

**درس فارغ فقه مضرت آیت الله مسینی بوشهری (دامت برکاته)**

تاریخ: ۲۹ اردیبهشت ۱۳۹۹

مصادف با: ۲۴ رمضان ۱۴۴۱

جلسه: ۴۹

**موضوع کلی: فصل فی احکام الجبائر**

**موضوع جزئی: حکم مسح بر جبیره مغضوبه**

**سال تحصیلی: ۹۸-۹۹**

«الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

بحث در مسأله ۶۱۰ بود. عرض شد که این مسأله سه فرع دارد. فرع اول و دوم و دلیل حکم مذکور در این دو فرع بیان شد. همچنین، فرع سوم و صور متصور در رابطه با این فرع ذکر شد و گفته شد که گاهی جبیره، تالف محسوب می شود و گاهی جبیره، تالف محسوب نمی شود.

مرحوم سید (ره) در رابطه با جبیره ای که مغضوبه باشد و حکم تالف داشته باشد، فرموده است که واجب است که شخص رضایت مالک را جلب کند، هر چند جلب رضایت مالک به خریدن آن جبیره مغضوبه یا اجاره آن باشد، ولی اگر برداشتن جبیره غصبی ممکن نباشد و جلب رضایت مالک نیز ممکن نباشد، احتیاط این است که شخص بین وضوی ناقص؛ به این نحو که فقط اطراف جبیره را بشوید [و روی جبیره مسح نکند] و بین تیمم جمع کند.

مرحوم آیت الله خویی (ره) در رابطه با صورت دوم از فرع سوم که جبیره، مغضوبه است و حکم تالف را دارد فرموده است که بهتر است که بحث این گونه مطرح شود که آیا ضمانی که از جانب اتلاف می آید به معاوضه قهریه برگشت می کند، یعنی اگر کسی مال غیر را تلف کرد و ضامن آن شد، بازگشت این ضمان به معاوضه قهریه است، یعنی بین مال تالف و مال مضمون به (عوض) یک معاوضه قهریه صورت می گیرد و این دو در مقابل هم معاوضه می شوند یا اینکه ضمان، یک نوع غرامت مالی است که انسان به خاطر اینکه مال غیر را تلف کرده است باید به او غرامت بپردازد و اساساً معاوضه ای در کار نیست؟ طبق دو مبنای مذکور، نتیجه متفاوت می شود؛

بنا بر مبنای اول که ضمان در حکم معاوضه قهریه است، مسح بر جبیره جایز است و جبیره در حکم تالف محسوب می شود و با اتلاف از ناحیه غاصب، جبیره به خود غاصب منتقل شده است و یک نوع معاوضه قهریه بین مال تالف (جبیره) و عوض صورت گرفته است و آن جبیره به ملک غاصب منتقل شده است و عوض آن به ملک مالک جبیره منتقل می شود، در این صورت مالک نمی تواند تقاضای باقیمانده از جبیره را بکند و بگوید که عوض را به من بده و آنچه از جبیره باقیمانده را نیز به من برگردان، بلکه چون انتقال تالف به غاصب به صورت یک معاوضه قهریه بوده است، تالف (جبیره) ملک متلف شده است و مالک نمی تواند بگوید که باقیمانده آن را به من برگردان و لذا مسح غاصب بر جبیره غصبی، مسح بر ملک خودش است و مشکلی ندارد.

اما بنا بر مبنای دوم که ضمان، یک نوع غرامت مالی است و یک نوع معاوضه قهریه نیست جبیره بر ملک مالک باقی است و غاصب بدون رضایت مالک نمی تواند در آن تصرف کند، یعنی نخست باید رضایت مالک را جلب کند و سپس در آن تصرف کند. مرحوم آیت الله خویی (ره) فرموده است که این سخن محل تأمل است، یعنی حل مسأله مورد بحث بر طبق دو مبنای مذکور، محل تأمل است چون هیچ یک از علما به این نکته ملتزم نشده است که با اتلاف شیئی آن شیء به ملکیت متلف درآید و آن شیء ملک

متلف گردد زیرا اتلاف از اسباب موجب انتقال [، مثل بیع] نیست، بنابراین، در صورتی که شخص باعث اتلاف چیزی شود، آن شیء به ملکیت او در نمی‌آید. البته این اختلاف وجود دارد که در صورتی که شخص متلف، غرامت و عوض آنچه را تلف کرده است، پرداخت کرد آیا آنچه تلف شده با آنچه در مقابل آن پرداخت شده است معاوضه محسوب می‌شود تا در نتیجه، آنچه از تالف باقیمانده باشد متعلق به متلف باشد یا اینکه آنچه در مقابل تالف پرداخت شده است صرف غرامت است و مواد باقیمانده متعلق به متلف نیست و مال مالک است، هرچند که سیره عقلا این است که در صورتی که شخص چیزی را تلف کند و غرامت آن را بپردازد و عوض آن را به مالک پرداخت کند، معاوضه شیء تلف شده محسوب می‌شود و مالک مال، مالک باقیمانده تالف نیست زیرا آن شخص فقط مالک یک چیز بوده است که وقتی تلف شد، متلف، عوض آن را به او پرداخت می‌کند لذا وقتی بدل تالف را گرفت، نمی‌تواند ادعا کند که باقیمانده تالف نیز باید به او برگردانده شود.

خلاصه، اینکه طبق نظر مرحوم آیت الله خویی (ره) در صورت دوم از فرع سوم از مسأله ۶۱۰ که جبیره مغضوبه حکم تالف را دارد دو مبنا وجود دارد و در صورتی که شخص متلف در مقابل تالف، غرامت بپردازد، مسأله اختلافی است، هرچند سیره عقلاییه این است که در صورتی که شخص عوض تالف را به مالک پرداخت، باقیمانده تالف به مالک منتقل نمی‌شود و او حقی نسبت به باقیمانده ندارد.

«الحمد لله رب العالمین»