



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بحثمان 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 عرض کردیم درست کردن این مطلب و سازگاری آن با قواعد قدری مشکل می باشد .

یکی از أدله کسانی که قول مشهور با تمام خصوصیاتش را قبول کرده اند حدیث «علی الید» می باشد ، از جمله کسانی که قول مشهور را قبول کرده حضرت امام (ره) است که دیروز طریقه تمسک به حدیث علی الید از منظر ایشان را عرض کردیم ، البته ما عرض کردیم حدیث علی الید چنین دلالتی که امام (ره) و مشهور می فرمایند را ندارد و ما از حدیث علی الید فقط اصل ثبوت ضمان را می توانیم استفاده کنیم ولی در مورد کیفیت خروج از ضمان و جبران خسارت و یر کردن خلأ بوجود آمده باید به عرف مراجعه کنیم و ببینیم که آیا اهل عرف تعذر وصول عین را مثل تلف میدانند یا نه؟ که عرض شد عرف بین این دو فرق میگذارد و در صورت تعذر وصول عین ، فقط حکم به جبران ضرری که بواسطه عدم دسترسی مالک به مالش بوجود آمده می کند .

خوب و اما یکی دیگر از أدله ای که مشهور برای اثبات مدعای خودشان در صورت تعذر وصول عین به آن تمسک کرده اند قاعده «لاضرر» می باشد که البته محقق نائینی در منیة الطالب و آیت الله خوئی در مصباح الفقاهة و حضرت امام (ره) در کتاب بیعشان به تمسک به قاعده لاضرر در مانحن فیه اشکال کرده اند و فرموده اند که این قاعده در اینجا کارایی ندارد که کلمات این بزرگواران به عرضتان خواهد رسید .

محقق نائینی در ص ۳۴۰ از جلد اول منیة الطالب به قاعده لاضرر اشکال کرده و فرموده شأن این قاعده نفی حکم ضرری موجود از موضوعی که یلزم منه الضرر می باشد مثل نفی حکم وجوب روزه از شخص مریض ، ولی مانحن فیه (تعذر وصول عین) اینطور نیست و ما نمی خواهیم حکمی را نفی کنیم بلکه میخواهیم حکم ضمان را جعل کنیم و بواسطه آن ضرر وارده بر مالک را جبران کنیم که شأن لاضرر جعل حکم نیست ، پس قول مشهور با تمام خصوصیاتش در بحث تعذر وصول عین از قاعده لاضرر استفاده نمی شود .

آیت الله خوئی در ص ۴۹۷ از جلد دوم مصباح الفقاهة می فرماید : « ما هو الدلیل علی الالتزام ببدل الحیلولة عند تعذر الوصول إلی العین؟ قد استدل علی ذلک بوجوه شتی : الوجه الأول : قاعدة نفی الضرر ، بدعوی أن تکلیف المالك بالصبر إلی أن يعود المال إلی یده ضرر علیه . أو یقال : إن عدم الحکم بضمان البدل ضرر علی المالك . أو یقال : إن امتناع الضامن عن أداء البدل ضرر علی المالك .

و یرد علیه : أن الاستدلال بقاعدة نفی الضرر علی إثبات بدل الحیلولة یتوقف علی مقدمتین : الأولى : أن قاعدة نفی الضرر مسوقة لرفع الأحکام الضرریة ، لا رفع الموضوعات الضرریة ، و

قد ذکرنا فی محلہ آن هذه المقدمة صحيحة لا شك فيها . الثانية : أن يلتزم بأن أدلة نفي الضرر كما تشمل الأحكام الوجودية كذلك تشمل الأحكام العدمية أيضا : أي كلما توجه ضرر على المكلفين من ناحية حكم الشارع بشيء ، أو عدم حكمه به فأدلة نفي الضرر تقتضي ارتفاع الحكم في الأول ، و جعله في الثاني . و هذه المقدمة مخدوشة بما ذكرناه في محلہ ، و حاصله : أن أدلة نفي الضرر ناظرة إلى نفي الضرر في عالم التشريع : أي الضرر الناشئ من تشريع الأحكام في الشرع المقدس الإسلامي ، و عليه فتلك الأدلة غير ظاهرة في تدارك الضرر المتوجه على المكلفين من غير ناحية تشريع الحكم الشرعي ، و إلا فيلزم الحكم بوجود تدارك الضرر المتوجه على أحد المسلمين من بيت المال ، أو من أموال سائر المسلمين ، و حينئذ فلا يمكن التمسك بالقاعدة المزبورة لإثبات بدل الحيلولة . و بعبارة أخرى : أنه لا استحالة في حكومة قاعدة نفي الضرر ثبوتا و إمكانا على الأحكام الوجودية و العدمية ، و لكن لا دليل عليه في مرحلة الإثبات و الوقوع ، بديهية أن أدلة نفي الضرر قاصرة عن إثبات هذا المعنى . و يضاف إلى ذلك : أن النسبة بين موارد بدل الحيلولة ، و موارد تضرر المالك هي العموم من وجه ، إذ قد لا يتضرر المالك بصره إلى زمان التمكن من الوصول إلى ماله ، لاستغنائه عنه ، و مع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة و قد يتضرر المالك من حيلولة الغاصب بينه و بين ماله مدة قليلة كساعة أو ساعتين مع أنه لا يكون موردا لبذل الحيلولة ، لأن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اعتبروا في ثبوت بدل الحيلولة تعذر وصول المالك إلى ماله مدة طويلة و سيأتي ذلك قريبا ، و اذن فلا يمكن الاستدلال على إثبات بدل الحيلولة بقاعدة نفي الضرر .

خوب و اما حضرت امام(ره) يك كتابی دارند به نام «الرسائل» که در اول آن از قاعده لاضرر بحث کرده و فرموده اند احکامی که از سوی پیغمبر(ص) صادر و بیان می شدند دوجور بودند ؛ گاهی ایشان از این جهت که رسول و نبی خدا بودند حکمی از احکام الهی مثل نماز و روزه و... را بیان میکردند اما گاهی از این جهت که

والی و سلطان و حاکم جامعه اسلامی بودند احکامی مثل جهاد و عزل و نصب قاضی و... را بیان می کردند یعنی حکم حکومتی می کردند در اینجا طبق : « أطيعوا الله و أطيعوا الرسول » بر همه مردم واجب است که از آن اطاعت کنند ، قاعده لاضرر نیز از همین احکام حکومتی بوده لذا دیگر به درد فقیه برای استنباط حکم شرعی نمی خورد بلکه به درد حاکم من حیث حکومت می خورد .

خوب و اما حضرت امام(ره) در ص ۶۳۵ از جلد اول کتاب بیعشان می فرمایند ما از حرفی که در کتاب الرسائل درباره قاعده لاضرر گفتیم صرف نظر می کنیم و در اینجا (تعذر وصول عین) می گوئیم که لاضرر جاری نمی شود و کارائی ندارد زیرا مالک منافع مستوفاة و غیر مستوفاة و همچنین خود عین مغصوبه را از غاصب می گیرد لذا دیگر ضرری متوجه او نمی شود که بخواهیم قاعده لاضرر جاری کنیم و برای مالک به ترتیبی که مشهور گفته اند ضمان درست کنیم ، بلکه ضمان ، همان جبران خسارت و خلأ بوجود آمده در اثر فقدان و عدم دسترسی مالک به مالش می باشد که این را از حدیث علی الید استفاده کردیم . بقیه بحث بماند برای روز شنبه إن شاء الله تعالی... .

والحمد لله رب العالمين و صلى الله على

محمد وآله الطاهرين