

مجموعه

# مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره (٤٨)



«ثم إنه قد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ كلّ 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 غرمه للمالك. والوجه في ذلك حصول التلف في يده...»<sup>١</sup>. [١]

[١] قد مرّ أنّ المشتري إذا كان جاهلاً بالغصية يشملها قاعدة الضرر والغرر، وأيضاً بعض الروايات المتقدّمة، وبهذا ظهر أنّ كلّما 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 غرمه للمالك، هذا ما نصّ عليه الشيخ رحمته الله ووجهه بحصول التلف وتحقّقه في يده.

فيقع الكلام في هذه المسألة في مقامين:

الأوّل: يبحث عن حكم المالك بالنسبة إلى ذوى الأيدي المتعدّدة.

والثاني: عن حكم بعض ذوى الأيدي إلى البعض الآخر.

أمّا المقام الأوّل: وهذا ما تعرّض إليه الشيخ رحمته الله هنا مدّعياً 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 غرمه للمالك من المنافع المستوفاة

---

<sup>١</sup>. كتاب المكاسب ٣: ٥٠٤-٥٠٥.

وغير المستوفاة، وقد حَقَّقَ أَنَّهُ يَحَقُّ للمالك بدوًّا مطالبة البائع والمشتري على حدٍّ سواء، فإن رجع على المشتري جاز له الرجوع على البائع ومطالبته بما زاد على قيمة العين وأيضاً الغرامات، وأمّا إذا رجع المالك على البائع فلا يَحَقُّ له الرجوع على المشتري باعتبار أنَّ قرار الضمان ثابت على ذمّة البائع، وهنا ينشأ مبحث قضية تعاقب الأيدي والإشكال في كيفية تضمين الأيدي السابقة واللاحقة.

بتوضيح: أنَّ العين تارة تلفت في يد المشتري، فحينئذٍ يَحَقُّ للمالك الرجوع على البائع والمشتري ومطالبتهما قيمة العين والغرامات (للمنافع) وأنّهما يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب الضمان وحصول التلف في يد المشتري لا يكون سبباً لرجوع البائع عليه

وتارة: يقدم المشتري على إتلاف العين (وهذا ما أفاده بقوله: نعم لو أتلّف بفعله رجع لكونه سبباً لتنجّز الضمان على السابق) لاستقرار الضمان على ذمّة المتلف ولا يَحَقُّ للمشتري المتلف الرجوع على البائع، فهنا يريد الشيخ رحمته الله إثبات الضمان على المشتري لمكان الفرق بين التلف والإتلاف.

فالمتحصّل: استقرار الضمان على ذمّة اللاحق (أي المشتري المتلف) لكونه متلفاً وقاعدة الإتلاف (من أتلّف مال الغير...) مقتضية لاستقرار الضمان على ذمّة المشتري في المقام دون اليد السابقة وهو البائع الغاصب؛ لأنّ ذمّة البائع وإن كانت مضمونة لقاعدة اليد وأمّا ذمّة المشتري مضمونة من جهة اليد والإتلاف، ولذلك نرى في كلماتهم

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

لا إشكال في أنّ قاعدة اليد تقتضي ضمان جمع الأيادي وكونها محكومة ومأمورة بالردّ، إلّا أنّ هذا يستلزم تعدّد الأداء وتعدّد الردّ مع أنّ المال واحد، هذا من جانب، ومن جانب آخر إنّ الإلتلاف (العين) يستلزم ثبوت الضمان وضعاً على ذمة المتلف فإذا تعدّدت الأيادي تعدّدت الذمم والضمانات مع كون العين واحدة ووحدة ضمان البدل، مع أنّ المناط الدالّ على استقرار الضمان هو الاستقرار على عهدة من تلف عنده المال. فالحكم التكليفي (قاعدة اليد) والوضعي (الإلتلاف) مقتضاهما ضمان الذمّتين أو الذمم.

وأجاب الشيخ رحمته الله بقوله: «معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها ودركها بعد التلف عليه، فإذا فرضت أيد متعدّدة يكون العين الواحدة في عهدة كلّ من الأيادي، لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعدّدة معناه لزوم خروج كلّ منها عن العهدة عند تلفه، وحيث إنّ الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد كان معناه تسلّط المالك على مطالبة كلّ منهم بالخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمة كلّ منهم على البدل، بمعنى: أنّه إذا استوفى أحدهم سقط من الباقي لخروج الباقي عن كونه تداركاً؛ لأنّ المتدراك لا يتدارك.... ويتحقّق ممّا ذكرنا: أنّ المالك إنّما يملك البدل على

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

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

ثمّ أنّه تصدّى لتعريف ما أفاده بذكر النظائر في الفقه:

منها: ما أفاده بقوله رحمته الله: «ويمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور حيث إنه ضمّ ذمة إلى ذمة أخرى»<sup>٢</sup> (خلافًا لمذهب الخاصّة وأنّهم يعتبرون الضمان من باب تضمين الذمة وأنه بمجرد الضمان تبرأ ذمة المضمون) والحاصل: أن المضمون عندهم واحد وإن قالوا بتعدّد الذمم الضامنة.

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

١. كتاب المكاسب ٣: ٥٠٥-٥٠٧.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٥٠٧.

لغير، أو انكشاف بطلان البيع) فهنا اجتمعت الذمّتان: ذمّة الضامن مع ذمّة البائع، أو ذمّة الضامن مع ذمّة المشتري، بمعنى: أنّه يجوز للبائع الرجوع على المشتري وإلى الضامن ابتداءً، وكذلك يجوز للمشتري الرجوع على البائع وإلى الضامن ابتداءً.

منها: ضمان الأعيان المضمونة (على ما استقره في «التذكرة»<sup>١</sup> وقوّاه في الإيضاح) كما إذا ضمن شخص في مال المعارة 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 العلامة<sup>٣</sup>: أنّه نفى المنع من ضمان الإثنين على وجه الاستقلال، وتوضيح مراده: أنّه لا مانع من أن يضمن كلّ واحد منهما للمالك ما هو في ذمّة الغير في عرض الآخر لا في طوله حتى يستلزم ضمان أحدهما للمالك وكون الآخر ضامناً للضامن.

ومنها: ونظيره في العبادات الواجب الكفائي.

بتوضيح: أنّ الجميع مكلفون بتجهيز الميّت ويسقط عن الجميع بقيام أحد المكلفين، ففي المقام كذلك (أي ضمان الإثنين أو الأكثر عن الواحد بنحو الاستقلال) فيجوز للمضمون له (أي المالك) الرجوع على كلّ منهم ما ضمنه، فإذا أذاه سقطت المطالبة عن الآخر.

١ . تذكرة الفقهاء ٢ (ط.ق): ٩٢.

٢ . الوسيلة: ٢٨١.

٣ . حكاه عنه الفخر في الإيضاح ٢: ٨٩.

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

إلا أنَّ المحقق النائيني رحمته الله أشكل عليه بقوله رحمته الله: «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.

أمَّا استحالة تعدد الضمان عرضاً ثبوتاً: فلأنَّ الذمة في عالم الاعتبار تكون في حكم أين خارجي (مكان) يستقر فيه المال، إلا أنَّ الذمة لمكان اعتباريتها وسعة تسع كل شيء يصح اعتباره فيها، ولهذا يقال بأنَّها بيداء واسعة، فكما أنَّه لا يعقل قرار مال واحد في مكانين عرضاً بأن 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 مكانين خارجيين، وهذا على ما هو التحقيق في باب الأحكام الوضعية من قابلية تعلق الجعل بها استقلالاً وأنَّ الضمان حكم وضعي مجعول مستقلٌّ بالجعل، لا أنَّه منتزع عن الحكم التكليفي نعم، على القول بالانتزاع عن التكليف يمكن تكليف شخصيتين أو أشخاص بالأداء على نحو الواجب الكفائي، فينتزع منه وضع، وهو الضمان على نحو التصوير الكفائي حسب منشأ انتزاعه، لكنَّ القول بانتزاع الضمان



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

توضيح مراده: إنّ ما ذكره وتصوره الشيخ رحمته الله ل ضمانات متعدّدة عرضية فاقدة للطولية والترتيب لمضمون واحد على نحو الواجب الكفائي ممنوع؛ لأنّ الضمان على النحو المذكور إنّما هو متصور في الواجبات التكليفية دون الوضعيات كالضمان، ف ضمان الذمم المتعدّدة في عرض واحد باطل ثبوتاً وإثباتاً، أمّا ثبوتاً، فلاّ لازم القول ب ضمان ذمّتين في عرض واحد بالنسبة إلى مال مضمون واحد هو عدم الضمان، وهذا يستلزم أن يكون وجود الشيء علّة لعدمه، وهو محال.

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

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

<sup>١</sup> . المكاسب والبيع ٢: ٢٨٣-٢٨٤.

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

وبعبارة أخرى أوضحه شيخنا الأستاذ دام ظلّه: أنّه لا مجال لتعقّل كون عدم شيء شرطاً للآخر إلّا 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 تحقّق الضمانات العرضية؛ لأنّ ضمان كلّ يد وذمّته يكون مانعاً لضمان اليد الأخرى، فلا محالة يبطل الضمان العرضي.

هذا وقال رحمته الله في ردّ كلام الشيخ من حيث الإثبات بقوله: «وأما عدم ما يدلّ عليه إثباتاً فلما سنوضحه من أنّ أدلّة الضمان في صورة تعدّده تدلّ على الضمان الطولي الذي هو بمكان من الإمكان ثبوتاً...»<sup>١</sup>.

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

<sup>١</sup> . المكاسب والبيع ٢: ٢٨٤.

**الأول:** استحالة الضمان العرضي مع تعدّد الضمّناء بالبيان المتقدّم؛ حيث أثبتنا استحالة كون مال واحد في ذمتين عرضاً، كاستحالة قراره في مكانين خارجيين.

**الثاني:** انحلال عموم على اليد بأحكام متعدّدة حسب تعدّد موضوعاتها، واختصاص كلّ حكم بموضوعه بماله من الخصوصيات وقد تقدّم شرحه (من اللون ووجود المنفعة وعدمها ومع البذل وعدمه).

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

توضيح مراده في الوجه الأول والثاني بعد استحالة الضمان العرضي هو أنّ مدلول دليل «على اليد» اقتضاء الضمان بمجرد تحقّق الاستيلاء.

وفي الثالث: إنّ إطلاق دليل «على اليد» يقتضي اشتغال ذمّة المستولي على المال مع جميع الخصوصيات الفردية والنوعية، فبما أنّ المال قبل الاستيلاء كان مالاً للمالك فبعد الاستيلاء ينتقل إلى ذمّة المستولي الأول، وحينما ينتقل إلى اليد الثانية يكون هو الضامن للمال المضمون سابقاً دون الضامن الأول، فيعد ضمان الثاني في طول الأول

<sup>١</sup> . المكاسب والبيع ٢: ٢٩٦.

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

وأورد عليه: بأن استحالة الضمان العرضي وكون المضمون الواحد في ذمم متعددة تتم 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: بأننا سلّمنا أنّ الذمة من الأمور الاعتبارية العقلية، إلا أنّ تعددها واقعية حقيقية، بمعنى: أنّ ذمة زيد وعمرو أمران اعتباريان لكن تعددهما واقعية وليست باعتبارية، ولذا لا مانع من اعتبار كون المظروف واحداً والظرف متعدداً بشرط كون الظرف اعتبارياً - كما فيما نحن فيه - وبعبارة أخرى: سلّمنا أنّ المتعدد اعتباري ولكنّ التعدد حقيقي.

نعم لا يبعد القول في ذيل كلام النائني وردّاً 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.

وأما الدليل الإثباتي: إنّ ما يستفاد من قاعدة «على اليد» تحقّق 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 بالذمة وعند التلف، تارة نقول: بانتقال الضمان إلى المثل أو القيمة، وتارة نقول: بأنّ العين متعلّقة بالذمة إلى حين الأداء، فإن كانت مفقودة أو متعذّرة تنتقل إلى المثل أو القيمة حتى أنّ المحقّق الآخوند رحمته الله قال: إنّ العين متعلّقة للضمان حتى مع تلفها، لكن عند الدفع يدفع المثل أو القيمة، إلّا أنّ اعتبار تعلّق العين والمثل والقيمة جميعاً من حين الاستيلاء ممنوع؛ لأنّه بعد تعلّق الأصل بالذمة يستحيل تعلّق بدله (من المثل أو القيمة) فبالنتيجة: الالتزام باشتغال الذمة من حين الاستيلاء (بالعين والمثل والقيمة) وأنّ فعليتهما يدور مدار مطالبة المالك، ممنوع<sup>١</sup>.

هذا مضافاً إلى أنّ غاية ما أفاده رحمته الله 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 تعدّد 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 الأوّل والثاني؛ لكونهما ضامين لمال واحد، فيعود الإشكال.

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

وأورد على كلام النائي رحمته الله المحقق الخوئي بقوله: «إنَّ ما أفاده شيخنا الأستاذ رحمته الله ليس بصحيح من حيث البناء والمبنى، أمَّا من حيث المبنى فإنَّه قد بنى في تصوير الواجب الكفائي على أنَّ الواجب وإن كان شيئاً واحداً، إلَّا أنَّ الخطاب متوجّه إلى جميع المكلفين، فلا بدّ لكلّ واحد منهم إتيانه، ولكن مع إتيان الواحد سقط عن الباقي، (بتوضيح: أنَّ ما أفاده يخالف ما اختاره؛ حيث إنَّ الإرادة على أقسام ثلاثة: المطلقة والمشروطة والمردّدة:

فالأول: ما هي حاصلة في جميع الواجبات المطلقة التي لا شرط فيها. وأمَّا الثانية: ما هي حاصلة في جميع الواجبات المشروطة، كاشتراط الصلاة بوقت والطهارة...

وأما المردّدة: فهي إمّا كان وجود المتعلّق قائماً بالإرادة المردّدة مع تعيّن المراد كالواجب التخييري، وإمّا كان وجود المتعلّق قائماً بالإرادة المردّدة مع تردّد المراد، كالواجب الكفائي، وقد عرّف في الأصول بالواجب المقيّد وجوب كلّ عدل منه بعدم أداء الطرف الآخر، لكنّه خالف مختاره الأصولي في الفقه، وقال في الواجب الكفائي بنحو الاشتراط، وكيف كان يكون غرض المولى قائماً بإتيان كلّ واحد من المكلفين، فيستحيل أن يأمر أحدهم بالإتيان بالخصوص وتعيين شخص خاصّ مع كون الواجب واحداً، فليس معنى ذلك أنَّ وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر).

ثم قال رحمه الله: « لو سلمنا مبناه فبنائه عليه ليس بصحيح، وذلك فإن ما ذكره من المحذور من أنه لو كان الضمان على نحو الواجب الكفائي، فلازمه عدم ضمان كل منهما، فيلزم انعدام الضمان، إنما يلزم لو كان الضمان مقيداً بعدم الضمان الآخر، ووجوب الضمان على الآخر مقيداً بعدم الضمان على هذا، فعليه لا يختص المحذور باب الضمان، بل يجري في الواجب التكليفي أيضاً، فإنه يقال: لو كان الواجب الكفائي كصلاة الميت مثلاً مقيداً بعدم كونها واجبة على الآخر وبالعكس، فيلزم أن لا يكون هنا واجب أصلاً، ولكن الأمر ليس كذلك، فإنه رحمه الله التزم في الواجب الكفائي بناءً على صحة المبنى أن الواجب على هذا الشخص مقيد بعدم إتيان الآخر مع الوجوب عليه، لا بعدم كونها واجبة على الآخر وإلا فالمحذور موجود في المقامين، وعن المقام إذا قلنا: إن الضمان على هذا مقيد بعدم إتيان الآخر لا بعدم الضمان الذي هو مثل عدم الوجوب على الآخر في التكليف فلا يلزم المحذور، ولا ينافي بكون الواجب على كل مكلف وجميعهم، ولكن الواجب مقيد بمعنى: أن كونها واجبة على زيد مقيدة بعدم إتيان الآخر على الآخر، يلزم المحذور، ولكن لازمه الالتزام بمثله في التكليفات أيضاً، وإن كان مقيداً بعدم إتيان الآخر، فلا يلزم فيه محذور بوجه حينئذٍ، وهكذا في باب الضمان، فإنه مطلق وثابت لكل من وضع يده على المال وإنما الخروج عن العهدة مقيد، أي لزوم أن يخرج هذا عن عهدة الضمان

مقيّد بأن لا يكون الآخر خارجاً عن عهده، وإلا فيسقط حقّ 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 لعلّ مراده من ذلك نفي الضمان عن كلّ منهم استقلالاً...».

ثم إنّ قال رحمته الله في نهاية المطاف: «فتحصّل: 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 البدلية»<sup>١</sup>.

وحاصل كلام العلمين رحمتهما الله: ثبوت تعدّد الضمنا وإن كان المضمون واحداً، كما ذهب إلى ذلك الشيخ الأعظم رحمته الله، إلا أنّ الشيخ كما مرّ يستفاد عنه ثبوت الضمان على الضمان على نحو العرضية بمعنى: أن يكون قرار الضمان (البدل) في ذمّة الضامن الثاني مع قطع النظر عن ثبوت البدل في ذمّة الضامن الأوّل، فيكون الضامن الثاني ضامناً للمالك في عرض الضامن الأوّل، وأصرّ المحقّق النائيني رحمته الله نسبة ذهاب الشيخ إلى الضمان الطولي (على ما فسّره في كلامه) من أنّ الثابت من البدل في ذمّة الضامن الأوّل بماله من لون الثبوت ثابت في ذمّة الثاني ويكون ذمّة الثاني مخرجاً لما في ذمّة الأوّل.

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



ووجه ما نسبته إلى الشيخ رحمته الله بما في عبارة الشيخ: «... فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البذل والمبدل على سبيل البذل...»<sup>١</sup>.  
إلا أنّ النائي رحمته الله كأنه رجع عما أفاده من النسبة الطولية إلى الشيخ بما أشكل عليه قائلاً: إنّ تصوير الضمانات عرضية على النحو الواجب الكفائي ممنوع ثبوتاً وإثباتاً.

وأما السيد الخوئي قد مرّ إirاده على شيخه رحمته الله مبنى وبناءً، وأما من حيث المبنى، فإنّه أشكل عليه: بأنّ توجيه الواجب الكفائي بتوجه التكليف إلى جميع المكلفين وإن كان الواجب شيئاً واحداً ولا بدّ لكلّ واحد منهم إتيانه، ومع إتيان الواحد سقط عن الباقي، واستناده اشتراط الوجوب على الواحد بعدم وجوبه على الآخر كما يقول به في الضمان غير تام، مضافاً إلى أنّه مخالف لمبناه المختار في الأصول.  
وأما من حيث البناء، وقد مرّ أنّ الضمان ثابت للكلّ، والخروج عن العهدة مقيد.

ولكنّ الإشكال: أنّا وإن سلّمنا تصوير تعلّق التكليف بالكلّي في الواجب الكفائي، إلّا أنّه لا يعقل ذلك في باب الضمان؛ لأنّ موضوع الضمان قائم بالشخص، سواء قلنا بأنّ مبنى تحقّق الضمان قاعدة الإلتاف، أو الغرور، أو اليد، أو أقوائية السبب عن المباشر؛ لأنّ اعتبار ضمان الإلتاف الصادر عن الشخص للكلّي معناه استلزام تعلّق 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 المستولية 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 والسادة، أو يعتبر الشارع عناوين عامّة 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 كلياً، وتارة جزئياً، فإذا جعل كلياً كانت مصاديقه كلّي الأفراد المنطبقة عليها العنوان المجمعول، وأمّا إذا كان السبب المجمعول جزئياً قائماً بالشخص لا يعقل فرض المصاديق المجمعولة كلياً.

هذا مضافاً إلى أنّ بهذا لا تنحلّ مشكلة تعدّد الضمّناء ووحدة المضمّنون؛ لأنّ أداء الفرد الموجب لسقوط الضمان الكلّي فرع اشتغال ذمّة الفرد وضمّانه، 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 تحقّق موضوعي الردّ والأداء.

وبعد اختيار القول (في كلام النائي<sup>رحمته</sup>) ضمان اليد الثانية و... بشرط عدم الأداء لم يتحقّق موضوع الضمان؛ لأنّ ضمان كلّ فرد موقوف على عدم أداء الآخر وبالعكس، بمعنى: أنّ ضمان الأوّل متوقّف على عدم

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

فالمشكلة (تعدّد الضمّناء ووحدة المضمون) باقية.

وتصدّى المحقّق الآخوند رحمته الله بقوله رحمته الله: «والتحقيق أن يقال: إنّ قضية على اليد ليس إلّا كون المأخوذ في تعاقب الأيدي العادية في عهدة كلّ واحدة منها عيناً، كما إذا كانت وحدها وهي ليست إلّا اعتبار خاص عقلائي له منشأ مخصوص وله آثار خاصّة من وجوب ردّ العين عيناً لو كانت اليد واحدة، وكفائياً لو كانت متعدّدة، ووجوب التدارك بالبدل مع تعذّر ردّها أو تلفها من دون اشتغال الذمّة به أصلاً، لا حال التمكن من الردّ، كما هو واضح، ولا حال التعذّر أو التلف، وذلك لبقاء ضمان العين وعهدتها لعدم مجيء الغاية وهي التأيديّة، ولذا يجب في صورة التعذّر لو تدارك ردّ العين نفسها إذا تمكّن منه، وكذا مع التلف لو اتفق على خلاف العادة تمكنه من ردّها، ومعه لا وجه ولا سبب لاشتغال الذمّة ببدلها، كما لا يخفي كي يلزم اشتغال الذمّة المتعدّد ببدل واحد المستلزم لكون المتعدّد بدلاً عن الواحد، ولا يكاد يكون بدل الواحد إلّا الواحد، وأمّا كون الواحد في عهدة المتعدّد بحيث يجب على كلّ واحد

كفائياً رده إلى مالكه، وتخيير المالك في الرجوع إلى الكل فهو بمكان من الإمكان كما هو قضية على اليد...»<sup>١</sup>.

وحاصل مراده: إنه لم يلتزم باشتغال الذمة ببذل العين التالفة ليستلزم اشتغال الذم المتعددة الملازمة للأبدال العديدة بعد كون العين التالفة واحدة، بل يقول بأن متعلق الضمان هي العين بنفسها وهي الموضوع لتكليف العيني إذا كانت اليد المستولية واحدة، ومع التعدد يكون جميع الأيدي موضوعة للتكليف، فلا إشكال حينئذٍ.

ولكن السؤال: أنه كيف فرض تعلق الضمان بالعين بعد تلفها نعم بمقتضى (على اليد) يعقل فرض ضمان العين مع وجودها، وأما بعد التلف كيف يفرض تعلقها بالذمة بعد استحالة ردها، فلذلك يقال بتضمين العين بالبدل من المثل أو القيمة، ومع التنزل والقول بضمان العين التالفة ولزوم الرجوع إلى دفع البدل عند الأداء، فالسؤال والإشكال باق من جهة التكليف بعد كون المفروض وحدة العين، وهذه يستلزم وحدة الرد تكليفاً من دون أن يتعدّد، وهذا واضح؛ لأن الأيدي المتعاقبة جميعها ضامنة للعين بمقتضى قاعدة على اليد، ويلزم الفراغ عنها بالأداء تكليفاً، فهناك تكاليف متعددة مع كون المضمون واحد، فيعود الإشكال.

وعن المحقق العراقي رحمته الله: إن المشكلة في المقام منشأها وحدة البدل فعلاً، مع أنه لا يمكن فرض تعدد الضمان مع الوحدة الفعلية للمضمون

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

نعم لو قلنا بأنّ البدل (في فرض تعاقب الأيادي) هو البدل الشأني ولا الفعلي، فتحلّ المشكلة؛ لعدم المحذور في تعدّد الأبدال الشأنية فضلاً عن وقوعها في الخارج، وأدّل الدليل على إمكان الشيء وقوعه، ولا يختص بالإنشئات وإنّما يعمّ التكوينية، وعلى سبيل المثال فإنّ الدواء الواحد المستعمل للعلاج له أبدال متعدّدة، فالمريض يستعمل الدواء الأصلي إذا كان موجوداً، ومع فقدّه يتوجّه إلى استعمال أبداله نعم، البدل الفعلي الذي يسدّ مسد البدل الأصلي لا يكون إلاّ واحداً ولكنّه قبل ذلك له أبدال عديدة يمكن استعماله عند الحاجة، وهكذا في المقام فإنّ ما يسدّ مسدّ البدل الأصلي هي قيمة واحدة في القيمات وكذا المثل، لكنّ الذي يمكن اعتباره موضوعاً للذم المتعدّدة الضامنة هو القيمة الشأنية والمثل الشأني فيهما.

وأورد عليه: ببطلان القياس للأمر التشريعية بالتكوينية؛ لأنّ في التشريعات يستحيل التعدّي عن الملاك، ففي المقام يكون ملاك الضمان في تلف مال الغير وتداركه هو البدل الفعلي دون الإنشائي. وسلك شيخنا الأستاذ دام ظلّه لحلّ المشكلة طريقاً آخر قائلاً: بأنّ الضمانات المتعدّدة عن مضمون واحد وتعلّقه بدم متعدّدة إمّا بنحو العلّية وإمّا بنحو الاقتضاء، فعلى الأول: فلا سبيل لحلّ المشكلة وتوجيه وحدة المضمون وتعدّد الضمان؛ لأنّ العلّة الواحدة لا تنتج إلاّ معلولاً واحداً، فيستحيل فرض تعدّد الذم.

وأما إذا اعتبرناها بنحو الاقتضاء، يمكن توجيه الاجتماع (أي اشتغال الذم المتعدّدة وضمانها) لمضمون واحد ولا بأس بالتنظير بباب

الكفالة التي هي من أقسام الضمان المتعلقة بالأشخاص (وفي الضمان بالأموال) مع وحدة حقيقتهما واتفق الفقهاء على صحة كفالة كفيّلين لشخص واحد، فكما يكون المضمون واحداً والضامن متعدداً فيها فكذلك في المقام، فكما أنّه لا يكون وحدة السبب مانعة عن تعدّد المسبّب في الكفالة، فكذلك في الضمان.

وبالجملة: أنّ دليل على اليد يقتضي اشتغالات عديدة من دون ورود الإشكال.

إلا أنّ المشكلة: تشبيه المقام بالكفالة لا تنحلّ به الإيرادات؛ لأنّ وإن سلّمنا كون الكفالة على وزن الضمان، إلا أنّ الضمان الذي من مقولة 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 وزن الكفالة، مضافاً إلى أنّ قاعدة اليد مقتضية للضمان ولا يكون فيها العلية، فهذه دعوى بلا دليل؛ لأنّ الدليل دالّ على استقرار الضمان على عهدة المستولي، وبعد تعدّد الأيدي المستولية فكيف يكون المضمون يستقرّ في ذمم متعدّدة، فيعود الإشكال؟

والحقّ عندنا ما ذهب إليه الشيخ الأعظم رحمته الله مع توضيح منّا: وإنّ كلّ المال في ذمة كلّ واحد من الأيدي وعهدتهم بمعنى: أنّ كلّ واحد منهم مديوناً ولا يلزم منه الإشكالات المذكورة؛ لأنّ المراد من العهدة والذمة ليس كما زعمه بعض وعاء و ظرف اعتباري كالأمكنة الخارجية ولذا أشكل أو أشكلوا في المقام بل المراد منه هو التعهّد والالتزام ومعنى

كون الشيء في عهدة زيد، يعني للمالك أن يطالبه منه وأنه ملزم بالأداء وليست الذمة كونها مكاناً ووعاءً وعالمًا، بل الذمة والعهدة منترعة 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 صرح الشيخ رحمته الله: بأن «معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها ودركها بعد التلف عليه. فإذا فرض أيد متعددة تكون العين الواحدة في عهدة كلٍّ من الأيدي»<sup>٢</sup> فما في عهدة الشخص هو تدارك الخسارة وهي ليست بالمثل أو القيمة؛ حيث إنهما مصداق ولأن «على اليد» بمعنى العهدة والمطلوب، والمراد فيه هو جبر الخسارة، وهو قد يتحقق بالمثل وقد يتحقق ويتحصل بالقيمة، فلذلك نقول: بأن ما كان في الذمة معنواً بعنوان التدارك وسدّ الخسارة، فلا إشكال بتنظير المقام بباب الواجب الكفائي (وإن الواجب في مثله الفرد المردّد وقد مرّ آنفاً أن الإرادة المردّدة مع تردّد المراد وهو الواجب الكفائي) فالحكم بأنّ الذم 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 للميت، أو قتل المرتد مع كونهما غير قابل للتكرار،

١. نهج البلاغة: ٢٣، خطبة ١٦.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٥٠٥.

فلا ينافي ذلك القول باشتغال عهدة الكلّ، إلّا أنّ التدارك والدرك ليس إلّا الواحد.

«هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي، وأمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض فلا ريب في أنّ اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أنّ السابق إذا رُجع عليه وكان غارّاً للاحقه 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 مغرورة (أي في فرض عدم علمه بالغصب) فهنا يحقّ له مطالبة السابق إذا دفع البديل إلى المالك بخلاف ما إذا رجع المالك إلى السابق وأخذ منه البديل، فإنّه لا يحقّ له الرجوع إلى اللاحق حتى إذا كان هو المتلف (أي اللاحق) لاستقرار الضمان أولاً وبالذات على الغارّ.

**وأما الصورة الثانية** (وهي ما إذا علم الثاني بغصبية المال) قد يقال: بأنّ اللاحق الذي تلف المال عنده لا يحقّ له الرجوع إلى السابق ومطالبة البديل (إذا رجع إليه المالك) دون ما إذا رجع إلى السابق وأخذ منه البديل، فإنّه يحقّ للسابق الرجوع إلى اللاحق لتحقيق سببية الضمان

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥٠٨.



بالإتلاف عند اللاحق، إلّا أنّ المشكلة المطروحة في وحدة سببية الضمان بالنسبة إليهما وهي اليد وأنّ 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 رحمته الله في المقام: «فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غاراً له، فنقول: إنّ الوجه في رجوعه (السابق إلى اللاحق) هو أنّ 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 معيّناً من دون البدل، وإلّا خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنّما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمّة الأول، بخلاف ما يدفعه الأول فإنّه تدارك نفس العين معيّناً...» [١].

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

بتوضيح: أنّ قاعدة على اليد سواء قلنا فيها بالتنجيز أو التعليق تدلّ بإطلاقها على ضمان ذمّة المستولي بجميع خصوصياته وصفاته وأنّ

العين مضمونة، إلا أنّ في تعاقب الأيدي تكون العين مضمونة في ذمّة الأول بخصوصية معيّنة، وبالنسبة إلى اليد الثانية مضمونة بخصوصية أخرى تباين الخصوصية الأولى، فإنّ اليد الأولى مضمونة للمالك، مع أنّ الثانية مضمونة للأولى وللثانية وهكذا...

فبالنتيجة: أنّ (في المقام) تكون اليد السابقة مضمونة للعين مادامت موجودة للمالك، وعند التلف هو ضامن لبذل المبدل (أي العين) وإذا خرجت العين من يده بالانتقال إلى الثانية فهي متصفة بخصوصية زائدة وأنها مورد لضمان اليد الأولى، وبهذا يتحقّق 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 رحمته الله الحكم برجوع السابق؛ حيث إنّ مقتضى قاعدة الضمان وجوب ردّ العين على ذي اليد، أو ردّ بدلها بجميع خصوصياتها، فالنتيجة: ضمان اليد السابقة لبذل العين غير المضمونة، مع أنّ اللاحق ضامناً لبذل العين المضمونة وبما أنّه لا يعقل شمول القاعدة لليدين مع اختلافهما على حدّ سواء فلذلك إذا قصد الثاني إفراغ ذمّته، فلا بدّ له من دفع بدل العين الذي عبّر الشيخ عنه بأنّه «عين ذات بدل» وحين الدفع فهو مخيّر بين الدفع إلى المالك أو السابق، فإنّ دفعه إلى المالك فيكون قد دفع ما في ذمّته وما في ذمّة السابق، ويتحقّق عند ذلك سقوط الواجب (لأنّه أتى ببذل الواجب التخييري) وليس له الرجوع إلى السابق وإن امتنع اللاحق ودفع السابق البذل بقيت ذمّة اللاحق مشغولة لبذل الواجب التخييري،

ولذلك يحقّ للسابق مطالبته بالبدل، ولهذا حكم في ثبوت الحقّ للسابق إذا أقدم برّد العين إلى المالك نعم، مع عدم الرّد لا حقّ له بمطالبته اللاحق.

وبالجملة: إنّ ظهور كلام الشيخ رحمته الله (على ما قرّبه السيد الخوئي رحمته الله) في الغاصب الثاني أنّه ضامن لتدارك العين للمالك وبدلها لتدارك ما في ذمّة الغاصب الأول للأوّل، وعلى هذا فيندفع إشكال عدم صحة رجوع السابق إلى اللاحق.

وأشكل على الشيخ رحمته الله السيد رحمته الله وغيره بوجه:

منها: «أنّ السابق يصدق عليه ضامن شيئاً له بدل؛ لأنّه وإن كان حين الحصول في يده لم يكن له بدل؛ لأنّ ضمان اللاحق لم يتحقّق في ذلك الحين، بل المفروض أنّه يحدث بعد ذلك فيتحقّق البدل للعين بعد حدوث الضمان السابق، إلّا أنّ استقرار الضمان بالنسبة إلى الكلّ إنّما هو بعد التلف، فحينئذٍ يصدق أنّ كلّاً منهم ضامن لما له بدل؛ لأنّ المناط ليس حال حدوث سبب (لضمان) بل حال فعليته بمعنى اشتغال الذمّة فعلاً بالعوض وهو إنّما يكون بعد التلف».

وتوضيحه: إنّ قبل التلف لم يتحقّق الضمان بالنسبة إلى البدل، وبعده تكون جميع الأيادي مساوية في الضمان في عرض واحد بالنسبة إلى البدل ولم يتحقّق زيادة في ضمان اللاحقة.

منها: إنّ مقتضى ذلك كون ضمان الأوّل أيضاً لمالك العين لا لمن عليه البدل، فإنّ البدل الذي في ذمّة السابق إنّما هو لمالك العين فبدله

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

منها: إذا فرضنا أنّ العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت إلى السابق فتلفت في يده، فالظاهر أنّه يجوز للسابق حينئذٍ إذا رجع المالك عليه أن يرجع إلى اللاحق، فلازم بيان المصنف (الشيخ رحمته 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 عيناً وضمن فأعطاه 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 رحمته الله أن يكون قرار الضمان على الغاصب الثاني مع أنّه لم يتلف في يده.<sup>١</sup>

ثمّ إنّ المحقّق النائيني رحمته الله تصدّى لدفع الإشكال والإيرادات الواردة عن السيد رحمته الله عما أفاده الشيخ رحمته 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

<sup>١</sup> . حاشية المكاسب (للسيد البيهقي رحمته 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... وإنما التزمنا بالضمان الطولي؛ لاستحالة تعهد شخصين  
لمال واحد عرضاً... .

والإشكال في مبناه الذي اتخذه مضافاً إلى بعد إرادته في كلام  
الشيخ رحمته الله وما فهمه السيد رحمته الله.

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

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

والوجه لعدم تمامية الوجه المذكور على فرض القول بتماميته في الإلتلاف بدعوى: كون المتلف هو السبب لثبوت الضمان على السابق وبمقتضى أقوائية السبب عن المباشر يقال بأنه يحقّ للسابق الرجوع إلى اللاحق (لأنّ اللاحق هو السبب لثبوت الضمان على السابق) مع ما فيه من الإشكال والنقاش في عدم سببية الإلتلاف للضمان، بل الضمان بالنسبة إلى السابق متحقّق بمجرد اليد، فضمان المال المأخوذ بالنسبة إليهما ثابت والإلتلاف يوجب الانتقال إلى الذمّة مع وحدة السببية بالنسبة إلى جميع الأيادي، هذا مضافاً إلى أنّه ما هو الوجه للحكم برجوع السابق إلى اللاحق فيما إذا تلفت العين عند اللاحق يتلف سماويّ من دون الإلتلاف مع كون سببية الضمان بالنسبة إليهما واحدة، وما هو الوجه للقول بتخصيص الضمان للاحق دون السابق.

فلا تنحلّ المشكلة بما أفاده السيد رحمته الله.

ومن الأجوبة ما أفاده الجواهر رحمته الله بما حاصله ولخصه السيد الخوئي رحمته الله «من أنّ التكليف المتوجّه إلى الغاصب الأوّل تكليفيّ محض متعلّق بأداء ما أخذه بالمثل أو القيمة، والتكليف المتوجّه إلى الغاصب الثاني (أي الثاني هنا كالمعقول الثاني وإن تعدّدوا) تكليف وضعي مضافاً إلى التكليفي؛ لكون المال تالفاً عنده، وبضميمة أنّ الغاصب الأوّل بأداء عوض التالف يكون مالكاً له بالمعاوضة القهرية وإن كان معدوماً كملك المعدوم في المعاملة الخيارية، 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 فبإعطاء البدل من المثل أو القيمة يسقط عنه الحكم التكليفي فيرجع في المال البدل إلى الثاني، فإنه هو الذي اشتغل ذمته بالبدل لتوجه التكليف الدعي عليه»<sup>١</sup>.

وإليك نصّ عبارته في كتاب الغصب في ذيل كلام «الشرائع» حيث قال المحقق: «...ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة على المغصوب تخيّر 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؛ لأنّ كلّاً منهم غاصب مخاطب بردّ العين أو القيمة لقوله عنه: «كلّ مغصوب مردود»<sup>٣</sup> و «على اليد...»<sup>٤</sup> وقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم﴾<sup>٥</sup> و﴿جزاء السيئة﴾<sup>٦</sup> وغيرهما مما دلّ على العقاب بمثل ما عوقب<sup>٧</sup> وأنّ الحرمات قصاص<sup>٨</sup> ونحوه. ولا فرق في تعاقب أيديهم بين كونه بصورة الضمان ببيع فاسد ونحوه وعدمه

١. مصباح الفقاهة ٤: ٣٨١.

٢. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٧.

٣. وسائل الشيعة ٩: ٥٢٤، أبواب الأنفال ب ١ ح ٤.

٤. مستدرک الوسائل ١٧: ٨٨، كتاب الغصب ب ١ ح ٤، سنن البيهقي ٦: ٩٥.

٥. البقرة ٢: ١٩٤.

٦. يونس ١٠: ٢٧.

٧. نحل ١٦: ١٢٦.

٨. البقرة ٢: ١٩٤.

نعم، قرار الضمان على من تلف المغصوب في يده منهم، بمعنى: أنه لو رجع المالك على غيره رجع هو عليه مع فرض عدم زيادة في العين يختص الأول بضمانها، بخلاف ما لو رجع عليه نفسه، فإنه لا رجوع له على غيره؛ لأنّ ذمته المشغولة للمالك بالبدل وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذٍ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية، وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي؛ إذ لا دليل على شغل ذم متعددة بمال واحد، فحينئذٍ يرجع عليه ولا يرجع هو، كما أنه اتضح لك أيضاً جواز مطالبة الكلّ ببدل واحد على السواء ومختلفاً؛ لأنه 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 حلاًّ للإشكال ببيان الفرق بين الخطاب بمن تلف عنده المال وغيره ممن لم تتلف العين عنده، فإنّ الأخير مخاطب بالخطاب التكليفي المحض المستفاد من الأدلة المذكورة من الآيات والروايات المذكورة وأيضاً قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾ ولا تدلّ هذه الخطابات على الضمان، بل الأيادي كلّها مشتركة في هذا الحكم التكليفي، وأمّا الضمان واشتغال الذمة للمال المغصوب، فهو خاصّ بمن تلف المال عنده دون غيره،

<sup>١</sup> . جواهر الكلام ٣٧: ٣٣-٣٤.



وإن جاز للمالك مطالبة ماله منهم؛ لتحقق اليد والتصرف منهم وأنهم مأمورون ومخاطبون بردّ مال الغير، ولا يكون وجوب الردّ مشروطاً بالتلف.

وأما اشتغال ذممهم للعين فهو منوط بتحقق التلف والمفروض عدمه عندهم، ولا نأبى أن نعبر (توضيحاً لكلام الجواهر) بأنّ هنا حكمين مطلقاً ومشروطاً، والحكم المطلق: هو وجوب ردّ المال إلى المالك، والحكم المشروط هو تحقق الضمان بالتلف.

وأورد الشيخ رحمته الله على «الجواهر» بوجه:

منها: «... لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره، بأنّ خطابه ذمي 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: أنّ التفصيل بين الخطاب للسابق واللاحق ممّا لا وجه له، مع أنّه ليس في الخطابات ما يدلّ على كيفية الأداء، مع أنّه لا فرق في التلف الذي كان شرطاً لترتب المثل أو القمية، وهو مناط الضمان للمالك وملاكه أن يكون حاصلًا عند أحد دون الآخرين، بل الاستفادة من الدليل تساوي كلّ من وضعت يده على العين وتلفت قبل امتثال الأمر بردّها، فلا وجه للقول بأنّ خطاب الأخير وضعي والباقيين تكليفي، فلا وجه للتفصيل مع وحدة الدليل.

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥٠٩-٥١٠.

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

بتوضيح: أنّ القول بكون الخطاب للسابق أو السابقين تكليفاً ينافي ما يستفاد من كلمات الفقهاء؛ حيث إنهم ملتزمون باشتغال ذمّة الأيدي المتعاقبة ما لم يؤدّ البذل إلى المالك، وأنّ كلّهم مشغول الذمّة فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم.

منها: «...كلّ ذوي الأيدي مشغولة الذمّة بالمال ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك نظير الاشتغال 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: أنّه لو سلّمنا التفريق بين الخطاب وأنّه تكليفي للسابق ووضعي وذمّي لمن تلفت العين عنده، فكيف يقال فيما إذا أدى أحد من السابقين دين الأخير ويسقط الدين عن ذمّته: برجوع السابق إلى اللاحق بعد سقوط الدين عن ذمّته، وكأنّ «الجواهر» أجاب: «بأنّ المؤدّي السابق يملك ذمّة الأخير بالمعاوضة الشرعية القهرية ولذا جاز له الرجوع».

١. كتاب المكاسب ٣: ٥١٠.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٥١٠.

ورده الشيخ رحمته الله: «بأن تملك 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>. بتوضيح: أن المعاوضات والمبادلات عند الشريعة محدودة، منها: اختيارية كالبيع والصلح والهبة المعوضة ... ومنها: قهرية كالشركة القهرية (في باب الإرث مثلاً) وليس فيهما دفع البدل من السابق إلى المالك؛ لعدم الدليل على تحقق المبادلة بين اليدين هذا.

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

ولكن الإشكال في أصل المبنى، 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 التقاص، ومع وفاته يتعلّق بتركته، وبالجمله: يرتّب 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 مبناه، وهو نفي تعدّد 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 منّا - مشتق من الضمن؛ لأنّه ينقل ما كان في ذمّته من المال ويجعله في ضمن ذمّة أخرى... خلافاً لما عن أكثر العامة...» ثم قال: «بعد الغصّ 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 وإلاّ فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا»<sup>١</sup>.

وعلى ما قرّبه في كتاب الضمان فكأنّه يرفع اليد عن ظهور الأدلّة على تعدّد الضمان وحكم بوحدة الضمان مراعيّاً لما عند الإمامية (من القول بنفي تعدّد الضمّناء) وحيث إنّ الدليل قام على الضمان وعدم إمكان تبرئة الجميع للضمان، كما لا يتم القول بضمّانهم أجمع قال بالانحصار ضمان ذمّة من تلف المال عنده، فهو (الجواهر) بهذا التقرير تصدّى لدفع الإيرادات من القول بضمّان الجميع والحصص فيمن تلف عنده مع توجّه الحكم التكليفي إلى الكل بأجمعهم.

ولكن قد مرّ منّا أنّنا في تقريب مسألة تعدّد الضمّناء بيان الفرق في الضمان العقدي وضمان تعاقب الأيدي وتسلم نفي تعدّد الضمّناء في باب الديون وأنّ الخلاف بين العامة والخاصّة حول الضمان في العقود (من القول بالنقل والضمّ) وأمّا الضمان الحاصل من اليد، فلا يدلّ دليل

<sup>١</sup> . جواهر الكلام ٢٦: ١١٣.

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

وتصدّى المحقّق الآخوند<sup>١</sup> لحلّ المشكلة بقوله : «إنّ قضية (على اليد) ليس إلّا كون المأخوذ في تعاقب الأيدي العادية في عهدة كلّ واحد منها عيناً كما إذا كانت وحدها وهي ليست إلّا اعتبار خاص عقلائي له منشأ مخصوص وله آثار خاصّة من وجوب ردّ العين عيناً لو كانت اليد واحدة وكفائياً لو كانت متعدّدة، ووجوب التدارك بالبدل مع تعذّرها أو تلفها...» .

وأما 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.

ويؤيّد الاعتبار ولم يردع عنه في الأخبار، فلا بدّ من الالتزام به شرعاً كما هو الحال في جلّ أحكام الضمان؛ حيث إنّ له لا وجه له إلّا الثبوت عرفاً وعدم الردّ عنه شرعاً، وكشف ذلك عن إمضاء الشارع فيما إذا أطلق دليل الضمان...»<sup>١</sup>.

ما أفاده<sup>١</sup> واضح كبروياً وصغروياً.

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

أمّا الكبرى: من أنّ الإطلاقات الشرعية الواردة على الأمور الاعتبارية منزّلة على ما هو المعمول به عند العرف مع عدم الردّ ع من الشارع ويكون ذلك كاشفاً عن إمضاء الشارع. وأمّا الصغرى: فإنّ السيرة العقلائية العرفية (في المقام) تدلّ على ضمان اليد المستولية على مال الغير (أي من تلف المال عنده مع ضمان الأيادي اللاحقة بالنسبة إلى المالك والضامن، والقاعدة الشرعية مطابقة لهذه السيرة).

ولا يخفى تامة ما أفاده كبروياً من أنّ الإطلاقات الواردة في لسان الشارع محمولة على السيرة العرفية العقلائية إذا لم يردع عنه الشارع، إلّا أنّ ما ادعاه صغروياً من استقرار ضمان التالف على من تلف المال عنده، محلّ الإشكال: لعدم الفرق بين الأيادي المستولية، فالقول بأنّ العقلاء يرون التضمنين لخصوص من تلف المال عنده وجواز مطالبته دون غيره أوّل الدعوى.

ومن الأجوبة ما أفاده الميرزا الرشتي (في كتاب الغصب): «إنّ معنى قوله: «على اليد» على ما تقتضيه كلمة (على) مع ملاحظة وقوعها حيّز العين لا الفعل، فإنّه يفيد حينئذٍ حكماً تكليفاً متعلّقاً 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 حقّ في تلك العين».

فتنبّه على أمور:

**الأول:** إنّ المال الواحد يستحيل أن يكون له غرامتان من باب قاعدة الضمان؛ لأنّ بدل الشيء ما يساويه من جميع الجهات التي منها التعدّد والاتحاد، وإلاّ لخرج عن كونه بدلاً من غير فرق بين أن يكون الغارم شخصاً واحداً أو متعدّداً، فكما لا يعقل أن يغرم شخص واحد بمال واحد غرامتين، فكذلك لا يعقل أن يغرم شخصان كلّ واحد منهما بغرامة مستقلة نعم، لا استحالة في تعلّق غرامة واحدة على ذمم متعدّدة على وجه لا يرجع إلى التزام كلّ منهما ببذل مستقلّ غير ما التزم به الآخر... . والحاصل: أنّ المراد بضمان الجميع عند تعاقب الأيدي أنّ خسارة المال المأخوذ لا يتصوّر فيها التعدّد على قياس عدم تصوّره في نفس ذلك المال تتعلّق على رقابهم جميعاً، لا أنّ كلّ واحد عليه خسارة أخرى غير خسارة الآخر، فهم بأجمعهم ضامنون للبدل لا أنّ كلّ واحد ضامن لبدل... فوحدة المضمون يقتضي رفع الضمان بمجرد تحقّق أداء البدل في الخارج وإن كان الضامن متعدّداً».

**الثاني:** أنّ مرجع الضمان إلى انتقال الخسارة المشار إليها من المضمون له إلى الضامن... فمعنى انتقال الخسارة من المالك إلى الضامن أنّه لولاه لفاتت الخسارة من كيسه،... فإذا فرضنا أنّ خسارة تلفه على الضامن وأنّه يجب عليه دفع البدل إلى المالك فلا ريب في ملك المالك للبدل ملكاً متزلزلاً مراعى بالتلف.

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

تعاقب الأيدي انتقل الضمان من الأول إلى الثاني أيضاً من غير براءة ذمّة الأول عن الضمانة، ومعنى الانتقال حينئذٍ أنّ الضامن الأول لو خسر للمالك رجع إلى الثاني ومن غير أن يكون الضمانة الثانية لخصوص الضامن، بل له وللمالك كليهما، فللمالك سلطنة مطالبة الغرامة عن الثاني أيضاً كالأول... وأمّا 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 تحقّق الضمانة الثانية على الضامن الأول فيكون هو أيضاً مضموناً له كالمالك...»<sup>١</sup>.

فبما أفاده في جملة كلامه من تصوير تعدّد الضمّناء وعدم المانع عنه عقلاً وشرعاً، وأيضاً تصوير تحقّق الضمان لغير المالك ممن كان في عهده الضمانة، يتمّ عنده القول برجوع السابق إلى اللاحق، إلّا أنّ الإشكال في كلامه بعد تسليم تمامية ما أفاده في التنبيه الأول،

هو دعواه في التنبيه الثالث لضمانة الذمّة اليد الثانية في قبال المالك والضامن الأول وأنها ممّا لا دليل عليها، وقد مرّ أنّا سلّمنا انتقال ضمان الدين من ذمّة المديون الأول إلى ذمّة الثاني وهكذا، إلّا أنّ ذلك ثابت بسببية النقل، وهو عقد الضمان، مع أنّ المقام ليس كذلك، أي لم يتحقّق الضمان بسببية العقد، بل هو مستفاد من قاعدة «على اليد» وهي لا تدلّ على أكثر من إثبات العهدة للمالك، فبالخروج عن العهدة لم يبق وجه للحكم ببقاء العهدة على غير السابق والحكم بترامي

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



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

وأجاب السيد الخوئي رحمته الله: «...أنّ الغاصب الأوّل يملك التالف المعلوم كملك المعلوم في باب الخيارات. والذي يوضح ذلك أمران فالأوّل منهما أوضح من الثاني:

الأوّل: إنّ في موارد الضمانات بالإتلاف بأن غصب أحد أو سرق مال الغير فأتلفه أو أتلفه سهواً ونسياناً، فإنّ النسيان لا ينافي الضمان، كما قرّر في حديث الرفع، لا شبهة أنّ للمالك أن يرجع إلى المتلف إذا أراد ويأخذ منه بدل ماله وما بقي من ماله من الرضاخ والكسور فهو للضامن، وليس للمالك أن يدّعي كون الرضاخ له، مثلاً لو أتلف أحد سيّارة أحد بالكسر، أو ذبح فرس شخص، أو أهلكه وغير ذلك ورجع إليه المالك وأخذ منه بدل ماله من المثل أو القيمة، فليس له أن يأخذ رضاخ السيارة أو جلد الفرس أو ميتة، فإنّ ذلك كلّ حقّ للضامن وإلاّ فلو كان للمالك يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، ولو كان للأجنبي فهو خلاف البداهة، فيكون للضامن وهذا الذي قامت عليه السيرة العقلانية، بل سيرة المشرعة من الزمن الفعلي إلى زمان المعصوم عليه السلام وعلى هذا فإذا أخذ من الغاصب الأوّل بدل العين فيكون التالف

بالمعاوضة القهرية، إلا إذا كان اعتبار الملكية هنا لغواً، 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. وبالجمله: على هذا فرجوع السابق إلى اللاحق إنَّما هو مقتضى السيرة العقلانية القطعية، كما هو واضح.

الوجه الثاني: إنَّه لا شبهة في أنَّ 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 الجواهر والأحجار الثمينة أو سرقة أو بغير ذلك، فألقاه في البحر حيث يعدّ ذلك في العرف تلفاً عرفياً، فرجع إليه المالك فأخذ منه مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً، فإن قلنا إنَّ ذلك الجواهر في قعر البحر للمالك أيضاً بحيث لو وجد لكان له، فيلزم الجمع بين العوض والمعوض، فهو ضروري البطلان. وإن قلنا: إنَّه يكون للأجنب أو كالمباحات الأصلية، فهو خلاف الضرورة من العقلاء والفقهاء، فلم يبق إلا أن يكون للضامن بعد إعطاء عوضه، وفي المقام أيضاً كذلك، ويتضح ذلك وضوحاً بملاحظة موارد التلف الحقيقي وموارد التلف العرفي، إذن فلا يلزم شيء من الإشكال، فيندفع المحذور من أصله، بأنَّه كيف يرجع السابق أو الوسط إلى اللاحق مع رجوع المالك إليه دون العكس<sup>١</sup>.

وأورد عليه بوجه:

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

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

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

**الثالث:** أنّ ضمان الأيادي مساوية بحكم القاعدة ولا يكون (في تعاقب الأيادي) زيادة استيلاء لأحدهم على الآخرين إلّا تحقّق التلف عند اليد اللاحقة، فعند دفع السابق البدل (في ظرف التلف) لم يكن للسابق يد على المال ليستلزم يده ودفعه البدل الملكية على المال، فقولہ ﷺ: «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 الحقّ لرجوع السابق إلى اللاحق فيما إذا دفع السابق العوض والبدل في التلف الحقيقي اتكالاً على أنّ الأصل برائة 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 مدّ ظلّه. إلّا أن يقال: بأنّ ما أفاده تامّ بالنسبة إلى السبب الموجب لتعلّق 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 مقتضاها 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 البديل للمالك يكون ضامناً للدافع. والإشكال بعدم معقولية ملكية المعدوم، مندفع بما أفاده السيد الخوئي رحمته الله في باب الخيار وفي المقام من ملك الضامن لبقايا التالف.

بقي الكلام في حكم المؤونة المتوقّف 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 تحمّل 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، إلّا 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: إنّ القاعدة امتنانية، فهي لو قلنا بجريانها دفعاً للضرر عن الضامن، يستلزم الضرر على المالك، فلذلك لا وجه للاستناد بها دفعاً لوجوب المؤن على الضمناً، بل يمكن القول بعدم جريانها حتى إذا استلزم ترتّب الضرر الكثير غير المتعارف على الضامن في المقام، وإن قلنا بسقوط القاعدة في غير المقام؛ لما ثبت من أنّ «الغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال» إلّا أن يشكل في تمامية هذا وعدم كونها رواية مأثورة، بل مستفادة ومتصيّدة من الأدلّة في باب الغصب «المغصوب مردود»<sup>١</sup>، «إنّ المغصوب رهن على خرابه»<sup>٢</sup> فعلى هذا لم يتمّ الدليل على لزوم تحمّل الغصب أزيد من المتعارف.

وأما الفرع الآخر، وهو جواز مطالبة المالك الضامن لما يبذل لاسترجاع ماله من الأجرة؟ صرح الشيخ رحمته الله: «بأنّه ليس للمالك أخذ مؤونة الاسترداد ليباشر بنفسه ولو لم يقدر على استردادها إلى المالك وطلب من الأوّل عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه (الأوّل) بذل العوض أو ينزل منزلة التعذّر، فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأجرة

<sup>١</sup> . انظر وسائل الشيعة ٩: ٥٢٤، أبواب الأنفال ١ ح ٤.

<sup>٢</sup> . انظر وسائل الشيعة ٢٥: ٣٨٦، كتاب الغصب ١ ح ٥.

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

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

ويمكن 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 سيّارته بيد الغاصب ولا يرضى 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 أنّه كما أنّ للآخرين مطابقة الأجرة على تحقّق الردّ إلى المالك كذلك للمالك ذلك، ولا دليل على كفاية تخلية السرب وإلزامه بلا أجرة.

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥١١.

وأما الصورة الثانية: «فيما إذا لم يقدر على استردادها إلا المالك...»  
 فهنا تصوّر الشيخ صور ثلاثة: من وجوب بذل العوض، وأنّه يحقّ  
 للمالك مطالبة الأجرة، أو ينزّل منزلة التعذّر فيغرم بدل الحيلولة، أو  
 يفرّق بين الأجرة المتعارفة وبين الزائدة؟ ولم يرجّح (في كلام  
 الشيخ رحمته) إحدى الصور على الآخرين.

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

فالحقّ هو الحكم بوجوب دفع الأجرة على الغاصب للمالك لتحقيق  
 الرّدّ الواجب عليه بمقتضى دليل وجوب ردّ مال الغير، مضافاً إلى حرمة  
 الغصب والاستيلاء على عليه والتصرّف فيه إلا بإذن المالك، وهذا ما  
 تقتضيه السيرة العقلائية نعم، أنّ السيرة المذكورة لا تدل على أزيد من  
 الأجرة المتعارفة.

ولنا كلام في ذيل أصل المسألة (في وجه رجوع السابق إلى اللاحق)  
 بعد أن قلنا بتحقيق الضمان باقية إلى جميع الأيادي بمقتضى القاعدة ما  
 لم يردّ العين أو البدل: إنّ المناط لثبوت الضمان شيان: أحدهما: اليد  
 والثاني: التلف، إلا أنّه في التلف السماوي لا موجب للضمان؛ لعدم  
 شمول «من تلف» وانصراف (على اليد) عن التلف السماوي نعم، لو

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

بقي الكلام فيما استشهد به الشيخ رحمته الله (ردّاً على الجواهر رحمته الله) حيث قال: بأنّ الخطاب المتوجّه إلى من تلف المال بيده ذمّي، والخطاب إلى غيره شرعيّ (وقد مرّ توضيحه وردّه) وأورد عليه الشيخ رحمته الله: بأنّه لا وجه للفرق مع أنّ دليل «على اليد» بالنسبة إليهما على السواء، مضافاً إلى أنّه لا خلاف من أحد في كون ذوي الأيدي مشغول الذمّة بالمال فعلاً ما لم يسقط بأدائهم أو إبراء المالك.

ومن هنا تعرّض المتأخرون عنه إلى مسألة تبرّع المالك حقّه لبعضهم (كالأول مثلاً) وإفراغ ذمّته وإسقاط الضمان عنه، ففي هذا الفرض هل له أن يرجع إلى اللاحق بدعوى اختصاص الإبراء والتبرّع للأول، أو أنّه 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 بردّ البدل من أحدهم يسقط عن عهدة السائرين، فلم يبق دين عليهم؛ لأنّه ليس للمالك إلّا بدل واحد وإن كان الضمّناء له عديدة، فبإعراضه عن المال لم يبق شيء ليقال ببقاء اشتغال الذمم من غيره.

«مسألة: لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى القول ببطالان 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 صحيحة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان الفضولي من قوله عليه السلام: لا يجوز بيع ما لا يملك وقد وجب الشراء في ما يملك... وأما على القول بصحة الفضولي، فلا ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة، بل وكذا مع الرد...<sup>١</sup> [١]

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

وكيف كان تصدّى الشيخ رحمته الله لبيان المسألة على كلا المسلكين (الصحة والفساد) في المبحوث عنه في المقام (لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه) وكذا (بيع ما يملك مع ما لا يملك، كبيع الخلّ مع الخمر والشاة مع الخنزير) ثمّ إنّ 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 تؤدّي إلى بطلان العقد.

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥١٣.

منها: إنَّ تبعض الصفقة (في المقام) ينجزّ إلى عدم وقوع ما قصده وعدم كون الواقع مقصوداً؛ بداهة أنّ القصد بيع المملوك وما لا يملك وهو غير متحقّق؛ لعدم إمكان تصحيحه، وما هو يمكن توصيفه بالصحة غير مقصود، وأنّ الخلّ أو الشاة منفرداً غير مقصود.

منها: إنَّ شرط الصحة وهو الرضا وطيب النفس غير متحقّق. 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 المناط في المسألتين.

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

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

١. المبسوط ٢: ١٤٥، الخلاف ٣: ١٤٤.

٢. غنية النزوع: ٢٠٩ و ٢٣٠.

٣. السرائر ٢: ٢٧٥.

هذا مضافاً إلى أن القائل بالصحة يقول بأنّ عنوان البيع بالنسبة إلى المالين يكون من مقولة العام الاستغراقي ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وينحلّ بتعدد أفرادهِ، فيشمل ويصحّ بالنسبة إلى مملوكه ويبطل بالنسبة إلى مال الغير. والقول: بأنّه يستلزم تخلف العقد عن القصد، مندفع: بأنّ الصفقة والمعاملة وإن كانت مشروطة بالوحدة (في المبيع) إلا أنّ الخيار الحاصل بتبعض الصفقة 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 يتحقّق صغرى تخلف الشرط، فلا وجه للحكم بالبطلان.

وعلق المحقّق الخراساني الآخوند رحمته الله على كلام الشيخ - لولا النصّ والإجماع - بقوله: «بل لولا أنّ الصحة في المسألتين على طبق القاعدة لأمكن المناقشة في النصّ: بأنّه لا عموم فيه ولا إطلاق، بل حكم في واقعة. وفي الإجماع: بأنّه يمكن ذهاب جلّ المحقّقين، لولا الكلّ إلى الصحة بناء منهم أنّها على القاعدة، فلا مجال مع هذا الإجمال لتحصيله، ولا يبقى وثوق بنقله، فلا محيص للقائل بالصحة عن دفع ما سيحجيء من المناقشة...».

«وحاصلها: أنّ الصحة في البعض على خلاف ما تراضيا وتعاقدا عليه من المجموع، كما أنّ التراضي والتعاقد على المشروط غير التراضي والتعاقد عليه مع فساد الشرط».

(ومحصل النقاش منه: أنَّ المشكلة الأولى من ناحية التعاقد؛ لأنَّ العقد قد وقع على المجموع، فإذا صحَّ في بعض المجموع وبطل في البعض يلزم تخلف العقد على القصد.

والمشكلة الثانية حصلت من ناحية التراضي؛ حيث إنَّه واقع على المجموع، فصحة العقد في البعض وعدمها في البعض الآخر ينافي مع شرطية التراضي، مع أنَّ الصحة مبتنية عليها).

ثمَّ قال رحمه الله: «والتحقيق في دفعها أن يقال: إنَّ الغرض والقصد الذي دعى إلى التعاقد وإن تخلف حيث إنَّه قد تعلّق بتمليك تمام الجملة، ولم يمض في غير الملك لهما إلّا أنَّ التعاقد على تمليك الجملة ولم يمض في غير الملك لهما، إلّا أنَّ التعاقد على تمليك الجملة تعاقد على تمليك كلِّ بعض من أبعاضها؛ لأنَّها ليست إلّا نفس الأبعاض بالأسر، فيكون التعاقد على تمليكها في الحقيقة تعاقدًا على تمليك كلِّ من الأبعاض بإزاء ما يحاذيها من الثمن، وعدم إمضاء تمليك بعض منها ليس بضائر بتبعية العقود للقصود لو قيل بالنفوذ في الباقي لما عرفت من كون التملك بإزاء ما تخصَّصه من الثمن مقصوداً، وإنَّما يضرُّ لو كان تملك كلِّ بعض مقيداً بتمليك الباقي كما في باب الشروط».

(وحاصل كلامه جواباً عن المشكلة الأولى: أنَّ الخلل المتوهم من هذه الناحية، أي التعاقد ممنوع؛ لوقوع العقد على المجموع بعد كون المجموع مركباً اعتبارياً بالتركيب بين الحصّتين، أي ماله المملوك ومال الغير، ولكنَّ الشارع أمضى بالنسبة إلى ماله وأبطل الآخر، وإبطاله بالنسبة إلى مال الغير لا يضرُّ بتعلّق العقد بماله الذي هو جزء من

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

ثم قال: «ولا يكاد يكون ههنا تقييد، وإلا لكان مع كل شيء بيعاً وشرطاً، 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 تعاقدوا إجباراً أو إكراهاً وقد تعاقدوا هكذا وإن لم ينفذ عقدهما في غير مالها، ومن ذلك ظهر الفرق بين فساد الشرط وفساد الجزء».

(وحاصل الجواب عن المشكلة الثانية: إنَّ الخلل من ناحية التراضي أيضاً ممنوع؛ لأنَّ ما هو المضّر والمحلّ بصحة العقد لو كان العقد حدث مكرهاً ومجبوراً، ومع عدم الإكراه والإجبار ووجود التراضي فلا مانع من صحة العقد).

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

قلت: مع أنَّ التبعض لا يستلزمه دائماً، بل ربما يوجبه أحياناً أنَّ المعتبر هو العلم بما تعاقدوا عليه من الثمن والمثمن لا ما انحلَّ إليه العقد؛ لعدم إمضاء الشارع فيما لا يملكه البائع أو المشتري، فلا مانع عن عموم أدلة نفوذ البيع فيما يملكها، كما لا يخفى».

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

المشهور (والتزام المشهور بشبوته عند تبعض الصفقة) حيث إنه ليس فيه إلا تخلف الداعي، وتخلفه لا يوجبه.

قلت: وجهه: أنه 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 تخلف ما يدعو إليه، فتأمل في المقام، فإنه من مزال الأقدام للأعلام<sup>١</sup>.

ولللكلام فيما أفاده مجال؛ حيث إن العاقد إذا لم يرد بيع ماله منفرداً، بل يبيعه منضمّاً فالانضمام لا يعقل إهماله وكذا إطلاقه؛ لتعلق قصد العاقد وغرضه مبنياً على بيع ماله مقيّداً وبالانضمام إلى مال الغير (ولا يكون منفرداً) فيتعين الاشتراط، أي يكون عقده مشروطاً بالانضمام، وقد حقق في باب الشروط أن التملك المشروط يستلزم التعليق، والتعليق في العقود مستلزم للبطلان، فإنشاء التملك بالانضمام يستلزم البطلان نعم، لو قلنا بالإنشاء والعقد في موارد تبعض الصفقة مطلق غير معلق، وإنما التعليق خاصّ بالوفاء والالتزام 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 أن ما أفاده من أن الرضا المعتبر هو عدم الإكراه والإجبار محضاً ممنوعاً؛ لأنّ المستفاد من الأدلة تحقّق طيب النفس

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

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

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

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

الثالثة: عدم تحقق شرط الصحة وهو الرضا وطيب النفس.  
وكيف كان، فقد تعرّض الأعيان لحلّ المشاكل كالمحقق الآخوند وقد ذكرنا كلامه وبالنسبة إلى (الثانية والثالثة) مع ما فيه من النقد والسؤال، وقد تصدّى المحقق الإيرواني رحمته الله لدفع الإشكالات بالنسبة إلى مشكلة تبعض الصفقة: باعتبار العقد والبيع الواقع أمر واحد بسيط يشملهما خطاب واحد بوجوب الوفاء، ومع التبعض لا مجال لشمول الخطاب له) حيث قال: «إنّ مورد توجّه الحكم وتعلّق الخطاب هو الوفاء بالعقد دون نفس العقد وخطاب ﴿أَوْفُوا﴾ متوجّه إلى الملاك، والوفاء المتصوّر 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 صحّ ذلك لزم بطلان البيع حتى إذا أذن مالك الجزء الآخر فضلاً عما إذا أجاز: لأنّ خطاب الوفاء بالعقد بشرائه غير متوجّه إلى هذا ولا إلى ذاك<sup>١</sup>.

وأورد عليه: بأنّا سلّمنا أنّ الوفاء متعلّق بالحكم ويعدّ ذات العقد متعلّق المتعلّق، ولكنّ خطاب ﴿أَوْفُوا﴾ مشتمل ومتكفّل لبيان حكمين: أحدهما: مطابقي، والآخر: بالالتزام (بعد لحاظ التقدّم والتأخّر من حيث الثبوت والإثبات) أمّا مفاد الدلالة المطابقة للآية هو وجوب الوفاء، وهذه بالالتزام تدلّ على صحة العقد، ومع القول بانتفاء الصحة ينتفي وجوب الوفاء، فما أفاده ﷺ (من أنّ مورد توجّه الحكم وتعلّق الخطاب هو الوفاء بالعقد دون نفس العقد) لا تنحلّ به المشكلة: بدهاء أنّ العقد الباطل لم يتوجّه إليه خطاب لوجوب الوفاء.

وكلام المورد (على الإيرواني) ناظر إلى أنّه لا يخلو الأمر عن حالتين: إمّا نقول بالصحة في المقام، وإمّا بالبطلان، فعلى الأخير، لا كلام. وعلى الأوّل 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: ﴿أَحْلَلْ اللَّهُ

<sup>١</sup> . حاشية المكاسب (للإيرواني) ١: ١٥١.



الْبَيْعُ» بعد كون الموضوع فيها البيع بنفسه، وهو متعلق بمجموع المال (مال نفسه ومال غيره) فبعد بطلان البيع في جزء من المبيع يعود مشكلة تبعض الصفقة، والحلّية في الآية الشريفة شاملة لما يملكه ولما لا يملكه بعد أن البيع الواحد البسيط لا يتبعّض، فالمعاملة إمّا صحيحة وإمّا باطلة، ولم يبق مجال للقول بالصحة بالنسبة للبعض والبطلان في البعض.

وقد أجاب عن المشكلة الثانية بوجهين: «فأما أولاً: فبأننا نفرض حصول الرضا من المالك بالنسبة إلى أجزاء المبيع على سبيل العموم الاستغراقي دون المجموعي ليكون الرضا منه بكلّ جزء مقيداً بالرضا بآخر، بل يكون الرضا رضاءً واحداً متعلقاً بالمجموع المركّب من المالكين.

وأما ثانياً: فبأن الرضا من المالك المتعلق بالمجموع المركّب من المالكين قد حصل وتحقّق وصدق أنّه راض بانتقال ماله ولو في ضمن الرضا بانتقال المجموع، فلو أثر هذا الرضا في انتقال مال نفسه لم يكن انتقال ماله بلا رضی منه لينافي ذلك دليل «ولا يحل...» نعم، لا يؤثر رضاه هذا في انتقال مال الغير، فمال الغير لم ينتقل برضا هذا، لا أنّه ماله انتقل بلا رضاه».

وأورد عليه فيما أفاده أولاً: بأنّ المفروض أنّ المتعلّق بمبيع مع خصوصية الانضمام وقد تعلّق الرضا بمبيع مع هذه الخصوصية، لا بتمليكين كلّ واحد أجنبي عن الآخر.

وفيما أفاده ثانياً: لا نشكّ في تحقّق الرضا بالجزء في ضمن الرضا بانتقال المجموع من المالكين، إلّا أنّ رضاه هذا مترتب على الرضا بالكلّ كما هو كذلك في جميع الموارد المركّبة، فمثلاً في الصلاة أنّ الحكم المترتب على الكلّ مترتب على الأجزاء تبعاً، لكن بقاء الجزء وزواله تابع لبقاء الكلّ، وبعد أنّ الشارع لم يمتص المجموع تكون الملكية بالنسبة إلى الكلّ زائلة، وبالتبع تزول بالنسبة إلى ملكية الجزء والرضا بها بالضرورة.

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

أقول: ما أفاده في حلّ هذه المشكلة يمكن الموافقة معه، مضافاً أنّ الدليل الدالّ على المنع هو الجهل المؤدّي إلى الغرر، فبإمكان التقسيط يكون الغرر منفيّاً.

وأما المحقّق الأصفهاني فقد أجاب عن مسألة تبعض العقد الواحد البسيط بما أفاده: «إنّ الإنشاء وإن كان واحداً وما تسبّب به إليه من الملكية وإن كانت كذلك، إلّا أنّ وحدة التملك والملكية طبيعية لا

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

شخصية؛ لوضوح تعدّد اعتبار الملكية بتعدّد المملوك، لا أنّ المالكين معاً ملك واحد بحيث تكون الإضافة الشخصية قائمة بالمتعدّد، ومع تعدّد الملكية يتعدّد التمليك؛ لأنّ الإيجاد والوجود متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار، وليس العهد إلّا الجعل والقرار المعاملي المتعلّق بالملكية ولا العقد إلّا ارتباط أحد القرارين بالآخر، فلهما وحدة طبيعية وتعدّد بالشخص وعدم تجزّي البسيط لا ينافي تعدّده»<sup>١</sup>.

توضيح ما أفاده: إنّ إقدام الفضولي ببيع المجموع مما يملكه وما لا يملكه من مقولة اعتبار تمليكين ببيع واحد، وبما قرّره من أنّ المراد هو الوحدة الطبيعية في العقد الواقع، فالعقد واحد طبيعية. وما يتوهم عدم إمكان تبعضه (أي تبعض الواحد) هو الواحد الشخصي ولا الطبيعي والظاهر أنّ الإنشاء واحد. وأمّا المنشأ بالقول بتحقيق الملكية في ماله وعدم تحقّقها في مال الغير لا يضرّ بوحدتها الطبيعية؛ لأنّ الطبيعي موجود بوجود أفراد، وفي المقام لا تبعض للعقد، بل العقد واقع على المملوك وعلى غير المملوك، ولذا يمكن للشارع تصحيح أحدهما دون الآخر.

ولكنّ المشكلة : أنّ لازم ما أفاده كون الفضولي قد جمع بين بيعين وأنشأهما بإنشاء واحد؛ حيث إنّ الاستفادة من كلامه أنّ لكلّ جزء ملكية مستقلة، مع أنّ العرف والعقلاء لا يلتزمون بذلك؛ لاستلزام هذا القول تعدّد البيوع في الواحد الاعتباري كالبيت مع كثرة الأجزاء المتشكّلة

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

لهذا العنوان نعم، لو قلنا بأن الملكية من الموضوعات العقلية يمكن تصوير ما أفاده إلا أن الملكية وأمثالها من الأمور العقلائية الممضاة بإمضاء الشارع، ولذلك لا يمكن تسلّم ما أفاده لحلّ المشكلة؛ لاستلزامه القول بتعدّد جميع البيوع الواحدة الشخصية بتعدّد أجزاء المبيع الواحد.

والمشكلة الثانية وهي عدم تحقّق الرضا وطيب النفس: فقد أجاب عنها بقوله: «وأما مسألة عدم الرضا إلا بالمجموع، فيكون العقد فاقداً لشرط تأثيره، وهو الرضا لا للقصد المقوّم للعقد كما في سابقه. فالجواب عنها ما مرّ آنفاً: أن الرضا بملكية المجموع لا معنى له، والرضا بمجموع الملكيات بما هو واحد بالاعتبار أيضاً لا معنى له، والرضا بالتمليكات المقيّدة بعضها ببعض أيضاً لا معنى له. والرضا بالتمليك المرتبط بالالتزام بملكية تملكه شيء آخر معقول، لكنّه مخالف للواقع؛ لأنّ المفروض هو البيع فقط لا البيع والشرط وعلى فرضه فهو داخل في البيع المشروط بشرط التخلف عن المشروط، والحقّ فيه الصحة؛ لأنّ الملتزم به ليس قيّداً للبيع ولا للمبيع بل نفس الالتزام مرتبط بالبيع، أمّا أنّ الملتزم به وهو مورد الشرط ليس قيّداً للبيع؛ إذ وصف الكتابة مثلاً لا يعقل أن يكون قيّداً وحيثية للتمليك بحيث يكون مخصّصاً للتمليك الطبيعي أو للملكية. وأمّا أنّه ليس قيّداً للمبيع، فلاّن الكتابة وإن كانت من شؤون المملوك، إلا أنّ المملوك حيث إنّه شخصي فلا يعقل أن يتضيق بأخذ وصف الكتابة معه، كما في العبد الكلّي الذي له صنفان: كاتب وغير كاتب، فلا مجال إلا لجعل الالتزام بها مربوطاً بالتمليك،

وحيث إنّ 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 مقرونًا بالالتزام الذي لا تخلف له، وإنّما التخلف للملتزم به، وهو ليس قيداً للبيع ولا للمبيع.

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

ما أفاده رحمته من الممنوعة وعدم تصوّر المعنى له في صورتين الأولين تامّ؛ لأنّه لا معنى لبيع المجموع بما هو واحد اعتباري لاستلزامه خلف الفرض أولاً.

وثانياً: أنّ متعلّق البيع هو الملك دون العنوان الاعتباري، وأمّا بالنسبة إلى الصورة الثالثة واستحالة التمليكات المقيّدة بعضها ببعض (كما في المقام من تقييد التملك الأوّل بالثاني) فهي بظاهرها تامّة، إلا أنّ الكلام في أنّ معيّة شيء للشيء الخارجي هل يوجب تقيّد الشيء بالشيء الخارجي، أو أنّ هذا التقييد يعدّ من شؤون ذلك الشيء وأوصافه؟ الظاهر هو الأخير، فلذلك لا مانع من تقييد العالم بالإيمان أو الصداقة إذا عدّا من شؤونه. وأصرح من ذلك تقييد الصلاة بالزوال وكذا بالطهارة فهما من قيود الصلاة وإن لم يعدّا من الشؤون.

<sup>١</sup> . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني رحمته) ٢: ٣٣٥.

وأما تصحيح التمليك المرتبط بالالتزام كما في الشروط المصرّحة في ضمن العقد، فهو يتمّ فيما إذا صرّح البائع، ولكن في المقام لا تصريح له بذلك، والفضول قصد بيع مال نفسه مضافاً ومنضمّاً إلى مال الغير، ففي مثل ذلك تارة: يكون المضاف والمنضمّ، له الدخل في أصل الغرض على نحو لولا المعية ينتفي الغرض من أصل المعاملة، كما في بيع الحذائين الذي لولا الانضمام تكون المعاملة منتفية، فهنا أنّ المعية تعدّ قيداً للبيع، ولولا الانضمام تكون المعاملة باطلة؛ لأنّ المتعلّق ملحوظ بنحو وحدة المطلوب.

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

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

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

وكذا لزوم تبعض الصفقة المؤدي إلى عدم وقوع المقصود وعدم القصد إلى الواقع.

وأيضاً عدم تحقق الرضا وطيب النفس الذي هو شرط الصحة. أمّا بالنسبة إلى الشبهة الأولى: فقد حَقَّق سابقاً أنَّ الجهالة المانعة عن تمامية العقد هي الجهالة المؤدية إلى الغرر وأنها 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 بتقسيط الثمن فيما إذا كان ممكناً، فعلى هذا لا إشكال في صحة العقد في خصوص ما يملكه الفضول.

وأما بالنسبة إلى الشبهة الثانية: فحيث إنّ الفضولي قد جمع بإنشائه الواحد بين المبيع (وبيعه بحسب الصورة والظاهر واحداً) إلا أنّ في الحقيقة وزانه وزان العام الاستغراقي) إلا أنّ كلاهما مشروط ومنضم إلى الآخر، فكما يقال بالصحة في الجمع بين الشئتين فيما إذا كان المملوك متعدداً كالدار والبستان... ويبيعهما البائع بإنشاء واحد كذلك في المقام، فلا مانع من الصحة بالنسبة إلى مال نفسه دون غيره مع تحقق الخيار للمشتري دفعاً للضرر.

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

وأما إذا لم يكن كذلك بحيث لا يكون لأحدهما دون الآخر منفعة كفردى الحذاء والجورب يشكل الحكم بالصحة؛ لأنّ المعاملة الواقعة مقيدة وملحوظة على نحو وحدة المطلوب، ولا يعقل لحاظ المتعلّق

متعددين مطلوبين ليتم الانتقال بنحو الاشتراط والانضمام، ففيما قامت القرينة على وحدة المطلوب لا بد من الحكم بالبطلان، وأمّا إذا قامت القرينة على التعدّد لا إشكال في الصحة، وفي موارد الشك وعدم وجود قدر المتيقّن يكون مجرى أصالة الفساد الجارية في مطلق المعاملات. وأمّا بالنسبة إلى الشبهة الثالثة: قد اتضح مما قلنا في تصحيح العقد المذكور تعلّق الرضا بالبيع المذكور والتخلّف العقدي لا يوجب البطلان، وغايته تحقّق الخيار للمشتري، هذا كلّ من جهة القواعد العامّة.

بقي الكلام في مقتضى النصّ الوارد في المقام وما رواه الشيخ (والكليني والصدوق) في الصحيح عن محمد بن الحسين الصفّار أنّه 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 الأربعة، فقال للشهود: 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؟ فوقّع عليه «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 ١.



ظاهرها صحة البيع ولزومه فيما يملكه، وعدم الصحة فيما لا يملكه حتى بعد لحوق الإجازة، وإن أمكن حمل النفي على الصحة الفعلية دون التأهلية الموقوفة على الإجازة. وبهذا التوجيه لا تنافي بين الحكم في الرواية وما تقتضيه القواعد العامة (من الصحة فيما يملك وما لا يملك بعد لحوق الإجازة والبطان مع عدمها) هذا إلا أنا إذا لم نلتزم بما استفدناه من القاعدة (من الحكم بالصحة مع ثبوت الخيار) لا يمكننا إلا الاستناد بالنص والإجماع كما ذهب إليه الشيخ رحمته الله؛ لعدم دلالة الرواية على ثبوت الخيار؛ لأنّ قوله عليه السلام: «قد وجب الشراء» دليل الصحة وال لزوم من دون خيار، ومن النصّ يستفاد أيضاً عدم تحقّق التخلف عن القصد ولا تبعّض الصفقة وعدم المانع من ترتّب الحكم على المعاملة.

«ثم إنّ البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصّته من الثمن وموقوف في غيره بحصّته، وطريق معرفة حصّة كلّ منهما من الثمن...» [١]

[١] لا يخفى أنّ مسألة تقسيط الثمن ترتبط بموارد بطلان الفضولي (في حصّة الغير) وكذا القول بصحة الفضولي مع ردّ مالكة، 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: إمّا في القيميات وإمّا في المثلثات.

أما في القيمي: صرح الشيخ رحمته الله: مستفيداً من «السرائر»<sup>١</sup>: «وطريق معرفة حصّة كلّ منهما من الثمن في غير المثلي أن يقوم كلّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن نسبته 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 بنسبة الثمن من المجموع «مثاله كما عن «السرائر»: ما إذا كان ثمنهما ثلاثة دنانير وقيل: إنّ قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلي الثمن» انتهى<sup>٢</sup>.

وحاصل ما أفاده الشيخ رحمته الله: تقويم كلّ من المالين مستقلاً، ثمّ يحاسب 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 الثلث فيدفع للبائع (بالنسبة إلى ماله) ثلث القيمة، فيبقى للغير ثلثي القيمة وهكذا.

١. السرائر ٢: ٢٧٦.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٥١٥.

وأشكل السيد رحمته 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 ومساواتهما مجتمعاً) فتكون النسبة بين حالتي الانفراد والاجتماع 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 بنتها، كما إذا كانت قيمة كلّ منهما (ألف) إلا أنّ قيمتها عند الاجتماع تصير أقلّ عن القيمة منفرداً.

وهنا أشكل السيد رحمته الله بأنّ ما أفاده الشيخ رحمته الله يتمّ فيما إذا كانت الهيئة الاجتماعية موجبة للزيادة أو النقصان بالسوية. وأمّا لو أوجبت ذلك بالتفاوت، فلا يتمّ، مثلاً إذا كان أحدهما تزيد قيمته بالانضمام والآخر تنقص قيمته به، يلزم على طريقة المصنّف رحمته الله فيما إذا قوّم أحدهما منفرداً بإثنين ومنضمّاً بأربعة، والآخر منفرداً بأربعة ومنضمّاً بإثنين، أن يكون لمالك الأول ثلث الثمن ولمالك الثاني ثلثاه، مع أنّ قيمة مال الأول في حال الانضمام ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال فينبغي أن يكون للأول الثلثان، وللثاني الثلث، وهكذا في سائر الاختلاف<sup>٢</sup>.

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمته الله) ١: ١٨٩.

٢ . نقل عنه في مصباح الفقاهة ٤: ٣٩٩.

فحيث إنّ هذه الطريقة لا تفي باستيفاء الحقّ بحسب العدالة والانصاف؛ بداهة لزوم التقسيط تقسيطاً عدلاً.

وفي المقام طريقة أخرى نقلها الشيخ عن المحقّق في «الشرائع»<sup>١</sup> والعلامة في «القواعد»<sup>٢</sup> والشهيد في «اللمعة»<sup>٣</sup>: «من أنّهما يقيّومان جميعاً ثمّ يقوم أحدهما»<sup>٤</sup> أي يقوم المال تارة منضمّاً، وتارة منفرداً، ثمّ ملاحظة النسبة القيمة المنفردة مع المنضمّة، فتدفع القيمة بملاحظة تلك النسبة.

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

١ . شرائع الإسلام ٢: ١٥.

٢ . قواعد الأحكام ١: ١٢٥.

٣ . اللمعة الدمشقية: ١١٠.

٤ . كتاب المكاسب ٣: ٥١٦.

٥ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي عليه السلام) ١: ١٨٩.

«وأما المبيع المثلي، فإن كانت الحصّة مشاعة قسّط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلّ من حصّتي البائع والأجنبي بما يخصّه، وإن كانت حصّة كلّ منهما معيّنة، كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصّتين وتقسط الثمن على المجموع، فافهم»<sup>١</sup>. [١]

[١] قسّم الشيخ رحمته الله فرض المسألة (بيع مال نفسه مع مال غيره) في المثلي (كالحنطة والشعير) إلى قسمين:

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

وأما في القسم الثاني: فيما إذا كانت الحصّة مفروزة معيّنة، ذهب إلى الطريقة التي سلكها في القيمي: بأنّ يقوم كلّ حصّة بمفردها، ثم الجمع بين القيمتين.

ثمّ التقسيم بملاحظة قمية الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع بمعنى نسبة كلّ حصّة إلى مجموع القيمتين وإعطاء كلّ واحد منهما من الثمن بتلك النسبة.

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

<sup>١</sup> . كتاب المكاسب ٣: ٥٢٠.

أما الأول: فلا تتفاضه بما إذا كان لإحدى الحصّتين في حال الاجتماع قيمة أكثر من قيمتها في حال الانفراد، كما إذا كان منّ من الحنطة في حال الاجتماع مع تسعة أمان أعلى قيمة لأجل صيرورته مرغوباً إليه في ضمن العشرة، ولكنّه منفرداً لا يرغب إليه بما يرغب إليه في حال الاجتماع، فتقسيط الثمن حينئذٍ على نفس المبيع ليقابل كلّ من الحصّتين بما يخصّه لا يفيد في تعيين قيمته حصّة الأجنبي، كما لا يخفى.

وأما الثاني: فلا تتفاضه بما إذا كانت الحصّتان 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 الحصّتين بما يخصّه من الثمن، كالمثلي، فلا يكون موافقاً مع القيمي في الحكم، ولعلّه إلى المناقشين أمر بالفهم<sup>١</sup>.

ما أفاده إشكالاً تامّ إذا اختلفت القيمة في الصورتين بالانفراد والاجتماع، فعليه نقول بما قاله السيد<sup>عليه السلام</sup> وأما مع الاختلاف الفاحش، فلا بأس بما قاله الشيخ<sup>عليه السلام</sup>.

<sup>١</sup> . المكاسب والبيع ٢: ٣١٢.