

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

«و أدلة الضمان قد عرفت أنّ محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك».

بدل حیلولة در صورتی که مال از مالیت خارج شود

بحث در فروعی بود که مرحوم شیخ در بدل حیلولة مطرح می‌کردند. در این فرع به این نکته می‌پردازند که اگر غاضب یا ضامن مال را از مالیت خارج کند، اما عین مال موجود باشد؛ مثلاً اگر نخ‌های لباسش عصبی باشد، آیا حکم بدل حیلولة دارد؟ در اینکه باید غاضب قیمت خیوط را بپردازد بحثی نیست. سخن در این است که اگر مالک گفت نخ‌های من را پس بده، کندن نخ‌ها واجب است یا خیر؟ این بحث در جایی می‌آید که حکم بدل حیلولة را داشته باشد والا اگر چنین نباشد همانطور که محقق اردبیلی و صاحب جواهر معتقد شده‌اند که از بحث بدل حیلولة خارج است و تنها باید قیمت را بپردازد و معاوضه قهریه اتفاق می‌افتد و مالک قیمت را تملک می‌کند و ضامن خیوط را.

مرحوم شیخ اشکال می‌کنند: دلیل بر این معلوم نیست. آنچه که ما از ادله ضمان برداشت می‌کنیم این است که ضامن باید تدارک خسارت کند. چهار نوع تلف را بیان می‌کنند تا واضح شود این مورد از هیچ کدام نیست.

نوع اول: تلف حقیقی است.

نوع دوم: مال موجود است، اما سلطنت مالک بر مال از بین رفته است، مثلاً ضامن مال را در جایی گذاشته است و فراموش کرده است، در عین حالی که عین مال موجود است؛ اما سلطنت مالک از بین رفته است.

نوع سوم: اوصاف و اجزائی که مالیت بر آن قوام دارد از بین رفته است.

باید در هر سه قسم وجوب تدارک بررسی شود.

در قسم اول که عین مال از بین رفته است، تلف حقیقی است. در این صورت عینی وجود ندارد که به جیب غاصب برود، لذا در این فرض چیزی را غاصب مالک نمی‌شود و ادله ضمان تنها وجوب تدارک را ثابت می‌کند.

در نوع دوم نیز سلطنت از بین رفته است بدل آن در اختیار مالک قرار داده شده است، این معنایش مالکیت نیست بلکه صرف وجوب تدارک است. در نوع سوم نیز چنین است اگر جبران خسارت آن جزئی که از بین رفته است را می‌کند که قوام مال به

اوست ، اگر مالی که پرداخت می‌شود بدل از آن اوصاف و اجزاء باشد، معنایش مالک شدن آن نیست و صرف بدلیت است؛ اما اگر بدل از عین مال باشد، لازمه اش این است که نخ ها نیز به ملک ضامن در بیاید. البته این نیز باطل است چون مال تلف نشده است و عین نخ ها وجود دارد، تنها چیزی که وجود دارد این است که اگر لباس بسوزد، حکمی تکلیفی ثابت می‌شود که آن پولی را بدل اوصاف از بین رفته بپردازد و قبل از سوختن باید این اجناس را به مالک پس می‌داد، حال که از بین رفته است بدلتش را باید بپردازد

در نتیجه معاوضه ای تحقق نمی‌یابد و این نخ ها در ملک خود مالک باقی است. البته نخ ها یک حکم تکلیفی دارد و آن هم محدود است و زمانی بر این غاصب واجب است به مالک نخ ها را رد کند که ردش مستلزم ضرر بر غاصب نباشد و اگر ردش مستلزم ضرر باشد، قاعده لا ضرر می‌آید و قاعده لا ضرر می‌گوید: چنین ردی واجب نیست.

کلام شهید ثانی

مرحوم شهید ثانی فتوا داده‌اند که اگر مالک بگوید نخ را بده. بر مالک واجب است که نخ را جدا کند؛ اما فتوای فقها این است که کندن نخ ها واجب نیست. مرحوم شیخ محمّلی که برای کلام مشهور قرار می‌دهند این است که کندن نخ ها مستلزم ضرر است؛ لذا واجب نیست.

نوع چهارم

این این نوع ملکیت و مالیت از بین می‌رود، ولی عین مال باقی است. مثلاً سرکه ای را غصب کرده است که بعد از مدتی تبدیل به شراب شده است. این سرکه شراب شده نه مالیت دارد و نه ملکیت دارد، تنها حق اولویت دارد. بحثی نیست که پول آن مایع را باید بپردازد؛ اما اینکه خود مایع را می‌تواند رد کند یا خیر؟

مرحوم علامه می‌فرمایند: در وجوب رد اشکال است، چراکه از طرفی دلیل داریم رد واجب است، استصحاب می‌گوید: قبل از خمیریت وجوب رد به مالک داشت الان که خمر شده است استصحاب وجوب رد می‌کنیم.

از طرفی این رد نیز واجب نیست چراکه موضوع تغییر یافته است و شرط استصحاب وحدت موضوع است. قبلاً این مال ملکیت داشت و الان ندارد همان حکم را نمی‌توان استصحاب کرد. مرحوم شیخ اضافه می‌کنند: این بنا برین است که موضوع را عقل مشخص کند؛ اما اگر حاکم را عرف بدانیم عرف می‌گوید: قبلاً این مایع وجوب رد داشت الان نیز دارد. مرحوم شیخ عبارتی دارند که از آن تمایل به وجوب رد برداشت می‌شود، موردی که مطرح می‌کنند اگر خمر دوباره به سرکه تبدیل شود، بلا خلاف ردش واجب است.

توضیح عبارت

«و ادلة الضمان»، پاسخ از اشکال مقدر است. مرحوم صاحب جواهر فرمود اینجا که غاصب قیمت را به مالک می‌دهد، اقتضاء می‌کند که مضمون یا آن نخ ها داخل در ملک غاصب بشود.

مرحوم شیخ فرمود: ما وجهی برای اقتضاء نداریم. مستشکل می‌گوید: دلیل اقتضاء ادله ضمان است، مرحوم شیخ می‌فرماید: ما باید ادله ضمان را بررسی کنیم که چنین ادله ای ندارد. «ادلة الضمان قد عرفت أنّ محصلها يرجع الی وجوب تدارک ما ذهب

من المالك»، واجب است، جبران کردن آنچه که از دست مالک رفته است، آنچه که فوت شده است جبران آن واجب است.

حالا آن چه فوت شده است سه نوع است، «سواء كان الذاهب نفس العين»، گاهی خود عین از بین رفته است. «كما في التلف الحقيقي»، کلاً منهدم شده است. «او كان الذاهب السلطنة عليها التي»، سلطنت بر عین «التي بها قوام ماليتها»، سلطنتی که قوام مالیت به آن است «كغرق المال»، مال غرق شده است، «او كان الذاهب الاجزاء أو الاوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم»، به سبب ذهاب اوصاف مال از مالیت افتاده است. یک عیدی را غصب کرده است و بعد از غصب دستهایش را بریده است و کور کرده او را و او از مالکیت افتاده است.

«مع بقاء الملكية» ملکیتش باقی است، حالا هر سه نوع را بررسی می‌کند. مرحوم شیخ می‌فرماید: در این سه نوع غرامتی که غاصب به مالک می‌پردازد، به ادله زمان اقتضاء نمی‌کند که در مقابلش مال داخل در ملک غاصب بشود. «و لا يخفى أن العين علي التقدير الأول، خارج عن الملكية عرفاً»، در فرض اول عین تلف شده است و چیزی که معدوم است چطور در ملک غاصب می‌شود.

عرفاً خارج از ملکیت است، «و على الثاني السلطنة المطلقة على البديل، بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين»؛ سلطنت مطلقه بر بدل، بدل سلطنت منقطعه از عین است. یعنی آنچه که بدل حیلوله را در اختیارش قرار داده است، بر اینکه چند روزه که مالک مالش در اختیارش نیست، بر این مال نمی‌تواند سلطنت کند. «و هذا معني بدل الحيلولة»، در صورت دوم هم این بدل از عین مال نیست. اگر می‌گفتیم بدل از عین مال است، عین مال داخل در ملک غاصب می‌شود.

«و على الثالث» بنا بر سومی «فالمبذول» غرامتی که داده شده است «عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم»، به ذهاب آن چیزی است که مال به سبب ذهاب او از مالیت افتاده است. «لا عن نفس العين»، عوض از خود عین نیست، الان این پولی که غاصب از بین بردن دست و چشم عبد می‌پردازد بابت اوصاف عبد است نه بابت خود عبد و شاید عبد آن مقدار ارزش نداشته باشد.

«في المضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف»، مضمون اوصاف است، «التي تقابل بجميع القيمة»، اوصافی که مقابل جمیع قیمت می‌شود، «لا نفس العين الباقية»، مضمون خود عین نیست، کیف چگونه خود عین مضمون باشد حال آنکه «لم تطلق فيه و ليس لها على تقدير التلف ايضاً عهدة مالية»، برای این عین رو فرض تلف یک عهده مالی نیست. این عبد بعد از اینکه غاصب قیمت اوصاف و اجزاء را داد و عبد بی دست و گوش از بین رفت و یک ضمان مالی بر عهده غاصب است.

مرحوم سید در حاشیه اشکال می‌کند: همین دلیل بر این است که از ابتدا این قیمت بدل از خود عبد بوده است و همینی که شما می‌گویید بعداً عبد تلف شد یک عهده جدیدی محقق نمی‌شود، خود همین دلیل بر این است که از ابتدا این غرامت بدل از عین بوده است والا اگر بدل از عین نباشد، چرا عین تلف شد، عهده مالی در کار نباشد؟ «بل الأمر بردها مجرد تكليف»، امر به رد عین یک حکم تکلیفی است، «لا يقابل بالمال»، مال در آن نیست، مقابل مال نمی‌شود، «بل لو إستلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب».

اگر رد عین یک ضرر مالی بر غاصب باشد، «امكن سقوطه» سقوط وجوب رد امکان دارد، بنابر نظریه مشهور هر جا حکم شرعی داشتیم، این حکم شرعی مستلزم ضرر باشد ریال قاعده لاضرر می‌آید حکم شرعی را بر می‌دارد. مشهور این نظریه را دارند امام رضوان الله در قاعده لاضرر یک نظریه ای بر خلاف نظریه مشهور دارند که این نتیجه را ندارد.

پس این امکن سقوطه یعنی از باب قاعده لا ضرر است. «فتأمل»، را هم مختلف معنا کرده‌اند، بعضی گفته‌اند «فتأمل» اشاره به

این دارد که قاعده لا ضرر یک قاعده امتنانی است و در مقام امتنان بر امت و مردم است و منتی می‌خواهد شارع بگذارد «و لا منت علی الغاصب»، غاصب کسی نیست که قابلیت امتنان بر آن باشد. قاعده لا ضرر راجع به غاصب نمی‌آید و راجب غاصب باید عبارت فقها را بگویم.

«الغاصب یؤخذ بأشدّ الأحوال» این بیانی است که مرحوم شهیدی در حاشیه دارد و مرحوم سید بیان دیگر دارد، بر طبق اشکالی که کرده است فرموده «فتأمل» اشاره به همان اشکال دارد. شهید ثانی در مسالک آمده است از ظاهر فقها یک فتوایی را نقل کرده است، «من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المصنوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج»، فقها فرموده‌اند اگر نخ های غصبی را بخواهید از لباس بکشید بعد از خروج از قیمت خارج می‌شود، گفته‌اند واجب نیست اخراج آن «فتعین القيمة فقط»، قیمت فقط متعین است.

غاصب مکلف به رد خیوط نیست و پول آن را پرداخت کند. مرحوم شیخ می‌فرماید: لعل این کلام صاحب مسالک «محمول علی صورة تضرر المالك» آنجایی است که مالک سو مراد است کسی که نخ ها را غصب کرده است، این مالک سو متضرر می‌شود «بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة»، قدیم بنا را از چوب می‌ساختند و یک چوبی را ستون اتاق قرار دادند چوب غصبی اگر آن را بردارند خراب می‌شود.

«كما لا يأبى عنه»، حمل ابا ندارد از این «عنوان المسألة»، عنوان مسئله مراد این است «المسألة البناء مستدخل فيه الخشبة المصنوبة»، عنوان مسئله در کلمات فقها این عنوان است مسئله «البناء مستدخل فيه الخشبة المصنوبة»، در لباس ممکن است یک کسی بگوید که ممکن است من طوری نخ را در بیاورم که لباس از بین نرود، ولی اگر خشبه را بخواهد در بیاورد بنا خراب می‌شود و عنوان مسئله موبد این حمل است «لا عنوان مسئله و حينئذٍ»، یعنی حالی که این کلام فقها را حمل کرده ایم بر آنجایی که خروج عین، موجب ضرر است. «فلاحظ وحينئذٍ، فلا تنافي ما تقدم عنه سابقاً»، منافات ندارد با آنچه گذشت از شهید «سابقاً من بقاء خيط علی ملک مالک و ان وجب بذل قیمته»، فرمود خیل بر ملک مالک باقی می‌ماند.

اگر خیل بر ملک مالک باقی می‌ماند، اثر بقاء در ملک این است که هر زمانی مالک گفت به من نخ ها را بدهید به آن بازگرداند «و ان وجب بذل قیمته» این خیل، ثم ان هنا قسم رابعاً یک نوع چهارمی داریم که باید تدارک دیده بشود اینجا اضافه کنید یعنی «مضافاً لو خرج المضمون عن الملكية» علاوه بر اینکه از مالیت خارج می‌شود از ملکیت هم خارج شود «مع بقاء» حق اولویت در این مال «كما لو صار الخلل المصنوب خمرأً».

«فاستشكل»، مرحوم علامه در قواعد در وجوب رد این خمر، «مع القيمة»، در اینجا اگر کسی سرکه کسی را غصب کرد و بعد خمر شد همه می‌گویند قیمت سرکه را باید به مالک بدهد. بحث این است که علاوه بر رد قیمت خود مال را باید بازگرداند یا خیر؟

مرحوم علامه می‌فرماید: «فیه اشکال» یعنی مسئله در آن دو طرف است. مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: «لعلّه وجه اشکال من استصحاب وجوب ردّها»، از یک طرف استصحاب می‌گوید باید رد کرد و از طرف دیگر استصحاب می‌گوید موضوع باید عوض شود «و من أن الموضوع في المستصحب ملك المالك»، آنکه وجوب در مستصحب بوده است، ملک در مالک است آنچه که ردش واجب است، رد الملك است. این خلی که خمر شده است ملک نیست، «ولم يكن مالک الاً اولى به»، الان ملک نیست و مالک نسبت به مایع حق اولویت دارد.

«ألا أن يقال»، اینجا اضافه کنید که موضوع وجوب رد ملک است نه اولویت آنچه که ردش واجب است ملک دیگران است نه آنچه دیگران در آن اولویت دارند. «الا أن يقال، إن الموضوع في الإستصحاب عرفي»، می‌گوید: همین مایع ملک زید بوده است

و مایع موجود است، باید آن را رد کرد و موضوع عرفیه است. «كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان»، محقق ثانی و وجوب رد را تأیید می‌کند، «أنه لو عاد خلا ردَّت إلي المالك»، اگر بعد از خمین دو مرتبه خل شد، باید رد شود به مالک «بلاخلاف ظاهر».

فرع دیگر این است که در بدل حیلولة ما با ارتفاع قیمت چه کنیم؟ الان غاصب عین مال مالک را در دریا انداخته است، می‌آید به جای سلطنتی که از مالک فوت شده است، مالی را در اختیار او می‌گذارد که سلطنت محقق شود، این ارتفاع قیمت آیا ضامن است یا بعد از دفع بدل ارتفاع قیمت را دیگر این غاصب ضامن نیست؟

«ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع»، اینکه بر مدفوع غرامت صدق می‌کند، مقتضای آن خروج «الغارم عهدة العين فلا يضمن»، ضامن نمی‌شود «ارتفاع قيمة العين بعد الدفع»، بعد از اینکه دفع کرد یعنی بعد دفع بدل ضامن نیست «سواء كان» این ارتفاع «للسوق» مال مالک را گرفت در دریا گرفت 1000 تومان ارزش داشته است و سه ماه گذشته است و شده است 3000 تومان یا زیادی متصله گوسفندی را گرفته است و چاق شده است و یا زیادی «المنفصلة كالثمرة»، البته اینجا علت اینکه نمی‌گوید «والمفصل» می‌گوید «بالمفصل» برای این است که در زیادی منفصله حکم عین جدید را دارد.

زیاده منفصله حکم یک عین جدید را دارد چه بسا بگوییم بدل این عین جدید را بپردازد. ارتفاع قیمت ضامن نیست. «ولا يضمن منافعه»، غاصب ضامن نمی‌شود منافع این مال را، «فلا يطالب الغارم بالمنفعة»، غارم به منفعه مطالبه نمی‌شود «بعد ذلك» یعنی بعد رفع بدل حیلولة، و از تذکره علامه و بعض دیگر فتوا داده‌اند به ضمان منافع اسب کسی را گرفته است و غصب کرده است برده جایی گذاشته است و حال راه‌ها بسته شده است و قدرت ندارد اسب را به مالک بدهد، آیا علاوه بر اینکه بدل حیلولة می‌پردازد، باید ضمان منافع این اسب را باید بدهد؟

مورد اختلاف است، مرحوم شیخ می‌فرماید: خیر، مرحوم علامه و بعضی دیگر قائل شده‌اند به ضمان منافع و ضمان منافع را شیخ طوسی در مبسوط تقویت کرده است «بعد ان جعل الاقوى خلافة» بعد از اینکه اقوا خلاف این قول باشد. یعنی اقوا این است که ضامن نیست. عبارت شیخ طوسی در مبسوط این است. مرحوم شیخ می‌فرماید: آیا منافع این مدت را غاصب باید به مالک بدهد یا خیر؟ فرموده است دو وجه است، یک وجه این است که نباید بدهد. «و هو الاقواء» یک وجه این است که بدهد «و هو قویاً أيضاً» یعنی وجه پرداخت منافع و ضمان منافع وجه ضعیفی نیست و در موضعی از جامع المقاصد.

«أنه موضع توقف و فی موضع آخر»، در محل دیگر از کتاب جامع المقاصد وجوب را ترجیح داده است، مطلب دیگر این است که می‌فرمایند: اگر بعد از آنی که وصول به عین متعذر شد، غاصب دید که دستش از عین مالک کوتاه است، بعد از تعذر و قبل از دفع بدل حیلولة اگر ارتفاع یافت، مرحوم شیخ می‌فرماید: اینجا آیا ارتفاع قیمت سوقیه در این فاصله در مسئله قبلی بحث ارتفاع قیمت سوقیه بعد از دفع بدل بود. حالا در فاصله زمانی بین تعذر و دفع بدل می‌فرماید: عبارت فقها را اگر نگاه کنیم، فقهاء تعذر را عطف به تلف کرده‌اند.

همانطور که در تلف قیمت یوم التلف داده می‌شود و ارتفاع قیمت بعد از زمان تلف محاسبه نمی‌شود، در تعذر هم اینگونه است و بعد از آن ارتفاع قیمت محاسبه نمی‌شود؛ اما مرحوم شیخ می‌فرماید: این در صورتی است که ما باشیم و ظاهر فقها و مقتضای قاعده این است که بین تعذر و تلف اینجا تفاوت است. اینجا می‌توانیم بگوییم بعد از تعذر ارتفاع قیمت را ضامن است ولو اینکه بعد از تلف ارتفاع قیمت را ضامن نیست. برای اینکه در تلف پرداخت قیمت تعیین دارد. مالک نمی‌تواند بگوید من پول را نمی‌خواهم عین مال تلف شده است و غیر از پول چیز دیگری نیست، ولی در باب تعذر مالک حق امتناع دارد، می‌گوید: مالم در دریا افتاده است صبر می‌کنم در بیاید.

لذا چون حق امتناع دارد، مرحوم شیخ می‌فرماید: ارتفاع قیمت را ضامن است. «ثم إنَّ ظاهر عطف التعذر علي التلف»، در کلام بعضی از فقهاء «عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل او القيمة»، این عطف يقتضی عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية»، که بگوئیم قیمت سوقيه را ارتفاعش را ضامن نیست ارتفاعی که «الحاصل بعد التعذر» و قبل از دفع است یعنی قبل از دفع بدل حیلولة، «كالحاصل» یعنی كالارتفاع حاصل بعد التلف، اما شیخ می‌فرماید این ظاهر عطف این اقتضا را دارد.

«لكن مقتضى القاعدة ضمانه له»، مقتضى قاعدة این است که ضامن این ارتفاع است، «ضمانه له للارتفاع»، اینجا بین تلف و تعذر فرق است، «لأنَّ مع التلف يتعين القيمة»، قیمت متعین است، «و لذا ليس له الامتناع»، یعنی «للمالك مالك» نمی تواند امتناع کند «من أخذ القيمة بخلاف تعذر العين، فإنَّ القيمة غير متعينة»، قیمت تعین ندارد «فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين»، اگر مالک صبر کند تا تمکن از عین پیدا شود «كان له ذلك»، برای مالک چنین حقی است.

«و يبقي العين في عهدة الضامن في هذا المدة»، در عهده ضامن در این مدت یعنی بین تعذر و دفع بدل عین بر عهده ضامن است «فلو تلفت» اگر تلف شود در این مدت «كان له» یعنی «للمالك قيمتها قیمت عین من حين التلف» آن زمانی که تلف شده است. «أو اعلی القيم إليه»، یعنی علی التلف که بنا بر اختلافی بود که در قیمیات آیا ضامن، ضامن قیمت يوم التلف است یا «يوم الغصب» است یا «على القيم» از «يوم الغصب» تا «يوم التلف» است.

«او اعلی القيم إليه»، یعنی علی يوم تلف او اعلی القيم علی يوم الغصب، بنا بر آن اختلاف علی الخلاف همان خلاف گذشته «و الحاصل: أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن».

«او يوم الغصب» یعنی ضمان يوم الغصب بنا بر نظریه که يوم الغصب را ضامن است، آن علیه ضمیر می‌خورد به «يوم تلف» یعنی «اعلی القيم» از «يوم غصب» تا يوم تلف او يوم الغصب عطف به من حين التلف است و «ضمان يوم الغصب» را ضامن است. «والحاصل أن دفع القيمة»، قبل از آنی که قیمت را دفع کند «يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر»، يوم تعذر در اینجا معتبر نیست.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين