتصور غصب الأراضي و الدور، و يجب ضمانه على غاصبه. هذا ظاهر مذهب أحمد و هو المنصوص عند أصحابه، و به قال مالك و الشافعي و محمد بن الحسن... - إلى أن يقول: - و قال أبو حنيفة و أبو يوسف: لا يتصور غصبها، و لا تضمن بالغصب، فإن أتلفها ضمنها بالإنفاق؛ لأنه لم يوجد فيها النقل و التحويل^٢.

و جاء في جواهر الكلام: «يصح غصب العقار و يضمنه الغاصب»^٣.

١. و قد أخذ القانون المدني العراقي برأي جمهور الفقهاء بوقوع الغصب في العقار، كما يجري في المنقول^٤.

٢. اختلاف الفقهاء في ثبوت الشفعة في العقار دون المنقول إلا على رأي بعض الفقهاء^٥.

٣. يجوز للوصي على الصغار أن يبيع ما يملكون من منقول حسب ما يراه من وجود المصلحة، و ليس له أن يبيع عقارهم إلا بمسوخ شرعي، كبيعه لإيفاء الدين، أو لزيادة نفقاته، و غير ذلك من المسوغات المشروعة في الكتب الفقهية.

١. الهداية، ج ٤، ص ١٢؛ الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣٧٥؛ أحكام الغصب، ص ٣٧.

٢. الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣٧٥.

٣. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٩.

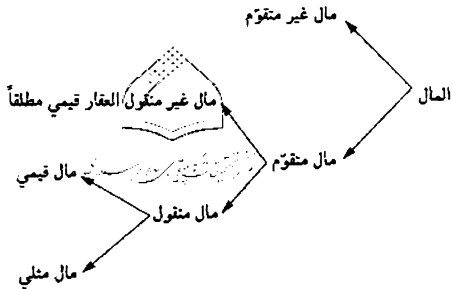
٤. محاضرات في القانون المدني العراقي، ص ١٥.

٥. الهداية، ج ٤، ص ٣٤؛ أحكام الغصب، ص ٣٧.

٤. يبدأ بيع أموال المدين وفاء لدينه بالمنقول أولاً، فإن لم يف ببيع عقاره^١.
ثم إن الأموال المنقولة تنقسم بحسب طبيعتها إلى أموال مثلية وأموال قيمية.

قال الاسيبجاوي في شرح الطحاوي:

إن المقصوب لا يخلو إما أن يكون غير منقول كالحانوت والدار والأرض والكرم و
غيرها، أو يكون منقولاً، والمنقول لا يخلو، إما أن يكون مثلياً، كالكيلبي والوزني ليس
في تبعيضه مضرة، أو غير مثلي وهو القيمي^٢.



١. المدخل ندوة الشريعة الإسلامية ج ٢، ص ٢٦٨.

٢. حاشية شهاب الدين أحمد شلبي على تبيين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٣.

الباب الأول

أسس النظرية

الفصل الأول:

تعريف المال المثلي و القيمي

أطال الفقهاء الكلام في تعريف المال المثلي و المال القيمي، وجعلوه معرضاً للنقض والإبرام، ولم يأتوا بأصل كلي أو ضابط يجمع الموارد. ولعلّ الغرض من هذا التعريف على اختلاف مضامينها هو تعيين ما يجب على الضامن، فالتعريفات ليست حقيقة، بل هي تعريفات لفظية غير جامعة. ولامانة لما أورد عليها من حيث الاطراد والانعكاس.

المبحث الأول: تعريف المال المثلي

لا بدّ قبل تعريف المال المثلي اصطلاحاً من الوقوف على المعنى اللغوي للمثل.

المطلب الأول: المعنى اللغوي للمثل

المثل لغة - بكسر الميم و فتحها - الشبه و جمعه أمثال و هي كلمة تسوية، يقال: هذا مثله و مثله، كما يقال: شبهه و شبهه بمعنى واحد. فإذا قيل: هو مثله على الإطلاق، فمعناه أنّه يشدّ مسدّه، و إذا قيل: هو مثله في كذا، فهو مساو له في جهة دون جهة. و قوله تعالى ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ﴾^١.

أراد تعالى «ليس كمثلته»، لا يكون إلّا ذلك؛ لأنّه إن لم يقل هذا أثبت له مثلاً تعالى الله عن ذلك. والمثلي هو لفظ المثل المضاف إلى ياء النسب.

والفرق بين المماثلة والمساواة أنّ المساواة تكون بين المختلفين في الجنس و المتّفقين؛ لأنّ التساوي هو التكافؤ في المقدار لا يزيد ولا ينقص. وأمّا المماثلة، فلا تكون إلّا في المتّفقين تقول: نحوه كتحوه، وفقهه كفقّقه، ولونه كلونه، وطعمه كطعمه.

ويقال: مثل فلانُ فلاناً، ومثله به؛ شبيهه به، ومثْل فلان فلاناً؛ صار مثله. أي يصدّ منه^١.

المطلب الثاني: تعريف المال المثلي اصطلاحاً

عرّف الفقهاء المال المثلي بتعريفات شتّى مختلفة من جهة، ومتشابهة من جهة أخرى، فهي مختلفة في الأسلوب، فإنّ بعضها تعبير بنفس الملزوم، وبعضها تعبير باللازم، وبعضها مساوٍ، وبعضها عامٌّ، وبعضها خاصّ.

ومتشابهة من حيث إنّهم يحومون حول معنى مركّز في أذهانهم قد قصرت تعبيراتهم عن ضبطه.

فاختلفت كلمات الفقهاء في تعريف المال المثلي، وذلك لخفاء انطباق المعنى المرتكز في الأذهان للمماثلة، ومحاولة الإشارة إلى المال المثلي ببعض مصاديقه، أو الشكّ في مدخليّة بعض الصفات في المماثلة وعدمها، أو تعريف المثلي ببعض مصاديقه، فيعرف بها، وتكون في الزمان المتأخّر قيمية، كما يأتي توضيح ذلك إن شاء الله.

تمّ إن لفظي: المثلي والقيمي لم يردا في آية، ولا في رواية، ولا انعقد عليهما إجماع

١. لسان العرب، ج ٣، ص ٤٣٦؛ قاموس المحيط، ج ٤، ص ٤٩؛ تاج العروس، ج ٨، ص ١١٠.

لامحصل ولا منقول^١، ولكي نبحت عنهما من حيث الشرح والتفسير.

و أخرى من حيث الأطراد والانعكاس، و ثالثة من سائر الجهات كالأحكام، بل ذكرهما الفقهاء لتعيين ما يثبت في ذمة الضامن من المثل أو القيمة.

و الاختلاف الذي وقع في تعريف المال المثلي كان في تحديد المعنى له بلا اصطلاح من الشارع، و لا من التشريعة في ذلك، ولذا لم يرد في أخبار الضمانات و الفرامات - على كثرتها - نصٌ بعنوان المثل و المثلي، و القيمة و القيمي إلا ما شذَّ، بل الغالب إثبات الموضوع، و هو كونه ضامناً فمنه يعلم إكمال تعيين المضمون به إلى الطريقة العرفية الجارية على التضمن في بعض الموارد بالمثل، و في بعضها الآخر بالقيمة، فاتفاق الفقهاء على مثلية الشيء أو قيمته حيث ادعى ليس إجماعاً تعدياً على الحكم، كي يعدّ من الأدلة على الحكم الشرعي، بل هو في قبال اختلافهم في مصداقية شيء لعنوان المثلي أو القيمي أو جب الخلاف في معنى المثلي أو القيمي، و ذلك عكس ما هو متعارف في المباحث الفقهية عادة حيث الاختلاف في مصداقية المصدق بعد الفراغ من تحديد المفهوم^٢.

نعم، ورد لفظ المثل في روايات القرض، ولكن الفقهاء عند كلامهم على المثل اعتبروا أمثله في القرض هو المثل في غيره. و يراد بالجميع ما يفهمه الفقهاء من المثل الخاص و هو التشابه في أفرادها بالجملة و إن اختلفت تلك الأفراد في بعض الأوصاف غير المقومة لحقيقته و غير المؤثرة في ماليته و انخفاضها.

١. الإجماع المحصل، و هو ما حصله المدعي له بنفسه و ذلك بأن يطلع على فتاوي المجتهدين واحداً واحداً، و يجدها متفقة.

الإجماع المنقول و هو ما نقله الغير مستنداً على مدعاه راجع: مصادر الحكم الشرعي، ج ١، ص ٢٦.

٢. و المتال على ذلك أن الفقهاء اختلفوا في حلية الحيوان المتوحد من كلب و شاة - إن أمكن - مع فقدان الممانعة مع أحد أبويه في حرمة و حليته بعد إحراز حلية أنثاه و حرمة الكلب، و كذلك على حلية الحيوانات المحللة و حرمة المحرمة.

وورد في معقد إجماعاتهم على حكم ضمان المال المثلي بالمثل، بينما لم يرد إجماع على تحديد مفهوم المال المثلي وإن وردت بعض الإجماعات على بعض مصاديق المال المثلي^١.

نعم، أن الإجماع على فردية شيء لعنوان المثلي كان ذلك مساعداً وطريقاً إلى ترجيح التحديد المنطبق على ذلك الفرد المجمع عليه كونه مثلياً، و ترجيحه على التحديد الذي لا يعتبر ذلك الفرد في ضوئه مثلياً، وهذا ما أفاده السيد الخوئي من عدم فائدة دعوى الإجماع في تحديد المعنى المثلي والقيمي^٢.

ولعل من هذه الجهة عرّف المال المثلي ببعض أحكامه، مثل جواز بيعه سلفاً، أو بيع بعضه ببعض؛ إذ لو كان الغرض من تلك التعريفات تعريفات حقيقية؛ لما جاز ذكرهما فيها؛ لأنها من الأحكام الشرعية، فلا معنى لأخذها في التعريف.

فالتعريفات المذكورة كلها تعريفات لفظية، وإنما ذكرت لبيان معنى وجداني، ومن خلال استقراء تعريفات الفقهاء، نلاحظ أنها تنقسم إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: تعريف المال المثلي من حيث الماهية

التعريف الأول: عرّف فقهاء الإمامية القدامى مثل الطوسي وأبي المكارم بن زهرة وابن إدريس والمحقق الحلي والعلامة الحلي^٣ المال المثلي بـ «أنه» ما تساوت قيمة أجزائه، أو «ما يتساوى أجزاؤه في القيمة، أو ما يتساوى قيمة أجزائه»^٤.

١. أنوار الفقاهة، ص ٣؛ مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٥١.

٢. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٤٨.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٢٦٤؛ مسائل الإجماع، ج ٢، الطبع الحجري؛ خبوضه، كتاب الفصب، الطبع العجري؛ جامع المقاصد، ج ٢، ص ٧٩.

٤. البوضه، كتاب الفصب، الطبع الحجري.

شرح التعريف [بما يأتي]

١. المراد بـ«ما» الموصولة كل حقيقة عامة يتساوى قيمة أجزائها. و الظاهر من كلمات الفقهاء أنهم يطلقون المال المثلي على الجنس، كجنس الحنطة و الشعير، لا على صنف من الحنطة و الشعير و نحوهما مع عدم صدق التعريف عليه^١.

و يتم هذا الإشكال لو ثبت أن الملتزم بالتعريف المتقدم لا يكفي في مكان الضمان، و تفرغ الذمة بدفع فرد من الجنس إذا أُلّف فرد آخر من ذلك الجنس، ولكنه مخالف للصنف الذي كان الفرد تالفاً منه مع تساوي قيمة المدفوع مع قيمة التالف. فالمطلوب هو البحث في كلمات الفقهاء لإثبات عدم الاكتفاء المزبور، و إلا سقط هذا الإشكال. ثم إن إطلاق المثلي على الجنس في التعريف باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه بعيد، إلا أن يهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها، فإنّ هذا الإطلاق يلزم المسامحة في التعريف؛ لاحتياجه إلى إضمار في نظم الكلام، فالتقدير يكون: المثلي ما تساوت أجزاء أنواعه، أو أصنافه في القيمة، و من المعلوم أنّ البناء في التعريف على عدم المسامحة فيه مهما أمكن.

٢. المراد بالتساوي تساوي قيمة أجزاء الصنف من النوع منه، أي أفراد ذلك الصنف على أن يكون ذلك التساوي من حيث الذات لا الاتفاق.

و أوضح الشيخ حسن كاشف الغطاء و تلميذه الأنصاري بأن المراد بالتساوي من حيث القيمة تساوي مصاديقها في القيمة بالنسبة، فيكون معناه أنّ الكمية المعيّنة التي لها قيمة معيّنة نصفها يساوي قيمة النصف الآخر، فلو فرض أنّ صنفاً من الحنطة يحمل سعراً معيّناً، نصفها يساوي قيمة النصف الآخر، فلو فرض أنّ صنفاً من الحنطة يحمل سعراً معيّناً، كما لو كان الكيلو غرام الواحد منه مثلاً بدينار واحد فنصفه مساوٍ لنصف

القيمة و هو نصف دينار، لابعني أن قيمة النصف منه نصف قيمة الكل؛ إذ قد تكون للهيئة الاتصالية أو الاجتماعية مدخلية في زيادة القيمة، كالدرهم الواحد مثلاً، فالواحد المنكسر نصفين ينقص عن قيمة كله، ولكن يساوي قيمة النصف الآخر^١.
و يرد عليه أن «قيد التساوي من حيث القيمة» غير واضح، والوجه في ذلك أن التساوي في القيمة يعني التساوي في المائية، و هو غير كافٍ، فالمعتبر في باب الضمان حفاظ أمرين: أحدهما المائية، و الآخر الخصوصية، و الصفات التي يشمل عليها ذلك الشيء.

٣. أن لفظ الأجزاء يحمل بنفسه المعاني الآتية:

أ) فسر الشيخ الأنصاري و الشيخ الأصفهاني و السيد الخوئي الأجزاء هي ما يصدق عليه أسم الحقيقة^٢.

قال السيد الخوئي: «المراد من كلمة «الأجزاء» التي ذكرت في التعريف إنما هو أفراد الطبيعة، لا أجزاء المركب»^٣.

و يرد عليه بأن المثل معنى إضافي، فإتما يطلق عليه شيء بالقياس إلى مثليه، فيقال مثلاً: هذا القلم مثل القلم الآخر، فلو لم يكن له آخر يشبهه، لما صح إطلاق المثل عليه. فماذا يعنون مما أفادوا؟ فإن أرادوا أن المراد بالجزء هو الفرد كما هو ظاهر كلامهم، بل صريح السيد الخوئي بذلك، فإطلاق كلمة الجزء و إرادة الفرد ليس متعارفاً لا في العرف العام، و لا في العرف الفقهي الخاص.

و إن أرادوا أن كل فرد جزء من الطبيعة باعتبار أن الطبيعة تستجزأ حسب تعدد الأفراد، فمن الواضح أنه ليس كل فرد مثلاً لكل فرد من الطبيعة أينما وجد، فإن لكل طبيعة نوعية لها أفراد متفاوتة من حيث القيمة و الخصائص. مضافاً إلى ذلك ماذا يعنون

١. أنوار الفتاوى ص ٣، (المخطوطة)؛ المكاسب ج ٢، ص ١٨٩.

٢. المكاسب ج ٢، ص ٢٠٤؛ تعليقة على المكاسب ج ١، ص ١٨١ مصباح الفقهاء ج ٣، ص ١٥٢.

٣. مصباح الفقهاء ج ٣، ص ١٥٢.

بفردية الحنطة مثلاً بالطبيعة؟ فإن أريد أن كل حبة مصداق لطبيعة الحنطة فمن الواضح أن الفرد فاقد القيمة، فلا يمكن فرض تساوى القيمة بينه وبين سائر الأفراد لفقدان الموضوع.

وإن أريد بالفرد أول مرتبة من حيث الكمية التي لها قيمة في السوق، فمن الواضح أنه لا يمكن أن يكون مقياساً؛ فإن قبضة من الحنطة ربما تشتري بأبخس الثمن، بينما لو اجتمع من الحنطة ما يساوي مائة قبضة مثلاً فلا يكون كذلك. فلا تكون قيمة كل قبضة من تلك المائة مساوية لقبضة منها مفصلة. فلا يمكن أن يكون ذلك مقياساً للمثلية التي للقيمة لحاظاً عضوياً و عنصرياً في المثلي.

مضافاً إلى أن إرادة المرتبة الأولى من الكمية التي لها قيمة في السوق دون الأخرى بلا مرجح، بل هو اعتباط؛ لأن هذه الكمية تختلف بحسب الأماكن والأزمان، فلم يحدد الفرد.

ب) أن الأجزاء بمعنى الأبعاد، فالمتساوي الأجزاء بمعنى المتساوي الأبعاد. و بصورة أوضح أن المراد من الأجزاء هي الكميات بحيث إنه ليس لكل من أجزاء البعض مالتية معينة يجعل بعض الثمن بإزائه، كما في حبات الحنطة والشعير والحبوب الأخرى.

و التعبير عن الكميات بالأجزاء للإشارة إلى أن الجزء أيضاً كمية بملاحظة اجتماعه مع جملة من الكميات، و الحبات الأخرى الملازم لجزئيتها مع الكميات المجتمعة في مرحلة عروض المالتية عليها وعلى جامعتها.

و يرد على هذا المعنى بأن التعبير بالجزء إنما يناسب ما تتكون منه و من غيره وحدة ما هوية، مثل يد محمد و رجله، و أما إطلاق الجزء و إرادة بعض من الجملة، فغير متعارف. فالمعنى المذكور تخبطنة ضمنية لتعريف المال المثلي المتقدم. و المعنى

المذكور منحصر في الحبوب فقط، ولا يتمشى مع غيرها كالتقدين مثلاً، لأنه اشترط في معنى البعض تكوّنه من عناصر غير متموّلة، كحبة الحنطة والشعير مثلاً.

أما مثل الكأس المماثل لشبيهه في العنصر والصنعة والشكل و سائر الخصوصيات الموجبة في الرغبة فيه، المؤثرة في المالية، فليس مثل حبة الحنطة؛ فإن بعض الكأس المصنوع من النحاس أو من المعادن الأخرى، له قيمة.

ولا أظنّ أحداً يشكّ في كون الكأس مثلياً، وهكذا القلم مع مماثله و الدفتر مع مماثله.

والذي أظنّ أنّ صاحب المعنى المتقدّم حصر نظره في الحبوب، و هو لا يناسب البحث الفقهي الشامل.

ج) الأجزاء بمعنى الأبعاد، فيكون المعنى أنّ قيمة كلّ نصف من الأجزاء المتصلة معادلة لقيمة النصف الآخر مع التحفظ للهيئة الاتصالية بينهما، ولذا ذكر الشهيد الثاني في المصوغ من التقدين، كالأخاتم بكونه قيمياً؛ لوضوح أنّ نصفه لا يساوي النصف الآخر من حيث القيمة مع انفصال الهيئة بخلاف اتصاليها.

و يرد عليه بأنّه يقتضي حصر المثالية إذا كان لجزئه قيمة تساوي قيمة الجزء الآخر منه قبل الانفصال، أمّا لو فرض لشيء ما ليس لجزئه قيمة، سواء انفصل أم لم ينفصل، فيخرج عن كونه مالاً مثلياً، مثل سنّ القلم، و رأس الأبرة للخياطة؛ فإنّه ليس للأمتلة قيمة إلاّ لتمام المثلي، و مع العلم بأنّه ليس لبعضها قيمة، و لذلك لو اشترك في شيء منها و أريد القسمة بيع الكلّ و قسّمت القيمة.

٤. المراد بالقيمة السعر الموضوع لذلك المال. فتعرف قيمة الأفراد أو الأجزاء حسب ما تعارف تحديده من المساحة و الوزن، والكيل والعَدّ، فتساوي القيمة عبارة عن تساوي كلّ مقدار منها لمقدار آخر بحسب السعر و القيمة السوقية التي تختلف حسب رغبة الناس شدّة و ضعفاً الناشئة من تقلّبات السوق تارة و من دوافع أخرى.

الاعتراضات على التعريف وأجوبتها

الاعتراض الأول: ذكر الفقهاء أنه إن أريد بالأجزاء كل ما تركب منه الشيء، فيلزم أن لا تكون الحبوب مثلية؛ لأنها تتركب من القشور واللباب، والقشر مع اللب مختلفان في القيمة، وكذا التمر والزبيب لما فيهما من العجم والنوى.

وإن أريد بالأجزاء ما يقابل الجملة، فيلزم أن لا تكون الدراهم والدنانير القديمة مثليين؛ لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن والاستدارة والاعوجاج وفي وضوح السكة وخفائها، وذلك فيما يؤثر في القيمة^١.

الجواب: أن المراد بالأجزاء ما يصدق عليه اسم الحقيقة، والقشور واللباب خارجان عن ذلك، نظير النخالة والدقاقة، فإنه لا شيء منهما يصدق عليه اسم الحقيقة. أما اختلاف السكة والوزن ونحوهما، إن كان مما يتفاوت به القيمة، فيصير من باب اختلاف النوع، كسائر الصفات في المثليات، وهذا لا ينافي كون النوع الواحد منه مثلياً وإن لم يتفاوت به القيمة، كما هو الغالب. والواضح ارتباط الجواب بشقيه بالمعنى الأول للأجزاء، وهو التفسير بالأفراد، وقد تقدم عدم تماميته، فيبقى الإشكال قائماً.

الاعتراض الثاني: أن التساوي في التعريف إن أريد به التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف؛ إذ ما من شيء إلا وأجزاؤه مختلفة في القيمة ولو في الجملة، مثل الحنطة والشعير، وجميع ما قيل: إنه مال مثلي، فإن قفيزاً من الحنطة الجمية مثلاً يساوي عشرة دراهم، وآخر من الحنطة الكردية يساوي عشرين فالتفاوت معلوم لا يكاد ينكر.

وإن أريد التساوي في الجملة فهو في القيمي أيضاً موجود، مثل الثوب القديم والأرض ونحوها.

١. حاشية الدبلاج على اللبنة: فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٦٨؛ السبل المبرور، ج ٣، ص ٣٦٠؛ المشرح الكبير،

و إن أريد مقدار خاص من التساوي فهو حوالة على مجهول^١.

الجواب: أن المراد من التساوي تساوي أجزاء الصنف، و تماثلها في القيمة، بمعنى إذا كان المضمون بعضاً من صنف مثلاً، فالواجب دفع مساويه، لا القيمة ولا البعض من صنف آخر. و ليس المراد على هذا التقدير من تساوي أن جميع أبعاد هذا النوع متساوية بالكلية، فيلزم منه عدم صدقه على شيء من المعروف بالكلية، و الظاهر من تعاريفهم إطلاق المال المثلي على جنس الحنطة و الشعير عليه، فالتعريف غير صادق على النحو المذكور.

و إن أريد إطلاقه على الجنس باعتبار مثلثة أنواعه و أصنافه، فانطبقه على الجنس - بهذا الاعتبار - أبعد من سابقه إلا أن يلتزم بإهمال الخصوصيات في الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها، و هو من المنع بمكان، كما لا يرد النقض بالثوب و الأرض الذي يمكن دفعه بعدم غلبة ذلك فيهما. و فرض بعض الأفراد كذلك لا ينافي أطراد قواعد الشرع.

و الراجح أن المقصود بتساوي القيمة هو التساوي بحسب الغالب، كما أن المراد بالتساوي في الصفات هو التشابه، أو التقارب في الصفات التي لها دخل في زيادة القيمة و نقصانها وجوداً و عدماً، فالاختلاف في المثليين فيما لا يؤثر فيهما - الصفات القيمة - لا يؤثر في مثليتهما.

الاعتراض الثالث: أن ربط المثلية بتساوي المالية غير واضح، فإن المثليين ربما تختلف قيمتهما باختلاف الأزمنة و الأمكنة، و باختلاف الحالات الداعية و الباعثة و الباعثة إلى الرغبة فيهما، فربما يكون المثلي له قيمة حال الضمان تخالف قيمته حال الأداء، فعليه لا ينظر في المثلية جانب القيمة.

نعم، لا بد من الاحتفاظ بالمالية المعتد بها في باب الضمانات، فالتلج المغصوب في

الصيف يفتقد القيمة في الشتاء، وذلك بحث آخر.

فالحاصل أن المثلية إنما هي باعتبار الذات والخصوصيات التي لها تأثير في زيادة الرغبة، و نقصانها من الناس، ولا يعدّ في التماثل التساوي بحسب القيمة، فلو غصب أحد مثلياً فعليه أن يدفع مثله، سواء زادت قيمته أم نقصت.

فربط تفسير المثلي بالتساوي في القيمة لا يرجع إلى ركن ركين.

التعريف الثاني: عرّف بعض فقهاء الشافعية والزيدية المال بـ «أنه ما تماثل أجزاؤه

في المنفعة و القيمة من حيث الذات، لامن حيث المنفعة»^١.

الاعتراضات كمتالي

١. لقد أوضحتُ آنفاً - ضمن مناقشة التعريف الأول - بأنه لاوجه لربط المثلية بالقيمة، فلا يتوقّف مثلية المثلي على التساوي في القيمة، فإنّ الكيلو غرام من صنف معيّن من حنطة مثلاً يماثله كيلو غرام من صنف الحنطة نفسها، سواء ارتفعت القيمة لغلاء الأسعار أو غيره من العوامل أم نزلت، وكذلك ربط الحكم بضمان المثل بالقيمة، فالمثلي مضمون بمثله، ارتفعت قيمته أو نزلت ما لم تفتقد القيمة كلياً.

٢. لا يعلم معنى واضح لكلمة الذات التي اشتمل عليها التعريف، فإنّ الذات عبارة عن ماهيّة متّصفة بالوجود الخارجي المعتر عنها بالحقيقة تارة، وبالذات تارة أخرى، و المعلوم أنّ الشيء إذا وجد في الخارج أصبح شخصياً.

و معلوم أيضاً استحالة وحدة الذات و الحقيقة بالمعنى المتقدّم بين شيئين، بل ذات كلّ شيء تختصّ به ولا تتعداه. فكيف يشترط التساوي في الذات بين المتمائلين مع استحالة تحقّقه في الاعيان؟

و عرّف بعض فقهاء الإمامية كالشهيد الأول في الدروس، و الشهيد الثاني في

الروضة البهية. و صاحب الشرح الصغير المال المثلي بقولهم: «هو المتساوي الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات»^١.

و جعله صاحب مسالك الأفهام و الكفاية أقرب التعريفات إلى السلامة .

و مرادهم من التساوي ما كان لأجل التساوي في الحقيقة، و الجهات المرغبة لا ما يتفق لأجل التساهل، أو عدم الاطلاع على ما يمتاز به بعض على بعض، كما يتفق في الحيوان و الأرض، فالحيوان باعتبار بواطنه و خصوصياته يختلف في المقاصد و الجهات المرغبة، كما تختلف الأرض في ذلك باعتبار الموقع اختلافاً كثيراً.

الاعتراضات هي:

١. أن الثوب و نحوه متقارب المنفعة و الصفات و الأجزاء، بل متساوي المنفعة و الصفات و الأجزاء في النوع الواحد مع أنه يعدّ مالاً قيميّاً، لا مالاً مثليّاً عند القدامي^٢.
الجواب: نمنع تساوي قيمة أجزاء الثوب القديم ولو في النوع الواحد، فنرى أهل العرف يدقّقون في القطعة الواحدة بين طرفيها، ولو فرض التساوي في فرد فهو لا يوجب كونه مالاً مثليّاً؛ إذ المدار على الوجود الغالب، وإلا فالمتساوي في القيمة و المنفعة يمكن في الجنس.

٢. أن استعمال لفظ «الأجزاء» و إرادة المصاديق و الأفراد غير سديد في مقام التعريف، فإن كلمة الجزء ظاهرة في البعضية، و قد تقدمت الإشارة إلى ذلك ضمن التعريف الأول.

٣. أن اعتبار التساوي في المنفعة إن أريد به التساوي بالصفات التي لأجل نيلها يبتغي المثل، فاعتباره مستدرك للاستغناء عنه بذكر الصفات. و إن أريد به ما زاد ذلك، فلا دليل على اعتباره في المثلية لاموضوعاً و لاحكاماً.

١. الروضة البهية، ج ٧، ص ٣٦.

٢. الصاوي، ص ٣٣٤.

التعريف الثالث: جاء في مسالك الأفهام، و تذكره الفقهاء «أنّ المال المثلي ما يتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية».

واعتبر صاحب منهل الغمام و العناوين أنّ هذا التعريف أوضح من التعريف السابق و إن أرجع بعضهم هذا التعريف إلى التعريف الثاني^١: «لأنّ الحقيقة النوعية تنشأ من المنفعة و القيمة و الصفة، فالتساوي فيها يوجب التساوي في هذه الأمور، فيرجع إلى التعريف الثاني. و يرد على هذا التعريف:

١. أنّ ربط المثلية - و هو معنى عرفي كما سيّضح لاحقاً - بالحقيقة النوعية، و هو معنى عقلي لا يساعد عليه الذوق الفقهي في الضمان الذي مرجعه العرف.
٢. أنّ التساوي لم يحدّد، فإن أريد به التساوي في الكلّية فذلك متعذّر في معظم المثليات، و إن أريد التساوي في الجملة فكثيراً ما يتوفّر في القيميات، فقد أعوز التعريف الجهة التي يعتبر في المثلية إحراز التساوي فيها.
- كما عرّف بعض الفقهاء المال المثلي بـ«أنّه ما لا تختلف أجزاؤه النوع الواحد منه في القيمة، و ربّما يقال: في الجرم و القيمة»^٢.
- و المراد به الاتحاد في اسم القليل و الكثير منه كالماء و الحنطة.

الاعتراضات

١. إقحام التساوي في القيمة في إحراز المثلية، و قد تقدّم أنّها لا دخل لها فيها.
٢. أنّ التساوي في الجرم لم يبيّن ما يراد منه، فإن أريد التساوي في الكمّية، فهذا حكم المثلية و ليس داخلاً في المعنى المثلي.
- و إن أريد به الجسم فمع عدم دخله في القيمة، فلا داعي لاعتباره، و مع دخله فيها

١. الفتاوى، ص ٣٤٥.

٢. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٦٦.

يغني ذكر القيمة عنه.

التعريف الرابع: عرّف المال المثلي بالكيل أو الوزن أو العددي المتقارب.

الحنفية: المشهور عند فقهاء الحنفية تعريف المال المثلي بـ «أنّه الكيل والموزون و العددي المتقارب».

و المراد بالموزون أو المكيل المعدود ما يكون مقابلته بالثمن مبنياً على الوزن أو الكيل أو العد لا المراد بالموزون أو المكيل أو المعدود ما يوزن أو يكال أو يعدّ عند البيع^١.

و عدّ زُفر أنّ المماثلة في المعدود لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد، ولهذا لا يجري فيه الربا، فلا يقطع بكون المضمون مثلاً للتالف، فيصار إلى قيمته؛ لتعذر معرفة مثله قطعاً بخلاف المكيل والموزون؛ لأنّ المماثلة فيه تثبت بالنص؛^٢ لقوله ﷺ «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثلها»^٣، والحنطة مكيّلة، وكذا قوله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة»^٤ و هما موزونان، فأمكن اعتبار المماثلة فيهما للعلم بهما قطعاً.

المالكية: ضبط فقهاء المالكية المال المثلي بـ «أنّه كلّ مكيل أو موزون أو معدود» وذلك عند تقسيم الأموال إلى مثليّة و قيمية. قال: الباجي: «ماله مثل كالمكيل والموزون والمعدود، و ما لا مثل له كالحيوان والعروض»^٥ و ذكر الأزهري أنّ المراد بالمعدود هو الذي لا تختلف أفراده^٦.

الشافعية: ذكر الشافعي أنّ ضابط المال المثلي هو المكيل والموزون بقوله: «و ما

١. رد المحتار ج ٥، ص ١١٨؛ بين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٣.

٢. شرح متن الرقابة حاشئ كشف الحقائق، ج ٢، ص ١٩٢.

٣. المؤخذ: ص ٢٩١؛ السنن الكبرى، ج ٥، ص ٢٨٢.

٤. المصدر.

٥. المستق، ج ٥، ص ٢٧٩.

٦. الفواكه والنوابع ج ٢، ص ١٣٠.

كان له كيل أو وزن فعلية مثل كيله ووزنه»^١ و ليس هذا حدا لما له مثل «لأنّ كلّ ذي مثل مكيل أو موزون و ليس كلّ مكيل أو موزون له مثل».

و أوضح سليمان الجمل الكيل و الوزن بمعنى أنّه لو قدر شرعاً قدر بكيل أو وزن، و ليس المراد ما أمكن فيه ذلك، فإنّ كلّ شيء يمكن وزنه و إن لم يعتدّ به. و أخرج الشافعية المذروع و المعدود مطلقاً عن المثلية^٢.

الحسابية: المشهور عند فقهاء الحنابلة تعريف المال المثلي بـ«أنّه كلّ مكيل و موزون» و هذا ظاهر كلام أحمد بن حنبل: في رواية حرب ما كان من الدراهم و الدنانير و ما يكال و يوزن، فظاهره وجوب المثل في كلّ مكيل و موزون^٣.

الاعتراضات على التعريف

١. ذكر الفقهاء أنّ كثيراً من الموزونات ليس بمال مثلي، بل من ذوات القيم، كالقمقمة و القدر و نحوهما^٤.

٢. أنّ التعريف المذكور نقض بالمعجونات المتفاوتة الأجزاء، و ما دخلته النار، و الأواني المتخذة من النحاس، فإنّها موزونة و ليست مثلية كما ذكر الفقهاء^٥.

٣. أنّ المال المثلي إن أريد به كلّ موزون و مكيل، فإنّ الأشياء كلّها توزن و تكال. و إن كان على عرف الشارع فتخرج الأموال المستحدثة، و إن كانت على العرف فإنّ ما يكال في بلد قد يوزن في بلد آخر و بالعكس.

١. الأشياء و التقاير، ص ٢١٣.

٢. حاشية الجمل، ج ٣، ص ٤٧٨؛ روضة الطالبين، ج ٥، ص ١٨؛ إبانة الطالبين، ج ٣، ص ١٣٨.

٣. المتناصف، ج ٦، ص ٩٢، الشرح الكبير، ج ٥، ص ٤٣٣.

٤. شرح من الوفاة، ج ٢، ص ٢٩٣؛ واقعات المفتين، ص ١٣٠.

٥. حاشية البحريني، ج ٣، ص ١١٧؛ إبانة الطالبين، ج ٣، ص ١٣٨.

٤. أوضح الشيخ جعفر كاشف الغطاء تعريف المال المثلي المقدّر بالكيل أو الوزن هو تعريف بالأخص^١. فالقلمان من نوع واحد و صنف واحد، و العملة الورقية المتعارفة اليوم أموال مثليّة، و ليست مكيلة و لاموزونة.

نعم، لا بدّ من إدراج المال المثلي في معاملة ما هو متوقّف على خضوعه لأحد طرق التقدير، و ذلك لا يدخل في صميم المثليّة؛ لأنّ هذه الطرق هي السبيل الوحيد فيما يعدّ التقدير بالمقدار في مقام التعامل به.

٥. توقّف التعامل بشيء على الوزن أو الكيل أو العدّ في مقام التقدير لا يحدّد معنى المثلي، و الوجه في ذلك ما سنشير إليه في نهاية التعريف - إن شاء الله - من أنّ ضمان المال المثلي بالمثل إنّما هو لأجل أنّ اليد الضامنة تلزم بإرجاع ما أتلفه مع كافّة مكوناته و مقوماته التي لها دخل في رغبة الناس فيه، و ذلك لا يتحقّق بمجرد دفع القيمة.

نعم، في مقام تفرّغ الذمّة يجب أن يقدر المدفوع بمقدار التالف؛ لأنّ في هذه المرحلة يفتقر في مقام الحكم بفراغ الذمّة إلى معرفة مقدار التالف؛ ليضمن المتلف بذلك المقدار فيلجأ إلى الكيل أو الوزن أو العدّ.

فمرحلة فراغ الذمّة و معرفة المقدار هي مرحلة متأخّرة على مرحلة اشتغال الذمّة، و المثليّة ينبغي أن تعرف في مرحلة اشتغال الذمّة.

٦. المعروف أنّ الأصل في التقدير هو الوزن؛ لأنّه الأدقّ و يرجع إلى الكيل لأجل التسهيل، فما يحتوي عليه المكيال المعين إنّما يحدّد بالوزن، و بذلك يتحدّد المكيال، ثمّ يقاس سائر المكايل على ذلك.

فعلى ذلك، فإنّ الأصل في التقدير الوزن في المكيال أو الموزون، و اللازم الاكتفاء بالموزون دون ذكر الكيل في التعريف.

الاتجاه الثاني: تعريف المال المثلي من حيث ماهيته وأحكامه
عزّف بعض الفقهاء المال المثلي حسب ماهيته وأحكامه بقولهم: «ما حصره كيل أو وزن و جاز السلم فيه»^١.

فزاد الفقهاء على التعريف الرابع السابق جواز السلم فيه؛ لأنّ المسلم فيه يثبت بالوصف في الذمة والضمان يشبهه؛ لأنّه يثبت بالذمة. فما يمتنع السلم فيه متقوم وإن حصره كيل أو وزن؛ لأنّ المانع من ثبوته في الذمة بعقد السلم مانع من ثبوته فيها بالتعدي كالجواهر، و شمل التعريف الرديء نوعاً. أمّا الرديء عيباً، فليس مالاً مثلياً؛ لأنّه لا يجوز السلم فيه^٢.

الاعتراضات

١. أورد على التعريف بأنّه:

لنا مثلي لا يجوز السلم فيه، ويجب فيه ردّ المثل، والتعريف غير شامل له؛ لعدم جواز السلم فيه، فيكون غير جامع، ويصح أن يكون وارداً على مفهوم قوله: و جاز سلمه مثل أثبر المختلط بالتسمير^٣.

و يمكن الجواب عنه بما يلي:

أولاً: المنع بكون المال المختلط مثلياً؛ لأنّه بالاختلاط ينقل المال المثلي إلى مال قيمي؛ للجهل بقدر كلّ منهما.

ثانياً: لو سلم بكون المال المختلط مثلياً لكن بالنظر إلى الجزء من قبل الخلط جواز

١. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٦٦؛ النهاية، ج ٢، ص ٥٥؛ الإرشاد المخطوط؛ الأنوار لأصمّ الأثر؛ كشف القناع، ج ٤، ص ١٠٦.

٢. الأضواء والنظار، ص ٢١٣؛ دوضة الطالبين، ج ٥، ص ١٨.

٣. حواشي الشيرازي و ابن القاسم المبادئ، ج ٦، ص ١٩؛ حاشية الجعفي، ج ٣، ص ١١٧.

السلم فيه، وإن طرأ مانع من جواز السلم فهو داخل في التعريف. فإن امتناع السلم في جملمته لا يوجب امتناعه في جزءه به بحالهما.
و رد المثل إنما هو بالنظر إليهما، و السلم فيهما جائز.
قالنا: قال الشيرازي:

إنه لو علم قدر كل منهما رد المثل لكل منهما، وأنه لو علم قدر أحدهما دون الآخر رد مثل ما علم قدره و قيمة الآخر. و يمكن معرفة قيمته دون قدره بأن شاهده أهل الخبرة قبل الاختلاط؛ لأنه بالاختلاط انتقل من المثلي إلى المتقوم؛ للجهل بقدر كل منهما^١.
٢. أن إضافة القيد المذكور لم يقد شيئاً، فما مكيل أو موزون قابل للضبط من حيث الصفات - كما هو مفاد التعريف الرابع - إلا و يصح السلم فيه، فكان إضافة هذا القيد مستدركاً.

٣. لا ينبغي ذكر الأحكام في تحديد الموضوعات؛ إذ المفروض توقّف معرفة ثبوت الأحكام على إحراز الموضوع. و زاد بعض الفقهاء في التعريف حكماً آخر للمال المثلي و هو جواز بيع بعضه ببعض بقولهم: «هو ما يحصره الكيل أو الوزن و جاز السلم فيه، و بيع بضعه ببعض»^٢.

إن حكم بيع بعضه ببعض في تعريف المال المثلي بعيد عن اعتبار أكثر الفقهاء، فقد اعترضوا عن هذا الحكم و قالوا بامتناع بيع البعض ببعض من الرويات؛ لرعاية التماثل في حالة الكمال، و هو بمنزل عما نحن فيه^٣.

الاعتراضات

١. حكى الفزالي أن القماقم و الملاعق و المغارف المتخذة من الصفر و النحاس

١. المصدر الأول.

٢. الأنبيد و المقاتل، ص ٢١٣، فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٦٦.

٣. المصدر الأول.

موزونة، و يجوز السلم فيها، و يبيع بعضها ببعض، و ليس مثلية لاختلافها^١.

٢. أنه محاولة تعريف الموضوع بالحكم.

٣. أن جواز بيع بعضه ببعض إن كان ممنوعاً من جهة فقدان المائنة في الصفات المؤثرة مع تساوي المقدار من حيث الكيل و الوزن فهو قيمي، إلا أنه لا يحتاج في إخراجهم إلى هذا القيد، فإن مثله لا يباع بالوزن فقط، أي لا يكفي في تقديره بالوزن؛ لعدم إمكان الضبط المعد في السلم. و إن كان المنع من بيع البعض بالبعض مع التفاضل في المقدار، فالمانع حينئذ ليس فقدان المثلية، بل لزوم الربا المنافي لصحة البيع.

و زاد الطوري من الحنفية حكماً للمال المثلي و هو ليس في تبعيته ضرر في التعريف المشهور بقوله: «المال المثلي هو المكيل و الموزون الذي ليس في تبعيته ضرر، و العدد المتقارب»^٢.

و يرد على التعريف بأنه يتحمل جميع الإشكالات المتقدمة على التعريف المشهور، إضافة إلى أن إضافة قيد «ليس في تبعيته ضرر» لا يضيف إلى التعريف معنى؛ إذ ما من مثلي إذا كان مكيلاً أو موزوناً إلا و يجوز القسمة فيه من غير ضرر.

أما تعريف المال المثلي بأحكامه فقط، فقد عرّفه بعض الفقهاء مثل الحارثي من الحنابلة بقوله: «كل ما يثبت في الذمة»^٣.

و عرّف ابن عابدين و صدر الشريعة المال المثلي بـ «أنه ما يوجد له المثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به»^٤. و الظاهر من قوله: «بلا تفاوت يعتد به» أنه ما لا يختلف بسببه الثمن، أو يختلف بصورة يقع التسامح فيها.

و جاء في فتح العزيز بأن المال المثلي: «هو الذي ينقسم بين الشريكين من غير

١. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٦٦.

٢. تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ١٢٥.

٣. الانصاف، ج ٦، ص ١٩٢.

٤. دكاكتحز، ج ٥، ص ١١٨؛ الأكثر، ج ٣، ص ٣١٣.

حاجة إلى التقويم»^١.

اعتراض: إن هذه التعاريف جميعها تعاريف غير حقيقية؛ وذلك لأنها عرّفت المال المثلي بأحكامه؛ ولأنها لو كانت تعاريف حقيقية لما جاز ذكرها فيها، فلا معنى لأخذها في التعريف.

المطلب الثالث: تعريف الفقهاء المحدثين

عرّف المازندراني المال المثلي بـ «أنه ماله مماثل عرفاً في الأوصاف و الخصوصيات التي تختلف بها الرغبات، و تتفاوت بها القيم قلّة و كثرة»^٢.
و يرد على هذا التعريف بأنه تعريف الشيء بنفسه.

و عرّف الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء المال المثلي بـ «أنه ما تتماثل أفرادها في الصفات التي تختلف القيم باختلافها؛ لاختلاف الرغبات، أو الجزئي الذي تكون له أمثال من صفته تساويه في تلك الصفات»^٣.

الاعتراضات

١. قد أوضحنا سابقاً أنّ إقحام القيمة في تعريف المثل لا يربط بين المثلية مع التساوي في القيمة.

٢. ما أفاده ليس تعريفاً بالمعنى العلمي، فالتعريف يعني تحديداً جامعاً يعمّ مصاديق المعروف و يميّزه عمّا عداه. و ما جاء في التعريف إلا ذكر بعض مصاديق المثلي ضمن ترديد يقسم المثلي إلى قسمين.
فكان الأولى أن يسمّى تقسيم المثلي بدلاً من أن يسمّى تعريف المثلي.

١. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٦٦.

٢. المقصد المتبر، ج ٣، ص ٢٦٤.

٣. النظر الثاقب، ص ٣٤.

٣. استعمال كلمة «الجزء» و إرادة المصداق خروج عن اللغة و الاصطلاح، كما أوضحت في السابق.

٤. استعمال كلمة «التماثل» في المثلية يُخرج التعريف عن كونه تعريفاً فنياً؛ فإن معرفة التماثل تكون بمعرفة المثلي، فلو توقّف عليه كان دوراً واضحاً. و عزّف محمد سلام مذكور المال المثلي بـ «أنّه ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به، و توجد له نظائر في الأسواق»^١.

و يرد على هذا التعريف أنّه يقتضي حصر المثلية في المعدودات. و عزّف أحمد مصطفى الزرقا المال المثلي فقال: «هو ما تماثلت آحاده و أجزاءه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض من دون فرق معتد به»^٢.

و يرد على هذا التعريف - مضافاً على ما أورد في التعريف السابق من حصر المثلية في المعدود - [بأنّه] ماذا يعني بالأجزاء؛ فإن كان يعني المصداق على غرار ما تقدّم في التعريفات السابقة، ففيه ما تقدّم في تلك التعريفات من عدم ملائمة لغة و اصطلاحاً. التعريف المختار: قبل بيان التعريف المختار للمال المثلي ينبغي توضيح نقطتين وهما: أولاً: أنّ مصطلح القيمي و المثلي إنّما نشأ من حكم الفقهاء بالضمان بالقيمة نعني بها الشيء المتمتعّ في المالّة، و يكون مقياساً لمالّة سائر الأموال كالدراهم و الدنانير من الفضة و الذهب المسكوكين في السابق و العملة الورقيّة الرائجة في البلد في الوقت الحاضر في موارد.

و ضمان العرض بعرض يشابهه في موارد آخر عبّر عنه في مقام التمييز عن القسم السابق بالضمان بالمثل. فليس هنالك لمعنى المثلي أو القيمي معنى يكون موضوعاً محدّداً سابقاً عن الحكم الفقهي. فمعنى المثلي ليس مثل الخمر و البيع و الإجارة من الموضوعات المتعارفة بل التشريع الإسلامي، بل أنّ عنوان المثلي عنوان استزاعي

١. المدخل للغة الإسلام، ص ٤٧٩.

٢. المدخل الفقهي المأخوذ ج ٢، ص ١٢٠.

ينتزع من حكم النقيه بضمان التالف بعوض يشبهه، و القيمي عن حكمه بضمان التالف بالقيمة بالمعنى المتقدم.

ثانياً: أنَّ الضمان سواء أكان دليله النقل أو العقل أو الإجماع أو غيرها يقتضي كل ما تستولي عليه يد المعتدي، وتسلبه من المعتدى عليه، أو تستولي عليه بإذن مسبق فهو للمضمون له، و أنَّ يد الضمان تقع على العين بجوهرها وصفاتها وحيثياتها، وهذه ثلاثة أقسام تقع تحت اليد الضامنة، بل على التحقيق أنَّ منفعة العين التي تتوقع فيها بحسب التعارف العقلاني أيضاً تقع تحت اليد.

فهذه أربعة أمور تكون اليد مسؤولة عنها في حالة غضب العين، أو في حالة انتقال اليد من أمانة إلى خاتنة ضامنة أو بسبب آخر.

فمقتضى أدلة الضمان دخول العين، و كل الحيثيات والصفات التي لها دخل في خلق الرغبة العقلانية، أو ازدياد الرغبة في اقتناء ذلك الشيء، و السعي للحصول عليه. و معلوم أنَّ القيمة و إن كانت تعدّ بدلاً و عوضاً عن مائتة المعوض إلا أنَّ المائتة إنما تشكل جزءاً من ذلك المضمون، فإنَّ الفوائد التي كانت ترتجى من العين التالفة من العروض لا تقوم القيمة بها، و إنما يتمكن مالك القيمة من الوصول إلى تلك الفوائد ضمن عرض آخر يشبه العرض التالف، فلا تكون القيمة بدلاً عن جميع الحيثيات والجهات المرغبة في التالف، فيكون الاكتفاء بالقيمة رفع اليد عن مفاد عموم أدلة الضمان المقتضية تضمين المائتة مع كافة الحيثيات المرغبة عقلياً في التالف. و في ضوء هاتين النقطتين يمكن أن نعرف المال المثلي بـ «أنه كل مال يتوفر عادة أو غالباً ما يسد مسدّه في الجهات المرغبة عقلياً فيه، عيناً، و صفةً، و منفعةً».

المبحث الثاني: تعريف المال القيمي

المطلب الأول: المعنى اللغوي للقيمة

القيمة - بالكسر - واحدة القيم، و أصله الواو؛ لأنه يقوم مقام الشيء. و القيمة: ثمن

الشيء بالتقويم. وقومت السلعة واستقمتها: نُتِثَها. ويقال: كم قامت ناقتك؟ أي كم بلغت. والاستقامة: التقويم؛ لقول أهل مكة: استقمت المتاع أي قومت^١، وفي الحديث عن أبي سعيد قال: غلا السر في عهد رسول الله ﷺ و سلم، فقالوا: لو قومت يا رسول الله قال: «إني لأرجو أن أفارقكم ولا يطبني أحد منكم بمظلمة ظلمته»^٢. أي لو سعت و هو من قيمته الشيء، أي حددت لنا قيمته. والقيمي هو إضافة القيمة إلى ياء النسب.

المطلب الثاني: تعريف المال القيمي اصطلاحاً

لم يعرف الفقهاء المال القيمي؛ لأنه لم يحصر ولم يضبط في ماهية معينة. نعم، خلال تعريفهم للمال المثلي و عرضهم لمصاديقه ذكروا المال القيمي، و هو خلال ذلك أو عكس ذلك من العبارات المطلقة انعاماً، أو عزف المال القيمي بعكس تعريف المال المثلي. فقد عرّف الزيلعي الحنفي المال القيمي بـ «أنه غير المكيل والموزون والعدي المتقارب».

و يرد عليه بما يلي:

١. أن تقييد القيمي بغير المكيل والموزون والعدي المتقارب قد تقدّم بأنه لا يمكن أن يرتبط بعنوان المثلي أو القيمي.
٢. ليس في التعريف عنوان جامع ينطبق على جميع أفراد القيمي، أي صدق العنوان على معنونه، و صدق المفهوم على مصاديقه إنما هو إحصاء لأنواع القيمي.
٣. قد تقدّم في تعريف المثلي أن عنوان القيمي والمثلي ليس من الأصول والعناوين الثابتة في العرف والاستعمال اللغوي، وإنما هما انتزعا عن حكم الفقهاء

١. لسان العرب، ج ٣، ص ١٩٣؛ التاموس المحيط، ج ٤، ص ١٧٠، «قوم».

٢. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٤٢.

بكفاية الضمان بالمالية في موارد انتزع منها عنوان القيمي، و بلزوم ضمان الخصوصيات الدخيلة في المقاصد و الأغراض العقلانية في موارد أخرى انتزع منها عنوان المثلي، فكان لازماً في مقام التعريف النظر إلى هذه النقطة.

و عرّفه الشيخ الطوسي من الإمامية بقوله: «ما لا يتساوى أجزاؤه، أي لا يتساوى قيمة أجزائه»^١.

و يلاحظ على هذا التعريف:

١. استخدام كلمة «الأجزاء» وإرادة الأفراد - كما هو الظاهر - لا يساعد عليه العرف واللغة، أو إرادة الأبعاد منها لا يساعده النظر الدقيق، فإن أبعاد القيمات إذا قدرت بما تعارف تقديره كان متساوي القيمة مع البعض الآخر بما قدر به الأول.

٢. إقحام التساوي في القيمة و عدم التساوي و ربط القيمي بعدم التساوي في القيمة غير واضح، فإن الحكم بضمان المالية مع ضمان الخصوصيات في المثلي، و الاكتفاء بضمان المالية في القيمي ليس مرتبطاً بتساوي قيمة الأبعاد، أو تساوي قيمة الأجزاء أو عدمه.

و عرّف محمد سلام مذكور المال القيمي بقوله: «ما تفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به، أو لم تفاوت ولكن انعدمت نظائره في الأسواق»^٢.

و في مرشد الحيران: «هو ما تفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به، أو لا تفاوت ولكن لا نظير لها في محل التجارة»^٣.

و يرد على هذين التعريفين بأنه يقتضي صيرورة المثلي - بحسب المصطلح الفقهي - قيمياً إذا فقدت نظائره في الأسواق، و هذا يقتضي انقلاب الماهية إلى ماهية أخرى؛ لفقدان مصاديقها و هو غير سديد.

١. الخلاف، ج ١، ص ٢٥٧.

٢. المدخل للفقه الإسلامي، ص ٤٧٩، السلم و المضاربة ص ١١٠.

٣. شرح مرشد الحيران، ج ١، ص ٢.

و عرّف الشيخ هادي كاشف الغطاء المال القيمي بأنه: «هو ما لا يتساوى أفراده في الصفات و الخصوصيات التي يبذل بإزائها المال»^١. وهذا هو التعريف الراجح وإن كان مبنياً على سلب الشيء.

أمثلة المال القيمي

ذكر الفقهاء بعض أمثلة مصاديق المال القيمي لزيادة التوضيح، مثل الحيوانات و الثياب حسب النص القديم، فإن قطعة كبيرة كانت تختلف أبعادها إذا لم تكن متساوية، و المثلي المخلوط بخلاف جنسه، كالحنطة المخلوطة بالشعير، و الخلّ المخلوط بالزيت، و الأرض و المخطوطات و الصناعات اليدوية التي تدخل الحرفة اليدوية عاملاً أساسياً في تحديد قيمتها، و الدراهم و الدنانير المغشوشة التي لا يجوز التعامل بها، و المساطة من قبل السلطان و القانون^٢.

تعريف المال المثلي و القيمي في القانون

عرّف القانون المدني الأموال المثلية و الأموال القيميّة في المادة «٦٤» التي نصّت على أن:

١. الأشياء المثلية «هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، و تقدّر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن».

٢. و ما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي^٣.

و يرد على تعريف المال المثلي و المال القيمي في القانون المدني بما يأتي:

١. شرح المكنب، ص ٦٤ (المخطوط).

٢. المنشور في الفوائد، ج ٣، ص ٢٧٩.

٣. الموسوعة القانونية العراقية، ج ١، ص ١٢٠؛ القانون المدني، ص ٢٢، الرقم «٤٠» لسنة ١٩٥١ القانون المدني، ص ٢١.

١. أن قيام البعض عن البعض في مقام الوفاء يتفرع عن المثلية، و يتوقف عليها مفهوماً و خارجاً. فلا يصح تعريف المثلي بها؛ لاستلزامه الدور.

٢. الأراضي تقدر بالمقياس مع أنها ليست مثلية.

٣. قد أوضحت عدم تماثية ربط المثلية و القيمة بالكيل أو الوزن أو العدد.

و القانون المدني بتعريفه هذا للمثليات و القيميات إنما يعطي تقريباً نفس الفكرة التي كان يؤدي إليها تعريف مجلة الأحكام المدنية، فقد نصت المادة «١٤٥» على أن «المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به». و في المادة «١٤٦» على أن «القيمي ما لا يوجد مثله في السوق، أو ما يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة»^١.

و هذان التعريفان يربطان المثلية و القيمة بالقيمة السوقية، و قد أوضحت سابقاً عدم صحة ذلك. فالمثليات تشمل بهذا الوصف المكيلات و الموزونات و العدديات المتقاربة، و بعض أنواع المذروعات المتماثلة.

أما القيميات فهي التي يقوم بها وصف خاص يميزها عن غيرها، أو تتفاوت أفرادها في القيمة، فلا يقوم غيرها مقامها في الوفاء ولو كان من نوعها كالخيل والدور و الأراضي و المخطوطات و غيرها.^٢

و قد اضطربت قرارات محكمة التمييز في تعييد مصاديق المال المثلي و المال القيمي، فمثلاً عدت الحلّي الذهبية من الأموال المثلية بينما هي أموال قيمية و إن كانت أصولها مثلية؛ و ذلك لدخول الصناعة و الحرفة اليدوية فيها، فلا يوجد مثلاً في السوق، و إن وجدت اختلفت أسعارها.^٣

١. مجلة الأحكام المدنية. ص ٢١، المادة «١٤٥» و «١٤٦».

٢. الحقوق العينية الأصلية ج ١، ص ١٢٩ شرح القاتون المدني العراقي. ص ١٤؛ قضاء محكمة التمييز، ج ٢، لسنة ١٩٦٤، ص ٣٢.

٣. مجموعة الأحكام المدنية ج ٤، الرقم ٨٤٤ لسنة ١٣٢٥؛ مدينة تاريخ القرار / ٨ / ١١ / ١٩٨١ / ٤٢.

و حكمت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٨٨٩/ح/٩٦٣ في ٢٣/٥/١٩٦٣ بأنّ الحنطة و الشعير من الأشياء القيميّة؛ لاختلاف جنسها و سعرها، ولا يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء، و تكون مطالبة المدّعي بقيمتها صحيحة^١.
كما حكمت المحكمة المذكورة في قرار آخر لها بأنّ الحنطة من المثليات التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء^٢.



١. قضاء محكمة التمييز، ج ١، ص ١٩.

٢. القرار المرقم ١٢٥٦/١٢/١٩٦٤ في ٢٣/١٢/١٩٦٤؛ قضاء محكمة التمييز ٣٢٣١/٢.

الفصل الثاني:

مماثلة المال المثلي و المال القيمي و شروطهما و أركانهما

المبحث الأول: المماثلة في المال المثلي

المطلب الأول: الصفات التي تعدّ فيها المماثلة

لما تحدّد معنى المثلي و معنى القيمي و امتاز كلّ منهما عن الآخر يتحصّل من ذلك أنّ المماثلة لا تتحقّق إلّا في صفات معيّنة. و يمكن ذكر صفات المماثلة في العين، و تعيين الصفات التي تعدّ فيها المماثلة بما يأتي:

١. الصفة الكائنة في العين المقصودة للعقلاء، و التي يبذل بإزائها المال، و التي تعدّ فيها المماثلة، و تقتضي زيادة الرغبة العقلانيّة أو نقصانها، و من ثمّ تؤثر في المائيّة زيادة أو نقص، كالجودة و الرداءة و نحوهما في الحبوب و الصفاء و النقاوة في الأحجار الكريمة و المعادن. و هذه الصفة هي التي تعدّ فيها المماثلة.

٢. الصفة التي يرغب بها العقلاء، ولكن لا تأثير لها في مالية العين زيادة أو نقصا، كما لو فرض مماثلة صفراء حنطة و حمرائها، أو لون سيّارة بالقياس إلى لون سيّارة أخرى من صفّها و موديلها مماثلة لها تختلف باللون، فإنّ بعض العقلاء يرغبون لصفراء الحنطة مثلاً دون حمرائها، و بالعكس بالنسبة إلى بعض العقلاء الآخرين.

و كذا في لون السيّارة، فلا يشترط في هذه الصفة المماثلة؛ لعدم شمول أدلة الضمان

لها المتوقف على المائتة.

٣. الصفة غير المقصودة عند العقلاء، و التي لا تجلب الرغبة عندهم، كأن تكون الحنطة من صنف معين من زراعة محمد بالقياس إلى حنطة من زراعة خالد مع فرض مماثلتها من جميع سائر الجهات؛ فإن هذه الصفة لا تؤثر في المائتة كما لا تؤثر في العقلاء نوعاً، وإن كانت قد تؤثر في الرغبة الشخصية لغاية شخصية إلا أن ذلك لا يكون مقياساً للمثلية أو القيمة.

فالمماثلة المطلوبة في الصفات بين البدل و المُبدل لاتنفوت بفوت الصفات المقصودة عند العقلاء التي لا تؤثر في المائتة و الصفات غير المقصودة عند العقلاء، فلا يحكم الشارع بضمانها؛ لعدم مائيتها، و يعدّ العقلاء المطالب بها معانداً و مكابراً^١. ثم إن الفقهاء تكلّفوا بيان الصفات التي تعدّ بها المماثلة من حيث وقوعها بالجنس أو النوع أو الصنف و إن اختلفت تحديداتهم لها في مواضع عدّة منها التهاثر - المقاصة - و الضمان، و غيرهما.

الإمامية: المشهور عند فقهاء الإمامية أن المماثلة تقع في الصنف، فلا يكفي التماثل بين الأفراد في الخارج بالاتحاد النوعي و الجنسي.

قال صاحب جواهر الكلام :

إن المساواة في أشخاص الأصناف، و لا يكفي الاتحاد في اسم النوع المنافي لقاعدة لا ضرر و لا ضرار و لغيرها^٢ - و في محلّ آخر - المراد من التعاريف واحد - تعريف المثلي - و هو التساوي الذاتي في غالب ماله مدخلة في الرغبة و القيمة و إن يكون ذلك غالباً في أفراد الأصناف لاتفاقاً.

نعم، ذكر الشيخ الأنصاري بأن كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد بل كلّ صنف من

١. رسالة في النصب، ص ٥٧.

٢. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٨٩.

أنواع صنف واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف، فإذا كان المضمون بعضاً من صنف فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمة ولا بعض من صنف آخر.^١

وخصّ الشيخ هادي كاشف الغطاء في شرحه للمكاسب المماثلة في الصنفيّة و نفى المماثلة في الجنس و النوع فقط بقوله : «لابدّ من المماثلة مع ذلك في الصنفيّة، فلا تكفي المماثلة في الجنس و هو كونه ملبوساً، و لا في النوع و هو كونه ثوباً بعد أن كانت للثياب أصناف و أقسام كثيرة».^٢

و جاء في مصباح الفقاهة بـ «أنّ التماثل بين أفراد الموصوف يختصّ في الخارج بالاتحاد النوعي و الصنفي. أمّا الاتحاد الجنسي، فهو بنفسه لا يصحّح التماثل في جميع الموارد، و هذا لاختفاء فيه».^٣

فإنّما يكون مثل الحنطة مثلياً إذا لوحظ أشخاص كلّ صنف منها على حدة، و لم يلاحظ أشخاص صنف مع أشخاص صنف آخر، لعدم تحقّق المثليّة حينئذٍ شرعاً، بل يعدّ شخص كلّ صنف مباحثاً للصنف الآخر من حيث الصفات و سائر الجهات و الخصوصيات. فإذا تلف عنده مقدار من صنف خاصّ من الحنطة، يجب عليه دفع ذلك الصنف، لا صنف آخر؛ لتغاثر الصنفين عرفاً، فيخرجان بذلك عن المثليّة. فالرّدّ فيه أصناف متفاوتة، و فالعنبر يختلف عن الحويّزوي و غيره، و كذلك الحال في الأدهان، و غير ذلك ممّا لا يحصى.

نعم، التفاوت الذي بين أفراد ذلك الصنف لا ينظر إليه؛ لأنّه لو فرض ملاحظة هذه الجهات، لانهدمت المثليّة غالباً في الضمانات، لاختلاف أفراد صنف واحد في جملة من الخصوصيات حتى أنّ أهل البساتين يقولون: إنّ ثمرة شجرة واحدة تختلف بعض

١. المكاسب، ج ٧، ص ٢٠٦.

٢. شرح المكاسب، ص ٦٤، (المخطوط).

٣. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٥٢.

أطرافها من الطرف الآخر من جهة إشراق الشمس أو القمر أو نحو ذلك^١.
 الحنفية: عدّ فقهاء الحنفية الماثلة في الصنف؛ لأنّ مطلق الجنس لا يكفي بل لابدّ
 من اعتبار الماثلة في الصفة كالجودة والرداءة^٢.
 فالسرخسي عدّ الأمثال المتساوية بما تكون أمثالاً متساوية بالجنس والقدر،
 فالماثلة صورة باعتبار الجنسية. ولكن هذه الماثلة لا تكون قطعاً إلّا بشرط التماثل
 في الصفات، فيصحّ أن يقابل بعضها ببعض في العقد من حيث الذات، فلا يجوز بيع
 قفيز حنطة جيّدة بقفيز حنطة رديئة. فاعتبار الماثلة القطعية في الصنف^٣.
 الشافعية: ذكر صاحب تكملة المجموع أنّ التماثل يكون عند اتّفاق أربعة أوصاف
 هي: الجنس، والنوع، والصفة، والقدر و يصبح المال مثلياً فإذا تلف وجب ردّ مثله.
 فوقع الماثلة عند فقهاء الشافعية في أصناف الأموال^٤.
 المالكية: ذكر المالكية أنّ التماثل يكون في الصفة والجودة والرداءة، أي
 في الصنف، فإن تخلف ذلك لم يكن التماثل خلال كلامهم عن المقاصّة الجبريّة
 بوقوعها عند التماثل في الصفة، مثل الجودة والرداءة، فإن تخلف ذلك لم تقع المقاصّة؛
 لعدم التماثل^٥.
 الحنابلة: ضبط فقهاء الحنابلة التماثل عندهم إذا اتّفق على ثلاثة أوصاف: الجنس،
 والنوع، والجودة والرداءة، وهي لابدّ منها لتحقيق التماثل.
 جاء في المعني:

و الأوصاف على ضربين: متّفق على اشتراطها، و مختلف فيها، فالمتّفق عليها ثلاثة

١. مهذب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٦٦.

٢. بين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٣.

٣. الميوط، للسرخسي، ج ١٢، ص ١١٨.

٤. تكملة المجموع، ج ١٤، ص ٦٠.

٥. مواهب الجليل، ج ٤، ص ٥٥٠؛ بلفظ السالك، ج ١، ص ١٠٦.

أوصاف: الجنس، والنوع، والجودة والرداءة، فهذه لابدّ منها في كلّ مُسلّم فيه ولا تعلم بين أهل العلم خلافاً في اشتراطها، وبه يقول أبو حنيفة ومالك والشافعي^١ ومن خلال هذا النصّ يعلم أنّ المماثلة تقع في الصنف. الزيدية والأباضية: أوضح فقهاء الزيدية والأباضية أنّ التماثل بين المالين يقع في أصناف الأموال من خلال كلامهم على المقاضاة الجبرية، واشتراط الاتحاد في الصفة، وأنّ التفاوت فيها يمنع وقوع المقاضاة الجبرية.^٢

قال صاحب النجاشي المذهب: «و الصفة هنا تشمل الجيد والردى، فيلزم مع اتّحادها في هذه الصفة حتى يتساقطا»^٣.

الظاهرية: ذهب الظاهرية إلى أنّ المماثلة تقع في النوع من خلال كلامهم في مسألة مثل القرض؛ للنصوص الواردة.

قال ابن حزم: «فإذا عدم المثل من نوعه فكُلّ ما قاومه و ساواه فهو أيضاً مثل له من هذا الباب، إلّا أنّه أقلّ مثليّة ممّا هو من نوعه، فلذلك قضينا به عند عدم المثل المطلق»^٤.

و يرد على ما جاء في كلمات الفقهاء بما يلي:

١. اتفاق أكثر الفقهاء على لزوم التماثل في الصنف، ولكن مرادهم من الصنف غير واضح، مثلاً اعتبار العنبر صنفاً واحداً، وعدم اعتبار الحنطة على اختلاف أشكالها صنفاً واحداً غير جيّد، فإنّ الحنطة كما تختلف جودةً ورداءةً كذلك العنبر منه ما هو من الدرجة الأولى، ومنه ما هو دون ذلك، فالالتزام ببراءة ذمّة من أتلف من الدرجة الأولى بدفع من الدرجة الثانية بالنسبة إلى العنبر وعدم براءة الذمّة بمثل ذلك في الحنطة

١. المغني ج ٤، ص ٣١٧.

٢. شرح النيل، ج ١، ص ٥٩٤.

٣. النجاشي المذهب ج ٢، ص ٤٨٨.

٤. المحلى، ج ٨، ص ٧٩.

غير واضح.

٢. أن تحديد الصنف الوارد في كلمات الفقهاء مشكل جداً، فإن الصنف إن أريد به النوع مع وصف عرضي، فلا يمكن جعل العنبر صنفاً في مقابل الحويزاوي؛ لأنهما وصفان ذاتيان، أي لا يمكن انفكاكهما عن موصوفهما، وإن فسر الصنف بمعنى الجودة والرداءة فهو كذلك؛ فإن العنبر الجيد يبقى جيداً وكذلك الرديء.

٣. أن ربط المثلية بعنوان لم يحدد في كلمات الفقهاء عنوان الصنف و النوع إحالة على المجهول، ولا ينبغي ذلك في مثل هذه المباحث الفقهية الدقيقة.

الرأي المختار: لقد أوضحت في تعريف المال المثلي أن المثلية تتقوم بالتساوي في الصفات التي لها دخل في ازدياد الرغبة العقلانية عيناً و صفةً و منفعةً.

و هذا لا يمكن تقييده بالصنف أو النوع، فربما يمكن فرض فردين متماثلين فيما يوجب زيادة الرغبة العقلانية على النحو المذكور وإن كانا من صنفين، فإن الصنف كما أشرت هو النوع مع أوصاف عرضية، و أن الأوصاف العرضية قابلة للانفكاك غالباً، ولا تؤثر ذلك التأثير الموماً إليه.

فلو اختلف الضامن و المالك في أن المدفوع مثل التالف أو لا، فبناء على اعتبار الصنفية يحدد أهل الخبرة لمعرفة أن المدفوع من صنف التالف أو لا. و على المختار أن يرجع إلى أهل الخبرة لمعرفة أن المدفوع يماثل التالف في الصفات و المنفعة الموماً إليها أو لا.

القانون المدني

عدّ فقهاء القانون المدني المماثلة في الصنف من خلال كلامهم في وقوع المقاصة الجبرية و شرحهم للمادة «٤٠٩» و «٤١١» من القانون المدني:

و يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً و وصفاً، و حلولاً و قوةً و ضعفاً... وإذا أتلّف الدائن عيناً من مال المدين و كانت من جنس الدين، سقطت قصاصاً

وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة بلا تراضيهما.^١

فلا تقع المقاصة الجبرية إلا إذا اتحد الدينان جنساً ووصفاً وكانا من النقود أو من الأموال المثلية المتحدة في النوع والجودة.^٢ فالحنطة الكردية على درجات في الجودة، فلا تقع المقاصة الجبرية بين دينين محلّهما من هذه الحنطة، ولكن محلّ الأول من الدرجة الأولى و محلّ الثانية من الدرجة الثانية.^٣

فذكر الجنس والنوع والوصف والجودة في المواد القانونية وشروطها، دليل على إرادة المماثلة في الصنف؛ فالقانون المدني العراقي قد وافق رأي الفقه الإسلامي الذي يعدّ المماثلة في الصنف بعد ما بيّنت عدم تمامية ذلك في الرأي المختار.

المطلب الثاني: المماثلة المعتبرة في الشرع

لابدّ من التطرّق إلى أنواع المماثلة بين المالين ثم بيان المماثلة المعتبرة في الشرع:

النوع الأول: المماثلة العقلية أو المنطقية

وهي المشتركة في حقيقة واحدة بما هي مشتركة، أي لوحظ وأعتبر اشتراكهما،^٤ فتكون المماثلة العقلية في الأموال المثلية من جميع الجهات في مجموع الصفات المقابلة بالمال و الصفات غير مقابلة بالمال، أي المقصودة للعقلاء و غير المقصودة للعقلاء.

ولاخلاف بين الفقهاء على أنّه ليس المراد من المماثلة المعتبرة في الشرع بين المالين هي المماثلة العقلية؛ لعدم بناء الشرع على مثل ذلك، ولأنّ العلم بها مختصّ

١. القانون المدني الرقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥٦ و٩٨١.

٢. حقوق العينة الأخيرة، ج ١، ص ٣٠.

٣. أحكام الالتزام، ص ٤٧٨.

٤. المنطق، ص ٤٨.

بعلام الغيوب. كما أنه لا وجه للتعبد بها؛ لأصالة عدمها. ولو كان التعبد بها موجوداً لظهر و بان في هذا الموضوع العام البلوى، ولم تصل النوبة إلى نزاع الفقهاء.^١

ثم إنَّ المماثلة والتساوي العقلي من كل وجه غير مراد بل متعذر؛ إذ لو كان المراد من المماثلة هي المماثلة العقلية للمثلي، أي ما كان له مماثل من جميع الجهات في مجموع الصفات المقابلة بالمال والصفات غير المقابلة بالمال، أي المقصودة للعقلاء وغير المقصودة للعقلاء، فلا ينطبق شيء من التعاريف المذكورة على المال المثلي. و يخرج المثل عن المماثلة جزماً عند الفقهاء؛ لأنه ليس مماثلاً للمثلي في الصفات غير المقصودة للعقلاء.

النوع الثاني: المماثلة اللغوية

وهي المماثلة التي تكون بين المثقفين بالجنس^٢، أي المماثلة بين المالين ولو من بعض الجهات. ولا يكفي الفقهاء بالمماثلة اللغوية لمثلية الأموال؛ لدخول المال القيمي في المال المثلي، كقطع الأرض المتساوية والحيوانات المتشابهة.

النوع الثالث: المماثلة العرفية

هي المماثلة المعتبرة شرعاً عند بعض الفقهاء. قال الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء في معرض ردّه على صاحب المكاسب بعد نفيه من أن المراد بالمماثلة هي المماثلة اللغوية والعرفية^٣؛

بل ليس المراد سواء، فإنَّ المثل المبحوث عنه في كتمانهم ومعاقد إجماعاتهم و هو ما يصدق عليه أنه مثل التالف لغةً وعرفاً، وليس لهم فيه اصطلاح خاص ومعنى جديد. و

١. مهذب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٦٥.

٢. لسان العرب، ج ٢، ص ٤٣٦؛ قاموس المحيط، ج ٤، ص ٤٩، «مثل».

٣. النظر الثاقب، ص ٣٤.

أما حكموا بوجوبه؛ لأنه أقرب للتألف بعد تعذر عينه الواجبة الرد، وكذا لو كان المدرك لوجوب المثل آية الاعتداء و [هي] قوله تعالى: ﴿قَمَنِ أَعْتَدِي عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلٍ مَا أَعْتَدِي عَلَيْكُمْ﴾^١.

فإن المرجع في تشخيص المثل و تمييزه عن غيره هو العرف و اللفظ. و يرد عليه أن المماثلة اللغوية غير المماثلة العرفية، فإن العرف يحكم بالمماثلة حسب ما نشاهد إذا كان المالان متماثلين حقيقةً و منفعةً و صفاتٍ. فالجمع بين كلمتي، اللغة و العرف - كما في النص المذكور - ليس على ما ينبغي، فحكم العرف و اللغة في المماثلة مختلف.

و نعم ما أوضح السيد السبزواري بأن المراد من المماثلة هي المثلية عند عامة الناس في جميع موضوعات الأحكام إلا ما حددها الشارع بحدود و قيود، و المفروض عدمه في المقام.

ثم إن المماثل العقلي غير مراد بل متعذر، و المماثل التعبدية الشرعي لا اسم له و لا أثر، و كونه من الموضوعات المستنبطة، غير معلوم، بل معلوم العدم، و على فرض احتماله، فيكون متخذاً من العرف في نظائر المقام.

ثم إن المثلية من الأمور التشكيلية لها مراتب كثيرة: و المرتبة الأولى منها ساقطة قطعاً، و ألا لكفت المثلية الاسمية و هي المماثلة اللغوية. و المرتبة القصوى متعذرة نوعاً، بل قد مر اختصاصها بعلم الله تعالى و هي المماثلة العقلية، فيتعين الأوسط و العرف يحكم به و هي المماثلة العرفية.^٢ وأكد صاحب العقد المنير أن المراد من المماثلة في معقد الإجماع هو المماثلة في نظر العرف و هي المماثلة العرفية.^٣

١. البقرة: ١٩٤.

٢. مذهب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٦٥.

٣. العقد المنير، ج ٣، ص ٣٦٤.

واستشكل على كون المماثلة عرفية بدخول المال القيمي في المال المثلي؛ إذ صدق على المال القيمي عرفاً أن له مثلاً في مجموع الصفات المعتبرة في صدق المماثلة، كالحيوان.

النوع الرابع: المماثلة المقاصية

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المماثلة المعتبرة عند الشرع هي المماثلة المقاصية، أي أن المراد هو مثل الشيء و عديله الذي يؤخذ بدله في مقام المقاصة الذي يحكم أهل العرف بأنه ينبغي أخذه بدلاً و عوضاً عما أُلِف الضامن، كما يشهد لذلك عدم اكتفاء بعض من أخذه عرفياً بمطلق المماثلة عرفاً ولو من جهة النوع فقط، بل لابد مع ذلك من المساواة في المميز النوعي و الصنفي بحيث لا يرون الأخذ به عوضاً عن ماله مظلوماً و لا ظالماً، أي أنه لا يراد من المماثلة المماثلة العرفية التي تطلق مع وجود جهة الشبه في الجملة، و لا المماثلة العقلية المتميزة من كل وجه، بل هو شيء فوق ذلك و هو المماثلة في غالب ماله مدخلية في المالية و الرغبة العقلانية، و هي المماثلة المقاصية. و قد استدلل الشيخ اليعقوبي بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^١ على المماثلة المقاصية بأن المراد بالمثل هو مماثل شخص المعتدي الذي يعد أخذه في أنظار العقلاء أخذاً لحقه من ظالمه مثلاً، و مقتضاً منهم من غير زيادة و لانقصان.

اعتراض: إن الاقتصاص من غير زيادة و لانقصان إن لم يكن متعذراً فهو متعسر لا يمكن التكليف به.

الجواب: أن المدار على المماثلة في الآية في أنظار العقلاء هو حمل الآية على المثل الذي هو مقتضى المقاصة عرفاً، لا مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهة الشبه في الجملة، بل أخص منه، كما يشهد لذلك سياقها و كونها في مقام المقاصة و

حكم العدل، فلا يمكن حمل الآية على المماثلة العقلية؛ لتعذر ذلك أو تعسره بحيث يتمتع التكليف به.^١

وذكر صاحب جواهر الكلام بأنه لا يراد من المماثلة في المال المثلي المماثلة العرفية، بل هو شيء فوق ذلك وهو المماثلة في غالب ما له مدخلية في مالية الشيء، لا المماثلة من كل وجه المتعذرة، ولا مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهة الشبه في الجملة، وهذا لا يكون إلا في الأشياء المتساوية المتقاربة في الصفات و المنافع والمعلوم ظاهرها وباطنها.^٢

الروائي الراجح: إن المماثلة المرادة من المال المثلي الذي وقع عليه الاصطلاح، كما هو المستفاد من اجماع الفقهاء والمثيقين من تحديداتهم ليس المراد منه المثل العرفي المتسامح، بل هو شيء فوق ذلك، وهو المماثلة في غالب ماله مدخلية في مالية ذلك الشيء لأعلى وجه المشابهة له من كل وجه المتعذر، بل المستعسر حصولها وهو المماثلة العقلية، ولا المماثلة العرفية التي تصدق مع أدنى شبه في الجملة، وإنما هو عبارة عما كانت له مشابهة تامة على وجه يكونان كالمساويين؛ لتقاربهما في الصفات والمنافع المعلوم ظاهرها وباطنها. ومن هنا كان الحيوان والأرض من القيميات وإن كانت لها أمثال بظاهر العرف، لكنّها بحسب الباطن مختلفة والمنافع فيها بالنسبة إلى الاستيفاء مختلفة أيضاً.

نعم، قد يكون حكم العرف بالمماثلة في المثل في بعض الموارد كالقرض مثلاً أوسع دائرة من المماثلة في المثل في الغرامات المبنية على العدل والدقة، وذلك كالمماثلة التي أمضاها الشارع في قرض الخبز والجوز، ولأجلها استحسن المحقق النحلي في قرض المال القيمي ثبوت مثله في القرض في الذمة. قال:

كل ما يتساوى أجزاؤه يثبت في الذمة مثله، كالحنطة والشعير، والذهب والفضة، وما

١. مضروطة النصب، (المخطوطة).

٢. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٨٨.

ليس كذلك يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم. ولو قيل: يثبت مثله أيضاً كان حسناً^١.
و اختار صاحب تذكرة الفقهاء فيما يصح السلم فيه - كالحيوان - ضمانه في
القرض بمثله^٢. فيكون حكم التعرف بالمماثلة في القرض أوسع منه في التفريعات، و
ذلك لبناء القرض على التساهل و التسامح من الجانبين بخلاف الغرامة^٣.

المبحث الثاني: شروط و أركان المال المثلي و القيمي

المطلب الأول: شروط المال المثلي و القيمي

الفرع الأول: شروط المال المثلي

إنّ المعتبر في المال المثلي شروط و هي:

أولاً: وجود المماثلة بالكثر في الأسواق بلا تفاوت يعتد به، و ذلك لما يأتي:
١. لو عرّ وجود المال المثلي لاتتعهد الذمة بالمثل، بديهية أنّ تحقق التعهد و اشتغال
الذمة به عند الفقهاء إنّما يكون فيما إذا كان للمال المثلي كثرة و وفور خارجاً، و
لاضمان به في غير هذه الصورة^٤.
قال النائيني :

أن تكون الأفراد المتساوية مع الفرد التالف في الصفات شأنها يمكن ردّها إلى المالك
بحسب العادة، لاما إذا كانت نادرة يعرّ وجودها، فلو كان كذلك خرج عن المثلي؛ لما
عرفت من عدم اعتبار الضمان فيما لا يمكن ردّه بحسب العادة^٥.

٢. أنّ العزّة بمعنى الندرة و النادر كالمعدوم، و لا ضمان لمعدوم، أي لا ضمان بمثله.
٣. أنّ في موارد العزّة يكون إجحاف غالباً من ناحية البائع فيما لو أريد شراؤه منه

١. شرايع الإسلام، ج ٢، ص ٦٨.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ٨، ص ٢٦ (الطبع الحجري).

٣. المفرد المفضلة، ج ١، ص ٧.

٤. رد المحتار، ج ٥، ص ١١٨؛ الأكثر، ج ٣، ص ٣١٣؛ حاشية الطحطاوي، ج ٤، ص ١٠٢.

٥. شرح المكاسب، ج ١، ص ٣٢٨.

لدفع المثل، فيكون - و قشذ - ضرورياً ينفيه حديث: «لا ضرر ولا ضرار»^١.

ويعترض على ما جاء بأعلاه بأنه إنما هو معتبر في معنى المثلي لشرطه، والشرط أمر خارج عن المشروط بأي معنى فتر، سواء أفسر بعدم المانع أم فسر بما يهيء الظرف الملائم لتأثير المؤثر في المتأثر المنفعل، كالمقابلة المعتبرة في تأثير النار في إحراق الحطب؟

ثانياً: أن لا يفسد المال بيوم أو ببضعة أيام بمعنى أنه لا يحدث بمرور الأيام والساعات تغيير فيه، كالفواكه والخضروات، ولأجل ذلك حكم الطوسي في المبسوط بقيمة العنب والرطب وأمثاله: لطروه التغير وفساد صورتها ببقائهما في عرض الهواء أو غيره بمقتضى طبيعتهما بمدة غير كثيرة، فللجدید الطري منها قيمة سوقية معينة، وليابس سعر آخر محدد.

اعتراض: يعدّ الجديد من العنب والرطب صنفاً خاصاً عند العرف، واليابس منهما صنفاً آخر. وحديث فساد بيوم واحد أو أقل أو أكثر وعدم فسادهما عنوانان مستقلان لاصلة لهما للمثلية.

ثالثاً: أن يكون تماثل الصفات ملازماً مع التساوي في المالية، وإلا فلا يفيد وحده. قال النائي^٢:

أن يكون تلك الصفات المتحدة نوعاً أو صنفاً مالها قيمة. فلو لم تكن كذلك لم يكن الضامن ضامناً لها، لما عرفت من عدم اعتبار الضامن فيها لامالية له.

ويعترض عليه بعدم صحة ربط المثلية بربط تساوي الصفات المعتبرة في المعاملة بالتساوي في القيمة، فلا وجه لما جاء في النص المتقدم.

مضافاً إلى ذلك أنه لو اعتبر ذلك كان داخلاً في معنى المثلية وليس شرطاً، فإن معنى الشرط أنه يهيء الظرف الملائم لتأثير المقتضي في المتأثر، فالشرط خارج عن

١. وسائل الشريعة ج ١٧، ص ٣١٤؛ شرح المكاسب ج ١، ص ٣٢٨.

٢. شرح المكاسب ج ١، ص ٣٢٨.

حقيقة المشروط، كما أن ما جاء في نهاية نص المحقق الثاني من سقوط الضمان بالمثل بخروجه عن المادية، فهو أجنبي عن معنى المماثلة، وعن معنى شرط المماثلة، وإنما هو راجع إلى نفي الضمان بالمثل بعد خروج المثل عن المادية حسب الظروف الطارئة الزمانية والمكانية.

رابعاً: أن يكون المال المثلي مادته وصورته على خلقتهما الأصلية، كالحنطة والرز و مطلق الحبوب، أي ما كانت أفراده متساوية في الصفات والآثار بالخلقة الإلهية، لاكون المادة على حالتها الأولى فقط مع اختلاف الهيئة، كما يطرأ على الهيئة تغير غير طبيعي بيد إنسانية مباشرة، كصناعة الخاتم، والخلخال وغيره، أو بغير يد إنسانية، كاتجاهات المصانع والمعامل العصرية كالمنسوجات، فهي أموال قيمية وإن لم يكن بين أفرادها تفاوت أصلاً.

و دعوى ذلك أن المادة و الهيئة في المماثل بالخلقة الإلهية وجدنا بوجود واحد ملك لشخص واحد، وهذا بخلاف المماثل في الصنع بالمكان؛ إذ من الممكن في الأقمشة مثلاً أن تكون مادتها من شخص ونسجه من آخر؛ ولأن كل ما كان من صنع العباد لا يمكنهم مراعاة المماثلة فيه لتفاوتهم في الصناعة، فينحصر الضمان وقتئذ بالقيمة؛ وذلك لأجل أنه لو حكم فيها بالمثل فقد يتفق كثيراً كون المادة من شخص والهيئة من آخر، كالحنطة تكون من أحد، ويكون الطاحن والعاجن غيره، فلو أراد الضامن وقتئذ أدائه بالمثل يكون في تردد و حيرة في دفعه لمالك الهيئة أو المادة، و لأتينا دفع لا يبرئ ذمته حيث لم يحرز البراءة بعد علمه بالاستغلال^١.

اعتراض: أنه هنالك مرحلتين: مرحلة الحكم، و مرحلة الموضوع و قد خلط بينهما و الكلام المذكور أعلاه بصدد تعريف المال المثلي و بيان ماهيته لافي مقام تحديد الحكم الذي هو مرحلة أخرى ثانية، فاشترآكه بين المادة و الهيئة لاصلة له بمرحلة

١. دليل الفقه، ج ٢، ص ١٦٠؛ المفرد المنير، ج ٣، ص ٢٦٤؛ رد المحتار، ج ٥، ص ١١٦؛ شرح المكاسب، ج ١، ص ٣٣٨.

التحديد في الحكم في المصنوعات المذكورة بالمثل.
وأما عدم إمكان دفعه، فلأجل عدم معرفته للمالك الحقيقي، وهذا أمر أجنبي عن
المسألة.

ويضاف إلى ما تقدم من أن الشرط يكون أجنبياً عن المشروط، و ما جاء إنما هو
تعريف و تحديد لمعنى المثلي، اللهم إلا أن يراد بالشرط بيان ما يعتبر في المماثلة و
الحكم بالمثلية، كما لا يبعد أن يقال: إن ذكره حينئذ بعد التعريف يكون مستدركاً.
فاخراج المصنوعات عن المثلية إنما يتمشى في المصنوعات القديمة، أما المصنوعات
الحدیثة التي تصنعها المكائن و لا يختلف الفرد مع نظيره فيما يعتبر في المماثلة،
فلا يمكن دعوى خروجها عن المماثلة.

خامساً: أن يكون مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً متساوياً أفراداً أو مذكوراً متساوية
آحاداً^١.

و يعترض بأن هذا ليس إلا تعريفاً للمثلي عند بعض الفقهاء كما تقدم، مضافاً إلى
أنه قد تقدم عدم سداد ربط المثلية بالوزن أو الكيل أو العد حسب التعريف المختار.

الفرع الثاني: شروط المال القيمي

لا توجد هنالك شروط محددة للمال القيمي؛ لأنه بخلاف المال المثلي الذي يمكن
حصره.

المطلب الثاني: أركان المال المثلي و القيمي

الفرع الأول: أركان المال المثلي

الركن الأول: تقوم المائتة بالجهات و الحثثات الشاملة لجميع أفراد الصنف الذي

ينتمي إليه المثلي^١.

فالحنطة مثلاً مائنة جميع أفرادها إنما هي بلحاظ الحيثيات والجهات الشاملة لجميع أفراد الصنف، مثل الحنطية والحمرة والصفرة، والخشونة والنعومة، والجودة والرداءة التي هي مناط في مائيتها، فلا تكون مدخلية لخصوصيات الأفراد الشخصية في مائنة المال المثلي، بل المائنة منوطة بالجامع منها، ولذا صحّ بدلية بعضها عن بعض في الغرامة مطلقاً؛ لأنّ مرتبة المائنة محفوظة في جميعها، فلا يكون المال مثلياً في ذاته، بل بالقياس إلى فرد آخر مثله.

فلو أنّ شخصاً كان مديناً للآخر بمائة دينار عراقي، فإنّ المدين يستطيع أن يفي دينه بأيّ ورق نقدي عراقي.

الركن الثاني: ما تساوت أجزاؤه وتماثلت، وأمن تفاضلها^٢.

الفرع الثاني: ركن المال القيمي

وهو ما كن العلاك والمناط في مائته الأوصاف الشخصية الخارجية القائمة فيه، كالحيوان؛ لأنّ مناط مائته هي الصفات الشخصية فيه والأوصاف الخارجية، أي ما كان لخصوصية الفرد دخل في المائنة، ولذا كان الضبط فيه إنما هو بالقيمة لحفظ مراتب المائنة فيها^٣.

فالمال القيمي هو المال المعين بالذات الذي لا يقوم شيء آخر مقامه في الوفاء، فبيع منزل معين بالذات أو قطعة أثرية معينة بالذات إنما هو بيع يرد على أموال قيمية لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء، ولا بدّ للبائع أن يسلم للمشتري المنزل المعين نفسه بالذات، أو القطعة الأثرية نفسها، فلا تبرأ ذمته إذا هو سلّم منزلاً آخر، ولو كان أكبر

١. بلغة الفقيه، ج ٣، ص ٤٢١.

٢. نكلمة المصنوع، ج ١٤، ص ٨٦.

٣. الروضة البهية ج ٧، ص ٣٨، المكاسب ج ٧، ص ١٢١، بلغة الفقيه، ج ٣، ص ٤٢١.

قيمة أو قطعة أثرية أخرى ولو كانت أنفس.

اعتراض: إنما جاء - كأركان - بمعنى العناصر الأساسية التي يركز عليها عنوانا المثلي والقيمي، ليس إلّا تعريفاً لنفس المثلي والقيمي، فلا تعدو أن تكون توضيحاً لبعض جوانب المثلي والقيمي، ومقتضى التعبير بالأركان أن يركز المثلي والقيمي و يتفرعاً على ما سمي بالركن، ولا نجد فيما جاء شيء من ذلك.

المبحث الثالث: حصر الأموال المثلية والأموال القيمة

المطلب الأول: حصر الأموال المثلية

إنّ المال المثلي من الأموال المنقولة التي أساس تفاوت القيم بين أفراد الصنف الواحد منها أنّما هو في الكمّيات والمقادير، وكلّها ممّا يخضع للمقياس في كمّيته لتقدير قيمته. فالكمّية في كلّ شيء إمّا أن تقاس وتقدّر بالثقل وزناً، وإمّا بالحجم كيلاً. وإمّا بالآحاد عدداً، وإمّا بطول المسافة ذراعاً أو متراً أو سواهما من المقاييس الطولية. ولهذا كانت الأموال المثلية تنحصر في أربعة:

الأول: الموزونات التي تقدر بالوزن، كالسمن، والذهب، والفضّة، والتمر وغيرها.

الثاني: المكيلات التي تقدر بالكيل كالحبوب وبعض أنواع الزيوت وغيرها.

الثالث: العدديات المتماثلة أو المتقاربة وهي التي لا يكون بين آحادها فرق كبير يعتدّ به ممّا تباع بالعدد بسمر واحد، ومن صنف واحد. واعتبرت العدديات المتقاربة من المثليات على الرغم من احتمال وجود تفاوت بين أفرادها وآحادها؛ لأنّه تفاوت جزئي لا تأثير له على أثمانها، كالبيض، والجوز، والبرتقال، والنقود، والأقلام، و الدفاتر، والأواني الزجاجيّة المتماثلة وغيرها.

أمّا إذا تفاوتت أفرادها في الحجم بحيث يكون لكلّ منها قيمة تختلف عن الآخر كالبطيخ والملفوف ونحوهما، فإنّها عندئذ إذا كان العرف على بيعها بالعدد كانت قيمة،

و إذا كان العرف على بيعها بالوزن كانت مثلية؛ وذلك لأنّ آحادها عندئذ - أي في حالة الوزن - هي الوحدات القياسية الاعتبارية بالوزن من الرطل أو الأوقية أو الكيلو غرام ونحوها، وهي غير متفاوتة فيه. وليست آحادها هي أفرادها الطبيعية المتفاوتة حجماً، أي إنّها تصبح عندئذ وزنية لاعدديّة. وهكذا يقال في كلّ ماله أفراد متفاوتة في الحجم، متماثلة في المضمون والصفة، إذا كان يباع بالعدد أو الوزن. وبهذا يظهر ما للعرف من تأثير في اعتبار المال قيمياً أو مثلياً.

و لا يراد من المعدود ما يكون مقابلته بالثمن مبنية على العدد، فالحيوان مثلاً يعدّ عند البيع من غير أن يقال: تباع الغنم عشرة بكذا^١.

و المعدود المتماثل من المصنوعات مثلي أيضاً، كالأشياء الصناعية التي هي من صنع المعامل الآلية الحديثة اليوم، مثل الكؤوس الزجاجيّة والمعدنيّة، وأباريق البلور ومصابيح الكهرباء من صنف واحد، بل المحرّكات والمضخّات وسائر الأجهزة التي تخرج من المعامل بأفراد كثيرة، وأفراد النسخ المطبوعة الجديدة من كتاب واحد، فإنّها كلها تعدّ من المثليات.

الرابع: المذروعات المتماثلة وهي التي أجزاؤها متساوية دون فرق يعتدّ به، والتي تباع كلّ ذراع بكذا، ولا تفاوت بين آحادها، ويجوز السلم فيها. وتعرف ببيان طولها وعرضها^٢، كالمنسوجات والسجاد والبسط المتماثلة الصنعة، فكلّ ذراع أو متر منها يساوي المتر الآخر من ذلك الصنف، وكذا ألواح البلوط من كلّ صنف، والأخشاب الجديدة التي تأتي بأوصاف ومقاييس واحدة تباع بالمتر المكعب أو المربع أو بالطول، كالخام الأبيض والكتان وبعض أنواع الخيوط والحبال والشرائط والأسلاك وغيرها، فكلّها أموال مثلية.

١. لكتز، ج ٣، ص ٢١٣.

٢. حاشية الطحاوي، ج ٤، ص ١٠٢.

حصر الأموال المثلية في القانون

استمد القانون المدني من محدة الأحكام المدنية بأن الأموال المثلية تشمل على مكيلات و موزونات و عدديات متقاربة، و بعض أنواع المذروعات المتماثلة^١، و ذلك في المادة «١١١٩»:

المكيلات و الموزونات و العدديات المتقاربة كالجوز و البيض، كلها مثليات، لكن الأواني المختلفة باختلاف الصنعة، و الموزونات متفاوتة قيمية، و كذلك الحنطة المختلطة بالشعير، و كل جنس مثلي خلط بخلاف جنسه في صورة لا تقبل التفريق والتمييز قيمي.

و الذرعات أيضاً قيمة لكن الجنس الواحد من الجوخ و البطائن التي تباع على أن ذراعها بكذا قرشاً و لا يوجد تفاوت في أفرادها مثلي، و الحيوانات و العدديات المتفارقة التي يوجد بين أفرادها تفاوت في القيمة، مثل البطيخ الأخضر و الأصفر قيمية، و كتب الخط قيمة، و كتب الطبع مثلية^٢.

المطلب الثاني: حصر الأموال القيمية

إن الأموال القيمية لا يمكن حصرها في أنواع محدودة؛ لأن أفرادها لا تجمعها قاعدة أو ضابط، لذلك فإن ما عدا المال المثلي يكون مالاً قيمياً، فالأموال المثلية المحصورة و ما عداها تكون أموالاً قيمية، ولكن حاول البعض حصر الأموال القيمية بما يأتي^٣، أولاً: العقارات مطلقاً و هي من المذروعات التي تباع بالمتري المربع أو الدونم و تعد من القيميات؛ لأن أجزاءها تختلف في قيمتها لاختلاف صفاتها و موقعها.

١. الحقوق العينية الأصيلة، ج ١، ص ٢٥.

٢. مجلة الأحكام المدنية، ص ١٨٠.

٣. شرح مرشد المبرزين ج ١، ص ٢؛ تبين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٤؛ المدخل الفقهى للعالم، ج ٣، ص ١٣٠.

ثانياً: البناء مطلقاً سواء أكان في أرض مملوكة أم موقوفة.

ثالثاً: الأشجار مطلقاً.

رابعاً: المثليات التي لانظير لها في الأسواق؛ لتمدّر الحصول على مثلها فتقدّر بالقيمة؛ لضرورة انقطاعها عن الأسواق.

خامساً: الحيوانات سواء أكانت متحدة في النوع كالغنم أم مختلفة فيه، كالخيل والإبل.
سادساً: العروض متفاوتة المختلفة في الجنس كالثياب والمناديل المختلفة و
الأمثلة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا تكون حيواناً ولا عقاراً كالأحجار التمنية
والسيارات المستعملة وغيرها التي يوجد تفاوت بين أفرادها بحيث تتفاوت في
أثمانها تفاوتاً ملحوظاً.

سابعاً: العدييات متفاوتة تفاوتاً يعتدّ به، كالبطيخ والرمّان. وقد عرّفها المادّة
«١٤٨» من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «العدييات المتفاوتة هي التي يكون بين
أفرادها و أحادها تفاوت في القيمة فجميعها قيمّيات».

ثامناً: المال المثلي المخلوط بخلاف جنسه، كالحنطة المخلوطة بالشعير والخل
المخلوط بالزيت.

تاسعاً: الموزون الذي في تبيضه ضرر كالأواني المصوغة نحو القمقم والطست،
كما مرّ في السابق.

حصر الأموال القيمية في القانون المدني

استمدّ القانون المدني حصر الأموال القيمية من الشريعة الإسلامية، وذلك من
خلال ذكرها في مجلة الأحكام العدلية في المادّة «١٤٨» «و هي المعدودات التي
يكون بين أفرادها و أحادها تفاوت في القيمة، فجميعها قيمّيات»^١.

وقد ضربت المجلة بعض الأمثلة على الأموال القيميّة خلال الكلام عن القسمة في المادّة «١١١٩»:

الأواني المختلفة باختلاف الصنعة، و الموزونات المتفاوتة قيمية، وكذلك الحنطة المختلطة بالشعير، وكلّ جنس مثلي خلط بخلاف جنسه - في صورة لا يقبل التفريق و التمييز - قيمي. و الذرعيّات أيضا قيمية - المقصودة المتفاوتة الأحاد - و الحيوانات، و العدديات المتفاوتة التي يوجد بين أفرادها تفاوت في القيمة مثل البطيخ الأخضر و الأصفر قيمية، و كتب الخطّ قيمية^١.

و ذكر فقهاء القانون بعض الأمثلة على الأموال القيميّة، كالأبل و الخيل، و البقر، و الدور، و الحوانيت، و الكتب الخطيّة، و الأواني المشغولة باليد، و الأسماك، و الأحجار الكريمة، و السيّارات المستعملة و غيرها من الأشياء التي يوجد تفاوت بين أفرادها بحيث تتفاوت أثمانها تفاوتاً ملحوظاً، وكذا الأراضي و هي من المذروعات حيث تباع بالمرّ المربع أو اندوانم^٢.

تقسيم المال القيمي

يمكن تقسيم المال القيمي إلى قسمين لترتب بعض الأحكام على ذلك:

١. ما يضبط قدره و صفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف تفاوت فاحش يفضي إلى مثل المنازعة مثل الحيوان؛ فإنّه يمكن ضبط قدره و صفته، لذا جاز السلم فيه و جاز قرضه.

٢. ما لا يضبط قدره و صفته بالوصف على وجه يبقى بعد الوصف تفاوت فاحش يفضي إلى المنازعة كالجواهر الثمينة، فإنّه لا يجوز السلم فيها، و اختلف الفقهاء في قرضها.

١. المصدر، ص ١٨٠.

٢. حقوق المبيّة الأصيلة، ج ١، ص ٢٧.

قال العلامة الحلبي:

مال القرض إن كان مثلياً وجب رد مثله إجماعاً، وإن لم يكن مثلياً فإن كان مما يضبط بالوصف وهو ما بصح السلف فيه، كالحيوان والنياب، فالأقرب أنه يضمن بمثله من حيث الصورة؛ لأن النبي ﷺ استقرض بكرة فرداً باذلاً - ثم قال: - وأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر وما لا يجوز السلف فيه، فثبت قيمته^١.

المبحث الرابع: اختلاف المال المثلي والقيمي حسب الظروف الطارئة

إن المال المثلي القيمي يختلفان باختلاف البلدان، والأزمان والكيفيات؛ فإن الثوب القديم وإن كان معدوداً من الأموال القيميّة إلا أنه في مثل هذا الزمان توجد كثير من أصنافه متماثلة مما يقطع بكونه من الأموال المثلية، وكذلك كثير من المصنوعات و المطبوعات.

ولعل الاختلاف بين الفقهاء في عدّ بعض الأموال مثلية، وعدّ الآخر لها أموالاً قيميّة من جهة اختلاف ذلك باختلاف الزمان والبلدان والكيفيّة في التقدير وزناً أو كيلاً أو عدداً أو جزافاً. فلا عبرة بإجماع الفقهاء على كون المال الفلاني قيميّاً بعد وجوده في زماننا على خلاف ذلك، فلا تجب متابعة ما أجمعوا عليه؛ للقطع بعدم وصول حكم تعبدي إليهم من الشارع المقدّس حتى نلزم بكون المال الفلاني مثليّاً أو قيميّاً، كما هو الظاهر^٢.

ومن الممكن أن يحصل الاختلاف في طريق التقدير والصنعة، فتصبح بعض المسميات مثل مثلية بعد أن كانت قيميّة، فقد كانت الأقمشة تنسج قديماً على الأنوال اليدويّة، و يترتب على ذلك اختلافها في الدقّة والعناية متراً فمتراً، وكذا الكتب كانت

١. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٦٨، (الطبع الحجري).

٢. شرح المسكوب، ص ٦٤، (المخطوط).

قبل الطباعة تكتب بخط اليد، و الخطوط مختلفة بين رديئة و جميلة، و بين كاتب مدقق لا يخطئ، و كاتب غير مدقق بل تختلف و إن كان الكاتب شخصاً واحداً؛ لأنَّ مقدرة على الضبط و العناية تختلف باختلاف الوقت و اختلاف مجهوده.

أما الآن و بعد اختراع آلات النسيج و الطباعة و غيرها من الآلات، فقد أمكن أن تخرج الآلة من نوع القماش المتحد الأجزاء والوحدات. و كذا من الكتاب الواحد غير المختلف في أي شيء آلاف القطع و النسخ، و لذا أصبحت في هذا العصر أموال مثلية بعد أن كانت أموالاً قيمية^١.

فلا يخفى على ما أجمع على كونه مالاً مثلياً، و ما أجمع على كونه مالاً قيمياً لا يمكن الالتزام به، فإنَّ الإجماع على كون الثياب من القيمات بجميع أنواعها إنما كان في أزمنة المجمعين؛ إذ كانت المنسوجات تصنع بالأيدي، فإنه لا يبعد أن يقال: إنها كانت كذلك في ذلك العصر عند أهل العرف، فإجماع الفقهاء على تلك الثياب في ذلك العصر لا يجدي أهل هذا العصر الذي صار فيه جملة من الثياب مثلية.

و بتعبير أدق: أنَّ الإجماع على مثلية شيء أو قيمته لم يكن - حسب ما يظهر من الدقة في كلمات الفقهاء - على كون المسمى المعين بما هو مثلي أو قيمي، بل كان - حسب ما اعتقد المجمعون - على الموزون أو المكيل مثلياً، فالتبدل إنما حصل في الصغرى، أي أصبح ما يباع بالوزن يباع جزافاً أو بالعكس.

و ما كان ينسج باليد أصبح ينسج بالمكائن، فكان منشأ دعوى الإجماع على أنَّ المذروع قيمي هو عدم وجود ما ينطبق عليه التعريف المثلي من المقدرات بالذرع، و الآن حيث توفّر في المذروعات ما ينطبق عليه تعريف المثلي، فقد ارتفع منشأ الإجماع من المقام، فلم تبق لذلك الإجماع قيمة علمية.

نعم، يجدي ما أجمع على كونه مالاً مثلياً مع عدم تغيّر الموضوع و بقائه على تلك

الكيفية التي وقع الإجماع عليها. وهو كائن عليها، فالحيوانات التي وقع الإجماع على أنها من القيميّات، فإنها في هذا العصر على تلك الحالة التي عليها حال الإجماع، وأنّ الدقة في كلمات الفقهاء تبعث على الاعتقاد بأنّ دعوى الإجماع نشأت من اتفاق الكلّ على عدم انطباق تعريف المثلي على الحيوانات من جهة أنّ الاستفادة من أدلة الضمان في إتلاف الحيوان ثبوت القيمة إلّا ما شدّد، وإلاّ فليس هنالك إجماع على قيمته الحيوان بما هو حيوان.

والحاصل أنّ ما أجمع عليه الفقهاء مالاً مثلياً أو مالاً قيميّاً مع عدم تغيّر الموضوع وبقائه على تلك الكيفية التي وقع الإجماع عليها، وهو كائن عليها، فيحكم بمثلية أو قيمته بمعنى أنّ الإجماع على ضمانه بالمثل أو القيمة.

القانون المدني

أوضح فقهاء القانون المدني العراقي بأنّ المال المثلي والمال القيمي يختلف حسب الأماكن والأزمان، ويكون تحديد ذلك إلى العرف.

فقد جاء في قرار محكمة التمييز المرقم ٤١٣/ح/١٩٦٤ في ١٩٦٤/٥/٥ أنّ اعتبار الشيء قيميّاً أو مثليّاً أمر نسبي، فسيارة الفورد شيء مثلي بالنسبة إلى كلّ سيارة فورد جديدة مثلها تتحد معها في الموديل، وهي قيمية بالنسبة إلى كلّ سيارة من ماركة أخرى، وبالنسبة إلى كلّ سيارة فورد تختلف معها في الموديل^١.

و يرد عليه بأنّ إسناد اختلاف المثلية والقيمة إلى زمان غير واضح. إنّما التأثير لوجود المثلي في المسميات تارة، وعدم وجوده تارة أخرى؛ وذلك لا يخضع للعامل الزماني والمكاني، وإنّما يستند إلى الزمان والمكان، وما يكون للزمان بمعنى حركة

الأرض دخل في ذلك، كما في اختلاف الليل والنهار واختلاف الفصول، وينسب إلى العامل المكاني لمنطقة معينة للأرض تأثير غير ما تؤثر عليه منطقة أخرى من الأرض، فما نسب من اختلاف المكان والزمان بالنسبة إلى المثلي والقيمي لا يبتني على الدقة في التعبير.

الفصل الثالث:

خلافة المثل أو القيمة للمضمون

المبحث الأول: الضمان قبل تعذر المضمون

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنَّ الأصل في الضمان هو ردّ العين قبل تلفها ما عدا بعض فقهاء الحنفية الذين يذهبون إلى أنَّ الأصل في الضمان قبل ذهاب العين هو المثل أو القيمة، و عليه سيكون عندي مطلبان:

المطلب الأول: الأصل دفع العين

الموجب الأصلي عند جمهور الفقهاء هو دفع العين المضمونة؛ إذا لم تتغير تغيراً فاحشاً؛ لأنَّ الحقَّ متّصل بالعين مباشرة. أمّا ردّ بدل العين من المثل أو القيمة فهو مخلص: لأنَّ العين أعدل و أكمل لما فيه إعادة صورة و معنى. أمّا ردّ البديل، فهو مخلص و يصار إليه حين تعذر دفع العين، فالعين لاتصير مالاً في الذمة ما دامت موجودة، كما هي لتعلّق الحقّ بذاتها و دفعها هو الموجب الأصلي.

أمّا المثل أو القيمة، فهما يخلفان العين بعد تلفها، و يستمى دفع الأصولين دفع العين المضمونة على هذا الوجه بـ «الأداء الكامل»؛ لأنّ دفع العين يحسب الحقيقة عبارة عن

تسليم نفس الواجب^١.

الحنفية: المشهور عند فقهاء الحنفية أن ردّ العين هو الموجب الأصلي، والمثل أو القيمة مخلص عن ردّ العين.

قال الزيلعي: «وردّ العين هو الموجب الأصلي على ما قالوا؛ لأنه أعدل وأكمل في ردّ الصورة والمعنى، وردّ القيمة أو المثل مخلص لا يصر إليه إلا عند تعدّد العين»^٢. وجاء في اللباب: «والواجب ردّ العين المفصولة ما دامت قائمة، سواء أكانت مثلية أم قيمية»^٣.

الإمامية: لا خلاف عند فقهاء الإمامية في وجوب ردّ العين المضمونة مع بقائها للأدلة الدالة عليها من النقل والعقل^٤. قال العلامة الحلي:

كلّ من غصب شيئاً وجب عليه ردّه على المالك، سواء أطالب المالك برده أم لا ما دامت العين باقية بلا خلاف؛ لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّه»^٥. لأنّ حقّ المفصوب منه متعلّق بماله ولا يتحقّق إلّا برده^٦.

المالكية: الأصل عند فقهاء المالكية أن يرّد عين المال مع الإمكان، فإن رُدّ به كامل الذات والصفات برىء من عهده^٧.

الحنابلة: الأصل عند فقهاء الحنابلة ردّ العين من دون خلاف؛ لأنّ الحقّ متعلّق

١. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٢؛ المغني، ج ٥، ص ٣٧٥؛ المستق، ج ٥، ص ٢٧٣؛ قواعد الأحكام في مصالح الأئمة.

ج ١، ص ١٨٠؛ تبين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٢؛ النيل الجوار، ج ٣، ص ١٣٤٨؛ المحنّ، ج ١، ص ١٣٤.

٢. تبين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٢.

٣. اللباب (هامش الجوهرة النيرة)، ص ٤٣٧.

٤. مهذب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٦٣.

٥. السنن الكبرى (للبيهقي)، ج ٦، ص ٩٥؛ سنن الدارمي، ج ٢، ص ٢٦٤؛ مستدرك الوسائل، ج ٣، ص ١٤٥.

٦. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٢ (الطبع العجري).

٧. الفروق، ج ١، ص ٢١٤؛ المستق، ج ٥، ص ٢٧٣؛ تهذيب الفروق، ج ١، ص ٢١٢.

بالعين. قال ابن قدامة:

فمن غصب شيئاً لزمه ردّه ما كان باقياً بغير خلاف نعلمه؛ لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^١. ولأنّ حقّ المنصوب منه معلق بعين ماله و ماليته، ولا يتحقّق ذلك إلّا برده^٢.

الشافعية: إنّ العين المضمونة إذا كانت باقية لزم ردّها؛ لأنّ الجوابر المتعلقة بالأموال الأصل فيها ردّ الحقوق بأعيانها عند الإمكان، فإذا ردّها برىء عن عهدها^٣.
الزيدية: عدّ الزيدية أنّ ردّ العين ثابت بقطعيات الشرع، بل الإجماع على ذلك ما لم تستهلك، فليس للضامن أن يعدل إلى البدل من قيمة أو مثل، ولا أباح الشرع ذلك إلّا برضا المالك، و وجب عليه ردّها ما دامت موجودة و وجد إليها سبيلاً، و ما لا يتم الواجب إلّا به فهو يجب^٤.

الظاهرية: الأصل عندهم وجوب ردّ العين إلى مالكيها. قال ابن حزم: «فمن غصب شيئاً، أو أخذه بغير حقّ يبيع محرّماً أو هبة محرّمة أو بعقد فاسد و هو يظنّ أنّه له، فرض عليه أن يرده إن كان حاضراً»^٥. و في موضع آخر «فما دامت العين أو شيء منها موجودين، فلا حقّ له في غير ذلك».

الأدلة:

استدلّ جمهور الفقهاء على أنّ الأصل في الضمان دفع العين بالأدلة النقلية و العقلية:
أولها: الأدلة النقلية:

أظهر ما استدلّ به على أنّ الأصل في الضمان دفع العين بالروايات الآتية:

١. مستدرك الوسائل، ج ٣، ص ١٤٥؛ سنن الدارمي، ج ٢، ص ٢٦٤.

٢. المغني، ج ٥، ص ٣٧٤.

٣. حلية العلماء، ج ٥، ص ٢١١؛ قواعد الأحكام في مصالح الأئمة، ج ١، ص ١٨٠.

٤. انصر الإخراج، ج ٤، ص ١٧٨؛ المسيل الجراز، ج ٣، ص ٣٤٨.

٥. المحطّى، ج ٨، ص ١٣٤ و ١٤٢.

١. ما روي عن الرسول ﷺ قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وفي لفظ آخر «حتى تؤديه» ويعبر عنها أحياناً بقاعدة اليد أيضاً.

سند الحديث أخبرنا أبو الحسن علي بن محمد المقرئ، قال: حدثنا الحسن بن محمد بن إسحاق، قال: حدثنا يوسف بن يعقوب، قال: حدثنا محمد بن منهل، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا سعيد عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة بن جندب، قال: قال النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^١. وفي رواية «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

وهذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سعيد بن أبي هريرة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

قال الترمذي: حديث حسن أخرجه أبو داود في البيوع، والترمذي وابن ماجه في العارية، ورواه أحمد بن حنبل في مسنده، والطبراني في معجمه، والحاكم في المستدرک في البيع، وقال: حديث صحيح على شرط البخاري. وقال الحافظ المنذري: قول الترمذي فيه: «حسن» يدل على أنه يثبت سماع الحسن عن سمرة. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه البيوع، وقال فيه «حتى تؤديه ماله»^٢.

قال ابن القطان على أحاديث الشبهات: إسناده حسن متصل وإنما لم يخرجاه في الصحيح؛ لما ذكر أن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة^٣.

وذكره صاحب مستدرک الوسائل عن الشيخ أبي الفتح الرازي في تفسيره^٤. وقطع جملة من الأعلام بضعف الحديث بضعف سنده، كما في تهذيب التهذيب و

١. السنن الكبرى (للبيهقي)، ج ٦، ص ٩٥؛ سنن الدارمي، ج ٢، ص ٢٦٤.

٢. سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٦٥؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٠٢؛ جامع الترمذي، ج ٢، ص ٢٥٢؛ مستدرك أحمد بن حنبل، ج ٥، ص ٨؛ المعجم الكبير، ج ٧، ص ٢٠٨؛ ح ٦٨٦٢.

٣. البداية، ج ٨، ص ٣٤٦؛ فتح المين، ج ٣، ص ٣١٢.

٤. مستدرک الوسائل، ج ٣، ص ١٤٥.

الجوهر النقي، وجاء في سبل السلام:

لأنَّ الحديث من رواته الحسن عن سمرة، وللحفاظ في سماعه منذ ثلاثة مذاهب،
الأول: أنه سمع منه مطلقاً. الثاني: لا مطلقاً. الثالث: لم يسمع منه إلا حديث العقيقة^١.
وقال ابن حزم: «إنَّ الحديث: منقطع؛ لأنَّ قتادة لم يدرك سمرة»^٢. وقال «الحسن
لم يسمع عن سمرة».

والجواب: أنَّ هذا الضعف منجبر بشهرته بين الفقهاء؛ إذ استدلَّ به كثير منهم ولكن
البعض الآخر منهم ناقشوا المبنى، والاستدلال بما يأتي:

١. أنَّ شهرة الحديث ليست جابرة ومقوية لضعف السند، كما أنَّ إعراض الفقهاء
عن رواية صحيحة لا يوجب وهنًا؛ إذ المقياس هو توفر شرائط الحجَّة وعدمها، و
ليست الشهرة بنفسها حجة^٣.

٢. الذين ذكروا الحديث في موارد ضمان اليد ربَّما استندوا إلى وجوه آخر كالسيرة
وأيَّدوا مدَّعاهم بذكر الحديث استثناساً.

إنَّ إخضاع الحديث المذكور للمقاييس الموضوعية في شأن صحَّة السند وضعفه و
يُعلم ضعفه بسبب ما ذكر عن بعض رجاله من الضعف أو عدم السماع.

فالرواية تنسب في نهاية رجالها إلى سمرة بن جندب، ولو لم يصدر عنه إلا تعسُّفه
في استعمال حقِّه بالنسبة لأخيه الأنصاري في قصَّة النخلة، ومن ثمَّ إغضابه للنبي ﷺ
من جراء هذه الحادثة في حديث «لا ضرر ولا ضرار»، وخروجه لحرب الحسين عليه السلام،
لكفي بعض ذلك حجَّة في ضعف السند^٤. إلا أنَّ الحديث حجَّة عند العلماء؛ لأنَّ شهرته
بين العلماء تطمئنَّ الإنسان بصدوره، والمدار في حجَّة الخبر كونه موثق الصدور و

١. سبل السلام، ج ٣، ص ٦٧؛ الجوهر النقي، ج ٦، ص ٩٠.

٢. المحلى، ج ٦، ص ١٧٢.

٣. مصابح الفقهاء، ج ٣، ص ٩٢.

٤. مصادر الحكم الشرعي، ج ٢، ص ١٧٩.

هو ما ذهب إليه جملة من علماء الأصول والفقه.

نعم، ربّما يصحّ - عدم الانجبار بالشهرة - في الشهرة الفتوائية؛ لأنّ المدار فيها ما يستفاد من النصّ، وفهم شخص ليس بحجّة على فهم شخص آخر.

وأما ما أوردوه من أنّ الشهرة غير جابرة لضعف السند، وأنّ الذين استدلّوا به ربّما استندوا لوجه آخر، كالسيرة، وذكره استثناساً فيمكن الجواب عنه:

(أ) أنّ موضوع حجّة الحديث لا يقتصر على صحّة سنده، بل يكفي في الحجّة وثاقة الصدور، ويمثل هذه الشهرة يتمّ موضوعها.

جاء في مصادر الحكم الشرعي «كان الحديث المذكور حجة عند فقهاءنا باعتبار عمل القدماء من أصحابنا به؛ لأنّ عمل المشهور من القدماء يوجب الوثوق بصدوره»^١.

ب) أنّ وجود دليل آخر كالسيرة لا ينفي عن الحديث دليله، وعدم كونه دليلاً عند فقيه لا يلزم منه عدمه واقعاً أو عند من ثبت لديه كونه دليلاً.

ج) بعيد أن يذكر الفقيه ما يستأنس به على دعواه ويهمل ما عدّه دليلاً.

دلالة الحديث

إنّ دلالة الحديث هو وجوب أداء العين مع بقائها.

اعتراض: إنّ الاستدلال بالحديث على وجوب أداء العين مع البقاء فيه نظر؛ وذلك لأجل تقدير الأداء والردّ وهو غير معلوم بجواز تقدير الحفظ ونحوه، فيكون معنى الحديث «يجب على ذي اليد حفظ ما أخذت إلى زمان أدائه»، أو لأجل قوله: «حتى تؤذي»، ولا دلالة له أيضاً؛ لأنّ وجوب الحفظ مثلاً إلى زمان الأداء لا يدلّ على وجوب الأداء، كما إذا قال الشارع: عليك بقصر الصلاة في السفر حتى تدخل الوطن؛ فإنّه لا يدلّ على وجوب دخول الوطن، فيظهر عدم تماميّة الاحتجاج به على وجوب

أداء العين.

الجواب: أجاب التراقي: إن استدلال الفقهاء واحتجاجهم وفهمهم على الضمان خلفاً بعد السلف من هذا الحديث دليل على ذلك، كما أن المتبادر من تركيب الحديث إثبات الضمان^١.

و الأولى أن يجاب أنه لا حاجة إلى تقدير كلمة «دفع» أو «أداء» أو «رد» في الاستدلال، والوجه في ذلك أن وجود كلمة «على» في الحديث تعني ثبوت المأخوذ في عهدة الآخذ، فمعنى الحديث: ما استولت عليه اليد بنحو من الاستيلاء اقتضى ذلك الاستيلاء بثبوت المأخوذ في العهدة، فيكون صدر الحديث صريحاً في الحكم الوضعي وهو ثبوت المأخوذ في عهدة الآخذ، وهذا هو المعنى الصريح للشرط الأول من الحديث، فمثلاً يقال: «علي دين أو القيام بعمل كذا»، وإلى هذا المعنى يشير سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾^٢.

فإذا تبين ذلك، فالحديث إنما ينظر إلى الحكم الوضعي، وهو الضمان وهو معنى منتزع عن كون الشيء في العهدة والذمة. وهذا الضمان يستلزم حكماً تكليفاً وهو وجوب الأداء؛ لأن كل من اشتغلت ذمته بمال وهو ضامن له يجب عليه بحكم الشرع والعقل تفرغ ذمته. فيكون المدلول المطابقي الحكم الوضعي - وهو ضمان - و وجوب الرد - وهو الحكم التكليفي - مدلول التزامي.

وهذا البيان أولى من جواب التراقي الذي نقلته؛ لأجل أن ذلك الجواب يحاول الدفاع عن الرواية عن الحكم التكليفي فقط، ويغفل عن الحكم الوضعي، كما أن هذا البيان يتكفل توضيح دلالة الحديث على الحكم الوضعي زائداً على الحكم التكليفي، فلو فرض انحصار مدلول الحديث في الحكم التكليفي لما أمكن إثبات الضمان وهو

١. حوائد الأنبياء، ص ٣٤.

٢. من الواضح أن ذمة الله لا تشتغل بشيء إلا أن التعبير بحسب المعنى اللغوي يعطي ما أشرت إليه وإن كانت نسبته إليه سبحانه من باب التشبيه أو التجوز في الاستناد. هو: ٦.

الحكم الوضعي، و اشتغال الذمة بهذا الحديث، مع أنَّ المدعى هو وجوب دفع العين المفصولة؛ لأجل الضمان؛ ولأجل اشتغال الذمة بالعين في حالة إمكان دفعها عادةً، و اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة في حالة أخرى، و معلوم أنَّ وجوب الدفع بمفرده أعمُّ من الضمان، فإنَّ الوديعة يجب دفعها إلى صاحبها مع عدم الضمان ما لم يتعدَّ أو يفرط.^٢ روى عبدالله السائب عن أبيه، عن جده أنَّ النبي ﷺ قال: «لا يأخذنَّ أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً، و من أخذ عصا أخيه فليردها»^١.

روى هذا الحديث إثنان من الصحابة أحدهما أبو سائب، و أخرج حديثه أبو داود في كتاب الأدب في باب المزاح، و الترمذي في أول الغبن، و ذكر الترمذي بأنَّه حديث حسن غريب لا يعرف إلَّا من حديث ابن أبي ذئب و السائب بن يزيد و له صحبة و قد سمع من النبي ﷺ و هو غلام.

ورواه أحمد بن حنبل و ابن أبي شيبة و أسحاق بن راهويه و أبو داود و الطيالسي في مسانيدهم، و البخاري في كتاب «الأدب المفرد» و الحاكم في المستدرک في الفضائل.

و وقع في رواية «لاعباً و جاداً» بدون حرف «لا» العاطفة، و معنى قوله: «لاعباً» لا يريد سرقة، «و جاداً» في ادخال الأذى عليه قاصداً للعبد وهو يريد أن يجد في ذلك ليغيبه.^٢ و قال الخطابي في شرح السنن [في] قوله: «لاعباً جاداً» هو أن يأخذه على سبيل الهزل ثم يحسبه و لا يرده فيكون ذلك جاداً»^٣.

و هذا الحديث الشريف متمحّض في إثبات الحكم التكليفي، فإنَّه يدلُّ على وجوب الردة، و قد علمت أنَّه أعمُّ من الضمان، فلا يدلُّ عليه.

ثم إنَّ الحديثين المتقدمين يشتركان في إثبات الحكم التكليفي. أو هو مع الحكم

١. مستدرک الوسائل، ج ٣، ص ١١٤٥ نيل الأوطار، ج ٥، ص ٣٣٥.

٢. سنن أبي داود، ج ٢، ص ٥٩٧؛ البناية ج ٨، ص ٣٤٧.

٣. البناية ج ٨، ص ٣٤٧.

الوضعي في المصوب، و ليس لأيّ منهما دلالة على الضمان، أو وجوب دفع العوض
عمن أتلّف مالاً من دون الاستيلاء عليه، فينبغي حصر الاستدلال بهما في الأموال التي
تسبق اليد إليها بالحكم بالضمان و وجوب الدفع.
و ينبغي التماس دليل آخر لاثبات وجوب العوض في المتلفات التي لا يسبق
الضمان فيها.

٣. قوله بفتح «من وجد عين ماله فهو أحقّ به»^١.

استدلّ السرخسي بالحديث على الضمان، و وجوب دفع العين و ردّها^٢.
و يرد عليه أولاً: أنّ الحديث ناظر إلى أحقية المالك من غيره بماله، و معلوم أنّ في
هذا إشارة إلى أنّ لغير المالك حقّاً كما يقتضي التعبير بصيغة «أفعل»، و باب الضمانات
لا يوجد فيه حقّ لغير المالك، فينبغي حمل الحديث في المورد الذي يكون لغير المالك
حقّ إلاّ أنّ المالك أولى به من غيره كما في المفلس، فإنّ الدائنين و الغرماء يشتركون
فيما يوجد في ملك المفلس عدا المستثنين، ولكن إن وجد ضمن أمواله شيء كان
يملكه أحد الغرماء كان هو أحقّ به من سائر الغرماء.

و يؤيد ذلك أنّي لم أجد الفقرة من الحديث المستدلّ بها إلاّ ضمن خمس روايات
وردت في المفلس و في المدين الميت يخلف أموالاً في ماله مال أحد الدائنين.

و ثانياً: أنّ التعبير بـ «من وجد عين ماله فهو أحقّ به» ظاهره أنّ المالك إن وجد
عين ماله فله أخذها، و ليس لأحد مزاحمته في ذلك، فيكون محض مفاد الحديث

١. رواه البخاري و مسلم بلفظ «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس. فهو أحقّ به من غيره». صحيح

الحارثي، ج ٢، ص ٥٨؛ صحيح مسلم، ج ١٠، ص ٢٢١ - ٢٢٣.

و النسائي بلفظ قريب منه: «أما امرئ أفلس ثم وجد رجلاً عنده سلعة بعينها فهو أولى به من غيره». سنن

النسائي، ج ٧، ص ٢٧٤. و في مسندك الوسائل عن أمير المؤمنين عليّ عليه السلام أنّه قال: «إذا أفلس الرجل و عنده

متاع بعينه فهو أحقّ به». الموطأ، ج ٢، ص ١٦٦ - ١٦٧، سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٥٩؛ وفي سنن ابن ماجه، ج ٢،

ص ٧٩٠ بلفظ «من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحقّ به من غيره».

٢. البسوط (للسرخسي)، ج ١١، ص ٤٨.

حرمة مزاحمة المالك في ماله، و ليس فيه إشارة إلى وجوب الدفع فضلاً عن الدلالة عن الضمان.

ثانيها: الإجماع

اتخذ إجماع الفقهاء على وجوب دفع العين المضمونة ما دامت باقية.^١
قال الشهيد الثاني: «يجب ردّ المغصوب على مالكة وجوباً فورياً إجماعاً»^٢.
و ادّعى العلامة الحلّي من الإماميّة والخطيب من الحنفيّة وابن رشد الحفيد المالكي عدم الخلاف فيه.^٣

ثالثها: الأدلة العقلية

استدلّ الفقهاء على أنّ الأصل دفع العين بأدلة عقلية وهي:

١. أنّ أخذ العين يفوت على المالك يده على العين وهي مقصودة؛ لأنّ المالك بها يتوصّل إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف فيها، فيجب نسخ فعل الضامن دفعاً للضرر عن المالك، وأنّ وجوه دفع عينه.
٢. أنّ الضامن مطالب برّد العين المضمونة قبل هلاكها حتى لا يلتفت إليه لو أراد أن يعطي مثل المضمون أو قيمته، كما أنّه ليس للمالك أن يمتنع عن أخذ عينه و يطلب البديل؛ لأنّ ردّ البديل ضمان قاصر، والضمن القاصر خلف للأصل، والأصل محتمل، فلا يكون الضمان القاصر مشروعاً.

أمّا لو كان الموجب الأصلي القيمة أو المثل، لكان للضامن حقّ الامتناع عن ردّ العين حتى يقتدر على دفع القيمة أو المثل؛ لأنّه يصار إلى الخلف في حالة عدم القدرة

١. رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ج ٢، ص ٢٥.

٢. الروضة البهية، ج ٧، ص ٣٠٦.

٣. تنكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٨٢؛ المجوّهة النيرة، ص ٤٣٧؛ بناية المسجّد، ج ٢، ص ٢٣٨.

على الأصل، و لم يكن الحكم كذلك؛ لأنّه خلاف ما يقتضيه الكتاب العزيز؛ لأنّه أكل مال الغير بالباطل، قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^١، و المالك لم يرض إلّا بعين حقّه^٢.

و يلاحظ على الدليل أنّه مبني على المصادرة؛ فإنّه قد فرض فيه وجوب ردّ العين، و أنّ المثل أو القيمة خلف عنها، ولا يجوز إجبار المالك بأخذهما و وجوب إلزام الضامن بدفع العين، فإنّ القائل بعدم وجوب دفع العين - كبعض فقهاء الأحناف - لا يقرّون بشيء من هذه الأحكام، و أنّ هذه الأحكام هي المدعى و المطلوب إقامة البرهان عليها.

و أتأكل المال بالباطل، فإنّما يلزم ثبوت وجوب دفع العين، و مع شكّ في وجوب دفع العين لا وجه للاستدلال بقوله سبحانه و تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^٣ على حرمة امساك العين.

٣. يبرأ الضامن برّد العين من غير علم المالك بأن يسلمه إليه بصورة ما، كما إذا وهبها له أو أطعمها إياه فأكلها، و المالك لا يدري أنّها ملكه و نحو ذلك من التسليم، فمثلاً لو وهب الضامن الساعة المضمونة للمالك و سلّمه إياها و قبلها و تسلمها بدون أن يعلم بأنّها المال الذي غصب منه كان الضامن بريئاً، و كذا لو ألبس الضامن الألبسة المضمونة للمالك كان بريئاً، فلو لم يكن هو الواجب الأصلي لما برئ إلّا إذا علم و قبضه عنه، كما في قبض المثل أو القيمة^٤.

و من الواضح توقّف الدليل على إثبات وجوب أخبار المضمون له فيما لو دفع المثل أو القيمة عن العين و هو أوّل الكلام، ولو سلّم فهو أجنبي عن محلّ البحث. فلو فرضت

١. النساء: ٢٩.

٢. ددّ الحكم، ج ٢، ص ٤٥٦.

٣. النساء: ٢٩.

٤. نين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٢؛ مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٣٩.

كفاية المثل أو القيمة عن العين بقائها، فغاية ما يلزم أن يخبر المالك ببقاء العين، وأنه ملزم بالاكْتفاء بالعوض.

٤. لو ادّعى الضامن هلاك العين مبيّناً أنه سيعطي بدل العين للمالك، ولم يثبت ذلك أو ادّعى المالك وجود العين وطلبها وهو غير ارضى بالبدل، فللحاكم الحكم بالبدل وإن حبس الضامن حتى يحصل العلم بما آلت إليه العين المضمونة، و سبب الحبس المذكور هو أن الموجب الأصلي هو ردّ العين وبقاؤها، والضامن يدّعي أمراً عارضاً وخلاف الظاهر، فيدّعي الهلاك ويرغب في إسقاط حق المالك في العين وتبديلها بالبدل، فلا يقبل قوله بهلاك العين^١.

و يرد عليه أن اقتضاء جواز حبس الضامن، وعدم قبول قوله من دون دليل يتوقف على إثبات وجوب دفع العين مع بقائها وهو أول الكلام، والذي يلتزم بعدم وجوب ردّ العين المنع عن حبس الضامن، وله دعوى وجوب إلزام المالك بقبول البدل إن تمكّن من إثبات خلافة المثل أو القيمة عن العين مع بقائها، بل له ذلك لو لم يتمكّن الخصم من إثبات وجوب دفع العين مع بقائها، فإنّ الحجز أو الحبس من دون ثبوت حق شرعي يقتضيه.

٥. أن الأداء مقدّم على القضاء؛ لأنّ الأداء أصل والقضاء خلف عنه، و ردّ العين المضمونة هو أداء كامل؛ لأنّه تسليم عين الواجب بحسب الحقيقة، وكذا يكون الأداء كاملاً لو ردّ عين الواجب باعتبار الشرع، كبذل الصرف وتسليم المسلم فيه؛ إذ كلّ منهما ثابت في الذمّة، وهو وصف لا يحتمل التسليم إلاّ أنّ الشارع جعل المؤدّي عين ذلك الواجب في الذمّة، لتلّا يلزم الاستبدال في بدل الصرف والمسلم فيه وهو حرام^٢. ولا يخفى كون الدليل مصادرة، فإنّ ما جاء في سياقه من الأحكام كلّها مبنية على

١. رد المحتار ج ٢، ص ٤٥٦.

٢. شرح المنار، ص ٣٩.

أن الأصل وجوب دفع العين مع بقائها، وأن خلافة المثل أو القيمة تنحصر في صورة تلفها، والمفروض أنه عين محلّ البحث والدعوى.

٦. أن أتمّ الوجود هو ردّ العين؛ لأنّه أعدل وأكمل في ردّ الصورة والمعنى، وردّ القيمة أو المثل مخلص يصار إليه عند تعذّر ردّ العين، ولهذا يُطالبُ الضامن برّد العين قبل الهلاك، ولو أتى بالقيمة أو المثل لا يعتدّ به؛ لكونه قاصراً.
ولا يخفى كذلك كون الدليل مصادرة، كما تقدّم في الأدلّة السابقة.

المطلب الثاني: الأصل ردّ المثل أو القيمة

ذهب بعض من فقهاء الحنفية إلى أن الموجب الأصلي هو أداء القيمة أو دفع المثل، وردّ العين مخلص وهو عكس القول الأول^١.

وحجّتهم في ذلك أن الموجب الأصلي هو أداء القيمة أو دفع المثل؛ لأنّ الذمّة إنّما تشتغل بالواجبات، ولا يتصوّر واجب إلّا في فعل أو دين وليس شيء من ذلك بالعين، فلا تشتغل الذمّة بالعين وإن شغلت بردها؛ لأنّه فعل فإذا دفعها برئت ذمّته، كما لو أهرأ المالك عن الضمان حال قيام العين؛ إذ لا يجب عليه الضمان بهلاكها بخلاف الإبراء عن العين؛ إذ لا يصحّ لعدم شغل الذمّة بها؛ لأنّ صحّة الإبراء تستلزم شغل الذمّة بالمرأ ديناً كان أو فعلاً.

وإنّما صحّ الإبراء عن الضمان حال قيام العين؛ لاعتباره واجباً شاغلاً للذمّة على أساس وجوبه بالقصّب مثلاً، وأنّه الأثر المرتب عليه ابتداءً، وأنّ ردّ العين المغصوبة مخلص من هذا الضمان؛ لارتفاعه عندئذ بارتفاع سببه، وذلك برّد العين إلى المغصوب منه ووصول حقّه إليه كاملاً بهذا الردّ، وزوال الاعتداء الموجب للضمان بذلك؛ لتعني المغصوبة حقاً له.

و متى يدل على شغل الذمة بالضمان حال قيام العين أنه لو كان للغاصب نصاب من أنصبة الزكاة ذهباً أو فضة - مثلاً - انتقص من ضمان المقصوب مع قيامه. كما ينتقص أيضاً بالدين حتى لا تجب فيه الزكاة؛ لتقصه و عدم اعتباره فاصلاً عن الحوائج الأصلية، و ذلك لا يكون و لا يتصور شرعاً إلا عند شغل الذمة بما هو دين، كالقيمة أو المثل، و ليس لدينا عند قيام العين المفصولة إلا شغلها بهذا الضمان بناء على الغصب، فكان ذلك هو الواجب ابتداءً به^١.

و يلاحظ على هذا الدليل أولاً: أنه خلط بين ما يتعلق به الحكم التكليفي و هو فعل المكلف، و بين ما يكون منشأ و موضوعاً لتعلق التكليف بالفعل و هو اشتغال الذمة، فإنّ القائل باشتغال الذمة بالعين لا يدعي أنّ الحكم التكليفي و هو الوجوب يتعلق بالعين، إنما يدعي أنّ العين تثبت بالذمة، و ذلك موضوع يتفرع عليه ثبوت التكليف بالفعل و هو إرجاعها إلى مالها، فهناك فرق بين الموضوع و الحكم^٢.

ثانياً: أنّ الضمان إمّا بمعنى كون الشيء في العهدة، كما يظهر من كلام الفيومي، قال: «ضمنتُ المال و به ضماناً، فأنا ضامن و ضمن: التزمته»^٣. فهذا المعنى لامانع من تعلق الضمان بالعين.

و إمّا بمعنى وجوب الدفع و الأداء، فحينئذ و إن كان الضمان منحصراً في الفعل إلا أنه لا ينافي أن يكون متعلق الفعل نفس العين، كما قد يكون متعلقاً بالمثل أو القيمة. ثالثاً: ما ذكره الدليل ينافي الحديث الشريف «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، كما ينافي بقية الأدلة التي اقتضت ردّ العين، كما تقدّم.

رابعاً: أنّ الاستيلاء على العين استيلاء على قيمتها و مائيتها و خصوصياتها،

١. نكلمة البحر الرائق، ج ٨، ص ١٢٤؛ درر الأحكام، ج ٢، ص ٤٥٧.

٢. الموضوع يعني لدى الفقهاء الأعيان الخارجية، و متعلق الحكم يعني لديهم أفعال المكلفين. فمثلاً في حرمة شرب الخمر تعتبر الخمر موضوعاً و الشرب متعلق التكليف، و الحرمة الحكم و هو التكليف الإلهي.

٣. مصباح المنير، ج ١، ص ٤٩٧.

فالقاصب مثلاً اعتدى على جميع ذلك، فلاكتفاء برّد بعض ذلك و إلزام المالك بقبولها ظلم.

و أما دعوى استثناء الزكاة في الدين دون العين، فهو مصادرة على المدعى، فإنّ من يلتزم بوجوب ردّ العين يلتزم ببقيائها في ملك مالکها الأصلي، فما ذكر في الدليل على عدم اشتغال الذمة في العين، لا يرجع إلى محصل.

خامساً: أنّه لا يصار إلى التضمين بالقيمة أو المثل و الالتزام بهما مع القدرة على ردّ العين، اذ لو كانا هما الواجب الأصلي كما ذكر لألزم بهما الضامن ابتداء، كما أنّ الضامن يبرأ بتسليم العين المضمونة إلى مالکها مع عدم علمه بذلك؛ لتعين العين المضمونة حقاً له كما سبق، بخلاف المثل أو القيمة؛ لعدم تعيّن حقّه فيها إلّا بقضيهما؛ إذ يتملّ حقّه في أيّ مثل أو أيّة قيمة، ولذا لا يتعيّن في المقبوض فيهما إلّا باتفاق الطرفين، بخلاف العين المضمونة عند الدفع.

تمّ إذا كان الحكم عدم قبول القيمة أو المثل من الضامن عند وجود العين و إمكان ردّها إلّا أن يرضى المالك فيقطع بأنّ اواجب ابتداء عند وجود العين و إمكان ردّها بعينها هو ردّها، أمّا دفع القيمة أو المثل، فخلف، ولذا وجب فيه التراضي لوجود معنى البدليّة^١.

و يرد على هذا الاعتراض بأنّه ليس إلّا مصادرة على المدعى؛ لأنّه ليس إلّا تعبيراً عن دعوى بأنّ العين هي الأصل في الضمان، و ليس في هذا الاعتراض علاج لما حاول المستدلّ الاستناد إليه من أنّ الضمان لا يتعلّق بالعين، بل المثل أو القيمة.

تمّ إنّ القائل بعدم اشتغال الذمة بالعين ملتزم بكفاية دفع المثل أو القيمة، و ملتزم بتبعات القول بعدم اشتغال الذمة بها، فما ذكره المعارض من اللوازم لا يمكن أن يكون اعتراضاً على الدليل المتقدّم.

و أمّا ما ذكره المعترض «أنّ الضامن يبرأ بتسليم العين المضمونة...» فهو لا يقتضي اشتغال الذمّة بالعين فقط، و إنّما يقتضي عدم انحصار الضمان بالمثل أو القيمة، فالاعتراض لا يثبت مدعى المعترض. فكان على المعترض أن يأتي ببيان يقتضي حصر الضمان في العين، و ما ذكره لا يفيد ذلك.

سادساً: أنّ بعض الفقهاء، كالسيد السبزواري ذهب إلى إمكان ثبوت العين في الذمّة و شغلها بها بتوضيح أنّ لكلّ عين من الأعيان عدّة اعتبارات:^١

١. الاعتبار الخارجي، أي الثبوت الخارجي لشخصها.
٢. الاعتبار المالي، و هو من أهمّ الاعتبارات بين العقلاء.
٣. الاعتبار الذمي الكلي، أي بنحو الكليّة، كجميع الكليّات الذميّة الدائرة بين العقلاء في معاملاتهم و ديونهم.

٤. الاعتبار بنفس العين الخارجية في الذمّة لابقيد الخارجية حتى يستحيل ذلك، بل بعنوان الظرفيّة، فجميع الأعيان الخارجية بتمام صفاتها و جهاتها لها ظرفان:

ظرف خارجي، و ظرف اعتباري ذمي، و ليس كلّ ما يعتبر في الذمّة لابدّ أن يكون كليّاً؛ إذ لا دليل عليه من نقل و عقل؛ لأنّ الذمّة أوسع من الخارج بمراتب، فيصح اعتبار الجزئي الخارجي فيها أيضاً، و على هذا، فلو تلفت العين في الخارج يعتبر اشتغال الذمّة بنفسها لا بالمثل أو القيمة بمجرد التلف؛ لغرض صحّة اعتبار بقائها الذمي، و لاوجه للانتقال بمجرد التلف إلى المثل أو القيمة؛ لعدم ملزم بذلك من نقل أو عقل، و الانتقال إلى المثل أو القيمة إنّما هو حين الأداء؛ إذ لايمكن الأداء إلّا بأحدهما مع فرض تلف العين، فالانتقال إنّما هو انتقال أدائي فقط لاذمي؛ إذ العين باقية في الذمّة إلى حين فراغها.

اعترض: لاوجه لاشتغال الذمّة بالعين بعد التلف والقدرة على أدائها. فالمشهور أنّ

الانتقال إلى المثل أو القيمة إنما هو حين التلف.

الجواب: ١. الأحكام الوضعيّة لا تدور مدار القدرة و عدمها. و ما تدور مدار القدرة و عدمها إنما هي الأحكام التكليفية، و المفروض أنه حين الأداء تنقلب العين إلى المثل أو القيمة.^١

٢. الكفالة لاتصح بالعين؛ لأنّ من شروطها في صحّتها أن تكون على دين، و أن يكون الدين ثابتاً في الذمّة، فتصحّ الكفالة على كلّ دين، كالثمن و الأجرة، و عوض القرض و دين السلم، و كذا المنفعة، و مع هذا صحّة كفالة الأعيان المضمونة كالمغصوب، أي ضمان ردّها إلى مالكيها إذا كان للضامن قدرة على انتزاع المضمون، فعلم أنّ الموجب الأصلي هو القيمة؛ لأنّه لو لم يكن ذلك لم يجز الضمان على العين.^٢

و يرد على هذا الدليل: أولاً: إن أريد بالكفالة المعنى اللغوي و هو عبارة «عن كفالة المال و تحمّله به»^٣، فلا وجه لتخصيصها بالدين، بل مقتضاها شمول الديون و الأعيان على حدّ سواء، و إن كان المقصود أنّ في الكفالة مصطلحاً فقهيّاً يحصرها في الدين، فإنّه مجرّد دعوى خالية عمّا يدّعيها. ولو سلّم انحصار الكفالة في الدين، فمنع صحّتها في العين مع وجودها إذا كانت مضمونة بنفسها و هي باقية قابلة للإرجاع إلى مالكيها.

ثانياً: أنّ المقصود بالكفالة كون الشيء المكفول في عهدة الكفيل، و الذي يعتبر فيها هو كون المكفول ثابتاً في عهدة المكفول عنه، و اعتبار أمر زائد في صحّة الكفالة يفتقر إلى دليل.

ثالثاً: أنّ الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة كالمغصوبة، فمثلاً لو قال رجل

١. مهذب الأحكام، ج ١٦، ص ٢٩١.

٢. تبيين الخطائق، ج ٥، ص ٢٢٢.

٣. مصباح المنير، ج ٢، ص ٧٣٦ بتصرف.

لآخر: «غصبني فلان فرساً فقال: أنا ضامن الفرس الذي تدّعيه»، فهو ضامن بقيمته^١.
و يلاحظ على هذا الاعتراض أنه كان الأولي ابتداءً عدم اختصاص الكفالة بالدين بدعوى شمولها كلّ عين مضمونة، وأمّا مثال الفرس، فإنّما يتمّ لو صحّت كفالته بنفسه، وأمّا كفالته بقيمته مع بقاء الفرس، فلا يكفي ردّاً على الدليل.

٣. أنّ الرهن لا يصحّ إلّا على الدين، و معلوم صحّة الطلب المفصوب منه الرهن على العين المفصوبة من الغاصب، و يكون الرهن وثيقة لديه إلى حين تفريغ الغاصب ذمّته عن الحقّ المفصوب منه، فلا بدّ من فرض اشتغال ذمّة الغاصب بقيمة العين أو مثلها حتى يصحّ الرهن؛ إذ المفروض أنّه لا يصحّ الرهن إلّا على الدين. فلو كان الموجب الأصلي ردّ العين و لم يكن القيمة، لزم أن يكون رهناً بالعين و لا يصحّ هذا^٢.
قال الزيلعي «يصحّ الرهن بها - بالعين المفصوبة - لأنّ الوجوب فيها مستقرّر؛ إذ الواجب فيها القيمة و العين مخلص»^٣.

اعتراض: أولاً: أنّ حصر صحّة الرهن على الدين بمعنى يقابل العين أوّل الكلام. فلعلّ مقصود الفقهاء من الدين هو كون الشيء في الذمّة أعمّ من أن يكون عيناً أو قيمة. و ثانياً: لو سلّم انحصار صحّة الرهن في الدين، نمنع حينئذ صحّته في العين المفصوبة المضمونة بنفسها.

الرأي الرابع: ليس للضمان سوى معنى واحد سيال في جميع الموارد يقصده الفقهاء فيها و هو دخول الشيء بنفسه في عهدة الشخص، سواء أكان ذلك الشيء إنساناً أو حيواناً أو مالاً أو متعلّق حقّ، و سواء أكان موجوداً أم معدوماً و هو من الأمور الاعتيادية التي يعتبرها أهل العرف. فالمعتبر يعتبر تارة في الشيء بوصف كونه موجوداً كما في الكفالة، فإنّ الكفيل متعهّد بنفس المكفول عنه مادام موجوداً، و قد

١. الجوهرة النيرة، ص ٤٣٨، حاشية ردّ المحتار، ج ٦، ص ١٨٥: الكفالة و الحوالة، ص ١٧١.

٢. حاشية الطحاوي، ج ٤، ص ١١٠٢ الجوهرة النيرة، ص ٤٣٨: الرهن في الشريعة الإسلامية، ص ١٦١.

٣. تبين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٢.

يعتبره في حال كونه معدوماً، كالضمان بالمعنى الأخص الذي هو عبارة عن التعهد بدين وغيره.

وقد يعتبره في الشيء في حالتي وجوده وعدمه، كما في ضمان اليد؛ فإن الغاصب متعهد لنفس المال بمقتضى قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^١ إذا علقّ العهدة على الشيء نفسه، لا أنه متعهد ببذله، ولا الأعم منه ومن بدله. وهذه العهدة باقية في حالتي البقاء والتلف، والمال بنفسه في عهده في الحالين، فلا دلالة منه ابتداء على الاشتغال بالبدل، وإنما يستفاد الاشتغال به منه ثانياً وبالعرض حيث إن الحكم بالتعهد للشيء يستلزم الخروج عن العهدة، بل ومما دلّ من الأدلة الآخر على لزوم تفرغ الذمة والخروج عن العهدة، فإن فراغ الذمة بأداء نفس المال لما كان متعذراً مع فرض كونه تالفاً، فلا محالة يكون الأمر بالتفرغ منزلاً على دفع البدل؛ إذ لا مقدور سواه.

و يستخرج من هذا الحكم التكليفي حكم وضعي هو أنّ الضامن مشغول بالبدل، فكما أنّ العقل بعد ما أطلع على حكم تكليفي بوجوب الصلاة - مثلاً - يستترع منه حكماً وضعياً وهو أنّ الأمور مشغول بالذمة بالصلاة، فكذلك فيما نحن فيه ينتزع من الحكم بوجوب دفع البدل حكم وضعي، بل حكمان وضعيان: أحدهما: الاشتغال بفعل الدفع.

و الآخر: الاشتغال بالمدفوع المستفاد من الحكم التكليفي بالالتزام، ولازم هذا المعنى دوران الاشتغال بالبدل مدار ذلك الأمر؛ لكونه من لوازمه، فإن كان الأمر متعلقاً بدفع المثل كان الاشتغال به، وإن كان متعلقاً بدفع القيمة كان الاشتغال بها، وإن كان بدفع المثل في حال ودفع القيمة في حال آخر كان الاشتغال في حال الأول بالمثل، وفي الثاني بالقيمة؛ فإن الاشتغال على هذا الوجه دائر مدار التفرغ وجوداً أو عدماً.

١. نيل الأوطار، ج ٥، ص ٣٢٥؛ مستدرک الوسائل، ج ٣، ص ١٤٥.

ولازم من لوازمه، بل هو العلة لحدوثه وبقائه و من البتة أن انتفاء العلة لانتفاء المعلوم، و انتفاء المطابقة يوجب انتفاء الالتزام.

و بعبارة أخرى: المأمور به بأمر التفريغ هو دفع المخرج عن المهدة، والمفرغ للذمة أداء نفس المال، فإن كان متعذراً مع فرض كونه تالفاً فلا محالة يكون الأمر بالتفريغ منزلاً على دفع البذل؛ لا مقدور سواء.

القانون المدني

نص القانون المدني العراقي على أن الأصل دفع العين مطلقاً، سواء أكانت عين القرض أم الضمان في حالة بقاء العين^١. فقد ورد في المادة «١٩٢» «يلزم رد المال المغصوب عيناً، وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب»^٢. وقد أخذ النص من مجلة الأحكام المدنية من المادة «٨٩٠»^٣.

و أكدت قرارات محكمة التمييز أن الأصل هو دفع العين^٤، وكذلك فقهاء القانون، فقد ذكر الدكتور ذنون في عقد القرض تحديد نطاق التزام المقرض بالرد بقوله: «وإن كانت عينه باقية فللمقرض استردادها»^٥ يدل على أن الأصل هو رد العين مطلقاً، سواء أكانت مضمونة أم مقترضة مادامت باقية، فإذا تلفت انتقل الحق إلى التعويض بالمثل أو القيمة^٦.

و ينبغي أن يعلم أن إلزام المقرض بقبول العين يبتني على أمور:

١. الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع، ص ٢٥.
٢. القانون المدني لسنة (١٩٥١)، الموسوعة القانونية العراقية، ج ١، ص ١٢٠.
٣. مجلة الأحكام المدنية، ص ١٤١.
٤. مجموعة الأحكام المدنية العدد «٤» السنة «١٣»، رقم القرار «٤٧»، مدنية، تاريخ القرار ٨٢/١١/١ ص ٢٢.
٥. الشرة القضائية السنة «٤» العدد «١٦»؛ قضاء محكمة التمييز، ص ٨١.
٥. العقود المسماة، ص ٢٢٢.
٦. الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع، ص ٣٥.

أحدها: أن نلتزم بأن المقرض لا يملك العين المقرضة و ما دامت باقية في ملك المقرض، فإذا أرجعها سالمة إلى المقرض كان ذلك إرجاعاً للمال إلى مالكه، فوجب على المقرض القبول.

ثانيها: أن نلتزم بأن القرض عقد جائز، و محاولة وفاء الدين بإرجاع العين نفسها و ليس وفاء بالقرض، و أداء لما اشتغلت به الذمة من القيمة، بل هو فسخ لعقد القرض، و هو يستلزم رجوع كل مال إلى ملك مالكه الأول، فترجع العين بمجرد إنشاء الفسخ إلى ملك المقرض، فوجب على المقرض إرجاعها إلى المقرض، كما وجب على المقرض قبولها.

ثالثها: أن نفتر القرض بمعنى لا يقتضي تملك العين، بل يقتضي جعل العين في عهدة المقرض مع إباحة التصرف فيها، فمادامت العين باقية فهي مضمونة، فحالها حال بدل الحيلولة، كما أن بدل الحيلولة يباح التصرف فيه لأخذه، و يجب إرجاعه بنفسه مع بقاءه بعد رجوع المبدل منه إليه، كذلك العين المقرضة مضمونة و مباحة التصرف فيها، و مع بقائها يجب إرجاعها بالمطالبة.

المبحث الثاني: ضمان بعد تعذر رد العين

اختلف الفقهاء فيما تشتغل ذمة الضامن به في تلف العين المضمونة أهو المالئة و الخصوصيات و الأوصاف للعين، فلازمة اشتغال الذمة بالمثل، أو أنها تشتغل بالمالئة، و لا تتعلق بالخصوصيات و الأوصاف والذي يعني اشتغالها بالقيمة، أو أن العين تبقى في الذمة حال وجودها الخارجي و حال عدمها؟

المطلب الأول: الأصل في الضمان المثل

ذهب أهل الرأي و الظاهرية إلى أن تدارك الضمان المدلول عليه بالأدلة هو رد العين أولاً، فإذا تعذر ذلك فالواجب في التدارك و مساواة البذل للمبدل منه في جميع

الخصوصيات والصفات الموجودة في المبدل، وإلا لم يكد يتحقق التدارك التام^١.
قال ابن حزم: «فإن عدم المثل من نوعه فكل ما قاومه وساواه فهو أيضاً مثل له من هذا الباب إلا أنه أقل مثليّة مما هو من نوعه، فلذلك قضينا به عند عدم المثل المطلق»^٢.

وأدلّهم على أن الأصل في الضمان المثل:

أولاً: الأدلة النقلية

(أ) الآيات القرآنية:

١. استدلّ فقهاء الإمامية والحنفية والحنابلة والشافعية على أن المثلي يضمن بمثله؛ لأنه أقرب إلى العين المضمونة الثالثة؛ ولأن المثل أصل؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^٣.

فظهرها في المماثلة لا يكاد يخفى، واختصاص الحكم بالثالث عدواناً لا يقدح بعد عدم القول بانفصل في حالة الضمان في الإلتاف، وحالة الضمان في التلف.

ويرد على الاستدلال بهذه الآية ملاحظات منها:

(أ) أن ظاهر الآية اعتبار المماثلة في الاعتداء - كالفعل الصادر من المعتدي بدافع الاعتداء - وليس فيها المماثلة إلى المعتدي به، فمثلاً لو قطع شخص يد آخر فالآية تدلّ على جواز القصاص من المعتدي بأن يتمكن المعتدي عليه من يد المعتدي. و

١. فتح الملام، ج ٢، ص ١٥٥، المحلى، ج ٨، ص ١٤٢.

٢. المحلى، ج ٨، ص ١٤٢.

٣. المكاسب، ج ٧، ص ٢٢٢، فتح المصنوع، ج ٣، ص ٣١٢؛ كشف الأسرار، ج ١، ص ١٦٨، شرح الكبير، ج ٥، ص ٤٢٨، حاشية الجمل، ج ٣، ص ٤٧٧؛ إبانة الطالبين، ج ٣، ص ١٣٨ والآية في البقرة: ١٩٤ وأن تسمية عقوبة المماثلة في الآية بالاعتداء مجازاً للمقابلة، كقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا الشُّرَى: ٤٠ ليس بسبّة وإنما سمي مجازاً، وكذا هنا الاعتداء الثاني ليس اعتداء وإثماً عقوبة، والعلاقة بينهما علاقة مضادة، وهي تسمية الشيء باسم ضده.

ليست ناظرة إلى مماثلة يد المعتدي، و يد المعتدى عليه بأن تكون منافع يد أحدهما مماثلة لمنافع يد الآخر. فلو كانت يد المعتدى عليه تعرف الكتابة و تخيط و يد المعتدى معدومة المنافع المذكورة، فلا يقال بأن الآية لا تدل على جواز قطع يد المعتدى؛ لأنها لا تماثل في المنافع يد المعتدى عليه.

ب) ذكرت المماثلة في الآية الشريفة لأجل التأكيد على أن المعتدي ينبغي أن يتحمل العذاب النفسي والألم اللذين تحمّلهما المعتدى عليه؛ بغية قمع جذور الجريمة، وإنشاء مجتمع عادل يحافظ على الحقوق والحدود، لذلك عبّر عن الجزاء بالاعتداء، فالمماثلة إنما يقصد بها تحمل المسؤولية، وليس للآية نظر إلى الجانب المالي، أو خصوصيات المال من أوصاف و صفات حتى يستدلّ فيها بالمقام.

ج) أن محلّ البحث هو تحديد ما تشغل به ذمّة المعتدي من عين أو مثل أو قيمة ما يتعلّق به الحكم التكليفي حين تفرغ الذمّة. أما الآية الكريمة، فنناظرة إلى وظيفة المعتدى عليه و هو عكس ما نحن فيه.

د) أن الآية ليست في مقام إثبات الإلزام، فبأنه لا يجب على المعتدى عليه الاقتصاد، بل له العفو و هو أقرب إلى التقوى، والكلام هو في إثبات الإلزام على المعتدي، أي الضامن و فيما تشغل به ذمته و هو الحكم الوضعي، بينما الآية الكريمة ناظرة إلى التكليف.

هـ) أن الآية أخصّ من المدعى، فإنّ المقصود إثبات الضمان، سواء كان الضامن متعدياً أو غير متعدي بأن اشتغلت ذمته سهواً، كمن أتلف مال الغير بدون قصد. والآية الكريمة لو دلّت على اشتغال الذمّة بالمثل، فإنّها تدلّ عليه حالة الاعتداء عند القصد فقط.

٢. استدلّ بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْياً بِالْكَفَّةِ

أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامٌ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ^١. إِنَّ الْأَصْلَ فِي الضَّمانِ الْمَثْلُ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الشَّيْءِ قَدْ تَكُونُ مَقْصُودَةً عِنْدَ الْعُقَلَاءِ^٢.
قال الطبرسي: «فالذي عليه معظم أهل العلم أَنَّ المماثلة معتبرة في الخلقة»^٣.

و يرد على الاستدلال بهذه الآية بما تأتي
(أ) لايجوز الاستدلال بالآية؛ لِأَنَّ الآيةَ في صدد التعبد. قال العزيز عبد السلام:
«لايجوز القياس على جبر الصيد بالمثل من النعم؛ فَإِنَّ ذَلِكَ تَعَبَّدَ حَانِدٌ عَنْ قَوَاعِدِ الْجَبْرِ»^٤.

(ب) أَنَّ كلمة «مثل» في الآية المباركة بمعنى ينطبق على الحيوانات، كما هو واضح.
و المثل في المعنى المبحوث عنه مختصّ في غير الحيوانات، كما تقدم من أَنَّ
الحيوانات كلّها أموال قيمة، فلا وجه للاستدلال بالآية المباركة أصلاً.

(ج) المماثلة المطلوبة في الآية الكريمة ليست بالمعنى المتقدم من حيث تحديد
المماثلة. فلو فرض أَنَّ الحيوانات من الأموال المثلية، فثبت ناقة مثلاً في ذمة من
أُتلف ناقة، و ليس معناه ثبوت بقرة في ذمة من أُتلف غزلاً، أو ثبوت ناقة في من
أُتلف نعامة. و المماثلة المقصودة في الآية من قبيل الثاني و ليس من قبيل الأول.

(د) أَنَّ الكلام في المقام في اشتغال الذمة و الأصل في الضمان ثبوت المثل فيها، و
الآية الشريفة غير ناظرة إلى اشتغال الذمة، و إنما ناظرة إلى الحكم التكليفي.

و بعبارة أوضح أَنَّ الكلام في المقام في المتلفات المملوكة، و الآية المباركة ناظرة
إلى العقوبة في مقام إتلاف المباحات.

١. المائدة: ٩٥.

٢. بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٦٦.

٣. مجمع البيان، ج ٢، ص ١٩٨.

٤. قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج ١، ص ١٨١.

٣. استدَلَّ صاحب جواهر الكلام بالآيتين التاليتين على أَنَّ الأصل في الضمان المثل بقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾^١ وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^٢.

و يرد على الاستدلال بالآيتين كُلُّ ما أورد على الآيتين السابقتين مع تغيير في صياغة الإشكال.

٤. استدَلَّ بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ﴾^٣. بتقريب أَنَّ العدل إِنَّمَا هو رَدُّ المثل.

وذكر الفراء أَنَّ العدل - بالكسر - المثل.^٤ و يريد على أَنَّ الاستدلال بالآية مصادرة فَإِنَّهُ يتوقَّف على اثبات أَنَّ العدل دفع المثل وهو أوَّل الكلام المتنازع فيه؛ فَإِنَّ الخصم يرى أَنَّ تحقق العدالة بدفع القيمة. ثُمَّ إِنَّ الآية ناظرة إلى الحكم التكليفي وهو وجوب العدالة في مقام القضاء. و غير ناظرة إلى اشتغال الذمة ولا إلى ما تشتغل به الذمة.

و أيضاً هنالك فرق بين العدل - بالفتح - والعدل - بالكسر - فَإِنَّ الثاني يعني المساواة بين أمور تدرك بالحاسة كالموزونات بخلاف الأوَّل، فَإِنَّهُ يعني المساواة التي لا تدرك إِلَّا بالبصيرة كالأحكام^٥. و على هذا حمل قوله سبحانه: ﴿أَوْ عَذْلٌ ذَٰلِكَ صِيَامُكُمْ﴾، فالآية ناظرة إلى العدل بمعنى لا يدرك إِلَّا بالبصيرة، فهي اجنبية عن محل البحث بالكلية.

١. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٨٥، والآية الشورى: ٤٠.

٢. النحل: ١٢٦.

٣. النساء: ١٥٨.

٤. مجمع البحرين، ج ٢، ص ١٩٥، «عدل».

٥. المفردات، ص ٣٢٥.

ب) الأحاديث الشريفة

١. روى البخاري بسنده عن أنس أن النبي ﷺ: كان عند بعض نسائه فارسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصة^١ فيها طعام، فضربت بيدها، فكسرت القصعة فضمتها، وجعل فيها طعاماً وقال: «كلوا» وحبس الرسول القصعة حتى فرغوا، فدفعت القصعة الصحيحة، وحبس المكسورة.^٢

١. القصة: الصَّحْفَةُ الضَّخْمَةُ تسع المَنَزَّة. والجمع فصاعٌ وقَصْعٌ. لسان العرب، ج ٥، ص ٣٦٥٣، «قطع».
٢. عمدة القاري، ج ١٣، ص ٣٦. رواه البخاري عن مسدد، عن يحيى بن سعيد، عن حميد، عن أنس، كما رواه الترمذي من رواية سفيان الثوري، عن حميد، عن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت فيها. فقال النبي: «طعام بطعام وإنا بإناء» ثم ذكر الترمذي بأن الحديث حسن صحيح. جامع الترمذي، ج ٢، ص ٢٨٢، المستدرك، ج ٢، ص ٩٢، وأخرجه أحمد بن حنبل عن ابن أبي عدي ويزيد بن هارون عن حميد، قال: ألقنها عائشة. مسند أحمد بن حنبل، ج ٣، ص ١٠٥. وأوضح الطبري إنما ألهمت عائشة تخفيفاً لشأنها. وقيل: إنه مثلاً لا يخفى ولا يلتبس أنها هي؛ لأن الهدايا إنما كانت تهدي إلى النبي في بيتها. ورد بأن هذا مجزئ دعوى تحتاج إلى بيان. ثم لم يقع في رواية البخاري والترمذي وابن ماجه تسمية زوجة النبي التي أهدت له الطعام. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٨٢.
وقد ذكر ابن حزم من طريق الليث عن جرير بن حازم، عن حميد الطويل، عن أنس بن مالك أن زينب بنت جحش هي التي أهدت إلى رسول الله ﷺ جفنة من حيس وهو في بيت عائشة ويومها. فقامت عائشة فأخذت القصعة، فضربت بها فسكرتها. فقام رسول الله ﷺ إلى قصعة لها، فدفنها إلى رسول زينب بنت جحش، فقال: «هذه مكان صفحتها». المحلى، ج ٥، ص ١٤١.

وروى أبو داود والنسائي من رواية جسر بنت دجاجة عن عائشة، قالت: ما رأيت صائناً طعاماً مثل صفية أصنعت لرسول الله ﷺ طعاماً فبعثت به، فأخذني أكل يعني رعدة، فكسرت الإناء. فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ قال: «إناء مثل إناء وطعام مثل طعام». سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٦٧.
وذكر الخطابي في إسناده مقال. ويحتمل أنهما واقعتا لعائشة مرة مع زينب ومرة مع صفية، فلا مانع من ذلك، فإن كان ذلك واقعة واحدة رجع إلى الترجيح.

وأوضح البخاري بأن حديث أنس أصح وفي بعض طرقه زينب. وذكر أبو محمد المنذري في الحواشي أن مرسلة القصعة أم سلمة. وروى النسائي من طريق حماد بن سلمة عن ثابت، عن أبي المتوكل، عن أم سلمة أنها

→ أنت بطعام في صحفة إلى النبي ﷺ وأصحابه، فجات عائشة متزرة بكساء، و معها فهر ففلقت الصحفة. وفي الأيسر للطبراني من طريق عبيد الله العمري، عن ثابت، عن أنس أنهم كانوا عند رسول الله ﷺ و روى ابن أبي شيبة و ابن ماجه من طريق رجل من بني سواة غير مستى عن عائشة: قالت: كان رسول الله ﷺ مع أصحابه، فصنعت له طعاماً و صنعت له حفصة طعاماً فسبقني، فقلت للجارية: انطلقي، فاكفأي فصعما، فانكسرت و انتشر الطعام، فجمعه على النطع، فأكلوا ثم بعث بفصعتي إلى حفصة، فقال: «خذوا ظرفاً مكان ظرفكم» سنن ابن ماجه ج ٢، ص ٧٨٢ و الظاهر أنها قصة أخرى، لأن في هذه القصة أن الجارية هي التي كسرت، و في الذي تهذم أن عائشة نفسها هي التي كسرتها.

و روى البيهقي: عن علي بن محمد المقرئ، أنبا الحسن بن محمد بن إسحاق، حدثنا يوسف بن يعقوب حدثنا محمد بن أبي بكر، حدثنا بشر بن المفضل، حدثنا حميد عن أنس بن مالك.

قال: كان النبي ﷺ عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت اثني في يبتها يد الخادم، فسقطت الصحفة فانفلقت، فجمع رسول الله ﷺ بين الفلتين، ثم جعل يجعل فيها الطعام الذي كان في الصحفة، و يقول: «غارت أنكم» و حبس الخادم حتى أتني بصحفة من عند التي هو في يبتها، فدفع الصحفة الصعيحة إلى التي كسرت صحفتها، و أمسك المكسورة في بيت التي كسرت. السنن الكبرى (للبيهقي)، ج ٦، ص ٩٦.

و روى البيهقي الحديث من طريق آخر هو عن: أبي الحسن علي بن محمد المقرئ، أنبا الحسن بن محمد بن إسحاق، حدثنا يوسف بن يعقوب، حدثنا محمد بن أبي بكر، حدثنا يحيى بن سعيد عن سفيان. قال: حدثني فليت عن جسة بنت دجاجة عن عائشة. قالت: ما رأيت صانعة طعام مثل صفة بعثت إلى رسول الله ﷺ بإناء فيه طعام، فضربه بيدي فكسرت، فقلت: يا رسول الله ما كفارة هذا؟ قال: «إناء و طعام مكان طعام».

قال البيهقي: فليت العامري، و جسة بنت دجاجة فيها نظر. المصدر. و قال ابن الترمذاني: جسة تابعة ثقة. كذا قال أحمد المجلد، و حكى البيهقي فيما مضى في باب الجنب يمز بالمسجد عن البخاري أنه قال: «عندها عجائب»، قال صاحب الميزان ليس هذا بصريح في الجرح، و فليت، و يقال له: أفلت. قال فيه ابن حنبل ما أرى به بأساً. و قال الدارقطني: «كوفي صالح». الجوهر الثني مع السنن الكبرى، ج ٦، ص ٩٦.

و روى الدارمي عن يزيد بن هارون، حدثنا حميد عن أنس، قال: أهدى بعض أزواج النبي ﷺ قصة فيها تريد، و هو في بيت بعض أزواجه، فضربت القصعة فانكسرت، فجعل النبي ﷺ يأخذ التريد فيرده في الصحفة، و هو يقول: «كلوا غارت أنكم» ثم انتظر حتى جاءت بقصعة صحيحة فأخذها فأعطاه صاحب القصعة المكسورة سنن الدارمي، ج ٢، ص ٢٦٤.

أو هي زينب جحش، كما ذكر ابن حزم، و ذكرت الروايات لفظ «القصة، و الجفنة و الصفحة و إناء» و ذكر حديث زينب بنت جحش أنه «حَيْس» بفتح الحاء المهملة، و سكنون الياء آخر الحروف، و في آخره سين مهملة، و هو الطعام المتخذ من التمر و الأقط و السمن، و قد يجعل عوض الأقط الدقيق أو الفتيت، و في حديث الطبراني: خبز و لحم. و في سنن الدارمي: التريد.

دلالة الحديث

استدل أهل الرأي و الزيدية و الشافعي و العنبري^١ و الظاهرية على أن الأصل في الضمان هو المثل بهذه الرواية.^٢

قال ابن حزم: «هذا قضاء بالمثل لا بالقيمة».^٣

و ذكر ابن الجوزي بأن الصفحة من ذوات القيم، فكيف غرمت بالمثل؟

و الجواب من وجهين:

أحدهما: أن الظاهر ما يحويه بيته عليه السلام، فهو ملكه، فنقل من ملكه إلى ملكه لأعلى وجه الغرامة بالقيمة، فكانت الصفحتان للنبي و لم يكن هنالك تضمين.

١- و بين صاحب إرشاد الساري أن المقصود بلفظ «بعض نسائه» هي عائشة. و المقصود بلفظ: «فأرسلت إحدى أمتهات المؤمنين» هي صفية. كما رواه أبو داود و النسائي و إحدى روايتي السنن الكبرى، أو حفصة، كما رواه الدارقطني، و ابن ماجه، أو أم سلمة، كما رواه الطبراني في الأوسط. و ذكر بأن إسناده أصح من إسناده الدارقطني فقد ساقه بسند صحيح و هو أصح ما ورد في ذلك و يحتمل تعدد القصة، و إلا فالعمل بالترجيح. إرشاد الساري، ج ٤، ص ٢٧٨.

٢- العنبري من الفقهاء التابعين و هما إثنان: عبيد الله بن الحسن بن الحصين العنبري (ت ١٦٨ هـ)، و أبوسعيد عبد الرحمن بن مهدي بن حسان العنبري (ت ١٩٨ هـ)؛ طبقات الشافعية، ص ٩١.

٣- عمدة القاذي ج ١٣، ص ٣٨؛ الجوهر النقي: ج ٦، ص ٩٦؛ الجبل الجرار، ج ٣، ص ١٦؛ السنن الكبرى (للبهقي)، ج ٦، ص ٩٦؛ المغني، ج ٥، ص ٣٧٥؛ المحلى، ج ٨، ص ١٤١.

٣. المحلى، ج ٨، ص ١٤١.

و ثانيهما: أن أخذ الفصعة من بيت الكاسرة عقوبة، و العقوبة بالأموال مشروعة. و ذكر القاضي أبو بكر بأنه لم يغرر الطعام؛ لأنه كان مهدى إليه، فإتلافه قبول له أو في حكم القبول. ثم إن الطعام لم يتلف فإنه دعا بقصعة فوضعه فيها^١.

و قال صاحب السنن الكبرى: قال بعض أهل العلم: الصنفان جميعاً كانت للنبي ﷺ في بيتي زوجته و لم يكن هنالك تضمين إلا أنه عاقب الكاسرة بترك المكسورة في بيتها و نقل الصحيحة إلى بيت صاحبتها^٢.

و ردّ فقهاء الحنابلة على العنبري في استدلاله بالرواية على وجوب المثل في كل شيء بأن الخبر الذي احتجّ به، محمول على أنه جوّز ذلك بالتراضي، و قد علم أنها ترضى بذلك^٣.

اعتراض: إن هذه الرواية قضية في خصوص موردها لا عموم فيها.

الجواب: أن قوله ﷺ: «إناء بإناء، و طعام بطعام» و بما وقع في رواية ابن أبي حاتم: «من كسر شيئاً فهو له و عليه مثله» حكم عام لكل من وقع له مثل ذلك، فاندفع قول من قال: إنها قضية عين لا عموم فيها، ولو كانت كذلك لما كان قوله ﷺ: «طعام بطعام، و إناء بإناء» كافياً في الدليل على أن ذكر الطعام واضح في التشريع العام؛ لأنه لا غرامة هنا للطعام، بل الغرامة للإناء، و أمّا الطعام، فهو هدية له ﷺ و ينبغي ملاحظة أمور في الرواية فيها:

(أ) لا ريب في أن إتلاف مال الغير من دون مجوّز شرعي حرام، و السكوت على مثل ذلك معصية من يتمكن من منع من يريد إتلاف مال الغير، فعلى المتمكّن من الردع تأنيب التالف لمال الغير من باب وجوب النهي عن المتكرّر، إلتلا يتكرّر العمل من فاعله.

١. الجوهري النقي: ج ٦، ص ٩٦؛ عمدة القاري: ج ١٣، ص ٣٨.

٢. السنن الكبرى (للبيهقي)، ج ٦، ص ٩٦.

٣. المغني: ج ٥، ص ٣٧٥.

و في ضوء ما تقدم بأن الرواية سواء كانت عن حادثة واحدة، أم عن حوادث متعددة، فليست ناظرة إلى الضمان أو التضمين؛ إذ لو كانت الرواية من بابها لما جاز لعائشة إناء غيرها، ولم يجز للنبي ﷺ السكوت، فإنه معصوم لا يترك الأمر بالمعروف و لا النهي عن المنكر. و معلوم أن مجرد الغرامة لا يكفي؛ فإنها تعوض المال التالف، و أما التعدي في الحكم التكليفي الذي هو مخالفة شرعية، فيبقى على حاله، فقد وردت حرمة مال المسلم كحرمة دمه.

ب) أن الصحاف المصنوعة في ذلك الزمان أموال قيمية، لأنها مصنوعات يدوية، كما التزم بذلك الفقهاء، فالحكم بالقصة مكان القصة لا يؤيد القول باشتغال الذمة بالمثل بوجه، بل من باب العقوبة؛ لأن القصة الثانية قيمية.

ج) أن في بعض الروايات المتقدمة في القصة التعبير بالكفارة حيث سألت عائشة: ما كفارة... إلى آخره.

و معلوم أن التعبير بالكفارة إنما يأتي في غير الغرامات المالية. و أما ما جاءت في كلمات بعض الفقهاء من أن ما في بيت النبي ﷺ من أمواله، فلا يمكن الاستدلال بالرواية، فلا شاهد فيها، فالمتعارف الآن، و كذلك في العصور السابقة، كما يظهر من قصة تزويج فاطمة الزهراء بنت رسول الله ﷺ من علي بن أبي طالب ﷺ أن الزوجة مالكة للأثاث غالباً تشتريه بمهرها. فما قيل في هذه الرواية من الاستدلال على أن الأصل في الضمان المثل، و ما قيل من اعتراض عليها لا يخلو من نظر.

٢. رواية حسن القضاء للإبل جاء في [صحيح] البخاري: حدثنا مسدد عن يحيى، عن سفيان. قال حدثني سلمة بن كهيل عن أبي سلمة، عن أبي هريرة أن رجلاً أتى النبي ﷺ يتقاضاه بغيراً، فقال رسول الله: «أعطوه»، فقالوا ما نجد إلا سناً أفضل من سنه. فقال الرجل: أفيتني أوفاك الله. فقال رسول الله: «أعطوه فإن من خيار الناس

أحسنهم قضاءاً»^١.

فالأصل في الضمان المثل.

و يرد على الاستدلال بهذا الحديث بأن دفع البعير - عوضاً عن البعير - أجنبي عن محل البحث، و الوجه في ذلك أن الحيوانات على الإطلاق قيمية و إن أمكن إطلاق المثل على بعض الحيوانات من باب المسامحة أو باب التقريب، فيوجه بأنه إما من باب المراضاة بين المتخاصمين، و إما بأنه دفع البعير في مقابل القيمة، كمائة دينار مثلاً بأن يقال: إن المقترض لم يكن لديه القيمة، فدفع ما يساوي مائة دينار من الحيوانات، فالمقرض ملزم إما بالانتظار، و إما بالرضا بدل القيمة و هو الحيوان.

(ج) قضاء الفقهاء

١. روي عن عثمان بن عفان و ابن مسعود أنهما قضيا فيمن استهلك فصلاناً بفصلان مثلهما، جاء في كشف الأسرار: أن عثمان أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إن بني عمك سعوا على أبيي، فاحتلبوا ألبانها - إلى أن قال عبدالله بن مسعود: - أرى أن يأتي هذا واديه، فيعطى ثمة إبلاً مثل إبله، و فصلاناً مثل فصلانه، فرضى به عثمان^٢، فإتھما قضيا بأن الأصل في الضمان المثل و إن كان المال قيمياً.

اعتراض: إن حديث عثمان و ابن مسعود قد كان ذلك على سبيل الصلح، لا على طريق القضاء بالضمان؛ لأن المتلف لم يكن عثمان. و الإنسان غير مؤاخذ بجناية بني عمه، إلا أنه تبرع بأداء مثل ذلك عن بني عمه؛ لفرط ميله إلى أقاربه و انتصارهم به؛ فإن الخبر محمول على تطوع عثمان، و الفضل منه بذلك عن غيره من بني عمه^٣.

٢. روي عن الإمام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام قال: «يفك الغلام بالغلام، و

١. صحيح البخاري، ج ٢، ص ٥٦.

٢. كشف الأسرار، ج ١، ص ١٦٨.

٣. المصدر.

الجارية بالجارية» و هو قضاء بالمثل حتى في القيمات^١.

وقد فسر أن معنى قوله: «يفكّ الغلام بالغلام» يعني يفكّ الغلام بقيمة الغلام بحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه، فيكون القضاء منسجماً مع المسلك المشهور في الضمان، و هو ضمان المال المثلي بالمثل، والمال القيمي بالقيمة. أو يوجّه بأنّه من باب الصلح، أو باب أداء القيمة بدفع العوض مع التراضي معاً.

٣. روي عن زيد بن ثابت أنّه قضى بالمثل فيمن باع بغيره واستثنى جلده ورأسه و سواقطه.

٤. روي أنّ عمر و عثمان و قتادة و الشعبي قضوا في فداء ولد الفارة بالعبيد لا بالقيمة.

٥. قضى قتادة و شريح القاضي في ثوب استهلك بالمثل.

قال ابن سيرين: إنّهُ قضى - شريح - في قصار شقّ ثوباً أنّ الثوب له و عليه مثله. فقال رجل: أو ثمنه. فقال شريح: إنّهُ كان أحبّ إليه من ثمنه. قال: إنّهُ لا يجد قال: ولا وجد^٢.

٦. ذكر الفقهاء في القرض بأنّ عاداتهم ردّ المثل، و أنّه ينحصر طريق أداء الدين فيه، كما يؤيّده ظاهر بعض الأخبار الواردة في القرض مثل قرض الإبل، فالمحقّق الحلّي حكم بضمان القيمي، بالمثل في القرض^٣.

و يرد على الدليل بعدم اعتبار ما استشهد به من اعتبار المماثلة في القرض بملاحظة بعض الفتاوى النادرة على أنّ الأصل في الضمان المثل؛ لأنّ بناء الدائن و المدين في القرض عرفاً هو معاوضة المثل بالمثل، أي زيادة اتحاد و مماثلة في الوفاء،

١. البسيط (للمرخسي)، ج ١١، ص ٥١.

٢. المصدر: صمد الفتاوى، ج ١٣، ص ٣٧، المعلى، ج ٨، ص ١٤١ قواعد الأحكام في مصالح الأناس، ج ١، ص ١٨١.

٣. شرايع الإسلام، ج ٢، ص ٦٨.

بخلاف الضمان والغرامات، فلا يكون القرض شاهداً للمقام، ولهذا فَرَّقَ المحقق الحلّي فيما سبق بين القرض و الإلتلاف، فحكم في الثاني بضمان المال القيمي بالقيمة.

٧. ما ورد في الصلح من أنّه لو أتلّف على رجل ثوباً قيمته دينار مثلاً، فصالحه عنه على دينارين، فالمشهور عند الفقهاء صحّة الصلح، و علّل صاحب شروائع الإسلام بأنّ الصلح إنّما وقع على التوب لاعتن الدينار، فيؤيد بأنّ الأصل هو المثل^١.
و جعل مبنى المسألة عند ابن إدريس والشهيد الثاني والشهيد الأوّل والمحقق الكركي ضمان القيمي بمثله حتى يكون الثابت في الذمّة ثوباً وإن كان يخلو لا يخلو من نظر^٢.

قال الشهيد الثاني:

«ولو أتلّف عليه ثوباً يساوي درهمين فصالح على أكثر أو أقل، فالمشهور الصحّة؛ لأنّ مورد الصلح التوب لا الدرهمان. وهذا يتمّ على القول بضمان القيمي بمثله؛ ليكون الثابت في الذمّة ثوباً، فيكون هو متعلّق الصلح، أمّا على القول الأصحّ من ضمانه بقيمته، فاللازم لذمّته إنّما هو الدرهمان، فلا يصحّ عليها زيادة عنهما، ولا نقصان مع اتفاق الجنس، ولو قلنا باختصاص الربا في البيع توجّه الجواز أيضاً، ولكن المجوّز لا يقول به. أي اختصاص الربا بالبيع، ومع ذلك يقول بجواز الصلح في المقام، فيؤيد أنّ الأصل هو المثل.

٨. ما يؤيد كون الأصل في الضمان المثل جواز ردّ العين المفترضة وإن كانت قيمية، وجوب قبول الدائن لها.

جاء في تذكرة الفقهاء «أمّا غير المثلي إذا دفعه بعينه هل يجب على المالك القبول؟ يحتمل ذلك؛ لأنّ الانتقال إلى القيمة إنّما كان لتعذّر العين وقد وجدت، فلزمه القبول مع

١. المصدر، ج ٣، ص ٢٤٠.

٢. اللّغة الدمشقية، ج ٤، ص ١٨١؛ جامع المقاصد، ج ٢، ص ٧١.

الدفع»^١، وهو الأصح في الدروس، ونقل الشيخ الأنصاري الإجماع عليه^٢.
اعتراض: أن مبنى احتمال الفقهاء أو فتواهم هذا ليس على الضمان القيمي بالمثل، بل لصدق أداء القرض بأداء العين، ولكون عقد القرض عندهم عقداً جائزاً، فأداء العين نوع فسخ له، ولولا ذلك لكان جواز أداء غير العين المقترضة ممّا يماثلها، ولا يقول به أحد وهو عدم وجوب قبول غير العين المقترضة وإن كان مماثلاً لها من جميع الصفات^٣.

٩. ما يؤيد كون الأصل في الضمان المثل ما جنح إليه المحقق الحلّي من ضمان الغاصب زيادة القيمة السوقية الحاصلة بعد تلف العين القيمة، فإنّ مبناه إنما هو كون ضمان القيمي بمثله^٤، كما ذهب إليه صاحب الدروس.
قال الشهيد الأول:

ولو كان من ذوات القيم، فعليه قيمته يوم التلف على قول الأكثر، وإلا على من حين القبض إلى التلف أنسب؛ لعقوبة الغاصب، وأما زيادة القيمة بعد التلف، فإن قلنا بالضمان القيمي بمثله فهي مضمونة، وإلها جنح المحقق، وإن قلنا بالقيمة فلا وهو المشهور.
إنّ ما جاء في هذه النصوص والفتاوي يقتضي التأمل، فإنّ الحيوانات قيمية، كما أنّ الثياب المخيطة وغيرها - محلّ البحث عن الثياب القديمة - قيمية، فلاكتفاء بدفع الثوب مكان الثوب، أو الحيوان بدل الحيوان ليس من باب دفع المثل بالمعنى الاصطلاحي، فتحمل هذه الفتاوي على الصلح والتراضي، أو من باب دفع العرض مقام المتمحّض بالمالية، كالدينار والدرهم.

و الوجه في ذلك لو التزم بأنّ تلف العين يقتضي ثبوت مثلها في الذمة، فليس في

١. تذكر المنهاج، ج ٨، ص ٣٦٨ (الطبع الحجري).

٢. المكاسب ج ٧، ص ٢٢٥.

٣. المصدر.

٤. شرح الإسلام، ج ٣، ص ٢٤٠.

تلك الفتاوي شاهد على ذلك، فكلها منصبة على دفع حيوان مقام حيوان على أنه مثل للثالف، وهو لا يتلاءم مع ما تقدّم في تعريف المثلي، وإطباق الفقهاء على أنّ الحيوانات والمصنوعات اليدوية كلها قيمة.

ثانياً: الأدلة العقلية

١. يمكن استفادة هذا المعنى من لفظ الضمان بدلالة الالتزام، فإنّ الظاهر منه عند الإطلاق هو وجوب دفع الأصل مع الإمكان، و مع تعذّره بالتلف فاللازم التدارك الكامل الذي هو أقرب إليه من كلّ شيء.

أي أنّ الظاهر من الضمان لزوم أداء العين بنفسها في صورتها البقاء و عدمه، ولكن لما كان أداؤها بشخصها في صورة التلف متعذراً، فيعدل عنه إلى أداء ما يساويه في مجموع الصفات مع الإمكان بدلالة الاقتضاء، فلا بدّ من الاختصار على المسائل التامّ إلاّ مع التعذّر، فيبحث دونه في الصفات لاستلزام خلافة التكليف بما لا يطاق، فالأصل حينئذ لزوم تدارك كلّ تلف بمثله، سواء كان مثلياً اصطلاحاً أو قيمياً إلاّ ما خرج بالدليل.

قال ابن حزم:

وقال أصحابنا: المثل في كلّ ذلك ولا بدّ، فإنّ عدم المثل فالمضمون له مخير بين أن يعمله حتى يوجد امثل، وبين أن يأخذ القيمة. قال أبو محمد: وهذا هو الحقّ الذي لا يجوز خلافه.

و يلاحظ على الدليل أنّ مقتضى تمامية الدليل ثبوت العين في الذمة، و وجوب إرجاعها مادامت قائمة بحالها، و وجوب إرجاع أقرب الأمثال إليها مالية و منفعة و هو المثل الاصطلاحي، و مع تعذّره فالأقرب إليه - أي إلى المثل المالية و صفات - و مع التعذّر فالأقرب إلى المثل الثاني، و هكذا.

و هذا ينافي المعروف عند الفقهاء من أنّه إذا تعذّر المثل فالواجب دفع القيمة، بل أنّ

الدليل يقتضي ثبوت المثل حتى في القيميات، و لا نرى أحداً من فقهاء المسلمين و القانون غير صاحب الدليل يلتزم بذلك.

٢. أن إيجاب المثل رجوع إلى المشاهدة و القطع، و إيجاب القيمة رجوع إلى الاجتهاد و الظن، فإذا أمكن الرجوع إلى القطع لم يرجع إلى الاجتهاد، كما لا يجوز الرجوع إلى القياس مع النص^١.

قال ابن عبد البر:

كل مطعم من مأكل أو مشروب مجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته؛ لأنّ المثل أقرب إليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة و المشاهدة كالنص و المعنى، و القيمة مماثلة من طريق الظنّ و الاجتهاد، فقدّم ما طريقه المشاهدة كالنص لما كان طريقه الإدراك بالسمع كان أولى من القياس، لأنّ طريقه الظنّ و الاجتهاد^٢.

و يلاحظ على الدليل [بأنه] إنما يتم لو ثبت بدليل لزوم مماثلة المدفوع للتالف، فحينئذ يأتي القول بأن المثل يماثله في الصورة و المائتة و الصفات بالوجدان المستند إلى الإحساس، الموجب للقطع بخلاف القيمة، فإنّها تماثل التالف في المائتة التي لا تدرك إلّا بالاجتهاد و التخمين و التقييم. فالدليل يتوقف على إثبات لزوم مماثلة المدفوع للتالف و هو أول الكلام، فهذه المقدّمة أخذت مفروضة الثبوت في الدليل ممّا أخرجه البرهان إلى المصادر.

٣. استدللّ بقاعدة عدم سقوط الميسور بالمعسور في أصل الضمان بالمثل.

اعتراض: (أ) أن المماثل التام لا يعدّ ميسوراً بالنسبة إلى العين التالفة؛ لكونهما متباينين مستقلّين في الوجود، و ميسور الشيء لا بدّ أن يكون بعضاً منه في نظر العرف و لو مسامحة. فقاعدة الميسور غير جارية ظاهراً، و مجرى القاعدة حسّي لا عقلي.

١. الكافي (لأين قدامة)، ج ٢، ص ١٤٠٣؛ إغاثة الطالبين، ج ٣، ص ١٣٨؛ المستق، ج ٥، ص ٢٧٢؛ جامع الأحكام، ج

٢، ص ٣٥٦.

٢. طح الشريب، ج ٦، ص ٢٠٦؛ المدونة الكبرى، ج ٥، ص ٣٥٣.

ب) مقتضى القاعدة التنزل من العين إلى مماثلها ثم إلى مماثل المثل، وهكذا، أي الأقرب فالأقرب، وهذا يناهض المعروف عند الفقهاء من أنه إذا تعذر المثل فالواجب دفع القيمة، بل أن القاعدة تقتضي ثبوت المثل حتى في القيميات.

٤. أن المثل أحصر وأقرب للشيء من القيمة؛ لأن المثل مثل للشيء شرعاً ولغة، و القيمة مثل في الشرع دون اللغة.^١

و يلاحظ على الدليل

أ) إنما يتم لو كان هنالك نص أو غيره يدل على ثبوت المثل في الذمة، فبعد ذلك يقع الكلام [في] ما هو المراد بالمثل؟ هل هو مثل المثل شرعاً ونفعاً، أو ما هو مثل للتألف شرعاً فقط؟

و معلوم لا يوجد دليل بأن الذمة تشتغل بالمثل بعد تلف العين.

ب) لو ثبت أن كلاً من القيمة والمثل يماثلان التألف شرعاً، فكان مقتضى القاعدة تخيير الضامن بينهما؛ إذ الشرع لا يتقيد إلا بأحكامه.

ج) أن الدليل يقتضي حقيقة شرعية في كلمة المثل، و معلوم أن ثبوت الحقيقة الشرعية في مثل ألفاظ الصلاة والصوم والحج وأشباهها من أسامي العبادات الكثيرة الدوران على لسان صاحب الشرع والمتشعبة محل البحث والكلام، فأنتى للمستدل أن يتمكن من إثبات الحقيقة الشرعية لكلمة المثل؟

٥. أن المثل أعدل من القيمة؛ لأنه صورة ومعنى فكان أدفع للضرر عن المالك؛ لأن الضامن فوّت على المالك الصورة والمعنى، فالجبر التام أن يتداركه بما هو له صورة ومعنى، فالقيمة تدارك في المعنى فقط، فلا يصار إليها إلا عند تعذر رد الأصل صوره ومعنى.

قال السرخسي^١:

وأما القضاء بمثل معقول، فبيانُه في الضمان المنصوب و المتلفات، فإنَّ الغاصب يؤدِّي مالا من عنده وهو مثل لما كان مستحقاً عليه بسبب النصب وهو نوعان: مثل صورة ومعنى كما في المكيل والموزون، ومثل معنى لاصورة، والمقصود جبران حق المتلف عليه، وفي المثل صورة ومعنى هذا المقصود أتم منه في المثل معنى، فلا يصار إلى المثل معنى لاصورة إلا عند الضرورة، كما لا يصار إلى المثل إلا عند تعذر العين.

وقال ابن ملك^٢:

ومن أنواع القضاء في حقوق العباد ضمان المنصوب بالمثل. يعني القضاء بمثل معقول نوعان: كامل وقاصر، فالكامل هو المثل صورة ومعنى هو السابق، أي الكامل وهو السابق على القاصر حتى لو أدى القيمة في المثلي مع القدرة على المثل الكامل، لا يجبر المالك على القبول، كما لو أدى المثل الكامل مع القدرة على ردِّ العين؛ لأنَّ حقَّ المستحق في الصورة والمعنى، فإذا عجز عن الصورة يجبر المالك على القيمة ضرورة، ويرد على الدليل بأنَّه يستند إلى قاعدة العدل والانصاف، ومقتضاها جبران خسارة المضمون له من حيث الصورة والمعنى، وذلك إنما يتم بدفع المثل مع الإمكان، وهذا وإن كان متيناً إلا أنَّه يقتضي وجوب دفع المثل في المتلفات كافة، سواء أكان من المكيل أم الموزون أم غيرهما.

فلو فرض إمكان جبران خسارة المضمون له في مثل الحيوان صورة ومعنى ولو في بعض جوانبه، وجب الالتزام به، ووجب إلزام الضامن بالدفع، ولزم عدم صحة إلزام المالك بقبول القيمة، وهذا غير المدعى؛ فإنَّ المدعى هو وجوب دفع المثل بالمعنى الذي تقدّم تحديده مع الإمكان، وإلزام المضمون له (المالك) بقبول القيمة مع التعذر.

١. أصول السرخسي، ج ١، ص ٥٥.

٢. شرح المنار، ص ٣٩.

٦. أن المثل أقرب إلى العين الثالثة بالضرورة والوجدان، بل هو عند العقلاء عدل العين الثالثة بحيث لا يبقى للمالك أسف على فوات ماله عند أخذه، ولا للضامن منفعة في ضمانه للعين الثالثة عند دفع المثل، فكأنه في نظر العقلاء هو العين المضمونة التي يجب ردها، فإذا تعذر ردها بتلفها وجب مثلها،^١ فكأنه انصراف لفظ الضمان إلى ضمان المثل، وكذلك فهم المخاطبين منه.

و يرد على الدليل

(أ) ما تقدم من ضمان الأقرب فالأقرب، وأيضاً شموله للقيميات على توضيح ما تقدم.

(ب) عدم انصراف لفظ الضمان والعهد والتدارك إلى المعنى المدعى من أن الأصل في الضمان المثل؛ إذ لا يفهم منه لغةً وعرفاً إلا كون الشيء في العهد، وأما ما في الذمة من شيء، فلا دلالة فيه على المثل بوجه إن لم ندع خلافه. ومما يعين دليل هذه الدعوى ما روي عن الإمام الصادق عليه السلام «من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو ضامن»^٢.

و نظائره في باب التسبب حيث إن لفظ الضمان فيها قد استعمل فيما يعم ضمان المثل والقيمة والدية، لا خصوص المثل جزماً إلى غير ذلك من الموارد والأبواب المستعمل فيها لفظ الضمان؛ إذ أريد القدر المشترك بين هذه الأمور من دون تعرض للخصوصيات، وأنه لو تعقب هذه الإطلاقات بذكر واحدة من الخصوصيات، كما لو كانت دية أو قيمة لم يظهر منافاة بينهما في نظر العرف، بل يعدونها بياناً للقضية المهملة، وبملاحظة الأخبار المعبرة الدالة على اعتبار القيمة في بعض المتلفات التي

١. الباقية، ج ٨، ص ٢٤٧، فتح المين، ج ٣، ص ٣١٢.

٢. وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١٨٠.

عمل بمضمونها الفقهاء، فإنّها قرينة على عدم اعتبار انصراف المطلقات إلى المثل؛ لكونها عامّة شاملة لصورتي التمكن من المثل و تعذّره، وهذا يكشف إمّا عن عدم صدق دعوى الانصراف إلى المثل أو عن عدم عموم في المنصرف، وهو كون كلّ متلف متداركاً بالمثل، فقد ورد بأسانيد عديدة:

منها: بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن أميّة، فاستعار منه سبعين درعاً بأطرافها. فقال: أغضباً يا محمد؟ فقال النبي ﷺ: «بل عارية مضمونة»^١.

فإنطلق الضمان على ضمان الدرع مع كونه من الأموال القيميّة قطعاً، ونظير هذا الإطلاق كثير من الأخبار، كما يعلم من ملاحظة أبواب الشهادة وشهادة الزور، مثل ما روي عن الإمام الصادق عليه السلام في شاهد الزور، قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً، ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»^٢ وغيرها.

فانصراف لفظ الضمان إلى ضمان المثل ممنوع؛ لوجود المقتضي وعدم المانع.

٦. أن مقتضى حكم العقل أداء مثل العين؛ لاستقلال العقل بوجوب العدل و القسط.

ورّد المثل إلى المالك بعد تعذّر العين المضمونة هو عين العدل بخلاف القيمة؛ فإنّها ليست عدلاً للعين التالفة؛ إذ ليست القيمة من سنخ العين، إذ هما شيان متباينان.

نعم، لما كانت القيمة يشتري بها شيء يماثل العين التالفة وينوب منابها، كانت بهذا الاعتبار عدلاً للمثل. فالمثل على هذا أقرب إلى العين التالفة من القيمة، بل هو كأنه العين المضمونة و مساو لها في نظر العقل، فوجب دفعه بدلاً، كما يحكم العقل؛ لأنّ خلافه ظلم للمالك مع تمكّن الضامن من المثل؛ لاختلاف رغبات الناس، فقد تكون رغبة المالك في عين ماله لخصوصيات في صنفه، فالحكم عليه بأخذ القيمة ظلم له، فلا بدّ من المثل.

١. المصدر، ج ١٣، ص ٢٣٦.

٢. المصدر، ج ١٨، ص ٢٣٩؛ الكافي، ج ٧، ص ٣١٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٩.

قال الشيخ الأنصاري:

إن القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان في المفصليات، والأمانات المفرط فيها، و غير ذلك هو الضمان بالمثل؛ لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالية والصفات، ثم بعدها قيمة التالف من النقيدين و شبههما؛ لأنه أقرب من حيث المالية؛ لأن ما عدهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما^١.

اعتراض: إن هذا الكلام يصح إذا لم تكن القيمة مما يشتري بها المثل، و أما مع شراء المثل بها، فلا تفوته خصوصية أصلاً.

الجواب: لما كان تحصيل المثل بالقيمة قد يحتاج إلى تحمّل مشقة أو أذى لأجل حصول خصوصية أتلّفها الضامن، كان على الضامن أن يؤدي إليه مثل ما أتلّفه. و يلاحظ عليه:

أ) أن دعوى اشتغال الذمة بالمثل بعد تلف العين يفترق إلى دليل، و اشتغال المثل على المالية و الصفات التي كانت في العين وحدها لا يقتضي اشتغال الذمة بالمثل، و قد علمت مقتضى الحديث الشريف: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^٢. كون العين بنفسها و بمالها من الصفات و الخصوصيات تصبح في ذمة المستولي عليها.

و ما أفاد الشيخ الأنصاري من وجوب مراعاة حق المالك المضمون له إنما يقتضي مراعاة ذلك حين الأداء وقت تفرغ الذمة، و معلوم أن هذه المراعاة تتحقّق حين الأداء على القول باشتغال الذمة بالعين إلى حين محاولة التفرغ، و كذلك على القول بانتقال الذمة من العين إلى المثل، فمجرد وجوب مراعاة حق المضمون له (المالك) ذاتاً و صفةً كما هو مقتضى قاعدة العدل و الإنصاف، وحده لا يقتضي اشتغال الذمة بالمثل.

١. المكاسب، ج ٧، ص ٢٢١.

٢. سبق تخريجه.

ب) أن اشتغال الذمة حكم وضعي و مقتضى الإطلاقات في باب الضمانات و
المغصوبات و الأمانات المفرط فيها، وجوب تدارك حق المالك، و عدم تضييعه عيناً و
صفة، و ليس في الأدلة ما يقتضي اشتغال الذمة بالمثل.
و الحاصل أن انتقال الذمة من العين إلى المثل دعوى زائدة على أصل وجوب
مراعاة حق المضمون له ينبغي إقامة البرهان عليه، و ليس فيما أفاده ما يقتضيه.

المطلب الثاني: الأصل في الضمان القيمة

ذهب بعض فقهاء الظاهرية و سفيان الثوري إلى أن الأصل في الضمان القيمة في
جميع الأموال سواء كانت مثلية أو قيمية عند تعدّر ردّ العين؛ لأن حق المالك في العين
و المالية و قد تعدّر إيصال العين إليه، فيجب إيصال المالية إليه، و وجوب الضمان على
الضامن باعتبار صفة المالية، و مالية الشيء عبارة عن قيمته^١.

قال ابن حزم:

و أما القضاء بالمثل، فإن المتأخرين اختلفوا، فقال بعضهم: لا يعطى إلا القيمة في كل
شيء. رويناه من طريق عبدالرزاق عن سفيان الثوري، عن أبي إسحاق الشيباني فيمن
استهلك حنطة أن له طعاماً مثل طعامه. قال سفيان و غيره فقهاءنا: له القيمة^٢.

فاعتبر الأصل في كل تالف أن يكون مضموناً بقيمته إلا ما خرج بالدليل، و هذا
الأصل يمنع استقرار طريقة العرف على قصر البدل في المماثل، بل يحكم الفقهاء
بجواز تدارك أصل المالية و سقوط ما في الذمة بدفع القيمة و إن كان المدفوع من غير
جنس العين التالفة، و الأدلة على ذلك:

١. عدم قبول العرف المثل لو فرض نقصانه على العين التالفة نقصاناً فاحشاً، بل

١. كنز الأسرار، ج ١، ص ١٦٨، المحلى، ج ٨، ص ١٤٠.

٢. المحلى، ج ٨، ص ١٤٠.

مطلقاً تجب القيمة، ولا يحكم الفقهاء بالضمان في غير الماليات، فإن الحكم فيها بذلك غير معهود منهم، فينبغي أن لا يكون الضمان إلا بالنسبة إلى صفة المالية التي هي مطمع نظر أهل العرف، و مجرد كون خصوصية أو وصف حقاً لأحد لا يقتضي أداء بدله إليه عند التلف وإن كان الاستيلاء عليه محرماً.

اعتراض

(أ) أن دعوى عدم الحكم بالضمان فيما عدا الماليات هو أول الكلام فيما إذا كان له مثل و كان متعلقاً بحق الاختصاص. ولو سلم خروجه بملاحظة ورود دليل معتبر من إجماع ونحوه، فلا ينافي أصل المدعى.

(ب) أن دعوى أن المالية هي التي تكون متعلق الضمان لا تقتضي عدم شمول الضمان للصفات؛ فإن الصفات في المثلية لا تضمن مطلقاً، إنما تضمن إذا كانت لها مالية أو كان لها تأثير في المالية، كما أن المالية ليست حيثية تقيدية فقط في الضمان، بل حيثية تعليلية.

فالعين تضمن من جهة أنها مال، و لا نقول: إن المال بوصف المالية مضمون، و بين المعنيين فرق واضح، فقد خلط المستدل بين الجهتين: التعليلية و التقيدية.

٢. أن مقتضى كون الأصل في البذل هو المثل الكامل لا يقتضي العدول إلى القيمة على تقدير تعذر المماثل التام، كما استقر عليه فتوى الفقهاء، بل إنما يقتضي العدول إلى ما يتيسر من وجوه المماثلة بعد سقوط التعذر، فيقتضي الأصل في الضمان القيمة.

اعتراض: أن دعوى دفع الأقرب فالأقرب عند تعذر المماثل التام باطلة و هي تنفرع على أدلة الضمان بالمثل و ذلك:

(أ) ذكر الفقهاء أن العدول إلى القيمة عند تعذر المثل في المال المثلي ظاهر في إرادة تعذر المثل رأساً لا خصوص الفرد الأكمل.

(ب) الإجماع على الخروج من الأصل في الضمان بالمثل عند الأداء بالقيمة عند

تعذر المثل^١.

٣. الأصل في الضمان بالقيمة؛ لأنَّ ضمان المثل يؤدي إلى ضمان ما تلف بالانتفاع المأذون فيه، والانتفاع قد يوجب نقصاً في قيمة العين المنتفع بها، فإذا ضمن المثل فقد يوجب ذلك زيادة في الضمان باعتبار أنَّ المثل المضمون به مثل غير مستعمل^٢.

و يمكن الاعتراض على ذلك بأنَّ المثل قد يلاحظ فيه أيضاً أنه مستعمل، وبذلك يتم التماثل وخاصة أنَّ التفاوت اليسير في المثليات يغتفر.

الرأي الراجح: الذي ينبغي أن يقال بعد ما تبين من عدم تمامية ما استدلَّ على اشتغال الذمة بالمثل بعد تعذر ردِّ العين، كما لم يتم شيء مما استدلَّ به على اشتغال الذمة بالقيمة، فاللازم حينئذ التأمل في أدلة الضمان ومراجعتها، فنجد أنَّها منصبة على أنَّ العين المفصولة أو المتلفة هي نفسها تكون مضمونة بما لها من صفات وماليتها تصبح في عهدة الضامن، بل لعلَّ هذا هو معنى الضمان، كما في قوله سبحانه حكاية عن قول قائل: «وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»^٣، فإنَّ الظاهر أنَّ التعهد إنما تعلق بحمل البعير نفسه، وهكذا حديث اليد وهو قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» - أو - تؤديه^٤. وكذلك حديث استعارة الدروع فهو صريح في كون الدرع نفسه مضموناً.

فما دامت أدلة الضمان كافة منحصرة في ضمان العين نفسها، ومعلوم أنَّ الضمان اشتغال الذمة بالمضمون، وكون ماهية المضمون في عهدة وذمة الضامن، فلا بدَّ من الالتزام بأنَّ العين مضمونة بنحو امتدادي واستمراري من حين استيلاء الضامن عليها،

١. المكاسب، ج ٧، ص ٢٢٩؛ وحمة الأشنة، ج ٢، ص ١٢٥ جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٩٢.

٢. نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، ص ٢٥٧.

٣. يوسف: ٧٢.

٤. سبق تخريج.

أو من حين التعدي عليها بالإتلاف ونحوه إلى حين تفريغ ذمته منها، وهذا الأستمرار إنما يثبت بجعل من الشارع الذي هو ولي الأمر والذي بيده زمام التشريع، فكأنه بسلطته التشريعية اعتبر العين مضمونة - على اختلاف مواردها - في عنق الضامن إلى حين الفراغ.

فللعين وجود خارجي إلى حين التلف وما بحكمه، و من حين التلف يكون لها وجود اعتباري تشريعي يثبت في ذمة الضامن.

ولامانع أن نعبر عنه بالوجود الذمي أو الاعتباري، أو كون الشيء في العهدة، فالعرف تراه يعد ما في الذمم مالا للناس لا بدلاً عن مالهم، فيقولون للمدين: ادفع مال الناس، ورده إليهم، كما يقولون للدودي: ادفع المال المودع، وبذلك يمكن الاحتفاظ على ظاهر أدلة الضمان، ولا حاجة إلى التأويل بها بخلاف لو التزم بثبوت المثل أو القيمة في الذمة؛ فإنه مناف لظاهر أدلة الضمان، ولم يقم عليه دليل.

فنستخلص أن العين هي التي في الذمة حال وجودها و بعد تعذرها، و تفريغ الذمة يكون بإرجاع العين نفسها، و بعد التلف تكون بوجودها الذمي في عهدة الضامن، فتكون نفس أدلة إرجاع العين مقتضية لتفريغ الذمة متى في عهدة الضامن، و معلوم أن التفريغ يكون بالتسليم، و التسليم لا يكون إلا ضمن الوجود الخارجي، فالضامن ملزم بدفع وجود خارجي محتوي على صفات العين التالفة خارجاً و الموجودة في ذمته اعتباراً و تشريعاً، إن أمكن فبدفع المثل، و إن لم يمكن فبدفع قيمتها.

فالأصل حين الأداء (أي تفريغ ذمة الضامن) هو لزوم تدارك الأموال المضمونة مع الإمكان بما يعادلها من مجموع الجهات عند تلفها، و عدم حصول البراءة عنها إلا بالمثل من غير فرق بين وصف المالئة و سائر الصفات المقصودة لهم، بل يعدون منع المستحق من كل وصف من هذه الأوصاف ظلماً و عدواناً إن أمكن ذلك، و إلا فالواجب أداء القيمة عند تعذر المثل.

المبحث الثالث: تحديد تفريغ الذمة في المال القيمي

اختلف الفقهاء فيما يجب دفعه في تفريغ ذمة الضامن على المال القيمي إلى ثلاثة أقوال:

أحدها: القول بدفع المثل مطلقاً.

ثانيها: القول بدفع القيمة مطلقاً.

ثالثها: اقول بدفع مثل المال القيمي إذا تيسر مثله، و بدفع قيمة المال القيمي إذا تعذر مثله.

قال المحقق السبزواري :

وفي القيمي أقوال: أحدها وهو الأشهر: قيمته مطلقاً، وثانيها: ضمان المثل مطلقاً ولا أعرف به قائلاً صريحاً. لكن المحقق الحلّي في الشرائع قال: ولو قيل: يثبت مثله كان حسناً. وثالثها: ضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف، وهو ما يصح السلم فيه، و ضمان ما ليس كذلك بالقيمة، كالجوهر وهو مختار التذكرة^١.

وقد لاحظت قولاً رابعاً لم يذهب إليه أحد سوى الشيخ محمدرضا آل كاشف الغطاء في تقريراته وهو التخيّر بين المثل أو القيمة في ضمان المال القيمي إذا تيسر مثله بقوله:

الظاهر أنه مختير شرعاً بين المثل والقيمة، ولا تتعيّن عليه القيمة، والأخبار الدالة على القيمة إنما هو ذكر لأحد طرفي التخيير، لا لتعيّن القيمة إلا أن يدعى أنّ طريقة العرف في مثلها القيمة ولا يقبلون بالمثل، وهي المناط عند الشارع^٢.

فالمتعين من ضمان المال القيمي إمّا دفع مثله أو قيمته.

١. الكفاية في الفقه، كتاب الدين، (الطبع الحجري).

٢. تقريرات الشيخ محمدرضا كاشف الغطاء على ولده، ج ٢، ص ١٩٦، (المخطوط).

المطلب الأول: القول بدفع المثل

ذهب عبيدالله بن الحسن العنبري وأحمد بن حنبل إلى ضمان المال القيمي بمثله، و اشترطاً في جبر كل شيء بمثله من حيث الخلقة وإن تفاوتت أوصافه بأن يتساوى في المائتة وهو مذهب أبي موسى، واختيار الخرقى - في غير الحيوان - من الحنابلة.^١ و هو قول أهل المدينة؛ لأنَّ ضمان المال القيمي بمثله فيه رعاية المماثلة صورة و معنى. فكان أولى من القيمة و هي الدراهم و الدنانير التي تفوت فيها المماثلة صورة^٢. و قد حكى قول عن مالك هو ضمان المال القيمي بمثله، سواء كان عن عمد أو خطأ، و سواء باشر بالاستهلاك، أو تسبب، ولكن الأصح عند فقهاء المالكية إنما هو وجوب ضمان المال القيمي بمثله في القرض، و في باب الإطلاقات و القرامات ضمان بقيمته.^٣

و فضل فقهاء الإمامية بين المال القيمي الذي يتيسر المثل له و المال القيمي، الذي تعذر مثله. فقد حكى عن الاسكافي و ابن جنيد و الشيخ الطوسي و المحقق الحلبي ضمان المال القيمي بمثله في القرض إذا تيسر مثله. و لعل الحكم مختص بالقرض فقط.

و اختلف فقهاء الإمامية في إرادة ضمان المال القيمي بمثله مطلقاً حتى مع تعذر مثله، فإن أريد هذا، فتكون القيمة عندهم بدلاً عن المثل حتى يترتب عليه وجوب القيمة يوم دفعها، كما ذكروا ذلك احتمالاً في تعيين القيمة.^٤

و يرد على هذا بإطلاق الروايات الكثيرة في موارد كثيرة على دفع القيمة التي

١. الإنصاف ج ٦، ص ١٩٣؛ الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٢٩.

٢. كشف الأسرار، ج ١، ص ١٦٨؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج ١، ص ١٨١.

٣. حاشية المدوي، ج ٢، ص ٢٢٦؛ طرح التثريبه ج ٦، ص ٢٠٦.

٤. الخلاف، ج ١، ص ٦٧١؛ شرايع الإسلام، ج ٣، ص ٢٤٠؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٠.

سيأتي - إن شاء الله - أو إرادة ضمان المال القيمي بمثله إذا تيسر المثل، فلم يكن ذلك بعيداً نظراً إلى ظاهر آية الاعتداء ونفي الضرر؛ لأنّ خصوصيات العين قد تقصد وإن كان ظاهر كلمات هؤلاء الفقهاء إطلاق القول بضمان المال القيمي بالمثل، سواء أعتذر أم تيسر مثله.^١

و يرد على هذا أنّه خلاف الإجماع.^٢

و يلاحظ على هذا القول

(أ) أنّ دعوى اشتغال الذمة ببذل العين المضمونة يفتقر إلى دليل، فإن كان الدليل هو أنّ العين المضمونة قد تلفت ولا يعقل بقاؤها بعد التلف في الذمة، ففيه أنّ العوض متلاً أو قيمة ما زال معدوماً، فكيف تمّ ثبوته في الذمة؟

فاتنقال الذمة من العين المضمونة بعد التلف إلى بدل يحتاج إلى دليل، ولم يوجد ما يثبت ذلك والتشبهت بالإجماع لا يجدي نفعاً؛ إذ يستبعد وجود إجماع قطعي في المقام؛ إذ لو كان الأمر كذلك لما وقع هذا النزاع والتشاع.

(ب) الانتقال من العين القيميّة إلى مثلها، ووجوب دفع القيمة هذا غير سليم؛ إذ حينئذ يكون المثل عوضاً عن العين، فالقيمة عوضاً عن المثل، فالقيمة عوض عوض العين، والالتزام به وإن كان ممكناً عقلاً، إلّا أنّه لفقدان دليل واضح عليه لا يخلو عن تعسف، فلا بدّ من ضمان العين المفصولة مثلاً ماليّة وصفة، والمفروض أنّها قيمية ممّا يعني ذلك امتناع وجود مماثل لها ماليّة وصفة، فما الفائدة في فرض الممتنع في الذمة؟ وأي دليل يدلّ عليه؟ ودعوى الإجماع قد عرفت حالها.

فالحقّ هو أنّ العين من حين اشتغال الذمة بها تبقى مضمونة إلى حين التفرغ، فإن

١. المصادر.

٢. المكاسب ج ٧، ص ٢٢٩؛ شرح المكاسب ج ٧٥، (المخطوط).

كانت مثليّة فبالمثل وإلا فبالقيمة.

(ج) لو دفع المثل - مع فرض تيسره في مقام تفريغ الذمّة - عن القيمي المضمون، كان ذلك مثلاً تقريباً وإلا لو تيسر له المثل المماثل للمضمون عيناً وصفة و حقيقة، لكان خُلفَ الغرض؛ إذ أنّ المفروض التالف قيمي و معلوم أنّ إجبار المالك (المضمون له) على قبول المثل التقريبي ظلم؛ لإجباره على التنازل عن بعض الصفات المفقودة مع تلف العين المضمونة غير المتوفّرة في المثل التقريبي، فمقتضى الأنصاف و العدل أن لا يفوت على المالك شيء من صفات العين الثالفة، و هو لا يكون إلاّ بأداء قيمة العين بمالها من الصفات المؤثّرة في رغبة اقتناء تلك العين.

و أدلتهم على ذلك

أولاً: الأدلّة النقلية

أ) الآيات القرآنية:

(١) قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدى عَلَيْكُمْ﴾ .

فظهرها في المماثلة مطلقاً سواء كان قيميّاً أو مثليّاً.

ولكن قد عرفت أنّ الآية الكريمة أجنبيّة عن بحث الضمان و ضمان المتلفات، و لا صلة لها بباب الضمانات الماليّة، و مجرد وجود كلمة «المثل» لا يسوّغ ذكرها في سياق أدلّة الضمان.

٢. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنْ أَنْتُمْ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَذَا بِالْبَيْعِ الْكَفْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَاماً لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ .

استدلّ بالآية على ضمان المال القيمي بمثله؛ لأنّ النّعم: الإبلُ و هي أموال قيمية جبر ضمانها بمثلها^١.

اعتراض: إنّ الآية ليست في صدد الضمان و جبر الأموال، بل في صدد التعبد. قال العزّين عبد السلام: «لا يجوز القياس على جبر الصيد بالمثل من النّعم؛ فإنّ ذلك تعبد حائد عن قواعد الجبر»^٢.

ب) الأخبار الشريفة:

إنّ الاستدلال بالأخبار الشريفة هي نفس الأخبار التي تقدّم ذكرها في الاستدلال على أنّ الأصل في الضمان المثل، و قد تطرّق الكلام عليها، و عن الاعتراضات الواردة عليها، فلا تتعرّض إليها مرّة ثانية.

نعم، نذكر بعض الروايات التي استدلّ بها على دفع المثل في المال القيمي المضمون التي لم نذكرها من قبل، فمما يؤيد ما ذكر من دفع المثل في المال القيمي المضمون في فرض إمكانه ما ورد في باب القرض من الروايات:

١. ما روي عن الصباح بن سيّابة: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّ عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك، قال: نستقرض الخبز من الجيران فنردّ أصغر منه أو أكبر. فقال عليه السلام: «نحن نستقرض الجوز السّتين و السبعين عدداً فيكون الكبير و الصغير، فلا بأس»^٣.

٢. ما روي عن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: استقرض الرغيف من الجيران، و نأخذ كبيراً و نعطي صغيراً، و نأخذ صغيراً، و نعطي كبيراً؟ قال: «لا بأس»^٤؛
٣. ما روي فقه الرضا عن الصادق عليه السلام: «سئل عن الخبز بعضها أكبر من بعض. قال:

١. بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٦٦؛ مجمع البيان، ج ٢، ص ١٩٨.

٢. قواعد الأحكام في مصالح الأناس، ج ١، ص ١٨١.

٣. وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ١٠٩. و هذه الرواية مجهولة بآين سيّابة.

٤. رويت عن محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن الحكم بن مسكين، عن إسحاق بن عمار، و هذه الرواية ضعيفة بالحكم بن مسكين، فهو مجهول الحال.

لا بأس؛ إذا اقترضته»^١.

إن هذه الروايات الدالة على جواز أداء المثل عن المال القيمي هي مختصة بالفرض، وأنها ضعيفة السند، و معلوم أن للفرض خصوصية يمكن بمقتضاها الالتزام بأن العين المقرضة تصبح ملكاً للمقرض، وأن ذمته إنما تشتغل بالعوض، فالخبز المدفوع في مقام تفريغ الذمة ليس مثلاً للمضمون، بل هو عين للمضمون، ولهذا تخرج روايات الفرض عن محل الكلام.

ثانياً: الدليل العقلي

التحقيق أن يحكم بضمان المال القيمي بمثله، كما حكم بذلك في المال المثلي، فلو تلفت العين المضمونة ولم يكن للضامن ردّها، انتقل الضامن إلى مثله وهو الكلّي المتحد مع العين التالفة من جميع الخصوصيات إلّا الخصوصيات غير المقومة في المائنة، بل في الشخص الخارجي فقط، أي الخصوصية الشخصية للعين، وحينئذ فلا ينتقل الضمان إلى القيمة إلّا مع تعذر المثل، وعلى هذا فلو وجد المثل للعين التالفة لوجب على الضامن أداء المثل. نعم، لو تعذر أداء المثل على الإطلاق تلغى الصفات النوعية أيضاً. فإن اعتبار اشتغال الذمة بها من اللغو الظاهر مع تعذر الوفاء بها^٢.

و يلاحظ على الدليل أن البيان لا يخلو من تعسف، بل تهافت، فالمفروض أن الكلام في المال القيمي وهو - كما استفيد من تحديده - ما لا يوجد مماثل له في الصفات النوعية المقومة للمائية، فدعوى اشتغال الذمة بمثله المتعذر ليس له معنى واضح.

وأوضحت أنه لا دليل أيضاً على انتقال الذمة من اشتغال الذمة بالعين إلى المثل التفريبي عند تلف العين، فإنه يقتضي تفويت بعض الصفات المضمونة على المالك،

١. مستدرک الوسائل، ج ٢، ص ٤٩٢. هذه الرواية ضعيفة.

٢. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٧٣.

فعليه إمّا يلتزم باستغلال الذمة بقيمة العين التالفة التي تشكّل بدلاً عن ذات العين و صفاتها المقومة للمالية.

و إمّا أن يلتزم ببقاء العين التالفة في الذمة إلى حين تفريغها بدفع ما يكون عوضاً عن ذاتها و صفاتها، وليس في القيمي إلا القيمة، وهذا هو الصحيح، كما تقدّمت الإشارة إليه.

المطلب الثاني: القول بدفع القيمة

المشهور عند فقهاء المسلمين هو أداء القيمة في ضمان المال القيمي^١، والأدلة على ذلك:

أولاً: الكتاب العزيز

١. قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدى عَلَيْكُمْ﴾^٢. استدلل بهذه الآية الشريفة القفال من الشافعية، والطوري من الحنفية باعتبار القيمة المثل و البديل للمال القيمي عند تلفه. فالمتعارف من الآية شاهد على ذلك؛ لأنّ القيمة هو المثل المتعارف بين الناس^٣، ولهذا أفتى شريح بأنّ من كسر عصاً فهي له و عليه قيمتها، و ما أفتى بذلك إلا أنّه فهمه من الآية^٤.

و يلاحظ على الدليل أنّه قد تقدّم أنّ الآية أجنبية عن باب الضمان، وأنّ مجرد اشتمالها على كلمة «المثل» لا يقتضي إقحامها في باب الضمان. مضافاً إلى أنّ في

١. كشاف القناع، ج ٤، ص ١٠٨؛ المتنفّ، ج ٥، ص ٢٧٢؛ تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ١٢٥؛ حجة الملهاء، ج ٥، ص ٢١١؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٨٦؛ البحر الزخار، ج ٤، ص ١٧٤.

٢. البقرة: ١٩٣.

٣. حجة الملهاء، ج ٥، ص ٢١١؛ تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ١٢٥.

٤. تبين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٣.

اعتبار القيمة - مثلاً - للعين المضمونة خفاء؛ فإنّ المماثلة إنّما تكون في نظر العرف بالنظر إلى ما يشاهد، ويلمس في العين من الذات والصفات والخصوصيات على ما تقدّم توضيحه في تحديد المثل.

وأما مماثلة القيمة المتمخّضة في المائيّة مع قيمة العين في مقدارها، فإنّها لا يدركها إلّا من أدرك مقدار مائيّة الثالف، فدعوى مماثلة القيمة عن العين المضمونة في نظر العرف غير واضح.

و استدلّ الشيخ الطوسي والآلوسي بهذه الآية الكريمة على ضمان المال المثلي بالمثل، والمال القيمي بالقيمة بدعوى أنّ المماثلة فيها إنّما تقتضي ضمان المال المثلي بالمثل، والمال القيمي بالقيمة^١.

اعتراض: إنّ المراد بالمماثلة في الآية إن كان بيان المماثلة الخاصّة (التشبيه الخاصّ) بمعنى عدم التجاوز في مقدار الاعتداء عمّا اعتدى به، فهو حينئذٍ أجنبي عن المثل المصطلح عليه، ضرورة كون المراد حينئذٍ التساوي في مقدار الاعتداء، كالقتل والجرح، وأخذ المال من دون ملاحظة المثل أو القيمة، بل ليس فيها حينئذٍ إلّا حكم واحد وهو الرخصة في الاعتداء بمقدار اعتداء المعتدي وأن لا يتجاوز عنه.

و المراد بالمقدار أن يحكم أهل العرف بأنّهما سيّان في المنفعة والفائدة، ويرضى العقلاء بتملّك كلّ منهما مقام الآخر من غير فرق بين المثل أو القيمة. فلو فرض أنّ مقدار الاعتداء دينار، فاللزام الاعتداء على المعتدي بهذا المقدار، فليس المراد من المماثلة في الآية مماثلة المعتدى به وهو المثل في المائل المثلي، والقيمة في المال القيمي.

و إن كان المراد المماثلة المطلقة أو التشبيه المطلق، يعني يجوز لكم الاعتداء على نحو يماثل اعتداء المعتدي في الاعتداء والمعتدى به، فهذا إطلاق ينصرف إلى العموم

في كلام الحكيم، وحينئذ فهو يشتمل على حكيمين:

١. الرخصة في الاعتداء، ٢. الممانعة في كل شيء، وهو يشمل المال المثلي والمال القيمي، ففي كل منهما يجب اعتبار الممانعة في الاعتداء، والمعتدى به في كل شيء، فلا تفصيل في الآية يدل على أداء المثل في المال المثلي، والقيمة في المال القيمي^١.
فالاستدلال بها على ذلك يتوقف على ما يأتي:

١. أن تكون كلمة «ما» في الآية الكريمة موصولة لامصدرية.

٢. أن يراد من هذه الكلمة الموصولة الشيء المعتدى به بأن يكون المعنى:

فاعتدوا عليه بمثل الشيء الذي اعتدى به عليكم.

٣. أن يراد من كلمة «المثل» في الآية الكريمة المثل في المال المثلي، والقيمة في

المال القيمي.

ويرد الاعتراض بالنقاط الثلاثة بما يأتي:

النقطة الأولى: أنه لا قرينة على أن يراد من كلمة «ما» كونها موصولة، بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانية، وعليه، فيكون معنى الآية: اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم، فتختص الآية بالاعتداء بالأفعال. فمعناها أن مماثل الإلتلاف هو الإلتلاف دون الضمان، فلا دليل في الآية الكريمة على المقصود، وقد حكي عن الأردبيلي في آيات الأحكام تعيين هذا الاحتمال.

النقطة الثانية: أنه لا قرينة على أن المراد من الشيء هو المعتدى به، أعني به الأعيان الخارجية من النقد والعرض، بل يحتمل أن يراد به الفعل أعني به الاعتداء، وعليه، فتكون الآية بعيدة عن غرض المستدل حتى مع جعل كلمة «ما» فيها موصولة. ويحتمل أن يراد من الشيء ما هو أعم من الفعل والمعتدى به، وحينئذ، فتدل الآية على جواز اعتداء المضروب بالضرب، واعتداء المشتوم بالشتم، وعلى جواز

١. جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٨٦؛ المكاسب، ج ٧، ص ٢٢٢.

إتلاف المال في مقابل الإتلاف، و على جواز أخذ الحنطة بدل الحنطة، و أخذ الفضة بدل الفضة، وهكذا، و على هذا الاحتمال، لا استفاد من الآية الضمان.

النقطة الثالثة: عدم وجود قرينة على إرادة ضمان المثل من الآية الكريمة في المال المثلي، و إرادة ضمان القيمة في المال القيمي؛ لأن المماثلة لا تقتضي هذا المعنى، بل هي أعم من ذلك.

و الحاصل من جميع ما ذكر أنه لا دلالة في الآية على أداء المثل في المال المثلي، و القيمة في المال القيمي^١.

ثانياً: الروايات الشريفة

الروايات التي أشارت إلى أداء القيمة عند ضمان المال القيمي كثيرة و منتشرة في الأبواب الفقهيّة منها:

أ) الروايات الدالة على تقويم العبد

١. ما روى البخاري بسنده عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقصاً^٢ له من عبد أو شركاً أو قال نصيباً، و كان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل، فهو عتيق، و إلا فقد عتق من منه ما عتق»^٣.

١. «المكاسب» ج ٧، ص ٢٢٢.

٢. الشخص: - بكسر الشين المعجمة و سكون القاف و بالصاد المهملة - و هو النصيب قليلاً أو كثيراً. و يقال له: الشقيص بزيادة الهاء مثل نصف و نصيف، و يقال له أيضاً: الشرك - بكسر الشين - و الجمع أشقاص، و قد شقصت الشي- إذا جزأته. «سانع العرب»، ج ٤، ص ٢٢٩٩، «شقص».

٣. رواه البخاري عن عمران بن ميسرة. قال حدثنا عبد الوارث. قال حدثنا أيوب، عن نافع، عن ابن عمر. و بطريق آخر في العتق عن أبي نعمان، عن حماد بن زيد. عمدة القاري: ج ١٣، ص ٥١. و أخرجه مسلم في الأيمان و في العتق. صحيح مسلم، ج ١٠، ص ٢٨٩، ج ١١، ص ١٤٧.

قال السيوطي: «ما يبلغ ثمنه»، أي ثمن الباقي لا ثمن الكل، والمراد بالثمن القيمة؛ إذ المدار عليها^١.

استدل بهذا الحديث فقهاء الحنفية والزيدية والمالكية والحنابلة على ضمان المال القيمي بالقيمة^٢.

وعلى فقهاء الحنابلة ذلك بأن ما لا مثل لا تجب قيمته؛ لخروج الأموال القيمية عن الأصل في الضمان بالمثل بهذا الحديث؛ لأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن؛ لاختلاف الجنس الواحد، فكانت القيمة أقرب إلى إبقاء حقه^٣.

واستدل به ابن عبد البر لقول مالك وأصحابه: «إن من أفسد شيئاً من العروض التي لا تكال ولا توزن فإنما عليه قيمة ما استهلك من ذلك لا مثله؛ لأنه عليه السلام لم يوجب على من أعتق نصيبه نصف عبد مثله لشريكه^٤.

وعلى أبو حنيفة ومالك ضمان المال القيمي بقيمته؛ لأنه أعدل في ذلك^٥.
واستدل فقهاء الإمامية على ضمان المال القيمي بقيمته بالنصوص الواردة في عتق العبد منها:

١- وأخرجه أبو داود في العتق عن أبي الربيع. وعن مؤصل بن هشام. سنن أبي داود، ج ٢، ص ٣٤٨. وأخرجه الترمذي في البيوع عن عمرو بن علي، وفي العتق عن إسحاق بن إبراهيم. وعن عمرو بن زرارة. وعن محمد بن يحيى. سنن النسائي، ج ٧، ص ٣١٩.

٢- وأخرجه البيهقي من طريق أبي العباس محمد بن يعقوب عن محمد بن عبد الله بن عبد الحكم. عن ابن وهب. عن مالك بن أنس وغيره والنافع عن ابن عمر. عن رسول الله ﷺ السنن الكبرى، ج ٦، ص ٩٥.

٣- سنن النسائي (شرح السيوطي)، ج ٧، ص ٣١٩.

٤- المتنى، ج ٥، ص ١٢٧٢ الجامع لأحكام القرآن، ج ٢، ص ٣٥٦؛ الكافي (الابن قدامة)، ج ٢، ص ٤٠٣؛ فتح

المعالم، ج ٢، ص ٥٥؛ البحر الزخار، ج ٤، ص ١٧٤.

٥- كشف القناع، ج ٤، ص ١٠٨؛ الروض المربع، ج ٢، ص ٣٧٤؛ الكافي (الابن قدامة)، ج ٢، ص ٤٠٣.

٦- المدونة الكبرى، ج ٥، ص ٣٥٣؛ طوح التريب، ج ٦، ص ٢٠٦؛ المتنى، ج ٥، ص ٢٧٢.

٧- عمدة القارئ، ج ١٣، ص ٥١؛ المدونة الكبرى، ج ٥، ص ٣٥٣.

١. ما روى الحلبي عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام قال: سألته عن المملوك بين الشركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: «إنّ ذلك فساد على أصحابه، فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته - فقال - يقوم قيمة على الذي أعتقه عقوبة، وإنما جعل ذلك عليه عقوبة لما أفسده»^١.

٢. ما روي عن سماعة، قال: سألته عن المملوك بين الشركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: «هذا فساد على أصحابه يقوم قيمة، و يضمن الثمن الذي أعتقه؛ لأنّه أفسده على أصحابه»^٢.

٣. ما روى سليمان بن خالد عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام قال: سألته عن المملوك يكون بين الشركاء فيعتق أحدهم نصيبه. قال: «إنّ ذلك فساد على أصحابه، فلا يستطيعون بيعه، ولا مؤاجرته - قال: - يقوم قيمة، فيجعل على الذي أعتقه عقوبة، و إنّما جعل ذلك لما أفسده»^٣.

٤. ما روي عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله، قال: سألت أبا عبدالله الصادق عليه السلام عن قوم ورتوا عبداً جميعاً فأعتق بعضهم نصيبه منه، كيف يصنع بالذي أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ بما بقي؟ قال: «نعم، يؤخذ بما بقي منه بقيته يوم أعتق»^٤.

١. رواه محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي، وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٢١؛ الكافي، ج ٦، ص ١٨٢.

٢. رواه عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد، وفي نسخة أخرى عن عدة من أصحابنا عن علي بن إبراهيم ومحمد بن جعفر ومحمد بن يحيى وعلي بن محمد بن عبدالله القمي وأحمد بن عبدالله وعلي بن الحسين جميعاً عن أحمد بن خالد، عن عثمان بن عيسى، عن سماعة.

٣. رواه النضر عن هشام بن سالم وعلي بن نعمان عن ابن مسكان، جميعاً عن سليمان بن خالد، وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٢٣.

٤. رواه الحسين بن محمد عن معلى بن محمد، عن الحسن بن علي، عن أبان بن عثمان، عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله، المصدر، ص ٢٢.

و يرد على الاستدلال بالروايات بما يأتي

(أ) أنَّ الروايات أجنبية عن محلّ البحث، فمحلّ البحث هو ما إذا ضمن أحد عيناً قيمية إما بالغصب وإما بالإتلاف غير العمدى، فماذا يثبت في الذمة إن لم نقل بثبوت نفس العين التالفة في الذمة؟ أو ماذا يجب دفعه عند محاولة تفرغ الذمة عنها؟ والروايات لم يفرض فيها أنَّ من أعتق شقصاً من عبد مشترك بينه وبين غيره قد ضمن العبد بالغصب أو الإتلاف.

أما فقدان عنوان الغصب، فواضح، فإنّ المعتق قد سحب يده المالكة عن حصته من العبد فضلاً عن أن يحاول الاستيلاء على مالا يملكه منه.

و أمّا فقدان الإتلاف، فالروايات صريحة في عدم إتلاف المعتق نصيب شريكه من العبد، وإلا لما بقي العبد في نصيبه غيرالمعتق مملوكاً للشريك الآخر على تقدير عدم تمكن المعتق من الوفاء بقيمة حصته.

(ب) تعبير بعض الروايات بالثمن عما يجب في ذمة المعتق على تقدير تمكنه من وفاء قيمة نصيب شريكه كاشف عن أن ما يثبت في ذمته ابتداءً هو عوض ذلك العبد، وليس نفس ذلك العبد، وكلامنا فيما كان القيمي - كالعبد - دخل في الذمة و تلف، فماذا يجب على الضامن؟ فمورد الروايات بمراحل من البحث.

(ج) أنَّ باب العتق مشوب برائحة التعبد الشرعي، ولا تعمه القواعد العامة، ولذلك لو فرض شريكان في قطعة أرض، وسبل أحدهما نصيبه في سبيل الله لم يجب عليه دفع عوض نصيب شريكه قياساً على ما في العبد. فعليه، اتخاذ هذه الروايات منطلقاً لتأسيس قاعدة تعم باب الضمانات ممّا لا أرى له وجهاً فقهياً سليماً.

(ب) روايات تلف وثيقة الرهن و تراّد النضل

إنّ الأخبار الدالة على أنَّ وثيقة الرهن إذا تلفت بتفريط من المرتهن سقط من ذمة

الراهن بحساب ذلك، و تراءَ الفضل بينهما ١: لَأَنَّ الغالب في الرهن أن يكون مالا قيمياً، والغالب في الدين التقدان و التهاثر يقع في مثله على القاعدة. و إطلاق التراءد بينهما معتمدين على الانصراف العرفي. فلو لا كون ضمان المال القيمي بالقيمة لم يكن وجهاً لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف. - و منها:

١. ما روي عن إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم الكاظم عليه السلام عن رجل يرهن الرهن بمائة درهم و هو يساوي ثلاثمائة درهم فهل لك أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مائتي درهم؟ قال: «نعم، لأنّه أخذ رهناً فيه فضل و ضيعة»، قلت: فهل لك نصف الرهن، قال: «على حساب ذلك»، قلت: فيتراءد ان الفضل؟ قال: «نعم»^١.

٢. ما روي عن أبي بكر، قال: سألت أبا عبد الله الصادق عليه السلام في الرهن، فقال: «إن كان أكثر من المال المرتهن فهل لك، أي يؤدّي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقلّ من ماله فهل لك الرهن، أدّى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواءً، فليس عليه الشيء»^٢.

٣. ما روي عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر الباقر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهل لك أن يؤدّي الفضل إلى صاحب الرهن، و إن كان الرهن أقلّ من ماله فهل لك الرهن، أدّى إلى صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن يساوي ما رهنه، فليس عليه شيء»^٣.

١. رواه أحمد بن محمد و سهل، جميعاً عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن حماد بن عثمان، عن إسحاق بن عمار، المصدر، ج ١٣، ص ١٢٩. و رواه الطوسي بإسناده عن أحمد بن محمد. الاستبصار، ج ٣، ص ١٢٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ١٦٤، و رواه الشيخ الصدوق بإسناده عن صفوان بن يحيى، عن إسحاق بن عمار، من لا يحضره الفقيه، ج ٢، ص ١٠٢.

٢. رواه محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين، عن صفوان، عن أبي بكر. وسائل الشيعة ج ١٣، ص ١٢٩؛ و رواه الشيخ الطوسي بإسناده عن محمد بن يحيى. تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ١٦٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٩؛ الكافي، ج ١، ص ٣٩٥.

٣. رواه محمد بن علي بن الحسين عن محمد بن قيس. وسائل الشيعة ج ١٣، ص ١٢٩؛ من لا يحضره الفقيه، ج ٢، ص ١٠٢.

و يرد على الاستدلال بهذه الروايات ما يأتي

(أ) أنَّ روايات الرهن المستدل بها ليس فيها شاهد على أنَّ العين المرهونة كانت قيمية، بل في بعض الروايات صراحة في الإطلاق، فلو تمت دلالة هذه الروايات على ضمان القيمة، لأدَّى ذلك إلى لزوم الالتزام بالقيمة على العين المضمونة التالفة قيميّة كانت أم مثليّة، ولا يرى المستدلّ يلتزم بذلك، و دعوى انصراف كلمة الرهن إلى أنَّ العين المرهونة تكون قيمية غالباً عهدتها على مدّعيتها ولا يدعمها من الروايات أو من خارجها شيء.

(ب) ليس في الروايات ما يدلّ على اشتغال ذمّة المرتهن بالقيمة أو المثل، بل فيه ما يدلّ على أنّهما يترادّان الفضل و هو أعم من أن يكون المردود مثلاً أو قيمة.

(ج) أنَّ في بعض الروايات ما يدلّ على لزوم إرجاع ما بقي من العين المرهونة، مثل رواية إسحاق بن عمار المتقدمة، فهي صريح في ردّ كلّ من المرتهن و الراهن على صاحبه ما فضل لديه من حقّ صاحبه، فمثلاً لو تلف بعض الرهن و بقي البعض فعلى المرتهن ردّ ما بقي، و المحاسبة مع الراهن في مقدار التالف بالقياس مع مقدار الدين في ذمته، و معلوم أنَّ هذا إنّما يمكن فرضه إذا كانت وثيقة الرهن مثليّة، فدعوى كون وثيقة الرهن قيمية لا يدعمها دليل.

(ج) روايات الأمة المسروقة المبيعة

استدلّ بالروايات الدالة على أنَّ الأمة المبيعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري و أخذها صاحبها، يأخذ المشتري ولده بالقيمة؛ إذ أنَّ الحكم بضمان قيمة الولد ظاهر في أنَّ ضمان المال القيمي بالقيمة، و منها:

١. ما روي عن جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله الصادق (عليه السلام) في

رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت مسروقة؟ قال: «يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ

الرجل ولده بقيمته»^١.

٢. ما روي عن زرارة، قال: قلت لأبي جعفر الباقر عليه السلام: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البيّنة على أنّها جاريته و لم يبع و لم يهب؟ قال: فقال: «تردّ إليه جاريته و يعوّضه ممّا انتفع»، قال: «كان معناه قيمة الولد»^٢.

٣. ما روي عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام في رجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحقّ الجارية؟ فقال: «يأخذ الجارية المستحقّ و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد، و يرجع على من باعه بضمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه»^٣.

٤. ما روي عن زرارة، قال: قلت لأبي عبد الله الصادق عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً ثمّ أتاها من يزعم أنّها له و أقام على ذلك البيّنة، قال «يقبض ولده و يدفع إليه الجارية، و يعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها»^٤.

ويلاحظ على الاستدلال بالروايات ما يلي

أ) أنّ الروايات وردت في أمة اشتراها مشتر جاهلاً أنّها مسروقة أو مفصوبة، ثمّ استولدها و كان شراؤه لها اعتماداً على قاعدة اليد، و قاعدة سوق المسلمين اللتين هما أمارتا الملكية، فكان المشتري مالكاً للجارية ظاهراً فكان وطؤه إتيانها وطء شبهة، فيكون الولد حرّاً على القاعدة من أنّ الولد في الوطء الصحيح يتبع أشرف الأبوين، فينعتق حرّاً. و كان رجوع الجارية إلى مالكها الأصلي الواقعي بعد الانكشاف للواطئ

١. الرواية مرسلّة، تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ١٤١؛ الاستبصار، ج ٢، ص ٨٤؛ الوافي، ج ١٠، ص ١٠١.

٢. المصدر. الرواية مجهولة الإسناد بأبي عبد الله الغراء.

٣. المصدر. الرواية موثقة بمعاضدين حكيم.

٤. المصدر. الرواية مجهولة بسلم الظربال.

المشتري بالبيّنة أنّها مسروقة على القاعدة؛ لأنّها لم تخرج من ملك المالك حسب الفرض، كما أنّ الحكم بحرّيّة الولد على القاعدة.

فعليه، ليس في المقام من قبل المشتري الواطئ غصب أو إتلاف أو ضمان؛ لأنّ حرّيّة الولد بحكم الشارع بحيث لو رضي الأب باسترقاق مالكها للولد لم يجزله ذلك؛ لأنّه ولد حرّاً. و الحكم بضمان قيمة الولد ليس لأنّ الواطئ أتلف الولد على مالك الجارية، كإتلاف سائر فوائدها العائدة إلى مالكها؛ لأنّ حرّيّة الولد ليست بفعلية المشتري وإنّما بتعبّد الشارع.

فالحكم بقيمة الولد تعبّد، و ليس خاضعاً لقواعد الضمان، و لذلك عبّر في بعض الروايات عن هذه القيمة بالعوض و في بعضها بالقيمة.

و أنّ دعوى استقرار ضمن القيمة أو عوض الولد على الغاصب أو السارق البائع لها للمشتري يكشف ضمان المال القيمي بالقيمة غير تامّة؛ إذ قد تبيّن أنّ قيمة الولد ليس من باب قاعدة الضمان؛ إذ لم يكن ضياع الولد على مالكها بفعل أحد، وإنّما هو بحكم الشارع بحرّيّته.

والذي يكشف عن ذلك هو لو كان الواطئ المشتري عالماً بغصب الجارية أو سرقتها، لم يكن الولد حرّاً، بل كان رقاً لمولاه مع أنّ وطء المسروقة أو المفصوبة و استيلاؤها حاصل في صورة الجهل.

فالحكم بدفع قيمة الولد ليس من باب الضمان بشيء، و لامن باب المتلفات و إن وجدت كلمة الضمان في ألسنة الفقهاء، والذي يؤكّد ذلك ليس في الروايات شاهد على اشتغال ذمّة الواطئ بالقيمة، بل المستفاد دفع القيمة أو العوض، و يرجع بما غرّ المشتري على الذي خدعه و غشه بها.

(د) ما ورد في رواية أبي ولّاد القاضية بضمان البغل بقيمته

روى أبو ولّاد، قال: اكتريتُ بغلاً إلى قصر أبي هبيرة ذاهباً و جائياً بكذا و كذا، و

خرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خُبرْتُ أنَّ صاحبي توجه إلى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خُبرْتُ أنَّه توجه إلى بغداد فأتبعته فظفرت به، ورجعت إلى الكوفة - إلى أن قال - فأخبرت أبا عبد الله الصادق عليه السلام فقال: «أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، و مثل كراء البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة و توفية إياه»، قال: قلت: علفته بدارهم فلي عليه علفه؟ قال: «لا؛ لأنك غاصب»، فقلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته»، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: «عليك قيمة ما بين الصخرة والعيب يوم تردّه عليه»، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: «أنت و هو إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلقت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنَّ قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا، فيلزمك»^١.

يلاحظ أنَّ الظاهر من الرواية يدلّ على وجوب دفع قيمة البغل المغضوب العاطب على الغاصب، و هذا قدر مسلم بيني - حيث أقول: إنَّ العين المغضوبة بنفسها تبقى في الذمة إلى حين تفرغها بدفع المثل، أو القيمة على اختلاف الموارد - و بين من يعقد باشتغال الذمة بعد تلف المغضوب بالمثل في المثلي و بالقيمة في التيمي. و هذا القدر ليس محلّ النزاع، و ليس على المستدلّ تجسّم البحث عن الدليل عليه.

و إما الاختلاف بيني - متواضعاً - و بين الفقهاء (قدّس الله أسرارهم) هو بماذا تشتغل الذمة بعد تلف العين؟ هل بالعين الثالثة كما اعتقد، أو بالقيمة أو المثل كما عليه الفقهاء (شكّر الله مساعيهم)؟ و ليس في الرواية شاهد على ما استدلّ بها على ضمان المال التيمي بالقيمة.

١. رواه محمد بن الحسن بإسناده عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد. وسائل الشيعة ج ١٧، ص

٣١٣، تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٥؛ الكافي ج ٥، ص ٢٩٠.

و دعوى أَنَّ ذكر «يوم خالفت» شاهد على اشتغال الذمة بالقيمة غير واضح؛ إذ المفروض أَنَّ البغل كان سالماً يوم المخالفة، و قد اشتغلت ذمة الغاصب به، فلا معنى لاشتغال الذمة بالقيمة أيضاً.

هـ) ما ورد في رواية السفرة التي وجدت مطروحة في الطريق
 روى السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام «أَنَّ أمير المؤمنين عليه السلام سُئِلَ عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها، و فيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : يَقُومُ ما فيها ثُمَّ يُوَكَّلُ؛ لَأَنَّهُ يَفْسُدُ و ليس له بقاء، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا غَرَمُوا لَهُ الثَّمَنَ. فَقِيلَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ؛ لَا يَدْرِي سَفَرَةٌ مُسْلِمٌ أَوْ سَفَرَةٌ مَجُوسِي. فَقَالَ: هُمْ فِي سَعَةٍ حَتَّى يَعْلَمُوا»^١.

و يرد على الاستدلال بهذه الرواية بأنَّ الاستدلال بالرواية مبني على كلمة «يَقُومُ» باشتغال الذمة بالقيمة و هذا غير سليم؛ لأنَّ السفرة ورد فيها أَنَّها تحتوي على ما هو قيمي و مثلي، فثبتت القيمة في الجميع غير صحيح.

و الصحيح أَنَّ معنى «يَقُومُ» هو أَنَّ يَقْدُرُوا ما في السفرة من الموجودات؛ ليدفعوا عوض كُلِّ ما فيها من المأكولات مثلاً في المثلي و قيمة في القيمي.

كما أَنَّهُ ليس في الرواية اشتغال الذمة في القيمة، و إنما تدلُّ على تحديد ثمنها قبل الإلتاف ثُمَّ دفعه إلى مالك السفرة بعد، و هذا أعمُّ من اشتغال الذمة بالقيمة من حين الإلتاف، و من اشتغال الذمة بنفس التالف إلى حين تفريغها.

ولا وجه لتفسير «يَقُومُ» بضمان القيمة، فَإِنَّهُ كان قبل الإلتاف و اشتغال الذمة بالقيمة عند من يقول بها حين التلف لابقبله.

١. رواد محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن الثوافلي، عن السكوني، و سائق الشيخ ج ١٧،

و لعلّ في اختيار كلمة «التمن» خير دليل على أنّ الإمام عليّاً عليه السلام لم يقصد اشتغال الذمة بالقيمة، فإنّه يعمّ بدل القيمي والمثلي.

فتمتصّل ممّا ذكرت أنّ ما استدلّ به من الروايات المتقدمة على اشتغال الذمة بعد تلف العين المضمونة بالقيمة في المال القيمي لم يتمّ، وإنّما غاية ما يستفاد منها وجوب دفع القيمة في المال القيمي حين تفرغ الذمة.

ثالثاً: الإجماع ادّعي الاتفاق بل الإجماع المنقول على ضمان المال القيمي بقيمته، فلا يزال الفقهاء يرسلون هذه المسألة إرسال المسلمات، ويعدونها من الواضحات في عامة المقامات، ولم ينقل عنهم خلاف في ذلك وإن اختلفوا في تعيين زمان القيمة، بل يظهر منهم الالتزام بها حتى في صورة إمكان المماثل^١.

قال صاحب الجواهر: «إنّه لم يظهر حجة على أصل اعتبار المثل في المثلي، و القيمة في القيمي عدا الإجماع والاعتبار»^٢.

وجاء في كتاب فقه الصادق في ضمان المال القيمي بقيمته «إنّ الإطلاق والإجماع عليه، و أنّه حتى إذا وجد المثل في القيمي فالمعروف بين الفقهاء كفاية ردّ القيمة»^٣.

وقال الشيخ هادي كاشف الغطاء في شرحه على المكاسب في ضمان التلف المبيع بالبيع الفاسد إذا كان قيمياً.

بأنّ المحكميّ اتفاق الأصحاب وإجماعهم على ضمانه بالقيمة، وتدلّ على ذلك أخبار كثيرة واردة في كثير من القيمات المختلفة التي يعلم من ملاحظتها عدم خصوصية المورد في ذلك، بل لعلّ ذلك مقتضى إطلاق أدلّة الضمان في القيمات بحسب المتعارف^٤.

١. المكاسب ج ٧، ص ١٢٢٩ وحمل الأئمة ج ٢، ص ٢٥.

٢. جواهر الكلام ج ٣٧، ص ٩٢.

٣. فقه الصادق ج ٢٥، ص ٣٢٢.

٤. شرح المكاسب ص ٧٥.

و يرد على هذه الاجماعيات بأنها لاتعدو كونها إجماعات منقولة، و حجّة الإجماع المنقول محلّ كلام^١.

ثمّ على فرض حصول الإجماع، فمن المؤكّد - ولا أقلّ من المحتمل - أنّ جُلّ المجمعين - إن يكن كلّهم - استندوا في فتواهم بضمان القيمي بالقيمة إلى تلك الأدلّة المتقدّمة من الآيات و الروايات، أو الأدلّة الآتية، فحينئذ يصحّ الإجماع مدركيّاً، و مثله لا يمدّ دليلاً مستقلاً عن تلك الأدلّة، بل مثله النظر في الأدلّة لا في الإجماع، و قد علمت عدم تماميّة الأدلّة، فلا تكون للحاظ الإجماع قيمة علميّة أو عمليّة. و عهدة دعواه على مدّعيها. ولو تنزّلت على القدر المتيقّن من المجمع عليه، فهو وجوب دفع القيمة حين تفرّغ الذمّة المشتغلة بالقيمي، و لا سبيل إلى إحراز الإجماع على اشتغال الذمّة بالقيمة، و معلوم أنّ الأخير هو محلّ البحث و ليس الأوّل.

رابعاً: سيرة الفقهاء

المعلوم بالمشاهدة و بالنقل أنّه قد جرت سيرة المتشرّعة، بل العقلاء كافّة على تضمين الغاصب و المتلف للمال القيمي بالقيمة، و لم ينقل في عصر أو مصر العمل بخلاف ذلك، و اكتشاف هذه السيرة من اليوم متفهراً إلى زمان الرسول الأعظم ﷺ و من أتبعه بإحسان يكشف عن رضی الشارع و رضی حملة الشريعة بهذا الحكم، و سكوت الشارع إمضاء لهذا العمل، و هو حجة^٢.

اعتراض: إنّ غاية ما يمكن إحرازه بهذه السيرة إنّما تثبت مطالبة الضامن بالقيمة في القيمي، و إجبار المالك على قبولها، و عدم إجبار الضامن على غيرها^٣.
و معلوم أنّ هذا ليس محلّاً للبحث فعلاً، و إنّما البحث في أنّ ذمّة الضامن بعد تلف

١. مصادر الحكم الشرعي، ج ١، ص ٢٧١.

٢. جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ١٠، المستفي، ج ٥، ص ٢٧٢؛ المدونة الكبرى، ج ٥، ص ٣٥٣.

٣. المصدر.

العين هو بماذا تشتغل؟ هل بنفس العين الثالفة أو بقيمتها؟ ولا سبيل إلى إحراز شيء سوى قيام السيرة على كفاية دفع القيمة في القيمي، وإلزام المالك بقبولها.

خامساً: الأدلة العقلية

١. أن المال القيمي تختلف أجزاؤه فتعذر فيه المعاملة، ومماثلته لا تخلو من أن تكون زائدة يظلم بها الضامن، أو ناقصة يظلم بها الملك، والقيمة عدل يؤمن فيها ظلم الضامن والمالك.^١

٢. أن الأموال القيمية تتفاوت في المالبية خلقه، فتعذر فيها رعاية الصورة؛ إذ لو روعيت لفاتت المعاملة معنى، فوجب رعاية المعنى الذي لا تتفاوت فيه وهو القيمة، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها وكانت أولى.

و يلاحظ على اندلئين المتقدمين أن غاية ما ثبت هو عدم إمكان تفريغ الذمة المضمونة بالقيمي بالمثل وهو لا ينافي الالتزام باشتغال الذمة بالمثل حتى في القيمي، وفي وقت التفريغ تنتقل وظيفة الضامن إلى القيمة لتعذر المثل، وليس في الدليل شاهد على لزوم الالتزام باشتغال الذمة بالقيمة بمجرد تلف العين المضمونة.

و أيضاً أن هذين الدليلين لا يثبتان أن الذمة تشتغل بأي شيء، وإنما يقتضيان استناداً إلى قاعدة العدل والإنصاف لزوم إلزام الضامن بالقيمة مراعاة لحق طرفي الضامن والمالك في الضمان.

و هذا المعنى يتحقق لو التزم باشتغال الذمة بالقيمة ثم دفعها حين التفريغ، وكذلك اشتغال الذمة بالمثل ولزوم دفع القيمة حين التفريغ لتعذر المثل، وكذلك اشتغال الذمة بنفس العين الثالفة حين محاولة التفريغ بدفع القيمة.

فليس في الدليل ما يدل على اشتغال الذمة بالقيمة بمجرد تلف العين المضمونة.

الرأي الرابع: لا ينبغي الرب في أن الانتقال من دفع العين إلى بدلها مثلاً أو قيمة لا يكون إلا مع تعذر العين، أو ما حدث فيما هو في حكم التعذر.

ثم إن مستند الفقهاء في اشتغال الذمة إما بالمثل في المثلي و القيمي معاً، أو بالمثل في المثلي و القيمة في القيمي هي إما الأدلة المتقدمة من آيات و روايات و إجماع و قد تبين بطلانها، و عدم معقوليّة اشتغال الذمة بالعين التالفة، فينبغي انتقال الذمة إلى شيء آخر، و هذا أيضاً قد تقدّم النقاش فيه؛ و ذلك لأنّ الوجود الذمّي لا يقتضي الوجود الخارجي للمضمون، و إلا لما أمكن الالتزام باشتغال الذمة بالقيمة أو المثل إلا حيث يوجد فيما يملكه الضامن مثل أو قيمة للعين التالفة، و لا أحتمل أن يلتزم به أحد. فلم يبق دليل على انتقال الذمة من العين التالفة إلى بدلها مثلاً أو قيمة قبل التفرغ بدفع شيء منهما.

فاللزام الالتزام ببقاء العين التالفة في الذمة إلى حين التفرغ.

و معلوم أنّ مقتضى أدلة الضمان لزوم المحافظة على العين المضمونة ذاتاً و صفة و خصوصية، و كلّ ماله دخل في خلق الرغبة العقلانية على اقتنائه و تأثير في المآلية، فيقتضي لزوم دفع المثل حيث أمكن، سواء كان على الوجه الغالب كما في المثليات، أم على وجه الندرة و الصدفة، و ذلك حيث ما وجد المثل لما هو قيمي حسب العادة، فإنّ في دفع المثل احتفاظاً لذات العين التالفة و صفاتها و خصوصياتها عدا الجوانب الشخصية التي ليس لها دخل في المآلية و الرغبة العقلانية على الاقتناء، و لأجل ذلك لا موجب لضمانها.

و إذا تعذر إصال تلك العين بالنحو المتقدّم - و ذلك في القيميات عادة و في المثليات حيث تعذر المثل - ينبغي تعويض تلك الجهات الثلاث الذات و الصفات و الخصوصيات بالقيمة.

فينبغي الالتزام بدفع القيمة في القيميات عادة، و في المثليات حين تعذر المثل، كما يلتزم بدفع المثل في المثليات مع تواجد المثل، و كذلك بدفع المثل في القيمي لو توفّر،

إلا أنه مجرد فرض ثم إن الحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^١.
على فرض تقدير الضمان، فهو شامل لرد العين مع البقاء، و المثل أو القيمة مع التلف.

قال الشيخ جعفر كاشف الغطاء:

بأن المفهوم منها أن على صاحب اليد ضمان ما أخذت يده وأداء عينها، ومع تلفها أداء بدلها من المثل أو القيمة في المال المثلي أو القيمي، ويبقى مخاطباً بذلك حتى يؤدى ما أخذ^٢.

كما أكد السيد الخوئي بأن حديث اليد متعرض لأداء البدل^٣.
اعتراض: إن أداء المثل أو القيمة ليس أداء ما أخذت، بل أداء شيء آخر، فلا يكون حتى تؤدى غاية للضمان في صورة التلف أيضاً، فإن مقتضى تقدير المفعول أن يكون مفعول «تؤدى» أو نائب فاعله على تقدير كونه بصيغة المجهول ما يرجع إلى الموصول، أي ما أخذت، ومعنى أداء ما أخذت أداء عينه دون المثل أو القيمة.
بل إطلاق الأداء على غير أداء العين غير صحيح، فلا يتحقق أدائه في صورة التلف أصلاً. وعلى هذا تكون الرواية لبيان حكم صورة بقاء العين، ولا يعلم منها حكم صورة التلف، فلا دلالة في الرواية على ثبوت ضمان المال المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة بعد تلف العين^٤.

الجواب: ينبغي أن يعلم أن الاستيلاء على العين يقتضي ضمانها بمقتضى قوله: «على اليد ما أخذت» ذاتاً و صفةً و خصوصية، و معلوم أن دفع المثل في المثلي أو القيمة في القيمي أداء للعين، و الصفة و الخصوصية.

١. مستدرک الوسائل، ج ٣، ص ١٤٥، سنن الدارمي، ج ٢، ص ٢٦٤، السنن الكبرى للبيهقي، ج ٦، ص ٩٥.

٢. القواعد الستة عشرة، ص ١٢٩، (المطبوع مع الحق المبين).

٣. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٨٨.

٤. عوائد الأيام، ص ٣٤.

نعم، قد سقط الجانب الشخصي للعين الثالثة، فلا يبقى دليل على ضمانها، فدفعت القيمة إرجاع مائة العين و مائة صفاتها و مائة خصوصياتها، وفي صورة المثل يكون المثل هو الذي يتكفل بإعادة الذات والصفة والقيمة إلى صاحب العين.

فالقول: «على اليد» يدل على كفاية المثل في المال المثلي والقيمة في المال القيمي حين تفرغ الذمة بدل العين بدلالة الاقتضاء.

القانون المدني

إن القانون المدني العراقي أخذ بالمسلك المشهور للفقهاء وهو ضمان المال المثلي بالممثل، والمال القيمي بالقيمة عند الكلام على المقبوض بالعقد الفاسد والقرض والغصب وتلف الوديعة^١.

ففي المادة «٩٦٠» «الوديعة إذا لزم ضمانها، فإن كانت من المثليات تضمن بمثلها، وإن كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان»^٢.

وأكدت محكمة التمييز في القرارات «٢٦٥» و «١٢٥٦» على ضمان المال المثلي بالممثل والمال القيمي بالقيمة^٣.

كما أكد شراح القانون المدني على ضمان المال المثلي بالممثل، والمال القيمي بالقيمة^٤.

١. الموسوعة القانونية العراقية، ج ١، ص ٢٥٦؛ موسوعة القضاء والفقه، ج ١٦، ص ٢٤٥؛ القانون المدني، ص ١٢٣، أرقام المواد «٢٦٥»، «٨٤٤»، «١٢٥٦».

٢. الموسوعة القانونية العراقية، ج ١، ص ٢٥٦.

٣. مجموعة الأحكام المدنية، السنة السادسة، العدد الأول، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، رقم القرار «٢٦٥» / ١٩٧٤ / ص ٧٨؛ مجموعة الأحكام المدنية، ج ٤٤، سنة «١٢» مطبعة وزارة العدل، بغداد، رقم القرار «٨٤٤»، ١٩٨١، ص ٤٤؛ قضاء محكمة التمييز، ج ٢، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، ١٩٦٨، رقم القرار «١٢٥٦» / ١٩٦٤، ص ٣١.

٤. محاضرات في القانون المدني العراقي، ص ١١٤؛ موسوعة القضاء والفقه، ج ١٦، ص ٢٤٥.

قال ذنون: «إذا كانت العين قد هلكت أو استهلك، فإنها تكون مضمونة على الغاصب، فيكون ضامناً لقيمتها إن كانت قيمة ولعلها إن كانت مثلية».^١

و قد استمدّ القانون المدني من مجلة الأحكام العدلية للسيرة المشهورة و هي ضمان المال المثلي بالمثل و المال القيمي بالقيمة. فقد ذكرته المجلة في ضمان الوديعة و ما يجب في الضمان، و هلاك المبيع عند المشتري في العقد الفاسد و بيع الفصب و السوم.^٢

فقد جاء فيما يجب في الضمان أن الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، و قيمته إن كان من القيعيات.^٣

و من خلال المقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، نلاحظ أن القانون المدني استمدّ هذا المسلك المشهور و هو ضمان المال المثلي بالمثل و المال القيمي بالقيمة من الفقه الإسلامي الذي سبقه منذ زمن بعيد، و بالمقارنة بما هو المختار في المسألة بأن العين تبقى في ذمة الضامن حتى بعد تلفها، ولكن تفريغ ذمة الضامن بأداء المثل في المال المثلي، و القيمة في المال القيمي.

١. أصول الالتزام، ص ٢٦٧.

٢. مجلة الأحكام العدلية ص ١٢٦، ٦١، ٥٤، ٤٣، ١٤١، المادة «٨٠٣»، «٤١٦»، «٣٧١» و «٢٩٨».

٣. المصدر، ص ٦١.

الفصل الرابع:

تردد المال بين المثلية والقيمة

تمهيد

وقع الخلاف بين الفقهاء في بعض المصاديق من حيث كونها أموالاً مثلية أو أموالاً قيمية، فمثلاً يرى بعض الفقهاء أنَّ اليابس من الزبيب و التمر مالان مثليان، و اختلف في الطري منهما، فعدها بعض الفقهاء أموالاً مثلية في حين عدّها الآخرون قيمة. و في المبسوط و الغنية و السرائر أنَّ الحديد و النحاس و الرصاص من الأموال القيمة^١.

و في التحرير أنَّ أصولها مثلية إلا أنَّ المصوغ منها أموال قيمة، و كذلك الذهب و الفضة، فإنَّ أصولهما أموال مثلية، و مصوغهما كالخاتم و السوار و الخلخال أموال قيمة، و كذلك الثوب المنسوج باليد، فإنَّ مادّته الأولية - كالقطن - مال مثلي، بينما منسوجها مال قيمى^٢.

و قد يقع الاختلاف في كون الشيء من مصاديق الأموال المثلية أو الأموال القيمة؛ لاختلاف مصداقه حسب الأزمنة. فقد يكون المال في زمن ما من الأموال القيمة ثمَّ

١. المبسوط (للطوسي)، كتاب النصب؛ غنية النزوع، كتاب النصب؛ السرائر، كتاب النصب.

٢. تحرير الأحكام، ج ٢، ص ١٣٩.

بعد مدّة من الزمان يصبح من الأموال المثلّية، أو بالعكس، كبعض المنسوجات و
المصنوعات، كالأقمشة بأنواعها، فبعد أن كانت من الأموال القيميّة أصبحت اليوم في
عداد الأموال المثلّية؛ لأنّها تتسج اليوم بالمعامل على نمط واحد مائل، فلا يوجد
اختلاف فيها أصلاً، وبذلك تكون من مصاديق المال المثلي.

فهناك موارد التي لم يتوضّح كونها أموالاً مثليّة أو أموالاً قيميّة كثيرة، كذلك ليس
في أيدينا الأصل اللفظي في الموارد المشكوكة في اقتضائه كونها مالاً مثليّاً أو مالاً
قيميّاً.

ولعلّ الوجه في ذلك أنّ النصوص لم تبيّن هذه الجهة، بل إنّما تعرّضت لبيان أصل
الضمان في موارد شتى أو لم تتعرّض لكيفيّة الضمان إلّا في موارد قليلة. فقد تقدّمت
الإشارة في مقدّمة بحث الضمان إلى عنوان المثلي و عنوان القيمي بالمعنيين
الاصطلاحيين لم يرد شيء منهما في نصّ لفظي كآية أو رواية، كما تقدّمت المناقشة
في الاستدلال بالآيات أو الروايات المشتملة على كلمة «المثل»، وأوضحت عدم
تماميّة الاستدلال بها، فلا نملك أصلاً لفظيّاً يرجع إليه و يتمسك به في معرفة الحكم
المشكوك فيه.

و يرى الشيخ الأنصاري أنّ المرجع في تحديد المشكوك من حيث كونه مثليّاً أو
قيميّاً هو العرف بقوله :

لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نصّ المشهور فيه على ذكر
المضمون به، بل كلّها إلّا ما شدّد و ندر وقد أطلق فيها الضمان. فلولوا الاعتماد على ما هو
المعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان^١.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ العرف ربّما يختلف، فلعلّ العرف في زمان يحكم بأنّ
المال الفلاني قيمي، بينما يحكم في زمن لاحق بأنّه مثلي، كالأقمشة على ما تقدّمت

الإشارة إليه، بل أن عرف منطقة ربّما يختلف عن عرف منطقة أخرى، وبذلك لا يكون العرف مرجعاً لحسم النزاع، فالمتنازعان الضامن والمالك، كلّ منهما يتمسك بحكم العرف الذي يرتضيه، فالإحالة على العرف تشبه الحوالة على البريء الرافض لها.

فلا بدّ من الرجوع إلى الأصول العلميّة، فالأصل الذي يمكن التمسك به في موارد الشكّ في مثليّة المال وقيّمته هو الأصل العملي لا الأصل اللفظي. ولذا صرح جمع من المحقّقين بأنّه في موارد الشكّ في كون الشيء مالاً مثلياً أو مالاً قيميّاً، لم يقدّم أصل لفظي على كون الشيء مالاً مثليّاً إلا ما خرج بالدليل، ولا على كونه مالاً قيميّاً إلا ما خرج بالدليل.

فلا بدّ حينئذ من الرجوع إلى الأصول العمليّة والعمل بمقتضاها عند الشكّ، فهل مقتضاها عند الشكّ في كون الشيء مالاً مثليّاً أو مالاً قيميّاً هو الضمان بالمثل أو القيمة، أو تخيير الضامن بينهما، أو تخيير المالك، أو الرجوع إلى القرعة؟ وجوه وأقوال:^١

المبحث الأول: القول بدفع المثل

الأصل في الوفاء والتعويض هو المثل، ويقتضيه إطلاق ما تقدّم من الأدلّة المشتبهة على المثل عند الشكّ بين مثليّة المال أو قيمته. فقد ذكر الشيخ الأنصاري في مكاتبه أنّه موارد الشكّ بين كون التالف مالاً مثليّاً أو مالاً قيميّاً يدفع المثل؛ لعموم آية الاعتداء، والقاعدة المستفادة من الضمانات وهي دفع الأقرب فالأقرب.^٢

١. دليل الفقه، ج ٢، ص ١٤١.

٢. المكاتبه، ج ٧، ص ٢٢٨.

و الأدلة على ذلك

١. أن فراغ الذمة بأداء ما يحتمل تعيينه قطعي و بأداء غيره مشكوك فيه، فالأصل هو عدم سقوط ما في ذمة الضامن إلا بأداء المثل؛ لأنه إذا دار الأمر بين التعيين و التخيير وجب الأخذ بما احتمال تعيينه.

أي إن المقام كان من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر على القول بالاحتياط فيه^١، فالأمر فيه دائر بين التعيين و هو المثل و التخيير بينه و بين القيمة و المعروف بين المحققين في علم الأصول وجوب الاحتياط بناء على التعيين، فيتعين المثل؛ لأن سقوط الذمة اليقينية بأداء المعين و هو المثل اليقيني، و غيره مشكوك فيه و الأصل عدم سقوط الذمة إلا به^٢، إلا أن هذا القول ترد عليه الاعتراضات التالية:

الاعتراض الأول: أن المقام من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر على القول بالبراءة فيه؛ لأن ثبوت المالية فيها في ذمة الضامن مقطوع، و ثبوت تعيينها بالمعائلة من حيث الحقيقة و الخصوصيات مشكوك فيه و الأصل عدم التعيين، فيتعين دفع القيمة. و بعبارة أخرى: أن القيمة أو المالية مقطوعة الثبوت في ذمة الضامن، و الخصوصيات و الصفات الحقيقية المعائلة للمال المثلي مشكوك التعيين في الذمة، فالأصل عدم تعيينها في الذمة على القول بالبراءة عند التردد بين الأقل و الأكثر، فيتعين دفع القيمة^٣.

و يلاحظ أن ما جاء في الاعتراض و إن كان قوياً إلا أنه يستند على القول بالبراءة مع دوران الأمر بين الأقل و الأكثر، فالاعتراض يعتبر منبئياً و هو لا يتسحق أن يوسم بالاعتراض حسب ميزان العلم.

١. الاحتياط هو العمل الذي يحصل بامتنال التكليف و اليقين بالحصول الواقع المطلوب منه من دون الاستناد إلى دليل شرعي، سواء كان نصاً أو فتوى مجتهد، أو نحو ذلك في تعيين الواقع. انظر الشافعي، ج ١، ص ٥٢.

٢. مصادر الحكم الشرعي، ج ١، ص ١٩٩.

٣. دليل الفقه، ج ٢، ص ١٤٧.

الاعتراض الثاني: أنَّ الجمع بين فرض دوران الأمر بين الأقلّ والأكثر، وبين دوران الأمر بين التعيين والتخير على معقوليّة التخيير بين الأقلّ والأكثر قد منعه المحققون في علم الأصول؛ لأنّه بعد تحقّق الأقلّ تحصل البراءة، فلا تصل النوبة إلى دعوى وجوب الزائد^١.

فالجمع بين عنوان دوران الأمر بين الأقلّ والأكثر من جهة، و عنوان دوران الأمر بين التعيين والتخير لا يمكن المساعدة عليه.

الاعتراض الثالث: ينبغي التأمّل في معنى المثل أو القيمة كي نعرف أنّهما ليسا من باب الأقلّ والأكثر، والوجه في ذلك أنّ المفروض أنّ القيمة بدل عن الذات^٢ والصفة^٣ والخصوصيات^٤، ومالّية الشيء إنّما تتقوّم بهذه الثلاث، فالقيمة لا تنقص عن المثل من حيث المالّية في شيء، وإنّما الفرق بينهما أنّ القيمة مالّية صرفة، والمثل مالّية مع بعض المميّزات التي لا تقتضي زيادة في المالّية على القيمة.

فإذن المثل والقيمة متساويان من حيث المالّية ومختلفان من حيث الشكل والصورة، فهما متباينان، وليس من باب الأقلّ والأكثر.

٢. أنّ لكل عين خصوصيات مالّية وصفيّة وشخصيّة لأوصاف تخصّها عند العقلاء ورغبات المالكين، وأنّ العبرة في الضمان أداء العين بشخصها؛ لكونها في ذمّة الضامن، ومع تلف العين يبقى الاعتبار النوعي والصنفي محتفظاً به، ويسقط الاعتبار الشخصي فقط.

١. مصادر الحكم الشرعي، ج ١، ص ١٩٩.

٢. الذات عبارة عن ماهية العين التي كانت موجودة فتلفت، كالحنطة لها ذات تمتاز عن الشعير والأرز والعنبر وغيرها.

٣. الصفات أعني بها اللون، كلون الحنطة، كالحمر، أو منطقة مميّزة، كحنطة الشمال.

٤. والخصوصية أعني بها الخواصّ المترتبة على استخدام الحنطة، كأن تكون مسنة بمقدار معين للحيوان، أو تطي مثلاً طمناً خاصاً؛ فإنّها آثار ترتّب على استخدام الذات ولا تصلح أن تسمّى صفات؛ لأنّ الصفة عبارة عن عرض قائم بالموصوف، وأمّا هذه، فأثار ومعلولات ترتّب على استخدام ذات الحنطة.

و إثبات الضمان بقاعدة اليد تكون العهدة مضمونة بالنسبة إلى سائر جهاته الموجودة و تحتفظ كذلك في الذمة، فلا بدّ من دفع المثل؛ لأنّه انجماع لكافة خصوصيات المضمون به ما عدا الشخصية.

فمقتضى الأصل في الضمان هو التعهّد لجميع الجهات قبل تلف العين، أمّا بعده، فالتعهّد محفوظ لما سوى العين؛ لعدم معقولية ذلك مع افتراض التلف^١.

و يلاحظ أنّ ما جاء في هذا البيان وإن كان قوياً إلاّ أنّه يفرض اشتغال ذمة الضامن بالمثل من حين تلف العين المضمونة، والأولى أن يقال: إنّ العين دخلت في ذمة الضامن بذاتها و صفاتها و خصوصياتها المؤثرة في المالية، و التي تبذل في مقابلتها المال، و يجب إرجاعها إلى المالك ضمن شخص العين ما أمكن، و مع التلف أو ما بحكمه امتنع إرجاعها في شخص العين، فوجب إرجاعها ضمن المثل، لكن دفع المثل ليس دفعاً للمضمون، بل هو دفع للمثل؛ لتفريغ الذمة المشتغلة بالذات و الصفة و الخصوصية في العين المضمونة التالفة، فيتعيّن دفع المثل ما أمكن، و عدم اللجوء إلى القيمة عند تعذّر المثل.

قال صاحب العناوين :

و مع الشك في كونه من هذا أو من ذلك، أي الشك في كون المال مثلياً أو قيميّاً، فلا ريب أنّ دفع مثله حينئذ أقرب من دفع قيمته، فليدفع ما هو مثله بحيث لا يكون تفاوت بينهما في المالية^٢.

المبحث الثاني: القول بدفع القيمة

تردّد العين التالفة المضمونة بين أنّها مال مثلي أو مال قيمي هو من موارد دوران الأمرين الأقلّ و الأكثر و للضامن الاكتفاء بالأقلّ، و يدفع احتمال وجوب أداء الأكثر

١. المعقد المنير، ج ٣، ص ٢٦٧.

٢. العناوين، ص ٣٤٥.

بأصل البراءة، فيحكم بدفع القيمة^١.

و بيان ذلك أنَّ الصفات الشخصية للعين لا تأثر لها في المالية، فلا تكون مورداً للضمان، إنما الثابت في الذمة هو ضمان المالية المشتركة بين جميع الأموال، سواء كانت تلك الأموال مثالية أم قيميّة؛ لأنَّ الصفات الخارجة عنها ليست قابلة لتعلّق الضمان بها، كما في الخاتم التذكاري، ضرورة أنَّ عنوان التذكارية لاصلة لها في ضمان الخاتم، فنفس طبيعة المالية محققة للضمان دون الحيثية الصنفيّة و النوعية؛ إذ لا رابط بينهما، فالمقام من قبيل دوران الأمرين الأقلّ و الأكثر؛ لأنَّ اشتغال الذمة بالجهة المشتركة معلوم (أي المالية) و اشتغالها بغير ذلك من الخصوصيات و الصفات مشكوك فيه، و المرجع في أمثال هذا هو البراءة، فلا يجب على الضامن إلّا أداء القيمة إلّا إذا رضي بأداء المثل، فيكون الضامن مخيراً بين أداء القيمة و أداء المثل^٢.

و يعترض عليه بمايلي

أولاً: إنّما جاء في الدليل على إلغاء الجانب الصنفي للعين التالفة، أي الصفات المؤثرة في رغبة العقلاء في اقتنائها، كإلغاء الخصوصية الشخصية للعين، و هذا هدم لقاعدة دفع المثل للمثلي؛ إذ قد تقدّم ابتناؤها على لزوم الاحتفاظ بالجانب المالي، و الصفات المؤثرة في المالية للعين، و عدم تضيّعها على المالك بالعدول عن المثل إلى القيمة و إن كانت القيمة عوضاً عن المالية و الصفات للعين التالفة، فالدليل لا يتلاءم مع محلّ البحث و هو تردّد المال بين المثليّة و القيميّة؛ لا ابتناء هذا البحث على دفع المثل في المثلي و القيمة في القيمي المبني على لزوم الاحتفاظ بالجانب انساني و جانب الصفات المؤثرة في رغبة العقلاء، و طرح الجانب الشخصي للعين غير المؤثرة في

١. أصل البراءة يثبت به التكليف في مورد الشك فيه شكّاً غير مسبوق بالملم بالحكم الواقعي. مصادر الحكم الشرعي، ج ١، ص ١٣٨.

٢. دليل الفقه، ج ٢، ص ١٤٦؛ المتمدن، ج ٣، ص ٢٦٨.

المالية فقط. فمقتضى لزوم دفع المثل في المثلي الاحتفاظ بهذه الجوانب التي يمكن أن نعتبر عنها بالجوانب المؤثّرة في المالية زائداً على نفس المالية.

فلو دار الأمر بين أن العين التالفة المضمونة مثلية، فالواجب الاحتفاظ على المالية و الجوانب المؤثّرة فيها، أو قيمة فلا يجب الاحتفاظ إلا على المالية وحدها، فيكون ذلك من دوران الأمر بنى المتباينين، والمتّجه في مثله الاحتياط.

ثانياً: لو تنزّلت بأنّ المقام من دوران الأمر بين الأقلّ والأكثر، فيمكن أن ندعي أنّه ليس من الأقلّ والأكثر الاستقلاليّين حيث يكون للأقلّ وجود مستقلّ بحدّة ضمن الأكثر. كالدينار ضمن الدينارين الذي هو مورد البراءة، بل هو من الأقلّ والأكثر الارتباطيّين حيث ليس للأقلّ وجود مستقلّ بحدّة ضمن الأكثر، كركعتين ضمن أربع ركعات، فالركعتان المنفصلتان تمايزان عن الركعتين ضمن الأربعة، و ما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ المثل يحتوي على مالية التالف ضمن الاحتفاظ بالانصافات و الخصوصيات المؤثّرة في المالية، و معلوم أنّ المالية المحاطة بتلك الجوانب تباين المالية غير المقيّدة بتلك الجوانب.

فالمالية ليست من الأقلّ الذي له وجود بحدّة مستقلّاً عن الزائد، فإنّ الزائد (الصفات المؤثّرة في المالية) لا يمكن ضمانها وحدها.

فعليه إن كان لابدّ من جعل المقام من الأقلّ والأكثر فهو من قسم الارتباطيّين و ليس من قسم الاستقلاليّين. و الرجوع فيه إلى البراءة عن الزائد غير مسلم.

المبحث الثالث: القول بتخيير الضامن أو المالك

و الكلام يقتضي البحث في مطلبين:

المطلب الأول: القول بتخيير الضامن

استدلّ القائلون بتخيير الضامن بجملة أدلّة منها:

١. أصالة براءة ذمة الضامن عمّا زاد على ما يختاره من المتل أو القيمة؛ وذلك لأنّ الضامن يعلم بشغل ذمته للمالّية السارية في كلّ عين، لكنّه يشكّ في خصوصيّة المتل و القيمة زائداً على المالّية، أي قيمة العين المضمونة من الدنانير أو الدراهم أو العملات الرائجة، فيجري البراءة عن كليهما.

و بما أنّ عدم إمكان أداء المالّية بما هي هي و الموافقة القطعيّة^١ لا تحصل إلّا بدفع كلا الأمرين من المتل أو القيمة، كما أنّ الضرورة قائمة على عدم إلزام الضامن إلّا بأحدهما، فيتخير الضامن قهراً بين تعيينها في ضمن المتل أو القيمة.

اعتراض: إنّ المراد من القيمة ليس هو المالّية السارية في كلّ مال بالحمل الشائع حتى يقال: إنّ وجوب أداء المالّية متيقّن، و الشكّ في وجوب الرعاية أمر زائد و هي الخصوصية الطّبيعة للمماثلة للعين التالفة من المتل أو القيمة، فيجري عنها البراءة، بل المراد منها هي المالّية المحضة التي لا مطابق لها إلّا المالّية القائمة بالدينار، و الدرهم و العملات الورقيّة في أسواق العالم و أشباهها ممّا يتمحّض في المالّية، ولاشأن لها إلّا حيثيّة المالّية من دون خصوصيّة أخرى تنفاوت بها الرغبات.

ولو كان المراد بالقيمة هو المالّية السارية لكان الضامن أن يؤدّي بدل المال القيمي التالف شيئاً آخر.

فتمعين النقود في الأموال القيميّة شاهد على أنّ القيمة هي المالّية المحضة لاالمالّية السارية، فالمتل و القيمة متباينان و الأصل فهما الاحتياط دون التخخير^٢.

٢. أنّ المال القيمي و المال المتلي من المتباينين، فالأصل هو تخيير الضامن؛ لأنّه يعلم إجمالاً باستفحال ذمته بواحد من المتل و القيمة و قد قام الإجماع على عدم وجوب الموافقة القطعيّة في الماليات، فانتهى الأمر إلى الموافقة الاحتماليّة و هي

١ الموافقة القطعية هي الإتيان بجميع الاحتمالات بأن يأتي المكلف بجميع أطراف العلم الإجمالي في النسيئة الوجوبية و يترك جميعها في التحريميّة. مصادر الحكم الشرعي. ج ١، ص ١٩١.

٢. دليل الفقّه، ج ٢، ص ١٤٧.

تحصل بأداء كل ما أراده. و اشتغال ذمته بإحدى الخصوصيتين التي اختارها المالك غير المعلوم فالأصل بالبراءة.

قال المحقق النائيني:

المتعين هو الحكم بتخيير الضامن و إسقاط بقية الاحتمالات، أما تخيير الضامن، فلرجوع الأمر من المتباينين مع عدم إمكان الاحتياط في الماليات، و لزوم الاكتفاء بالامتنال الاحتمالي بأداء كل واحد من المثل أو القيمة^١.

و يمكن تقريب الاستدلال بوجه آخر و هو أن تخيير الضامن متوقّف على دعوى الإجماع على عدم وجوب دفعهما معاً و عدم وجوب رفع المالك يده عنهما، فيكون دليلاً على عدم وجوب تحصيل البراءة اليقينية التي لا تحصل إلا بدفعهما معاً، و هو غير واجب أو يدفع يد المالك عنهما و هو أيضاً غير واجب؛ فإذا لم يجب تحصيل البراءة اليقينية فلا محالة يتخير الضامن بين دفع المثل أو القيمة، فإذا شك في تعيين أحدهما بالخصوص بعد اختياره للآخر اختص بالبراءة؛ لأن المورد مورد شك.

و بعبارة أخرى: أن تعارض احتياط الضامن مع احتياط المالك يوجب عدم تمكّن المالك من أخذ ما يدفعه الضامن؛ لأن المالك مردّد بين استحقاقه للمثل أو القيمة، فحكمه حكم الضامن في الاحتياط، فيقع التعارض، فلا يتمكّن من أخذ أحد المعينين ولا كليهما ولا أحدهما لابعينه، بديهية أن غير المعين أمر لا نبوت له في الخارج، فلا يقبل الأخذ مثل ما كان في المعين الخارجي، فيتخير الضامن^٢.

الاعتراض الأول: إن الإجماع على عدم وجوب دفعهما معاً (القيمة والمثل) مسلّم فيه؛ إذ لا يجب للمعين التالفة إلا بدل واحد إجماعاً إلا أنه إجماع على الواقعات، و أنه لا يجب على الضامن إلا دفع أحدهما إما المثل أو القيمة و هو غير مجد في المقام.

١. المكاسب و البيع، ج ١، ص ٣٤٤.

٢. المصدر، ص ٣٤٠.

والذي ينفع هو الإجماع على عدم وجوب الاحتياط؛ ليكون كاشفاً عن عدم لزوم
تحصيل البراءة اليقينية، ولا إجماع على عدمه في الماليات، كما يشهد به سائر الموارد،
كما إذا علم باشتغال ذمته لأحد الشخصين، أو علم بأنه استقرض شيئاً ولم يعلم أنه
حنطة أو شعير، أو شك في أن الثمن في المعاملة كان درهماً أو ديناراً أو غير ذلك،
فمقتضى القاعدة وجوب الاحتياط إذا لم يرض الطرف الآخر بأحدهما.

الاعتراض الثاني: ما جاء في الدليل إنما يتم لو قلت بأن الضامن ليس ملزماً
بمقتضى أدلة الضمان على الاحتفاظ بالذات والصفات والخصوصيات المؤثرة في
المالئة على نحو ما تقدم، وقد أوضحنا أن تضعيف الصفات المؤثرة في المالئة ظلم و
عدوان لا يصار إليه إلا إذا اضطرَّ وهو في القيميات والمثليات مع تعذر المثل، فتخير
الضامن إنما يكون في تردد المال بين المثلية أو القيمية، وهذا لا تصل النوبة إليه مع
فرض اشتغال ذمة الضامن بالعين نفسها إلى حين التفريغ، أو إلى حين التلف - على
اختلاف الرأيين اللذين تقدم البحث عنهما - ولزوم تدارك الصفات المؤثرة في المالئة
زائداً على المالئة؛ إذ الواجب حينئذ إلزام الضامن بالمثل ما أمكن، فالمثل متعين حيث
يمكن، فلا تصل النوبة إلى التغيير.

المطلب الثاني: القول بتخيير المالك

والأدلة على تخيير المالك بين المطالبة بالمثل أو القيمة

١. أصالة عدم براءة ذمة الضامن إلا بما يختاره المالك بتوضيح أن ذمة الضامن مشغولة إما بالمثل أو بالقيمة، لا بما يختاره المالك؛ ليكون هو المتيقن وغيره مشكوك فيه إلا أن ما يختاره المالك إما هو البديل الواقعي، فيكون مبرئاً قهراً لذمة الضامن، أو هو بديل البديل لرضا المالك بغير الجنس في مقام النفاء، فيكون مبرئاً أيضاً.
- فما يختاره المالك متى يقطع بكونه مبرئاً للذمة دون غيره؛ لأنه مشكوك فيه، فالقول هو تخيير المالك، وعدم براءة ذمة الضامن إلا بما يختاره المالك.

و رجّح السيّد الميلاني هذا القول بقوله :

إنّه مهما دار الأمر بين كون التالف مثلياً أو قيميّاً و جهل في أداء أيّ منهما، فالدوران هنا بين المتباين، و مقتضى أصالة الاشتغال إحراز البراءة، و لا يتحقّق إلّا بإحضار الأمرين بين يدي المالك و تخليته، و به يتحقّق القبض و يقطع بالبراءة^١.

الاعتراض الأول: إنّ محلّ الكلام هو ما إذا اشتغلت به ذمّة الضامن من المثل بالخصوص أو القيمة بخصوصها، و لم يرض الضامن إلّا بدفع ما يجب عليه، و لم يرض المالك إلّا بأخذ ما هو حقّه.

و أمّا ما يرضى به المالك بدلاً عن البدل، فهو خارج عن محلّ الكلام؛ إذ قد تكون القيمة في المال المثلي مثلاً، و قد تكون شيئاً آخر غير المثل و القيمة ممّا لا ينضبط تحت ضابط. و الواضح أنّ دفعهما معاً مستلزم لأداء ما في الذمّة، سواء رضي المالك بأحدهما بالخصوص أم لا، فلا يتوقّف القطع بالبراءة بدفع ما يختاره المالك، و نسبة القول بالتخيير إلى كلّ من الضامن و المالك على حدّ سواء^٢.

الاعتراض الثاني: قد تقدّم أنّ مقتضى أدلة الضمان اشتغال ذمّة الضامن بالجوانب المؤثّرة في المائيّة المفسّرة سابقاً، و انمثل يحفظ تلك الجوانب و يعيدها إلى المالك، و القيمة بدل عن تلك الجوانب. فأوّل ما تشتغل به الذمّة هو المثل بخصوصه، و مع تعدّد المثل لكون الشيء قيميّاً أو مثليّاً تشتغل الذمّة بالقيمة، فهي إمّا بدل عن تلك الجوانب، أو بدل عن بدلها، فإذا شكّ في كون العين التالفة المضمونة مثلية أو قيميّة، فحينئذ يتولّد علم إجمالي باشتغال ذمّة الضامن بأحدهما المعين واقعاً و المجهول ظاهراً، و من الواضح أنّ إجبار المالك بأخذ القيمة مع استحقاقه المثل إجحاف بحقّه، و كذلك على الضامن إن أجبر على ذلك.

١. دليل الفقه، ج ٢، ص ١٥٤.

٢. تعليقه على المكاسب ج ١، ص ٨٩.

كما أنَّ إلزام الضامن بتحصيل المثل حيث كانت العين قيمية ربّما يكون ظلماً عليه، وكذلك ظلماً على المالك، فصوره الجهل بالمثلثة و القيميّة للعين التالفة يقتضي العلم الإجمالي باشتغال ذمّة الضامن بأحدهما، ولا نعلم بماذا اشتغلت ذمّته؟ و رضا المالك لا يحدّد ما اشتغلت به ذمّة الضامن، فحديث إحراز رضا المالك أجنبي عن باب الضمان.

٢. لو فرض قيام الدليل على عدم جواز إجراء الضامن أصل البراءة عن خصوص ما لا يختاره المالك، لم يتعين الواجب عليه من المثل أو القيمة، كأن أختار القيمة مثلاً، فلا يجري أصل البراءة عمّا زاد عليها من خصوصيات المثل، فيكون ارتفاع الضمان بما لا يرضى به المالك مشكوكاً فيه، فيرجع إلى قاعدة الاشتغال؛ لأنّ المقام من دوران الأمر بين المثل والقيمة المتباينين، نظير ما لو علم في ذمّته ديناً و شكّ في كونه لأحمد أو حسين؛ فإنّ الواجب عليه أداء الدين لكلّ منهما؛ تحصيلاً للعلم بفراغ الذمّة. ومقتضى أصالة اشتغال ذمّة الضامن وتحصيل الموافقة القطعية على الضامن بدفع كلا الأمرين، و حديث نفي الضرر يعين ما يرضى به المالك، فيكون حاصله تخيير المالك^١.

اعتراض: إنّ جريان أصالة الاشتغال^٢، وأصالة عدم براءة ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك المقتضي لتخيره، موقوف على عدم جواز إجراء الأصل الحاكم عليهما و هو أصل البراءة عمّا لا يختاره الضامن.

أمّا جريان أصل البراءة لوجود المقتضي وعدم المانع، فيتعيّن وجوباً على الضامن، فيرتفع الاشتغال، ولا يبقى مجال لكون المالك مخيراً بين مطالبة المثل و مطالبة القيمة، فجريان أصل البراءة في المقام لوجود المقتضي و هو الشكّ واضح، و أنّ إجراء أصل

١. شرح المكاسب ص ٦٥.

٢. أصالة الاشتغال هي ما توجب اشتغال ذمّة المكلف بالشكّ في المكلف به مع العلم بأصل التكليف، و سواء كان ردّء المكلف به بين متباينين أو بين الأقلّ و الأكثر. مصادر الحكم الشرعي، ج ١، ص ١٥١.

البراءة على كلّ صورة هي وظيفة الضامن؛ لأنّه المكلف بتفريغ ذمّته عمّا اشتغلت به. و أمّا عدم المانع، فلأنّ ما يمكن أن يكون مانعاً هو عدم رضا المالك بما يدفع الضامن، ولكنه إمّا أن لا يكون معتبراً؛ إذ ليس له إلّا قبول ما يجب دفعه إليه شرعاً ولو بالأصل، أو يكون مشكوك الاعتبار، فيدفع بالأصل^١.

الاعتراض الثاني: ينبغي أن يعلم أنّ باب الضمانات من باب الحقوق حيث تتصادم الحقوق بعضها مع البعض، وفي مثله لا يوجد قدر متيقّن بأن تعلم أنّ المقدار الفلاني هو المتيقّن، وما زاد على ذلك هو المشكوك فيه.

و من هنا لا يمكن القول بأنّ الرأي الفلاني مطابق للاحتياط دون الآخر؛ لأنّ الأمر في الحقوق الماليّة المتصادمة يدور دائماً بين محذورين، كما في المقام حيث قد أشرت في المقام قريباً إلى أنّ المقام يقتضي العلم الإجمالي بأنّ حقّ المالك منحصر في المثل أو القيمة، وعلى الأوّل، فإنّ إلزام المالك بقبول القيمة أو إلزام الضامن بالقيمة، ظلم، كما أنّ إلزام الضامن بالمثل في الثاني يكون ظلماً عليه، كما يكون ذلك للمالك فليس القول باشتغال الذمّة في المثل أو القيمة مطابقة للاحتياط، ولا هو القدر المتيقّن لدوران الأمر بين المتباينين.

فحديث براءة ذمّة الضامن بدفع أحدهما المرضي للمالك غريب؛ لأنّه ليس المقصود فعلاً مجرد تفريغ ذمّة الضامن، بل المقصود إقامة العدل الإلهي بإلزام الضامن أداء حقّ المالك، ومنع المالك عن إجبار الضامن بدفع ما لا يستحقّه عليه.

المبحث الرابع: القول بحكم القوّة

إنّ دوران الأمرين المثل والقيمة والشكّ بينهما والمكلف به مشتبه هو من موارد

القرعة^١؛ لأنها مرجع في كل أمر مشكل، كما ورد هذا المضمون نفسه في نصوص كثيرة.

فالمضمون المشتبه في المقام بين المتل أو القيمة المتعين هو القرعة؛ وذلك لأنّ الضامن يتردد في أن فراغ ذمته يكون بأيّ منهما، و بديهي أيضاً عدم علم المالك بأحدهما كذلك، فلا يمكن من أخذ أحدهما المعين لوضوح أنّه مالك لأحدهما غير المعين، ولا وجود لغير المعين في الخارج؛ لعدم تشخصه لكي يؤخذ به، فيقرع لأجل أنّ هنا علماً إجمالياً بين ملكه و ملك الضامن، فهما مشتركان.

الاعتراضات: ١. أنّ مورد القرعة هو الشبهات الموضوعية المحضة لا الشبهات المفهومية، وكذلك الموضوعية التي منشأها الشبهة الحكمية^٢.

الجواب: أنّه ربّما يكون التردد بين المتل و القيمة السوقية من جهة عدم تعين العين التالفة، فيعلم الضمان مع الشكّ فيها، كالحنطة مثلاً أو الحيوان، و بديهي أنّه من الشبهات الموضوعية المحضة، فلا إجمال في المقام من ناحيتيهما لكي يقال بمفهومية الشبهة، و إنّما الإجمال هو عدم العلم بأنّ العرف ماذا يعني من الضمان، و أنّه يثبت في ضمن القيمة أم المتل، مع ما مرّ من استظهارهم تارة الضمان بالمتل، و أخرى بالقيمة، فالمقام ليس من قبيل ما إذا ورد لفظ شرعي و تردّد في مفهومه.

و فيه بأنّ الإجمال بما أفاد هذا الجواب يختصّ القرعة ببعض موارد الاشتباه في اشتغال الذمة بالقيمة أو المتل، فيكون الدليل أخصّ من المدعى.

١. و هي أجاله السهام أو غيرها بين أطراف مشبهة؛ لاستخراج الحقّ من بينها. فقد روي عن محمد بن الحسن، عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام، عن آبائه عليهم السلام قولهم: «كلّ مجهول ففيه القرعة». فقلت: إنّ القرعة تسقط وتصيب. فقال: «كلّما حكم الله به فليس بمطخى».

ومسائل الشيعة ج ١٨، ص ١٨٨ نقلاً عن من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٥٢؛ و الأصول العامة للفقه المقارن، ص

٢. و هن أخبار القرعة بكثرة التخصيص، فنسقط عن الكاشفة و الطريقة بالنسبة إلى المراد، و عليه، فلا يعتمد عليها في المقام.

٣. أن القرعة موردها ما لاتتمكّن من إعمال حيلة لحلّ المشكل، و الأخبار بكافتها ناطقة به، و هذا هو معنى قول الفقهاء: إنّها لكلّ أمر مجهول أو مشتبه أو مشكل. و أمّا في المقام، فالحيلة متعيّنة بتمكّن الضامن من تخيير المالك بعد إحضار المثل و القيمة عنده.

و فيه ان كان المقصود من الحيلة المتوقّرة في المقام هو أيّ طريق يؤدّي إلى رضا المالك أو إلى اليقين ببراءة ذمّة الضامن، فما أكثر الطرق التي تحقّق أمانني و مطالب المالك مهما كثرت و طالّت.

و معلوم أنّ مثل هذه الحيلة لا يمتنى بها؛ لمنع اللجوء إلى القرعة، و إلّا لما بقي مورد للقرعة، فما من مورد من موارد القرعة إلّا و فيه حلّ للمشكلة، ولو بالإجحاف على أحد الأطراف.

و إن كان المقصود بالحيلة هو الطريق الذي يحفظ حقوق الأطراف كافة، فليس في المقام مثل تلك الحيلة حسب الفرض حيث إنّ المفروض تردد حقّ المالك بين المثل أو القيمة.

٤. أنّ القرعة تكون في المشتبهات غير المعلومة عناوينها بوجه، كما في قطع الغنم و تعيين النوطوء فيها، و أمّا تعيين المضمون به لأجل فراغ ذمّة الضامن، فلا صلة له بذلك؛ إذ ليس العنوان فيه مجهولاً في التمام.

و فيه أنّه مبني على أنّ القرعة في المجهول أو المشتبه و هو غير سليم، فإنّ موردها كما يستفاد من النصوص و موارد استخدامها هو المشتبه، و ليس المجهول بالمعنى اللغوي و إن كان لابدّ من التعبير بالمجهول، فالمراد به جهالة العنوان الواقعي، كالمثل أو القيمة، فلا شكّ في أنّنا نجعل ما يستحقّه المالك على الضامن بالتعيين و التفصيل، و هذا الجهل موجود في جميع موارد القرعة.

و التحقيق عدم إمكان اللجوء إلى القرعة؛ إذ قد أشرت و سوف نبين في الرأي
الراجع أن ما يجب على الضامن هو خصوص المثل، و مع فقد المثل يدفع القيمة،
فلا تصل النوبة إلى القرعة.

المبحث الخامس: القول بالصلح القهري

إن تخاصم المالك و الضامن عند الشك بين كون المال مثلياً أو قيمياً و منع كل
منهما صاحبه عن التصرف في ماله مع العلم بأن كلا الأمرين لهما لاعلى التعيين،
فالمرجح لامحالة للحاكم لرفع الخصومة و حسم النزاع، فيلزمهما الحاكم بالصلح^١.
اعتراض: من المعاملات الاختيارية و العقود القصدية، سواء كان استقلاله عن سائر
المعاملات، أو بالتحاqqه بالمعاملات التي تعطي فائدتها ولا يمكن الإلزام عليه إلا حيث
تستنفذ الطرق الكاشفة عن الواقع و المعتمدة في باب القضاء. و حيث عرف إمكان
الوصول إلى الواقع و إلزام الخصوم به، فلا تصل النوبة إلى الصلح القهري مضافاً إلى أننا
لا نعرف معنى معقولاً للصلح الإلزامي؛ فإنه من المعاملات التي تتبع المقصود، و مع
الإكراه و الإلزام من الحاكم و فقدان القصد - الركنين - للمعاملة كيف يتحقق
الصلح؟ و ما لم يتحقق لا يشمل عموم إمضاء المعاملات؛ إذ مع فقدان القصد لامعاملة
أصلاً.

و محاولة إصلاحه (اعتراض) بإرجاع الصلح إلى الحاكم يتوَلَّى انتزاع الحق من
الضامن و دفعه إلى المالك فاشلة، فإنه يعني إنَّ الحاكم يعلم بما هو حق للمالك، و هو
خلف الغرض.

فليس للصلح القهري معنى متعقّل، كما أن إرجاع الصلح إلى الحكومة بأن يكون
الحاكم هو المرجع ليس ممّا ينبغي؛ فإن رأي الحاكم يتبع في موارد محدّدة مثل

الجنايات ونحوها، أمّا في الحقوق المالية، فلم يثبت ذلك.

المبحث السادس: القول بالتصنيف

إنّ المقام بما فيه تردد بين المثل والقيمة، فيحكم بالتصنيف كما في مسألة الودعي إذا أودع عنده شخصان مثلاً أحدهما دينارين والآخر ديناراً و تلف ديناراً مثلاً عنده، ولم يعلم أنّه من مال أيّ منهما، مع أنّ كلّاً منهما يدّعي كونه مال الآخر، فينصف الودعي بينهما والأمر بيده، والمقام من هذا القبيل^١.

اعتراض: إنّ سبب التصنيف في مسألة الودعي تفرق عن المقام بداهة أنّ الموجب فيها إمّا الامتزاج ولأجله صار مشاعاً بينهما، فقاعدة الامتزاج تقتضي التصنيف ولا بأس به، وإمّا إذا أسند السبب بأن مقتضى العدالة في الحكم لكي لا يحرم الآخر من حقه ولا يستقيم ذلك؛ إذ من المحتمل حرمان المالك الواقعي عن حقه وقنّذ. وما نحن فيه لا موجب له؛ للحرمان الواقعي الناشئ عن مقتضى العدالة فلا معنى للحكم في أمثال المورد بالتصنيف؛ إذ لا امتزاج كما في السبب الأوّل، ولا حرمان كافي السبب الثاني الداعي للتصنيف.

الرأي الرابع: أنّ مقتضى القاعدة اشتغال الذمة بالعين نفسها من حين الضمان إلى حين تفرغ الذمة عنها، وأن التلف لا يمنع ثبوت العين في الذمة؛ إذ الوجود الذمي ليس مرتبطاً بالوجود الخارجي وإلا لامتنع اشتغال الذمة بالمثل حيث لا مثل في يد الضامن، وكذلك امتنع اشتغال الذمة بالقيمة حيث لم يكن مالكا لها.

وقد أوضحت أنّ مقتضى ثبوت العين نفسها في الذمة لزوم إرجاعها بمالها من الصفات والخصوصيات الدخيلة في المالية، وفي خلق الرغبة العقلانية في اقتنائها ولا يكون ذلك إلا بدفع المثل.

و قد أوضحت أنّ القيمة لا تمثل العين و الصفات و الخصوصيات، و إنّما هي بدل منها، و لا يصار إلى البديل مع إمكان المبدل منه.

فالقاعدة إرجاع العين ما أمكن، و مع التعذّر دفع مثلها، و مع تعذّر المثل تدفع القيمة.

الباب الثاني

أحكام المال المثلي والقيمي

الفصل الأول:

حكم تعذر المثل

كان الكلام في الباب الأول فيما إذا كان للمثل وجود خارجي يتمكن الضامن من تحصيله. أمّا في هذا الفصل، فيقع الكلام فيما لو تعذر المثل، فماذا يجب على الضامن؟

المبحث الأول: المراد بالتعذر و الفقدان

إنّ تعذر الشيء يكون تارة ابتداءً ولا يرجي حصوله أصلاً، فينقلب قيمياً حكماً و تجب فيه القيمة و هي قيمة المال المثلي، و أخرى يكون التعذر طارئاً و هو إما قبل التلف و إما بعد التلف، و ينقسم بحسب الزمان و المكان.

المطلب الأول: التعذر الطارئ حسب الأمكنة

وهو ما يتعذر وجود الشيء في مكان مع وجوده في مكان آخر، فوقع الاختلاف بين الفقهاء في تحديد المراد من منطقة التعذر و الفقدان؛ و ذلك لعدم وجود دليل شرعي خاصّ يحدّد المعنى و هي:

أولاً: تحديد منطقة الفقدان و التعذر بالسوق

ورد عن أكثر فقهاء الحنفية في تحديد معنى الفقدان و التعذر بتحديد منطقة الفقدان

والتعذر بالسوق.

ذكر أبو بكر النجفي و الكرمانى أنّ حدّ الانقطاع: هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت.
و أوضح قاضي زاده أنّ سبب جعل السوق منطقة تحديد وجود المثل وفقدانه: لأنّ معيار تقويم المقومين هو السوق التي تباع فيه الأشياء، و في غير ذلك لا يتيسّر التقويم العادل^١.

و يرد على ما أوضح قاضي زاده أنّ التقويم ليس منحصرأ في السوق، إنّما السوق مكان معرفة القيمة و تواجد المقومين غالبأ، فربط الانتقال من المثل إلى القيمة بفقدان المثل في السوق لا مسوّغ له.

وقد أخذ فقهاء القانون المدني العراقي بهذا الرأي في تحديد منطقة انقطاع المثل بسوق البلد فقط وإن كان موجودأ في البيوت.

فقد جاء في كتاب الحقوق العينية الأصلية عند الكلام على ضمان المال المثلي المتعذر بقيمته بأنّه عند انقطاع المثل في أسواق التجارة و إن كان موجودأ في البيوت، فإنّه يضمن بقيمته^٢.

و قد وسّع الطحاوي و القهستاني دائرة حدّ الانقطاع بأن لا يوجد المثل في السوق أو البيوت، أي لا يوجد أصلاً^٣.

ثانياً: تحديد منطقة التعذر و فقدان بالبلد

وسّع فقهاء الشافعية و الحنابلة و الإمامية منطقة فقدان المثل بأن لا يوجد في البلد و

١. شرح فتح القدير، ج ٨، ص ٢٤٦؛ الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١١٩؛ فتح المبین، ج ٣، ص ٣١٢.

٢. الحقوق العينية الأصلية، ج ١، ص ٢٧.

٣. حاشية الطحاوي على الدر المختار، ج ٤، ص ١٠١؛ درر الحكم، ج ٢، ص ٤٦٨.

ما حوالیه. و المراد بالبلد بلد القبض والضمان^١.

قال الرافعي من فقهاء الشافعية: إنَّ المراد من فقدان أن لا يوجد في البلد و ما حوالیه علی ما تبين في انقطاع المسلم فيه^٢.

و قسم الجبرمي الفقدان إلى حسي و شرعي، و أوضح أنَّ المراد من فقدان الحسي هو أن لا يوجد في مكان الضمان أو العهدة و لحواليه.

و قد حدّد شوبري كلمة «حواليه» بمسافة القصر.

أما في شرح روضة الطالبين فدون مسافة القصر^٣. و المراد بالفقدان الشرعي وجوده بأكثر من ثمن مثله بكثير.

جاء في حواشي الشيرازي و ابن قاسم العبادي ما نصّه:

فإن تعذر المثل حراً، كأن لم يوجد بمحل النصب و لا بدون مسافة القصر منه، نظير ما مرّ في السلم أو شرعاً، كأن لم يوجد المثل فيما ذكر إلا بأكثر من ثمن المثل، فالقيمة هي الواجبة؛ لأنّه كما الآن لا مثل له^٤.

و ذكر العنقري من فقهاء الحنابلة أنَّ المراد من تعذر المثل و إغوازه هو أن لا يوجد في بلد أو حوله؛ لعدم أو بعد أو غلاء^٥.

أما فقهاء الإمامية، فقد جاء في كتاب تذكرة الفقهاء بأنَّ المراد بالفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوالیه^٦.

١. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧١؛ حاشية الجبرمي، ج ٣، ص ١١٨؛ حاشية الروض المربع، ج ٢، ص ٣٧٣؛ تذكرة

الفتقهاء، ج ٢، ص ٣٧٩ (الطبع الحجري)، ج ٢.

٢. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧١.

٣. حاشية الجبرمي، ج ٣، ص ١١٨؛ روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٠.

٤. حواشي الشيرازي، ج ٦، ص ٢٢.

٥. حاشية الروض المربع، ج ٢، ص ٣٧٣.

٦. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٩ (الطبع الحجري).

و زاد في تعريف الفقدان صاحب مسالك الأفهام بأن لا يوجد في ذلك البلد و ما حواليه مّا ينتقل منه إليه عادة، كما يبين في انقطاع المسلم فيه.
و استظهر المحقق الكركي في جامع المقاصد أنّ المرجع في تحديد ما حواليه إلى العرف^١.

و في مسالك الأفهام: هو ما ينتقل من حوالي البلد إلى البلد.
و أكد السيد السبزواري مفهوم التعذر بقوله:

يكفي في التعذر الذي يجب معه دفع القيمة فقده في البلد و ما حوله مّا ينتقل إليه عادة؛ لأنّ التعذر إمّا دقي عقلي، أو تعبدى شرعي، أو أمر عرفي، و الأول ليس مناط الأحكام، و الثاني لا وجود له في نظائر المقام، فالتمتين هو الأخير. نعم، العادة تختلف باختلاف الأزمنة و الأمكنة و الأشياء في كلّ زمان و مكان شيء له حكمه الخاص به بحسب المتعارف فيها^٢.

و أوضح الفقهاء الانقطاع في باب السلم، و قاسوا تعذر المثل بانقطاع المسلم فيه، و ذلك بأن لا يوجد المسلم فيه بالبلد بعد أن كان موجوداً، أو كان موجوداً في غير تلك البلدة و لم ينتقل إليها، أو وجد عند قوم امتنعوا عن بيعه.

أمّا إذا كانوا يبيعونه بضمن غال فليس انقطاعاً ووجب تحصيله ما لم يتضرر المشتري به كثيراً، و كذلك إذا أمكن نقل المسلم فيه من غير تلك البلدة إليها، و جب نقله مع عدم الضرر. أمّا النقل عن البلاد النائية التي لم يعهد نقل المسلم فيه منها، فلا ينفك في نفسه ضرر و مشقة^٣.

جاء في النجاة: أنّه لو انقطع في إقليم دون آخر لا يصحّ عقد السلم في الأقليم الذي لا يوجد فيه؛ لأنّه لا يمكن إحضاره إلّا بمشقة عظيمة حتى لو أسلم في الرطب ببخارى

١. جامع المقاصد ج ٢، ص ٧٩ (الطبع العجري).

٢. مهذب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٧١.

٣. فتح المعين، ج ٢، ص ٦١٨.

لا يجوز، وإن كان يوجد بسجستان^١.

إلا أن هذا الرأي يرد عليه ما يلي:

الاعتراض الأول: إن قياس تعذر المثل على تعذر المسلم فيه باطل، وذلك للفارق الموجود، فإن الضمان في السلم اختياري ثابت بالعقد، وإن كان لا يبعد انصراف عقد السلم إلى وجود المبيع المسلم فيه الثابت في الذمة في بلد المعاملة وما حوله؛ لجملة من الروايات: منها: ما روي عن سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله الصادق عليه السلام عن الرجل يسلم في الزرع، فيأخذ بعض طعامه ويبقى بعض لا يجد ويبقى بعض لا يجد وفاء، فيعرض عليه رأس ماله. قال: «يأخذه، فانه حلال»^٢.

وما روي عن الإمام أبي عبد الله الصادق عليه السلام في رجل يسلم دراهم في الطعام إلى أجل فيحل الطعام، فيقول: ليس عندي طعام ولكن انظر ما قيمته، فخذ مني ثمنه، قال: «لابأس بذلك»^٣.

إن ما أخذ في الروايتين عنوانا «لا يجد وفاء أو ليس عندي» عند البائع ليس المقصود من فقدان، وعدم وجدانه في جميع الأمكنة، بل صدق هذين العنوانين عرفاً، ومن الواضح عدم الوجدان بفقدان البضاعة - (المسلم فيه) في البلدة وما حولها من المناطق التي تعارف نقل البضائع منها إليها؛ لأن العبرة في عقد السلم بوجود المبيع في بلد المعاملة وما حوله.

بينما يمكن أن يكون تعريف انقطاع أو تعذر المثل ناظراً إلى محط نظر العرف والعقلاء في باب الغرامة وهو وجوب تحصيل المثل وجلبه حتى من البلاد النائية؛ إذ ليس مقام الغرامة من المعاملات التي يقتضي الحال والتباني انصرافها إلى اعتبار المحل.

١. البناية ح ٨، ص ٣٤٢.

٢. وسائل النعمة ح ١٣، ص ٦٩.

٣. المصدر.

فلو اتفق نقل المثل من البلاد النائية لشدة الحاجة النوعية و الصنفية إلى المثل، و دخل في زيادة سعر المثل الكلي وجب دفعه و لم يكن ذلك من الإيعاز فلا يمكن قياس تعذر المثل و انقطاعه بتعذر المسلم فيه في عقد السلم.

الاعتراض الثاني: ليس في الأدلة ما يدل على تعذر المثل و انقطاعه يحدّد بالبلد و ما حوله حتى يرجع إليها، بل مقتضى تكليف الضامن وجوب تسليم المال المضمون و إن استلزم رده حصول ضرر كبير، و إحتاج إلى مؤونه بالغّة كثيرة حتى لو كان أكثر من قيمة المال المضمون أضعافاً مضاعفة؛ و ذلك أدلّة:

منها: ما روي عن النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^١.

و [منها:] ما روي عن الإمام جعفر الصادق عليه السلام: «أنّه ليس لعرق ظالم حق»^٢. و في خصوص الغصب ما روي عن الإمام موسى الكاظم عليه السلام: «إنّ الغصب كلّه مردود»^٣. و أنّ قاعدة «لا ضرر و لا ضرار» و إن كانت جارية في حقّ الضامن غير الغاصب بالنسبة إلى المؤون في المال المضمون إلّا أنّها غير جارية في حقّ الغاصب؛ لورودها مورد الامتنان الذي لا يستحقّه الغاصب؛ لتمرّده على الشريعة^٤. فليس للغاصب دفع ضرر المؤون عن نفسه بإدخال الضرر على المالك بحبس ماله و حقّه؛ لتنافي قول النبي ﷺ: «إنّ الناس مسلّطون على أموالهم»^٥.

و ربّما يؤيّد ذلك ما ذكر في تحريرو الأحكام: «ولو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل، فالوجه وجوب الشراء»^٦.

١. سنن الدارمي ج ٢، ص ٢٦١؛ سبل السلام، ج ٢، ص ٨٩٨؛ مستدرک الوسائل، ج ٣، ص ١٤٥.

٢. أنّه كفاية عن الثب الملامز لظهور العرق، و معلوم أنّه تعارف بين الفقهاء قراءة «لعرق» بكسر التسين، ولكن لا دليل في نفس النصّ عن هذه القراءة. وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣١١؛ نيل الأوطار، ج ٥، ص ٣٣٥.

٣. وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٠٨.

٤. مصادر الحكم الشرعي، ج ٢، ص ٢٥١.

٥. بحوال الأتوار، ج ٢، ص ٢٧٢.

٦. تحريرو الأحكام، ص ١٣٥ (الطبع الحجري).

و معلوم أنَّ هذه الأدلة لا تختص بالفاصل مع بقاء العين، بل تعم الفاصل و غيره في بقاء العين و تلفها؛ لأنَّ جلَّها أو كلَّها جارية في صورة تلف المال المضمون و البديل، و أنَّ حال البديل كحال المبدل منه، فلازم هذه الأدلة وجوب تحصيل المثل و إيصاله إلى المالك حتى لو كان في البلاد النائية، و كانت المؤونة كثيرة؛ لقاعدة البدلية.

الجواب: الأدلة على عدم وجوب تحصيل المثل من البلاد النائية أو تحصيله بالمشقة و الضرر هي:

١. قوله تعالى: ﴿قَمَنَ أَعْتَدِي عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلٍ مَا أَعْتَدِي عَلَيْكُمْ﴾^١.
- ظاهر الآية الكريمة المنع من الزيادة في الاعتداء و على الترخيص في المقدار المساوي. فلو ألزم المالك الضامن بتحصيل المثل من أي مكان كان - ولو كان بعيداً غاية البعد - لكان متعدياً عليه أزيد من اعتدائه عليه.
٢. ما روي عن النبي ﷺ «لا ضرر و لا ضرار»^٢.
- و تقريبه أنَّ إلزام الضامن بتحصيل المثل من الأمكنة البعيدة ضرر و هو منفي بـ «لا ضرر و لا ضرار»، و لا ينتقض الحديث بما إذا كان المال المضمون موجوداً حيث حكم الفقهاء بوجوب ردِّه و إن كان يستلزم الضرر الكبير.
٣. أنَّ قاعدة العسر و الحرج الثابتة بالآيات الكريمة و الروايات الكثيرة، مانعة من إلزام الضامن على نقل المثل من البلدان البعيدة و تحتل المشقة، و أنَّ العسر و الحرج الغالب يوجب رفع التكليف بالمرَّة^٣.

٤. أنَّ المال المضمون بعدما أُتلف اشتغلت ذمَّة الضامن ببذله و هو المثل على القول بثبوتها في الذمَّة و حال هذا المال المستقر في الحال بدلاً عن المال المضمون كحال سائر الديون، بل هو منها، ولا خصوصية للمثل تخرجه عن الديون و الاستفادة من الأدلة

١. انفرة: ١٩٤.

٢. وسائل الشيعة ج ١٧، ص ٣٤١.

٣. دفع الحرج، ص ٦٣.

وكلمات الفقهاء عدم التضيق على المدين وعدم الإضرار به.
وربما يؤيد على أصل التأدية على نحو المتعارف من التأدية بملاحظة حال المدين
و زمانه من غير فرق بين كون دينه حاصلاً عن سبب محلل أو محرم^١.

و يدل على ذلك بعض الروايات

منها: ما ورد في مستثنيات الدين فيما رواه الحلبي عن الإمام أبي عبد الله
الصادق عليه السلام: «لا تباع الدار ولا الجارية في الدين، وذلك أنه لا بد للرجل من ظل
يسكنه، و خادم يخدمه»^٢.

و [منها:] ما رواه عثمان عن ابن زياد، قال: قلت لأبي عبد الله الصادق عليه السلام: إن لي
على رجل ديناراً و قد أراد أن يبيع داره فيقضي، فقال أبو عبد الله الصادق عليه السلام: «أعيزك
بأنه أن تخرجه من ظل رأسه»^٣.

و فحوى هاتين الروايتين أن الشارع لا يرضى بالتضييق على المدين، و هاتان
الروايتان على إطلاقهما من دون تفصيل بين من كان دينه مسبباً عن سبب محلل أو
محرم، فالدين المسبب من الإتلاف و الفصب و غيرهما من الأسباب المحرمة حكمه
من حيث الضيق و التوسعة، حكم ما حصل بسبب الإرث و القرض و البيع و نحوهما
من الأمور الجائزة، فلا موجب لتحصيل المثل من البلاد البعيدة و بالمؤونة الكبيرة.

٥. أن قاعدة البدلية تثبت الأحكام الثابتة للمبدل إلى البدل فيما إذا سرت إلى البدل
من جهة البدل. أمّا ما ثبت له من جهة ليس البدل بدلاً منه من تلك الجهة لا تسري إلى
البدل، ضرورة وضوح قصور ما دل على تلك القاعدة من النقل و العقل على الاشتراك
إلا في الجهات التي صار البدل بدلاً منها في تلك الجهات، فوجوب رد المال المضمون

١. تذكرة الفقهاء، ج ٧، ص ٣٤٨.

٢. وسائل الشريعة، ج ١٣، ص ٩٤ نقلاً عن الكافي، ج ١، ص ٣٥٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ٥٩.

٣. وسائل الشريعة، ج ١٣، ص ٩٥، نقلاً عن الكافي، ج ١، ص ٣٥٥ و الاستبصار، ج ٣، ص ٦.

على أيّ حال حكم ثبت له باعتبار كونه عين مال الغير.

و المثل إنّما يحكم ببديليته من حيث المالية لامن حيثيات أخرى، فجميع الأحكام الثابتة للمضمون من حيث كونه مالاً تسري إلى المثل؛ للقاعدة المزبورة دون الأحكام الثابتة الأخرى للعين المضمونة من حيث الخصوصية العينية، فليس قاعدة البديلية شاملة للحيثيات الأخرى الزائدة على العين، و هي كونها عين ماله الموجود بالفعل على نحو البديلية، فوجوب ردّ العين المضمونة حتى ولو كان بأشقي الأحوال للخصوصية العينية. و لا توجد هذه الحيثية في المثل، فلا تسري قاعدة البديلية من هذا الجهة.

ثم إنّ حبس الدين ليس إنشاء ضرر على صاحبه كحبس العين؛ لأنّه تصرف جديد في كلّ آن في مال الغير، فيكون كابتداء الغصب في كونه إنشاء للضرر على المالك، بخلاف حبس الدين؛ فإنّه ليس تصرفاً في مال الغير، وإنّما هو امتناع عن رفع ضرر الغير، فالضرر الذي علاجه حبس العين ضرر متوجّه إلى الضامن ابتداء يريد رفعه بإنشاء ضرر على الغير و هو غير جائز، بخلاف الضرر الذي علاجه حبس الدين؛ فإنّه تضرّر برفع الضرر عن الغير، فيتعارض الضرران و يتساقطان.

و بعبارة أوضح أنّ الفرق بين ملكية العين و ملكية الدين و هو المثل و إن اشتركا في الآثار الشرعية و العرفية، إلّا أنّ ملكية العين. زيادة على استتباعها لتلك الآثار اختصاصها الموجود بالفعل في الأعيان الخارجية، و من خاصيتها صدق إنشاء الضرر على رفع ذلك الاختصاص الموجود ابتداء و استدامة، بخلاف ملكية الدين و هو المثل؛ فإنّه مع قطع النظر عن الآثار المترتبة عليه ليس له اختصاص و هو ثابت بالقوة، والدين أمر وهمي حقيقة و عدم دفع مثل هذا الأمر الوهمي لا يعدّ ضرراً عرفاً، بل يعدّ من الامتناع عن علاج ضرر الغير، و هذا يرجع إلى منع شمول قاعدة البديلية لمثل المقام^١.

٦. لادليل في قوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^١ على وجوب الخروج عن العهدة والضمان بأداء المثل بتحصيله من البلاد النائية ولو أدى ذلك إلى المشقة والضرر، وأن عمدة ما يدل عليه الحديث فهو الضمان والعهدة. أما دلالة الحديث على كيفية الخروج عن الضمان والعهدة، فساكتة عن كيفية ذلك، وإنما هو أمر موكول إلى أنظار العرف والعادة.

المطلب الثاني: التعذر حسب الزمان

ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى تحديد الانقطاع على أساس وجود الشيء في زمن وانقطاعه في زمن آخر، كبعض النصفيات التي يتعذر وجودها بالشتاء وبالعكس. فعند أبي سعود حدّ الانقطاع هو عبارة عن أن يكون الشيء موجوداً في موسم خاص، ويمرّ ذلك الموسم كموسم البلح^٢. وضرب مثلاً: لو غصب أحد من آخر عنباً أي عنباً زينبياً في الشهر الثامن، وخاصمه المغصوب منه في الشهر العاشر، فإذا لم يوجد عنب زينبي في ذلك الشهر في السوق عدّ منقطعاً. واعتبر الإبتقاني والأترازي القول الصحيح بأن يكون الشيء بحيث يوجد في زمان خاص فمضى زمانه كالرطب^٣.

والذي ينبغي أن يقال: إنه إذا تعذر المثل في زمان مثل الأجناس الفصلية، فحينئذ إن صبر المالك إلى عود الفصل، فلا ريب في أن الضامن يلزم في الفصل القادم بإحضار المثل. وإن لم يصبر المالك وكان في إلزامه بالانتظار تفويت لمصلحته، فلا يجبر على الصبر، فيلزم الضامن بدفع القيمة، ومعلوم أن الانتقال إلى القيمة ليس تسهيل السبيل على الضامن إلى تفرغ ذمته فقط، بل يلاحظ في ذلك أنه لا يجبر المالك على التنازل

١. مستوفى المسائل، ج ٣، ص ١٤٥، سبل السلام، ص ٣، ج ٨٩٨، سنن الدارمي، ج ٢، ص ٢٦١.

٢. فتح الشمين، ج ٢، ص ٦١٨.

٣. حاشية ملا مسكين على الكنز، ج ٣، ص ٣١٢؛ درر الأحكام، ج ٢، ص ٤٦٨.

عن حقّه في المثل و الرضا بالقيمة. فلو فرض رضا المالك بالانتظار و لم يكن في ذلك ضرر زائد على الضامن، فلا وجه للانتقال إلى القيمة.

الرأي الرابع أن تحديد تعذر المثل بحدّ خاصّ لم يرد في دليل خاصّ لكي نجعله مرجعاً في ذلك، بل لابدّ من الرجوع في ذلك إلى الاعتبار العقلي، و من الواضح أنّ الاعتبار العقلي ميزانه في تعذر المثل، و إغوازه هو التعذر الشخصي، و عدم إمكان الوصول إليه بشخصه.

فإذا تمكّن الضامن من الوصول إلى المثل، ولو كان ذلك في البلاد الندائية لم يصدق عليه الإغواز، بل وجب عليه تحصيله، كما أنّه إذا لم يتمكّن الضامن من تحصيل المثل ولو كان موجوداً في البلد و أمكن تحصيله لغيره، وجب عليه دفع القيمة؛ لأنّ مقتضى أدلة الضمان إلزام الضامن بتحصيل المضمون، و مقتضى أدلة نفي العسر و الحرج و قاعدة العدل و الإنصاف و أنّه لا يدفع الظلم بالظلم بأن يفضل بإلزام الضامن بإحضار المثل ما لم يلزم عليه الضرر، سواء كان من البلد و ما حولها أم من أمكنة نائية، و عدم إلزامه به إذا لزم الضرر، فلا يقيّد بوجدانه بالبلدة و ما حولها.

المبحث الثاني: ما يثبت في الذمة بعد تعذر المثل
هنالك ثلاثة اتجاهات فيما يثبت في الذمة بعد تعذر المثل:

الاتجاه الأول: بقاء العين في الذمة

ذهب بعض الفقهاء منهم جدنا الشيخ هادي كاشف الغطاء و السيّد السبزواري إلى أنّ الذمة مشغولة بنفس العين إلى حين الأداء، فنفس العين باقية في الذمة، و يجب الخروج عن عهدها^١.

فمن أخذ مال الغير تشتغل ذمته بنفس العين باقية كانت أو تالفة و يجب تفريغ ذمته بدفع العين و ردّها إن كانت باقية، و بدفع معادلها أو بدلها إن كانت العين تالفة، و ذلك من باب الوفاء، كما إذا كانت عليه من من الحنطة مثلاً؛ فإنّه باق في ذمته إلى أن يؤدي بدله حنطة، فإذا تعذّر كان عليه دفع قيمة ما في ذمته حين الأداء، لقيمة المثل المتعذّر، فيكون وفاءً أو أداءً من غير جنس، ولا ينتقل إلى البدل بمجرد التعذّر؛ إذ لا دليل على ذلك، فكما أنّ التعذّر لا ينافي ضمان العين، فكذلك تعذّر المثل لا ينافي ضمانه؛ لعدم إناطة الأحكام الوضعيّة بالقدره و مثله ما لو كان عليه كلّ من غير جهة الضمان، مثل البيع و القرض، و الإجارة و نحوها، فإنّه لا ينقلب بالتعذّر، ولكنّه مع المطالبة يجب الوفاء بغير الجنس^١.

و استدلّ السيد السبزواري على ذلك بما يأتي:

١. أنّ الأدلة الشرعيّة شاملة للاعتبارات الدميّة، كما تشمل الأعيان الخارجيّة، فما وجد العقل لصحة اعتباره سبيلاً، فلا وجه لملاحظة القيمة مع صحّة اعتبار بقاء العين في الذمّة، كما لا وجه لصحة اعتبار القيمة مع بقاء العين في الخارج. يمكن أن يستفاد ذلك من ظاهر قول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^٢. فإنّ ظاهره أنّ نفس المأخوذ ثابت على اليد التي هي طريق إلى الثبوت في العهدة إلى حين أداء نفس ما كان في العهدة و هي العين.

٢. أنّ المتبادر من مرتكرات الناس إذا أتلّف شخص إناء آخر مثلاً، يصعّ أن يقول المالك للمتلّف: أطلب منك إنائي حتى فيما إذا تعذّر المثل، فأصل صحّة الطلب الإنشائي ثابت له إلى تفريغ الذمّة، فلو لا الثبوت الدمي للمعين، لكان هذا من الطلب الممتنع و لا يقولون به.

١. المصدر الأوّل.

٢. مستدرک الوسائل، ج ٣، ص ١٤٥، سبل السلام، ج ٣، ص ٨٩٨؛ سنن الدلاوي، ج ٢، ص ٢٦٤.

٣. أن العقل يثبت صحة اعتبار الممتنع في الذهن، وفي الأمور الاعتبارية يصح إثبات الممتنع منه فضلاً عن الممكنات. فالانعدام الخارجي لا ينافي البقاء الاعتباري مطلقاً، فمع وجود العين في الخارج يجب ردّها، وبعد تلفها تكون بنفسها في الذمة، ويكون دفع المثل بدلاً منها، ومع تعذر المثل نفس العين باقية في الذمة لا يتغير ولا يتبدل إلا بفرغ الذمة منها^١.

الاتجاه الثاني: ثبوت المثل في الذمة

ذهب فريق من فقهاء الشافعية والقاضي من الحنابلة وأبو حنيفة والمالكية وأكثر فقهاء الإمامية إلى ثبوت المثل في الذمة بمجرد تلف المال المثلي، سواء تعذر أم تيسر، وذلك في معاوضة قهرية؛ إذ ليس في الذمة والعهد سوى المثل، بل ادّعى بعضهم الإجماع الذي محصله أن ما كان من قبيل الأموال المثلية يضمن بمجرد تلفه بالمثل وإن تعذر المثل، وما كان من قبيل الأموال القيمة يضمن بالقيمة، وإن تمكن من المثل^٢. قال القفّان من فقهاء الشافعية: «إن الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم، كما أن الواجب في المغصوب ردّ العين إلى وقت التلف»^٣.

بل صرح بعض فقهاء الشافعية بأن «المثل لا يسقط بالإعواز. ألا ترى إن المغصوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملك المطالبة به، وإنما المصير إلى القيمة عند تفرغها»^٤.

وقال القاضي من فقهاء الحنابلة: «و تجب قيمته يوم قبض البديل؛ لأن الواجب

١. مذهب الأحكام، ج ٢٦، ص ٣٧١.

٢. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧١؛ الشرح الكبير، ج ٥، ص ٤٢٩؛ البسوط للرخي، ج ١١، ص ٥٠؛ شرح الغرضي،

ج ٦، ص ١١٣؛ المغود المفصلة، ج ١، ص ١٣.

٣. حجة العلماء، ج ٥، ص ٥١٣.

٤. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧١.

المثل إلى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة»^١.

و أوضح السرخسي من فقهاء الحنفية قول أبي حنيفة:

إن المثل واجب في الذمة وهو مطلوب له حتى لو صبر إلى مجيء، وأنه كان له أن يطالبه بالمثل، فإنما يتحول إلى القيمة عند تحقق العجز عن المثل، وذلك وقت الخصومة والقضاء^٢.

و صرح فقهاء المالكية: بأن المثل عندهم في الذمة حتى لو انقطع^٣.

و أوضح البلاغي من فقهاء الإمامية بأنه:

يثبت المثل في الذمة حتى لو كان معدوماً أو متعذراً حين التلف، أو في زمان بعده؛ رعاية لنوع المالكين في الأغراض المذكورة إذا اختاروا الصبر إلى أوان حصوله، فالوجه الذي اقتضى ثبوته حال وجوده لم يرتفع باعتبار النوع حال عدمه، ولا يمنع عدم الكلّي - في وقت من الأوقات - من ثبوته في الذمة^٤.

و قال الشيخ البديري: إن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع؛ لأن المثل ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان، ولادليل على سقوطه بتعذره، كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه.

اعتراض: إن الضمان لابد أن ينتقل إلى القيمة عند إعواز المثل أو تعذره في الخارج، وإلا لم ينتقل إلى المثل أيضاً عند تلف العين الشخصية، كما هو مقتضى القياس.

الجواب: أن انتقال الضمان إلى المثل بعد تلف العين أمر قهري؛ لأنه لامعنى لبقائها

١. الشرح الكبير، ج ٥، ص ٤٢٩.

٢. المبسوط (للسرخسي)، ج ١١، ص ٥٠.

٣. شرح الخرطبي، ج ٦، ص ١٣٣.

٤. العقود المغتلة، ج ١، ص ١٣.

في الذمة بعد التلف، و هذا بخلاف المثل؛ فإنه أمر كلي قابل للبقاء في الذمة إلى حين الأداء.

الاتجاه الثالث: انقلاب المثل المتعذر إلى القيمة

ذهب فريق من فقهاء الشافعية والحنابلة وأبيوسف ومحمد بن الحنفية إلى أن انقطاع المثل يحول ما في الذمة إلى قيمة^١.
و دليلهم بأن معنى تعذر المثل عدم المتكّن من أدائه، وكلّ غر متمكّن من الأداء فاعتبار ثبوته في الذمة لغو، فيسقط اعتبار ثبوت المثل في العهدة، فينتقل إلى القيمة؛ وذلك لأنّ الخصوصية النوعية والصفية تكون ساقطة عن الذمة.
و الحاصل سقوط الحكم الوضعي بالنسبة إلى المثل؛ لغرض لغوية ذلك الاعتبار بقيام القيمة مقامه قهراً، فلا غرامة في البين سوى القيمة.

و اعترض على هذا الاتجاه بما يأتي

١. أن الدين يثبت في الذمة و لا يسقط مع عدم تمكّن المدين من أدائه لإعساره، فإثبات الشيء في الذمة لا يتوقّف على التمكن من الأداء.
 ٢. أن المثل لا يصار إلى القيمة عند التعذر؛ و ذلك للزوم عدم وجوب دفع المثل لو تمكّن منه قبل الأداء؛ لثبوت القيمة في الذمة، و لأظنّ للقائل بصيرورته قيميّاً يلتزم هذا الحكم؛ لوضوح ضعفه، فالمتّجه ثبوت المثل في ذمة الضامن على كلّ حال، و تعذر أدائه حال التلف لا يقضي عدم ثبوته في الذمة.
- نعم، إذا كان تعذر المثل مطلقاً انقلب إلى القيمة، كالمسكوكات، فالتعذر في البين

١. تكملة المجموع، ج ١٤، ص ٦١، حجة العلماء، ج ٥، ص ٢١٢، المبسوط (للرخسي)، ج ١١، ص ٥٠، المغني،

لامحالة هو الخصوصية الصنفية والنوعية والجنسية. وبما أنَّ العين تالفة وبدلها متعذر بهذه الخصوصية حسب الفرض ابتداءً والمالية متمكّن منها، فتقوم القيمة مقام المال المثلي عندئذ، لأنها بدل مالية المثل؛ إذ المثل لم يكن في ذمة الضامن، فلا مناص إذن غير جعل القيمة بدلاً عن مالية العين بعد تعذر تلك الخصوصيات الذاتية، فالقيمة عندئذ تحتل عنوان البدلية عن مالية العين دون المثل عند من يرى عدم ثبوت العين في الذمة بعد تلفها.

المبحث الثالث: تفرغ الذمة بدفع القيمة بعد تعذر المثل

اتفق الفقهاء على تفرغ الذمة بدفع القيمة بعد تعذر المثل^١ ما عدا فقهاء المالكية فلهم رأيان:

أحدهما: قول ابن قاسم بوجوب صبر المالك إلى أن يوجد مثل المضمون.
قال الخرشي: إنَّ المفصوب منه إذا تعذر عليه وجود المثل، فإنه يجب عليه أن يصبر لوجود المفصوب بأن كان للمثل، إيان فانقطع^٢.
فالنص ظاهر أنه لا يمكن تفرغ ذمة الضامن إلا بدفع المثل حتى لو انقطع، فلا يحق للمالك المطالبة بالقيمة، بل يجب عليه الانتظار إلى وجود المثل.
ثانيهما: ما ذهب اليه أشهب أن المالك بالخيار إن شاء صبر إلى وجود المثل، وإن شاء أخذ القيمة^٣.

الإمامية: اتفق فقهاء الإمامية على أن تفرغ الذمة بدفع القيمة بعد تعذر المثل. قال الشيخ الطوسي: «فإن أعوز المثل ضمن بالقيمة^٤.

١. راجع: حجة العلماء، ج ٥، ص ٢١٣؛ الجليل، ج ٨، ص ٣٤٢؛ الروض البريع، ج ٢، ص ٢٧٣.

٢. شرح الخرشي، ج ٦، ص ١٢٣.

٣. الأصيل، ص ٣٤٤؛ شرح الخرشي، ج ٦، ص ١٢٣.

٤. الخلاف، ج ١، ص ٢٥٧.

و ذكر الشيخ الأنصاري في المسألة السادسة أنه لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك^١

و نفى الشبهة في ذلك السيد الخوئي إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل^٢.

الشافعية: جاء في حواشي الشيرازي و ابن قاسم العبادي:

فإن تعذر المثل حشاً، كأن لم يوجد بمحل الغصب و لا بدون مسافة القصر منه، نظير ما

مرفي السلم، أو شرعاً كأن لم يوجد المثل فيما ذكر إلا بأكثر من ثمن المثل، فالقيمة هي

الواجبة؛ لأنه آلت كما لا مثل له^٣.

الحنفية: جاء في المبسوط إذا تعذر ذلك (المثل) بالانقطاع من أيدي الناس،

فحيثذ يصار إلى المثل القاصر و هو القيمة للضرورة^٤.

و جاء في الفتاوي الهندية: فإن لم يقدر على مثله بالانقطاع عن أيدي الناس،

فعليه قيمته^٥.

الحنابلة: قال ابن قدامة: فإن فقد المثل وجبت قيمته^٦.

و أدلتهم على ذلك

استدل على تفرغ الذمة بدفع القيمة بعد تعذر المثل بما يأتي:

١. قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدى عَلَيْكُمْ﴾^٧.

حيث ترخص اعتداء المعتدى عليه بتقريب أن الضامن لو التزم عندئذ بدفع القيمة

١. المكاسب ج ٧، ص ٢٣٦.

٢. مصالح المتفاحة ج ٣، ص ١٦٤.

٣. حواشي الشيرازي و ابن قاسم العبادي، ج ٦، ص ٢٢.

٤. المبسوط (للرخسي)، ج ١١، ص ٥٠.

٥. الفتاوي الهندية، ج ٥، ص ١١٩.

٦. المعنى، ج ٥، ص ٤٢١.

٧. البقرة: ١٩٤.

لم يعتد عليه أكثر مما اعتدى على المالك؛ لأنَّ الاعتداء على الضامن بالقيمة عند تعذر المثل اعتداء بمثل ما اعتدى في القيمة لا يزيد مما اعتدى.

قال الشيخ الأنصاري: «قوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾، فإنَّ الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل، لم يعتد عليه بأزيد مما اعتدى^١.

اعتراض: إنَّ الآية الكريمة لو كانت دليلاً على الضامن فلم يتعد مقتضاها على انحصار الضامن بالمثل فحسب، ومن المعلوم أنَّ الاعتداء الأول إنما كان للمثل لا غير، ولم يحصل اعتداء ثانوي بالنسبة إلى القيمة، فلا دلالة للآية الكريمة على تفرغ الذمة بدفع القيمة بعد تعذر المثل، كما أنَّ الآية أجنبية عن الضامن، كما تقدّم في الباب الأول، و أنَّها لا تدلُّ اشتغال الذمة بشيء، وإنَّما تنظر في السماح بالمعتدى عليه بالمجازاة.

ولو تنزّل عن كلّ ما تقدّم، فمورد الآية الفصب حيث يتحقّق الاعتداء من الضامن على المالك وهو أخصّ من المدعى، فإنَّ باب الضمان أوسع من باب الفصب، فربّما لا يكون الضامن معتدياً أصلاً.

٢. استدلَّ السيّد السبزواري بإطلاق ما روي عن الإمام موسى الكاظم عليه السلام «الفصب كلّ مردود»^٢ الشامل للمثل عند وجوده، والقيمة عند تعذّره^٣.

و يرد على التمسك بإطلاق الرواية بما يأتي:

(أ) أنَّ الرواية تدلُّ على أنَّ المغصوب نفسه مردود؛ وذلك لصراحة الفقرة، ولأجل أنَّ الرواية التي جاءت الفقرة فيها واردة في بيان وظيفة إمام المسلمين حينما يقود جيش المسلمين و يغزو بلاد الكفر، فيستولي على الأموال المختصة بالملك، و أنَّها تكون تحت تصرف الإمام ليتمكن بها من أداء المهام القيادية الموكلة إليه، ولو وجد في أموال ملك الكفار عينٌ مغصوبة من أحد، وجب إرجاعها إلى مالكها.

١. المكاسب ج ٧، ص ٢٣٧.

٢. رسائل الشيع، ج ١٧، ص ٣٠٩.

٣. مهذب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٦٧.

ب) التعبير بالغصب عوضاً عن المغصوب فيه إشارة إلى أنه يجب إجبار الغاصب عن ردّ العين المغصوبة؛ لمنع حدوث الغصب و حتى لا يستمرّ الغصب.

و بعبارة أوضح أنّ العدول عن التعبير بالمغصوب إلى التعبير بالغصب للإشارة إلى أنّ الإسلام يعمل على منع استمرار الغصب، فليس في الرواية نظر إلى ما تشتغل به ذمة الغاصب مع تلف العين المغصوبة، و لا إلى ما يجب فعله مع تعذر المثل في المثلي.

٣. أنّ للمالك حقّ المطالبة بالمثل؛ لأنّه الواجد لكافة الخصوصيات الذاتية والمالية بعد تلف العين، كمال له حقّ إسقاط شطر من حقّه و المطالبة بالباقي بأن يسقط الخصوصية الصنفية و يطالب بالمالية؛ لقاعدة: «الناس مسلطون على أموالهم»^١.

و بعبارة أوضح أنّ للمالك حقّاً في المطالبة بالقيمة؛ لأنّ للمعين جهات ثلاثة: الخصوصية الشخصية، و الصنفية، و المالية و مقتضى أدلة الضمان وجوب ردّ جميعها على الضامن، فإذا امتنع ردّ الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب ردّ الجهتين الأخيرتين، و كذلك إذا امتنع ردّ الخصوصية الصنفية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة المالية، فيجب ردّ القيمة من هذه الجهة.^٢

و الظاهر أنّ للمالك المطالبة بالقيمة و إلزام الضامن بها، و لا يتوقف أخذها على رضی الضامن؛ و ذلك لعموم قاعدة السلطنة، فللمالك إلغاء حقّه من الخصوصية الشخصية و الصنفية و المطالبة بمالية ماله: «لأنّ المتيقّن أنّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، و جمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة، و حقّ الضامن بعدم تكليفه بالمتعذر و المعسور»^٣.

الاعتراض الأول: إنّه لو جاز للمالك المطالبة بالقيمة و إلزام الضامن بها، فللمالك الحقّ في المطالبة بالقيمة مع عدم تعذر المثل، و لا قائل به.

١. مهذب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٦٧.

٢. فقه الصادق، ج ٢٥، ص ٣٢١.

٣. المكاسب، ج ٧، ص ٢٣٨.

الاعتراض الثاني: إنَّ الانتقال من المثل إلى القيمة إمَّا لأنَّه معاوضة اختيارية، فلا يمكن التحوُّل من المثل إلى القيمة بدون رضا المالك، وربط الجواز برضا المالك ليس تحديداً لسلطة المالك (المضمون له) على ماله، بل فيه مراعاة لجانب المعاملة الاختيارية.

و أمَّا إذا كان الانتقال من المثل إلى القيمة معاوضة قهرية بدعوى أنَّ الشارع حصر حقَّ المالك (المضمون له) في القيمة بعد تعمُّر المثل، فذهاب سائر الخصوصيات و الفوائد من المالك ليس من عنده حتى يعلَّل بأنَّ له حقاً في إسقاط ما شاء من حقه. و أيضاً إنَّ التركيب بين المالِّية و سائر الخصوصيات الموجودة في المثل ليس تركيباً انضمامياً بحيث يكون كلُّ من الجزئين قائماً بنفسه مستقلاً عن الآخر، بل التركيب اتحادي بمعنى إنَّ الدَّمة مشغولة في الواقع بشيء واحد ينحلُّ بالتحليل العلمي إلى المالِّية و غيرها، و في مثل ذلك ليس للمالك (المضمون له) التفرقة بأخذ البعض و رفع اليد عن البعض الآخر. نعم، لو كان التركيب انضمامياً مثل أن يكون المضمون كتاباً مؤلفاً من عدَّة أجزاء متفرقة، فللمالك في مثله الحقُّ في أن يأخذ بعض الأجزاء و يبرئ دَّمة الضامن عن البعض الآخر.

٤. أن مقتضى الجمع بين الحقَّين (حقَّ الضامن، و حقَّ المالك) هو دفع القيمة؛ و ذلك لعدم إمكان إلزام الضامن للمثل؛ إذ المفروض تعذُّره، فلا موضوع له وقتئذ. و لا يجوز منع المالك عن المطالبة بحقه؛ لوضوح أنَّ منعه عن حقه ظلم، فالجمع بينهما يستدعي دفع القيمة، و بذلك يرتفع كلا المحذورين. فلا يظلم المالك و لا يكلف الضامن بما لا يطيق؛ لقبح التكليف بما لا يطاق،^١ و الحكم بعدم جواز مطالبة المالك بالقيمة بدلاً من المثل، هو إلزام الضامن بالمثل مع فرض التعذُّر تكليف بما لا يطاق، و إلزام المالك على الصبر ظلم محزوم بالنقل و العقل، فلا مناص من

وجوب القيمة؛ جمعاً بين الحقيقتين؛ فإنه المقدور والميسور، ولا يسقط بالمعسور؛ لأنَّ القاعدة المستفادة من أدلة الضمان وجوب دفع المثلي المضمون ثمَّ الأقرب إليه فالأقرب عقلاً، ومع مطالبة المالك يجب دفع القيمة؛ لأنَّ إلزام الضامن بالمثل إلزام بالمتعذر، فينتفي^١.

ويلاحظ على الدليل رغم تماميته أنه يحتوي على التمسك بقاعدة الميسور التي مفادها «الميسور لا يسقط المعسور» المستندة إلى قوله ﷺ: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا به ما استطعتم»^٢، ومورد هذه القاعدة ما إذا كان المأمور به قابلاً للتجزئة، لدلالة الحديث، وقد أشرت فيما سلف إلى أنَّ تركيب المثل من المالية والخصوصية من صفات و غيرها ليس انضمامياً وإتما هو اتحادي، والفصل بين المالية وغيرها إتما هو بالتأمل والتحليل العقلي، فليس هذا مورد قاعدة الميسور.

٥. أنَّ إلزام الضامن للمالك بالصبر إلى زمن تيسر المثل ضرر ينفيه قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^٣، فلا وجه إذن لتأخير حقه، ومن المعلوم أنه لا يتم ذلك إلا بدفع القيمة وقبول المالك لها، فالإلزام الضامن على المثل كالإلزام المالك على الصبر ضرر عليهما، والضرر منفي في الشريعة الإسلامية ولازم انتفائهما ثبوت جواز القيمة ودفعها^٤.

٦. إجماع الفقهاء على تفرغ الذمة بدفع القيمة عند تعذر المثل،^٥ وقد ادعى صاحب جواهر الكلام عدم الخلاف في ذلك وقال: «فإن تعذر المثل بعد أن كان موجوداً حين التلف المغضوب كما في التذكرة والمسالك وغيرها، ضمن قيمته، أي

١. الشكيب، ج ٧، ص ٢٣٨.

٢. وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٤١.

٣. المصدر.

٤. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٤؛ مهذب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٦٧.

٥. المصدر، الثاني.

المثل بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: إنه إجماعي^١.
ويلاحظ أن تمام دعوى الإجماع على مسلك فقهاء الإمامية مشكل؛ إذ مع وجود أدلة أخرى قابلة لاستناد الفقيه إليها في الحكم لا يبقى وثوقاً بهذا الإجماع، إذ قد يكون ذلك الإجماع ناشئاً من تصادف التوافق في الدليل.

المطلب الأول: توقّف دفع قيمة المثل المعتذر على المطالبة أم لا؟
هل يعتبر في وجوب دفع القيمة مطالبة المالك بها بعد التعذر، أو تجب بمجرد التعذر وإن لم يطالب بها المالك؟

الرأي الأول: توقّف دفع قيمة المثل المعتذر على المطالبة
ذهب كلّ من أصحاب الاتجاه الثاني - وهو بقاء المثل في الذمة حتى لو تعذر المثل كالشافعية - إلى توقّف دفع قيمة المثل المعتذر على المطالبة حيث إن المثل لا يسقط عندهم بالإعواز أو التعذر عن العهدة أو الذمة^٢.
و [كذا] أبو حنيفة؛ لأنّ القيمة تثبت عنده يوم الخصومة والقضاء، فيدلّ على أنّ دفع القيمة وإسقاط المثل المعتذر عن الذمة متوقّف على المطالبة^٣.
جاء في البناية:

ولأجل عدم ثبوت النقل بمجرد الانقطاع لو صبر (أي المنصوب منه) إلى أن يوجد جنسه له ذلك؛ لأنّ حقّه في مثله من جنسه حتى لو أتى الفاصب بالقيمة لا يجبر على القبول، ولو كان انتقل إليها يجبر، كما في غير المثلّي^٤!

١. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٤.

٢. تكملة المجموع، ج ١٤، ص ٦١.

٣. البسوط (للرخسي)، ج ١١، ص ٥٠.

٤. البناية، ج ٨، ص ٣٤٤.

و أشهب من فقهاء المالكية «بأن أخذ المالك للقيمة عند تعذر المثل متوقف على مطالبة المالك للضامن بها»^١.

و الظاهر من قول ابن إدريس و العلامة الحلبي و ولده فخر المحققين و المحقق الكركي و المحقق السبزواري في القرض من الفقهاء الإمامية وجوب توقف دفع قيمة المثل المتعذر على المطالبة حيث ذكروا في ضمن كلامهم أن المثل لا يسقط بالإعواز و التعذر، و أن المالك لو صبر إلى زمان وجود المثل، ملك المطالبة به، و إنما المصير إلى القيمة وقت تفرغها^٢.

و هو الراجح عند الشيخ الأنصاري، و ذلك لأنه القدر المتيقن من وجوب دفع القيمة.

جاء في المكاسب «لو تعذر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك»^٣ فالذمة تبرأ عندما يطالب المالك بالقيمة و يؤذيها الضامن. و أما لو لم يطالب المالك، فلا تبرأ ذمة الضامن عن المثل، بل المثل ثابت في ذمته بقاعدة الاشتغال؛ إذا بمجرد تعذر المثل و عدم المطالبة لا يتقلب المثل الثابت في ذمة الضامن إلى القيمة.

فلا دليل على سقوط حق المالك عن المثل، و لا دليل على جواز إلزامه بقبول القيمة بمجرد تعذر المثل بعد ما كان حقه أولاً و بالذات متعلقاً بالمثل لا بالقيمة؛ فإن إلزامه بالقيمة ظلم ظاهر.

فالظاهر من إطلاق الفقهاء أن الحكم بوجوب القيمة عند تعذر المثل قد قيّد بشرط و هو الطلب، و يشهد على ذلك ما حكى عن الفقهاء في باب القرض، و المعلوم أنه لا فرق بين القرض و غيره من غصب و تلف و غيرهما، فلا شبهة في جواز إجبار

١. شرح الخرشبي، ج ٦، ص ١٣٣.

٢. السرائر، ج ٢، ص ١٦١؛ تذكرة الفقهاء، ج ٨، ص ٣٥٧؛ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٧؛ جامع المقاصد، ج ٢، ص ٥٩.

٣. المكاسب، ج ٧، ص ٢٣٦.

المالك الضامن على إعطاء القيمة عند تعذر المثل مع المطالبة؛ لأنَّ المالك مسلَّط على حقِّه، وهو مخير بين مطالبة بدله مع الإيعاز، والصبر إلى تمكَّن الضامن من أداء المثل نفسه.

الرأي الثاني: كفاية التعذر في تحوُّل المثل إلى القيمة في الذمة

ذهب كلٌّ من أصحاب الاتجاه الثالث القائلين بتبدُّل المثل المتعذر بالقيمة، كـ بعض فقهاء الشافعية وأبي يوسف ومحمد بن الحنفية وابن قدامة والمقدسي من الحنابلة، و الظاهر من فقهاء الإمامية، كالمحقق السبزواري إطلاق الحكم بوجوب القيمة عند تعذر المثل فيما عدا القرض من غير تقييد بالمطالبة.^١

قال المحقق السبزواري: «وإذا كان المثل موجوداً فلم يسلمه حتى فقد لزم القيمة»، وحبَّتْهم على ذلك ما يأتي:

١. ما روي عن الإمام موسى الكاظم عليه السلام: «الغصب كله مردود»^٢ بناء على إرادة ما يشمل ردَّ المثل أو القيمة من الردِّ فيه، فيكون ذلك تكليفاً للغاصب، فيجب القبول على من له الحقُّ مع دفع الحقِّ من دون مطالبة.^٣

اعتراض: إنَّ الحديث مختصٌّ برَدِّ الأعبان ولا يفهم منه ردَّ المثل أو القيمة، كما مرَّ سابقاً.

٢. المشهور من كلمات الفقهاء وجوب دفع القيمة بمجرد الإيعاز أو التعذر، وليست المطالبة بشرط للوجوب.

نعم، امتناع المالك مع أخذ القيمة مسقط له؛ لأنَّ الحقَّ له ولا يستلزم وجوب دفع القيمة بمجرد الإيعاز اشتغال ذمَّة الضامن بها، بل إنَّما هو مشغول بالمثل ويجب عليه

١. تكملة المجموع، ج ١٤، ص ٦١؛ المبسوط (للرخسى)، ج ١١، ص ٥٠؛ المنهاج، ج ٥، ص ٤٢١.

٢. وسائل الشريعة، ج ٦، ص ٣٦٥.

٣. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٤.

بمجرد الإعواز دفع القيمة لتفريغ الذمة من الواجب عليه بحكم النقل والعقل، وليس للضامن إلزام المالك بأخذ القيمة، كما ليس للغني إلزام الفقير بأخذ الزكاة؛ لأن متعلق الضمان ليس هو نفس القيمة، بل إنما هو المثل.

و من الواضح أنه ليس للضامن إجبار المالك على قبول شيء آخر بدلاً من حقه الخاص، فالمالك مخير بين أخذ البدل وهي القيمة وبين الصبر إلى أن يتمكن الضامن من أداء المثل، فلا منافاة بين وجوب الدفع على الضامن بمجرد الإعواز تفريقاً لذمته، كما يجب عليه رد العين بمجرد أخذها، وعدم وجوب القبول على المالك؛ لكونها خلاف حقه الذي هو المثل.

كما أن مقابلة مسائل الضمان بمسائل القرض التي تتوقف على الطلب واضحة المناقشة، نظراً إلى أن وجوب الوفاء في القرض وجوباً فعلياً منوط بالطلب، بخلاف الضمان؛ فإن وجوب الرد فيه ثابت وإن لم يطالب، سواء في أصل العين المضمونة أم بدلها.

و انفرد السيد السيزواري عن فقهاء الإمامية بوجوب قبول المالك للقيمة عند دفع الضامن لها؛ إذ المناط في الكل هو تدارك المالّية وهو موجود في الجميع موضوعاً مترتباً، فيكون كذلك حكماً حيث قال:

يجب عليه (الضامن) دفع القيمة فعلاً، ويجب على المالك قبولها؛ لأن القيمة عند تعذر المثل كنفس المثل في جميع الجهات إلا ما خرج بالدليل، ولا دليل في المقام على الخلاف، فكما أن بدلية المثل من العين مطلقاً وعن جميع الجهات، فكذلك بدلية القيمة من المثل عند تعذره؛ إذ المناط في الكل هو تدارك المالّية وهو موجود في الجميع موضوعاً مترتباً، فيكون كذلك حكماً، فليس للمالك الامتناع عن القبول خصوصاً مع تضرر الغاصب بذلك.^١

اعتراض: إن إيجاب المالك على الأخذ بالقيمة مع إرادته الصبر إلى وجدان المثل، تفويت للفوائد المترتبة على المثل، وإيجاب له على التنازل عن الخصوصيات و الصفات التي وفرها الشارع له بإيجابه دفع المثل، وكل ذلك منفي بحديث الضرر. كما أنه ليس الواجب في الضمان تدارك المائتة فقط، بل هي أحد الأمور التي يجب تداركها، لأن الخصوصيات و الصفات المؤثرة في المائتة يمكن تداركها بدفع المثل، فتكون مضمونة كذلك.

الرأي المختار: أن تحول الذمة من العين إلى المثل في المثليات مع تلف العين يفترق إلى دليل، ودعوى ثبوت القيمة بدل المثل يفترق إلى ما يثبت براءة ذمة الضامن من تلك الخصوصيات و الصفات التي يحصل عليها المالك بالحصول على المثل، و ذلك لا سبيل إليه، بل مقتضى استصحاب بقاء المثل في الذمة و مقتضى براءة الذمة من القيمة، و مقتضى استصحاب عدم اشتغال الذمة بالقيمة. كل ذلك يقتضي بقاء المثل إلى حين التفرغ.

و معلوم أن للضامن أن يسارع إلى تفرغ ذمته، و لكن حديث نفي الضرر يمنع من أن يكون ذلك على ضرر المالك، فمقتضى القاعدة بقاء المثل في الذمة إلى حين تفرغها بدفع القيمة مع مطالبة المالك لها.

هذا كله مماشاة مع منهجية الفقهاء القائلين بثبوت المثل في ذمة الضامن عند تلف العين المثلية.

أما على ما تقدم من الرأي المختار من بقاء العين في الذمة و بقائها مشغولة بها إلى حين دفع المثل إن أمكن، و بدفع القيمة إن لم يمكن حين تفرغ الذمة. فليس للضامن إيجاب المالك على قبول القيمة عند تعذر المثل لو أراد الصبر إلى حين توفر المثل؛ لأنه في المثل لا يفقد سوى الخصوصية الشخصية، بخلاف ما لو رضي بالقيمة، فإن فيه تفويتاً للذات و الخصوصيات و الصفات المؤثرة في المائتة، و ذلك منفي بحديث نفي الضرر، فتفرغ ذمة الضامن بالقيمة عند تعذر المثل متوقف على مطالبة المالك بها.

المطلب الثاني: القيمة المدفوعة عند تعذر المثل

اختلف الفقهاء في القيمة التي يجب دفعها عند تعذر المثل هل هي قيمة المثل التالف أو قيمة المثل؟

أولاً: قيمة المثل المتعذر ابتداء

اتفق الفقهاء على أن تعذر المثل ابتداء على وجه يعلم بعدم تمكن الضامن منه ولا يرجى حصوله مدة حياته بالانتقال إلى قيمة المثلي، إذ لا محصل حينئذ لتفريغ ذمة الضامن بالمثل، والتكليف به بداءة تكليف بغير المقدور،^١ فالمثلي انقلب قيمياً، وأخذ حكم التيمي حتى في تعيين قيمته كالمسكوكات القديمة بعد ما كانت مثلية عند رواجها تصبح قيمية عند سقوط التعامل بها.

ثانياً: قيمة المثل المتعذر طارئاً

اختلف الفقهاء في القيمة التي يجب دفعها عند تعذر المثل طارئاً، سواء كان بعد التلف أو قبل التلف هل هي قيمة المثلي التالف أو المثل؟

١. قيمة المثل المتعذر طارئاً بعد التلف

ذهب كل من فقهاء الحنابلة والحنفية والمالكية وأكثر الشافعية والإمامية إلى أن القيمة هي قيمة المثل المتعذر.^٢

قال الشيخ الطوسي: «فإذا ثبت أنه يضمن بالمثل نظر فإن كان المثل موجوداً طالبه

١. المقود المفضلة، ج ١، ص ١٥.

٢. المغني، ج ٥، ص ٤٢١؛ فتح المعين، ج ٣، ص ٣١٢؛ شرح الخروشي، ج ٦، ص ١٣٣؛ دوضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٠؛

نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢؛ شرح الإسلام، ج ٣، ص ٢٣٩.

به واستوفاه، وإن أعوز المثل طالبه بقيمته»^١.

والظاهر أَنَّ القيمة المعتبرة إنما هي قيمة المثل المتعذر، سواء صادف زمان الإعواز أو التعذر زمان تلف المين أو تأخر عنه بأن كان المثل موجوداً حال التلف ثم عرض عليه الإعواز، أي أَنَّ التعذر أو فقدان أو الإعواز سواء كان طارئاً قبل التلف أو بعده، فالقيمة المعتبرة هي قيمة المثل.

فلاحظ أَنَّ مشهور الفقهاء دفع القيمة عند تعذر المثل هي قيمة المثل المتعذر،^٢ و أَنَّ تفريق العلامة الحلّي وبعض الفقهاء المتأخرين من الشافعية كأبي الطيّب بن سلمة^٣ بين صورتين فقد المثل في وقت التلف، وجوده ليس من حيث اختلافهما في الجهة المبحوث عنها، أي إِنَّ القيمة المعتبرة هل هي قيمة المثل المتعذر أم قيمة المثلي التالف؟ و إنما هي من حيث تأتي الاحتمالات في تعيين قيمة المثل المتعذر والوجود المفضلة فيها التي هي جهة أخرى في المسألة.

جاء في حواشي الشيرازي وابن قاسم البادي:

هل المعتبر قيمة المثل أو المفضوب؟ وجهان. رجح السبكي وغيره الأول: قالوا: لإبته الواجب وإن كان المفضوب هو الأصل، ويبنى عليهما أَنَّ الواجب على الأول الأقصى من التلف إلى انقطاع المثل، وعلى الثاني الأقصى من الفصب إلى التلف.^٤

فلم يفضل بين التعذر الطارئ قبل التلف أو بعده، و إنما كان التقسيم على وجه تعيين قيمة المثل المتعذر أو تعيين قيمة المثلي التالف.

و ذكر بعض الفقهاء أَنَّهُ لم يكن هنالك فائدة معنوية في التقسيم المذكور، فإنَّ قيم

١. البسيط (للطوسي)، كتاب الفصب (الطبع الحجري).

٢. المصدر: تحريرو الأحكام، ص ١٢٥؛ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٥.

٣. نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢.

٤. حواشي الشيرازي وابن قاسم البادي، ج ٦، ص ٢٣.

المثل و قيم المثلي لا تتفاوت للتساوي في الصفات.^١
ولكن يورد عليه أنه إذا اعتبر قيمة المثل لوحظ قيمة المثل بعد تلف المثلي إلى فقد المثل، وكفى هذا وإذا اعتبر قيمة المثلي التالف، لوحظ قيمة التالف بعد فقد المثل، بل من الفقهاء من هو كالمصرح بنفي الفرق بين التعذر الطارئ قبل التلف أو بعده في القيمة المعتبرة عند تعذر المثل، واعتبار القيمة هي قيمة المثل المعتذر مطلقاً.

جاء في حاشية الجمل: المضمون هو المثل لا المثلي، لتلا يلزم تقويم التالف.^٢
وفي الدروس: «لو تلف، فعليه ضمان المثلي وهو المتساوي الأجزاء والمنفعة و المتقارب الصفات بمثله لقوله تعالى: ﴿يُمِثِّلُ مَا أَغْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ فإن تعذر بقيمته يوم الإقباض، سواء تراضى تسليم المثل عن تلف العين أم لا، و سواء حكم الحاكم بقيمته أم لا، ولا يحكم بقيمته يوم الإعواز».

ضرورة أن معنى قوله: «سواء تراضى تسليم المثل عن زمان تلف العين أم لا» أن في صورة تعذر المثل اللازم عليه فيها قيمة المثل، سواء تساهل في تسليم المثل أو أخره عن زمان تلف المثلي أم لم يتساهل بأن كان المثل مفرداً في حال التلف، أي متعذراً قبل التلف.

ولا ينبغي الشك في ذهاب هؤلاء الفقهاء إلى أن القيمة المدفوعة بعد إعواز المثل هي قيمة المثل و هي مبنية على انتقال الذمة من العين بعد تلفها إلى المثل، فكأن الذمة فرغت من العين بمجرد التلف و اشتغلت بمثلها، و مع الإعواز اللازم تفرغ الذمة من المثل، فتكون بقيمته.

٢. قيمة المثلي عند تعذر المثل الطارئ قبل التلف

قيّد العلامة الحلبي في تذكرة الفقهاء و الشهيد الثاني في مسالك الأخيام و السيد

١ حاشية الجمل، ج ٣، ص ٤٧٩.

٢. المصدر.

الطباطبائي في الرياض من الإمامية و فقهاء الحنابلة الإعواز بما إذا كان المثل موجوداً ثم بعد ذلك تعذر قبل أدائه إلى المالك.^١

و الظاهر أنّ اختصاص الحكم بقيمة المثلي عند تعذر المثل الطارئ قبل التلف.
قال العلامة الحلي: «إذا غصب عيناً من ذوات الأمتال و تلفت في يده أو أتلّفها و المثل موجود فلم يسلمه حتى فقد، أخذت عنه القيمة؛ لتعذر المثل».^٢
و قال المرداوي:

ينبغي أن يحمل كلامهم على ما إذا قدر على المثل عند الاختلاف ثم عدمه. أمّا إن عدمه ابتداءً فلا يبعد أن يخرج من وجوب أداء المثل و هو الصحيح من المذهب، و جزم به في الفائق و الرعاية الصغرى و الحاوي الصغير.^٣

و أمّا إذا كان المثل قد تعذر قبل التلف، فاللزام ضمان قيمة المثلي، و عدم الانتقال حينئذ إلى المثل كما يقتضيه التقييد في عباراتهم بما «إذا كان المثل موجوداً فلم يسلمه حتى فقد»، بل في جامع المقاصد التصريح بأنّه لو لم يكن المثل موجوداً وقت التلف، فالظاهر أنّ الواجب قيمة المثلي.

قال المحقق الكركي: «أمّا لو لم يكن المثل موجوداً وقت التلف، فالظاهر أنّ الواجب قيمة التالف».^٤ حيث صرح بأنّ الواجب في صورة ما إذا كان المثل مفقوداً حال التلف هو قيمة التالف.

و عن تلميذه الشهيد الثاني حيث ذكر الصورة الأخيرة و هي صورة تعذر المثل الطارئ قبل التلف، و لم يتعرض لصورة تعذر المثل بعد التلف طارئاً بحيث يستظهر

١. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٩، الرياض، ج ٢، كتاب الغصب، (الطبع الحجري)، حاشية الروض المصريح، ج ٢، ص ٣٧٣.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٩ (الطبع الحجري).

٣. الإنصاف، ج ٦، ص ١٩٢.

٤. جامع المقاصد، ج ٢، ص ٧٩ (الطبع الحجري).

موافقته لأستاذه المحقق الكركي في التفصيل المذكور.

فلا مفضل في المقام عند الإمامية إلا ما يظهر من ثاني المحققين الكركي و صاحب أنوار الفقاعة حيث قال:

إذا تلف المغضوب المثلي و لم يوجد حين تلفه مثل له تعلقت قيمته بذمة الغاصب تعلّقاً منزلاً، فإن عاد المثل قبل قبض قيمة المغضوب، كان للمالك المثل، وإن قبض القيمة كان ذلك وفاءه، وإن كان المثل بعد تلفه موجوداً فتعذر بعد وجوده ضمن الغاصب قيمة مثله.

و لعلّ نظرهم إلى أنه لا يمكن التكليف بالمثل مع تعذره ابتداء قبل التلف، فينتقل إلى القيمة، بخلاف ما إذا كان غير متعذر في أول الأمر، فإنّه حينئذ مكلف بأدائه بالضرورة، فيستقرّ التكليف به و يستصحب إلى حين أدائه؛ لذا عبّر بعضهم عن التعذر بالإعواز المشعر بسبق الإمكان^١.

اعتراض: إنّ التعذر قبل التلف لا يمنع التكليف بالمثل و تشتغل الذمة به، و لو امتنع ذلك لا تمتنع أيضاً بالتعذر بعد التلف. و التالي باطل بتسليم الخصم بثبوت المثل المتعذر بعد التلف في الذمة.

نعم، إنّما يمتنع ابتداء التكليف بأداء المثل فعلاً عند التعذر، كما أنّه يمتنع ذلك بالتعذر بعد التمكن، و ذلك لا ينافي شغل ذمة الغاصب أو الضامن بالمثل ابتداءً، كما لا ينافيه استدانة. فقيام الدليل على ضمان المثلي بمثله لم يفرّق في ذلك بين المتمكّن منه ابتداء ثم أعوز و بين غيره إلا في تعيين أداء المثل فعلاً و عدمه، فإنّ الدليل لم يتمكّن منه ابتداء غير مكلف حينئذ بالأداء فعلاً بل يبقى المثل في ذمته مراعى إلى حين التمكن ما لم يطالب به المالك، بخلاف من يتمكّن منه. كما أنّ دعوى صيرورة المثلي قيمياً عند التعذر واضحة المنع؛ إذ المثلي لا يتغير بتعذر المثل و إلاّ لزم عدم وجوب

دفعه لو تمكّن منه بعد ذلك قبل الأداء؛ لثبوت القيمة حينئذ في الذمة، و لا أظنّ القائل بصيرورته يلتزم هذا الحكم؛ لوضوح ضعفه.

فالمتمّجه ثبوت المثل في ذمة الضامن على كلّ حال، و تعذر أدائه حال التلف لا يقضي بعدم ثبوته في الذمة، فإنّ عدم التمكن من وفاء الدين لا يقتضى عدم ثبوته في الذمة، إضافة إلى أنّه لم يتطرّق أحد إلى هذا التفصيل في باب القرض. فإنّ التمكن مثل المثل ليس بشرط لثبوته في الذمة ابتداءً^١.

قال الشيخ البلاغي:

يثبت المثل في الذمة حتى لو كان معدوماً أو متعذراً حين التلف، أو في زمان بعده؛ رعايةً لنوع المالكين في الأغراض المذكورة إذا اختاروا الصبر إلى أوان حصوله. فالوجه الذي اقتضى ثبوته حال وجوده لم يرتفع باعتبار النوع حال عدمه، و لا يمنع عدم الكلّي في وقت من الأوقات من ثبوته في الذمة^٢.

الرأي المختار: الذي ينبغي أن يقال: إنّ دفع القيمة أو المثل ليس إلا محاولة من الضامن لتفريغ ذمته المشتغلة بالعين؛ وذلك لأنّ مفاد أدلة الضمان ليس إلا كون العين المضمونة في الذمة، و أنّ اشتغال الذمة بالعين غير مرتبط بالوجود الخارجي، فلو قيل: إنّ التلف يوجب استقرار البديل في الذمة فلا بدّ من الاستناد إلى دليل، فالعين تستمرّ في الذمة من حين ضمانها إلى حين الفراغ منها بدفعها إن أمكن، و بدفع مثلها مع التلف إن كانت مثليّة و توفّر المثل، و بدفع القيمة إن كانت قيميّة أو تعذر المثل مع مطالبة المالك بها.

فليس هناك دليل على اشتغال الذمة بالمثل في المثلي و لا بالقيمة في القيمي، فالقيمة حين تعذر أو إغواز المثل هي قيمة المثلي، و ليست هي قيمة المثل، و لا فرق في ذلك بين التعذر قبل التلف أو بعد التلف.

١. المفرد المنفصلة ج ١، ص ١٣.

٢. المصدر.

المبحث الرابع: تشخيص الوقت لتحديد قيمة المثل أو المثلي

هذه المسألة من المسائل التي تشتت فيها الأنظار، واضطربت فيها الأقوال، وربما ارتقت إلى أكثر من خمسة وأربعين قولاً، وأنَّ جلَّها غير مستند إلى ركن وثيق. وقد أوصل الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء الأقوال والاحتمالات إلى خمسة وأربعين قولاً واحتمالاً، وإليك النصُّ بكامله:

إنَّ المثل بتعذُّره إمَّا أن يبقى في الذمة إلى وقت المطالبة به أو إسقاطه بالقيمة، أو ينقلب قيمةً بالتعذر.

و على الثاني: فالقيمة إمَّا قيمة العين أو قيمة المثل الثابت قبل التعذر، أو قيمة القدر المشترك بين العين والمثل.

و على كلِّ واحد من هذه الاحتمالات الثلاثة فإنَّما قيمة العين يوم ضمانها، أو يوم قبضها، أو يوم التقصير. أو يوم المطالبة، أو يوم الدفع، أو أعلى القيم من القبض إلى الدفع، أو من ائتلف إليه، أو من المطالبة إليه.

ومثل هذه الاحتمالات السبع يجري على احتمالي اعتبار قيمة المثل، وقيمة القدر المشترك، فتكون الاحتمالات أربعاً وعشرين صورة، وبضميمة الأولى تكون خمساً وعشرين صورة على المنوال الذي عرفته، وبالنسبة إلى المثلي المتعذر يمكن أن تتضاعف الصور بسيطة ومركبة:

فالبسائط خمسة: يوم القبض، ويوم تلف العين، ويوم تعذر المثل، ويوم المطالبة، ويوم الأداء.

و المركبات تنشأ من ملاحظة أعلى القيم وهي عشرة: من القبض إلى تلف العين، ومنه إلى إعواز المثل، ومنه إلى المطالبة، ثمَّ إلى الأداء، فهذه أربعة.

ومن القبض إلى الأداء، ومن تلف العين إليه، ومن الإعواز إليه ثلاثة، ومن تلف العين إلى المطالبة، ومن الإعواز إلى الأداء، فهذه عشرة مع البسائط الخمسة تكون خمسة و

أربعين، بل ستة وأربعين بعضها أقوال وأكثرها احتمال.^١

إن منشأ سائل الاحتمالات و الأقوال مبنية على جملة أمور: منها:

١. أن المستقر في الذمة - بعد التعذر - هل هو المثل أو يتبدل بقيمة التالف أو قيمة المثل أو القدر المشترك بينهما؟ ثم هل المثل باق على مثليته أو ينقلب منها إلى القيمة؟ فالذي ذهب إلى أن حكم تعذر المثل انتقال الضمان إلى القيمة، فإنه عندئذ يصح النزاع في تعيين زمان الانتقال.

أما من التزم ببقاء المثل في عهدة الضامن بعد تلف العين، و شيد أساس هذا القول، فلا وجه لتوهم انتقال الضمان إلى القيمة بعد تلف العين قبل يوم الأداء.

٢. أنه على فرض التبديل و هو الاتجاه الثالث هل يتبدل بمجرد التعذر أو به و بالمطالبة معاً؟

٣. أن المعتبر في القيمة هل هو قيمة يوم العهدة أو السبب أو يوم التلف أو يوم الدفع أو أعلى القيم من يوم العهدة أو السبب إلى يوم التلف و منه إلى يوم الأداء و غيرها؟

٤. أن الإعواز الكلي ابتداءً هل هو بمنزلة التلف للمثل أو تلف المثلي معاً نظراً إلى أن وجود المثل كبقاء العين المضمونة من حيث إنه كان مأموراً بتسليم المثل كما كان مأموراً برد العين؟

٥. أن وجوب دفع القيمة هل يحدث عند التعذر بالخصوص أو هو ثابت من يوم الغصب أو يوم التلف؛ لسبق علمه تعالى بتعذر المثل عند الأداء، فينبغي أن لا يكلفه إلا بالقيمة من حين الضمان؟

٦. الفرق بين التعذر الطارئ قبل التلف، و التعذر الطارئ بعد التلف بضمان القيمة في الأول و المثل في الثاني، فيكون قيمة يوم التلف، و في الثاني قيمة يوم الأداء.

هذا فيما اختلف قيمة زمان العهدة و التلف و الإعواز و المطالبة و الحكم، و الأداء،

أما إذا أتحدث، فلا ثمرة في ذلك.

وهذه في أهم الأقوال والأوجه التي ذكرها الفقهاء في كتبهم تاركين الاحتمالات والأوجه الضعيفة التي لم يتطرقوا إليها:
١. قيمة وقت العهدة أو الضمان.

المشهور من مذهب المالكية الذي حكاه اللخمي عن مالك وابن قاسم وجوب الضمان على الضامن (الغاصب) دون ما بعده. وأدلتهم على ذلك أمور ثلاثة:
الأمر الأول: القاعدة الأصولية وهي أن ترتب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم، وقول الرسول ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^١ قد رتب الضمان على الأخذ باليد، فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان، والحديث قرينة تدل على ذلك، كمال يدل قول: «على الزاني المحصن الرجم، وعلى السارق قطع اليد» على سببية هذين الوصفين. فمن ادعى أن الأخذ بغير اليد سبب بعد ذلك فعليه الدليل؛ لأن الأصل عدم سببية غير ما دل عليه الحديث.

و يرد على ما جاء في الدليل بأنه يقتضي أن وقت الأخذ هو وقت حدوث الضمان، وثبوت العين المأخوذة في العهدة، وهذا لا يستلزم أن يكون ذلك الوقت هو الملحوظ في تحديد القيمة مع فرض تلف العين، فإن التحول من العين إلى القيمة على المختار حين محاولة تبرأة الذمة، وعلى المشهور بعد تعدد المثل وجه لا اعتبار يوم الأخذ مقياساً لتحديد قيمة المضمون.

الأمر الثاني: القاعدة الأصولية الفقهيّة وهي أن الأصل ترتب ضمان المسببات على أسبابها من غير تراخ، فيترتب حين وضع اليد لا ما بعد ذلك والمضمون لا يضمن؛ لأنه تحصيل للحاصل.

ويلاحظ على ما جاء في الدليل أن من ينكر جعل يوم الضمان مقياساً لتحديد

القيمة لا يحاول تأخير نفس الضمان عن يوم الأخذ حتى يقال باستحالة تأخير المسبب عن السبب، بل يدعي أن الضمان - وإن حصل بمجرد الأخذ - إلا أن التحول، أي تحول الضمان من العين إلى القيمة مع بقاء العين لفترة في بعض الصور، و تمكن الضامن من دفع المثل في بعض الصور، لا وجه لجعل اليوم السابق على يوم وجوب دفع القيمة مقياساً لتحديدتها.

الأمر الثالث: أن الزيادة والنقصان الناشئين من تحولات الأسواق واختلافها لا يؤثر في الضمان، كذلك التحولات الحاصلة من يوم الضمان إلى ما بعده من الأيام لا تؤثر في الضمان.

ويرد عليه: أولاً: بالتشكيك في حكم المقيس عليه.

ثانياً: بالفرق بين المقيس عليه والمقيس، فإن الأسواق مع وحدة الزمان إذا لم تؤثر فلا يستنزم ذلك عدم تأثير الأيام المتعاقبة المقتضية لصعود القيمة أو نزولها؛ إذ المفروض أنه لم يتحول بعد من العين إلى القيمة أو من المثل إلى القيمة، فلم يكن ليوم الضمان تأثير إلا في أصل الضمان.

الحنابلة: ووجه عند الحنابلة، فقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل ارطلاً من كذا، وأعطاه كذا على سعر يوم أخذه لا يوم المحاسبة، كما روي عنه في حوائج البقال: عليه القيمة يوم الأخذ، فيستدل على أن القيمة تعتبر يوم العهدة أو ضمان.^١ وأحد أقوال الحارثي: جاء في الإنصاف والفروع «وعنه (الحارثي) يلزمه الضامن قيمته يوم غصبه».^٢

وأوضح ابن قدامة في تعيين قيمة المثل لغير النصب، كالمأخوذ بعقد البيع الفاسد، أو القرض بشبوت قيمة المثل المتعذر يوم ضمانه أو قرضه.^٣

١. المغني، ج ٥، ص ٤٢١.

٢. الإنصاف، ج ٦، ص ١٩١: الفروع، ج ٤، ص ٥٠٧.

٣. المغني، ج ٥، ص ٤٢١ و ج ٤، ص ٣٥٧.

و هو قول أبي يوسف و أعدل الأقوال عند صدر الشريعة في شرح الوقاية و هو المختار في النهاية.^١

و استدّل أبو يوسف أن انقطاع المثل التحاق بما لا مثل له، فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب؛ إذ هو الموجب؛ إذ فيه إثبات الحكم بحسب نبوت الموجب؛ و ذلك لأنّ المضمون دخل في ضمان الضامن من وقت الضمان، فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الضمان.

جاء في المبسوط «و أبو يوسف يقول: لما انقطع المثل التحق بما لا مثل له في وجوب و اعتبار القيمة، و الخلف إنما يجب بالسبب الذي يجب فيه الأصل و ذلك الغصب، فيعتبر قيمته يوم الغصب».^٢

و ردّ ابن همام قول أبي يوسف بقوله:

إنّ ما ذكر لا يدلّ على قوّة دليل أبي يوسف؛ لأنّ المغصوب المثلي إنّما دخل في ضمان

الفاصل وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل إلى ضمان القيمة وقت الانقطاع.^٣

كما ردّ محمد بقوله:

إنّ أصل الغصب أوجب المثل خلفاً عن ردّ العين، و صار في ذلك ديناً في ذمته، فلا

يوجب القيمة أيضاً؛ لأنّ السبب الواحد لا يوجب ضمانين. و لكن المصير إلى القيمة

للعجز عن أداء المثل.^٤

كما اعترض ابن مالك على قول أبي يوسف:

بأنّ العلّة في الأصل كونه وقت وجود السبب ووجود العجز عن ردّ العين المغصوب، و

١. شرح فتح العزيز، ج ٨ ص ٢٤٦؛ حاشية الطحاوي، ج ٤، ص ١٠١؛ حاشية الكزّ، ج ٢، ص ١٥٧٩ هامش التلويح

على التوضيح، ج ١، ص ٣٢٣.

٢. المبسوط (للرخسي)، ج ١١، ص ٥٠.

٣. شرح فتح القدير، ج ٨ ص ٢٤٦.

٤. المبسوط (للرخسي)، ج ١١، ص ٥٠.

فيما نحن فيه ليس كذلك: لأنَّ العجز عن أداء المثل لم يكن متحققاً يوم النصب، وإنَّما يتحقَّق يوم الخصومة فافتراقاً.^١

و قول عند الزيدية في تلف المبيع بالعقد الفاسد بتحديد قيمة المثل المتعذَّر أوَّل يوم الضمان.^٢

و هو ما يميل إليه ابن إدريس بأنَّ العبرة بوقت السبب أو العهدة في مورد القرض.^٣ كما يظهر من كتاب التحرير في مسألة الدراهم الساقطة عن الإمامية. قال العلامة الحلي:

لو استقرض دراهم، وجب عليه ردُّ مثلها في الوزن والصفة، ولا يردّها بسكّة مخالفة لسكّة القرض، ولو سقطت تلك الدراهم، وجاءت غيرها لم يكن عليه إلّا الدراهم التي اقترضها أو سعرها بقيمة الوقت الذي اقترضها فيه.^٤

محتجّين له بسبق علم الله سبحانه وتعالى بتعذُّر المثل وقت الأداء؛ ولرواية عن يونس قال: «كتب إلى الإمام أبي الحسن الرضا عليه السلام: إنَّ لي على رجل ثلاثة آلاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام وليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما تنفق اليوم بين الناس؟ قال: فكتب عليه: «لك أن تأخذ منه ما تنفق بين الناس كما أعطيته ما تنفق بين الناس».^٥

حملاً للرواية على صورة التعذُّر جمعاً بينها وبين روايتين أخريين قد عمل بهما مشهور الفقهاء القائلين بأنَّه ليس له إلّا الدراهم الأولى.

و صرح ابن إدريس بأنَّ الحكم في القرض والغصب بسواء لا يفترقان. ثمَّ القائل

١. شرح المنار، ص ٤٥.

٢. البحر الزخار، ج ٣، ص ٣٨٢.

٣. السرائر، ج ٢، ص ١٦١، (الطبع الحجري).

٤. تحرير الأحكام، العلامة الحلي، ص ٢٠٠.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ١٥٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٠٠؛ وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٢٨٧.

بقيمة يوم القرض نادر، و مع ندرته غير جازم مع أن خلافه مقصور على مسألة الدراهم الساقطة. و عمدة دليله الرواية المخصوصة بتلك المسألة.

اعتراض: إن هذه الرواية ضعيفة الدلالة، مطروحة الظاهر، معارضة بأقوى منها، فلا يعتمد عليها. فقد روي عن يونس قال: كتبت إلى الإمام أبي الحسن الرضا عليه السلام أنه كان لي على رجل عشرة دراهم و أن السلطان أسقط تلك الدراهم. و جاءت دراهم أعلى من تلك الدراهم الأولى، و لها اليوم وضعية، فأني شيء لي عليه؟ الأولى التي أسقطها السلطان، أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب «لك الدراهم الأولى»^١.

و لما روي عن صفوان بن يحيى. سأل معاوية بن سعيد الإمام الصادق عليه السلام عن رجل استقرض دراهم من رجل، و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لا يباع بها شيء، لأصاحب الدراهم الدراهم الأولى، أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: «لصاحب الدراهم الدراهم الأولى»^٢.

٢. قيمة يوم الإعواز أو التعذر: و هو مذهب الحنابلة و عليه جماهير فقهاءهم.

قال المرادوي: «و إن أعوز المثل فعليه قيمته مثله يوم إعوازه»^٣.

و دليلهم أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل، فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف القيمي. و دليل وجوبها حينئذ أن المالك يستحق طلبها و استيفاءها، و يجب على الضامن أدائها^٤.

و هو قول الشافعية إن كان ذلك ممّا يكون في وقت و ينقطع في وقت كالعصير، وجبت قيمته وقت الانقطاع؛ لأنه بالانقطاع يسقط المثل و تجب القيمة.

و يحكى هذا عن أبي علي الزجاجي و الحناطي الماوردي و أبي خلف السلمي من

١. وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٤٨٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٩.

٢. المصدر.

٣. الإنصاف، ج ٦، ص ١٩١.

٤. المغني، ج ٤، ص ٤٢١؛ الفروع، ج ٤، ص ٥٠٧؛ حاشية الروض المربع، ص ١٥٢.

فقهاء الشافعية^١

و ذهب محمد تلميذ أبي حنيفة إلى تعيين قيمة المثل المتعذر يوم الانقطاع. و وجه قوله: إنَّ الضمان (الفصب) أوجب المثل على الضامن (الفاصب) و المصير إلى القيمة للتعذر، و التعذر حصل بسبب الانقطاع، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه في ذلك الوقت، و هو مذهب زفر، و عليه الفتوى عند الحنفية، كما في ذخيرة الفتاوى، و به أفنى كثير من المشايخ، كما في كفاية حلي و الهندية كالصدر الكبير برهان الأئمة و أصدر الشهيد حسام الدين. و رجّحه الفهستاني. و قال الإيتاني: نأخذ بقول محمد، و قال في منظومة الخلافات:

لو غصب المثلي ثمّ انصرما فالواجب القيمة يوم اختصما
و يوم غصب العين عند الثاني وحالة الفقد لدى الشيباني^٢
جاء في تبيين الحقائق:

قال محمد: يوم الانقطاع؛ لأنَّ المثل هو الواجب بفصب ذات المثل، فلا ينتقل إلى القيمة إلا بالعجز عنه، و العجز عنه يحصل بالانقطاع، فتعتبر قيمته يومئذ؛ و هذا لأنَّ المثل أعدل على ما بيّنّا، فلا يصار إلى القيمة مع القدرة عليه لفصورها، فلا تجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه؛ لأنّها خلف عنه، و لا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه، فتعيّن اعتبار قيمته يوم الانقطاع.^٣

و ردّ ابن العيني قول محمد بأنّه:

لا يضمن المثلي بالقيمة إذا غصب ثمّ انقطع المثل تحت أيدي الناس إلا يوم الخصومة؛ لأنَّ المثل القاصر لم يشرع مع احتمال الأصل، و الأصل موهوم بالترتبص إلى أوانه، و

١. نهاية المحتاج ج ٥، ص ١٦٦؛ حلية العلماء، ج ٥، ص ٢١٣؛ فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧٢.

٢. بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٥٠؛ حاشية الطحاوي، ج ٤، ص ١٠١؛ البناية، العيني، ج ٨، ص ٣٤٢؛ الفتاوى الهندية،

ج ٥، ص ١١٩؛ فتح المبین، ج ٣، ص ٣١٢.

٣. تبيين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٣.

انقطاع الاحتمال بالخصومة، وذلك وقت القضاء.^١

و هو وجه عند الإمامية في التحرير والإرشاد و غاية المرام و جامع المقاصد و مسالك الأفهام و السرائر في المبيع بالبيع الفاسد حيث أجاز ابن إدريس فيه قيمته يوم الإعواز مع دعواه أن المبيع بالبيع الفاسد يجري مجرى الفصب عند الفقهاء.^٢ و لعله نظر في ذلك إلى أن إعواز المثل بمنزلة تلف الشيء الناقل إلى قيمته عند تلفه.

و يظهر من القواعد و النهاية في القرض أن العبرة بوقت التعذر في مسألة الدراهم الساقطة؛ لأنه وقت الانتقال إلى البدل.^٣

قال العلامة الحلبي: «و لو تعذر المثل ردّ القيمة يوم تعذر المثل».^٤ و دليلهم على أن القيمة يوم الإعواز بأن اشتغال الذمة بالمثل محال عند الإعواز أو التعذر، فلا تشتغل الذمة إلا بالقيمة؛^٥ لئلا تخلو ذمة الضامن أو المديون من شاغل يكون بدلاً عن العين المضمونة أو المقرضة؛ بناءً على أن المتعذر تسليمه لا يبقى في الذمة.

و اعترض على ذلك بما يأتي:

أولاً: لو وجبت القيمة وقت الإعواز و تمكّن الضامن من المثل بعد الإعواز و لم يسلم العوض، لا يجزئ تسليم المثل؛ لاستقرار القيمة في ذمته و الأصل بقاؤها و التالي باطل.^٦

١. هامش السار. ص ٤٥.

٢. إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٧؛ مسالك الأفهام، ج ٢، كتاب الفصب (الطبع الحجري)؛ السرائر، ص ٢١٢ (الطبع الحجري).

٣. النهاية، ص ٣٨٤؛ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٧.

٤. تحرير الأحكام، ص ٢٠٠ (الطبع الحجري).

٥. رسالة في الفصب، ص ٦١.

٦. أنوار الفقهاء ج ٣ (المغلوط).

ثانياً: أن التّعذر بمجرّده لا يوجب الانتقال إلى القيمة بحسب الحكم الوضعي وإن أوجب الانتقال إليها بحسب الحكم التكليفي. فمتى لم يوجب الانتقال لما في الذمة لم يتعيّن الانتقال إلى القيمة.

ثالثاً: أن الاستصحاب القاضي ببقاء المثل في الذمة بل عموم الدليل القاضي بالاستغفال بالمثل حجة محكمة، كما أن سبق علم الله تعالى بتعذر المثل حال الأداء لا يوجب الانتقال إليها.

رابعاً: أن الواجب هو كلي المثل و تعذر وجوده ببعض أفراده لا يكون به تالفاً و معدوماً. و تنزيل ذلك في الحكم منزلة التلف يحتاج إلى دليل صالح؛ لإسقاط حق المالك من المثل إذا صبر.

خامساً: إن أريد انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في وقت التعذر، فلا دليل عليه. وإن أريد وجوب الإسقاط بالقيمة، فهو و أن حدث يوم التعذر إلا أن إسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، و ليس مكلفاً في الزمان الثاني بما يتحقّق به الإسقاط في الزمان الأول، كما نبّه عليه الشيخ الأنصاري في المكاسب.^١

٣. قيمة يوم التلف: و هو أحد الوجوه المحكميّة عن الشافعيّة في الغصب، و تلف العارية المضمونة، و الحنابلة و الزيدية و الحنفيّة في تلف المبيع بالعقد الفاسد، و الإماميّة في تلف وثيقة الرهن بالتعدي و التفرّط باعتبار قيمة المثل المعتذر يوم تلف المتلي.^٢

قال الحارثي من فقهاء الحنابلة: «يلزمه قيمته يوم تلفه»، و يبتني هذا الوجه على انقلاب المتلي بالإعواز قيمياً، و قد عرف ما فيه من الاعتراضات التي مرّ ذكرها، و

١. المكاسب ج ٧، ص ٢٤٠.

٢. الأنصاف ج ٦، ص ١٩١؛ حاشية الروضي المربع، ج ٢، ص ١٣٧٣؛ فتح العزيز، ج ١١، ص ١٢٧٢؛ نهاية المحتاج، ج

٥، ص ١٦٢؛ البحر الزخار، ج ٣، ص ٣٨٢؛ حاشية الكثر، ج ٢، ص ٥٧٩؛ جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ٢٥٨؛ نظرية

الإباحة، ص ٢٥٧؛ النهاية، ج ٢، ص ١٥٥؛ كشف المخدرات، ص ٢٩٢.

مستند هذا الوجه على ما يعتبر في المال القيمي قيمة يوم التلف.

٤. أعلى القيم من الضمان إلى التلف؛ وهو قول للشافعية،^١ وأحد الاحتمالات للشهيد الأول.^٢ وقول السيد الجزائري من الإمامية^٣ بأن كان المثل مفقوداً عند التلف أو قبله كأن غُصِبَ المثلي في شهر رجب مثلاً، وفُقِدَ المثل في شهر رمضان، وتَلَفَ المثلي في شهر شوال، فيكون المثلي مضموناً بأعلى القيم من شهر رجب إلى شهر شوال.

وهو مبني على أَنَّ المثلي مضمون بماليته وخصوصياته، والمفروض بعد إعواز المثل امتناع ضمان الخصوصيات والذات والخصائص المؤثرة في المالية حسب الفرض، ولكن ما دامت المالية مضمونة، فما لم تفرغ ذمة الضامن فهو مطالب بها، فعليه كلما زادت القيمة في فترة الضمان كانت تلك الزيادة مضمونة، ونزول القيمة بعد ذلك قبل تفرغها منها لا يكون مبرراً لها عن الزيادة، بل تبقى مشغولة بها إلى حين تفرغها منها، وهذا هو الأساس لثبوت أعلى القيم في الفترة المشار إليها.

٥. أعلى القيم من الضمان إلى حين الإعواز: ذهب فقهاء الشافعية في الراجح من أقوالهم إلى أَنَّ القيمة المعتبرة هي أعلى القيم من يوم الضمان إلى الإعواز؛ لأنَّ وجود المثل كبقاء المثلي من حيث إنه كان مأموراً بتسليم المثل كما كان مأموراً برّد المثلي، فإذا لم يفعل غُرِمَ أعلى قيمة في تلك المدة؛ إذ ما من حالة إلا وهو مطالب برّده فيها. هذا فيما لو كان المثل موجوداً عند التلف، فلم يسلمه حتى فُقِدَ.

وهو الصحيح عند السبكي وجزم به في التنبيه.^٤

١. حلية العلماء، ج ٥، ص ١٢١٣ نكحة المجموع، ج ١٤، ص ٦١: نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢.

٢. الفوائد والفوائد، ج ١، ص ٥٠٧.

٣. الصفحة المسببة كتاب الفقه (الطبع العجري).

٤. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧١: نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢.

و وجه للحنابلة في الهداية.^١

والاحتمال الثالث للشهيد الأول.^٢ والوجه الرابع عند الشهيد الثاني في مسالك الألفهم بقوله: «و رابع باعتبار الأقصى من حينه (من حين الغصب) إلى حين الإيعاز». و وجه يظهر من مراعاة أعلى القيم في القيمي؛ لأنه مضمون في جميع الأوقات، فاعتبر المثلي كذلك.

اعتراض: إنَّ ضمان أعلى القيم في القيمي على فرض تسليمه إنَّما هو من أحكام القيميات و هو ينافي ثبوت المثل، كما أنَّ ثبوت المثل في الذمة ينافي ارتفاع القيم.
٦. أعلى القيم من الضمان إلى الحكم؛ و هو أحد أقوال الشافعية، و مستنده أنَّ الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم، كما أنَّ الواجب في الغصب ردَّ العين إلى وقت التلف.^٣

٧. أعلى القيم من الضمان إلى الأداء؛ الوجه الرابع عند الشافعية.^٤

قال الرافعي:

ورابعها أقصى القيم من الغصب إلى وقت تفرغ القيمة والمطالبة بها؛ لأنَّ المثل لا يسقط بالإيعاز، ألا ترى أنَّ المنصوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملك المطالبة به، وإنَّما المصير إلى القيمة حين تفرغها.^٥

و الأصحَّ عند فخر المحققين،^٦ والاحتمال الرابع للشهيد الأول^٧ والعالمي.^٨

١. الإنصاف، ج ٦، ص ١٩١؛ حاشية الروض المريح، ج ٢، ص ٣٧٣.

٢. القواعد والفوائد، ج ١، ص ٥٠٧.

٣. حاشية العلماء، ج ٥، ص ٢١٣؛ تكملة المجموع، ج ١٤، ص ٦١.

٤. نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢.

٥. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧١.

٦. إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٥.

٧. القواعد والفوائد، ج ١، ص ٥٠٧.

٨. مفتاح الكرامة، ج ١، ص ٧٢٦.

و الوجه الثالث للشهيد الثاني باعتبار أقصى القيم من حين الغصب إلى حين دفع العوض، و هو المعبر عنه بيوم الاقباض.

كما حكى عن أشهب و عبد الملك من المالكية أخذ أرفع القيم إذا حالت الأسواق.^١
٨. أعلى القيم من التلف إلى الإعواز أو التعذر: و هو الاحتمال الثاني للشهيد الأول.^٢ و الوجه الثاني عند الشافعية. قال الرافعي:

إنها أقصى قيمة من وقت التلف المغضوب إلى الإعواز؛ لأن المثل هو الواجب، ألا أنه لما فقد تعذر الوصول إليه فينظر إلى قيمته من وقت وجوبه إلى التعذر.^٣

ثم فصل بأن الواجب عند إعواز المثل قيمة المغضوب الذي تلف على المالك أو قيمة المثل؛ لأنه الواجب عند التلف لتعذره، كما أن لأبي الطيب بن سلمة وجهين:

أحدهما: اعتبار أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت تلف المغضوب.
و ثانيهما: اعتبار أقصى القيم من وقت تلف المغضوب إلى الانقطاع؛ لأن المثل حيثنذ يجب إلى وقت الانقطاع و الإعواز.

اعتراض: إنه لم يحدد في أحكام الشرع أن الكلي الثابت في الذمة يضمن ارتفاعاته في السعر. و القياس على العين المضمونة ممنوع من وجوه:
أولاً: المنع في المقيس عليه.

ثانياً: عدم التشابه بين ما في الهبة محضاً و ما في الذمة.
ثالثاً: أن أعلى القيم مختص عند الشافعية بالغصب. و المثل غير مغضوب بل هو أشبه بغير المغضوب الذي يضمن عندهم بقيمة يوم التلف.^٤

١. الفروق، ج ٤، ص ٢٧.

٢. القواعد و الفوائد، ج ١، ص ٥٠٧.

٣. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧١؛ نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢.

٤. نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢.

٩. أعلى القيم من التلف إلى حين المطالبة: ذكره الشيخ البلاغي من الإمامية^١.
و الوجه السادس عند الرافعي من الشافعية: لأنّ الضمان يومئذ يثبت بأعلى القيم
من تلف المثلي إلى وقت المطالبة.^٢

١٠. أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم الأداء: وهو وجه عند الشافعية^٣ والحنابلة.
جاء في الإنصاف «و قيل: أكثرهما (القيمتين) قيمته يوم البدل، و قيمته يوم
التلف».^٤

١١. أعلى القيم من الإعواز إلى المطالبة: وهو قول لأبي حامد الغزالي أعلى القيم
من وقت انقطاع المثل وإعوازه إلى وقت المطالبة بالقيمة؛ لأنّ الإعواز وقت العدول إلى
القيمة، فيعتبر الأقصى من يومئذ.^٥

اعتراض: إنّ إعواز المثل لا يمنع من ثبوت المثل في الذمة، ولا يقتضي قلبه إلى
القيمة مع أنّه لم يمهّد في شرع الإسلام أنّ القيمة التي هي دين تربو بنفسها، فإنّ المثل
حين الانتقال إلى قيمته والتفريط بها غير ثابت في العهدة ولا في الذمة، فكيف يثبت
بضمان ارتفاعه في السعر؟

١٢. أعلى القيم من حين الإعواز إلى الأداء: وهو وجه للشهيد الثاني: لأنّ الإعواز
وقت الحاجة إلى العدول إلى القيمة، فيعتبر الأعلى من يومئذ إلى حين الأداء.

و يمكن الاعتراض على عدم ضمان أعلى القيم على جميع الاحتمالات، وذلك
بأنّ المناطق في مالّية المال المتداركة في المائيّة الفعلية المستقرّة، لا الحادثة الزائلة،
خصوصاً مع قلة زمان الحدوث و سرعة الزوال.

١. العقود المفضلة، ج ١، ص ١٧.

٢. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧٢.

٣. نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢.

٤. الإنصاف، ج ٦، ص ١٩١.

٥. نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢، فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧٢.

نعم، للمالك المطالبة بماله أي وقت شاء بحيث يلزم الضامن دفعها. فلو كانت من الضامن تقصير في تفويت تلك المالّة على المالك لأمكن القول باستقرارها حينئذ. كما إذا ارتفعت قيمة المثلي إلى ألف دينار مثلاً و طالبه المالك حينئذ و تمكن الضامن من الأداء و مع ذلك تساهل فيه حتّى تنزّلت القيمة و يصدق عليه تسبّبه على المالك.

و لكن إذا تبادلت القيم صعوداً و نزولاً من دون طلب المالك و لا تسبّب من الضامن إلّا مجرد الضمان الذي ربّما يكون مغفولاً عنه بالمرّة، فلا تسبّب و لا تفويت. و الشكّ في صدقهما زائداً على مستى الضمان (الغصب) يكفي لعدم صحّة التمسك بالأدلة؛ لأنّه تمسك بالدليل في موضوع لم يحرز. و من ذلك يظهر أنّه لا وجه لما ذكروا في ضمان أعلى القيم، سواء كان من حين الضمان إلى حين التلف، أم من حين الضمان إلى وقت الإيعاز، أم من حين الضمان إلى حين الأداء. إلى غير ذلك ممّا ذكروا في ضمان أعلى القيم.

أمّا دعوى أنّ زمان القيمة العليا زمان الضمان أيضاً، فتشمله أدلّة ردّ المثلي باطلّة؛ لأنّ زمان انخفاض القيمة أيضاً تشمله أدلّة ردّ المثلي، فتعيّن زمان التدارك بزمان الأعلى مجرد دعوى، بل مقتضى الأصل و القاعدة التي أرسلها الفقهاء من «أنّ الظالم لا يظلم» عدم ضمان أعلى القيم.^١

و إن اعترض على الكلام المتقدم بأن الظاهر من قوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^٢ هو التضمن بأعلى القيم من يوم الاعتداء إلى يوم الأداء؛ لفرض أنّ زمان أعلى القيمة وقع الاعتداء فيه أيضاً، فيصحّ الاعتداء بمثله.

فيمكن الجواب بأنّ المناسق من الآية في الأموال إنّما هو اعتداء بمثل المالّة المستقرّة الفعلية، لا الحادثة الزائلة، و مجرد الشكّ في كون المراد من الآية ذلك يكفي

١. مهذب الأحكام، ج ٢٦، ص ٣٦٩.

٢. البقرة: ١٩٤.

في عدم صحة التمسك بإطلاقها؛ لأنّه تمسك بالدليل في موضوع مشكوك.
هذا الكلام كلّه فيمن أخذ بالاتّجاه الثالث و هو انقلاب المثل إلى القيمة حين التّعذر.
أما على الاتّجاه الأوّل و هو اعتبار نفس العين في الذمّة، فلا ريب في ضمان
تفاوت الماليّة بمعنى أنّه إن أفرغ ذمّته حين ترقى القيمة السوقيّة وجب عليه أداء قيمته
ذلك الحين.

و أمّا لو لم يفرغ ذمّته، فاستقراره في الذمّة لا دليل عليه من نقل أو عقل، بل الأصل
النقلي والعقلي بنفيانه.

اعتراض: إنّ استقرار القيمة في الذمّة من فروع بقاء العين فيها و صحّة اعتبارها في
الذمّة، فكلّما دلّ على بهائها في الذمّة يدلّ على اشتغالها بترقي القيمة السوقيّة أيضاً.
ويمكن الجواب بأنّ للعين حيثيّات كثيرة: حيثيّة العينيّة من حيث هي، و حيثيّة
الماليّة، إلى غير ذلك من حيثيّات، و اعتبارها في الذمّة إنّما يكون من حيثيّة الأولى.
و أمّا من حيثيّة الماليّة، فهي لا اقتضاء بالنسبة إلى مراتبها و حدودها، فلا تتعيّن تلك
المراتب و الحدود إلّا بالتفريغ فقط، كما أنّ تفويت أعلى القيم على المالك لا يعدّ
إتلافاً، و قد ثبت أنّ العين المضمونة لو ردّها الضامن لا يضمن بعد مدّة التفاوت بين
قيمة الرّد و يوم الضمان.

١٣. قيمة يوم المطالبة: حكى عن أبي حنيفة و مالك و في وجهه للشافعيّة أنّ قيمة
المثل وقت المطالبة. و لمعلّ نظرهم في ذلك إلى أنّ مطالبة المالك قد أسقطت حقّ المالك
عن المثل و عيّنيت القيمة.^١

و هو ظاهر عبارة ابن إدريس و العلّامة الحلّي من الإماميّة في السرائر و تذكرة
الفقهاء بأنّ العبرة بقيمة المثل المتعذر يوم المطالبة في القرض.^٢

١. حاشية الطحاوي، ج ٤، ص ١٠١؛ دررالحكام، ج ٢، ص ٤٦٨؛ فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧٢؛ نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٢؛ الفروق، ج ٤، ص ٢٧.

٢. السرائر، ج ٢، ص ١٦٨؛ تذكرة الفقهاء، ج ٨، ص ٣٥٦.

قال العلامة الحلبي: «فإن تعذر المثل وجب رد قيمته عند المطالبة».^١

لما قيل: إن المطالبة هي المعينة للقيمة بعد شغل الذمة بالمثل.

واعترض على ذلك بما يلي:

١. أن المطالبة بمجرد ما لا توجب الانتقال إلى القيمة بحسب الحكم الوضعي وإن أوجب الانتقال إليها بحسب الحكم التكليفي، فمتى لم توجب الانتقال إلى ما في الذمة لم يتعين ما في حاله من القيمة.

٢. أن مطالبة المالك وحكم الحاكم إنما يتوجهان إلى عنوان البدل والقيمة حيث يقع التبادل والموازنة، لا خصوص قيمة شخصية أولاً وبالذات، ولأن نظر إليها نظراً ثانوياً فباعتبار كونه مصداقاً في ذلك الحال إذا وقعت بها المبادلة، كما فيمن نظر إليها عند طلب المعاوضة عن مال السلم والقرض عند التعذر.

١٤. قيمة يوم حكم الحاكم: وهو قول أبي حنيفة وصاحب رد المحتار والفتاوي الهندية ومجمع الضمانات ووجه للحنبلة، وصحيح في التحفة والبهجة والأصح في الخزانة عند الشافعية بقيد إذا انقطع في بقعة معينة دون جميع البلاد؛ لا اعتبارهم أن التحول إلى القيمة يكون وقت القضاء، لأن المثل واجب في ذمة الضامن وهو المطلوب للمالك حتى لو صبر إلى مجيء أوانه، كان له أن يطالبه بالمثل، فإنما يتحول إلى القيمة عند تحقق العجز عن المثل وذلك وقت الخصومة والقضاء.^٢

ودليلهم بأن الانتقال من المثل إلى القيمة لا يثبت بمجرد انقطاع المثل، فو صبر المالك إلى أن يوجد المثل، كان له الحق في المثل، فو أتى الضامن بالقيمة لا يجبر المالك على القبول، ولو انتقل إليها بمجرد انقطاع يجبر، كما في القيمي.

١. المصدر الثاني.

٢. التبسيط للفرخسي، ج ١١، ص ٥٠؛ كشف الأسرار، ج ١، ص ١٧٠؛ حاشية الطحطاوي، ج ٤، ص ١١٠١ ورد الحكم، ج ٢، ص ٤٦٨؛ مجمع الضمانات، ص ١١٧؛ القرو، ج ٤، ص ٥٠٧؛ الإنصاف، ج ٦، ص ١٩١؛ تكملة المجموع، ج ١٤، ص ٦١؛ حلية العلماء، ج ٥، ص ٢١٣؛ الفتاوي الهندية، ج ٥، ص ١١٩.

فينتقل المثل التمدد إلى القيمة بقضاء القاضي، فيعتبر يوم الخصومة والقضاء.^١
جاء في كشف الحقائق:

وإن انصرم المثل بقيمته لتعذر مراعاة الجنس، فيراعى المالية دفعاً للضرر بقدر الإمكان
يوم الخصومة. قال أبو يوسف: يوم الغصب. وقال محمد: يوم الانقطاع، وله أن ينتقل إلى
القيمة لا يثبت بمجرد الانقطاع، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك، وإنما ينتقل
بالقضاء.^٢

وقال الزيلعي:

ولأبي حنيفة أن المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي
بالقيمة، ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل كان له ذلك، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء
حتى لا يعود إلى المثل بوجوده بعد ذلك، فتعتبر قيمته وقت الانتقال.^٣

اعتراض: إن حكم الحاكم لا يغير ما في الذمة بحيث ينتقل المثل إلى القيمة، وإلا
لزم عدم وجوب أداء المثل عند التمكن من بعد حكومة الحاكم وقبل دفع القيمة،
لاستقرار القيمة حينئذ في الذمة، ومع العلم يمكن الرجوع إلى المثل وإعطائه إلى
المالك، فمقتضى حكم الحاكم الإلزام بدفع قيمة ما في ذمة الضامن عند الإعواز و
تفريغ ذمته من المثل ودفع قيمته.

فلو حكم الحاكم على الضامن بدفع قيمة المثل - لأجل فراغ ذمته في زمان كان
اللازم عليه دفع قيمة ذلك الزمان؛ إذ لا يتحقق الفراغ إلا به - فلو لم يدفع قيمته في ذلك
الزمان مثلاً ثم زادت قيمته أو نقصت في الزمان الثاني مثلاً، كان فراغ الذمة أيضاً بدفع
قيمة ذلك الزمان الثاني بعد فرض بقاء شغل الذمة بالمثل فيه.

وليس للحاكم تعيين قيمة ما في الذمة كما لا يخفى، وإنما له الإلزام بدفع قيمة ما في

١. البناية، ج ٨، ص ٣٢٤.

٢. كشف الحقائق، ج ٢، ص ١٩٢.

٣. تبين الحقائق، ج ٥، ص ٢٢٣.

الذمة لأجل البراءة منه و هي إنما تحصل في كلّ زمان بدفع قيمته في ذلك الزمان، كما يقتضيه شغل ذمة الضامن به إلى زمان قبض القيمة و إن حكم الحاكم بها قبل القبض.

قال الشيخ الطوسي:

إنّ حكم الحاكم بالقيمة عند الإعواز لم يؤثّر حكمه فيه، فكان له المطالبة بقيمته يوم القبض، ولا يلتفت إلى حكم الحاكم به - و دليله - إنّ الذي ثبت في ذمته هو المثل و حكم الحاكم عليه بالقيمة لا ينقل المثل إلى القيمة بدلالة أنّه متى زال الإعواز قبل القبض طولب بالمثل، وإن كان الذي ثبت في الذمة هو المثل اعتبر بدله مثله حين قبض البدل، و لا ينظر إلى اختلاف قيمته بعد الإعواز و لا قبل الإعواز.^١

فإذا ترفع المالك و الضامن إلى الحاكم بعد الإعواز فحكم بالقيمة و لم يدفعها الضامن برضى من المالك أو عدمه فاتفق زيادتها أو نقصانها، لم يلزم قيمة الحكم لو حكم الحاكم بها، فإنّ حكم الحاكم بالقيمة إنّما هو لرعاية قيمة اليوم و وظيفة الوقت و هو بمنزلة المفتي بها حتى إذا كان اختلافهما في مقدار القيمة فترافعها إليه فعين قيمة الوقت لا يجب اتّباعه فيها؛ لأنّ حكم الحاكم لا يقلّب ما في الذمة من المثل إلى القيمة، و لا يغيّر حكم الله الثابت على عامة المكلفين.

فلو أعوز المثل فحكم الحاكم بالقيمة على تقدير الإعواز و طلب المالك، فكان لازم الحكم كون المطلوب من القيمة وقت الحكم، فإن دفعها الضامن فذاك و إلّا لم يوجب الحكم تخصيصها بذلك الوقت من حيث إنّ الحكم تعلّق به؛ لأنّه وقت يجب فيه الدفع، فإن أخرّه إلى وقت آخر، فالمعتبر وقت الدفع، و لا ينافي ذلك الحكم؛ لأنّ الثابت في الذمة المثل، فلا يتعيّن إلّا بدفع بدله على كل تقدير.^٢

قال الشهيد الثاني:

١. الخلاصة ج ١، ص ٢٥٧.

٢. بلفظ الفقيه، ج ٣، ص ٤٢٠.

ولو حكم الحاكم بالقيمة على تقدير الإعواز على طلب المالك فكان لازم الحكم كون المطلوب من القيمة وقت الحكم، فإن دفعها الفاسد فذاك، وإلا لم يوجب الحكم بتخصيصها بذلك الوقت من حيث إن الحكم تعلّق به؛ لأنّه وقت يجب فيه الدفع، فإذا أخره إلى وقت آخر فالمعتبر وقت الدفع، ولا ينافي في ذلك الحكم؛ لأنّ الثابت في الذمة المثل، فلا يتغيّر إلا بدفع بدله على كل تقدير.

١٥. قيمة يوم الأداء: المشهور عند فقهاء الإماميّة والمعتبر عند أبي حامد الغزالي الشافعي والقاضي وابن عقيل من الحنابلة في قيمة المثلي المتعذر يوم الأداء في كلّ مقام اشتغلت فيه الذمة بالمثل بسبب الإتلاف أو العقد الفاسد أو القرض أو السلم على بعض الوجوه أو الغصب أو تلف وثيقة الرهن بالتعدي والتفريط، فإنّ مقتضى القاعدة في الجميع كون القيمة بيوم الأداء.^١

قال الشيخ الطوسي:

فإن أعوز المثل ضمن بالقيمة، فإن لم يقبض القيمة بعد الإعواز حتى مضت مدّة يختلف فيها القيمة كان له المطالبة بقيمته حين القبض لا حين الإعواز.^٢

و حجّته بأنّ المثل ثابت في الذمة وحكم الحاكم والإعواز لا ينقل المثل إلى القيمة، واعتبر بدل المثل هو القيمة حين قبض البديل.

قال الشهيد الثاني:

وفي القيمة المعتبرة حينئذ أوجه أظهرها عند الأصحاب اعتبار قيمته يوم الإقباض وهو تسليم البديل لا يوم الإعواز؛ لأنّ الواجب في الذمة هو المثل، وإنما ينتقل إلى القيمة عند إرادة التسليم.

وأوضح أنّ ذكر تعبير الفقهاء باليوم توسّع والمراد حين الأداء لإمكان اختلاف

١. الفروع والفوائد، ج ١، ص ٣٤٣؛ جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ١٢٥٨؛ مختلف الشريعة، ج ٢، ص ١٣٩؛ فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٧٢؛ روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٠؛ الإيضاح، ج ٦، ص ١٩١؛ حاشية الروض المرحوم، ج ٢، ص ٣٧٣.
٢. الخلاف، ج ١، ص ٢٥٧.

القيمة في ذلك اليوم، كما استحسّن صاحب ممالك الأخفام بأنّه إذا حلّ أجل السلم و تعذّر التسليم لعارض فإنّ على المالك - مضافاً إلى الفسخ - الصبر و المطالبة بقيمة المسلم فيه عند الأداء.

و صرّح العلامة الحلّي في مسألة ما لو تعذّر مثل الدراهم المقترضة، فيجب قيمتها من غير الجنس حذراً من الربا وقت الأداء لا وقت التعذّر و لا وقت القرض^١. و دليلهم أنّ المثل قد ثبت في الذمّة بمجرد التلف و أنّ مال المالك قد تبدّل بعد تلفه بمثله الكلي، و لا دليل على سقوطه عن الذمّة بالتعذّر و تبدّله بالقيمة؛ إذ الاشتغال به من خطاب الوضع الذي لا يؤثّر فيه التعذّر و التيسّر، كما أنّ أصل الدين لا يسقط بتعذّر أدائه بالضرورة.

ثمّ إنّ الذمّة مشغولة بالمثل، فيستصحب بقاء الشغل إلى حين التأديّة عنه. و تعذّر المثل لا يوجب الانتقال إلى قيمته بل تبقى الذمّة مشغولة بالمثل. فيستصحب بقاء الشغل إلى حين التأديّة عنه، و لذا يجب على الضامن أداء المثل إذا تمكّن منه بعدما كان متعذراً لو لم يسبقه دفع القيمة، بل ليس هنا شيء قابل لأن يكون موجّباً لانقلاب ما في الذمّة سوى التعذّر أو هو و المطالبة، و من البين أنّهما لا يوجبان سوى وجوب دفع القيمة، و لا يعملان لقلب ما في الذمّة؛ إذ ليس فيهما جهة اقتضاء لذلك أصلاً. فما في الذمّة بحاله، و على ما هي عليه من غير تغير أو تبدّل.

ثمّ إنّّه لما كان بحكم النقل و العقل على الضامن فوراً ففوراً تفرّغ الذمّة و تخلص نفسه من العهدة، و كان الأنسب في فراغها في المقام بحكم الإجماع و غيره هو دفع القيمة، و كان هذا تكليفاً مستمراً إلى آن الأداء و وصول الحقّ و لا يسقط بعصيان و لا يتقضّى وقته بمخالفته في الآن الأوّل و الثاني و الثالث و هكذا، و كان للمثل الذي هو دين عليه في كلّ وقت قيمته، و في كلّ زمان وظيفته فلا جرم يجب عليه في كلّ

وقت مراعاة وظيفة ذلك الوقت، كما هو الشأن في كل أمر كان كذلك، كالأمر بقضاء الفوائد و تدارك ما فات من الصلوات على القول بالمضايقة، فإنه يجب على القاضي رعاية وظيفة وقته من الصلاة قائماً أو منحنياً أو جالساً أو مضطجعاً أو مستلقياً لا وظيفية حال الأداء خاصة، و لا وظيفة حال حدوث الأمر بالقضاء، فكذلك في المقام يجب رعاية قيمة حال الأداء، فإن المكلف به ليس فرداً خاصاً من القيمة بل الكلي المعادل في المالية، و له في كل يوم شأن و في كل آن وظيفة و في كل زمان مصداق حتى أنه لو دفع في هذا اليوم قيمته السابقة لا يصدق أنه دفع القيمة، فلا يحصل الامتثال المبرئ للذمة و المفرغ للعهد. بل لو فرض أن الضامن دفع قيمة حين الأداء فاتفق زيادة قيمة المثل الذي في ذمة الضامن قبل قبض المالك لها، فعلى الضامن دفع تلك الزيادة ما لم يتحقق القبض من المالك، كما أنه لو اتفق حين الأداء و قبل قبض المالك تقيصتها فللضامن رد تلك التقيصة، و ليس للمالك المطالبة بها ضرورة بقاء المثل في الذمة، و عدم الفراغ بالشروع في الأداء في صورتين؛ إذ لا دليل على سقوطه بذلك، كما لا دليل على سقوطه بالتعذر. فلا ينتقل حق المالك إلى القيمة على وجه تفرغ من ذمة الضامن إلا حيث يتحقق الأداء.

الرأي المختار: أن مقتضى الاتجاه الأول الذي يقر ببقاء العين في الذمة سواء كانت باقية أو نالفة، و هو ما اخترته فيما سلف اعتبار قيمة المثلي يوم الأداء، لا يوم الإعواز و لا سائر الاحتمالات؛ لما عرف من أن الذمة على هذا الاتجاه مشغولة بالمثلي تنالف لا بالمثل و لا بالقيمة، وإنما يجب دفعهما للتدارك و الخروج عن العهدة على نحو يتبع في تعيين أحدهما الممكن منهما في حين إرادة التدارك، و هو قيمة يوم الأداء في الضمان.

أما في القرض، فلا مجال للقول بدخول العين المقترضة نفسها في الضمان و العهد؛ لاستلزام منع المقرض من التصرف فيها، و عدم ترتيب آثار الملكية و هو باطل كما هو معلوم. فلا بد من تحديد ماهية القرض لتحديد مناط قيمة المثل المتعذر.

إنَّ ماهية القرض من الماهيات التي اختلفت على حدودها كلمات الفقهاء، فهي مرددة بين أن تكون معاوضة^١ وبين أن تكون من الضمانات،^٢ ولكن لي محاولة في تحديد معنى القرض بنحو يمتاز عن سائر المعاوضات والضمانات، وذلك بأن ترى أنَّ المعاوضات على أقسام منها:

١. ما يكون فيها المعاوضة بين ذاتين، كما في البيع حيث المعاوضة بين الشمن و المضمن.

٢. ما تكون المعاوضة بين منفعة وعين، كما في الإجارة.

٣. ما تكون معاوضة بين فعلين، كما في الهبة المعاوضة، حيث إنَّ المعوض هبة العين من الواهب الأول، والعوض هو هبة المتَّهب الأول؛ وفاء للشرط الذي شرط عليه الواهب الأول. فالمعاوضة بين الهبتين بما هما فلا المتَّهين.

٤. أن تكون المعاوضة بين ذات مال والفعل وهو معنى القرض. فواقع القرض عبارة عن تمليك العين المقترضة بعوض على المقترض، وذلك العوض فعل المقترض أعني الوفاء، وهذا الفعل يتحدّد من حيث القرض بتعيين متعلّقه مثلاً أو قيمته، فالقرض تمليك عين بالوفاء، المتعلّق بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي. وإطلاق القرض ينصرف إلى ذلك ولا يحتاج إلى تصريح، ولو صرح به كان ذلك تأكيداً لما يقتضيه الإطلاق، فتكون قيمة المثل المتعدّد في القرض يوم الأداء أيضاً.

نعم، لو أراد العدول عن المثل أو القيمة كان متوقفاً على التراضي بين الطرفين، ولا يلزم أحدهما بغير ما اقتضاء إطلاق القرض.

و يؤكد ذلك بأنَّ المستفاد من الروايات ثبوت وجوب الوفاء في القرض فقط:

١. ما روي في صحيحة حنّان بن سدير عن الإمام أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «كلّ

١. جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ١١٦؛ حاشية رد المحتار، ج ٥، ص ١٦١.

٢. المكاسب، ج ٦، ص ٤٩.

- ذنب يكفره القتل في سبيل الله إلا الدين لا كفارة له إلا أدأوه»^١.
٢. ما رواه بشار عن الإمام أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «أول قطرة من دم الشهيد كفارة لذنوبه إلا الدين، فإن كفارته قضاؤه»^٢.
٣. ما رواه الصدوق عن الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام قال: «إياكم والدين فإنه مذكاة بالنهار مهمّة بالليل، وقضاء بالدنيا، وقضاء في الآخرة»^٣.
٤. ما روي عن الإمام الصادق عليه السلام «من استدان ديناً ولم ينو قضاؤه كان بمنزلة السارق»^٤.
٥. ما روي عن حسن بن علي الرباط قال: سمعت الإمام أبا عبدالله الصادق عليه السلام يقول: «من كان عليه دين ينوي قضاؤه كان معه من الله حافظان يعينانه على الأداء عن أمانته، وإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه المؤونة بقدر ما قصر من نيته»^٥.
- فتكون القيمة في القرض على ما تقدّم هي قيمة المثل المتعذر يوم الأداء.

تحديد قيمة المثل المتعذر في القانون

ذكر القانون المدني العراقي في مورد القرض بأن المثل المنقطع عن أيدي الناس تجب قيمته يوم القرض، فقد جاء في المادة «٦٩١» بأنه إذا لم يكن في وسع المستقرض ردّ مثل الأعيان المقرضة بأن استهلكها، فانقطعت عن أيدي الناس، فللمقرض أن ينتظر إلى أن يوجد مثله، أو أن يطالب بقيمتها يوم القبض.^٦

١. وسائل الشيعة ج ١٢، ص ٨٢ و ٨٥ - ٨٦ و ٩٥.

٢. المصدر.

٣. المصدر.

٤. المصدر، ص ٨٦.

٥. المصدر.

٦. القانون المدني العراقي، ص ١٢٣، الموسوعة القانونية العراقية، ج ١، ص ٢١٥.

و مثال ذلك إن يقرض بائع كتب بائعاً آخر كتباً لبيعها بشرط أن يرده كتباً أخرى مثلها من نفس النوع و نفس الطبعة، فإذا نفذت الطبعة فقد استحال على المقرض تنفيذ التزامه استحالة مؤقتة، و يكون قد انقطع و تعدّر المثل، فتجب قيمة الكتب حين قرضها.^١

و ذكر شراح القانون العراقي تعيين قيمة المثل المتعدّر في الضمان بيوم الضمان.^٢ كما أوضحت قرارات التمييز بأنّ تعيين قيمة المثل بيوم الضمان و القرض و التلف.^٣ ويلاحظ أنّ القانون المدني قد خلط بين سبب الضمان و المضمون، فإنّ السبب يقتضي الضمان يوم حدوثه و لكن لا يحدّد المضمون هل هو المثل أو القيمة؟ و على تقدير تحوّل من المثل إلى القيمة لتعدّر المثل، فوقت التحول ليس لتأثير سبب الضمان في ذلك؛ فإنّ المقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني في تحديد قيمة المثل المتعدّر أو المثلي عند تعدّر مثله على المختار بيوم الأداء، يوقفنا على دقّة و عمق و سعة الفقه الإسلامي عمّا سواه.

المبحث الخامس: التمكن من المثل بعد دفع القيمة

إذا طالب المالك بالقيمة من جهة عدم التمكن من المثل و دفع الضامن القيمة ثمّ وجد المثل و لم يرض بها المالك، فهل يجب على الضامن إعطاء المثل ثانياً و استرجاع القيمة أم لا يجب ذلك؟ فهتالك قولان:

القول الأوّل: عدم وجوب دفع المثل و استرداد القيمة
هو قول الحنابلة و المشهور من الإمامية، بل أدعي الإجماع عليه، و الأصحّ عند

١. العقود المسماة، ص ٢٢٥.

٢. الحقوق العينية الأصلية، ج ١، ص ١٢٧ محاضرات في القانون المدني العراقي، ص ١٤.

٣. مجموعة الأحكام المطبوعة، ج ٤، ص ٤٢، سنة ١٩٢٥، رقم القرار «٨٤٤»، مدنية، تاريخ القرار ٨ أ، ١١، ١٩٨١.

الشافعية. لأنَّ أخذ المالك القيمة بعنوان استيفاء الدين والحق بغير جنسه برضى من له الحقّ و هو مبرئ للذمة و مفرغ للعهد بالمرّة بحيث لو تمكّن الضامن من المثل بعد ذلك لم يجب عليه دفعه؛ لو صول بدل الحقّ إلى مستحقّه برضاً منه، و هو ممّا لا خلاف فيه و لا شبهة تعتريه.^١

قال السيوطي: إنّه إذا غرّم الضامن قيمة المثل في الغصب أو الإلتلاف أو السلم أو القرض، فالأصحّ أنّه لا رجوع للمالك بالقيمة لأخذ المثل بعد وجدانه.^٢

و جاء في كتاب الفروع للحنبلة: أن الضامن إذا غرّم القيمة ثمّ قدر على المثل لم يرد القيمة في الأصحّ.^٣

و ذهب العلامة الحلبي إلى أنّه لو تمكّن الضامن من المثل بعد أداء القيمة وقت الإعواز لا يجب عليه دفع المثل إلى المالك، و استرداد القيمة، كما يجب ذلك في بدل الحيلولة بقوله:

و مهما غرّم الغاصب أو المتلف القيمة لإعواز المثل ثمّ وجد المثل هل للمالك برّة القيمة و طلب المثل؟ الأقرب المنع لبراءة ذمّة الغاصب بأداء بدل المثل، فلا تعود الذمّة مشغولة بالمبدل، كما لو صام الفقير عن الكفّارة ثمّ استطاع العتق بخلاف ما لو غرّم قيمة العبد ثمّ وجد؛ لأنّ القيمة ليست بدلاً عن العبد حقيقة، و إنّما هي مأخوذة للحيلولة؛ و لأنّ العبد عين حقّ المضروب منه و المثل بدل حقّه، و لا يلزم من تمكين المالك من الرجوع إلى عين حقّه تمكينه من الرجوع إلى بدل حقّه.^٤

و ادّعى صاحب جواهر الكلام عدم الخلاف في ذلك بأنّ دفع القيمة وقت الإعواز

١. الفروع، ج ٤، ص ١٥٠٧ شرح فتح القدير، ج ٨ ص ٢٤٦؛ الأنشبه النظار، ص ٢٠٨؛ فتح المعز، ج ١١، ص ٢٧٥؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٩، (الطبع العجري).

٢. الأنشبه و النظار، ص ٢٠٨.

٣. الفروع، ج ٤، ص ٥٠٧.

٤. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٩ (الطبع العجري).

تبرئ ذمة الضامن حتى لو تمكّن من المثل بعد ذلك لم يجب عليه دفعه، و فرّق بين المقام و بين ما يؤدّي في بدل الحيلولة بين المالك و ملكه، فإنّ المقام شبه أداء الدين بغير جنسه مع التراضي بخلاف ما يؤدّي للحيلولة؛ فإنّه ليس بدلاً عن العين نفسها بل هو بدل عن حيلولتها.^١

و هذا قول مبني أولاً على بقاء المثل في الذمة و عدم انتقاله إلى القيمة إلا حين الأداء و هو مقتضى الاتجاه الثاني كما تقدّم. فلا وجه لعود المثل ثانياً إلى الذمة؛ لأنّه دين في الذمة، فقد سقط بأداء عوضه مع التراضي، فلا يجوز لصاحب الدين أن يرجع إلى الساقط ثانياً؛ لأنّ الساقط لا يعود إلا أنّ السيّد الخوئي لم يستبعد دفع المثل بعد أن دفع الضامن القيمة على القول بعدم انقلاب المثل المتعذر إلى قيمي و بقاء المثل في الذمة؛ لأنّ دفع القيمة من جهة دفع البدل، و عليه فيجب دفع نفس ما اشتغلت به الذمة عند التمكن منه، كما ناقش دعوى أنّ بدل الحيلولة مختصّ بالأعيان و محلّ البحث في الذمم، فلا صلة بينهما بوجه بتوضيح أنّ مدرك وجوب بدل الحيلولة إنّما هو قاعدة الجمع بين الحقيين، و من الواضح أنّه لا اختصاص لهذه القاعدة بالأعيان، بل تعمّ الذمم أيضاً، فيستظهر وجوب دفع المثل عند وجوده دون القول بالانقلاب. و لكنّه يستدرك بقوله:

و لكن الصحيح عدم وجوب دفع المثل مطلقاً، و ذلك أنّه لم يثبت وجوب دفع بدل الحيلولة من أصله و لم يدلّ عليه دليل شرعي و لا عقلي.^٢

ثانياً: أنّ تعذر المثل أوجب تبدّل العين المضمونة من مثليّة إلى قيمية، بمعنى أنّها كانت مثليّة. و بعد تعذر المثل انقلبت قيمية. فعدم عود المثل إلى الذمة ثانياً أولى منه في فرض الاتجاه الأول؛ لأنّ المدفوع وقتئذ إنّما هو نفس الموجود في الذمة لا عوضه، أي القيمة.

١. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٨.

٢. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٧١.

القول الثاني: وجوب دفع المثل و استرداد القيمة

و هو أحد قولي الشافعية بأنه لم يسقط عن ذمة الضامن بدفع القيمة على وجه لو تمكن منه بعد ذلك. فلا بدّ حيثئذ من استرداده كبذل الحيلولة و السلطنة الفائتة بالتعذر لا بعنوان بدل نفس المثل، بل بعنوان الملكية الفعلية المتعذرة نظير بدل الحيلولة حال وجود العين المفصوبة و تعذر ردّها.

جاء في فتح العزيز:

لو غرم الغاصب أو المتلف القيمة لإعواز المثل ثم وجد المثل، هل للمالك ردّ القيمة و طلب المثل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنّه حقّ المثل وإتّما أخذت القيمة للعجز عنه، وإذا حصلت القدرة عدل إليه، كما إذا غرم قيمة العبد الآبق ثم عاد.^١

و توضيح ذلك أنّ وجوب دفع القيمة على الضامن عند مطالبة المالك إتما كان لأجل دفع ظلامته بما لا ينافي مراعاة الضامن، و عدم ظلامته أيضاً كما سبق، و هو كما يتحقّق بدفع القيمة بدلاً عن المثل بحيث يسقط المثل عن ذمة الضامن أصلاً. كذلك يتحقّق أيضاً بدفع القيمة على أنّها بدل مراعى إلى حين تمكن الضامن من المثل فيدفع و يستردّ القيمة، و حينئذ فالشكّ في فراغ ذمة الضامن من المثل - بعد اليقين بشغل الذمة به - متحقّق فيستصحب بقاؤه حتى يحصل اليقين بالفراغ.

و يستظهر ممّا تقدّم أنّ دفع القيمة في المقام يوجب براءة ذمة الضامن من المثل براءة متزلزلة مقيّدة بعدم التمكن من المثل، فإذا تمكن منه عادت الذمة مشغولة به؛ فإنّه لا دليل على فراغ ذمة الضامن بهذا المعنى.

و بعبارة أوضح أنّ دفع القيمة إلى المالك على أنّها باقية على ملك الضامن حقيقة و

إنما أبيع للمالك التصرف بها إلى حين قبض ماله الذي هو في ذمة الضامن، فيكون المثل مستقرّاً في ذمة الضامن و قيمته في يد المالك إلى حين دفعه له، فيرجع حينئذ بالقيمة و يكون قد أخذ كلّ واحد منهما ماله الذي لم يتحوّل إلى ملك الآخر أصلاً؛ إذ به ترتفع ظلامة المالك بما لا ينافي مراعاة الضامن، فيستصحب استقرار المثل في الذمة إلى حين اليقين بالفراغ.

اعتراض: إنّ ما ذكر أعلاه مناف لحقّ الضامن؛ إذ على تقدير موته قبل التمكن من دفع المثل تبقى ذمته مشغولة بالمثل و ماله في يد المالك، فيكون المالك حينئذ قد جمع بين الحقيقتين.

الجواب: إذا فرض موت الضامن و نحوه، فلا بدّ للمالك من قبول القيمة بدلاً عن المثل أو شراء المثل بها؛ تحصيلاً لبراءة ذمة الضامن ميّناً كحاله حيّاً في كون ماله في يد المالك ينصرف به إلى حين التمكن من المثل.

إنّ هذا القول مبني على الاتجاه الثالث القائل بأنّ تعدّد المثل قد أوجب انقلاب المثل الثابت في الذمة إلى القيمة، فكأنّه تلف بتعدّده فلمت قيمته.

فاحتمل وجوب المثل عند وجوده؛ لأنّ القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، و أنّ حكمه إنّما هو عود المبدّل عند انتفاء الحيلولة.

اعتراض: إنّ الالتزام بدفع القيمة في هذا الفرض على الاتجاه الثالث القائل بأنّ تعدّد المثل يوجب الانقلاب إلى القيمة هو لأجل انقلاب المثل إلى القيمة لا دفع البدل من جهة الحيلولة؛ لأنّه لا يجتمع مع الانقلاب كما هو مفروض؛ فإنّ المدفوع على فرض الانقلاب إنّما هو نفس ما اشتغلت به الذمة لا أنّه بدله، فلا فرق بين أن تنقلب العين الثالثة قيمية و بين أن ينقلب المثل الثابت في الذمة قيمياً.

الرأي الراجح:

التحقيق أنّ ذمة الضامن قد برئت من الدين بدفع القيمة؛ إذ بدفها قد حصل الوفاء و لا معنى لبقاء اشتغال ذمة الضامن بعد ذلك بالمثل؛ لانقطاع مقتضيه و عدم حصول

سبب آخر، ووجوب أداء المثل ثانياً يحتاج إلى اشتغال جديد، بل لو أراد بقاء ذمته مشغولة بالمثل بعد دفع القيمة لزم الجمع بين العوض والمعوض، وأما دعوى أن المأخوذ في المقام ليس عوضاً عما في الذمة وبقاء به، وإنما هو بدل من السلطنة على المثل الفائت فواهية؛ لأنَّ كَيْفِيَّةَ التدارك موكولة إلى العرف فإذا عرض الأمر إليهم فهم لا يحكمون في الديون باستحقاق المالك على المدين بأمرين: أحدهما: المثل و الآخر السلطنة عليه، وإنما يحكمون بحق واحد، بخلاف ما إذا تعذر رد المضمون مع وجوده لسرقه مثلاً؛ فإنَّهم يفتككون بين السلطنة وأصل المال، فقياس ما نحن فيه ببدل الحيلولة قياس مع الفارق، ولذا ذكر الفقهاء في المقاصاة أنَّ ذمة المدين تتبرأ بعد المقاصاة، وما نحن فيه أولى منها، بل قد عرفت التشكيك في أصل بدل الحيلولة أصلاً؛ فإنَّ وجوب دفع القيمة مع بقاء المبدل منه في ملك المالك يفتقر إلى دليل واضح ولا دليل يدل عليه.

الفصل الثاني:

سقوط و نقصان و زيادة قيمة المثل

المبحث الأول: سقوط المثل عن المالية

لو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن المالية بالمرّة، كما إذا أتلّف الضامن على المالك ماء في مفازة ثم اجتمعاً على جرف نهر أو أتلّف عليه ثلجاً في الصيف، ثم اجتمعاً في الشتاء، أو أخذ ملحاً في محلّ يندر وجوده فيه وله قيمة عند موضع معين، و عوضه في مكان ليس له فيه قيمة، كقرب مناجم الملح مثلاً فهل سقوط المثل عن المالية يؤدي إلى انتقال القيمة؟ و معلوم أنّ الانتقال من المثل إلى القيمة في صورة التعذر إنما كان لأجل تعذر المكلف به الذي هو المثل، فيكلف بدفع القيمة لغرض التعذر، و لكن للمثل هنا وجود خارجي مع فقد المالية فهل يدفع نفس المثل أو القيمة؟

المطلب الأول: القول بدفع القيمة

المشهور عند الفقهاء و الأقرب في تذكّر الفقهاء و الدروس و جامع المقاصد القول بدفع قيمة المثل لو خرج المثل عن المالية باختلاف الزمان أو المكان.^١

١. تذكّر الفقهاء، ص ٢٨٠ (الطبع الحجري)؛ الدروس: الشريعة، كتاب القصب، (الطبع الحجري)؛ جامع المقاصد

ج ٢، ص ٧٩، (الطبع الحجري)؛ حاشية سليمان الجمل، ج ٣، ص ٤٧٨؛ حواشي الشيرازي وابن قاسم العبادي، ج ٦،

جاء في إيضاح الفوائد «و هو الأصح لأنّ الاعتبار في المعاملات و الضمانات بالقيمة؛ لعدم ملك و ضمان ما لا قيمة له، و لا تصحّ المعاملة عليه، فتكون معتبرة في الممانلة من جهة المالية»^١.

قال البجيرمي: «إنما يضمن المثلي بمثله إذا بقي له قيمة، أي و لو تافهة، فالواجب فيه المثل؛ لأنّه الأصل، لا يعدل عنه إلّا إذا زالت ماليته»^٢.

و دليلهم أنّ المثل لو سقط عن المالية بالمرّة لم يكف أداء المثل، بل يجب على الضامن أداء ماليته؛ لأنّه و إن حكم بشبوت المثل في الذمّة - بعد تلف العين - إلّا أنّه ليس على وجه الإطلاق، بل بما أنّه مال فإذا سقط المثل عن المالية انتقل الضمان إلى القيمة.^٣

اعتراض: ما ورد في رواية الدراهم الساقطة عن الرواج يدلّ بإطلاقها على جواز ردّها إلى مالكيها الأوّل و إن سقطت عن المالية و هي ما روي عن يونس. قال: كتبت إلى الإمام أبي الحسن الرضا عليه السلام أنّه كان لي على رجل عشرة دراهم و أنّ السلطان أسقط تلك الدراهم و جاءت دراهم أعلى من تلك الدراهم الأولى و لها اليوم وضیعة، فأني شيء لي عليه، الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب «لك الدراهم الأولى»^٤.

فإذا ثبت هذا المعنى في الدراهم ثبت في غيرها؛ لعدم القول بالفصل. الجواب: أنّ الدراهم كانت لا تصاغ إلّا من الفضة، فلا معنى لسقوطها عن المالية بالمرّة فلا إشعار في ذلك بجواز ردّ الدراهم الساقطة عن المالية إلى مالكيها الأوّل، فضلاً عن الدلالة عليه.

١. إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٢٧.

٢. حاشية البجيرمي، ج ٣، ص ١١٨.

٣. حاشية الشيرازي و ابن قاسم العبادي، ج ٦، ص ٢٦ بواخر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٩.

٤. رواه محمد بن الحسن الصفار، عن محمد بن عيسى، عن يونس. وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٤٨٨.

المطلب الثاني: القول بدفع المثل

هو الاحتمال الأول في إيضاح الفوائد بإطلاق النص بوجوب المثل،^١ و مال إليه صاحب جواهر الكلام بتكليف الضامن بالمثل وإن سقط عن المائبة. وأدلتهم على ذلك:

١. أن المبنى المشهور عند الفقهاء اعتبار المثل في ذمة الضامن؛ وذلك لأن المثل ملك للمالك فيجب دفع ملكه، فكما أن العين المضمونة بالنصب أو بالبيع الفاسد لو كانت موجودة وجب دفعها بنفسها وإن لم تحمل سعراً سوقياً، كذلك المثل المضمون عند تلفه؛ ضرورة عدم فارق في البين بالنسبة؛ لوجوب الدفع بين السقوط عن المائبة حين الرد أم لا.^٢

اعتراض: أن معنى شغل الذمة بالمثل في المثليات هو أن المثل لا موضوعية له من حيث التدارك، بل طريق لتدارك التالف وهو المال بالحمل الشائع،^٣ وذلك إذ لا معنى للتدارك بما لا مائبة له.

نعم، لو كان لعنوان المثل موضوعية كما في القرض كان الأمر كذلك؛ فإن هنا فرقاً واضحاً بين ضمان الغرامة و ضمان اليد، فوجوب دفع العين يكون على مقتضى قاعدة اليد، ولكن المثل هاهنا ضمان الغرامة ولا يماثل ضمان اليد.

٢. أن المثل الذي تعهد به الضامن هو المماثل بالذات والصفات. أما الحيثية المائبة، فلم تكن متعلق الضمان في المثليات؛ وذلك لبداية أن تعهد الضامن به إنما هو لأجل جهاته الذاتية والوصفية دون المائبة، والدليل على ذلك عدم

١. إيضاح الفتاوى، ج ٢، ص ١٧٧.

٢. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٩.

٣. العمل الشائع هو الحمل الذي يكون الاتحاد فيه في الوجود والمصدق، و المقارنة بحسب المفهوم، و كون الموضوع من أفراد مفهوم المحمول و مصاديقه مثل «الإنسان حيوان». المنطق للمنظر، ص ٩٦.

ضمان زيادة مالية المثل و نقصانها، كما لو كان سعره عند التلف أكثر. فللضامن دفع المثل من دون أن يتدارك الفرق بين وقت التلف و وقت الأداء، وكذا الحال بالنسبة؛ لنقصان قيمة المثل فيستكشف عدم العبرة للحيثية المالية في المثل؛ لوضوح أنه لو كانت معتبرة للزم أداء ما به التفاوت في كلتا الحالتين، بل المعتبر فيه الذات. و الصفات.^١

اعتراض: إن ثبوت المثل في الذمة ليس على نحو الموضوعية، بل يحمل عنوان الطريقتية إلى التدارك، و من المعلوم أنه لا معنى لتدارك المال بالساقط عن المالية. ثم إن قياس سقوط المثل عن المالية بما تتغير مالية المثل من زيادة أو نقصان قياس مع الفارق.

٣. الأصل ضمان الأموال المثلية بانمثلة، فلو شك الضامن بأن المضمون به انتقل إلى القيمة بسقوط المثل عن المالية أم لا؟ فاستصحاب عدم الانتقال محكم، فيحكم ببقاء المثل في الذمة.^٢

اعتراض: إن استصحاب بقاء المثل في الذمة مما لا شبهة تعتريه إلا أن تدارك المال لا يكون إلا بالمال لا بشيء لا مالية له، فلا يتحصل شك لكي يستصحب الأصل كما يضاف إلى ذلك بأن ثبوت المثل في الذمة - بناء على اشتغال الذمة بالمثل في المثلي بعد ائتلف - وإن كان لأجل كونه مثلاً إلا أن المثلية تنقوم بالمالية و الصفات الذاتية المؤثرة في المالية و المؤثرة في رغبة الناس في الاقتناء. فالمماثلة لا تتحقق بمجرد التشابه في الشكل و الصورة، فعليه مع سقوط المثل عن القيمة ما هو متوفر في يد الضامن أو هو متمكن منه ليس بمثل حسب الواقع، فلا معنى لجريان الاستصحاب حينئذ.

١. إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٧.

٢. دليل الفقه، ج ٢، ص ١٩٢.

الرأي الراجح: الراجح هو القول بدفع القيمة في ضمان المثل الساقط عن المائتة؛ لأنّ الضامن يضمن الشيء بنفسه و وصفه و مائتته بحكم الكلمة الجامعة، فيجب عليه تداركه بجميع جهاته بدفعه إن كان موجوداً أو بدفع بدله أو بدل ما فات منه إن كان معدوماً، فلا مناص من دفع القيمة ليحصل به تدارك المائتة الفائتة التي هي العمدة في باب الضمان.

المطلب الثالث: تعيين قيمة المثل الساقط عن المائتة

وقع الاختلاف بين الفقهاء في تعيين قيمة المثل الساقط عن المائتة بناءً عن القول الثاني بأنّ المثل الساقط عن المائتة يضمن بالقيمة. وهذه القيمة المعتبرة هل هي قيمة يوم حدوث سبب الضمان (الغصب أو القرض) أو مكانه، أو أدنى القيم التي تفرض للمثل أو القيمة الوسطى؟

أولاً: قيمة أوّل يوم الضمان و مكانه: صريح القواعد هو وجوب قيمة أوّل يوم الضمان و مكانه للمثل الساقط عن المائتة.^١ والظاهر من قول السيّد السبزواري:

أنّه يراعى قيمة المغضوب في زمان الغصب و مكانه، لعدم الموضوع لملاحظة زمان الأداء لفرض ذهاب المائتة رأساً إلى أن تلحق المائتة التقديرية، ولا دليل على ذلك من عقل أو نقل، فيكون المنساق من أدلة ردّ المغضوب حينئذ هو زمان الغصب و مكانه بعد عدم أمانة معتبرة على الخلاف.^٢

و هو قول الشافعية.^٣ جاء في حاشية الجمل: فلو أتلّف ماء بمفازة مثلاً ثمّ اجتمعاً عند النهر وجبت قيمته بالمفازة.^٤

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٧٧.

٢. مذهب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٧٣.

٣. حواشي الشيرازي وابن قاسم المبادي، ج ٦، ص ٢١.

٤. حاشية الجمل، ج ٣، ص ٤٧٨.

و جاء في الأنوار لأعمال الأبرار:

لو خرج المثلي باختلاف الزمان والمكان عن التقويم بأن ألتف ماء في مفازة أو جمداً في الصيف واجتمعاً في شطّ نهر أو في شتاء، لم يكن للمتلف بذل المثل ولزمته قيمة المفازة والصيف ولا تراذ.^١

ثانياً: أدنى قيم المثل: اعتبر بعض الفقهاء كصاحب الجواهر والشيخ الأنصاري^٢ وجوب أدنى القيم أو قيمة زمن سقوط المثل عن المائتة؛ لأنّه في جميع حالاته التي كان معها متمولاً ومتقوماً يجب ردّ المثل لا بدل المثل وهي القيمة.

فإذا سقط المثل انتقل من حينه إلى القيمة، فيراعى قيمته في ذلك الحين؛ لأنّ سقوط المثل عن المائتة بحكم التلف، وهكذا يقال في العين الخارجة عن المائتة على القول بوجوب دفع القيمة دون العين، مثاله: لو غصب شخص ماءً في مفازة وحمله إلى النهر وفرض نزول قيمته شيئاً فشيئاً بأن يكون كلّما يقترب من النهر نزلت قيمته إلى أن يخرج عن المائتة، فتشتغل ذمته بالقيمة عند ذهاب المائتة بالمرّة.^٣ قال السيّد الخوئي:

الظاهر هو قيمة سقوط المثل عن المائتة؛ وذلك لأنّ الثابت في ذمّة الضامن بعد تلف العين إنّما هو المثل، وأنّه باق فيها إلى حين الأداء، وعليه فيحكم ببقاء المثل في الذمّة إلى زمان سقوطه عن المائتة، وحينئذ فينتقل الضمان إلى القيمة.^٤

لعدم الدليل على استحقاق المالك عليه أكثر من ذلك، فإنّ المثل بحكم ما دلّ على ضمان المثلي بالمثل، وإن تعدّد ثابت في الذمّة، ويحصل البراءة منه بدفعه في أيّ حال، وعلى أيّ قيمة يكون، ومنها حالة أدنى القيم، فالقدر الثابت وجوبه هو الأدنى و

١. الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٤٠.

٢. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٩؛ المكنب، ج ٧، ص ٢٣٣.

٣. رسالة في القصب، ص ٦١.

٤. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٦٩.

لا دليل على وجوب غيره؛ ولأنه أقرب إلى يوم الأداء من غيره.

اعتراض: عدم حصول تدارك المائتة الفائتة بدفع أدنى قيمة المثل على أن مدرك هذا الدليل خاص، وإلا فالدليل العام قاض بتدارك المائتة الفائتة بالغاً ما بلغت، ولازمه رعاية ماليته حال أوّل الضمان (الغصب) أو القرض.

الرأي المختار: ينبغي ملاحظة أمور ثلاثة مقدّمة لعرض الرأي المختار:

الأول: تقدّم أن مقتضى أدلة الضمان استقرار العين المضمونة على الإطلاق في الذمة، وتستمرّ فيها إلى حين انتفريغ الفعلي بالمثل أو القيمة، ويبتني على هذا بأنّ التحوّلات في القيمة السوقية الطارئة المتخلّلة بين الضمان والتفريغ لا تكون مضمونة. الثاني: أن باب الضمانات لا يمكن الاحتياط فيه؛ لأنّ الاحتياط إمّا بدفع الزيادة للمالك وإمّا بتنقيص ما يحتمل ثبوته على الضامن. وفي الأوّل احتياط بإيصال الحقّ إلى المالك، وفي الثاني احتياط بعدم إلزام الضامن بما لا نعلم ثبوته عليه. فلو كان متبني الاحتياط أحد الخصمين، فله الحقّ أن يتنازل احتياطاً للآخر إلا أن الفقيه والباحث ليس له الحكم بأيّ منهما؛ إذ ملاحظة أحدهما تقتضي هضم حقّ الآخر، فالمسألة في مقام الحكم الفقهي تدور بين محذورين.

الثالث: أن دعوى ملاحظة قيمة يوم الضمان لا يتلام مع الالتزام باشتغال الذمة بالعين، كما أن دعوى ملاحظة أدنى القيم هي القيمة الأخيرة قبل سقوط المثل عن القيمة. لا وجه له على المباني كافة، فإنّه لو فرض أن الذمة مشتغلة بالعين مادامت باقية وبالمثل مع تلفها، فإنّ شغلها بالمثل ليس يعاقل التالف؛ لأنّ المماثلة لا بدّ أن تكون كذلك في المائتة والخصوصيات، وليس فقط في الشكل والصورة. فملاحظة القيمة الدنيا التي بالقياس إلى مائتة المضمون لا يعدّ شيئاً وفيه ظلم على المالك، كما أن فتح مثل هذا الباب يجرئ الناس على اتّخاذ ذلك تجارة مربحة، فمثلاً لو كان لنماء الصافي المقطر قيمة عالية في بعض المناطق فيغصبه الغاصب ثمّ يستصحب الغاصب المالك إلى منطقة يباع فيها ذلك الماء بقيمة ضئيلة قريبة السقوط ليوفيه تلك القيمة.

أليس هذا ظلماً على المالك؟

ففي ضوء هذه الأمور لا ينبغي الحكم بقيمة يوم الضمان أو مكانه؛ إذ المفروض أنَّ الثابت في الذمة العين إلى حين تفريغ الذمة، وملاحظة قيمة ذلك اليوم أو المكان دون سائر القيم، ترجيح بلا مرجح، ولا دليل عليه.

و معلوم أنه ليس دائماً نزول القيمة مستمراً إلى حين الأداء بحيث لا تفرض الزيادة؛ إذ يمكن فرض صعود القيمة في مكان أو زمان ثم النزول إلى أن تسقط القيمة، فملاحظة قيمة وقت معين أو مكان تفتقر إلى دليل كما لا يمكن ملاحظة قيمة يوم الأداء؛ لأنَّ فيه ظلماً على المالك، ولا أعلى القيم من حين الضمان إلى حين الأداء؛ إذ لا دليل عليها، كما أنه ينافي استقرار العين في الذمة إلى حين التفريغ، فالمخلص الوحيد من المثل هذه المسألة إلزام الخصمين بالمصالحة، وبهذا تبرأ ذمة الضامن و المالك.

المبحث الثاني: نقصان قيمة المثل عن قيمة المثلي

المشهور عند الفقهاء أنه لو نقصت قيمة المثل عن قيمة المثلي فللمالك المثل خاصة، وأنَّ حاله كحال المثلي إذا نقصت قيمته السوقية من غير حصول نقص فيه، فكما يرد المثلي فكذلك يرد المثل هنا.^١

قال السيّد الخوئي:

إنَّ نقص القيمة السوقية لا يضمن عند أداء نفس العين، فكيف يضمن عند أداء مثله؟ و عليه، فإذا أخذ شيئاً بالبيع الفاسد ثم نزلت قيمته لم يجب عليه شيء زائداً على ردِّ نفس المبيع، فإذا تعذر ردُّه لتلف و نحوه انتقل الضمان إلى مثله من دون زيادة.^٢

١. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٨٥؛ حاشية البجوري، ج ٢، ص ١١٨؛ الخوئي على شرح مختصر الخليل، ج ٦، ص

١٣٥؛ النجني، ج ٤، ص ٣٦٥؛ حاشية رد المحتار، ج ٥، ص ١٦٢؛ الفروق، ج ٤، ص ٣٢.

٢. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٥٩.

و أذعى السيد السبزواري الإجماع على ذلك، و استدَلَّ بإطلاق أداء المثل و أصالة البراءة عن الزائد عن المثل بقوله:

لو وجد المثل، و لكن تنزَل قيمته لم يكن على الفاسب إلا إعطاؤه، و ليس للمالك مطالبة بالقيمة، و لا بالتفاوت لإطلاق أداء المثل و أصالة البراءة عن الزائد عليه و ظهور الإجماع. فلو غصب متناً من الحنطة في زمان كانت قيمتها عشرة دراهم و أثلثها و لم يدفع مثلها قصوراً أو تقصيراً إلى زمان قد تنزَلت قيمتها فيه و صارت خمسة دراهم لم يكن عليه إلا إعطاء من من الحنطة و لم يكن للمالك مطالبة القيمة و لا مطالبة خمسة دراهم مع من من الحنطة.^١

و قال ابن قدامة: إن المستقرض يرد المثل من المثليات سواء رخص سعره أو غلا أو كان بحاله.^٢

و جاء في حاشية رد المحتار: كل ما يكال و يوزن لما مرَّ أنه مضمون بمثله فلا عبرة بغلانه أو رخصه. ذكره في المبسوط من غير خلاف، و جعله في البزازية و غيرها قول الإمام.^٣

و قال البجيرمي من الشافعية: إنما يضمن المثل بمثله إذا بقي له قيمة، أي و لو تافهة، فالواجب فيه المثل؛ لأنه الأصل، فلا يعدل عنه إلا إذا زالت مالهته من أصلها.^٤

و قد يناقش هذا الرأي بأن العمدية في الضمانات تدارك المالته، و هي لا تحصل بأداء المثل بعد تنزله سيما إذا كان كثيراً لأن الواجب على الضامن تدارك ما فات على المالك من أصل المال و صفاته التي أعظمها المالته، و مجرد ثبوت معادله في الذمة في حال التلف لا يحصل به تدارك ما فات منه، بل التدارك إنما يحصل بالأداء.

١. مهذب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٧١.

٢. المغني، ج ٤، ص ٣٦٥.

٣. حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج ٥، ص ١٦٢.

٤. حاشية البجيرمي، ج ٣، ص ١١٨.

و يمكن الجواب عنه بأنّ عمدة ما يدلّ على الضمان هو الضمان أولاً بالمعادل التامّ وهو المثل ما دام له مالّية، أي ضمان المثلي بالمثل.

المبحث الثالث: زيادة قيمة المثل عن المثلي

إذا لم يجد الضامن المثل إلّا بأكثر من ثمن المثلي إمّا لعزّته وإمّا لعدم وجوده إلّا عند من يطلبه بأكثر من قيمته أو لكثرة الراغبين فيه. فهل يجب على الضامن شراؤه و دفعه إلى المالك؟ أو لا يجب ذلك؟ بل لابدّ أن يصير المالك إلى أن يكثر المثل أو تنزّل قيمته السوقية أم يفصل بين ما كانت زيادة القيمة من جهة السوق والرواج و بين ما كانت الزيادة لمطالبة من عنده المثل بالزيادة؟

القول الأوّل: عدم وجود شراء المثل عند وجوده بأكثر من ثمنه
الأظهر عند الشافعية والأصحّ عند الغزالي والنووي والشافعي، عدم وجود شراء المثل عند وجوده بأكثر من ثمنه.^١

قال أبو إسحاق الشيرازي: يحتمل وجهين: أظهرهما أنّه يلزمه عدم شراء المثل؛ لأنّ وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه، كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفّارة.^٢

وجزم ابن المقري بعدم تحصيله إذا وجد بزيادة عن ثمنه بقوله: «لزم تحصيله إن وجد بثمن المثل وإن وجد بزيادة فلا».

و اعتبر صاحب النهاية أنّ وجود المثل بأكثر من ثمن المثل من فقدان المثل، و تجب فيه القيمة.^٣

١. حلية العلماء، ج ٥، ص ٢١٤، فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٨٢؛ روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥؛ الأشباه والنظائر، ص ٢٠٨.

٢. المصدر الأوّل.

٣. النهاية، ج ٢، ص ٥٥.

و توقف صاحب تذكرة الفقهاء و جامع المقاصد من الإمامية من شراء المثل بأكثر من ثمنه، و اعتبر المثل كالمعدوم و احتجاً بأنه يمكن معاندة المالك و طلب أضعاف قيمة المثل و هو ضرر منفي في الشريعة، كما أنه بمنزلة أخذ المالك للقيمة الزائدة الذي أجمع الفقهاء على عدم جوازها.^١
قال العلامة الحلي:

إذا ألتف المثلي وجب عليه تحصيل المثل، فإن وجده بثمن المثل وجب عليه شراؤه بخلاف، وإن لم يجده إلا بأزيد من ثمن المثل ففي إلزامه بتحصيله إشكال ينشأ من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة، والهدى.^٢

القول الثاني: وجوب شراء المثل الموجود بأكثر من ثمنه

الأظهر عند صاحب التهذيب والقاضي الروياني والبغوي والسبكي من الشافعية، والمشهور عند فقهاء المالكية وجوب شراء المثل الموجود بأكثر من ثمنه.^٣
قال السيوطي: استواء السلم والقرض والقصب والإتلاف على المختار في وجوب التحصيل بأكثر من ثمن المثل.^٤

وقاس الفقهاء وجوب شراء المثل الموجود بأكثر من ثمنه على المسلم فيه، فيجب تحصيله ولو بأكثر من ثمن المثل؛ إذا لم يوجد بثمن المثل ولا ينزل ذلك منزلة الانتطاع؛ لأن المسلم فيه قد وقع العقد عليه، فكأنه بحكم العين يجب ردّها مهما كلفت من ثمن.

١. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٠ (الطبع الحجري)؛ جامع المقاصد، ج ٢، ص ٧٩.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٠.

٣. حلية المسلم، ج ٥، ص ٢١٤؛ فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٨٢؛ روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٥؛ التاج والإكلیل، ج ٥،

ص ٢٧٨؛ هامش مواهب الجليل، ج ٥، ص ٢٧٨.

٤. الأنبياء والنظار، ص ٢٠٨.

و هو قول الشيخ الطوسي و ابن إدريس و فخر المحققين و الشهيد الأول من الإمامية بوجوب شراء المثل.^١

و حجتهم في ذلك صدق القدرة على المثل؛ لأنه كالعين الواجب ردّها على كلّ حال، و إن كانت مؤونة ردّها أضعاف قيمتها، و ضرر الضامن لا يزول بضرر المالك، و الغاصب مؤاخذ بأشقّ الأحوال، مؤيد ذلك كلّهُ بفحوى حكمهم بأن تنزّل قيمة العثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربّما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الأداء عن المائيّة بالمرّة.

قال الشهيد الأول: «و لو تعدّر المثل إلّا بأضعاف قيمته كلّف الشراء على الأقرب». و إضافة إلى ما ذكر نفى الخلاف في كتاب الخلاف حيث جاء فيه: «إذا غصب ماله مثلٌ كالحبوب و الأدهان، فعليه مثل ما تلف في يده و يشتريه بأيّ ثمن كان بلا خلاف».^٢ و ما ذكر ابن إدريس من جواز إلزام الضامن بالمثل في محلّ الظفر و إن كان أعلى قيمة من محلّ الضمان، و كان حمّله يحتاج إلى مؤونة؛ لأنّه يقتضيه عدل الإسلام و الأدلّة.^٣

و تفصيل المسألة و تحقيقها بأنّ زيادة المثل تكون على صورتين:

الصورة الأولى: زيادة قيمة المثل لزيادة القيمة السوقية أنّ هذه الزيادة ناتجة لعرّة وجود المثل أو لكثرة الراغب فيه عن قيمته يوم التلف، و الظاهر أنّه لا إشكال في وجود شراء المثل و لو بأضعاف قيمته؛ لأنّ الثابت في ذمّة الضامن ابتداءً ليس إلّا نفس المثلي بجميع خصوصياته النوعيّة و المائيّة و الشخصية و إذا تلف المثلي وجب على الضامن أداء مثله و هو الكلّي الجامع لجميع الخصوصيات الدخيلة في المائيّة، لا الخصوصيات الدخيلة في التشخيص الخارجي. فزيادة القيمة السوقية لا تؤثر في جواز

١. الخلاف، ج ١، ص ٦٨٠، السرايز، ج ٢، ص ٢٦٧ (الطبع الحجري)؛ إيضاح الفتاوى، ج ٢، ص ١٧٨.

٢. الخلاف، ج ١، ص ٦٨٠.

٣. السرايز، ج ٢، ص ٢٦٧، (الطبع الحجري).

تأخير الأداء تمسكاً بأدلة نفي الضرر، ضرورة أنه لم يتوجه على الضامن ضرر آخر غير الضرر المتوجه عليه من ناحية حكم الشارع بأداء المثل، فإن الحكم بالضمان لوروده مورد الضرر لا يرتفع بدليل نفي الضرر، ويضاف إلى ذلك أن أدلة نفي الضرر مسوقة للامتنان. ولا ريب أن رفع الضمان خلاف الامتنان على الأمة، بل الامتنان في ثبوته.

ونقل الشيخ الطوسي الإجماع عليه في البسوط وحجته عموم النص والفتوى بوجود المثل في المثلي، ويؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة.

والفرض من الفحوى هو أن عدم الانتقال إلى القيمة عند نزول قيمة المثل حين الأداء إنما هو لصدق المماثلة، ومن الواضح أنه إذا صدقت المماثلة مع نقص القيمة، مع أن المثل عندئذ لا يساوي المثلي في المآلة صدقت مع زيادة القيمة السوقية أيضاً بالأولوية.

واستشكل السيد الخوئي على الإجماع على أنه ليس تعبدياً وكاشفاً، وأما النصوص، فعدم تماميتها إما من حيث السند وإما من حيث الدلالة وإما الفتوى فلا اعتبار بها.

وأما الفحوى، فلأن الكلام ليس في صدق المماثلة وعدم صدقها لكي تتمسك في ذلك بالفحوى. بل محلّ البحث إنما هو لزوم شراء المثل بالقيمة العالية وعدم لزوم شرائه بذلك، وقد عرف لزومه من ناحية السيرة.^١

فالراجح أنه لا مجال للتردد والتوقف لانتفاء الضرر الذي هو منشأ له، بل المتجه فيها هو وجوب الشراء قضاء لحقّ عدل الإسلام وقواعده السلمية عن المعارض والسيرة.

الصورة الثانية: زيادة ثمن المثل لزيادة شخصية و هي زيادة قيمة المثل؛ لعدم وجوده حين المطالبة إلا عند من يدفعه بأضعاف قيمته بحيث يعدّ بذل المال بإزائه ضرراً عرفاً لقاعدة نفي الضرر الحاكمة على كافة القواعد، والخروج عنها في خصوص مسألة ردّ العين المغصوبة للإجماع.^١

و أمّا دعوى مقايضة ردّ المثل برّد المثلي، ففاسدة؛ وذلك لعدم مشابهة ردّ المثل بأضعاف قيمته في هذه الصورة للزيادة الشخصية، كما في صورة ردّ العين المغصوبة وإن استلزم ضرره بأضعاف قيمتها، فإنّ ذلك لأجل رعاية العلاقة الخاصة بين المالك والذات المملوكة، كما يقتضيه الحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».^٢

و قول الإمام موسى الكاظم عليه السلام: «المغصوب كله مردود».^٣

و أمّا المثل، فلا علاقة للمالك معه ولا تعدّي فيه وإن أوجب العدل مراعاته في الغرامة، فلا يوجب الإضرار. فزيادة القيمة في هذه الصورة لم تنشأ من ناحية ثبوت المثل في الذمة، بل إنّما نشأت من ناحية الأمور الخارجية، فوجوب أداء المثل يدفع بأدلة نفي الضرر، فاتضح أنّه إذا توقّف ردّ المثل إلى المالك على تضرّر الضامن لم يجب ردّه لأدلة نفي الضرر في صورة زيادة ثمن المثل لزيادة شخصيته.

ثم إنّ ما استند إليه من الوجوه في الصورة الأولى و هي زيادة ثمن المثل لزيادة قيمته السوقية لا يرجع إلى معنى محصل؛ لما عرفت لكي نعتد عليه في الصورة الثانية و هي زيادة قيمة المثل لزيادة شخصيته، وإنّما التزم بوجوب شراء المثل في الصورة الأولى من جهة السيرة، و من الواضح أنّه لا تجري في الصورة الثانية.

الاعتراضات وأجوبتها:

الاعتراض الأول: يجب تحصيل المثل في صورة زيادة قيمة المثل لزيادة شخصية

١. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٤.

٢. تقدّم تخريجه.

٣. تقدّم تخريجه.

وإن كان تحصيله بقيمة عالية؛ لأن الغاصب يؤاخذ بأشق الأحوال.

الجواب: لا دليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال، فهو ليس حديثاً ولا معقد إجماع، وإن سلم بذلك فهو مختص برء الأعيان.^١

الاعتراض الثاني: إن الضرر في صورة زيادة ثمن المثل لزيادة شخصية ليس في متعلق التكليف، أي بأداء المثل، وإنما هو في مقدماته أعني بها تحصيل المثل بأكثر من القيمة السوقية، ومن الظاهر أن أدلة نفي الضرر لا تشمل مقدمات التكليف، لأن وجوب المقدمة عقلي لا شرعي، فيجب تحصيل المثل ولو لزيادة ثمن المثل لزيادة شخصية.

الجواب: إن أدلة نفي الضرر مسوقة لرفع التكاليف الضرورية، سواء أكان التكليف أصلياً أم كان مقدّمياً، فلا يحكم بوجوب الصلاة قائماً على من يقدر على القيام، ولكن كان القيام عليه ضررياً، وكذلك لا يحكم بوجوب الحج على من يقدر على الإتيان بمناسك الحج ولكن كانت مقدماته ضرورية.

فأدلة نفي الضرر ترفع وجوب المقدمة بناء على وجوب المقدمة شرعاً. أما بناء على وجوب المقدمة عقلاً، فإن أدلة نفي الضرر إنما هي تنفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، فكل حكم ضرري مرتفع في الشريعة، سواء أكان الحكم بنفسه ضررياً أم كان الضرر ناشئاً من قبله. فوجوب المقدمة وإن كان عقلياً، إلا أنه إذا كان ضررياً كان مشمولاً بأدلة نفي الضرر يداها أن الضرر هنا إنما نشأ من قبل حكم الشارع بوجوب ذي المقدمة.^٢ فالراجع أنه لا يجب شراء المثل لزيادة قيمته لزيادة شخصية لأدلة نفي الضرر.

زيادة ونقصان قيمة المثل عن المثلي في القانون المدني.

١. مهذب الأحكام، ج ١٦، ص ٢٩٠.

٢. مصباح الفقهاء، ج ٣، ص ١٦٣.

أوضح القانون المدني العراقي في مورد القرض أنَّ المثل إذا نقص أو زاد قيمته عن المثلي وجب ردّ المثل و لا عبّرة بالزيادة و النقصان مطلقاً من غير تفصيل بين كون الزيادة حاصلة من جهة السوق و الرواج، و بين ما كانت الزيادة لمطالبة من عنده المثل بالزيادة، فقد جاء في المادّة «٦٩٠»:

إذا وقع الفرض على شيء من المكيلات أو الموزونات أو المسكوكات أو الورق النقدي، فرخصت أسعارها أو غلت، فعلى المستقرض ردّ مثلها، و لا عبّرة برخصها و غلاتها.^١

و خلال المقارنة نلاحظ دقّة و تفصيل الفقه الإسلامي و العمق الفكري في مجال الوقائع الحيّاتيّة عن القانون المدني.



الفصل الثالث:

العوامل المؤثرة في تحديد قيمة القيمي

اختلف الفقهاء في تعيين القيمة المضمونة للمال القيمي بعد تلفه - بعد اتفاقهم على ضمان المال القيمي بالقيمة، كما مرّ في الباب الأول - عند اختلاف القيمة للمال القيمي بحسب السوق في الأزمنة من يوم حدوث العهدة إلى يوم الأداء على أقوال، و ستركلم عن كلّ قول في مبحث مستقل.

المبحث الأول: قيمة يوم العهدة أو الضمان

ذهب جمع من الفقهاء إلى ضمان المال القيمي بقيمة يوم العهدة أو الضمان، و نعرض آراء الفقهاء القائلين بيوم العهدة أو الضمان حسب المذاهب الفقهية:

الحنفية: اتفق فقهاء الحنفية على أنه إذا أتلّف الضامن المال القيمي فيضمن قيمته يوم الضمان أو العهدة.^١

جاء في الفتاوى المهدية:

في رجل باع لآخر جاموسة بثمن معلوم، و وضع المشتري يده عليها مرّة و هو يتمهدها و يصلحها ثم بعد ذلك أخذها شيخ البلد الذي هو البائع من أولاد المشتري و

١. مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٤٠؛ نكتة البحر الرائق، ج ٨، ص ١٢٥؛ الجوهرة النيرة، ص ٤٣٧؛ اللباب حامش

الجوهرة النيرة، ص ٤٣٧.

ذبحها في غيبة المشتري، و باع لحمها مدعيًا أنها كانت تحت يد المشتري وديعة فقط. فهل إذا حضر المشتري و أثبت البيع منه بشهادة البيّنة وإقراره بذلك مراراً، يحكم عليه بضمان قيمتها التي بيعت بها بعد الذبح؟

أجاب: على من تعدّى على ملك غيره واستهلكه بغير وجه شرعي ضمانه لمانكه ببدله الشرعي وقت غصبه لا بما بيعت به بعد الذبح.^١

العنابلة: روي عن أحمد بن حنبل بتعيين قيمة المال القيمي المضمون بقيمة يوم الهبة أو الضمان في الغصب.

فقد ذكر الحارثي بأنّه خرج قول أحمد بن حنبل في حوائج البقال - عن يوم التلف - بأنّه يعطيه على سعر يوم الأخذ (أي يوم الضمان أو الهبة) و فرّق بينهما بأنّ الواجب يملكها الأخذ بأخذها بخلاف المغصوب.^٢

جاء في الشرح الكبير:

روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالاً من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبته، ولذلك روي عنه في حوائج البقال: عليه القيمة يوم الأخذ. و هنا يدلّ على أنّ القيمة تعتبر يوم الغصب.^٣

المالكيّة: هو قول مالك و المشهور عند فقهاء المالكيّة قيمة يوم الضمان أو الهبة سواء زادت القيمة بعد ذلك أم نقصت.^٤

جاء في المدوّنة الكبرى: قال مالك من اغتصب حيواناً فإنما عليه قيمته يوم اغتصبه، و لست التفت إلى نقصان قيمة الحيوان أو زيادته بعد ذلك.^٥

١. الفتاوى المهدية، ج ٥، ص ١٣.

٢. الإيضاح، ج ٦، ص ١٩٤ حاشية الروض المربع، ج ٢، ص ٣٧٤.

٣. الشرح الكبير، ج ٥، ص ٤٣١.

٤. حاشية على كتابه الطالب الراتب، ج ٢، ص ٢٦٢، المتن، ج ٥، ص ٢٧٤، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣٥٨.

٥. المدوّنة الكبرى، ج ٥، ص ٣٤٣.

الزيدية: هو قول الزيدية في السيل الجرار: إنَّ المال القيمي مضمون بقيمة يوم الضمان أو العهدة في الفصب.^١

الإمامية: هو قول صاحب المقنعة والمواسم والمبسط والنهاية والمختصر النافع وكتف الرمود ومختلف الشيعة وشرائع الإسلام. وحكي في التحرير أنه مذهب الأكثر و مشارق الأحكام.^٢

وأدلتهم على ضمان المال القيمي بقيمة يوم العهدة أو الضمان هي: أولاً: رواية أبي ولاد: لما كان أشهر ما يستدل به للقول بقيمة يوم الضمان أو العهدة أو الفصب في ضمان المال القيمي عند الإمامية، هي رواية أبي ولاد، ناسب ذكرها والتعرض لها و بيان ما فيها من الفقرات بحسب ما يبلغ إليه النظر القاصر.

متن رواية أبي ولاد: روى الكليني عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد الحنّاط، قال: أكثرت بغلاً إلى قصر أبي هيرة ذاهباً و جائياً بكذا وكذا، خرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خُبرْتُ أنّ صاحبي توجه إلى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خُبرْتُ أنّ صاحبي توجه إلى بغداد، فأتبعته و ظفرت به و فرغت فيما بيني وبينه و رجعنا إلى الكوفة، و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت أن أتحلل منه ممّا صنعت و أرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، فأخبرته بالقصة و أخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغل، فقلت له: دفعته إليه سليماً، فقال: نعم بعد خمسة عشر يوماً. قال: فما تريد من الرجل؟ فقال: أريد كراءً بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً. فقال: ما أرى لك حقاً، لأنّه اكترأه إلى قصر ابن هيرة فخالف وركبه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمة البغل و سقط

١. السيل الجرار، ج ٣، ص ٣٦١.

٢. مفتاح الكرامة، ج ١، ص ٢٠٠؛ مشارق الأحكام، ص ٥٥؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٠؛ مختلف الشيعة، ج ٢،

ص ١٧٧؛ شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٤١.

الكراء، فلما ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزم الكراء، قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة فأعطيته شيئاً وتحللت منه، وحجبت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله الصادق عليه السلام بما أفتى أبو حنيفة فقال: «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها، وتمنع الأرض بركاتها»، قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟ فقال: «أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النبل، ومثل كراء بغل راكباً من النبل ببغداد، ومثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة توفيّه إياه»، قال: فقلت: - جعلت فداك - قد علفته بدراهم قلبي على علفه؟ فقال: «لا؛ لأنك غاصب»، قال: فقلت: له أرايت لو عطب^١ البغل أو نفق^٢ أليس كان يلزمني؟ قال: «نعم قيمة بغل يوم خالفته»، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟

فقال: «عليك قيمته ما بين الصلحة والعيب يوم تردّه عليه»، فقلت: من يعرف ذلك؟ قال: «أنت وهو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكرت^٣ كذا وكذا فيلزمك»^٤.

سند رواية أبي ولاد: لابدّ من بيان سند رواية أبي ولاد من بيان رجال الرواية:

١. أحمد بن محمد: وهو ابن محمد بن عيسى بن عبد الله بن سعد بن مالك

١. إن إطناب الإمام عليه السلام بقوله: «عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النبل، ومن النبل إلى بغداد» وعدم الإيجاز بأن يقول: «عليك مثل كراء البغل من الكوفة إلى بغداد» لأن النبل لم تكن واقعة في طريق بغداد بحيث تعدّ منزلاً من منازلها، وإنما كانت منحرفة عن طريقها بحيث يستحق المالك الذهاب إليها ومنها إلى بغداد أجرة زائدة على أجرة الذهاب من الكوفة إلى بغداد مباشرة. معجم الجيدان، ج ٥، ص ١٣٤.

٢. العطب: الهلاك يكون في الناس وغيرهم. وعطب الفرس والبعر: انكسر. شأن العرب، ابن منظور، ج ٦، ص ٤٥٧، «عطب».

٣. نفق الفرس والبدابة: ماتت. والظاهر أنّ الفرق بين العطب والنفق أنّ العطب عبارة عن زهوق الروح بسبب، والنفق عبارة عن الموت حتف أنفه خاصة. المصدر، ج ٤، ص ٢٩٩١، «نفق».

٤. وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٥٥؛ النصب، ج ١٧، ص ٣١٣.

الأشعري المكنى بأبي جعفر، أول من سكن قم من آبائه سعد بن مالك بن الأحوص، و هو شيخ القميين و وجههم و فقيهمهم و لقي الأئمة: علي بن موسى الرضا، و محمد الجواد، و علي الهادي عليه السلام.^١

و ذكر العلامة الحلي أنه كان ثقة.^٢ و يدلّ على أن المراد من أحمد هو هذا الرجل في هذا السند أمور. وقوعه في وسط السند و روايته عن ابن محبوب و انصراف الإطلاق إليه؛ لكونه أشهر و أعرف. ثم إن للشيخ الطوسي أسانيد عديدة إليه أكثرها بل جميعها أسانيد صحيحة قد ذكرها في الفهرست و الاستبصار و التهذيب كما عده الكليني في غاية الصحة.^٣

٢. ابن محبوب: الظاهر أنه الحسن بن محبوب السراد المكنى بأبي علي مولى بجيلة، و هو كوفي ثقة روى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، و روى عن ستين رجلاً من أصحاب أبي عبد الله الصادق عليه السلام. و كان جليل القدر و قد استفادت حكاية وثاقته و عدالته، و وثقه جمع من علماء الحديث بحديث يقطع الخالي ذهنه بوثاقته.^٤

٣. أبو ولّاد: هو حفص بن سالم (يونس) أبو ولّاد المخزومي يكنى الحنّاط كوفي مولى جعفي، روى عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام و هو ثقة لا بأس به.^٥ فالراجح أن الرواية صحيحة عند المشهور و لو تنزل فلا أقلّ من كون الرواية موثقاً بها، مفيدة للظن الاطمئنان بصدقها، فلا مجال للمناقشة في سندها سيما بعد اعتضادها بالعمل، فلا إشكال فيها من حيث السند بوجه عام.

الاستدلال برواية أبي ولّاد: استدّل الشيخ الطوسي في المبسوط، كتاب الغصب و

١. الرجال، ص ٦٤.

٢. خلاصة الرجال، ص ٨.

٣. الفهرست، ص ٧١؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٣٦؛ الكافي، ج ٥، ص ٢٩٠.

٤. خلاصة الرجال، ص ١٩؛ الفهرست، ص ٧١.

٥. المصدر الأول، ص ٢٩؛ المصدر الثاني، ص ١٧٨؛ الرجال (للنجاشي)، ص ١٠٤.

ابن إدريس في السرائر، و السيد الطباطبائي في الرياض، و النجفي^١ برواية أبي ولاد بكشفها عن معنى التدارك و الغرامة في الضمانات بيوم الضمان أو المهددة أو الغصب بجملة «أرأيت لو عطب البغل و نفق، أليس يلزمني؟ فأجاب عنه الإمام الصادق عليه السلام بقوله: نعم، قيمة بغل يوم خالفته».

و الاستدلال في تعيين القيمة بيوم الضمان بوجهين:

الوجه الأول: الاستدلال بقوله عليه السلام: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته».

على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب بأن يكون الظرف متعلقاً بقوله عليه السلام: «نعم»؛ لأن لفظ «نعم» من جهة قيامه مقام الفعل المقدر «يلزمك» تكون القيمة يوم المخالفة و هو يوم الضمان.

و قد أعترض على ذلك بما يلي:

الاعتراض الأول: لا دلالة في الرواية على الضمان بقيمة يوم الضمان أو يوم المخالفة دلالة مطابقة؛ لأن معنى الفقرة «إنك تلزمك القيمة يوم المخالفة» من غير تعرض لبيان أن هذه القيمة يوم المخالفة، أي يوم الضمان، أو هي قيمة يوم الأداء، أو قيمة يوم التلف أم غير ذلك من القيم.

نعم، لا بأس بدلالة فقرة الرواية على ذلك التزاماً؛ فإن ذكر القيمة فيها ثم إضافتها إلى كلمة «بغل» ثم ذكر يوم المخالفة بعد ذلك من القرائن الظاهرة بأن الإمام الصادق عليه السلام علق الضمان بيوم المخالفة و قدر مائة المضمون بها، فبناءً على ذلك؛ فإن الضمان بقيمة ذلك اليوم.

الاعتراض الثاني: إنه لا معنى لجعل الظرف متعلقاً بلفظ «نعم» من جهة قيامه مقام الفعل، ضرورة أن ذلك يقتضي الحكم بضمان القيمة من يوم الضمان، مع أنه واضح البطلان؛ لأن الضمان لا يتعلق بالقيمة قبل تلف العين؛ إذ الانقلاب إلى القيمة إنما يكون

بعد تلفها.

الوجه الثاني: أنَّ الظرف و هو لفظ «يوم» قيّد كلمة «قيمة»، و تقريب ذلك بما يلي:
١. أن يكون الظرف متعلقاً بكلمة «قيمة» بدعوى أنَّها وإن لم تكن معنى حديثاً و لكن فيه شائبة الحديثية، لأنَّها ليست من الجوامد المحضة حتى لا يصحّ تعلّق الظرف بها، و عليه فينوّن لفظ «بغل» على الجرّ بإضافة القيمة إليه، كما اختاره الشيخ الأنصاري.^١

و يؤيد هذا التقريب أنَّ لفظ «البغل» في نسخة الوافي و في بعض نسخ التهذيب محلى بلام التعريف، و حينئذ، فلا يصلح للإضافة إلى ما بعده.^٢
فمفاد الرواية هو أنَّ الثابت على الغاصب إنّما هو قيمة يوم المخالفة، فتدلّ على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب.

اعتراض: إنّه كما يحتمل ما تقدّم كذلك يحتمل أيضاً تعلّق الظرف بـ «نعم» القائمة مقام الفعل المدلول عليه بالسؤال، فكأنّه قال يُخَالَفُ: يلزمك يوم المخالفة قيمة «بغل»، فلا يدلّ على المطلوب، و دعوى ظهور الرواية في الوجه الأوّل كدعوى ظهورها في الوجه الثاني، لا شاهد عليها، بل الإنصاف أنّه لا تطمئنّ النفس بظهور أحد الاحتمالين على وجه يكون حجة على المطلوب.^٣

مضافاً إلى احتمال ورود القيد بيوم المخالفة في الرواية، أي يوم الغصب؛ لمساواة قيمة يوم الغصب لقيمة يوم التلف في المدة القليلة، فلا يكون التقيّد به منوطاً، و مع فرض اختلاف القيمتين فاختيار التعبير به من جهة سهولة إقامة الشهادة فيه.

٢. أن تضاف شبه الجملة «قيمة بغل» (أي مضاف و مضاف إليه) إلى قوله «يوم خالفته»، و حينئذ يكون الغرض من تلك الجملة هو أنَّ القيمة المتخصّصة بإضافتها إلى

١. المكاسب، ج ٧، ص ٢٧١.

٢. مصابح الفقهاء، ج ٣، ص ١٨٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٥؛ الكافي، ج ٥، ص ٢٩٠.

٣. شرح المكاسب، ص ٨١.

البغل الثابتة يوم المخالفة، لازمة على الفاصب.

و لا بعد في هذه الإضافة لوقوعها كثيراً في لغة العرب و غيرها، فيقال: ماء ورد خالد و حب رمان زيد و إن لم يكن لخالد ورد و لا لزيد رمان. و إلى غير ذلك من الاستعمالات المتعارفة.

٣. أن تضاف كلمة «القيمة» إلى كلمة «البغل» و تضاف كلمة «البغل» إلى كلمة اليوم، فيكون معنى الرواية أنه تلزم على الفاصب قيمة هي قيمة البغل يوم المخالفة. و قد اعترض ذلك بما يلي:

الاعتراض الأول: لا يعرف وجه صحيح لإضافة لفظ «بغل» إلى لفظ «يوم»؛ إذ لا يمكن أن يتخصّص لفظ البغل بجملة يوم المخالفة، كما لا يصح أن يقال: دار يوم، و أرض أمس، و غرفة غد. أضف إلى ذلك أن هذا الوجه لا يتم على نسخة «وافي» و بعض نسخ التهذيب من اقتران لفظ «بغل» بلام التعريف، ضرورة أن الاسم المحلى باللام لا يضاف إلى ما بعده.^١

الجواب: إن السؤال و الجواب في الرواية إنما يدوران حول البغل الشخصي سواء كانت كلمة لفظ «بغل» محلاة بالآلف و اللام أم لا. و لا يعقل تقييد البغل الشخصي ب قيد و إنما يعقل انتقيد في المفاهيم و ليس بالأشخاص.

نعم، يمكن تقييد الشخص باعتبار الأحوال. مثل ضربت زيداً مشدوداً، فإن لزيد أحوالاً يمكن تقييده ببعضها، كذلك البغل و إن كان المقصود به شخصاً معيناً إلا أن له أحوالاً مثل كون ملاحظته يوم الاكتراء و ملاحظته يوم مخالفته و ملاحظته يوم الأداء. فلا ريب في أن اختلاف تلك الأحوال الطارئة عليه يقتضي اختلاف الحكم، فما جاء من امتناع تقييد البغل بيوم المخالفة غير واضح.

الاعتراض الثاني: أنه لو كان المناط في الضمان هو قيمة المخالفة أو يوم الفصب لما

تعرض الإمام الصادق عليه السلام لقيمة يوم الاكتراء بقوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا»، فيعلم من هذه الجملة أنه لا خصوصية لقيمة يوم المخالفة؛ لكي يكون المدار في الضمان عليها.^١

الجواب: أن هذه الجملة لا تنافي جملة «قيمة بغل يوم خالفته» في الدلالة على المقصود، وهي تعيين قيمة القيمي يوم الضمان. بل تساعدنا وتوافقها في ذلك؛ لأن اكتراء المراكب واستجارها قد يكون للمسير إلى مسافات بعيدة، مثل مكة والمدينة ودمشق.

وقد يكون ذلك للذهاب إلى مسافات قريبة، كالمشي من النجف إلى الكوفة، و على الأول فقد جرت العادة في اكتراء المراكب قبل الخروج إلى المقصد بعدة أيام. وعلى الثاني، فلا يكون الاستئجار إلا يوم الخروج، و حيث إن أبا ولاد بمقتضى الظاهر قد اكترى البغل إلى قصر أبي هبيرة يوم خروجه من الكوفة؛ لقرب المسافة بينهما، فلم يفضل بين زمان مخالفته (حين ما وصل إلى قرب قنطرة الكوفة) و بين اكتراء البغل ساعة أو ساعتين، فيوم المخالفة يتحد مع يوم الاكتراء، فالإمام الصادق عليه السلام قد عبر عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء؛ لأجل أن يوم الاكتراء إنما هو يوم يعرفه الشهود غالباً، و من الظاهر أنه لا تتفاوت قيمة البغل في ساعة أو ساعتين.^٢

و اعتبر السيد الخوئي أن رواية أبي ولاد موردها خصوص الغصب بقوله:

الظاهر أنه لا دلالة في الصحيحة على القول بضمان قيمة يوم الدفع و لا على القول بضمان قيمة يوم التلف، و لا على غير ذلك من الوجوه، بل هي ظاهرة في خصوص قيمة يوم الغصب.^٣

و لكن إذا تم الاستدلال بها على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب، صح

١. مشارق الأحكام، ص ٥٥.

٢. العقود المفضلة، ج ١، ص ٩.

٣. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٩٧.

الاستدلال بها بالأولوية القطعية على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم القبض، ضرورة أنَّ العين النالفة قد تكون قيمتها يوم الأداء أكثر من قيمتها يوم القبض، فإذا التزم بضمان المغضوب بقيمة يوم الغصب و التزم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم الأداء، لزم أن يكون الثاني أسوأ حالاً من الأول وهو واضح البطلان.

الاعتراض الثالث: يمكن أن يكون لفظ «يوم» قيداً لفعل «يلزمك» المدلول عليه بحرف الإيجاب، أي «نعم»، ويمكن أن يكون قيداً للقيمة أو قيداً للبطل. كذلك يحتمل أن يكون لفظ «يوم» قيداً لمخالفته، فيكون معنى الجملة أنَّ قيمة البطل لازمة على الغاصب و لكن أصل اللزوم من يوم المخالفة، فتكون الرواية ساكنة عن بيان المناط في تحديد القيمة.

و يؤيد هذا الاحتمال أنَّ الراوي لم يستفسر من هذه الجملة في تحديد القيمة، و لذلك سأل الإمام عليه السلام في ذيل الرواية بقوله: من يعرف ذلك؟؛ فإن السؤال و إن كان على مقدار الأرض إلا أنَّ جعل المناط في تحديد الأرض يوم الأداء، يقتضي أن يكون هو المناط في قيمة البطل بكامله؛ إذ لا يعقل أن يكون المناط لتحديد قيمة البطل يوم الغصب، و المناط في تحديد مقدار الأرض الذي هو جزء القيمة يوم الأداء.

فالرواية - بلحاظ هذه الجملة - ليست واضحة الدلالة على اعتبار يوم المخالفة منوطاً لتحديد قيمة تكون يوم الغصب.

و إذا عرفت هذه الوجوه و الاحتمالات، فاعلم أنَّ الناظرين في هذه الرواية الشريفة يظهر لهم الاختلاف في فهم هذه الفقرة «قيمة بغل يوم خالفته». و كيف كان، فلا دلالة في الرواية على تعيين قيمة المال القيمي المضمون بقيمة يوم الضمان أو العهدة. ثانياً: بما أنَّ دخول العين المضمونة في عهدة الضامن يوم الضمان، و ضمان القيمي بقيمته، فيكون قيمته حال الضمان. فيقتضي بالقيمة حال ابتداء الضمان.^١

جاء في مسالك الأفهام: ووجهه أنه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب و الضمان إنما هو القيمة، فيقضى به حال ابتداء.

اعتراض: إن أريد اشتغال ذمة الضامن بالقيمة من يوم الضمان فعلاً بمجرد الغصب مثلاً، وإنه مدين مع وجود العين، فهو ممنوع بلا خلاف، بل الإجماع على ذلك؛ إذ لم يقل أحد بأن الضامن مع وجود العين مدين ببدلها، بل لعله مستحيل من جهة اجتماع بين العوض والمعوض في ملكية المالك.^١

ثم إنه يلزم من هذا إلزام الضامن بأعلى القيم من حين الضمان إلى الرد؛ لعدم الفرق بين حدوث الضمان واستمراره، فإذا وجب في الأول وجب في الثاني. ودعوى أنه يضمن في الاستمرار بقيمته ابتداءً باطلة؛ إذ العلة التي اقتضت ضمانه ابتداءً بقيمته يوم الضمان بعينها اقتضت ضمانه بأعلاها بعد زمان الضمان أو الغصب.

ثالثاً: مقايضة ضمان المال التقييمي بقيمة يوم الضمان كيوم الغصب أو غيره بضمان الحيلولة.^٢

و توضيح ذلك أنه كما لا ينتفع مع وجود العين في بدل الحيلولة في براءة ذمة الضامن عن القيمة باشتغال ذمته بها منجزاً، و بوجوب أدائها و إن استرد القيمة بعد العين، كذلك وجود القيمة في يد الضامن كالغاصب لتمكن من تسليم العين، لا يقضي عدم ضمان القيمة فعلاً.

و بعبارة أخرى أن ضمان الحيلولة إذا كان مستنداً إلى فوات سلطنة المالك على ماله على أن يكون البدل بدلاً عن فوات السلطنة لا عن العين. و هذا المستند بعينه موجود مع الضمان كالغصب و غيره؛ إذ العبرة في فوات السلطنة بعجز المالك عن التصرف لا عجز الغاصب عن التسليم، فكما أن الحيلولة سبب لاشتغال ذمة الحائل، كذلك الغصب سبب لاشتغال ذمة الضامن بجامع تفويت السلطنة دون تلف العين. و أما

١. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٢١٧.

٢. دليل الفتنة، ج ٢، ص ١٦٣.

الأمر برّد العين، فإنّما هو لقصور ردّ البدل عن التدارك التامّ مع إمكان ردّ العين، لا لعدم استقرار بدل السلطنة في ذمّته؛ لأنّ تدارك السلطنة ليس تداركاً للعين مع وجودها، فردّ العين تكليف زائد بجامع اشتغال الذمّة بالقيمة.

وبلاحظ عليه:

١. أنّ بدل الحيلولة لو فرض أنّه عوض عن فوت السلطنة، فليست العلة فيه مجرّد فواتها حتى يشمل تمكّن الضامن من إرجاع العين إلى المالك، بل مورد بدل الحيلولة صورة عجز الضامن عن إرجاع العين إلى المالك، و أمّا مع التمكن، فيلزم بإرجاعها، و لا يقبل منه البدل.

٢. أنّ القيمة في بدل حيلولة المال القيمي بدلاً اضطرارياً و ليس اختيارياً، و القيمة في الضمان مع وجود العين القيميّة ليس بدلاً اضطرارياً، فقياسها على بدل الحيلولة قياس مع الفارق.

٣. أنّ بدل الحيلولة إنّما تلاحظ فيه القيمة حين دفع بدل الحيلولة، و ليس حين الضمان، فلو تمّت المقايسة كان اللازم مراعاة يوم الأداء في الضمان، و ليس يوم الضمان.

و بعبارة واضحة أنّ بدل الحيلولة بدل عن العين المضمونة، و تلاحظ فيه المالّة و غيرها ممّا يعتبر فيه حين الأداء، أي حين دفع بدل الحيلولة، فلو تمّت المقايسة بأن كانت القيمة كبديل الحيلولة، فاللازم مراعاة حال الأداء لا حال الضمان.

٤. أنّ بدل الحيلولة لا تشتغل به الذمّة و إنّما هو متعلّق بحكم تكليفي متوجّه إلى الضامن، و ليست القيمة في فرض الكلام كذلك، بل المفروض إثبات اشتغال الذمّة بها في ظرف اشتغالها بالقيمي.

المبحث الثاني: ضمان أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف

و هو قول فقهاء الشافعية في الغصب و المقبوض بالشراء الفاسد و الأمانة إذا خان

فيها، وكذلك إذا حصل التلف بتدرّج و سرّاية و اختلفت القمية في تلك المدّة، كأن جنى على بهيمة قيمتها كانت مائة يومئذ ثم هلكت و قيمة مثلها خمسون يلزمه المائة؛ لأنّها باعتبار الأقصى في اليد العادية، و ففي نفس الإبتلاف أولى.^١

قال الفقهاء: وإن تلتفت العين في يد الغاصب و كانت ممّا لا مثل له ضمنها بقيمتها أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف.^٢

و جاء في حاشية الجمل: و في معنى الغصب التعديّ في الأمانة و البيع الفاسد.^٣

و هو قول صاحب مسائل الخلاف و مختلف الشيعة و الوسيلة و الغنية و اختيار صاحب السرائر و استحسّنه صاحب شرائع الإسلام و إيضاح الفوائد و اللعة الدمشقية و النيرة على إشكال و جامع المقاصد و نسبه صاحب الدروس و الروضة البهية إلى أكثر الإماميّة.^٤

جاء في الروضة البهية في ضمان المال القيمي بالقيمة العليا من حين الغصب إلى حين التلف؛ لأنّ كلّ حالة زائدة من حالته في ذلك الوقت مضمونة.^٥

و حكى الحارثي عن بعض فقهاء الحنابلة و نسب إلى الخرق و وجوب أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف في ضمان قيمة المال القيمي^٦ و هو قول أشهب وابن وهب و عبد الملك من فقهاء المالكية بضمان أعلى القيم من يوم الضمان

١. روضة الطالبيين، ج ٥، ص ٢٥؛ حاشية الجبري، ج ٣، ص ١١٥؛ إعانة الطالبين، ج ٣، ص ١٩٣.

٢. حلية العلماء، ج ٥، ص ٢١١.

٣. حاشية الجمل، ج ٣، ص ٤٧١.

٤. الخلاف، ج ١، ص ٢٥٩؛ مختلف الشيعة، ج ٢، ص ١٧٧؛ مسالك الأنهار ضمن الجوامع الفقهية، ص ١٧١٣؛ غية النزوع ضمن الجوامع الفقهية، ص ٥٩٩؛ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٤؛ اللعة الدمشقية و الروضة البهية، ج ٧، ص ٤٠؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٣؛ مفتاح الكرامة، ج ١، ص ٢٠٠.

٥. الروضة البهية، ج ٧، ص ٤٠.

٦. الإنصاف، ج ٦، ص ١٩٤؛ حاشية الروض المربع، ج ٢، ص ٣٧٤.

إلى يوم التلف.^١

و القول الراجح عند الزيدية سواء كان في الغصب أو غيره.^٢
و أدلتهم على ذلك:

١. استدلّ الشهيد الثاني برواية أبي ولاد المتقدم ذكرها بقوله: إن في صحيح أبي ولاد فيمن اكرى البغل و تجاوز محلّ الشرط ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين.^٣

و يمكن توجيه دلالتها على ذلك بأنّ القيمي مضمون على الضامن في جميع أزمانه الضمان التي منها زمان ارتفاع القيمة؛ إذ يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضاً، ضرورة أنّ المراد من يوم المخالفة في الرواية إنّما هو طبعي المخالفة الذي يصدق على كلّ يوم من أيّام الغصب لا اليوم الخاص. فإن ردّ الضامن أعلى القيم فقد ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق؛ لدخول القيمة السفلى في القيمة العليا بداهة أنّه لا يجب على الضامن من قيم متعدّدة حسب تعدّد أيّام المخالفة، كما أنّ الضامن لو ردّ أدنى القيم لما ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق، بل أدنى قيمة بعض أيّام المخالفة.

اعتراض: أنّ الظاهر من قول الإمام الصادق (عليه السلام) في الرواية: «نعم قيمة بخل يوم خالفته» هو أوّل يوم حدث فيه المخالفة لا مطلق أيّام المخالفة؛ إذ يوجد الطبعي في الخارج أوّل وجود فرد؛ لأنّ موضوع الضمان في الرواية إنّما هو صرف وجود المخالفة نظير ما إذا قال المولى لعبده: «إذا خالفني في الأمر الفلاني، وجب عليك أن تصوم يوم مخالفتك» فإنّ الظاهر من هذه العبارة أنّه يجب على العبد صوم أوّل يوم من أيّام مخالفته لا جميع أيّامها.

أضف إلى ذلك أنّ ذيل الرواية شاهد صدق على عدم إرادة الطبيعة السارية من يوم

١. حاشية على كتابية الطالب الرشتي، ج ٢، ص ٢٢٦.

٢. البحر الزخار، ج ٤، ص ١٧٤؛ السيل المجرد، ج ٣، ص ٢٦١.

٣. الأروضة البهيّة، ج ٧، ص ٤٢.

المخالفة، بل المراد منه هو اليوم الخاصّ المعهود، لذيل الرواية و هو قول الإمام الصادق عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود أن قيمة البغل حين الاكتراء كذا وكذا».

إذ لو كان المراد من يوم المخالفة هو الطبيعي، لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم يوم الاكتراء في هذه الفقرة، ولا لتعيين قيمة المصوب في ذلك اليوم بالشهود. وقد عرف أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفة، لذا ذكر السيد الطباطبائي عدم الاستفادة من الرواية بما استدلّ الشهيد الثاني^١ به من ضمان المال القيمي بأعلى القيم من حين الضمان إلى التلف في الغصب.

بل في جواهر الكلام عدم الإشعار بذلك بقوله: لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم إشعار في الحجّة المزبورة فضلاً عن الدلالة^٢.

و جاء في المكاسب: وأضعف من ذلك الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني؛ إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح^٣.
٢. أصالة اشتغال الذمة بأعلى القيم لا اشتغال ذمة الضامن بالقيمة يقيناً، والاشتغال اليقيني يقتضي البراءة اليقينية ولا تحصل إلا بدفع أعلى القيم.

و بعبارة أوضح أن الضامن إذا وضع يده على العين القيمة المضمونة اشتغلت ذمته بها، فلو أدّى العين المضمونة مع بقائها أو أدّى قيمتها العليا مع تلفها لفرغت ذمته يقيناً، ولو أدّى قيمته المتوسطة أو قيمته السفلى لما حصل العلم بفراغ ذمته^٤.

اعتراض: إن المورد من موارد البراءة والأخذ بالأقل عند دوران الأمر بينه وبين الأكثر، كما لو تردّد الدين بين ثمانية دنانير أو عشرة دنانير؛ لأنّ متعلّق التكليف هو

١. المصدر.

٢. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٣.

٣. المكاسب ج ٧، ص ٢٩٢.

٤. العقود المفضلة ج ١، ص ١٠.

خصوص دفع القيمة في القيميات، و تعلق التكليف بالزائد مشكوك فيه مدفوع بأصل البراءة.

فإن قيل: إن المورد ليس من موارد الشك في التكليف، بل من موارد تعلق الشك في المكلف به بناء على أن الاستفادة من الأدلة هو الخروج عن العهدة، فمتعلق التكليف هو هذا المفهوم المبين المراد المصداق بين الأقل والأكثر، فليس المشكوك من موارد البراءة بل من موارد جريان قاعدة الاشتغال.

و الجواب: أن هذا القول ضعيف؛ لكون المقام مجرى البراءة من الزائد دون الاشتغال؛ لأن الشك فيه إنما هو بين الأقل والأكثر غير الارتباطيين مرجعه إلى الشك في التكليف بالزائد و شغل الذمة به لا في سقوط العهدة بأداء القيمة ليعود الشك إلى المسقط، فإن العهدة قد تبدلت من حين التلف بشغل ذمة المفروض تردده من أول الأمر بين الأقل والأكثر.^١

٣. ذكر صاحب مسائل الأتهام والرياض أن بعض الفقهاء استدلوا لهذا القول في خصوص الغصب بالقول المتعارف عندهم: «إن الغاصب يؤخذ بأشقى الأحوال» لمناسبته لعقوبة الغاصب، وجعلوا هذا القول هو الراجح.^٢

اعتراض: إن هذا القول لم يقم عليه دليل شرعي، وإنما صدر عن أرباب هذا القول، فالاستدلال به مصادرة، كما أن خلاف القواعد الشرعية والعقلية المجمع عليها، فلا يخرج به عنها إلا حيث تقوم عليه حجة قطعية وهي في المقام منفية، والخروج به في مقام ردّ العین المفضية؛ لقيام الإجماع هناك، وهذا لا يوجب الخروج عنه هنا؛ إذ لا سبيل للقياس. و لم يقم الإجماع على العمل في جميع موارد هذا القول أو القاعدة، كما قام في خصوص ردّ العین نفسها لا مطلقاً.

١. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٩٣؛ المقود المفضلة، ج ١، ص ١٠.

٢. المصدر الثاني.

جاء في مسالك الأفهام و الرياض و مؤاخذه الغاصب بالأسق لا يجوز من غير دليل يقتضيه و قد تبين ضعفه.

و أوضح صاحب جامع المقاصد أن مؤاخذه الغاصب بأسق الأحوال عقوبة بغير وجه لا تجوز.^١

و ذكر صاحب جواهر الكلام أن أخذ الغاصب بأسق الأحوال إنما هو بالنسبة إلى رد العين بنفسها لا مطلقاً؛ لعدم الدليل، بل الأصول يقتضي خلافه. فليس هو بلفظ حديث فيؤخذ بإطلاقه في سائر موارد و جزئياته، و حكومته على القواعد المقررة المجمع عليها.^٢

٤. استدلل فقهاء الشافعية،^٣ و ابن مرتضى من الزيدية،^٤ و الإمامية في كتاب مسائل الخلاف و جامع المقاصد و مسالك الأفهام و الروضة البهية و جواهر الكلام المكاسب من أنه لو تلف القيمي وقت الزيادة لكان مضموناً، فكذا إذا تلف بعد الزيادة،^٥ أي إن كان كل زمان من أزمنة الضمان قد أزال الضامن فيه يد المالك عن ملكه على حسب ماله فيه، ففي الزمان الأول عن مقدار دينار من المائية مثلاً، و في الزمان الثاني عن مقدار عشرة دنانير مثلاً، و في الزمان الثالث عن مقدار مائة دينار مثلاً، فلما استمرت الإزالة إلى أن تلف القيمي، فيجب عليه غرامة أكثرها.

قال الشيخ الطوسي:

وإن كان مثلاً لا مثل له كالثياب و الحيوان، فعليه أكثر قيمته من حيث الغصب إلى حين

١. جامع المقاصد، ج ١، ص ٣٦٩.

٢. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٤.

٣. نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٤؛ حجة العلماء، ج ٥، ص ٢١١؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج ١، ص ١٨١؛ حواشي الشيرازي و ابن قاسم العبادي، ج ٦، ص ٢٥.

٤. البحر الزخار، ج ٤، ص ١٧٤.

٥. الخلاف، ج ١، ص ٢٥٩؛ المكاسب، ج ٧، ص ٢٩٥؛ جامع المقاصد، ج ١، ص ٣٦٩؛ الروضة البهية، ج ١، ص

٤٢؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٥.

التلف وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: عليه قيمة يوم النصب ولا اعتبار بما زاد بعد هذا أو نقص. ودليلنا أن كلَّ زمان يأتي عليه وهو في يده فإنه مأمور برده على مالكة، وكلَّ حال كان مأموراً برده النصب فيها لزمته قيمته في تلك الحال مثل حال النصب.^١ و جاء في المكاسب:

إنَّ للعين في كلِّ زمان من أزمانه تفاوت القيمة مرتبةً من المألّية أزيلت يد المالك منها و انقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن وإن تلفت استقرت عليها تلك المراتب؛ لدخول الأدنى تحت الأعلى.^٢

أي أنَّ القيمي مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم، فلو تلف فيها لزمه ضمان قيمته حالة أعلى القيم، فكذا بعدها. اعتراض:

إنَّ ضمان المال القيمي «في حالة أعلى القيم» إنَّ أريد به وجوب قيمة ذلك الزمان على فرض تلف المال القيمي فيه، فهو حقٌّ إلَّا أنَّ المقدم غير ثابت.

و إنَّ أريد وجوب قيمته في ذلك الوقت وإن فرض تلفه في غيره، بمعنى إنَّه إذا تلف استقرت قيمة الأعلى في ذمة الضامن حال التلف، فهو وإن كان أمراً معقولاً إلَّا أنَّه يحتاج إلى دليل، والاستناد إلى هذا الدليل لإثباته كالمصادرة، بل هي بعينها ولا يساعده النقل والاعتبار، بل هو مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شرعي؛ إذ الضمان على هذا الوجه أوَّل الكلام.

و إنَّ أريد استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلاً قبل التلف وهو مخالف للإجماع، ولا يقول به المستدلّ، ومستلزم للقول بضمان ارتفاع القيمة السوقية فلم يكن لنفس التلف مدخلية في الزمان، ولا لزمه وجوب دفع زيادة القيمة مع العين لو كانت باقية و

١. الخلاف، ج ١، ص ٢٥٩.

٢. المكاسب، ج ٧، ص ٢٩٥.

هو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان زيادة القيمة السوقية مع العين إجماعاً.^١
جاء في حواشي الشيرازي وابن قاسم العبادي: إنه مع بقاء العين يتوقع زيادتها
(القيمة السوقية) على أنه لا نظر مع وجودها للقيمة أصلاً.^٢

اللهم إلا أن يدعى أن نفس التلف شرط كاشف عن استحقاق الزيادات السوقية، أو
يدعى أن مقتضى قاعدة اليد ضمان ارتفاع القيمة السوقية مطلقاً، إلا أنه خرج الارتفاع
مع بقاء العين، وأما مع تلفه، فلا دليل على خروجه، فالحاصل أن الضمان في جميع
الأزمنة إما أن يراد به التجيزي بمعنى عدم انتظار التلف فهو واضح المنع، ولذا لو ردّ
الشيء لم يجب شيء آخر، ولعله غير المراد.

وإما أن يراد به التعليقي وهو إن أريد به التعليق على التلف في ذلك الزمان فمسلم،
لكن المفروض عدمه، وإن أريد به التعليق على التلف في ذلك الزمان فمسلم، لكن
المفروض عدمه، وإن أريد به التعليق على التلف مطلقاً ولو في الزمان المتأخر، فهو
عين الدعوى؛ إذ لم يعم عليه دليل، بل فتوى الفقهاء على عكس ذلك.

كما يرد على الدليل أن قاعدة اليد المستفادة من الحديث النبوي الشريف «على اليد
ما أخذت حتى تؤدى»^٣ لا بدّ فيها الضامن من إرجاع العين إلى المالك مع بقائها حتى
لو ارتفعت قيمتها السوقية أو انخفضت ولا يدفع الفرق؛ لأنّ ماليتها العين حيثية تعليلية و
ليست تقيدية، بمعنى أن العين مضمونة؛ لأنها مال لا أن المضمون شيان: أحدهما:
المال، والآخر العين حتى يقال: إنه كلّما ارتفعت القيمة فقد زادت الماليتها، وقد حال
الضامن دون وصولها إلى المالك، بل على الضامن العين لأجل ماليتها، فما دامت هي
في الذمة لا ينظر إلى الماليتها، سواء ارتفعت أو انخفضت.

٥. استدلل صاحب الرضا بقاعدة نفي الضرر بأن القيمة وإن كانت أمراً اعتبارياً إلا

١. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٣؛ حواشي الشيرازي وابن قاسم العبادي، ج ٦، ص ٢٥.

٢. حواشي الشيرازي وابن قاسم العبادي، ج ٦، ص ٢٥.

٣. تقدّم تخريجه.

أنها مقومة للمالية، فنقصها ينقص القيمي من حيث المالية و هو ضرر على المالك نشأ من فعل الضامن، و هو إخراج المالك عن سلطنة ماله و حبسه عن التصرف فيه حين ارتفاع القيمة، فلا بد من الخروج عن عهده بمقتضى إطلاق نفي الضرر.^١

اعتراض:

(أ) أن أدلة نفي الضرر إنما تنفي الأحكام الضرورية فقط، ولا تثبت حكماً آخر لكي يدفع به الضرر.^٢

(ب) يلزم من نفي الضرر عن المالك ضمان زيادة القيمة السوقية على الضامن في صورة بقاء العين يوم أدائها عن قيمتها السابقة و لم يلتزم به أحد.

ثم إن الضرر عبارة عن النقص في الأموال أو الأعراض أو الأعضاء و الأطراف أو الأنفس. و من البين أن نقصان و زيادة القيمة السوقية بعيد عن تلك الجهات كلها.

(ج) أن أدلة نفي الضرر واردة في مقام الامتنان على الأمة، و من الظاهر أن الحكم يكون أعلى القيم مضموناً على الضامن مناف للامتنان عليه، فلا يكون مشمولاً لأدلة نفي الضرر.^٣

٦. أن القيمي المغضوب مضمون على الغاصب بقاعدة ضمان اليد، فنستصحب ضمانه إلى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف؛ للشك في ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من ذلك.^٤

اعتراض: إن المراد من استصحاب الضمان إن كان استصحاب ضمان نفس القيمي، فلازمه أن يدفع الغاصب قيمة يوم الرد إلا أن هذا لا يحتاج إلى الاستصحاب؛ لأن القاعدة الأولية تقتضي ذلك.

١. رسالة في النصب، ص ٧٠.

٢. مصادر المحكم الشرعي، ج ٢، ص ٢٥٨.

٣. المصدر.

٤. العقود المفصلة، ج ١، ص ١١.

و إن كان المراد من الاستصحاب استحباب ضمان القيمة، ففيه أن اشتغال الذمة لم يثبت إلا بالقيمة النازلة، و الزائد عليها فهو مشكوك فيه، فتجري عنه البراءة. فالاستصحاب إما أنه غير جار أصلاً أم أنه يجري، و لكن لا يثبت إلا الاشتغال بقيمة يوم الردّ دون أعلى القيم.

٧. استدلل العلامة الحلبي بقاعدة الحيلولة؛ لأنّ المناط واحد و هو سلب سلطنة المالك، فإنّ زمان أعلى القيم زمان إزالة يد المالك عن ماله، فيضمن الضامن ما أزال عن المالك من ماله على تقدير التلف. و ذلك أنّ قيمة المال في كلّ زمان مضمون عليه و لما كان عدم وجوب ردّ جميع القيم؛ لأنّ المال الواحد ليس ما سوى بدل واحد، فتدخل القيم الناقصة في القيمة الأعلى.^١

اعتراض: أنه على الكلام المتقدم يجب دفع زيادة القيمة على تقدير ردّ القيمي أيضاً؛ لأنّ ردّه ليس تداركاً للمالّة الفائتة، بل للمالّة التي حيل بين المالك و بينها في زمان الردّ، و هذا خلاف الإجماع، كما مرّ.

قال الباجي:

و لا يؤثّر في ضمانه تغير الأسواق بزيادة أو نقصان، و لا طول المدة و إن كانت سنين كثيرة. رواه في المجموعة ابن قاسم عن مالك و إن تغير الأسواق لا يؤثّر في حيوان و غيره؛ وجه ذلك أنّ حوالة الأسواق غير مؤثّرة في عين ما غصبه أنغاص، فلا يؤثّر في ضمانه.

ثمّ إنّ قياس الحيلولة بالتلف قياس مع الفارق؛ لأنّه إذا ردّ القيمي فقد ردّ ماله بعينه، و لو تنزّل قيمته في حين الردّ عن قيمته في زمان الحيلولة، و السرّ في ذلك أنّ القيمة السوقية إنّما تعدّ مالاً بمالّة القيمي لا مالّة مغايرة.

فإذا ردّ القيمي انتفى الضمان عتاً به قوام ماله. أمّا إذا تلف القيمي، فيدخل في

ضمان الضامن، و يعين مالية القيمي.^١

المبحث الثالث: ضمان أعلى القيم إلى رد القيمة

حكى الشهيد الثاني عن المحقق الحلبي في أحد قوليهِ أنه لا يضمن المال القيمي إلا أعلى القيم من حين العهدة إلى حين رد القيمة و تردّد فيه.^٢

و هو اختيار المحقق البهائي و محمد باقر البهبهاني فيما حكى عنهما.^٣
و أدلتهم على ذلك:

١. أن القيمي مضمون بمثله كالمثلي وإنما ينتقل إلى القيمة عند دفعها؛ لتعذر المثل، فيجب أعلى القيم من يوم الضمان إلى دفع القيمة؛ لأن المثل في كل آن سابق على الدفع من حين التلف مضمونة على الضامن، و من جملة حالاته حالة ارتفاع القيمة، و لذا لو تمكّن من دفع المثل حالة الزيادة، كانت للمالك، فإذا تلفت في يد الضامن ضمنها.^٤

جاء في مسالك الأفهام:

نعم، لو قلنا بأن الواجب في القيمي مثله كما ذهب إليه ابن الجنيّد مختراً بين دفع المثل أو القيمة، و مال إليه المصنّف المحقّق في باب القرض اتّجه وجوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها، كما في المثلي.

اعتراض: إن كون القيمة أعلى في وقت لا يقتضي لزوم دفعها، بل اللازم دفعها لو تلف القيمي في ذلك الوقت، مضافاً إلى أنه لا وجه لبقاء مثل القيمي في الذمّة؛ إذ لو كان له مثل لوجب دفع مثله، و المفروض أنه غير موجود، و لا وجه لضمان المستنح، إذ

١. رسالة في الغصب، ص ٧٠.

٢. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٤٠؛ مفتاح الكرامة، ج ١، ص ٢٠٠.

٣. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٥.

٤. المصدر، ص ١٠٤؛ الصاوي، ص ٣٤٧.

معنى الضمان لزوم الدفع و هو محال. ثم إنَّ المتلي إذا تعذر مثله يضمن يوم الأداء، كما تقدّم لا أرفع القيم.

٢. قاعدة نفي الضرر و أصالة الاشتغال، كما مرّ فيما سبق.

اعتراض: المشهور عند الفقهاء في الرياض و مفتاح الكرامة على خلاف هذا القول. الإجماع على عدم الاعتداد بهذا الضرر الناشئ من محض سقوط الرغبة السوقية.^١ و قد تقدّم الكلام في القول السابق فلا داعي للتكرار.

المبحث الرابع: ضمان قيمة يوم التلف

الإمامية: القول المشهور عند فقهاء الإمامية كالشيخ الطوسي و ابن البرّاج و العلامة الحلّي و الشهيد الأوّل و الشهيد الثاني و المحقّق الكركي و الأردبيلي و المحقّق السبزواري، ضمان قيمة يوم التلف.^٢ بل أدّعي الإجماع عليه لو لم يحصل ميل من المحقّق الحلّي - كما سبق ذكره في باب القرض - إلى ضمان القيمي بالمثل قدحاً بالإجماع.^٣

قال المحقّق الكركي: الأصحّ أنّ الواجب قيمته يوم التلف^٤ و هو مختار ابن البرّاج و المصنّف في المختلف. و في الدروس:

أنّه قوّاه الأكثر، وأنّ الأنسب بعقوبة الغاصب وجوب أعلى القيم. و ما صحّحنا أصحّ؛ لأنّ العين ما دامت موجودة، فلا حقّ نالها في القيمة، وإنّما ينتقل حقّه إلى القيمة عند تلف

١. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٤؛ مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٠٠.

٢. المبسوط، كتاب الغصب؛ جواهر الفقه، ص ٤٩٥؛ مختلف النية، ج ٢، ص ١٧٧؛ جامع المقاصد، ج ١، ص ٣٦٨؛ الدروس الشرعية، كتاب الغصب؛ مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٠٠؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٤؛ الروضة البهية، ج ٧، ص ٤٠.

٣. شرح الإسلام، ج ٢، ص ٦٨.

٤. جامع المقاصد، ج ١، ص ٣٦٨.

العين، فحينئذ يعتبر قدرها؛ لأنه أول وقت وجوبها. وعقوبة الغاصب بغير وجه لا يجوز.
وذكر صاحب أنوار الفقهاء: أن قيمة التيمي هي قيمة يوم التلف وهو الأوفق
بالقواعد؛ لأنه وقت تعلق الخطاب بالأداء.^١
وقال الشيخ هادي كاشف الغطاء:

إن مقتضى القاعدة بحسب إطلاقات الضمان هو اعتبار قيمة يوم التلف؛ لأن الضمان
عرفاً هو تدارك الشيء والخروج عن عهده لو تلف، ومع ذلك جعله كأنه لم يتلف، و
يتحقق بذلك بشغل مكان التالف بما كان مستغلاً به، وذلك بوضع مثله في مكانه لو كان
مثلياً، وقيمه لو كان قيميّاً والقيمة الشاغلة لمكان التالف لا تكون إلا القيمة الثابتة له
حين التلف.^٢

الشافعية: وهو قول فقهاء الشافعية في ضمان القيمي في غير الغصب، كالمأخوذ
بالسوم والمعار التالف بغير الاستعمال المأذون فيه.^٣
الحنفية: وهو قول محمد وأبو يوسف في تلف المبيع بالعقد الفاسد وتلف الغاصب
المال المفصوب بعد أن حصلت الزيادة فيه وهو في يده، مثاله لو استهلك الغاصب
الشاة التي غصبها والتي قيمتها وقت الغصب مائة دينار وبعد أن سمتت عنده و
صارت قيمتها مائتي دينار ذهبها واستهلكها، فيلزم الغاصب بقيمة يوم الغصب مائة
دينار عند أبي حنيفة، ويلزم عند محمد وأبي يوسف مائتي دينار وهي قيمتها وقت
الذبح.^٤

وهو قول صاحب فتح القدير فيما لا مثل له قيمة يوم التلف مطلقاً بقوله:

١. أنوار الفقهاء، ج ٣، ص ٧.

٢. محاضرات في شرح المكاسب، ص ٨٢.

٣. نهاية المحتاج ج ٥، ص ١٦٤؛ إبانة الطالبين، ج ٣، ص ١٣٩؛ حاشية الشيرازي وابن قاسم الحمادي، ج ٦،
ص ٢٥؛ حاشية البجوري، ج ٣، ص ١٢٠؛ أنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٤٢.

٤. درر الحكم، ج ٢، ص ٤٦٥؛ الكثر، ج ٢، ص ٥٧٩.

إنَّ الموجب الأصلي في الغصب - على ما قالوا - هو رد العين وإثارة القيمة مخلص خلفاً؛ إذ المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضاً إنما هو رد العين؛ لأنه الواجب الأصلي مطلقاً وإنما ينتقل إلى القيمة بهلاك العين، فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب.^١

الحنابلة: وهو مذهب الحنابلة نقله جماعة عن الإمام أحمد بن حنبل. وقال الحارثي: هو الصحيح المشهور. وذكر الزركشي بأنَّ هذا القول هو المشهور المختار. وجزم به في الوجيز ونظم المفردات والمنود وغيره. قدم هذا القول على سائر الأقوال في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة والمغني والتلخيص والشرح والعائين والحاوي الصغير والفروع والفاق و الحارثي وغيره سواء كان الشيء المقبوض بعقد فاسد أم بغصب في اعتبار الضمان، وكذا المتلف بلا غصب والمقبوض على وجه السوم.^٢

قال اليهودي: ويضمن غير المثلّي إذا تلف أو أتلف بقيمته يوم التلف.^٣

المالكية: وهو المشهور عند فقهاء المالكية في الغصب والإتلاف.^٤

قال الباجي:

فيمن استهلك شيئاً من الحيوان بغير إذن صاحبه، أن عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان، ولا يكون أن يعطى صاحبه فيما استهلك شيئاً من الحيوان، ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه. القيمة أعدل ذلك فيما بينهما في الحيوان والعروض. الزيدية: ذهب فقهاء الزيدية إلى ضمان المال الشيء يوم التلف لغير الغصب.^٥

١. فتح القدير، ج ٨، ص ٢٤٧.

٢. الإيضاح، ج ٦، ص ١٩٤؛ حاشية الروض المربع، ج ٢، ص ٣٧٤؛ كشف القناع، ج ٤، ص ١٠٨؛ شرح الكبير، ج ٥، ص ٤٢٩.

٣. الروض المربع، ج ٢، ص ٣٧٤.

٤. حاشية كفاية الطالب الرباني، ج ٢، ص ٢٢٦.

٥. السبل الجوار، ج ٣، ص ٣٦١.

و أدلتهم على ذلك:

١. الروايات الواردة في العتق: منها:

أ) ما روي عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله. قال: سألت أبا عبدالله الصادق عليه السلام عن قوم ورتوا عبداً جميعاً فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ بما بقي؟ فقال: «نعم، يؤخذ بما بقي منه بقيته يوم أعتق».^١

ب) ما روي عن محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «من كان شريكاً في عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصته ولم يبعه، فليشتر من صاحبه فيعتقه كله، وإن لم يكن له سعة من المال، نظر قيمته يوم أعتق (منه ما أعتق)، ثم يسعى العبد في حساب ما بقي حتى يعتق».^٢

و يرد على الروايات الواردة في العتق أن يوم العتق و يوم المخالفة واحد. و يوم المخالفة في رواية أبي ولاد هو يوم الضمان، أي الفصب، فلا منافاة بين روايات العتق و رواية أبي ولاد بناء على دلالتها على اعتبار يوم المخالفة في تحديد القيمة، فيوم العتق هو يوم المخالفة.

ثم إن عتق العبد فيه سائبة التعبد، فلا يمكن الاعتماد على الروايات الواردة فيه لتأسيس قاعدة فقهية، كما يلاحظ على روايات العتق بأن الشريك حينما أعتق شقاً من العبد، فهو إنما ألتف بمقدار المعتق، و المقدار الباقي لم يتلف إلا بناء على أن العبد يقوم بكامله على المعتق، فيطالب بقيمة الباقي الذي هو حصة شريكه، و من الواضح أنه حينئذ يتحد زمان التلف مع زمان الأداء، فلا يكون للرواية دلالة على اعتبار يوم التلف إذا انفصل عن يوم الأداء.

١. وسائل الشريعة ج ١٦، ص ٢٢، الكافي (الفروع)، ج ٢، ص ١٢٥، تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ٣١٠، الاستبصار، ج ٤، ص ٣.

٢. وسائل الشريعة ج ١٦، ص ٢٦، الكافي (الفروع)، ج ٢، ص ١٣٤، تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ٣١٠ وفيه إضافة «منه ما أعتق».

أما في صورة عجز الشريك المعتقد عن دفع قيمة الباقي، فليس في الرواية ما يدل على أن العبد إذا استسعى يجب عليه قيمة الحصّة الباقيّة في الرقّ حين انتعاق بعضه، بل لو فرض استفادة ذلك من روايات العتق كان خلاف القاعدة بالمرّة؛ إذ المفروض أن النقص الباقي ما زال في ملك صاحبه فلم يحصل الإلتاف. فلا وجه لاستقرار قيمته حين انتعاق البعض؛ إذ المفروض أن العين باقية، فلا وجه للاشتغال بالقيمة. فالصحيح أن الحكم في باب العتق المستفاد من روايات العتق أن الشريك المعتقد يلزم بدفع قيمة حصّة شريكه إن تمكّن منه حيثنّذ تلزمه قيمته زمان التلف و هو زمان الأداء أيضاً.

و في صورة عجز الشريك يستسعى العبد في قيمة الحصّة الباقيّة في ملك الشريك الآخر، فليس في روايات العتق شاهد على ما هو مناط لقيمة تلك الحصّة، فلا بد من الرجوع إلى مقتضى القاعدة و هو على المختار قيمة يوم الأداء، كما سيأتي.

و لو فرض دلالة روايات العتق إلزام العبد بقيمة الحصّة الباقيّة التي هي قيمته حين انتعاق بعضه، فذلك لأجل أنّه لا يمكن بدون ذلك تحديد ما يلزم به العبد بأدائه، و لأجل ذلك وجب تحديد قيمة الحصّة من حين بدء السعي تعيّد و ليس للضمان.

٢. الروايات الواردة في الرهن الظاهرة في أن القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمة؛ لأنّها تدلّ على لزوم رعاية قيمة العين المرهونة حين تلفها.
منها:

(أ) ما روي عن أبي بكر قال: سألت أبا عبد الله الصادق عليه السلام في الرهن؟ فقال: «إن كان الأكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدّي الفضل إلى صاحب الرهن، و إن كان أقل من ماله فهلك الرهن. أدّى إليه صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن سواء فليس عليه شيء»^١.

(ب) ما روي عن أبي حمزة. قال: سألت أبا جعفر الباقر عليه السلام عن قول علي عليه السلام في

الرهن يترادف الفضل؟ فقال: «كان علي عليه السلام يقول ذلك»، قلت: كيف يترادف الفضل؟ فقال: «إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يساوي ردّ رهن ما نقص من حقّ المرتهن - قال: - وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك»^١.

ج) ما روي عن عبدالله بن الحكم عن أبي عبدالله الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل رهن عند رجل رهناً على ألف درهم والرهن يساوي ألفين فضاع. قال: «يرجع عليه بفضل ما رهنه، وإن كان أنقص مما رهنه عليه، رجع على الراهن بالفضل، وإن كان الرهن يساوي ما رهنه عليه، فالرهن فيه»^٢.

فالظاهر من روايات الرهن أنّ القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمة؛ لأنها تدلّ على لزوم رعاية قيمة العين المرهونة حين تلفها وملاحظة نسبتها مع الدين إن كانت مساوية له، فلا شيء على الراهن، وإن زادت عليه أخذ الزيادة، وإن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص فتعتين يوم التلف في ضمان القيمي.

اعتراض: إنّ مورد هذه الروايات إنّما هو الإتلاف أو التفريط؛ إذ لا ضمان في تلف الرهن على المرتهن من دون تعدّد وتفريط. فزمان التلف والضمان واحد في صور الإتلاف. أمّا في صورة التفريط، فيمكن أن يتفاير يوم التلف مع يوم الضمان، ولكن يتوجّه أيضاً أنّه لا دلالة في روايات الرهن على الضمان بقيمة يوم التلف ولا بقيمته يوم المخالفة، أي الضمان، بل الظاهر منها هو ثبوت أصل الضمان بالقيمة في فرض التعدّي والتفريط^٣.

٣. أنّ مقتضى قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^٤، كون القيمة المعتبرة

١. ضعيفة بسهل بن زياد. الكافي، ج ٥، ص ٢٣٤؛ وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٢٩.

٢. الرواية ضعيفة بعبدالله بن الحكم وغيره. من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ١٩٦؛ وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٣٠.

٣. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٩٩.

٤. تقدّم تخريجُه.

قيمة يوم التلف في المال القيمي؛ لأنَّ المال في حال بقائه كان بنفسه في عهدة الضامن، فإذا تلف يقوم بدله مقامه و بدله في حال التلف ليس إلَّا قيمته يوم التلف، فيكون الضامن ضامناً لها. فقيمة يوم التلف هو البديل الفعلي و العوض الحقيقي للمال المضمون التالف لا غيرها. بل كلما فرضت غير هذه القيمة فهي قيمة فرضية لا واقعية.

اعتراض: إنَّ الرواية مهمة من حيث تعيين القيمة، و إنما مفادها الحكم بثبوت أصل الاشتغال بالقيمة على القول بانتقال الذمة من العين إلى القيمة حين التلف.

الجواب: إنَّ هذا الاعتراض غير سليم نظراً إلى وجود مقدار كاف من الدلالة في الرواية في إفادة المقصود؛ ضرورة أنَّه لا معنى للحكم بضمان الأخذ لبدله، و ما يقوم مقامه عند تلفه إلَّا قيام قيمة آن التلف، فإنَّها البديل الحقيقي للمال لا غيرها. و قد صدق اعتبار صدق المشتقَّ اتصاف الذات بالمبدأ في حال النسبة.

و قد عرفت أنَّ معنى ضمان الشيء قيام بدله مقامه عند التلف، و اشتغال ذمة الضامن به، فلا بدَّ في صدق هذه القضية من صدق البدلية في حال التلف و هو ليس إلَّا معادلة يوم التلف لا غير.

و هذا ما أفاده الشيخ الأنصاري بقوله:

إنَّ الانتقال إلى البديل إنما هو يوم التلف؛ إذ الواجب قبله هو ردَّ العين، و ربَّما يورد عليه

أنَّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، أمَّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف، فلا.

و يدفع بأنَّ معنى ضمان العين عند قبضه كونه في عهده، و معنى ذلك وجوب تداركه

ببذله عند التلف حتى يكون عند التلف، كأنَّه لم يتلف و تداركه ببذله على هذا النحو

بالتزام مال معادل له قائم مقامه.^١

ويلاحظ أنَّ ما جاء في تقريب الاستدلال و ردَّ الاعتراض جيّد، بناءً على انتقال

الذمة من العين إلى بدلها عند التلف مثلاً أو القيمة، و معلوم أنَّ هذا الانتقال إنما يُلْتَزَم به

بناءً على امتناع استمرار اشتغال الذمة بالعين بعد تلفها، و معلوم أنه لا محذور فيه، و سيأتي توضيح ذلك.

٤. استدلل بقاعدة السببية على ضمان القيمي بقيمة يوم التلف؛ لأن سببية التلف تثبت شيئاً في الذمة من المثل أو القيمة كسائر الأسباب الشرعية التعبدية من البيع و الصلح من أسباب اشتغال الذمة بأمر كلي؛ لاستحالة تخلف السبب عن المسبب، فإذا حصل التلف الذي هو سبب استقرار الذمة بالقيمة، استقرت فيها من حينه، و بعد الاستقرار فلا موجب للمدول عنها إلى غيرها من الأقوال.

قال العلامة الحلبي:

فإذا تلفت وجبت قيمة العين وقت التلف؛ لانتقال الحق إليها؛ لتعذر المبدل، و مع ثبوت العين و وجودها لا تتعلق القيمة بالذمة، وإنما الذمة مشغولة برّد العين، و الانتقال إلى القيمة انتقال إلى البذل و هو إنما يثبت حال وجوبه و هو حال التلف.^١

اعتراض: إن اقتضاء التلف لا يعني استقرار القيمة في الذمة من حين التلف، بل هو أعم من أن تكون القيمة المستقرة قيمة يومه، فيمكن أن تكون يوم الضمان أو قيمة يوم المطالبة أو يوم الأداء أو غيرها؛ إذ لا استحالة في ذلك كما أن التلف إنما يوجب استقرار القيمة و هي أمر كلي مختلف المصاديق، و تعيين بعضها يحال إلى زمان المطالبة أو الأداء أو أعلى القيم و غيرها. فسببية التلف لاشتغال الذمة لا يقتضي تعيين قيمة يومه، و أن الخروج عن العهدة يراعى فيه كيفية يوم الخروج عن العهدة، فكل زمان أريد فيه امتثال هذا التكليف يراعى قدرة الضامن في ذلك الزمان، فإن قدر على ردّ القيمي فهو وإلا وجب عليه ردّ البذل الذي هو القيمة، و هي أمر كلي يتشخص كل يوم في ضمن فرد معين، فالواجب القدر المشترك.^٢

١. مختلف الشيعة ج ٢، ص ١٧٧.

٢. مهذب الأحكام، ج ٢١، ص ٣٧.

الجواب: أنَّ التلف إنما أوجب اشتغال الذمة بالبدل المتَّصف بالبدلية بالفعل، و البذل الفعلي ليس سوى قيمة يوم التلف؛ لأنَّ القيم المفروضة في الأزمنة المتقدمة و المتأخرة كلها أبدال فرضية بعضها لعدم تحقق شرط الضمان الذي هو شرط صيرورة القيمة بدلاً نظراً إلى منافاة اتِّصاف الشيء بالبدلية مع كون مبدله موجوداً، و بعضها لعدم حصول زمانه الذي يعتبر في وجوده الفعلي أيضاً. و من هذا يظهر فساد سائر الاحتمالات.^١

ثم إنَّ يوم الضمان لما كان أوَّل أزمنة دخول المضمون في ضمان الضامن، و معنى الضمان اشتغال الذمة بالقيمة معلقاً على حصول التلف، و جب مراعاة قيمة ذلك اليوم لا قيمة يوم المعلق عليه.

و لو سلّم أنَّ قاعدة السببية لم تقتضِ سوى التكليف بالخروج عن العهدة إلا أنَّ الخروج عنها يقتضي تعيين ما يتحقّق به الخروج و هو البذل؛ لأنَّ التالف لتعذر الردّ به حقيقة لا بدّ أن يقوم مقامه شيء في الاتِّصاف بذلك الحكم التكليفي الذي هو الخروج. و لعلّ ظاهر كلمات الفقهاء في الضمانات هذا المعنى حيث يفترونه باستقرار بدل التالف في الذمة.^٢

جاء في حاشية الروض المربع: إنّما اعتبر يوم التلف؛ لأنّه محلّ انضمام حيث وجد سببه فيه، فوجب الاعتبار به.^٣

و على هذا، فإنَّ قيمة التالف لا بدّ من قيامها مقام القيمي التالف؛ لتوجّه الأمر بالردّ، فإذا قامت قيمة يوم التلف على شخصها و تميّزها من سائر القيم، فلا موجب للعدول عنها إلى غيرها.^٤

و يلاحظ أنَّ ما جاء جيّد بناءً على ما هو المشهور من انتقال الذمة من العين القيمية

١. رسالة في النصب، ص ٦٤.

٢. السبل الجوار، ج ٣، ص ٤٦١.

٣. حاشية الروض المربع، ج ٢، ص ٣٧٦.

٤. رسالة في النصب، ص ٦٤.

بعد تلفها إلى بدلها، وليس ذلك إلا قيمتها حين التلف.
و أمّا على المختار من أن العين باقية في الذمة إلى حين تفريغ الذمة، فلا وجه
لمراعاة قيمة يوم التلف، بل تنحصر بمراعاة قيمة يوم الأداء.

المبحث الخامس: ضمان قيمة يوم الأداء

اختار السيد السبزواري هذا القول بدليل أن نفس القيمي باقي في الذمة والمهدة و
يجب الخروج عن عهده، لكن لما لم يمكن ردّه بنفسه وجب دفع عوضه و بدله فهو
بنفسه باقي في المهدة إلى حين الأداء، وإعطاء البديل إنما هو من باب الوفاء، كما إذا كان
له عليه من الحنطة ولم يمكنه أدائه، فإن الذمة مشغولة بالحنطة حتى حين التعذر،
ودفع البديل من باب الوفاء بغير الجنس، ولا ينتقل إلى البديل من حين التعذر. و البديل
الواجب أدائه هو المثل في المثليات، والقيمة في القيميات بمعنى أنه لو أراد أحدهما
غير ذلك لم يجبر عليه.^١

و بعبارة أخرى أن الذمة مشغولة بنفس العين إلى حين الأداء، أن الوفاء بقيمة يوم
الأداء للمال القيمي مبني على أن القيمي مضمون بنفسه، باقي بعد التلف في الذمة إلى
حين تفريغ الذمة كما تقدّم، أو على اشتغال الذمة بالمثل حتى في القيميات. جاء في
تقريرات الشيخ محمدرضا كاشف الغطاء: «و إن قلنا: الذي في ذمته العين إلا أنها لها
مراتب في التأدية هي ومثلها و قيمتها، كانت القيمة قيمة يوم الدفع؛ لأن العين في
الذمة.»^٢

اعتراض: لا يمكن القول بأن الذمة وعاء تبقى فيها العين الشخصية المعدومة و
يتعلق بها وجوب الأداء، فلا يمكن أن يجري ذلك في العين الشخصية المعدومة إلى
الأبد، ولا يقاس على الكلّي الذي يمكن أدائه ببعض أفرادهِ ولو في زمان متأخر، ولو

١. مهذب الأحكام، ج ٣، ص ٣٧٣.

٢. تقريرات الشيخ محمدرضا كاشف الغطاء على ولده، ج ٢، ص ١٩٦.

أنه فرض امتناع أفراد الكلّي مدّة حياة الشخص لم يعقل شغل الذمّة به.^١

قال صاحب أنوار الفقاهة:

و ضمان قيمة يوم الأداء غير معقولة إلا على وجه أن القيمي يضمن بمنثله، وكان ذلك القيمي له مثل ولا نقول به. والسبب في ذلك أن القيمي بعد تلفه يمكن فرض قيمته له؛ لأنه معدوم لا يؤول إلى الوجود، وما كان كذلك، فالقيمة له بخلاف المعدوم الذي يؤول إلى الوجود.

و يمكن الجواب عن الاعتراض بما يأتي:

١. أن كلّاً من العين و المثل في ظرف انعدامه مستحيل الوجود، فلو كان المانع من ثبوت العين التالفة في الذمّة امتناع عودها إلى الوجود، فمن الواضح أن المثل في ظرف انعدامه يستحيل وجوده في الخارج أيضاً، وإمكان وجوده في المستقبل متقيّد بذلك الظرف الذي يمكن أن يوجد فيه، فلا يتعدّى إلى ظرف استحالة وجوده، فلا وجه للتمفرقة بين المثل المعدوم و المستحيل فعلاً و بين العين المستحيلة فعلاً أيضاً، فكما يمكن إثبات المثل في الذمّة مع استحالة وجوده في ظرف تعذّره، كذلك يمكن ثبوت العين بالذمّة مع استحالة وجودها في الخارج.

٢. أن الوجود الذمي وجود اعتباري خاضع لدليل الضمان، و لاعتبار الشارع الحاكم بالضمان. أمّا الوجود الخارج، فيتبع الأسباب التكوينية التي تتجه حين توفرها مع جميع شرائطها، فلا يمكن ربط أحد الوجودين بالآخر بوجه، فإن الوجود الذمي خاضع لدليل الضمان، و الوجود الخارجي يخضع لأسبابه الواقعية.

القانون المدني

أن المال القيمي تعيّن قيمته يوم لزوم الضمان، أي أول يوم الضمان في القانون

المدني العراقي.

جاء في المادة «٩٦٠»: إنَّ الوديعة إذا لزم ضمانها، فإن كانت من المثليات تضمن بمثلها، وإن كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان.^١

واختلف شراح القانون المدني في تحديد قيمة القيمي بحسب الزمان بكونه وقت الغصب أو وقت الخصومة بالنسبة لمورد الغصب.^٢

ولذا جاءت قرارات محكمة التمييز تارةً بتعین قيمة المال القيمي يوم المطالبة لا أول يوم الضمان أو الغصب.

جاء في القرار «٤٧»: أمَّا القول بوجوب تقدير قيمة الحلبي وقت الغصب، فهو قول غير وارد؛ لأنَّ التقدير يجب أن يكون بتاريخ إقامة الدعوى.^٣

وتارةً بتعین قيمة القيمي بعد إتلافه يوم الغصب، أي أول يوم الضمان.^٤ وأكد الأستاذ منير القاضي أنَّ المغضوب القيمي يجب على الغاصب أداء قيمته يوم الغصب، أي أول يوم الضمان.^٥

وأخذ القانون المدني في تعيين قيمة القيمي أول يوم الضمان من مجلة الأحكام المدنية في المواد «٣٧١، ٧٤٢، ٨٠٣، ٨٩١» من كل من تلف المبيع بالبيع الفاسد و تلف وثيقة الرهن بتعدّ و تفريط، والوديعة إذا تلفت بتعدّ و تفريط و الغصب.^٦

الرأي الراجح: ينبغي أن يعلم أنَّ المختار في باب الضمانات - كما تقدّم - أنَّ المضمون سواء كان مثلياً أم قيمياً هو الذي يثبت في الذمّة و يستمرّ إلى حين تفريغها،

١. القانون المدني، الرقم «٤٠»، لسنة ١٩٥١/١٨٦.

٢. أصول الالتزام، ص ٢٦٧.

٣. مجموعة الأحكام المدنية، ص ٢٢، العدد «٤»، السنة «١٣»، رقم القرار «٤٧»، مدنية، تاريخ القرار، ٨٢/١١/١.

٤. قضاء محكمة تمييز العراق، ج ٦، ص ٣٤٣.

٥. محاضرات في القانون المدني العراقي، ص ١٤.

٦. مجلة الأحكام المدنية، ص ٥٤، ١١٣، ص ١٢٦.

و تلفه لا يؤثر في الوجود الذمي؛ فإنَّ الوجود الذمي الاعتباري ليس مرتبطاً بالوجود الخارجي التكويني، فبناء على هذا، لابدَّ من الالتزام بوجود دفع يوم الأداء في القيمي نظراً إلى أنَّ الضامن في وقت الأداء عاجز عن دفع المضمون، فتنتقل الوظيفة إلى البدل الذي هو القيمة فقط.

أما القرض، فلو حدّد بأنه عبارة عن تملك العين بضمان المثل أو القيمة، كان اللازم الالتزام بقيمة يوم القرض؛ لأنّها هي التي تشتغل بها الذمّة وقت القرض.^١

و أمّا على المختار في معنى القرض من أنّه عبارة عن تملك العين بوفاء المثل أو القيمة، فاللازم أيضاً وجوب دفع قيمة يوم القرض، والوجه في ذلك أنَّ الحكم التكليفي وجوب الوفاء، فلا بدّ من تحديد متعلّقه و تشخيصه و تميّزه على نحو يرتفع به الإبهام؛ إذ لو لم يحدّد و يشخّص لم يكن له وجود لا ذهنياً ولا خارجياً، ولا يمكن تعلّق الحكم به ضرورة لزوم إحراز الموضوع لثبوت الحكم و المتعلّق هنا الوفاء فعل المقرض، و هو لا يتشخّص إلّا بعد تحديد و تميّز متعلّقه و هو القيمة في القيمي، فعليه حين ثبوت وجوب الوفاء، لابدّ من تحديد القيمة التي يجب دفعها وفاءً للقرض، و ليس إلّا قيمة يوم القرض؛ لأنّ سائر القيم غير معلومة و غير محدّدة، كما أنَّ ترجيح بعضها على البعض بلا وجه، فمقتضى وجوب الوفاء من حين القرض لزوم تشخيص القيمة التي يجب دفعها على المقرض. و هذا الوجوب نظير وجوب نفقة الابن على الأب أو العكس، فإنّه لا تشتغل ذمّة من يجب عليه الإنفاق، ولكنّه مطالب بهذا الإنفاق و إن لم تشتغل ذمّته بالمال.

الفصل الرابع:

تحديد حق المالك باختلاف الأمكنة

نتناول في هذا الفصل ما لو انتقل المال المثلي و المال القيمي من مكان العهدة أو الضمان ولقي المالك الضامن في مكان آخر فهل نه حق المطالبة بالمثل أو القيمة بالنسبة المال المثلي أو القيمة بالنسبة إلى المال القيمي؟

المبحث الأول: تحديد حق المالك في المال المثلي حسب الأمكنة

ينقسم المال المثلي إلى أثمان - و هي الدينانير و الدراهم و الفلوس الرائجة و العملات الورقية - و غير أثمان.

المطلب الأول: تحديد حق المالك في غير الأثمان

لو انتقل المثلي إلى غير مكان العهدة أو الضمان، فهل للمالك إذا لقي الضامن في مكان آخر له حق المطالبة بالمثل؟ ثم إذا ظفر المالك بالضامن في غير محلّ العهدة أو الضمان، و كان المثل متعذراً فيه فهل للمالك المطالبة بقيمة بلد المطالبة أو بأعلى القيم التي وصل إليها المثل من أمكنة أو أقلها أو بلد التلف أو يتخير المالك في التعيين أو يتخير الضامن؟ فيه أقوال:

أولاً: قيمة بلد الضمان أو العهدة (الغصب و القرض)

المشهور عند جمهور الفقهاء مطالبة المثل في بلد الضمان أو العهدة إن كان موجوداً، فإن تعذر فقيمته في بلد الضمان أو العهدة. هذا إذا كان لنقله مؤونة و ارتفاع لسعر المثل في الأمكنة الأخرى التي وصل إليها عن سعر بلد العهدة أو الضمان كبلد التلف أو المطالبة^١.

الإمامية: أوضح الشيخ الطوسي [في المبسوط] بأنه إذا اختلفت قيمة المثل المتعذر حسب الأمكنة، فللمالك قيمته في بلد العهدة أو الضمان أو يصير حتى يصل إليه بقوله: إذا غصب منه مالا مثلاً بمصر فلقبه بمكة و طالبه به لم يخل من أحد الأمرين إما أن يكون لنقله مؤونة أو لا مؤونة لنقله - ثم يكمل - وإن كان لنقله مؤونة لم يخل من أمرين: إما أن يكون له مثل أو لا مثل نه، فإن كان له مثل كالحبوب و الأدهان نظرت، فإن كانت القيمتان في البلدين سواء كان له مطالبة بالمثل؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وإن كانت القيمتان مختلفتين فالحكم فيما له مثل، و فيما لا مثل له سواء. فالمقصوب منه إما أن يؤخذ من الغاصب بمكة قيمته بمصر، وإما أن يدعه حتى يستوفي ذلك منه بمصر؛ لأن في النقل مؤونة و القيمة مختلفة، فليس له أن يطالبه بالفضل، فإن صبر فلا كلام، و إن أخذ القيمة ملكها المقصوب منه.

و حكى كذلك في الدروس و جامع المقاصد و مفتاح الكرامة و جواهر الكلام^٢.
الشافعية: أوضح فقهاء الشافعية في مورد القرض أنه لا قبول للمثل في غير محلّ القرض إن كانت لنقله مؤونة و لم يتحملها المقرض أو كان الموضوع مخوفاً، أي إذا كان لنقله مؤونة من محلّ الإقراض إلى محلّ الظفر أو كانت قيمته بمحلّ الظفر أكثر من

١. المستنى، ج ٥، ص ٢٧٨؛ حاشية الزحوي، ج ٦، ص ٢١٧؛ نكتة البحر الرائق، ج ٨، ص ١٢٤؛ الكافي، ج ٢، ص

١٥٠٢؛ حاشية الجمل، ج ٣، ص ٢٦١؛ جامع المقاصد، ج ٢، ص ٨١.

٢. جامع المقاصد، ج ٢، ص ٨١؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٨.

قيمته بمحلّ الإقراض، فإذا أقرضه حنطة في العراق ثم لقيه بمكة لم يلزمه دفعه إليه؛ لأنه بمكة أغلى، ولأنّ في نقله إلى مكة ضرر، ولكن له مطالبتة في غير محلّ الإقراض بقيمة ماله. وكذا ما إذا كان محلّ الظفر أقلّ قيمة كما إذا أقرضه طعاماً بمكة ثمّ لقيه بالعراق، ليس له في الصورة مطالبتة بالقيمة بل لا يلزمه إلّا مثله.

فشرطاً مؤونة النقل وارتفاع السعر مانع من الإيجابار على الأداء في القرض، والمسلم فيه والغصب.^١

الحنابلة: ذكر فقهاء الحنابلة أنّه ليس للمالك المثل إلّا في بلد العهدة أو الضمان إن كان لنقله مؤونة. قال ابن قدامة: «وإن كانت قيمة المثل أكثر فليس له المثل؛ لأننا لا نكلفه النقل إلى غير البلد الذي غصبه فيه، وله المطالبة بقيمته في بلد الغصب».^٢

الحنفية: الأصل عند فقهاء الحنفية مطالبة المثل في مكان العهدة أو الضمان. جاء في فتاوي الخاتبة: «رجل غصب من رجل حنطة بمكة وحملها إلى بغداد، قال: عليه قيمتها بمكة».^٣ وإن كان سعر المثل في مكان المطالبة أقلّ من سعر المثل في مكان العهدة أو الضمان فالمالك بالخيار إن شاء أخذ قيمة العين في مكان العهدة وقت العهدة وإن شاء انتظر.^٤

المالكية: ذكر أشهب وأصبغ وابن عرفة من فقهاء المالكية أنّ الأصل مطالبة المثل في مكان السبب والعهدة والضمان،^٥ فلو وجد المالك الضامن في بلد غير بلد العهدة بلد الضمان ومع المثل، فللمالك التخيير في أخذه أو مثله ببلد المطالبة. وفصل بعض فقهاء المالكية بين ما إذا لقي المالك الضامن في بلد بعيد عن بلد

١. حاشية الجليل، ج ٣، ص ٢٦١.

٢. الكافي، (ابن قدامة)، ج ٢، ص ٤٠٢.

٣. الفتاوي الخاتبة، ج ١، ص ٦٨٤.

٤. نكحلة البحر الرائق، ج ١، ص ١٢٤.

٥. حاشية الرخوي، ج ٦، ص ٢١٧؛ المتقى، ج ٥، ص ٢٧٨؛ شرح الخروشي، ج ٦، ص ١٣٣.

العهد (الفصب) فله المثل في بلد العهد، و بين أن لقيه في بلد قريب عن بلد العهد (الفصب) فله التخيير بين أخذ المثلي أو مطالبة المثل في بلد العهد. و هذا رأي ابن رشد عن ابن القاسم؛ لأنه رأى أن النقل فوت للمثلي.^١

و دليلهم على ذلك أن مقتضى قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^٢ هو التأدية إلى محلّ العهد أو الضمان بحكم انصرافه إليه. لذا حكم الفقهاء فيما إذا نقل المصوب إلى غير بلد الفصب بوجوب إعادته إليه، بل لو دفعه الضامن إلى المالك في غير بلد الفصب يتخير المالك بين قبضه منه، وأمره بالردّ إلى المكان الذي غصبه فيه، و لازم هذا المعنى أنه لا يجب على الغاصب تأدية العين في غير محلّ الفصب، و من المعلوم أن حكم البذل في ذلك حكم المبدل منه، بل لعل الأمر بعد التنفّ أسهل نظراً إلى أنه يصير من قبيل سائر الديون.^٣

فالأصل أن تكون المطالبة بالمثل في بلد الضمان أو العهد:

اعتراض: إنه لو سلم دلالة قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» على وجوب التأدية إلى مكان الأخذ أو العهد أو الضمان فهو لا ينفي وجوبها في غير الأمكنة، بل يفيد وجوب التأدية إليه زائداً على وجوب التأدية المطلقة، لأنّ الرسول الأعظم ﷺ يوجب على الضامن التأدية إلى المالك، و يوجب عليه أيضاً تأديته إلى محلّ الأخذ أو الضمان أو العهد.

و بعبارة أخرى لا دلالة في الحديث الشريف على تقييد الوجوب بمكان الأخذ غاية الأمر أنه يفيد أمراً زائداً على أصل وجوب التأدية و هو خصوص التأدية إلى محلّ الأخذ أو العهد أو الضمان، و لا دلالة في كلام الفقهاء على نفي وجوب التأدية إلى غير محلّ الأخذ أو العهد أو الضمان.

١. حاشية الرموني، ج ٦، ص ٢١٧؛ المتنفّ، ج ٥، ص ٢٧٨؛ شرح الخرشي، ج ٦، ص ١٢٣.

٢. تقدّم تخرجه.

٣. جامع المقاصد، ج ٢، ص ٨١ (الطبع الحجري).

ثانياً: تخيير المالك

ذهب الشهيد الأول إلى تخيير المالك في المطالبة بين المثل أو قيمة المثل في الغصب؛ إذا انتقل المثلي من مكان الهبة أو الضمان، وإن كان في نقله مؤونة أو كانت قيمة المثل أكثر من قيمة المثلي في مكان الهبة أو الضمان اعتماداً على أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

ثالثاً: مطالبة المثل في بلد المطالبة

ذهب ابن إدريس [في السرائر] والمحقق الكركي والعلامة الحلّي من الإمامية إلى أنه يجب دفع المثل في بلد المطالبة وإن كان أعلى قيمة من بلد الهبة أو الضمان بمراتب.^١

قال ابن إدريس [في السرائر]: إنه له (المالك) إلزامه به (الضامن) في ذلك المكان، وإن كان هو أعلى قيمة من مكان الغصب، وإن كان حمله يحتاج إلى مؤونة؛ لأنه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة.

و جاء في تذكرة الفقهاء: ولو أتلّف مثلياً أو غصبه ثم تلف عنده في بلد ثم ظفر المالك في بلد آخر كان للمالك مطالبة بالمثل، سواء كان لنقله مؤونة أو لا.^٢

و جوّز السيّد السبزواري مطالبة المالك عوض ماله مثلاً كان أو قيمة من الضامن في أيّ مكان شاء وأراد، سواء وصلت إلى ذلك المكان عين ماله أو لا؛ لعموم: «الناس مسلطون على أموالهم» لكنّه مع تعدّر المثل في المثلي ينقل إلى القيمة، كما في سائر الموارد.^٣

١. جامع المقاصد، ج ٢، ص ٨١؛ تذكرة الفقهاء ج ٢، ص ٣٧٩ (الطبع الحجري).

٢. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٩.

٣. مهذب الأحكام، ج ١٦، ص ٢٩٠.

تم فصل بين تساوي و تفاوت قيم المثل بقوله:

و ليس للمالك الإلزام بالردّ إلّا إلى المكان الذي وصلت إليه العين، وكذا ليس له الإلزام بالمثل إلّا في الأمكنة التي وصلت إليها العين؛ وذلك لظهور أدلة الضمانات في ذلك، فتكون نسبة الأمكنة التي مرّت عليها عين ماله نسبة الأيادي التي جرت عليها في صحة الإلزام بالردّ لغرض جريان حكم الغصب والعدوانية بالنسبة إلى الجميع، فيكون جواز المطالبة أعمّ مورداً من الإلزام بالدفع، هذا مع التفاوت. وأما مع التساوي من كلّ جهة، فبصحّ الإلزام بالردّ أيضاً في كلّ مكان.^١

الشافعية: المشهور عند فقهاء الشافعية مطالبة المالك للضامن في أيّ مكان حلّ به المثلي، سواء كان المكان الذي حلّ به هو الذي تلف فيه أو مكان آخر، وإن لم يكن لنقله مؤونة و أمن الطريق. و هذان شرطان لإجبار المالك الضامن على دفع المثل، و لإجبار المالك الضامن على أخذه.

و ذهب الإسنوي إلى ثبوت الطلب في أيّ موضع شاء من المواضع التي وصل إليها المثلي في طريقه بين البلدين، أما إذا كان لنقله مؤونة أو خاف الطريق فبأقصى قيم المكان الذي حلّ به المثلي. و لا يطالب الضامن بالمثل و لا الضامن من تكليف المالك قبول المثل؛ لما في ذلك من الضرر.^٢

جاء في حاشية الجمل:

لا تتفقد المطالبة بمحلّ الغصب، بل ولا بمحلّ التلف بل يطالب في أيّ مكان حلّ به؛ لأنّه كان مطالباً برده في أيّ مكان حلّ به، فإن تلف المغضوب المثلي في البلد أو المحلّ المنقول أو المنقول إليه أو عاد أو تلف في بلد الغصب، طالبه بالمثل في أيّ البلدين أو المحليين شاء؛ لتوجه ردّ العين عليه فيهما.^٣

١. المصدر.

٢. نهاية المحتاج ج ٥، ص ١٦٣؛ حاشية البجيرمي، ج ٣، ص ١١٩.

٣. حاشية الجمل، ج ٣، ص ٤٨١.

و قال الرملي: «و لو ظفر بالغاصب في غير بلد التلف و المنصوب متبلي و المثل موجود. فالصحيح أنه إن كان لا مؤونة لنقله، كالتقيد اليسير و كان الطريق آمناً، فله مطالبته بالمثل؛ لعدم الضرر على واحد منهما»^١

و هناك قول آخر لفقهاء الشافعية يطالب بالمثل مطلقاً و إن لزمت مؤونة لنقله أو زادت القيمة، كما لو أتلّف مثلياً في وقت الرخص له طلب المثل في الغلاء.^٢

الحنبلة: اشترط الحنبلة وجوب مطالبة المالك بالمثل للضامن في بلد المطالبة. و أن تكون قيمته متساوية حسب الأمكنة، أو هي أقلّ من بلد سبب العهدة أو الضمان (الغصب)؛ لأنه لا ضرر على الضامن فيه، و إن كانت أكثر فليس له المثل.^٣

قال المقدسي:

وإن كان من المتليات و قيمته في البلدين واحدة، أو هي أقلّ في البلد الذي لقيه فيه فله

مطالبته بمثله؛ لأنه لا ضرر على الغاصب فيه، و إن كانت أكثر فليس له المثل؛ لأننا

لا نكلّفه النقل إلى غير البلد الذي غصب فيه، و له مطالبته بقيمته في بلد الغصب.^٤

و فصل العتقري مطالبة المثل في غير بلد القرض و ذكر الصور التي يجب دفع المثل

في بلد المطالبة بقوله:

اعلم، أن البدل المطلوب بغير بلد القرض إما أن يكون لحمله مؤونة أو لا، و على كلا

التقديرين إما أن تكون قيمة البدل ببلد القرض أزيد أو أنقص أو مساوية لقيمته ببلد

الطلب، فهذه ست صور يلزم بذل البدل ببلد الطلب في خمس صور منها و هي: ما إذا

لم يكن لحمل البدل مؤونة بصوره الثلاثة، أو كان له مؤونة تمكّن قيمته ببلد نحو القرض

أزيد أو مساوية. و يلزم بذل قيمة البلد ببلد الطلب في صورة واحدة و هي: ما إذا كان

١. نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٣.

٢. دوضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٢.

٣. الكافي (ابن قدامة)، ج ٢، ص ٤٠٣.

٤. الشرح الكبير، ج ٥، ص ٤٣٨.

لحملة مؤونة و قيمته ببلد نحو القرض أنقص، فتلزم قيمته ببلد نحو القرض حتى مع وجود المثل ببلد الطلب.^١

و أدلتهم على ذلك:

١. أن مقتضى القواعد الشرعية وجوب دفع الضامن المثل للمالك فللمالك المطالبة بالمثل أينما أراد، و يجب على الضامن تأديته فوراً لوجوب رد المظلمة.

٢. أن مقتضى الحديثين: «الناس مسلطون على أموالهم»^٢ و «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»^٣ وقاعدة الإلتلاف و وجوب رد المظلمة الثابت على الفور لا يجوز التأخير و لا فرق عندهم في ذلك بين كون المثل في مكان المهددة أو الضمان أو التلف أو المطالبة.

ويلاحظ على الدليل أن قوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم» أنه ليس وارداً مورد الضمان و لا خصوصياته، إنما ورد في مورد دفع مزاحمة المالك، بمعنى أن مفاد الحديث لا يجوز لأحد مزاحمة المالك في ماله فليس للحديث نظر إلى الضمان أو خصوصياته أو مقدار المضمون، و أن حديث «حرمة ماله كحرمة دمه» إنما ينظر إلى حرمة التصرف في المال المسلم بدون رضاه، كما يدل لأجل تنظير المال بالدم على أن مال المسلم لا يذهب هدرأ، فالرواية تدل على حكيم: التكنيفي و هو حرمة التصرف، و الوضعي و هو الضمان؛ لأجل التنظير المذكور، و ليس في الرواية شاهد على المقدار أو كمية العوض الذي يعرض به المال المتلف، فذكر هذا الحديث كذكر «الناس مسلطون على أموالهم»^٤ في المقام.

٣. أن تأخير الأداء و رد المظلمة ضرر على المالك، و الضرر لا يزال بالضرر، بل

١. حاشية الإروى المربع، ج ٢، ص ١٥٨.

٢. بحار الأنوار، ج ٢، ص ٢٧٢.

٣. نيل الأوطار، ج ٣، ص ٧٣؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ١٢٩٧؛ مستدرك الوسائل، ج ٣، ص ١٤٥.

٤. تقدم تخريجه.

قيل: إذا تعارض الضرران فالترجيح لنفي ضرر المالك، إذ الضرر المنفي هو شرع الحكم، والضامن أو الغاصب هنا أدخله على نفسه.^١

٤. أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال في مورد الغصب، فوجب مطالبة الضامن أو الغاصب بالمثل وإن كان يحتاج إلى مؤونة النقل.

٥. إطلاق ما دلّ على وجوب ردّ المظلمة وعلى تسلّط المظلوم على استيفائها متى تمكّن منها، والغرض أن الثابت للضامن دفع المثل، ودعوى اعتبار المكان في مثليته واضحة المنع لغةً وشرعاً و عرفاً.^٢
و يرد على هذه الأدلة بما يأتي:

١. أن الضامن إنّما أقدم على الضرر بمقدار معين وهو الضرر المتوجّه إليه من جهة وجوب دفع العوض الواقع للمال المتلف، وأمّا الزيادة على ذلك المقدار، فهو لم يقدم على الضرر الذي يتوجّه إليه لأجلها، فالتعارض بين الضررين في المقام إنّما هو بين الضرر على الضامن الناشئ من هذه الزيادة التي لم يقدم عليها، وبين الضرر المتوجّه إلى المالك من جهة تأخير دفع ماله إليه. ومع التعارض لا يعمّ حديث نفي الضرر أياً من الضررين.

نعم، لو كانت تلك الزيادة ناشئة من تساهل و تماهل الضامن بأن انتقل إلى مكان زيادة القيمة وكان متساهلاً في تفرغ ذمته، يثبت حينئذ إقدامه على تلك الزيادة، فلا يدفع عنه ضرر الزيادة بحديث نفيه، وذلك نظير ما إذا أخر تفرغ الذمة في القيمي أو المثلي و ارتفعت القيمة عمّا كانت عليه في أول أزمته إمكان تفرغ الذمة.

٢. أن مطالبة المثل ببلد المطالبة يستدعي عدم حقّ المالك في الامتناع لو بذله الضامن في غير بلد الهبة أو الضمان وإن اقتضى ضرراً على المالك؛ لقلة القيمة مثلاً،

١. فقه الصادق، ج ٢٥، ص ٣٢٢، جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٨.

٢. المصدر الأول.

لذا تردّد صاحب جامع المقاصد في هذا ولم يرجّحه.^١

٣. أنّ مؤاخذه الغاصب بأشقّ الأحوال ليس عليها دليل، وقد سبق الكلام على ذلك.

رابعاً: تخيير الضامن: ذهب فقهاء الحنفية إلى أنّه إذا كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر من مكان العهدة أو الضمان يختير الضامن إن شاء أعطاه مثله في مكان الخصومة، وإن شاء أعطاه قيمة المثل في مكان العهدة أو الضمان، وكذا إن كانت قيمة المثل في مكان الخصومة أو المطالبة أو مكان الضمان أو العهدة متساوية القيمة، كان للمالك أن يطالب الضامن بالمثل.^٢

و عن الخبينة كان للمالك أن يطالب الضامن بقيمة المثل.^٣

خامساً: قيمة بلد التلف: نقل الإسنوي أنّ جمعاً كثيراً من الفقهاء الشافعية ذكروا أنّ المنلي إذا انتقل من مكان العهدة أو الضمان إلى بلد آخر و تلف فيه وجبت قيمة بلد التلف.^٤

و فصل بعض فقهاء الشافعية ذلك بأنّه إن كانت قيمة المثل في بلد العهدة أو الضمان مثل قيمة بلد التلف أو أقلّ منه طالبه بالمثل، وإلا فلا يطالبه بالمثل، بل يغرّمه قيمة بلد التلف إن كان لنقله مؤونة أو خاف الطريق. و القيمة هنا للحيلولة، فإذا غرّم الضامن ثمّ اجتمع المالك و الضامن في بلد العهدة أو الضمان، لم يكن للمالك ردّها و طلب المثل، و لا للضامن استردادها و بذل المثل.^٥

سادساً: قيمة أقصى قيم الأمكنة: ذهب بعض فقهاء الشافعية و منهم الإسنوي إلى

١. جامع المقاصد، ج ٢، ص ٨١ (الطبع الحجري).

٢. مجمع الضمانات، ص ١٣١.

٣. الفتاوى الخبينة، ج ١، ص ٦٨٤.

٤. روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٢.

٥. إعانة الطالبين، ج ٣، ص ١٣٩.

أنه إذا فقد المثل فقيمة أقصى القيم التي وصل إليها من سائر الأمكنة التي حلّ بها المثلي في مورد الغصب.^١

قال النووي: فلو تلف في بلد المنقول طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين؛ لتوجه الطالب عليه بردّ العين في الموضوعين. فإن فقد المثل غزّمه قيمة أكثر البلدين قيمة.^٢ الرأي الراجح: قد تقدّم إن اخترت بأنّ العين التالفة هي التي تثبت في الذمة من حين الضمان إلى حين تفرّغ الذمة سواء كان مثلياً أو قيميّاً وأنّ الواجب في المثلي المثل سواء زادت القيمة أو نقصت مادام الضامن متمكناً منه. فلو فرض أنّ المالك التقي بالضامن في بلد غير بلد الضمان أو العهدة، فللمالك حقّ مطالبة الضامن بالمثل في بلد المطالبة إن كان المثلي تالفاً، وإن تعذّر المثل فله حقّ المطالبة بقيمة المثل أو المثلي في بلد المطالبة؛ وذلك لأدلة وجوب تفرّغ الذمة التي تستدعي مسارعة الضامن إلى تفرّغ ذمته وحرمة بقاء المال في ذمته، وأنّ للمالك حقّاً في المطالبة بحقه حينما وجد إليه سبيلاً وأنّ صعود القيمة حسب الأزمنة للمثل لا تنقل الحقّ من المثل إلى القيمة، فكذلك ما إذا حدث اختلاف بالقيمة حسب الأمكنة بالنسبة للمثل؛ لأنّ وظيفة الضامن دفع المثل، وأنّ حقّ المالك منحصر فيه، فلا وجه للانتقال إلى القيمة ما لم يسقط المثل عن المالّة أو يتعذّر.

نعم، لو كان على المالك ضرر في تسلّم المثل في غير مكان العهدة أو الضمان بأنّ كان في نقله إلى مكان العهدة أو الضمان ضرر على المالك، ألزم الضامن بالنقل أو بدفع المثل في مكان الضمان أو العهدة؛ لأنّ ضرر المالك نشأ من فعل الضامن. فكان الضامن قوّت على المالك بعض أمواله.

كما ينبغي أن يعلم بأنّ الضامن لو بذل المثل في بلد الضمان أو العهدة وامتنع المالك

١. نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٣.

٢. دوضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٢.

من القبول تمّ التقيا في بلد آخر، وكانت قيمة المثل فيه أكثر من بلد الضمان أو العهدة، فيمكن أن يقال: أن ليس للمالك إلزام الضامن بتلك الزيادة. هذا كله في الضمان و يأتي نفس الكلام في القرض؛ لأنّ على التحديد المختار للقرض هو إن فعل المقرض بالفداء متعلّق بالمثل أو القيمة، فيجب على المقرض أينما التقى المقرض به في أي مكان.

المطلب الثاني: مطالبة الأثمان حسب الأمكنة

المشهور عن الفقهاء أنّ المالك له حقّ مطالبة الضامن بالنسبة للأثمان في أيّ بلد، و يجب على الضامن ردّها للمالك؛ لأنّها قيم الأموال، فلا يضرّ اختلاف قيمتها، سواء كان ذلك في مورد الضمان أو القرض.^١

قال البهوتي: «و إن غصب أثماناً لا مؤونة لحملها فطالبه مالکها بها في غير بلد الغصب، و جب على الغاصب ردّها إليه، أي المالك لعدم الضرر».^٢

و قال في موضع آخر: «و إنه أقرضه أثماناً فطالبه بها ببلد آخر لزمت الأثمان، أي مثلها؛ لأنّه أمكنة قضاء الحق من غير ضرر فلزمته».^٣

و جاء في الفتاوي الخاتية: رجل غصب من رجل دراهم أو دنائير في بلدة فطالبهم المالك في بلدة أخرى، كان عليه تسليمها، و ليس للمالك أن يطالبه بالقيمة و ان اختلف السعر.^٤

و قد فضل الشيخ الطوسي [في المبسوط] المال المثلي إلى ما كان من الأثمان أو لا، و بيّن أنّ مطالبة الأثمان تكون في أيّ بلد بقوله:

١. الشرح الكبير، ج ٥، ص ٤٣٨؛ الروض المربع، ج ٢، ص ١٥٨؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٨.

٢. كشف القناع، ج ٤، ص ١١٠؛ الروض المربع، ج ٢، ص ١٥٨.

٣. المصدر الأول.

٤. الفتاوي الخاتية ج ١، ص ٦٨٤.

فإن لم يكن لنقله مؤونة كالأثمان، فله المطالبة به، سواء كان الصرف في البلدين متفقاً أو مختلفاً؛ لأنه لا مؤونة في نقله في العادة، والذهب لا يقوم بغيره ولا الفضة تقوم بغيرها إذا كانا مضروبين.

فالمالك له حق مطالبة الضامن بالنسبة للأثمان في أي بلد، ووجب على الضامن ردّها إلى المالك؛ لأنها قيم الأموال، فلا يضّر اختلاف قيمتها، سواء كان ذلك في الضمان أم القرض.

المبحث الثاني: مطالبة القيمة للقيمي حسب الأمانة

اختلف الفقهاء بالنسبة إلى مطالبة قيمة القيمي حسب الأمانة.

أولاً: قيمة بلد التلف: ذهب فقهاء الإمامية إلى أنّه إذا اختلفت القيمة باختلاف المكان، كما إذا كان القيمي في بلد العهدة أو الضمان بعشرة دنانير مثلاً وفي بلد التلف بعشرين دينار مثلاً، فالظاهر اعتبار محلّ التلف، ودليلهم أنّ زمان التلف ومكانه إنّما هو زمان الانتقال إلى القيمة ومكانه.^١

ثانياً: قيمة أعلى التقيم: ذكر العلامة الحلّي في مورد الغصب أنّ القيمي إذا أتلّف في غير بلد الغصب واختلفت قيمة بلد التلف عن بلد الغصب أو العهدة، وجبت أكثر القيمتين للمالك، ولو اختلف التقدان، فالأقرب عنده وجوب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف.^٢

ثالثاً: قيمة بلد العهدة أو الضمان: إذا اختلفت قيمة القيمي باختلاف المكان وجبت قيمة بلد الضمان أو العهدة على الضامن للمالك عند مطالبة المالك في بلد المطالبة.^٣ رابعاً: الصلح الإلزامي: ذهب السيّد السبزواري إلى أنّ اختلاف القيمة باختلاف

١. رسالة في الغصب، ص ٧١؛ مهذب لأحكام، ج ٢، ص ٣٧٥.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨١ (الطبع الحجري).

٣. كشف القناع، ج ٤، ص ١١٠؛ مجمع الضمانات، ص ١٣١.

المكان في المال القيمي لابدّ من التصالح و التراضي فيما به التفاوت بين المالك و الضامن.^١

الرأي الراجح: إنّ اشتغال الذمة بنفس القيمي من حين الضمان إلى حين التفرغ في الضمان هو دفع قيمة بلد المطالبة الذي هو بلد التفرغ؛ لأنّ ذمة الضامن مشغولة بالقيمي، و عليه تفرغها بدفعها أو بدلها و هو منحصر في القيمة و فحين التفرغ تتحوّل ذمة الضامن من دفع القيمي إلى دفع قيمته، فالواجب قيمة بلد المطالبة أو الأداء. و أمّا القرض، فعلى المختار من تفسيره أنّ ذمة المقرض لا تشتغل بالمال، و إنّما يجب عليه فعل الوفاء على ما تقدّم توضيحه، و هذا الفعل قد تحدّد بقيمة العين القيميّة المقرضة حين الاقتراض، فالوفاء الواجب على المقرض هو متعلّق بالقيمة المحدّدة في زمان أو مكان، و لا يتحوّل من تلك القيمة إلى أخرى، فاللازم الوفاء بدفع قيمة بلد الاقتراض. قال البهوتي: «و إن كان المغصوب من المتقومات، كالثياب و العبيد و طالب به مالكة في غير بلد الغصب، لزمه الغاصب دفع قيمته في بلد الغصب للحيلولة».^٢

و جاء في مجمع الضمانات: «و لو كانت من ذوات القيم، فللمالك قيمة بلد الغصب يوم الخصومة».^٣

مطالبة المال المثلي و المال القيمي حسب الأمكنة في القانون المدني

ذكر القانون المدني العراقي أنّ الأصل في مطالبة المال المثلي و المال القيمي حسب الأمكنة و هو مكان السبب أو العهدة. فقد ورد في عقد القرض في المادة «٦٨٩» في الفقرة «٣»: «و إذا لم يتفق على المكان بين المقرض و المستقرض كان الردّ واجباً في

١. مهذب الاحكام، ج ٢١، ص ٣٧٥.

٢. كشف القناع، ج ١، ص ١١٠.

٣. مجمع الضمانات، ص ١٣١.

مكان العقد.^١

و جاء في الفصب في المادة «١٩٢»: يلزم ردّ المال المنصوب عيناً و تسليمه إلى صاحبه في مكان الفصب إن كان موجوداً، و إن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر، و كان المال المنصوب معه، فإن شاء صاحبه استردّه هناك، و إن طلب ردّه إلى مكان الفصب، فمصاريف نقله و مؤونة ردّه على الغاصب، و هذا دون إخلال بالتعويض على الأضرار الأخرى.^٢

و قد أخذ القانون المدني هذا النصّ من مجلة الأحكام العدلية من المادة «٨٩٠». و قد أوضح القانون المدني مكان وفاء المثلي في مكان العقد إذا كان له حمل و مؤونة، أو كان العقد مطلقاً لم يعبّر فيه مكان التسليم. أمّا مكان وفاء المال القيمي، ففي موطن المدين وقت وجوب الوفاء أو مكان أعماله ما لم يتفق على غير ذلك، كما جاء في المادة «٣٩٦» في الفقرة «١» و «٢».

١. إذا كان الشيء الملتزم ممّا له حمل و مؤونة كالمكيلات و الموزونات و العروض و نحوها، و كان العقد مطلقاً لم يعبّر فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت العقد.

٢. و في الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين في وقت الوجوب و الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه محلّ أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ما لم يتفق على غير ذلك.^٣

١. القانون المدني، ص ١٣٣؛ الموسوعة القانونية العراقية ج ١، ص ٢١٥.

٢. القانون المدني، ص ٤٤؛ الموسوعة القانونية العراقية ج ١، ص ١٢٠؛ القانون المدني، ص ٥٢ الرقم ٤٠، السنة ١٩٥١.

٣. المجلة، ص ١٤١.

٤. الموسوعة القانونية العراقية ج ١، ص ١٤١؛ القانون المدني، ص ٩٧، الرقم ٤٠، السنة ١٩٥١؛ أحكام الالتزام، ص ٤٤٩.

و قد فصل شراح القانون المدني العراقي فقالوا: إنه إذا هلك المصوب أو استهلكه الغاصب ضمنه. و معنى ضمانه أن المصوب إذا كان من المثليات، فعلى الغاصب أداء مثله في مكان الغصب، لكن إذا صادفه المصوب منه في مكان آخر كان مختيراً بين أخذ المثل هنالك، و بين تكليف الغاصب بتسليمه إيّاه في مكان الغصب، و إن كان المصوب من القيمّات و جب على الغاصب أداء قيمته يوم الغصب.^١

فالأصل مطالبة المثلي و القيمي في مكان السبب أو العهدة، فإن تلف و جب أداء المثل أو القيمة في نفس المكان في القانون المدني العراقي، و قد بيّنت في الرأي الراجح أن الأصل في تحديد حق المالك حسب الأمكنة هو بلد المطالبة في المال المثلي في الضمان أو القرض.

و أما المال القيمي، فالقيمة المعتبرة حسب الأمكنة في الضمان هي قيمة بلد المطالبة، و في القرض قيمة مكان القرض.

الفصل الخامس:

اختلاط وانقلاب المال المثلي والقيمي

المبحث الأول: اختلاط المال المثلي والقيمي

نتناول في هذا المبحث اختلاط المال المثلي بمثله أو بغيره، وكذلك اختلاط المال القيمي بغيره سواء كان المال المختلط مفصوياً أو ودیعة، أم مال المفلس المتعلق بحق الغرماء، أم وثیقة رهن، أم غيرها.

المطلب الأول: اختلاط المال المثلي بمثله

و هذا ينقسم إلى فرعين:

الفرع الأول: اختلاط المال المثلي بمثله ويمكن تمييزه.

إذا اختلط المثلي بمثله وأمكن تمييزه مثل صغار الحبّ بكباره أو زبيب أسود بزبيب أحمر، لزم الخالط تمييزه وردّ ملك المالك وأجرة التمييز على الخالط، وإن لم يتمكن تمييز جميعه وجب تمييز ما أمكن.^١

الفرع الثاني: اختلاط المثلي بمثله، ولا يمكن تمييزه.

إذا اختلط المثلي بمثله بحيث لا يمكن تمييزه أو امتزج مزجاً رافعاً للتمييز بينهما،

١. المغني، ج ٥، ص ٢٩١، تذكرة الفقهاء، ص ٣٩١ (الطبع العجري).

فهناك رأيان في ذلك:

١. اختلاط المثلي بمثله استهلاك: الظاهر من كلام أحمد بن حنبل وقول أبي حنيفة وقول الزيدية ووجه للشافعية والمالكية أن اختلاط المثلي بمثله استهلاك، فيجب على الخالط دفع المثل من غير المخلوط.^١

فقد أوضح في الفتاوى الهندية أن اختلاط المثلي المضمون بمثله خلط مازجة، كخلط الجنس بالجنس، مثل الحنطة بالحنطة، واللبن باللبن يضمن الخالط عند أبي حنيفة المثل؛ لأنه صار مستهلكاً؛ إذ لا يمكن مالك المثلي أن يصل إلى عين حقه المثلي بسبب فعل الخالط، فيجب عليه الضمان.^٢

وقال أشهب من المالكية: يضمن الخالط بمثله؛ لأنه جناية على من خلط مالا بمال مثلي لغيره، لا سيما أن التساوي المحقق في الأغلب غير موجود، فلذلك لزمه الضمان.^٣

وذهب فريق من الفقهاء الإمامية والمشهور من الحنابلة والشافعية إلى أن الخالط إذا خلط المثلي بمثله بالخيار إن شاء أن يعطي للمالك من المخلوط أو من غيره،^٤ وهو الصحيح ووجه واضح، فإن ما يدفعه هو المثل الواجب عليه من المختلط أو من غيره. قال الغزالي: وإذا غصب زيتاً وخلطه بزيتته، فالتص أنه كالأهلاك، فيضمن المثل من أي شاء.^٥

وذكر القاضي أن قياس مذهب الحنابلة أن الخالط يلزمه مثله إن شاء من المخلوط

١. تبين الحقائق، ج ٥، ص ١٧٧؛ المغني، ج ٥، ص ٤٢٩؛ البحر الرخا، ج ٤، ص ١٨٢؛ الوجيز، ص ٢٠٩؛ المستقى، ج ٥، ص ٢٧٦.

٢. الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٣٢.

٣. المستقى، ج ٥، ص ٢٧٦.

٤. مختلف الشيعة، ج ٢، ص ١٧٧؛ المغني، ج ٥، ص ٤٢٩؛ الوجيز، ص ٢٠٩.

٥. الوجيز، ص ٢٠٩.

وإن شاء من غيره؛ لأنّه تعذّر عليه ردّ عين ماله بالخلط، فأشبهه ما لو تلف لأنّه لا يتميّز له شيء من ماله.

واستدلّ القاضي بقدره الخالط على دفع بعض مال المالك مع ردّ المثل في الباقي، فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف نصفه؛ وذلك لأنّه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله و بدل الباقي، فكان أولى من دفعه من غيره.^١

٢. اختلاط المثلي بمثله شركة: إذا اختلط المثلي بمثله اختلاطاً رافعاً للتمييز كزيت بزي، فالمشهور عند الشافعية والزيدية والرأي الراجح عند الإمامية وقول أبي يوسف ومحمد ووجه ثالث للمحابلة أنّه شركة بين الخالط والمالك.^٢

جاء في الوجيز في غصب الزيت و خلطه بمثله، أنّه لا ضمان؛ لأنّه لو خلطه بمثله فهو مشترك.^٣

وأوضح صاحب البحر الزخار من الزيدية أنّ اختلاط المثلي بمثله يصير مشتركاً، فيقسم كيلاً أو وزناً؛ لأنّه لا يبطل حقّ المالك من العين مع قلّة التفاوت.^٤

وذكر صاحب المبسوط ومختلف الشيعة أنّ اختلاط المثلي بمثله شركة بين المالك والخالط، ويملك المالك مطالبة الخالط بقسمة المخلوط فيأخذ مثل كيله منه؛ لأنّه قدر على بعض عين ماله و بدل الباقي، ولا معنى أن يجبر على مثل من غيره مع وجود بعض العين.

و دليلهم أنّ العين المثلية موجودة في المخلوط، فلا ينتقل الحقّ إلى المثل أو القيمة في الجميع مع إمكان حصول العين في البعض.^٥

١. المنهجي، ج ٥، ص ٤٢٩.

٢. الوجيز، ص ١٢٠٩، البحر الزخار، ج ٤، ص ١٨٢؛ مختلف الشيعة، ج ٢، ص ١٧٧؛ تبين الحقائق، ج ٥، ص ٧٧.

الفتاوى، ج ٤، ص ٥٠٥.

٣. المصدر الأوّل.

٤. البحر الزخار، ج ٤، ص ١٨٢.

٥. مختلف الشيعة، ج ٢، ص ١٧٧.

و أوضح السيّد السبزواري أنّه ليس على الضامن غرامة بالمثل أو القيمة؛ لفرض عدم حصول نقص من الخالط على المال، فلا موضوع للغرامة على كلّ حال، بل الذي عليه تسليم المال و الإقدام على الإفراز و التقسيم بنسبة المالين أو البيع و أخذ كلّ منهما حصّته من الثمن، كسائر الأموال المشتركة.^١

و ذهب أبو يوسف و محمد إلى أنّ المالك بالخيار إن شاء ضمنه مثل حقّه، و إن شاء أتركه في المخلوط و اقتسماه على قدر حقّهما؛ لأنّه لا يمكن الوصول إلى عين حقّه صورة، و أمكنه معنى بالقسمة، فكان استهلاكاً من وجه، فيميل إلى أيّهما شاء؛ لأنّ القسمة عند فقهاء الحنفيّة فيما لا تتفاوت آحاده إفراز و تعيين، فيملك كلّ واحد من الشريكين أن يأخذ حصّته عيناً من غير قضاء و لا رضاً، فكان إمكان الوصول إلى عين حقّه قائماً معنى فيتخير.^٢

و ذكر الحارث وجهاً ثالثاً للحنابلة و هو شركة في الثمن دون المثلن بحيث يباع المخلوط و يقسم الثمن على الحصّة، و هو إطلاق القاضي يعقوب في تعبئة و أبي الخطاب و ابن بكروس من الحنابلة.^٣

الرأي الرابع: أنّ اختلاط المال بمثله بنحو يرتفع فيه التمييز بين المختلطين يعتبر تالفاً بحكم العرف، فيجب المثل و الحكم بالشركة لا وجه له؛ لأنّ الشركة تعني بقاء مال المالكين معاً، و إلزام الممتنع عن التقسيم عليه، و هاهنا لا تؤدّي إلى وصول المال بعينه إلى المالك.

ودعوى إمكان وصوله إلى البعض و إن لم يمكن وصوله إلى جميعه غير واضحة؛ لأنّ كلّ جزء من أجزاء مالهما - مهما قلّ الجزء - نصفه واقع لأحدهما و النصف الآخر

١. مهذب الاحكام، ج ٢١، ص ٣٩٤.

٢. الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٣٢، بين الحقائق، ج ٥، ص ٧٧.

٣. الفروع، ج ٤، ص ٥٠٥؛ حاشية الأروض الربيع، ج ٢، ص ٣٦٧.

للآخر. فما وصل إلى المالك ليس ماله ولا بعض ماله، بل الواصل هو المركب من المالكين، ومعلوم أن المركب غير الجزء، نصحة سلب كل منهما عن الآخر، فيقال: الكل ليس بجزء والجزء ليس بكل. كما أن القسمة على ما حقق في كتب الفقه إفراز وليس في المقام إفراز وإنما الواصل إلى المالك مقدار ماله.

ولا يمكن جعله ملكاً له إلا بعد فرض أن ما حصل عليه عوضاً عما خرج من يده، فيكون من باب الضمان، و فرق واضح بين جعل المال مشتركاً وبين اعتبار مال المالك تالفاً؛ إذ على الأول لو حصل التلف أو التعيب من دو تعد أو تفريط من أحدهما كانت الخسارة عليهما بالنسبة بخلاف الثاني؛ فإن الخسارة تخص الضامن، ولا يخسر المالك شيئاً من ماله.

المطلب الثاني: اختلاط المثلي بأجود منه

إذا اختلط المثلي بأجود منه وتعدّر تمييزه كخلط زيت بزيت أجود منه، فللفقهاء رأيان في ذلك:

الأول: اختلاط المثلي بأجود منه استهلاك

إذا اختلط المثلي بأجود منه، فالصحيح عند الشيخ الطوسي وابن ادريس من الإمامية وجه للشافعية وقياس مذهب الحنابلة وقول للزيدية أنه استهلاك^١، فيسقط حق المالك من العين؛ لأنه قد تعدّر الوصول إلى عين ماله بعينها، ويكون الخاطئ بالخيار بين أن يعطيه من المخلوط فيلزم المالك قبوله لأجل أنه تطوّر له بخير من المثلي، لا لأنه أعطاه عين ماله أو مثله من غيره.

قال القفال من فقهاء الشافعية:

١. مختلف الشيعية ج ٢، ص ٢٧٧؛ حلية العلماء ج ٤، ص ٥١٣؛ المغني ج ٥، ص ٤٢٩؛ البحر الزخار ج ٤،

وإن خلط بأجود منه وبذل للمالك صاعاً مثله من غيره وامتنع المالك من قبوله إلا أنه،
فالمقصود عليه أن الخيار إلى الضامن؛ لأنه تعذر رد المثلي بالاختلاط فقبل منه
المثل.^١

فبتعذر المثلي عند الرد أصبح في حكم التلف أو المستهلك.
و ذكر القاضي من الحنابلة أن قياس المذهب أنه يلزم الضامن مثله؛ لأنه
صار بالخط كالمستهلك، وكذا لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفلس صار البائع
كأسوة الغرماء، ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله، فكان له بدله، كما
لو كان تالفاً.^٢

ولو باع الخاطئ المخلوط قسم الثمن بين الخاطئ والمالك على قدر.^٣
ويلاحظ عليه أن الحكم بثبوت الشركة في القيمة يقتضي الالتزام بالشركة في
التمتع، وإلا فكيف ساغ دفع القيمة في المثلي.
فالصحيح كما تقدم من أن المال يعتبر تالفاً عرفاً، ولا وجه لثبوت الشركة لا في
المخلوط ولا في الثمن، بل يلزم الخاطئ بالمثل، فإن دفع من المخلوط أجبر على
القبول؛ لأن فيه حقه وزيادة، وإن دفع من غيره كان له ذلك.

الثاني: اختلاط المثلي بأجود منه شركة
إذا اختلط المثلي بأجود منه فهو شركة بين المالك والخاطئ. ذهب إلى ذلك العلامة
الحلي من الإمامية وهو وجه للشافعية، ورأي لابن حنبل، وقول للزيدية.^٤
أوضح العلامة الحلي أن المالك شريك بمقدار عين ماله لا قيمته؛ لأن الزيادة
الحاصلة صفة حصلت بفعل الخاطئ عدواناً في الغصب، فلا يستقط حق المالك مع بقاء

١. حلية العلماء، ص ٥١٣.

٢. المغني، ج ٥، ص ٤٢٩؛ الفروع، ج ٤، ص ٥٠٥.

٣. مختلف الشيعية، ج ٢، ص ٢٧٧.

٤. المصدر؛ حلية العلماء، ج ٤، ص ٥١٣؛ المغني، ج ٥، ص ٤٢٩؛ البحر الزخار، ج ٤، ص ١٨٢.

عين ماله، فلا ينتقل الحق إلى المثل أو القيمة في الجميع مع إمكان حصول العين في البعض.^١

وفيه: إنما يتم في صورة الامتياز الحسي، وبدونه يعتبر المختلط تالفاً عرفاً، كما تقدّم وأفتى الفقهاء الشافعية أن يباع المخلوط جميعه و يقسم الثمن بين الخاطئ والمالك على قدر قيمتهما؛ لأنه إذا فعل ذلك أوصل كل واحد من المالك والضامن إلى عين ماله، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يلزم الرجوع إلى البدل. فإن كان يقصر عن قيمة مال المالك استوفى القيمة الباقية ودخل النقص على الضامن؛ لأنه تقص بفعله فلزمه ضمانه.^٢

ويلاحظ أن الشركة بالثمن دون المثل غير واضحة، لأن الثمن عوض المثل، كما أن توجيه الخسارة إلى الضامن فقط غير واضح؛ إذ ربما لا يكون الضامن مقصراً ومتعمداً في حصول الخلط، بل ساهياً أو ناسياً أو جاهلاً خلط مال الغير بماله، ففي هذه الصورة تخصيصه بالخسارة ظلم عليه والظلم لا يدفع بالظلم.

والظاهر من كلام أحمد بن حنبل أن المالك والضامن شريكان يباع المخلوط أو يدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه، فإذا فعل ذلك أوصل إلى كل واحد منهما عين ماله، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البدل.^٣

وقال المرتضى من الزيدية: يباع ويقسم الثمن على قدر القيمة.^٤ وفيه: كيف ساغ وفاء المثلي بالقيمة؟ وكيف أصبحت القيمة عين مال المالك؟ كما أنه كيف اعتبر المركب مالاً للمالك؟ فالصحيح ما تقدّم.

مطالبة المالك حقه من المخلوط

١. المصدر الأول.

٢. حية العلماء، ج ٤، ص ٥١٣.

٣. الفروع، ج ٤، ص ٥٠٥: الرّوض المريح، ج ٢، ص ٣٦٨: الشنقي، ج ٥، ص ٤٢٩.

٤. البحر الزخار، ج ٤، ص ١٨٢.

لو طالب المالك أن يدفع إليه من المخلوط يقدر قيمة المثلي، كما لو طلب المالك أن يدفع إليه مثلاً من الزيت المختلط بقدر قيمة زيتته، كما لو خلط مثلاً كيلوغرام من زيت قيمته دينار بكيلوغرام من زيت أجود منه قيمته ديناران، ففيه ثلاثة آراء: الرأي الأول: عدم جواز أخذ المالك من المخلوط بقدر قيمة المثلي للمختلط؛ لأنه يأخذ بعض المثلي عن المثلي وذلك رباً كما يأخذ بعض كيلوغرام عن كيلوغرام من الزيت.^١

قال الغزالي: ولا يقسم الزيت بعينه على التفاوت، فيؤدى إلى الربا.^٢ الرأي الثاني: الأقرب الجواز عند العلامة الحلي؛ لأنّ قسمة عين الزيت على نسبة القيمة ليست بيعاً عنده، بل هو إفراز حق؛ لأنّ الربا إنما يكون في البيع وليس هاهنا بيع، وإنّما يأخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل دراهم أخذ بعضها وترك البعض.^٣

الرأي الثالث: يجب على الخاط تسليم مقدار المالك من الزيت مثلاً من المخلوط في مورد الغصب؛ لأنّ اكتساب المخلوط صفة الجودة بالخلط لزيادة متصلة تحصل بسبب الخاط (الغاصب).^٤ ولو بذل للمالك مثل حقه من المخلوط لزمه قبوله؛ لأنّ الخاط أوصل إلى المالك بعض حقه بعينه و تبرّع بالزيادة في المثل الباقي.^٥ قال العلامة الحلي:

وإن خلط بالأجود، كما إذا خلط صاعاً قيمته درهم بصاع قيمته درهمان، فإن أعطاه صاعاً من المخلوط أجبر المالك على قبوله؛ لأنّ بعضه عين حقه وبعضه خير منه.^٦

١. حلية العلماء، ج ٥، ص ٢٢٩؛ تكملة المجموع، ج ١٤، ص ٨٤.

٢. الوجيز، ص ٢٠٩.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٩١ (الطبع العجري).

٤. المصدر؛ تكملة المجموع، ج ١٤، ص ٨٤.

٥. حاشية الروض المربع، ج ٢، ص ٣٦٨؛ الفروع، ج ٤، ص ٥٠٥؛ المغني، ج ٥، ص ٤٢٩.

٦. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٩١ (الطبع).

الرأي الراجح: إن خلط المال المثلي بأجود منه يعتبر تالفاً عرفاً، ولا وجه لثبوت الشركة لا في المخلوط ولا في الثمن، بل يلزم الخالط بالمثل، فإن دفع من المخلوط أجبر المالك على القبول؛ لأنّ فيه حقّه وزيادة، وإن دفع من غيره كان له ذلك.

المطلب الثالث: اختلاط المثلي بأردأ منه

إذا اختلط المثلي بأردأ منه كخلط زيت بزيت أردأ منه، فلفقهاء رأيان في ذلك: الأول: اختلاط المثلي بأردأ منه استهلاك؛ إذا اختلط المثلي بأردأ منه فالمشهور عند فقهاء الشافعية والحنابلة والزيدية وقول للإمامية أنّه استهلاك،^١ ووجب على الخالط المثل، ولا يجب قبول المالك مثل زيتته من المخلوط، بل ينتقل إلى المثل؛ لتعذر ردّ العين كاملة؛ لأنّ المزج في حكم الاستهلاك من حيث اختلاط كلّ جزء من مال المالك بجزء من مال الخالط.

قال القاضي من الحنابلة: قياس المذهب أنّه يلزم الضامن مثله؛ لأنّه صار بالخلط مستهلكاً.^٢

ولو رضي المالك بأخذ حقّه من المخلوط وامتنع الخالط على دفع مال المالك من المخلوط أجبر على ذلك؛ لأنّ المالك رضي بأخذ حقّه ناقصاً ولا أُرش له.^٣ ويلاحظ أنّ ما جاء يبتني على أنّ المخلوط يحتوي على عين مال المالك، ومقتضى القاعدة في الضمانات إرجاع عين المالك مهما أمكن.

الثاني: اختلاط المثلي بأردأ منه شركة: وهو الأقوى عند الإمامية. قال الشيخ

١. حلية العلماء، ج ٥، ص ٢٢٩؛ تكملة المجموع، ج ١٤، ص ١٨٤؛ الفروع، ج ٤، ص ٥٠٥؛ المغني، ج ٥، ص ١٤٢٩.

تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٩١ (الطبع الحجري).

٢. المغني، ج ٥، ص ٤٣١؛ الفروع، ج ٤، ص ٥٠٥.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٩١ (الطبع الحجري).

هادي كاشف الغطاء: فإن مُزج بجنسه و لم يتميَّز و كان بالأردأ ضمنه بمثله، و لو قيل بتخيره بين المثل و الشركة مع الأرض لكان حسناً؛ لأنّه لم يعد تالفاً و تثبت الشركة قهراً.^١

و ظاهر كلام أحمد بن حنبل و قول أبي إسحاق من الشافعية هو تخيير المالك بين المثل أو الشركة مع الأرض في خلط المثلي بأردأ منه؛ لأنّ حق المالك من عين ماله لم يسقط لبقائه، كما لو مُزج المثلي بالأجود منه، و النقص بالخلط يمكن جبره بالأرض.^٢

و جاء في حلية العلماء: «بياع الزيتان - مثلاً - و يقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما، فيكون للبائع ما قابل قيمة زيتته»؛^٣ لأنّه إن أخذ المالك مثل زيتته مثلاً بالكيل، كان ذلك أنقص من حقّه، و إن أخذ أكثر من زيتته كان رباً، فوجب البيع و هذا على من يعتبر القيمة ببعاً.

مطالبة المالك حقّه من المخلوط

لو طلب المالك مثل مكيّله بزنته من المخلوط و امتنع الخاط، أجب الخاط على الدفع؛ لأنّ المالك رضي بأخذ حقّه ناقصاً؛ و لأنّه أمكنه من ردّ بعض ماله و ردّ مثل الباقي من غير ضرر.

و قيل: لا يئزم الخاط ذلك؛ لأنّ حقّه انتقل إلى الذمة فلم يجبر على غير المثل،^٤ و إن اتفق المالك و الخاط على أن يأخذ أكثر من حقّه من الرديء لم يجز؛ لأنّه رباً، و ذلك بأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة على من يعتبر القسمة ببعاً.

و إن رضي المالك دون حقّه من الرديء جاز؛ لأنّه لا مقابل للزيادة، و أنما هي

١. شرح المكاسب ص ٨٤.

٢. المغني، ج ٥، ص ٤٣١؛ المفروق، ج ٤، ص ٥٠٥؛ حلية العلماء، ج ٤، ص ٥١٣.

٣. حلية العلماء، ج ٤، ص ٥١٣.

٤. نكحلة المبيوع، ج ١٤، ص ٨٥.

مجرد تبرع.^١

الرأي الراجح: أنَّ مقتضى القاعدة أنَّ اختلاط المثلي بالأجود منه أو الأردأ منه أو المساوي له يعتبر تالفاً بحكم العرف، وبراءة ذمة الخاطئ بدفع المقدار المطلوب من المخلوط أنما هي من جهة أنَّ المدفوع هو مصداق ما يطلب منه، لا لأنه عين مال المالك، فليس للمالك إلزام الضامن بدفع حقه من المخلوط، كما ليس له أن يطالب الخاطئ بتحقيق المثل المطلوب ضمن فرد معين، فلا يخفى أنه لا وجه لإجبار أي من الطرفين (المالك، والخاطئ) أنما المالك، فلأن فيه تضييعاً لحقه؛ إذ المفروض أنَّ ماله كان أجود منه، و أنما الخاطئ، فليس للمالك إجباره على دفع المثل المطلوب ضمن فرد معين.

المطلب الرابع: اختلاط المثلي بغيره

لو اختلط المثلي بغيره، فهو على نوعين:

النوع الأول: اختلاط المثلي بغيره وأمكن تمييزه

إذا اختلط المثلي بغيره وأمكن تمييزه وهو على ضربين:

الأول: ما يمكن تمييزه بلا كلفة ولا مشقة كما لو خلط المثلي بغيره خلط مجاورة بحيث يمكن التمييز بينهما بلا كلفة ولا مشقة، كخلط الدراهم بالدنانير، فالخاطئ لا يضمن ويمتاز حق المالك ويدفعه له.^٢

قال الأشهب: فيمن خلط جوز رجل بهنطة آخر أنه لا يضمن؛ لأنه يقدر على التخلص بلا مضرة على الحنطة والجوز، وكذلك خلط الجوز بالرمان والرمان

١. الفتاوى، ج ٤، ص ١٥٠٥، المعني، ج ٥، ص ٤٣١؛ حلية العلماء، ج ٥، ص ٤١٢؛ نكلمة المجموع، ج ١٤، ص ٨٥.

٢. الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٣٢.

بالأثر ج والتفاح إلا أن يكون خلطهما يفسد أحدهما، فيضمن الذي يفسد بالخلط.^١
 الثاني: ما يمكن تمييزه بكلفة ومشقة، كما لو خلط المثلي بغيره بحيث يشقّ تمييزه، كخلط الحنطة بالشعير أو الدخن بالذرة، فالمشهور من فقهاء الشافعية و
 الحنابلة والمالكية والزيدية والعلامة الحلبي من الإمامية تكليف الخاطئ تمييز حق
 المالك عن المخلوط وإعادته؛ لأنه يمكن ردّ العين فيلزمه ذلك.^٢

قال الغزالي: و خلط الحنطة بالشعير ليس إهلاكاً، بل يلزمه الفصل.^٣
 وقال ابن قدامة: و خلط المثلي بغيره إذا أمكن تمييزه، كحنطة بشعير أو سمسم
 لزمه تمييزه وردّه وأجر المميّز عليه، وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييز ما
 أمكن.^٤

وقال المرتضى من الزيدية: إذا خلط المثلي بغير جنسه كحنطة بشعير لزمه تمييزه
 لإمكانه.^٥

وللحنفية وقول للأمامية يضمن الخاطئ المثل، و يكون المثلي مستهلكاً.
 جاء في الفتاوى الهندية: لو خلط المثلي بغيره خلط مجاورة بحيث لم يمكن
 التمييز بينهما إلا بكلفة ومشقة، كخلط الحنطة بالشعير يضمن الخاطئ و لم يمكن
 للمالك الخيار.^٦

كما جاء في تذكرة الفقهاء: لو خلط المثلي بغير جنسه كالحنطة بالشعير يجب عليه

١. المستق، ج ٥، ص ٢٧٧.

٢. تكملة المبسوط، ج ١٤، ص ١٨٥، الموضح المرح، ج ٢، ص ٣٦٧، المستق، ج ٥، ص ٢٧٧، البحر الزخار، ج ٤، ص ١٨٢، تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٩١ (الطبع العجري).

٣. الوجيز، ص ٢٠٩.

٤. المغني، ج ٥، ص ٤٢٩.

٥. البحر الزخار، ج ٤، ص ١٨٢.

٦. الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٣٢.

الفصل بينهما بالالتقاط و لو طال الزمان.^١

و الصحيح أن يقال: إن أمكن إفراف عين مال المالك و لو بكلفة، أي بدفع أجرة إلزم الخاط به إن كان الاختلاط بتقصير منه، و أما إذا لم يكن بتقصير منه فلا دليل على إجباره و تحميله الخسارة التي لم يقدم عليها، فالمتجه المصالحة في مقدار أجرة التمييز.

و إذا لم يكن إفرافه إلا بمشقة لا تتحمل مثل اختلاط أطنان من الحنطة بأطنان من الشعير، فمقتضى القاعدة يلزم الخاط بالإفراف بما يتمكن منه، و ما خرج عن القدرة - عادة - يعتبر في حكم التلف، فيدفع مثله من غيره.

النوع الثاني: اختلاط المثلي بغيره و لا يمكن تمييزه

لو مزج المثلي بغيره جنسه كمزج الزيت بالشيرج أو دهن الجوز بدهن الذرة أو دقيق الحنطة بدقيق الشعير، فللفقهاء رأيان في ذلك:

الرأي الأول: اختلاط المثلي بغيره و لا يمكن تمييزه استهلاك

المشهور من فقهاء الشافعية و الحنابلة و المالكية و الزيدية و الإمامية و إجماع الحنفية^٢ أنه إذا خلط المثلي بغير جنسه كما لو خلط زيت بشيرج أو دهن جوز أو مزج دقيق حنطة بدقيق شعير، فالمثلي هالك؛ لبطان فائدته و خاصيته باختلاطه بغير جنسه بخلاف الجيد مع الرديء.

قال القفال: إن خلط المثلي بغير جنسه كخلط الزيت بالشيرج، لزم على الضامن مثله، لأنه تعذر رد العين بالاختلاط، فعُدل إلى مثله.^٣

١. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٩١ (الطبع الحجري).

٢. حلية العلماء، ج ٥، ص ٢٣١؛ الروض الموع، ج ٢، ص ٣٦٧؛ المستفي، ج ٥، ص ٢٧٦؛ الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٣٢؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٩١ (الطبع الحجري)؛ البحر الزخار، ج ٤، ص ١٨٢؛ شرح المكنب، ص ٨٤.

٣. حلية العلماء، ج ٥، ص ٢٣١.

و قال القاضي من الحنابلة: قياس مذهب الحنابلة أنه يلزم الخالط مثله؛ لأنه صار بالخلط مستهلكاً، ولو تراضيا على أن يأخذ المالك أكثر من حقه أو أقلّ جاز؛ لأنه بدل من غير جنسه. فلا تحرم الزيادة بينهما.^١

و جاء في المستقّى: إذا خلط المثلي بغيره و لم يمكن تمييز بعضه عن بعض ضمن للمالك مثله، و هو قول أشهب و ابن قاسم، و وجه ذلك أنه قد أتلّف عليه المثلي و منعه من الوصول إليه.^٢

و أجمع فقهاء الحنفية على أن خلط المثلي بغيره خلط مازجة لا يمكن التمييز بينهما بالقسمة، كخلط دهن الجوز بدهن الذرة، و دقيق الحنطة بدقيق الشعير، فالخالط ضامن و لا حقّ للمالك في المخلوط؛ لأنه انقطع حقّ المالك بالضمان؛ لأنه استهلك صورة و معنى؛ لتعدّر القسمة.^٣

و الصحيح - ممّا تقدّم - هو أن المال يعتبر تالفاً، و ينتقل حقّ المالك إلى المثل.

الرأي الثاني: اختلاط المثلي بغيره و لا يمكن تمييزه شركة.

لو مزج المثلي بغير جنسه كمزج الزيت بالشيرج، فظاهر كلام أحمد بن حنبل أن المالك و الخالط شريكان يباع الجميع و يدفع إلى كلّ واحد منهما قدر حقه.^٤
و شرط أشهب و ابن قاسم من فقهاء المالكية وقوع الشركة بين المالك و الخالط إذا لم يكن للخالط مال.

قال أشهب: إذا لم يكن للخالط مال يبيع المخلوط و أشترى من ثمنه لكلّ واحد منهما مثل المثلي.^٥

١. الفروع، ج ٤، ص ٥٠٥: الرّوض المربع، ج ٢، ص ٣٦٧.

٢. المستقّى، ج ٥، ص ٢٧٦.

٣. الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٣٢.

٤. المغني، ج ٥، ص ٤٢٩.

٥. المستقّى، ج ٥، ص ٢٧٦.

وجوز ابن القاسم وأشهب أن يقتسما بينهما وإن اختلفا في صفة الاشتراك في المخلوط. فذهب ابن القاسم إلى أن المالك والخالط يشتركان في المخلوط، فيباع ويقسم الثمن بينهما على حسب مقدار المثلي. فلو كان المخلوط طعاماً من الحنطة والشعير فإتھما يشتركان في الطعام المختلط: أحدهما: بقيمة قمحه مثلاً، والآخر بقيمة شعيره.^١ وقال أشهب: لا يجوز أن يشتركا فيه إلا على السواء إن كانت مكيلة طعامهما سواء، ولا يجوز على التفاضل فيه؛ لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل بين القمح والشعير.^٢ والاحتمال الأقوى عند العلامة الحلبي وقول للشافعية بثبوت الشركة بين الخالط والمالك، كما لو مرّجاء بالرضا أو امتزجا بأنفسهما فإن كان في المثلي نقص ضمنه الخالط، وإلا فلا.^٣

واستشكل على هذا القول بأن جبر المالك على أخذه بالأرض أو بدونه إلزام بغير الجنس في المثلي وهو خلاف القاعدة، وجبر الخالط إثبات لغير المثل عليه بغير رضا. فالعدول إلى المثل أجوده، وجود العين غير متميزة من غير جنسها كالتالفة. ومن فقهاء الشافعية من قال: «يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر قيمتهما ليصل كلّ واحد منهما إلى عين ماله»^٤ فهو شركة في ثمن المخلوط. والصحيح ما تقدّم من الالتزام بالاستهلاك وانتقال الحق إلى المثل.

المطلب الخامس: خلط المثلي بالماء

لو صبّ المثلي في الماء كزيت صبّ في الماء أو لبن شاة بماء، وجب على الخالط أن يخلصه من الماء حتى يكون لا ماء فيه، وتكون مخالطة الماء غير ناقصة له، وكان

١. المصدر.

٢. المصدر.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٩٦ (الطبع المغربي)؛ الوجيز، ص ٢٠٩.

٤. حية العلماء، ج ٥، ص ٢٣١.

لزاماً للمالك أن يقبله وإن كانت مخالطة الماء ناقصة له في العاجل أو الآجل ومفسدة له، رجع عليه بمثله؛ لأنه صار كالهالك، وإن لم يفسده رده و ردّ نقصه، وهذا أعدل حكومة وأبعد عن الضرر عند الشافعي.^١

وقال الربيع: «يعطيه هذا المثلي بعينه وإن نقصه الماء».^٢ وإن احتيج في تخليص المخلوط من الماء إلى غرامة، لزم الخالط ذلك؛ لأنه بسببه.^٣

والصحيح أن يقال: إن أمكن تخليص المثلي من الماء، وجب على الخالط ذلك؛ لأنّ العين مال المالك يجب إرجاعها ويجبر العيب بالأرض إن كان ذلك بفعل الخالط. وإن لم يمكن تخليصه وكان الاختلاط بالماء بحكم التالف عرفاً كاختلاط السكر بالماء، انتقل الحقّ إلى المثل، وإن لم يمكن تخليصه ولم يكن بحكم التالف كالحليب المختلط بالماء، فإن أوجب عيباً ضمن الخالط الأرض، وإن لم يوجب لم يكن للمالك شيء على الخالط سوى نفس المثلي المختلط بالماء. كخلط الحليب بماء قليل بحيث لم يؤثر في قيمته.

المطلب السادس: اختلاط المال القيمي

إذا اختلط المال القيمي بحيث لا يمكن تمييزه فهو استهلاك فتجب قيمته على الخالط للمالك إلا عند من أوجب في القيمي مثله، فيجب مثله. أمّا إذا أمكن تمييزه فيجب التمييز وإرجاع العين إلى المالك.

اختلاط المال المثلي و القيمي في القانون المدني

إنّ القانون المدني العراقي تطرّق إلى اختلاط المال المثلي بمثله أو بغيره من خلال

١. نكلمة المجموع، ج ١٤، ص ٨٦.

٢. المغني، ج ٥، ص ٣١؛ حاشية الروض المربع، ج ٢، ص ٣٦٨.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٩١ (الطبع الحجري).

الكلام عن خلط الوديعة. فذكر أنّ الودعي ضامن إذا خلط الوديعة بماله أو بمال غيره بلا إذن من صاحب الوديعة بحيث يتعسر تفريق المالكين، سواء كان خلط المال المثلي بجنسه أم بغيره. فلو خلط الودعي الوديعة بماله بإذن صاحبه، أو اختلطت بلا تصرف بحيث يتعسر تفريق المالكين يصير الودعي شريكاً لمالك الوديعة. أمّا خلط الوديعة من غير الودعي خلطاً يتعسر معه تفريقها، فالضمان على الخاطئ. جاء في المادّة «٩٥٥» في الفقرة: الأولى والثانية:

١. إذا خلط الوديع الوديعة بمال أو بمال غيره بلا إذن صاحبها بحيث يتعسر تفريق المالي، فعليه ضمانها سواء كان المال الذي خلطه بها من جنسها أم من غيره. وإن خلطها غيره خلطاً يتعسر معه تفريقها، فالضمان على الخاطئ.

٢. أمّا إذا خلط الوديع الوديعة بماله بإذن صاحبها و اختلطت بلا صنعة بحيث يتعسر تفريق المالكين يصير الوديع شريكاً لمالك الوديعة، فإن هلك المال بلا تقصير فلا ضمان على الوديع الشريك.^١

و من خلال النصّ نلاحظ أنّ القانون المدني فرّق بين خلط الوديعة من دون إذن صاحبها، أو بإذنه في كون الخلط شركة أو استهلاكاً، و صيرورة الودعي ضامناً أو شريكاً. و لم يفضل القانون المدني بين خلط المال المثلي بأردأ أو أجود منه أو بغيره، وكذلك خلط المال القيمي و إنّما أطلق ذلك، فتلاحظ دقّة الفقه الإسلامي في تفصيل المسائل الشرعيّة، و التطرّق لجميع وقائع الحياة بصورة مفصّلة قد سبقت القانون المدني.

المبحث الثاني: انقلاب المال المثلي و المال القيمي

نتطرّق في هذا المبحث فيما إذا طرأ على المال حالات: حالة المثليّة، و حالة

١. الموسوعة القانونية العراقية، ج ١، ص ٢٢٥: القانون المدني، الرقم ٤٠، ص ١٨٦، لسنة ١٩٥٦.

القيمية، فهل المعتبر في تضمين الضامن هو الحالة الأولى أو الحالة الثانية، أو يتخير المالك في تضمينه بمقتضى ما شاء منهما لكونه مالكا في الحالين، أو يتخير الضامن لكونه غارماً و مأموراً بالأداء؟
فهناك عدّة آراء و احتمالات تنطرق إليها من خلال التعرّض للحالات التي ينقلب إليها المال:

المطلب الأول: انقلاب المال المثلي إلى القيمي

اختلف الفقهاء في تضمين الضامن إذا انقلب المال المثلي إلى القيمي ثم تلف، كمن غصب حنطة فطحنها و تلف الدقيق عنده أو جعله خبزاً و ألتفه، و اعتبر لا مثل للدقيق و الخبز. أو تماًراً اتخذ منه خلّاً بلماء و اعتبر الخلّ لا مثل له. فلفقهاء الشافعية في ذلك ثلاثة آراء^١:

الأول: الأصل تضمين الضامن بالمثل؛ لأنّه أقرب إلى المثلي من القيمة مطلقاً سواء ساوى قيمة القيمي أم لا، كمن غصب تماًراً و اتخذ منه الخلّ بالماء أو الحنطة و جعلها خبزاً، فيضمن التمر و الحنطة.

الثاني: إن كان القيمي أكثر قيمة من المثلي يضمن الضامن قيمة القيمي و إلّا فالمثل و هو ما قطع به البغوي.

الثالث: يفرم أكثر القيم عند القاضي حسين و ليس للمالك مطالبة بالمثل، فمن غصب حنطة في الغلاء فتلف المفصوب عنده ثم طالبه المالك في الرخص فهل يفرمه المثل أو القيمة؟ لم يصح إطلاق الجواب بواحد منهما عنده، بل الصواب عنده أن يقال: إن تلفت و هي حنطة غرم المثل و إن صار إلى حالة التقويم ثم تلف فالقيمة، كمن

١. حاشية الجمل، ج ٣، ص ٤٧٩؛ حاشية البجوري، ج ٣، ص ١١٨؛ تكملة المجموع، ج ١٤، ص ٦٠؛ دوضة

المطالين، ج ٥، ص ٢٤؛ فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٨١؛ حواشي الشيرازي و ابن قاسم المعادي، ج ٦، ص ٢٦.

غصب صاع برّ قيمته درهم فطحنه فصارت قيمته درهماً و سدساً فخبّزه فصارت درهماً و ثلثاً و أكله، لزمه درهم و ثلث؛ لأنّه استحقّق عليه قيمة خبز درهماً و ثلثاً.^١ و اعترض بأنّ هذا يخالف فيمن غصب بيضاً فتفروخ أو حبّاً فنبت من أنّه يرده مع أرش النقص؛ إذ هذا من قبيل صيرورة المثلي متقوماً.

و أجب بأنّه لا مخالفة للقاعدة عند التلف و إنّما في الاعتراض المذكور مع بقاء المثلي، بينما تقيّد القاعدة بالتلف.^٢

كما أنّ لفقهاء المالكيّة في ذلك ثلاثة آراء كذلك:^٣

الأوّل: ذكر ابن القاسم في المجموعة أنّ على الضامن مثل المال المثلي، فمن غصب قمحاً فطحنه فعليه مثله؛ لأنّ الغاصب إذا صنع فيما غصب صناعة لم يكن للمغصوب من أن يأخذ ذلك إلّا بأن يدفع إلى الغاصب قيمة تلك الصناعة.

الثاني: ذهب أشهب أنّ للمالك القيمي المنقلب من المثلي، فمن غصب قمحاً فطحنه يأخذ المالك الدقيق و لا شيء عليه في طحينه.

الثالث: التخيير بين أخذ المثلي أو القيمي المنقلب رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون أنّ لرب الحنطة أن يأخذها إذا طحنها الغاصب سويقاً أو يضمّنه مثلها و لا حجة للغاصب في الصنعة؛ لما روي: «ليس لعرق ظالم حق».^٤

و الصحيح أن يقال: إنّ العين نفسها تثبت في الذمّة و يجب إرجاعها ما دامت باقية بحكم العرف، و لو حصل تحوّل من حال إلى أخرى، فالحنطة التي تحوّلت إلى طحين بحكم العرف باقية بصورة الطحين، و على هذا يبتني حرمة التصرف فيه و حرمة أكله و

١. روضة الطالبين ج ٥، ص ٢٤؛ تكملة المجموع ج ١٤، ص ٦٠؛ حاشية الجمل ج ٣، ص ٤٧٩؛ حاشية البجيرمي، ج ٣، ص ١١٨؛ فتح العزيز ج ١١، ص ٢٨١.

٢. حواشي الشيرازي و ابن قاسم الببادي، ج ٦، ص ٢١.

٣. المستقّى، ج ٥، ص ٢٧٧.

٤. وسائل الشيعة ج ١٧، ص ٣١١.

هو باق حتى بعد صيرورته خبزاً، فيجب عليه إرجاع العين في أي حال وجدت ما دامت باقية.^١ ولو فرض أن التحول أوجب نقصاً فيها أرجع العين مع الأرض؛ لأن التفاوت عيني وصفي لا سوقي و هو مضمون، فلو تلفت العين بعد التحول، فمن حينه تثبت في الذمة، فتبقى بالذمة بحالتها التي ورد عليها التلف، فالمثلي إذا تحول إلى قيمي وورد التلف فالذمة مشغولة بالقيمي إلى حين التفريغ، فيضمن قيمة يوم الأداء لذلك القيمي التالف، و هو مقتضى المختار من وجوب إرجاع العين مع بقائها و لو مع التفريق و من ثبوت العين نفسها في الذمة حتى مع تلفها إلى حين تفريغها.

أما الأقوال الأخرى، فلا تخلو من إشكال؛ لاستلزامها ضمان المال المثلي بالقيمة أو المال القيمي بالمثل، و هو مناف للقاعدة من ضمان المال المثلي بمثله، و المال القيمي بقيمته.

المطلب الثاني: انقلاب المال القيمي إلى مال مثلي

إن انقلاب المال القيمي إلى مال مثلي نادر الحصول، و مثال ذلك أن تحصل في الأسواق الأموال المتماثلة في ذاتها النادرة الوجود، فتتحول من أموال قيمية إلى أموال مثلية، أو كأن يصنع على مال قيمي قالب يخرج منه عدد كبير مثل ذلك.

و اختلف الفقهاء في تضمين الضامن إذا انقلب المال القيمي إلى مال مثلي، و تلف فللشافعية ثلاثة آراء في تضمين الضامن:^٢

الأول: ذهب البغوي إلى أنه يضمن الضامن مثل المثلي، لأنه أقرب إلى الحق و الأصل، كمن غصب رطباً، و اعتبر أنه قيمي فصار تمرأ ثم تلف عنده، لزم الضامن مثل النمر؛ لأنه لا يمكن الجمع بين المثل و القيمة، و لابد من إيجاب أحدهما و المثل أقرب

١. آيات الأحكام، ص ٢٢٣.

٢. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٨١؛ روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤؛ حاشية الجعل، ج ٣، ص ٤٧٩؛ نكلمة المجموع، ج

إلى التالف، فيكون إيجابه أولى.

وكذا الزيتون إذا اعتصر منه زيت و كان الزيتون قيمياً و الزيت مثلياً كان للمالك مثل الزيت المستخرج؛ لأنه لما صار القيمي مثلياً كان المثل أولى من قيمة الأصل؛ لتقديم المثل على القيمة. وكذلك الشاة إذا ذبحت و صارت لحماً ثم تلف ضمن مثل اللحم.

الثاني: إن كان المال القيمي أكثر قيمة من المثلي لزم الضامن قيمة القيمي؛ لتلا تضع الزيادة، كما إذا كانت قيمة المال القيمي كالرطب أو الزيتون أو شاة مثلاً أكثر من قيمة المال المثلي كالتمر أو الزيت أو اللحم، و إن كانت قيمة المال المثلي أكثر من قيمة المال القيمي أو تساويا، لزم الضامن المثل، كما إذا كانت قيمة التمر أو الزيت أو اللحم أكثر أو مساوياً لقيمة الرطب أو الزيتون أو الشاة.

الثالث: اختار الفزالي أنه يتخير بين مثل المثلي و قيمة القيمي، أي بين مثل التمر و الزيت و للحم أو الرطب و الزيتون و الشاة.^١

أمّا عند فقهاء الإمامية، فإنه إذا انقلب المال القيمي مثلياً ثم تلف وجب على الضامن المثل؛ لأن العبرة بمال المنقلب إليه.

و اشترط الرشتي إذا كان قيمة المثلي المنقلب عن القيمي أقلّ منه وجب على الضامن أن يردّ التفاوت بين القيمتين إلى المالك.

جاء في رسالة الغصب:

إذا انقلب القيمي مثلياً كما إذا صار الرطب المنسوب الذي قالوا: إنه قيمي تمرّاً أو العكس، فالعبرة بحال المنقلب إليه من حيث وجوب ردّ المثل أو القيمة و هو الواضح؛ لأنّ التلف قبل تلفه باقٍ في ملك المالك و لم يخرج بسبب الاختلاف في صفات يوم الغصب عن ملكه، فإذا تلف انتقل إلى بدله في حين التلف و هو المثل، و كونه قيمياً فيما

قبل غير مؤثر كما لا يخفى، لكن يجب مع ردّ المثل ردّ التفاوت بين الحالتين من حيث القيمة، كما إذا كان قيمة الرطب المنصوب مثلاً عشرة و قيمة التمر خمسة فإنه يردّ التمر مع تكملة القيمة.^١

و الصحيح أنه إذا تحوّل المال القيمي إلى مال مثلي ثم تلف تشتغل الذمة بعين الثالف؛ لما تقدّم من أن الذمة تشتغل بالعين إلى حين تفرغها، فيجب المثل.

المطلب الثالث: انقلاب المال المثلي إلى مثلي آخر

ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة، و أكد ذلك الشيخ الخفيف إلى أنه إذا انقلب المال المثلي إلى مال مثلي آخر ثم تلف، كما إذا استخرج من السمسم مثلاً شيرجاً، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الضامن بمثل المثلي الأصل، أو بمثل المثلي المنقلب إليه؛ لأنه قد ثبت ملكه على كلّ واحد من المثلين، فرجع بما شاء منهما، فيكون للمالك الخيار في مطالبة الضامن بمثل أيهما شاء من السمسم أو الشيرج؛ لثبوت ملكه على كلّ واحد منهما؛ ولأنّ كلّ واحد من السمسم و الشيرج مال مثلي.^٢

قال اليهودي:

فإن تغيّرت صفته، أي المنصوب كرطب صار وقت التلف تمرأ، أو سمسم صار بعد النصب شيرجاً، ضمنه المالك للفاصل ونحوه بمثل أيهما أحب؛ لثبوت ملكه على كلّ واحد من المثلين، فإن شاء ضمنه رطباً و سمساً بحال الفاصل، أو تمرأ و شيرجاً اعتباراً بحالة التلف.^٣

و ذكر سليمان الجمل أنّ عبارة شرح المنهج بتخيير الضامن فيما إذا كانت قيمة

١. رسالة في النصب ص ٧٢.

٢. نكلة المجموع، ج ١٤، ص ٦٠؛ روضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٤؛ ذوالد الكلي، ص ١٥٢، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ١٢٩.

٣. كشف القناع، ج ٤، ص ١٠٦.

المثليين متساوية، فإن كانت قيمة المثلي المنقلب إليه أكثر قيمةً من المثلي الأول، ضمن الضامن المثلي المنقلب إليه. وهذا ما اتخذته البغوي،^١ كما إذا انقلب السمسم شيرجاً و كانت قيمة الشيرج أكثر من قيمة السمسم، ضمن شيرجاً، فالظاهر يقتضي إثبات الخلاف في انتخير إذا كان أحدهما أكثر قيمة.^٢

و الصحيح أن مقتضى القواعد المتقدمة أنه إذا تلف المثلي بعد التحول إلى مثلي آخر، كالسمسم إلى شيرج، فلا ريب في اشتغال الذمة بالشيرج إلى حين تفريغها، و لكن لو فرض أن قيمة الشيرج أقل من قيمة السمسم، وجب حين التفريغ دفع الشيرج مع التفاوت بينه و بين قيمة السمسم؛ لأن الضامن هو سبب لهذا الضمان. و أما مع التساوي في القيمتين، فيكفي دفع المثلي التالف، و أما مع زيادة قيمة التالف عن المثلي المضمون، أو لا، فهو للمالك من دون أن يكون للضامن شيء عليه.

المطلب الرابع: انقلاب المال القيمي إلى قيمي آخر

لو صار المتقوم متقوماً آخر ضمن الضامن قيمة أقصى القيم، كإناء صيغ منه حلي فيجب فيه أقصى القيم: قيمة النحاس و صناعة الإناء من نقد البلد.^٣ و عيّن الخفيف القيمة بأنها هي قيمة وقت التلف؛ لاعتبار أن المال القيمي الأول قد تلف، فتجب قيمته.^٤

و الصحيح أن حق المالك منحصر في العين ما دامت باقية رغم التحولات الطارئة عليها، فيجب دفعها - و إن حصل نقص فيها فمع أرش نقصها - و تنقلب إلى الوجود

١. حاشية الجمل، ج ٣، ص ٤٧٩.

٢. فتح العزيز، ج ١١، ص ٢٨١.

٣. حواشي الشيرازي و ابن قاسم العبادي، ج ٦، ص ٢٢؛ حاشية البجيرمي، ج ٣، ص ١١٨؛ دوضة الطالين، ج ٥، ص ٢٤؛ حاشية الجمل، ج ٣، ص ٤٧٩.

٤. الضمان في الفقه الإسلامي، ص ١٢٩.

الذمي حين التلف، و تستمرّ الذمة مشغولة بالعين بصفتها التي تلقت عليها حين تفرغها، فحينئذ تثبت قيمة التالف وقت الأداء، أي قيمة القيمي المنقلب إليه وقت الأداء.

القانون المدني

فرّق القانون المدني العراقي بين التغير الطارئ على المال من دون تدخل من الضامن و بين التغير الذي كان سببه الضامن، فأعطى في الأول الخيار للمالك في أن يسترد المال عيناً مع التعويض عن الإضرار الأخرى التي لحقت به، أو يتركه للضامن و يضمّنه.

أما في الثاني و هو التغير الذي كان سببه الضامن، فإنّه فرّق أيضاً بين التغير الذي يؤدي إلى تبدّل اسم المال و التغير الذي لا يتناول إلا أوصاف المال بزيادة شيء عليه من مال الضامن، فان كان الأول كان ضامناً و بقي المال له.

و إن كان الثاني كان المالك مخيراً بين استرداد ماله مع التعويض عن الإضرار و إعطاء الضامن قيمة الزيادة و بين تركه في يد الضامن و يضمّنه للمالك.^١

و القانون المدني العراقي لم يذكر بالتفصيل انقلاب المال المثلي و المال القيمي و لكن في المادة «١٩٤» في الفقرة «٢» إشارة مجملة و مطلقة إلى أنّ المال المثلي إذا انقلب إلى مال قيمي ضمن الضامن المال المثلي، فقد جاء: «أما إذا غيّر القاصب المال المفصوب بحيث يتبدّل اسمه كان ضامناً و بقي المال المفصوب له. فمن غضب حنطة غيره و زرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة و بقي المحصول له».^٢

و استمدّ ذلك من المجلة من المادة «٨٩٩» في مورد تغير المفصوب.^٣

و قسم بعض شراح القانون المدني تغير المال أو انقلاب المال المثلي و المال القيمي إلى سبب أجنبي أو ضامن، فان كان بسبب أجنبي، فالمالك بالخيار إن شاء استردّ المال

١. الضمان الثاني: عن العمل خبر المشروع، ص ٨٥.

٢. القانون المدني، رقم ٤٠، ص ٥٢، السنة ١٩٥١.

٣. المجلة ص ١٤١.

مع التعويض أو تضمين الضامن بقوله:

إذا تغيّرت العين المضمومة عند الفاصب وكان هذا التغيير بسبب أجنبي، فالمقصوب منه بالخيار إن شاء استردّ المقصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى، وإن شاء ترك المقصوب ورجع على الفاصب بالضمان و يترتب على هذا أنه كان المقصوب عبأً فصار زيباً أو رطباً فصار تمراً، فإن المالك بالخيار إن شاء أخذ الزبيب أو التمر ورجع على الفاصب بالتعويض. وإن شاء تركها للفاصل ورجع عليه بالضمان.^١

و إن كان انقلاب المال المثلي أو المال القيمي بسبب الضامن، فلا يكون للمالك إلا التضمين بمثله أو قيمته، و يتملك الضامن المال المثلي و المال القيمي المنقلب.

جاء في أصول الالتزام:

إذا غير الفاصب العين المضمومة تغييراً كلياً بحيث فقد ذاتيتها و تغير اسمها، فإنه يتملك هذه العين المضمومة و لا يكون للفاصل منه إلا الرجوع عليه بالتعويض و يترتب على هذا أنه إذا قام الفاصب ببيع شاة أو تقطيعها أو بطحن الحنطة أو بذرهما في الأرض أو بخبز الدقيق أو جعل الحديد سيفاً و النحاس آنية و اللبن حائطاً و القطن غزلاً و العنب عصيراً و الزيتون زيتاً، فإنه يتملك العين المضمومة، و يضمن الفاصب مثله أو قيمته على حسب الأحوال.^٢

و فضل منير القاضي تغير المال المضمون إلى ما إذا تغير من نفسه كما لو كان عبأً، فأصبح زيباً كان المال مخيراً بين الاسترداد مع التعويض عن الأضرار الأخرى التي استصحبها فعل الغصب مثلاً إن كانت هنالك أضرار، و بين تركه للضامن و تضمينه بدل المال مع الأضرار الأخرى.

أما إذا غير الضامن فإن التغيير بزيادة شيء من مال الضامن، كما لو كان المال ثوباً

١. أصول الالتزام، ص ٢٦٧؛ الحنفوق المبينة الأصلية، ج ١، ص ٢٥.

٢. المصدر الأول، ص ٢٧١.

فصبغه، فالمالك مختير بين أن يدفع للضامن من قيمة الزيادة و يستردّ المال مع التعويض عن الأضرار الأخرى، و بين أن يترك المال إلى الضامن و يضمّنه البذل مع التعويض عن الأضرار الأخرى، و ليس له أن يستردّ المال مع الزيادة بلا دفع عوضها؛ لأنّ في هذا كسب بلا سبب.

و إن كان التغيير مقتصرأ على تغيير الوصف بلا زيادة شيء، كما لو كان المفصوب صفائح النحاس فجعلها الضامن أواني، عدّ الضامن متلفاً للعين المضمونة؛ لأنّ تغييره على هذا الوجه في حكم إتلافه عرفاً و معنى، فيضمّنه و تبقى العين المفصوبة ملكاً للضامن^١.



الفصل السادس:

الفرق بين المال المثلي والقيمي

المبحث الأول: المقاصة^١ في الأموال المثلية والقيمية

تقع المقاصة بين الأموال المثلية المتقابلة في الذمم قهراً و جبراً، بينما لا تقع المقاصة بين الأموال القيمية المتقابلة في الذمم إلا برضاً من الطرفين. فمن ثبت له على غريمه مثل ماله عليه من الدين نوعاً و صنفاً و حلولاً، وقعت المقاصة الجبرية و تساقط الدينان إن كانا متساويين في المقدار، و إن تفاوتتا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل و بقيت الزيادة، و لا تقع هذه المقاصة الجبرية إذا ترتبت على وقوعها محظور شرعي.

الحنفية: لا يعرف خلاف بينهم في وقوع المقاصة الجبرية في الأموال المثلية التي

١. هنالك عدة تعاريف للمقاصة و لمثل أدق تعريف وقع بين أيدينا هو تعريف ابن جزى بـ«أنها اقتطاع دين من دين و فيها متاركة و معاوضة» لاشتغال هذا التعريف على المقاصة بمعناها العام، فالمتاركة من التترك و هي بيان للمقاصة الجبرية، و المعاوضة تدلّ على المقاصة الاتفاقية. فإذا كان لرجل على آخر دين و كان لذلك الآخر عليه دين فأراد اقتطاع أحد الدينين من الآخر لتسحق البراءة، فإن في ذلك تفصيلاً؛ لأن لكل صورة من صور المقاصة شروطاً يجب توفرها فيها؛ لتقع المقاصة صحيحة نافذة في حق الطرفين. لذلك كان هذا التعريف قد ذكر ثلاث صور للمقاصة هي: المقاصة الجبرية، و الطليعية، و الاتفاقية. راجع: فوائدهن الأحكام الشرعية، ص ٣١٥. و النقصان القهري هو المعتبر عنه بالتهاتر في كلمات الفقهاء الإمامية.

تثبت ديوناً في الذمم.^١

الحنابلة: أورد ابن قدامة أن الأموال المئلية التي تثبت في الذمم ديوناً تقع فيها المقاصة الجبرية، ولم يشر إلى أي خلاف فيه عند الحنابلة.^٢

الشافعية: الأصح والمشهور من مذهب الشافعية أن المقاصة الجبرية تقع في الدينين من التقدين مطلقاً، وتقع في الدينين من سائر المئليات أيضاً إذا كانت سبيلاً إلى حصول العتق. أما جريانها في المئليات بإطلاق أو في الدين من العروض، فهي وجوه في المذهب وليس الأصح ولا المشهور.^٣

المالكية: ذهب فقهاء المالكية إلى جواز وقوع المقاصة في الأموال المئلية ووقوعها عندهم برضا الدائنين.^٤

قال ابن جرّي: وإن كان الدينان عرضين فتجوز المقاصة إذا اتفقا في الجنس والصفة، سواء حلّ الأجل أو لم يحل.^٥

الإمامية: إن المقاصة الجبرية عندهم تقع في الأموال المئلية دون الأموال القيمة. فإن كان المالان متساويين نوعاً ووصفاً تهاترا قهراً، سواء أكانا تقدين أم مئليين. وإن كانا مختلفين نوعاً أو وصفاً أو في الحلول والتأجيل أو كانا قيميين لم يحصل التقاص إلا برضاهما.

ولكن قد يناقش بأن دليل التهاतर شامل للمال المئلي والقيمي. اللهم إلا أن يقال: إن دليل التهاतर القهري الإجماع، والمسلم منه المثان دون القيميين. فلو فرض أن لكل

١. تحفة الفقهاء، ج ١، ص ٢٥.

٢. المغني، ج ١٢، ص ٢٢٩، ٢٨٧، ٣٩١ - ٣٩٢ و ٣٩٦؛ كشف القناع، ج ٢، ص ١٣٤؛ انتهى الإرواذه ج ٢، ص ٨٦.

٣. الوجيز، ج ٢، ص ١٧٦؛ المقاصة، ص ٢٢.

٤. جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٧٥.

٥. قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣١٥.

واحد على الآخر حيواناً مثلاً موصوفين بصفات متحدة لم يتقاص إلا بالتراضي؛ لأنهما مالان قيميان.^١

القانون المدني

جاء في القانون المدني في المادة «٤٠٩»، الفقرة «٢»: «و يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وقوة و ضعفاً».^٢

فالقانون يشترط التماثل في المحلّ ما بين الدينين و يجب أن يكون محلّ كلّ من الدينين نوعاً واحداً، و درجة واحدة في الجودة و الرداءة، و ذلك حتى يتمكّن كلّ من الطرفين من أن يستوفي حقّه عن طريق المقاصة من ذات الشيء الواجب أدائها، أي لما كانت المقاصة الجبرية في حكم الوفاء، فيجب أن تضع كلا الدائنين في الحالة التي يكونان عليها كما لو أنّه استوفى حقّه فعلاً، و لا يتحقّق ذلك إلا إذا كان الدينان متماثلين.^٣

و يترتب على هذا الشرط أن تكون هذه الأشياء مثلية؛ ليقوم بعضها مقام بعض. فلا تجوز المقاصة الجبرية القانونية بين دين مقداره كذا قنطاراً من القطن و دين بتسليم حصان و لا بين التزام بمائة قنطار من الحنطة و الثاني بمائة قنطار من الشعير، كما لا تجوز بين دينين أحدهما حنطة عجميّة و محلّ الآخر حنطة كرديّة، و كذا إذا كانت للحنطة الكردية درجات في الجودة و كان محلّ أحدهما من الدرجة الأولى و محلّ الأخرى من الدرجة الثانية؛ فإنّ المقاصة لا تقع لاختلافها في الصفة.

و بعبارة أخرى أنّ الحقوق الماليّة عند فقهاء القانون تنقسم إلى حقوق شخصيّة و حقوق عينية، و الفارق الأساس بينهما هو أنّ الحقّ العيني يقع على شيء مادي. أمّا

١. المكاسب، ج ٤، ص ١٨٠ الفروة الوثقى، ج ٣، ص ٢١٠؛ مهذب الأحكام، ج ٢٧، ص ١٧٧.

٢. القانون المدني، ص ٤٠٦، السنة ١٩٥٦.

٣. الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ٢، ص ٤١٥؛ شرح القانون المدني العراقي، ج ٢، ص ٣٥٩.

الحق الشخصي، فيكون في مواجهة شخص، فموضوع الحق العيني هو دائماً شيء مادي محدد، بينما ينحصر موضوع الحق الشخصي في أداء ما يجب أن يقوم به شخص آخر هو المدين بالحق، ولا يغير من هذا النظر كون محل الأداء الذي يلتزم به المدين شيئاً مادياً، وأن محل المقاصة يصح في الثاني دون الأول من الأموال، كما هو في الشريعة الإسلامية حيث إن التشريعين يتفقان على أن محل المقاصة هو الديون الثابتة في الذمة.^١

وإذا قارنا بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي نجد أن ما يشترطه القانون العراقي مطابق للشريعة الإسلامية وهو التماثل في الجنس والوصف والقوة والضعف، وأن مجال المقاصة الجبرية ورد في النقود والأشياء المثلية التي هي من نوع واحد و صفة واحدة، كما ذهب إلى ذلك رجال الفقه الإسلامي من قبل.

المبحث الثاني: الفرق بين كون الثمن في السلم مثلياً أو قيمياً

المطلب الأول: اشتراط معرفة مقدار الثمن إذا كان مثلياً في عقد السلم
اشترط أبو حنيفة والشيخ الطوسي والأشهر عند العلامة الحلي من الإمامية ذكر قدر الثمن في عقد السلم إذا كان مثلياً دون القيمي؛ لأنّ المشاهدة غير كافية في معرفة الثمن إذا كان متاً يكال أو يوزن، بل لابد من الكيل أو الوزن. ولا يشترط ذكر الصفات سواء أكان رأس المال مثلياً أو قيمياً؛ لأنّ المشاهدة تكفي في رفع غرر الصفات.^٢

قال الشيخ الطوسي: ورأس المال إن كان معيناً في حال العقد ونظر إليه، فإنه لا يكفي إلا بعد أن يذكر مقداره، سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو مذكوراً

١. أصول الافتراء، ص ٢.

٢. المتابعة ج ٧، ص ٧٠؛ مختلف الشيعة ج ٢، ص ١٨٦ (الطبع العجري)؛ الخلاف، ج ١، ص ٢٢٧.

ولا يجوز جزافاً^١.

و جاء في جواهر الكلام: لا بد أن يكون رأس المال مقداراً بالكيل العام أو الوزن. كذلك إذا كان ممّا يعتبر فيه ذلك و لا يجوز الاختصار في ذلك على مشاهدته للفرر المنفي في البيع الشامل للمسلم وغيره، و حينئذ، فلا يكفي دفعه مجهولاً، كقبضة من دراهم و قبة من طعام و نحو ذلك، خلافاً للمرتضى، فجوز مكتفياً بالمشاهدة، و لا دليل له يعتد به، بل ظاهر الأدلة خلافه، خصوصاً ما اعتبر المعلومية في الثمن من النصوص التي لا تحصل قطعاً في نحو ذلك إلا بهما. نعم، يتبعه الاكتفاء بالمشاهدة فيما لا يعتبر في بيعه غيرها^٢.

و أوضح صاحب شرح العناية على الهداية أن معرفة قدر رأس المال شرط عند أبي حنيفة إن كان يتعلّق العقد بقدر من المكيلات و الموزونات، أي المثلي بخلاف ما يتعلّق العقد بقدر من القيمي؛ لأنّ جهالة قدر المسلم فيه ممتنعة شرعاً، و جهالة رأس المال مؤدية إليها، و ما يؤدّي إلى الممتنع شرعاً ممتنع شرعاً.

فإذا لم يكن قدر رأس المال المثلي معلوماً و انفسخ العقد في المقدار أو استحقّ بعضه، فيلزم كون المسلم فيه مجهولاً، بخلاف ما إذا كان رأس المال قيمياً كالحيوان، فلا يتعلّق العقد على قدره، و لهذا لو ظهر بعض أعضاء الحيوان المجهول رأس المال أعضائه مبيعاً لا ينتقض من المسلم فيه شيء، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضي به بكلّ المسلم فيه و إن شاء فسخ، لفوات الوصف المرغوب فيه^٣. و أدلّهم على ذلك:

١. أن عدم معرفة مقدار الثمن إذا كان مثلياً في عقد السلم يؤدّي إلى الفرر، فيكون منهياً عنه؛ لأنّ النبي ﷺ نهى عن الفرر؛ لما روي عن الرضا عن آبائه عن علي

١. الخلاف، ج ١، ص ٢٢٧.

٢. جواهر الكلام، ج ٢٤، ص ٢٩٩.

٣. العناية، ج ٧، ص ٩٠.

أمير المؤمنين عليه السلام: «قد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطرّ و عن بيع الغرر»^١.

ثم إن عقد السلم لا يمكن إتمامه في الحال لشرط الأجل، ولتسليم المسلم فيه بعد الأجل. ولا يؤمن انفساخه فوجب معرفة مقدار رأس المال ليرد بدله، فلو لا معرفة مقدار رأس المال لأفضى إلى التنازع. الشارع أرشد إلى المصالح الرافعة للتنازع، كالشهادة وغيرها، ومعلوم أن الضرر الناشئ من تجهيل الثمن أشد من ضرر ترك الشهادة؛ ولأنه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً، فيفسخ العقد في قدره، فلا يدري في كم بقي؟ وفي كم أنفسخ؟^٢

٢. أن جهالة رأس المال قد تؤدي إلى جهالة المسلم فيه وهو ممنوع، وما أدى إلى الممنوع فهو ممنوع، وقبل بيان وجه تأدية جهالة رأس المال إلى جهالة المسلم فيه، أرى أن أوضح نقطتين متعلّقتين في ذلك؛ كي يستبين وجه الدلالة:

النقطة الأولى: أن العقد يتعلّق بقدر المثلّيات، أي أنها تنقسط عن المسلم فيه، فإن أسلم ألف دينار بألف كيلوغرام من القمح مثلاً، علم ضرورة أن لكل دينار مقابل كيلوغرام قمح.

النقطة الثانية: يجب قبض رأس المال في مجلس عقد السلم، فإن انتقض القبض لسبب انفسخ السلم، وإن انتقض القبض في بعضه انفسخ العقد بمقداره. إذا اتضح هذا؛ فإنه قد يظهر بعض رأس المال مستحقاً للغير، فيكون القبض باطلاً وينفسخ العقد بمقداره، وقد يظهر بعضه معيماً ولا يرضى به المسلم إليه فيردّه، فيجب استبداله في مجلس الرد، وقد لا يتسنى ذلك فينفسخ العقد بمقداره.^٣

وفي كلا الحالتين إن لم يكن رأس المال معلوماً لا يدري في كم انتقض؟ وفي كم بقي؟ فيصير المسلم فيه مجهول المقدار.

١. وسائل الشريعة ج ١٢، ص ٢٣٠.

٢. مختلف الشريعة ج ٢، ص ١٨٦ (الطبع الحجري).

٣. الروضة البهية ج ٣، ص ٤١٧.

المطلب الثاني: عدم اشتراط معرفة مقدار الثمن إذا كان مثلياً في عقد السلم
ذكر السيد المرتضى في المسائل الناصية: أَنَّ الْأَقْوَى أَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلْمِ إِذَا كَانَ
مَعْلُوماً بِالْمَشَاهِدَةِ، مَضْبُوطاً بِالْمَعْيَانَةِ، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى ذِكْرِ صِفَاتِهِ وَ مَبْلَغِ وَزْنِهِ وَ عَدَدِهِ،
أَيَّ مِقْدَارِهِ، سِوَاءَ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ مَثَلِيّاً أَمْ قِيَمِيّاً.^١
و حَجَّتُهُ:

١. ما روي عن النبي ﷺ من أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيَسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَ وَزْنٍ
مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»،^٢ فَأَذِنَ النَّبِيُّ ﷺ فِي السَّلْمِ عَلَى هَذِهِ الصِّفَاتِ وَ لَمْ يَشْطَرِطْ
سِوَاهَا.

اعتراض: اعترض العلامة الحلّي على ما احتجّ به السيّد المرتضى بأنّه ﷺ بيّن أولاً
النهي عن الغرر و من جملة جهالة مقدار الثمن، فالإذن في السلم غير دالّ على
دعواه.^٣

و يمكن أن يجاب عليه بأنّ السيّد المرتضى يريد أن يقول: إنّ الحديث الشريف
اعتبر أمرين في صحّة السلم: أحدهما: العلم بالأجل، و الثاني: العلم بمقدار الثمن.
و معلوم أنّ الكيل أو الوزن إنّما هما طريقتان إلى العلم به، و ليسا بركنين بأنفسهما
في السلم، بل حال الكيل أو الوزن في الثمن في السلم حانها في سائر البيوع إنّما
يقصدان و يعتبران؛ لأجل كونهما طريقتين إلى المعرفة بالمقدار الرافعة للغرر.

و معلوم أنّ تلك المعرفة الرافعة للغرر تتحقّق فيما يمكن تحديده بالمشاهدة بدون
كيل أو الوزن بلا فرق بين أن يكون مثلياً أو قيميّاً، فكأنّ السيّد المرتضى استفاد من

١. جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٤٠٦.

٢. صحيح البخاري، ج ٢، ص ٣٠؛ سبل السلام، ج ٣، ص ٨٦٥؛ سنن ابن ماجه ج ٢، ص ١٦٥؛ نيل الأوطار، ج ٥،
ص ٢٥٥؛ مستدرك الوسائل، باب ٣ من أبواب السلف، ح ٤.

٣. مختلف الشيعه ج ٢، ص ١٨٦ (الطبع الحجرى).

الحديث الشريف اعتبار العلم بمقدار الثمن بأيّ نحو حصل، و العلم بمدة الأجل المحدّد لتسليم المسلم فيه إلى المشتري.

الرأي الرابع: يفرق بين كون مثلياً أو قيمياً بإمكان إمضاء البيع فيما يخصّ الثمن المقبوض في المجلس مع ما يقابله من حصّة من المبيع في الثمن المثلي القابل للتجزئة، و بعدم إمكانه فيما كان الثمن قيمياً، لأنّه لا يقبل التجزئة، بل مقتضى القاعدة هو إمّا أن يرضى الطرف الآخر بالثمن القيمي المعيب في مقابل تمام المسلم فيه، وإمّا أن يطالب صاحب الثمن بالأرض حيث يمكن تحديده.

فالفرق بين الثمن المثلي والقيمي هو إمكان إمضاء البيع في بعض المسلم فيه المقابل للجزء من الثمن المقبوض في المجلس، و عدم إمكان ذلك فيما إذا كان الثمن قيمياً.

و كذلك في المسلم فيه لو جاء البائع ببعضه، فإن كان الثمن قيمياً لا يمكن تبعيته، فعليه إمّا الفسخ و إمّا الرضا بما حصل عليه من البيع.

و أمّا إذا كان مثلياً، فللمشتري استرجاع بعض الثمن المقابل للجزء من المبيع الذي لم يحصل عليه من البائع. و معلوم أنّ هذا ليس من مختصات بيع السلم، بل يمكن أن يقال: إنّّه يجري في مطلق البيع إذا لم يكن هنالك دليل خاصّ يلزم التعبد به في بيع السلم خاصة.

فتحصّل ممّا ذكر أنّه لا بدّ من معرفة مقدار الثمن؛ لدفع الغرر عن البيع، سواء كان مثلياً أم قيمياً، و ما يعرف بالكيل لا بدّ من تحديد كيله، و ما يحدّد بالوزن لا بدّ من تحديد وزنه، و ما يكفي فيه بالمشاهدة لا بدّ من مشاهدته بلافق في ذلك كلّ بين أن يكون مثلياً أو قيمياً.

نعم، إنّما الفرق بين المثلي والقيمي ما أشرتُ إليه من إمكان إمضاء البيع في بعض المسلم فيه مقابل بعض الثمن إذا كان مثلياً، و لم يسلم البائع تمام المبيع إلى المشتري في الوقت المحدّد له؛ و ذلك لإمكان التجزئة في المثلي. هذا بخلاف ما إذا كان الثمن

قيمتاً؛ فإن إمضاء البيع في بعض المبيع ببعض الثمن غير وارد؛ لعدم إمكان تجزئته.

القانون المدني

إن القانون المدني أغفل الإشارة إلى بيع السلم، وأدخله ضمن البيع المطلق^١ بينما الشريعة الإسلامية قسّمت البيع إلى خمسة أقسام: بيع العين بالنقد و هو البيع المطلق، و بيع النقد بالنقد و هو الصرف، و بيع العين بالعين و هو المقايضة، و بيع مبيع أجل بثمن عاجل و هو السلم، و العكس هو النسيئة.

المبحث الثالث: الثمن المثلي أو القيمي في المراجعة^٢ أو التولية^٣ أو الوضعية^٤

اتفق الفقهاء على صحّة الثمن في المراجعة من ذوات الأمثال و تصحّ المراجعة فيه، سواء كان الربح من جنس الثمن في المراجعة أم من خلاف جنسه بعد أن كان الثمن الأوّل معلوماً و الربح معلوماً.

أما إذا كان الثمن ممّا لا مثل له و هو المال القيمي، فلا يجوز بيعه مراجعة؛ لأنّه يقع البيع على قيمته و قيمته مجهولة تعرف بالحرز و الظن؛ لاختلاف أهل التقويم فيها^٥.
الحنفية: فصل فقهاء الحنفية بأنّ من باع شيئاً مراجعةً على الثمن الأوّل فلا يخلو إمّا أن يكون من ذوات الأمثال، كالدرهم و الدينار و المكيل والموزون و العددي و المذروع المتقارب أحاده. وإمّا لا مثل له و هو مال قيمي، كالحيوان و العقار و نحوها.

١. عقود المساقاة، ص ١٠٣.

٢. بيع المراجعة: هو تملك المبيع بمثل الثمن الأوّل وزيادة ربح.

٣. بيع التولية: هو تملك المبيع بمثل الثمن الأوّل من غير زيادة ولا نقصان.

٤. بيع الوضعية: هو تملك المبيع بمثل الثمن الأوّل مع نقصان شيء منه. راجع: تحفة الفقهاء، ج ١، ص ١٠٥.

٥. حلية العلماء، ج ٤، ص ٢٨٨، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٩، المستقّى، ج ٥، ص ٥٠؛ إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٧٢؛

عقد المراجعة، ص ١٦.

فإن كان الثمن الأول مثلياً فباعه مرابحة على الثمن الأول بزيادة ربح، جاز سواء كان الربح من جنس الثمن الأول أم لم يكن، يعني أن يكون شيئاً مقدراً معلوماً نحو الدراهم و الثوب المشار إليه؛ لأن الثمن الأول معلوم و الربح معلوم.

جاء في مجمع الأنهر: و لا يصح ذلك، أي كَلَّ من التولية و المرابحة و الوضعية ما لم يكن الثمن الأول مثلياً كالدراهم و الدنانير و الكيلي و الوزني^١.

و قال الحدادي: و لا يصح المرابحة و التولية حتى يكون العوض ممّا له مثل كالمكيل و الموزون؛ لأنّه إذا كان له المثل قدر المشتري على تسليمه^٢.

و إن كان الثمن الأول لا مثل له و هو المال القيمي فأراد أن يبيعه مرابحة عليه، فهذا على نحوين:

النحو الأول: أن يبيعه متى كان المال القيمي في يده و ملكه، و هذا على وجهين: الوجه الأول: إن قال: أبيعك مرابحة بالثمن الذي في يدك و بربح عشرة دنانير جاز؛ لأنّه جعل الربح على المال القيمي، كالحيوان مثلاً عشرة دنانير، و هي معلومة، و كأنّ المشتري مرابحة يعرف مقدار الثمن، و كأنّ المال القيمي بمثابة مال مثلي؛ لأنّه معلوم المقدار عند المشتري.

الوجه الثاني: إن قال: أبيعك بأحد عشر ديناراً مثلاً؛ فإنّه لا يجوز لأنّ تسمية أحد عشر ديناراً يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال؛ لأنّه لا يكون أحد عشر إلا أن يكون الحادي عشر من جنس العشرة، فصار كأنّه باع الثمن الأول و هو الحيوان، و بجزء من جنس الأول، و الحيوان لا مثل من جنسه^٣.

النحو الثاني: أن يبيعه متى لم يكن المال القيمي في يده و ملكه، فإنّه لا يجوز؛ لأنّه لا يخلو إمّا أن يبيعه مرابحة بذلك المال القيمي أو بقيمته، و لا وجه للأول؛ لأنّ العوض

١. مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٩.

٢. المجوهرة النيرة، ص ٢٦٩.

٣. المصدر السابق.

ليس في ملك من يبيعه منه، وكذلك لا وجه أن يبيعه ماربة بقيمته؛ لأنَّ القيمة تعرف بالحرز والظن فتتمكن فيه شبهة الخيانة.

جاء في مجمع الأنهر لو لم يكن مثلياً كأشياء متفاوتة، كالحيوانات، والجواهر يكون ماربة بالقيمة؛ لأنَّ معرفتها لا تمكن حقيقة، فلا يجوز بيعه ماربة و تولية إلا إذا كان المشتري ماربة ممن يملك ذلك البدل من البائع بسبب من الأسباب^١.

الشافعية: اشترط فقهاء الشافعية في صحة عقد الماربة و التولية و الوضعية أن يكون الثمن الأول من المنليات، و ذلك من خلال تعريفهم لعقد الماربة أو التولية أو الوضعية.

أما إذا كان الثمن الأول قيمياً، فلا يصح بيعه ماربة أو تولية أو وضعية إلا من ملك ذلك المال القيمي؛ لجهالة ثمن المال القيمي؛ لأنَّ بيع الماربة و التولية و الوضعية مبني على الأمانة؛ لاعتماد المشتري على قول البائع.

جاء في معني المحتاج: إذا اشترى شخص شيئاً بمنلي ثم قال - بعد قبضه و لزوم العقد و هو عالم بالثمن لعالم بالثمن قدراً و صفة بإعلام المشتري أو غيره أو لجاهل به، ثم علم به قبل قبوله كما قاله الزركشي: - وليتك هذا العقد سواء قال بما اشتريت أم سكت فقبل كقوله بقبلته أو توليته، لزمه مثل الثمن جنساً و قدراً و صفة. أما إذا اشتراه بعرض فإنَّ عقد التولية لا يصح إلا ممن ملك ذلك العرض^٢.

المالكية: ذهب ابن القاسم و ابن عبدوس إلى صحة كون الثمن في عقد الماربة مالاً مثلياً، و عدم صحة كون الثمن في عقد الماربة مالاً قيمياً إلا إذا كان في ملك المشتري.

جاء في المنتقى: ولو اشترى سلعاً فباع بعضها ماربة، فلا يخلو إما أن تكون غير

١. مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٦٩.

٢. معني المحتاج، ج ٢، ص ٧٦.

مكيّلة ولاموزونة، أو متا يكال أو يوزن، فإن كانت غير مكيّلة أو موزونة كالتياب و الحيوان، فإن كانت معيّنة لم يجز أن يبيع بعضها مربحة^١.

و قال ابن رشد الحفيد: اختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض، هل يجوز له أن يبيعها مربحة أم لا يجوز؟

فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه؟ فقال ابن قاسم: يجوز له أن يبيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة.

و قال أشهب: لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض أن يبيعها مربحة؛ لأنّه يطالبه بعروض على صفة عرضه، و في الغالب ليس يكون عنده، فهو من باب بيع ما ليس عنده.

القانون المدني: أتمد القانون المدني العراقي على أنّ الثمن في المربحة أو التولية أو الوضيعة من ذوات الأمثال من خلال تعريف عقد المربحة أو التولية أو الوضيعة. جاء في المادة «٥٣٠» من الفقرة «٢»:

و المربحة بيع بمثل الثمن الأوّل الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم، و التولية بيع بمثل الثمن الأوّل دون زيادة أو نقص. و الوضيعة بمثل الثمن الأوّل مع نقصان مقدار معلوم منه^٢.

و قد علّل ذلك القانون المدني في الفقرة «٣» بنفس تعليل الفقه الإسلامي؛ لكون هذه البيوع منها الأوّل معلوم تحرّراً عن الخيانة و التهمة^٣.

وبالمقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني فإنّ هنالك اتفاق بينهما على كون الثمن الأوّل في المربحة أو التولية أو الوضيعة من ذوات الأمثال، و ليس من ذوات القيم.

١. المتن، ج ٥، ص ٥٠.

٢. القانون المدني، رقم ٤٠، ص ١٢٤، السنة ١٩٥١.

٣. عقداييج، ص ١١٦؛ القانون المدني، الرقم ٤٠، ص ١٢٣، السنة ١٩٥١.

المبحث الرابع: الشفعة^١ في المال المثلي و القيمي

المطلب الأول: تثبت الشفعة إذا كان الثمن مثلياً

اتفق جميع الفقهاء على أن الشفع يتملك المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشتري، فإذا كان الثمن المشفوع فيه ثلاثة كيلوغرامات من الحنطة أخذها الشفع بذلك الثمن^٢؛ لما روي عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^٣.

الإمامية: أجمع فقهاء الإمامية على ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن مثلياً.

قال العلامة الحلّي: إذا كان الثمن من ذوات الأمثال تثبت الشفعة إجماعاً^٤.

الحنابلة: إن الشفع يأخذ المشفوع فيه بمثل ثمن المشتري، لأن هذا مثل من طريق الصورة والقيمة، فكان أولى من المعامل في أحدهما، ولأن الواجب بدل ثمن المشتري فوجب مثله.

جاء في المنهي: فأما إن كان الثمن من المثليات غير الأثمان كالحبوب والأدهان، فقال أصحابنا: يأخذ الشفع بمثله؛ لأنه من ذوات الأمثال فهو كالأثمان و به يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي؛ ولأن هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المعامل في أحدهما؛ ولأن الواجب بدل الثمن فكان مثله كبذل القرض و المتلف^٥.

١. الشفعة: حق تملك الشريك الشفيع من المشتري بالثمن. تحرير المجلة، ج ٢، ص ١٧٩.

٢. معني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠١؛ تكملة البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٣؛ بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٩٥؛ مختلف

الشيعة، ج ٢، ص ١٢٦ (الطبع العجري)، المعني، ج ٥، ص ٥٠٦؛ المدخل لدراسة الشريعة، ص ٢٢٣.

٣. وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣١٦.

٤. المصدر، ج ٢، ص ١٢٦.

٥. المعني، ج ٥، ص ٥٠٦.

الشافعية: اتفق فقهاء الشافعية على ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن مثلياً؛ لأنه أقرب إلى الحق. قال الشرييني: إذا اشترى شخص شقصاً من عقار بمثلي كبر و نقد أخذه من الشفيع بمثله إن تيسر؛ لأنه أقرب إلى حقه^١.
و دليلهم على ذلك^٢:

أولاً: إن الشارع الحكيم قد أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملك به، فبراعى مثله بالقدر الممكن، كما هو الحال في بدل القرض وإتلاف ذوات الأمتال. ثانياً: إن الشفيع إنما استحق المشفوع فيه بالبيع، فكان مستحقاً له بالثمن بمنزلة المشتري.

المطلب الثاني: الشفعة فيما إذا كان الثمن قيمياً

إذا كان ثمن المشفوع فيه مالاً قيمياً، فلفقهاء في ثبوت الشفعة ثلاثة أقوال:
القول الأول: - إذا كان ثمن المشفوع فيه مالاً قيمياً فلا شفعة فيه، وهو مذهب الحسن البصري و سوار القاضي و الشيخ الطوسي في الخلاف و المحكي عن الطبرسي و ابن حمزة و الأقوى عند السيد الخوئي من الإمامية: لأن الشفعة لا تجب فيما إذا كان الثمن قيمياً؛ لوجوبها بمثل الثمن، وهذا لا مثل له، فتعذر الأخذ فلم يجب، كما لو جهل الثمن^٣.

جاء في مسائل الخلاف: إذا كان الشراء بثمن له مثل، كالحبوب و الأثمان كان

١. مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠١.

٢. بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٧، الخريشي. علي مختصر سيدي الخليل، ج ٦، ص ١٦٥؛ المهذب، ج ١، ص ٣٧٩؛ مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠١؛ المغني، ج ٥، ص ٥٢٨؛ الإنصاف، ج ٦، ص ٣٠٢؛ البحر الزخار، ج ٤، ص ٢٤؛ المحلى، ج ٩، ص ٩٤؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٥٩٦.

٣. المغني، ج ٥، ص ٥٠٥؛ مختلف الشيعة، ج ٢، ص ١٢٦؛ الخلاف، ج ١، ص ٢٦٣؛ حلية العلماء، ج ٥، ص ٢٩٤؛ الروضة البهية، ج ٤، ص ٤٠٣.

للسفيع الشفعة بلا خلاف، وإن كان بتمن لا مثل له، كالثياب والحيوان ونحو ذلك، فلا شفعة له^١.

و قال السيّد الخوئي: في ثبوت الشفعة في الثمن القيمي بأن يأخذ المبيع بقيمته قولان، أقواهما العدم^٢.

و دليلهم

١. خير ابن رثاب عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام: في رجل اشترى داراً برقيق و متاع و برّ و جوهر. قال عليه السلام: «ليس لأحد فيها شفعة»^٣.
و ما ذكر في الحديث ثمن للشفعة مالا قيمياً.

و قد أجاب الإمام عليه السلام بعدم ثبوت الشفعة للسفيع، فيما إذا كان الثمن قيمياً.
و يرد على هذا بأن ليس له ظهور في أنّ عدم الشفعة كان لأجل أنّ الثمن قيمي، فلعله كان لأجل عدم الشريك، أو لجهة أخرى، والمنساق منه بقرينة مذاق فقهاء الدين أنّ المشتري صرف جميع أمواله في شراء هذا الدار و تفرد بها لنفسه، فنفي الحكم مشيراً به إلى نفي الموضوع^٤.

٢. دعوى الشيخ الطوسي الإجماع في الخلاف على سقوط الشفعة في المال القيمي^٥.

و يرد على هذا الإجماع خروج جمع كثير من الفقهاء عن هذا الإجماع المدعى.

١. الخلاف، ج ١، ص ٢٦٣.

٢. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٨٤.

٣. وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٢٤.

٤. مهذب الأحكام، ج ١٨، ص ١٨٦، مختلف الشيعة ج ٢، ص ١٢٦.

٥. الخلاف، ج ١، ص ٢٦٣.

٣. أصالة عدم ثبوت الشفعة إلا في المتيقن و هو المال المثلي. أي أن المشفوع يجب بمثل الثمن الذي أخذ به، وهذا ممّا لا مثل له، فتعذر الأخذ فكان بمثابة ما لو جهل الثمن فتبطل شفعته^١.

و يرد عليه أن المقصود من دفع الثمن هو المعاوضة و القيمة إنما هي أحد البديلين، فيحصل فيها معنى المعاوضة.

و يمكن الجواب عن هذا الإيراد بأن الإشكال ليس من جهة عدم إمكان التخلص من حق المشتري بعد الشفعة، كما أنه ليس الإشكال من جهة عدم حصول معنى المعاوضة لو كان الثمن قيمياً، بل من جهة أن الشفعة تقتضي تسلط الشفيع على المشتري، بمعنى تمكن الشفيع من انتزاع المبيع من يد المشتري قهراً و من دون حاجة إلى رضائه، وهذا حكم على خلاف القاعدة، فإن مقتضى قاعدة: «الناس مسلطون على أموالهم» ليس للشفيع انتزاع المبيع من المشتري بدون رضاه، و قد ثبت ذلك حيث دلّ الدليل على ثبوت الشفعة، فلا بدّ من أخذ القدر المتيقن من مخالفة القاعدة و هو ما إذا كان الثمن مثلياً.

و ليس في أيدينا من روايات الشفعة ما يقتضي عمومها حتى يتمسك بالعموم أو الإطلاق بالثمن، و ما ورد من روايات الشفعة فإنها ناظرة إلى المبيع و ليست ناظرة إلى جانب الثمن. فليس لدينا إطلاق أو عموم يقتضي الشفعة في كلّ شيء بحيث يعمّ ما إذا كان الثمن قيمياً، فيبقى لزوم الاختصار في الحكم بها على المتيقن هو ما إذا كان الثمن مثلياً.

القول الثاني: إن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقيمة المال القيمي الذي أخذ به المشتري و هو مذهب الحنفية و المالكية و الشافعية و الزيدية و الظاهرية و قول المفيد في المفتحة و الشيخ الطوسي في المبسوط و أبي صلاح و ابن إدريس، و

١. الشنقي، ج ٥، ص ٥٠٥: البحر الإخلاص، ج ٤، ص ١٤؛ مختلف الشيعة، ج ٢، ص ١٢٦؛ الشفعة، ص ٣٦٥.

رجّحه المحقق الحلّي والشهيد الأوّل والثاني والسيد السبزواري ونسب إلى أكثر الإماميّة^١.

قال الطوري الحنفي «وإن اشترى داراً بعرض أو عقار أخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو كان مثلياً». معللاً ذلك بأنّ الشفعة يتملّكها الشفيع بمثل ما يملكها المشتري به، ثمّ المثل لا يخلو إمّا أن يكون مثلاً له صورة ومعنى، كالمكيل والموزون والعدي المتقارب، وإمّا أن يكون معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك، فيعتبر ذلك المثل، أي القيمة كما في ضمان العدوان فيأخذ به؛ لأنّه بدل منها.

وأوضح ابن رشد الحفيد المالكي بأنّ الشفيع يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض ممّا ليس يتقدّر مثل أن يكون معطى في خلع. وإمّا أن يكون معطى في شيء بقدر ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلاً ولا موزوناً؛ فإنّه يأخذ الشفيع بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه^٢.

وقال ابن قدامة الحنبلي: وإن كان ممّا لا مثل له، كالثياب والحيوان؛ فإنّ الشفيع يستحقّ الشقص بقيمة الثمن، وهذا قول أكثر أهل العلم^٣.

وجاء في دقائق أدبي النّهى: ويدفع لمشتري قيمة ثمن متقوّم من حيوان أو ثياب أو نحوهما لأنّه بدله^٤.

اعتراض: إنّ التمسك بهذه الرواية يتوقّف على إحراز أنّ الرسول ﷺ في مقام بيان الموارد التي تثبت فيها الشفعة، ومعلوم أنّ تعديده لفظ «الشفعة» بحرف «في» يقتضي

١. البدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٦ المبسوط للرخسي، ج ١٤، ص ١٢٨ بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٩٥؛ الغرسي، على مختصر ميدي الخليل، ج ٦، ص ١٦٥؛ الوجيز، ج ١، ص ٢١٧؛ مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠١؛ المغني، ج ٥، ص ٥٠٥؛ كشف القناع، ج ٤، ص ٣٩١؛ البحر الزخار، ج ٤، ص ١١٤؛ المحقّق، ج ٩، ص ٩٤؛ الأنحكام، ج ١٨، ص ١٨٦.

٢. بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٩٥.

٣. المغني، ج ٥، ص ٥٠٥.

٤. دقائق أدبي النّهى، ج ٢، ص ٤٤٥.

ظهورها في المبيع؛ لأنه هو الذي تثبت فيه الشفعة. ولذلك كان تمييز الفقهاء بأن الشيء الفلاني ثبت في الشفعة أو لا تثبت فيه الشفعة يقصد بذلك المبيع والتمييز عما فيه الشفعة عما لاشفعة فيه، فيكون الحديث منصّباً في تعميم الحكم في الشفعة إلى جميع أنواع المبيع من منقول وعقار ومثلي وقيمي، وليس منصّباً إلى الثمن حتى يقال بعمومه لصورتي كونه مثلياً أو قيمياً، فيظهر عدم صحة الاستدلال به على ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن قيمياً.

٢. أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشفوع منه «المشتري» و المثل إما أن يكون من حيث النوع أو الصنف وأما من حيث المالية وما كان له مثل من النوع والصنف يأخذه الشفيع بمثله.

وإن كان ممّا لا مثل له من نوعه وصنفه كان الأخذ بقيمته تملكاً بالمثل معنى؛ لأن قيمته هو مقدار ماليته بتقويم المقومين. وإتّما سمّيت قيمة لقيامه مقامه، كما أن ما لا مثل له هو أحد نوعي الثمن، فجاز أن يأخذ به المشفوع فيه كما هو الحال في المثلي، فكان بمنزلة الفاصب عند تعدّر ردّ العين برّد المثل فيما له مثل، والقيمة في المال القيمي^١.

اعتراض: ليست المشكلة في كيفة التخصّص من حقّ المشتري حتى يحاول الفقيه طرح الحلول التي يمكن تعهدها لأجل الحلّ، وإتّما المشكلة هي أنّه ليس بأيدينا إطلاق أو عموم ناظر إلى جانب الثمن حتى يمكن التمسك به لإثبات الشفعة فيما إذا كان الثمن مثلياً أو قيمياً.

القول الثالث: إن الشفيع يأخذ المشفوع فيه بقيمته من الثمن وهو مذهب أهل المدينة^٢.

١. المغني، ج ٥، ص ١٥٠٥ بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٧؛ البهوت (للرخسي)، ج ١٤، ص ١٢٨؛ الشفعة، ص ٣١٥.

٢. الهداية، ج ٤، ص ٣١؛ بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٧؛ البهوت (للرخسي)، ج ١٤، ص ١٨.

و دليلهم على ذلك

أولاً: دفع الضرر عن الجانبين واجب، و إنما يندفع الضرر عن المشفوع منه (البائع) بوصول قيمة ملكه إليه^١.

اعتراض: ما جاء في الدليل من كلام هو طريق دفع الضرر بعد فرض ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن قيمياً، بينما الخصم يطالبه بدليل على صحة ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن قيمياً، فجاء في الدليل لا يفي بدفع المحذور المتمثل في دعوى ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن قيمياً مع عدم الدليل عليه.

ثانياً: إنَّ المشفوع فيه مضمون بنفسه أو بما يقابله من المسمى، و في حالة بيع المشفوع فيه بالمال القيمي يتعدّر إيجاب المسمى في حق الشفع؛ لأنّه لا مثل له من جنسه؛ لذلك يجب الرجوع إلى الضمان الأصلي و هو قيمة المشفوع فيه نفسه^٢.

و يرد على الدليل ما يأتي

(أ) أن ما جاء في الدليل لاسماس له في أصل المسألة.

(ب) أن الشفعة تتوقّف على صحة البيع، و يعني بذلك انتقال المشفوع فيه من ملك المشتري إلى ملك الشفع من دون ضرر عليه، و هذا إنمّا يتمّ بدفع ما بذله المشتري في الحصول على المبيع لابضمان نفس المبيع، بل بضمان نفس الثمن، و معلوم أن المشتري أنمّا يجبر - بعد فرض ثبوت الشفعة - على التنازل عن المبيع في قبال عود ما بذله المشتري في سبيل المبيع. و هذا ثابت فيما إذا كان المبدول ثمناً مثلياً. و أمّا إذا كان الثمن قيمياً، فلم يثبت.

١. البسوط (للسرخسي)، ج ١٤، ص ١٢٨.

٢. الشفعة، ص ٣٦٥.

و من هنا يظهر أنه ليس في المقام نزاع بين الشفيع و البائع، وإنما الخصومة بينه و بين المشتري، فلا وجه لمراعاة حق المالك الأول.

ثالثاً: إن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن، فإذا كان مثلياً فبمثله، وإذا كان قيمياً فبقيمته؛ لما روي عن النبي ﷺ من وقوله: «فهو أحق بها بالثمن»^١.

اعتراض: إن النبي ﷺ سمح للشفيع بالأخذ بالشفعة بالثمن و معلوم أنه ليس المقصود دفع شخص الثمن و إنما المقصود إرجاع الثمن إلى المشتري بحقيقته و خصوصياته و مقوماته التي لها دخل في زيادة الرغبة و تقصانها، و لا يكون ذلك إلا بدفع المثل في المثلي. فإذا دفع مثل الثمن في المثلي يصدق أنه دفع الثمن نفسه؛ لأن الفاتت على المشتري الصفات الشخصية و هي ملغاة في باب المعاملات لدى العقلاء، كما تقدم.

و أما لو كان الثمن قيمياً فأنذي يعود إلى المشتري إنما هو مالية الثمن لانفسه، فلا يصح أو يقال: إن الشفيع أخذ المبيع بنفس الثمن.

فتعبير الرسول ﷺ: «فهو أحق بها بالثمن» يقتضي حصر الشفعة فيما كان الثمن مثلياً.

أما ما رواه الكليني عن الصادق عليه السلام، فهو لا يصلح لتعميم الحكم للثمن القيمي، و ذلك مضافاً إلى ما تقدم من الملاحظة في الحديث النبوي الشريف إن الرواية في بيان من تثبت له الشفعة و أنها لا تثبت للجار و كونها حقاً مختصاً بالشريك. و ليس في مقام بيان جانب الثمن حتى يتمسك في الإطلاق بمقتضى مقدمات الحكمة^٢. و أيضاً أُل

١. رسائل الشريعة ج ١٧، ص ٣١٦، نيل الأوطار ج ٥، ص ٣٧٢.

٢. مقدمات الحكمة: فزر في الكتب الأصولية أن الإطلاق ليس بالوضح. و إنما اللفظ يدل على الطبيعة الخالية عن لعاطز الإطلاق و التقييد، و كلٌ منهم يستفاد بقرينة، و الإطلاق قرينة مقدمات الحكمة و هو عبارة عن كون المتكلم حكيماً و كونه في مقام البيان و كونه في مقام بيان تمام المراد و أن لا يوجد في الكلام ما يصلح القرينة على إرادة بعض مصاديق الطبيعة. أصول الفقه ج ١، ص ١٨٤.

التعريف الداخلة على الثمن إشارة إلى الثمن المجمعول عوضاً في البيع الذي تثبت الشفعة بمقتضاه فهي قرينة على إرادة نفس الثمن فهي تمنع من تمامية مقدمات الحكمة، ولا أقل من احتمال القرينة. و معلوم أن من مقومات الإطلاق المستفاد من مقدمات الحكمة أن لا تكون هنالك قرينة على خلاف الإطلاق ولو على نحو الاحتمال، فإن ذلك يمنع من الإطلاق.

الرأي الرابع: انحصار ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن مثلياً، أما لو قلت بعموم ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن مثلياً أو قيمياً، فالثابت في ذمة الشفيع قيمة الثمن المدفوع إلى البائع.

وقت وجوب القيمة بناءً على ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن قيمياً
اختلف الفقهاء في الوقت الذي تجب فيه قيمة المال القيمي، على ثلاثة أقوال:
أولاً: مذهب الحنفية والإمامية والشافعية والحنابلة ثبوت الشفعة في المال القيمي يعتبر قيمته يوم العقد؛ لأنه وقت استحقاق الثمن، فحيث يمكن الأخذ به تعتبر قيمته.
ثانياً: قيمة أعلى القيم من حين العقد إلى حين دفعها كالغاصب، وضعفه الشرييني من الشافعية^١.

ثالثاً: قيمة يوم المحاكمة وهو مذهب الإمام مالك^٢.

الرأي الرابع: ينبغي أن يعلم أن الشفيع إنما ينتقل المشفوع فيه إليه من ملك المشتري، و بتملكه باستخدامه حق الشفعة و تشتغل ذمته من حين دخول المبيع في ملكه بما دفعه المشتري إلى البائع، و للمشتري حق مطالبة الشفيع من الآن بما دفعه للبائع.

و بما أن الثمن حسب الفرض قيمي، فمعنى اشتغال ذمة الشفيع بالقيمة حين الأخذ بالشفعة، فكأنه الآن وجب عليه تحصيل ذلك الثمن القيمي وإرجاعه إلى المشتري،

١. مغني المحتج، ج ٢، ص ٣٠١.

٢. بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٩٥.

فمقتضى العدل و الإنصاف أن يلزم المشتري الشفيع بقيمته السوقية حين الأخذ بالشفعة، و لا وجه لمراعاة القيمة حين العقد؛ فإنَّ وقت العقد يراعى ما يأخذه البائع من المشتري و ما يأخذه المشتري من البائع؛ لأنَّ المعاملة بينهما و قد تقدّم أن إرجاع القيمي، بإرجاع قيمته فوق و جوب القيمة هو وقت الأخذ بالشفعة. والله العالم.

القانون المدني

إنَّ القانون المدني العراقي قد أثبت الشفعة في المال المثلي و المال القيمي. فقد نصّت المادة «١١٢٨» من القانون المدني العراقي على «أنَّ الشفعة هي حقّ تملك العقار المبيع - ولو جبراً - على المشتري بما قام عليه من الثمن و النفقات المعتادة». فبمقتضى هذه المادة يلزم الشفيع بمثل الثمن الذي قام على المشتري إن كان مالاً مثلياً و بقيمته - لوقت الشراء - إن كان مالاً قيمياً؛ لأنَّ وقت البيع هو وقت استحقاق الشفعة^١.

و هذا موافق لمذهب جمهور الفقهاء.

١. الوسيط في شرح القانون المدني العراقي ج ٢، ص ١٠٥٤.

الخاتمة

هذه جملة من النتائج التي خرجت بها الرسالة من بحث هذا الموضوع وبقدر أهميَّة هذه النتائج على الصعيد العلمي إلّا أنّه لا يعني إعطاء صورة كاملة عن هذا البحث، ولا عن النتائج التي توصل إليها؛ لأنّ أغلب مباحث الرسالة تتضمّن معالجات علميَّة وجديَّة لمطالب و مسائل مهمَّة، و تعني بالتأصيل أكثر من أيّ شيء آخر:

١. أنّ المال يشمل الأعيان و المنافع و بعض الحقوق.
٢. يعرف المال المثلي بأنّه كلّ مال يتوفّر عادة أو غالباً و ما يسدّ مسدّه في الجهات النمرّغة عقلاً فيهِ عيناً و صفة و منفعة و المال القيمي بأنّه مالا يتساوى أفراد، في الصفات و الخصوصيات التي يبذل بإزائها المال.
٣. الصفات التي تعتبر في المماثلة يرجع فيها إلى أهل الخبرة لمعرفة أنّ المدفوع يماثل التالف في الصفات و المنفعة.
٤. أنّ المماثلة المعتبرة في الشرع هي عبارة عن المماثلة المقاصية التي تكون المشابهة فيها بين المالين تامّة على وجه يكونان كالمساويين؛ لتقاربهما في الصفات و المنافع.
٥. أنّ العين المضمونة مثليّة كانت أو قيمية في عهدة الضامن سواء كانت موجودة أو معدومة و الأصل أداء العين بنفسها إن كانت موجودة أو ببدلها إن كانت معدومة حين تفريغ العهدة.

٦. الأصل تدارك الأموال بأمنائها. ولما كانت الأموال القيميّة لامثل لها وجب تداركها بالقيمة، فضمان المالى المثلي بالمثل القيمي بالقيمة.
٧. الأصل في تردّد المال بين المثليّة أو القيميّة هو دفع المثل.
٨. إذا تعدّر المثل يتحدّد بالتعدّر الشخصي و تفرّغ الذمّة بدفع القيمة و هي متوقّفة على المطالبة بها، و القيمة المدفوعة هي قيمة المثلي في يوم الأداء سواء كان في الضمان أم القرض.
٩. لم يجب على الضامن دفع المثل بعد التمكنّ منه و بعد دفع القيمة.
١٠. إذا سقط المال المثلي عن الماليّة فيجب تداركه بالقيمة و إلزام الطرفين: المالك، و الضامن بالمصالحة على قيمة معيّنة.
١١. يجب تدارك المثلي حتى لو نقص المثل عن مالية المثلي.
١٢. يجب شراء المثل لزيادة قيمته السوقيّة و لا يجب ذلك لزيادة قيمته الشخصيّة.
١٣. أن تعيّن قيمة القيمي يوم الأداء في الضمان بينما في القرض يوم القرض على تحديده عبارة عن تمليك العين بوفاء المثل أو القيمة.
١٤. يحقّ مطالبة المثل أو قيمة المثلي المعلوم، أو المثل في بلد المطالبة، نعم، لو كان على المالك ضرر في تسليم المثل في غير مكان المهدة أو الضمان، ألزم الضامن بالنقل أو بدفع المثل في مكان الضمان أو المهدة.
١٥. يحقّ مطالبة الأثمان في أيّ بلد؛ لأنّها قيم الأموال، فلا يضرّ اختلاف قيمتها، سواء كان ذلك في الضمان أم في القرض.
١٦. إذا اختلط المال المثلي بمثله فإن أمكن تمييزه وجب ذلك و أجرة التمييز على الخاطئ. أمّا إذا لم يمكن ذلك، فيعتبر تالفاً بحكم العرف فيجب المثل.
١٧. إذا اختلط المال المثلي بأجود منه يعتبر تالفاً عرفاً، و يلزم الخاطئ بالمثل، فإن دفع من المخلوط أجبر المالك على القبول؛ لأنّ فيه حقاً و زيادة، و إن دفع من غيره كان له ذلك.

١٨. إذا اختلط المال المثلي بأردأ منه يعتبر تالفاً، و يلزم الخالط بدفع المثل، و لا يجبر المالك على قبول المثل من المخلوط؛ لأنّ فيه تضيّعاً لحقه؛ إذ المفروض أنّ ماله كان أجود منه.

١٩. إذا اختلط المثلي بغيره و أمكن تمييزه بلا كلفة ولا مشقّة وجب على الخالط تمييز حقّ المالك و دفعه له.

أما إذا لم يمكن تمييزه إلّا بكلفة و مشقّة فيكلّف الخالط تمييز حقّ المالك من المخلوط و إعادته إليه.

و أمّا اختلاط المثلي بغيره و عدم إمكان تمييزه، فهو استهلاك و انتقل حقّ المالك إلى المثل.

٢٠. إذا اختلط المثلي بالماء وجب على الخالط تخليص المثلي من الماء، فإن أوجب عبياً يجبر بالأرش. و إن كان الاختلاط بحكم التالف عرفاً انتقل الحقّ إلى المثل.

٢١. إذا اختلط المال القيمي بحيث لا يمكن تمييزه فهو استهلاك و تجب قيمته على الخالط. أمّا إذا أمكن تمييزه، فيجب التمييز و إرجاع العين إلى المالك.

٢٢. إذا انقلب المال المثلي إلى مال قيمي و تلف وجب تفريغ الذمّة بأداء قيمة يوم الأداء.

٢٣. إذا انقلب المال القيمي، إلى مال مثلي و تلف وجب أداء المثل.

٢٤. إذا انقلب المال المثلي إلى مال مثلي آخر و تلف وجب أداء مثل المال المثلي المنقلب إليه إن كان المالان متساويين في القيمة، أو المال المنقلب إليه أكثر قيمة من المنقلب. أمّا إذا كان أقلّ، فيجب دفع التفاوت بين القيمتين.

٢٥. إذا انقلب المال القيمي إلى مال قيمي آخر وجب أداء قيمة القيمي المنقلب إليه وقت الأداء.

٢٦. وقوع المقاضاة الجبريّة - التهاثر - بين الأموال المثليّة دون الأموال القيميّة.

٢٧. إمكان إمضاء البيع في بعض المسلم فيه انمقابل للجزء من الثمن المثلي المقبوض في مجلس العقد، وعدم إمكان ذلك فيما إذا كان الثمن قيمياً.
٢٨. تصح المراجعة أو التولية أو الوضعية إذا كان الثمن مالاً مثلياً، وعدم صحّة ذلك إذا كان الثمن مالاً قيمياً.
٢٩. ثبوت الشفعة فيما إذا كان الثمن مالاً مثلياً وعدم ثبوتها فيما إذا كان الثمن مالاً قيمياً.

و بعد، فهذا جهد القاصر بذلت فيه كلّ ما في وسعي، فإن وفقت فمن الله التوفيق، وإن قصرت فإنّ القصور من لوازم البشر. والله الكمال وحده. و أستغفرالله من كلّ خطيئة أخطأتها أو ذنب اقترفته، أو شطط ارتكبته في قول أو رأي و شفعي هو طلب العلم و الغاية النبيلة التي سعت جاهداً للوصول إليها في خدمة شريعة سيّد المرسلين، و خاتم النبيّين محمد بن عبد الله عليه أفضل الصلاة و السلام، و على آله الميامين و أصحابه الكرام المتتبعين، والله حسبي و نعم الوكيل.

المصادر

١. القرآن الكريم.



أولاً: كتب التفسير

٢. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، دار إحياء التراث العربي،

بيروت، لبنان.

٣. روح المعاني، الآكوسي، أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الآكوسي البغدادي (ت: ١٢٧٠ هـ)، إدارة

الطباعة المنيرية، دار إحياء التراث العربي.

٤. مجمع البيان في تفسير القرآن، أبو علي، الفضل بن الحسن الطبرسي، دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان.

ثانياً: كتب الحديث الشريف و علم الرجال

٥. إرشاد الباري، القسطلاني، ط ٧، المطبعة الكبري الأميرية، بولاق، مصر، (١٣٢٣ هـ).

٦. الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، شيخ الطائفة، أبو جعفر، محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠ هـ)،

أشرف على تحقيقه و التعليق عليه السيد حسن الموسوي الخراساني، دار الكتب الإسلامية، النجف، ط

٢، (١٣٧٥ هـ = ١٩٥٩ م).

٧. بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار، محمد باقر المجلسي، مؤسسة الوفاء، ط ٣، بيروت

(١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م).

٨. تهذيب الأحكام في شرح المقنعة، الشيخ أبو جعفر، محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠ هـ)، حققه وعلق عليه السيد حسن الموسوي الخرسان، نشره علي الآخوندي، دارالكتب الإسلامية، مطبعة النعمان، العراق، النجف، ط ٢ (١٣٨٠ هـ = ١٩٦١ م).

٩. جامع الترمذي مع شرح تحفة الأحوزي، أبو عيسى، محمد بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الضرير البوغي الترمذي، الناشر: دارالكتاب العربي، بيروت، لبنان.

١٠. خلاصة الأقوال في معرفة الرجال، العلامة العلي (الطبع الحجري)، طبع الرضوية.

١١. الرجال، أحمد بن علي بن العباس النجاشي (٣٧٢ - ٤٥٠ هـ)، طهران، إيران.

١٢. سيل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني (ت ١١٨٢ هـ)، صغحه وعلق عليه محمد عبدالعزيز الخوالي، دارالجيل، بيروت (١٤٠٠ هـ = ١٩٨٠ م).

١٣. سنن ابن ماجه، ابن ماجه، بشرح أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، ط ١، دارالجيل، بيروت، لبنان.

١٤. سنن الترمذي، الترمذي، تحقيق كمال يوسف، ط ١.

١٥. سنن الدارمي، الدارمي، أبو محمد بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد التميمي السمرقندي الدارمي (ت ٢٥٥ هـ)، طبع بناية محمد أحمد دهمان، المطبعة الحديثة، دمشق، (١٣٤٩ هـ).

١٦. السنن الكبرى، البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨ هـ)، ط ١، مطبعة المعارف العثمانية، الهند، (١٣٥٢ هـ) وفي ذيله الجواهر النقي، ابن التركماني، علاء الدين، علي بن عثمان المارديني (ت ٧٤٥ هـ).

١٧. سنن النسائي، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، علق عليه الشيخ أحمد سعد علي، ط ١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، (١٣٧١ هـ = ١٩٥٨ م).

١٨. شرح صحيح مسلم، محي الدين، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي (ت ٦٣١ هـ = ٦٧٦ هـ)، فضيلة الشيخ خليل الميس، دارالقلم، بيروت، ط ١، (١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م).

١٩. صحيح البخاري، أبو عبدالله، محمد بن إسماعيل البخاري، دارالفكر، بغداد، (١٩٨٦ م).
٢٠. صحيح مسلم بشرح النووي، ط ١، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٢١. عمدة القارئ، بدر الدين، أبو محمد، محمود بن أحمد العيني (ت ٨٥٥ هـ)، دار التراث العربي، بيروت.
٢٢. الفروع من الكافي، المحدث، محمد بن يعقوب بن إسحاق الرازي الكليني (ت ٣٢٩ هـ)، صححه وعلق عليه علي أكبر الغفاري، مؤسسة دارالكتب الإسلامية، طهران، (١٣٧٩ هـ).
٢٣. الفهرست، الشيخ أبو جعفر، محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠ هـ)، علق عليه السيد محمد صادق آل بحر العلوم، ط ٢، المطبعة الحيدرية، اثنجف، (١٣٨٠ هـ = ١٩٦٠ م).
٢٤. المسند، أبوبكر، عبدالله بن الزبير الحميدي (ت ٢١٩ هـ)، حقق أصوله حبيب الرحمن الأعظمي، عالم الكتب، بيروت، مكتبة المتنبي، القاهرة.
٢٥. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، المحدث محمد حسين التوري، مطبعة دارالخلافة، طهران، (١٣٢١ هـ).
٢٦. المعجم الكبير، أبو قاسم، سليمان بن أحمد الطبراني (٢٦٠ هـ - ٣٦٠ هـ)، حققه حمدي عبد المجيد السلفي، ط ٢، الجمهورية العراقية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، مطبعة الزهراء، ١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م).
٢٧. المسند الجامع، أذكتور بشار عواد معروف، إحياء التراث الإسلامي، وزارة الأوقاف، الجمهورية العراقية، ط ١، مطبعة الأوقاف (١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م).
٢٨. مسند أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي، دار صادر، بيروت، لبنان.
٢٩. من لا يحضره الفقيه، رئيس المحدثين، أبو جعفر الصدوق، محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي (ت ٣٨١ هـ) أشرف على تحقيقه والتعليق عليه السيد حسن الموسوي الخرسان، دارالكتب الإسلامية، ط ٤، مطبعة التجف، التجف، (١٣٧٨ هـ).
٣٠. الموطأ، مالك أبو عبدالله بن أنس الأصبغي (٩٣ - ١٧٩ هـ)، رواية محمد بن الحسن الشيباني، ط ٢، تعليق و تدقيق عبد الوهاب عبداللطيف، المكتبة العلمية، (١٣٩٩ هـ = ١٩٧٩ م).
٣١. النهاية في غريب الحديث و الأثر، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن محمد الجزري

- المعروف بابن الأثير (ت ٦٠٦ هـ)، صححه عبدالعزيز إسماعيل الطهطاوي الأنصاري، المطبعة العثمانية، مصر، (١٣١١ هـ).
٣٢. نيل الأوطار شرح متقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر.
٣٣. وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، المحدث محمد بن الحسن الحر العاملي (ت ١١٠٤ هـ) ط ٤، حققه عبدالرحيم الرباني، دارأحياء التراث العربي، (١٣٩١ هـ).

ثالثاً: أصول الفقه

٣٤. أصول السرخسي، أبي بكر، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٩٠ هـ)، حقق أصوله أبو الوفاء الأصفهاني، مطابع دارالكتاب العربي، القاهرة، (١٣٧٢ هـ).
٣٥. أصول الفقه، الشيخ محمدرضا المظفر، ط ٣، مطابع النعمان، النجف؛ (١٣٩٠ هـ = ١٩٧١ م).
٣٦. الأصول العامة للفقه المقارن، السيد محمدتقي الحكيم، ط ١، دارالأندلس، بيروت، (١٩٦٣ م).
٣٧. التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتازاني و بهامشه التوضيح لصدر الشريعة و هو شرح التنقيح لابن الحاجب، مطبعة محرم أفندي البوسنوي، (١٣٠٤ هـ).
٣٨. حقائق الأصول، السيد محسن الطباطبائي الحكيم، قم، إيران.
٣٩. شرح المنار في أصول الفقه، عبداللطيف الشهير بابن ملك و هامشه شرح الشيخ زين الدين عبدالرحمن بن أبي بكر المعروف بابن العيني و هو شرح مزوج ووجيز، و مؤلف المنار أبو البركات عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين الحنفي صاحب الكنز في الفروع (ت ٧١٠ هـ)، دارالخلافة، المطبعة العثمانية، (١٣١٤ هـ).
٤٠. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، الزدوي، علاء الدين عبدالعزيز أحمد البخاري (ت ٧٣٠ هـ)، دارالكتاب العربي، بيروت (١٣٩٤ هـ = ١٩٧٤ م).
٤١. مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، الشيخ علي بن محمدرضا كاشف الغطاء، ط ١، مطبعة الآداب، النجف، (١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م).

٤٢. مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني. (الشيخ علي بن محمد رضا كاشف الغطاء، المجلد الثاني، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، (١٤١٠ هـ = ١٩٩٠ م).

رابعاً: كتب الفقه

١. الإمامية

٤٣. إيضاح الفوائد في شرح القواعد، المحقق أبو طالب، محمد بن الحسن بن يوسف المطهر الحلي، ط ١، المطبعة العلمية، قم، (١٣٨٧ هـ).

٤٤. بلغة الفقيه، السيد محمد آل بحر العلوم، ط ٣، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، (١٣٩٦ هـ = ١٩٧٦ م).

٤٥. تحرير الأحكام، حسن بن يوسف بن المطهر الحلي المعروف بالعلامة الحلي، الطبعة الحجرية، (١٣١٦ هـ).

٤٦. تحرير المجتلة، الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، المكتبة الرضوية، مطبعة العبدري، النجف الأشرف، (١٣٦٩ هـ).

٤٧. تذكرة الفقهاء، الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي (ت ٧٢٦ هـ)، نشره السيد محمد الموسوي الكلاتر، مطبعة النجف، (١٣٧٤ هـ = ١٩٥٥ م).

٤٨. تعلية على المكاسب، المحقق محمد حسين الأصفهاني، الطبعة الحجرية (١٣٦٤ هـ).

٤٩. جامع المقاصد في شرح القواعد، نور الدين، علي بن عبد العالي الكركي العاملي (ت ٩٤٠ هـ)، طهران (الطبع الحجرية).

٥٠. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، الشيخ محمد حسن النجفي (ت ١٢٦٦ هـ)، دار الكتب الإسلامية، ط ٦، مطبعة الحيدري.

٥١. الجوامع الفقهية، لجماعة من الفقهاء، طهران.

٥٢. الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، الشيخ يوسف البهراني (ت ١١٨٦ هـ)، الناشر: علي الآخوندي، دار الكتب الإسلامية، قم، إيران.

٥٣. الحق المبين في تصويب المجتهدين و تخطئة الأخباريين مع القواعد الستة عشرة، إمام المجتهدين،

الشيخ جعفر بن خضر، كاشف الغطاء، الطبعة الحجرية.

٥٤. *الدروس الشرعية*، أبو عبد الله، محمد بن مكّي العاملي، المعروف بالشهيد الأول، الطبع الحجري، (١٢٤٩ هـ).

٥٥. *رسالة في القصب*، ميرزا حبيب الله الرشتي، الطبعة الحجرية، طهران، (١٣٢٢ هـ).

٥٦. *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، زين الدين الجبلي العاملي، المعروف بالشهيد الثاني (٩١١ هـ - ٩٦٥ هـ)، ط ٢، بتحقيق و تعليق السيد محمد الكلاتر، منشورات جامعة النجف الدينية، مطبعة الآداب، (١٣٩٨ هـ).

٥٧. *الرياض*، السيد علي بن محمد الطباطبائي، دار طباعة محمد تقی، الطبعة الحجرية.

٥٨. *السرائر*، محمد بن إدريس الحلّي، الطبعة الحجرية، (١٢٧٠ هـ).

٥٩. *سفينة النجاة*، الشيخ أحمد كاشف الغطاء و عليها حواشي و تعليقات الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، المطبعة العلمية، النجف الأشرف، (١٣٦٦ هـ).

٦٠. *شرائع الإسلام*، أبو القاسم، نجم الدين، جعفر بن الحسن المشهور بالمحقق الحلّي، ط ١، النجف (١٣٨٩ هـ = ١٩٦٩ م)، بتحقيق عبد الحسين محمد علي.

٦١. *العروة الوثقى*، السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، مطبعة الحيدري، طهران، (١٣٧٧ هـ).

٦٢. *العقد المنير فيما يتعلق بالدفارهم والدنانير*، موسى الحسيني المازندراني، ط ٢، مكتبة الصدوق، طهران، (١٣٨٢ هـ).

٦٣. *المقود المقتضلة*، الشيخ محمد جواد البلاغي، المطبعة المرتضوية، النجف، (١٢٤٣ هـ).

٦٤. *العناوين*، السيد عبد الفتاح بن علي المراغي الحسيني (ت ١٢٤٦ هـ)، الطبعة الحجرية، (١٢٩٧ هـ).

٦٥. *عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام*، أحمد بن محمد بن أبي ذر التراقي، الطبعة الحجرية، (١٢٤٤ هـ).

٦٦. *الغنية*، أبو زهرة ابن أبي المكارم مع الجوامع الفقيه، طهران.

٦٧. *فقه الصادق في شرح التبصرة*، السيد محمد صادق الروحاني، المطبعة العلمية، قم، إيران.

٦٨. *القواعد*، الشهيد الأول عليها حواشي محقدين علي بن أحمد الحرفوشي الحريري العاملي الكركي

(ت ١٣٠٨ هـ)، الطبعة الحجرية.

٦٩. *القواعد و الفوائد في الفقه و الأصول العربية*، أبو عبدالله محمد بن مكي العاملي، المعروف بالتهجد الأول (ت ٧٨٦ هـ)، تحقيق الدكتور عبدالهادي الحكيم، منشورات منتدى النشر، مطبعة الآداب، النجف، (١٩٧٩ م).

٧٠. *الكفاية*، المحقق السبزواري، الطبع الحجرى.

٧١. *اللمعة الدمشقية*، محمد بن جمال الدين مكي العاملي، المعروف بالشهيد الأول (٧٣٤ هـ - ٧٨٦ هـ)، مطبوعة مع شرحها الروضة البهية، بتحقيق السيد محمد، الكلاتر، مطبعة الآداب (١٣٩٨ هـ).

٧٢. *المبسوط*، الشيخ أبو جعفر، محمد بن الحسن الطوسي، الطبعة الحجرية (١٢٧١ هـ).

٧٣. *مختلف الشيعة في أحكام الشريعة*، العلامة الحلّي، الطبعة الحجرية، دار الخلافة، طهران، إيران.

٧٤. *المراسم في الفقه الإمامي*، حمزة بن عبدالعزيز الديلمي، الملقب بسلار (ت ٤٦٣ هـ)، مع الجوامع الفقهية، طهران.

٧٥. *الخلاص*، الشيخ أبو جعفر، محمد بن الحسن بن علي، الطوسي، مطبعة محمدعلي المصلي، الطبعة الحجرية، طهران، (١٣٧٠ هـ).

٧٦. *المسائل المستحدثة*، السيد محمدصادق الروحاني، دارالزهراء، بيروت، ط ٢، (١٣٩٣ هـ).

٧٧. *مسالك الأقيام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، الشهيد الثاني، الطبعة الحجرية.

٧٨. *مشارك الأحكام*، محمد مهدي التراقي، الطبعة الحجرية (١٢٩٤ هـ).

٧٩. *مصباح الفقاهة*، محمدعلي التوحيدى، تهريرات أبو القاسم الخوئي، مطبعة الآداب، النجف، (١٣٨٢ هـ).

٨٠. *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، السيد محمدجواد بن محمد بن محمد الحسيني العاملي، المطبعة الرضوية، مصر (١٣٢٣ هـ).

٨١. *المكاسب*، الشيخ مرتضى الأنصاري (ت ١٢٨١ هـ)، تحقيق و تعليق السيد محمد الكلاتر، ط ١، منشورات جامعة النجف الدينية، مطبعة الآداب، النجف، (١٣٩٦ هـ).

٨٢. *المكاسب و البيع*، ميرزا محمد حسين الغروي الثاني، إيران (١٣٧٢ هـ).

٨٣. مذهب الأحكام في بيان الحلال والحرام، السيد عبدالأعلى الموسوي السبزواري، مطبعة الآداب، النجف، (١٤٠٢ هـ = ١٩٨٢ م).

٨٤. النظر الثاقب ونيل المطالب، تعليقان على المكاسب، الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء و الشيخ أحمد كاشف الغطاء، طهران.

٨٥. النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، الشيخ أبو جعفر، محمد بن الحسن بن علي الطوسي، ط ١، دار الكتاب العربي، بيروت، (١٣٩٠ هـ = ١٩٧٠ م).

٨٦. النور الساطع في الفقه النافع، الشيخ علي بن محمد رضا كاشف الغطاء، مطبعة الآداب، النجف (١٣٨١ هـ = ١٩٦١ م).

٢. الحنفية

٨٧. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، تحقيق و تعليق عبدالعزیز، محمد الوكيل، الناشر مؤسسة الحلبي، القاهرة (١٣٨٧ هـ = ١٩٦٨ م).

٨٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن النجيم، ط ١، المطبعة العلمية و بهامته منحة الرائق على البحر الرائق، محمد أمين بن عابدين.

٨٩. بدائع الصنائع في ترتيب الشرايع، علاء الدين، أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الملقب بملك العلماء (ت ٥٨٧ هـ)، ط ١، طبع مطبعة الجمالية، مصر (١٣٢٨ هـ = ١٩١٠ م).

٩٠. البناية في شرح الهداية، أبو محمد بن أحمد العيني، ط ١، تصحيح محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرمفوري، دار الفكر، بيروت (١٤٠١ هـ = ١٩٨١ م).

٩١. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي و بهامته حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي، ط ١، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر (١٣١٥ هـ).

٩٢. تحفة الفقهاء السمرقندي، حقق أحاديثها و خرّجها محمد منتصر الكتاني و الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق.

٩٣. تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، محمد بن حسين بن علي، المشهور بالطوري، ط ١، المطبعة

العلمية، القاهرة (١٣١١ هـ).

٩٤. *الجوهرة الثيرة على مختصر القدوري*، الحدادي.

٩٥. *حاشية الطحاوي على الدر المختار*، أحمد الطحاوي الحنفي، دارالمعرفة، بيروت (١٣٩٥ هـ = ١٩٧٥ م).

٩٦. *درر الأحكام في شرح غرر الأحكام*، محمد بن فراموز، الشهير بملا خسرو الحنفي (ت ٨٥٥ هـ) بهامشه حاشية أبي الخلاص حسن بن عمارين على الوفاي الشرنبلالي، الموسوم بغنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام (ت ١٠٩٦ هـ)، مطبعة أحمد كامل، دارالخلافة العلمية، سنة ١٣٣٠ هـ.

٩٧. *درر المنتقى في شرح الملتقى*، ابن عابدين، دارالطباعة العامة (١٣٢٨ هـ).

٩٨. *درر الأحكام شرح مجلة الأحكام*، علي حيدر، الكتاب الثامن (الغصب)، تعريب المعامي فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بيروت، بغداد.

٩٩. *رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار*، ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٠٠. *رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار*، محمد أمين، الشهير بابن عابدين، ط ٢، شركة و مكتبة و مطبعة البابي الحلبي و أولاده، مصر، (١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م).

١٠١. *شرح السير الكبير*، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٨٣ هـ)، ط ١، مطبعة دارالمعارف النظامية، حيدرآباد، أهند.

١٠٢. *شرح مرشد الحيران*، محمد زيد الأبياني و محمد سلامة السنجلقي، ط ٢، مطبعة المعارف، بغداد، (١٣٧٥ هـ = ١٩٥٥ م).

١٠٣. *شرح فتح القدير*، كمال الدين، محمد بن عبد الواحد، تكملة فتح القدير قاضي زاده مع بغية الكفاية لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية شرح بداية المبتدئ لبرهان الدين أبي الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني الرشداني (ت ٥٩٢ هـ) على فقه أبي حنيفة و بالهامش بغية شرح العناية على الهداية، محمد بن محمود البابر تي (ت ٧٨٦ هـ) سعد الله بن عيسى المفتي، الشهير بسعدني حلبي (ت ٩٤٥ هـ) على العناية المذكورة على الهداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٠٤. شرح متن الوقاية لتاج الشريعة، شرح عبيد الله بن مسعود، المشهور بصدر الشريعة، مطبوع مع كشف الحقائق، مطبعة الموسوعات، مصر (١٣٢٢ هـ).

١٠٥. عيون المسائل، السمرقندي، حققه د. صلاح الدين الناهي، مطبعة أسعد، بغداد (١٣٨٦ هـ = ١٩٦٧ م).

١٠٦. الفتاوى الغياثية، داود يوسف الخطيب و بهامته زين الدين بن نجم الحنفي المصري صاحب البحر الرائق (٩٧٠ هـ)، ط ١، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر (١٣٢١ هـ).

١٠٧. فتاوى القاضي خان (أو الخانية)، جماعة من العلماء، مطبع العالي النكنهو، هند، الحسن بن منصورين محمود الأوزجندري الكرمني المقدسي.

١٠٨. الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية، محمد العباسي المهدي الحنفي الأزهرى المصري، ط ١، المطبعة الأزهرية، مصر، (١٣٠١ هـ).

١٠٩. الفتاوى الهندية (الفتاوى المالكية)؛ ط ٢، المطبعة الكبرى، الأميرية، بولاق، مصر، (١٣١٠ هـ).
١١٠. فتح المعين على شرح الكنتز، محمد أبو السعود المصري الحنفي، طبع بمطبعة جمعية المعارف، مصر، (١٢٨٧ هـ).

١١١. فتح العلامة لشرح بلوغ المرام، أبو الخير، نور الحسن بن السيد الكريم أبي الطيب صديق بن حسن بن علي الحسينى البخاوي القنوجي، الناشر محمد سلطان التمنكاني، المكتبة العلمية، المدينة المنورة.

١١٢. كشف الحقائق شرح كنز الدقائق، عبد الحكيم الأفغان و بهامته شرح متن الوقاية، شرح عبيد الله بن مسعود، المشهور بصدر الشريعة، مطبعة الموسوعات، مصر، صححه محمود العطار، (١٣٢٢ هـ).

١١٣. المبسوط، شمس الدين السرخسي، ط ٣، دار المعرفة، بيروت، (١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م).

١١٤. مجمع الضمانات؛ أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، ط ١، المطبعة الخيرية، مصر، (١٣٠٨ هـ).

١١٥. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بالشيخ زاده، دار الطباعة العامة، عثمانية، (١٣٠١ هـ).

١١٦. منحة الرائق على البحر الرائق مطبوع مع البحر الرائق، محمد أمين ابن عابدين، المطبعة العلمية.

١١٧. الهداية شرح بداية المبتدئ، برهان الدين، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني

المرغياتي (ت ٥٩٣ هـ)، الطبعة الأخيرة، مكتبة و مطبعة مصطفى البابي وأولاده، مصر.

١١٨. واقعات المفتين، عبدالقادر بن يوسف، الشهير بقدرى أفندي الحنفي، ط ١، المطبعة الأميرية، مصر، (١٣٠٠ هـ).

٣. الشافعية

١١٩. الأشباه والنظائر في الفروع، جلال الدين، عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي (ت ٩١١ هـ) و همامه كتاب المواهب السنية للعلامة الفاضل عباد بن سليمان الجرهزي الشافعي.

١٢٠. إعيانة الطالبين، أبو بكر، محمد شطا الدماطي، المشهور باليكري، دارالفكر، بيروت.

١٢١. الأتم، أبو عبدالله، محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الشعب، (١٣٨٨ هـ = ١٩٦٨ م)، مصر.

١٢٢. الأنوار لأعمال الأبرار، يوسف الأردبيلي و مع حاشيتان العاشية المسماة بالكشري و حاشية الحاج إبراهيم، الطبعة الأخيرة، مؤسسة الحلبي و شركائه للنشر، مطبعة أنمذني، القاهرة، (١٣٨٩ هـ = ١٩٦٩ م).

١٢٣. تخريج الفروع على الأصول، أبو المناقب، شهاب الدين، محمود بن أحمد الزنجاني (ت ٦٥٦ هـ)، حققه و علّق حواشيه د. محمد أديب صالح، ط ٥، مؤسسة الرسالة، بيروت، (١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م).

١٢٤. تكملة المجموع شرح المهذب، محمد نجيب المطيعي، الناشر زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام، مصر.

١٢٥. حاشية الباجوري، على ابن قاسم الغزي، إبراهيم الباجوري، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، مصطفى البابي الحلبي و شركاؤه.

١٢٦. حاشية البجيرمي على المنهج المسماة بالتجريد لنفع العبيد، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي عن شرح منهج الطلاب لأبي يحيى زكريا الأنصاري، الطبعة الأخيرة، مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، (١٣٦٩ هـ = ١٩٥٠ م).

١٢٧. حاشية الجمل، الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري، دارالفكر، بيروت.

١٢٨. الحاوي للفتاوى، جلال الدين، عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي (ت ٩١١ هـ)، إدارة

المطبعة المنيرية، مصر، (١٣٥٢ هـ).

١٢٩. *حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء*، سيف الدين، أبو بكر، محمد بن أحمد النسائي التتال، حقه و علق عليه الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكه، دارالباز، مكتبة الرسالة الحديثة، ط ١، عمان، مكة المكرمة، (١٩٨٨).

١٣٠. *حواشي الشيرازي والعبادي*، عبدالعبد الشيرازي وأحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لشرح المنهاج تأليف شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي، دارالصادر، بيروت.

١٣١. *روضة الطالبين*، أبوزكريا، يحيى بن شرف النووي الدمشقي (ت ٦٧٦ هـ)، المكتب الإسلامي.

١٣٢. *الفتاوى الكبرى الفقهية*، ابن حجر المكي الهيتمي و هو أحمد شهاب الدين بن محمد بن بدرالدين بن محمد، شمس الدين بن علي بن نورالدين بن حجر الهيتمي الشافعي المكي (٩٠٩ - ٩٧٤ هـ) مكتبة و مطبعة المشهد الحسيني، القاهرة.

١٣٣. *قواعد الأحكام في مصالح الأنام*، أبو محمد، عزالدين، عبدالعزيز عبدالسلام أنسلمي (ت ٦٦٠ هـ)، راجعه و علق عليه طه عبدالرؤف سعد، الناشر مكتبة انكليات الأزهرية، دارالشرق للطباعة، (١٣٨٨ هـ = ١٩٦٨ م).

١٣٤. *المجموع شرح المذهب*، تقي الدين أبو الحسن، علي بن عبدالكافي السبكي النووي (ت ٧٥٦ هـ) و يليه فتح العزيز شرح الوجيز، أبو القاسم، عبدالكريم بن محمد الرافي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ)، طبعه شركة من علماء الأزهر.

١٣٥. *معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*، محمد الشربيني الخطيب، المكتبة الإسلامية.

١٣٦. *المنثور في القواعد*، بدرالدين، محمد بن بهاء الشافعي (ت ٧٩٤ هـ)، الناشر وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، ط ٢، حقه د. تيسير فائق أحمد محمود، و راجعه د. عبدالستار أبو غذه، دارالكويت للصحافة، الكويت، (١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م).

١٣٧. *المذهب*، أبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي و شركائه، مصر.

١٣٨. *كتاب الميزان*، عبد الوهاب بن أحمد الشعراني (ت ٩٧٣ هـ) و بهامشه رحمة الأمة في اختلاف

- الأئمة، محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي، ط ١، مطبعة الشرفية، مصر (١٣٠٦ هـ).
١٣٩. **النهاية**، أبو الفضل ولي الدين البصير وهو شرح على متن الغاية و التقريب تأليف أبوشجاع أحمد بن الحسين بن أحمد الأنصهاني (توفي أوائل القرن السادس الهجري) حقق أصوله لجنة من علماء الأزهر، راجعه محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة الاستقامة، ط ٤، القاهرة بدون تأريخ.
١٤٠. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين (ت ١٠٠٤ هـ) و معه حاشية أبي الضياء نور الدين بن علي الشبراملي القاهري (ت ١٠٨٧ هـ) وبالهامش حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد، المعروف بالمغربي الرشدي (ت ١٠٩٦ هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (١٣٥٧ هـ = ١٩٣٨ م).
١٤١. **الوجيز في مذهب الإمام الشافعي**، محمد بن محمد بن أبي حامد الفزالي، طبع في مطبعة الآداب، مصر، (١٣١٧ هـ).

٤. المالكية

١٤٢. **إدوار الشروق على أنوار الفروق**، أبو القاسم، قاسم بن عبد الله بن محمد الأنصاري، المعروف بابن الشاط، عالم الكتب، بيروت، مطبوع مع أنوار البروق في أنواء الفروق.
١٤٣. **الإكليل شرح مختصر الخليل**، محمد بن محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن محمد السنباطي المالكي الأزهري، المشهور بالأمر (١١٥٤ هـ = ١٢٣٢ هـ)، صححه و علق حواشيه أبو الفضل، عبد الله الصديق النعماني، مكتبة القاهرة، مطبعة حجازي، القاهرة.
١٤٤. **أنوار البروق في أنواء الفروق**، شهاب الدين بن أبي العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الأنصهاني، المشهور بالقرافي و معه كتاب إدوار الشروق على أنواء الفروق، أبو القاسم، قاسم بن عبد الله بن محمد الأنصاري، المعروف بابن الشاط و بهامش الكتابين تهذيب الفروق لمحمد علي بن حسين المكي المالكي، عالم الكتب، بيروت.
١٤٥. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، أبو الوليد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، المشهور بابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥ هـ)، طبع بمطبعة أحمد كامل بدار الخلافة العليا، القاهرة،

(١٣٣٣ هـ).

١٤٦. *بلغة السالك لأقرب المسالك*، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى

الباي الحلبي و أولاده، مصر، (١٣٧٢ هـ = ١٩٥٢ م).

١٤٧. *التاج والإكليل لمختصر الخليل*، أبو عبد الله، محمد بن يوسف العبدري، الشهير بالموافق (ت ٨٩٧

هـ، مكتبة النجاح، ليبيا، مطبوع هاشم مواهب الجليل.

١٤٨. *جواهر الإكليل شرح مختصر الخليل*، صالح عبد السمیع الأبي الأزهری، دارالفکر، بیروت.١٤٩. *حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر الخليل*، محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني

على شرح عبد الباقي الزرقاني وبهامشه حاشية أبي عبد الله، محمد بن المدني علي كتون، ط ١، المطبعة

الأميرية، بولاق، مصر، (١٣٠٦ هـ).

١٥٠. *حاشية على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني*، علي الصعيدي العدوي المالكي و

بهامشه كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني لعلني بن الحسن المالكي الشاذلي، مكتبة و

مطبعة مصطفى الباي الحلبي و أولاده، مصر، (١٣٥٧ هـ = ١٩٣٩ م).

١٥١. *الغرضي على مختصر سيدي الخليل*، محمد بن يوسف اطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة، ط ٣، (١٤٠٥

هـ = ١٩٨٥ م).

١٥٢. *الزرقاني على شرح مختصر أبي ضياء سيدي خليل*، عبد الباقي الزرقاني، المطبعة البهية المصرية،

(١٣٠٧ هـ).

١٥٣. *طرح التثريب في شرح التثريب*، زين الدين، أبي الفضل، عبد الرحيم بن الحسين العراقي (ت ٨٠٦

هـ) وولده ولي الدين، أبي زرعة العراقي (ت ٨٢٦ هـ)، ط ١، جمعية النشر و التأليف الأزهرية، مصر،

سنة ١٣٥٣ هـ.

١٥٤. *القواكه الدواني* شرح أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفاوي المالكي الأزهری (ت ١١٢٠ هـ) على

رسالة أبي محمد، عبد الله بن أبي زيد، عبد الرحمن القيرواني المالكي (ت ٣٨٦ هـ)، دارالمعرفة،

بيروت.

١٥٥. *قوانين الأحكام الشرعية و مسائل الفروع الفقهية*، محمد بن أحمد بن جزى النراطي المالكي،

دارالعلم للملأين، بيروت، (١٩٧٤).

١٥٦. *المدة الكبرى*، مالك بن أنس، دارالصادر، بيروت، مطبعة أوفست على مطبعة السعادة، مصر (١٣٢٣ هـ).

١٥٧. *الموافقات فى أصول الأحكام*، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الفرناطي المعروف بالشاطبي (ت ٧٩٠ هـ)، تحقيق محمد محيي الدين، عبد الحميد، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، مطبعة الميداني، القاهرة.

١٥٨. *مواهب الجليل لشرح مختصر خليل*، الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (ت ٩٥٦ هـ) وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري، التنوير بالمواق (ت ٨٩٧ هـ)، مكتبة النجاح، ليبيا.

١٥٩. *المتقى شرح موطأ مالك*، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارت الناجي الأندلسي (ت ٤٩٤ هـ) ط ١، مطبعة السعادة، مصر، (١٣٣٢ هـ).

٥. الحنابلة

١٦٠. *الإيضاح فى معرفة الرافع من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل المرداوي*، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، ط ١، صححه وحققه محمد حامد الفقي، مطبعة السنة النبوية، (١٣٧٦ هـ = ١٩٥٧ م).

١٦١. *الروض المربع شرح زاد المتقنع*، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي وحاشية الروض المربع، عبد الله بن عبدالعزيز العنقري، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة (١٣٧٥ هـ = ١٩٥٥ م).

١٦٢. *زوائد الكافي والمحرر على المتقنع*، عبد الرحمن بن عبيدات الحنبلي الدمشقي (ت ٦٣٠ هـ)، ط ١، المكتب الإسلامي، دمشق.

١٦٣. *الشرح الكبير شمس الدين*، أبو الفرح، عبد الرحمن بن أبي عمر، محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٨ هـ) مطبوع مع المغني، المكتبة السلفية، مكتبة مؤيد، الطائف.

١٦٤. *عمدة الفقه على مذهب أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني*، موفق الدين بن قدامة (ت ٦٢٠ هـ)، طبع

على نفقة قاسم بن درويش خضرو.

١٦٥. غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والتمتيع، مرعي بن يوسف الحنبلي (ت ١٠٣ هـ)، حققه و

علق عليه محمد جميل الشطي و محمد زهير الشاويس منشورات دارالسلام، دمشق.

١٦٦. القواعد التورانية الفقهية، ابن تيمية (٦٦١ - ٧٢٨ هـ)، تحقيق محمد حامد الفقي، ط ١، مطبعة السنة

المحمدية، القاهرة (١٣٧٠ هـ = ١٩٥١ م).

١٦٧. الفروع، شمس الدين المقدسي. أبو عبد الله، محمد بن مفلح (ت ٧٦٣ هـ) و يليه تصحيح الفروع،

علاء الدين، أبو الحسن، علي بن سليمان، الرادوي ثم الصالحي الحنبلي (ت ٨٨٥ هـ)، ط ٢، عالم

الكتب، بيروت، (١٣٨٨ هـ = ١٩٦٧ م)، راجعه عبدالستار أحمد فراج.

١٦٨. الكافي في فقه أحمد بن حنبل، أبو محمد، موفق الدين، عبد الله بن قدامة المقدسي، ط ١، منشورات

المكتب الإسلامي بدمشق.

١٦٩. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس، البهوتي (ت: ١٠٤٦ هـ)، راجعه وعلق

عليه مصليحي مصطفى هلال، الناشر مكتبة النصر الحديثة، الرياض.

١٧٠. كشف المخدرات و الرياض المزهرات شرح اختصار المختصرات، زين الدين، عبد الرحمن بن

عبد الله بن أحمد، البعلي الدمشقي (١١١٠ - ١١٩٢ هـ)، المطبعة السلفية، شارع فتح، مصر.

١٧١. مجموع فتاوي ابن تيمية، أحمد بن تيمية، ترتيب و جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي

التجدي الحنبلي، ط ١، (١٣٨٣ هـ)، مطابع الرياض.

١٧٢. المعنى و يليه الشرح الكبير، ابن قدامة، موفق الدين، أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

(ت ٦٢٠ هـ)، المكتبة السلفية و مكتبة مؤيد عمر، محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٨ هـ).

٦. الظاهرية

١٧٣. المحلى، أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦ هـ)، تحقيق الدكتور أحمد محمد شاكر،

المكتب التجاري للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان.

٧. الزيدية

١٧٤. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن يحيى بن مرتضى (ت ٨٤٠ هـ) ويليهِ كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار، محمد بن يحيى يهران الصعدي (ت ٩٥٧ هـ)، مكتبة الخانجي، مصر، (١٣٦٧ هـ = ١٩٤٨ م)، مطبعة أنصار السنة المحمدية.

١٧٥. تاج المذهب لأحكام المذهب، أحمد بن قاسم العنسي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، (١٣٦٦ هـ = ١٩٤٧ م).

١٧٦. الدراري المضية شرح الدرر البهية، محمد بن علي الشوكاني، ط ١، دار الصور للطباعة و النشر، مصر، (١٣٤٧ هـ).

١٧٧. الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، شرف الدين، الحسين بن أحمد السياغي، ط ٢، مكتبة المؤيد، الطائف، مملكة العربية السعودية.

١٧٨. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي الشوكاني (١١٧٣ - ١٢٥٠ هـ)، تحقيق إبراهيم زايد، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م).

٨. الإباضية

١٧٩. الإيضاح، عامر بن علي الشماخي مع حاشية عليه محمد بن عمر، أبي ستّة القصبي النفوسي، ط ١، (١٣٩٠ هـ = ١٩٧١ م).

١٨٠. النيل وشفاء الغليل، محمد بن يوسف أطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة، مملكة العربية السعودية، ط ٣، (١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م).

خاصة: المخطوطات

١٨١. الإرشاد، العلامة الحلبي، مخطوطة في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٨٢. الإرشاد، شرف الدين، إسماعيل بن أبي بكر المقرئ اليمني النافعي، (ت ٨٣٦ هـ) مخطوطة في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٨٣. أنوار الفقاهة، شيخ حسين شيخ جعفر صاحب كشف الغطاء، المجلد الثالث، النسخة موجودة في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٨٤. التحفة السنية في شرح النخبة المحسنة، عبدالله بن نورالدين بن نعمه الله الموسوي الجزائري، مخطوطة في مكتبة الإمام كاشف الغطاء.

١٨٥. أبحاث الثائني في المكاسب، تقريرات محمدرضا كاشف الغطاء، الدورة الأولى، سنة (١٣٥٧ هـ)، مخطوطة في مكتبة الإمام كاشف الغطاء.

١٨٦. تقريرات الشيخ محمدرضا بن الشيخ هادي كاشف الغطاء على ولده الشيخ علي كاشف الغطاء في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٨٧. حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري على شرح العلامة، أبي القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، مذهب الشافعي بخط عبداللطيف بن الشيخ محمد حموش في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٨٨. حاشية الكركمي، انشيخ نورالدين علي بن الحسين بن عبدالعالي (ت ٩٤٠ هـ) على قواعد الأحكام للعلامة الحلبي بخط المؤلف فرغ منه سنة (٩٣٠ هـ)، مخطوطة في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٨٩. حاشية الديلماج على اللمعة، ميرزا محمد، المنهور بدلهماج، مخطوطة في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٩٠. رسالة أبي شجاع، القاضي أبرشجاع، أحمد بن حسين بن أحمد الأصفهاني، سنة النسخ (١١٦٣ هـ)، النسخ محمدي عبدالواحد الخنجي، مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٩١. شرح شرائع الإسلام، كتاب الفصب، الشيخ جعفر البديري، تاريخ فراغ خطه (١٣٠٠ هـ)، مخطوطة في المكتبة الخاصة للشيخ مجيد البديري.

١٩٢. الشرح الصمير، السيد علي الطباطبائي صاحب الرهاض، تاريخ النسخ (١٢٢٣ هـ)، في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٩٣. شرح قواعد الأحكام للعلامة الشيخ جعفر بن خضر، كاشف الغطاء، مخطوطة في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء، كتبه في التجف الأشرف بخط عبدالله بن عبدالحميد المرندي، (١٣١٣ هـ).

١٩٤. شرح المكاسب، الشيخ هادي بن عباس بن علي كاشف الغطاء، مخطوطة في مكتبة الشيخ علي

كاشف الغطاء بخط المؤلف، تاريخ خطها (١٣٥٢ هـ).

١٩٥. القصب، أحمد بن محمد محسن الفيض (ت ١٢٨٦ هـ)، مكتبة الإمام كاشف الغطاء بخط محمد علي الخونساري، سنة (١٣٠٠ هـ)، النجف الأشرف.

١٩٦. منهل النعمان في شرح شرائع الإسلام، الشيخ عباس بن الشيخ علي بن الشيخ جعفر، كاشف الغطاء، تاريخ النسخ (١٣٠٤ هـ) بخط المؤلف في مكتبة الشيخ علي كاشف الغطاء.

١٩٧. منية الألباب في شرح اللمعة الدمشقية، محمد جواد بن المرحوم الشيخ محمد تقي النجفي (ت ١٢٥٦ هـ)، مخطوطة في مكتبة الإمام كاشف الغطاء.

سادساً: كتب الفقه الحديثية

١٩٨. أثر تطبيق النظام الاقتصادي الإسلامي في المجتمع، بحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي، جامعة محمد بن مسعود، المملكة العربية السعودية، الرياض، مطابع جامعة محمد بن مسعود الإسلامية، المجلس العلمي (١٧، ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤ م)، القسم الثاني، د. محمد فاروق النيهان.

١٩٩. أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي، د. محمد زكي، عبد البر، دار الثقافة، ط ١، قطر، (١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م).

٢٠٠. السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية، د. زكريا، محمد الفالح الفضا، ط ١، دار الفكر، عمان، (١٩٨٤).

٢٠١. الضمان في الفقه، علي الخفيف، مهدي البحوث و الدراسات العربية، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، (١٩٧١ م).

٢٠٢. عقد المراجعة بين الفقه الإسلامي و التعامل المصرفي، د. محمد الجندى، دار النهضة العربية، القاهرة، (١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م).

٢٠٣. الكفالة و الحوالة في الفقه المقارن، د. عبدالكريم زيدان، المكتب الإسلامي، مكتبة القدس، (١٣٩٥ هـ = ١٩٧٥ م).

٢٠٣. الكفالة و الحوالة في الفقه المقارن، د. عبدالكريم زيدان، المكتب الإسلامي، مكتبة القدس.

(١٣٩٥ هـ = ١٩٧٥ م).

٢٠٤. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبدالكريم زيدان، جامعة بغداد، مكتب الأمير للطباعة، بغداد.

٢٠٥. المدخل للفقه الإسلامي، د. محمد سلام، مذكور، ط ٢، دار النهضة العربية، بيروت، (١٣٨٣ هـ = ١٩٦٣ م).

٢٠٦. المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد، الزرقا، دار الفكر، بيروت، لبنان، (١٣٨٤ هـ = ١٩٦٥ م).

٢٠٧. المقاصد في الفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، مطبعة الفجالة الجديدة.

٢٠٨. موسوعة جمال عبدالناصر في الفقه الإسلامي يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر، القاهرة، (١٣٨٧ هـ).

٢٠٩. النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، الحق والأهلية والعقد والضمان والتعدي والملك، الأستاذ د. أحمد فهمي، أبو سنه، مطبعة دار التأليف، مصر، (١٣٨٧ هـ = ١٩٦٧ م).

٢١٠. المعاملات الشرعية على الخفيف، مطبعة أنصار الأمة المحمدية، (١٣٦٦ هـ).

سابعاً: الكتب القانونية

٢١١. أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، د. أنور سلطان، دار النهضة العربية، بيروت، (١٩٧٤ م).

٢١٢. أحكام الالتزام، الموجز في شرح القانون المدني، د. عبدالمجيد الحكيم، ط ٣، دار الحرية للطباعة، بغداد، (١٣٩٧ هـ = ١٩٧٧ م).

٢١٣. الحقوق العينية الأصلية (أحكام حق الملكية) د. حسن كبر، الناشر، دار المعارف، الاسكندرية، مصر (١٩٦٥ م).

٢١٤. شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الأصلية)، د. سعيد عبدالكريم مبارك، ط ١، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، (١٣٩٣ هـ = ١٩٧٣ م).

٢١٥. العقود المسماة (شرح القانون المدني العراقي)، د. حسن علي الذنون، مطبعة الرابطة، بغداد.

٢١٦. *العقود المسماة* (شرح القانون المدني العراقي)، د. حسن علي ذنون شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، (١٩٥٤ م).
٢١٧. *القانون المدني*، الرقم ٤٠ السنة (١٩٥١)، الحكومة العراقية، وزارة العدلية، مطبعة الحكومة، بغداد، (١٩٥١ م).
٢١٨. *القانون المدني* (المجموعة الدائمة للقوانين والأنظمة العراقية الموحدة)، أشرف عليه كامل السامرائي، الناشر مكتبة المتن، مطبعة شفيق، بغداد، (١٩٦٤ م).
٢١٩. *قضاء محكمة التمييز*، المجلد الثاني، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، (١٩٦٨ م).
٢٢٠. *قضاء محكمة التمييز العراقي*، المجلد السادس، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، العراق (١٣٩١ هـ = ١٩٧٢ م).
٢٢١. *المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز*، إبراهيم المشاهدي، منشورات مركز البحوث القانونية، مطبعة العمال المركزية، بغداد، العراق (١٩٨٨ م).
٢٢٢. *مجموعة الأحكام العدلية*، العدد الرابع، السنة (١٣)، مطبعة عصام، بغداد، (١٩٨٢ م).
٢٢٣. *مجموعة الأحكام العدلية*، السنة السادسة، العدد الأول، مديرية مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، (١٩٧٥ م).
٢٢٤. *مجموعة الأحكام العدلية*، السنة (١٢)، المجلد الرابع، مطبعة وزارة العدل، بغداد، (١٩٨١ م).
٢٢٥. *المجلة*، ط ١، طبع في مطبعة الجوائب، قسطنطينية، (١٢٩٧ هـ).
٢٢٦. *محاضرات في القانون المدني العراقي*، منير القاضي، معهد الدراسات العربية العالية، (١٩٥٤ م).
٢٢٧. *المدخل إلى القانون*، د. حسن كيده، الناشر: دار المعارف، الاسكندرية، مصر (١٩٧١ م).
٢٢٨. *مصادر الالتزام*، الموجز في شرح القانون المدني، د. عبدالمجيد الحكيم، ط ٥، مطبعة نديم، بغداد، العراق.
٢٢٩. *الموسوعة القانونية العراقية*، الدار العربية للموسوعات، بيروت، لبنان.
٢٣٠. *موسوعة القضاء والفقه للدول العربية*، حسن الفكاهي، القاهرة، الدار العربية للموسوعات القانونية، (١٩٧٦ - ١٩٧٧ م).

٢٣١. الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية د. عبدالرزاق ، أحمد السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، {١٠٦٢ م}.

٢٣٢. الوسيط في نظرية العقد، د. عبدالمجيد الحكيم، شركة الطبع و النشر الأهلية، بغداد، العراق (١٣٨٧ هـ = ١٩٦٧ م).

٢٣٣. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الأصلية حق الملكية شاكر ناصر حيدر، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، (١٩٥ م).

٢٣٤. النشرة القضائية، السنة الرابعة، العدد الأول، قضاء محكمة التمييز، (١٩٧٣ م).

ثامناً: الرسائل الجامعية

٢٣٥. أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، عبدالجبار حسين شراره، رسالة ماجستير آداب في الشريعة الإسلامية، (١٣٩٣ هـ = ١٩٧٣ م)، منشورات الأعلمي بيروت، لبنان مكتبة دارالتربية، بغداد، العراق، ط ١، (١٣٩٥ هـ = ١٩٧٥ م).

٢٣٦. الحكم والحق، عدنان البكاء، رسالة ماجستير، مطبعة الغري النجف الأشرف، (١٩٧٦ م).

٢٣٧. رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، يعقوب عبدالوهاب الباحسين، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، مطبعة جامعة البصرة، (١٩٨٠ م).

٢٣٨. الرهن في الشريعة الإسلامية، فرج توفيق الوليد، رسالة ماجستير، مطبعة القضاء، النجف الأشرف، العراق، (١٣٩٣ هـ = ١٩٧٣ م).

٢٣٩. الشفعة في الشريعة الإسلامية، عبدالسلام جسام، معدالدليمي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، (١٣٩٠ هـ = ١٩٧٠ م).

٢٤٠. الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية، جامعة بغداد، العراق (١٣٨٨ هـ = ١٩٦٩ م).

٢٤١. عقد القرض في الشريعة الإسلامية، د. علاء الدين خروقة، مؤسسة نوفل، ط ١، بيروت، لبنان، (١٩٨٢ م).

٢٤٢. المقاصد دراسة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في مصر و العراق، رسالة دكتوراه، ليلى

عبدالله الحاج سعيد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.

٢٤٣. ملكية الأراضي أو الأموال المنقولة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي محمد عرفان زدنبي، رسالة

ماجستير، كلية الآداب، جامعة بغداد، العراق، (١٩٦٩ م - ١٩٧٠ م).

٢٤٤. نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، محمد سلام مذكور، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية،

(١٩٦٣ م).

٢٤٥. نظرية ملك المنفعة وتطبيقاتها في عقد الإعارة دراسة مقارنة في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه،

محمدرضا عبد الجبار العاني، كلية الشريعة، جامعة بغداد، العراق. (١٤٠٩ هـ = ١٩٨٨ م).

٢٤٦. نظرية نهي الضرر في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة مع القانون، عبد الحميد حسين شراره،

أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة بغداد، العراق. (١٤١٠ هـ = ١٩٩٠ م).

تاسعاً: الكتب العامة

٢٤٧. تاج المروس من جواهر القاموس، مجب الدين، أبو محمد، مرتضى الحسيني الزبيدي الحنفي،

الطبعة المصرية.

٢٤٨. طبقات أعلام الشيعة، الأغا يزرگ الطهراني، النجف الأشرف، العراق، المطبعة العلمية، (١٣٧٤ هـ =

١٩٥٤ م).

٢٤٩. القاموس المحيط، مجد الدين، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، دار الجيل، المؤسسة العربية

للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٢٥٠. لسان العرب المحيط، ابن منظور، تقديم عبدالله الغلايلي، إعادة بناء على الحرف الأول من الكلمة،

يوسف الخياط و نديم مرعشلي، دار لسان العرب، بيروت، لبنان.

٢٥١. المفردات، الراغب الأصفهاني، (ت ٥٦٥ هـ) طهران، إيران.

٢٥٢. معجم البحرين، فخر الدين الطريحي (ت ١٠٨٥ هـ) أشرف على تحقيقه و تصحيحه أحمد علي

الحسيني، دار إحياء الكتب الإسلامية، مطبعة الآداب، العراق، النجف الأشرف، (١٣٨٦ هـ).

٢٥٣. معجم البلدان، شهاب الدين أبو عبدالله، ياقوت بن عبدالله الحموي البغدادي، دار الكتاب العربي،

بيروت، لبنان.

٢٥٤. المنطقي، محمدرضا المظفر، ط ٤، مطبعة حسام، بغداد، العراق، (١٤٠٢ هـ = ١٩٨٢ م).

٢٥٥. المصباح المنير، الفيومي، دارالقلم، بيروت، لبنان.

تراجيم الأعلام

ملاحظة: نعتذر عن عدم ذكر الألقاب العلمية للأعلام المذكورين في الرسالة. و ذلك لما تفرضه

علينا كتابة الرسائل الجامعية.

١. أبو إسحاق الشيرازي: إبراهيم بن علي الشيرازي (ت ٤٧٦ هـ).
٢. أبو النناء: محمود الحسني الأتوسي (ت ١٢٧٠ هـ).
٣. أبو زرعة العراقي ولي الدين بن زين الدين أبو الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي (ت ٨٢٦ هـ).
٤. أبو شعاع: القاضي أبو شعاع أحمد بن حسين بن أحمد الأصفهاني.
٥. أبو سعود: محمد بن محمد العمادي الحنفي (ت ٩٨٢ هـ).
٦. ابن الأنير: مجد الدين أبو السعادات المبارك محمد بن محمد الجزري (ت ٦٠٦ هـ).
٧. ابن إدريس: محمد بن أحمد الحلبي (ت ٥٩٨ هـ).
٨. أين الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارت الأندلسي المالكي (ت ٤٩٤ هـ).
٩. ابن البراج: عبد العزيز بن تحرير القاضي (ت ٤٨١ هـ).
١٠. ابن تيمية: أحمد بن عبد الحليم بن محمد الحراني (ت ٧٢٨ هـ).
١١. ابن الجنيدي: محمد بن أحمد الأسكافي (ت ٣٨١ هـ).
١٢. ابن حزم: أبو علي محمد بن أحمد بن سعيد الأندلسي (ت ٤٥٦ هـ).
١٣. ابن حمزة: عماد الدين محمد بن علي الطوسي (ت ٥٦٠ هـ).
١٤. ابن الحزقي: بدر الدين محمد بن أبي الحرم النخعي (ت ٦٩٨ هـ).

١٥. ابن رشد الحفيد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي (ت ٥٩٥ هـ).
١٦. ابن زهرة: حمزة بن علي الاسحاقي الحلبي (ت ٥٨٥ هـ).
١٧. ابن سيرين: محمد أبي بكر البصري (ت ١١٠ هـ).
١٨. ابن عابدين: محمد أمين الدمشقي (ت ١٢٥٣ هـ).
١٩. ابن عبد البر: أبو عمر يوسف الأندلسي (ت ٤٦٣ هـ).
٢٠. ابن عبد السلام: العزيز عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠ هـ).
٢١. ابن عبدوس: علي بن محمد الكوفي (ت ٢٤٥ هـ).
٢٢. ابن القاسم: شهاب الدين أحمد بن قاسم العبادي (ت ٩٩٤ هـ).
٢٣. ابن قدامة: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (ت ٦٢٠ هـ).
٢٤. ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣ هـ).
٢٥. ابن مالك: جمال الدين محمد بن عبد الله الأندلسي (ت ٦٧٢ هـ).
٢٦. ابن مالك: بدر الدين محمد بن عبد الله الأندلسي (ت ٦٨٦ هـ).
٢٧. ابن المرتضى: أحمد بن يحيى (ت ٨٤٠ هـ).
٢٨. ابن المقرئ: شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر المقرئ اليمني الشافعي (ت ٨٣١ هـ).
٢٩. ابن مكى: محمد علي بن الشيخ حسن مفتي المالكية.
٣٠. ابن مفلح الحنبلي: شمس الدين المقدسي أبو عبد الله محمد بن مفلح (ت ٧٦٣ هـ).
٣١. ابن منظور: جمال الدين محمد بن عكرم (ت ٧١١ هـ).
٣٢. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم الحنفي (ت ٩٧٠ هـ).
٣٣. ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد الحنفي (ت ٨٦١ هـ).
٣٤. أبي زرععة العراقي: ولي الدين بن زين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي (ت ٨٢٦ هـ).
٣٥. أحمد بن حنبل: أبو عبد الله الشيباني (ت ٢٤١ هـ).
٣٦. الأردبيلي: أحمد بن محمد المقدس (ت ٩٩٢ هـ).
٣٧. الأزهرى: صالح عبد السمیع الأبي المالکی.

٣٨. الأزهرى: أحمد بن غنم بن سالم بن مهنا النفراوى المالكي (ت ١١٢٠ هـ).
٣٩. الأسكافي: أبو عبد الله محمد الخطيب (ت ٤٢٦ هـ).
٤٠. الأسكافي: أبو جعفر محمد المعتملي (ت ٢٤٠ هـ).
٤١. الأسكافي: محمد بن علي بن همام (ت ٣٣٦ هـ).
٤٢. الأشوري: جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الشافعي (ت ٧٧٢ هـ).
٤٣. أشهب: أشهب بن عبد العزيز الفقيه المالكي (ت ٢٠٤ هـ).
٤٤. الأصفهاني: محمد حسين بن محمد حسن الكهباني (ت ١٣٦١ هـ).
٤٥. أطفش: محمد بن يوسف المالكي (ت ١٣٣٢ هـ).
٤٦. أطفش محمد بن يوسف الجزائري (ت ١٣٣٢ هـ).
٤٧. الأمير: محمد بن محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن محمد السناري المالكي الأزهرى (ت ١٢٣٢ هـ).
٤٨. أنس: أنس بن مالك خادم الرسول ﷺ (ت ١٢ هـ).
٤٩. الأنصاري: مرتضى بن محمد أمين (ت ١٢٨١ هـ).
٥٠. الأوزجندی: حسن بن منصور قاضي خان (ت ٥٩٢ هـ).
٥١. الباجي: سليمان بن خلف (ت ٤٧٤ هـ).
٥٢. باحسين: يعقوب بن عبد الوهاب (معاصر).
٥٣. بحر الملو: محمد بن محمد التقي الطباطبائي (ت ٣٢٦ هـ).
٥٤. البجيرمي: سليمان بن محمد بن محمد الشافعي (ت ١٢٢١ هـ).
٥٥. البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦ هـ).
٥٦. البحراني: يوسف بن أحمد (ت ١٢٦٦ هـ).
٥٧. البخاري: عبد العزيز بن أحمد (ت ٧٣٠ هـ).
٥٨. بدر الدين: محمد بن بهاء الشافعي (ت ٧٩٤ هـ).
٥٩. البديري: جعفر بن أحمد النعفي (ت ١٣٦٩ هـ).
٦٠. البزدوي: علاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري (ت ٧٣٠ هـ).

٦١. البصري: أبو سعيد الحسن بن أبي الحسين (ت ١١٠ هـ).
٦٢. البجلي: علاء الدين علي الحنبلي (ت ٨٠٣ هـ).
٦٣. البغدادي: أبو محمد غانم بن محمد الحنفي (ت ١٠٣٠ هـ).
٦٤. البغوي: الحسين بن مسعود الشافعي (ت ٥١٠ هـ).
٦٥. البكاء: عدنان بن علي الموسوي (معاصر).
٦٦. البكري: أبو عثمان بن محمد شطّ الديماطي.
٦٧. البلاغي: محمد جواد بن حسين التجفي (ت ١٣٥٢ هـ).
٦٨. الباجوري: إبراهيم بن محمد المصري (ت ١٢٧٧ هـ).
٦٩. البعلي: زين الدين عبدالرحمن بن عبدالله بن أحمد البعلي الدمشقي (ت ١١٩٢ هـ).
٧٠. البهتي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي الحافظ (ت ٤٥٨ هـ).
٧١. البهائي: محمد بن الحسين الحارثي العاملي (ت ١٠٣١ هـ).
٧٢. الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى الضرير (ت ٢٧٩ هـ).
٧٣. التفتازاني: سعيد الدين مسعود بن عمر الشافعي (ت ٧٩٢ هـ).
٧٤. التوحيدي: محمد علي بن علي (معاصر).
٧٥. الثوري: أبو عبدالله سفيان بن سعيد الكوفي (ت ١٦١ هـ).
٧٦. الجزائري: عبدالله بن نور الدين بن نعمة الله الموسوي (ت ١١٥٨ هـ).
٧٧. الحافظ الطبراني: أبو القاسم سليمان بن أحمد اللخمي (ت ٣٦٠ هـ).
٧٨. الحر العاملي: محمد بن الحسن (ت ١١٠٤ هـ).
٧٩. الحطاب: أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي الموزلي (ت ٩٥٤ هـ).
٨٠. الحكيم: محمد تقي بن محمد سعيد الطباطبائي (معاصر).
٨١. الحميدي: أبو بكر عبدالله بن أنزير الحميدي (ت ٢١٩ هـ).
٨٢. الخروشي: أبو عبدالله محمد المالكي (ت ١١٠١ هـ).
٨٣. الخطيب: داود بن يوسف.

٨٤. الخوئي: أبو القاسم بن علي أكبر الموسوي (ت ١٤١٣ هـ).
٨٥. الدارمي: أبو محمد بن عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام عبد الصمد النيمي السمرقندي (ت ٢٥٥ هـ).
٨٦. الراغب: أبو القاسم الحسين بن محمد الأصفهاني (ت ٥٦٥ هـ).
٨٧. الرازي: أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الشافعي (ت ٦٢٣ هـ).
٨٨. الرشتي: حبيب الله بن محمد علي (ت ١٣١٢ هـ).
٨٩. الرملي: شمس الدين محمد بن أبو العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشافعي (ت ١٠٠٤ هـ).
٩٠. الروحاني: محمد صادق الحسيني ولد (معاصر).
٩١. الرهوني: محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف المالكي.
٩٢. الزبيدي: محب الدين مرتضى بن محمد الحسيني (ت ١٢٠٥ هـ).
٩٣. الزجاجي: أبو القاسم عبد الرحمن بن إسحاق البغدادي (ت ٣٣٩ هـ).
٩٤. الزجاج: أبو إسحاق إبراهيم بن السري (ت ٣١١ هـ).
٩٥. الزرقاني: محمد بن عبد الباقي المالكي (ت ١١٢٢ هـ).
٩٦. الزرقاني: أحمد بن محمد المالكي (ت ٩٦٥ هـ).
٩٧. الزركشي: بدر الدين محمد المصري (ت ٧٩٤ هـ).
٩٨. زفر: زفر بن الهذيل الكوفي.
٩٩. الزنجاني: أبو المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد (ت ٦٥٦ هـ).
١٠٠. زيد: زيد بن ثابت الأنصاري (ت ٤٥ هـ).
١٠١. الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي الرضا الموسوي (ت ١٤١٣ هـ).
١٠٢. السيزواري: عبد الأعلى بن علي الرضا الموسوي (ت ١٤١٣ هـ).
١٠٣. السبكي: تقي الدين أبو الحسن عني بن عبد الكافي الأنصاري (ت ٧٥٦ هـ).
١٠٤. السراد: الحسن بن محبوب (ت ٢٢٤ هـ).
١٠٥. السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهيل (ت ٤٨٣ هـ).

١٠٦. سلا: حمزة بن عبدالعزيز الديلمي (ت ٤٦٣ هـ).
١٠٧. السمرقندي: علاء الدين محمد الحنفي (ت ٥٣٩ هـ).
١٠٨. السنهوري: عبدالرزاق (معاصر).
١٠٩. السيوطي: جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر الشافعي (ت ٩١١ هـ).
١١٠. السياغي: شرف الدين الحسين بن أحمد شرف الدين اليمني (ت ١٢٢٩ هـ).
١١١. الشاشي: أبو بكر محمد الشافعي القفال (ت ٣٣٦ هـ).
١١٢. الشاطبي: أبو محمد القاسم الشافعي (ت ٥٩٠ هـ).
١١٣. الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم القرناطي (ت ٧٩٠ هـ).
١١٤. الشافعي: أبو عبدالله محمد بن إدريس (ت ٢٠٤ هـ).
١١٥. الشافعي الصغير: شمس الدين محمد (ت ١٠٠٤ هـ).
١١٦. الشيرازي: أبو الفضلاء نور الدين بن علي القاهري (ت ١٠٨٧ هـ).
١١٧. الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب (ت ٩٧٧ هـ).
١١٨. الشعراني: عبد الوهاب بن أحمد (ت ٩٧٣ هـ).
١١٩. الشعبي: أبو عمر و عامر بن شراحيل الكوفي (ت ١٠٤ هـ).
١٢٠. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد (ت ١٢٥٠ هـ).
١٢١. الشهيد الأول: أبو عبدالله محمد بن مكي الخزرجي العاملي (ت ٧٨٦ هـ).
١٢٢. الشهيد الثاني: زين الدين بن علي العاملي (ت ٥٦٥ هـ).
١٢٣. الشيباني: محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة (ت ١٨٩ هـ).
١٢٤. الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي.
١٢٥. الشيرواني: محمد بن الحسن (ت ١٠٩٨ هـ).
١٢٦. شيخ زاده: عبدالرحمن بن محمد بن سليمان (ت ١٠٧٨ هـ).
١٢٧. الصاوي: أحمد بن محمد المالكي (ت ١٢٤١ هـ).
١٢٨. صدر الشريعة: جمال الدين عبيد الله بن مسعود البخاري (ت ٧٤٧ هـ).

١٢٩. أنصهر الشهيد: حسام الدين عمر بن عبد العزيز (ت ٥٣٦ هـ).
١٣٠. الصدوق: أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي (ت ٣٨١ هـ).
١٣١. الصنعاني: محمد بن إسماعيل الأمير اليمني (ت ١١٨٢ هـ).
١٣٢. الصفار: محمد بن الحسن (ت ٢٩٠ هـ).
١٣٣. الصنعاني: عبد الرزاق بن همام الحافظ (ت ٢١١ هـ).
١٣٤. الصعدي: محمد بن يحيى بن يهران (ت ٩٥٧ هـ).
١٣٥. الطباطبائي: علي بن محمد الحائري (ت ١٢٣١ هـ).
١٣٦. الطبرسي: أبو علي الفضل بن الحسن المفسر (ت ٥٤٨ هـ).
١٣٧. الطبراني: أبو قاسم سليمان بن أحمد (ت ٣٦٠ هـ).
١٣٨. الطحاوي: أبو جعفر أحمد الأزدي (ت ٣٢١ هـ).
١٣٩. الطريحي: فخر الدين بن محمد التجفي (ت ١٠٨٥ هـ).
١٤٠. الطوري: محمد بن حسين بن علي (ت ١١٣٨ هـ).
١٤١. الطوسي: أبو جعفر محمد بن الحسن (ت ٤٦٠ هـ).
١٤٢. العاملي: محمد جواد بن محمد الحسيني (ت ١٢٢٦ هـ).
١٤٣. عبد الرحمن: بن عيدان الحنبلي الدمشقي (ت ٦٣٠ هـ).
١٤٤. العدوي: علي الصعدي المالكي.
١٤٥. عزيز عبد السلام: أبو محمد عز الدين عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠ هـ).
١٤٦. العلامة الحلبي: الحسن بن يوسف بن المطهر الحلبي (ت ٧٢٦ هـ).
١٤٧. العنقري: عبد الله بن عبد العزيز.
١٤٨. العيني: أحمد بن قاسم الزبيدي.
١٤٩. العيني: بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد الحلبي (ت ٨٥٥ هـ).
١٥٠. الفزالي: محمد بن محمد أبي حامد الطوسي (ت ٥٠٥ هـ).
١٥١. فخر المحققين: أبو طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن مظهر الحلبي (ت ٧٧١ هـ).

١٥٢. الفيروزآبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب (ت ٨١٧ هـ).
١٥٣. الفيض: أحمد بن محمد محسن الفيض (ت ١٢٨٦ هـ).
١٥٤. القاضي: سوار.
١٥٥. القاضي: شريع بن العارث الكندي (ت ٨٧ هـ).
١٥٦. القاضي: محمد بن محمد بن أبي يعلي الحنبلي (ت ٥٢٦ هـ).
١٥٧. القاضي أبو يوسف: يعقوب الأنصاري الكوفي (ت ١٨٢ هـ).
١٥٨. القاضي الروياني: فخر الإسلام عبد الواحد الطبري (ت ٥٠٢ هـ).
١٥٩. القاضي زاده: أحمد الخوارزمي (ت ٩٨٨ هـ).
١٦٠. القاضي زاده: ظهير الدين إبراهيم الهمداني (ت ١٠٢٥ هـ).
١٦١. القاضي زاده: الشيخ موسى الرومي (ت حوالي ٨١٤ هـ).
١٦٢. القرافي: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي (ت ٦٨٤ هـ).
١٦٣. القرطبي: أبو عبد الله بن أحمد الأنصاري الأندلسي (ت ٦٧١ هـ).
١٦٤. القسطلاني: أبو العباس أحمد المصري (ت ٩٢٣ هـ).
١٦٥. القنوجي: أبو الخير نور الحسن خان بن الكريم ذي الطيب صديق بن حسن بن علي الحسيني البخاري (ت ١٣٣٦ هـ).
١٦٦. آقهستاني: شمس الدين محمد بن حسام الدين الحنفي (ت ٩٦٢ هـ).
١٦٧. الفيرواني: أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن المالكي (ت ٣٨٦ هـ).
١٦٨. الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي (ت ٥٨٧ هـ).
١٦٩. كاشف الغطاء: أحمد بن علي النجفي (ت ١٣٤٤ هـ).
١٧٠. كاشف الغطاء: جعفر بن خضر النجفي (ت ١٢٢٨ هـ).
١٧١. كاشف الغطاء: حسن بن جعفر النجفي (ت ١٢٦٢ هـ).
١٧٢. كاشف الغطاء: عباس بن حسن النجفي (ت ١٣٢٣ هـ).
١٧٣. كاشف الغطاء: علي بن محمد رضا بن هادي النجفي (ت ١٤١١ هـ).

١٧٤. كاشف الغطاء: محمد حسين بن علي النجفي (ت ١٣٧٣ هـ).
١٧٥. كاشف الغطاء: محمدرضا بن هادي النجفي (ت ١٣٦٦ هـ).
١٧٦. كاشف الغطاء: هادي بن عباس النجفي (ت ١٣٦١ هـ).
١٧٧. الكرمانى: شمس الدين محمد الشافعي (ت ٧٨٦ هـ).
١٧٨. الكرمي: مرعي بن يوسف المقدسي (ت ١٠٣٣ هـ).
١٧٩. الكليني: محمد بن يعقوب بن إسحاق الرازي (ت ٣٢٩ هـ).
١٨٠. الماجشون: يعقوب بن أبي سلمة التميمي (ت ١٦٤ هـ).
١٨١. الماجشون: عبدالعزيز بن عبدالله بن أبي سلمة (ت ١٦٤ هـ).
١٨٢. المظفر: محمدرضا بن محمد النجفي (ت ١٣٨١ هـ).
١٨٣. المازندراني: موسى بن مهدي الحسيني (معاصر).
١٨٤. مالك: أبو عبدالله مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩ هـ).
١٨٥. المحقق الحلي: أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (ت ٦٧٦ هـ).
١٨٦. المحقق السبزواري: محمد باقر بن محمد مؤمن (ت ١٠٩٠ هـ).
١٨٧. المحقق الكركي: نور الدين علي بن عبدالعالي العاملي (ت ٩٤٠ هـ).
١٨٩. مذكور: محمد سلام (معاصر).
١٩٠. المراغي: عبدالفتاح بن علي الحسيني (ت ١٢٤٦ هـ).
١٩١. المرتضى: الشريف علي بن الحسين الموسوي (ت ٤٣٦ هـ).
١٩٢. مرعي بن يوسف الحنبلي (ت ١٠٣٣ هـ).
١٩٣. المرفغيتاني: برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر عبدالجليل الراشدي الحنفي (ت ٥٩٣ هـ).
١٩٤. مسلم: مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت ٢٦١ هـ).
١٩٥. المفيد: محمد بن محمد بن المعلم الحارثي البغدادي (ت ٤١٣ هـ).
١٩٦. المقدسي: أبو البركات محمد بن أبياس (ت ٩٣٠ هـ).
١٩٧. المقدسي: أبو محمد عبدالله المصري (ت ٥٨٢ هـ).

١٩٨. المقدسي: شرف الدين موسى الحنبلي (ت ٩١٨ هـ).
١٩٩. ملاخسرو: محمد بن فرامور الحنفي (ت ٨٨٥ هـ).
٢٠٠. المواق: أبو عبد الله محمد بن يوسف العبيدي المالكي (ت ٨٩٧ هـ).
٢٠١. الميلاني: هادي بن جعفر الحسيني (ت ١٣٩٥ هـ).
٢٠٢. النسائي: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني (ت ٢٧٥ هـ).
٢٠٣. التجاشي: أحمد بن علي بن أحمد بن العباس التجاشي (ت ٤٥٠ هـ).
٢٠٤. التراقي: أحمد بن محمد بن مهدي بن أبي ذر الكاشاني (ت ١٢٤٥ هـ).
٢٠٥. التاتيني: الحسن بن عبد الرحيم الفروي (ت ١٣٥٥ هـ).
٢٠٦. النجفي: محمد حسن بن باقر (ت ١٢٦٦ هـ).
٢٠٧. التراقي: محمد بن أبي ذر الكاشاني (ت ١٠٢٩ هـ).
٢٠٨. الثوري: محمد حسين بن محمد تقي (ت ١٣٢٠ هـ).
٢٠٩. النوري: أبو زكريا يحيى بن شرف الدمشقي (ت ٦٧٧ هـ).
٢١٠. النوري: محي الدين يحيى الدمشقي (ت ٦٧٧ هـ).
٢١١. الوحيد: باقر بن محمد أكمل البهبهاني (ت ١٢٠٦ هـ).
٢١٢. الهمداني: الحسن بن أحمد (ت ٣٥٠ هـ).
٢١٣. الزدي: محمد كاظم بن عبد العظيم الطباطبائي الحسيني (ت ١٣٣٧ هـ).
٢١٤. ياقوت الحموي: شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي البغدادي (ت ٦٢٦ هـ).
٢١٥. الدمشقي: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن العثماني.
٢١٦. الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت ١٢٣٠ هـ).
٢١٧. الهيثمي: أحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن علي نور الدين بن حجر الهيثمي المكي (ت ٩٧٤ هـ).

فهرس الآيات

- إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا. وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَنْفُقُوا. ٢٦
- ١٢١ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ. ١٢١
- أَوْ عَذَلْ ذَلِكَ جِيسَامًا. ١٢١
- وَحِزْأَوْ سَيِّئَةً سَيِّئَةً يَنْفُلُهَا. ١٢١
- وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ. ١٠٧، ٩
- ١٨ أَلَمْ آتِ الْبَشَرُ زَيْنَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا. ١٨
- وَلَعَنَ جَاءَ بِهِ جَهْلٌ يَمِيزُ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ. ١٤٠
- يَمْثَلْ مَا آغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ. ٢١٧
- وَمَا أَوْسَيْتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا. ٥
- رَبَّنَا لَا تُرِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا. ٥
- فَعَنِ آغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَعَاغْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا
- وَمَا مِنْ دَائِي فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ يَرْزُقُهَا. ١٠٣
- أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ. ٨٠، ٨١، ١١٨، ١٤٥، ١٤٨.
- هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا. ٢٨
- ٢٣٥، ٢٠٥، ١٩٥
- يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ.
- لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا. ٥، ١٦
- لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ. ٤٥
- ١٤٥، ١١٩
- مُخَصَّنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ. ٣٢

فهرس الموضوعات

٧	ملخص الرسالة
٩	المقدمة
١٠	أهمية البحث
١٨	تمهيد
١٨	تعريف المال وأقسامه
١٩	المبحث الأول: تعريف المال
١٩	المطلب الأول: المعنى اللغوي للمال
٢٠	المطلب الثاني: المعنى الاصطلاحي للمال
٢٥	أدلة جمهور الفقهاء على مالية المنافع
٢٨	الاتجاه الثاني: تعريف المال عند فقهاء الحنفية
٣٠	أدلة فقهاء الحنفية على عدم مالية المنافع
٣١	تعريف المال عند الفقهاء المحدثين
٣٢	المطلب الثالث: تعريف المال في القانون المدني
٣٣	المبحث الثاني: تقسيم المال
٣٤	النفس الأول: المال المتقوّم



- ٣٥..... المال المتقوم في القانون المدني
- ٣٥..... القسم الثاني: المال غير المتقوم.....
- ٣٦..... الرأي الأول: مال متقوم للذمي.....
- ٣٧..... الرأي الثاني: مال غير متقوم للذمي.....
- ٣٧..... الشيء غير المتقوم في القانون المدني.....
- ٣٨..... أولاً: المقار.....
- ٣٩..... القانون المدني.....
- ٣٩..... ثانياً: المنقول.....
- ٤٠..... القانون المدني.....



- ٤٥..... الفصل الأول: تعريف المال المثلي والقيمي.....
- ٤٥..... المبحث الأول: تعريف المال المثلي.....
- ٤٥..... المطلب الأول: المعنى اللغوي للمثل.....
- ٤٦..... المطلب الثاني: تعريف المال المثلي اصطلاحاً.....
- ٤٨..... الاتجاه الأول: تعريف المال المثلي من حيث الماهية.....
- ٤٩..... شرح التعريف [بما يأتي].....
- ٥٣..... الاعتراضات على التعريف وأجوبتها.....
- ٥٥..... الاعتراضات كمالتي.....
- ٥٧..... الاعتراضات.....
- ٥٩..... الاعتراضات على التعريف.....
- ٦١..... الاتجاه الثاني: تعريف المال المثلي من حيث ماهيته وأحكامه.....

٦١.....	الاعتراضات
٦٢.....	الاعتراضات
٦٤.....	المطلب الثالث: تعريف الفقهاء المحدثين
٦٤.....	الاعتراضات
٦٦.....	المبحث الثاني: تعريف المال القيمي
٦٦.....	المطلب الأول: المعنى اللغوي للقيمة
٦٧.....	المطلب الثاني: تعريف المال اقيمي اصطلاحاً
٦٩.....	أمثلة المال القيمي
٦٩.....	تعريف المال المثلي و القيمي في القانون
٧٢.....	الفصل الثاني: معاملة المال المثلي و المال القيمي و شروطهما و أركانهما
٧٢.....	المبحث الأول: المعاملة في المال المثلي
٧٢.....	المطلب الأول: الصفات التي تمتد فيها المعاملة
٧٧.....	القانون المدني
٧٨.....	المطلب الثاني: المعاملة المجترة في الشرع
٧٨.....	النوع الأول: المعاملة العقلية أو المنطقية
٧٩.....	النوع الثاني: المعاملة اللغوية
٧٩.....	النوع الثالث: المعاملة العرفية
٨١.....	النوع الرابع: المعاملة المقاصية
٨٢.....	المبحث الثاني: شروط و أركان المال المثلي و القيمي
٨٢.....	المطلب الأول: شروط المال المثلي و القيمي
٨٣.....	الفرع الأول: شروط المال المثلي
٨٦.....	الفرع الثاني: شروط المال القيمي

- المطلب الثاني: أركان المال المثلي و القيمي ٨٦
- الفرع الأول: أركان المال المثلي ٨٦
- الفرع الثاني: ركن المال القيمي ٨٧
- المبحث الثالث: حصر الأموال المثلية و الأموال القيمية ٨٨
- المطلب الأول: حصر الأموال المثلية ٨٨
- حصر الأموال المثلية في القانون ٩٠
- المطلب الثاني: حصر الأموال القيمية ٩٠
- حصر الأموال القيمية في القانون المدني ٩١
- تقسيم المال القيمي ٩٢
- المبحث الرابع: اختلاف المال المثلي و القيمي حسب الظروف الطارئة ٩٣
- القانون المدني ٩٥
- الفصل الثالث: خلافة المثل أو القيمة للمضيق ٩٧
- المبحث الأول: الضمان قبل تعذر المضمون ٩٧
- المطلب الأول: الأصل دفع العين ٩٧
- دلالة الحديث ١٠٢
- ثانيها: الإجماع ١٠٦
- ثالثها: الأدلة العقلية ١٠٦
- المطلب الثاني: الأصل رد المثل أو القيمة ١٠٩
- القانون المدني ١١٦
- المبحث الثاني: ضمان بعد تعذر رد العين ١١٧
- المطلب الأول: الأصل في الضمان المثل ١١٧
- أولاً: الأدلة النقلية ١١٨

١٢٠ ويرد على الاستدلال بهذه الآية بما يأتي

١٢٢ (ب) الأحاديث الشريفة

١٢٤ دلالة الحديث

١٢٧ (ج) قضاء الفقهاء

١٣١ ثانياً: الأدلة العقلية

١٣٣ و يلاحظ على الدليل

١٣٥ ويرد على الدليل

١٣٨ المطلب الثاني: الأصل في الضمان القيمة

١٣٩ اعترض

١٤٢ المبحث الثالث: تحديد تعريف الذمة في المال المضمون

١٤٣ المطلب الأول: القول بدفع المثل

١٤٤ و يلاحظ على هذا القول

١٤٥ وأدلتهم على ذلك

١٤٥ أولاً: الأدلة العقلية

١٤٧ ثانياً: الدليل العقلي

١٤٨ المطلب الثاني: القول بدفع القيمة

١٤٨ أولاً: الكتاب العزيز

١٥١ ثانياً: الروايات الشريفة

١٥١ (أ) الروايات الدالة على تقويم العبد

١٥٤ ويرد على الاستدلال بالروايات بما يأتي

١٥٤ (ب) روايات تلف وثيقة الرهن و تراد الفضل

١٥٦ ويرد على الاستدلال بهذه الروايات ما يأتي

- ١٥٦..... (ج) روايات الأئمة المنسوبة المبيعة
- ١٥٧..... ويلاحظ على الاستدلال بالروايات ما يلي
- ١٥٨..... (د) ما ورد في رواية أبي ولاد القاضية بضمان البخل بقيمته
- ١٦٠..... (هـ) ما ورد في رواية السقرة التي وجدت مطروحة في الطريق
- ١٦٢..... رابعاً: سيرة الفقهاء
- ١٦٦..... القانون المدني
- ١٦٨..... الفصل الرابع: تزدد المال بين المثلية و القيمة
- ١٦٨..... تمهيد
- ١٧٠..... المبحث الأول: القول بدفع المثل
- ١٧١..... والأدلة على ذلك
- ١٧٣..... المبحث الثاني: القول بدفع القيمة
- ١٧٤..... و يعترض عليه بمايلي
- ١٧٥..... المبحث الثالث: القول بتخيير الضامن أو المالك
- ١٧٥..... المطلب الأول: القول بتخيير الضامن
- ١٧٨..... المطلب الثاني: القول بتخيير المالك
- ١٧٨..... والأدلة على تخيير المالك بين المطالبة بالمثل أو القيمة
- ١٨١..... المبحث الرابع: القول بحكم القرعة
- ١٨٤..... المبحث الخامس: القول بالصلح القهري
- ١٨٥..... المبحث السادس: القول بالتصنيف

الباب الثاني: أحكام المال المثلي والقيمي

- ١٨٩..... الفصل الأول: حكم تعذر المثل

١٨٩.....	المبحث الأول: المراد بالتعذر و الفقدان.....
١٨٩.....	المطلب الأول: التعذر طارئ حسب الأمكنة.....
١٨٩.....	أولاً: تحديد منطقة الفقدان و التعذر بالسوق.....
١٩٠.....	ثانياً: تحديد منطقة التعذر و الفقدان بالبلد.....
١٩٦.....	و يدل على ذلك بعض الروايات.....
١٩٨.....	المطلب الثاني: التعذر حسب الزمان.....
١٩٩.....	المبحث الثاني: ما يثبت في الذمة بعد تعذر المثل.....
١٩٩.....	الاتجاه الأول: بقاء العين في الذمة.....
٢٠١.....	الاتجاه الثاني: ثبوت المثل في الذمة.....
٢٠٣.....	الاتجاه الثالث: انقلاب المثل المتعذر إلى القيمة.....
٢٠٣.....	و اعترض على هذا الاتجاه بما يأتي.....
٢٠٤.....	المبحث الثالث: تفرغ الذمة بدفع القيمة بعد تعذر المثل.....
٢٠٥.....	و أدلتهم على ذلك.....
٢١٠.....	المطلب الأول: توقف دفع قيمة المثل المتعذر على المطالبة أم لا؟.....
٢١٠.....	الرأي الأول: توقف دفع قيمة المثل المتعذر على المطالبة.....
٢١٢.....	الرأي الثاني: كفاية التعذر في تحويل المثل إلى القيمة في الذمة.....
٢١٥.....	المطلب الثاني: القيمة المدفوعة عند تعذر المثل.....
٢١٥.....	أولاً: قيمة المثل المتعذر ابتداءً.....
٢١٥.....	ثانياً: قيمة المثل المتعذر طارئاً.....
٢٢١.....	المبحث الرابع: تشخيص الوقت لتحديد قيمة المثل أو المثلي.....
٢٤٤.....	تحديد قيمة المثل المتعذر في القانون.....
٢٤٥.....	المبحث الخامس: التمكن من المثل بعد دفع القيمة.....

- ٢٤٥..... القول الأول: عدم وجوب دفع المثل واسترداد القيمة
- ٢٤٨..... القول الثاني: وجوب دفع المثل واسترداد القيمة
- ٢٥١..... الفصل الثاني: سقوط و نقصان و زيادة قيمة المثل
- ٢٥١..... المبحث الأول: سقوط المثل عن المالية
- ٢٥١..... المطلب الأول: القول بدفع القيمة
- ٢٥٣..... المطلب الثاني: القول بدفع المثل
- ٢٥٥..... المطلب الثالث: تعيين قيمة المثل الساقط عن المالية
- ٢٥٨..... المبحث الثاني: نقصان قيمة المثل عن قيمة المثلي
- ٢٦٠..... المبحث الثالث: زيادة قيمة المثل عن المثلي
- ٢٦٠..... القول الأول: عدم وجود شراء المثل عند وجوده بأكثر من ثمنه
- ٢٦١..... القول الثاني: وجوب شراء المثل الموجود بأكثر من ثمنه
- ٢٦٧..... الفصل الثالث: العوامل المؤثرة في تحديد قيمة القيمي
- ٢٦٧..... المبحث الأول: قيمة يوم العهدة أو الضمان
- ٢٧٨..... المبحث الثاني: ضمان أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف
- ٢٨٨..... المبحث الثالث: ضمان أعلى القيم إلى ردّ القيمة
- ٢٨٩..... المبحث الرابع: ضمان قيمة يوم التلف
- ٢٩٨..... المبحث الخامس: ضمان قيمة يوم الأداء
- ٢٩٩..... لقانون المدني
- ٣٠٢..... الفصل الرابع: تحديد حقّ المالك باختلاف الأمكنة
- ٣٠٢..... المبحث الأول: تحديد حقّ المالك في المال المثلي حسب الأمكنة
- ٣٠٢..... المطلب الأول: تحديد حقّ المالك في غير الأثمان
- ٣٠٣..... أولاً: قيمة بلد الضمان أو العهدة (النصب و الفرض).

٣٠٦.....	ثانياً: تخيير المالك
٣٠٦.....	ثالثاً: مطالبة المتل في بلد المطالبة
٣١٣.....	المطلب الثاني: مطالبة الأتمان حسب الأمكنة
٣١٤.....	المبحث الثاني: مطالبة القيمة للقيمي حسب الأمكنة
٣١٥.....	مطالبة المال المتلي و المال القيمي حسب الأمكنة في القانون المدني
٣١٨.....	الفصل الخامس: اختلاط و انقلاب المال المتلي و القيمي
٣١٨.....	المبحث الأول: اختلاط المال المتلي و القيمي
٣١٨.....	المطلب الأول: اختلاط المال المتلي بمثله
٣٢٢.....	المطلب الثاني: اختلاط المتلي بأجود منه
٣٢٦.....	المطلب الثالث: اختلاط المتلي بأردأ منه
٣٢٨.....	المطلب الرابع: اختلاط المتلي بغيره
٣٢٨.....	انواع الأول: اختلاط المتلي بغيره و أمكن تمييزه
٣٣٠.....	انواع الثاني: اختلاط المتلي بغيره و لا يمكن تمييزه
٣٣٢.....	المطلب الخامس: خلط المتلي بالماء
٣٣٣.....	المطلب السادس: اختلاط المال القيمي
٣٣٣.....	اختلاط المال المتلي و القيمي في القانون المدني
٣٣٤.....	المبحث الثاني: انقلاب المال المتلي و المال القيمي
٣٣٥.....	المطلب الأول: انقلاب المال المتلي إلى القيمي
٣٣٧.....	المطلب الثاني: انقلاب المال القيمي إلى مال متلي
٣٣٩.....	المطلب الثالث: انقلاب المال المتلي إلى متلي آخر
٣٤٠.....	المطلب الرابع: انقلاب المال القيمي إلى قيمي آخر
٣٤٤.....	الفصل السادس: الفرق بين المال المتلي و القيمي

- ٣٤٤..... المبحث الأول: المقاصة في الأموال المثلية و القيمة
- ٣٤٦..... القانون المدني
- ٣٤٧..... المبحث الثاني: الفرق بين كون الثمن في السلم مثلياً أو قيمياً
- ٣٤٧..... المطلب الأول: اشتراط معرفة مقدار الثمن إذا كان مثلياً في عقد السلم
- ٣٥٠..... المطلب الثاني: عدم اشتراط معرفة مقدار الثمن إذا كان مثلياً في عقد السلم
- ٣٥٢..... القانون المدني
- ٣٥٢..... المبحث الثالث: الثمن المثلي أو القيمي في المراهقة أو التولية أو الوضعية
- ٣٥٦..... المبحث الرابع: الشفعة في المال المثلي و القيمي
- ٣٥٦..... المطلب الأول: تثبت الشفعة إذا كان الثمن مثلياً
- ٣٥٧..... المطلب الثاني: الشفعة فيما إذا كان الثمن قيمياً
- ٣٥٨..... و دليلهم
- ٣٦٢..... و دليلهم على ذلك
- ٣٦٢..... و يرد على الدليل ما يأتي
- ٣٦٥..... القانون المدني
- ٣٦٧..... الخاتمة
- ٣٦١..... المصادر
- ٣٩٥..... تراجم الأعلام
- ٤٠٥..... فهرس الآيات
- ٤٠٧..... فهرس الموضوعات