

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ
الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا محمد و آله الطاهرین

«ثمَّ إِنَّ ثبوت القیمة مع تعذّر العین لیس کثبوتها مع تلفها».

بیان چند مطلب در بدل حیلوله

مطلب اول

بحث در بدل حیلوله بود که اگر مال تلف نشده است ولی تحویل عین متعذر است مثلاً گم شده است، باید قیمت آن را بپردازد و اگر بعداً یافت شد عین را می‌دهد و پولی که داده است را می‌گیرد. اختلاف قیمت در مورد بدل حیلوله نمی‌آید و با موارد تلف عین که گذشت متفاوت است. تفاوت دیگری که دارد این است که اگر مال تلف شود، قیمت باید پرداخت شود و مالک حق امتناع ندارد، اما در بدل حیلوله حق امتناع دارد و می‌تواند بگوید من فعلاً صبر می‌کنم تا عذر زایل شود و عین مال را می‌گیرم.

مطلب دوم

اگر در بدل حیلوله قیمت پرداخت شود، بدل ملک مالک می‌شود و یا دستش امانت است؟ به عبارت دیگر آن مال آیا از ملک ضامن خارج می‌شود یا خیر؟

مرحوم شیخ می‌فرمایند: بر این مطلب اجماع وجود دارد. دلیل بر این مطلب این است که ضامن وقتی مال را تحویل داد به عنوان بدل حیلوله، آن شخص به عنوان مالک می‌تواند هر تصرف مالکانه‌ای را در آن جنس بنماید. این مطلب از ادله غرامت به دست می‌آید و اگر این دو دلیل اجماع و ظهور ادله غرامت نبود، احتمال می‌رفت ملک مالک نشود؛ بلکه اباحه تصرف باشد مانند اباحه تصرفی که در بحث معاطات ایجاد می‌شود.

مرحوم شیخ اضافه می‌کنند: در هر دو صورت چه اباحه تصرف باشد یا ملکیت باشد، وقتی عین پیدا شد به ملک ضامن در نمی‌آید. چنین نیست که بدل در مقابل عین باشد که بدل را که پرداخت کرد، عین نیز به ملک او در آید. بحث در غرامت است نه معاوضه تا ملک‌ها جا به جا شوند.

این نظریه مشهور است در مقابل مشهور بزرگانی مانند شهید ثانی و محقق ثانی، معتقد هستند: این دو باهم سازگاری ندارد، از طرفی بگوییم ضامن قیمت عین را باید بپردازد ولی از آن طرف عین به ملک او در نمی‌آید و در ملک مالک اول باقی می‌ماند. این جمع بین عوض و معوض است. آن مالک هم مالک بدل باشد و هم مالک بر عین باشد. شهید ثانی نظیر همین اشکال را

دارد. لذا مرحوم شیخ برای اینکه این اشکال را حل کند در مقام یک تحقیق در اینجا بر می‌آیند.

توضیح عبارت

«ثُمَّ إِنَّ ثُبُوتَ الْقِيَمَةِ مَعَ تَعَذُّرِ الْعَيْنِ»، اینی که قیمت در صورت تعذر ثابت است، «لیس کثبوتها مع تلفها»، مانند ثبوت قیمت در صورت تلف عین نیست؛ مگر در صورت تلف چه حکمی وجود دارد؟ «فی کون» حکم ثبوت قیمت در صورت تلف است، «فی کونه دفعها»، یعنی دفع القیمه «حقاً للضامن»، ضامن می‌تواند قیمت را بدهد، «فلا يجوز للمالك الامتناع»، در صورت تلف عین مالک نمی‌تواند از قیمت امتناع کند.

ما نحن فيه مثل صورت تلف نیست، «بل له» یعنی «للمالك أن يمتنع» یا «یمتنع من اخذها» می‌تواند بگوید من قیمت را نمی‌گیریم «و یصبر الی زوال العذر»، می‌تواند تا زوال عذر صبر کند. ثمره این بحث با توجه به این بحثی که در خارج مطلب گفتیم روشن می‌شود، اگر فقیهی آمد فتوا داد که در اثر پرداخت قیمت و بدل حیلولة به مالک این بدل داخل به ملک مالک می‌شود و به دنبال او عین هم داخل در ملک ضامن می‌شود، مالک اگر امتناع کرد، این معاوضه در اینجا به وجود نمی‌آید.

«و یصبر الی زوال العذر كما صرح» به حق امتناع شیخ در مبسوط «و یدلّ علیه قاعدة تسلط الناس علی اموالهم»، اگر بگوییم این قیمت را بگیرد و برود دنبال کارش منافات با سلطنت دارد «الناس مسلطون» مالک می‌تواند صبر کند و در مقابل مالش فعلاً چیزی را نگیرد. «و كما أن تعذر ردّ العين فی حکم التلف»، همانطوری که تعذر العین در حکم تلف است. آنجایی که عین موجود است و در اختیار است و به طور کلی از قیمت خارج شد و از مالیت خارج شد و اینجا هم این ضامن یک چیزی را به عنوان بدل حیلولة می‌دهد تا عین قیمت واقعی خود را بیاورد.

مطلب دیگر «ثم إن المال المبذول»، این بدلی که بذل می‌شود به مالک «یملکه المالك بلا خلاف»، مالک این را مالک می‌شود خلاقی نیست، «كما فی المبسوط وفيه فی التحریف و ظاهر فقها ارادة نفي الخلاف بين المسلمين»، حال دلیل آن چیست، دلیل این است که اگر بگوییم این ملک مالک نشود صدق تدارک و صدق غرامت نمی‌کند.

«و لعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق الی بذلک»، تدارک تحقق نمی‌یابد مگر اینکه این بدل ملک بشود. چون اگر بدل ملک نشود، این نمی‌تواند هر تصرفی در آن انجام دهد و باید ملکش بشود و مثل سلطنتی که بر ملک خودش داشت بر این بدل داشته باشد و الا صدق تدارک نمی‌شود. مرحوم شیخ می‌فرماید: «و لولا ظهور الاجماع»، اگر اجماع و ادله غرامت، همینی که گفتیم «التدارك لا يتحقق الا بذلک» ادله غرامت فکر نکنید که ادله روایی و آیات نداریم، خیر. اگر اجماع و ادله غرامت نبود که ظهور در ملکیت دارد، «لأحتملنا أن يكون مباحاً له اباحاً مطلقاً»، ما احتمال می‌دادیم که مالک مباح باشد برای مالک به اباحه مطلقه، «و إن لم یدخل فی ملکه»، ولو اینکه داخل در ملک مالک نشود.

«نظیر الإباحة المطلقة»، در باب «معاطاة علی القول بها فیها» بنا بر قول به اباحه در معاطات در معاطات آنجا می‌گفتند: اگر احد العوضین تلف بشود اباحه تبدیل به ملکیت می‌یابد. در اینجا بگوییم اگر ملک مالک تلف شد اباحه تبدیل به ملکیت می‌شود. «و یكون دخوله» یعنی دخول مال مبزور که بدل است در ملک مالک مشروط به تلف العین «و حکى الجزم بهذا الاحتمال» جزم به این احتمال یعنی احتمال اباحه مطلقه حکایت شده است از میرزای قمی در اجوبه المسائل.

چه ما بگوییم بدل حیلولة ملک برای مالک می‌شود و چه بگوییم مباح برای مالک می‌شود بیایم سراغ عین مال و حالایی که مالک بدل را گرفت حال عین مالی که متعذر الوصول بود، از ملکش خارج می‌شود. «فلا ینتقل العین الی الضامن»، عین به ضامن منتقل نمی‌شود ولو بدل از ملک ضامن خارج شده باشد، «فهی غرامة»، این بدل عنوان خسارت را دارد غرامت در مقابل عوض

است، یعنی اگر گفتیم این را باید بدهد، این عنوان غرامت را دارد. اینجا این نکته را عرض کنیم این دیاتی که در باب شرع مقرر شده است، یکی از نکاتی که از آن غفلت می‌کنند همین است، دیه عنوان عوض را ندارد. عنوان غرامت را دارد.

شارع بر عهده افراد گذاشته است. اگر کسی، کسی را از بین برد این مقدار غرامتش است و شارع اختیار دارد که این بندگان مخلوق خدا هستند و آمده اند جعل غرامت کرده است و غرامت در مقابل زن با غرامت در مقابل مرد متفاوت است. غرامت در مقابل انسان مسلمان با غرامت در مقابل انسان کافر متفاوت است و یک مقداری ریشه قضیه را متوجه نیستند، بعضی از افراد که در باب دیات، دیه عنوان عوض را ندارد که یک انسان به اندازه صد شتر ارزش دارد، این بحثها نیست، یک انسان به اندازه صد شتر یا هزار دینار این بحث ارزش و عوض نیست و بحث غرامت است.

یک جنایتی کرده است و شارع می‌خواهد عقوبتی برای او قرار دهد و غرامتی برای او مقرر کرده است. آن زمان اگر مسئله عوض مطرح نشد این اشکالات سخیفی که دارند دیه زن و مرد مساوی نیست، چرا دیه انسان مسلمان با کافر مساوی نیست و این اشکالات سخیف خود به خود حل می‌شود. و شیخ می‌فرماید عنوان غرامت را دارد و این بدلی که می‌پردازد. عوض از عین مال نیست.

اگر عوض بود قانون معاوضه جاری می‌شود که این قیمت از ملک هر کسی خارج بشود آن عین داخل در ملک همان شخص می‌شود، «لا تلازم فیها بین خروج المبدول عن ملکه»، تلازمی نیست در این غرامت در اینکه مبزول از ملک ضامن خارج شود و عین داخل در ملک ضامن شود. «و لیست معاوضة»، اینجا معاوضه نیست، «لیلزم الجمع بین العوض والمعوض»، تا اینکه جمع بین عوض و معوض بشود. «فالمبدول هنا كالمبدول مع التلف العین»، مبدول هنا یعنی در صورت تعذر مثل آن مبدول در صورت تلف است «فی عدم بدله».

آنجایی که مالک تلف شده است و ضامن می‌آید قیمت را به مالک می‌دهد آیا بعد از قیمت می‌تواند که بگوید عوض آن را هم پرداخت کن؟ خیر نمی‌تواند.

«وقد إستشكل فی ذلك المحقق فی شهید الثانی»، محقق و شهید ثانی در این اشکال کرده‌اند که چرا عین داخل در ملک ضامن نمی‌شود. محقق ثانی در محکی جامع در جامع المقاصد فرموده است، «إن هنا اشکالاً»، اینجا اشکالی وجود دارد «فإنه کیف یجب القیمة»، چگونه می‌گویید قیمت دادن آن واجب است؟ «یملکها الآخذ و یقبی العین علی ملکه»، عین باقی بر ملک آخذ بماند. «و یبقی العین علی ملکه»، یعنی ملک آخذ که مالک است بعد محقق ثانی گفته است این حرف را نمی‌فهمیم، اینی که شما می‌گویید این قیمت در مقابله حیلولة است، این معنای روشنی ندارد.

دیگران می‌گویند این قیمت غرامت این حیلولة «ضامن بین المالك و المال» است. حیلولة یعنی حائل شدن است. ضامن این مالک را آورد و «متعذر الوصول» است و ضامن حائل شد بین مالک و المال، این قیمت در مقابل این حیلولة است. مرحوم محقق ثانی فرموده است: اینجا معنا ندارد که مالیت داشته باشد که این قیمت در مقابل آن قرار بگیرد «و جعل قیمة»، در مقابل «حیلولة لا یکاد یتضح معناه»، معنای روشنی ندارد. چون حیلولة عنوان مالیت ندارد.

«انتهی کلام محقق ثانی و قال الشهید ثانی إن هذا لا یخلو من إشکال من حیث اجتماع العوض و المعوض علی ملك المالك»، این سبب می‌شود که عوض و معوض بر ملک مالک باقی بماند و اجتماع یابد. مالک هم مالک العوض شود که قیمت است و هم مالک المعوض که عبارت از عین باشد. «من دون دلیل واضح»، و دلیل روشنی بر این اجتماع نداریم.

«ولو قیل بحصول الملك لكل منهما متزلزلاً»، اگر کسی بیاید اینطور بگوید، بگوید این قیمتی که ضامن به مالک می‌دهد، مالک

ملکیت متزلزله نسبت به قیمت پیدا کند و ضامن نسبت به عین ملکیت متزلزله یابد «و توقف تملک المغصوب منه للبدل»، مغصوب منه اگر بخواهد ملک شود، «و توقف تملک المغصوب منه»، که مالک است، اگر بخواهیم مالک، مالک بدل بشود متوقف است بر یأس بر عین و لا. اینکه تصرف در آن جایز است، شهید ثانی فرموده است: «کان وجهاً فی المسألة»، ما بیایم نسبت به دو طرف قائل به ملکیت متزلزله شویم.

«انتها کلام شهید ثانی واستحسنه فی محکی الکفایة»، محقق سیزواری در کفایه الاحکام کلام شهید ثانی را پسندیده است. «اقول» مرحوم شیخ بعد از بیان فرمایش محقق ثانی و شهید ثانی می‌فرمایند: ما باید ضامن را معنا کنیم، بعد از معنای ضمان روشن می‌شود که در دو فرض ما باید قائل به ملکیت شویم و در یک فرض قائل به ملکیت از خود معنای ضمان نمی‌توانیم بشویم ملکیت آن بدل اول می‌آیند معنای ضمان را مطرح می‌کنند. بعد می‌فرمایند: با توجه به معنای ضمان آن مال مبذول در چه فرضی ملکیتش محقق می‌شود.

مرحوم شیخ می‌فرماید: ضمان اگر گفتیم زید ضامن این مال است اگر این مال تلف شد این مال باید از مال زید خارج شود. آنجایی که می‌گوییم زمانی که مال تلف شد زید ضامن نیست. یعنی مال از مال خود مالک خارج شده است، شما آنجایی که مالی را از ملکتان خارج می‌کنید مسئله ضمان مطرح است، خیر؛ اما آنجایی که مسئله ضمان مطرح است می‌گوییم «زید ضامن لمال امرأ»، زید ضامن مال امر است، یعنی این مال امر در عهده زید است، باید یک کاری کنیم که از مال زید خارج شود.

تعبیری که دارند می‌فرماید: «ذهاها من مال الضامن»، اگر عین تلف شد از مال زید باید خارج شود و بر عهده زید باشد. مرحوم شیخ می‌فرماید: ذهاب دو گونه است: یکی به نحو تلف داریم و دیگری به معنای انقطاع سلطنت داریم. آنجایی که مال تلف حقیقی یا تلف عرفی یافته است، اینجا ما می‌گوییم زمانیکه این مال دیگری در دست دیگری تلف شد، چه تلف حقیقی و چه عرفی، آنچه که در مقابل این ضامن باید بدهد ملک برای دیگری است.

یعنی ما ملکیت را از خود معنای ضمان استفاده می‌کنیم و همه حرفها در قسمت این مطلب است. در تلف حقیقی و تلف حرفی ملکیت البدل را از خود معنای ضمان استفاده می‌کنیم. ضمان اقتضاء می‌کند که تلف حقیقی و عرفی شد قائم مقامش می‌دهد به مالک و قائم مقامش نمی‌شود، مگر به اینکه داخل در ملک مالک شود؛ اما در صورتی که انقطاع سلطنت باشد. مال مالک را گرفته ایم و این مال در دریا افتاده است و تلف نشده است، فقط ماع سلطنت یافالک انقطه است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: اینجا خود ضمان دلالت ندارد بر اینکه آنچه که عنوان بدل به مالک داده می‌شود، ملک برای مالک شود؛ بلکه ضمان مقتضی این است که آنچه به عنوان بدل به مالک داده می‌شود جبران انقطاع سلطنت مالک از مالش را بکند. یعنی سلطنت از دست مالک رفته است. حال باید چیزی در اختیار مالک قرار داده شود که همان سلطنت را داشته باشد.

بعد می‌فرماید بله، چون سلطنت بر این مال و تصور در این مال به نحو مطلق اقتضاء دارد ملکیت را یعنی اگر کسی بخواهد بر مال سلطنت مطلق داشته باشد، باید مالک آن باشد. بعضی از تصرفات مثل «لا بیع فی ملک» متوقف بر ملکیت است آن زمان بعداً مسئله ملکیت به وجود می‌آید. آنچه که مرحوم شیخ در این چند سطر بیان می‌کنند با اقول همین مطلب است که ما از معنای ضمان در تلف حقیقی و در تلف عرفی ملکیت را استفاده می‌کنیم.

اما در صورت تعذر الوصول از معنای ضمان اصلاً ملکیت را استفاده نمی‌کنیم. اگر در صورت تعذر از معنای ضمان ملکیت نسبت به بدل استفاده نشد قطعاً نسبت به عین ملکیتی واقع نمی‌شود.

«أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا: إنَّ معنى ضمان العين»، مرحوم شيخ می‌فرماید: معنای «ضمان العين ذهابها من مال الضامن» ذهاب العين از مال ضامن زمانی که عین تلف شد، به عنوان خسارتش از مال ضامن باشد. «ولازم ذلك اقامه مقابله»، مقابل این عین قائم شود، «من ماله»، از مال ضامن مقام این یا مقام این شیء تالف «ليصدق ذهابها من كيسه»، تا صدق کند که از کیسه ضامن این مال رفته است. همین‌که در عرف می‌گویند تو از بین بردی و یا در دست تو تلف شد. قبلاً داشته‌ایم در فقه به کار می‌آید مرحوم شیخ قبلاً می‌خواست ضمان را معنا کند، می‌گفت: «کون درکه علی الضامن»، درک یعنی تدارک، یعنی این رفت و از مال ضامن باید چیزی به جای آن بنشیند.

«ثم إنَّ الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي»، ذهاب اگر به نحو تلف حقیقی و عرفی باشد، «المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفاً»، که مخرج عین است از قابلیت ملکیت در عرف «وجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكية»، مقابلش باید جای او بنشیند در ملکیت «و إن كان الذهاب» اگر ذهاب العين به معنای «انقطاع سلطنته عنه»، سلطنت آن مالک از آن منقطع شده است. «و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية»، آن انتفاع در وجوهی که به آن وجوه اعوان ملکیت است.

اگر بخواهند بگویند تو مالک هستی یعنی بفروشی یا از آن استفاده کنی یا هبه کنی ولی حالا که مال در اختیار نیست، این وجوه یعنی بیع و هبه که قوام ملکیت به این است در کار نیست. در این صورت «وجب قيام مقابله مقامه في السلطنة»، باید آن قائم المقام بیاید فقط جای سلطنت فوت شده را بگیرد.

«لا فعلية الملكية ليكون مقابلاً و تداركاً للسلطنة الفائتة، فالتدارك» در اینجا یعنی در اینجایی که فقط سلطنت مالک قطع شده است، «لا يقتضى ملكية المتدارك»، یا متدارک آن مال که به وسیله او تدارک می‌شود همان بدل ملک نمی‌شود. «فی هذا الصورة»، که صورتی که سلطنت فوت شده است. ملکیت نیامد و آن تصرفات متوقفه بر ملک چطور می‌فرماید: «نعم لَمَّا كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة»، سلطنت مطلقه تدارک کننده سلطنت فوت شده متوقف از این سلطنت مطلقه بر ملک است.

«لتوقف بعد التصرفات عليها»، بعضی از تصرفات متوقف بر ملکیت است مثل «لا افق في ملك و جب ملكيته للمبذول تحقیقاً لمعني التدارك»، باید مالک مبذول باشد برای اینکه محقق شود معنای تدارک و معنای خروج از عهده «و على أي تقدير»، چه مبذول ملک برای مالک شود چه در سلطنت مالک بیاید، «فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالکها»، سزوار نیست اشکال کسی اشکال کند که عین مضمونه چرا بر ملک مالک باقی می‌ماند، «إنَّما الكلام في البديل المبذول، و لا كلام» در بدل مبذول است.

پس ببینید اینجا مرحوم شیخ دو تا مطلب را بیان کرده اند: از معنای ضمان در فرض تلف حقیقی و عرفی از خود معنای ضمان ملکیت مبذول را استفاده می‌کنیم؛ اما از معنای ضمان در فرض تعذر ملکیت مبذول استفاده نمی‌شود. اگر ضمیمه کنیم «لا بیع فی الملک لا یبقی فی الملک بعداً»، به ضمیمه اینها ملکیت می‌آید و نتیجه این می‌شود که ملکیت مبذور را از معنای ضمان در ما نحن فیه نمی‌توانیم استفاده کنیم.

اگر نتوانستیم هیچ وجهی ندارد بر اینکه بگوییم این ملک ضامن می‌شود. «و لا كلام ايضاً في وجوب الحكم بالإباحة و بالسلطنة المطلقة عليها»، حکم بکنیم به اباحه و به سلطنت مطلقه علیها بر این قیمت، و بعد از «ذلك فيرجع محصل الكلام»، خلاصه کلام بر می‌گردد، «حينئذ»، یعنی با آن تحقیقی که در اقوال گفتیم «الي أن إباحة جميع التصرفات»، اباحه جمیع تصرفات «حتی المتوقفة»، بر ملک «هل تستلزم الملک من حين الإباحة»، آیا مستلزم از ملک حین اباحه است یعنی حینی که مالک قیمت را قبض کرده است. «أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف»؛ یا ملکیت از حین تصرف می‌آید همان نزاعی که در بحث

معاطات گذشت «و قد تقدم فى المعاطاة بيان ذلك».

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين