

مجموعه

# مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت اللہ یثربی «مدظلہ العالی»

«کتاب البيع»

شماره (۴۸)



«ثم إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ كُلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع عليه فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه؛ لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع، وأمّا ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الثمن من القيمة فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمته للملك. والوجه في ذلك حصول التلف في يده...»<sup>١</sup> . [١]

[١] قد مرّ أنّ المشتري إذا كان جاهلاً بالغصبية يشمله قاعدة الضرر والغرر، وأيضاً بعض الروايات المتقدّمة، وبهذا ظهر أنّ كُلّما رجع المشتري إلى البائع لا يرجع البائع إلى المشتري إذا رجع إليه، وأمّا فيما لا يرجع المشتري على البائع كمساوي الثمن من القيمة فيرجع البائع على المشتري إذا غرمته للملك، هذا ما نصّ عليه الشيخ الله ووجّهه بحصول التلف وتحقّقه في يده.

فيقع الكلام في هذه المسألة في مقامين:  
الأول: يبحث عن حكم المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي المتعدّدة.  
والثاني: عن حكم بعض ذوي الأيدي إلى البعض الآخر.

أمّا المقام الأول: وهذا ما تعرّض إليه الشيخ الله هنا مدعياً ظهور المسألة وحكمها مما سبق عن حقّ المالك بعد ردّ المعاملة الفضولية من الرجوع إلى المشتري واسترداد العين أو الثمن وأيضاً غرامة المنافع، وأيضاً ظهر أنّه يحقّ للمشتري في رجوعه إلى البائع ومطالبة الثمن (قيمة العين) فيما زاد عليها، وأيضاً ما غرمته للملك من المنافع المستوفاة

وغير المستوفاة، وقد حَقَّ أَنَّه يَحْقُّ لِلِّمَالِكِ بِدُوَّاً مطالبة البائع والمُشْتَرِي عَلَى حَدِّ سَوَاءِ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى المُشْتَرِي جَازَ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَى البائع وِمَطَالِبِهِ بِمَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الْعَيْنِ وَأَيْضًا الْغَرَامَاتِ، وَأَمَّا إِذَا رَجَعَ الْمَالِكُ عَلَى البَائِعِ فَلَا يَحْقُّ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَى المُشْتَرِي باعتبار أَنَّ قَرَارَ الضَّمَانِ ثَابَتَ عَلَى ذَمَّةِ الْبَائِعِ، وَهُنَّا يَنْشأُ مِبْحَثٌ قَضَيَّةٌ تَعْقِبُ الْأَيْدِي وَالْإِشْكَالُ فِي كَيْفِيَّةِ تَضْمِينِ الْأَيْدِي السَّابِقَةِ وَالْلَّاحِقَةِ.

بِتَوْضِيْحٍ: أَنَّ الْعَيْنَ تَارِيْخَ تَلْفِتَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِيِّ، فَحِينَئِذٍ يَحْقُّ لِلِّمَالِكِ الرَّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِيِّ وِمَطَالِبِهِمَا قِيمَةِ الْعَيْنِ وَالْغَرَامَاتِ (لِلْمَنَافِعِ) وَأَنَّهُمَا يَتَسَاوِيَانِ فِي حَصْوَلِ الْعَيْنِ فِي يَدِهِمَا العَادِيَّةُ الَّتِي هِي سبب الضمان وحصول التلف في يد المُشْتَرِي لا يكون سبباً لرجوع

الْبَائِعِ عَلَيْهِ

وَتَارِيْخَ: يَقُدِّمُ المُشْتَرِي عَلَى إِتَّلَافِ الْعَيْنِ (وَهُنَّا مَا أَفَادَهُ بِقَوْلِهِ: نَعَمْ لَوْ أَتَلَفَ بِفَعْلِهِ رَجَعَ لِكُونِهِ سبباً لِتَتَجَزَّ الضَّمَانُ عَلَى السَّابِقِ) لِاستِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى ذَمَّةِ الْمُتَلَفِّ وَلَا يَحْقُّ لِلْمُشْتَرِيِّ الْمُتَلَفِّ الرَّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ، فَهُنَّا يَرِيدُ الشَّيْخُ الله إِثْبَاتَ الضَّمَانِ عَلَى المُشْتَرِيِّ لِمَكَانِ الْفَرْقِ بَيْنِ التَّلَفِ وَالْإِتَّلَافِ.

فَالْمَتَحَصِّلُ: اسْتِقْرَارُ الضَّمَانِ عَلَى ذَمَّةِ الْلَّاحِقِ (أَيِّ الْمُشْتَرِيِّ الْمُتَلَفِّ) لِكُونِهِ مُتَلَفًا وَقَاعِدَةُ الْإِتَّلَافِ (مِنْ أَتَلَفَ مَالَ الغَيْرِ...) مُقْتَضِيَّةٌ لِاستِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى ذَمَّةِ الْمُشْتَرِيِّ فِي الْمَقَامِ دُونَ الْيَدِ السَّابِقَةِ وَهُوَ الْبَائِعُ الْغَاصِبُ؛ لِأَنَّ ذَمَّةَ الْبَائِعِ وَإِنْ كَانَتْ مُضْمَوْنَةً لِقَاعِدَةِ الْيَدِ وَأَمَّا ذَمَّةُ الْمُشْتَرِيِّ مُضْمَوْنَةً مِنْ جَهَةِ الْيَدِ وَالْإِتَّلَافِ، وَلَذِلِكَ نَرِى فِي كَلْمَاتِهِمْ

الحكم باستقرار الضمان على ذمة المشتري مع أنهما مشترك في السبب وهو اليد، فيلزم أن يبحث عما قالوا في حق البائع بجواز رجوعه إلى المشتري بعد مطالبة المالك عنه.

لا إشكال في أن قاعدة اليد تقتضي ضمان جمع الأيدي وكونها محكومة ومامورة بالردد ، إلا أن هذا يستلزم تعدد الأداء وتعدد الردد مع أن المال واحد، هذا من جانب، ومن جانب آخر إن الإتلاف (العين) يستلزم ثبوت الضمان وضعاً على ذمة مختلف فإذا تعددت الأيدي تعددت الذمم والضمانات مع كون العين واحدة ووحدة ضمان البدل، مع أن المناط الدال على استقرار الضمان هو الاستقرار على عهدة من تلف عنده المال. فالحكم التكليفي (قاعدة اليد) والوضعي (الإتلاف) مقتضاهما ضمان الذممتين أو الذمم.

وأحباب الشيخ رحمه الله بقوله: «معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها ودركتها بعد التلف عليه، فإذا فرضت أيد متعددة يكون العين الواحدة في عهدة كل من الأيدي، لكن ثبوت الشيء الواحد في العهادات المتعددة معناه لزوم خروم كل منها عن العهدة عند تلفه، وحيث إن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد كان معناه تسلط المالك على مطالبة كل منهم بالخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البدل، بمعنى: أنه إذا استوفى أحدهم سقط من الباقى لخروج الباقى عن كونه تداركاً؛ لأن المتدارك لا يتدارك.... ويتتحقق مما ذكرنا: أن المالك إنما يملك البدل على

سبيل البدلية؛ إذ يستحيل اتصاف شيء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلاً عن التالف واصلاً إلى المالك<sup>١</sup>.

هذا تمام كلام الشيخ رحمه الله توجيهها لتعلق الضمان بالذمم المتعددة وأنه يتعدّد بتعديّل الأيدي (أي السبب) وأن الأصل الأولي تعديّل المسبب بتعديّل السبب، إلا أن المضمون لما كان متّصفاً بالبدلية وأنّ ما يلزم دفعه إلى المالك معنون بعنوان التدارك (أي البدل) فيستحيل تعديّل التدارك مع كون الخسارة واحدة، فالمالك وإن كان يملك في ذمة كلّ منهم، إلا أنه ثابت على البدل، فلذلك لا إشكال في تمامية الحكم بتعديّل الضمان مع كفاية الدفع الواحد في السقوط وهذا ثابت برهاناً.

ثمّ أنه تصدّى لتعريف ما أفاده بذكر النظائر في الفقه:

منها: ما أفاده بقوله رحمه الله: «ويمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور حيث إنّه ضمّ ذمة إلى ذمة أخرى»<sup>٢</sup> (خلافاً لمذهب الخاصة وأنّهم يعتبرون الضمان من باب تضمين الذمة وأنّه بمجرد الضمان تبرأ ذمة المضمون) والحاصل: أنّ المضمون عندهم واحد وإن قالوا بتعديّل الذمم الضامنة.

منها: ضمان عهدة العوضين لكلّ من البائع والمشتري (كما في الإيضاح) ومراده ضمان شخص ثالث عن المشتري للبائع عهدة الشمن وأيضاً ضمانه عن البائع عهدة المثمن (لو ظهر كون الشمن أو المثمن

<sup>١</sup>. كتاب المكاسب: ٣: ٥٠٧-٥٠٥.

<sup>٢</sup>. كتاب المكاسب: ٣: ٥٠٧.

للغير، أو انكشاف بطلان البيع) فهنا اجتمعت الذمتان: ذمة الضامن مع ذمة البائع، أو ذمة الضامن مع ذمة المشتري، بمعنى: أنه يجوز للبائع الرجوع على المشتري وإلى الضامن ابتداءً، وكذلك يجوز للمشتري الرجوع على البائع وإلى الضامن ابتداءً.

منها: ضمان الأعيان المضمونة (على ما استقر به في «التذكرة»<sup>١</sup> وقواه في الإيضاح) كما إذا ضمن شخص في مال المعاشر وضمن الآخر ضمان الشخص الأول، فيجوز لصاحب العين الرجوع على كلّ منهم.

ومنها: ضمان الإثنين لواحد، كما اختاره ابن حمزة<sup>٢</sup> وحكي عن العالمة<sup>٣</sup>: أنه نفى المنع من ضمان الإثنين على وجه الاستقلال، وتوضيح مراده: أنه لا مانع من أن يضمن كلّ واحد منهما للملك ما هو في ذمة الغير في عرض الآخر لا في طوله حتى يستلزم ضمان أحدهما للملك وكون الآخر ضامناً للضامن.

ومنها: ونظيره في العبادات الواجب الكفائي.

بتوضيح: أنّ الجميع مكلّفون بتجهيز الميت ويسقط عن الجميع بقيام أحد المكلّفين، ففي المقام كذلك (أي ضمان الإثنين أو الأكثر عن الواحد بنحو الاستقلال) فيجوز للمضمون له (أي الملك) الرجوع على كلّ منهم ما ضمنه، فإذا أداه سقطت المطالبة عن الآخر.

<sup>١</sup> . تذكرة الفقهاء ٢ (ط.ق): ٩٢.

<sup>٢</sup> . الوسيلة: ٢٨١.

<sup>٣</sup> . حكاية عنه الفخر في الإيضاح: ٢: ٨٩.

ومنها: في الأموال: ضمان ذمة الغاصب من الغاصب، بتوسيع: أنّ ذمة الغاصب الأول مضمونة (بالإجماع) وكذا الغاصب الآخر ضامن هذا وما أفاده تقرير وتسهيل لتعقل تعدد الذمم الضامنة مع وحدة المضمون، ولا سيّما ما ذكره من العامة.

إلا أنّ المحقق النائي<sup>رحمه الله</sup> أشكل عليه بقوله<sup>رحمه الله</sup>: «ولا يخفى ما فيه من الفساد، وذلك لعدم صحة تعدد الضمان العرضي ثبوتاً ولا إثباتاً وفساد ما ذكره من النظائر بالمنع عن تلك النظائر إما من حيث الصغرى وإما من حيث الكبرى».

أمّا استحالة تعدد الضماناء عرضاً ثبوتاً: فلأنّ الذمة في عالم الاعتبار تكون في حكم أين خارجي (مكان) يستقرّ فيه المال، إلا أنّ الذمة لمكان اعتباريتها وسيعة تسع كلّ شيء يصح اعتباره فيها، ولهذا يقال بأنّها بيدة واسعة، فكما أنّه لا يعقل قرار مال واحد في مكانيين عرضاً لأنّ يكون قراره في أحدهما بعين قراره في الآخر وفي عرضه فكذلك لا يعقل قرار مال واحد في ذمة في عرض استقراره في ذمة أخرى بعين استحالة قراره في مكانيين خارجين، وهذا على ما هو التحقيق في باب الأحكام الوضعية من قابلية تعلّق الجعل بها استقلالاً وأنّ الضمان حكم وضعية مجعل مستقلّ بالجعل، لا أنّه منزع عن الحكم التكليفي نعم، على القول بالانزعاع عن التكليف يمكن تكليف شخصيتين أو أشخاص بالأداء على نحو الواجب الكفائي، فينتزع منه وضع، وهو الضمان على نحو التصوير الكفائي حسب منشأ انزعاعه، لكنّ القول بانزعاع الضمان

عن التكليف فاسد، وهو (أي الشيخ رحمه الله) لم يتكلّم في المقام على ذلك الفرض. وبالجملة: فعلى ما هو التحقيق في باب الضمان فلا يتصرّر تصوير النحو الواجب الكفائي فيه»<sup>١</sup>.

توضيح مراده: إنّ ما ذكره وتصوّره الشيخ رحمه الله لضمانات متعدّدة عرضية فاقدة للطولية والترتيب لمضمون واحد على نحو الواجب الكفائي ممنوع؛ لأنّ الضمان على النحو المذكور إنّما هو متصرّر في الواجبات التكليفيّة دون الوضعيّات كالضمان، فضمان الذمّ المتعدّدة في عرض واحد باطل ثبوتاً وإثباتاً، أمّا ثبوتاً، فلأنّ لازم القول بضمان ذمّتين في عرض واحد بالنسبة إلى مال مضمون واحد هو عدم الضمان، وهذا يستلزم أن يكون وجود الشيء علة لعدمه، وهو محال.

بيان الملازمة: أنّ الضمانات العرضية المذكورة مبتنية على اعتبار المال الواحد مضموناً في ذمّ متعدّدة، وبما أنّ نسبة الذمّة إلى ما في الذمّة نسبة الظرف إلى المظروف والمكان وما فيه (من المكين) فكما يتسلّح اعتبار وجود مال في مكانين كذلك يستحيل فرض قيام مال واحد في ذمّتين واعتبار ضمانهما لمال واحد؛ لاستحالة اجتماع تعدد ما في الذمّة مع وحدة المال، هذا أولاً.

وثانياً: إنّ مفهوم الضمان العرضي هو ضمان كلّ ضمان بشرط عدم ضمان الآخر، بمعنى: أنّ ضمان الضامن الأول مشروط بعدم ضمان

<sup>١</sup> . المكاسب والبيع : ٢٨٣-٢٨٤

الثاني وهكذا بالنسبة إلى الضامن الثاني، ولازمه عدم الضمان، فمن وجود كلّ منهما عدم الوجود العرضي له؛ بداعه أنّ الضمان اليد الأولى مشروط بعدم ضمان اليد الثانية، وأنّ اليد الأولى ضمانها مستقلّة في ظرف عدم الأخرى وهكذا، فالنتيجة: يستلزم أن يكون وجود الشيء علة لعدمه، فيستحيل تحقق الضمانات العرضية.

وبعبارة أخرى أوضحه شيخنا الأستاذ دام ظله: أنه لا مجال لتعقل كون عدم شيء شرطاً للآخر إلا أن يكون وجوده مانعاً، إذ مع فرض عدم مانعية وجوده يستحيل اعتبار عدمه شرطاً، ولذلك لو اعتبرنا اشتراط ضمان اليد الأولى لعدم ضمان اليد الثانية، فإنّ ذلك يعني أنّ ضمان اليد الثانية يعدّ مانعاً وعدمه شرطاً لضمان الأولى وتكون النتيجة استحالة تحقق الضمانات العرضية؛ لأنّ ضمان كلّ يد وذمته يكون مانعاً لضمان اليد الأخرى، فلا محالة يبطل الضمان العرضي.

هذا و قال رحمه الله في ردّ كلام الشيخ من حيث الإثبات بقوله: «وأماماً عدم ما يدلّ عليه إثباتاً فلما سنووضحه من أنّ أدلة الضمان في صورة تعدده تدلّ على الضمان الطولي الذي هو بممكان من الإمكان ثبوتاً...»<sup>١</sup>.

وقد أوضح ما ذكره هنا بعد بيان أسباب الضمان: قائلاً «وأماماً بحسب مرحلة الإثبات، فالمعنى (بعد بطلان الضمان العرضي ثبوتاً) هو الاحتمال الأخير، وذلك لوجوه:

**الأول:** استحالة الضمان العرضي مع تعدد الضمناء بالبيان المتقدم؛ حيث أثبتنا استحالة كون مال واحد في ذمةتين عرضاً، كاستحالة قراره في مكائن خارجين.

**الثاني:** انحلال عموم على اليد بأحكام متعددة حسب تعدد موضوعاتها، واحتصاص كل حكم بموضوعه بماله من الخصوصيات وقد تقدم شرحه (من اللون وجود المنفعة وعدمها ومع البدل وعدمه).

**الثالث:** إطلاق دليل على اليد، فإنّ مقتضى إطلاقه اشتغال ذمة كل ذي يد بما حصل عنده على ما هو عليه، فتجريده المال عن كونه في ذمة الضامن الأول وإثباته في ذمة الضامن الثاني مجرّداً عن تقييده بشبوته في ذمة الأول كما كان ثابتاً في ذمة الأول مجرّداً عن التقيد بشبوته في ذمة أخرى يحتاج إلى مقيد لإطلاق دليل اليد مفقود حسب الفرض ومع عدم ما يوجب التقيد يكون المحكم هو الإطلاق<sup>١</sup>.

توضيح مراده في الوجه الأول والثاني بعد استحالة الضمان العرضي هو أنّ مدلول دليل «على اليد» اقتضاء الضمان بمجرد تحقق الاستيلاء. وفي الثالث: إنّ إطلاق دليل «على اليد» يقتضي اشتغال ذمة المستولي على المال مع جميع الخصوصيات الفردية والنوعية، فيما أنّ المال قبل الاستيلاء كان مالاً للمالك وبعد الاستيلاء ينتقل إلى ذمة المستولي الأول، وحينما ينتقل إلى اليد الثانية يكون هو الضامن للمال المضمون سابقاً دون الضامن الأول، فيعد ضمان الثاني في طول الأول

وهكذا... فكما تعددت الأيدي يكون ضامناً للمالك ولما في ذمة الأيدي السابقة، وبهذا الطريق ثبوتاً وإثباتاً يمكن تصوير الضمانات المتعددة لمال واحد (ضمنون واحد) ويترتب عليه جواز رجوع المالك إلى كلّ واحد من الضمناء فيما إذا كان السبب للضمان هو اليد.

وأورد عليه: بأنّ استحالة الضمان العرضي وكون الضمنون الواحد في ذمم متعددة تتمّ فيما إذا كان المحال المتعددة واقعية حيث يستحيل حلول الشيء الواحد في المحال المتعددة، وأمّا مع اعتبارية تعدد المظروف فلا استحالة في ذلك.

ويمكن الجواب: بأنّا سلّمنا أنّ الذمة من الأمور الاعتبارية العقلائية، إلا أنّ تعددتها واقعية حقيقة، بمعنى: أنّ ذمة زيد وعمرو وأمران اعتباريان لكن تعددهما واقعية وليس باعتبارية، ولذا لا مانع من اعتبار كون المظروف واحداً والظرف متعدداً بشرط كون الظرف اعتبارياً - كما فيما نحن فيه - وبعبارة أخرى: سلّمنا أنّ المتعدّد اعتباري ولكن التعدد حقيقي.

نعم لا يبعد القول في ذيل كلام النائيني ورداً عليه بضرورة التفكيك بين الظرف الاعتباري الواقعي وعدم جواز الخلط بينهما من حيث إنّ الشيء قد يفرض له الوجود الاعتباري ولكن لو فرض متعدداً، فإنّ تعدده لا يكون اعتبارياً، فيندرج في الأمور الواقعية ويترتب عليه آثارها، والنتيجة صحة الضمانات المتعددة العرضية.

وأمّا الدليل الإثباتي: إنّ ما يستفاد من قاعدة «على اليد» تحقق الضمان العين على اليد المستولية عليها بذمة المستولي مع وجودها

وتعلّق الضمان بعد تلفها بالمثل أو القيمة، إلّا أنّ العين مادامت موجودة فهي بنفسها متعلّقة بالذمّة وعند التلف، تارة نقول: بانتقال الضمان إلى المثل أو القيمة، وتارة نقول: بأنّ العين متعلّقة بالذمّة إلى حين الأداء، فإن كانت مفقودة أو متعذّرة تنتقل إلى المثل أو القيمة حتى أنّ المحقّق الآخوند<sup>الله</sup> قال: إنّ العين متعلّقة للضمان حتى مع تلفها، لكن عند الدفع يدفع المثل أو القيمة، إلّا أنّ اعتبار تعلّق العين والمثل والقيمة جمِيعاً من حين الاستيلاء ممنوع؛ لأنّه بعد تعلّق الأصل بالذمّة يستحيل تعلّق بده (من المثل أو القيمة) فبالتالي: الالتزام باشتغال الذمّة من حين الاستيلاء (بالعين والمثل والقيمة) وأنّ فعليتها يدور مدار مطالبة المالك، ممنوع<sup>١</sup>.

هذا مضافاً إلى أنّ غاية ما أفاده الآخوند<sup>الله</sup> أنّ اليد الأولى استولت على المال المجرد عن الخصوصية، ولكنّ اليد الثانية استولت على العين الموصوفة بوصف وهي العين المضمونة باليد الأولى، وبهذا يمكن تصوير تعدد الضامن والمضمون وإمكان إجتماعهما طولاً. ولكن هذا المقدار من الاختلاف لا يؤثّر في رفع المشكلة؛ لأنّ السبب في ضمانهما هي اليد الغاصبة ولا فرق بين الغاصب الأول والثاني؛ لكونهما ضامنين لمال واحد، فيعود الإشكال.

<sup>١</sup> . حاشية المكاسب (للآخوند<sup>الله</sup>): ٨٢-٨٣

وأورد على كلام النائيني رحمه الله المحقق الخوئي بقوله: «إنَّ ما أفاده شيخنا الأُسْتاذ رحمه الله ليس بصحيح من حيث البناء والمبنى، أمَّا من حيث المبني فإنَّه قد بنى في تصوير الواجب الكفائي على أنَّ الواجب وإنْ كان شيئاً واحداً، إلَّا أنَّ الخطاب متوجَّه إلى جميع المكلَّفين، فلا بدَّ لكلَّ واحد منهم إتيانه، ولكن مع إتيان الواحد سقط عن الباقيين، (بتوضيح: أنَّ ما أفاده يخالف ما اختاره؛ حيث إنَّ الإرادة على أقسام ثلاثة: المطلقة والمشروط والمرددة):

فالأُول: ما هي حاصلة في جميع الواجبات المطلقة التي لا شرط فيها.  
وأمَّا الثانية: ما هي حاصلة في جميع الواجبات المشروط، كاشتراط الصلاة بوقت الطهارة...».

وأمَّا المرددة: فهي إمَّا كان وجود المتعلق قائماً بالإرادة المرددة مع تعين المراد كالواجب التخييري، وإمَّا كان وجود المتعلق قائماً بالإرادة المرددة مع تردد المراد، كالواجب الكفائي، وقد عرَّف في الأصول بالواجب المقيد وجوب كلِّ عدل منه بعدم أداء الطرف الآخر، لكنَّه خالف مختاره الأصولي في الفقه، وقال في الواجب الكفائي بنحو الاشتراط، وكيف كان يكون غرض المولى قائماً بإتيان كلِّ واحد من المكلَّفين، فيستحيل أن يأمر أحدهم بإتيان بالخصوص وتعيين شخص خاصٌّ مع كون الواجب واحداً، فليس معنى ذلك أنَّ وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر).

ثم قال عليه السلام: « لو سلّمنا مبناه فبنائه عليه ليس ب صحيح، وذلك فإنّ ما ذكره من المحذور من أَنَّه لو كان الضمان على نحو الواجب الكفائي، فللازم عدم ضمان كُلّ منها، فيلزم انعدام الضمان، إنّما يلزم لو كان الضمان مقيّداً بعدم الضمان الآخر، ووجوب الضمان على الآخر مقيّداً بعدم الضمان على هذا، فعليه لا يختصّ المحذور بباب الضمان، بل يجري في الواجب التكليفي أيضاً، فإنّه يقال: لو كان الواجب الكفائي كصلة الميت مثلاً مقيّداً بعدم كونها واجبة على الآخر وبالعكس، فيلزم أن لا يكون هنا واجب أصلّاً، ولكنّ الأمر ليس كذلك، فإنّه عليه السلام التزم في الواجب الكفائي بناءً على صحة المبني أَنَّ الواجب على هذا الشخص مقيّد بعدم إتيان الآخر مع الوجوب عليه، لا بعدم كونها واجبة على الآخر وإنّ فالمحذور موجود في المقامين، وعن المقام إذا قلنا: إنّ الضمان على هذا مقيّد بعدم إتيان الآخر لا بعدم الضمان الذي هو مثل عدم الوجوب على الآخر في التكليف فلا يلزم المحذور، ولا ينافي بكون الواجب على كُلّ مكلّف وجميعهم، ولكنّ الواجب مقيّد بمعنى: أنّ كونها واجبة على زيد مقيّدة بعدم إتيان الآخر على الآخر، يلزم المحذور، ولكن لازمه الالتزام بمثله في التكليفيات أيضاً، وإن كان مقيّداً بعدم إتيان الآخر، فلا يلزم فيه محذور بوجه حيننٍ، وهكذا في باب الضمان، فإنّه مطلق وثابت لـكُلّ من وضع يده على المال وإنّما الخروج عن العهدة مقيّد، أي لزوم أن يخرج هذا عن عهدة الضمان

مقيّد بأن لا يكون الآخر خارجاً عن عهده، وإلا فيسقط حق المالك بأداء واحد عن الباقيين، كما لا يخفى.

وبالجملة: ثبوت الضمان على هذا لو كان مقيّداً بعدم الضمان... وإن كان يظهر من بعض كلمات العلامة ذلك، ولكن لعل مراده من ذلك نفي الضمان عن كلّ منهم استقلالاً...».

ثم إنّه قال عليه السلام في نهاية المطاف: «فتحصل: أنّ هنا ضمان متعدّدة لمال واحد، فلا يلزم من ذلك التعدّد كون قران واحد صاحب أبدال كثيرة، بل صاحب بدل واحد ينطبق على الكلّ على سبيل البدالية»<sup>١</sup>.

وحاصل كلام العلمين رحمهما الله: ثبوت تعدد الضماناء وإن كان المضمون واحداً، كما ذهب إلى ذلك الشيخ الأعظم رحمه الله، إلا أنّ الشيخ كما مرّ يستفاد عنه ثبوت الضمان على الضمان على نحو العرضية بمعنى: أن يكون قرار الضمان (البدل) في ذمة الضامن الثاني مع قطع النظر عن ثبوت البدل في ذمة الضامن الأول، فيكون الضامن الثاني ضامناً للملك في عرض الضامن الأول، وأصرّ المحقق النائيني رحمه الله نسبة ذهاب الشيخ إلى الضمان الطولي (على ما فسّره في كلامه) من أنّ الثابت من البدل في ذمة الضامن الأول بماليه من لون الشبّوت ثابت في ذمة الثاني ويكون ذمة الثاني مخرجاً لـما في ذمة الأول.

<sup>١</sup> . مصباح الفقاهة ٤: ٣٧٢-٣٧٤

ووجه ما نسبه إلى الشيخ رحمه الله بما في عبارة الشيخ: «... فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل...»<sup>١</sup>.

إلا أن النائيني رحمه الله كأنه رجع عما أفاده من النسبة الطولية إلى الشيخ بما أشكل عليه قائلاً: إن تصوير الضمانات عرضية على النحو الواجب الكفائي ممنوع ثبوتاً وإثباتاً.

وأما السيد الخوئي قد مر ايراده على شيخه رحمه الله مبني وبناءً، وأما من حيث المبني، فإنه أشكل عليه: بأن توجيه الواجب الكفائي بتوجيه التكليف إلى جميع المكلفين وإن كان الواجب شيئاً واحداً ولا بد لكل واحد منهم إتيانه، ومع إتيان الواحد سقط عن الباقي، واستناده لاشتراط الوجوب على الواحد بعدم وجوبه على الآخر كما يقول به في الضمان غير تام، مضافاً إلى أنه مخالف لمبناه المختار في الأصول.

وأما من حيث البناء، وقد مر أن الضمان ثابت للكل، والخروج عن العهدة مقيد.

ولكن الإشكال: أنا وإن سلمنا تصوير تعلق التكليف بالكلي في الواجب الكفائي، إلا أنه لا يعقل ذلك في باب الضمان؛ لأن موضوع الضمان قائم بالشخص، سواء قلنا بأن مبني تحقق الضمان قاعدة الإتلاف، أو الغرور، أو اليد، أو أقوائية السبب عن المباشر؛ لأن اعتبار ضمان الإتلاف الصادر عن الشخص للكلي معناه استلزم تعلق الضمان

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥٠٨

بالطبيعي مع صدور الفعل عن الشخص، وهكذا بالنسبة إلى قاعدة اليد فإنّ موضوع الضمان فيها هي اليد المسئولة على العين لا الطبيعة وأنّ المستولي هو الشخص دون الطبيعة.

ولا يقاس المقام مع ملكية الكلّي؛ لأنّ الملكية قائمة باعتبار المعتبر سواء كان هو الشارع أو العرف يعني يعتبر العرف الملكية بعنوان الكلّي كالأوقاف والوصايا العامة الموضوعة للعناوين الكلّية، كالعالم والفقير والصادقة، أو يعتبر الشارع عناوين عامة طبيعية كعنوان الفقير وابن السبيل فالمالك في هذه العناوين هو العنوان الكلّي ذات مصاديق كثيرة ولا مانع من ذلك؛ لأنّ سبب الملكية حاصل بجعل الجاعل واعتباره، فتارة يجعله الكلّياً، وتارة جزئياً، فإذا جعل الكلّياً كانت مصاديقه كلّي الأفراد المنطبقة عليها العنوان المجعل، وأمّا إذا كان السبب المجعل جزئياً قائماً بالشخص لا يعقل فرض المصاديق المجعلة كلّياً.

هذا مضافاً إلى أنّ بهذا لا تتحلّ مشكلة تعدد الضماناء ووحدة المضمون؛ لأنّ أداء الفرد الموجب لسقوط الضمان الكلّي فرع اشتغال ذمة الفرد وضمانه، مع أنّ الضمان استقرّ على الكلّ.

وكيف كان يشكل تصوير الضمانات بنحو الواجب الكفائي وبعد التسلّم فهو غير كاف لدفع الإشكال؛ لأنّ الأداء وعدم الأداء فرع لثبوت الضمان، ومادام لا ضمان لا يعقل تتحقق موضوعي الرد والأداء.

وبعد اختيار القول (في كلام النائي بِهِ اللَّهُ) ضمان اليد الثانية و... بشرط عدم الأداء لم يتحقق موضوع الضمان؛ لأنّ ضمان كلّ فرد موقوف على عدم أداء الآخر وبالعكس، بمعنى: أنّ ضمان الأول متوقف على عدم

أداء الآخر الذي هو متفرع على ضمان الأول، وهذا مما يستلزم الدور المحال (دور مع الواسطة: لتوقف ضمانه على عدم ضمان الأول وكذلك الأمر في الطرف الآخر؛ لأنّ ضمان كلّ طرف متفرع على ضمان الطرف الآخر).

فالمشكلة (تعدد الضماناء ووحدة المضمون) باقية.

وتصدّى المحقق الآخوند بقوله لله بقوله للله: «والتحقيق أن يقال: إن قضية على اليد ليس إلا كون المأخذ في تعاقب الأيدي العادية في عهدة كل واحدة منها عيناً، كما إذا كانت وحدها وهي ليست إلا اعتبار خاص عقلائي له منشأ مخصوص وله آثار خاصة من وجوب رد العين عيناً لو كانت اليد واحدة، وكفائياً لو كانت متعددة، ووجوب التدارك بالبدل مع تعدد ردّها أو تلفها من دون اشتغال الذمة به أصلاً، لا حال التمكّن من الردّ، كما هو واضح، ولا حال التعذر أو التلف، وذلك لبقاء ضمان العين وعهتها لعدم مجيء الغاية وهي التأدية، ولذا يجب في صورة التعذر لو تدارك رد العين نفسها إذا تمكّن منه، وكذلك مع التلف لو اتفق على خلاف العادة تمكّنه من ردّها، ومعه لا وجه ولا سبب لاشتغال الذمة ببدلها، كما لا يخفى كي يلزم اشتغال الذمة المتعدد ببدل واحد المستلزم لكون المتعدد بدلًا عن الواحد، ولا يكاد يكون بدل الواحد إلا الواحد، وأمّا كون الواحد في عهدة المتعدد بحيث يجب على كلّ واحد

كفائيًّا ردَّه إلى مالكه، وتخير المالك في الرجوع إلى الكلٌ فهو بمكان من الإمكان كما هو قضية على اليدين...»<sup>١</sup>.

وحاصل مراده: إنَّه لم يلتزم باشتغال الذمة ببدل العين التالفة ليستلزم اشتغال الذمم المتعددة الملزمة للأبدال العديدة بعد كون العين التالفة واحدة، بل يقول بأنَّ متعلق الضمان هي العين بنفسها وهي الموضوع لتكليف العيني إذا كانت اليد المسئولة واحدة، ومع التعدد يكون جميع الأيدي موضوعة للتكميل، فلا إشكال حينئذٍ.

ولكنَّ السؤال: إنَّه كيف فرض تعلق الضمان بالعين بعد تلفها نعم بمقتضى (على اليدين) يعقل فرض ضمان العين مع وجودها، وأمَّا بعد التلف كيف يفرض تعلقها بالذمة بعد استحالة ردَّها، فلذلك يقال بتضمين العين بالبدل من المثل أو القيمة، ومع التنزيل والقول بضمان العين التالفة ولزوم الرجوع إلى دفع البدل عند الأداء، فالسؤال والإشكال باق من جهة التكميل بعد كون المفروض وحدة العين، وهذه يستلزم وحدة الردِّ تكميلًا من دون أن يتعدد، وهذا واضح؛ لأنَّ الأيدي المتعاقبة جميعها ضامنة للعين بمقتضى قاعدة على اليدين، ويلزم الفراغ عنها بالأداء تكميلًا، فهناك تكاليف متعددة مع كون المضمون واحد، فيعود الإشكال.

وعن المحقق العراقي رحمه الله: إنَّ المشكلة في المقام من شأنها وحدة البدل فعًا، مع أنَّه لا يمكن فرض تعدد الضمان مع الوحدة الفعلية للمضمون

١. حاشية المكاسب (لآخرن رحمه الله): ٨٢-٨٣.

نعم لو قلنا بأنّ البدل (في فرض تعاقب الأيدي) هو البدل الشأنى ولا الفعلى، فتنحى المشكلة؛ لعدم المحذور في تعدد الأبدال الشأنية فضلاً عن وقوعها في الخارج، وأدلى الدليل على إمكان الشيء وقوعه، ولا يختص بالإنسانات وإنما يعم التكوينيات، وعلى سبيل المثال فإنّ الدواء الواحد المستعمل للعلاج له أبدال متعددة، فالمريض يستعمل الدواء الأصلي إذا كان موجوداً، ومع فقده يتوجه إلى استعمال أبداله نعم، البدل الفعلى الذي يسدّ مسد البدل الأصلي لا يكون إلا واحداً ولكنّه قبل ذلك له أبدال عديدة يمكن استعماله عند الحاجة، وهكذا في المقام فإنّ ما يسدّ مسد البدل الأصلي هي قيمة واحدة في القيميات وكذا المثل، لكنّ الذي يمكن اعتباره موضوعاً للذمم المتعددة الضامنة هو القيمة الشأنية والمثل الشأنى فيهما.

وأورد عليه: ببطلان القياس للأمور التشريعية بالتكوينيات؛ لأنّ في التشريعيات يستحيل التعدد عن الملاك، ففي المقام يكون ملاك الضمان في تلف مال الغير وتداركه هو البدل الفعلى دون الإنساني. وسلك شيخنا الأستاذ دام ظله لحلّ المشكلة طريقاً آخر قائلاً: بأنّ الضمانات المتعددة عن مضمون واحد وتعلقه بذمم متعددة إنما بمحض العلية وإنما بنحو الاقتضاء، فعلى الأول: فلا سبيل لحلّ المشكلة وتوجيهه وحدة المضمون وتعدد الضمان؛ لأنّ العلة الواحدة لا تنتج إلا معلولاً واحداً، فيستحيل فرض تعدد الذمم.

وأماماً إذا اعتبرناها بنحو الاقتضاء، يمكن توجيه الاجتماع (أي اشتغال الذمم المتعددة وضمانها) لمضمون واحد ولا بأس بالتنظير بباب

الكفالة التي هي من أقسام الضمان المتعلقة بالأشخاص (وفي الضمان بالأموال) مع وحدة حقيقتهما واتفاق الفقهاء على صحة كفالة كفاليين لشخص واحد، فكما يكون المضمون واحداً والضمان متعددًا فيها فكذلك في المقام، فكما أنه لا يكون وحدة السبب مانعة عن تعدد المسبب في الكفالة، فكذلك في الضمان.

وبالجملة: لأن دليل على اليد يقتضي استغلالات عديدة من دون ورود الإشكال.

إلا أن المشكلة: تشبيه المقام بالكفالة لا تتحلّ به الإيرادات؛ لأنّ وإن سلّمنا كون الكفالة على وزان الضمان، إلا أن الضمان الذي من مقوله الكفالة هو الضمان العقدي (أي فيما إذا ضمن الشخص دين شخص آخر فيما يضمن المديون للدائن).

وأما الضمان المستفاد من قاعدة اليد، فلا وجه لجعله على وزان الكفالة، مضافاً إلى أن قاعدة اليد مقتضية للضمان ولا يكون فيها العلية، فهذه دعوى بلا دليل؛ لأن الدليل دال على استقرار الضمان على عهدة المستولي، وبعد تعدد الأيدي المستولية فكيف يكون المضمون يستقر في ذمّة متعددة، فيعود الإشكال؟

والحقّ عندنا ما ذهب إليه الشيخ الأعظم رحمه الله مع توضيحه: وإن كلّ المال في ذمّة كلّ واحد من الأيدي وعهدهم بمعنى: أن كلّ واحد منهم مديوناً ولا يلزم منه الإشكالات المذكورة؛ لأن المراد من العهدة والذمة ليس كما زعمه بعض وعاء و ظرف اعتباري كالأمكانية الخارجية ولذا أشكّل أو أشكّلوا في المقام بل المراد منه هو التعهد والالتزام ومعنى

كون الشيء في عهدة زيد، يعني للمالك أن يطالبه منه وأنه ملزم بالاداء وليس الذمة كونها مكاناً ووعاءً وعالماً، بل الذمة والعهدة منتزعة من التعهد بالشيء، ويشهد لذلك قول أمير المؤمنين عليه السلام: «ذمتي بما أقول رهينة»<sup>١</sup> أي أنه على عهدي، ومن هذا الباب يقال: «أهل الذمة» أي أهل العهدة والتعهد.

ولذا صرّح الشيخ رحمه الله: بأن «معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها ودركتها بعد التلف عليه. فإذا فرض أيد متعددة تكون العين الواحدة في عهدة كلّ من الأيدي»<sup>٢</sup> فما في عهدة الشخص هو تدارك الخسارة وهي ليست بالمثل أو القيمة؛ حيث إنّهما مصدق ولأنّ «على اليد» بمعنى العهدة والمطلوب، المراد فيه هو جبر الخسارة، وهو قد يتحقق بالمثل وقد يتتحقق ويتحصل بالقيمة، فلذلك نقول: بأنّ ما كان في الذمة معنواً بعنوان التدارك وسدّ الخسارة، فلا إشكال بتنظير المقام بباب الواجب الكفائي (وإنّ الواجب في مثله الفرد المردّ وقد مرّ آنفًا أنّ الإرادة المردّدة مع تردد المراد وهو الواجب الكفائي) فالحكم بأنّ الذمم مشغولة بالتدارك والدرك لا إشكال فيه؛ لأنّ الدرك ليس قابلاً للتكرار؛ ولذلك لو أعطى (عشرة دراهم) في قبال الدرهم الواحد كان الدرهم الواحد دركاً والباقي زائداً، وهذا في الواجبات الكفائية التي غير قابل للتكرار كالدفن للميّت، أو قتل المرتد مع كونهما غير قابل للتكرار،

<sup>١</sup> . نهج البلاغة: ٢٣، خطبة ١٦.

<sup>٢</sup> . كتاب المكاسب: ٣: ٥٠٥.

فلا ينافي ذلك القول باشتغال عهدة الكل، إلا أن التدارك والدرك ليس إلا الواحد.

«هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي، وأمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض فلا ريب في أن اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أن السابق إذا رُجع عليه وكان غاراً لللاحق لم يرجع إليه؛ إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له»<sup>١</sup>. [١]

[١] ما أفاده هنا من الخلاف في عدم جواز رجوع اللاحق إلى السابق وجواز رجوعه راجع إلى سببية منشأ الضمان، والمفروض في المقام صورتان:

**الصورة الأولى:** فيما إذا كانت اليد اللاحقة مغروبة (أي في فرض عدم علمه بالغصب) فهنا يحق له مطالبة السابق إذا دفع البدل إلى المالك بخلاف ما إذا رجع المالك إلى السابق وأخذ منه البدل، فإنه لا يحق له الرجوع إلى اللاحق حتى إذا كان هو المตلق (أي اللاحق) لاستقرار الضمان أولاً وبالذات على الغار.

**وأمّا الصورة الثانية** (ووهي ما إذا علم الثاني بغضبية المال) قد يقال: بأن اللاحق الذي تلف المال عنده لا يحق له الرجوع إلى السابق ومطالبة البدل (إذا رجع إليه المالك) دون ما إذا رجع إلى السابق وأخذ منه البدل، فإنه يحق للسابق الرجوع إلى اللاحق لتحقيق سببية الضمان

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥٠٨

بالإتلاف عند اللاحق، إلا أن المشكلة المطروحة في وحدة سببية الضمان بالنسبة إليهما وهي اليد وأن نسبتها إلى السابق واللاحق متساوية، فكيف يحكم بجواز رجوع السابق إلى اللاحق وعدم جواز رجوع اللاحق إليه مع وحدة الموضوع والحكم فيهما؟

وهذا نشأ مما أفاده الشيخ رحمه الله في المقام: «فالمعنى بالكلام ما إذا لم يكن غاراً له، فنقول: إن الوجه في رجوعه (السابق إلى اللاحق) هو أن السابق اشتغلت ذمته له بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل؛ إذ لا يعقل ضمان المبدل معيناً من دون البدل، وإلا خرج بدله عن كونه بدلًا، فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول، بخلاف ما يدفعه الأول فإنه تدارك نفس العين معيناً...»<sup>١</sup> [١].

[١] وحاصل كلام الشيخ رحمه الله تعليلاً لرجوع السابق على اللاحق (في المقام: لم يكن غروراً) إن ذمة السابق مشغولة قبل اشتغال ذمة اللاحق للملك، فإذا حصل العين في يد اللاحق وتلفت يصير اللاحق ضامناً للعين مع ماله البدل، وبالتالي: يكون مرجع ضمان اللاحق للعين مع البدلية إلى الضمان للبدل السابق.

بتوضيح: أن قاعدة على اليد سواء قلنا فيها بالتجزئ أو التعليق تدلّ بإطلاقها على ضمان ذمة المستولي بجميع خصوصياته وصفاته وأن

العين مضمونة، إلا أنّ في تعاقب الأيدي تكون العين مضمونة في ذمة الأولى بخصوصية معينة، وبالنسبة إلى اليد الثانية مضمونة بخصوصية أخرى تباع الخصوصية الأولى، فإنّ اليد الأولى مضمونة للمالك، مع أنّ الثانية مضمونة للأولى وللثانية وهكذا... .

فبالتالي: أنّ (في المقام) تكون اليد السابقة مضمونة للعين مادامت موجودة للمالك، وعند التلف هو ضامن لبدل المبدل (أي العين) وإذا خرجت العين من يده بالانتقال إلى الثانية فهي متصرفه بخصوصية زائدة وأنّها مورد لضمان اليد الأولى، وبهذا يتحقق الاختلاف بين اليد الأولى والثانية؛ حيث إنّ الأولى مستقرّة على العين غير المضمونة، مع أنّ اليد الثانية استقرت على العين المضمونة، فيكون ضامناً للمالك ولليد السابق على النحو الواجب التخييري، وبما ذكر بنى الشيخ رحمه الله الحكم برجوع السابق؛ حيث إنّ مقتضى قاعدة الضمان وجوب رد العين على ذي اليد، أو رد بدلها بجميع خصوصياتها، فالنتيجة: ضمان اليد السابقة لبدل العين غير المضمونة، مع أنّ اللاحق ضامناً لبدل العين المضمونة وبما أنّه لا يعقل شمول القاعدة للديدين مع اختلافهما على حد سواء فلذلك إذا قصد الثاني إفراج ذمته، فلا بدّ له من دفع بدل العين الذي عبر الشيخ عنه بأنه «عين ذات بدل» وحين الدفع فهو مخّير بين الدفع إلى المالك أو السابق، فإن دفعه إلى المالك فيكون قد دفع ما في ذمته وما في ذمة السابق، ويتحقق عند ذلك سقوط الواجب (لأنّه أتى ببدل الواجب التخييري) وليس له الرجوع إلى السابق وإن امتنع اللاحق ودفع السابق البدل بقيت ذمة اللاحق مشغولة ببدل الواجب التخييري،

ولذلك يحق للسابق مطالبته بالبدل، ولهذا حكم في ثبوت الحق للسابق إذا أقدم برد العين إلى المالك نعم، مع عدم الرد لا حق له بمطالبته اللاحق.

وبالجملة: إن ظهور كلام الشيخ رحمه الله (على ما قربه السيد الخوئي رحمه الله) في الغاصب الثاني أنه ضامن لتدارك العين للمالك وبدلها لتدارك ما في ذمة الغاصب الأول للأول، وعلى هذا فيندفع إشكال عدم صحة رجوع السابق إلى اللاحق.

وأشكال على الشيخ رحمه الله السيد رحمه الله وغيره بوجوهه:

منها: «أن السابق يصدق عليه ضامن شيئاً له بدل؛ لأنّه وإن كان حين الحصول في يده لم يكن له بدل؛ لأنّ ضمان اللاحق لم يتحقق في ذلك الحين، بل المفروض أنه يحدث بعد ذلك فيتتحقق البدل للعين بعد حدوث الضمان السابق، إلا أن استقرار الضمان بالنسبة إلى الكل إنما هو بعد التلف، فحينئذٍ يصدق أن كلاًّ منهم ضامن لما له بدل؛ لأنّ المناط ليس حال حدوث سبب (ضمان) بل حال فعليته بمعنى اشتغال الذمة فعلاً بالعوض وهو إنّما يكون بعد التلف».

وتوضيحة: إن قبل التلف لم يتحقق الضمان بالنسبة إلى البدل، وبعده تكون جميع الأيدي متساوية في الضمان في عرض واحد بالنسبة إلى البدل ولم يتحقق زيادة في ضمان اللاحقة.

منها: إن مقتضى ذلك كون ضمان الأول أيضاً لمالك العين لا لمن عليه البدل، فإن البدل الذي في ذمة السابق إنما هو لمالك العين فبدله

وهو ما في ذمة اللاحق أيضاً يكون للمالك وهو من له البدل ولا وجه لكونه لمن عليه البدل وهو الضامن السابق.

منها: إذا فرضنا أن العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت إلى السابق فتلتفت في يده، فالظاهر أنّه يجوز للسابق حينئذٍ إذا رجع المالك عليه أن يرجع إلى اللاحق، فلازم بيان المصنف (الشيخ رحمه الله) أن يكون له الرجوع عليه؛ لأنّه يصدق على اللاحق أنّه ضمن شيئاً له بدل بخلاف السابق. ودعوى: أنّه بعد ما رجعت العين إلى السابق ينتقل السابق إلى اللاحق، مدفوعة بأنّ الضمان إنّما حدث بإثبات يده الأولى، وفي ذلك الحين لم يكن له بدل، وبعد العود إليه لا يحدث ضمان آخر، مثلاً إذا غصب عليناً وضمن فأعطيه غيره، أو أخذ منه قهراً، ثمّ ردّه ذلك الغير إليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانية، بل الضمان الحادث أولاً باق وقرار الضمان على الغاصب الأول إذا تلف المال في يده بعد العود إليه مع أنّ لازم بيان المصنف رحمه الله أن يكون قرار الضمان على الغاصب الثاني مع أنّه لم يتلف في يده.

ثمّ إنّ المحقق النائيني رحمه الله تصدّى لدفع الإشكال والإيرادات الواردة عن السيد رحمه الله عما أفاده الشيخ رحمه الله (في المقام) قائلاً: إنّ هذه الإيرادات مبنية على إرادة المثل والقيمة من البدل ليكون بدلاً لأصل المال على الوجه العرضي، وأمّا لو كان المراد من البدل البدل الطولي، بمعنى: أنّ السابق

١. حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله) ١: ١٨٥.

متعهد للمال قبل اللاحق واللاحق متعهد لما في ذمة الأول وعهده فالمال الواحد في ذمم كثيرة بهذا النحو من الظرفية، وهذا منشأ رجوع السابق إلى اللاحق دون العكس لكون اللاحق بهذا الاعتبار ضامناً للمالك وللسابق؛ لأنّ ذمته مخرج لما يؤخذ من السابق، فهو يضمن على البدل... وإنّما التزمنا بالضمان الطولي؛ لاستحالة تعهّد شخصين لمال واحد عرضاً... .

والإشكال في مبناه الذي اتخذه مضافاً إلى بعد إرادته في كلام

الشيخ الله وما فهمه السيد الله.

وكيف كان، يبقى الإشكال (في المقام) ولا يندفع له بما أفاده الشيخ الله (من تصوير ضمان اللاحق بدل العين المضمنة) ولا بما أفاده المحقق من الضمان الطولي، ولا أيضاً بما أفاده السيد الله من استناد أقوائية الفعل إلى السبب بقوله: كما في صورة الإتلاف يكون المتلف سبباً لتنجز الضمان على السابق وبقاعدة استناد الفعل إلى السبب؛ لكونه أقرى من المباشر، كذلك ففي صورة التلف أيضاً أنّ من عنده تلف المال فهو سبب لتنجز الضمان للسابق أيضاً، فإنه أي اللاحق كان له الاختيار في ردّه إلى المالك، فحيث إنّه بسوء اختياره لم يردّه إليه فيكون هو السبب لتنجز الضمان على السابق، فيرجع السابق إلى اللاحق.<sup>١</sup>

<sup>١</sup> حاشية المكاسب (للسيد اليزدي الله) ١: ١٨٦.

والوجه لعدم تمامية الوجه المذكور على فرض القول بتماميته في الإتلاف بدعوى: كون المتفق هو السبب لثبوت الضمان على السابق وبمقتضى أقواء السبب عن المباشر يقال بأنه يحق للسابق الرجوع إلى اللاحق (لأن اللاحق هو السبب لثبوت الضمان على السابق) مع ما فيه من الإشكال والنقاش في عدم سببية الإتلاف للضمان، بل الضمان بالنسبة إلى السابق متتحقق بمجرد اليد، فضمان المال المأخوذ بالنسبة إلىهما ثابت والإتلاف يوجب الانتقال إلى الذمة مع وحدة السببية بالنسبة إلى جميع الأيدي، هذا مضافاً إلى أنه ما هو الوجه للحكم برجوع السابق إلى اللاحق فيما إذا تلفت العين عند اللاحق يتلف سماويًّا من دون الإتلاف مع كون سببية الضمان بالنسبة إلىهما واحدة، وما هو الوجه للقول بتخصيص الضمان للاحق دون السابق.

فلا تنحل المشكلة بما أفاده السيد الله.

ومن الأجوبة ما أفاده الجوهر الله بما حاصله ولخصه السيد الخوئي الله «من أن التكليف المتوجّه إلى الغاصب الأول تكليفيٌّ محض متعلق بأداء ما أخذه بالمثل أو القيمة، والتكليف المتوجّه إلى الغاصب الثاني (أي الثاني هنا كالمعقول الثاني وإن تعددوا) تكليفٌ وضعٌ مضافاً إلى التكليفي؛ لكون المال تالفاً عنده، وبضميّمة أنّ الغاصب الأول بأداء عوض التالف يكون مالكاً له بالمعاوضة القهريّة وإن كان معدوماً كملك المعدوم في المعاملة الخياريّة، فإنّ ذي الخيار بفسخه المعاملة يكون مالكاً للمثمن مع التلف لو كان الخيار من الخيارات التي لا

تسقط بالتلف، وفي المقام أيضاً يكون كذلك، وعلى هذا فإن رجع المالك إلى الثاني فيسقط عن الأول ذلك الحكم التكليفي، وإن رجع إلى الأول في باعطاء البدل من المثل أو القيمة يسقط عنه الحكم التكليفي فيرجع في المال البدل إلى الثاني، فإنه هو الذي استغل ذمته بالبدل لتجوّه التكليف الدعوي عليه<sup>١</sup>.

وإليك نص عبارته في كتاب الغصب في ذيل كلام «الشائع» حيث قال المحقق: «...ولو تعاقبت الأيدي الخاصة على المغصوب تخير المالك في إلزام أيّهم شاء، أو إلزام الجميع بدلاً واحداً» وذيل كلامه في «الجواهر»: «...بلا خلاف ولا إشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل في «مجمع البرهان»<sup>٢</sup> دعواه: لأنَّ كلاًّ منهم غاصب مخاطب برد العين أو القيمة لقوله<sup>٣</sup>: «كل مغصوب مردود»<sup>٤</sup> و «على اليدين»<sup>٥</sup> و قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم<sup>٦</sup> و «جزاء السيئة»<sup>٧</sup> وغيرهما مما دلَّ على العقاب بمثل ما عوقب<sup>٨</sup> وأنَّ الحرمات قصاص<sup>٩</sup> ونحوه. ولا فرق في تعاقب أيديهم بين كونه بصورة الضمان ببيع فاسد ونحوه وعدمه

<sup>١</sup>. مصباح الفقاهة: ٣٨١: ٤.

<sup>٢</sup>. مجمع الفاندة والبرهان: ١٠: ١٧.

<sup>٣</sup>. وسائل الشيعة: ٩: ٥٢٤، أبواب الأنفال ب١ ح٤.

<sup>٤</sup>. مستدرك الوسائل: ٨٨: ١٧، كتاب الغصب ب١ ح٤، سنن البيهقي: ٦: ٩٥.

<sup>٥</sup>. البقرة: ٢: ١٩٤.

<sup>٦</sup>. يوئس: ١٠: ٢٧.

<sup>٧</sup>. نحل: ١٦: ١٢٦.

<sup>٨</sup>. البقرة: ٢: ١٩٤.

نعم، قرار الضمان على من تلف المغصوب في يده منهم، بمعنى: أنّه لو رجع المالك على غيره رجع هو عليه مع فرض عدم زيادة في العين يختص الأول بضمانتها، بخلاف ما لو رجع عليه نفسه، فإنّه لا رجوع له على غيره؛ لأنّ ذمته المشغولة للمالك بالبدل وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملّك حينئذٍ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهريّة، وبذلك اتضحت الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء الشرعي لا ذمّي؛ إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد، فحينئذٍ يرجع عليه ولا يرجع هو، كما أنّه اتضحت لك أيضاً جواز مطالبة الكلّ ببدل واحد على السواء ومختلفاً؛ لأنّه إذا جاز له مطالبة كلّ منهم بالجميع فالبعض بطريق أولى، ويرجع حينئذٍ غير من تلف المال في يده على من تلف المال في يده بمقدار ما أدى<sup>١</sup>).

وحاصل كلامه حلاً للإشكال ببيان الفرق بين الخطاب بمن تلف عنده المال وغيره ممن لم تتلف العين عنده، فإنّ الأخير مخاطب بالخطاب التكليفي المخصوص المستفاد من الأدلة المذكورة من الآيات والروايات المذكورة وأيضاً قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَؤْدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا...﴾ ولا تدلّ هذه الخطابات على الضمان، بل الأيدي كلّها مشتركة في هذا الحكم التكليفي، وأمّا الضمان واحتفال الذمة للمال المغصوب، فهو خاصٌ بمن تلف المال عنده دون غيره،

وإن جاز للمالك مطالبة ماله منهم؛ لتحقق اليد والتصريف منهم وأنهم مأمورون ومخاطبون برد مال الغير، ولا يكون وجوب الرد مشروطاً بالتلف.

وأما اشتغال ذمهم للعين فهو منوط بتحقق التلف والمفروض عدمه عندهم، ولا نأبى أن نعتبر (توضيحاً لكلام الجواهر) بأنّ هنا حكمين مطلقاً ومشروطاً، والحكم المطلقاً هو وجوب رد المال إلى المالك، والحكم المشروط هو تتحقق الضمان بالتلف.

وأورد الشيخ رحمه الله على «الجواهر» بوجوهه:

منها: «...لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره، بأنّ خطابه ذمّي وخطاب غيره شرعي مع كون دلالة على اليد ما أخذت بالنسبة إليهما على السواء، والمفروض أنّه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره...»<sup>١</sup>.

بتوضيح: أن التفصيل بين الخطاب للسابق واللاحق مما لا وجه له، مع أنّه ليس في الخطابات ما يدلّ على كيفية الأداء، مع أنّه لا فرق في التلف الذي كان شرطاً لترتيب المثل أو القيمية، وهو مناط الضمان للمالك وملاكه أن يكون حاصلاً عند أحد دون الآخرين، بل المستفاد من الدليل تساوي كلّ من وضعت يده على العين وتلفت قبل امتحان الأمر بردّها، فلا وجه للقول بأنّ خطاب الأخير وضعي والباقين تكليفي، فلا وجه للتفصيل مع وحدة الدليل.

<sup>١</sup> . كتاب المكافأة ٥٠٩:٣

منها: «...مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذي مع أنه لا يكاد يعرف خلاف منهم من أحد في كون كل من ذوي الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم...»<sup>١</sup>.

بوضيح: أن القول بكون الخطاب للسابق أو السابقين تكليفيًا ينافي ما يستفاد من كلمات الفقهاء؛ حيث إنهم ملتزمون باشتغال ذمة الأيدي المتعاقبة ما لم يؤدّ البدل إلى المالك، وأن كلّهم مشغول الذمة فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم.

منها: «...كل ذوي الأيدي مشغولة الذمة بالمال ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك نظير الاستغلال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله وتقديمه على الوصايا والضرب فيه مع الغرماء ومصالحة المالك عنه مع آخر...»<sup>٢</sup>.

توضيح ذلك: أنه لو سلّمنا التفريق بين الخطاب وأنه تكليفي للسابق ووضعي وذمي لمن تلقت العين عنده، فكيف يقال فيما إذا أدى أحد من السابقين دين الأخير ويسقط الدين عن ذمته: برجوع السابق إلى اللاحق بعد سقوط الدين عن ذمته، وكأن «الجواهر» أجاب: «بأن المؤدي السابق يملك ذمة الأخير بالمعاوضة الشرعية القهريّة ولذا جاز له الرجوع».

<sup>١</sup>. كتاب المكاسب: ٣: ٥١٠.

<sup>٢</sup>. كتاب المكاسب: ٣: ٥١٠.

وردّه الشيخ رحمه الله: «بأن تملّك غير من تلف المال بيده بما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري<sup>١</sup>». بوضيح: أن المعاوضات والمبادلات عند الشريعة محدودة، منها: اختيارية كالبيع والصلح والهبة المعاوضة و... ومنها: قهريّة كالشركة القهريّة (في باب الإرث مثلاً) وليس فيهما دفع البدل من السابق إلى المالك؛ لعدم الدليل على تحقق المبادلة بين الديدين هذا.

ولا يخفى أن إشكال الشيخ على «الجواهر» في التفصيل بين الخطابين مستدلاً على عدم التزام الفقهاء، به مما لا يمكن مساعدته، ولعله مبني على القول بانتزاع الأحكام الوضعية عن الأحكام التكليفية، فبناءً عليه يكون الحكم الوضعي منتزعاً عن التكليفي.

ولكن الإشكال في أصل المبني، مضافاً إلى القول بالتفريق عندهم، كما في الحكم بوجوب الإنفاق على الأب والأم والأولاد والزوجة وعدم الضمان (أي عدم ضمان من وجب عليه الإنفاق) لو خالف التكليف مع العذر وغيره بالنسبة إليهم إلا الزوجة، فبالنسبة إليها يؤخذ من ماله كما يجوز التناقض، ومع وفاته يتعلّق بتركته، وبالجملة: يرث عليه تمام أحكام الدين.

نعم يتم الإشكال عليه في قوله بالتفصيل بين الخطابين مع وحدة الدليل فيهما، ولا يبعد تقرير الإشكال على «الجواهر» بردّ أصل مبنيه، وهو نفي تعدد الذمم الضامنة حيث نفاه في كتاب الضمان قائلاً:

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥١٠

«الضمان الذي هو عندنا - على ما اعترف به غير واحد مثنا - مشتق من الضمن؛ لأنّه ينقل ما كان في ذمّته من المال ويجعله في ضمن ذمّة أخرى... خلافاً لما عن أكثر العامة...» ثم قال: «بعد الغضّ عن عدم تصوّر شغل ذمّتين فصاعداً لمال واحد وقد بيّنا أنّ المشغول به في تعاقب الأيدي على المغصوب ذمّة واحدة، وهو من تلف في يده المال مثلاً وإن جاز له الرجوع على كلّ واحد وإلا فهو مناف للملقطوع به من مذهبنا»<sup>١</sup>.

وعلى ما قرّبه في كتاب الضمان فكأنّه يرفع اليد عن ظهور الأدلة على تعدد الضمان وحكم بوحدة الضمان مرعاياً لما عند الإمامية (من القول بنفي تعدد الضمناء) وحيث إنّ الدليل قام على الضمان وعدم إمكان تبرئة الجميع للضمان، كما لا يتم القول بضمانتهم أجمع قال بانحصر ضمان ذمّة من تلف المال عنده، فهو (الجواهر) بهذا التقرير تصدّى لدفع الإيرادات من القول بضمان الجميع والحصر فيمن تلف عنده مع توجّه الحكم التكليفي إلى الكل بأجمعهم.

ولكن قد مرّ مثنا آنفاً في تقريب مسألة تعدد الضمناء بيان الفرق في الضمان العقدي وضمان تعاقب الأيدي وتسليّم نفي تعدد الضمناء في باب الديون وأنّ الخلاف بين العامة والخاصة حول الضمان في العقود (من القول بالنقل والضمّ) وأمّا الضمان المحاصل من اليد، فلا يدلّ دليل

<sup>١</sup> جواهر الكلام: ٢٦: ١١٣.

على تفرد الضمان، وبهذا يتم الحكم بضمان جميع الأيدي من دون فرق بين اليد السابقة واللاحقة؛ لوحدة السبب بعد التلف.

وتصدّى المحقق الآخرond الله لحل المشكلة بقوله : «إن قضية (على اليد) ليس إلا كون المأخوذ في تعاقب الأيدي العادية في عهدة كل واحد منها عيناً كما إذا كانت وحدها وهي ليست إلا اعتبار خاص عقلاً لي له منشأ مخصوص وله آثار خاصة من وجوب رد العين عيناً لو كانت اليد واحدة وكفائياً لو كانت متعددة، ووجوب التدارك بالبدل مع تعدد رها أو تلفها...».

وأمّا حديث رجوع اليد السابقة إلى اللاحقة لو رجع إليها المالك المستلزم لكون قرار ضمان التالف على من تلف عنده مع المساواة فيما هو سبب الضمان، فهو أيضاً من آثار حدوث سبب ضمان ما كان في ضمان الآخر لواحد آخر وأحكامه عند العرف.

ويؤيّده الاعتبار ولم يردع عنه في الأخبار، فلابد من الالتزام به شرعاً كما هو الحال في جل أحكام الضمان؛ حيث إنّه لا وجه له إلا الثبوت عرفاً وعدم الردّع عنه شرعاً، وكشف ذلك عن إمضاء الشارع فيما إذا أطلق دليل الضمان...»<sup>١</sup>.

ما أفاده الله واضح كبروياً وصغروياً.

<sup>١</sup> . حاشية المكاسب (لآخرond الله) : ٨٢-٨٣

أما الكبري: من أن الإطلاقات الشرعية الواردة على الأمور الاعتبارية منزلة على ما هو المعمول به عند العرف مع عدم الرد من الشارع ويكون ذلك كاشفاً عن إمضاء الشارع. وأما الصغرى: فإن السيرة العقلائية العرفية (في المقام) تدل على ضمان اليد المسئولة على مال الغير (أي من تلف المال عنده مع ضمان الأيدي اللاحقة بالنسبة إلى المالك والضامن، والقاعدة الشرعية مطابقة لهذه السيرة).

ولا يخفى تمامية ما أفاده كبروياً من أن الإطلاقات الواردة في لسان الشارع محمولة على السيرة العرفية العقلائية إذا لم يردع عنه الشارع، إلا أن ما ادعاه صغروياً من استقرار ضمان التالف على من تلف المال عنده، محل الإشكال: لعدم الفرق بين الأيدي المسئولة، فالقول بأن العقلاً يرون التضمين لخصوص من تلف المال عنده وجواز مطالبه دون غيره أول الدعوى.

ومن الأوجوبة ما أفاده الميرزا الرشتي (في كتاب الغصب): «إن معنى قوله: «على اليد» على ما تقتضيه الكلمة (على) مع ملاحظة وقوعها حيّز العين لا الفعل، فإنه يفيد حينئذ حكماً تكليفياً متعلقاً به كما في قول الأمر: (عليك فعل كذا) هو العهدة بما دخل تحت اليد، ومعنى العهد به الالتزام به بإيصال عينه إلى صاحبه أو إيصال بدله إلى كيس من خرج عن كيسه تلك العين. وحاصله: أن يكون خسارة تلك العين عليه بحيث لو حدث فيه عيب، أو نقص، أو تلف، أو نحو ذلك مما يوجب الخسارة، كان عليه جبران ذلك لمن له حق في تلك العين».

فتبيه على أمور:

**الأول:** إن المال الواحد يستحيل أن يكون له غرامتان من باب قاعدة الضمان؛ لأن بدل الشيء ما يساويه من جميع الجهات التي منها التعدد والاتحاد، وإلا لخرج عن كونه بدلًا من غير فرق بين أن يكون الغرام شخصاً واحداً أو متعدداً، فكما لا يعقل أن يغرم شخص واحد بمال واحد غرامتين، فكذلك لا يعقل أن يغرم شخصان كل واحد منهمما بغرامة مستقلة نعم، لا استحالة في تعلق غرامة واحدة على ذمم متعددة على وجه لا يرجع إلى التزام كل منهما ببدل مستقل غير ما التزم به الآخر... . والحاصل: أن المراد بضمان الجميع عند تناوب الأيدي أن خسارة المال المأخوذ لا يتصور فيها التعدد على قياس عدم تصوّره في نفس ذلك المال تتعلق على رقابهم جميعاً، لا أن كل واحد عليه خسارة أخرى غير خسارة الآخر، فهم بجمعهم ضامنون للبدل لا أن كل واحد ضامن لبدل... فوحدة المضمون يقتضي رفع الضمان بمجرد تحقق أداء البدل في الخارج وإن كان الضامن متعدداً.

**الثاني:** أن مرجع الضمان إلى انتقال الخسارة المشار إليها من المضمون له إلى الضامن... فمعنى انتقال الخسارة من المالك إلى الضامن أنه لواه لفاتت الخسارة من كيسه،... فإذا فرضنا أن خسارة تلفه على الضامن وأنه يجب عليه دفع البدل إلى المالك فلا ريب في ملك المالك للبدل ملكاً متزللاً مراعي بالتلف.

**الثالث:** إن الضمانة كما يمكن أن تكون للمالك كذلك يمكن أن تكون لغيره ممن في عهده خسارة المضمون، فلو كان المضمون غير المالك بأن يترتب ضمان على ضمان كما فيما نحن فيه من مسألة

تعاقب الأيدي انتقل الضمان من الأول إلى الثاني أيضاً من غير برأة ذمة الأول عن الضمانة، ومعنى الانتقال حينئذ أن الضمان الأول لو خسر للملك رجع إلى الثاني ومن غير أن يكون الضمانة الثانية لخصوص الضمان، بل له وللملك كليهما، فللمالك سلطنة مطالبة الغرامة عن الثاني أيضاً كال الأول... وأما الدليل على وقوعها في المقام فعموم قوله: «على اليد» فاليد الثانية عليها أيضاً ما أخذت، يعني عليها خسارة ما أخذت وغرامته، وحيث كانت الخسارة قبل تحقق الضمانة الثانية على الضمان الأول فيكون هو أيضاً مضموناً له كالمالك...»<sup>١</sup>.

فيما أفاده في جملة كلامه من تصوير تعدد الضماناء وعدم المانع عنه عقلاً وشرعاً، وأيضاً تصوير تحقق الضمان لغير المالك ممن كان في عهده الضمانة، يتم عنده القول برجوع السابق إلى اللاحق، إلا أن الإشكال في كلامه بعد تسليم تمامية ما أفاده في التنبيه الأول،

هو دعوه في التنبيه الثالث لضمانة الذمة اليد الثانية في قبال المالك والضمان الأول وأنها مما لا دليل عليها، وقد مرّ أنّا سلّمنا انتقال ضمان الدين من ذمة المديون الأول إلى ذمة الثاني وهكذا، إلا أن ذلك ثابت بسببية النقل، وهو عقد الضمان، مع أن المقام ليس كذلك، أي لم يتحقق الضمان بسببية العقد، بل هو مستفاد من قاعدة «على اليد» وهي لا تدلّ على أكثر من إثبات العهدة للمالك، فالخروج عن العهدة لم يبق وجهاً للحكم ببقاء العهدة على غير السابق والحكم بترامي

<sup>١</sup> . كتاب الغصب (للميرزا حبيب الله رحمه الله): ١٢٠-١٢٣.

الضمادات، هذا مضافاً إلى ما أورد عليه (في التنبية الثاني) في جمعه بين الملكية المتزلزلة وبين كونها مراعي؛ لأنّ الملكية إما موجودة ومفروضة، فعليها لا يمكن تعليق وجودها وفرضها مراعي بالتلف وهذا جمع بين المتنافيين لأنّها إما موجودة وكانت متزلزلة، فالقول بأنّها مراعي بعد فرض وجودها غير معقول.

وأجاب السيد الخوئي عليه السلام: «...أنّ الغاصب الأول يملك التالف المعدوم كملك المعدوم في باب الخيارات. والذي يوضح ذلك أمران فالأول منهما أوضح من الثاني:

الأول: إنّ في موارد الضمادات بالإتلاف بأن غصب أحد أو سرق مال الغير فأتلفه أو أتلفه سهواً ونسيناً، فإنّ النسيان لا ينافي الضمان، كما قرر في حديث الرفع، لا شبهة أنّ للملك أن يرجع إلى المتلف إذا أراد ويأخذ منه بدل ماله وما بقي من ماله من الرصاص والكسور فهو للضامن، وليس للملك أن يدّعى كون الرصاص له، مثلاً لو أتلف أحد سيّارة أحد بالكسر، أو ذبح فرس شخص، أو أهلكه وغير ذلك ورجم إليه المالك وأخذ منه بدل ماله من المثل أو القيمة، فليس له أن يأخذ رصاص السيارة أو جلد الفرس أو ميّة، فإنّ ذلك كله حق للضامن وإنّما فلو كان للملك يلزم الجمع بين العوض والمعوض، ولو كان للأجنبي فهو خلاف البداهة، فيكون للضامن وهذا الذي قامت عليه السيرة العقلانية، بل سيرة المترسّعة من الزمن الفعلي إلى زمان المعصوم عليه السلام وعلى هذا فإذا أخذ من الغاصب الأول بدل العين فيكون التالف

بالمعاوضة القهيرية، إلا إذا كان اعتبار الملكية هنا لغوًا، كما إذا كان الغاصب واحداً فتلف عنده المال، فأخذ المالك منه، فاعتبار ملكية التالف له لغو؛ لما قلنا من إمكان مالكية المعدوم، فحيث إنه تلف عند اللاحق فيرجع إليه. وبالجملة: على هذا فرجوع السابق إلى اللاحق إنما هو مقتضى السيرة العقلانية القطعية، كما هو واضح.

الوجه الثاني: إنه لا شبهة في أن التالف في موارد التلف الذي ليس إلا للمتلف بعد رجوع المالك إليه بمقتضى السيرة العقلانية القطعية، فيكون المقام مثله، مثلاً لو غصب أحد مال شخص من الجوادر والأحجار الثمينة أو سرقة أو بغير ذلك، فاللقاء في البحر حيث يعذ ذلك في العرف تلفاً عرفيًّا، فرجع إليه المالك فأخذ منه مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً، فإن قلنا إن ذلك الجوادر في قعر البحر للمالك أيضاً بحيث لو وجد لكان له، فيلزم الجمع بين العوض والمعوض، فهو ضروري البطلان. وإن قلنا: إنه يكون للأجانب أو كالمباحثات الأصلية، فهو خلاف الضرورة من العقلاه والفقه، فلم يبق إلا أن يكون للضامن بعد إعطاء عوضه، وفي المقام أيضاً كذلك، ويتبين ذلك وضوحاً بمحلاحة موارد التلف الحقيقي وموارد التلف العرفي، إذن فلا يلزم شيء من الإشكال، فيندفع المحذور من أصله، بأنه كيف يرجع السابق أو الوسط إلى اللاحق مع رجوع المالك إليه دون العكس»<sup>١</sup>.  
وأورد عليه بوجوه:

<sup>١</sup> . مصباح الفقاهة ٤: ٣٨٣-٣٨٥

**الأول:** لا يتم قياس التلف الحكمي بالتلف الحقيقي، بل هو ممنوع وقياس مع الفارق؛ لأنّا وإن سلّمنا قيام السيرة العقلائية على أنّ الضامن الذي دفع العوض إلى المالك يعُدّ ويكون مالكاً لبقايا التالف (من الكسور والرضاض) فهي تختصّ بموردها وبالتلف الحكمي، مع أنّا نبحث في المقام عن التلف الحقيقي، فدعوى شمول السيرة لما نحن فيه أول الكلام، ونفس الشك في تحقّقها كافٌ لنفيها.

**الثاني:** أنّ القول باعتبار ملكية التالف لليد السابقة مؤثّر في ترتّب ملكية الضامن السابق ذمّة اللاحق المتلف ومبرّر لثبوت الحق للسابق في قبال دفعه العوض إلى المالك يستلزم الدور الباطل (بمعنى: أنّ اعتبار الملكية لأجل ترتّب الضامن، وثبوت الضمان بالملكية).

**الثالث:** أنّ ضمان الأيدي مساوية بحكم القاعدة ولا يكون (في تعاقب الأيدي) زيادة استيلاء لأحدهم على الآخرين إلّا تتحقّق التلف عند اليد اللاحقة، فعند دفع السابق البدل (في ظرف التلف) لم يكن للسابق يد على المال ليستلزم يده ودفعه البدل الملكية على المال، فقوله عليه السلام: «فلم يبق إلّا أن يكون للضامن بعد اعطاء عوضه» فممنوع.

ثمّ استنتج عدم تمامية الوجوه المتقدّمة للحكم بجواز رجوع السابق إلى اللاحق في المقام، واختار القول بعدم الحق لرجوع السابق إلى اللاحق فيما إذا دفع السابق العوض والبدل في التلف الحقيقي اتكالاً على أنّ الأصل براءة ذمّته من عوض التالف إلّا في التلف الحكمي أو فيما لو بقي بعد التلف شيء من البقايا (من الرضاض والكسور) لقيام السيرة فيهما.

ودعوى قيام الإجماع فممنوعة بعد هذه الوجوه المذكور الاجتهادية في كلماتهم، هذا ملخص ما أفاده شيخنا الأستاذ مذظله. إلا أن يقال: بأنّ ما أفاده تامّ بالنسبة إلى السبب الموجب لتعلق الضمان على جميع الأيدي المتعاقبة، وهو قاعدة اليد على السواء، ولكن قاعدة الإتلاف باقية، فهي كما تقتضي عدم ضمان السابق بعد دفعه العين إلى اللاحق، كذلك يكون مقتضها استقرار الضمان على عهدة المتلف وصرف عدم اليد للسابق على المال حال التلف لا يوجب الملكية على المال له لا ينفي الضمان عن عهدة المتلف بحكم قاعدة «من أتلف» فهو ضامن للمال وبعد أنّ دفع السابق البدل للمالك يكون ضامناً للدفعة. والإشكال بعدم معقولية ملكية المدعوم، مندفع بما أفاده السيد الخوئي رحمه الله في باب الخيار وفي المقام من ملك الضمان لبقايا التالف.

بقي الكلام في حكم المؤونة المتوقف عليها ردّ المغصوب أو بدله؟ إنّ المستفاد من قاعدة «على اليد» كما مرّ مراراً ضمان الأيدي المستولية ولزوم ردّ العين أو بدلها إلى المالك، فهذه تقتضي تحمل المؤونة المالية وغيرها لتحقيق الردّ والخروج عن عهدة الضمان، والتمسك بقاعدة «لا ضرر» لنفي الضمان بالنسبة إلى هذه المؤن وأنّ الإلزام منفي بحكم هذه القاعدة مندفع؛ لأنّ القاعدة وإن سلّمنا كونها نافية للإضرار الناشئ من إطلاق الحكم الشرعي، إلا أنّ الحكم بما يقتضي بنفسه الضرر، كما في باب الخمس والزكاة والديات، فهي تعجز

عن نفي الضرر المترتب على الحكم، وفي المقام كذلك؛ للزوم الخروج عن الضمان، هذا أولاً.

وثانياً: إن القاعدة امتنانية، فهي لو قلنا بجريانها دفعاً للضرر عن الضامن، يستلزم الضرر على المالك، فلذلك لا وجه للاستناد بها دفعاً لوجوب المؤن على الضمناء، بل يمكن القول بعدم جريانها حتى إذا استلزم ترتب الضرر الكثير غير المتعارف على الضامن في المقام، وإن قلنا بسقوط القاعدة في غير المقام؛ لما ثبت من أن «الغاصب يؤخذ بأشد الأحوال» إلا أن يشكل في تمامية هذا وعدم كونها رواية مأثورة، بل مستفادة ومتصيّدة من الأدلة في باب الغصب «المغصوب مردود»<sup>٤</sup>، «إن المغصوب رهن على خرابه»<sup>٥</sup> فعلى هذا لم يتم الدليل على لزوم تحمّل الغصب أزيد من المتعارف.

وأما الفرع الآخر، وهو جواز مطالبة المالك الضامن لما يبذل لاسترجاع ماله من الأجرة؟ صرّح الشیخ الله: «بأنه ليس للمالك أخذ مؤونة الاسترداد ليباشر بنفسه ولو لم يقدر على استردادها إلى المالك وطلب من الأول عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه (الأول) بذل العوض أو ينزل منزلة التعذر، فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرق بين الأجرة

<sup>٤</sup>. انظر وسائل الشيعة ٩: ٥٢٤، أبواب الأنفال ب١ ح٤.

<sup>٥</sup>. انظر وسائل الشيعة ٢٥: ٣٨٦، كتاب الغصب ب١ ح٥.

المتعارفة للاسترداد وبين الزائدة عليها مما يعدّ إجحافاً على الغاصب الأول؟ وجوهه<sup>١</sup>.

هذا تمام كلام الشيخ، والمفروض في كلامه صورتان: إحداهما: ما إذا كان المالك قادراً على استرجاع ماله أو بدله مع التوقف على بذل الأجرة، فهل له مطالبة الضامن به؟ هنا صرّح الشيخ بعدم جواز مطالبة المالك الضامن بما صرفه في سبيل الاسترجاع والظاهر أنّ حكمه هنا مبتن على تعلّق وجوب الرد بالضمان وأنّه هو المكلّف بالرد، فإذا توقف على بذل المال وصرف المقدّمات والمؤونة، فعلى الضامن ذلك؛ لما يستفاد من إطلاق دليل وجوب الرد المستلزم لوجوب مقدّماته، ولا يكون بذل الأجرة من المقدّمات، فليس للمالك مطالبة الضامن بها.

وي يمكن أن يشكل عليه (في المقام): بأنّه لا إشكال في أنّ العين مال للمالك وله أن يمنع غيره من الغاصب وغيره من التصرف فيه (كما إذا كانت سيارته بيد الغاصب ولا يرضي سياقها للغير للإيصال إليه واستلزم الإيصال صرف المؤونة للمالك) فله أن يمنع الغير من التصرف، ولهذا له أن يطالب الغاصب أجرة الوصول إليه، مضافاً إلى أنه كما أن للآخرين مطابقة الأجرة على تحقق الرد إلى المالك كذلك للمالك ذلك، ولا دليل على كفاية تخلية السرب وإلزامه بلا أجرة.

<sup>١</sup>. كتاب المكاسب ٣: ٥١١.

وأماماً الصورة الثانية: «فيما إذا لم يقدر على استردادها إلا المالك...» فهنا تصور الشيخ صور ثلاثة: من وجوب بذل العوض، وأنه يحق للمالك مطالبة الأجرة، أو ينزل منزلة التعذر فغيرم بذل الحيلة، أو يفرق بين الأجرة المتعارفة وبين الزائدة؟ ولم يرجح (في كلام الشيخ رحمه الله) إحدى الصور على الآخرين.

الظاهر أنه إن كان فعل المالك فعلاً له الأجرة عادة، فله أن يطالب الغاصب بالأجرة والعوض؛ لدخول المقام تحت ضمان «على اليد» فالقول بتنزيل المقام منزلة التعذر والانتقال إلى بذل الحيلة ممنوعة؛ لاختصاص ذلك بالتلف الحكمي، وبعد فرض كون المال موجوداً يمكن الوصول إليه، فلا وجه للذهاب إلى هذا القول.

فالحق هو الحكم بوجوب دفع الأجرة على الغاصب للمالك لتحقق الرد الواجب عليه بمقتضى دليل وجوب رد مال الغير، مضافاً إلى حرمة الغصب والاستيلاء على عليه والتصرف فيه إلا بإذن المالك، وهذا ما تقتضيه السيرة العقلانية نعم، أن السيرة المذكورة لا تدل على أزيد من الأجرة المتعارفة.

ولنا كلام في ذيل أصل المسألة (في وجه رجوع السابق إلى اللاحق) بعد أن قلنا بتحقق الضمان باقية إلى جميع الأبادي بمقتضى القاعدة ما لم يرد العين أو البديل: إن المناط لثبوت الضمان شيئاً: أحدهما: اليد والثاني: التلف، إلا أنه في التلف السماوي لا موجب للضمان؛ لعدم شمول «من تلف» وانصراف (على اليد) عن التلف السماوي نعم، لو

قلنا بدخلة اليد فهو ضامنه، وأمّا كيفية تعلقه بها، فلا يبعد القول بالتوزيع، كما يقال في باب الديات وفي تعاسر الأولاد في نفقة الأب.

بقي الكلام فيما استشهد به الشيخ رحمه الله (رداً على الجواهر رحمه الله) حيث قال: بأنّ الخطاب المتوجّه إلى من تلف المال بيده ذمّي، والخطاب إلى غيره شرعي (وقد مرّ توضيحة ورده) وأورد عليه الشيخ رحمه الله: بأنّه لا وجه للفرق مع أنّ دليلاً «على اليد» بالنسبة إلىهما على السواء، مضافاً إلى أنه لا خلاف من أحد في كون ذوي الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلاً ما لم يسقط بأدائهم أو إبراء المالك.

ومن هنا تعرّض المتأخرن عنه إلى مسألة تبرّع المالك حقّه لبعضهم (كالأول مثلاً) وإفراج ذمّته وإسقاط الضمان عنه، ففي هذا الفرض هل له أن يرجع إلى اللاحق بدعوى اختصاص الإبراء والتبرّع للأول، أو أنه لا يبقى له بعد ذلك حقّ للمطالبة عن اللاحق؟ الظاهر سقوط حق المطالبة عن المالك بإبرائه؛ لأنّه إذا أسقط المال عن عهدة المديون الأول فهو بمنزلة الاستيفاء للبدل ومساوق له، وقد مرّ أنّ برد البدل من أحدهم يسقط عن عهدة السايرين، فلم يبق دين عليهم؛ لأنّه ليس للمالك إلّا بدل واحد وإن كان الضمناء له عديدة، فباعتراضه عن المال لم يبق شيء ليقال ببقاء اشتغال الذمم من غيره.

«مسألة: لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى القول ببطلان الفضولي فالظاهر أنّ حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله والحكم فيه الصحة؛ لظهور الإجماع، بل دعواه عن غير واحد، مضافاً

إلى صحة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان الفضولي من قوله عليه السلام: لا يجوز بيع ما لا يملك وقد وجب الشراء في ما يملك... وأمّا على القول بصحّة الفضولي، فلا ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة، بل وكذا مع الرد...»<sup>١</sup> [١].

[١] تمهيد: قد مر الكلام في تمامية عقد الفضولي وعدمها (ابنني الشيخ الله هذه المسألة على المختار في بيع الفضولي بصفقة واحدة) وقد تقدّم اختلاف الكلمات في حكمه؛ حيث إنّ البعض قال ببطلان الفساد إلّا في موارد خاصة كنكاح العبد من دون إذن مولاه؛ لورود النصّ الخاص، وبعضهم قال بالصحة لأنّه لاندراج العقد الفضولي في عناوين المعاملات الشرعية، والحكم ببطلان يحتاج إلى الدليل وهو مفقود.

وكيف كان تصدّي الشيخ الله لبيان المسألة على كلا المسلكين (الصحة والفساد) في المبحث عنه في المقام (لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه) وكذا (بيع ما يملك مع ما لا يملك، كبيع الخل مع الخمر والشاة مع الخنزير) ثم إنّه ذكر وجوه النقاش في صحة المعاملة (بالنسبة إلى ما يملك وما لا يملك):

منها: إنّ صحة العقود تدور مدار العلم بالثمن والمثمن، وفي مثل المقام جهالة الثمن وجهالة أحدهما تؤدي إلى بطلان العقد.

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥١٣.

منها: إنّ بعض الصفة (في المقام) ينجر إلى عدم وقوع ما قصده وعدم كون الواقع مقصوداً، بداعه أنّ القصود بيع المملوك وما لا يملك وهو غير متحقق؛ لعدم إمكان تصحّيحة، وما هو يمكن توصيفه بالصحة غير مقصود، وأنّ الخلّ أو الشاة منفرداً غير مقصود.

منها: إنّ شرط الصحة وهو الرضا وطيب النفس غير متحقق. ولا يخفي أنّ هذه الإشكالات لا تختصّ ببيع ما يملك وما لا يملك، بل هي شاملة للمقام (بيع مال نفسه مع مال غيره) فعلى هذا يشكل الحكم بالصحة في المقام؛ لوحدة المناطق في المسألتين.

إلا أنّ الشيخ رحمه الله حكم بالصحة هذه المعاملة دون المسألة الأولى (بيع ما يملك وما لا يملك) لعدم قيام الإجماع فيها، ثم ادعى شمول النص للمقام (صحيحة صفار) وأنّه حتى بناء على القول ببطلان الفضولي وعدم الصحة بالنسبة إلى ماله أيضاً يرفع اليد عن القاعدة ويحكم بالصحة بدلالة هذه الرواية والإجماع.

وعلى ذهاب الشيخ<sup>١</sup> وابن زهرة<sup>٢</sup> والحلّي<sup>٣</sup> رحمه الله وغيرهم (القائلين ببطلان الفضولي) إلى الصحة في المقام بما استند إليه (من الإجماع والنص).

<sup>١</sup>. المبسوط ٢: ١٤٥، الخلاف ٣: ١٤٤.

<sup>٢</sup>. غنية النزوع: ٢٠٩ و ٢٣٠.

<sup>٣</sup>. السرائر ٢: ٢٧٥.

هذا مضافاً إلى أن القائل بالصحة يقول بأنّ عنوان البيع بالنسبة إلى المالين يكون من مقولة العام الاستغرافي **﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾** وينحل بتعدّد أفراده، فيشمل ويصح بالنسبة إلى مملوكة ويبطل بالنسبة إلى مال الغير. والقول: بأنّه يستلزم تخلف العقد عن القصد، مندفع: بأنّ الصفة والمعاملة وإن كانت مشروطة بالوحدة (في المبيع) إلا أنّ الخيار الحاصل بتبعض الصفة يدفع الضرر الحاصل في المبيع المشروط منضمّاً إلى مال الغير مضافاً إلى احتمال وجود خيار تخلف الشرط (حيث إنّ العقد واقع مشروطاً بانضمام المالين) فإذا بطل العقد بالنسبة إلى الجزء يتحقق صغرى تخلف الشرط، فلا وجه للحكم بالبطلان.

وعلى المحقق الخراساني الأخوند رحمه الله على كلام الشيخ - لو لا النص والإجماع - بقوله: «بل لو لا أنّ الصحة في المسألتين على طبق القاعدة لا م肯 المناقشة في النص: بأنّه لا عموم فيه ولا إطلاق، بل حكم في واقعة. وفي الإجماع: بأنّه يمكن ذهاب جل المحققين، لو لا الكل إلى الصحة بناء منهم أنّها على القاعدة، فلا مجال مع هذا الإجمال لتحصيله، ولا يبقى وثيق بنقله، فلا محيص للسائل بالصحة عن دفع ما سيجيء من المناقشة...».

«وحاصلها: أنّ الصحة في البعض على خلاف ما تراضياً وتعاقداً عليه من المجمع، كما أنّ التراضي والتعاقد على المشروط غير التراضي والتعاقد عليه مع فساد الشرط».

(ومحصّل النقاش منه: أنّ المشكلة الأولى من ناحية التعاقد؛ لأنّ العقد قد وقع على المجموع، فإذا صحّ في بعض المجموع وبطل في البعض يلزم تخلّف العقد على القصد).

والمشكلة الثانية حصلت من ناحية التراضي؛ حيث إنّه واقع على المجموع، فصحّة العقد في البعض وعدمها في البعض الآخر ينافي مع شرطية التراضي، مع أنّ الصحة مبنية عليها).

ثمّ قال عليه السلام: «والتحقيق في دفعها أن يقال: إنّ الغرض والقصد الذي دعى إلى التعاقد وإن تخلّف حيث إنّه قد تعلّق بتمليك تمام الجملة، ولم يمض في غير الملك لهما إلّا أنّ التعاقد على تملك الجملة ولم يمض في غير الملك لهما، إلّا أنّ التعاقد على تملك الجملة تعاقد على تملك كلّ بعض من أبعاضها؛ لأنّها ليست إلّا نفس الأبعاض بالأسر، فيكون التعاقد على تملكها في الحقيقة تعاقداً على تملك كلّ من الأبعاض بإزاء ما يحاذيها من الشمن، وعدم إمضاء تملك بعض منها ليس بضائر بتبعة العقود للقصود لو قيل بالغفوت في الباقي لما عرفت من كون التملك بإزاء ما تخصّه من الشمن مقصوداً، وإنّما يضرّ لو كان تملك كلّ بعض مقيّداً بتمليك الباقي كما في باب الشروط».

(وحاصل كلامه جواباً عن المشكلة الأولى: أنّ الخلل المتوجه من هذه الناحية، أي التعاقد ممنوع؛ لوقوع العقد على المجموع بعد كون المجموع مركّباً اعتبارياً بالتركيب بين الحصتين، أي ماله المملوك ومال الغير، ولكنّ الشارع أمضى بالنسبة إلى ماله وأبطل الآخر، وإبطاله بالنسبة إلى مال الغير لا يضرّ بتعلق العقد بماله الذي هو جزء من

المجموع، فلا مانع من صحة العقد؛ لتعلق التعاقد بالبعض في ضمن المجموع).

ثم قال: «ولا يكاد يكون ه هنا تقييد، وإنما كان مع كل شيء بيعاً وشرطأً، كما في ذلك الباب، وهو واضح البطلان، كما يشهد به الوجدان، والتراضي المعتبر في الصحة ليس إلا أن يكون تعاقدهما بصرافة طبع المتعاقدين، قبلاً لما إذا تعاقدا إجباراً أو إكراهاً وقد تعاقدا هكذا وإن لم ينفذ عقدهما في غير مالها، ومن ذلك ظهر الفرق بين فساد الشرط وفساد الجزء».

(وحاصل الجواب عن المشكلة الثانية: إن الخلل من ناحية التراضي أيضاً من نوع؛ لأن ما هو المضير والمحل بصحة العقد لو كان العقد حدث مكرهاً ومحبوباً، ومع عدم الإكراه والإجبار ووجود التراضي فلا مانع من صحة العقد).

ثم قال: «إن قلت: هب ذلك، ولكن التبعيض يستلزم الجهالة في الثمن فيما يسلّم، والعلم به معتبر في صحة البيع.

قلت: مع أن التبعيض لا يستلزم دائمأً، بل ربما يوجبه أحياناً أن المعتبر هو العلم بما تعاقدا عليه من الثمن والمثمن لا ما انحل إليه العقد؛ لعدم إمضاء الشارع فيما لا يملكه البائع أو المشتري، فلا مانع عن عموم أدلة نفوذ البيع فيما يملكونها، كما لا يخفى».

ثم قال: «إن قلت: (بعد صحة العقد من جهة التعاقد والتراضي) على هذا لا وجه لكون بعض الصفقة موجباً للخيار، مع أنه من أسبابه عند

المشهور (والالتزام المشهور بثبوته عند بعض الصفقة) حيث إنّه ليس فيه إلا تخلّف الداعي، وتخلفه لا يوجبه.

قلت: وجهه: إنّه عقد واحد لم يسلم في تمام مضمونه، فالالتزام به فيما يسلم ضرر وعلى خلاف الفرض، فقاعدة نفي الضرر تقتضي جبره برفع لزومه وثبوت الخيار فيه، فالسبب عدم سلامة العقد في تمام ما وقع عليه. لا تخلّف ما يدعوه إليه، فتأمل في المقام، فإنّه من مزال الأقدام للأعلام<sup>١</sup>.

وللكلام فيما أفاده مجال؛ حيث إنّ العاقد إذا لم يرد بيع ماله منفرداً، بل يبيعه منضمّاً فالانضمام لا يعقل إهماله وكذا إطلاقه؛ لتعلق قصد العاقد وغرضه مبنياً على بيع ماله مقيداً وبالانضمام إلى مال الغير (ولا يكون منفرداً) فيتعيّن الاشتراط، أي يكون عقده مشروطاً بالانضمام، وقد حقّق في باب الشروط أنّ التملّيك المشروط يستلزم التعليق، والتعليق في العقود مستلزم للبطلان، فإنّشاء التملّيك بالانضمام يستلزم البطلان نعم، لو قلنا بالإنشاء والعقد في موارد بعض الصفقة مطلق غير معلّق، وإنّما التعليق خاصّ بالوفاء والإلتزام العقدي المشروط بالانضمام بحيث إذا لم يتحقق الالتزام لم يكن ملزماً بالوفاء، فيكون النتيجة ثبوت الخيار (من دون خلل في أصل العقد).

هذا مضافاً إلى أنّ ما أفاده من أنّ الرضا المعتبر هو عدم الإكراه والإجبار محسناً ممنوع؛ لأنّ المستفاد من الأدلة تحقّق طيب النفس

<sup>١</sup> . حاشية المكاسب (لآخرنوند): ٨٥ - ٨٦

والرضا وشرطته لا عدم الإكراه مجردًا، وهذا مقتضى قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ لإمكان تصوير عدم تحقق الإكراه وقد الرضا؛ حيث إنّه رضي بالعقد منضمًا ولا منفرداً، ولعلّ وزانهما وزان المانع والشرط، أي مانعية الإكراه وشرطية الرضا، فيمكن رمي العقد بالفساد لفقد الشرط وإن لم يتحقق مانع، هذا.

وقد من أنّ الإشكالات المطروحة لصحة البيع في المقام ثلاثة:  
الأولى: استحالة تصحيح هذا العقد لجهالة الثمن (وإنّه يؤدّي إلى بطلان العقد).

الثانية: إنّ بعض الصفقة ينجرّ إلى أنّ ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع.

الثالثة: عدم تحقق شرط الصحة وهو الرضا وطيب النفس.  
وكيف كان، فقد تعرض الأعيان لحلّ المشاكل كالمحقق الآخوند وقد ذكرنا كلامه وبالنسبة إلى (الثانية والثالثة) مع ما فيه من النقد والسؤال، وقد تصدّى المحقق الإيرلندي بَلَّهُ لدفع الإشكالات بالنسبة إلى مشكلة بعض الصفقة: باعتبار العقد والبيع الواقع أمر واحد بسيط يشمله خطاب واحد بوجوب الرفاء، ومع التبعّض لا مجال لشمول الخطاب له) حيث قال: «إنّ مورد توجّه الحكم وتعلق الخطاب هو الرفاء بالعقد دون نفس العقد وخطاب ﴿أَوْفُوا﴾ متوجّه إلى المالك، والوفاء المتصور للعقد الواقع من مالك البعض هو دفع ما يملكه، فلا وجه لرفع اليد عن عموم ﴿أَوْفُوا﴾ وشموله له بمجرد عدم شموله لمالك

الجزء الآخر ما لم يجز، بل لو صّح ذلك لزم بطلان البيع حتى إذا أذن مالك الجزء الآخر فضلاً عما إذا أجاز: لأنّ خطاب الوفاء بالعقد بشراسره غير متوجّه إلى هذا ولا إلى ذاك»<sup>١</sup>.

وأورد عليه: بأنّا سلّمنا أنّ الوفاء متعلّق الحكم ويعدّ ذات العقد متعلّق، ولكنّ خطاب **﴿أَوْفُوا﴾** مشتمل ومتكفل لبيان حكمين: أحدهما: مطابقي، والآخر: بالالتزام (بعد لحاظ التقدّم والتأخر من حيث الشّبّوت والإثبات) أمّا مفاد الدلالة المطابقية للآية هو وجوب الوفاء، وهذه بالالتزام تدلّ على صحة العقد، ومع القول بانتفاء الصّحة ينتفي وجوب الوفاء، فما أفاده **﴿يُبَيِّن﴾** (من أنّ مورد توجّه الحكم وتعلّق الخطاب هو الوفاء بالعقد دون نفس العقد) لا تنحلّ به المشكلة: بذاته أنّ العقد الباطل لم يتوجّه إليه خطاب لوجوب الوفاء.

وكلام المورد (على الإيرواني) ناظر إلى أنّه لا يخلو الأمر عن حالتين: إمّا نقول بالصّحة في المقام، وإمّا ببطلان، فعلى الأخير، لا كلام. وعلى الأول أي العقد الواقع الكذائي صحيح بدلالة الالتزامية وإن كان في مقام الإثبات متأخّر، ولكن متقدّم ثبوتاً، فالنتيجة صحة العقد بالنسبة إلى كلا المبيعين مع أنّه لم يلتزم به، هذا أولاً. وثانياً: لو سلّمنا وتنزّلنا وقلنا بأنّ الخطاب في الآية الشريفة في خصوص الوفاء بالعقد دون نفس العقد فكيف تنحلّ المشكلة بالنسبة إلى قوله تعالى: **﴿أَحَلَّ اللَّهُ**

١. حاشية المكاسب (لإيرواني بِلَه) ١: ١٥١.

البيع﴿ بعد كون الموضوع فيها البيع بنفسه، وهو متعلق بمجموع المال (مال نفسه ومال غيره) وبعد بطلان البيع في جزء من المبيع يعود مشكلة بعض الصفة، والحلية في الآية الشريفة شاملة لما يملكه ولما لا يملكه بعد أن البيع الواحد البسيط لا يتبعض، فالمعاملة إما صحيحة وإنما باطلة، ولم يبق مجال للقول بالصحة بالنسبة البعض والبطلان في البعض.

وقد أجاب عن المشكلة الثانية بوجهين: «فاما أولاً: فبأنا نفرض حصول الرضا من المالك بالنسبة إلى أجزاء المبيع على سبيل العموم الاستغرافي دون المجموعي ليكون الرضا منه بكل جزء مقيداً بالرضا باخر، بل يكون الرضا رضاً واحداً متعلقاً بالمجموع المركب من المالين.

واما ثانياً: فبأن الرضا من المالك المتعلق بالمجموع المركب من المالين قد حصل وتحقق وصدق أنه راض بانتقال ماله ولو في ضمن الرضا بانتقال المجموع، فلو أثر هذا الرضا في انتقال مال نفسه لم يكن انتقال ماله بلا رضى منه لينافي ذلك دليل «ولا يحل...» نعم، لا يوثر رضاه هذا في انتقال مال الغير، فمال الغير لم ينتقل برضاه هذا، لا أنه ماله انتقل بلا رضاه».

وأورد عليه فيما أفاده أولاً: بأن المفروض أن المتعلق مبيع مع خصوصية الانضمام وقد تعلق الرضا ببيع مع هذه الخصوصية، لا بتملיקين كل واحد أجنبي عن الآخر.

وفيمَا أفاده ثانياً: لا نشك في تحقق الرضا بالجزء في ضمن الرضا بانتقال المجموع من المالين، إلا أن رضاه هذا مترب على الرضا بالكلّ كما هو كذلك في جميع الموارد المركبة، فمثلاً في الصلاة أن الحكم المترب على الكلّ مترب على الأجزاء تبعاً، لكن بقاء الجزء وزواله تابع لبقاء الكلّ، وبعد أن الشارع لم يمض المجموع تكون الملكية بالنسبة إلى الكلّ زائلة، وبالتالي تزول بالنسبة إلى ملكية الجزء والرضا بها بالضرورة.

وقد أجاب عن المشكلة الثالثة: «بأن المتيقّن من دليل اعتبار العلم بالعواضين ومانعية الجهل هو اعتبار العلم بما تعلق به العقد دون ما نفذ فيه البيع شرعاً وما تعلق به العقد معلوم في المقام وإن لم يعلم بعد التقسيط والتوزيع ما يقع بيازء كلّ جزء منهما من أجزاء الآخر، فلا مانع من الأخذ بالعمومات في الحكم بصحّة البيع بالنسبة إلى ما لا مانع من صحّته من الأجزاء، فالحكم بالصحّة فيه مطابق للقاعدة»<sup>١</sup>.

أقول: ما أفاده في حل هذه المشكلة يمكن الموافقة معه، مضافاً أن الدليل الدال على المنع هو الجهل المؤدي إلى الغرر، فبامكان التقسيط يكون الغرر منفيّاً.

وأمّا المحقق الأصفهاني فقد أجاب عن مسألة بعض العقد الواحد البسيط بما أفاده: «إن الإنشاء وإن كان واحداً وما تسبّب به إليه من الملكية وإن كانت كذلك، إلا أن وحدة التملّك والملكية طبيعية لا

<sup>١</sup> . حاشية المكاسب (لليبرواني رحمه الله) ١٥١ : ١

شخصية؛ لوضوح تعدد اعتبار الملكية بتعُّد الم المملوك، لا أنَّ المالين معاً ملك واحد بحيث تكون الإضافة الشخصية قائمة بالمتعدّد، ومع تعدد الملكية يتعدد التمليك؛ لأنَّ الإيجاد والوجود متهدان بالذات مختلفان بالاعتبار، وليس العهد إلَّا الجعل والقرار المعاملي المتعلّق بالملكية ولا العقد إلَّا ارتباط أحد القراريين بالآخر، فلهمَا وحدة طبيعية وتعدد بالشخص وعدم تجزيَّ البسيط لا ينافي تعدده<sup>١</sup>.

توضيح ما أفاده: إنَّ إقدام الفضولي ببيع المجموع مما يملكه وما لا يملكه من مقوله اعتبار تمليكيين ببيع واحد، وبما قررَه من أنَّ المراد هو الوحيدة الطبيعية في العقد الواقع، فالعقد واحد طبيعية. وما يتوهَّم عدم إمكان تبعُّضه (أي تبعُّض الواحد) هو الواحد الشخصي ولا الطبيعي والظاهر أنَّ الإنشاء واحد. وأمَّا المنشأ بالقول بتحقُّق الملكية في ماله وعدم تحقُّقها في مال الغير لا يضرَّ بوحدتها الطبيعية؛ لأنَّ الطبيعي موجود بوجود أفراده، وفي المقام لا تبعُض للعقد، بل العقد واقع على المملوك وعلى غير المملوك، ولذا يمكن للشارع تصحيح أحد هما دون الآخر.

ولكنَّ المشكلة: أنَّ لازم ما أفاده كون الفضولي قد جمع بين بيعين وأنشأهما بإنشاء واحد؛ حيث إنَّ المستفاد من كلامه أنَّ لكلَّ جزءٍ ملكية مستقلَّة، مع أنَّ العرف والعقلاء لا يلتزمون بذلك؛ لاستلزم هذا القول تعدد البيوع في الواحد الاعتباري كالبيت مع كثرة الأجزاء المتشكلة

<sup>١</sup> . حاشية كتاب المكاسب (لالأصفهاني رحمه الله) ٢: ٣٣٤

لهذا العنوان نعم، لو قلنا بأنّ الملكية من الموضوعات العقلية يمكن تصوير ما أفاده إلّا أنّ الملكية وأمثالها من الأمور العقلائية الممضاة يامضناء الشارع، ولذلك لا يمكن تسلّم ما أفاده لحلّ المشكلة؛ لاستلزمها القول بتعدد جميع البيوع الواحدة الشخصية بتعدد أجزاء المبيع الواحد.

والمشكلة الثانية وهي عدم تحقق الرضا وطيب النفس: فقد أجاب عنها بقوله: «وأَمَّا مَسَأَلَةُ عَدَمِ الرِّضَا إِلَّا بِالْمَجْمُوعِ، فَيَكُونُ الْعَدْدُ فَاقِدًا لِلشَّرْطِ تَأْثِيرِهِ، وَهُوَ الرِّضَا لَا لِلْقَصْدِ الْمُقْوَمِ لِلْعَدْدِ كَمَا فِي سَابِقِهِ. فَالْجَوَابُ عَنْهَا مَا مَرَّ آنَفًا: أَنَّ الرِّضَا بِمُلْكِيَّةِ الْمَجْمُوعِ لَا مَعْنَى لَهُ، وَالرِّضَا بِمَجْمُوعِ الْمُلْكِيَّاتِ بِمَا هُوَ وَاحِدٌ بِالاعتِبَارِ أَيْضًا لَا مَعْنَى لَهُ، وَالرِّضَا بِالْمُتَمْلِكَيَّاتِ الْمُقِيَّدَةِ بِعَضْنَاهَا بَعْضًا أَيْضًا لَا مَعْنَى لَهُ. وَالرِّضَا بِالْمُتَمْلِكَيَّاتِ الْمُرْتَبِطِ بِالْالِتَّزَامِ بِمُلْكِيَّةِ تَمْلِيْكِهِ شَيْءٌ أَخْرَى مَعْقُولٌ، لِكُنَّهُ مُخَالِفٌ لِلْوَاقِعِ؛ لِأَنَّ الْمَفْرُوضُ هُوَ الْبَيْعُ فَقْطًا لَا الْبَيْعُ وَالشَّرْطُ وَعَلَى فِرْضِهِ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي الْبَيْعِ الْمُشْرُوطِ بِشَرْطِ التَّخَلُّفِ عَنِ الْمُشْرُوطِ، وَالْحَقُّ فِيهِ الصَّحَّةُ؛ لِأَنَّ الْمُلْتَزِمَ بِهِ لَيْسَ قِيَدًا لِلْبَيْعِ وَلَا لِلْمُبَيَّعِ بِلِنَفْسِ الْالِتَّزَامِ مَرْتَبِطًا بِالْبَيْعِ، أَمَّا أَنَّ الْمُلْتَزِمَ بِهِ وَهُوَ مُوْرِدُ الشَّرْطِ لَيْسَ قِيَدًا لِلْبَيْعِ؛ إِذَا وَصَفَ الْكِتَابَةَ مثلاً لَا يَعْقُلُ أَنْ يَكُونَ قِيَدًا وَحِيثِيَّةً لِلْمُتَمْلِكَيَّاتِ بِحِيثِ يَكُونُ مُخَصَّصًا لِلْمُتَمْلِكَيَّاتِ الطَّبِيعِيَّاتِ أَوْ لِلْمُلْكِيَّاتِ. وَأَمَّا أَنَّهُ لَيْسَ قِيَدًا لِلْمُبَيَّعِ، فَلَأَنَّ الْكِتَابَةَ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ شَوْؤُنِ الْمَمْلُوكِ، إِلَّا أَنَّ الْمَمْلُوكَ حِيثِ إِنَّهُ شَخْصٌ فَلَا يَعْقُلُ أَنْ يَتَضَيَّقَ بِأَخْذِ وَصْفِ الْكِتَابَةِ مَعَهُ، كَمَا فِي الْعَبْدِ الْكَلْيِّ الَّذِي لَهُ صِنَافَانِ: كَاتِبٌ وَغَيْرُ كَاتِبٍ، فَلَا مَجَالٌ إِلَّا لِجَعْلِ الْالِتَّزَامِ بِهَا مَرْبُوطًا بِالْمُتَمْلِكَيَّاتِ،

وحيث إن التملك لا يصدر في الخارج إلا عن رضا طبعي أو عن إكراه بحمل الغير عليه، والمفروض عدم الثاني فلم يصدر إلا عن رضا وطيب طبعي مقروراً بالالتزام الذي لا تختلف له، وإنما التخلف للملزم به، وهو ليس قيداً للبيع ولا للمبيع.

وعليه فجميع شرائط البيع محققة لا تختلف لها، وإنما يوجب الخيار للرضا بالبيع المقرور بالالتزام بشيء، فلو لزم العقد مع التعهد بثبوت الكتابة في العقد، لزم نقض الغرض العقدي لا فقد الرضا<sup>١</sup>.

ما أفاده الله من الممنوعية وعدم تصور المعنى له في الصورتين الأوليين تاماً؛ لأنّه لا معنى لبيع المجموع بما هو واحد اعتباري لاستلزماته خلف الفرض أولاً.

وثانياً: أن متعلق البيع هو الملك دون العنوان الاعتباري، وأمّا بالنسبة إلى الصورة الثالثة واستحالة التملكات المقيدة بعضها بعض (كما في المقام من تقييد التملك الأول بالثاني) فهي بظاهرها تامة، إلا أنّ الكلام في أن معية شيء للشيء الخارجي هل يوجب تقييد الشيء بالشيء الخارجي، أو أن هذا التقييد يعد من شؤون ذلك الشيء وأوصافه؟ الظاهر هو الأخير، فلذلك لا مانع من تقييد العالم بالإيمان أو الصدقة إذا عدّا من شؤونه. وأصرح من ذلك تقييد الصلة بالزوال وكذا بالطهارة فهما من قيود الصلة وإن لم يعدا من الشؤون.

<sup>١</sup> . حاشية كتاب المكاسب (لالأصفهاني الله) ٢: ٣٣٥

وأماماً تصحيح التملיק المرتبط بالالتزام كما في الشروط المصرحة في ضمن العقد، فهو يتم فيما إذا صرّح البائع، ولكن في المقام لا تصريح له بذلك، والفضول قصد بيع مال نفسه مضافاً ومنضماً إلى مال الغير، ففي مثل ذلك تارة: يكون المضاف والمنضم، له الدخل في أصل الغرض على نحو لولا المعيّنة ينتفي الغرض من أصل المعاملة، كما في بيع الحذائين الذي لو لا الانضمام تكون المعاملة منافية، فهنا أن المعيّنة تعدّ قيداً للبيع، ولو لا الانضمام تكون المعاملة باطلة؛ لأن المتعلق ملحوظ بنحو وحدة المطلوب.

وتارة: لا يكون وزان الانضمام والمعيّنة كذلك، بأنّ له الدخل في أصل الغرض، بل يكون الدخل لكماله كضمّ عدل السجاد إلى الآخر، أو ضمّ مجلد من الكتاب، فحينئذٍ يعُد شرطاً في البيع، فلو باع الفضول مال نفسه مع مال الغير في هذا الفرض يعُد ذلك جمعاً في البيع لا البيع مقيداً أو مشروطاً أو مجموعاً، فلا مانع في اندراجه في عموم **﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾** و**﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** ويترتب عليه الأثر، ويبطل في الثاني، ولا يسري البطلان إلى الصحة في مال نفسه.

وأورد عليه: بما أنّ اعتبار البيع من دون القيد أو الشرط أو الالتزام بالمجموع لم يتحقق حينئذٍ موجب لثبوت الخيار للمشتري، فضلاً عن القول بصحة المعاملة.

وعلى الجملة: نقول بإمكان دفع الشبهات الثلاثة: من لزوم جهالة الثمن المؤدي إلى بطلان العقد.

وكذا لزوم تبعّض الصفة المؤدي إلى عدم وقوع المقصود وعدم القصد إلى الواقع.

وأيضاً عدم تحقّق الرضا وطيب النفس الذي هو شرط الصحة. أمّا بالنسبة إلى الشبهة الأولى: فقد حقّق سابقاً أنّ الجهة المانعة عن تمامية العقد هي الجهة المؤدية إلى الغرر وأنّها بنفسها ليست موضوعاً لدليل المنع، ولذلك إذا كان الثمن معلوماً بالنسبة إلى ما تعلّق به العقد الممضى للشارع لا يكون في البين غرر، ولا سيّما بعد القول بتنقيط الثمن فيما إذا كان ممكناً، فعلى هذا لا إشكال في صحة العقد في خصوص ما يملكه الفضولي.

وأمّا بالنسبة إلى الشبهة الثانية: فحيث إنّ الفضولي قد جمع بإنشائه الواحد بين المبيع (وبيعه بحسب الصورة والظاهر واحداً إلّا أنّ في الحقيقة وزانه وزان العام الاستغرافي) إلّا أنّ كلاً منهما مشروط ومنضم إلى الآخر، فكما يقال بالصحة في الجمع بين الشيئين فيما إذا كان المملوک متعدّداً كالدار والبستان... وبيعهما البائع بإنشاء واحد كذلك في المقام، فلا مانع من الصحة بالنسبة إلى مال نفسه دون غيره مع تحقّق الخيار للمشتري دفعاً للضرر.

نعم هذا بالنسبة إلى ما كان لكلّ واحد منها المنفعة العرفية العقلائية مستقلاً عن الآخر، كما في عدلي السجاد أو جزئي الكتاب.

وأمّا إذا لم يكن كذلك بحيث لا يكون لأحدهما دون الآخر منفعة كفردي الحذاء والجورب يشكل الحكم بالصحة؛ لأنّ المعاملة الواقعية مقيدة وملحوظة على نحو وحدة المطلوب، ولا يعقل لحظ المتعلق

متعددين مطلوبين ليتم الانتقال بنحو الاشتراط والانضمام، ففيما قامت القرينة على وحدة المطلوب لابد من الحكم بالبطلان، وأمّا إذا قامت القرينة على التعدد لا إشكال في الصحة، وفي موارد الشك وعدم وجود قدر المتيقن يكون مجرى أصالة الفساد الجارية في مطلق المعاملات. وأمّا بالنسبة إلى الشبهة الثالثة: قد اتضح مما قلنا في تصحيف العقد المذكور تعلق الرضا بالبيع المذكور والاختلاف العقدي لا يوجب البطلان، وغايته تحقق الخيار للمشتري، هذا كله من جهة القواعد العامة.

بقي الكلام في مقتضى النص الوارد في المقام وما رواه الشيخ (والكليني والصدوق) في الصحيح عن محمد بن الحسين الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري: في رجل باع (له) قطاع أرضين (أرض) فيحضره الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربع، فقال للشهدود: أشهدوا أنّي قد بعت فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حدّ منها كذا والثاني والثالث والرابع، وإنّما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وإنّما له بعض هذه القرية وقد أقرّ له بكلّها؟ فوقع علّي <sup>الثانية</sup> «لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»<sup>١</sup>.

<sup>١</sup> . وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٩، أبواب عقد البيع ب ٢ ح

ظاهرها صحة البيع ولزومه فيما يملكه، وعدم الصحة فيما لا يملكه حتى بعد لحقوق الإجازة، وإن أمكن حمل النفي على الصحة الفعلية دون التأهيلية الموقوفة على الإجازة. وبهذا التوجيه لا تنافي بين الحكم في الرواية وما تقتضيه القواعد العامة (من الصحة فيما يملك وما لا يملك بعد لحقوق الإجازة والبطلان مع عدمها) هذا إلّا أنّا إذا لم نلتزم بما استفدناه من القاعدة (من الحكم بالصحة مع ثبوت الخيار) لا يمكننا إلّا الاستناد بالنصّ والإجماع كما ذهب إليه الشيخ رحمه الله؛ لعدم دلالة الرواية على ثبوت الخيار؛ لأنّ قوله عائلاً: «قد وجب الشراء» دليل الصحة واللزوم من دون خيار، ومن النصّ يستفاد أيضًا عدم تحقق التخلف عن القصد ولا تبعض الصفة وعدم المانع من ترتيب الحكم على المعاملة.

«ثم إنّ البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى الم المملوك بحصته من الثمن ومحروم في غيره بحصته، وطريق معرفة حصة كلّ منهما من الثمن...». [١]

[١] لا يخفى أنّ مسألة تقسيط الثمن ترتبط بموارد بطلان الفضولي (في حصة الغير) وكذا القول بصحة الفضولي مع ردّ مالكه، وأيضاً بناءً على الصحة وإجازة المالك، وهكذا في ما لو تلف بعض المبيع قبل قبضه فيما يحاسب من مال البائع وأيضاً في مسألة بيع ما يملك وما لا يملك.

والعمدة: هو الكلام في كيفية التقسيط: إما في القيميات وإما في المثلثات.

أمّا في القيمي: صرّح الشيخ رحمه الله مستفيداً من «السرائر»<sup>١</sup>: «وطريق معرفة حصة كلّ منهما من الثمن في غير المثلي أن يقوم كلّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن نسبة إليه، كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين».

ومقتضى هذا تقويم كلّ من المالين بمفرده، ثمّ الجمع بين القيمتين، ثمّ ملاحظة نسبة كلّ واحد منهما إلى مجموع القيمتين لا قيمة المجموع فيدفع لكلّ منهما نسبة الثمن من المجموع «مثاله كما عن «السرائر»: ما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانير وقيل: إنّ قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلثي الثمن» انتهى<sup>٢</sup>.

وحاصل ما أفاده الشيخ رحمه الله: تقويم كلّ من المالين مستقلاً، ثمّ يحسب لكلّ منهما جزء من الثمن إذا تكون نسبة هذا الجزء إلى الثمن كنسبة قيمة الجزء إلى المجموع القيمتين. فهنا تارة: يكون قيمة كلّ واحد من المالين منفرداً على السواء (كما إذا كان كلّ منهما بمفرده دينارين والمجموع أربعة) إذن تكون النسبة (نسبة كلّ منهما) إلى المجموع نسبة النصف فيدفع النصف. وتارة تكون قيمة مال البائع دينارين وقيمة مال الغير أربعة، إذن تكون نسبة قيمة كلّ مال إلى المجموع هي الثالث فيدفع للبائع (بالنسبة إلى ماله) ثلث القيمة، فيبقى للغير ثلثي القيمة وهكذا.

<sup>١</sup>. السرائر: ٢٧٦.

<sup>٢</sup>. كتاب المكاسب: ٥١٥.

وأشكل السيد الله في «الحاشية»<sup>١</sup> في هذه الطريقة؛ حيث إنّ الصور المتصورة في المقام ثلاثة:

الأولى منها: ما كانت القيمة والنسبة متحدة كما في المثال الأول (مساواة القيمة في المالين ومساواهاتهما مجتمعاً) فتكون النسبة بين حالي الانفراد والمجتمع واحدة.

الثانية: ما كانت قيمتها عند الاجتماع أكثر منها انفراداً، كقيمة الحذائين أو السجادين أو مصراعي الباب.

الثالثة: لو كانت قيمتها مجتمعاً أقل منها منفرداً، ومثاله الجارية مع بنتهما، كما إذا كانت قيمة كلّ منهما (ألف) إلا أنّ قيمتها عند الاجتماع تصير أقلّ عن القيمة منفرداً.

وهنا أشكال السيد الله بأنّ ما أفاده الشيخ الله يتمّ فيما إذا كانت الهيئة الاجتماعية موجبة للزيادة أو النقصة بالسوية. وأمّا لو أوجبت ذلك بالتفاوت، فلا يتمّ، مثلاً إذا كان أحدهما تزيد قيمته بالانضمام والآخر تنقص قيمته به، يلزم على طريقة المصنف الله فيما إذا قوم أحدهما منفرداً بإثنين ومنضماً بأربعة، والآخر منفرداً أربعة ومنضماً بإثنين، أن يكون لمالك الأول ثلث الشمن ولمالك الثاني ثلاثة، مع أنّ قيمة مال الأول في حال الانضمام ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال فينبع أن يكون للأول الثلان، وللثاني الثلث، وهكذا في سائر الاختلاف»<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي الله) ١: ١٨٩.

<sup>٢</sup> . نقل عنه في مصباح الفقاهة ٤: ٣٩٩.

فحيث إن هذه الطريقة لا تفي باستيفاء الحق بحسب العدالة والانصاف؛ بداعه لزوم التقسيط تقسيطاً عدلاً.

وفي المقام طريقة أخرى نقلها الشيخ عن المحقق في «الشائع»<sup>١</sup> والعلامة في «القواعد»<sup>٢</sup> والشهيد في «اللمعة»<sup>٣</sup>: «من أنهما يقوّمان جمِيعاً ثُمَّ يقوّم أحدهما»<sup>٤</sup> أي يقوم المال تارة منضماً، وتارة منفرداً، ثم ملاحظة النسبة القيمة المنفردة مع المنضمة، فتدفع القيمة بمحاسبة تلك النسبة.

ولكن المشكلة: أنها يستلزم الضرر للمشتري (فيما إذا كانت القيمة مجتمعاً أكثر من الانفراد) وكذا البائع (فيما إذا كانت القيمة مجتمعاً أقل منها منفرداً) ولهذا عدل السيد عليه السلام وسلك طريقاً آخر قائلاً: «الأولى في كيفية التقسيط أن يقوم كلّ منهما منفرداً، لكن بمحاسبة حال الانضمام، لا في حال الانفراد، ثُمَّ يؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين؛ إذ لو قوم كلّ منهما منفرداً لا في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صور الاختلاف»<sup>٥</sup> وهذه الطريقة الأوفق بالعدل في التقسيط؛ لعدم استلزمها الضرر على المالك والمشتري.

<sup>١</sup> شرائع الإسلام: ٢: ١٥.

<sup>٢</sup> قواعد الأحكام: ١: ١٢٥.

<sup>٣</sup> اللمعة الدمشقية: ١١٠.

<sup>٤</sup> كتاب المكاسب: ٣: ٥١٦.

<sup>٥</sup> حاشية المكاسب (للسيد اليزدي عليه السلام): ١: ١٨٩.

«وأمّا المبیع المثلي، فإن كانت الحصة مشاعة قسّط الثمن على نفس المبیع، فيقابل کلّ من حصّتي البائع والأجنبي بما يخصّه، وإن كانت حصة کلّ منهما معينة، كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصّتين وتقسّط الثمن على المجموع، فافهم».<sup>١</sup> [١]

[١] قسم الشیخ الله فرض المسألة (بيع مال نفسه مع مال غيره) في المثلي (الاحنطة والشعير) إلى قسمين:

قسم منها: فيما إذا كان المال مشاعاً بين المالك وغيره، ففي هذا القسم حكم الشیخ الله بتقسيط الثمن على المجموع وملاحظة السهم للمالك وغيره، فإن كان للمالك ثلث المال يدفع إليه بنسبيته والباقي للغير.

وأمّا في القسم الثاني: فيما إذا كانت الحصة مفروزة معينة، ذهب إلى الطريقة التي سلكها في القيمي: بأنّ يقوم کلّ حصة بمفردها، ثم الجمع بين القيمتين.

ثم التقسيم بـملاحظة قمية الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع بمعنى نسبة کلّ حصة إلى مجموع القيمتين وإعطاء کلّ واحد منهما من الثمن بتلك النسبة.

وأورد عليه المحقق النائيني: «بأنّ شيئاً من الضابطين لا ينضبط على الوجه الكلّي:

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥٢٠.

أما الأول: فلانتقاضه بما إذا كان لإحدى الحصتين في حال الاجتماع قيمة أكثر من قيمتها في حال الانفراد، كما إذا كان منْ من الحنطة في حال الاجتماع مع تسعه أمنان أعلى قمية لأجل صيرورته مرغوباً إليه في ضمن العشرة، ولكنه منفرداً لا يرغب إليه بما يرغب إليه في حال الاجتماع، فتقسيط الثمن حينئذٍ على نفس المبيع ليقابل كلّ من الحصتين بما يخصّه لا يفيد في تعين قيمته حصة الأجنبي، كما لا يخفى.

وأما الثاني: فلانتقاضه بما إذا كانت الحصتان المفروزان كلّ من صبرة واحدة، فلا يكفي حينئذٍ قيمة كلّ واحدة ونسبة قيمته إلى مجموع القيمتين والأخذ من الثمن بتلك النسبة، بل لابدّ من أن يقابل كلّ من الحصتين بما يخصّه من الثمن، كالمثلي، فلا يكون موافقاً مع القيمي في الحكم، ولعله إلى المناقشين أمر بالفهم»<sup>١</sup>.

ما أفاده إشكالاً تاماً إذا اختلف القيمة في الصورتين بالانفراد والاجتماع، فعليه نقول بما قاله السيد الله وأما مع الاختلاف الفاحش، فلا بأس بما قاله الشيخ الله.