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 که مرحوم شیخ رضوان الله تعالی علیه عده ای از امور را یا به قول آقایان تفریعات را در ذیل بحث بدل حیلوله آوردند. اما خب عباراتش خیلی واضح نیست، به اصطلاح حتی به عنوان تالیف کتاب هم روشن نیست، چه برسد به عنوان کتاب درسی باشد چون کتاب درسی هم ضوابط خاص خودش را دارد. هر کسی یک کتاب بنویسد کتاب درسی نمی شود. علی ای حال برای انصافا آموزش یعنی باید با یک ضمیمه استاد همراه بشود.**

**امر یازدهمی را که ایشان، و عرض شد مسائل را به لحاظ تاریخی بررسی کردن خیلی موثر است. این بحث کبروی را که من عرض می کنم بحث لطیفی است اما خود من صغرایش را خیلی انجام ندادیم. خیلی وقت بر است و خیلی امکانات می خواهد و خیلی حال خاصی را می خواهد. ایشان بحث دومش بحث یازدهمش، امر یازدهمش آیا غرامت یعود ملکها الی الغارم بمجرد التمکن، ایشان این را دارند که به مجرد تمکن غرامت به غارم و ضامن بر می گردد یا نه؟ من این را در ذهنم آن طور که هست این فرع را که به مجرد تمکن ملک بر می گردد یا نه در میان اهل سنت ندیدم. درمبسوط هم که اخیرا مراجعه کردم از اول تا آخر بحث را دیدم. بحث بدل حیلوله یک صفحه و خرده ای است، زیاد نیست، در مبسوط هم مرحوم شیخ ندارد. احتمال دادم عده ای از این مباحث را از جواهر گرفته باشد. به این عنوان در جواهر هم ندیدم. اصلا به این عنوان که یعود ملکها بمجرد التمکن، یا نه، بعد از این که داد، اما فکر می کنم شاید مثلا چون می گویم ایشان هم شیخ از کسی نسبت نمی دهد. ایشان به این که این بحث را چه کسی چه چیزی گفته ایشان نسبت نمی دهد، فقط طرح می کند. به مجرد تمکن غرامت بر می گردد به ضامن یا نه؟ بعد از این که دفن کرد و رد کرد به ضامن بر می گردد. اما فکر می کنم و العلم عندالله نکته فنی نداشته باشد بحث ایشان. مگر یک جور دیگری معنا بشود.**

**چون عرض کردم این مسئله در کتب اهل سنت در فروع غصب آمده است. عنوانشان هم این است که لو غصب شیئا فتعذر ردّ العین. یعنی مفروض کلام غصب است. دقت می فرمایید؟ این که ایشان می گوید اگر تمکن پیدا شد به مجرد تمکن آیا غرامت بر می گردد به ضامن؟ ظاهرا شیخ مسئله را جور دیگری فرض کرده است. اگر فرض غصب است خب معلوم است که به مجرد تمکن به غرامت بر نمی گردد. این مال هنوز غصب است. اصلا فرضش غصب است. یک دفعه اشکال می کند که چرا غرامت بدهد با این که عین مال ماند بحث دیگری است. این اصلا فرضش غصب است. پس این مال الان مغصوب است. تمکن را شاید شیخ در جایی فرض کرده که غصب نیست. این الان مال مغصوب است. اگر مال مغصوب است به مجرد این که من تمکن پیدا نکنم کافی نیست که غرامت برگردد، غرامت باید در مقابل، چون بالاخره حتی تودّی، تا ادا بشود، اگر ادا شد آن وقت دیگه این ضمان. و مضافا به این که اصولا در مسئله باب ضمان، عرض کردیم.**

**به هر حال به ذهنم می آید که ایشان این فرع را خودشان مطرح کردند. به نظرم می آید، چون اسم قائل را هم نمی برند. به نظرم می آید که خودشان مطرح کرده باشند و این که ایشان گفته اظهر ما الثانی الاستصحاب کون العین مضمونة بالغرامة، ظاهرا احتیاج به استصحاب ندارد. غصب است، خود عین مغصوب است. بله شما می گویید اگر خود عین مغصوب است چرا غرامت؟ خب شما بیایید خود ادله بدل حیلوله را ببینید که چرا شما این غرامت را اثبات کردید؟ آن نکته ای که هست آن نکته هنوز محفوظ است.**

**یکی از حضار: چون عین از دسترس خارج بود.**

**آیت الله مددی: خارج باشد. بالاخره آن چه که است، در دسترس این است اما هنوز عین را برنگشته. حتی تودّی. اگر شما غرامت را.**

**پس اگر به این شد اصل دادن غرامت اشکال دارد. عین نبود. اگر شما بخواهید به علی الید تمسک بکنید آن می گوید شما باید عین را بدهید مادامت. شما از آن ور می گویید عین موجود است پس باید مکلف به عین باشید، چرا غرامت بدهید؟ عرض کردم یک مسئله ای را اول این ها مطرح کردند، حالا چون من یک جمع بندی نهایی عرض می کنم. بعد که دنبال دلیل افتادند خب عده ای مثل مرحوم یزدی هم منکر می شود. می گوید ما بدل حیلوله نداریم. آقای خوئی هم منکر می شود که بدل حیلوله نداریم. یک مطلبی مطرح می شود و اشکالات را هم به شما تاریخش را گفتم. مثل محقق ثانی که می گوید شما از یک طرف می گویید عین ملک مالک است و از طرف دیگر می گویید غرامت هم ملک مالک است. خب این جمع بین عوض و معوض است، این با آن نمی سازد. اگر بناست که این جا یک قاعده ای و چیزی، نکته ای باشد. اگر ما باشیم تا وقتی عین تمکن پیدا کرد آن غرامتی که داده شد، یا حالا اجماع بوده یا به عنوان این که ایشان باید عین را بدهد تا عین را نداده. تا عین را نداده خب غرامت را نگاه می دارد. حالا ایشان می گوید به استصحاب. چون به هر حال غصب است و غصب را باید برگرداند.**

**پاسخ پرسش: تمکن را برای غارم می خواهد بگیرد. حیلولت را نسبت به غارم در نظر گرفته. یعنی حیلولتی که به مالک در نظر بگیرد. اگر بگوییم مالک تمکن پیدا کرد خب می گوییم مالک تمکن پیدا کرد باید غرامت را بدهد. ظاهرش که تمکن به مجرد، به مجرد ظاهرا این که تمکن پیدا بشود اما هنوز به دستش نرسیده است. ظاهرش این طور است.**

**و حینئذ، بنا بر این که ضمان جدید نیست**

**فان دفع العین فلا اشکال فی زوال ملکیة المالک للغرامة**

**خب معلوم است که اگر داد دیگه آن مالک غرامت نیست**

**و توهم أن المدفوع كان بدلا**

**یعنی آن چیزی را که داده است**

**عن القدر الفائت من السلطنة في زمن التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله ضعيف في الغاية بل كان بدلا عن أصل السلطنة يعود بعودها**

**این ظاهرا نکته اساسیش همین باشد که ما قائل بشویم از بین بردن سلطنت هم، اگر قائل بشویم.**

**و لو لم يدفعها**

**حالا اگر تمکن پیدا شد، این و لو لم یدفعها، به آن فاندفع العین،**

**لم يكن له مطالبة الغرامة أولا**

**این یک بحثی است که خواهد آمد در خود کتاب بیع که بایع و مشتری می توانند تسلیم نکنند تا تسلم بشود. این بحث را در آن جا دارند. این را هم ایشان نوشته است لم یکن له مطالبة الغرامة اولا**

**إذ ما لم تتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم**

**اول باید سلطنت ایشان برگردد تا برگردد.**

**فإن الغرامة عوض عن السلطنة لا عوض عن قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتأمل. نعم للمالك مطالبة عين ماله لعموم: الناس مسلطون على أموالهم**

**احتیاج به الناس مسلطون علی اموالهم ندارد. خب هنوز مالش است و اگر شما قبول کردید که مالش است. مثل ابوحنیفه گفت دیگه عین مالش نیست. آن جای این حرف ها نیست.**

**و ليس ما عنده من المال عوضا عن مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك**

**این تعبیر عربی ایشان است، السلطنة الانتفاع بها علی الوجه المقصود من الاملاک. ما اسمش را سلطنت مالکانه گذاشتیم و مختصرش کردیم. علی الوجه المغصوب من الاملاک را سلطنت مالکانه کردیم. مطلق سلطنت نیست.**

**و لذا لا تباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.**

**این خارج است.**

**و مما ذكرنا**

**این فرع دوازدهم بود، این امر دوازدهم بود. امر ثانی عشر بود. امر یازدهم آن و هل الغرامة المدفوعة است. این دوازدهم است.**

**و مما ذکرنا امر سیزدهم است، امر سیزدمی که مرحوم شیخ در این جا دارد:**

**يظهر أيضا أنه ليس للغاصب حبس العين**

**اگر ایشان می تواند. بعد غاصب بگوید نه آقا اول تو بده**

**إلى أن يدفع المالك القيمة كما اختاره في التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد.**

**این فرع قدیم است. فرع سیزدهم از تذکره و ایضاح و جامع المقاصد است.**

**و عن السرائر الجزم بأن له ذلك و لعله لأن القيمة عوض إما عن العين و إما عن السلطنة عليها**

**معلوم است.**

**و على أي تقدير فيتحقق التراد**

**دو طرف باید رد بکنند.**

**و حينئذ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر.**

**این را برداشتند در این جا آوردند که می تواند.**

**بعد مرحوم شیخ دارد:**

**و فيه أن العين بنفسها ليست عوضا و لا معوضا و لذا تحقق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة**

**اگر عوض و معوض بود جمع نمی شود.**

**فالمالك مسلط عليها و المعوض للغرامة هي السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتراد**

**تراد یعنی دو طرف رد بکند.**

**اللهم إلا أن يقال له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة و هي السلطنة الفائتة**

**ببینید اصلا این بحث حبس را ما عرض کردیم در مثل مسئله بیع داریم، آن جا به خاطر قرارداد است، اشتباه نشود. به خاطر عقد است. این جا این حبس به خاطر عقد نیست، این جا اصلا بحث عقد مطرح نیست. این جا به خاطر این که دو تا مال است که دست دو نفر مانده است. این نکته است یعنی ربطی ندارد چون این مسئله یا در غصب است یا در مثل عقد فاسد است. عقد فاسد هم که ارزش ندارد. اصولا عقد فاسد چون ارزش ندارد در حقیقت این یک نوع، فرض کنید مثلا کسی به خانه کسی رفت یا از کسی پولی را گرفت و بعد بهش ندادند و او هم برداشت مالی را از او تقاصا گرفت. دقت بکنید در این جور جاها در حقیقت حبس از این نکته است، نه نکته این که قراری باشد و قراردادی باشد و عقدی و اتفاقی باشد. اصل نکته حبس این است. یک مالی مال آن است که دست این است و یک مال مال این است و دست آن است. آیا ترتبی هست؟ ظاهرش اثبات ترتبش خیلی مشکل است، یعنی این جا ولو یک عنوان غرامت داده است اما این معنایش این نیست که عین اول است و غرامت دوم است. نکته فنی را دقت کردید؟ مرحوم شیخ باید این نکته فنی را می نوشتند ولی ننوشتند. آن نکته فنی این است که مثلا شما یک دفعه می گویید این اول است و آن دوم است. پس اول این را رد بکند تا آن را رد بکند. در مانحن فیه هیچ نکته ای برای حبس نیست. نکته حبسش این است که یک مال این دارد و یک مال آن دارد. به عقد منتقل نشده، غرامت هم به این معناست که مادام که تمکن ندارد، الان که تمکن دارد دیگه این مال طرف است و باید به طرف برگرداند. إنما الکلام آیا می شود تصور کرد یکی اول است و یکی ثانی است؟ ظاهرا ترادّ است، بگوییم اول این که عین دستش است بدهد. اول آنی که قیمت دستش است بدهد، بدل دستش است بدهد. انصافا اگر مرحوم شیخ از این راه وارد می شدند به نظر من بهتر می آمد.**

**ثم لو قلنا بجواز الحبس**

**این هم امر چهاردهم، این هم آخرین مطلبی که ایشان در باب بدل حیلوله دارد مطلب چهاردهم است.**

**لو حبسها فتلفت العين محبوسة**

**این هم از سابق مطرح شده است، اگر جائز است**

**فالظاهر أنه لا يجري عليه حكم المغصوب‌ لأنه حبسها بحق، به عنوان تقاص**

**نعم يضمنها لأنه قبضها لمصلحة نفسه و الظاهر أنه بقيمة يوم التلف على ما هو الأصل في كل مضمون که قیمت یوم التلف باشد.**

**و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف.**

**یعنی آن وقتی که حساب می شود آن زمان حبس را باید حساب کرد.**

**و ذكر العلامة في القواعد أنه لو حبس فتلف محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة الأولى**

**یعنی مثلا به عنوان قیمت اول، به عنوان بدل حیلوله به این آقا مثلا ده میلیون تومان داد. بعد این تمکن پیدا شد، بنا شد که بدهد، می گوید تو تا ندهی نمی دهم و آن هم می گوید تا تو ندهی نمی دهم، حبس گفتیم. حالا در حبس تلف شد. طبق قاعده این طور است چون این در مقابل نیست. قراردادی با او ندارد. این دو تا عمل مستقل است، ربطی به هم ندارد که نکته ای به هم بدهد. من به این آقا به عنوان بدل حیلوله ده میلیون تومان داده بودم. کتاب هم پیدا شد بهش هم گفتم کتاب به ما رسید و دو مرتبه پیدا شد، عبد پیدا شد، دیگه آن گفت خب به من بده، من گفتم تو پول اول را ده میلیون بده. او گفت تو اول و مشغول صحبت ها بودیم که باز تلف شد، در حال حبس تلف شد. مرحوم علامه فرموده است که چون می خواهد این باید ترادّ بکند طبق قاعده این طور است. آن آقا مالک ده میلیون را به ایشان می دهد، همان قیمت را. این آقا هم می بیند الان قیمت عبد چند است؟ الان مثلا قیمت عبد سه میلیون است. او سه میلیون می دهد. آن نکته فنی روشن شد چیست؟ چون بین این دو تا رابطه نبود، بین دو مال که شما رابطه پیدا نکردید هر کدام خودش است دیگه. نکته فنی را دقت بکنید. اگر عقد باشد رابطه پیدا می شود، چون دو تا مال مستقل هستند بینشان رابطه نبود. من به ایشان پول داده بودم به عنوان غرامت. الان تمکن پیدا کردم می گویم بیا کتابت را بگیر یا عبدت را بگیر لکن اول ده میلیون بده. آن می گوید نه تو اول عبد را بده تا من ده میلون را بدهم یعنی تمکن هست إنما الکلام و اینجا هم ربطی به آن ندارد. حالا مقبوض به عقد فاسد فرض کنید. حالا آن را در غصب مثال زدند، این جا هم ربطی ندارد. این عقد تاثیر ندارد. عرض کردم دیروز پریروز عرض کردم ابوحنیفه اعتقادش این است که مقبوض به عقد فاسد مثل عقد صحیح است. تاثیرش به خاطر فعل است نه به خاطر عقد. حرفی دارد که در عقد صحیح نقل و انتقال به خاطر عقد و فعل است. لفظ و فعل است اما در عقد فاسد نقل و انتقال به خاطر فعل است، مثل معاطات. بالاخره عقد فاسد بود کتاب را بهش داد. پول هم گرفت. به خاطر این فعل نقل و انتقال است. یک تعبیری است که احناف دارند. به خاطر فعل، نه به خاطر عقد. در این جا بنا بر مبنای اصحاب که نقل و انتقال انجام نمی گیرد غرامت بوده. غرامت هم به عنوان بدل از حیلولت است. حیلولت هم برداشته شد، پس غرامت به ملک ضامن بر می گردد. عین هم به ملک مالک بر می گردد. مشکلشان کجاست؟ این می گوید من نگه می دارم تا تو بدهی. او می گوید من نگه می دارم تا تو بدهی. حالا بنا بر این که این حبس حقشان است چون تقدمی نیست، اگر تقدم بود می گوییم آن یکی اول بدهد و این دوم بدهد، تقدمی در کار نیست حبس حقشان است، حالا یا به قاضی مراجعه بکنند یا بعد تصالحی بکنند که قصه حل بشود. اگر در این جا تلف شد ترتیبش این طور است قیمت این را الان می دهد، آن قیمتی هم که سابق داده بود بر می گرداند. روشن شد؟ طبق قاعده، چون دو تا مال است که باید داده بشود. بعضی از این آقایان علما هم اول قائل بود که نهی در معاملات دلالت بر صحت می کند، چون بحث است که نهی در معاملات دلالت بر فساد می کند یا نه؟ عده ای که می گویند دلالت بر فساد می کند که ما هم قائل هستیم. عده ای می گویند نه، ابوحنیفه می گوید دلالت بر صحت می کند، فساد که هیچی. اصلا اگر گفت لا تبع کذا این بیع صحیح است و إلا نهی بهش تعلق نمی گیرد. از این که نهی بهش تعلق گرفته معلوم می شود که بیع صحیح است. بعضی از آقایان را دیدم که در سابق این عقیده را داشتند و بعد مثل این که برگشتند. بعد دیدم در یک جایی که هنوز آن عقیده را نوشتند وفاقا لبعض اهل الخلاف، یعنی وفاقا لابوحنیفه که این آقا هم مدتی قائل بود که نهی بر معاملات دلالت بر صحت می کند، بحث فساد هیچی. دلالت می کند که این معامله صحیح است. چون می گوید لا تبع، معلوم می شود که بیع واقع می شود که می گوید لا تبع و إلا معنا ندارد که بگوید لا تبع. پس نهی در معاملات دلالت بر صحت می کند. حالا کار به بحث فنیش ندارم. تعبیر ایشان این بود وفاقا لبعض اهل الخلاف.**

**فالاقرب ضمان قیمته الان و استرجاع، چون این دو تا به هم ربط نداشتند. جای هم را نمی گیرند. پس الان عین تلف شد باید قیمتش را بدهد. آن قیمتی هم که بهش دادند باید به من برگرداند. ده میلیون بهش دادم الان قیمتش مثلا سی میلیون است که الان باید سی میلیون بدهم. الان قیمتش دو میلیون است دو میلیون. روشن شد؟ چون الان باید عین را بدهد. نکته فنیش را همیشه آن نکات فنی را در نظر داشته باشید. این جا عین با آن پول رابطه ندارد. وقتی رابطه نداشت این طور می شود که هر کدام به نفسه حساب می شود. این بدلش چون تلف شده و آن هم اگر قیمت اولی موجود است خودش را بدهد. اگر قیمت اولی موجود نیست آن وقت باید بدلش را بدهد.**

**یکی از حضار: غرامت و عین مگر رابطه با همدیگر ندارند؟**

**آیت الله مددی: غرامت داد به خاطر حیلوله و حیلوله برداشته شد. دیگه الان ملک ضامن است.**

**یکی از حضار: اول باید متعلق باشد، یعنی اول باید عین داده بشود بعد غرامت برگردد.**

**آیت الله مددی: نه فرق نمی کند. چون به هر حال الان می گوید این کتاب موجود است و بهت می دهم، چون این نگه داشتنش اگر غصب بوده غصب است، یعنی نکته خاصی ندارد، آن حالتی که بود از بین رفت.**

**و الظاهر أن مراده بقيمة الآن**

**این بقیمة الآن نوشته در این جا لکن فکر می کنم در تذکره قیمته است الان. در حاشیه اش هم نوشته در بعضی از نسخ بقیمته است چون ظاهرا ضمان قیمته الان باشد. ضمیر دارد.**

**مقابل القيمة السابقة بناء على زوال حكم الغصب عن العين لكونها محبوسة بغير عدوان لا خصوص حين التلف و كلمات كثير منهم لا تخلو عن اضطراب**

**همین که هست، فقط نه در این فرع بلکه در خیلی از جاها همین طور است. متاسفانه یک جا نیست. این خلاصه بحث. بعد هم همان کلماتی که ما از ایشان خواندیم. این خلاصه سریعا کلمات مرحوم شیخ را در باب فروع بدل حیلوله خوانده شد.**

**عرض کردیم که حالا کل مسئله را دو مرتبه از اول تا آخر چون دیگه فاصله تمام شد متعرض بشویم. عرض کردیم این مسئله در میان کلمات اهل سنت آمده. اصل مسئله هم در باب غصب است. دقت کردید؟ البته و غصب یک مفهوم هم عرفی واضحی است، من می خواستم عبارت جواهر را بخوانم چون جواهر تعریف غصب را از کلمات اصحاب آورده. دیدم خیلی طول می کشد و از بحث ما خارج می شود. دنبال بقیه بحث های خودمان برویم و غصب هم یک مفهوم عرفی است و هم در قرآن داریم. یاخذ کل سفینة غصبا، در خود قرآن هم وارد شده، در آن توقیع دارد الغصب کله مردود، در روایات روایت از پیغمبر، روایت از ائمه علیهم السلام کلمه غصب آمده و اغتصب هم داریم لکن اغتصب را بیشتر در تجاوز ناموسی بکار بردند نه در غصب مال، اغتصبها علی نفسها اصطلاح را این جوری می نویسند. علی ای حال غصب بود. آن وقت در بحث غصب چون الغصب کله مردود باید رد بشود این فرع را از همان قرن دوم مطرح کردند که اگر تعذر ردّ العین. غصب هست اما، آن وقت اینجا آمدند به این گفتند که باید یک بدلی را می تواند مطالبه بدل بکند. این ها ظاهرا در ذهنشان این طور بوده که به مجرد این که غصب کرد ضامن است. حالا کلمات از روی کلمات علی الید بوده یا مطلق من اتلف مال الغیر، من اخذ مال الغیر بوده. عرض کردم بحثی را که دارند در این قسمت بود که یک نحوه ضمانی هست. بعید است به حدیث علی الید تمسک کرده باشند. بعد فقهای شیعه تمسک کردند. چون علی الید می گوید که این روی دست است تا خود عین را برگرداند. و چون عین موجود است طبق قاعده باید بگوییم هنوز برنگشته. مثلا بدل حیلوله را بدهم کافی نیست. چون خود عین موجود است و من فکر نمی کنم اهل سنت به حدیث علی الید در بدل حیلوله تمسک کردند. فکر نمی کنم. مضافا که کرارا عرض کردیم اهل سنت به حدیث علی الید تمسک کردند به وجوب رد مغصوب اگر باقی باشد. ضمان را از توی آن در نیاوردند. مسئله ضمان در جایی است که تلف بشود، اصلا از حدیث علی الید مسئله ضمان را در نیاوردند. چند بار عرض کردم و لذا خیلی بعید می دانم که از راه علی الید به اصطلاح وارد شده باشند. خیلی خیلی بعید می دانم که از راه قاعده علی الید وارد شده باشند.**

**به هر حال من فکر می کنم چون این غصب بوده به هر حال غاصب باید مطلب را برگرداند فوقش این جور فهمیدند که در حالی که تعذر رد باشد یک شباهتی به تلف دارد. تلف نیست، شبیه تلف است. لذا چون شبیه تلف است تعبیر به بدل حیلوله کردند. در کتابهای ما ضمان بدل حیلوله آمده است لکن بیشتر بدل حیلوله، للحیلولة، ضمان هم دارند. ضمان هم در عبارتشان هست، دقت می کنید؟ من فکر می کنم به هر حال در میان اهل سنت این هست، مخصوصا کسانی مثل احناف که معتقد بودند حالا که تعذر دارد شما بدلش را بدهید، غرامت بدهید و شما مالک عین می شوید، یعنی یک نوع معاوضه قهری شرعی حساب می کردند. البته خب عده ایشان هم مثل شوافع و حنبلی ها این قائل بودند که نه مالک عین نمی شود. لذا اینها با مشکل روبرو شدند، آنی که مشکل پیدا کرد این بود، این راجع به اجمال مطلب.**

**بعدها ترتیبا، گفتم اولش هم کتاب ابن حزم. اما بعد دیگه تصریحا هر نوع اخذ مال که بدون رضای صاحبش باشد، بدون مجوز شرعی باشد این در حکم غصب است. عقد فاسد هم مثل غصب است، آن هم معامله غصب است. این در کتاب ابن حزم دارد. بعقدٍ فاسد، هبة فاسد. به هر نحوی که فاسد هم باشد. این هم حکم غصب گرفتند. عرض کردیم تا آنجایی که ما می دانیم اولینشان خود شافعی است. در کتاب الام دارد المقبوض بالعقد الفاسد کالمغصوب.**

**پس بنابراین اصل مسئله در غصب بود، اینهایی که الان به درد ما می خورد این ها را ملحق به غصب کردند، و چون در غصب قائل به ضمان شدند که باید حتما رد بکند در این جا چون مشکل تعذر است، مشکل مشکل تلف نیست آمدند گفتند چون این غصب بوده این مشکل تعذر را مثل تلف. لکن مثل تلف در همه جهات نه، آن مالک غرامت می شود، مالک عین هم هست لذا جمع کردند بین حقوق. سعی کردند به یک نحوی بین حقوق جمع بکنند چون تعذر است، اگر تلف بود که جمع نمی کردند، این خلاصه بحثی را که هست. البته بعد هم تفریعاتی را در مسئله متفرع شدند که بعضی هایش گذشت و بعضی ها را هم علمای ما زیادی متعرض شدند. و اما در شیعه، اولا خود این مسئله در روایات ما نیامده است.**

**ممکن است که چیزی هم حکم غصب را دارد اما اصطلاحا غصب بهش نگوییم اما لا یحل مال امری مسلم بهش گفته می شود.**

**یکی از حضار: این استییلاء بر مال غیر باید عدوانی باشد؟**

**آیت الله مددی: همین دیگه، وقتی علی را آوردیم و استیلاء به نحو عدوان. البته در تعریف غصب عده ای از علمای شیعه کلمه عدوان را اضافه کردند. عرض کردم من باز هم دیشب بود که نشستم عبارت مرحوم صاحب جواهر را در غصب دیدم. دو سه صفحه نوشته، مفصل هم نوشته است. دیدم که خیلی طول می کشد و إلا می خواستم عبارت ایشان را بخوانم. تازه عبارت ایشان یک مقدار است. باز در این کتاب بدایع و صنائع یک جور دارد، در آن کتاب مجموع نووی و إلی آخره. دیدیم اگر بخواهیم اینها را بخوانیم باز طول می کشد. علی ای حال فعلا به همین مقدار اجمالیش اکتفا می کنیم چه بخواهد غصب اصطلاحی باشد و چه عنوان لا یجوز التصرف، لا یحل التصرف فی مال امری مسلم إلا بطیبة نفس منه، آن هم حکمش حکم غصب است، مقبوض به عقد فاسد هم بنا بر پیش اصحاب ما به حکم غصب است اما پیش آنها هم بنا بر معروف مثل حنبلی و شافعی و اینها، پیش ابوحنیفه معاوضه معاطاتی حساب می شود. یعنی معاطاتی است که با فعل نقل و انتقال انجام می گیرد. این راجع به این قسمت.**

**در میان کتب شیعه آن جایی که فقه ماثور است آنها هم ندارند. مثل صدوق و قمی ها. خود شیخ طوسی هم در نهایه ندارد. شیخ مفید هم در مقنعه ندارد. در حقیقت اولین کسی که دارد شیخ طوسی در خلاف و مبسوط است و عبارت خلاف را خواندیم. انصافا عبارت خلاف را اگر آدم خوب قبل و بعدش را نگاه بکند ادعای اجماع در وسط کلمات دارد لکن اجماع مراد اجماع شافعی ها و حنفی هاست. ابوحنیفه و شافعی است لکن در مبسوط هم اجماع دارد، بعد از ایشان هم در مثل غنیه هم اجماع آمده است. یعنی دعوای اجماع در بدل حیلوله در همین مصادر است و انصافا بعد از شیخ هم عرض کردیم مطلب قبول شد.**

**بعدها در مثل تذکره علامه آمده و تذکره علامه یک مقدار فروع را هم آورده چون از اهل سنت هم گرفته. یک مقدار فروعش هم در مبسوط آمده است. این طور نیست که اصل بدل حیلوله باشد، بعضی از فروعش مثل نماء قیمت و نماء خود عین را در کتاب مبسوط دارد. دقت می فرمایید؟ که مثلا مراجعه بشود.**

**بعدها تدریجا در میان شیعه مسئله مناقشات شروع شد و دیدیم که عده ای شروع به این کردند که این حکم ثابت نیست و ما غایتی که در روایت هست حتی تودّی است چون هنوز ادا نکرده معنا نکرده که این جا بیاییم بگوییم ضمان بیاورد، إلی آخره که ان شا الله عرض می کنیم.**

**بعد از این مناقشاتی که شروع شد در مقام استدلال مجموعه ادله را جمع آوری کردند، ادله ای که بر ثبوت بدل حیلوله دلالت می کند، مثلا یکیش یک راهش روایات بود. عرض کردیم مرحوم نائینی و مرحوم آقای خوئی هر دویشان که متعرض ادله شدند این را نیاوردند. تصادفا شیخ هم همین را آورده است، یکیش روایات بود. صاحب جواهر هم به این اشاره دارد. عرض کردیم مراد از روایات روایاتی است که در باب دزدی و سرقت و غرق و اینهاست، گفته این روایات نشان می دهد که اگر دزدی شد عین مال موجود است، فقط تعذر رد دارد، روشن شد؟ در غرق هم همین طور است، مال موجود است ولی فقط می تواند رد بکند، تعذر رد دارد، و عرض کردیم که در همان روایاتی که به این عنوان وارد شده باز هم مناقشه شد مثل سید یزدی که این روایات را اگر گفت غرق شده چون عرفا تلف است دیگه. غرق شده یعنی تلف. دزدی شد آمدند کتاب شما را دزدیدند دیگه در حکم تلف است. یک امر غیر متعارفی است که شیء برگردد. این که شیء برگردد امر غیر متعارفی است. از ته دریا در بیاید امر غیر متعارفی است. این اشکال مرحوم سید یزدی که به این روایت نمی شود تمسک کرد.**

**بعدها اضافه بر آن سعی کردند وجوه دیگری، یکی روایات است، وجهی که بیشتر به نظر من صاحب جواهر رویش عنایت دارد اجماع است، پس این طور که در کتاب نائینی و اینها آمده، در کتاب مرحوم استاد آمده این ترتیبش را عوض بکنیم. ادله اش اولا اجماع است. اجماع را هم عرض کردم مرحوم صاحب جواهر دارد، شیخ هم دارد. ظاهر عبارت مبسوط این است که اجماع بین مسلمین است، لکن عرض کردیم مراد شیخ ظاهرا از اجماع یعنی اجماع است این هایی که قائل به بدل حیلوله هستند که غرامت ملک مالک می شود، اجماع در این قسمت است. در مقابل این که عین هنوز ملک مالک است یا نه در این اختلاف است. روشن شد؟ پس اینها اتفاق دارند که ملک مالک می شود غرامت اما عین به ضامن بر می گردد و ملک ضامن می شود یا هنوز ملک مالک است؟ آنجا اختلافی است، عده ای گفتند به ملک مالک می ماند و عده ای هم گفتند بر می گردد.**

**پس دلیل اول اجماع است، اجماع را هم که به نظر من تاریخش روشن شد و خیلی احتیاج به بحث ندارد. دلیل دوم روایات و اخبار است. آن هم به نظر من وضعش روشن شد. دلیل سوم قاعده علی الید، من فکر می کنم علی الید را اگر، اولا اهل سنت به علی الید در باب ضمان تمسک نکردند، وجوب رد عین را تمسک کردند. اگر ما باشیم و علی الید، غایت عبارت از حتی تودّی است، این جا باید یک تنزیلی بشود، بگویند تعذر هم مثل این که تودّی شد، یعنی به اصطلاح به اندازه ای شد که نتواند یودّی، و حالا که نتواند یودّی تعذر رد پیدا کرد ضامن بشود مثل جایی که تلف بشود.**

**یکی هم قاعده علی الید است. یکی قاعده لا ضرر است که توضیحاتش گذشت. یکی قاعده الناس مسلطون علی اموالهم است. این مجموعه وجوهی بود که بهش تمسک کردند و انصافا همه وجوه اشکال دارد.**

**و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین**