

اعوذ بالله من الشیطان الرجیم، بسم الله الرحمن الرحیم و الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا رسول الله و آله الطیبین الطاهرین

المعصومین و اللعنة الدائمة علی اعدائهم اجمعین

اللهم وفقنا و جمیع المشتغلین و ارحمنا برحمتک یا ارحم الراحمین

دیگه دیدیم چون بحث یکمی طولانی شد دیگه بقیه وجوه را در مقام اول که وجوهی که استدلال شده برای بدل حیلولة دیگه بقیه وجوه را از کتاب تقریرات مرحوم نائینی می خوانیم، البته بعضی از این نکات را، حالا تصادفا اشتباها کتاب آقای خوئی را آوردم. در تقریرات آقای خوئی شرح بیشتری داده است و لکن چون دیگه نمی خواهیم حالا باز طولانی تر بشود ایشان نسبتا مختصرتر متعرض این مطلب شده است.

عرض کنم که عرض شد به این ه بنده سراپا تقصیر بنا شد که سه فرع را به اصطلاح، سه موضوع را، سه بحث را در این جا اول مطرح بکنیم. بحث اول ادله ای است که اقامه شده بر بدل حیلولة که عرض کردیم انصافا دلیل بیشترش همان لا ضرر است لکن اشکالات لاضرر را دیروز خواندیم و جواب هایی که متعرض شدیم. خود مرحوم نائینی در این چاپی که من دارم. البته کتاب چاپ جدید هم شده است. حالا من هم در خانه دارم ولی نمی دانم کجا بود. حالا از چاپ قدیم ایشان می خوانیم. جلد ۱ صفحه ۱۵۶، ایشان اولاً امور الاول قاعدة لاضرر که دیگه چون توضیح کافی را دیروز عرض کردم تکرار نمی کنیم.

ایشان به عنوان امر ثانی قرار داده، امر اول تصویر تعذر کرده که بعد می خوانیم ان شا الله.

الثانی إن فيه جمعا بين الحقیقین، بعد فرض رجوع البدل إلى الضامن لو ارتفع، این یک نوع جمع بین حقیقین است. در حقیقت برگشت این به همان مسئله لاضرر بوده.

و فيه أنه لو ثبت حق للمالك علی الضامن مع بقاء عين ماله لكان دفع القيمة اليه مادام العين خارجة عن تحت استیلائه جمعا بين الحقیقین و هذا يتوقف علی كون مجرد وضع اليد علی العين مع بقائها موجبا لتعلق. خب می گوید جمع بین حقیقین است. می گوید دیگه مالک اینجا حقی ندارد. چون حق مالک در جایی است که تلف بشود. چون وقتی عین موجود است دیگه حقی ندارد. چون عرض کردیم مشکلی

.....

که ما در باب این باب ضمانها داریم این است که این طوری است که اگر چیزی را گرفت اول ضامن به معنای ذمه نیست، چون خود عین موجود است و عین را بر می گرداند. خود عین موجود است. اگر تلف شد بدلش را می دهد. آن انتقال به ذمه بعد از تلف است. ایشان می گوید الان شما جمع بین حقیقین می کنید، خب مرحوم نائینی می گوید چه حقی است؟ چه نکته ای دارد؟ چون مفروض این است که عین موجود است. فقط بهش نمی رسیم. تعذر هست. مادام عین موجود است دیگه حقی پیدا نمی کند، بعد از تلف حق پیدا می کند. شما اگر بگویید تعذر دارد این خودش اول اثبات است. تعذر به معنای تلف است اول اثبات است. این خلاصه حرف ایشان که جمع بین حقیقین نیست. البته انصافش این است که ظاهر آقایانی که این حرف را گفتند ان شاء الله بعد عبارت اهل سنت را می خوانیم ظاهرا مرادشان همین معناست، نه مرادشان این است که تعذر تلف است. حکم تلف است. چون این را می خواهیم بعد بخوانم دیگه زیاد طول ندهیم ان شاء الله بعد عبارات آنها را هم می خوانیم و نگاه می کنیم. آئی که قائل به بدل حیلولة شدند نکته اش این است و لذا هم عرض کردیم تعبیر به حیلولة یا تعبیر به بدل کردند، نه تعبیر به تلف، تلف در آن جا نیست، این هم مسئله دوم که عرض کردیم اجمالا می خوانیم. تفصیلش را آقایان مراجعه بکنند.

#### الثالث عموم الناس مسلطون.

این را از آقای خوئی هم دیروز خواندیم، توضیحش را عرض کردیم، خوب دقت بکنید نظر نهایی، الناس مسلطون علی اموالهم اصلا به نظر ما حدیث نیست که حالا بگوییم ضعفش منجر است یا منجر نیست. و این حدیث اگر حدیث نباشد مضمونش اجمالا ثابت است. این که انسانها بر مال خودشان مسلطند این ثابت است، اما إنما الکلام وقتی ما شریعت داشتیم این تسلط محدودیت پیدا می کند. این الناس مسلطون علی اموالهم دلیل لفظی بود که این محدودیت ندارد. تمام دعوا سر این است، روشن شد؟ اصل سلطنت انسان بر مال خودش که مسلم است. این احتیاج به الناس مسلطون ندارد، لذا عرض کردیم کرارا و مرارا و تکرارا که اگر لفظ الناس مسلطون ثابت بشود، خوب دقت بکنید، نکات فنی را دقت بکنید، ما عقود مجهول را می توانیم با آن درست بکنیم بلکه کرارا عرض کردم و دیروز هم عرض کردم که عقود رضائی را هم می توانیم درست بکنیم که عرض شد الان یک تصور کلی است، البته اینها به یک امر اجتماعی

دیگری یعنی آزادی اراده به آن هم ربط دادند. جدیدی ها را که در غربی ها دیدیم عقود رضائی را به آزادی اراده ربط دادند. این آزادی اراده از سه قرن است که در رنسانس از اروپا شروع شد. اراده من دست خودم است، این همان حدیث سلطنت است به اصطلاح من. من دلم می خواهد یک عقد خاصی قرار بدهم. بیع نباشد، اجاره نباشد، عاریه نباشد. رهن نباشد، هیچ چیز دیگر. این را عقود رضائی می گویند. این عقود رضائی امروز خیلی جایگاه دارد. در فقه اسلامی من چون چند بار این را تکرار کردم در فقه اسلامی عقود شکلی جا دارد، فرق اساسیش این است که عقود شکلی دارای یک شکل معینی است قانون قرار داده. شما باید خودتان را مطابق با آن قرار بدهید. در عقود رضائی شکل ندارد. آنی که شما قرار می دهید شکل می شود. این فرق عقود رضائی با عقود شکلی است. در دنیای اسلام و در دنیای فقه ما، چه فقه ما و چه فقه اهل سنت بیع مثلاً یشتراط فی البیع کذا، این که گفت یشتراط یعنی عقد شکلی است. در عقد رضائی و عرض کردیم این یک نکته ای است، این را خوب دقت بکنید. شما اگر بر فرض بعد از این بخواهید در یک سطح بالایی فکر بکنید و بررسی بکنید این طور است. دنیای امروز این عقود رضائی را قبول می کند. فقط چیزی که هست می باید قید بزنند لذا ممکن است خوانش را در اختیار طرف قرار بدهد به یک چیزی که مابین اجاره و عاریه و بیع و هفت هشت جور عقود را با همدیگر جمع بکند. می گوید اشکال ندارد. اصطلاحاً دست من است. الناس، این نکته فرق این که ما اثبات بکنیم لذا آقای خوئی می فرماید الناس مسلطون یعنی مردم مسلطند به آن عقد هایی که شارع گفته انجام بدهند. خانه اش را اجاره بدهد یا خانه اش را بفروشد. این نیست، این که آقای خوئی فرمودند این نیست. این الناس مسلطون اگر ثابت بشود می خواهد عقود شکلی را اصلاً بردارد. خوب دقت بکنید و لذا فرقی این است که ما اگر گفتیم الناس مسلطون به عنوان واقعیت فقهی مطرح است. قبول است انسان مسلط است لکن این به درد لفظ نمی خورد. اگر ما اجمالاً لیلاً قدر متیقن قبول کردیم این به همان حرف آقای خوئی. با عقود شکلی انجام بدهیم.

پس قاعده الناس مسلطون علی اموالهم را قبول داریم اما این قاعده الناس مسلطون علی اموالهم یک عمومیتی داشته باشد، جاهایی که نداریم روشن بکنند این محل کلام است. و إلا اصل الناس مسلطون درست است. این اصل مطلب.

اما تطبیقش، حالا چرا در مانحن فیه الناس مسلطون را مطرح کردند؟ چون گفتند این مالک الان ماشین او موجود است لکن در یک کشوری است که نمی توانند بیاورند. آن کشور الان راه ها را بسته و هیچ کس حق ورود به آن کشور را ندارد پس ماشین موجود است. می گویند من چون مالک هستم من مسلطم، من چون مسلطم از شما می گویم قیمتش را بدهید الان ضامنید. استدلالش این است. روشن شد؟ تسلط من بر مال من اقتضا می کند که من شما را به قیمتش مطالبه بکنم. خب بهش می گویند مطالبه قیمت، حق در ذمه شخص آمدن مبنی بر تلف است. این تلف نشده، می گوید نه، این همان آزادی اراده است که عرض کردم، همان عقود شکلی، این شبیه عقود شکلی است. این جا عقد نیست، ضمان است، عقد نیست. یعنی بعبارة اخرى من وقتی چیزی را مالک شدم همه کاری را در مورد آن می توانم انجام بدهم. خوب دقت بکنید! من جمله اگر مال تلف نشود شما ضامن نیستید اما چون من مسلطم شما را ضامن می کنم. روشن شد؟ این الناس مسلطون.

یکی از حضار: مسلط بر مال است، مسلط بر این که ضامن قرار می دهد.

آیت الله مددی: خب همین که اشکال همین است که الناس مسلطون همه اش این نیست. الان این جا بحث ضمان نیست. من الناس مسلطون را در عقود شکلی و رضائی مطرح کردم، ضمان هم همین طور است. فرق نمی کند. اصلا چون تطبیق بشود الناس مسلطون چه ربطی به مانحن فیه دارد، الناس مسلطون می گوید و لذا من حالا اجمالا عرض می کنم در همین کتاب مذهب که از شوافع است تعبیرش این است فللمالک المطالبة، عبارات اصحاب ما این است که ضمان حیلوله، ضمان نمی گوید. او می گوید مالک حق دارد این کار را بکند، عرض کردم یکی اصل مطلب. چون این مطلب از زمان شیخ طوسی در فقه ما وارد شد. در روایات ما هم نیامده است. حالا بعضی از روایات را نقل کردند که فردا ان شا الله عرض می کنم.

خب دقت بکنید، عبارتی را که در ابواسحاق شیرازی در مذهب دارد و بعد هم در المجموع در شرحش، در آن جا دارد فللمالک المطالبة بالبدل، للمالک المطالبة بالقيمة، للمالک، الان در عبارات ما این است که فهو ضامن، آن کسی که حائل شده غاصب ضامن، این ها نمی گویند ضامن. آن وقت این در حقیقت به الناس مسلطون به لفظش تمسک شده است. خب ما قبول نکردیم. مشکل کار این است که ما

الناس مسلطون را ثابت ندانستیم. آن مقداری که از الناس مسلطون پیش ما ثابت است قدر متیقنش همین در مقدار عقود شکلی است. در عقود رضائی نیست، قدر متیقنش در محدوده احکام است. نمی تواند کار جدید با آن قرار بدهد چون دلیل لفظی نیست، در محدوده احکام است. محدوده احکام با تلف ضمان هست، بدون تلف ضمان نیست.

یکی از حضار: یعنی سلطه مقیده.

آیت الله مددی: بله سلطه.

عرض کردم در دنیای غرب این طوری است. مثلاً در کشورهایی مثل آمریکا که مادر سرمایه داری است، می گوید من مالکم هر کار می خواهم بکنم، می خواهم تلف بکنم، می خواهم مال را بسوزانم. من مالکم، هر نحوی می خواهم نقل و انتقال بدهم. هر چه می توانم روی مال تصمیم بگیرم، ببینید این تصور که هر تصمیمی روی مال می توانم بگیرم. الان ماشین من موجود است لکن چون من مالکم می توانم تصمیم بگیرم و بگویم بدلش را بده، چون نمی توانی برسانی. این تصمیم گیری من است. این غیر از تلف است که خودش ضمان می آورد. غیر از اتلاف است که خودش ضمان می آورد، دقت می کنید؟ این در حقیقت للمالک، دقت کردید؟ این إن فیه جمعا بین الحقیقین هم همین است. تقریباً وجوه یکی است، آقایان ما چون توجه نکردند که این مسئله از کجا آمده. بحثی که اول بود بحث این نبود که او ضامن است بلکه بحث این بود که مالک می تواند آن را ضامن بکند. می تواند، حالا این می تواند را از کجا در آورده؟ الناس مسلطون علی اموالهم چون مفروض این است که این مال موجود است، فقط بهش نمی رسد. چون موجود است می تواند تصمیم گیری بکند. تصمیمش این است که شما بدلش را به من بده. شما این کار را کردید که ماشین را بردید و در آن جا گذاشتید با این که موجود. خب این ها حرفشان این است که آن سلطه و آن ضمان که در عهده او قرار بدهد این بعد از تلف است. این جا تلفی اتفاق نیفتاده است. آنها از این راه نمی آیند. از این که این حیلوله منشا است و لذا لاضرر را هم اگر دقت کرده باشید ما دیروز این جور معنا کردیم. اگر به لاضرر هم تمسک کردند نکته این بود حق مطالبه دارد. آن وقت اشکال کار این است که ما این را قبول نکردیم. دلیل لفظی نداریم که مالک همه کار می تواند بکند، هر عقدی را می تواند قرار بدهد، جایی را که شارع ضمان نیاورده می تواند ضمان قرار بدهد.

بحث سر این است، آیا ما چنین دلیل لفظی داریم یا نداریم؟ درست است حق مالک هست، محفوظ است اما آیا چنین چیزی هست یا نه؟

و عرض کردیم کرارا و مرارا، حالا چون بعد می آید من عرض می کنم.

ایشان وجه سوم عموم الناس، بعد ایشان فيه أنه لا سلطنة إلا على العين، و عموم السلطنة لا يثبت الصغرى، ظاهرا مراد ایشان این مطلب

است. حالا عبارت نائینی چون مجمل است و من هم یک اخلاقی دارم که وقتی عبارت بزرگان مجمل یا مردد است چیزی را نسبت نمی

دهم چون بعدا می گویند نه مراد ایشان این نبود و کش پیدا می کند. به هر حال آنچه را که ما می خواهیم اثبات بکنیم این است که

آقای خوئی از این راه وارد می شود که اصلا الناس مسلطون یعنی مسلطون در آنچه که شارع قرار داده، این در بحث عقود. یا مسلطون

در دائره قانون. نه این که این بیاید جعل جدید بکند. دقت بکنید الناس مسلطون جعل جدید نمی کند، ایشان می گوید لا يثبت الصغرى،

مراد ایشان ظاهرا این باشد که من مسلط بر ضمان باشم این ثابت نیست، در جاهایی که شارع برای من بله سلطنت من هست.

الرابع كون الغاصب حائلا بين الملك و مالكة و فيه أن الحيلولة ليس من موجبات الضمان مستقلا. ما دلیل نداریم که حیلولة خودش.

عرض کردم ضمان خودش. چون بعدا هم عبارت نائینی را می خوانم و موارد ضمان دارد.

إلا إذا دخل تحت اليد أو الاتلاف و المفروض أن قاعدة اليد لا تقتضى ردّ البذل مع عدم التلف.

عرض کردم این مفروضی که ایشان گرفتند خوب دقت بکنید این مبانی دائما حفظ بشود، این مفروضی است که علمای شیعه گرفتند،

تقریبا معروف بین علمای اهل سنت در حدیث علی الید اصلا علی الید را به جایی زدند که عین موجود است. من همیشه عرض می کنم

وقتی با طرف مقابل صحبت می کنیم بدانیم. آنها علی الید را قبول کردند، علی الید را سندا قبول کردند، اشکالشان فقط در این است که

حسن بصری از سمره، می گویند حسن از سمره لم یسمع، اشکالشان فقط همین است و إلا سند تا حسن بصری صحیح است، سمره روی

منبر گفته بود که سمعتُ رسول الله يقول علی الید ما اخذت، و إلا حدیث صحیح است، تا خود حسن مشکل ندارد، حسن بصری مشکل

ندارد. آن وقت خوب دقت بکنید حدیث علی الید را هم به غصب زدند. علمای ما تعمیم دادند. باز دقت بفرمایید باز حدیث علی الید را

تخصیص زدند به جایی که عین موجود است، دقت کردید؟ با حدیث علی الید ضمان را ثابت نکردند، اشتباه نشود. چون قوام ضمان به

تلف عین است، اصلاً ضمان جایی می آید که انتقال به ذمه باشد، مادام عین موجود است انتقال به ذمه نیست، حدیث علی الید را قبول کردند لکن به این معنا که مادام و لذا عرض کردم و اصلاً در کتاب سنن بیهقی چند بار خواندم، بعضی از این آقایان محققین محشی جواهر را دیدم که بیشتر از این سنن بیهقی گفتند، جای دیگه هم دارد، احتیاج به سنن بیهقی ندارد لکن سنن بیهقی عنوانش این است باب وجوب ردّ المغصوب إذا کان باقیا، اصلاً عنوان باب را این قرار داده و در این باب هم فقط حدیث علی الید را آورده است. این که مرحوم نائینی می فرماید و المفروض أن قاعدة الید لا تقتضی ردّ البذل آنها اصلاً رد بدل را قبول نکردند. این مفروض علمای شیعه است و عرض کردیم انصافاً حرف بدی نیست و خود ما هم قبول کردیم. این که بگوییم حدیث علی الید اختصاص به ردّ العین دارد، مادامت العین موجود، انصافاً مشکل است. خیلی مشکل است. چون اگر این بود باید این طور می گفت علی الید ما اخذت حتی تودّی أو تلفت مثلاً، باید یک چیز این جوری باید گفته بشود، این ها حرفشان در بدل این است. ما این را چون چند دفعه تکرار کردم و باز هم تکرار می کنم چون فائده حقوقی دارد، حرف ما این است که علی الید آمده، شما تسبیح کسی را غصب کردید یا حالا غیر ماذون و بدون اجازه، طبق این روایت می گوید این تسبیح روی دست است، این تسبیح روی دست این است، ما یعنی آن تسبیح و کتاب و چیزی که غصب کرد این روی دستش هست، آن وقت غایت را ایشان یک امر واقعی قرار داده، حتی تودّی، عرض کردم هر دلیلی که غایت را بیاید علم قرار بدهد آن حکم ظاهری است، مثل کل شیء ظاهر حتی تعلم، این قاعده کلی است. هر دلیلی که غایت را امر واقعی قرار بدهد حکم واقعی است، این قاعده کلی، نکته کلی.

در این جا غایت تلف نیست، غایت تودّی و اداست. البته عده ایشان هم تردّ خواندند. عده ای هم بین ردّ و ادا فرق گذاشتند که نمی خواهم وارد آن بحث های لغوی بشوم، آن وقت معنایش این است که اگر این تسبیح تلف شد آیا با تلف از روی دست من برداشته شد؟ اینها می گویند اطلاقش این است که هنوز روی دست من است، آنها می گویند اگر تلف شد دیگه برداشته شد چون تلف شد و نیست. علی الید روی دست است، دقت کردید نکته فنی؟ اگر گفتیم هنوز روی دست است می شود ضمان. چون خودش که موجود نیست انتقال به ذمه می شود، یعنی بعبارة آخری آن چه که غایت قرار داده شده که این از روی دست برداشته می شود اداست، رد است، ادا است، اما

به مجرد این که تلف شد این از روی دست برداشته نشد، هنوز روی دست است، علی هم در لغت عرب برای استعلاست، این بر دست شما سیطره دارد، کانما دست شما را گرفته، این هنوز روی دست شماست، پس بنابراین حالا آن ها بعضی هایشان از کلمه تردّ و بعضی هایشان تودّی، حالا بیشتر ردّ که ردّ عین خارجا، این نیست. ظاهر حدیث مبارک این است لذا ایشان این حائل را، و لذا بعد هم دلیل علی الید.

آن وقت بحث این است که آیا حدیث علی الید بدل جیلوله را می گیرد یا نه؟ مشککش چیست؟ مشککش این است که الان عین موجود است و این علی الید می خواهد بگوید اگر عین را نتوانستی منتقل به ذمه می شوی اما اگر عین تلف شد منتقل به ذمه، نتوانستی هم منتقل به ذمه می شوی این را علی الید نمی تواند اثبات بکند. این هم دلیل چهارمی که ایشان فرمودند.

الخامس أنه فوّت سلطنة المالك فيجب عليه تداركها، این که سلطنت مالک را برده و فيه أنه ليس للمالك إلا الملك و اما السلطنة عليه فهي من احكام الملك فلا معنى لتعلق، یعنی سلطنت به حکم نمی خورد، سلطنت به ذمه می خورد. این که من سلطنت دارم چیزی در ذمه او نیست، جزء احکام است، من مسلط هستم و مال خودم را انجام می دهم. این حکم است، حکم را کسی ضامن نمی شود، ضامن نسبت به اموال می شود، آنی که به ذمه تعلق می گیرد.

فلا معنى لتعلق الضمان و هذا مراد المحقق الثاني

حالا ایشان خیلی هم، نمی دانم حالا این مال مقرر است، مخصوصا در ذهنم بود که خوانده بشود، خب احترام شدیدی، گفته شده که حتی بعضی ها گفتند که محقق ثانی افقه فقهای شیعه باشد، و هذا مراد المحقق الثاني الذي هو ترجمان الفقها، ببینید این مطلب را حالا ایشان توجه کردند یا توجه نکردند این هست، عرض کردم ما به طور طبیعی در فقه تفریعی ما آن قسمت هایی که در روایت نیامده خیلی هایش برگشتش به شیخ طوسی است، از زمان شیخ طوسی به خاطر عظمت شیخ، واقعا هم خب شیخ، خیلی از این مطالب جا افتاد، از زمان شیخ طوسی بگیری که مثلا ۴۶۰ وفات ایشان است تا علامه که فرض کنید سال ۷۰۰، ایشان ۷۲۶ یعنی حدود دو قرن و نیم، از نیمه قرن پنجم تا قرن هشتم، این دو قرن و نیم. این جا افتاد. علامه خیلی از مطالب را بعدها تعبیر به المشهور می کند، مراد فقه تفریعی



ای است که جا افتاده در بین علمای شیعه، این یک تاریخ دارد، این را خیلی دارند، همیشه این تاریخ در ذهنتان باشد، بعد از علامه تدریجا مناقشات شروع شد، مثلاً مطالبی بود که شیخ طوسی آورد، بعد از شیخ هم قبول شد، علامه در آنها ادعای اجماع کرد، مثلاً لا يجوز بیع النجس، ما روایت لا يجوز بیع النجس اصلاً نداریم لکن شیخ در نهایی آورده و شیخ مفید هم در المقنعه آورده، هر دو شیخین آوردند رضوان الله علیهم اجمعین اما این در روایت تحقق العقول است که بعدها کتاب تحف العقول پیدا شد اما ما در روایت نداریم، الان روایت لا يجوز بیع النجس نداریم لکن علامه ادعای اجماع می کند، دقت کردید چی شد؟ چون در نصوص نداریم، شیخ صدوق این را ندارد، فقیه ندارد، فقه قمین این را ندارد، در فقه الرضا نیامده است اما در کتاب تحف العقول بعدها به عنوان روایت است. ببینید از زمان شیخ مفید و شیخ طوسی آمد، علمای بعدی هم قبول کردند، علامه ادعای اجماع کرد. بعدها آمدند گفتند دلیل ما بر این مسئله اجماع است و إلا روایت نداریم، اجماعی است، علامه ادعای اجماع کرده است. بعدها مخصوصاً تدریجا، این که ایشان می گوید ترجمان الفقهاء، یکی از آنهایی که شروع می کند این مناقشات را انجام می دهد مرحوم محقق ثانی است و بسیار مرد دقیقی است، انصافاً مرحوم محقق ثانی قدس الله سرّه نکات دقیق و لطیف زیاد دارد و عرض کردم ان شا الله وقتی شرح لمعه درس می دهید خیلی از جاها که قال بعضٌ مرادش همین محقق ثانی است چون ظاهراً اختلاف سلیقه با ایشان داشتند شهید ثانی خیلی اسم ایشان را نمی برد، ایشان حدود بیست و خرده ای سال قبل از شهادت شهید ثانی است. شهید ثانی هم آرای ایشان را نگاه می کند و هم به عنوان ذهب بعضهم و ذهب بعضهم، در شرح لمعه می آورد مراد همین محقق کرکی است، این تعبیر مرحوم نائینی تعبیر زیبایی است، ترجمان الفقهاء که ایشان بیاید روی این. و لذا ایشان می آید اشکال می کند و بعد از ایشان هم اشکال مرحوم شیخ است. این دو تا مطلب را مرحوم شیخ انصاری هم در مکاسب آورده، مطلب محقق ثانی و شهید ثانی که بعد ان شا الله می خوانیم.

و هذا مراد المحقق الثانی الذی هو ترجمان الفقهاء من قوله

البتة من قوله ایشان من را بیان مراد متعارف گرفته، متعارف این است که من را بعد از مای موصوله می آورند. من قوله جعل القيمة فی مقابل الحیلولة لا یکاد يتضح معناه، از زمان شیخ شروع شد، قبول شد، در قرن دهم محقق ثانی قدس الله نفسه می گوید ما نفهمیدیم

چرا حیلولة جزء اسباب ضمان باشد، تلف جزء اسباب ضمان است، اتلاف جزء اسباب ضمان است، اما حیلولة، حیلولة یعنی چه؟ یعنی

عین موجود است، با وجود عین ضمان یعنی چه؟ دقت کردید؟

پس اشکالات ابتدائاً شروع شد، مثل آقای خوئی هم منکرند، عده ای هستند که منکرند، الان از اخیری ها عده ایشان منکر شدند، البته

بیشتر این کسانی که قبول کردند چون گفتند کی گفته و کی گفته، مرحوم صاحب جواهر هم نقل کرد، بل لعله، مخصوصاً مرحوم شیخ

در خلاف ادعای اجماع کرده، ادعای اجماع و لذا مثل محقق ایروانی، عده ایشان می گویند اگر اجماع در مسئله ثابت شد و إلا طبق

قاعده بدل حیلولة ثابت نیست، چرا؟ چون در بدل حیلولة ضمان است، ضمان انتقال به ذمه است، با وجود عین انتقال به ذمه معنا ندارد.

از نظر فنی مشکل دارد و رعض کردم مطلب اصلی ای که آنها گفته بودند فللمالک مطالبه القيمة و این به نظر من مسئله این بود که

مسئله خارجی بود و لذا موارد فرق می کرد، یک مورد مطالبه می کرد و یک مورد نمی کرد. اما عبارت فقهای ما این بود که مطالبه

نیست، این اصلاً انتقال به ذمه پیدا می کند. این که مرحوم محقق نائینی می فرماید ترجمان الفقهاء انصافاً لطیف بود اما خیلی خوب بود

که این سابقه ها بررسی می شد که چطور شد این مسئله ادعای اجماع توش شد، من گفتم در عین حال هم که ما وجوه را می خوانیم

نکات فنی مسئله از نظر تاریخی.

و حاصل اشکاله آن مجرد منع الضامن عن اعمال المالك سلطنته فی ماله و حیلولته بینة و بین ماله لا یوجب أن یكون القيمة واجبة علیه.

ایشان تعبیر به، البت این واجب است را باید به معنای حکم وضعی بگیریم نه حکم تکلیفی، ثابتۀ علیه، واجبة یعنی ثابتۀ علیه. خب به

جای واجبة می گفت مضمونا، لابد أن یكون ینتقل إلی ذمته.

إلا أن یقال لیس المراد من السلطنة التي التزم المصنف قدس سره بتدارکها هی الحكم الشرعی بل المراد هی الجدة الاعتباریة

که این نیست، این را هم در بحث ملکیت توضیحش را دادیم.

فالبديل بدلٌ لهذه الجدة التي هی عبارة عن كون المال تحت استیلاء المالك یتقلب فيه یعنی یک نوع آن ملک که جزء اعراض و جزء

مقولات است آن مقوله جده، این جا فقط شارع اعتبار کرده، چطور آن احاطه را برایش دارد این احاطه بر آن دارد.

یتصرف فيه ما يريد، بل قيل هذه هي التي تقع متلقيةً للجاره في مثل الدار و الدكان، اجرتہ تقع بازاء كون العين تحت يده، اين مطلب ایشان نیست. همین اخيرا هم در بحث اجاره متعرض شدیم.

فإذا كان الضامن سببا لتفويت هذه الخصوصية على المالك وجب عليه تداركها و هو لا يتحقق إلا بآداء ما هو بدل المال من المثل أو القيمة. بعد هم ایشان جواب می دهد: و فيه أن .. مطلب واضح و روشن است. ایشان در این جا یک دو مرتبه مثل مرحوم شیخ رد و ایراد می کند، دیگه چون مطلب رد و ایراد ایشان یکمی طولانی است من متعرض آن جهت نمی شوم آقایان بقیه اش را ببینند. چون هی باز و إلا أن يقال، نعم يمكن أن يقال باز بر می گردد و می رود. این برای مناقشاتی است که فرمودند، خود اصل این مطلب درست نیست، اصلا اجاره مال جده اعتباری نیست، مال ملک اعتباری است. این راجع به این قسمت این مجموعه ادله، عرض کردم ایشان نقل نکردند. یکی از ادله هم اجماع است. عرض کردم اجماع را مرحوم صاحب جواهر هم دارد لکن از چه راه، قال به فلان و فلان و فلان، عده ای از فقها را اسم می آورد، بعد قال الشيخ في الخلاف اجماعا بل الظاهر اجماع مسلمين قاطبة، نه اجماع مسلمين هم نیست، البته عرض کردم انصاف قصه بعد از شیخ تا زمان مثل علامه و اینها این مطلب جا افتاده بود، این را نمی شود انکار کرد، این جای انکار ندارد، لکن عرض کردم بعد از این و یکی از کسانی که باز بیش از محقق ثانی دست به این مناقشات زد یعنی ایشان شروع کرد دوباره غربال کردن ادله، تقریبا به این درجه از غربال که نسبت به متعارف آن زمان تند است اولش محقق اردبیلی قدس الله سره است. ایشان خیلی غربال کرد. ایشان شروع کرد حتی گاهی اوقات و کانه للاجماع و کانه، این تعبیر این طوری هم زیاد دارد اما ایشان هم تحلیلی را ارائه ندادند. ما خدمتان عرض کردیم این مسائل تاریخ معینی دارد و به هر حال خوب دقت بکنید مجرد این که در فقه روایات نبود این معنایش این نبود که این مسئله مطرح نشود، عرض کردیم مرحوم ابن جنید شاید اولین کسانی باشد یا حتی ابن ابی عقیل که این مسائلی را که در فقه تفریعی می گوئیم متعرض شدند لکن چون حالت روح روایی نداشتند، حتی گفته شده که بیشتر مطابق، البته این که گفته بشود فکر نمی کنم چون خلاف واقع است. به نظرم بیشتر شوخی باشد. بیشتر با رای ابوحنیفه می ساخته، یک وقتی هم قصه ای نقل کردم، با رای ابوحنیفه می ساخته لذا این متاسفانه مردود شد، لکن شیخ رحمه الله علیه که تقریبا صد سال بعد از ایشان مبسوط را نوشت

عظمت شیخ اقتضا کرد که این جا افتاد. به هر حال فقه تفریعی باید در شیعه می آمد، نمی شد امکان نداشت. حالا فرض کنید بدل حیلولت در روایات ذکر نشده، حکمش باید بیاید دیگه خب، در جامعه هست دیگه. إنما الکلام شیخ رحمه الله مسئله را به حسب قاعده انجام دادند لکن این که آیا واقعا قاعده این را دارد و ندارد آن بحث هایی است که بعدا شده است یعنی بعبارة اخرى این مشکل ندارد طرح مسئله. به هر حال این واقعیت اجتماعی است که گاهی بین شخص و بین مالش حیلوله حائل می شود، این که جای انکار نیست، امر واقعی است دیگه، ماشین را ولی نمی تواند بیاورد، ماشین هم موجود است، آن وقت این در میان فقه اهل سنت خیلی هایش از قرن دوم مطرح شد یا قبلش، حالا این ها تصور کردند شیخ متأثر به اهل سنت است، نه متأثر نیست، نظر مبارک خودش است. تأثر در کار ندارد اما خب می دانید کسی بخواهد کتابی مثل مبسوط که الان که چاپ شده هشت جلد است، کتاب مبسوط را کل فقه را از اول تا آخر فقه بخواهد روی قواعد بنویسد آنجایی که منصوص نیست خب واقعا کار مشکلی است، نمی شود اینهمه کار کرد، این کار سنگینی است، فوق العاده سنگین است و طبعا شیخ هم مثل بقیه بشر است. آن چه که مهم است این است که یک قداست خاصی نه به کتاب مبسوط ایشان داده بشود و نه به قداست خاصی به علمایی که بعد از ایشان آمدند، این که می گویند تا دویست سال مقلد شیخ بودند. این قداست هایش محل کلام است و إلا از نظر علمی ایشان نظر مبارکش به این است که یک نوع بدل است، اصلا تعبیر بدل حیلوله هم همین است، ضمان نبوده، البته عرض کردم توش ضمان حیلوله را هم آقایان معاصر ما نوشتند، معاصر یعنی این که نزدیک زمان ماست لکن انصافا تعبیر بدل، این تعبیر بدل هم روی نکته بود.

بعدش هم للمالک المطالبة، اگر خواست، خوب دقت بکنید اگر مالک گفت من ماشین را می خواهم احتیاج دارم، و لذا دیروز عرض کردم اگر ما باشیم و طبق قاعده مالک حق مطالبه دارد حتما ضمان نیست، ممکن است بگوید ماشین نمی آید. پول اجاره یک ماه ماشین را بده، دقت می کنید؟ یا طرفین توافق بکنند که ماشین را اصلا بفروشند، یکیش هم ضمان است یا مثل آن ماشین را به من بدهد یا قیمتش را به من بدهد، اگر برگشت بر می گرداند، دقت کردید؟

پس خوب دقت بکنید و تعبیر این که قیمت حائل تعبیر هم این است چون اینها فقط ضمان فهمیدند، اگر فروش بود ثمن می گفتند، عرض کردم در فروش ثمن می گویند، در ضمان قیمت می گویند، قیمت یعنی نرخ، قیمتش این است، ثمن ما یتفق علیه الطرفان، خوب دقت کردید؟ اگر گفت ثمن الحیلولة یعنی می گوید این ماشین را به تو این قدر فروختم، این می شود ثمن، اگر گفت ضمان می گوید قیمت، قیمت آن ماشین، این مطلبی که در این جا هست خوب دقت بکنید پس این مطالب به نظر ما حقش باید داده بشود، اشکال در شیخ و در کسانی که بعد از ایشان متابعت کردند و دعاوی اجماع نیست، دعاوی اجماع در مسئله که خیلی مشکل است، اصولا دعاوی اجماع به این معنا که منشاش شیخ باشد یا بعد از شیخ شهرت پیدا بکند شهرت بد نیست، علامه ادعای اجماع هم می کند شهرت هم می کند، علامه هر دو را دارد اما انصافا دعاوی اجماع خیلی مشکل است، دعاوی شهرت را می شود انجام داد، اجماع خیلی مشکل است.

ایشان مرحوم نائینی، البته آخر وقت من یک مقدار سریع بخوانم. ایشان دو صفحه قبل از این متعرض تنقیح موردی، ما البته اول ادله را خواندیم. حالا به موضوع بر می گردیم:

و هو علی ما یستفاد من کلمات الاعلام صرف التعذر، لا التلف و لا ما بحکمه، ببینید ایشان می گوید ما تلف داریم و به حکم تلف، مثلا کما إذا خرج المال عن المالیة شرعا، این مراد از اخرج المال عن المالیة، مثلا یک سرکه ای را آقایان غصب کرد در خانه اش نگه داشت خراب شد، می گوید الان آن مایع موجود است لکن شرعا شراب ملک نیست، کما إذا خرج عن المالیة شرعا، او سرق و لم يعرف السارق بحيث لا یتمکن من رده الی مالکة عاداتا و نحو ذلک مما یودی تالفا عرفا، کما این که در دریا مثلا اقیانوس غرق می شود.

فإن فی هذه الموارد لا یضمن إلا قيمة المال أو مثله، لا بدل الحیلولة، در این ها دیگه بدل حیلولة نیست. می گوید مال شما را دزدیدند، بالاخره این مال موجود است، حالا نگو دزد کجا برده اما موجود است، نه این جا بدل حیلولة نیست، تلف است، عرفا تلف است. نعم فی بعض الموارد یشک أنه من مصادیق التعذر أو التلف کما لو غرق و لم یحصل الیاس.

فرض کنید در دریاچه غرق شده است. احتمال دارد که این غواص ها بروند و آن را برداند، احتمال دارد.

من الوصول إلیه فالاولی، بعد لذا مرحوم نائینی می فرماید ما یک تاسیس اصل بکنیم تا عند الشک هم به آن برگردیم.

.....  
فالاولی تاسیس الاصل فی المسئلة ثم بیان موارد الغرامات

اصولا مواردی که موجب ضمان است چند تاست که آیا حیولت جزء اسباب ضمان هست یا نه؟ ایشان به همین مناسبت ایشان موارد غرامات را چهار تا گفتند، یکی التلف الحقیقی، یکی تلف جميع انتفاعات فی جميع الازمنة و این هم بر دو قسم است. سوم هم تلف بعض الانتفاعات الذی لیس مما یتقوم به الملكية فی جميع الازمنة، مثل این که حیوانی بلانسبت موطوء بشود، آن را جای دیگه می دهند می فروشند اما در خود شهر نه.

الرابع تلف جميع الانتفاعات فی بعض الازمنة كاللوح المغصوب فی السفینه، این مجموع تلف هایی را که ایشان آورده چهار تا آورده و می خواهد بگوید که حیلوله جزء این چهار تا نیست.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين