



## تقریرات درس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسّی طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱

جلسه بیست و هشتم؛ سه شنبه ۱۳۹۱/۸/۱۶

### ضمان یا عدم ضمان آخذ قبل از علم به حرمت

از شهید ثانی رحمته الله علیه نقل شده که ضمانی بر عهدهی آخذ نیست؛ چون یدش، ید امانی بوده پس استصحاب می شود.<sup>۱</sup>

در مقابل بعضی از جمله مرحوم شیخ رحمته الله علیه فرموده اند ضامن است؛ چون موقع اخذ، به نیت تملک گرفته، در حالی که فی الواقع غصب بوده و نمی توانست تملک کند، پس معلوم می شود یدش، ید عدوانی بوده نه ید امانی، لذا طبق قاعدهی «علی الید ما اخذت حتی تودی» ضامن است.<sup>۲</sup>

**إن قلت:** آخذ با مجوز شرعی - مثل قاعدهی ید یا اصاله الحلیة - اخذ کرده و عدواناً نبوده است.

**قلت:** مجوز شرعی تنها یک حکم ظاهری است و در واقع حرام بوده، ولی به خاطر جهل و جریان

۱. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۴۲:

هل یضمن حینئذ؟ قیل: نعم، لعموم رحمته الله علیه «علی الید ما أخذت حتی تؤدی». و الأقوی التفصیل، و هو أنه إن كان قبضها من الظالم عالمًا بكونها مغصوبةً، ضمن، و استمر الضمان و إن أخذت منه قهراً. و إن لم یعلم حالها حتی قبضها ثم تبین كونها مغصوبةً و لم یقصر فی إیصالها إلى مالکها و لا فی حفظها، لم یضمن. و الفرق بین الحالین واضح، فإن یده فی الأول عادیة فیستصحب حکم الضمان، كما لو تلفت بغير تفريط، و فی الثانی أمانة فیستصحب كما لو تلفت بغير تفريط، و الفرض کون الأخذ قهراً. و عبارة المصنف تشمل الأمرین، و تدل بمفهومها علی جواز دفعها مع عدم الإمكان. و لا کلام فیہ إنما الکلام فی الضمان. و صرح بعض الأصحاب بالضمان فی صورتین. و التفصیل أجود.

۲. کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۱۸۳:

و إن كان العلم به بعد وقوعه فی یده كان كذلك أيضاً، و یحتمل قویاً الضمان هنا؛ لأنه أخذه بنیة التملک، لا بنیة الحفظ و الرد، و مقتضى عموم «علی الید» الضمان.

قاعده‌ی ید و اصالة الحلیة، حکم واقعی بر او منجز نبوده و از آن جا که حکم واقعی تابع علم و جهل نیست، پس ید عدوانی بر آن داشته، نهایت این که معذور بوده و مؤاخذه ندارد، ولی سایر احکام ید عدوانی از جمله ضمان، به جای خود باقی است.

پس آخذ ضامن است و کلام شهید ثانی رحمته الله درست نیست؛ چون از اوّل ید عدوانی داشته؛ نه امانی.

### ضمان یا عدم ضمان آخذ بعد از علم به حرمت

در مورد این که آخذ از لحظه‌ی علم به غصبی بودن مال و تصمیم به ردّ آن به مالک، آیا ضامن است یا خیر، اختلاف وجود دارد.

### ضمان آخذ در نظر شیخ رحمته الله

ظاهر کلام شیخ رحمته الله این است که در این فرض هم آخذ ضامن است؛ زیرا شک داریم ید آخذ از عدوانی به امانی تبدیل شد یا خیر، استصحاب حالت سابقه کرده، حکم به ضمان آخذ می‌کنیم.

### عدم ضمان آخذ در نظر سید یزدی رحمته الله

اما بعضی مانند سید یزدی رحمته الله می‌فرمایند بعد از فهمیدن آخذ و تصمیم به ردّ، دیگر یدش، ید امانی است و شک نداریم تا استصحاب حالت سابقه جاری کنیم، بنابراین چون یدش، ید امانی است و لیس علی الامین ضمان، پس ضامن نیست.<sup>۱</sup>

### اشکال سید خوئی بر کلام سید یزدی رحمته الله

کلام سید یزدی رحمته الله مورد مناقشه‌ی سید خوئی رحمته الله واقع شده و آن این که: نهایت چیزی که از ادله‌ی عدم ضمان امین استفاده می‌شود آن است که ید امانی و ودعی از آن جهت که امانی است، اقتضای ضمان ندارد، اما قاعده‌ی ضمان ید بیان می‌کند کسی که ید عدوانی بر روی چیزی گذاشت، اقتضای ضمان دارد تا این که به صاحبش اداء کند. بنابراین این دو قاعده با هم تنافی ندارند؛ زیرا قاعده‌ی ضمان می‌گوید تا آن مال به

۱. حاشیة المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۳۵:

التّحقیق زوال الضّمان بنیة الحفظ و الردّ إلى المالك فی مسألتنا و نظائرهما و ذلك لدخوله تحت عنوان الإحسان الموجب لعدم الضّمان المخصّص بعموم علی الید فی الابتداء و الأثناء و الحاصل أنّ الید إذا انقلبت من العدوان و الخيانة إلى الإحسان و الأمانة ينقلب الحكم أيضا و دعوی أنّ علّة الضّمان الأخذ العدواني من الأوّل فلا یفیده الانقلاب كما تری إذ مقتضى عموم ما علی المحسنين و نحوه من أدلّة الأمانات المخصّصة لعموم علی الید الارتفاع و كون الضّمان ما دامت عدوانیة.

صاحبش اداء نشده، اقتضای ضمان دارد؛ یعنی همین که ید عدوانی بر آن مال گذاشت، ضمان بر عهده‌اش آمده تا آن وقت که به صاحبش اداء کند و به عبارت دیگر غایت ضمان ید، اداء آن است به مالکش؛ چه ید آخذ به ید امانی تبدیل شده باشد و چه نشده باشد. ولی دلیل عدم ضمان امین بیان می‌کند از حیث ید امانی اقتضای ضمانی وجود ندارد؛ نه این که اقتضای عدم ضمان دارد. پس یکی اقتضای ضمان دارد و دیگری عدم اقتضاء و این دو با هم تنافی ندارند.<sup>۱</sup>

نتیجه این می‌شود که آخذ چون ید عدوانی بر آن مال داشته، مادامی که رد به صاحبش نکرده ضامن است و حتی احتیاج به استصحاب هم نیست.

### نقد اشکال سید خوئی بر کلام سید یزدی رحمتهما

کلام سید خوئی رحمتهما با وجود دقتی که در رد کلام سید یزدی به کار برده‌اند تمام نیست؛ زیرا گرچه این حرف ایشان درست است که غایت ضمانی که از ناحیه ید عدوانی آمده رد به مالک است، اما رد به مالک اعم از آن است که به شخص مالک رد کند یا کسی که به منزله ید مالک است، مثل ولی مالک<sup>۲</sup> یا وکیل مالک یا کسی که شارع او را به عنوان امین فرض کرده تا به مالک برگرداند.

شارع دو وظیفه و حکم واقعی بعد از علم به غصبیت بر عهده ید آخذ گذاشته است: یکی این که مال را

۱. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۱، ص ۵۰۹:

و قد استدلل المصنف علی الضمان بما حاصله: أن أخذ الجائزة من الجائر بنية التملك و إن كان جائرا بمقتضى الحكم الظاهري، إلا أنه يوجب الضمان واقعا، لقاعدة ضمان الید، فإذا انكشف الخلاف و تبدل قصد الآخذ و بنى علی حفظ المال للمالك و رده اليه شككنا فی ارتفاع الضمان الثابت بقاعدة ضمان الید و عدمه، فنستصحب بقاءه.

و أشكل عليه السيد بأن علة الضمان و إن كانت هي الآخذ العدواني، إلا أنها قد زالت بنية الرد الى المالك في مسألتنا و أمثالها، لأن الید قد انقلبت من العدوان و الخيانة إلى الإحسان و الامانة، فيكون المال أمانة شرعية عند الآخذ، فلا يترتب عليه الضمان عند التلف، لأن قاعدة ضمان الید مخصصة بما دل علی عدم الضمان فی الامانة، و بأن الودعی محسن ﴿و ما علی الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ و عليه فلا مجال لاستصحاب الضمان لعدم بقاء موضوعه.

و التحقيق هو ما ذكره المصنف رحمتهما من الضمان، و ليس الوجه فيه هو الاستصحاب، لما بنينا عليه من عدم جريانه فی الشبهات الحكمية، بل الوجه فی ذلك أن وضع الید علی مال الغير بقصد التملك علة لحدوث الضمان و بقاءه، سواء تبدلت بعد ذلك بيد الامانة أم لا، لان ضمان الید لا يرتفع إلا بحصول غايته، و هي الأداء، فما لم تتحقق الغاية لم يسقط الضمان.

و عليه فكون الید الفعلية الحادثة ید أمانة لا تزاحم الید السابقة المقتضية للضمان بقاء، فان ید الأمين لا تقتضي الضمان، لا أنها تقتضي عدم الضمان، و من البدیهی أن مالا اقتضاء له لا يزاحم ماله الاقتضاء، و مجرد نية الرد الى المالك لا يرفع الضمان الثابت بالید ابتداء، كما أن الاحكام الثابتة علی الأشياء بعناوينها الأولية لا تنافی الأحكام الثابتة عليها بعناوينها الثانوية.

۲. فرضاً اگر مالک مجهول، صغیر یا سفیه باشد، شکی نیست که رد به ولی در رفع ضمان کفایت می‌کند.

برای مالک حفظ کن و دیگر این که ردّ به مالک کن و به تعبیر دیگر از لحظه‌ی علم به غصبی بودن مال، از طرف شارع به او خطاب می‌شود این مال در نزد تو امانت است، آن را حفظ کن و به صاحبش ردّ کن. بنابراین از لحظه‌ای که از طرف شارع، امین بر آن مال می‌شود، غایت ضمان ید محقق می‌شود [یعنی ید عدوانی منقلب به ید امانی می‌شود، و با سپرده شدن مال به ید امانی شرعی، غایت ضمان ید عدوانی محقق می‌شود] بنابراین بعد از قصد ردّ به مالک اگر تلف شد، ضامن نخواهد بود.

**إن قلت:** در توسط ارض مغصوبه گفتید اگر در وسط راه توبه کرد و خواست برگردد، آن گام‌هایی هم که در راه بازگشت برمی‌دارد غصب است و نسبت به منافی که از مالک تلف شود ضامن است، در حالی که برای تخلّص از غصب ناچار است گام بردارد. بنابراین در ما نحن فیه هم باید بگویید چون ید عدوانی بر مال داشته، پس تا مال را به مالک رد نکرده ضامن است، گرچه بعد از علم به غصبی بودن، خطاب ردّ به مالک نیز دارد.

**قلت:** قیاس ما نحن فیه به مسأله‌ی توسط ارض مغصوبه درست نیست؛ زیرا در توسط ارض مغصوبه به سوء اختیار خود مرتکب غصب شده و مادامی که از ارض مغصوبه خارج نشده - هرچند در وسط راه توبه کرده و برگردد - مرتکب حرام می‌شود؛ چون گرچه خطاب فعلی به لاتغصب ندارد - چون مبتلاء به محذور است - ولی ملاک غصب را دارد و مؤاخذ است و نسبت به خسارت‌هایی که به مالک می‌زند، ضامن است. به خلاف ما نحن فیه که با مجوز شرعی اقدام کرده و بعد از علم پیدا کردن به غصبی بودن مال و نیت ردّ به مالک، ید عدوانی‌اش به ید امانی منقلب می‌شود و دیگر ید عدوانی ندارد و فی الواقع غاصب نیست، به خلاف توسط ارض مغصوبه که بعد از پیشمانی و در راه بازگشت هم غاصب است. بنابراین در ما نحن فیه موجب ضمان ندارد.

### فروعاتی در مورد ردّ مال به مالک

مرحوم شیخ رحمته‌الله بعضی فروعات مبتلابه‌ی را در مورد ردّ به مالک مطرح می‌کنند که کثیراً مورد سؤال نیز واقع می‌شود. این فروعات<sup>۱</sup> به شرح ذیل است:

۱. کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۱۸۴:

علی‌أی حال، فیجب علی‌المُجاز ردّ الجائزۃ بعد العلم بغصبیتها إلی مالکها أو ولیّه، و الظاهر أنّه لا خلاف فی کونه فوراً. نعم، یسقط بإعلام صاحبه به، و ظاهر أدلّه وجوب أداء الأمانة وجوب الإقباض، و عدم کفایة التخلیة، إلاً أن یدعی أنّها فی مقام حرمة الحبس و وجوب التمکین، لا تکلیف الأمین بالإقباض، و من هنا ذکر غیر واحد کما عن التذکرۃ و المسالک و جامع المقاصد: أنّ المراد بردّ الأمانة رفع یده

## ۱. وجوب فوری رد مال به مالک

همان‌طور که بیان کردیم از لحظه‌ای که علم به غصبی بودن مال پیدا می‌کند - یا اگر از اول غصباً گرفته بود بعد پشیمان شد - باید نیت ردّ به مالک کند و فوراً آن را به مالک برگرداند؛ زیرا هر لحظه‌ای که بدون عذر و بدون رضایت مالک نزد آخذ بماند، غصب محسوب شده و ظلم است. پس باید بالفور مال را به مالک تحویل دهد.

## ۲. چگونگی ردّ مال به مالک (اعلام یا تحویل)

در چگونگی ردّ مال به مالکش خلاف است که آیا صرف اعلام به مالک و تخلیه‌ی بین مال و مالک کفایت می‌کند یا این که باید اقباض کند و مال را به مالک تحویل دهد.

عده‌ای گفته‌اند از ظاهر بعضی آیات و روایات استفاده می‌شود اقباض واجب است و صرف تخلیه‌ی بین مال و مالک کفایت نمی‌کند، از جمله:

آیه‌ی شریفه: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا»<sup>۱</sup> که بیان می‌کند هر امانتی - اعم از مالکی و شرعی - باید به مالکش برگردانده شود.

و آیه‌ی شریفه‌ی «فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ»<sup>۲</sup>؛ هر کسی مؤتمن قرار گرفت، باید أداء امانت کند.

و صحیح‌ه‌ی زید الشحام<sup>۳</sup> که می‌فرماید: «أَلَا مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَيَّ مِنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا»<sup>۱</sup>.

عنها و التخلية بينه وبينها.

و علی هذا فیشکل حملها إليه؛ لأنه تصرف لم يؤذن فيه، إلاً إذا كان الحمل مساوياً لمكانة الموجود فيه أو أحفظ؛ فإن الظاهر جواز نقل الأمانة الشرعية من مكان إلى ما لا يكون أدون من الأول في الحفظ.

۱. سوره‌ی نساء، آیه‌ی ۵۸: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً»

۲. سوره‌ی بقره، آیه‌ی ۲۸۳: «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ»

۳. زید الشحام خیلی خدمت امام علیه السلام بوده [و ابن شهر آشوب او را از خواص اصحاب امام صادق علیه السلام ذکر کرده و ظاهراً ارج و قرب خاصی نزد امام داشته] روایات زیادی هم نقل کرده است. در بعضی روایات آمده که حضرت به او دستور می‌دادند قرآن بخواند و از تلاوت او لذت می‌بردند.

✓ الکافی، ج ۱، ص ۴۲۳:

أحمدُ بنُ مهرانَ عن عبدِ العظيمِ بنِ عبدِ اللهِ الحسنيِّ عن عليِّ بنِ أسباطٍ عن إبراهيمَ بنِ عبدِ الحميدِ عن زیدِ الشَّحامِ قال: قال لي أبو عبدِ الله عليه السلام

ولی ظاهراً این آیات شریفه و صحیحهای زید الشحام دلالتی بر وجوب اقباض ندارد و فقط بیان می‌کند أداء امانت - که در مقابل خیانت در امانت است - واجب است، اما این که أداء امانت باید به نحو اقباض باشد یا صرف اعلام و تخلیه‌ی بین مال و مالکش کفایت می‌کند، چیزی بیان نمی‌فرماید.

به هر حال آیا اقباض لازم است یا خیر، می‌گوییم امانت گاهی به گونه‌ای است که با صرف اعلام و تخلیه، مالک نمی‌تواند آن را اخذ کند، در چنین مواردی بر اخذ لازم است حتی اگر نیاز به حمل و تلاش داشته باشد، حمل کرده به مالک تحویل دهد؛ زیرا بدون آن، أداء امانت صدق نمی‌کند.

هم‌چنین در مواردی که امانت (بالمعنی الاعم) به نحو عاریه است شاید بتوان گفت قرینه‌ی عرفیه وجود دارد که أداء امانت به آن است که امانت را به صاحبش تحویل دهد.

اما در غیر این موارد می‌گوییم از لحاظ عرفی و به حسب سیره‌ی عقلائیه، أداء امانت با تخلیه‌ی بین مال و صاحبش به نحوی که مالک بتواند مالش را بردارد، تحقق پیدا می‌کند و تحویل و اقباض لازم نیست.

تقریر متن: عبدالله امیرخانی

استخراج منابع و روایات: جواد احمدی

---

وَنَحْنُ فِي الطَّرِيقِ فِي لَيْلَةِ الْجُمُعَةِ أَقْرَأَ فَإِنَّهَا لَيْلَةُ الْجُمُعَةِ قُرْآنًا، فَقَرَأْتُ «إِنَّ يَوْمَ الْفِضْلِ كَانَ مِيقَاتُهُمْ أَجْمَعِينَ \* يَوْمَ لَا يُغْنِي مَوْلَى عَنْ مَوْلَى شَيْئًا وَلَا هُمْ يُنصَرُونَ \* إِلَّا مَنْ رَحِمَ اللَّهُ» فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام نَحْنُ وَاللَّهُ الَّذِي رَحِمَ اللَّهُ وَنَحْنُ وَاللَّهُ الَّذِي اسْتَنْتَى اللَّهُ لَكِنَّا نَغْنِي عَنْهُمْ.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۹، کتاب الفصاح، ابواب الفصاح فی النفس، باب ۱، ح ۳، ص ۱۰ و الکافی، ج ۷، ص ۲۷۳:

وَعَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ] عَنْ أَبِيهِ عَنْ إِبْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدِ الشَّحَامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وَقَفَ بَيْتِي حِينَ قَضَى مَنَاسِكَهَا فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ إِلَيَّ أَنْ قَالَ: فَقَالَ أَيُّ يَوْمٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً؟ فَقَالُوا: هَذَا الْيَوْمُ فَقَالَ: فَأَيُّ شَهْرٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً؟ فَقَالُوا: هَذَا الشَّهْرُ قَالَ: فَأَيُّ بَلَدٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً؟ قَالُوا: هَذَا الْبَلَدُ قَالَ: فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا إِلَيَّ يَوْمَ تَلْقَوْنَهُ فَيَسْأَلُكُمْ عَنْ أَعْمَالِكُمْ أَلَا هَلْ بَلَّغْتُمْ؟ قَالُوا: نَعَمْ قَالَ: اللَّهُمَّ اشْهَدْ أَلَا مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَيَّ مَنْ اتَّيَمَّنَ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِيبَةٍ نَفْسِهِ وَلَا تَنْظُمُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّارًا.