

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

## بیان و راه حل مرحوم صاحب جواهر

راه حل سوم را مرحوم صاحب جواهر (اعلی الله مقامه الشریف) در صفحه ۳۳ از جلد ۳۷ کتاب **جواهر الکلام** مطرح می‌کنند؛ ایشان بعد از این که کلام مرحوم محقق در شرایع را نقل می‌کنند مبني بر آن که «لو تعاقبت الایدی الغاصبه علی المغصوب تخیر المالك في الزامه ایهم شاء او الزام الجميع بدل واحداً»، اگر ایدی غاصبه بر مال واحدی تحقق پیدا کند، مالک مخیر است که به هر کدام از آنها که بخواهد مراجعه کند؛ صاحب جواهر بعد از این که چهار دلیل فتوای مرحوم محقق را ذکر می‌کند، می‌فرماید: «نعم قرار الضمان علی من تلف المغصوب في یده منهم، قرار ضمان بر کسی است که مال مغصوب در ید او تلف شده است. مقصود ایشان از قرار ضمان آن است که اگر مالک به خود شخصی که مال در ید او تلف شده است مراجعه کرد، دیگر نمی‌تواند به دیگری مراجعه کند؛ اما اگر مالک به ید دیگری (ایدی سابقه) مراجعه کرد، آنها می‌توانند به این لاحق مراجعه کنند. مرحوم صاحب جواهر در ادامه چند مطلب دارند؛ اولین مطلب ایشان آن است که در اینجا چند ید بر مال واحد تحقق پیدا می‌کند؟

ما دلیلی بر این که تمام این ذمه‌ها مشغول می‌شود نداریم؛ و بلکه در میان صاحبان ید، فقط ذمه کسی که مال در ید او تلف می‌شود، مشغول می‌شود. بله، مالک به دیگران هم می‌تواند رجوع کند، اما می‌فرمایند: جواز رجوع به دیگران امر (یک چیز است)، و اشتغال ذمه امر آخر. مالک می‌تواند به ید اول، ید دوم، ید سوم و... رجوع کند، اما جواز رجوع مالک الی کل ید، ملازمه با اشتغال ذمه او ندارد. از ایشان سؤال می‌کنیم که پس مسأله در اینجا چیست؟

می‌فرمایند: نسبت به کسی که مال در ید او تلف شده، اشتغال ذمه است (یعنی خطاب ذمی است)؛ اما نسبت به دیگران اشتغال ذمه نبوده و مجرد جواز الرجوع است که آن را خطاب شرعی گویند. پس، خطاب به وجوب ادا نسبت به بقیه شرعی است و نسبت به کسی که مال در ید او تلف شده ذمی است. بنابراین، اولین مطلب صاحب جواهر این است که در موردی که ایادی متعدده وجود دارد، فقط ذمه کسی که مال در ید او تلف می‌شود، مشغول است، و فقط او دارای خطاب ذمی است که باید مال را تدارک کند؛ اما ذمه بقیه افراد مشغول نیست؛ ایشان تصریح می‌کند به این که دلیلی بر شغل ذمم متعدده نداریم؛ در مورد بقیه، جایز است که مالک به آنها رجوع کند و این جواز رجوع، فقط در حد یک حکم تکلیفی و یک خطاب شرعی است.

بعد فرموده‌اند که بله، اگر مالک به دیگری (ید سابق) که مال در دست او تلف نشده است، رجوع کرد و او نیز مال را تدارک کرد، در اینجا یک معاوضه قهریه شرعیه بین مالک و کسی که مال را تدارک کرده است، واقع می‌شود؛ یعنی این شخص می‌گوید من بدل را به تو می‌دهم در مقابل ملکیتی که نسبت به لاحق (که ذمه‌اش مشغول است) داری؛ به عبارت دیگر، مالک تاکنون مالک آن ذمه مشغوله بود، حالا که سابق مال را تدارک کرده و بدل آن را به مالک داده است، بجای مالک می‌نشیند و سابق مالک ذمه

مشغوله می‌شود که مال در ید او تلف شده است؛ به همین دلیل، می‌تواند به لاحق رجوع کند و او نیز موظف است که بدل را بپردازد.

این خلاصه فرمایش مرحوم صاحب جواهر. **نظر مرحوم شهید:** مرحوم شهید نیز در کتاب دروس قبل از صاحب جواهر این نظریه را اظهار کرده است؛ ایشان هم در آنجا فرموده است: برای مالک جایز است که به هر کدام از ذی‌الیدها که بخواهد مراجعه کند، اما قرار و استقرار ضمان نسبت به ذمه‌ای است که مال در ید او تلف شده است. بدین صورت که اول ضمان بر ید اول می‌آید و اگر در همین زمان هم مال تلف شود، ضمان در همین ید اول استقرار پیدا می‌کند؛ اما هنگامی که مال از ید اول به ید دوم منتقل شد، ضمان بر عهده او می‌آید تا کسی که مال در یدش تلف شود، که در این صورت، قرار ضمان نسبت به کسی است که مال در ید او تلف می‌شود.

## اشکالات مرحوم شیخ انصاری به مرحوم صاحب جواهر

مرحوم شیخ انصاری (اعلی الله مقامه الشریف) در کتاب مکاسب مجموعاً پنج اشکال به صاحب جواهر می‌کنند که اشکالات واردی هم است.

**اولین اشکال** این است که ما هستیم و حدیث علی الید، چطور از این حدیث می‌گویید خطاب نسبت به ایدی سابقه خطاب شرعی تکلیفی و نسبت به کسی که مال در ید او تلف شده، خطاب وضعی و ذمی است؛ سیاق و عبارت علی الید یکی و به نسق واحد است، شامل همه اینها که می‌شود یا خطاب همه تکلیفی است و یا خطاب همه وضعی و ذمی است.

البته می‌توانیم این اشکال را طبق بیان مرحوم نائینی و مرحوم امام به يك نحوی جواب دهیم - (ببینید این جواب درست است یا نه؟) - و آن این که اگر ما از حدیث علی الید ابتداءً حکم تکلیفی را استفاده کنیم، باید بگوییم همه جا باید تکلیفی باشد؛ و اگر حکم وضعی ضمان را استفاده کنیم، بگوییم همه جا باید وضعی باشد؛ اما طبق مبنای مرحوم اصفهانی که ما هم تبعیت کردیم، اگر گفتیم حدیث علی الید دلالت بر استقرار در عهده دارد که يك معنای عامی است، علی الید می‌گوید این مال در عهده همه استقرار پیدا کرده است؛ ولی خصوصیات افراد ممکن است مختلف باشد، - همان بیان مرحوم نائینی که ممکن است عام به عموماً شامل افراد بشود اما خصوصیات در يك فردی باشد که در فرد دیگر نیست؛ و این به معنای عدم شمول آن نیست.

حال، حدیث به صورت عام، نسبت به همه می‌گوید که استقرار در عهده وجود دارد، اما در ید «من تلف المال بیده»، يك خصوصیتی است که در بقیه یدها نیست و آن تلف است؛ تلف هم سبب ضمان است؛ بگوییم در اینجا هم حکم تکلیفی هست و هم حکم وضعی؛ و در یدهای قبل که تلف نیست، فقط مجرد استقرار عهده است که از آن فقط یک خطاب شرعی استفاده می‌شود. این بیان در جواب از اشکال اول چه ایرادی دارد؟ ما می‌توانیم از فرمایش مرحوم صاحب جواهر در برابر اشکال مرحوم شیخ اینگونه دفاع کنیم.

**اشکال دوم:** مرحوم شیخ فرموده‌اند که ما اصلاً فرق بین خطاب شرعی و خطاب ذمی را نمی‌توانیم بفهمیم که یعنی چه؟ بگوییم خطاب نسبت به ایدی سابقه خطاب شرعی و تکلیفی است، اما نسبت به کسی که مال در ید او تلف شده، خطاب ذمی است. این اشکال هم قابل جواب است و فرقی همان فرق بین حکم تکلیفی و وضعی است؛ صاحب جواهر می‌خواهد بفرماید نسبت به دیگران فقط در دایره حکم تکلیفی است، اما نسبت به کسی که مال در نزد او تلف شده، علاوه بر حکم تکلیفی، حکم وضعی هم هست.

**اشكال سوم:** فرموده‌اند: مع انه لا يكاد يعرف خلاف من احد في كون كل من ذوی الایدی مشغول الذمه بالمال، در این اشكال سوم که اشكال واردی است، مرحوم شیخ می‌فرماید: خلافي بين فقها وجود ندارد که در تعاقب ایدی، هر یدی ضامن و ذمه‌اش مشغول است؛ تا مادامیکه احدی از این ایدی نیامده بدل را بدهد؛ پس تا هنگامی که مالک ذمه‌ای را ابراء نکرده باشد، اشتغال ذمه وجود دارد.

**اشكال چهارم:** مرحوم شیخ در این اشكال می‌گوید: این معامله قهری که بین شخصی که مال در یدش تلف نشده و مالک بوجود می‌آید را از کجا آورده‌اید؟ شما گفتید اگر مالک به کسی که مال در ید او تلف نشده است، مراجعه کرد، معامله قهریه شرعیه واقع می‌شود؛ دلیل این حرفتان چیست؟ باید گفت که دلیلی بر این معنا نداریم. آن مقدار دلیلی که داریم، این است که مالک می‌تواند به چنین شخصی مراجعه کند؛ بعد از این که مراجعه کرد، اگر اولی غار نباشد، می‌تواند به دومی مراجعه کند؛ زائد بر این دیگر دلیلی نداریم. پس، برای این معامله هیچ سببی وجود ندارد.

**اشكال پنجم:** اشكال آخری که فرموده‌اند، این است که اگر مال از ید اولی در ید دوم بیاید و دوباره از دومی در ید اولی بیاید و در ید اولی تلف شود، طبق فرض شما نمی‌تواند رجوع کند، می‌فرمایند: «مع ان اللازم مما ذكره ان لا يرجع الغار في من لحق في اليد العادية الا الى من تلف في يده مع ان الظاهر خلافه فانه يجوز له ان يرجع الى كل واحد من بعده» اگر مال از ید اولی رفت در دست دومی و دوباره به ید اولی برگشت و در دستش تلف شد، اگر فرض کنیم که دومی غار بوده، باز اولی می‌تواند به دومی مراجعه کند، درحالیکه طبق بیان شما، در این فرض، دیگر نمی‌تواند مراجعه کند، و این بر خلاف فتوای همه فقهاست.

این اشکالات مرحوم شیخ که عمدتاً اشكال سوم بود و يك اشكالی که اهم اشکالات است، این است که اصلاً ما چیزی به نام ضمان و قرار الضمان نداریم. ما می‌گوییم یا سبب ضمان موجود است و یا آن که سببش موجود نیست؛

بگوییم سببش موجود است اما دو نوع است: يك نوع این است که قرار هم دارد و يك نوع این است که قرار ندارد، صرف تعبیر لفظی است؛ ضمان يك حکم وضعی است علی رأی المشهور، یا سبب ضمان هست که در این صورت اشتغال ذمه هم هست؛ این اولاً و ثانیاً اشكال به مرحوم صاحب جواهر این است که در جایی که مال تلف نشده و باقی است، می‌گوییم چرا مالک می‌تواند به هر کدام از آنها رجوع کند؟

شما مسأله را در جایی آورده‌اید که مال در یکی از این یدها تلف می‌شود، در حالی که عمده اشكال ثبوتی در مقام، در فرضی بوده که هنوز مال تلف نشده است و بگوییم مالک می‌تواند به هر کدام مراجعه کند؛ اشكال این است که اشتغال ذمه متعدده نسبت به مال واحد كيف یعقل؟ بحث، اصلاً بحث تلف نیست که بیایم مسأله تلف را مطرح کنیم.

بله، این بیان شما در مورد این که چرا سابق به لاحق رجوع کند؟ خوب است؛ می‌گوییم فرق بین سابق و لاحق این است که بگوییم لاحق که مال در یدش تلف شده، اگر مالک رجوع کرد و از سابق گرفت، يجوز للسابق ان يرجع الى اللاحق؛ ولی ما قبل از مسأله رجوع لاحق به سابق يك اشكال ثبوتی دیگر داریم که باید حل شود. پس، راه حل سوم را هم ملاحظه فرمودید که تمام نیست.

## بیان و راه حل مرحوم شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری (اعلی الله مقامه الشریف) راه حل چهارمی را در صفحه 509 از جلد 3 کتاب مکاسب عنوان فرموده‌اند که خلاصه بیان مرحوم شیخ این است: يك بیانی دارند که به بیان مرحوم نائینی نزدیک است اما باز بین آنها تفاوت است؛ شیخ می‌فرماید ید اولی نسبت به نفس عین ضامن است، اگر در زمانی که مال در دست نفر اول است، تلف شود، همین ید اولی

ضامن بدل هم هست، پس يد اولی ضامن للبدل ايضاً؛

اما وقتی که مال در دست نفر دوم آمد، شیخ تعبیرشان این است که «فاذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيء له بدل» آن موقع که در يد اولی بود، حين الضمان مسأله بدلیت مطرح نبوده است، حالا که در للاحق آمد ضامن شیئی می شود که له بدل، فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البدل و المبدل للاحق ضامن یکی از این دوتاست، یا مبدل که عین مال است و یا بدل؛ ضامن یکی از بدل و مبدل است علی سبیل البدلیه؛ یعنی یکی از اینها و نه هر دو؛ چرا که جمع بین عوض و معوض نمی شود.

می فرمایند: نه می توانیم بگوییم فقط ضامن مبدل بدون بدل است؛ اگر بگوییم للاحق و شخص دوم فقط ضامن عین است که مبدل است، خرج البدل عن البدلیة، بدل از بدلیت خارج می شود؛ و برای این که بدل از بدلیت خارج نشود، می گوییم «لاحق ضامنٌ اما للمبدل و اما للبدل علی سبیل البدلیه و التخییر».

در ادامه می فرماید: در بین آنچه که اولی به مالك دفع می کند و آنچه که دومی به مالك دفع می کند، فرق است؛ فما يدفعه الثاني فانما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الاول این تدارك آن چیزی است که تدارك او در ذمه ضامن اول استقرار پیدا کرده است بخلاف ما يدفعه الاول به خلاف آن چیزی که اولی دفع می کند که تدارك لما استقر تداركه في ذمة الثاني نیست؛ این تدارك لنفس العين است، فانه تدارك نفس العين معیناً.

سپس فرموده است که اگر مالك به اولی رجوع نکرده و او نیز تدارك نکرده است، آیا می تواند یقه دومی را بگیرد و بگوید ذمهات نسبت به من مشغول است؟ می فرمایند: نه، این که ما می گوییم اولی می تواند به دومی مراجعه کند، انما هو من باب الغرامة؛ یعنی اگر مالك به اولی رجوع کرد، دومی باید غرامتش را بدهد و الا اگر مالك رجوع نکرده، اولی به مالك چیزی پرداخت نکرده و به همین جهت حق ندارد که از دومی چیزی مطالبه کند. فرموده اند: و الحاصل ان من تلف المال في يده ضامن ل احد الشخصين لاحق که مال در يدش تلف می شود، ضامن ل احد الشخصين من المالك أو من سبقه في اليد علی سبیل البدلیه، یا مالك یا شخص اول، ضامن یکی از این دوتاست علی سبیل البدلیه. این نظریه مرحوم شیخ؛ مرحوم سید یزدی در حاشیه مکاسب هفت اشکال بر مرحوم شیخ دارد که إن شاء الله فردا عرض می کنیم.