

بسم الله الرحمن الرحيم

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

بررسی مطلب سوم

ملاحظه فرمودید که در بحث عاریه‌ی فاسد، سه مطلب باید مسلم باشد تا این مورد، از موارد نقض «عکس قاعده» باشد. مورد سومی که اشاره کردیم این است که اگر این مال در دست مستعیر تلف شد، به عنوان تلف، ضمان ثابت است. یعنی قائل شویم که به سبب تلف در یدِ مستعیر، ضمان ثابت است. در توضیح این مطلب عرض کردیم که اگر کسی آن مبنای مرحوم شیخ انصاری (ره) را قائل شود که فرمود در مقابل عموم «علي الید»، عقود صحیح خارج می‌شود و عقود فاسد هم خارج می‌شود، در صورتی که در تحت عنوان استیمان مطلق مالکی در بیاید، چون شیخ (ره) فرمود اگر مالک، کسی را من غیر عوض و مجاناً بر مالش امین قرار داد - که از این تعبیر به استیمان مالکی کردیم -، چه در عقود صحیح و چه در عقود فاسد، اینجا ضمان نیست. اگر کسی در اینجا بگوید معیر، مستعیر را امین بر این مال قرار داده و ما نیز آن استیمان مطلق را که شیخ (ره) فرموده را قبول کردیم، نتیجه‌اش این است که این از عموم «علي الید» خارج می‌شود و اگر این مال و این صید در دست مستعیر تلف شد، مستعیر ضامن نیست. اگر آن مبنای شیخ (ره) را قبول نکنیم که مبنای ایشان این است که ما از أدله، یک عمومی را استفاده می‌کنیم، «أن من لم يضمنه المالك و استأمنه علي ملکه فهو غير ضامن»؛ اگر کسی این عموم را قبول نکند، اینجا مستعیر ید بر این مال پیدا کرده و فرض این است که عاریه هم عاریه‌ی فاسد است، پس اگر تلف شود، اینجا ضمان وجود دارد. یعنی راه برای اثبات ضمان؛ عموم «علي الید» است.

مگر اینکه کسی بگوید «علي الید» از اینگونه امانات عرفی، انصراف دارد. «علي الید ما أخذت» شامل اینگونه موارد نمی‌شود که در عرف کسی به دیگری مالی را به عنوان عاریه یا امانت می‌دهد و هیچ الزام شرعی یا عقلانی بر دادن این مال در کار نیست. چون این شخصی که عاریه می‌دهد، می‌توانست از اول عاریه ندهد، الزامی به دادن عاریه نبود، نه الزام شرعی در کار است و نه الزام عقلانی. اگر قائل به انصراف شدیم، آنگاه برای اینکه بگوئیم اگر این مستعار در یدِ مستعیر تلف شد، ضمان وجود دارد، دیگر وجهی برای ضمان نیست. پس مطلب سوم این است که ما اثبات کنیم که این مستعار وقتی در یدِ مستعیر قرار می‌گیرد، به مجرد تلف، ضامن می‌شود. اگر این را گفتیم آن وقت این نقض بر عکس قاعده است، عکس قاعده این است که «لا يضمن بصحيحه، و لكن يضمن في فاسده» بسبب تلف.

اینجا اگر کلام محقق اصفهانی (اعلی الله مقامه الشریف) را در حاشیه‌ی مکاسب ملاحظه کنید، انصافاً خیلی مفصل بحث کرده‌اند، البته نه در حاشیه‌ی بر این عبارت، در ابتدای بحث که وارد می‌شوند. پس مرحوم شیخ (ره) می‌فرماید عاریه‌ی فاسد، از موارد نقض «عکس قاعده» است، اگر ما مستند این ضمان را تلف بدانیم، اما اگر مستند این ضمان را وجوب الارسال بدانیم و بگوئیم وجوب الارسال بمنزلة الاتلاف است، اینجا دیگر نقض بر عکس قاعده نیست، چون نقض بر عکس قاعده جایی است که موردش، مورد تلف باشد، اما اگر سبب ضمان، تلف نیست، مال هنوز در یدِ مستعیر باقی است، تلف نشده، گفتیم مع ذلك

مستعیر، ضامن این قیمت است که قیمت را به معیر بپردازد و منشأ ضمان را هم این بگوئیم که شارع ارسال را بر مستعیر واجب کرده، وجوب الارسال، خودش بمنزلة الاتلاف است و این را منشأ برای ضمان قرار دهیم، دیگر این عاریه‌ی فاسد ربطی به ما نحن فیه پیدا نمی‌کند و عنوان نقض بر عکس قاعده را ندارد.

بررسی چهار عنوان در عاریه‌ی فاسد

حالا خوب اینجا این نکته را دقت کنید که در عاریه‌ی فاسد، چهار عنوان وجود دارد. یکی؛ عنوان «اخذ»، همین که مستعیر گرفت. دوم؛ عنوان «وجوب الارسال»، سوم؛ عنوان «تلف» (که خود به خود تلف شود)، چهارم؛ عنوان «ارسال خارجی» که مستعیر این صید را رها کند، که این عرفاً عین اتلاف است. اینکه ما بخواهیم حکم کنیم که در مقابل این صید، علاوه بر کفاره‌ای که بین خودش و خدا باید بدهد، نسبت به معیر و مالک ضامن است، منشأ ضمان چیست؟ آیا منشأ ضمان؛ نفس «اخذ» است که بگوئیم این «اخذ» یعنی «اتلاف»، تا محرم گرفت، «اتلف مال الغیر»؟ یا منشأ ضمان، عبارت از حکم شارع به «وجوب ارسال» است، بگوئیم وجوب الارسال ملازمه‌ی با اتلاف دارد؟ یا منشأ ضمان؛ «تلف خارجی» است که این مال خود به خود تلف شود، یا منشأ ضمان؛ «ارسال خارجی» است.

در این چهار عنوان باید دقت کنیم. بیانی که دیروز از امام (رض) عرض کردیم این بود که مجرد تسلیم و تسلّم، موجب خروج از ملکیت معیر می‌شود. اینجا انصاف این است که از جاهای دقیق است، منتهی آن را در کتاب الحج و کتاب العاریه بحث می‌کنند. يك بحث این است که آیا تسلیم و تسلّم، موجب خروج این صید از ملك معیر است؟ آیا وجوب الارسال، ملازمه‌ی با خروج از ملك دارد؟ امام (رض) يك نکته‌ای دارند (که دیروز بیان نکردیم) که می‌فرمایند بین وجوب ارسال و خروج از ملك، ملازمه نیست. شاهده‌ی هم می‌آورند که می‌فرمایند در مخصصه و ایام قحطی، اگر انسان اضطرار پیدا کرد مال دیگری را بخورد، خوردن مال دیگری، موجب خروج از ملك او نمی‌شود. حالا مالش را خورده و عین مالش نیست، بعداً باید مثل یا قیمتش را بپردازد، اگر موجب خروج از ملك نمی‌شود.

بحث از سبب خروج از ملکیت و سبب ضمان

لذا این را دقت کنید؛ يك بحث این است که آیا «وجوب الارسال» یا «خود ارسال»، سبب خروج از ملك مالك می‌شود یا نه؟ مثل اینکه کسی برود آهویی را بخرد و به منزل بیاورد، یا آهویی را صید کند و بعد در هر دو فرض، این آهو فرار کند. گفتیم فرقی نیست؛ چه جایی که کسی می‌رود خودش آهویی را می‌خرد و به منزل می‌آورد و درب خانه باز مانده و آهو فرا کرده، یا جایی که خودش می‌رود آهویی را صید می‌کند، باز آن آهو فرار کرد، اینجا باز این موجب خروج از ملکیت نمی‌شود. يك بحث این است که آیا «اخذ المستعیر» یا «وجوب الارسال علی المستعیر» یا «خود ارسال خارجی»، مخرج از ملکیت هست یا نه؟ بحث دیگری که داریم دیروز هم عرض کردیم که مخرج از ملکیت نیست، أخذ این صید بر مستعیر حرام است، اما مخرج از ملکیت نیست، وجوب الارسال هست، اما مخرج از ملکیت نیست و ملازمه‌ای ندارد. اما بحثی که الآن داریم این است که آنچه که سبب برای ضمان می‌شود چیست؟ آیا نفس الاخذ سبب للضمان؟ آیا این که شارع فرموده بر مستعیر، ارسال واجب است، خود «وجوب الارسال» و لو هنوز ارسال خارجی محقق نشده، آیا «وجوب الارسال» سبب ضمان است؟

آیا خود «ارسال خارجی» موجب برای ضمان است، آیا «تلف» موجب برای ضمان است؟ یا این که خیر! در باب عاریه‌ی فاسد، هیچیک از اینها موجب ضمان نیست. اگر فقیه‌ی اثبات کرد در عاریه‌ی فاسد، هیچیک از اینها موجب ضمان نیست، اگر گرفت، ارسال برای او واجب است و حتی اگر خود به خود تلف شد و یا حتی ارسال خارجی کرد، گفتیم اینجا موجب برای

ضمان نیست، اینجا دیگر این مورد به عنوان نقض برای عکس قاعده مطرح نمی‌شود. اما اگر گفتیم یکی از این عناوین، موجب ضمان است، باز هیچکدام از اینها ارتباطی به ما نحن فیه ندارد، الا آن مورد تلف. یعنی اگر در میان این چهار عنوان، اثبات کردیم آنچه که موجب برای ضمان است، تلف در ید مستعیر است، آنگاه این عاریه‌ی فاسد، که مستعار در ید مستعیر تلف شده، اینجا نقض برای عکس قاعده است.

کلام محقق اصفهانی(قده)

محقق اصفهانی(قده) بحث خیلی مفصلي دارد(حاشیه‌ی مکاسب، ج 1، از صفحه 332 تا صفحه 337) و در آخر می‌فرماید «و من جميع ما ذكرنا اتضح أنه لا دليل على الضمان بمجرد وجوب الإرسال، بل بإرساله إذا كان إتلافا عرفاً»؛ خود شیخ(ره) در مکاسب وجوب الإرسال را(نه ارسال خارجی) منشأ برای ضمان می‌داند، ایشان می‌فرماید از آنچه که ما ذکر کردیم روشن می‌شود که «وجوب الإرسال» دلیل برای ضمان نیست، بلکه اگر مستعیر این را ارسال کرد، ضامن است، تازه اگر عرف بگوید که این اتلاف است. در ذهن شریف ایشان این بوده که اگر مستعیر بگوید من که نمی‌خواهم این را از بین ببرم، بلکه شارع به من گفته اگر نگه داری حرام است. وقتی شارع به من می‌گوید حرام است که نگه داری، من متلف نیستم، بلکه متلف آن جایی است که خود انسان به اراده‌ی خودش مال دیگری را از بین ببرد. اما اگر من به امر شارع يك کاری کردم، این موضوع «من أتلف مال الغير» در اینجا صدق نمی‌کند. اما می‌فرمایند حالا اگر کسی گفت إتلاف عرفی در خود ارسال صدق می‌کند، اینجا ضمان وجود دارد. بعد می‌فرمایند ما وقتی به کلمات فقها مراجعه می‌کنیم، می‌فرمایند و لو اینکه کلمات فقها در اینکه آیا مرادشان وجوب الإرسال است یا ارسال خارجی است، اطلاق دارد، اما ما باید این کلمات فقها را حمل بر خود «ارسال خارجی» کنیم، نه مجرد وجوب ارسال. بعد هم می‌فرمایند برخی از کلمات فقها هم متمرکز شده روی تلف قبل از ارسال، که اگر قبل از ارسال، این مال در ید مستعیر تلف شد، ضامن است.

طرق اثبات ضمان در کلام محقق اصفهانی(ره)

آنچه که الآن در صدد آن هستیم، اشاره به شش راه است که محقق اصفهانی(قده) برای ضمان ذکر کرده و غرضم از اشاره این نیست که حالا مفصلاً تمام این شش راه را در اینجا بگوئیم، این باید در کتاب العاریه یا در کتاب الحج مطرح شود، اما می‌خواهم عرض کنم که يك فقیه چقدر دقت کرده و این احتمالات را در اینجا مطرح کرده است، البته خود محقق اصفهانی(قده) در تمام آنها هم مناقشه می‌کند.

طریق اول

راه اول این است که بگوئیم خود «وجوب ارسال»، ملازم با وجوب دفع بدل است. وقتی شارع می‌گوید بر مستعیر، ارسال واجب است، و لو هنوز خارجاً ارسال نکرده، اما عرفاً ملازمه دارد؛ همان زمان که وجوب الإرسال می‌آید، همان زمان، وجوب دفع بدل هم می‌آید. این را تشبیه می‌فرمایند؛ در باب معاطات روی قول کسانی که قائل به اباحه‌اند، می‌فرمایند ما آنجا گفتیم اگر گفتیم اباحه‌ی جميع تصرفات، حتی تصرفات متوقف بر ملك، اگر گفتیم اینها هست، باید قائل شویم که من حين الاباحة ملکیت هم وجود دارد. نمی‌شود بگوئیم اباحه‌ی جميع تصرفات هست، تصرفات متوقفه‌ی بر ملك هم هست، اما ملکیت وقتی می‌آید که آن تصرف متوقف بر ملك انجام شود. از آن حینی که اباحه مطلقه محقق شده، اباحه‌ی جميع تصرفات، حتی تصرفات متوقفه‌ی بر ملك، باید بگوئیم از همان حين ملکیت می‌آید. شرعاً نمی‌شود بگوئیم که شارع بر این اباحه جميع تصرفات کرده، گفته برای تو

همه‌ی تصرفات مباح است حتی متوقف بر ملک، اما ملکیت تو وقتی واقع می‌شود که بخواهی تصرف متوقف بر ملک را انجام دهی، اما اگر انجام ندادی ملکیت حاصل نشده است. محقق اصفهانی (قده) می‌فرماید ما آنجا چنین مطلبی را گفتیم که از آن زمانی که اباحه‌ی جمیع تصرفات می‌آید، از همان زمان هم ملکیت می‌آید، اینجا هم همین را بگوئیم که از آن زمانی که «وجوب الارسال» می‌آید، وجوب دفع البدل إلی مالک‌ه نیز بیاید. سپس در این راه مناقشه می‌کند، که خودتان مراجعه کنید، ما فقط اجمالاً راه‌ها را بیان می‌کنیم.

طریق دوم

راه دوم این است که بگوئیم وقتی ارسال بر مستعیر واجب شد، دفع این مال به معیر شرعاً ممنوع است. وقتی شارع می‌گوید بر تو ارسال واجب است، دیگر امتناع شرعی دارد که به معیر بدهی. بعد این قانون را ضمیمه کنیم، «الممنوعُ شرعاً، الممتنعُ شرعاً کالممنوع عقلاً، کالممتنع عقلاً»؛ بگوئیم این مال از همین حالا امتناع عقلی دارد و نمی‌شود به مالکش داد، لذا حالا که امتناع عقلی دارد، اینجا بدل حیلوله را مطرح کنیم بگوئیم این ضمان به عنوان بدل حیلوله است و حالا که تمکن از ادای خود مال ندارد، بدل حیلوله را بدهد. در مکاسب آنجا که کسی مال دیگری را غصب می‌کند و به دریا می‌اندازد، اینجا این مال هنوز از بین نرفته، در دریاست و دسترسی به او امتناع دارد، می‌آید می‌گویند این غاصب یک بدلی به عنوان بدل حیلوله به مالک بدهد و اگر یک زمانی آن مال را از دریا درآورد، عین مالش را باید به مالک بدهد. الآن باید به عنوان بدل حیلوله بپردازد، اینجا ضمان را به این عنوان مطرح کنیم بگوئیم امتناع شرعی دارد، امتناع شرعی، مثل امتناع عقلی است، مادامی که این امتناع شرعی موجود است، باید بدل حیلوله را به مالکش بپردازیم.

طریق سوم

راه سوم این است که شارع، مالیت این مال را إسقاط نکرده، این صیدی که الآن در دست محرم است، مالیتش از بین نرفته، بلکه تشخصش از بین رفته است. یعنی مستعیر نمی‌تواند عین مال را بشخصها به مالکش برگرداند، اما مالیتش از بین نرفته و لذا باید قیمتش را به معیر بپردازد. اگر شارع این را من جمیع الجهات اسقاط کرده بود، دیگر من جمیع الجهات مالیت ندارد، نباید در اینجا قیمتی بپردازد. بگوئیم شارع در اینجا می‌فرماید تشخص و شخصیت عین اسقاط شده، اما مالیت اسقاط نشده، یعنی بگوئیم وجوب الارسال، موجب اسقاط تشخص است، اما موجب اسقاط مالیت نمی‌شود. البته حق الناس باز مبتنی بر این است که تشخصش هم از بین نرفته باشد. یکی از وجوه جمع بین حق الله و حق الناس، همین است که یکی از وجه‌های تشخص از بین رفته و مالیت مانده است. یک وجه دیگرش هم این است که بگوئیم شارع از یک طرف ارسال را واجب می‌کند و از طرف دیگر این مال، مال غیر است و در دوران بین اینها، ما باید حق الناس را رعایت کنیم و عین مال را به او برگردانیم.

طریق چهارم

راه چهارم این است که می‌آیند در باب «أخذ» می‌گویند «الآخذ من المعیر سببٌ لوجوب الإتلاف»؛ خود آخذ، سبب وجوب إتلاف است. بگوئیم پس این ضمان، بمجرد الآخذ در اینجا می‌آید، منتهی بگوئیم «أنَّ الآخذ من المعیر سببٌ لوجوب الإتلاف و الإیجاب سببٌ تشریعی للإتلاف، فیتحقَّق وجوب دفع البدل عند تحقُّق أول مقدمة مؤدیة إلی التلف»؛ بگوئیم و لو هنوز تلف نیامده، اما اولین مقدمه‌ای که معدی به إتلاف یا تلف است که اولین آن؛ «آخذ» است، آنجا وجوب بدل می‌آید، یعنی خود آخذ موجب ضمان نیست، بلکه آخذ، سببٌ لوجوب الإتلاف، ایجاب، سببٌ للإتلاف، إتلاف سببٌ للضمان. این مقدمات را که بیان

کردیم، در آخر می‌گوئیم پس این ضمان را که شارع گفته، مربوط به آخرین مقدمه است که «اخذ» است.

طریق پنجم

راه پنجم این است که بگوئیم چون ذی‌المقدمه اش «اتلاف» است، و لو هنوز اتلاف واقع نشده و وجوب ارسال هم نیامده، أما أخذ، سببٌ لوجوب الاتلاف، وجوب الاتلاف، سببٌ للاتلاف، و لو هنوز اتلاف خارجی نیامده، ضمان را منوط به مقدمه‌ی اول قرار دهیم که «اخذ» است. «الأخذ من المعير سبب لوجوب الإلتلاف الذي هو بحكم امتناع أداء العين إلى مالکها، فهو سبب لعدم التمكن من أداء العين فيكون مفوتاً، و التفويت كالإلتلاف في الضمان» بگوئیم اینکه خود اصل سبب می‌شود که دیگر نتوان عین مال را به او داد، می‌شود مفوت سببٌ للضمان.

طریق ششم

راه ششم این است که این حرفها را کنار بگذاریم و بگوئیم خود «اخذ»، «اتلاف» است. نفس این که محرم این صید را از معیر می‌گیرد، اتلاف است. «أن نفس أخذه إلتلاف فيضمن بالأخذ لا بالإرسال». این شش راه را محقق اصفهانی (ره) بیان کرده است که در همه آنها مناقشه می‌کند و مناقشات ایشان هم درست است.

نتیجه بحث و نظر استاد

خلاصه‌ی مطلب این است که به نظر ما هم «وجوب الإرسال» دلیل برای ضمان نمی‌شود، ملازم با ضمان نیست. همانطور که قبلاً گفتیم «وجوب الإرسال» موجب خروج از ملکیت نمی‌شود و موجب ضمان هم نمی‌شود. این مطلب که خود محقق اصفهانی (ره) هم تصریح کردند؛ «ارسال خارجی، اتلاف عرفی است»، حالا ایشان قید زد که اگر عرف بگوید اتلاف است، به نظر می‌رسد که اتلاف است، و لو منشأ شارع هم هست، ارسال خارجی اتلاف است و بالارسالِ یتحقق الضمان. اما نسبت به تلف، همان مطلب که بگوئیم «علي الید» از اینگونه موارد انصراف دارد. ما نسبت به تلف، دلیل محکمی برای ضمان پیدا نکردیم، چون بالأخره در این که آیا عموم «علي الید» شامل اینجا می‌شود یا نه، تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقی می‌شود، ما نمی‌دانیم این موارد از ید در اینجا یدِ ضمان آور هست یا نه؟ روی این مطلب که بگوئیم یدِ امانی و امانات عرفی از این دلیل «علي الید» خارج است. پس به نظر می‌رسد که تلف در اینجا موجب ضمان نیست، و آنچه موجب ضمان است عبارت از «ارسال» است که ربطی به ما نحن فیه ندارد.

و صلی الله علی سیدنا محمد و آله اجمعین.