



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسائل بسیاری از فقه ما مبتنی بر این مطلب شده که اگر غاصب و یا در حکم غاصب عین را تلف کند و یا از دسترس مالک خارج کند به صورتی که کل انتفاعات از بین برود در اینصورت خسارت و غرامتی که غاصب می پردازد آیا از باب غرامت و جبران خسارت است که در اینصورت عین در ملک مالک باقی است و تصرف در آن بدون اذن مالک جائز نیست ، یا اینکه پرداخت غرامت در واقع نوعی معاوضه و نقل و انتقال می باشد یعنی غاصب عین را در برابر پولی که داده از ملک مالک خارج کرده و به ملک خودش داخل کرده که در این صورت عین با تمام فضولات و بقایای آن در ملک غاصب داخل می شود و همانطور که دیروز عرض کردیم در اینجا فقهاء اختلافوا علی فرّق .

دیروز مسئله ای را از مسائل عروة خواندیم که در آن صاحب عروة فرمودند : « مسألة ۵ : إذا التفت إلى الغصبيّة في أثناء الوضوء صحّ ما مضى من أجزائه و يجب تحصيل المباح للباقي ، و إذا التفت بعد الغسلات قبل المسح هل يجوز المسح بما بقي من الرطوبة في يده و يصحّ الوضوء أو لا؟ قولان : أقواهما الأوّل لأنّ هذه النداءة لا تعدّ مالاً و ليس ممّا يمكن رده إلى مالكة ، و لكن الأحوط الثانی » .

صاحب عروة چونکه قائل به معاوضه بود فرمود وضوء صحیح است و علتی نیز برای صحت وضو ذکر کرد که ما

آن را قبول نکردیم و گفتیم که آقای بروجردی و دیگران به کلام و علت صاحب عروة اشکال کرده و فرمودند در اینجا هر چند که غرامت در برابر مال پرداخت شده ولی ملکیت در ملک مالک باقی می باشد ( که مالیت با ملکیت فرق دارد ) لذا اگر مالک راضی نباشد وضوء باطل خواهد بود .

امام (ره) در ص ۶۴۷ از جلد اول کتاب بیعشان فرمودند : « و أمّا احتمال المعاوضة المالکیّة أو القهریة العقلائیة أو القهریة التعبدیة الشرعیة فضعیفٌ جداً » .

آیت الله خوئی هم در مصباح الفقاهة و هم در ص ۳۷۶ از جلد ۴ التنقیح می فرمایند که معاوضه می باشد لذا وضوء صحیح است ، ایشان در التنقیح می فرمایند : « و قد ذکرنا نحن فی محله ان مقتضى السیرة و بناء العقلاء عدم ثبوت حق الاختصاص للمالك فی تلك الموارد لأن رد البدل عندهم معاوضة قهریة حیثئذ و بتلك المعاوضة تنتقل الأجزاء الباقیة و المواد الی الضامن دون المالك و لیس فی ذلك حق الاختصاص بها » ، این مبنای آیت الله خوئی بود که منیة الطالب نیز همین را می گوید و ما نیز سابقاً در حاشیه عروة همین را نوشته بودیم .

آیت الله حکیم در ص ۳۷۶ از جلد ۳ مستمسک العروة می فرمایند : « أقول : هذا غیر کاف فی الجواز مع بقائه علی ملکية المالك، و لو بالاستصحاب فلا يجوز التصرف فیها. و احتمال اختصاص حرمة التصرف بالمال - لأنه الموضوع فی التوقيع و الموثق المتقدمین - بعيداً، و إلا لجاز التصرف و لو مع إمكان الرد. نعم لو بنی علی کون الضمان بسبب التلف أو ما بحکمه من قبیل المعاوضة - كما يظهر من جماعة، و مال إليه المصنف

عمداً ثم أراد الإعادة هل يجب عليه تجفيف ما على محالّ الوضوء من رطوبة الماء المغصوب أو الصبر حتى تجفّ أو لا؟ قولان؛ أقواهما الثاني، و أحوطهما الأوّل .  
و إذا قال المالك: أنا لا أرضى أن تمسح بهذه الرطوبة أو تتصرّف فيها، لا يُسمع منه، بناءً على ما ذكرنا، نعم لو فرض إمكان انتفاعه بها فله ذلك، و لا يجوز المسح بها حينئذٍ .

وضوء و غسل با مسح کردن فرق دارند، در مسح رسیدن رطوبت کافی است اما در وضوء و غسل شستن و جریان آب میزان است یعنی باید آب از نقطه ای به نقطه دیگر جریان پیدا کند، خوب حالا اگر بگوئیم معاوضه است در فرض مسئله خشک کردن لازم نیست چون آب باقی مانده مال خودش هست و حتی اگر به شستن نیز کمک کند اشکالی ندارد اما اگر بگوئیم غرامت است آب باقیمانده متعلّق به مالک است و چون به شستن کمک میکند وضوء باطل می باشد بنابراین بحث برمی گردد به اینکه آیا باب غرامت یک باب جداگانه ای غیر از باب معاوضه است و آثار خاص خودش را دارد یا اینکه اینطور نیست بلکه غرامت و جبران خسارت یک نوع معاوضه و نقل و انتقال می باشد، که هرکس هرکدام از این دو مبنا را انتخاب کند مطلب برایش روشن می شود، بقیه بحث بماند برای شنبه إن شاء الله تعالی ...

والحمد لله رب العالمين و صلى الله على

محمد وآله الطاهرين

رحمه الله في حاشيته على المكاسب، تبعاً لصاحب الجواهر و مجمع البرهان، و لا يخلو من قوة، فإنه الموافق للمرتكزات العرفية، كما أشرنا إلى ذلك في نهج الفقاهة - كان اللازم في المقام الالتزام بدخول الرطوبة في ملك المتوضى، و جاز له المسح بها. لكن يشكل على القول الآخر، و أن الضمان من قبيل الغرامة لتدارك الخسارة، و ليس فيها معاوضة، و لذا تثبت في صورة التلف الحقيقي، الذي لا مجال فيه للقول بدخول التالف في ملك الضامن، لانعدام... إلى آخر كلامه .

على أي حالٍ مطلب مبتنی می شود بر اینکه مبنای ما غرامت باشد یا معاوضه؟ که این موارد بسیاری هم پیدا می کند مثلاً فرض کنید شخصی به دیگری گوسفندی داد و گوسفند در دست او تلف شد در اینصورت پولی که تالف می دهد اگر به عنوان غرامت باشد، پوست و جسد گوسفند هنوز متعلّق به مالکش می باشد لذا اگر قابل استفاده باشد آن را استفاده خواهد کرد ولی اگر مثلاً جسدش سر راه مردم باشد و بوی بد آن باعث آلودگی هوا شده باشد وظیفه مالک است که آن را از شهر خارج کند و یا دفن کند اما اگر معاوضه باشد تمام این امورات به عهده ضامن که پول را پرداخت کرده می باشد بنابراین با تفصیلی که عرض کردیم مطلب کاملاً روشن می باشد و بستگی دارد به اینکه ما چه مبنایی ( غرامت یا معاوضه ) را انتخاب کنیم که عرض کردیم ما سابقاً در حاشیه عروۃ نوشته ایم از باب معاوضه می باشد و هنوز هم از حرف خودمان برنگشته ایم و نظرم آن همان است .  
صاحب عروۃ در ادامه مسئله ۵ فرع دیگری را مطرح کردند و فرمودند : « و کذا إذا توضأ بالماء المغصوب