

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

«ثُمَّ إِنَّهُ قَدْ تَحَصَّلَ مِمَّا ذَكَرْنَا: أَنَّ تَحَقُّقَ مَلَكَیَّةِ الْبَدَلِ أَوْ السُّلْطَنَةَ الْمَطْلُوقَةَ عَلَيْهِ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ عَلَى مَلِكِ مَالِكِهَا، إِنَّمَا هُوَ مَعَ فَوَاتِ مَعْظَمِ الْإِنْتِفَاعَاتِ بِهِ».

مروری بر جلسه گذشته

معنای بدل حیلوله مشخص شد و فروعاتی که در آن لازم بود بررسی گشت که اگر شخصی مال دیگری را عدوانا در اختیار بگیرد و رد عین مال متعذر شود باید بدل آن را پرداخت کند و اگر عین مال پیدا شد بدل را پس بگیرد. بیان شد که مالک اول بدل را مالک است و بحثی که بود این مال اصلی با دریافت بدل از ملکش خارج می شود یا خیر؟

اشتراط تلف جمیع انتفاعات در بدل حیلوله

بحثی که در بدل حیلوله وجود دارد این است که باید جمیع انتفاعات از بین رفته باشد، مثلا مال به دریا افتاده باشد، یا به نحوی است که معظم انتفاعات آن از بین رفته است.

اگر مال مالک موجود است و مقدار کمی از انتفاعات فوت شده است، مسئله بدل حیلوله مطرح نیست. مثلا اگر حیوان موطوئه شود، برخی از انتفاعات آن از بین رفته است مانند اینکه حق فروش در این شهر را ندارد و باید ببرد در شهر دیگر بفروشد؛ اما سایر انتفاعات مانند قابلیت بار کشی و غیره هنوز وجود دارد. البته شایان ذکر است اگر شارع در این موارد حکم به غرامت نمود این معاوضه قهریه شرعیه است.

دلیل بر این مطلب این است که تدارک در جایی صدق می کند که مال از بین رفته باشد به صورتی که توان استفاده از آن نباشد. اگر در مال چیزی فوت نشده است جبران و پرداخت خسارت بی معنا است.

فرع

بدل حیلوله در جایی است که ضامن مال را از مالیت خارج نکند. اگر مال دیگر از بین رفته باشد و قابلیت انتفاع از آن نباید بحث بدل مطرح نیست باید قیمت را بپردازد. مثلا اگر با آب غصبی وضو بگیرد، بعد از آنکه دست ها و صورت را شست، علم به غصبیت پیدا کرد. با رطوبت باقی مانده نمی تواند مسح کند مال مالک است ولی از مالیت خارج شده است. گرچه در عرف

برای این مقدار رطوبت قیمتی را نمی‌گذارند، اما هنوز ملک مالک است.

به مقتضای باب ضمان باید قیمت پرداخت شود، اما با پرداخت این مبلغ از ملک مالک خارج نمی‌شود و هنوز به ملک مالک است. ثمره اش در اینجا ظاهر می‌شود که اگر علم به غصبیت پیدا کرد باید قیمت آبی را که استفاده کرده است را بپردازد و برای مسح باید اجازه بگیرد و اگر بدون اجازه مالک مسح کند وضویش باطل خواهد بود.

مرحوم شیخ دو موید بر وفاق و دو موید بر خلاف مطلب خود یاد می‌کنند. از مرحوم محقق ثانی و شهید ثانی به عنوان موید این فتوا نقل می‌کند. سپس از محقق اردبیلی و صاحب جواهر نقل می‌کند که اگر مال تلف شد، عرفا با تلف مالیت ملکیت نیز از بین می‌رود. مثال می‌زنند اگر کسی با نخ غصبی لباسی را بدوزد محقق اردبیلی و صاحب جواهر فرموده اند: اگر بخواهد نخ‌ها را در بیاورد، منجر بخ از بین رفتن لباس می‌شود.

عرف می‌گوید: این نخی که در دوختن لباس به کار رفته است تلف شده است و قیمتش را باید به مالک پرداخت کند، بنابر این فتوا رضایت و عدم رضایت مالک در اینجا دخالتی ندارد. صاحب جواهر غیر از مسئله تلف عرفی یک استدلال آورده است که شیخ آن را رد می‌کند.

توضیح عبارت

«ثُمَّ إِنَّهُ قَدْ تَحَصَّلَ مِمَّا ذَكَرْنَا»، روشن شد از آنچه که ما گفتیم «أَنَّ تَحَقُّقَ مِلْكِيَّةِ الْبَدَلِ أَوْ السُّلْطَانَةِ الْمَطْلُوقَةِ عَلَيْهِ»، محقق شدن ملکیت بدل یا محقق شدن سلطنت مطلقه بر بدل، بنا بر آن اختلافی بود که بدل حیلولة را غاصب به مالک العین می‌دهد، آیا مالک العین مالک بدل می‌شود یا فقط سلطنت می‌یابد؟

تحقق ملکیت «مع بقاء العین علی ملک مالکها» از آن طرف آن عین عینی که تعذر دارد وصول آن عین به مالک در دریا افتاده است. الان در جای دوردستی است و نمی‌توانیم به مالک بدهیم «انما هو» این تحقق ملکیت یا سلطنت «مع فوات معظم الانتفاعات»، به در صورتی است که اکثر انتفاعات به آن عین فوت شود. «بحیث یعدّ بذل البذل غرامة و تدارکاً»، طوری که عرف بگوید: عنوان بدل عنوان خسارت، غرامه و تدارک و کلمه تدارک آنجایی است که فوت وجود دارد و لذا گاهی اوقات می‌گویند: تدارک یا تدارک لمافات آنجایی که فوت است تدارک است و آنجایی که فوت نیست تدارک وجود ندارد.

فوت آنجایی است که اکثر انتفاعات به مال از دست رفته باشد، اما آنجایی که مال صد انتفاع از آن می‌شود برد و یک انتفاعش از بین رفته است اینجا به آن فوت می‌گویند. «اما لو یفت الأ بعض ما لیس به قوام المملکیّة»، ملکیه غلط است، اگر فوت نشده باشد مگر بعض از آن چیزی که «لیس به أن بعض قوام المالیة»، یعنی یک نفعی از آن رفته است که با از بین رفتن نفع مالیتش تغییر نکرده است. «فالتدارک لا یقتضی ملکه ولا السلطنة المطلقة علی البدل»، تدارک ملک یا سلطنت مطلقه بر بدل را اقتضا نمی‌کند.

«و لو فرض حکم الشارع بوجوب غرامة قیمته حیثئذ»، اگر در یک جا دیدیم که شارع حکم کرده است به وجوب غرامت قیمت «حیثئذ»، یعنی حالایی که بعضی از انتفاعات که دخیل در مالیت نیست فوت شده است. شارع می‌گوید: باید غرامت داد، «لم یبعد انکشاف ذلک عن انتقال العین الی الغارم»، بعید نیست که بگوییم باید بدل داد عین هم منتقل غارم می‌شود. آن کسی که قیمت را می‌پردازد.

«و لذا»، یعنی به خاطر این انتقال «استظهر غیر واحد أن الغارم لقيمة الحيوان الذی وطأه يملكه»، گفته‌اند: کسی که غرامت

می‌دهد قیمت حیوانی که خود آن شخص حیوان را رد کرده است، غارم بعد از دادن قیمت این حیوان «یملک مالک حیوان» می‌شود. «لأنه وإن وجب بالوطء نفیه او البلد»، تا اینکه حیوان وطی شد از آن بلد نفی کنند و اگر بخواهد آن را بفروشد آن را در بلد دیگر بفروشد.

با چنین حکمی که بگوئیم این حیوان صد طور انتفاع می‌شود از آن بین برد یکی اینکه در شهرهای مختلف بفروش برسد و قیمت های خاص داشته باشد و شارع گفته است در این بلد حق فروشش را نداری و این انتفاع از آن فوت شد و به مالیت آن ضربه ای نمی‌خورد.

«هذا كله» یعنی تمام این مطالب که در بدل حیلولة گفتیم «مع انقطاع السلطنة عن العين»، در صورتی است که سلطنت از عین منقطع شود؛ اما «مع بقاء علی مقدار ملکيتها السابقة»، اینجا ملکیت درست نیست. در صورتی که باقی بماند عین بر مقدار مالیت سابق یعنی قبل از غصب، قبل از اینکه مال مالک را غصب کند چه مالیتی دارد. حال غاصب مال را غصب کرده است و در جای دور دست و یا در دریایی انداخته است و مالیت آن از بین نرفته است اینجا گفته ایم بدل حیلولة را باید پرداخت کند.

«اما لو خرج عن التقويم»، اما اگر از مالیت و قیمت خارج شد، «مع بقاءها الى صفة الملكية فمقتضى قاعدة الضمان وجوب کمال القيمة»، اگر عین از مالیت خارج شد و بر ملکیت باقی ماند، قبلاً این را خواندیم نسبت بین مال و ملک عموم و خصوص من وجه است ولی بعضی گفته اند: مطلق است و مشهور قائل هستند که بین مال و ملک عموم و خصوص من وجه است.

یک چیزی که هم مال باشد و هم ملک باشد این کتابی که ما داریم هم ملک من است و هم مالیت دارد، چیزی که عنوان ملک را دارد اما مال نیست، مثل یک حبه گندم، یک دانه گندم ملک هست ولی مال نیست، مال آنی است که ببذل به ازاهی مال عرف در مقابل آن مالی پرداخت کند و عرف در مقابل یک دانه گندم چیزی نمی‌پردازد؛ اما ملک هست اگر کسی یک گندم شخصی را در خانه اش قرار داد به همین مقدار غصب محقق شده است.

آنجایی که مال باشد ولی ملک نباشد مثل این مباهات اولیه قبل از ریاضت قبل از آنی که برود ماهی در دریا یا سائل مباهات اولیه را ریاضت کند اینها مالیت دارند ولی ملک کسی نیست. فرض این است که این مال از مالیتش خارج شده است؛ اما ملکیتش باقی است، «فمقتضى قاعدة الضمان وجوب کمال القيمة مع بقاء العين علی ملک المالك»، قیمت را باید بدهد و عین هم بر ملک مالک باقی می‌ماند.

«لأنَّ القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن التقويم»، قیمت عوض اوصاف و اجزائی است که عین خارج شد به سبب فوات این اجزاء و اوضاع از مالیه «لا»، یعنی این قیمت عوض خود عین نیست، عوض اوصاف و اجزاء عین است. مثال می‌زنند: «كما في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب»، با آب غصبی وضو گرفته است آمد مسح کند تا حال علم به غصبیت نداشته است و قبل از مسح علم یافت که آب غصبی بوده است و اینجا ما بگوئیم قطرات آب ملک مالک است و از آن طرف قیمت این آب هم این وضو گیرنده باید به مالکش تماماً و کمالاً بپردازد.

«فإنَّ بقاءها علی ملک مالکها لا ینافي معنی الغرامة»، بقائش بر ملک مالک منافات با معنای غرامت ندارد، «لفوات معظم انتفاعات» اکثر انتفاعات فوت شده است، حالا که اکثر انتفاعات فوت شد غرامت را باید بدهد. از آن طرف عین رطوبت بر ملک مالک باقی است. «فیعوی عدم جواز المسح بها»، تقویت و قبیح است که فتوا بدهیم مسح به این رطوبت جایز نیست، «الآن یأذن المالك ولو بذل القيمة»، یعنی «و لو بذل القيمة. قال في القواعد»، همه آب را داده است مع ذلک برای مسح نیاز به اذن مالک است.

«هذا كله»، یعنی تمام فروعاتی که گفتیم در اینجا روشن است یعنی در آنجایی که مالیت مال باقی است؛ اما مالک سلطنتش منقطع شده است. اما آنجایی که مالیت از بین رفته است مثل همین مثال محل خلاف است که بعضی از فقها قبول ندارند و از بدل حیلوله به طور کلی خارج می‌دانند.

آنجایی که مسئله بدل حیلوله است همه می‌گویند غرامت داده می‌شود و آن مال و عین مال هم بر ملک مالک باقی می‌ماند. اما در اینجایی که مال از مالیت خارج شده است اختلافی است و بعضی‌ها این را هم ملحق به بدل حیلوله می‌دانند و احکام بدل حیلوله که یکی از احکامش این است که عین مال از ملک مالک خارج نمی‌شود. بعضی‌ها مثل مقدس اردبیلی و صاحب جواهر از بحث بدل حیلوله خارج می‌دانند.

مرحوم شیخ دو فتوا برای موید نظر خود می‌آورد. «قال فی شرح القواعد محقق ثانی» در شرح قواعد نسخ مکاسب مختلف است و بعضی کلمه شرح را ندارد «قال تلک قواعد فی لو ما خاط ثوبه بخيوط مغصوبه»، اگر کسی لباسش را با نخ غصبی بدوزد.

محقق ثانی فرموده است: «ولو طلب المالك نزعه و إن أفضي»، تلف وجب اگر مالک گفت این نخ‌ها را در بیاور ولو اینکه «وإن أفضي إلى التلف»، یعنی تلف الخيوط اگر نخ‌ها را در بیاورد تیکه تیکه می‌شود «وجب» یعنی «وجب النزاع ثم يضمن الغاصب النقص»، غاصب ضامن نقصی است که در خیوط به وجود آمده است. «ولو لم يبق لها قيمة»، حال اگر بعد از نزع دیدند قیمتی بر خیوط نیست «قرم جميع القيمة»، تمام قیمت خیوط را باید پرداخت کند و این یک مطلب است.

اگر مالک گفت با نخ من چرا لباس را دوخته‌ای ولو اینکه با در آوردن نخ‌ها، نخ‌ها از بین می‌رود و نخ‌ها تیکه می‌شود و منجر به تلف خیوط می‌شود باید این کار انجام گیرد. «انتها»، این عبارت «وعطف على ذلك»، قوله یک عبارت دیگر را محقق ثانی عطف کرده است گفته است: «ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك»، اینکه که نزع خیوط منجر به تلف خیوط می‌شود این موجب خروج این خیوط از ملک مالک نمی‌شود.

سبب نمی‌شود که این از ملک مالک خارج بشود. «كما سبق من أن» یک مثالی هم زده است و تشبیهی کرده است، اگر کسی آمد عبد کسی را غصب کرد، بعد یک جنایتی این غاصب بر عبد این مولا وارد کرد، مثلاً دست او را قطع کرد اینجا محقق ثانی فتوا داده است که اکثر الامرین را غاصب باید ضامن باشد. الامرین یعنی ارش یا دیه، دیه عبد نصف دیه حر است، مثلاً اگر دیه حر 1000 باشد دیه عبد 500 تومان است و غاصب یک دست عبد را قطع کرده است و دیه یک دست نصف قیمت عبد است و اگر قیمت عبد 1000 باشد دیه یک دست آن 500 است.

اگر رفتیم در بازار گفتند که عبدی که یک دستش قطع شده است قیمت آن 200 است و 800 تومان به خاطر یک دست کم می‌کنند. ارش آن 800 می‌شود. دیه آن می‌شود 500 تومان و ارش آن می‌شود 800 اینجا فتوا داده‌اند که اکثر الامرین را باید داد که ارش را می‌دهند و گاهی دیه بیشتر می‌شود و در همین مثال دیه 500 و ارش 300 باشد باید دیه بدهد.

محقق ثانی گفته است که اگر جنایت مستوعب قیمت شد و اگر زد چشمش عبد را کور کرد و برای عبد کور یک ریال ارزش قائل نیستند و اینجا قیمت همه عبد را باید پرداخت کند و باید عبد را غارم بردارد فرموده‌اند خیر عبد هم باقی بر ملک مالک است. «و لا يوجب ذلك» این خیوط از ملک مال را «كما سبق من أن جنایة الغاصب توجب اکثر الامرین»، الامرین ارش و دیه است که توضیح آن را بیان کردیم. «و لو استوعبت القيمة»، یعنی اگر جنایت متسوع قیمت شد و جنایتی بر عبد وارد کرد این جنایت مساوی تمام قیمت عبد است.

«اخذها» مولی قیمت را اخذ می‌کند، «ولم تدفع العين»، اما اینطور نیست که در مقابل قیمت بگوید عبد برای تو جانی باشد «لم

تدفع الى الغاصب انتها كلام محقق ثانی»، شاهد در اینجا این بود که از مالیت خارج شد و جنایتی وارد کرد که عبد به طور کلی از مالیت خارج شده است، فتوا داد محقق ثانی که تمام قیمت عبد را باید به مالک بدهد و عبد هم از ملک مالک خارج نمی‌شود، مثل همان رطوبت است.

شهید ثانی فرموده است: «أنه إن لم يبقَ له قيمة ضمن جميع القيمة»، بعد از اینکه خیط کرد قیمتی برای خیوط نباشد جميع قیمت را «فی هذا المسئلة»، را نزنید مسئله جنایت به همان مسئله خیوط است، اگر باقی نماند برای خیط قیمتی ضمن جميع القيمة را «ولا يخرج بذلك»، با پرداخت جميع قیمت آن مال و آن خیر از ملک مالک «كما سبق و يجمع بين العين و القيمة»، بین عین و قیمت جمع می‌شود.

در مقابل این دو، مرحوم محقق اردبیلی یک فتوایی داده است که با ذوق امروزی هاست، مرحوم محقق اردبیلی با اینکه مشهور به مقدس اردبیلی است، اما این چنین نیست که در فتوایش یک فقیه احتیاط کار باشد و این چنین نیست بر خلاف اینکه در ذهن انسان است که مقدس اردبیلی روی جنبه تقدس فتوایش مقابل با احتیاط است، خیر فتاوایی دارد که بر خلاف مشهور و احتیاط است.

یکی از فتاوایی که دارد همین است، در این مسئله اختیار کرده است عدم وجوب کندن نخ؛ اگر شخص نخ مردم آمده است لباسش را دوخته است و او می‌گوید نخ‌ها را به من بدهید و او می‌گوید و ایشان می‌فرماید واجب نیست، «نزع الخیوط و قال يمكن أن لا يجوز و يتعين القيمة»، قیمت آن تعیین دارد «لکونه بمنزلة التلف» این عرفاً تلف شده است «و حينئذ يمكن جواز الصلاة في هذه الثوب المخيط»، نماز در این لباس مخیط صحیح است، «از لا غصب فيه يجب ردّه»، غصبی که ردش واجب باشد نیست. «كما قيل بجواز المسح برطوبة الباقية»، بعضی‌ها فتوا داده‌اند: مسح با رطوبتی که باقی است از آب مغصوبی که «حصل العلم به»، علم به غصب حاصل شده است «بعد إكمال الغسل و قبل المسح»، قبل از اینکه صورت و دست‌ها را شسته و قبل از مسح «انتهی فتوای محقق اردبیلی واستجوده بعض المعاصرین»، صاحب جواهر هم فتوای اردبیلی را استوجد یعنی پسندیده است، صاحب جواهر یک دلیل دیگری هم دارد دلیل اردبیلی این بود که اینجایی که با این نخ‌ها آمده است خیاطت کرده است به منزله التلف است.

عرف می‌گوید: این نخ‌ها تلف شده است و از بین رفته است، آنجایی که خود مال از بین رفته باشد چطور آنجا نوبت به ضمان می‌رسد و نمی‌گویند آن مالی که از بین رفته است از بین رفت اینجا هم همینطور است. اما صاحب جواهر فرموده است: ما اینجا دو دلیل داریم، یک دلیل استصحاب است این خیوطی که الان این شخص با این خیوط لباسش را دوخته است قبل از دوختن برای مالک بوده است، بعد از آنی که دوخت ما شک می‌کنیم این خیوط از مال مالک خارج شده است یا خیر؟

استصحاب می‌گوید: این خیوط باقی بر ملک مالک قبلی است. در مقابل استصحاب یک دلیل دیگری داریم می‌فرمایند: اگر ما آمدم گفتیم که مالک سو باید قیمت جميع این خیط را به مالک خیط بدهد، این اقتضاء می‌کند شرعاً که مالک سوق مالک خیط هم بشود، نمی‌شود که ما بگوییم مالک سوق قیمت همه خیط بدهد و خیط هم در ملک مالک خیط باقی بماند.

اقتضاء می‌کند که آن مضمون یعنی آن خیط از ملک مالک با پرداخت قیمت خارج شود. فرموده است این دلیل را بر دلیل استصحاب ترجیح می‌دهیم. در اینجا فرموده است، «ترجیحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة»، اگر گفتیم مالک خیط مالک قیمت می‌شود، این اقتضاء می‌کند «خروج المضمون»، مضمون همان خیط است، خروج مضمون از ملک آن مالک، «لصيرورته مضمون عوضاً شرعاً»، این شرعاً عنوان عوض دارد زمانی که می‌آید قیمت خیط را می‌دهد، شرعاً هم خیط می‌شود عوض آن قیمت پس یک معاوضه‌ای تحقق می‌یابد.

اینی که ما بگوییم ملک مالک خروج مضمون را اقتضاء دارد. این را صاحب جواهر بر چه ترجیح داده است؟ بر استصحاب

داده است، بر استصحاب بقاء خیر بر ملک مالک ترجیح داده است، شیخ یک اشکال به جواهر می‌کند می‌فرماید: «و فيه أنه لا منشأ لهذا الإقتضاء»، این اقتضاء منشأی ندارد، یک نکته ظریفی در اینجا وجود دارد و آن نکته ظریف این است که شما از راه عوضیت وارد شده اید می‌گویید «لصيرورته المضمون عوض الشرع»، چیزی می‌تواند عوض واقع شود که مالیت داشته باشد و الان فرض ما این است که با خیاطت این خیوط از مالیت خارج شده است. زمانی که از مالیت خارج شده است نمی‌تواند عوض واقع شود. «لا منشأ لهذا الاقتضاء»، چون منشأ مالیت است، اقتضاء یعنی همین اقتضاء عوضیه است. این عوضیه در اینجا بخواهد منشأ داشته باشد منشأش مالیت است و فرض ما این است که مالیت در اینجا وجود ندارد.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين