



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بحث ما با توفیق پروردگار در بدل حیلوله بود ، مشهور فقها فرمودند مالک حق مراجعه به غاصب را دارد و غاصب نیز وظیفه و تکلیف دارد در مثلی مثل و در قیمی قیمت را به عنوان بدل حیلوله پردازد و در اینصورت مغضوب منه هم مالک مبدل منه یعنی آن عینی که در دسترس نیست می باشد و هم مالک بدل حیلوله می باشد و انواع تصرفات مالکانه را در مبدل منه انجام بدهد که درست کردن این مطلب و سازگاری آن با قواعد قدری مشکل می باشد .

از جمله کسانی که سعی کرده این مطلب ( بدل حیلوله طبق قول مشهور ) را درست کند صاحب جواهر می باشد ، ایشان در ص ۱۳۱ از جلد ۳۷ جواهر ۴۳ جلدی این بحث را مطرح کرده و فرموده اولاً بر این مطلب اجماع داریم و ثانیاً أدله ضمان من جمله حدیث «علی الید» شامل مانحن فیه می شود زیرا غاصب عین را قبض کرده و در تحت ید او می باشد که این دلیل بر ضمان است و وقتی ضامن شد معنایش این است که یا باید خود عین را برگرداند و یا اگر عین تلف شده باید در مثلی مثل و در قیمی قیمتش را پردازد که اطلاق أدله ضمان نصاً و فتواً همین را اقتضاء می کند ، صاحب جواهر در ادامه می فرماید غاصب بدل را برای مالک تملیک می کند کما اینکه مالک آن عینی که در دسترس نیست ( مبدل منه ) نیز می باشد و این پرداختن بدل ،

مثل پرداخت دین می باشد یعنی همانطور که اگر مدیون دینش را پردازد طلبکار مالک آن می شود ، مانحن فیه نیز همینطور است یعنی صاحب مال مالک بدل حیلوله می شود در حالی که مبدل منه نیز در ملکش باقی است للأصل ، یعنی با پرداخت بدل ما شک می کنیم که آیا مبدل منه هنوز در ملک مالک باقی است یا نه که در اینصورت بقاء مبدل منه در ملک مالک را استصحاب می کنیم و لأنها ( مبدل منه ) مغضوبه و کل مغضوب مردود و از طرفی بدلی که مالک گرفته غرامت می باشد نه معاوضه ، بعد ایشان در ادامه می فرماید بعلاوه باید بدل را علی وجه الملكية به مالک بدهد زیرا اگر علی وجه الملكية نباشد در دفع ضرر از مالک مفید نخواهد بود به عبارت دیگر همانطور که مالک نسبت به ملک خودش اختیار داشت نسبت به بدل نیز باید اختیار داشته باشد تا ضرری متوجه او نشود ، از طرفی خلافتی در این نیست که نمائت بدل و مبدل منه نیز متعلق به مالک می باشد بنابراین صاحب مال هم مالک بدل و هم مالک مبدل منه است و همچنین مالک کلیه نمائت آن دو نیز می باشد ، این کلام صاحب جواهر بود که به عرضتان رسید .

خوب و اما به نظر بنده چند اشکال به کلام صاحب جواهر وارد است ؛

اول اینکه : « لا إجماع فی البین و لو کان إجماعاً مدرکاً » .

اشکال دوم اینکه ما نیز قبول داریم که أدله ضمان شامل مانحن فیه می شود منتهی به این معنی که ضامن عرفاً باید از عهده ی خلأ و غرامت و خسارتی که برای مالک بوجود آمده بر بیاید که آن خلأ همان عدم دسترسی

گاهی قیمت را پردازد و دیگر تلف میزان نیست زیرا ما در تلف شکی نداریم که باید در مثلی مثل و در قیمی قیمت پرداخت شود ، بنابراین ملاک ضمان آن است که شخصی کاری بکند که دست مالک از مال خودش کوتاه بشود که مانحن فیه ( بدل حیلوله ) نیز همین طور می باشد لذا غاصب باید در مثلی مثل و در قیمی قیمت را پردازد و وقتی پرداخت آخذ ، مالک آن می شود همانطور که مشهور در بحث بدل حیلوله فرموده اند .

حضرت امام(ره) می فرماید ضمان یعنی انقطاع ید مالک از مالش و این یک امر بسیط است که دارای مراتب نیست و در همه جا همین میزان است و بعد مترتب می کند بر این مطلب این را که در مثلی مثل و در قیمی قیمت میزان است در حالی ما می گوئیم ضمان یعنی جبران خسارت و پرکردن خلأ بوجود آمده برای مالک که این جبران خسارت مشکک است و مراتب دارد مثلاً در یک مرتبه باید مثل و یا قیمت به مالک پرداخت شود ولی در یک مرتبه دیگر باید بدل حیلوله پرداخت شود تا اینکه عین بوجود آید و حاصل شود و به صاحبش پرداخت شود که در اینصورت دیگر صاحب عین ، مالک بدلی که پرداخت شده نمی شود ، بنابراین به نظر ما کلام امام(ره) ناتمام است و این اشکالی که عرض کردیم به آن وارد است و کلام مشهور با تمام خصوصیات که ذکر شده به دلائلی که عرض شد برای ما ثابت نیست . بقیه بحث بماند بای جلسه بعد ان شاء الله

... ..

والحمد لله رب العالمین و صلی الله علی

محمد وآله الطاهیرین

مالک به مالش است که ضامن باید این غرامت و خسارت و خلأ را با پرداخت بدل حیلوله جبران و پرکند و دلیل عمده ما بر این مطلب نیز رجوع به عرف می باشد بنابراین تا این اندازه ما دلالت أدله ضمان را قبول داریم اما اینکه مشهور و صاحب جواهر می فرمایند که مغضوب منه ، مالک بدل و مبدل منه و نمائات آن می باشد را قبول نداریم و عرض می کنیم که أدله ضمان چنین دلالتی را ندارند .

اشکال سوم اینکه ما اصلاً نیازی به اجرای اصل بقاء ملکیت مالک نداریم زیرا معلوم است که مبدل منه متعلق به مالک است و در ملکش باقی است و دیگر نیازی به اجرای اصل بقاء ملکیت نداریم ، البته خیال شده بدلی که غاصب در مقابل مبدل منه می دهد در واقع معاوضه می باشد یعنی بدل را که میدهد در مقابلش مالک مبدل منه می شود ، خوب اگر اینطور خیال شود بله مبدل منه از ملک مالک خارج می شود و بدل بجای آن در ملکش داخل می شود که در اینصورت اگر شک کنیم تمسک به اصل می کنیم ، منتهی فقهای ما می فرمایند که پرداخت بدل معاوضه نیست بلکه پرکردن خلأ و پرداخت غرامت می باشد بنابراین تمسک به اصل صحیح نیست .

خوب و اما حضرت امام(ره) نیز در ص ۶۳۸ از جلد اول کتاب بیعشان در بحث بدل حیلوله سعی کرده که قول مشهور را با همه خصوصیات اثبات و درست کند ، یکی از أدله ای که ایشان به آن تمسک کرده حدیث «علی الید» می باشد ، ایشان در تقریب این دلیل می فرماید ؛ یکی از مناسباتی که در ذهن اهل عرف وجود دارد این است که علت اینکه غاصب ، ضامن است چیست؟ که در واقع علتش انقطاع ید مالک از مالش می باشد و همه چیز به همین برمی گردد یعنی انقطاع ید مالک از مالش باعث می شود که انسان گاهی مثل و