

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

عرض شد در بدل حیلولة یک مقداری متعرض کلمات مرحوم استاد شدیم که ادله را خواندیم و بعد هم متعرض کلمات مرحوم نائینی شدیم که ایشان به اصطلاح یک مقدار مقدماتی و اموری را قبل از خود مسئله بدل حیلولة آوردند. از سه امری که مرحوم نائینی گفته بود امر سومش را نخواندیم چون عرض کردیم نائینی با مرحوم سید یک اختلافی در عبارت شیخ دارد، حالا چون امروز می خواهیم عبارت شیخ را بخوانیم این اختلاف را عرض می کنیم. البته انصافا حق با مرحوم نائینی است.

به هر حال عرض کردیم انصافش این روش هایی که گفته شده ما چون خیلی نمی پسندیم حالا مطالبی را که مرحوم شیخ فرمودند و بعض از نکات را، عباراتی را که مرحوم نائینی داشتند. بعضی ها نکات فنی داشت آنها را متعرض شدیم با نکات فنی. چون آن نکات فنی را جای دیگه هم نداشت. حدیث علی الید چه ربطی به مانحن فیه و بدل حیلولة دارد چون بعدا بر می گردیم و این ها را در نتیجه نهایی ان شا الله توضیح می دهیم آنجا عرض می کنیم.

مرحوم شیخ قدس الله نفسه از صفحه ۲۵۷ در ذیل ضمان قیمی، چون ایشان بحثی که در باب ضمان بود در مقبوض به عقد فاسد، در شکل ابحاثی قرار داد، ضمان مثلی به مثل یک بحث بود. آخرین بحث ایشان ضمان قیمی به قیمت بود. این آخرین بحث مرحوم شیخ بود، در ذیل این بحث بدل حیلولة را آوردند و البته بدل حیلولة اختصاص به قیمی ندارد. چون اگر بخواهد بدلش را بدهد اگر مثلی باشد باید مثلش را بدهد، اختصاص به قیمت ندارد، این که مرحوم شیخ در ذیل ضمان قیمی آوردند نکته ای ندارد. به هر حال مثلا ذیل ضمان مطلق است و إلا نکته خاصی ندارد.

به هر حال مرحوم شیخ متعرض این مسئله شدند، از صفحه ۲۵۷، عرض کردم این مسئله از قدیم از اهل سنت چون من بعد باید متعرض آن جهات بشوم ریشه های تاریخی این بحث را عرض می کنم. بعضی وقت ها مرحوم شیخ اقوال می آورد، نمی دانم چرا این جا نیاورده. اشاره ای می کند اما از اول مرتب و جمع و جور بگوید از کجا شروع شده این دفعه مرتب ندارد.

حکم تلف العین، البته دارد من ضمان المثل أو القيمة، خودش هم نوشته ضمان المثل اما در ذیل قیمی آورده. در ذیل مثلی نیاورده، ظاهرا مرادش این است که در ذیل ضمان باشد مطلقا و إلا اختصاص به قیمت ندارد.

حکم تعذر الوصول إليها و إن لم تهلك

هلاک نشده، از بین نرفته لکن تعذر وصول دارد.

كما لو سرقت أو غرقت أو ضاعت أو أبقت

در لغت عربی ضاع به معنای تلف داریم مثلا ضیاع وقت، وقتش را تلف کرد اما این جا مراد از ضاع گم شدن است. ضیاع یعنی جایش معلوم نیست، هست اما گم شده است. گم شدن است.

أو أبق که فرار عبد باشد. ایشان شاید نظر مبارکشان این باشد که ما این ادله ای که در باب این عناوین ضمان آمده این ها هم به درد بدل حیلولة می خورد، ظاهرا نظرش این باشد.

لما دل على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة.

عرض کردیم این هم یکی از عجائب است، نه مرحوم نائینی و نه مرحوم آقای خوئی این دلیل شیخ را نیاوردند، خیلی هم عجیب است یعنی مرحوم نائینی و آقای خوئی قاعده الناس مسلطون را آوردند. قاعده علی الید را آوردند، قاعده کذا و کذا، هیچ کدام این را نیاوردند، این را مرحوم سید روایتش را متعرض شده است

پس ظاهرش این است و عرض کردیم ظاهر عبارت جواهر هم همین طور است، خود جواهر هم ظاهر عبارتش همین است که تعبیر به اخبار دارد، ظاهرش این است نکته در باب بدل حیلولة را اخبار می داند، آن وقت بگوییم مراد ایشان از اخبار غرق بشود، چه حالا

غرق بشود هیچ امکان وصول نباشد یا غرق شده و امکان وصول است. ظاهرا باید مرادش این باشد. اگر امکان وصول شد بدل حیلوله است لکن انصافا عرض کردیم مرحوم سید هم دارد. شیخ هم بعد بعضی جاها اشاراتی دارد، انصافا اگر ما باشیم و واقع، این اخبار به هیچ وجه ربطی به بدل حیلوله ندارد. ظاهرش این است که ضیاع را تلف بگیریم، این این طور نبوده که اگر یک چیزی گم شد یعنی می گوئیم هست لکن من این جا را، ممکن است اصلا نباشد، تلف شده باشد، از بین رفته باشد. این گم شدن این طور نیست که مقام علم ما فقط مشکل علم باشد. ممکن است مشکل واقع هم داشته باشد، در واقع وجود ندارد و از بین رفته. آن وقت ما چون خبر نداریم کلمه گم شدن را ما در ادراک ذهنیمان بکار می بریم اما ممکن است در واقع هم اصلا نیست. غرق را در یک فعل معین بکار می بریم که این به طور متعارف بهش نمی رسد انسان. سرقت هم همین طور است. این طور نبوده که دزدی ببرد و بعد برای ما بیاورد، تعذر وصول، خیلی خلاف ظاهر است. این که مرحوم شیخ قدس الله نفسه تمسک به این عناوین کرده، عرض کردم شاید هم مرحوم آقای خوئی و نائینی دیدند که خیلی بعید است. یک جایی آقای خوئی یا نائینی دارد که بعید است، آن روایت را حکم بر تلف باید کرد. غرض به هر حال ظاهرش این است که مرحوم شیخ، این چون یک نکته ای دارد که مرحوم شیخ دلیل را این اخبار گرفته است. چون عرض کردم از شواهد ما کاملا واضح است که بحث بدل حیلوله از همان قرن دوم مطرح است، و لذا ما الان نمی دانیم چرا در این روایاتی که ما الان داریم تصریح بهش نشده است. بله مثل آن روایت عبد یا حیوان را خواندیم اما آن هم ربطی به بدل حیلوله ندارد. آن را هم باز دو مرتبه توضیحی عرض می کنیم.

و هل یقید ذلک بما إذا حصل الیاس من الوصول الیه، یاس یا عدم رجاء وجدانه

أو یشمل ما لو علم وجدانه فی مدّة طویلة یتضرر المالك

اشاره به دلیل لا ضرر دارد

من انتظارها أو و لو كانت قصيرة وجوه

مرحوم شیخ اول طرح این کرد که آیا بدل، این را به اصطلاح فروع بدل حیلوله، به تعبیر مرحوم نائینی و آقای خوئی فروع بدل حیلوله گرفتند، آیا شرطش این است که یاس باشد یا حتی امیدش هم نیست، ناامیدی مطلق باشد؟ یا نه می داند بعد از دو ماه، سه ماه پیدا می شود، که برای این ضرر دارد.

یا ولو برای مدت قصیر، این یک معنا و یک تفریعی که شیخ دارد.

بعد در صفحه بعد، این صفحه ۲۵۷ بود. در صفحه بعدی این طور دارد، وسط را نخواندم، بر می گردم و می خوانم. می خواهم بگویم که منشا اشکال کجاست. در صفحه بعدی دارد: ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتکلیف بل لو کان ممکنا بحیث یجب علیه السعی فی مقدماته لم یسقط القیمه ضمان السعی، حتی اگر ممکن بود، ضمان سعی هم باید قیمت را بدهد.

لکن ظاهر کلمات بعضهم بالتعذر که مراد مشعر به این است. یک بحثی که الان اول بحث عرض کردم بین مرحوم نائینی و مرحوم سید یزدی است می گویند چرا شیخ تکرار کرده است؟ چون آن جا گفت مقید باشد إذا حصل الیاس من الوصول. این جا گفت این تعذر مسقط تکلیف یا تعذر عرفی، ولو مسقط تکلیف نباشد. این دو تا یک مطلبند یا دو تا مطلبند؟ روشن شد؟ اول مطلب گفتیم یک مطلبی را مرحوم نائینی لکن ما نخواندیم، چون من گفتم من بخوانم بدون این که برای شما معلوم باشد مال کجاست ذهنتان مشوه می شود. این مطلب مال این جاست. مرحوم شیخ یک بار گفت یوید بما إذا حصل الیاس، اصلا بدل حیلوله در جایی است که یاس باشد، این یک مطلب. نه یاس نیست، یاس نداریم لکن طول می کشد یا حتی طول نمی کشد، مدت کم.

بحث دوم: ثم الظاهر عدم اعتبار. آیا مراد از تعذر، تعذری است که مسقط تکلیف است یا تعذر عرفی؟ بل لو کان ممکنا، حتی اگر ممکن باشد یجب علیه السعی فی مقدماته لکن در ضمان سعی هم قیمت را بدهد، بدل باید ثابت بشود، آیا مراد از این بدل حیلوله کدام یکی است؟ این دو تا مطلب، دو تا مطلب است یا یک مطلب است که شیخ اشتباه کرده؟ مرحوم سید یزدی گفته یک مطلب است، مرحوم نائینی می گوید دو تا، ظاهرا دو تا مطلب است. یاس یک چیز است و تعذر مسقط چیز دیگری است، آقایان مراجعه کنند، چون من خیلی خوشم نمی آید خیلی روی عبارات بحث بکنیم. مخصوصا که این مطلب خودش هم مشکل دارد.

بعدش مرحوم شیخ در آن مطلب یقید إذا حصل الیاس، مرحوم شیخ یک عبارتی دارد که ما که نفهمیدیم.

ظاهر ادله ما ذکر من الأمور الاختصاص بأحد الأولین

ظاهرا ادله ما ذکر، ادله ما ذکر را نمی فهمم! ظاهرا. اختصاص به صورت یاس دارد، جایی که یاس پیدا بشود. مگر این جور باشد ادله ما ذکر، ما ذکر یعنی بدل حیلولة. آن وقت مراد از ادله، در حاشیه این طور معنا کردند که آن روایاتی که در سرقت و غرق و ضیاع است، مراد این است. از وجوب یعنی آن، من احتمال می دهم و العلم عند الله سبحانه و تعالی، مراد شیخ بقیه ادله مثل لاضرر است چون گفتیم به لاضرر تمسک شده، به الناس مسلطون تمسک شده، به علی الید تمسک شده، اینها را خواندیم. شیخ این ها را نیاورده، شاید شیخ، یعنی ظاهر ادله ما ذکر، آن وقت من الامور بیان ادله باشد، ظاهر ادله ما ذکر! مرادش، حالا به هر حال اینها ادله ما ذکر را اخبار گرفتند، اخبار هم این اموری که در آن ها سرقت و ضیاع و اباق و اینهاست، این طور معنا کردند، و العلم عند الله، ما که نفهمیدیم.

لکن ظاهر إطلاق الفتاوی اخیر

اطلاق فتاوایشان اخیر است. خب ایشان بحث نفرومودند که این فتاوا از کی آمد و دلیل این فتاوا چه بوده؟ اصلا چه نکته ای بوده؟

كما يظهر من إطلاقهم

مراد از اطلاق در این جا یعنی تقیید نزدند، مطلقا گفتند

أن اللوح المغصوب فی السفینة إذا خیف من نزع غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قیمته إلى أن تبلغ الساحل .

با این که یاس ندارد. بالاخره دو روز، سه روز، پنج روز در راه هستند که بالاخره به ساحل می رسند. ایشان می گوید ظاهرش این است که در آن جهت قائل به این شدند که قیمت آن چوب را بدهد. چوبی را برداشتند که در سفینه مال غصبی بوده بکار بردند. ظاهرش این است. البته عرض کردم انصافا هم در این جهت فقها دقت کردند. این در باب چوبی که در سفینه هست دو تا خوف را فرض کردند، یکی خوف بر مال است و یکی خوف بر نفس است. خوف بر مال را به غیر غاصب زدند، حالا اگر غاصب مالی در این سفینه دارد اگر چوب بکنند مال غاصب است، به جهنم، غاصب یوخذ باشق الاحوال، چرا غصب کرده؟ لذا خوب دقت بکنید غرق مال لغير الغاصب، نکته

این غیر غاصب روشن شد اما اگر خوف نفس باشد ولو غاصب، یعنی اگر چوب را بخواهند بکنند خوف این است که کسی غرق بشود آن جا گفتند ولو بالغاصب، پس در بحث نفس ولو خود غاصب، یعنی آن چوب را بکند خود غاصب هم غرق می شود، چون گفتند دیگه غصب نباید به این جا برسد که بخواهیم غصب را رد بکنیم به مالکش، جان خود غاصب در خطر باشد، اشق احوال این را نمی گیرد. اشق احوال مالش را می گیرد. این را دارد چون این در بعضی عباراتشان هست خوف نفس ولو الغاصب لکن در مال که آمده خوف مال لغیر الغاصب. این در ارتکاز فقها بوده انصافا و لذا عرض کردم این را مرحوم ابن ادریس دارد که مقبوض به عقد فاسد در حکم مغضوب است إلا در اثم. عرض کردیم اصل مطلب از قرن دوم مال شافعی است، او مطلقا گفته به حکم مغضوب است و انصافا هم مشکل است، اثباتش با قواعد عقلائی و ارتکازات ما نمی سازد مگر تصرف خاصی در غاصب باشد. این را من می خواستم توضیح بدهم چون عبارات فقهای ما که اینجا آمده یا فقهای اهل سنت. فرق نمی کند. عبارتشان این جوری است. لو يخاف على نفس ولو هو الغاصب، یا علی مال لغیر الغاصب، مال را قید زدند ولی نفس را قید نزدند.

یکی از حضار: حتی اگر مال غاصب مال عظیمی باشد؟

آیت الله مددی: می گویند مال خودش است، کی گفت چوب مردم را بگیرد و در سفینه اش بکار ببرد! کار خودش است دیگه. این جنایت دست خودش است، کار خودش است. من بعضی نکات را که در متن بود. چون بنای من این است که این متن روشن بشود. امروز قصد داشتم تمام بخوانم ولی شاید به روز نشود.

و يؤيده أن فيه جمعا بين الحقين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين

این فرع اول، غرض در این فروع ایشان خیلی چیز نمی کند. اگر دلیل شما مسئله غرق باشد این صدق در این مقامات ندارد.

فإن تسلط الناس على ماله الم الذي فرض كونه في عهده

ببینید ایشان فإن تسلط الناس على ماله، من فکر می کنم این منشا شد که مثل مرحوم آقای نائینی و آقای خوئی اولاً این قواعد را در مقدمات بیاورند. شیخ در لابلای کلام آورده که این قر و قاتی شده. اصلا شیخ دلیل را همان اخبار گرفته است. درست شد؟ بعد در اثنا

گفت فی مدة طويلة يتضرر مالک، اشاره به لاضرر است. هدف من از خواندن عبارت این بود. در این جا فإن تسلط الناس علی مالهم. اشاره به الناس مسلطون دارد یعنی شیخ در حقیقت و لذا هم ما احتمال دادیم ثم ظاهر ادله ما ذکر من الامور، اشاره فقط به اخبار نباشد، به لاضرر و علی الید، احتمالا این است. معلوم شد ارزش کار مرحوم نائینی؟ مرحوم نائینی از اول این عناوین را جدا کرد. مرحوم شیخ را الان برایتان عبارتش را خواندیم که دلیلی که آورد آن روایات بود. این عناوین را در لابلا آورد. عنوان لاضرر، عنوان تسلط اما کار درست همان کاری بود که مرحوم نائینی کرد. آن عناوین را جدا کرد. این جداسازی نکته اساسی علم در بشر است اصلا. خصلت اساسی بشر این است، خصلت نه، ذات بشر.

فإن تسلط الناس علی مالهم الذی فرض کونه فی عهده یقتضی جواز مطالبه الخروج عن عهده عند تعذر نفسه

این تسلط مردم بر مال، الذی فرض کونه فی عهده الضامن یعنی در عهده ضامن قرار می گیرد چون الناس مسلطون. ان شا الله خواهیم گفت آنها آقایان دلیل الناس مسلطون را رد کردند، هم نائینی و هم مرحوم آقای خوئی رد کردند. ما هم به یک معنای دیگری. یقتضی جواز مطالبه الخروج عن عهده عند تعذر نفسه نظیر ما تقدم فی تسلطه علی مطالبه القيمة للمثل المتعذر فی المثلی.

مثل این که آن جا عرض کردیم این سلطه

نعم لو کان زمان التعذر قصیرا جدا إلى

ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتکلیف

ببینید ایشان هم در آن جا و هم در این جا انصافا فنی وارد بحث نشدند. این که ایشان می گوید ظاهر این است که عدم اعتبار تعذر مسقط، تعذر حقیقی حقیقی که مسقط تکلیف باشد نه، تعذر عرفی. مرادش تعذر عرفی است. خب شیخنا این در جایی است که لفظ تعذر در لسان دلیل آمده. ما دلیلی نداریم إذا تعذر ردّ العین. کلمه تعذر در لسان دلیل نیامده. خوب دقت کردید؟ این راه را دقت بکنید، آن تفکر را، این که ایشان می گوید ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر، این را اصطلاحا فقهای ما در تحلیل فقهای ایشان در جایی بکار می برند که این عنوان در لسان دلیل آمده. اگر عنوان در لسان دلیل آمده آن وقت می گویند آیا مراد از تعذر، تعذر حقیقی است، تعذر عقلی است؟

.....

که مسقط تکلیف است یا مراد از تعذر شامل تعذر عرفی هم می شود؟ انگشتر در ته چاه افتاده و دیده می شود اما الان به آن نمی رسیم. تعذر عرفی را هم شامل می شود. این در جایی است که دلیل ما تعذر توش در لسان دلیل آمده باشد اما چون در لسان دلیل نیامده است، شیخ باید بگوید آن روایتی که توش عنوان سرقت هست این اعم است. ولو تعذر عرفی را هم بگیرد سرقت. این طوری باید بحث بکند. نحوه بحث تحلیل علمی این طوری است. مثلاً الناس مسلطون علی اموالهم تعذر عرفی را هم می گیرد، لاضرر تعذر عرفی را می گیرد. باید بگوییم دلیلی را که اقامه کردیم چیست.

بل لو کان ممکنا بحیث یجب علیه السعی فی مقدماته لم تسقط القیمه زمان السعی لکن ظاهر کلمات بعضهم التعبیر بالتعذر

این جا باز مرحوم شیخ برگشت. خب شیخنا این کلمات چه ارزش وجودی دارند؟ عرض کردیم در اصطلاح فقه شیعه، چون مرحوم شیخ رحمه الله اصولاً از این راه نرفته است. اگر یک کلمه ای در مثل فتاوی شیخ صدوق یا پدر ایشان یا حتی فقه الرضا یا حتی مثل نهاییه شیخ طوسی؛ آن تعابیر ارزش دارد چون اینها غالباً عین روایات را تعبیر می کردند اما اگر این کلمه تعذر در کتاب مبسوط شیخ و خلاف شیخ و کتاب های بعدی آمده اینها دیگه ارزشی ندارد، روشن شد؟ این که ایشان می گوید ظاهر کلمات بعضهم التعبیر بالتعذر این درست است، إنما الکلام این ظاهر چه مقدار ارزش علمی دارد آن را باید حساب کرد. حالا خیلی خب در کلماتشان آمده تعذر ردّ العین. این چه ارزش دارد؟ در روایت که نیامده، این که یک. آمد در کلمات فقها، خب این چه ارزش علمی دارد؟ مثل مرحوم آقای خوئی هیچ فرق نمی گذارند. عده زیادی، خود شیخ هم ظاهراً این طور است اما عرض کردم یک مبنائی است که پیدا شده که ما بین قدما و متاخرین فرق بگذاریم. حتی بین قدما امثال شیخ طوسی، بین کتاب هایش فرق بگذاریم. اگر تعبیر تعذر در عبارات قمی ها بود این معنایش روایت است، اگر تعبیر تعذر در مبسوط شیخ بود معنایش اجتهاد است، یا به تعبیری که غالباً خود بنده بکار می برم اگر در کلمات صدوق بود یک نحوه تلقی است یعنی از ائمه گرفته شده است، اگر در مبسوط شیخ بود تبنی است، اجتهاد شیخ است. او بر این اساس بنا گذاشته. این فرق در کلمات قدما بین تبنی و تلقی خیلی مشکل است، آنی که الان متعارف است غالباً وقتی یک مطلبی را قدما گفتند یا یک روایت ضعیفی را قبول کردند این را تلقی حساب می کنند. این همین جای نکته فنی بحث این است، مثلاً فرض کنید

یک حدیث ضعیفی را قبول کردند، این را الان مثلاً عمل مشهور. این را یک نوع تلقی حساب می کنند. می گویند مشهور قدام این را از ائمه گرفتند و لکن مثل آقای خوئی آن را تبیین حساب می کند، هم رجال و نحن رجال. و عرض کردیم انصافاً مواردش فرق می کند. حتی کسانی که تعبیر را بکار می برند مثل شیخ صدوق یک جور است، مثل شیخ طوسی در مبسوط جور دیگری است. مبسوط شیخ طوسی یک جور است و نهاییه شیخ طوسی باز جور دیگری است. و انصافاً یکنواخت نیستند، مصادر اصحاب ما یکنواخت نیستند. عرض کردیم تا آن جایی که من می دانم اولین کسی که متنبه به این نکته در فتوا، نه در روایت شده مرحوم ملا محمد امین استرآبادی رئیس اخباری هاست، بنیانگذار مکتب اخباری است، ایشان می گوید ما اجماع را قبول نداریم. بعد می گوید اجماع اگر فتوایی مشهور بین قدام بود آن را قبول می کنیم چون قدام به متون روایات فتوا می دادند. یعنی به عبارت دیگر فتوای بین قدامی اصحاب تلقی است، تبیین نیست، عرض کردم قدام را هم حالا ایشان فرق نگذاشتند. شیخ در مبسوط تلقی نیست، تبیین است اما شیخ در نهاییه تلقی است، شیخ صدوق و پدرش که کاملاً تلقی است، فقه الرضا هم تلقی است لکن تلقی در روایات چون ما دو تا تلقی داریم، یکی در فتوا و یکی در روایات. اینها هم تلقی است، به ذهن خود آنها اما حالا تلقی در روایت فقط فرقی این است که آیا این روایت داشته در کتاب شیخ صدوق آمده؟ بله ولو مرسل باشد. آیا روایت حجت است؟ آن بحث دیگری است اما این روایت بوده، اگر فتوایی در فقه الرضا آمد این روایت بوده اما آن روایت حجت است بحث دیگری است. در باب فتوا هم گاهی اوقات فتوا می دهند مثلاً مرحوم شیخ، نه عمل به روایت. اصلاً کلاً روایت نیست. این در باب فتوا. عمل به روایت هم همین طور. وقتی تلقی می کنند انصافاً روایت ضعیف را قبول می کنند. دلالت بر یک نوع تلقی از مشایخ و مشایخ به ائمه علیهم السلام برگردد، این احتمالش توش هست اما در متاخرین این طور نیست. به هر حال و هو الاولی باصالة عدم تسلط المالك علی ازید من الزامه برد العین، دیگه جوابش این است که اگر شما بدل حیلوت را قبول کردید این اصالت را پیش نکشید، فتامل.

و لعل المراد به التّعذر فی الحال و إن کان لتوقفه علی مقدمات زمانیه يتأخر لأجلها ذو المقدمه ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العین

این هم فرع دوم مرحوم شیخ بود، ایشان می گوید. در حاشیه یک چیزی نوشته اما جدا نکرده است. بحث سوم: ایشان می خواهد بگوید اگر ما در باب بدل حیلولة قائل به قیمت شدیم غیر از آن جایی است که در باب تلف قائل به قیمت می شویم. در باب تلف وظیفه ضامن قیمت است اما در باب بدل حیلولة وظیفه اش نیست لذا در باب تلف اگر مال کسی را تلف کرد، کتاب کسی، فرش کسی، الزامش می کند به قبول قیمت. باید قبول بکند. چون همچنین چیزی الان نیست اما در باب بدل حیلولة نمی تواند الزام بکند. بهش می گوید بدلش را می دهم. این هم مطلبی است که مرحوم شیخ فرموده است.

اصل مطلبش درست است، چون باید تصویر ما از بدل حیلولة روشن بشود، اصل مطلبش درست است.

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبتها مع تلفها في كون دفعها حقا للضامن فلا يجوز للمالك الامتناع بل له أن يمتنع

یعنی انتقال قیمت در بدل حیلولة به عنوان حق مالک است. عرض کردیم اصطلاحی را متاخرین از حقوقدان های غربی دارند که فرق بین حق و حکم را، چون یک بحث مفصلی بین اصحاب ما است و این بحث را عرض کردیم در بین اهل سنت از قبل شروع شده، در بین ما به این معنای قانونی خودش و حقوقی خودش تقریباً از زمان شهید اول در قواعد است. فرق بین حق و حکم و ملک، فرق این سه تا چیز چیست؟ توضیحاتش را ما در محلش عرض کردیم. آن وقت یکی از معانی حق را الان در این سنهوری دارد که در غربی ها ما يجعل لصالح الشخص، اصطلاحاً حق را این می دانند. ما يجعل لصالح الشخص. معروف تر این است که حق آن است که قابل اسقاط است اما حکم آن است که قابل اسقاط نیست. و لذا مرحوم آقای خوئی.

چند تا از شاگردان مرحوم آقای شیخ حسنعلی نخودکی برای من نقل می کردند، چون ایشان شب ها مشغول عبادت است، بعد هم صبح ها شرح لمعه درس می داد، می فرمود گاهی اوقات در درس خود استاد می خوابید، متعارف است که شاگرد می خوابد. حالا ما نزدیک خواب رسیدیم.

علی ای حال ایشان می فرمود حقا للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع

البته حق نیست، عرض کردم کلمه حق در روایات یک معنای عامی بکار برده شده است. این که در قواعد شهید آمده و این که الان هست، این که در قوانین متعارف غربی و حقوقی هم است این یک اصطلاح خاصی است، این حق گاهی اوقات به معنای حکم است ثابت است.

فلا يجوز للمالك الامتناع بل له أن يمتنع من اخذها و يصبر، ليس حقا مثل باب تلف، در تلف ليس له الامتناع، در باب بدل حیلولة له الامتناع.

أن يصبر إلى زوال العذر كما صرح به الشيخ في المبسوط.

اگر این مبانی که من عرض کردم روشن بود تصریح شیخ هم در مبسوط مشکل را حل نمی کند. دقت فرمودید؟ بعد هم آن عبارت مبسوط باید کاملا دقیقا با مبانی خاص خودش باشد. الان عرض کردیم بعضی ها گفتند چرا بحث وضع را می خوانید. اگر ما کتاب مبسوط را اولاً خودش را نگاه بکنیم و بعدش هم روی کلمات اهل سنت نگاه بکنیم شاید جور دیگری معنا بشود.

و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم

باز الناس مسلطون على أموالهم را آورده. یعنی مالک می گوید من مسلطم، مال من موجود است، صبر می کنم تا بیاوری. به خاطر الناس مسلطون على أموالهم. این مقدار را ببینید دقت بکنید، این مقدار صبر کردن مالک این قاعده الناس مسلطون نمی خواهد. این ارتکاز قطعی عقلائی است. نمی خواهیم بگوییم حدیث الناس صحیح است، صحیح نیست، عمل اصحاب شده، عمل جابر است یا نیست. این حرف ها را در آن جا نمی خواهیم بزنیم.

و كما أن تعذر رد العين في حكم التلف

مطلب چهارم: اگر تعذر رد عین بود

فكذا خروجه عن التقويم

این دیگه اصلا قیمت ندارد. ارزش ندارد. مثلاً این آقا یخی را از این طرف گرفته و در یخچال طبیعی گذاشته و موجود است، بعد از زمستان می گوید بیا آقا یخ بهت بدهم. این نه، این چهارم بود.

گنجم که این مطلب پنجمش خیلی مهم است، این ثم مطلب پنجم است. عرض کردم مرحوم شیخ انصافاً خیلی ناجور در بحث بدل حیلولة وارد شدند، خیلی قر و قاتی کردند. من می خوانم برای این است که این قر و قاتی ها روشن بشود. این مطلب پنجم که این مطلب بسیار اساسی است و آن مطلب اساسی این است که این ماشین رفته در یک کشوری گذاشته شده و فعلاً رفت و آمد به آن کشور ممنوع است. موجود است، ممکن است یک ماه یا دو ماه طول بکشد تا این ماشین را بیاورد. می گویند می تواند قیمت را بگیرد. بگوید قیمت ماشین را به من بده، کلام در این است که قیمت را که گرفت مالک قیمت هست یا نه؟ یعنی قیمت مثل یک امانت است، مثل یک وثیقه است؟ این قیمتی که گرفت مثل یک وثیقه است، این پول پیش من می ماند تا تو ماشین من را بیاوری. ماشین را که آوردی قیمت را بهت رد می کنم. این حالت وثیقه دارد؟ چون تا حالا یک مشکل این بود که قیمت را بگیرد، تا حالا می خواستیم اثبات بکنیم که می تواند قیمت را بگیرد یا نه قیمت حکم مال خودش را دارد، مثل تلف است. می تواند تصرف بکند. قرض نیست. یا مطلب دیگه این که می تواند تصرف بکند، تصرفی که متلف نباشد، مثلاً کتاب را مطالعه بکند اما نفروشد. یعنی تصرفاتی را که موجب ذهاب عین است نکند. تصرفاتی بکند که اگر بعد ماشین را آورد بتواند رد بکند، دقت فرمودید؟ سنخ از تصرفاتی که بتواند رد بکند. روشن شد؟ این بحث این مطلب اساسی مطلب پنجم ایشان است. آقایان خواستند در کتاب مکاسبشان عنوان بزنند

ثم إن المال المبدول يملكه المالك بلا خلاف كما في المبسوط

حالا من در ذهنم هست که و الخلاف، بله در خلاف هست بلا خلاف. اما مبسوط به نظرم بلا خلاف نبود.

و الغنية و السرائر

دیگه با این مقدماتی که ما عرض کردیم ارزش لا خلاف و غنیه و سرائر هم روشن است. چون عرض کردیم سرائر و غنیه اصولاً، کسانی هم مثل سید مرتضی قائل به حجیت خبر نیستند مطلقاً، دنبال اجماع هستند، و این تلقی بوده که بعد از شیخ طوسی بوده، سرائر بعد از

.....

شیخ است و غنیه ابن زهره هم بعد از شیخ است. این تلقی بوده که بعد از شیخ طوسی بود. شیخ هم در خلاف ادعای اجماع کرده، این اجماع پیش اینها ارزش پیدا کرده و فتوا هم. عرض کردیم به طور طبیعی بعد از شیخ طوسی تا زمان محقق تقریباً تا زمان محقق و علامه تقریباً علما به آرای شیخ عمل کردند. الان طبق مقدماتی که ما عرض کردیم این لا خلاف خیلی ارزش علمی ندارد، نه لا خلاف کتاب خلاف شیخ خیلی ارزش علمی دارد، ارزش علمی در اصطلاح فقهای اصولی بیشتر ما بیشتر به این است که نحوی باشد که کاشف از قول امام باشد، این لا خلاف ها به این نحو نیستند، وقتی می گوئیم ارزش ندارد نه این که کلام شیخ بی ارزش است، در این حدی که در حد کشف از قول امام سلام الله علیه باشد

و ظاهرهم إرادة نفی الخلاف بین المسلمین.

این مطلب را، ظاهر شیخ در خلاف ممکن است، در غنیه و سرائر نه. این مطلب را عرض کردم در جواهر هم دارد. ظاهراً شیخ از جواهر گرفته است.

و لعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق إلا بذلك

این ضمان را که شما می گوئید ضامن است چه فائده ای دارد؟ فائده اش باید به این باشد که تصرف بکند، اگر تصرف نکرد چه فائده دارد؟

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين