



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسّی طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۴-۱۳۹۳

جلسه‌ی نودم؛ سه‌شنبه ۹۴/۱/۲۵

نقد و بررسی کلام مرحوم شیخ رحمته

استدلال مرحوم شیخ رحمته برای اثبات این مطلب به قاعده‌ی سلطنت ناتمام است و این قاعده دلالتی ندارد که مالک می‌تواند امتناع از قبول بدل حیلوله کند؛ زیرا علی‌الغرض اگر مالک بدل حیلوله را قبول کند و بعداً عین در دسترس قرار گیرد، عین هم‌چنان ملک مالک است و بدل به ضامن برمی‌گردد، پس قبول بدل حیلوله ضربه‌ای به سلطنت مالک نسبت به عین نمی‌زند. بهتر بود شیخ به «الناس مسلطون علی انفسهم» تمسک می‌کردند، که مالک مختار است بدل را قبول کند یا نه، مثل این‌که متهب مختار است هبه را قبول کند یا نه.

به هر حال به نظر ما برای رسیدگی به این مسأله باید به دلیل اثبات بدل حیلوله نگاه کنیم و به اندازه‌ی دلالت دلیل، ملتزم به آن شویم، لذا می‌گوییم:

اگر لزوم پرداخت بدل حیلوله را از روایات ضمانت امانات استفاده کردیم، چون در این روایات «سرقه، غرق و إباق عبد» در حکم تلف حقیقی شمرده شده، پس تمام احکام تلف حقیقی را دارد، از جمله این‌که ضامن می‌تواند مالک را الزام به قبول بدل حیلوله کند.

و اگر مدرک ضمان، قاعده‌ی «لاضرر» باشد که بیان کردیم فی‌الجمله اثبات ضمان می‌کند، در این صورت اگر مالک حاضر باشد که صبر کند و مطالبه‌ی خسارت نکند، شاید کسی ادعا کند چون مالک خود حاضر به صبر است پس اصلاً ضرر صادق نیست. اما اظهر آن است که بگوییم گرچه ضرر صادق است ولی «لاضرر» از مثل چنین مواردی منصرف است؛ زیرا «لاضرر» امتنانی بوده و رفع ضرر وارد بر مسلم را

می‌کند، ولی اگر کسی خود حاضر به تحمل ضرر باشد، [رفع ضرر در مورد او خلاف امتنان است، لذا] لاضرر در این مورد جاری نیست.^۱

بنابراین در مسأله‌ی الزام مالک به قبول بدل حیلوله، قائل به تفصیل می‌شویم به این‌که اگر مدرک ضمان بدل حیلوله، روایات باب ضمانت امانات باشد، مالک حق امتناع از قبول بدل را ندارد، اما اگر مدرک لاضرر باشد، در این صورت بدون مطالبه‌ی مالک ضامن نمی‌تواند مالک را الزام به قبول بدل کند. به تعبیر دیگر ضرر در جایی است که مالک مطالبه‌ی عوض مال خود را کند اما اگر مطالبه نکند، «لاضرر» دیگر حکومت ندارد.

حکم سقوط عین مضمونه از مالیت

مسأله‌ی دیگری که مرحوم شیخ^۲ مطرح می‌کند و ما نیز قبلاً آن را ذکر کردیم - و فی الجمله در آینده هم خواهد آمد - آن است که اگر فردی باعث شود متاع دیگری از قیمت ساقط شود مثلاً آب دیگری را در بیابان غصب کند و در کنار شط بخواند برگرداند، حکم این صورت نیز همانند فرض تلف عین است.

آیا بدل حیلوله ملک مالک می‌شود یا فقط اباحه‌ی مطلقه است؟

مسأله‌ی دیگر این است که آیا بدل حیلوله، ملک مالک می‌شود و یا این‌که فقط اباحه‌ی مطلقه است؛ یعنی مالک می‌تواند هر تصرفی از جمله تصرفات متوقف بر ملک را انجام دهد و نهایتاً بعد از تلف یا آنماً قبل از تصرف، داخل ملک او شود؟

مرحوم شیخ^۳ می‌فرماید: لاخلاف در این‌که بدل حیلوله ملک مالک می‌شود، کما این‌که در الخلاف^۴،

۱. البته آنچه در مورد انصراف «لاضرر» بیان کردیم، در مورد ضرر مالی است، اما در ضرر غیر مالی، ادعای انصراف لاضرر جای تأمل است، فتأمل.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۵۹.

و کما أن تعذر رد العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.

۳. همان:

ثم إن المال المبدول يملكه المالك بلا خلاف، كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين، ولعل الوجه فيه: أن التدارك لا يتحقق إلا بذلك.

و لو لا ظهور الإجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتمالنا أن يكون مباحاً له إباحة مطلقه وإن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، و يكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، و حكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله.

۴. الخلاف، ج ۳، ص ۴۱۲.

المبسوط^۱، غنية النزوع^۲ و سرائر^۳ ادعای لاخلاف شده است که ظاهر عبارات این کتب آن است که خلافي در بين مسلمين نيست (لاخلاف بين المسلمين).^۴ اما جناب شيخ عليه السلام مي فرمايد: اگر اجماع و ادله ي غرامت نبود، ما در اين که بدل حيلوله ملك مالک باشد مناقشه داشتيم و احتمال مي داديم مفيد اباحه ي مطلقه باشد - نظير اباحه ي مطلقه در مورد معاطات که بعضي قائل به آن شده اند - و دخول در ملك مالک متوقف بر تلف عين باشد، کما اين که از محقق قمی عليه السلام جزم به اين مطلب حکايت شده است. دليل اين مطلب آن است که على الفرض نفس عين مالک باقى است و اين غرامت فقط به خاطر حيلولت ضامن بين مالک و ملکش است، پس مادامی که نفس عين رد نشده، تصرف در بدل برای مالک مباح است.

بنابراين مرحوم شيخ با توجه به روايات باب ضمان و نیز اجماع، قائل به افاده ي ملکيت شدند.

بررسی کلام مرحوم شيخ عليه السلام

برای رسيدگی به کلام مرحوم شيخ که فرمودند بدل حيلوله داخل در ملك مالک عين مي شود، بايد رجوع به ادله ي وجوب بدل حيلوله کنيم، لذا مي گوييم:

-
- مسألة ۲۶: إذا غصب دابة أو عبداً أو فرساً، فأبى العبد أو شرد الفرس أو ند البعير، كان عليه القيمة، فإذا أخذها صاحبها ملك القيمة بلا خلاف.
۱. المبسوط في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۹۵:
- إذا غصب ملكاً لغيره فخرج عن يده مثل أن غصب عبداً فأبى أو فرساً فشرد أو بعيراً فند أو ثوباً فسرق، كان للمالك مطالبته بقيمته، لأنه حال بينهما بالغصب فإذا أخذ القيمة ملكها بلا خلاف لأنه أخذها لأجل الحيلولة بينه وبين ملكه.
۲. غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، ص ۲۸۱:
- و من غصب عبداً فأبى، أو بعيراً فشرد، فعليه قيمته، فإذا أحرزها صاحب العبد ملكها بلا خلاف، و لا يملك الغاصب العبد، فإن عاد انفسخ الملك عن القيمة و وجب [عليه] ردها و أخذ العبد.
۳. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۲، ص ۴۸۶:
- و من غصب عبداً فأبى، أو بعيراً فشرد، فعليه قيمة ذلك، فإذا أخذها صاحب العبد أو البعير ملكها بلا خلاف، و لا يملك الغاصب العبد، فإن عاد انفسخ الملك عن القيمة، و وجب ردها، و أخذ العبد.
۴. از آن جا که کتاب الخلاف برای بيان اختلافات بينشيعه و سنی است، پس وقتی مرحوم شيخ طوسی ادعای لاخلاف کند يعنى لاخلاف بين شيعه و سنی. اما اين که اگر اصل عين به مالک برگردانده شود چه افاقي مي افتد، بعداً خواهد آمد.
۵. جامع الشتات في أجوبة السؤالات (للميرزا القمي)، ج ۲، ص ۲۶۱:
- و يمكن دفع الاشكال بان اخذ البدل ح، انما كان لأجل حيلولة الغاصب بينه و بين عين ماله. فلا مانع من ان يكون ذلك نوعاً من التملك، و حاصله ان للمالك التصرف في البدل حتى بالإتلاف، و البيع و غير ذلك. و ذلك مراعى إلى حين ظهور العين المغصوبة: فان ظهر العين و البدل باقى، فللغاصب استرداد ماله، اذا كان باقياً. بخلاف ما لو اتلفه.
- و بالجملة: لا ريب في بقاء العين المغصوبة في ملك المالك إلى ان يتحقق البدل بعنوان المعاوضة، فحينئذ، يرتفع ملكيته عنه. و اما ملكية البدل للمالك فهو ثابت، سواء حصل المعاوضة، ام لا. و لكنه مراعى بعدم ظهور العين المغصوبة مع بقاء عين البدل في يد المالك، و بعد الظهور فيترادان.

اگر مدرک وجوب بدل حیلولة، روایات باب ضمانت امانات باشد، فهم عرفی آن است که این روایات ظهور در ملکیت مالک نسبت به بدل حیلولة دارد و دلیلی برای رفع ید از این ظهور وجود ندارد. همچنین محالیتی از ناحیهی جمع بین عوض و معوض پیش نمی‌آید؛ زیرا همان‌طور که مرحوم شیخ فرمودند، این که بعضی مناقشه کرده‌اند به خاطر این بوده که گمان کرده‌اند دخول بدل حیلولة در ملک مالک، از باب معاوضه است، در حالی که بیان کردیم چنین نیست.

اما اگر مدرک وجوب بدل حیلولة قاعده‌ی **لاضرر** باشد، در این صورت فی‌الجمله قائل به ملک بودن بدل حیلولة می‌شویم.

توضیح مطلب این‌که: ممکن است ضرر در بعض موارد با اباحه‌ی مطلقه منتفی شود، لذا وجهی برای ادعای مالکیت باقی نمی‌ماند. بله اگر ضرر در مواردی جز با تملیک بدل به ملک صاحب متاع منتفی نشود، در این موارد ملتزم می‌شویم اما این‌که چنین جایی وجود داشته باشد محل تأمل است؛ چراکه مالک اباحه‌ی مطلقه دارد و می‌تواند هر نوع تصرفی در بدل حیلولة کند لذا دیگر ضرر صادق نیست. بنابراین اگر مدرک **لاضرر** باشد، لامحاله باید قائل به تفصیل شویم.

اما این‌که مرحوم شیخ فرمودند لولا الاجماع و الروایات، قائل به اباحه‌ی مطلقه می‌شدیم، عرض می‌کنیم: روایات مربوط به جایی است که امیدی به پیدا شدن عین نباشد، بنابراین در مواردی که علم به پیدا شدن و یا رجاء آن است و با **لاضرر** بدل حیلولة را ثابت می‌کنیم، قائل به اباحه‌ی مطلقه می‌شویم و مانعی ندارد.

اما **اجماع و لاخلاف** هم که معلوم است کاشف از قول معصوم علیه السلام نیست؛ چراکه حداقل احتمال دارد این اجماع یا لاخلاف، مستند به یکی از وجوه ذکر شده باشد، لذا اجماع حجت مستقلی نمی‌باشد.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی