

بسم الله الرحمن الرحيم

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

نقض دوم بر «عکس قاعده»

يکي از مواردی که به عنوان نقض بر «عکس قاعده» مطرح شده، این است که يك مُحرم، از يك مُحلّ، صیدي را عاریه بگیرد. اگر کسی که مُحلّ است و مُحرم نیست، خودش صیدي را گرفته، بعد این صید را به يك شخص مُحرم عاریه بدهد، اینجا حکم کرده‌اند که این عاریه، عاریه‌ي فاسد است و این مُحرم ضامن هم هست، باید قیمت این صید را این مُحرم به مالکش بپردازد. بیان نقض این است که در عاریه‌ي صحیح، ضامن وجود ندارد، اما در این عاریه‌ي فاسد، ضامن محقق شده و این نقض بر عکس قاعده است. عکس قاعده این است که «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده»، اینجا در عاریه‌ي صحیح؛ لا یضمن، اما در عاریه‌ي فاسد که الآن این مُحرم این صید را عاریه می‌گیرد، ضامن وجود دارد. اینجا مرحوم شیخ (رض) در مکاسب، کلامی را از شهید ثانی (ره) به صورت خیلی مختصر و کوتاه نقل می‌کند و می‌فرماید شهید (ره) در کتاب مسالك در ثبوت ضامن، هم در فرض صحّت عاریه و هم در فرض فساد عاریه، مناقشه کرده است. لذا مناسب است که ما ابتدا کلام شهید (ره) را در مسالك ببینیم، يك مقدار موضوع مسأله را روشن کنیم، بعد به تحقیق در مسأله بپردازیم.

فرمایش شهید (ره) در مسالك

در کتاب مسالك، ج 5، ص 139، ابتدا عبارت محقق (ره) در شرایع را می‌آورد - مسالك نیز شرح بر شرایع است - . محقق (ره) می‌فرماید «و لا یجوز للمحرم أن یستعیر من محلّ صیدا» ؛ محرم نمی‌تواند صیدي را از مُحلّ عاریه بگیرد. «لأنه لیس له إمساك» ؛ چون یکی از چیزهایی که بر محرم حرام است، امساك صید است، صید به جمیع انواعش بر محرم حرام است، یعنی استیادش حرام است. حالا اگر صید کرد و این صید را نگه داشت، این حرام دومی است و اگر این صید را خورد، حرام سوم است. تمام اینها بر محرم حرام است. آنگاه مرحوم محقق (ره) می‌فرماید ارسال صید بر این شخص واجب است و حق إمساك ندارد «و لو أمسكه ضمنه» ؛ اگر هم آن را نگه داشت، ضامن قیمت آن است «و إن لم یشرط علیه» ؛ گرچه در اینجا بر او شرط نشود، یعنی در این عاریه و لو شرط ضامن هم نشود، اگر يك مُحلّی صیدي را به مُحرم عاریه دارد و ما فرض هم کنیم که این عاریه‌ي صحیحه است، شرط ضامن هم نشده باشد، اینجا باز ضامن وجود دارد. این عبارت شرایع است که شهید ثانی (ره) می‌فرماید اینکه محقق (رض) گفته «و لا یجوز للمحرم» ، این «عدم الجواز»، اعم از فساد است، ممکن است عقد، صحیح باشد و ممکن هم هست فاسد باشد.

یعنی عبارت محقق (ره) در شرایع، تصریحی ندارد به اینکه این عقد فاسد است. بعد مرحوم شهید (ره) در ادامه‌ي مطلب می‌فرماید «فعلى تقدیر قبضه له إن رده على المالك لزمه الفداء لله تعالى و برئ من حق المالك» ؛ اگر مُحرم آن را گرفت، این دو

صورت دارد. اگر به مالک ردّ کند، فقط باید کفاره‌ی خودش را بدهد، آن فدایی که باید بین خودش و خدا بدهد که کفاره است را بدهد و نسبت به حق مالک، ذمه‌ی او بریء می‌شود، «و إن تلف في يده فلا شبهة في ضمانه الفداء لله تعالى، لأنه ثابت عليه بمجرّد الإمساك»؛ اگر این صید در ید مُحرم تلف شد، مُحرمی که صید را عاریه گرفته و در یدش تلف شد، می‌فرماید در اینکه باید کفاره بدهد تردیدی نیست، چون به مجرد این که این صید را در دست خودش نگه داشت کفاره بر ذمه‌اش می‌آید. حالا در این فرضی که تلف شود، مسلماً باید کفاره بدهد، آیا در این فرض، باید قیمت این صید را به معیر، آن کسی که عاریه دهنده است بپردازد یا نه؟ شهید ثانی (ره) می‌فرماید از عبارت محقق (ره) در شرایع و عبارت جماعتی از فقها همین استفاده می‌شود که این مُحرم علاوه بر اینکه حالا که این صید در ید او تلف شده، باید فدیة و کفاره بدهد، ضامن قیمت این هم هست و این را باید به مالک بپردازد. آن وقت اینجا این تعبیر را دارد و شهید می‌گوید «لأنّهم جعلوه من العواري المضمونة و إن لم يشترط فيها الضمان»؛ این را از عاریه‌های مضمونه قرار داده‌اند، یعنی یکی از اقسام مصادیق عاریه‌هایی که در آن ضمان وجود دارد، همین عاریه است، و لو عاریه‌ی صحیحی هم باشد، و لو در آن شرط ضمان هم نشده، اما مع ذلك این عاریه، عاریه‌ی مضمونه است.

یعنی شهید (رض) می‌فرماید که ما دو مصداق برای عاریه‌ی مضمونه داریم، یکی جایی که معیر شرط ضمان کند، مصداق دوم همین جایی است که مُحرم از يك مُحلّی عاریه بگیرد و در یدش تلف شود، که این هم از مصادیق عاریه‌ی مضمونه است، می‌فرماید از عبارت محقق (ره) و جماعتی از فقها همین استفاده می‌شود که اگر صید در ید مُحرم تلف شد، این محرم هم باید کفاره بدهد و هم باید قیمتش را به مالک بپردازد. خود شهید (ره) اشکال می‌کند - این که شیخ انصاری (رض) در مکاسب می‌فرماید شهید مناقشه کرده، مناقشه همین است - و می‌فرماید: «و دلیله غیر واضح، إذ مجرد تحریم استعارته لا يدلّ علی الضمان، سواء قلنا بفساد العقد أم بصحّته»؛ اینکه بگوئیم این مُحرم باید قیمت این صید را به مالک بپردازد و ضامن قیمت هست، دلیل این کلام واضح نیست. چون صرف اینکه بگوئیم عاریه گرفتن مُحرم از مُحلّ حرام است، این دلالت ندارد که اگر مُحرم این را عاریه کرد ضامن است. چه قائل شویم که این عاریه صحیح است یا فاسد. این که شیخ اعظم انصاری (ره) فرمود شهید ثانی (قدّه) در ثبوت ضمان در این عاریه‌ای که محرم گرفته، هم در فرض صحت عاریه اشکال کرده و هم در فرض فساد، همین است که می‌خواهیم الآن از مسالک نقل کنیم. شهید ثانی (ره) می‌گوید اگر عاریه، عاریه‌ی صحیح است، قاعده‌ی اولش این است که در آن ضمان وجود ندارد إلا ما خرج بالدلیل؛ یعنی در باب عاریه، قاعده و اصل اولی این است که مستعیر اگر آن عینی که عاریه گرفته در یدش تلف شد، ضامن نیست مگر آنجا که دلیل داریم. دلیل فقط در فرض اشتراط داریم؛ که معیر بر مستعیر شرط ضمان کند.

اما در جایی که مُحرمی از مُحلّی صیدی را عاریه گرفته، گر چه بر این مُحرم و بر مستعیر، گرفتن این صید حرام بوده، اگر فرض کردیم عقد عاریه‌اش صحیح است، بگوئیم حالا نهی در معاملات دلالت بر فساد ندارد، اگر فرض کردیم که این عاریه عاریه‌ی صحیحی هست، مقتضای قانون اولیه‌ی در عاریه را باید عمل کنیم، لذا باید بگوئیم ضمان وجود ندارد. این در فرض صحت. اما در فرض فساد؛ می‌فرماید «و أمّا مع فسادها فلأنّ حکم العقد الفاسد حکم الصحيح في الضمان و عدمه كما أسلفناه في مواضع قاعدة کلیة»؛ می‌فرماید این را به عنوان يك قاعدة کلیه گفتیم و اینجا اشاره می‌کنند که ما در مواردی این قاعده را آوردیم و به آن تمسک کردیم که حکم عقد فاسد، حکم عقد صحیح است. اگر گفتیم در يك صحیحی، ضمان وجود ندارد، در فاسد هم ضمان وجود ندارد. - این نکته را عرض کنم؛ الحمدلله این بحث قاعده‌ی «ما یضمن» که هنوز ما در عکس آن بحث می‌کنیم، به لطف خدا بحث مفصّلی شد. آقایان هم مغتنم بشمارند، خودش يك رساله‌ی خیلی مفصّلی می‌شود و یکی از کارهایی که باید انجام بدهید همین است، مخصوصاً کتاب مسالک را من از وقتی که شرح لمعه می‌خواندم در ذهنم بود که با این کتاب کار کنیم. وقتی شرح لمعه می‌گفتم به رفقا می‌گفتم که کنار کتاب لمعه، روی مسالک کار کنید. حالا در همین مسالک، شهید (ره) جایی که به این قاعده‌ی «ما یضمن» تمسک کرده کجاست؟

این خودش برای تحقیق مطلب خیلی خوب است. - می‌فرماید «كما أسلفناه مواضعه»، جاهای متعدد این قاعده را ما مطرح

کردیم، لذا می‌فرماید حالا که در صحیحش ضمان وجود ندارد، در فاسدش هم ضمان نیست. نتیجه: پس شهید ثانی (ره) در صیدی که يك مُحرمی آن را از مُحلی عاریه بگیرد، می‌گوید چه بگوئیم این عاریه، عاریه‌ی صحیح است و چه بگوئیم این عاریه، عاریه‌ی فاسده است اینجا ضمانی وجود ندارد و در ثبوت ضمان مناقشه است. اما مشهور (از جمله مرحوم محقق (ره) در شرایع و جماعتی از فقها) قائلند که اگر این صید ماند و به مالکش رد کرد، فقط باید بین خودش و خدا کفاره بدهد، اما اگر این صید در ید این محرم تلف شد، مقتضای عبارات فقها این است که این مُحرم ضامن است. فقیه وقتی می‌خواهد با مشهور مخالفت کند يك مقداری با تأمل جلو می‌رود، لذا مرحوم شهید (ره) می‌فرماید باید ببینیم مرحوم محقق (ره) در شرایع و جماعتی که در اینجا حکم به ضمان کرده‌اند چه دلیلی بر کلامشان هست؟ می‌فرماید ما يك نصوصی داریم که ممکن است اطلاق آنها مورد استدلال اینها باشد. نصوص چیست؟

مفادش این است که «**أَنَّ المحرم لو أتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكة**»؛ اگر يك مُحرمی صیدی که مملوك است، را تلف کرد، باید کفاره‌اش را به مالکش بپردازد. يك وقت يك مُحرمی خودش می‌آید این صید را می‌گیرد، و این صید ملك کسی نبوده، اما يك صیدی که قبلاً دیگری صید کرده و مالك شده، اگر آن را اتلاف کرد، باید کفاره‌اش را به مالکش بپردازد. به جناب شهید (ره) عرض می‌کنیم این چه ربطی به ما نحن فیه دارد؟ می‌فرماید همین که محرم این صید را گرفت، اولین تکلیفی که بر عهده او می‌آید؛ «**عليه ارساله**»؛ باید این صید را رها کند و بگوئیم این وجوب ارسال، از مصادیق همین اتلاف می‌شود. می‌فرماید شاید محقق (ره) و این جماعتی که گفتند اینجا باید قیمتش را به مالك بپردازد، علتش این است. سپس این را هم مورد مناقشه قرار می‌دهد و می‌فرماید بالأخره ما دو دسته دلیل داریم، يك دسته می‌گوید در عاریه، ضمان نیست، الآن مُحلی که يك عاریه‌ای را به يك مُحرمی داده و در دست این مُحرم تلف شد، ما باشیم و قواعد؛ این عاریه می‌گوید ضمانی وجود ندارد. از يك طرف هم، این دلیل را داریم که «**أَنَّ المحرم لو أتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكة**».

شهید (ره) می‌گوید دو راه در برخورد با این دو دلیل وجود دارد، یکی این است که بگوئیم «**أَنَّ المحرم لو أتلف صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكة**»؛ در جایی است که به غیر اذن مالك باشد، اما جایی که خود مالك عاریه‌ای را داده، و لو بر او امساکش هم واجب است، یعنی مالك محل است و می‌داند که این شخص مُحرم است و می‌داند که محرم نمی‌تواند صید را نگه دارد و باید رها کند، اگر با اذن خودش داد، اینجا دیگر فداء و ضمان قیمت برای مالك در کار نیست، پس این نصوص در جایی است که بدون اذن مالك این صید را بگیرد. راه دوم این است که ما قاعده‌ی باب عاریه را تخصیص بزیم و بگوئیم اینکه در عاریه، ضمان وجود ندارد، بگوئیم ضمان وجود ندارد در غیر صید، اما در جایی که مُحرمی يك صیدی را عاریه می‌گیرد، در آنجا ضمان وجود دارد. پس شهید (ره) می‌فرماید ما دو دسته دلیل داریم، فقیه باید همیشه نگاهش به دلیل باشد، يك دسته می‌گوید «**لو أتلف المحرم صيداً فعليه فداء للمالك**»؛ با توجه به این نصوص می‌گوئیم اینجا مُحرم ضامن است.

دسته‌ی دوم می‌گوید «**العاریة غیر مضمونة**»؛ در عاریه، ضمان وجود ندارد، که با توجه به این نصوص، می‌گوئیم و لو محرمی صیدی را عاریه بگیرد، و لو برای محرم، گرفتن صید حرام است، اما اگر عاریه گرفت، «**العاریة غیر مضمونة**»، اطلاقش اینجا را می‌گیرد. دو دسته دلیل داریم؛ يك راه این است که دلیل اول را تخصیص بزیم، يك راه هم این است که دلیل دوم را تخصیص بزیم. راه اول این است که بگوئیم «**لو أتلف المحرم صيداً**» را تخصیص بزیم به جایی که مُحرم من دون اذن مالکش، صیدی را بگیرد، آنجا بگوئیم ضامن مالك آن صید است. راه دوم این است که «**العاریة غیر مضمونة**» را تخصیص بزیم و بگوئیم اینکه می‌گوئیم عاریه مضمونه نیست إلا در جایی که محرم صیدی را عاریه بگیرد، در اینجا ضمان هست. دو راه وجود دارد و هیچیک بر دیگری ترجیح ندارد.

لذا شیخ انصاری (ره) و بزرگان ما در نقل کلمات دیگران چقدر دقیقند، می‌فرمایند شهید (ره) در ثبوت ضمان مناقشه دارد، یعنی اینکه 100٪ هست یا نیست، در ثبوت ضمان مناقشه دارد. ما هم خواستیم امروز با بیان این کلامی که شهید (ره) در مسالك ذکر کرده، وجه مناقشه را ذکر کنیم. این وجهی بوده که در ذهن شهید (ره) است. علامه (ره) در تذکره، ج 2، ص 209 می‌فرماید:

«المحرم إذا قبضه من المالك وجب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته» ؛ اگر محرم صیدی را از مالک بگیرد، باید این صید را رها کند، و قیمتش را هم ضامن است. بعد می‌فرماید «وإن ردّه على المالك ضمن لله تعالى الفداء و سقطت عنه القيمة للمالك» ؛ اگر آن را برگرداند و به خود مالک داد، باید کفاره بدهد و ضامن قیمت ساقط می‌شود. آنگاه باز شهید ثانی(ره) در کتاب مسالك این کلام تذکره را نقل می‌کند و می‌گوید «و وجه الحكم الأول أنه صيد و حكمه بالنسبة إلى المحرم وجوب الإرسال، لكن ذلك في المملوك موضع إشكال، لتعارض حقّ الله تعالى فيه و حقّ الآدمي، و القاعدة المعروفة في ذلك تقديم حقّ الآدمي، فينبغي ردّه على مالكة و ضمان الفداء لله تعالى كما ذكره ثانياً» ؛ وجه حکم اول این است که اینکه در دست محرم آمده، از مصادیق صید است، و بر محرم، إرسال واجب است. حرف خوبی که شهید(ره) در اینجا دارد اینکه می‌فرماید اگر خود محرم صید کرد، بر او مسلماً رها کردن واجب است، اما اگر مُحلي صیدی گرفته و به او عاریه داد، شهید(ره) می‌گوید در اینکه ما اینجا فتوا بدهیم به اینکه ارسال بر این محرم واجب است، تردید داریم. برای اینکه اینجا حقّ الله و حقّ الناس با هم تعارض می‌کنند، و قاعده این است که در تزامم بین حقّ الله و حقّ الناس، حقّ الناس مقدّم است. لذا این را باید به مالکش رد کند و فقط باید خودش کفاره بپردازد.

تذکر یک نکته اصولی

ما در بحث اصول يك حرفي زدیم و بعد از درس هم به بعضي از آقایان گفتیم که یکی از مؤیدات ما همین مطلب است؛ گفتیم اینکه در ملاکات، حتماً شارع باید أقوى ملاکاً را اختیار کند، دلیلی بر این کلام نداریم و یکی از جاهایی که مؤید ماست؛ تزامم بین حق الله و حق الناس است. يك صیدی که هزار تومان ارزش دارد، این می‌شود حق الناس، شارع می‌گوید انسان مُحرم که در حال احرام است، حق ندارد استیاد کند و چیزی شکار کند، اگر شکار کرد حق ندارد نگه دارد، تا اصطیاد کرد، شارع می‌گوید بلا فاصله ارسال واجب است. چه بسا ملاک این، از ملاک حق الناس قوی‌تر هم باشد، اما شارع در اینجا حق الناس را مقدم می‌کند. یعنی ما دلیل نداریم که در تزامم و تعارض حقّ الله و حق الناس، همیشه حق الناس أقوى ملاکاً است، حق الناس ممکن است يك صید صد تومانی باشد، یا اصلاً قیمتش خیلی هم پائین‌تر باشد، ولی شارع در اینجا حقّ خودش که قطعاً أعظم از این هم هست را می‌گذرد و حق الناس را رعایت می‌کند. و این منتهی است که شارع بر مردم گذاشته و إلا شارع از ابتدا می‌فرمود که ببینید مسأله‌ی مالی آن چیست؟

مثلاً يك جایی که شخص باید پول بدهد، این را در فقه زیاد می‌توانید پیدا کنید، می‌خواهد برود با آب وضو بگیرد و برای اینکه برود با آب وضو بگیرد، باید ده هزار تومان پول بدهد، سوار ماشین شود و چند فرسخ راه برود تا آب پیدا کند و وضو بگیرد، این لزومی ندارد، بلکه تیمم کند، در حالی که طهارت مائیه چه ملاکات عجیبی دارد. علي أيّ حال؛ این مطلب را در آنجا گفتیم که مطلب خلاف مشهوری هم هست و خیلی از آقایان هم استیحاş دارند، اما يك مطلبی است که باید روی آن فکر و دقت کرد، تا ببینیم درست است یا نه؟ ما امروز يك مقدار موضوع را روشن کردیم، این نقضی که بر «عکس قاعده» ذکر کرده‌اند، روی قول کسانی که می‌گویند ضمان وجود دارد، می‌گویند در عاریه‌ی صحیح، ضمان نیست، در عاریه‌ای که محرم از محل صیدی را اخذ می‌کند ضمان وجود دارد، روی این قول، گفته‌اند نقض دارد. ما کلام امام(رض) را بررسی می‌کنیم، که ایشان در کتاب البیع، ج 1، ص 446، می‌فرماید اینجا سه مطلب مهم باید بررسی شود.