

درس خارج فقه مضرت آیت الله مسینی بوشهری (دامت برکاته)

تاریخ: ۳۱ اردیبهشت ۱۳۹۹

مصادف با: ۲۶ رمضان ۱۴۴۱

جلسه: ۵۰

موضوع کلی: فصل فی أحكام الجبائر

موضوع جزئی: حکم مسح بر جبیره مغضوبه

سال تحصیلی: ۹۸-۹۹

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

بحث در مسأله ۶۱۰ بود. عرض شد که این مسأله سه فرع دارد. بحث در فرع سوم از این مسأله بود.

مرحوم آیت الله خویی (ره) در ادامه بحث از فرع سوم فرموده است که شاید کلام مرحوم سید (ره) [که فرموده است که اگر جبیره مغضوبه باشد و امکان برداشتن آن نباشد و جبیره، تالف محسوب شود شخص باید رضایت مالک را جلب کند و سپس بر جبیره مسح کند و عوض آن را به مالک بدهد،] مربوط به موردی باشد که شخص غاصب مال غیر، مال غیر را تلف کرده باشد و آن را جبیره قرار داده باشد و قبل از اینکه عوض آن را بدهد به کلی آن را ساقط کرده باشد، یعنی در فرضی که شخص هنوز عوض مال مغضوب را نداده است آن مال را جبیره قرار داده است و آن مال از حیث انتفاع ساقط شده است که در این صورت این بحث مطرح می شود که آیا مسح بر آن جبیره مغضوبه جایز است یا جایز نیست و این فرض محل کلام مرحوم سید (ره) می باشد و محل کلام

مرحوم سید (ره) موردی نیست که آیا بعد از پرداخت غرامت به مالک، مسح بر جبیره مغضوبه جایز است یا جایز نیست؟ بنابراین، کلام مرحوم سید (ره) به قبل از ردّ عوض جبیره مغضوبه مربوط می شود و به بعد از پرداخت غرامت و عوض مربوط نمی شود و مسلم است که کسی قائل نشده است که اتلاف قبل از رد عوض، موجب انتقال مال به متلف است.

بنابراین، فرع سوم از مسأله ۶۱۰ مبتنی بر این است که آیا ادله ای که بر حرمت تصرف در مال غیر دلالت دارند به موردی که مورد تصرف، مال غیر باشد اختصاص دارند یا جایی که مورد تصرف، حق غیر باشد را نیز شامل می شوند و مورد تصرف اعم از ملک و حق است؟ در این صورت، اگر مال به وسیله غاصب از مالیت خارج شود، گاهی آن مال، ملک مالک است و گاهی ملک مالک نیست، مثلاً در بحث کوزه غصبی که شکسته شده است چون مال به وسیله تصرف از مالیت خارج شده است، قطعات شکسته شده کوزه متعلق به مالک است و باید به مالک برگردانده شوند، اما گاهی آن مال مغضوب، ملک مالک نیست، مثل اینکه شخصی حیوانی که متعلق به غیر است را بکشد که در این صورت حیوان، میته شده است که میته ملک نیست، بلکه مورد حق است و حقی برای مالک سابق در رابطه با آن حیوان میته ثابت است که در این صورت اگر ادله حرمت تصرف اختصاص به مال نداشته باشند و حق را نیز شامل شوند آن میته نیز متعلق به مالک است و باید به مالک برگردانده شود.

از فتوای مرحوم سید (ره) استفاده می شود که ادله حرمت تصرف اختصاص به مال دارند و حق را شامل نمی شوند و دلیل آن مقتضای روایاتی است که بر حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن مالک، اقامه شده اند که روایات ذیل از آن جمله اند:

روایت اول: عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدٍ الشَّحَّامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): «...لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيِّبَةٍ نَفْسِهِ...».

روایت دوم: عَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرِ الْأَسَدِيِّ؛ قَالَ: كَانَ فِيمَا وَرَدَ عَلَى [مِنْ] الشَّيْخِ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عُثْمَانَ الْعَمَرِيِّ قَدَسَ اللَّهُ رُوحَهُ فِي جَوَابِ مَسَائِلِي إِلَى صَاحِبِ الدَّارِ (ع): «...فَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ...»<sup>۱</sup>.

از دو روایت مذکور، استفاده می‌شود که حرمت تصرف در مال غیر اختصاص به اموال دارد و در غیر اموال به اصالة الحلیة تمسک می‌شود و تنها موردی که از تحت اصالة الحلیة خارج می‌شود اموال اند، مگر اینکه گفته شود که در مورد غیر اموال تفصیل وجود دارد، به این نحو که گاهی تصرف با تصرف مالک سابق تراحمی ندارد و گاهی تصرف با تصرف مالک سابق مزاحم است که در فرض مزاحمت تصرف با تصرف مالک سابق به عدم جواز تصرف حکم می‌شود چون تصرف، مصداق ظلم و تعدی است، اما در فرضی که تصرف با تصرف مالک سابق تراحمی ندارد از باب اصالة الحلیة به جواز تصرف حکم می‌شود و چنین تصرفی که با تصرف مالک سابق مزاحمتی ندارد ظلم و تعدی نیست.

خلاصه فرمایش مرحوم آیت الله خویی (ره) این شد که ایشان نخست بحث مبنایی را مطرح کرد و بعد در بحث مبنایی اشکال کرد و بحث را به صورت دیگری مطرح کرد و بعد در تبیین نظر مرحوم سید (ره)، گفت که کلام مرحوم سید (ره) به فرضی مربوط است که تصرف در مال غیر به مال اختصاص داشته باشد و حق را شامل نمی‌شود و سپس تفصیل بین صورتی که تصرف با تصرف مالک سابق تراحم داشته باشد و صورتی که تصرف با تصرف مالک سابق تراحم نداشته باشد را مطرح کرد. صورت دوم از فرع سوم از مسأله ۶۱۰ این است که برداشتن جبیره، تکویناً یا تشریعاً ممکن نباشد چرا که برداشتن جبیره به هلاکت شخص منجر می‌شود و همچنین، جبیره از مالیت ساقط نمی‌شود و تالف محسوب نمی‌شود.

نظر مرحوم سید (ره) در رابطه با صورت دوم، این است که واجب است که شخص رضایت مالک را جلب کند، هرچند 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) فرموده است که ادله حرمت تصرف در مال غیر بر این دلالت دارند که مسح بر جبیره در فرض مذکور در کلام مرحوم سید (ره) حرام است و مقتضای ادله دال بر اتیان صلاة با طهارت و مقتضای اینکه نماز در حق شخص مذکور واجب است و از او ساقط نمی‌شود این است که صلاة با طهارت در حق این فرد واجب است لذا مرحوم سید (ره) بین وضوی ناقص؛ به این نحو که فقط اطراف جبیره را بشوید [و روی جبیره مسح نکند] و بین تیمم جمع کرده است.

مرحوم آیت الله خویی (ره) فرموده است که به نظر می‌رسد که در این فرض وظیفه شخص این است که تیمم کند، هرچند که ایشان نیز در نهایت از باب احتیاط فرموده است که شخص بین تیمم و وضوی ناقص جمع کند.

ایشان فرموده است که دلیل حکم به تیمم در فرض مذکور، این است که کفایت وضوی ناقص [که شخص فقط اطراف جبیره را بشوید] به حسب روایات، به موردی که جراحت مکشوف باشد، مربوط می‌شود و روایات مربوط به وضوی جبیره‌ای و ناقص، جراحت غیر مکشوف [، مثل فرض مذکور که جبیره قابل برداشتن نیست] را شامل نمی‌شوند. پس چون اخبار این فرض را شامل نمی‌شوند، اصل اولی اقتضا می‌کند که شخص تیمم کند. البته ضمیمه کردن وضوی ناقص به تیمم، از باب احتیاط مشکلی ندارد.

۱. همان، ج ۹، کتاب الخمس، ابواب الأنفال و ما یختص بالإمام، باب ۳، ص ۵۴۰، ح ۷.

خلاصه اینکه در نهایت تفاوتی بین نظر مرحوم سید (ره) و مرحوم آیت الله خویی (ره) نیست و آن اینکه در فرض مورد بحث، شخص از باب احتیاط بین وضوی جبیره‌ای و تیمم جمع می‌کند.

«الحمد لله رب العالمین»