

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

## ادامه بررسی کلام محقق اردبیلی(ره)

بحث در کلام محقق اردبیلی(ره) بود. عرض کردیم ایشان برای عدم ضمان در مقبوض به عقد فاسد؛ دو راه را ذکر کردند. راه اول این بود که اگر هر یک از طرفین، ظنّ به رضایت طرف دیگر برای تصرف در مال او پیدا کند، که این از قبیل إباحه معوضه می‌شود و دیگر عنوان ضمان در کار نیست. اینجا این نکته را عرض کنم که آیا این استدراک، از محل بحث خارج است یا خارج نیست؟ اگر بعد از معامله، ظنّ به رضایت جدید حاصل شود، این از محل بحث به طور کلی خارج است، یعنی اگر معامله فاسد واقع شد، طرفین هم می‌دانند فاسد است، أمّا بعد از معامله، هر یک به تصرف دیگری در مالش رضایت دهند، هر کدام بگویند ما راضی هستیم در مال ما که دست توست تصرف کنی، و هر کدام علم به این رضایت جدید پیدا کند، این أصلاً از محل بحث به طور کلی خارج است.

مثل این که بعد از آن معامله‌ی فاسد، یک معامله دیگری محقق شود. اما اگر از خود این مقبوض به عقد فاسد، ظنّ به رضایت پیدا کنیم، نه اینکه بگوئیم ظنّ به رضایت جدید و رضایت حادثه پیدا شود، بلکه یک عقد فاسدی هست و طرفین می‌دانند که این عقد فاسد است، اما ظنّ به رضایت دیگری در تصرف در مالش دارد، همان رضایتی که در ضمن عقد فاسد بوده نه رضایت جدید، اگر اینطور استثنای مطرح کنیم، این خروج از محل بحث هم نیست. یعنی بگوئیم خود این عقد فاسد، و لو به عنوان البیع واقع نشده، لکن به عنوان إباحه‌ی معوضه واقع شده است.

## طریق دوم برای عدم ضمان؛ «تقاص»

راه دومی که محقق اردبیلی(ره) بیان کرده؛ مسأله «تقاص» است. ایشان می‌فرماید «و یحتمل جواز التصرف علی تقدیر التقاص أیضاً فی بعض المحال، بان غاب المالك و امتنع الاطلاع علیه و إیصاله الیه و أخذ ما له منه، كما فی غیر هذه الصورة» □

تقاص یک شرایطی دارد و آن جایی است که انسان دیگر دسترسی به مالک و حاکم شرع ندارد، و هیچ راهی غیر از این ندارد، مثل اینکه مالک، غایب است، أصلاً راه ندارد که اطلاع به آن پیدا کند و راه ندارد که مال مالک را به او برساند و مال خودش را از او بگیرد، مثلاً در یک کشوری رفته، و در آن کشور با شخص دیگری که او هم از یک کشور دیگری آمده یک معامله‌ای کرده و رد و بدل کردند و این دو تا روز قیامت همدیگر را نمی‌بینند، اینجا ایشان می‌فرمایند از باب تقاص بردارد و تصرف کند.

در خاتمه‌ی کتاب القضاء، احکام تقاص را ذکر کرده‌اند؛ تقاص جایی است که انسان دستش از هر راهی که سببیت شرعی یا

سببیت عرفی دارد کوتاه شود، به حاکم شرع دسترسی ندارد، به مالک دسترسی ندارد، غیر از این هیچ راهی ندارد که این مال را بردارد و إلا جایی که راه‌های دیگری باشد، نوبت به تقاص نمی‌رسد. علی‌آی حال؛ همین که محقق اردبیلی (ره) به این نکته توجه کرده، خیلی خوب است. ما راه اول را پذیرفتیم و راه دوم هم مشروط به این است که شرایط تقاص باشد. منتهی نکته‌ای که وجود دارد این است که در باب تقاص، آیا فقط می‌تواند در این مال تصرف کند یا وقتی شرایط تقاص مهیا شد، ملکیت محقق می‌شود؟

اگر گفتیم ملکیت محقق می‌شود، این دیگر مال خودش می‌شود. انسان در یک مجلسی شرکت می‌کند بعد که بیرون می‌آید، می‌بند کسی کفش او را پوشیده رفته و کفش خودش را جای کفش او گذاشته است. یقین هم دارد که اصلاً دسترسی به او ندارد. اینجا مثلاً بگوئیم از باب تقاص، کفش او را بپوشد، و احتیاطاً اذنی هم از حاکم شرع داشته باشد. تقاص مشروط به یک شرایط خاص است. اشکال این است که اگر ما در تقاص، مجرد جواز تصرف را قائل شویم، این به درد ما نحن فیه می‌خورد. این مال، و لو مال دیگری است، اما شارع اجازه داد که شما در آن تصرف کنید. اما اگر گفتیم تقاص، موضوع ملکیت است، مال خود انسان می‌شود و مال خود انسان که شد، ربطی به عقد فاسد هم ندارد. این به یک سبب جدید داخل در ملک این انسان شده و آن هم راه تقاص است که خودش یک سبب شرعی جدید است.

## دو نکته از محقق اردبیلی (ره)

این نکته را هم در آخر این مطلب بگوئیم؛ محقق اردبیلی (ره) می‌فرماید «و بالجمله دلیل الحكم المشهور بینهم - و هو جعل حكم المقبوض بالسوم والعقد الفاسد مثل الغصب في أكثر الأحكام حتى في إلزامه بالإيصال الى صاحبه فوراً فلا يصح عباداته في أول وقتها على تقدير القول بمنافاة حقوق الآدمي لها كما هو الظاهر - غير ظاهر، فالحكم مشكل، و لا شك انه ينبغي ملاحظة ذلك مهما أمكن، فتأمل»؛ دو مطلب در اینجا بیان می‌کند؛ یکی این حرفی است که از ابن ادریس (ره) مشهور است که می‌گوید «المقبوض بالعقد الفاسد يجرى عند المحمّلين مجرى الغصب»، ایشان می‌گویند ما دلیلی بر این نداریم که بگوئیم تمام احکام غصب را دارد، یکی از احکام غصب؛ وجوب ردّ فوری است، اما در مقبوض به عقد فاسد، یا از راه اباحه‌ی معوضه درست می‌کنیم، یا از راه تقاص درست می‌کنیم. پس این کبرایی که ابن ادریس (ره) ادعا کرده، حرف درستی نیست. نکته‌ی دوم این است که ایشان می‌گویند اگر ما بگوئیم در مقبوض به عقد فاسد، ردّ فوری واجب است، این شخص، اول وقت حق خواندن نماز ندارد، چون امر به شیء، مقتضی نهی از ضد خاص است و الآن مأمور به این است که این مال را به صاحبش بدهد، چون وجوب ردّ فوری دارد. امر به وجوب رد، از نماز نهی می‌کند، که نماز، ضد خاص برای رد است، و نهی از ضد خاص، موجب فساد است، لذا اینجا نمازش هم باطل است. محقق اردبیلی (ره) می‌فرماید اگر ما قائل به وجوب ردّ فوری شدیم، نوبت می‌رسد به اینکه بگوئیم نمازش هم باطل است. البته ما در جای خودش در علم اصول بحث کردیم که امر به شیء، مقتضی نهی از ضد خاص نیست و تحقیقی را مفصل ذکر کردیم.

## نتیجه بحث و نظر استاد

نتیجه این بحث این شد که مقبوض به عقد فاسد؛ ضمان آور است. مگر اینکه از راه اباحه‌ی معوضه درست کنیم. به نظر ما از راه اباحه معوضه درست می‌شود. البته اباحه‌ی معوضه جایی است که فقط یک قید دارد، علم داشته باشد که بیعیّت برای طرفین دخالت ندارد. اگر علم داریم طرفین علی وجه البیعیة مقصودشان است، یا شک در این داریم که بیعیّت و عدم بیعیّت دخالت دارد یا نه؟ اینجا این حرف را نمی‌زنیم و می‌گوئیم ضمان آور است. پس نظر ما این شد که مقبوض به عقد فاسد، ضمان آور است، مگر اینکه مسأله را از راه اباحه‌ی معوضه درست کنیم و اباحه معوضه هم مقید به این قید است.

## بررسی محدوده اطلاق حدیث «علی الید»

بحث حدیث «علی الید» که دلیل اول برای ضمان بود، تمام می‌شود. آیا حدیث «علی الید» فقط مختص به ید بالغ قاصد عاقل است یا اینکه نه، اطلاق «ید»، هر یدی را می‌گیرد؟! چه یدش بالغ باشد و چه غیر بالغ، چه عاقل و چه غیر عاقل.

کسانی که مثل شیخ طوسی (ره) و محقق نراقی (ره) از حدیث «علی الید»، حکم تکلیفی استفاده کردند، دیگر نمی‌توانند بگویند که این حدیث دلالت بر ضمان ید صبی، ید مجنون و ید نائم دارد، چون وقتی حکم تکلیفی است، مورد و موضوع حکم تکلیفی؛ بالغ عاقل قاصد است. اما کسانی که می‌گویند این حدیث دلالت بر ضمان دارد، یا آنکه ما اختیار کردیم و گفتیم این حدیث دلالت بر «اشتغال عهده» دارد، بر «عهده»، آثار تکلیفی و آثار وضعی مترتب است و بر عهده، «ضمان» مترتب است و بین ضمان و عهده فرق است که توضیحش را مفصلاً عرض کردیم.

حالا روی این مبنا که آیا حدیث «علی الید»، ضمان ید صغیر، ضمان ید مجنون و ید نائم را هم اثبات می‌کند؟ اگر گفتیم اثبات می‌کند، بگوئیم اگر مال یک کسی در دست صغیر تلف شد، ضامن است. این مطلبی که گاهی اوقات در فقه بیان می‌کنند که احکام وضعیه، مشروط به بلوغ نیست، یک ریشه‌اش همین جاست. اگر از حدیث «علی الید» ضمان صبی را استفاده کردیم، معنایش این است که ضمان که یکی از احکام وضعیه است، مشروط به بلوغ نیست و إلا این قاعده که در احکام وضعیه، بلوغ دخالت ندارد دلیل می‌خواهد.

دلیلش همین بحثی است که الآن می‌خواهیم وارد آن شویم. از کلام مرحوم شیخ (ره) استفاده می‌شود که حدیث «علی الید» اطلاق دارد، منتهی چون شیخ (ره) قائل به این است که این «علی الید» کنایه از استیلا است، می‌گوید هر جا صدق استیلا کند، در صبی ممیز، صدق استیلا می‌کند، در صبی غیر ممیز، صدق استیلا نمی‌کند، یک بچه یکساله در خیابان دستش را می‌زند به مال یک مغازه‌دار، اما در صبی ممیز صدق استیلا می‌کند. لذا شیخ (ره) می‌فرماید اگر ید، ید ضعیفه است، یعنی ید صبی غیر ممیز، اینجا ضمان در کار نیست، برای اینکه استیلا وجود ندارد. هر جا استیلا وجود دارد ضمان هست. اما خود ما گفتیم حدیث؛ کنایه از تصرف است، تصرف، اطلاق دارد، تصرف بالغ باشد، صبی باشد، صبی هم صبی ممیز باشد یا صبی غیر ممیز باشد.

## اشکال بر مبنای شیخ طوسی (ره) و استاد در اطلاق حدیث

حالا اینجا سوالی که در مقابل شیخ (ره) و در مقابل ما وجود دارد این است که ظهور هر فعلی در این است که به یک فاعل بالغ مختار قاصد اسناد داده شود. وقتی در روایت می‌گوید «علی الید ما أخذت»، این «أخذت» فعل است که فعل ظهور در این دارد که به یک فاعل بالغ مختار قاصد اسناد داده شود. آدمی که خواب است، اگر در خواب یک چیزی را انداخت شکست، نگوئیم إتلاف هم کرده، خود به خود در دستش از بین رفته، قاصد نبوده، آدم مجنون، قاصد نیست، صبی، قاصد نیست، و «أخذت» ظهور در جایی دارد که کسی قاصد باشد. چه جوابی می‌توان داد؟ در جلسه بعد؛ کلام محقق اصفهانی (ره) و جواب امام (رض) از ایشان را (کتاب البیع، ج 1، ص 382) بیان می‌کنیم.

و صلی الله علی سیدنا محمد وآله اجمعین.