

بسم الله الرحمن الرحيم

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

چکیده بحث گذشته

بیان کردیم که مطلب دومی که در این بحث باید مورد توجه قرار گیرد تا عاریه‌ی فاسد، نقض برای «عکس قاعده» شود، این است که بگوئیم به مجرد این که معیر این صید را به مستعیر تسلیم کرد، از ملك معیر خارج نشود. اگر گفتیم مجرد تسلیم، سبب خروج صید از ملك معیر می‌شود، اینجا دیگر مسأله‌ی عاریه مطرح نمی‌شود و اگر بعداً بگوئیم ضمانی هم وجود دارد، دیگر عنوان ضمان ید را ندارد، چون دیگر ید بر مال غیر نیست. وقتی بگوئیم از ملك معیر خارج شده، یدی که الآن مستعیر بر این صید پیدا می‌کند، این ید بر مال غیر نیست.

خلاصه اگر از ملك معیر خارج شود، دیگر ربطی به عاریه و عقد عاریه ندارد و ضمان یا عدم ضمان، ارتباطی به عقد عاریه ندارد و باید مسأله‌ی ضمان را روی يك وجه دیگری درست کنیم. عنوان ضمان، ید بر مال غیر نیست. در باب مقبوض به عقد فاسد در بیع، می‌گفتیم مشتری، ید بر مال غیر دارد، وقتی ید پیدا کرده، این عقد هم عقد فاسدی است و باید ضامن باشد. اینجا می‌خواهیم بگوئیم که این عاریه که محقق شده، و لو فاسداً هست، اما این صید در ملك معیر باقی می‌ماند و این بر مال معیر ید پیدا می‌کند لذا ضامن است. اما اگر گفتیم به مجرد تسلیم، از ملك معیر هم خارج می‌شود، دیگر ید بر مال غیر صدق نمی‌کند.

ادله محقق نائینی(ره) بر زوال ملکیت معیر

بحث در این بود که آیا این مطلب درست است یا نه؟ محقق نائینی(ره) اصرار دارند روی این مطلب که به مجرد این که معیر صید را تسلیم به مستعیر کند از ملك معیر خارج می‌شود و برای این مطلب چهار دلیل اقامه کرده‌اند. دلیل اول را دیروز خواندیم و اشکالاتش را هم بیان کردیم. البته نسبت به دلیل اول که دیروز روایاتی را اشاره کردیم، که در وسائل، ج 13، باب 49 از ابواب صید، صاحب وسائل(ره) روایات مفصلي را آورده که عرض کردیم تأکید امام(رض) بر این است که از این روایات استفاده می‌شود و لو امساك این صید حرام است، اكلش حرام است، فروشش حرام است، اما از ملك حتّی خود مُحرم خارج نمی‌شود، ملك برای مُحرم است. این روایت را دیروز ذکر کردند که «أما يحبّ أن يأكل من ماله»، که بیشتر می‌خواهند از تعبیر «من ماله» همین را استفاده کنند.

و لو این احتمال هم وجود دارد که ما بگوییم «من ماله» یعنی آنکه تحت اختیارش است. این يك احتمال دومی هم هست که کلمه‌ی «من ماله» را به معنای «تحت اختیار» معنا کنیم، یعنی صیدی را که خود محرم گرفته و تحت اختیارش هست، الآن اگر در حال اضطرار دُوران امر حاصل شود بین اكل مصید خودش و اكل میته، روایات متعدد دارد که «أن يأكل مصیده»،

برای اینکه این مال اوست. امام (رض) مال را به ظاهرش معنا می‌کند، یعنی ملکش است. اما این احتمال هم وجود دارد که بگوئیم «من ماله» یعنی «تحت تصرفه»، «تحت اختیاره»، منتهی این احتمال اولاً خلاف ظاهر است و ثانیاً فرض این است که میته هم تحت تصرف اوست. الآن فرض ما این است که در جایی صیدی هست تحت اختیاره، میته‌ای هم هست تحت اختیاره، کدام رجحان دارد و کدام تعیین دارد؟ حالا ما می‌خواستیم این روایات را بیاوریم بررسی کنیم، دیدیم که جایی آنها اینجا نیست، إن شاء الله هم در کتاب العاریة و هم در کتاب الحج (در باب محرمات احرام و صید) باید این روایات را بررسی کنیم.

دلیل دوم

دلیل دوم؛ می‌فرمایند «يمكن أن يستفاد من مجموع ما ورد في باب الإحرام أن كلّ ما وقع الصيد تحت يده و إن كان ملك غيره يخرج عن المملوكية بل يحرم عليه صيد البر أيضا ما دام محرماً»؛ از ادله و روایاتی که در باب احرام نسبت به محرم و صید وارد شده استفاده می‌شود که وقتی صید به دست محرم رسید، این دیگر از مملوکیت خارج می‌شود، یعنی ملک خودش نیست، اگر هم قبلاً دست يك مُحلي بوده، از ملك او هم خارج می‌شود، أصلاً دیگر مملوك نیست تا انسان بخواهد آن را هبه کند، وقف کند یا بیع کند. هیچ کاری نمی‌شود روی آن انجام داد. از ادله استفاده می‌شود که این صید از مملوکیت خارج می‌شود. در این دلیل دوم محقق نائینی (ره) می‌گوید أصلاً صید از مملوکیت خارج است - که این هم بر خلاف تمام این روایات است - که توضیح دادیم.

نقد دلیل دوم

در اینجا دو اشکال در کلام امام (رض) هست؛ اول اینکه می‌فرماید «هو دعوى بلا شاهد»، اینکه ما بگوئیم صید از مملوکیت مطلقاً خارج می‌شود، دلیلی بر این نداریم، بعد می‌فرمایند اگر گفتیم معیری صیدی را به محرم مستعیر داد و قائل شویم که رها کردن این صید واجب است، إرسال این صید واجب است، اما می‌فرمایند وجوب إرسال، ملازمه‌ای با خروج از ملك معیر ندارد، حتی اگر بالفعل هم ارسال کرد.

چون يك مطلب این است که می‌گوئیم «يجب عليه الإرسال»، این اعم از این است که ارسال کند یا ارسال نکند، این صید را رها کند یا رها نکند. حالا بالاتر؛ می‌فرمایند که اگر ارسال هم کرد، اینکه ما بعداً بگوئیم این از ملك معیر خارج می‌شود، چرا؟ [این را من اضافه می‌کنم] که اگر مستعیر ارسال کرد و معیر دو مرتبه خودش این را گرفت، آیا این ملکیت جدید است؟ این نکته را خوب دقت کنید؛ اگر معیر، صیدی را به صورت زنده گرفته، و فرض این است که خودش مُحلّ است، این صید را به مستعیر داد.

مستعیر هم روی قاعده‌ای که ارسال و رهایش واجب است، آن را رها کرد، حالا این معیر يك صيّد ماهري است و همان جا نشسته بود و این را دوباره گرفت، آیا این ملك جدیدی است یا ممکن است بگوئیم آنچه مال خودش بوده دوباره در اختیار خودش برگشته، کما اینکه بعضی از فقها هم قائلند که اگر مستعیر، این صید را به معیر برگرداند، به ملك او برمی‌گردد، دیگر لازم نیست که غرامت و ضمان نسبت به او بپردازد، فقط باید کفاره‌ی اینکه صیدی را در حالت احرام گرفته و امساک کرده را بپردازد. لذا این مطلب محقق نائینی (ره) يك مطلب کلی است که اولاً دلیلی بر آن نداریم و ما از ادله نمی‌توانیم استفاده کنیم که صید به مجرد اینکه در اختیار محرم قرار گرفت، به طور کلی از مملوکیت خارج می‌شود، حتّی اگر قائل به وجوب ارسال شویم. حتی بالاتر از آن؛ اگر مستعیر، ارسال هم کرد، باز ما دلیل نداریم بر اینکه از ملك معیر خارج شده باشد.

دلیل سوم

مطلب سوم این است که محقق نائینی(ره) زوال ملك معیر را به مشهور نسبت داده و فرموده اگر معیر صیدی را به مستعیر عاریه داد، مشهور قائلند که از ملك او خارج می‌شود.

نقد دلیل سوم

اینجا جواب این است که این هم بر خلاف ظاهر کلمات فقهاست. عباراتی که فقها دارند از اینجا شروع می‌شود که مرحوم شیخ(ره) در مبسوط می‌گوید «إذا كان في يد رجلٍ حلال صيدٍ»؛ اگر در يد يك رجلي که مُحرم نیست صیدی باشد، «لم یجز للمحرم أن يستعير منه»؛ محرم نمی‌تواند آن را عاریه بگیرد، «لأنه لا يجوز له إمساكه، فإن استعار منه بشرط الضمان ضمنه باليد، وإن تلف في يده لزمته قيمته لصاحبه، و الجزاء لله» □

شیخ طوسی(ره) می‌گوید اگر این محرم، آن صید را به شرط ضمان گرفت، یعنی معیر می‌داند که این محرم است و به محرم می‌گوید که امساک بر تو جایز نیست، اگر من به تو دادم، عاریه است اما شرط ضمان می‌کنم. شیخ(ره) می‌فرماید «ضمنه باليد» . آیا می‌شود بگوئیم که از ملك معیر خارج شده و ضمان يد وجود دارد؟ ضمان يد جایی است که هنوز بر ملك معیر باقی باشد و مستعیر، يد بر مال غیر پیدا کرده باشد، اما اگر مستعیر يد بر مال غیر ندارد، فرض کنیم که این از مال غیر خارج شده، ضمان يد دیگر معنا ندارد.

یا محقق(ره) در شرایع می‌فرماید «و لو امسكه ضمنه و إن لم يشترط»؛ اگر گرفت ضامن است و لو شرط ضمان نشده باشد. ضمان با فرض این است که این هنوز در ملك معیر باشد. در قواعد و تذکره و اینها هم نظیر این عبارات وجود دارد، عباراتی که تماماً ظهور در «بقاء ملك معیر» دارد. پس شیخ، محقق و علامه(رحمهم الله) می‌فرمایند «فلو استعاره يجب عليه ارساله و ضمن للمالك قيمته»، ضامن قیمتش می‌شود «ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل»؛ اینها ظهور در این دارد که در ملك معیر باقی می‌ماند. پس اینکه محقق نائینی(ره) می‌فرماید مشهور قائل به زوال ملك معیر هستند، این مطلب هم تمام نیست.

دلیل چهارم

آخرین مطلبی که محقق نائینی(ره) در اینجا دارد، تمسك به آیه است. به آیه «و حرم علیکم صید البر» استدلال کنیم بر اینکه این از ملك معیر خارج شده است. به این بیان که بگوئیم آیه می‌فرماید جمیع تصرفات و جمیع تقلبات در این صید حرام است، یکی اینکه در دست خودش نگه دارد حرام است، دوم اینکه يك قفسي در آنجا باشد و داخل در آن قفس کند هم حرام است، از جمله مواردی که حرام است این که به خود معیر بدهد. یعنی اگر دو مرتبه به معیر برگرداند، «هذا مصادقٌ للإمساك»؛ این هم يك نوع امساك است.

نقد دلیل چهارم

اشکالش این است که أولاً ما قبلاً عرض کردیم این آیه تمام تصرفات را نمی‌گوید، بلکه به مناسبت حکم و موضوع، همانطور که در آیه «حرمت علیکم المیتة» □ مسأله‌ی اكل مطرح است، یا در «حرمت علیکم امهاتکم» ، مسأله‌ی نکاح مطرح است، در

«حَرَمَتْ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دَمْتُمْ حَرَمًا» ، مسأله‌ی اُكلش مطرح است.

بگوئیم جمیع تصرفات يك عمومي دارد و آیه دلالت ندارد. ما روایات زیادی داریم، که نگهداری این صید حرام است، اشاره به صید حرام است، دلالت حرام است، بیع و شرائش حرام است، و ادله‌ی خاصه داریم، اما آیه دلالت بر این معنا ندارد. اشکال دوم که در کلمات امام(رض) است که می‌فرمایند آیه ظهور در آن صیدی دارد که خود مُحَرَّم صید می‌کند، اما جایی که مُحَلِّي صید کند و بیاورد به محرم بدهد، آیه شامل این نمی‌شود و اطلاقی که بگوئیم هر دو نوع صید را شامل شود؛ سواءً اصطاده بنفسه أو اصطاده الغير، آیه چنین اطلاقی ندارد. انصافاً امام(رض) اینجا از همه مفصل‌تر بحث کرده‌اند.

مطلب دیگری که در اینجا دنبال می‌کنند این است که آیا این مطلب که اگر يك مُحَلِّي صیدی را به مستعیر مُحَرَّم عاریه داد، بگوئیم بر این مستعیر ارسال این صید واجب است و در نتیجه ارجاعش به معیر حرام است، چون نمی‌شود بگوئیم می‌تواند به معیر برگرداند و ارسالش هم واجب است این دو با هم جمع نمی‌شود، بگوئیم ارسال واجب و ارجاع به معیر حرام، می‌فرمایند انصاف این است که از ادله؛ استفاده‌ی وجوب ارسال و حرمت ارجاع هم مشکل است. دو سه دلیل هم برای آن ذکر می‌کنند که حالا نیازی به اینکه ما این را در اینجا بیاوریم نیست.

نتیجه بحث تا اینجا

نتیجه بحث این است که اگر عاریه‌ی فاسد بخواهد نقض برای عکس قاعده باشد؛ باید از ملك معیر خارج نشده باشد و اگر ما در جایی خودش مثل محقق نائینی(ره) قائل شویم – که ادله‌اش را اینجا رد کردیم – از ملك معیر خارج شده، یا بخواهیم بگوئیم وجوب ارسال ملازم با خروج از ملك معیر دارد – که اینجا همه محل اشکال است –، این مورد دیگر نقض برای عکس قاعده محسوب نمی‌شود. يك قسمت دیگر باقی مانده و آن این است که باید اثبات کنیم که اگر این صید خود به خود در ید مستعیر تلف شد، نه اینکه آن را اتلاف کند، بگوئیم مستعیر ضامن است. اگر این را هم اثبات کنیم، نتیجه این می‌شود که عاریه‌ی فاسد، از موارد نقضِ عکس قاعده است.

و صلی الله علی سیدنا محمد و آله اجمعین.