



## تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۴-۱۳۹۳

جلسه‌ی هشتاد و نهم؛ دوشنبه ۹۴/۱/۲۴

### دلیل سوم: تمسک به سیره‌ی ارتکازیه‌ی عقلاء

دلیل دیگری که برای اثبات بدل حیلولة اقامه شده این است که اگر شخصی حائل بین عین و مالکش شود، عقلاء در برخی از موارد به حسب ارتکازات خود حکم به ضمان می‌کنند.

**توضیح مطلب این‌که:** در غیر از مواردی که مالک علم به وصول عین در مدت بسیار اندک دارد به گونه‌ای که ضرر قابل توجهی در این مدت بر او وارد نشود، عقلاء به حسب ارتکازات خود حکم به ضمان بدل حیلولة می‌کنند؛ چه مالک یأس یا عدم رجاء به وصول عین داشته باشد و چه علم و رجاء به وصول داشته باشد - و چه علم و رجاء به وصول در مدت طویل باشد و چه قصیر - . بلکه حتی اگر در مدت بسیار اندک، ضرر کثیری بر مالک وارد شود که جز با ضمان بدل حیلولة دفع نشود، در این صورت نیز عقلاء به حسب ارتکازات خود حکم به ضمان بدل حیلولة می‌کنند.

البته حکم به ضمان بدل حیلولة در صورت مطالبه‌ی مالک است، اما اگر مالک مطالبه‌ی بدل یا اجرت المثل عین را نکند و حاضر به صبر باشد، ضامن نمی‌تواند او را ملزم به أخذ بدل حیلولة کند. برخلاف جایی که مالک در صورت صبر کردن، درخواست اجرت المثل عین را کند که ضامن می‌تواند او را ملزم به قبول بدل کند و از پرداخت اجرت المثل امتناع کند.

## مناقشه در تمسک به سیره‌ی عقلاء

سیره‌ی ارتکازیه‌ی عقلاء در این مورد حجت نیست و نمی‌توان لزوم بدل حیلولة را با آن اثبات کرد. توضیح بیشتر آن‌که: اگر سیره‌ای عملی و متصل به زمان معصوم باشد به نحوی که از عدم ردع شارع کشف امضاء کنیم - مثل سیره‌ی عمل به خبر واحد، سیره‌ی عمل به اطمینان، سیره‌ی حجّیت ظهورات و...- در این صورت سیره حجت است، اما اگر سیره عملی نباشد بلکه ارتکازی باشد (یعنی اگر چنین قضیه‌ای اتفاق می‌افتاد، عقلاء چنین حکم می‌کردند) حجت نبوده و نمی‌توان به آن تمسک کرد. و این‌که در بعضی مباحث قبل (بحث مثلی و قیمی) به سیره‌ی ارتکازیه‌ی عقلاء تمسک کردیم، به این خاطر بود که امام علیه السلام حکم به ضمان فرموده بودند ولی آن را تبیین نکرده بودند که در این مورد چون حضرت در مقام بیان بودند و شایسته بود ضمان را تبیین کنند، از سکوت معصوم علیه السلام کشف می‌کنیم که تبیین ضمان احاله‌ی به عرف داده شده است، اما ما نحن فیه چنین نیست و می‌توان با رجوع به عمومات و اطلاقات، حکم مسأله را به دست آورد. بنابراین در ما نحن فیه نه تنها سیره‌ی ارتکازیه‌ی عقلاء امضاء نمی‌شود، بلکه فی‌الجمله ردع هم شده است.<sup>۱</sup>

### ۴. تمسک به روایت «علی الید» و مناقشه در آن

[دلیل دیگری که برای اثبات ضمان در ما نحن فیه اقامه شده، تمسک به روایت «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» است. به این بیان که: روایت «علی الید» دلالت می‌کند که ضامن باید عین را به مالک برگرداند، پس در ما نحن فیه که فعلاً رد عین امکان ندارد، ضامن باید بدل حیلولة را بپردازد].

سند و دلالت این روایت را قبلاً به طور مفصل بررسی کردیم و معلوم شد علاوه بر ضعف سند، دلالتی بر وجوب أداء بدل حیلولة ندارد؛ زیرا نهایت دلالت روایت آن است که ضامن باید عینی را که تحت یدش قرار گرفته به مالک برگرداند، و در ما نحن فیه هم که علی‌الغرض ردّ عین بعد از مدتی ممکن است، ضامن باید نفس عین را بپردازد، لذا از این روایت استفاده نمی‌شود که ضامن در این مدت باید بدل حیلولة را بپردازد.

---

۱. ردع سیره توسط عمومات این‌گونه است که با مراجعه‌ی به ادله (روایات امانات مضمونه و قاعده‌ی لاضرر) معلوم می‌شود که ضمان فقط در مورد اثبات شده است؛ یکی در مواردی که تلف حقیقی یا در حکم تلف حقیقی باشد و دیگری فی‌الجمله در مواردی که ضرر صادق باشد و مستند به شارع باشد. بنابراین ادله فقط ضمان بدل حیلولة را در این دو مورد بیان می‌کند در حالی که سیره‌ی ارتکازیه‌ی عقلاء، به طور مطلق - الا موردی که بیان شد - می‌خواهد اثبات بدل حیلولة کند، لذا این سیره توسط عمومات و اطلاقات فی‌الجمله ردع می‌شود. (احمدی)

## ۵. روایت «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» و مناقشه در آن

استدلال به این روایت چنین است: [همان‌طور که دم مسلم مضمون است و هدر نمی‌رود، مال او هم مضمون است، پس در ما نحن فیه] مال مالک که از دسترس او خارج شده احترام دارد و احترام آن اقتضای پرداخت بدل حیلوله را دارد.

این استدلال هم ناتمام است؛ زیرا همان‌طور که قبلاً بیان کردیم از روایت شریفه بیش از حکم تکلیفی حرمت تصرف در مال غیر استفاده نمی‌شود، پس روایت دلالتی بر اثبات ضمان در صورت تعرض و تصرف در مال غیر ندارد.

## ۶. روایت «لا يبطل حق امرء مسلم» و مناقشه در آن

روایت دیگری که ممکن است به آن تمسک شود، روایت «لا يبطل حق امرء مسلم» یا «لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم» است. این روایت هرچند سنداً تمام است اما دلالتی بر لزوم پرداخت بدل حیلوله در تمام موارد ندارد؛ یعنی به طور مطلق اثبات نمی‌کند که اگر ضامن بدل حیلوله را نپردازد، ابطال حق مسلم کرده است. بله، به اندازه‌ای که «لا ضرر» دلالت بر وجوب بدل حیلوله می‌کند، به آن ملتزم می‌شویم؛ زیرا شارع عدم الضرر را حق برای مسلم قرار داده است و ابطال و ذهاب این حق جایز نیست. بنابراین از این روایت بیش از آنچه از «لا ضرر» استفاده کردیم استفاده نمی‌شود.

## ۷. قاعده‌ی «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» و مناقشه در آن

گفته‌اند قاعده‌ی «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» دلالت می‌کند اگر کسی مال دیگری را تلف کرد ضامن است، و از آن‌جا که منافع عین هم مالیت دارد، پس در ما نحن فیه که غاصب و من بحکمه سلطنت مالک بر منافع را اتلاف کرده، ضامن بوده و ضمان آن هم به پرداخت بدل حیلوله است.

این استدلال هم ناتمام است؛ زیرا: اولاً: گرچه اصل این قاعده ثابت است، اما قاعده‌ای مصطاده از روایات متعدده در موارد خاص است<sup>۲</sup> که به ضمیمه‌ی سیره‌ی عقلاء، تلقی به قبول شده است، لذا اطلاق و عمومی ندارد تا بتوان در موارد شک به آن تمسک کرد، بلکه باید به قدر متیقن آن اکتفاء کرد.

ثانیاً: این قاعده بیان می‌کند اگر کسی مال دیگری را تلف کرد ضامن است، اما در ما نحن فیه که مالک

---

۲. [یعنی این قاعده با این الفاظ، در هیچ روایتی نیامده تا بگوییم عموم یا اطلاق لفظی دارد و موارد شک را هم شامل می‌شود، بلکه این قاعده

از روایات متعددی اصطیاد شده است.]

امید به بازگشت عین دارد، اتلاف صادق نیست، لذا در مقابل عین ضمانی وجود ندارد. بله، به اندازه‌ای که اتلاف منافع صادق باشد، متلف باید از عهده‌ی ضمان آن برآید اما وجوب بدل حیلوله غیر از ضمان منافع است.

### نظر مختار در لزوم بدل حیلوله

[با بررسی این ادله معلوم شد دلیلی که بتواند بدل حیلوله را مطلقاً ثابت کند وجود ندارد، بلکه فی الجمله و در بعض موارد ثابت می‌شود] بنابراین ما بدل حیلوله را در دو مورد پذیرفتیم؛ یکی در جایی که عین با وجود بقاء، حقیقتاً تلف می‌باشد یا در نظر شارع ملحق به تلف است؛ یعنی مواردی که از روایات امانات مضمونه استفاده می‌شود «مثل سرقت، غرق متاع و اِباق عبد» در صورتی که عادتاً امیدی به وصول عین نباشد یا امید ضعیف باشد به گونه‌ای که عقلاً رجاء برگشت نباشد، در حکم تلف به تفریط می‌باشد و تمام احکام آن را دارد. مورد دیگر هر جا که ضرر متوجه مالک جز توسط بدل حیلوله دفع نشود به تفصیلی که گذشت، اما در غیر این موارد دلیلی برای اثبات بدل حیلوله وجود ندارد.<sup>۳</sup>

۳. مرحوم شیخ رحمته الله در ادامه عبارتی دارند که می‌فرمایند:

«ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدماته لم يسقط القيمة زمان السعي، لكن ظاهر كلمات بعضهم: التعبير بالتعذر، و هو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزماء برد العين، فتأمل»  
سید یزدی رحمته الله در این جا بر شیخ اشکال کرده که این مطلب همان کلام وجه سابق است و وجه جدیدی نمی‌باشد، اما سید خوبی رحمته الله می‌فرماید وجه جدید است، به نظر ما هم کلام سید خوبی رحمته الله درست است.

✓ حاشیة المكاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۱۰۷:

قوله ثم الظاهر عدم اعتبار إلخ

أقول لا يخفى أن هذا ليس مطلباً آخر بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بأن فيه جمعا بين الحقيقتين كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار فتدبر

✓ مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ۳، ص ۲۱۲:

وقد ظهر لك مما تلوناه عليك فساد ما ذكره السيد رحمه الله في حاشيته و إليك نصه:

(لا يخفى أن هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بأن فيه جمعا بين الحقيقتين، كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار).

و وجه الفساد: أن اليأس من الوصول الى العين أعم من التعذر العقلي فإذا اعتبر الثاني في سقوط التكليف برد نفس العين، فمجرد اليأس - الذي هو الصورة الأولى من الصور الثلاث المتقدمة - لا يوجب سقوطه. كما أن اعتبار التعذر العرفي في سقوط التكليف برد العين أعم من الصورة الأخيرة - و هي الحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي - و اذن فلا تكرار في عبارة المصنف.

## آیا ضامن می‌تواند مالک را الزام به قبول بدل حیلوله کند؟

در مواردی که پرداخت بدل حیلوله بر ضامن واجب است، آیا ضامن می‌تواند مالک را مجبور به قبول بدل حیلوله کند<sup>۴</sup> - کما این که در تلف حقیقی، مالک حق امتناع از قبول عوض را ندارد و در صورت امتناع، ضامن می‌تواند به گونه‌ای عوض را به او ایصال کند و یا به حاکم شرع بدهد تا به او ایصال کند - و یا این که مالک می‌تواند از قبول بدل امتناع کند و تا پیدا شدن عین صبر کند؟

### حکم شیخ<sup>رحمته</sup> به جواز امتناع مالک از قبول بدل

مرحوم شیخ<sup>رحمته</sup> می‌فرماید: [ما نحن فيه مانند فرض تلف حقیقی نیست که مالک حق امتناع از قبول عوض را ندارد، بلکه] مالک می‌تواند امتناع از قبول بدل حیلوله کرده و تا زوال عذر صبر کند. قاعدتاً مراد مرحوم شیخ مواردی است که احتمال زوال عذر وجود داشته باشد، و بعید است مواردی که یقین به عدم زوال عذر وجود دارد، مراد شیخ<sup>رحمته</sup> باشد.

مرحوم شیخ<sup>رحمته</sup> برای اثبات این مطلب به قاعده‌ی سلطنت تمسک کرده و می‌فرماید:

«و يدلّ عليه قاعدة تسلّط الناس على أموالهم» یعنی چون مالک مسلط بر اموال خود است، می‌تواند بگوید من عین ملک خود را می‌خواهم و مادامی که آماده‌ی صبر کردن می‌باشم کسی نمی‌تواند مرا مجبور به قبول بدل عین کند.

والحمد لله رب العالمين

جواد احمدی

---

۴. به تعبیر دیگر همان‌طور که مالک حق مطالبه‌ی بدل را دارد، آیا حتی برای ضامن هم پدید می‌آید تا در صورت امتناع مالک از قبول بدل،

بتواند او را ملزم به قبول بدل کند یا نه؟

۵. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۵۸:

[هل يلزم المالك بأخذ البدل؟]

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقاً للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها و يصبر إلى زوال العذر، كما صرح به الشيخ في المبسوط، و يدلّ عليه قاعدة تسلّط الناس على أموالهم. و كما أن تعذر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.