



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۴-۱۳۹۳

جلسه‌ی نود و یکم؛ شنبه ۱۳۹۴/۱/۲۹

آیا ضامن با پرداخت بدل حیلولة، قهراً مالک عین مسروقه یا غرق شده می‌شود؟

یکی از مسائل مهم و اساسی در باب اتلاف - اعم از اتلاف حقیقی و غیر حقیقی - آن است که با پرداخت بدل حیلولة از جانب ضامن، آیا معاوضه‌ی قهریه‌ای اتفاق افتاده و عین مضمونه یا بقایای آن داخل در ملک ضامن می‌شود یا نه؟

برای روشن شدن مطلب ابتدا مثالی در مورد اتلاف حقیقی ذکر می‌کنیم و آن این‌که: اگر کسی کاسه‌ی سفالی یا چینی دیگری را بشکند به گونه‌ای که دیگر تکه‌های آن قیمت نداشته باشد، طبق قاعده‌ی «من أتلّف مال الغیر فهو له ضامن» باید خسارت آن - یعنی اگر مثلی است مثل و اگر قیمی است قیمت آن - را بپردازد، حال اگر غرضی به بقایای کاسه‌ی شکسته تعلق بگیرد که مالیت قابل توجهی که در غرامت به حساب آید نداشته باشد، مانند استفاده برای تزیین منزل، صنایع دستی و... در این صورت آیا تکه‌های کاسه هنوز ملک مالک اوّل است و یا به واسطه‌ی اعطاء عوض (قیمت یا مثل) تبادل قهری شرعی رخ داده و به ملک ضامن درآمده است؟

نظیر همین مسأله در بدل حیلولة مطرح است که با اعطاء بدل، آیا معاوضه‌ی قهری شرعی رخ می‌دهد و عین داخل در ملک ضامن می‌شود یا این‌که هم‌چنان در ملک مالک باقی است؟ البته امر در بدل حیلولة کمی مشکل‌تر از صورت اتلاف حقیقی است؛ زیرا نفس عین تلف نشده و فقط از دسترس مالک خارج شده است و حتی در بعض موارد، علم یا رجاء به وصول عین در مدت قصیر یا طویل وجود دارد.

عدم مالکیت ضامن نسبت به عین در نظر مرحوم شیخ رحمته الله

مرحوم شیخ^۱ می‌فرماید: هرچند ضامن بدل حیلوله را می‌پردازد، اما لاشکال در این‌که مالک عین مضمونه نمی‌شود و عین هم‌چنان در ملک مالک باقی است؛ [چراکه ملازمه‌ای بین پرداخت بدل و دخول عین در ملک ضامن نیست]. و این توهم که چنین حکمی معقول نیست زیرا موجب جمع بین عوض و معوض است، مدفوع است به این‌که: جمع بین عوض و معوض در باب معاوضات معقول نیست^۲، اما ما نحن فیه معاوضه نیست بلکه غرامت و خسارتی است که شرعاً بر روی عینی که از دسترس خارج شده گذاشته شده است.

توضیح بیشتر آن‌که: دو صورت در ما نحن فیه قابل تصور است. صورت اول این‌که عین متدارکه یا حقیقتاً تلف شده باشد و یا عرفاً - که ملحق به تلف حقیقی است - در این صورت ضامن باید غرامت تلف عین را بپردازد به این معنا که به اندازه‌ی چنین تلفی، مثل یا قیمت عین از مال ضامن داخل در ملک صاحب عین شود، اما پرداخت غرامت، اقتضای دخول [عین یا] پاره‌های آن در ملک ضامن را ندارد، مضافاً به این‌که پاره‌های عین اصلاً قابلیت ملکیت ندارد تا داخل ملک ضامن شود.

صورت دوم این‌که دخول بدل حیلوله در ملک صاحب عین، به خاطر انقطاع سلطنت او نسبت به عین باشد، در این صورت بدل حیلوله برای جبران سلطنت منقطع و تدارک آن است، ولی دلیلی وجود ندارد که حتی بعد از پرداخت غرامت، عین متدارکه داخل در ملک ضامن شود.

ملکیت ضامن نسبت به عین مضمونه در کلام برخی از اعلام

مرحوم شیخ^۳ در ادامه می‌فرماید: محقق ثانی^۱ و شهید ثانی^۲ در این کلام مناقشه کرده و قائل

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۵۹:

[هل تنقل العین إلى الضامن بإعطاء البدل]

و علی‌ای حال، فلا ینتقل العین إلى الضامن، فهی غرامة لا تلازم فیها بین خروج المبدول عن ملکه و دخول العین فی ملکه، و لیست معاوضة لیلزم الجمع بین العوض و المعوض، فالمبدول هنا کالمبدول مع تلف العین فی عدم البدل له.

۲. یعنی در باب معاوضات، معوض داخل در ملک کسی می‌شود که عوض از ملک او خارج شده است و معنا ندارد که هم عوض داخل در ملک مالک شود و هم معوض از ملک او خارج نشود.

۳. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۶۰:

و قد استشكل فی ذلك المحقق و الشهيد الثانیان:

قال الأول فی محکیّ جامعه: إن هنا إشکالاً؛ فإنه کیف يجب القیمة و یملکها الآخذ و یرقی العین علی ملکه؟ و جعلها فی مقابلة الحیلولة لا یکاد یتضح معناه، انتهى.

شده‌اند در صورتی که عین متدارکه قابلیت ملکیت را داشته باشد، با پرداخت غرامت و بر اساس معاوضه‌ای قهریه داخل در ملک ضامن می‌شود، در غیر این صورت جمع بین عوضین شده که درست نیست. مرحوم سبزواری در *کفایة الاحکام*^۳ نیز این قول را نیکو شمرده است. مؤید این مطلب، بعضی روایاتی است که در

و قال الثاني: إن هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلاً، و توقّف تملك المعصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة، انتهى. و استحسنة في محكي الكفاية.

أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا: إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه؛ ليصدق ذهابها من كيسه. ثم إن الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفاً، و جب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكية، و إن كان الذهاب بمعنى انتزاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية، و جب قيام مقابله مقامه في السلطنة، لا في الملكية؛ ليكون مقابلاً و تداركاً للسلطنة الفائتة، فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة.

نعم، لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك؛ لتوقّف بعض التصرفات عليها، و جب ملكيته للمبدول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة.

و على أى تقدير: فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالکها، إنما الكلام في البدل المبدول، و لا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة و بالسلطنة المطلقة عليها، و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ إلى أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ و قد تقدّم في المعاظة بيان ذلك.

۱. جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۶، ص ۲۶۱:

قوله: (و لو أبق العبد ضمن في الحال القيمة، للحيلولة، فإن عاد ترادا).

أى: لو أبق العبد من يد الغاصب ضمن في الحال القيمة، للحيلولة بين المالك و بينه في يده و هي يد ضمان، و يملك المالك القيمة المأخوذة فيتصرف بها أى تصرف أراد، فإن عاد و جب رد كل من المالكين الى مالکة متى طلبه أحدهما، بل يجب على الغاصب رد العبد مطلقاً على الفور، فإن العبد لم يخرج عن المالك بأخذ القيمة لأنها للحيلولة. و لو تلفت القيمة المأخوذة للحيلولة فلا تصريح فيما أعلمه الآن، لكن ظاهر إطلاقهم أن العبد باق على الملك يقتضى وجوب البدل.

و اعلم ان هنا إشكالا، فإنه كيف تجب القيمة و يملكها بالأخذ و يبقى العبد على ملكه و جعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه.

۲. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۱۲، ص ۲۰۰:

قوله: «و إذا تعذر تسليم المعصوب .. إلخ».

إذا تعذر رد العين على الغاصب عند طلب المالك لها- و المراد التعذر عادة- و جب عليه دفع بدلها إلى المالك مثلاً أو قيمة. فإن رضى المالك بالبدل على وجه المعاوضة ملكه ملكاً مستقراً لا يزول بالقدرة على العين بعد ذلك. و إن أخذه على وجه البدلية- لتعذر العين- ملكه أيضاً ملكاً محضاً، فنماؤه المنفصل له، لكن متى عادت العين كان لكل منهما الرجوع في ماله، فيجبر الآخر على رد ما بيده، سواء في ذلك الغاصب و المالك على الأقوى. و أما العين المعصوبة فهي باقية على ملك مالکها مطلقاً، و نماؤها له متصلاً و منفصلاً، و إنما ملك العوض للحيلولة بينه و بين ملكه لا لكونه عوضاً، حتى لو اتفقا على ترك الترادف فلا بدّ من بيع و نحوه ليملك الغاصب العين.

هكذا أطلقوه. و لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من غير دليل واضح. و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلاً، أو توقّف ملك المالك للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف فيه، كان وجهاً في المسألة.

۳. كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۶۴۸:

و إن أخذه المالك على وجه البدلية لتعذر العين قال الأصحاب: ملكه المالك ملكاً محضاً يكون نماؤه المنفصل له، لكن متى عادت العين كان

مورد دابه‌ی موطوئه وارد شده است، یعنی:

- روایت سدیر بن حکیم:

[محمد بن الحسن] باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن ابن محبوب (عن إسحاق عن حريز) ^۱ عن سدیر عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يأتي البهيمة قال: يجلد دون الحد و يُغرم قيمة البهيمة لصاحبها لأنه أفسدها عليه و تدبج و تحرق إن كانت مما يؤكل لحمه و إن كانت مما يركب ظهره أُغرم قيمتها و جلد دون الحد و أخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف فيبيعها فيها كي لا يُعير بها. ^۲

سدیر بن حکیم می‌گوید از امام باقر علیه السلام درباره‌ی مردی پرسیدم که بهیمه‌ای را وطی کرده بود، حضرت فرمودند: کمتر از مقدار حد، تازیانه زده می‌شود و قیمت بهیمه را به صاحبش غرامت می‌دهد؛ زیرا بهیمه را فاسد و تلف کرده است. اگر بهیمه مأکول اللحم باشد، ذبح شده و آتش زده می‌شود و اگر از حیواناتی باشد که سوار آن می‌شوند (غیر مأکول اللحم) قیمت آن را غرامت داده و کمتر از حد، تازیانه زده می‌شود و دابه را از آن شهر به شهر دیگری که آن بهیمه را نمی‌شناسند خارج کرده و می‌فروشد تا این که مایه‌ی تعبیر صاحب آن نباشد.

این روایت از لحاظ سند به خاطر سدیر بن حکیم الصیرفی ^۳ که توثیقی ندارد ناتمام است.

لكلّ منهما الرجوع في ماله على الأشهر عندهم.

و أمّا العين المغصوبة فهي باقية على ملك مالکها و النماء له مطلقاً، و في المسألة إشكال من حيث لزوم اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك. و لهذا قال في المسالك: لو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلاً أو توقّف ملك المالك للبدل على اليأس من العين كان وجهاً في المسألة. و هو حسن.

۱. در مصدر یعنی تهذیب الاحکام (ج ۱۰، ص ۶۱)؛ الاستبصار فيما اختلفت من الأخبار (ج ۴، ص ۲۲۳)؛ الکافی (ج ۷، ص ۲۰۴) و من لا يحضره الفقیه (ج ۴، ص ۴۷) سند به صورت «عن ابن محبوب عن إسحاق بن جریر عن سدیر» آمده است و در علل الشرایع (ج ۲، ص ۵۳۸) به صورت «عن إسحاق بن حریز» نقل شده است، امّا صاحب وسائل و سائل به صورت «عن إسحاق عن حریز» نقل کرده است.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۸، کتاب الحدود و التعزیرات، ابواب تعزیر البهائم، باب ۱، ح ۴، ص ۳۵۸ و تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۶۱.

۳. روایاتی در مدح و نیز ذمّ سدیر وارد شده که سند هیچ کدام تمام نیست، هر چند سید خویی رحمته الله وثاقت ایشان را از باب توثیقات عامه یعنی وقوع در اسناد کامل الزیارات و تفسیر علی بن ابراهیم می‌پذیرد.

✓ معجم رجال الحدیث، ج ۸، ص ۳۵:

ثم إن الروایات هنا على طائفتين: مادحة و قادحة أما المادحة:

فمنها: ما رواه الكليني عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد عن أحمد بن عبيد، عن الحسين بن علوان عن أبي عبد الله عليه السلام، أنه قال - و عنده سدیر - إن الله إذا أحب عبداً غتته بالبلاء غتاً و إنا و إياكم یا سدیر نصبح به و نمسی، (الکافی: الجزء ۲، کتاب الإیمان و الکفر ۱، باب شدة ابتلاء المؤمن ۱۰۶، الحدیث ۶)

در وجه استدلال به این روایت گفته‌اند که ظاهر روایت آن است که وقتی واطی دابه را می‌فروشد، ثمنش

أقول: الرواية وإن وصفها بعضهم بالصحة إلا أنها ضعيفة بعدم توثيق أحمد بن عبيد.

و منها: ما رواه الكشي (٨٦ و ٨٧) عن علي بن محمد القتيبي، قال: حدثنا الفضل بن شاذان عن ابن أبي عمير عن بكر بن محمد الأزدي، قال و زعم لي زيد الشحام قال: إني لأطوف حول الكعبة و كفى في كف أبي عبد الله عليه السلام فقال و دموعه تجرى على خديه، فقال: يا شحام ما رأيت ما صنع ربي إلى ثم بكى و دعا ثم قال لي: يا شحام إني طلبت إلى إلهي في سدير و عبد السلام بن عبد الرحمن - و كانا في السجن - فوهبهما لي و خلى سبيلهما.

أقول هذه الرواية و إن وصفها العلامة بالمعتبرة، إلا أنها ضعيفة فإن علي بن محمد القتيبي و إن كان من مشايخ الكشي إلا أنه لم يرد فيه توثيق و علي تقدير تسليم اعتبارها فلا تدل الرواية على وثاقة سدير و لا على حسنه بل غاية ما تدل عليه أن الإمام عليه السلام كان يحبه و يعطف عليه و يكفى في ذلك كونه شيعيا و مواليا لأهل البيت عليهم السلام.

و منها: ما رواه الصدوق بسنده الصحيح عن حنان بن سدير عن أبيه قال: دخلت أنا و أبي و جدى و عمى حماما في المدينة و إذا رجل في بيت المسلخ فقال لنا: ممن القوم؟ قلنا من أهل العراق، فقال: أى العراق؟ قلنا: الكوفيون فقال: مرحبا بكم يا أهل الكوفة و أهلا، أنتم الشعار دون الدثار، ثم قال: و ما يمنعكم من الإزار؟ فإن رسول الله ص قال: عورة المؤمن على المؤمن حرام... فلما خرجنا من الحمام سألتنا عن الرجل في المسلخ فإذا هو علي بن الحسين و معه ابنه محمد بن علي عليه السلام. (الفتاوى: الجزء ١، باب غسل يوم الجمعة و دخول الحمام و آدابه، الحديث ٢٥٢)

أقول: مع الغرض عن أن الرواية راويها سدير نفسه لا دلالة فيها إلا على مدح أهل الكوفة لكثرة الشيعة فيهم و ليس فيها أى مدح لسدير و أبيه و جده بأشخاصهم بل إنها صريحة في أنهم كانوا مكشوفى العورة فأمرهم الإمام عليه السلام بالاتزار.

و أما الروايات القادحة

فمنها: ما رواه الكشي عن محمد بن مسعود قال: حدثنا علي بن محمد بن فيروزان، قال: حدثني محمد بن أحمد بن يحيى عن إبراهيم بن هاشم عن عمرو بن عثمان عن محمد بن عذافر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ذكر عنده سدير فقال: سدير عصيدة بكل لون.

أقول: الرواية ضعيفة لأن علي بن محمد لم يوثق، على أنه لا دلالة فيها على الذم بل يحتمل دلالتها على المدح لاحتمال أن يراد بهذه الجملة: أن سديرا لا تتغير حقيقته بأى لون كان فهو عصيدة على كل حال، و إن اختلفت ألوانه.

و منها: ما رواه الكليني عن حميد بن زياد عن أبي العباس عبيد الله بن أحمد الدهقان عن علي بن الحسن الطاطرى عن محمد بن زياد بياع السابري عن أبان عن صباح بن سيابة عن المعلى بن خنيس، قال: ذهبت بكتاب عبد السلام بن نعيم و سدير و كتب غير واحد إلى أبي عبد الله عليه السلام حين ظهرت المسودة قبل أن يظهر ولد العباس بأنا قد قدرنا أن يتول هذا الأمر إليك فما ترى؟ قال: فضرب بالكتب الأرض ثم قال: أف أف ما أنا لهؤلاء بإمام أما يعلمون أنه إنما يقتل السفيناني. (الروضة الحديث ٥٠٩)

أقول: الرواية ضعيفة و لا أقل من جهة صباح بن سيابة على أنه لا دلالة فيها على قدح في سدير و من كتب مثل كتابه إلى أبي عبد الله عليه السلام غير أنهم قدروا أن يتول هذا الأمر (الخلافه) إلى الصادق عليه السلام من جهة جهلهم بأن من ينتهى الأمر إليه هو قاتل السفيناني، و قد بين سلام الله عليه لهم ذلك و عرفهم به.

فقد روى الكليني، عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن عثمان بن عيسى عن بكر بن محمد عن سدير، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: يا سدير الزم بيتك و كن حلسا من أحلاسه و اسكن ما سكن الليل و النهار، فإذا بلغك أن السفيناني قد خرج فارحلا إلينا و لو على رجلك، (الروضة، الحديث ٣٨٣)

فتحصل مما مر أنه لا يمكن الاستدلال بشيء من الروايات على مدح سدير و لا على قدحه لكنه مع ذلك يحكم بأنه ثقة من جهة شهادة جعفر بن محمد بن قولويه و علي بن إبراهيم في تفسيره بوثاقته على ما يأتي. و لا يعارض ذلك بما رواه العلامة من قوله: و قال السيد علي بن أحمد العقيقي سدير (بن) الصيرفى و كان اسمه سلمة كان مخلطا.

را برای خود برمی‌دارد و نیاز نیست آن را ردّ به مالک کند و احتمالاً غرامت یا بخشی از غرامتی را که به عنوان بدل داده پس بگیرد.

مرحوم شیخ^۱ نیز به این روایت توجه داشته و می‌فرماید: در این جا چون تمام آن چه قوام ملکیت است از بین نرفته بلکه بخشی از قیمت دابه و منافع آن از بین رفته، لذا با صرف نظر از روایت، قاعده اقتضاء می‌کند که به اندازه‌ی افت قیمت و نیز هزینه‌ی انتقال دابه به شهر دیگر، خسارت آن بر عهده‌ی واطی باشد، اما در این روایت که حضرت حکم به غرامت تمام ثمن دابه کردند، بعید نیست کشف کنیم که معاوضه‌ای قهریه اتفاق افتاده و دابه داخل در ملک واطی شده است.

بررسی مسأله‌ی مذکور

اگر لزوم پرداخت بدل حیلولة را از روایات ضمانت امانات اثبات کنیم - که بیان کردیم ظاهر این روایات لزوم اعطاء بدل حیلولة در صورت یأس از وصول به عین یا لااقل صورت عدم رجاء وصول به عین است - در مسأله دو فرض قابل تصوّر است؛

صورت اوّل این که اتفاقاً عین بعداً پیدا شود که بحث آن خواهد آمد.

صورت دوم این که عین پیدا نشود که در این صورت ظاهر روایات آن است که بدل، ملک صاحب متاع می‌شود، اما دلیلی بر خروج عین متدارک از ملک مالک و دخول در ملک ضامن نیست. و این که گفته شده خروج عین از ملک مالک و دخول در ملک ضامن، اقتضای معاوضه است، می‌گوییم: مستفاد از روایات آن است که لزوم پرداخت بدل اصلاً ربطی به معاوضه ندارد بلکه غرامتی است که ضامن باید به خاطر فعل عمدی یا خطائی خود بپردازد، نظیر دیه که غرامت فعل قاتل یا ضارب است. مضافاً به این که مقتضای استصحاب، بقاء ملکیت صاحب عین است، لذا عین هم‌چنان در ملک مالک است.

و اگر در موردی مدرک ضمان بدل حیلولة، قاعده‌ی «لاضرر» باشد، عدم دخول عین متدارک در ملک ضامن اوضح است؛ زیرا قاعده‌ی «لاضرر» دلالت می‌کند به اندازه‌ی جبران ضرر، باید از اموال ضامن داخل

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۶۱:

ثمّ إنّه قد تحصّل ممّا ذكرنا: أنّ تحقّق ملكيّة البدل أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالکها، إنّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بدل البدل غرامة و تداركاً، أمّا لو لم يفت إلّا بعض ما ليس به قوام الملكيّة، فالتدارك لا يقتضى ملكه و لا السلطنة المطلقة على البدل. و لو فرض حكم الشارع بوجود غرامة قيمته حينئذ لم يبعد انكشاف ذلك عن انتقال العين إلى الغارم؛ و لذا استظهر غير واحد أنّ الغارم لقيمة الحيوان الذي وطأه يملكه؛ لأنّه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلد و يبعه في بلد آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتاً لما به قوام الماليّة.

در ملک مالک شود، اما دلالتی بر مالکیت ضامن نسبت به عین متدارکه ندارد و اثبات آن نیاز به دلیل دارد. مضافاً به این که مقتضای استصحاب، بقاء عین تحت ملکیت مالک است.

بله، اگر در نظر عرف و عقلاء، [عین یا] پاره‌های آن مالیت نداشته باشد - چه در تلف حقیقی و چه در تلف عرفی - در این صورت [عین یا] پاره‌های آن جزء مباحات است و ملک هیچ کس نیست؛ یعنی نسبت عین به مالک و ضامن با نسبت عین به سایر افراد واحد است و اگر احیاناً غرضی به استفاده‌ی از آن تعلق بگیرد، هر کسی که سبقت به آن بگیرد أحق است (مَنْ سَبَقَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ).

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی