

**دسته اول:** روایات ظاهر در جواز تقاص به شرط عدم امکان تظلم به قاضی

۱. حَمْدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ «3» عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ رَزِينٍ «4» قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ مُوسَى عَ إِنِّي أَخْلَطُ السُّلْطَانَ - فَتَكُونُ عِنْدِي الْجَارِيَةُ فَيَأْخُذُونَهَا - وَالدَّائِبَةُ الْفَارِهَةُ فَيَبْعَثُونَ فَيَأْخُذُونَهَا - ثُمَّ يَقَعُ لَهُمْ عِنْدِي الْمَالُ فَلِي أَنْ أَخْذَهُ - قَالَ خُذْ مِثْلَ ذَلِكَ وَ لَا تَزِدْ عَلَيْهِ.

و رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ نَحْوَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ إِنِّي أَعْمِلُ قَوْمًا «5».

استدلال: داود زرپی طبق روایات با منصور رابطه داشته و مورد اعتماد آنها بوده بدیهی است شکایت علیه دستگاه در این موارد برای وی مقدور بلکه معقول نبوده است.

**اقول:** پس این روایت دلالتی بر جواز تقاص در صورت امکان مراجعه قضایی ندارد

**دسته دوم:** روایات ظاهر و یا محتمل در عدم وجوب بینه و مدرک کافی برای اثبات ادعا:

1) 22502-4- «4» وَ عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ قَالَ: قُلْتُ

لَهُ رَجُلٌ لِي عَلَيْهِ دَرَاهِمٌ فَجَحَدَنِي وَ حَلَفَ عَلَيْهَا - أَيْجُوزُ لِي إِنْ وَقَعَ لَهُ قِتْلِي دَرَاهِمٌ - أَنْ أَخْذَ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّي قَالَ - فَقَالَ نَعَمْ وَ لَكِنْ لِهَذَا كَلَامٌ قُلْتُ وَ مَا هُوَ - قَالَ تَقُولُ اللَّهُمَّ إِنِّي لَا أَخْذُهُ «5» ظُلْمًا وَ لَا خِيَانَةً - وَ إِنَّمَا أَخْذُهُ مَكَانَ مَالِي الَّذِي أَخْذَ مِنِّي - لَمْ أَرْدَدْ عَلَيْهِ شَيْئًا.

این روایت هم به قرینه «حلف علیها» ظاهر یا محتمل در مراجعه به قاضی و صدور حکم علیه اوست و بر غیر این صورت دلالت ندارد.

1) 22500-2- «7» وَ عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ الْبُقْبَاقِ

أَنَّ شَهَابًا مَرَّاهُ فِي رَجُلٍ ذَهَبَ لَهُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ - وَ اسْتَوْدَعَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ - قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ فَقُلْتُ لَهُ - خُذْهَا مَكَانَ الْأَلْفِ الَّتِي أَخَذَ مِنْكَ - فَأَبَى شَهَابٌ قَالَ فَدَخَلَ شَهَابٌ عَلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع - فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ فَقَالَ أَمَّا أَنَا فَأَجِبُ أَنْ تَأْخُذَ وَ تَحْلِفَ.

2) 22503-5- «1» وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ سَيْفِ بْنِ عَمِيرَةَ

عَنْ أَبِي بَكْرٍ الْخَضْرَمِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ

مَالٌ - فَجَحَدَهُ إِيَّاهُ وَ ذَهَبَ بِهِ - ثُمَّ صَارَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلرَّجُلِ الَّذِي ذَهَبَ بِمَالِهِ مَالٌ قَبْلَهُ -  
أَيَأْخُذُهُ مَكَانَ مَالِهِ الَّذِي ذَهَبَ بِهِ مِنْهُ ذَلِكَ الرَّجُلُ - قَالَ نَعَمْ وَ لَكِنْ لِهَذَا كَلَامٌ  
يَقُولُ - اللَّهُمَّ إِنِّي أَخُذُ هَذَا الْمَالَ مَكَانَ مَالِي - الَّذِي أَخَذَهُ مِنِّي - وَ إِنِّي لَمْ أَخُذِ الَّذِي  
أَخَذْتُهُ خِيَانَةً وَ لَا ظُلْمًا.

(3) 22508-10- «6» وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ

حَدِيدٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ - عَلَى  
الرَّجُلِ الدِّينُ فَيَجْحَدُهُ - فَيُظْفَرُ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِ الَّذِي جَحَدَهُ - أَيَأْخُذُهُ وَ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ  
الْبَاحِدُ بِذَلِكَ قَالَ نَعَمْ.

**اقول:** از این مفاد که بدهکار مال مرا بالا کشیده حالا چه کنم! بدست می آید که راه استنقاذ حق از  
طریق قضایی برایش مسدود بوده (بخاطر نبود بینه و یا صدور حکم قاضی علیه او) و گرنه با یاس از  
پس گرفتن مالش ساکت نمی نشسته - پس نمی تواند بر جواز تقاص در صورت باز بودن راه دلالت  
کند.

نتیجه این که حتی در حکومت جور هم ابتداء نمی شود تقاص کرد و باید سیر قضایی انجام شود.  
لایقال: در هر صورت روایات بر جواز تقاص پس از مراجعه و عدم صدور حکم به نفع وی دلالت دارد.  
اذ نقول: ولی تفاوت این است که روایات بر جواز تقاص به صرف طلبکاری و بدون هیچ اقدام قضایی و  
فقط برای سهولت کار دلالت نداشته و به صورت یاس محدود است.

**لایقال:** مقبوله عمر بن حنظله بر عدم جواز مراجعه به قضات جور دلالت دارد و موجب می شود در  
تعارض با این روایات از این ظهور دست بر داریم. اذ نقول: مقبوله در موردی است که دو طرف شیعه  
هستند (ایاکم ان یحاکم بعضکم بعضا) و دلالتی بر عدم مراجعه در صورتی که یک طرف شیعه نیست  
ندارد.

**روایات غیر معتبر:**

a. 22506-8- «2» وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ

عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَّارٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ مُوسَى بْنَ عَبْدِ الْمَلِكِ كَتَبَ إِلَى أَبِي  
جَعْفَرٍ ع - يَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ دَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ مَالًا - لِيَصْرِفَهُ فِي بَعْضِ وُجُوهِ الْبِرِّ - فَلَمْ يُمْكِنَهُ صَرْفُ  
الْمَالِ فِي الْوَجْهِ الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ - وَ قَدْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَالٌ بِقَدْرِ هَذَا الْمَالِ - فَسَأَلَ هَلْ يَجُوزُ لِي أَنْ  
أَقْبِضَ مَالِي أَوْ أَرُدَّهُ عَلَيْهِ - فَكَتَبَ أَقْبِضْ مَالَكَ مِمَّا فِي يَدِكَ

b. 22507-9- «3» وَ عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى «4» عَنْ عَلِيِّ بْنِ سُلَيْمَانَ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَيْهِ

رَجُلٌ غَضِبَ مَالًا أَوْ جَارِيَةً - ثُمَّ وَقَعَ عِنْدَهُ مَالٌ بِسَبَبٍ وَدِيعَةٍ أَوْ قَرْضٍ - مِثْلُ خِيَانَةٍ أَوْ غَضَبٍ  
 «5» أَيْحِلُّ لَهُ حَبْسُهُ عَلَيْهِ أَمْ لَا - فَكَتَبَ نَعَمْ يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ بِقَدْرِ حَقِّهِ - وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ  
 فَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا كَانَ عَلَيْهِ - وَيُسَلِّمُ الْبَاقِيَّ إِلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

c. 22511-13- «5» عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ  
 جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ الْجَحُودِ - أَيْحِلُّ أَنْ  
 أَجْحَدَهُ مِثْلَ مَا جَحَدَ قَالَ نَعَمْ وَلَا تَزْدَادُ.

**اقول:** اطلاق این دسته روایات شامل صورتی که راه مراجعه قضایی باز است و یا این که بینه برای اثبات مدعای خود دارد می شود و بر خلاف روایات قبلی قرینه ای بر یاس از رسیدگی قضایی در آنها دیده نمی شود بنابر این، ظاهر روایات این است که صرفاً برای تسهیل کار به او اجازه تقاص داده شده است. ولی نامعتبر بودن سند مانع اخذ به اطلاق آنها می شود.

**ان قلت:** با توجه به تظافر روایات، غیرمعتبر بودن سند ضرری نمی زند و می توان به مفاد آنها اخذ کرد زیرا علم اجمالی به صدور بعض این روایات داریم.

**نقول:** ولی باید به قدر متیقن اخذ کرد که صورت عدم امکان رسیدگی قضایی و یاس از آن است

## دسته سوم: روایات مخالف

22501-3- «1» وَ عَنْهُ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ ابْنِ أَخِي الْفَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: كُنْتُ

عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع وَ دَخَلَتِ امْرَأَةٌ - وَ كُنْتُ أَقْرَبَ الْقَوْمِ إِلَيْهَا فَقَالَتْ لِي اسْأَلْهُ - فَقُلْتُ عَمَّا دَا  
 فَقَالَتْ إِنَّ ابْنِي مَاتَ - وَ تَرَكَ مَالًا كَانَ فِي يَدِ أَخِي فَأَتْلِفُهُ - ثُمَّ أَفَادَ مَالًا فَأَوْدَعْنِيهِ - فَلِي أَنْ أَخْذَ  
 مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَتْلَفَ مِنْ شَيْءٍ - فَأَخْبَرْتُهُ بِذَلِكَ فَقَالَ لَا؛ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص: أَدَّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ  
 اسْتَمَنَكَ وَ لَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ.

22504-6- «4» وَ زَادَ وَ فِي حَبْرِ آخَرٍ إِنْ اسْتَحْلَفَهُ عَلَى مَا أَخَذَ مِنْهُ - فَجَائِزٌ أَنْ يَخْلِفَ

إِذَا قَالَ هَذِهِ الْكَلِمَةُ.

دلالت روایت بر عدم جواز تصرف در ودیعه تام است و اطلاقش شامل صورت یاس از رسیدگی قضایی هم می شود و چون نسبتش با روایاتی که دلالت داشت با یاس می شود تقاص کرد عموم من وجه است و در مورد ودیعه با یاس تعارض می کنند یا باید تصرف در هیات این روایات کرد و آنها را به قرینه روایات مقابل که صریح در جواز است حمل بر کراهت کرد و یا با تساقط، به عمومات وجوب رد ودیعه مراجعه نمود.

22509-11- «7» مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي

عَبْدُ اللَّهِ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ الرَّجُلُ يَكُونُ لِي عَلَيْهِ حَقٌّ - فَيَجْحَدُنِيهِ ثُمَّ يَسْتَوْدِعُنِي مَالًا - أَلَيْ أُنْ  
أَخْذَ مَا لِي عِنْدَهُ قَالَ لَا هَذِهِ الْخِيَانَةُ.

دلالت این روایت بر عدم جواز تقاص باتوجه به مصداق خیانت شمردن تام و محکم است. و همان  
وضعیت روایت بالا را دارد

22505-7- «5» وَ عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَّابٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ

ع عَنْ رَجُلٍ وَقَعَ لِي عِنْدَهُ مَالٌ - فَكَابَرَنِي عَلَيْهِ وَ حَلَفَ ثُمَّ وَقَعَ لَهُ عِنْدِي مَالٌ - أَخَذَهُ «6»  
لِمَكَانٍ مَالِي الَّذِي أَخَذَهُ - وَ أَجْحَدَهُ وَ أَخْلَفَ عَلَيْهِ كَمَا صَنَعَ - قَالَ إِنْ خَانَكَ فَلَا تَخُنْهُ وَ لَا  
تَدْخُلَ فِيْمَا عِبْتَهُ عَلَيْهِ.

این روایت با روایت ابی بکر حضرمی که بر جواز تقاص در صورت مکابره و حلف اجازه تقاص می دهد  
معارض است و به قرینه آن روایت بر کراهت تقاص حمل می شود. ولی چون احتمال این که حلف  
نزد قاضی بوده وجود دارد نمی تواند دلیل بر جواز تقاص بدون مراجعه به قاضی باشد.

22510-12- «4» وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زَيْدِ الشَّحَامِ قَالَ: قَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع مَنِ اتَّيَمَنَكَ

بِأَمَانَةٍ فَأَدَّاهَا إِلَيْهِ وَ مَنْ خَانَكَ فَلَا تَخُنْهُ.

این روایت از روایات عام باب ودیعه است که مرجع پس از تساقط روایات معارض فوق می باشد.

روایات باب تقاص

وسایل ج 17/272



«1» 83 بَابُ جَوَازِ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ مِنْ مَالِ الْغَرِيمِ الْمُتَمَتِّعِ مِنَ الْأَدَاءِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَ لَوْ مِنْ  
الْوَدِيعَةِ إِذَا لَمْ يَسْتَحْلِفْهُ

22499-1- «2» مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ «3» عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ

دَاوُدَ بْنِ رَزِينٍ «4» قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ مُوسَى ع إِنِّي أَخَالِطُ السُّلْطَانَ - فَتَكُونُ عِنْدِي الْجَارِيَةُ  
فَيَأْخُذُونَهَا - وَ الدَّابَّةُ الْفَارِهَةُ فَيَبْعُثُونَ فَيَأْخُذُونَهَا - ثُمَّ يَقَعُ لَهُمْ عِنْدِي الْمَالُ فَلِي أَنْ أَخْذَهُ - قَالَ خُذْ مِثْلَ  
ذَلِكَ وَ لَا تَزِدْ عَلَيْهِ.

وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ نَحْوَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ إِنِّي أُعَامِلُ قَوْمًا «5».

وَ عَنْهُ عَنْ دَاوُدَ بْنِ زُرَيْجٍ مِثْلَهُ «6».

22500-2- «7» وَ عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ الْبُقْبَاقِ أَنَّ شِهَاباً مَرَّاهُ فِي رَجُلٍ ذَهَبَ لَهُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ - وَ اسْتَوْدَعَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ - قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ فَقُلْتُ لَهُ - خُذْهَا مَكَانَ الْأَلْفِ الَّتِي أَخَذَ مِنْكَ - فَأَبَى شِهَابٌ قَالَ فَدَخَلَ شِهَابٌ عَلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع - فَذَكَرَ لَهُ

(1)- الباب 83 فيه 13 حديثاً.

(2)- التهذيب 6- 338- 939.

(3)- في المصدر- أحمد بن محمد بن عيسى، و في الموضع الثاني من التهذيب- الحسين بن سعيد، عن داود.

(4)- في الموضع الثاني من التهذيب و في الفقيه- داود بن زربي.

(5)- الفقيه 3- 187- 3703.

(6)- التهذيب 6- 347- 978.

(7)- التهذيب 6- 347- 979، و الاستبصار 3- 53- 174.

وسائل الشيعة، ج ، ص:

ذَلِكَ فَقَالَ أَمَّا أَنَا فَأَجِبُّ أَنْ تَأْخُذَ وَ تَحْلِفَ..

22501-3- «1» وَ عَنْهُ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ ابْنِ أَخِي الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ

اللَّهِ ع وَ دَخَلَتْ امْرَأَةٌ - وَ كُنْتُ أَقْرَبَ الْقَوْمِ إِلَيْهَا فَقَالَتْ لِي اسْأَلْهُ - فَقُلْتُ عَمَّا دَا فَقَالَتْ إِنَّ ابْنِي مَاتَ - وَ

تَرَكَ مَالاً كَانَ فِي يَدِ أَخِي فَأَثْلَفَهُ - ثُمَّ أَفَادَ مَالاً فَأَوْدَعْنِيهِ - فَلِي أَنْ أَخْذَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَثْلَفَ مِنْ شَيْءٍ -

فَأَخْبَرْتُهُ بِذَلِكَ فَقَالَ لَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص: أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ اسْتَمَنَكَ وَ لَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ.

أَقُولُ: حَمَلَهُ الشَّيْخُ عَلَى مَنْ اسْتَحْلَفَ الْمُنْكَرَ قَالَ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ص أَنَّهُ قَالَ: مَنْ حَلَفَ فَلْيَصْدُقْ

وَ مَنْ حَلَفَ لَهُ فَلْيَرِضْ وَ مَنْ لَمْ يَرْضَ فَلْيَسْ مِنْ اللَّهِ فِي شَيْءٍ.

وَ حَمَلَ بَقِيَّةَ الْأَحَادِيثِ عَلَى مَنْ لَمْ يَسْتَحْلِفْ غَرِيمَهُ وَ حَمَلَ الْمَنْعَ مِنْ أَخْذِ الْوَدِيعَةِ عَلَى الْكَرَاهَةِ

«2» وَ نَحْوَهُ قَالَ الصَّدُوقُ «3».

22502-4- «4» وَ عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ قَالَ: قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ لِي عَلَيْهِ

دَرَاهِمُ فَجَحَدَنِي وَ حَلَفَ عَلَيْهَا - أَيْ جُوزُ لِي إِنْ وَقَعَ لَهُ قِبَلِي دَرَاهِمُ - أَنْ أَخْذَ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّي قَالَ - فَقَالَ

نَعَمْ وَ لَكِنْ لِهَذَا كَلَامٌ قُلْتُ وَ مَا هُوَ - قَالَ تَقُولُ اللَّهُمَّ إِنِّي لَا أَخْذُهُ «5» ظُلْماً وَ لَا خِيَانَةً - وَ إِنَّمَا أَخَذْتُهُ

مَكَانَ مَالِي الَّذِي أَخَذَ مِنِّي - لَمْ أَرُدْ عَلَيْهِ شَيْئاً.

أَقُولُ: هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَنْ حَلَفَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُسْتَحْلَفَ.

(1) - التهذيب 6 - 348 - 981، والاستبصار 3 - 172، و أورد نحوه في الحديث 1 من الباب 6 من أبواب الايمان.

(2) - راجع التهذيب 6 - 349، والاستبصار 3 - 54.

(3) - راجع الفقيه 3 - 187 - 3702.

(4) - التهذيب 6 - 348 - 982، والاستبصار 3 - 52 - 168، و الفقيه 3 - 186 - 3699.

(5) - في نسخة - لم أخذه، و في اخرى - لن أخذه (هامش المخطوط).

وسائل الشيعة، ج ، ص:

22503 - 5 - «1» وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ سَيْفِ بْنِ عَمِيرَةَ عَنْ أَبِي بَكْرِ الْحَضْرَمِيِّ

عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ - فَجَحَدَهُ إِيَّاهُ وَ ذَهَبَ بِهِ - ثُمَّ صَارَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلرَّجُلِ الَّذِي ذَهَبَ بِمَالِهِ مَالٌ قَبْلَهُ - أَيْ أَخَذَهُ مَكَانَ مَالِهِ الَّذِي ذَهَبَ بِهِ مِنْهُ ذَلِكَ الرَّجُلُ - قَالَ نَعَمْ وَ لَكِنْ لِهَذَا كَلَامٌ يَقُولُ - اللَّهُمَّ إِنِّي أَخَذْتُ هَذَا الْمَالَ مَكَانَ مَالِي - الَّذِي أَخَذَهُ مِنِّي - وَ إِنِّي لَمْ أَخِذِ الَّذِي أَخَذْتُهُ خِيَانَةً وَ لَا ظُلْمًا.

وَ رَوَاهُ الْكُلَيْنِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ

«2» وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي بَكْرِ الْحَضْرَمِيِّ نَحْوَهُ «3» وَ الَّذِي

قَبْلَهُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ سَيْفِ بْنِ عَمِيرَةَ عَنْ أَبِي بَكْرِ الْحَضْرَمِيِّ نَحْوَهُ.

22504 - 6 - «4» وَ زَادَ وَ فِي خَبَرٍ آخَرَ إِنْ اسْتَحْلَفَهُ عَلَى مَا أَخَذَ مِنْهُ - فَجَائِزٌ أَنْ يَحْلِفَ إِذَا قَالَ هَذِهِ

الْكَلِمَةَ.

22505 - 7 - «5» وَ عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ

رَجُلٍ وَقَعَ لِي عِنْدَهُ مَالٌ - فَكَابَرَنِي عَلَيْهِ وَ حَلَفَ ثُمَّ وَقَعَ لَهُ عِنْدِي مَالٌ - أَخَذَهُ «6» لِمَكَانِ مَالِي الَّذِي أَخَذَهُ - وَ أَجَحَدُهُ وَ أَخْلِفُ عَلَيْهِ كَمَا صَنَعَ - قَالَ إِنْ خَانَكَ فَلَا تَخُنْهُ وَ لَا تَدْخُلْ فِيمَا عِبْتَهُ عَلَيْهِ.

وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ «7»

(1) - التهذيب 6 - 197 - 439، والاستبصار 3 - 52 - 169.



(2) - الكافي 5 - 98 - 3.

(3) - الفقيه 3 - 114 - 3700.

(4) - الفقيه 3 - 186 - 3701.

(5) - التهذيب 6 - 348 - 980، و الاستبصار 3 - 52 - 171.

(6) - في نسخة - فاخذه (هامش المخطوط).

(7) - الفقيه 3 - 185 - 3696.

وسائل الشيعة، ج ، ص:

و رَوَاهُ الْكُلَيْنِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ «1».

22506 - 8 - «2» وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّقَّارِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَارٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ أَنَّ مُوسَى بْنَ عَبْدِ الْمَلِكِ كَتَبَ إِلَى أَبِي جَعْفَرٍ ع - يَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ دَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ مَالًا - لِيُضَرِّفَهُ فِي بَعْضِ وُجُوهِ الْبَرِّ - فَلَمْ يُمْكِنْهُ صَرْفُ الْمَالِ فِي الْوَجْهِ الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ - وَ قَدْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَالٌ بِقَدْرِ هَذَا الْمَالِ - فَسَأَلَ هَلْ يَجُوزُ لِي أَنْ أَقْبِضَ مَالِي أَوْ أَرُدَّهُ عَلَيْهِ - فَكَتَبَ أَقْبِضْ مَالَكَ مِمَّا فِي يَدِكَ.

22507 - 9 - «3» وَ عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى «4» عَنْ عَلِيِّ بْنِ سُلَيْمَانَ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَيْهِ رَجُلٌ غَضِبَ مَالًا أَوْ جَارِيَةً - ثُمَّ وَقَعَ عِنْدَهُ مَالٌ بِسَبَبٍ وَدِيعَةٍ أَوْ قَرْضٍ - مِثْلُ خِيَانَةٍ أَوْ غَضَبٍ «5» أَيْحِلُّ لَهُ حَبْسُهُ عَلَيْهِ أَمْ لَا - فَكَتَبَ نَعَمْ يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ بِقَدْرِ حَقِّهِ - وَ إِنْ كَانَ أَكْثَرَ فَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا كَانَ عَلَيْهِ - وَ يُسَلِّمُ الْبَاقِيَّ إِلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

22508 - 10 - «6» وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَدِيدٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ - عَلَى الرَّجُلِ الدَّيْنُ فَيَجْحَدُهُ - فَيُظْفَرُ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِ الَّذِي جَحَدَهُ - أَمْ يَأْخُذُهُ وَ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْجَاحِدُ بِذَلِكَ قَالَ نَعَمْ.

22509 - 11 - «7» مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ

(1) - الكافي 5 - 98 - 1.

(2) - التهذيب 6 - 348 - 984، و الاستبصار 3 - 52 - 170.

(3) - التهذيب 6 - 349 - 985، و الاستبصار 3 - 53 - 173.

(4)- في الاستبصار - محمد بن يحيى.

(5)- في الاستبصار - مثل ما خانه أو غصبه (هامش المخطوط).

(6)- التهذيب 6- 349- 986، و الاستبصار 3- 51- 167.

(7)- الفقيه 3- 186- 3697.

وسائل الشيعة، ج ، ص:

عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ الرَّجُلُ يَكُونُ لِي عَلَيْهِ حَقٌّ - فَيَجْحَدُنِيهِ ثُمَّ يَسْتَوْدِعُنِي مَالًا - أَلَيَّْ أَنْ أَخْذَ مَا لِي عِنْدَهُ قَالَ لَا هَذِهِ الْخِيَانَةُ.

و رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ «1» وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ «2» أَقُولُ: تَقَدَّمَ وَجْهُهُ «3».

22510- 12- «4» وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زَيْدِ الشَّحَامِ قَالَ: قَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع مَنِ اتَّيَمَّنَكَ بِأَمَانَةٍ فَأَدَّهَا إِلَيْهِ وَ مَنْ خَانَكَ فَلَا تَخُنْهُ.

22511- 13- «5» عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ الْجَحُودِ - أَيْحِلُّ أَنْ أَجْحَدَهُ مِثْلَ مَا جَحَدَ قَالَ نَعَمْ وَ لَا تَرْدَادًا.

أَقُولُ: وَ يَأْتِي مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ فِي الْإِيمَانِ «6» وَ فِي الْقَضَاءِ «7» وَ فِي الشَّرْكََةِ «8».

(1)- الكافي 5- 98- 2.

(2)- التهذيب 6- 197- 438.

(3)- تقدم في الحديث 3 من هذا الباب.

(4)- الفقيه 3- 186- 3698.

(5)- قرب الاسناد- 113.

(6)- يأتي في الباب 47، و في الحديث 4 من الباب 48 من أبواب الأيمان.

(7)- يأتي في الحديث 2 من الباب 10 من أبواب أحكام الدعوى.

(8)- يأتي في الباب 5 من أبواب الشركة، و في الحديث 1 من الباب 93 من أبواب الوصايا.





## (74) باب جواز استيفاء الدين من مال الغريم الممتنع من الأداء بغير إذنه و جواز

## الاقتصاص من مال من عدا على غير فأخذ ماله

1372-32585- (1) تهذيب 349 / 6، استبصار 51 / 3: أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن حديد عن جميل بن درّاج قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجده فيظفر من ماله بقدر الذي جده أو يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك قال نعم.

1373-32586- (2) تهذيب 349 / 6، استبصار 53 / 3: محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن عيسى «3» عن علي بن سليمان قال كتب إليه رجل غصب رجلاً مالا أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانه أو غصبه أو يحلّ له حبسه عليه أم لا فكتب عليه السلام نعم يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي إليه إن شاء الله.

(1). من منزل أخيه - يب.

(2). بيتها - خ.

(3). محمد بن يحيى - صا.

جامع أحاديث الشيعة، ج ، ص:

1374-32587- (3) تهذيب 348 / 6، استبصار 52 / 3: محمد بن الحسن الصفار عن عبد الله بن محمد بن عيسى عن علي بن مهزيار قال أخبرني إسحاق بن إبراهيم أنّ موسى بن عبد الملك كتب الى أبي جعفر عليه السلام يسأله عن رجل دفع إليه مالا ليصرفه «1» في بعض وجوه البر فلم يمكنه صرف ذلك المال في الوجه الذي أمره به و قد كان له عليه مال بقدر هذا المال فسأله «2» هل يجوز لي أن أقبض مالى أو أردّه عليه و أقتضيه فكتب عليه السلام (إليه - يب) اقبض مالك ممّا في يديك.

1375-32588- (4) تهذيب 347 / 6، استبصار 53 / 3: الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان عن أبي العباس البقباق أنّ شهاباً مراه «3» في رجل ذهب له ألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس فقلت له خذها مكان الألف الذي أخذ منك فأبى شهاب قال فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك فقال أمّا أنا فاحبّ (الي - يب) أن تأخذ و تحلف.

1376-32589- (5) تهذيب 348 / 6، استبصار 52 / 3: الحسين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان عن أبي بكر قال قلت له رجل لي عليه دراهم فجحدني و حلف عليها أ يجوز لي أن وقع له قبلي

دراهم ان آخذ منه بقدر حقّي قال فقال نعم و (لكن - يب) لهذا كلام قلت و ما هو قال تقول - اللّهم  
(انّي - صا) لم «4» آخذه ظلماً و لا خيانة و إنّما أخذته مكان مالي الذي آخذ مني (و- صا) لم أزد شيئاً  
عليه - الحسن بن محبوب عن سيف بن عميرة عن أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام  
(نحوه «5»).

1377-32590- (6) كافي 98/5: عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمد و سهل بن زياد عن  
تهذيب 197/6، فقيه 114/3: (الحسن - يب فقيه) ابن محبوب عن سيف بن عميرة عن أبي بكر  
الحضرمي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل كان له على رجل مال فجحده إياه و ذهب به (منه -  
فقيه) ثمّ صار (إليه - فقيه) بعد ذلك (منه - فقيه) للرجل الذي ذهب بماله مال قبّله «6» أ يأخذه (ه- كا  
فقيه) (منه - كا) مكان ماله الذي ذهب به منه (ذلك الرجل - كا يب) قال نعم (و لكن لهذا كلام - كا يب)  
يقول (اللّهم انّي (إنما - فقيه) آخذ هذا (المال - كا يب) مكان مالي الذي آخذه

(1). ليفرقه - صا.

(2). فقال - خ صا.

(3). ماراه أي جادله.

(4). لن - صا.

(5). مثله - صا.

(6). مثله - فقيه.

جامع أحاديث الشيعة، ج ، ص:

منّي) (كا يب و انّي لم آخذ ما أخذت منه «1» خيانة و لا ظلماً). فقيه - و في خبر آخر ليونس بن عبد  
الرحمن عن أبي بكر الحضرمي مثله الا أنّه قال يقول (اللّهم انّي لم آخذ ما أخذت منه خيانة. و لا ظلماً و  
لكنّي أخذته مكان حقّي) و في خبر آخر ان استحلفه على ما آخذ منه فجائز له أن يحلف إذا قال هذه  
الكلمة.

1378-32591- (7) المقنع 124: و قال النّبّي صلى الله عليه و آله من حلف بالله فليصدق و من  
حلف له فليرض و من لم يرض فليس من الله و ليس لك أن تأخذ ممّن حلفته شيئاً و ان جحد رجل حقك  
ثمّ وقع له عندك مال فلا تأخذ منه إلّا حقك و مقدار ما حبسه عنك و تقول (اللّهم انّي لم آخذ ما أخذت  
منه خيانة و ظلماً و لكنّي أخذته مكان حقّي فإن استحلفك على ما أخذت فجائز لك أن تحلف إذا قلت  
هذه الكلمة).

1379-32592- (8) قرب الإسناد 263: عبد الله بن الحسن العلوي عن جده علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألته عن الرجل الجحود أ يحل له أن يجحده مثل ما جحد قال نعم و لا يزداد.

1380-32593- (9) تهذيب 338/6: الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن داود بن رزين تهذيب 347/6: الحسين بن سعيد عن داود بن زربي قال قلت لأبي الحسن (موسى - يب 347) عليه السلام اني اخالط السلطان فيكون «2» عندي الجارية فيأخذونها و الدابة «3» الفارهة «4» (فبيعثون - يب 338) فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أن أخذه قال خذ مثل ذلك و لا تزدد عليه (شيئاً - يب 347).

فقيه 115/3: و قد روى محمد بن أبي عمير عن داود بن زربي قال قلت لأبي الحسن عليه السلام اني أعامل قوماً فربما أرسلوا الي فأخذوا مني الجارية و الدابة فذهبوا بها مني ثم يدور لهم المال عندي فأخذ منه بقدر ما أخذوا مني فقال خذ منهم بقدر ما أخذوا منك و لا تزدد عليه.

1381-32594- (10) تهذيب 348/6، استبصار 52/3: الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن ابن أخي الفضيل بن يسار قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام و دخلت (عليه - صا) امرأة و كنت أقرب القوم إليها فقالت لي أسأله فقلت عما ذا فقالت ان ابني مات و ترك مالا كان في يد أخي فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعنيه فلي أن أخذ منه بقدر ما أتلّف من شيء فأخبرته بذلك فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه و آله أدّ الأمانة الى من ائتمنك و لا تخن من خانك - حملته الشيخ على الكراهة.

(1). الذي أخذته - يب.

(2). فتكون - يب 347.

(3). أو الدابة - يب.

(4). أي نشيطة حادة قويّة.

جامع أحاديث الشيعة، ج ، ص:

1382-32595- (11) تهذيب 349/6: روى عن النبي صلى الله عليه و آله انه قال من حلف بالله فليصدق و من حلف له بالله فليرض و من لم يرض فليس من الله في شيء.

1383-32596- (12) فقيه 114/3: روى زيد الشحام قال قال لي أبو عبد الله عليه السلام من ائتمنك بأمانة فأدّها إليه و من خانك فلا تخنه.

1384-32597- (13) كافي 98/5: عدّة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن تهذيب 197/6- 348، استبصار 52/3: (الحسن - يب صا) ابن محبوب عن فقيه 113/3: (علي - يب صا فقيه) ابن رثاب عن سليمان بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال فكابرني عليه و

«1» حلف ثم وقع له عندى مال (أ- يب 197: فقيه) فأخذه «2» مكان «3» مالى الذى أخذه (و أجدده «4»- كا يب 197) و أحلف (عليه- كا يب فقيه) كما صنع (هو- فقيه) فقال إن خالك فلا تخنه و لا تدخل فيما عبته عليه.

1385-32598- (14) كافى 98/5: على بن إبراهيم عن أبيه و محمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان عن تهذيب 197/6: ابن أبي عمير عن إبراهيم بن عبد الحميد عن معاوية بن عمار قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يكون لى عليه الحق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا الى أن أخذ مالى عنده قال لا هذه خيانة. فقيه 114/3: روى معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له الرجل (و ذكر مثله). و تقدّم في أحاديث باب (12) جواز احتساب الدين من الزكاة من أبواب من يستحق الزكاة ج 9 ما يمكن أن يستدلّ به على ذلك. و يأتى في رواية بريد (1) من باب (68) حكم ما إذا ادعى الوصي على الميّت ديناً من أبواب الوصايا ج 24 قوله أ يحلّ للوصي أن يأخذ ممّا في يده شيئاً قال لا يحلّ له قلت أ رأيت لو أنّ رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أ كان ذلك له قال عليه السلام إن هذا ليس مثل هذا. و في أحاديث باب (40) جواز الاقتصاص بقدر الحق من مال المنكر من أبواب الأيمان ج 24 و باب 41 أنّ من كان له على غيره مال فأنكره فاستحلفه لم يجز له الاقتصاص من ماله. و لاحظ باب (24) أنّ من رضى باليمين فحلف له فلا دعوى له من أبواب القضاء ج 30 فإنّ فيه ما يناسب الباب.

---

(1). ثمّ- يب 348- صا.

(2). اخذ- يب 348- صا.

(3). لمكان- يب- صا.

(4). جرده- يب 348

اصل جواز تقاص فی الجمله بین فقهای شیعه مسلم است ولی آیا این حکم فقط در صورتی است که امکان انقاذ حق توسط حاکم شرع نیست یا مطلق است و حتی بدون مراجعه به محکمه هم می توان تقاص کرد؟ در نظر عموم فقها حکم مطلق است و تنها صورتی را که به محکمه مراجعه شده و منکر استحلاف شده استثنا کرده اند.

ولی می توان در این نظر مناقشه کرد و دو نظر دیگر را مطرح کرد:

## نظر اول:

راه حل دیگر این است با توجه به این که روایات همه در مورد مالی است که از بدهکار جاحد در دست طلبکار قرار گرفته و در آن حال فرد جاحد بخاطر عدم علم نسبت به آن ادعایی ندارد، قایل شویم که تقاص به همین مورد اختصاص دارد و به سایر موارد که مال در اختیار طلبکار نیست بلکه در اختیار بدهکار است تعدی نمی شود. یعنی اولاً بدهکار نمی تواند برای برداشتن حق خود از مال های تحت تصرف جاحد اقدام کند و ثانیاً اگر نسبت به همین مورد بدهکار جاحد اعتراض کرد و طلب مالش را کرد باید بلافاصله قبول کند و کار را از طریق قضایی تعقیب کند یعنی روایات نسبت به مورد دعوای قضایی همین مال اطلاق ندارد علت عدم تعدی، ارتکاز عقلاست که هر ادعایی علیه کسی باید از طریق محکمه دنبال شود. و فقط شارع همین مورد را خارج کرده و اجازه تقاص داده است. یعنی ارتکاز عقلایی و نیز ضرورت حفظ نظام اجتماعی بر این دلالت دارد که دعوای و اختلافات میان افراد جامعه فقط از طریق مصالحه طرفینی یا با مراجعه به قضات باید حل و فصل شود و اقدام یک طرف با دست اندازی به مال دیگری برای استنفاذ حق خود موجب هرج و مرج اجتماعی و تشدید اختلافات می شود و این بر خلاف خواست شارع و حکم عقل است. بنابر این، حکم تقاص چون بر خلاف قواعد است فقط در موردی که دلیل روشن بر آن وجود دارد پذیرفته می شود و بر این اساس و مبنی که اصول عقلایی تنها در صورتی که موجب اطمینان نوعی شود معتبرند صرف اطلاقات نمی تواند بر تعمیم آن نسبت به همه موارد دلالت کند.

## نظر دوم

این است که علیرغم اطلاق بسیاری از روایات باب باید این روایات را بر صورتی که اولاً یک طرف از مخالفان است و ثانیاً به قاضی جور مراجعه شده ولی استحلاف صورت نگرفته حمل کنیم. مقدمات و نکات زیر بر این وجه حمل دلالت دارد:

۱. ارتکاز عقلایی و نیز ضرورت حفظ نظام اجتماعی بر این دلالت دارد که دعوای و اختلافات میان افراد جامعه فقط از طریق مصالحه طرفینی یا با مراجعه به قضات باید حل و فصل شود و اقدام یک طرف با

دست اندازی به مال دیگری برای استنقاذ حق خود موجب هرج و مرج اجتماعی و تشدید اختلافات می شود و این بر خلاف خواست شارع و حکم عقل است. بنابر این، حکم تقاص چون بر خلاف قواعد است فقط در موردی که دلیل روشن بر آن وجود دارد پذیرفته می شود و بر این اساس و مبنی که اصول عقلایی تنها در صورتی که موجب اطمینان نوعی شود معتبرند صرف اطلاعات نمی تواند بر تعمیم آن نسبت به همه موارد دلالت کند بلکه باید به قدر متیقن اکتفا شود.

۲. با توجه به این که در زمان ائمه معصومین ع قدرت در دست قضات جور بوده قدر متیقن اجازه تقاص بدون طی طریق قضایی همان زمان است و نمی توان از آن به زمان امام عدل و قضات عدول تعدی و الغای خصوصیت کرد. زیرا محتمل است در اجازه تقاص بدون مراجعه با قاضی میان حکومت جور و حکومت عدل تفاوت باشد و در دومی شارع بخواهد همه دعاوی از این طریق حل شود.

۳. با توجه به این که اکثریت قریب به اتفاق مردم در آن دوران از مخالفان بوده و بر این اساس مخاصمات هم با این گروه واقع می شده و نیز با نظر به این که در هیچ روایتی به این که طرف دعوا کسی از شیعیان است اشاره نشده، محتمل است که این امر هم در حکم دخالت داشته باشد یعنی شارع فقط در صورتی که طرف دعوا از مخالفان باشد اجازه تقاص داده باشد. و نتوان به مورد دعاوی میان شیعیان تعدی کرد.

۴. موید این نظر مقبوله عمر بن حنظله است که به شیعیان دستور داد که برای حل اختلافاتشان سراغ قضات جور نروند و کسی از خودشان را قاضی و حکم قرار دهند. می توان از این روایت استظهار کرد که شیعیان همیشه باید اختلافاتشان را از این طریق حل کنند و در نتیجه اقدام آنان به تقاص علیه همدیگر بدون مراجعه به حکم عدلی از خودشان بر خلاف این مفاد است.

۵. ظاهر اکثر یا کثیر این روایات آن است که سائل بینه محکمه پسندی نداشته و الا صبر نمی کرده تا مالی در دست او بیفتد و یا این که علی القاعده باید در سؤالش اشاره می کرده که بینه هم دارم (هر چند این احتمال هم وجود دارد که با وجود ادله کافی، به ق.ضات برای احقاق حق خود اعتماد نداشته اند؛ ولی نشانی بر تایید این احتمال وجود ندارد) بنابر این، محتمل است که اجازه تقاص محدود به صورت یاس از محکمه باشد و شامل موردی که طلبکار بتواند با اقامه ادله حق خود را از طریق محکمه بگیرد نشود **ان قلت:** طبق این مبنا هیچ گاه نباید تقاص کرد چون حتی با نبود بینه از سوی مدعی همیشه احتمال امتناع منکر از قسم و احقاق حق مدعی وجود دارد؛ پس حتی با نبود بینه هم باید به قضات جور مراجعه شود. نقول: احتمال قسم نخوردن منکر جاحدی که مال را خورده اندک است از این رو، ائمه ع مطلقا با نبود بینه جواز تقاص داده اند.

۶. تعابیری چون احب ان تاخذ می رساند که مساله تسهیل بر شیعیان مطرح است

اما اگر به قاضی مراجعه شد و به دلیل فقدان دلیل یا به علل دیگری حکمی بر خلاف واقع صادر شد بر اساس



روایات وارده اگر مدعی استخلاف کند و منکر نزد قاضی قسم بخورد راه تقاص بسته است. از آنجا که این حکم در ظرف حکومت جور صادر شده و ناظر به استخلاف نزد قضات جور است به طریق اولی بر عدم جواز تقاص در صورت استخلاف در محکمه عدل دلالت دارد.

اما اگر به دادگاه جور مراجعه کند و بخاطر عدم استخلاف منکر قاضی به توقف دادرسی حکم کند وی می تواند در مقابل منکر جاحدی که از مخالفان است به تقاص اقدام کند. حکم تقاص به همین مورد اختصاص دارد.

**ان قلت:** پس رجوع به قاضی عدل در صورت عدم بینه نتیجه ای ندارد زیرا همیشه با قسم منکر جاحد، حکم مدعی طلبکار صادر می شود.

**نقول:** ممکن است منکر قسم نخورد و به نفع طلبکار حکم شود. اما اگر می داند بدهکار قسم می خورد طلبکار نباید استخلاف کند زیرا همان طور که گفته شد طبق روایات، با استخلاف راه تقاص بسته می شود.

**ان قلت:** که طلبکار معمولاً پیش از استخلاف راهی برای اطلاع از این که بدهکار قسم می خورد یا نه ندارد و در نتیجه رجوع به قاضی مساوی با از دست رفتن حق او خواهد بود.

**نقول:** در این موارد که مدعی دلیلی برای اثبات حق خود ندارد و مدعی استخلاف می کند و منکر هم بر نظر خود قسم می خورد به از دست رفتن حق مدعی ملتزم می شویم زیرا هر چند نفی تقاص در این مورد مصلحت فرد را نادیده می گیرد ولی در عوض مصلحت اجتماعی را بهتر و بیشتر تامین می کند.

**ان قلت:** اگر کسی عینی را از ما سرقت کرده و آن عین در اختیار ما قرار گرفته ولی علیه او دلیلی نداریم چگونه حق تصرف در عین خود را نداشته باشیم.

## نتیجه

۱. مشروعیت تقاص فی ما بین شیعیان در حکومت جور بر اساس روایات تقاص ثابت نیست

۲. با مخالفان در صورتی که بینه و دلیل کافی برای اثبات حق وجود دارد علیه مخالفان نمی شود تقاص کرد بلکه باید به محکمه مراجعه کرد و از آن طریق احقاق حق نمود

۳. در صورتی که بینه کافی وجود ندارد نیز مراجعه به محکمه علیه مخالفان لازم است و اگر مدعی علیه منکر جاحد استخلاف کند دیگر حق تقاص ندارد.

۴. در صورت فوق اگر مدعی علیه منکر مخالف استخلاف نکند راه تقاص باز است.

۵. حکم تقاص علیه منکر مخالف به دوره حکومت جور اختصاص دارد و با وجود حکومت عدل مشروعیت تقاص نسبت به مخالف ثابت نیست.

۶. حکم تقاص اجازه ای است به شیعیان بنابر این تقاص بین مخالفان مشروع نیست و اگر کسی از آنان اقدام به تقاص کرد مالک نمی شود.

# استدلال به آیات شریفه بر اصل جواز تقاص

9:37 AM Thursday, February 12, 2015

1- قوله تعالى: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...» ((1) - البقرة (2): 194)).

2- قوله تعالى: «وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ» ((2) - البقرة (2): 194)).

3- قوله تعالى: «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ» ((3) - النحل (16): 126)).

وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» (5)

فقه القضاء:

أما آيات سورة البقرة فهي من جملة آيات الجهاد و لا دلالة فيها لهذه المسألة و هي قوله تعالى: «وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ وَاقْتُلُواهُمْ حَيْثُ تَقْبَلُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا تُقَاتِلُوا عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُواكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُواكُمْ كَذَلِكَ جِزَاءُ الْكَافِرِينَ فَإِنْ انْتَهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَاقْتُلُواهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ انْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ الشَّهْرُ الْحَرَامَ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ، فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ» (2).

و كذلك الآيات الشريفة في سورة النحل: «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ وَاصْبِرْ وَمَا صَبْرُكَ إِلَّا بِاللَّهِ وَلَا تَحْزَنْ عَلَيْهِمْ وَلَا تَكُ فِي ضَيْقٍ مِمَّا يَمْكُرُونَ» (3).

نقول:

- 1- استدلال به آیات بر این مناسبت که به عموم و اطلاق فقرات آیات قرآن می توان تمسک کرد و سیاق و شان نزول مانع اخذ به اطلاق آنها نیست. این شیوه مورد عمل فقها در استدلال به آیات است
- 2- استدلال به آیه سوم ناتمام است زیرا در مقام تجویز عقوبت نیست و اطلاق ندارد بلکه در مقام تحدید آن است که آنجا که عقوبت جایز است باید بیش از مثل نباشد.
- 3- استدلال به آیه دوم بر اساس این معنی است که «کل حرمه تستحل قصاصاً» یعنی در هر مقابل انجام هر حرامی قصاص است و تعدی به مال غیر چون حرام است پس قصاص دارد ولی این معنی روشن نیست زیرا هر کسی حرامی انجام داد نمی شود همان را مقابله به مثل کرد. پس ناچاریم آیه را به مورد نزول که حلیت حرمت شهر حرام و بلد حرام و احرام است محدود کنیم.
- 4- اما دلالت آیه اول که تجویز اعتداء است در مقابل اعتداء قابل قبول است ولی فقط نسبت به اصل جواز اعتداء دلالت دارد اما نسبت به شرایط آن و این که آیا پس از مراجعه به قاضی است یا پیش از آن هم می شود در مقام بیان نیست. بلی! دلالت اطلاق آیه بر این که اگر رفع اعتداء از طریق قاضی به هیچوجه ممکن نشد تقاص جایز است فی الجمله تمام است مگر این که روایت معتبری آن را تقیید کند.

أجوبة مسائل و رسائل في مختلف فنون المعرفة، ص: ابن ادریس

### [103] مسألة في المقاصة

مسألة: ما تقول في رجل يعلم أنه يستحق على بعض الناس شيئاً و مات، و يعلم أنه لا يسلم إليه الوارث ما يدعيه إلّا بيّنة، و لا يصدّقه في ذلك و وقع له عنده بعض التركة، أ يجوز له أن يأخذ ما له منها أم لا؟  
الجواب و بالله التوفيق: لا أرى عليه بأساً إذا أخذ بقدر حقّه، و لا أرى إضاعة ماله.

\*\*\*

أجوبة مسائل و رسائل في مختلف فنون المعرفة، ص:

### [104] مسألة في عدم جواز الأخذ من مال من وجب عليه الخمس إلّا بإذنه

مسألة: ما تقول في رجل علوي فقير محتاج، وجد مالاً لرجل يعلم أن في جهته شيئاً من الخمس، أ يجوز له أن يأخذ شيئاً أم لا؟  
الجواب و بالله التوفيق: لا يحلّ للعلوي المذكور أن يأخذ من المال الموجود شيئاً.

\*\*\*

مختلف

### مسألة: إذا جحد المديون الدين و لم يحلفه المالك و وقّع له بمال جاز له المقاصة

، إلّا أن يكون قد أودعه إيّاه، فإنّ فيه قولين:

أحدهما: الكراهة، اختاره الشيخ في الاستبصار «1»، و ابن إدريس «2».

و الثاني: التحريم، اختاره الشيخ في أكثر كتبه «3»، و به قال أبو الصلاح «4»، و ابن البرّاج، و أبو علي الطوسي. و الأقرب الأوّل.

لنا: الأصل، و إطلاق الأمر بالاقتصاص.

ولأنّه قد ورد أنّ للمستودع بعد موت المودع صرف اجرة الحج إذا عرف أنّ الورثة لا يؤدّون عن الميت حجة الإسلام، فهذا أولى.

و ما رواه أبو بكر الحضرمي قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: رجل كان له على رجل مال فجحده إيّاه و ذهب به ثمّ صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله أ يأخذ مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال:

نعم، و لكن لهذا كلام يقول: اللهم أني آخذ هذا المال مكان مالي الذي أخذه منّي، و إنّي لم آخذ الذي أخذته خيانة و لا ظلماً «5». و هو يتناول صورة النزاع، و لو تخالفت الجزئيات في الأحكام وجب على الامام - عليه

احتج الشيخ بقوله تعالى **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا** ﴿٦﴾.

(1) الاستبصار: ج 3 ص 53 ذيل الحديث 172.

(2) السرائر: ج 2 ص 36-37.

(3) النهاية و نكتها: ج 2 ص 26.

(4) الكافي في الفقه: ص 331.

(5) تهذيب الاحكام: ج 6 ص 197-198 ح 439، وسائل الشيعة: ب 83 من أبواب ما يكتب به ح 5 ج 12 ص 203-204.

(6) النساء: 58.

مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ، ص:

و بما رواه معاوية بن عمار في الموثق قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: الرجل يكون لي عليه الحق فيجحدنيه ثم يستودعني مالا ألي أن آخذ ما لي عنده؟ فقال: لا هذه خيانة «1».

و الجواب عن الآية: المنع من كون المودع أهلا لها، فإنّ المستودع أخذ ماله منها. و عن الثاني: بالحمل على من حلف أو على الكراهية.

## التنقيح الرائع



قوله: **و لو فات أحد الشروط و حصل للغريم في يد المدعى مال كان له المقاصة**

(1) الشروط المتقدمة أربعة: «الأول» كون المدعى ديناً، «الثاني» كون الغريم مقراً، «الثالث» كونه باذلاً، «الرابع» كونه جاحداً و هناك حجة. ففي هذه الصور لم يستقل المدعي بالأخذ، لأنّ للغريم الخيار في جهات القضاء و المدعي متمكن من الإثبات فلا وجه للمقاصة.

و تردد المصنف في الشرائع في الأخير من حيث تمكنه من الإثبات عند الحاكم و من عموم **فَمَنْ اعْتَدَىٰ** **عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ** «1»، و أما مع فوات هذه الشروط و ذلك في صور: «الاولى» كون المدعى عينا و لا حجة لها، «الثانية» كون المدعى ديناً و الغريم مقر غير باذل، «الثالثة» كون المدعى ديناً و الغريم جاحد باذل، «الرابعة» الحال هذه و الغريم جاحد غير باذل.

ففي الاولى له أخذ عوضها لمكان الحيلولة التي يعجز عن أخذ حقه معها.

و في الثانية احتمالان من حيث إقراره المانع من التسلط على أمواله إلا باذنه و من اللطافة المبيح لمضارته المستلزمة لجواز الأخذ بغير اختياره. و هو الأقوى لعموم **فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ**.

و في الثالثة أيضاً احتمالان، من حيث بذله المانع من التسلط و من عدم

(1) سورة البقرة: 194.

التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، ج 4، ص: 269

.....

الوثوق ببقائه على البذل و الأولى الأولى لعدم الضرورة الحاملة على خلاف الأصل.  
و في الرابعة يجوز قطعاً.

إذا تقرر هذا فللمقاصة المذكورة شروط:

(الأول) كون المدعي جازماً بالاستحقاق، فلو كان ظاناً أو متوهماً لم يجوز.

و في حكم الظن ما لو كانت المسألة خلافية و الغريم مقلداً، كمن وهب منجزاً في مرض موته و لا يخرج من الثلث، فإنه لا يجوز لوارثه المقاصة مع كون الميت مقلداً لجواز اعتقاده الجواز، اللهم الا أن يحكم له حاكم ببطلان ما زاد فله المقاصة به.

(الثاني) عدم وقوع الفتنة المخشي معها تلف الأنفس و الأموال.

(الثالث) عدم أداء المقاصة الى انتهاك العرض و سوء المقالة، كما لو وجد عين ماله أو عوضها و خاف النسبة إلى السرقة فعرض نفسه لسوء القول و قبح العقوبة.

(الرابع) قال الشيخ و جماعة يشترط عدم كون المال وديعة عنده، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: أد الأمانة الى من ائتمنك و لا تخن من خانك <sup>1</sup> و قال غيره بالجواز، لأصالة الجواز و منع كون هذا خيانة بل إحسان إلى الغريم بإبراء ذمته، و لما روي أن النبي صلى الله عليه و آله قال لهند بنت عتبة:

#### دروس: فرع [في المقاصة و أحكامها]



لو كان مثل الحقّ بحضرته فطالب الغريم فاستمهل حتّى يأتي ببدله، فإن أدّى إلى المطل التحق بغير البازل، و إن قصر الزمان ففي إلحاقه به تردّد، من الوجوب على الفور، و من التسامح بمثله هذا. و إذا جازت المقاصة أخذ من جنس ماله، فإن تعذّر فمن غيره بالقيمة، و الأقرب تخيّر بين تملكه بالقيمة و بين البيع، و لو تعذّر الأخذ إلّا بزيادة عن الحقّ جاز، و كان الزائد أمانة عند الفاضل <sup>1</sup>. و لو تلف قدر حقّه قبل البيع، لم

(1) قواعد الأحكام: ج 2 ص 230 - 231.

الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج 2، ص: 86

يضمن عند الشيخ <sup>1</sup>، و احتمل الفاضلان <sup>2</sup> الضمان، و المروي <sup>3</sup> عدم جواز الأخذ من الوديعة، و حمل على الكراهية.



مسألة [ ]: لو لم تكن على الغريم يئنة، أو كانت لكتّها غير مقبولة عند الحاكم، فهل تجوز له المقاصةُ

و لو من غير الجنس أم لا؟

الجواب: تجوز له المقاصةُ و الحال هذه.

تحرير الوسيله

تحرير الوسيلة، ج2، ص: 436

الفصل الثاني في المقاصة

مسألة لا إشكال في عدم جواز المقاصة مع عدم جحود الطرف و لا مماطلته

و أدائه عند مطالبته، كما لا إشكال في جوازها إذا كان له حق على غيره من عين أو دين أو منفعة أو حق و كان جاحدا أو مماطلا، و أما إذا كان منكرا لاعتقاد المحقية أو كان لا يدري محقية المدعي ففي جواز المقاصة إشكال، بل الأشبه عدم الجواز، و لو كان غاصبا و أنكر لنسيانه فالظاهر جواز المقاصة.

مسألة إذا كان له عين عند غيره فان كان يمكن أخذها بلا مشقة و لا ارتكاب محذور

فلا يجوز المقاصة من ماله، و إن لم يمكن أخذها منه أصلا جاز المقاصة من ماله الآخر، فان كان من جنس ماله جاز الأخذ بمقداره، و إن لم يكن جاز الأخذ بمقدار قيمته، و إن لم يمكن إلا ببيعه جاز بيعه و أخذ مقدار قيمة ماله و ردّ الزائد.

مسألة لو كان المطلوب مثليا و أمكن له المقاصة من ماله المثلي و غيره فهل يجوز له أخذ غير المثلي تقاصا

بقدر قيمة ماله أو يجب الأخذ من المثلي، و كذا لو أمكن الأخذ من جنس ماله و من مثلي آخر بمقدار قيمته، مثلا لو كان المطلوب حنطة و أمكنه أخذ حنطة منه بمقدار حنطته و أخذ مقدار من العدس بقدر قيمتها فهل يجب الاقتصار على الحنطة أو جاز الأخذ من العدس؟ لا يبعد جواز التقاص مطلقا فيما إذا لم يلزم منه بيع مال الغاصب و أخذ القيمة، و مع لزومه و إمكان التقاص بشيء لم يلزم منه ذلك فالأحوط بل الأقوى الاقتصار على ذلك، بل الأحوط الاقتصار على أخذ جنسه مع الإمكان بلا مشقة و محذور

تحرير الوسيلة، ج2، ص: 437

مسألة لو أمكن أخذ ماله بمشقة فالظاهر جواز التقاص،

. و لو أمكن ذلك مع محذور كالدخول في داره بلا إذنه أو كسر قفله و نحو ذلك ففي جواز المقاصة إشكال، هذا إذا جاز ارتكاب المحذور و أخذ ماله و لو أضر ذلك بالغاصب، و أما مع عدم جوازه كما لو كان المطلوب منه غير غاصب و أنكر المال بعذر فالظاهر جواز التقاص من ماله إن قلنا بجواز المقاصة في صورة الإنكار لعذر.



مسألة لو كان الحق ديناً و كان المديون جاحداً أو ممطلاً جازت المقاصة من ماله

و إن أمكن الأخذ منه بالرجوع إلى الحاكم.

مسألة لو توقف أخذ حقه على التصرف في الأزيد جاز،

و الزائد يرد إلى المقتص منه، و لو تلف الزائد في يده من غير إفراط و تفريط و لا تأخير في رده لم يضمن.

مسألة لو توقف أخذ حقه على بيع مال المقتص منه جاز بيعه و صح،

و يجب رد الزائد من حقه، و أما لو لم يتوقف على البيع بأن كان قيمة المال بمقدار حقه فلا إشكال في جواز أخذه مقاصة، و أما في جواز بيعه و أخذ قيمته مقاصة أو جواز بيعه و اشتراء شيء من جنس ماله ثم أخذه مقاصة إشكال و الأشبه عدم الجواز.

مسألة لا إشكال في أن ما إذا كان حقه ديناً على عهدة المماطل فاقصص منه بمقداره برأت ذمته

سيما إذا كان المأخوذ مثل ما على عهده.

كما إذا كان عليه مقدار من الحنطة فأخذ بمقدارها تقاصاً، و كذا في ضمان القيميات إذا اقتص القيمة بمقدارها، و أما إذا كان عينا فان كانت مثلية و اقتص مثلها فلا يبعد حصول المعاوضة قهراً على تأمل، و أما إذا كانت من القيميات كفرس مثلاً و اقتص بمقدار قيمتها فهل كان الحكم كما ذكر من المعاوضة القهرية أو كان الاقتصاص بمنزلة بدل الحيلولة، فإذا تمكن

تحرير الوسيلة، ج2، ص: 438

من العين جاز أخذها بل وجب، و يجب عليه رد ما أخذ، و كذا يجب على الغاصب ردها بعد الاقتصاص و أخذ ماله؟ فيه إشكال و تردد و إن لا يبعد جريان حكم بدل الحيلولة فيه.

مسألة الأقوى جواز المقاصة من المال الذي جعل عنده ودیعة على كراهية،

و الأحوط عدمه.

مسألة جواز المقاصة في صورة عدم علمه بالحق مشكل،

. فلو كان عليه دين و احتمل أدائه يشكل المقاصة، فالأحوط رفعه إلى الحاكم كما أنه مع جهل المديون مشكل و لو علم الدائن، بل ممنوع كما مرّ، فلا بد من الرفع إلى الحاكم.

مسألة لا يجوز التقاص من المال المشترك بين المديون و غيره إلا بإذن شريكه،

لكن لو أخذ وقع التقاص و إن أثم، فإذا اقتص من المال المشاع صار شريكاً لذلك الشريك إن كان المال بقدر حقه أو أنقص منه، و إلا صار شريكاً مع المديون و شريكه، فهل يجوز له أخذ حقه و إقراره بغير إذن المديون؟ الظاهر جوازه مع رضا الشريك.

مسألة لو كان له حق و منعه الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة فلا يجوز له التقاص،

و كذا لو شك في أن الغريم جاحد أو مماتل لا يجوز التقاص.

مسألة لا يجوز التقاص من مال تعلق به حق الغير كحق الرهانة و حق الغرماء في مال المحجور عليه

و في مال الميت الذي لا تفي تركته بديونه.

مسألة لا يجوز لغير ذي الحق التقاص إلا إذا كان وليا أو وكىلا عن ذي الحق،

فلأب التقاص لولده الصغير أو المجنون أو السفیه في مورد له الولاية، و للحاكم أيضا ذلك في مورد ولايته

تحرير الوسيلة، ج2، ص: 439

مسألة إذا كان للغريم الجاحد أو المماطل عليه دين جاز احتسابه عوضا عما عليه مقاصة إذا كان بقدره أو أقل،

و إلا فبقدره و تبرأ ذمته بمقداره.

مسألة ليس للفقراء و السادة المقاصة من مال من عليه الزكاة أو الخمس أو في ماله

إلا بإذن الحاكم الشرعي، و للحاكم التقاص ممن عليه أو في ماله نحو ذلك و جحد أو مال، و كذا لو كان شيء وقفا على الجهات العامة أو العناوين الكلية و ليس لها متول لا يجوز التقاص لغير الحاكم، و أما الحاكم فلا إشكال في جواز مقاصته منافع الوقف، و هل يجوز المقاصة بمقدار عينه إذا كان الغاصب جاهلا أو مماتلا لا يمكن أخذها منه و جعل المأخوذ وقفا على تلك العناوين؟ وجهان، و على الجواز لو رجع عن الجحود و المماطلة فهل ترجع العين وقفا و ترد ما جعله وقفا إلى صاحبه أو بقي ذلك على الوقفية و صار الوقف ملكا للغاصب؟ الأقوى هو الأول، و الظاهر أن الوقف من منقطع الآخر، فيصح إلى زمان الرجوع.

مسألة لا تتحقق المقاصة بمجرد النية بدون الأخذ و التسلط على مال الغريم، نعم

يجوز احتساب الدين تقاصا كما مر، فلو كان مال الغريم في يده أو يد غيره فنوى الغارم تملكه تقاصا لا يصير ملكا له، و كذا لا يجوز بيع ما بيد الغير منه بعنوان التقاص من الغريم.

مسألة الظاهر أن التقاص لا يتوقف على إذن الحاكم،

و كذا لو توقف على بيعه أو إفرازه يجوز كل ذلك بلا إذن الحاكم

. مسألة لو تبين بعد المقاصة خطأؤه في دعواه يجب عليه رد ما أخذه أو ردّ عوضه مثلا

أو قيمة لو تلف، و عليه غرامة ما أضره، من غير فرق بين الخطأ في الحكم أو الموضوع، و لو تبين أن ما أخذه كان ملكا لغير الغريم يجب رده أو رد عوضه لو تلف

تحرير الوسيلة، ج2، ص: 440

مسألة يجوز المقاصة من العين أو المنفعة أو الحق في مقابل حقه من أي نوع كان،

فلو كان المطلوب عينا يجوز التقاص من المنفعة إذا عثر عليها أو الحق كذلك و بالعكس.

مسألة إنما يجوز التقاص إذا لم يرفعه إلى الحاكم فحلّقه،

و إلا فلا يجوز بعد الحلف، و لو اقتص منه بعده لم يملكه

. مسألة يستحب أن يقول عند التقاص:

«اللهم إني آخذ هذا المال مكان مالي الذي أخذه مني، و إني لم آخذ الذي أخذته خيانة و لا ظلماً» و قيل يجب، و هو أحوط.

مسألة لو غصب عينا مشتركا بين شريكين فلكل منهما التقاص منه بمقدار حصته،

و كذا إذا كان دين مشتركا بينهما، من غير فرق بين التقاص بجنسه أو بغير جنسه، فإذا كان عليه ألفان من زيد فمات و ورثه ابنان فان جحد حق أحدهما دون الآخر فلا إشكال في أن له التقاص بمقدار حقه، و إن جحد حقهما فالظاهر أنه كذلك، فلكل منهما التقاص بمقدار حقه، و مع الآخذ لا يكون الآخر شريكا، بل لا يجوز لكل المقاصة لحق شريكه.

مسألة لا فرق في جواز التقاص بين أقسام الحقوق المالية،

فلو كان عنده وثيقة لدينه فغصبها جاز له أخذ عين له وثيقة لدينه و بيعها لأخذ حقه في مورده، و كذا لا فرق بين الديون الحاصلة من الاقتراض أو الضمانات أو الديات فيجوز المقاصة في كلها

خوبی ره



مباني تكملة المنهاج، ج 41 موسوعة، ص: 56

(مسألة 54): إذا كان مال شخص في يد غيره جاز له أخذه منه بدون إذنه (2)،

(2) و ذلك لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

و أمّا إن كان ديناً في ذمّته فإن كان المدعى عليه معترفاً بذلك و باذلاً له فلا يجوز له أخذه من ماله بدون إذنه (3)،

(3) و ذلك لأنّ ماله في ذمّة الغير كلّی و لا ولاية للدائن في تطبيقه على شخص مال من أموال المدين حتى يكون مالکاً له.

و كذلك الحال إذا امتنع و كان امتناعه عن حقّ (4)

(4) لعين ما تقدّم.

، كما إذا لم يعلم بثبوت مال له في ذمّته، فعندئذٍ يترافعان عند الحاكم،

و أمّا إذا كان امتناعه عن ظلم، سواء أ كان معترفاً به أم جاحداً، جاز لمن له الحقّ المقاصّة من أمواله (5)،

(5) و ذلك لعدّة روايات:

مباني تكملة المنهاج، ج 41 موسوعة، ص: 55

منها: صحيحة داود بن زربي، قال: قلت لأبي الحسن موسى (عليه السلام): إنّي أعامل قوماً و ربّما

أرسلوا إليّ فأخذوا منّي الجارية و الدابة فذهبوا بها منّي، ثمّ يدور لهم المال عندي فأخذ منه بقدر ما

أخذوا مني؟ «فقال: خذ منهم بقدر ما أخذوا منك و لا تزدد عليه» (1).

و منها: معتبرة أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال فجحده إياه و ذهب به، ثم صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله، أ يأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ «قال: نعم» الحديث (2).

و الظاهر أنه لا يتوقف على إذن الحاكم الشرعي أو وكيله (1)

(1) و ذلك لإطلاق الدليل و ثبوت الإذن في أصل الشرع.

و إن كان تحصيل الإذن أحوط (2)،

(2) لما نسب إلى جماعة منهم: المحقق (قدس سره) في النافع (3) من وجوب الاستئذان، معللاً بأن الحاكم بمنزلة المالك، فإنه ولي الممتنع، فإذا لم يمكن الاستئذان من المالك لزم الاستئذان من وليه. ولكنه يندفع بما عرفت من إطلاق الدليل، إذ بعد ثبوت الإذن من الشارع بالمقاصة لا حاجة إلى إذن المالك.

و أحوط منه التوصل في أخذ حقه إلى حكم الحاكم بالترافع عنده (1)

(1) فإن المسألة خلافية، فذهب بعضهم إلى أن التقاص حيث إنه على خلاف الأصل فيقتصر في جوازه، على المورد المتيقن، و هو ما إذا لم يمكنه التوصل إلى أخذ حقه بالترافع عند الحاكم، و لكن الظاهر جوازه مطلقاً، لما مرّ من إطلاق الدليل، فلا وجه للاقتصار على المورد المتيقن.

، و كذا تجوز المقاصة من أمواله عوضاً عن ماله الشخصي إن لم يتمكن من أخذه منه (2).

(2) فإن مورد بعض الروايات و إن كان هو الدين إلّا أن بعضها الآخر ورد في مورد المال الشخصي، كصحيحة البقباق الآتية و صحيحة داود المتقدمة، فجواز المقاصة يثبت في كلا موردين.

[مسألة : تجوز المقاصة من غير جنس المال الثابت في ذمته]

(مسألة 55): تجوز المقاصة من غير جنس المال الثابت في ذمته، و لكن مع تعديل القيمة، فلا يجوز أخذ الزائد (3).

(3) كما تدلّ عليه صحيحة داود بن زربي المتقدمة.

[مسألة : الأظهر جواز المقاصة من الوديعة على كراهة]

(مسألة 56): الأظهر جواز المقاصة من الوديعة على كراهة (4).

(4) هذا هو المشهور، و تدلّ عليه صحيحة أبي العباس البقباق: إن شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله (عليه السلام) فذكر له ذلك «فقال: أمّا أنا فأحب أن

تأخذ و تحلف» (1).

و أما صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت له: الرجل يكون لي عليه حق فيجحدنيه، ثم يستودعني مالا، ألي أن آخذ ما لي عنده؟ «قال: لا، هذه الخيانة» (1).  
فهي و إن كانت ظاهرة في عدم الجواز إلّا أنّه لا بدّ من رفع اليد عن ظهورها و حملها على الكراهة، لصراحة صحيحة البقباق في الجواز، و لو سلّمت المعارضة بينهما فالمرجع هو إطلاق ما دلّ على جواز المقاصّة.

(1) الوسائل 17: 272/ أبواب ما يكتسب به ب 83 ح 2

مباني تكملة المنهاج، ج 41 موسوعة، ص: 57

[مسألة : لا يختصّ جواز المقاصّة بمباشرة من له الحقّ]

(مسألة 57): لا يختصّ جواز المقاصّة بمباشرة من له الحقّ، فيجوز له أن يوكل غيره فيها (1)،

(1) فإنّ فعل الوكيل فعل الموكل و منسوب إليه، فهو المقاصّ حقيقةً.

بل يجوز ذلك للولي أيضاً، فلو كان للصغير أو المجنون مال عند آخر فجحده جاز لوليّهما المقاصّة منه (2)،

(2) فإنّ كلّ فعل لا يمكن أن يقوم به المولى عليه قام به وليّه.

و على ذلك يجوز للحاكم الشرعي أن يقتصّ من أموال من يمتنع عن أداء الحقوق الشرعيّة من خمس أو زكاة.

....

عروه



الفصل التاسع عشر في المقاصّة

لا إشكال في جوازها إذا كان له حق عند غيره من عين أو دين و كان جاحداً أو مماتلاً، و تدل عليه الآيات و الأخبار.

أما الآيات: فقوله سبحانه و تعالى «1» فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدْتُمْ عَلَيْهِمْ قوله تعالى «2» فَعَاوِاْ بِمِثْلِ مَا عُوتِبْتُمْ بِهِ و

قوله تعالى «3» وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ

و أما الاخبار: «فمنها» خبر جميل بن دراج «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل

(1) سورة البقرة- آية (194)

(2) سورة النحل- آية (126)

(3) سورة البقرة- آية (194)

تكملة العروة الوثقى، ج 2، ص: 209

يكون له على الرجل الدين فيجحد فيظفر من ماله بقدر الذي جحده أو يأخذه و إن لم يعلم الجاحد

بذلك. قال: نعم.»

ومنها: صحيحتا داود بن رزين و ابن زربي قال: «في إحداهما قلت: لأبي الحسن موسى (ع) إنني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها و الدابة الفارهة يبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أن أخذه. فقال: خذ مثل ذلك و لا تزدد عليه.»

و قال في الآخر: «قلت: لأبي الحسن (ع) إنني أعامل قوما فربما أرسلوا إليّ فأخذوا مني الجارية و الدابة فذهبوا بهما مني ثم يدور لهم المال عندي فأخذ منه بقدر ما أخذوا مني. فقال: خذ منهم بقدر ما أخذوا منك و لا تزدد عليه.»

ومنها: صحيح أبي بكر «قلت له: رجل لي عليه دراهم فيجحدني و حلف عليها أ يجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن أخذ منه بقدر حقي. قال: فقال: نعم و لكن لهذا كلام.

قلت: و ما هو. قال: يقول: اللهم لم أخذه ظلما و لا خيانة و إنما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني لم أزد شيئا عليه.» و نحوها صحيحتان أخريان له و زاد في آخر إحداهما: «و إن استحلّفه على ما أخذ منه جاز أن يحلف إذا قال هذه الكلمة» إلى غير ذلك من النصوص الكثيرة التي يأتي بعضها في بعض المسائل، و تفصيل الكلام في طي مسائل.

مسألة : إذا كان الحق المطلوب عينا، فإن كان يمكن أخذه بلا مشقة



و لا ارتكاب محذور فلا يجوز المقاصة من ماله الآخر، و إن لم يمكن أخذه أصلا جاز له المقاصة من ماله الآخر إن كان من جنس ماله و إن لم يكن من جنسه جاز أن يأخذ بمقدار قيمة ماله و يجوز أن يبيعه و يأخذ ثمنه عوض ماله و يجوز أن يشتري به من جنس ماله و يأخذه و لا حاجة إلى الاستيذان من الحاكم الشرعي لإطلاق الأخبار، و لو أمكنه أخذ ماله لكن بمشقة أو ارتكاب محذور مثل الدخول في داره أو كسر قفله أو نحو ذلك فالظاهر جواز المقاصة من ماله الآخر أيضا كما يجوز له أخذ ماله، و إن استلزم الضرر على المطلوب منه إذا كان عالما بأنه ماله و مع هذا كان جاحدا أو مماطلا، و أمّا إذا لم يكن مقصرا بأن كان جاهلا بأنه ماله ففي جواز أخذه إذا استلزم الضرر و عدمه وجهان؟ من قاعدة الضرر من أنّه أنما جاء من قبل جهله و الأحوط حينئذ اختيار المقاصة، كما أنّه إذا أمكن رفع الضرر عنه بالرجوع إلى الحاكم و إثبات حقه الأحوط اختيار ذلك.

مسألة : إذا كان الحق ديناً و كان الغريم جاحداً أو مماطلا



و لو بالتأخير عند المطالبة جازت المقاصة من ماله إذا لم يمكن الاستيفاء بالمرافعة و نحوها، أو أمكن و لكن مع مشقة أو ضرر، بل و كذا مع عدمهما على الأقوى لإطلاق الأخبار، خلافا للنافع و لعلّه لدعوى انصراف الأخبار و هو ممنوع.



مسألة : لا إشكال في جواز المقاصة من غير جنس الحق



إذا لم يمكن الأخذ من جنسه، و أمّا مع إمكان الأخذ من جنس الحق بلا صعوبة ففي جواز الأخذ من غيره و عدمه قولان؟ الأحوط الثاني خصوصا في الدين.

مسألة : إذا توقف أخذ مقدار الحق على التصرف في الأزيد



فالظاهر جوازه و يكون الزائد في يده أمانة يجب ردها إلى المقتص منه و لا ضمان عليه لو تلف في يده من غير تقصير و لا تأخير في رده إليه.

مسألة : في المقاصة بغير الجنس يتخير بين أن يأخذه بدل ماله بعد التقويم



و يجوز أن يبيعه و يأخذ من ثمنه بمقدار قيمة حقه و يجوز أن يبيعه و يشتري بثمنه من جنس حقه كما أشرنا إليه سابقا.

مسألة : إذا أخذ ليقترض منه فتلّف في يده قبل أن يقتص منه



بأحد الوجوه المذكورة فلا ضمان عليه مع عدم التقصير و عدم التأخير، و كذا لا يضمن نقص قيمته كذلك، بل في ضمانه مع التقصير في التأخير أيضا إشكال نعم لو نقصت عينه مع التأخير ضمن.

مسألة : الظاهر حصول التعاض بين ما أخذه مقاصة



و بين حقه الذي عند المقتص منه أو في ذمته فتبرأ ذمته إذا كان المال دينا عليه و يملكه إذا كان عينا لأنّ المفروض أنّ المقاص يملك ما يأخذه عوض ماله فلا يبقى المعوض في ملكه و إلّا لزم الجمع بين العوض و المعوض، و لا وجه لما يظهر من المستند: من بقاء العين على ملك المقاص و منع كون ما يأخذه عوضا عن ماله بل هو أمر جوزه الشارع عقوبة. ثم منع عدم جواز الجمع بين العوض و المعوض، إذ المفروض أنّه يأخذه بعنوان العوضية من ماله لا بعنوان العقوبة - مع أنّ لازم ما ذكره جواز عتقه للمقاص إذا كان عبدا أو جارية و جواز نقله إلى الغير و لا يمكن الالتزام بذلك و أيضا لازم ما ذكره عدم براءة ذمة المقتص منه من الدين أيضا - مع أنّه صرح بسقوط حقه بعد التقاص واقعا.

مسألة : لو رجع عن جحوده أو مماطلته بعد المقاصة من ماله



فبذل المال الذي عنده أو في ذمته و أراد رد المال الذي أخذ منه فالظاهر عدم وجوب القبول على المقاص خصوصا إذا كان ما أخذه تالفا و سيما إذا كان المال دينا و اقتص من جنسه و ذلك لحصول التعاض و صيرورة المأخوذ ملكا للمقاص و الأصل بقاء ملكيته و براءة ذمته من دفع العوض إذا كان المأخوذ تالفا، و دعوى، أنّ التعاض ما دام الجحود أو المماطلة لا دليل عليها، فلا وجه لما في المستند: «من إمكان أن يقال إنّ الثابت من الأدلة ليس أزيد من جواز التصرف ما دام الجحود أو المماطلة و أنّه يستصحب حينئذ عدم جواز التصرف الثابت قبل المقاصة» إذ هو كما ترى، خصوصا

تمسكه بالاستصحاب المذكور المقطوع بانقطاعه، و من العجب أنه ذكر بعدها التعارض بين هذا الاستصحاب و بين استصحاب جواز التصرف الثابت بعد التقاص، و كذا لو عثر المقاص بعد المقاصة على ماله أو امكنه الانتزاع من المقتص منه فإنه ليس له أخذه و رد ما أخذه مقاصة أو رد بدله إذا كان تالفا لما ذكر من التعاوض.

مسألة : هل يجوز المقاصة بالوديعة قولان؟

فعن جماعة الجواز و نسب إلى أكثر المتأخرين بل الظاهر أنه المشهور، و عن جماعة من القدماء المنع بل عن الغنية عليه الإجماع، و عن الدروس و ظاهر الروضة التوقف، و الأقوى هو الأول لعموم الآيات و الأخبار المؤيدة بقاعدتي الضرر و الحرج خصوص صحيحة البقباق: «أن شهابا ماراه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس: فقلت له خذها مكان الألف التي أخذ منك، فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله (ع) فذكر ذلك له. فقال (ع): أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف». و خبر علي بن سليمان قال: «كتب إليه رجل غصب رجلا مالا أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانته أو غصبه أ يحل له حبسه عليه أم لا. فكتب (ع): نعم يحل له ذلك إن كان بقدر حقه و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي إليه إن شاء الله».

و استدلت المانعون بعمومات وجوب رد الأمانة و حرمة التصرف في مال الغير و خصوص

تكلمة العروة الوثقى، ج 2، ص: 212

خبر ابن أخ الفضل بن يسار قال: «كنت عند أبي عبد الله (ع) و دخلت امرأة و كنت أقرب القوم إليها فقالت: أسأله فقلت: بما ذا. فقالت: إن ابن أخي مات و ترك مالا في يد أخي فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعني فلي أن أخذ منه بقدر ما أتلفه من شيء، فأخبرته بذلك.

فقال (ع): قال رسول الله (ص): أد الأمانة إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك» و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله (ع): «قلت له الرجل يكون لي عليه حق فيجحدني ثم يستودعني مالا ألي أن أخذ مالي عنده. قال: هذه الخيانة.

و الجواب: إن العمومات مخصصة بأخبار المقام و مقتضى الجمع بين الخاصين من الطرفين حمل الأخيرين على الكراهة لظهورهما في المنع مع صراحة الأولين في الجواز مع احتمال حمل الأخيرين خصوصا الثاني منهما على صورة الجحود مع الحلف و إن كان يبعده التعليل بالخيانة، و مما ذكرنا من الجمع ظهر ما فيما قد يدعى من سقوط الخاصين من الطرفين بالتعارض، و كون النسبة بين العمومات من الطرفين العموم من وجه، و لا ترجيح فالمرجع أصالة عدم جواز التصرف في مال الغير و ذلك

لمنع تساقط الخاصين إذ هو فرع عدم إمكان الجمع العرفي و على فرضه نقول: إنّ عمومات الجواز أرجح، بل يمكن أن يقال: أنّها حاكمة على العمومات المانعة.

مسألة : إذا لم يكن عالما بثبوت الحق واقعا

بل كان ثبوته بمقتضى الأصول العملية مع فرض جحود الغريم إمّا لأصل الحق و إمّا لادعاء الوفاء فهل يجوز التقاّص أو يجب الترافع، اختار في المستند الأول، ولكنه مشكل لأنّ الظاهر من الأخبار صورة العلم بالحق. نعم إذا أقامت البيئة على ثبوت حقه يمكن القول بقيامها مقام العلم، و على ما ذكرنا فإذا علم علما قطعيا بثبوت حق لمورثه على شخص و ادعى هو الإيفاء جاز له المقاصة و إمّا إذا احتمل الوفاء فيشكل جوازها بل يتعين المرافعة.

مسألة : إذا ادعى على زيد و هو يقول لا أدري أنّي مديون أو لا

، فمع علمه بالحق يجوز له المقاصة كما يجوز له المرافعة و مع احتمال وفائه يشكل لما مر.

مسألة : إذا عثر على مال مشترك بين الغريم و غيره

فان أذن له الشريك في التقاّص بأخذ مقدار حقه منه جاز و إلّا فلا وجه لما في المستند من جوازه حيث قال: يجوز

تكملة العروة الوثقى، ج2، ص: 213

التقاّص من مال الغريم المشترك بينه و بين غيره و يجب عليه أداء مال الغير و إيصاله إليه للعمومات و أدلة نفي الضرر، لأنّ حرمة مال الشريك ليس بأزيد من حرمة الزائد على الحق من مال الغريم، إذ لا يخفى ما فيه و في تعليقه.

مسألة : إذا كان ثبوت الحق خلافا بين المجتهدين ليس له المقاصة

إذا كان مقلدا لمن يقول بثبوته إلّا مع العلم بأنّ الغريم أيضا مقلدا لذاك المجتهد و مع عدمه لا بد من الترافع.

مسألة : قال: في المستند إذا كان لزيد مال على عمرو

و له مال على بكر يجوز له المواطاة مع بكر و أخذ حقه منه للعمومات و يجوز لبكر إعطاؤه لأنّ جواز أخذ الغريم يستلزم ذلك و يجوز حلف بكر على البراءة و لا يخفى الاشكال فيه على إطلاقه و في تعليقه.

نعم لو علم بكر اشتغال ذمة عمرو و أنّه لا يمكن وصول حق زيد إليه إلّا بهذا الوجه يحتمل جوازه.

مسألة : إذا كان الغريم ناسيا للدين فالظاهر عدم جواز المقاصة من ماله

من غير اعلامه إذا احتمل تذكره لو ذكر لعدم صدق الجحود بمجرد النسيان، فلا وجه لما في المستند

من جوازها للعمومات إذ هي منصرفة عن هذه الصورة، نعم لو ذكره فلم يتذكر و بقي على جحوده أو علم بأنه لا يتذكر لا يبعد الجواز، لكنه أيضا مشكل لعدم صدق الجحود، و كذا الحال لو كان جاهلا بأنه مديون.

مسألة : يظهر من المستند جواز المقاصة إذا كان له حق و منعه الحياء

أو الخوف أو مصلحة أخرى عن المطالبة، و لا يخفى ما فيه من الإشكال.

مسألة : قال: في المستند لو كان الغريم غائبا و لم يعلم جحوده

أو عدم بذله يجوز التقاص من ماله الحاضر للعمومات و لإطلاق صحيحة البقباق و رواية إسحاق، بل صحيحة زرعي و عدم ثبوت الإجماع الثابت في الحاضر المقر الباذل في ذلك، و لا يخفى ما فيه.

مسألة : إذا كان الغريم مديونا بديون لا يفي ماله بجميعها

فان كان قبل حجر الحاكم له عن التصرف جاز لصاحب الحق المقاصة بتمام حقه و إن كان بعده فالظاهر عدم جوازها حتى بمقدار حقه، و إذا كان ميتا لا تفي تركته بتمام ديونه فكذلك لا يجوز حتى

تكملة العروة الوثقى، ج 2، ص: 214

بمقدار حصته لتعلق حق الغرماء بتركته، هذا مع جحود الورثة، أمّا مع عدمه فلا إشكال في عدم الجواز.

مسألة : لا يشترط في التقاص المباشرة فيجوز التوكيل فيه

، بل قال: في المستند بجوازه للغير من غير توكيل إذا علم مطالبة صاحب الحق لحقه لأنه رفع ظلم عن الغير و هو جائز بل واجب، و لا يخفى ما فيه.

مسألة : لا يجوز التقاص من مستثنيات الدين إذا لم يكن له غيرها

و أمّا إذا كان عنده ما يمكنه شراؤها فالظاهر جوازه كما اختاره في المستند قال: لأنّ المستثنى ليس عين المذكورات بل أعم منها و من أثمانها.

مسألة : إذا كان للغريم الجاحد أو المماطل عليه دين جاز أن يحتسبه

عوضا عما عليه مقاصة إذا كان بقدره و إلّا فيقدره سواء كان من جنسه أو غيره فله أن يجحد و يحلف عليه إذا ترفع معه.

مسألة : إذا تبين له بعد المقاصة أنّه كان مخطئا في دعواه وجب عليه رد ما أخذه

أورد عوضه إذا كان تالفا و عليه غرامة ما وقع من الضرر سواء كان خطأؤه في الحكم أو الموضوع كما أنّه كذلك لو تبين أنّ ما أخذه كان ملكا لغير الغريم.

مسألة : هل يجوز لأحد الفقراء المقاصة من مال من عليه الزكاة و هو جاحد

أو لا؟

الظاهر ذلك بإذن الحاكم في خصوص المورد بل على نحو العموم، و أمّا بدون إذنه فمشكل، و إن كان كل واحد من الفقراء مالكا من حيث كونه فردا للنوع، و كذا إذا أوصى بشيء للفقراء و كان الوارث أو الوصي جاحدا أو مماطلا، و كذا في الوقف بالنسبة إلى جحود المتولي أو مماطلته، و اختار في المستند جوازها و لو من غير إذن الحاكم قال: الحق الذي يجوز تقاضه أعم من أن يكون ذو الحق معينا واحدا أو أحد الأفراد، فلو أوصى أحد بشيء لواحد من أولاد زيد يجوز لأحدهم مقاضته بعد الجحود أو المماطلة لصدق كون حقه عليه لأن ذلك أيضا نوع حق، و على هذا فيجوز للفقير تقاض الزكاة و الخمس و المظالم من الغني المماطل.

مسألة : لا تتحقق المقاصة بدون الأخذ و التسلط على مال الغريم

فلا يجوز تملك

تكملة العروة الوثقى، ج2، ص: 215

داره أو عبده أو أمته مع كونها بعد في يده فلا تتحقق بمجرد النية. نعم لو كان ماله في يد شخص لا يبعد جواز بيعه عليه بعنوان المقاصة عن حقه الذي عليه و إن كان لا يخلو عن إشكال لأنه لم يصير ملكا له إلّا بعد المقاصة، و لا بيع إلّا في ملك.

مسألة : إذا كان صاحب الحق مديونا لشخص يجوز له أن يؤكّله في أخذ حقه

من الغريم الجاحد مقاصة ثم يملكه عوضا عن طلبه، و هل يجوز أن يأذن له في استيفاء دينه منه بأن يتملك ماله لنفسه بعنوان المقاصة لصاحب الحق، فيه إشكال لأنه لا يصير وفاء لدينه إلّا بعد تملكه فلا بد من حصول الملك له أولا ثم وفاء الدين به، و لا يمكن أن يكون الفعل الواحد تمليكا لشخصين على الترتيب و لا بد من التأمل.

مسألة : قد عرفت أنّ العين المغصوبة المجحودة تصير بعد التقاض من مال الغاصب

ملكاً للمقتض منه بمقتضى العوضية، فهل يجوز بعد ذلك للغاصب التصرف فيها أو يبقى على الحرمة، الظاهر الجواز ما لم يطالب المالك استردادها فيكون أثما في طريق التملك، و المسألة محتاجة إلى التأمل.

مسألة : مقتضى إطلاق الأخبار عدم وجوب اعلام المقتض منه بفراغ ذمته

من الدين أو بخروجه من ضمان العين و حرمة التصرف فيها.

مسألة : الحق المقتض عنه كما يجوز أن يكون عينا أو دينا

كذلك يجوز أن يكون منفعة كما إذا غصب منفعة داره و كان جاحدا أو مماطلا، بل يمكن أن يكون حقا ماليا كحق التحجير و المقتض به أيضا يمكن أن يكون منفعة و لو كان المقتض عنه عينا.

مسألة : لا يجوز الاقتصاص من ماله الذي تعلق به حق الغير



كالعين المرهونة للغير و التي تعلق بها النذر و نحوه.

مسألة : إذا غصبه العين التي له فيها حق الرهن يجوز له أن يأخذ من ماله

بدل رهنه ما يجعله وثيقة دينه.

مسألة : يجوز للحاكم الشرعي من باب الولاية الشرعية الاقتصاص



من مال من عنده و لو في ذمته الزكاة أو الخمس أو المظالم مع جحوده أو مماطلته إذا لم يمكن له إجباره على الأداء.

تكملة العروة الوثقى، ج2، ص: 216

مسألة : إذا غصب العين الموقوفة يجوز المقاصة من ماله بدلها

إذا لم يمكن الاسترجاع أبدا و إلّا فيقتص من ماله عن منافعها ما دامت مغصوبة.

مسألة : إنّما يجوز التقاص من ماله إذا لم يحلفه الحاكم الشرعي



و إلّا فلا يجوز كما مر سابقا، و ما في خبر الحضرمي من الجواز إذا حلف بعد جحوده فممنزل على الحلف من عنده أو باستحلاف المدعي من دون تحليف الحاكم الشرعي.

مسألة : مقتضى إطلاق الأخبار الكثيرة عدم وجوب ما تضمنته اخبار الحضرمي



من الدعاء عند إرادة التقاص كما هو المشهور فحملوها على الاستحباب لكن عن النافع و الآبي و الإيضاح وجوبه، و الأقوى هو الاستحباب حملا لها عليه و يمكن أن يكون المراد منها كون قصده الأخذ بعوض ماله و بعنوان المقاصة لا بعنوان الخيانة و لا وجوب التلفظ بذلك، فلو لم يكن ملتفتا إلى التقاص أو لم يكن عالما بجوازه و أخذ من غير قصد العوضية لم يجز و لم يملك.

مسألة : إذا كان الحق مشتركا بينه و بين غيره فهل يجوز له أن يأخذ



من مال الغريم بمقدار حصته و يملكها أو لا؟ الظاهر ذلك إذا كان الحق عينا لأنّه بمنزلة بيع حصته بهذا المأخوذ، بل و كذا إذا كان دينا و كان المأخوذ من غير جنسه لأنّه أيضا بمنزلة البيع و أمّا إذا كان المأخوذ من جنسه فيمكن أن يقال: بأن أخذه من باب الوفاء بأن يكون الاذن في التقاص من باب سقوط حق التعيين و كون أمره بيد المديون، بل يحتمل ذلك في صورة كونه من غير الجنس أيضا بأن يكون من باب الوفاء بغير الجنس، و حينئذ فيكون كما إذا وفاه المديون في كون المأخوذ مشتركا بناء على أنّ الدين المشترك إذا أخذ أحد الشريكين مقدار حصته يشترك فيه الشريك الآخر و لم أر من تعرض للمسألة.

مسألة : قد عرفت عدم الحاجة إلى إذن الحاكم في التقاص في الماليات



، و أمّا القصاص فهل يحتاج إلى إذنه أولاً؟ قولان، فعن الخلاف و موضع من المبسوط الاحتياج إليه و عدم جواز استقلال الولي به و هو المحكي عن المقنعة و المذهب و الكافي و الفاضل في القواعد و عن الغنية نفي الخلاف فيه و عن الخلاف الإجماع عليه، و عن جماعة عدم الحاجة إليه حكي عن موضع آخر من المبسوط، و نسبه في المسالك إلى الأكثر، و في الرياض

تكملة العروة الوثقى، ج2، ص: 217

إلى أكثر المتأخرين بل عامتهم، و هو الأقوى للأصل و العمومات مثل قوله عز من قائل «**1**» **فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**.. إلخ و قوله تعالى «**2**» **وَإِنْ عَاقَبْتُمْ**.. إلخ و عموم الأخبار الدالة على جواز الاقتصاص الولي و عدم الدليل على القول الأول إلّا دعوى الإجماع الموهون بظهور الخلاف مضافاً إلى عدم حجتيه و القياس على الحدود الذي لا يجوز العمل به و احتياج إثبات القصاص و كفياته إلى الاجتهاد لاختلاف الناس في شرائطه مع الخطر في أمر الدماء.

«و فيه» أنّ محل الكلام صورة تيقن كون الحكم هو القصاص مع معلومية كفياته، و ربما يستدل أو يؤيد بمفهوم قوله (ع): «من قتله القصاص بأمر الإمام (ع) فلا دية له في قتل و لا في جراحة». «و فيه» عدم حجية مفهوم الوصف - مع أنّ مقتضاه ثبوت الدية إذا لم يكن بإذن الإمام (ع) و لا يقولون به، و أيضاً الظاهر أنّ المراد من الخبر صورة الانجرار إلى القتل أو الجرح خطأ و الظاهر ثبوت الدية حينئذ من بيت المال إذا كان بأمر الإمام (ع) أيضاً فيحمل على أنّه لا دية له على القاتل و الجارح إذا كان بأمر الإمام (ع)، بخلاف ما إذا كان الخطأ من دون أمر الإمام (ع) فإنّه تثبت الدية عليه فتأمل، و كيف كان فالأقوى عدم الحاجة إلى الاذن و إن كان هو الأحوط خصوصاً في قصاص الأطراف، ثم على القول الأول لو ترك الاستيذان لم يترتب عليه قصاص و لا دية لأنّه استوفى حقه غاية الأمر ثبوت التعزير بناء على ثبوته في ترك كل واجب و إتيان كل محرم. نعم لو كان الأولياء جماعة هل يجوز لكل منهم الاستقلال بالاستيفاء أو لا يجوز إلّا بإذن الباقيين قولان؟ فعن جماعة عدم جوازه إلّا بإذن الجميع أو بتوكيل خارج عنهم، و عن غاية المرام نسبته إلى المشهور، و عن جماعة أخرى أنّه يجوز لكل منهم المبادرة من دون إذن البقية لكنه يضمن حصته من لم يأذن، و الأقوى هو الأول لأنّه مقتضى اشتراك جماعة في حق واحد - مع أنّه لو كان لكل منهم الاستقلال لم يكن وجه لضمان حصص الباقيين، بخلافه على الأول لأنّه حينئذ فوت حق البقية فيكون ضامناً، و دعوى، كونه مستحقاً للقصاص لو أثم و بادر كما حكي احتمالاً عن الفاضل و غيره لأنّه استوفى أكثر من حقه فيكون عادياً فيترتب عليه القصاص كالأجنبي

في قتله الذي لا إشكال في استحقاقه القصاص، مدفوعة، بالمنع إذا القدر المعلوم هو الإثم في ترك الاستيذان لا اشتراطه في ثبوت الحق حتى يكون كالأجنبي القاتل لمن عليه القصاص.

مسألة : الدية من الحقوق المالية فيجري فيها التقاص مع الجحود

أو المماثلة من غير حاجة إلى إذن الحاكم الشرعي و أما الحدود فلا إشكال في كون إجراءاتها من وظيفة الحاكم الشرعي و كذا التعزيرات. نعم التأديب بالضرب و نحوه من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر لا يحتاج إلى الاذن، و كذا تأديب الآباء للأطفال و كذا المعلم. نعم يشترط فيه الاستيذان من آبائهم و مع عدمهم فمن الحاكم الشرعي.

مباني تحرير

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 391

[الفصل الثاني في المقاصة]

الفصل الثاني في المقاصة

[مسألة لا إشكال في عدم جواز المقاصة]

مسألة 1 لا إشكال في عدم جواز المقاصة (1)

(1) لا ريب في أن مقتضى القواعد عدم جواز التصرف في مال الغير ما لم يأذن بالتصرف فيه. و يدلّ عليه مضافاً إلى كونه إجمالاً من ضروريات الدين أخبار كثيرة: منها: صحيحة أبي أسامة زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم وقف بمنى حتى قضى مناسكها في حجة الوداع. إلى أن قال ألا من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها؛ فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيبة نفسه «1»

؛ فإنه كالصریح في اعتبار طيب نفس المالك في حلية التصرف في ماله؛ فإذا لم تطب نفسه بذلك

(1) وسائل الشريعة 29، 10، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب 1، الحديث 3.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 392

.....

فلا يجوز حبس المال عنه و عدم أدائه إليه.

و منها: موثقة أبي بصير عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، و أكل لحمه معصية، و حرمة ماله كحرمة دمه «1»

، فقد جعل حرمة مال المؤمن عدلاً لحرمة دمه في مرتبة الحرمة؛ فكما لا يجوز التعرض لهتك دمه فكذلك لا يجوز أي تصرف في ماله.

و منها: خبر أبي الحسين الأسدي أنه كان فيما ورد في جواب مسأله عن صاحب العصر عجل الله تعالى فرجه الشريف على الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري

فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحل ذلك في مالنا؟! «2».

إلى غير ذلك من الأخبار.

فالمستفاد منها عدم جواز التصرف في مال المسلمين بغير إذنه، و هو قاعدة عقلانية أمضاها الشارع بأمثال هذه الروايات. فأخذ مال الغير عوضاً عما في ذمته أو عوضاً عما عنده من الأعيان تصرف في مال الغير، و هو غير جائز إلّا بطيب نفسه. و مفهومه العرفي: أنه لا يملك ما أخذه من أموال الناس بغير إذنه، و لا يؤثر أخذه في إخراج الأموال عن ملك الغير و إدخالها في ملكه.

(1) وسائل الشيعة 12: 297، كتاب الحج، أبواب العشرة، الباب 158، الحديث 3.

(2) وسائل الشيعة 9: 540، كتاب الخمس، أبواب الأنفال، الباب 3، الحديث 7.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 393

مع عدم جحد الطرف و لا مماطلته (2) و أدائه عند مطالبته، كما لا إشكال في جوازها إذا كان له حق على غيره (3)

فلا مجال لأن يقال: إن الأخذ يوجب خروجها عن ملكهم و دخولها في ملكه، فلا يكون التصرف بعده إلّا تصرفاً في ملك نفسه لا في مال غيره، هذا.

مضافاً إلى أن العقلاء يرون تعيين المالك لما في ذمته في عين خاصة حقاً للمالك، فإذا اختار الدائن مثلاً عيناً لذلك و لم يأذن بها المالك فلا يتعين ما في الذمة فيها، بل هي باقية على ملك مالکها لا يجوز التصرف فيها، و هكذا الكلام في تعيين شيء عوضاً عما عنده من العين.

(2) لأن أدلة جواز التقاص لا تشمل ما إذا يؤدي المديون ما عليه عند المطالبة، و لا ما يسامح في العمل بوظيفته، و قد عرفت أن مقتضى القواعد أن لا يجوز التصرف في مال الغير إلّا بإذنه.

(3) تحقيق المقال هنا: أن مقتضى القاعدة و إن كان عدم جواز التصرف في مال الغير من دون إذنه كما عرفت إلّا أنه قد دلت أخبار كثيرة مفتى بها على جواز التصرف في مال الغير مقاصّة، و بها نخرج عن

القاعدة الأولى و نخصص عمومات عدم الجواز؛ فلا بدّ من التعرّض لها و لما قد يعارضها، ثمّ التعرّض لحدود مفادها:

**فمن هذه الأخبار:** ما في ذيل موثقة بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: إنّ رجلاً أوصى إليّ، فسألته أن يشرك معي ذا

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 394

.....

قربة له ففعل، و ذكر الذي أوصى إليّ أنّ له قبل الذي أشركه في الوصية خمسين (خمسائة يه) و مائة درهم عنده و رهنًا بها جاماً من فضة، فلمّا هلك الرجل أنشأ الوصي يدّعي أنّ له قبله أكرار حنطة؟ قال إن أقام البيّنة، و إلّا فلا شيء له، قلت له: أ يحلّ له أن يأخذ ممّا في يديه شيئاً؟ قال لا يحلّ له، قلت: أ رأيت لو أنّ رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أ كان ذلك له؟ قال إنّ هذا ليس مثل هذا «1».

بيان الدلالة: أنّه عليه السلام لمّا منع أحد الوصيين عن أخذ ما يزعمه أنّه له على الميّت من مال الميّت، سأل الراوي و قايسه مع ما ذكره بقوله: «لو أنّ رجلاً». إلى آخره، و هو عليه السلام أجاب بأنّ بينهما فرقاً؛ فبدلّ جوابه عليه السلام على أنّ القاعدة الكلّية المذكورة في كلام بريد حقّ، إلّا أنّها غير مورد السؤال.

و فرقهما: أنّ بريداً في مورد السؤال كان مكلفاً بحفظ أموال الموصي، فليس له أن يأذن لشريكه في الوصية أن يأخذ منها شيئاً إلّا بعد أن يثبته بالحجّة المعتبرة. و هذا بخلاف ما إذا لم يكن في البين إلّا ما ذكره السائل نفسه في كلامه؛ فللرجل الذي عدا عليه غيره و أخذ ماله أن يأخذ من مال المتعدّي ما أخذ إذا قدر عليه.

فالموثقة قد تضمّنت ذكر قاعدة كلّية، هي: جواز أخذ من عدا عليه غيره و أخذ ماله من مال ذلك العادي إذا قدر عليه.

نعم، من استعمال لفظة: «فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ» يفهم

(1) وسائل الشيعة 19: 428، كتاب الوصايا، الباب 93 الحديث 1.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 395

.....

أَنَّ الآخذ العادي لم يكن بصدد أداء ما أخذه حتّى أنّه إذا قدر على ماله يقوم بصدد استيفاء حقّه و ماله، و من سائر الجهات الأخر، فالقاعدة عامّة.

**و منها:** صحيحة داود بن زربي قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنّي أعامل قومًا، فربّما أرسلوا إليّ فأخذوا منّي الجارية و الدابة، فذهبوا بها منّي ثمّ يدور لهم المال عندي، فأخذ منه بقدر ما أخذوا منّي؟ فقال خذ منهم بقدر ما أخذوا منك، و لا تزد عليه «1»

، كذا رواه في «الفقيه» «2». و روى نحوه الشيخ، إلّا أنّه قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إنّي أخالط السلطان. الحديث «3».

و موردها كما ترى غصب عين الجارية أو الدابة و الامتناع من أدائها اعتماداً على القدرة، فحكم عليه السلام بجواز أن يؤخذ من مطلق ما يقع من أموالهم بيد المغصوب منه، بشرط أن يكون بقدر ما أخذوا منه، و لا يزد عليه.

و حملها على أنّها إذن من ولي الأمر في الأخذ، و ليس بحكم شرعي كلّّي إلهي، خلاف الظاهر، بل هي كسائر الأخبار المتضمّنة للسؤالات المفروضة في موارد شخصية ظاهرة بحسب الجواب في أنّها حكم كلّّي، بلا إشكال.

(1) وسائل الشيعة 17: 272، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 1.

(2) الفقيه 3: 489 / 115.

(3) تهذيب الأحكام 6: 347 / 978.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 396

.....

فهي و إن فارقت موثقة بريد السابقة في أنّ مورد السؤال فيها أمر جزئي بخلاف مورد كلام بريد؛ فإنّه قانون كلّّي إلّا أنّهما مشتركتان في أنّ ما أفاده المعصوم عليه السلام فيهما قاعدة كلّية.

نعم، هذه الصحيحة مختصة بحسب المورد بغصب الأعيان الشخصية، و الموثقة عامّة لها و لما كان عليه دين كلّّي، كما لا يخفى. بل يمكن أن يقال إنّ إطلاقها يعمّ ما إذا علم بعد الغصب بموت الجارية و ذبح الدابة أو موتها، و هو موجب لاشتغال ذمتهم بالقيمة التي هي كلّّي في الذمة.

**و منها:** خبر جميل بن درّاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين، فيجحده، فيظفر من ماله بقدر الذي جحده، أ يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال

نعم «1»

، و مورده الدين المجحود، و إلّا فهو من سائر الجهات مثل سابقه. و احتمال أن يكون من باب إذن

ولي الأمر فيه أضعف؛ لكون مفروض السؤال أمراً كلياً عاماً.

**ومنها:** خبر إسحاق بن إبراهيم: إن موسى بن عبد الملك كتب إلى أبي جعفر عليه السلام يسأله عن رجل دفع إليه رجل مالاً ليصرفه في بعض وجوه البر، فلم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به، وقد كان له عليه مال بقدر هذا المال، فسأل: هل يجوز لي أن أقبض مالي أو أردّه عليه؟ فكتب

أقبض مالك ممّا في يدك «2»

، و مورده و إن كان ما إذا كان عليه دين، إلّا أنّه

(1) وسائل الشيعة 17: 275، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 10.

(2) وسائل الشيعة 17: 275، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 8.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 397

.....

عامّ من سائر الجهات؛ حتّى أنّه يعمّ ظاهراً ما إذا لم يجحد و لم يماطل في الأداء. اللهمّ إلّا أن يقال بانصرافه عنه، لكنّه على أيّ حال ضعيف بمجهولية إسحاق بن إبراهيم.

**ومنها:** ما رواه المشايخ الثلاثة قدس سرهم في المعبر عن أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال، فجحده إيّاه و ذهب به (منه خ. يه) ثمّ صار بعد ذلك (منه خ. يه) للرجل الذي ذهب بماله مال قبله (مثله خ. يه) أ يأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه (ذلك الرجل خ، كا، يب)؟ قال

نعم، (و لكن لهذا كلام خ. يب. كا) يقول: اللهمّ إنّي (إنّما خ. يه) أخذ هذا المال مكان مالي الذي أخذه منّي (و إنّي لم أخذ الذي أخذته خيانة و لا ظلماً خ. كا، يب) «1»

، و مورد المعبرة كما ترى ما إذا كان له على الآخر مال و كان هو جاحداً، و هي من سائر الجهات مطلقة، بناءً على نسختي «الكافي» و «التهذيب». نعم، بناءً على نسخة «الفقيه» و نقل: «مثله» مكان «قبله» يكون موردها ما إذا كان مال المديون من جنس مال الدائن و مثلاً له، و لا تعمّ ما إذا كان مال الدائن الذي صار عند دائنه من غير جنس ما عليه.

و أمّا ما تضمّنته من قول

اللهمّ إنّي.

إلى آخره، فبقريئة خلوّ

(1) الكافي 5: 98/3، الفقيه 3: 114/485، تهذيب الأحكام 6: 197/439، وسائل الشيعة 17: 274، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 5.

.....

سائر الأخبار الواردة في كيفية المقاصة عن مثله، فلا محالة ليس شرطاً فيها؛ فإن كان ولا بدّ فهو محمول على الاستحباب.

و يحتمل أن يراد منه: أنّه إنّما يجوز أخذ مال ذلك الغير المديون إذا كان أخذه بعنوان المقاصة و عوضاً عن ماله الذي جحده، لا من باب عدم المبالاة بالتصرّف في مال الغير و أكل مال الغير، كما كان ذلك الغير الذي جحد دينه غير مبال بالتصرّف في مال الناس.

و هذا الاحتمال قوي؛ خصوصاً بناءً على نسخة «الفقيه» الخالية عن جملة  
و لكن لهذا كلام

؛ فإنّ قوله عليه السلام في مقام الجواب

نعم، يقول: اللهمّ إنّني إنّما أخذ هذا المال مكان مالي الذي أخذه منّي  
لا يبعد أن يستظهر منه ما ذكرناه، كما يظهر بالتدبّر.

ثمّ إنّ هذه الأخبار الخمسة كما ترى مطلقة تعمّ ما إذا حلف الجاحد أم اكتفى بمجرد الجحود، كما أنّها تعمّ ما إذا كان المال الذي يراد منه المقاصة وديعة أو غيرها.

و نحوها ما رواه في «قرب الإسناد» عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن الرجل الجحود أ يحلّ أن أجحده مثل ما جحد؟ قال

نعم، و لا تزدد «1».

و نحوها أيضاً ما عن كتاب علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته

(1) وسائل الشيعة 17: 276، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 13.

.....

عن رجل كان له على آخر دراهم فجحده، ثمّ وقعت للجاحد مثلها عند المجحود، أ يحلّ له أن يجحده مثل ما جحد؟ قال

نعم، و لا يزدد «1».

و نحوها أيضاً خبر أبي بكر الأريني قال: كتبت إلى العبد الصالح عليه السلام: إنّ كان لي على رجل



دراهم، فجحدني فوقعت له عندي دراهم فاقتصر من تحت يدي، ما لي عليه؟ وإن استحللني حلفت أن ليس له علي شيء؟ قال

نعم، فاقبض من تحت يدك وإن استحللوك فاحلف له أنه ليس له عليك شيء «2».

**و منها:** ما رواه الشيخ في المعتبر عن أبي بكر الحضرمي قال: قلت له: رجل لي عليه دراهم، فجحدني وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقي؟ قال: فقال نعم، ولكن لهذا كلام

، قلت: وما هو؟ قال

تقول: اللهم إني لا آخذه (لم آخذه لن آخذه خ. ل) ظلماً ولا خيانة، وإنما أخذته مكان مالي الذي آخذ مني لم أزد عليه شيئاً «3».

وهو كما ترى وارد فيما إذا حلف الجاحد، وإن لم يصرح فيه بكون حلفه هل كان عند الحاكم وفي مقام القضاء أم هو حلف عادي ربما يتعارف الاستحلاف والحلف به عند الناس أنفسهم، فهو بإطلاقه يعم كلا القسمين، وقد أذن عليه السلام وحكم بجواز المقاصة مع الحلف مطلقاً أيضاً، فإن تجوز إذا لم

(1) وسائل الشريعة 23: 287، كتاب الأيمان، الباب 48، الحديث 4.

(2) وسائل الشريعة 23: 285، كتاب الأيمان، الباب 47، الحديث 1.

(3) وسائل الشريعة 17: 273، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 4.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 400

.....

يحلف وإنما اقتصر على مجرد الجحود فبطريق أولى.

ثم إن المعتبرة مطلقة من جهة الوديعة وغيرها، كما لا يخفى.

**و منها:** صحيحة أبي العباس البقباق: إن شهاباً ما رآه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف «1».

و موردها كما ترى الوديعة؛ فقد حكم عليه السلام بجواز أخذها مكان الدراهم التي له عليه أو عنده، فهي واردة في مورد التقاص من الوديعة، ومطلقة من حيث الجحود أو الإقرار والإبراء عن الأداء، ومن حيث بقاء المال بعينه عنده أو إتلافه وكون عوضه عليه، ومن حيث ضم الحلف إلى الجحود إذا

جحد و عدمه؛ فإنّ تمام الموضوع فيها أن يذهب بدراهمه، الظاهر في أن يكون بصدد أكل دراهمه و عدم أدائها، و هي مطلقة من الجهات الأخر.

**و منها:** خبر علي بن سليمان قال: كتبت إليه: رجل غصب مائلاً أو جارية، ثمّ وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل خيانة أو غصب (مثل ما خانته أو غصبه خ. ل) أ يحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب نعم، يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه

(1) وسائل الشيعة 17: 272، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 2.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 401

.....

و يسلم الباقي إليه إن شاء الله «1».

و هو أيضاً صريح في الشمول لمورد المقاصّة من الوديعة، و إن كان مطلقاً من سائر الجهات الأخر. فإذا جاز المقاصّة من مال الوديعة التي أكّد الشارع فيها الأمر بأدائها إلى من ائتمنه عليها، فلاّن يجوز المقاصّة من سائر أمواله بطريق أولى.

فهذه الأخبار الأحد عشر يستفاد منها و من انضمام بعضها إلى بعض، قاعدة كلّية، و هي: جواز المقاصّة من مال الغير بلا إذن منه؛ سواء كان جاحداً أم مقرأً مماتلاً، و سواء كان حالفاً على جحده أم اقتصر على مجرد الجحود، و سواء كان عين مال المقاصّ باقية أم تالفة، و سواء كان غاصباً أم مستقرضاً أو متلفاً لما يستعقب ضمانه، إلى غير ذلك.

بل لا يبعد دعوى: أنّ العقلاء أيضاً لا يرون لمال الجاحد أو المماطل الذي بحكمه حرمة، و لا يوجبون على المالك المجحود أن يصبر على جحوده، بل يجوزون له الأخذ من مال الجاحد أو المماطل إجمالاً.

فالحاصل: أنّ هذه الأخبار الأحد عشر دليل خاصّ معتبر على خلاف إطلاق الأدلّة الدالّة على القاعدة الأولى، و يجب أن نخرج بها عن عموم القاعدة إن لم يكن لها معارض معتبر. و لا دليل على المنع بقول مطلق بحيث يمنع عن التقاصّ مطلقاً؛ فإنّ ما

(1) وسائل الشيعة 17: 275، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 9.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 402

.....

قد يتوهم دلالة صحيح الحسين بن المختار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه قد اختان شيئاً، إله أن يأخذ منه مثل الذي أخذ من غير أن يبين له؟ فقال شوه، إنما اشتركا بأمانة الله، وإنّي لأحبّ له إن رأى شيئاً من ذلك أن يستر عليه، و ما أحبّ أن يأخذ منه شيئاً بغير علمه «1».

لكنّه مضافاً إلى اختصاصه بمورد الشركة التجارية، أو مطلق الموارد التي يكون الشخص الدائن أميناً على مال المديون، بناءً على ان فهم هذا المعنى الكلّي من قوله عليه السلام إنّما اشتركا بأمانة الله

، و لا يشمل مطلق الموارد الذي ذهب بمال أحد و يريد التقاصّ من مال الذهاب، فمضافاً إلى ذلك ليس بنفسه ظاهراً في الوجوب؛ فإنّه إنّما دلّ على أنّه عليه السلام إنّما يحبّ أن لا يأخذ شيئاً بغير علمه، بل على أنّه يحبّ أن يستر عليه خيائته و لا يطالبه جهراً و إظهاراً عليه أنّه قد اختان، فهو متضمّن لأمر أخلاقي من كرامات الإنسان المسلم، و لو فرض له ظهورٌ ما في الوجوب بدعوى: أنّ إظهار حبه عليه السلام بشيء حجة على الوجوب ما لم يظهر خلافه، فلا ريب في أنّ الأخبار العشرة الماضية حجة على الجواز و قرينة على أن لا يريد بحبه وجوبه.

نعم، هنا طائفتان من الأخبار تدلّان بأنفسهما على المنع و التحريم في موردين خاصين:

(1) وسائل الشيعة 19: 11، كتاب الشركة، الباب 5، الحديث 1.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 403

.....

**فالتائفة الأولى:** ما يكون ظاهرها المنع عن التقاصّ إذا كان المال الذي يراد التقاصّ منه وديعة عنده: ففي صحيحة معاوية بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له: الرجل يكون لي عليه حقّ فيجحدنيه، ثمّ يستودعني مالاً، ألي أن آخذ مالي عنده؟ قال لا، هذه الخيانة «1».

و في خبر ابن أخي الفضيل بن يسار قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام و دخلت امرأة و كنت أقرب القوم إليها، فقالت لي: أسأله، فقلت: عمّا ذا؟ فقالت: إنّ ابني مات و ترك مالاً كان في يد أخي، فأتلفه ثمّ أفاد مالاً فأودعني، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك، فقال لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، و لا تخن من خانك «2».

فالحديثان كما ترى قد وردا في مورد التقاصّ من الوديعة، و قد منعنا عنه و عدّاه خيانة، هذا.

و لو كنّا و هذين الخبرين لقيّدنا بهما إطلاقات الباب على ما هو مقتضى الجمع بين المطلق و المقيدّ و منعنا عن التقاصّ من الوديعة، كما نقل القول بالمنع عن «النهاية» و «الغنية» و الكيدري و القاضي، بل عن «الغنية»

(1) وسائل الشريعة 17: 275، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 11.

(2) وسائل الشريعة 17: 273، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 3.

مباني تحرير الوسيلة – القضاء و الشهادات، ص: 404

.....

الإجماع عليه، و نسبه المجلسي في «روضة المتّقين» إلى المشهور بين القدماء «1». لكنك قد عرفت ورود صحيحة البقباق و خبر علي بن سليمان بجواز المقاصة من خصوص الوديعة، و هما قريتان على إرادة الكراهة من المنع الوارد في صحيحة معاوية و خبر ابن أخي الفضيل، و هو الذي جعله في «الشرائع» أشبه، و نسبه «الجواهر» إلى أكثر المتأخّرين، و قال في «روضة المتّقين»: و المشهور بين المتأخّرين الكراهة.

لا يقال إنّ حمل الدليل الظاهر في الحرمة على الكراهة بقرينة الدليل الصريح في الجواز أمر واضح يعرفه كلّ أحد؛ و عليه فذهاب المشهور من القدماء إلى الحرمة هنا دليل على إعراضهم عن صحيحة البقباق، و الإعراض يسقطها عن الحجّية؛ فلا تقوم قرينة على إرادة الكراهة. و مثلها خبر علي بن سليمان، مضافاً إلى أنّه غير معتبر السند بنفسه.

لأنّا نقول: لعلّ وجه ذهابهم إلى الحرمة: أنّه عليه السلام عبّر في صحيحة البقباق عن الجواز بقوله **أما أنا فأحبّ أن تأخذ و تحلف**

؛ فإنّ إظهار حبه بأخذ الوديعة من باب التقاصّ ربّما ينافي كراهيته؛ فيتعارض هذه الصحيحة و صحيحة ابن عمّار و يرجع إلى عموم مثل قوله صلى الله عليه و آله و سلم **ألا من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها «2»**.

فليس قولهم بالحرمة

(1) روضة المتّقين 6: 530.

(2) وسائل الشريعة 29: 10، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب 1، الحديث 3.

مباني تحرير الوسيلة – القضاء و الشهادات، ص: 405

.....

شاهداً على إعراضهم عن صحيحة البقباق.

و حينئذ نقول في صحيحة البقباق: لما كان قد اعتقد شهاب عقيدة ارتكزت على الحرمة و أبى عن أخذ الوديعه مكان ماله، مع أن البقباق قال له بجوازه، و مثله لا يقول به إلّا عن علم، فلعلّه لتبيين حكم الجواز حقّ بيانه عبّر هو عليه السلام بقوله

أما أنا فأحبّ أن تأخذ و تحلف

، يعني: ليس الأمر كما زعمت و اعتقدت شديداً من الحرمة، بل الحكم الإلهي هو الجواز، فأحبّ أن تعمل بهذا الجواز لتتكسر سورة عقيدتك على الحرمة.

و بالجملة: فهذا الوجه فيها محتمل، و معه فلا تعارض، بل تكون الصحيحة قرينة إرادة الكراهة في المنع المذكور في صحيحة معاوية بن عمّار و خبر ابن أخي الفضيل بن يسار.

و منه تعرف: أن الحقّ ما أفاده دام ظلّه في المسألة التاسعة من أن الأقوى جواز المقاصّة من المال الذي جعل عنده وديعة على كراهية، و الأحوط عدم الجواز.

هذا تمام الكلام في الطائفة الأولى.

**الطائفة الثانية:** ما تدلّ بنفسها على المنع من التقاصّ إذا حلف من عليه المال و هي عدّة من الأخبار:

منها: صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال، فكابرني عليه و حلف، ثمّ وقع له عندي مال آخذه (فآخذه) لمكان مالي الذي أخذه و أجحده و أحلف عليه كما صنع؟ قال

إن

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 406

.....

خانك فلا تخنه، و لا تدخل فيما عبته عليه «1»

، فموردها كما ترى وقوع المكابرة أي المنازعة بينهما و حلف من عنده المال على النفي. و قد عدّ هو عليه السلام أخذ ماله مكان ما أخذه خيانة و نهى عنه، و هو مخالف لما مرّ من الأخبار. و حيث إنّ النسبة عموم و خصوص مطلق فيخصّص بها عموم تلك الأخبار.

و لكنّ الحقّ: أن محطّ نظره عليه السلام في المنع ليس إلى جهة حلفه؛ فإنّه عليه السلام أجاب السائل بقوله

إن خانك فلا تخنه

، و واضح: أن قوام خيانة من ذهب بماله و أخذه إنما هو بمجرد أخذ ماله بغير رضاه، و لا دخل لحلفه على النفي في تحقق معنى الخيانة أصلاً.

و حينئذ: فمال جوابه عليه السلام إلى المنع عن أخذ ماله لمكان ما أخذه، و أن التقاصّ خيانة، فيكون الصحيحة دالة على عدم جواز التقاصّ بقول مطلق، و إذا وضعت جنب الأخبار الصريحة في جوازه يحمل النهي الوارد فيها على الكراهة، نظير ما عرفت في قوله عليه السلام في صحيح الحسين بن المختار

و ما أحبّ أن يأخذ منه شيئاً بغير علمه «1».

و بالجملة: فعدّ هذه الصحيحة من مطلقات المنع أصحّ و أولى.

و منها: خبر خضر النخعي الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده قال:

---

(1) وسائل الشيعة 17: 274، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 7.

و منها: خبر خضر النخعي الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده قال:

---

(1) وسائل الشيعة 17: 274، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب 83، الحديث 7.

(1) وسائل الشيعة 19: 11، كتاب الشركة، الباب 5، الحديث 1.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 407

.....

---

إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، و إن تركه و لم يستحلفه فهو على حقّه «1».

قال في «الوسائل»: و رواه الصدوق، و زاد

و إن احتسبه فليس له أن يأخذ منه شيئاً.

و هو كما ترى ظاهر في أنّ صاحب الحقّ إذا طلب ممّن عليه حقّه أن يحلف فحلف على نفي حقّه، فليس له أن يأخذ شيئاً، و هو ظاهر في انتفاء حقّه بالاستحلاف و الحلف؛ خصوصاً بقريّة جعله مقابلاً لقوله

و إن تركه و لم يستحلفه فهو على حقّه

، فأفاد عليه السلام: أنّه في صورة الترك يكون على حقّه. فالمقصود من قوله

فليس له أن يأخذ شيئاً

: أنه ليس على حقّه حتى يجوز له أن يأخذ شيئاً، فهذا من آثار الاستحلاف، و الحلف عقيبه.  
ثمّ الحلف بنفسه و إن كان عامّاً يشمل ما وقع منه في مجلس القضاء و ما يقع بين الناس أنفسهم، و  
هكذا مفهوم الاستحلاف يعمّ ما كان في مجلس القضاء و غيره، إلّا أنّه لا يبعد دعوى انصراف لفظة  
«الاستحلاف» إلى خصوص ما كان في مجلس القضاء، و يتبعه الحلف لا محالة، و إن شكّ في صحّة  
هذه الدعوى ابتداءً فلا بعد في التصديق لها مع ملاحظة سائر الأخبار الآتية، و إلّا فهذا الخبر بنفسه  
ضعيف السند.

(1) وسائل الشريعة 27: 246، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب 10، الحديث 1.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 408

.....

و منها: خبر عبد الله بن وضّاح قال: كانت بيني و بين رجل من اليهود معاملة، فخانني بألف درهم،  
فقدّمته إلى الوالي، فأحلفته، فحلف و قد علمت أنّه حلف يميناً فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح  
و دراهم كثيرة، فأردت أن أقتصّ الألف درهم التي كانت لي عنده و أحلف عليها، فكتبت إلى أبي  
الحسن عليه السلام فأخبرته: أنّي قد أحلفته فحلف و قد وقع له عندي مال، فإن أمرتني أن آخذ منه  
الألف درهم التي حلف عليها فعلت؟ فكتب  
لا تأخذ منه شيئاً، إن كان ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنّك رضيت بيمينه فحلّفته، لأمرتك أن تأخذ من  
تحت يدك، و لكنّك رضيت بيمينه و قد ذهبت اليمين بما فيها.  
الحديث «1».

و ظهور هذا الخبر في أنّ ذهاب حقّه من آثار الاستحلاف و الرضا بيمينه واضح، و هذا الحلف كان  
حلفاً في مجلس القضاء؛ إذ الظاهر أنّ الوالي أيضاً كان مرجعاً للخصومات؛ و لذلك ورد في مقبولة  
عمر بن حنظلة

فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة «2»

، و في صحيح عبد الله بن سنان

أيّما مؤمن قدّم مؤمناً في خصومة إلى قاضٍ أو سلطان جائر فقصى عليه بغير حكم الله، فقد شركه في  
الإثم «3».

فهذا الخبر من جملة القرائن على أنّ المراد بالاستحلاف في خبر خضر



.....

أيضاً ما كان في مجلس القضاء، لكنّه أيضاً ضعيف السند.

و منها: صحيحة ابن أبي يعفور التي رواها المشايخ الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام قال إذا رضي صاحب الحقّ بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهب اليمين بحقّ المدعى، فلا دعوى له

، قلت له: و إن كانت عليه بينة عادلة؟ قال

نعم، و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له و كانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه عليه «1».

فقوله عليه السلام فيها أولاً

ذهب اليمين بحقّ المدعى، فلا دعوى له

ظاهر بنفسه في أنّ حقّ المدعى ذهب بيمين المنكر، فإذا لم يكن له حقّ فلا مجال للاقتصاص، كما لا مجال لإقامة الدعوى ثانية؛ و لذلك فرّع عليه قوله فلا دعوى له.

فاحتمال أن يكون المراد مجردّ ذهاب حقّ طرح الدعوى خلاف الظاهر، بل ظاهره ذهاب نفس الحقّ، و يتبعه أنّه لا دعوى له.

و قد أكّد هذا المعنى في ذيل الحديث بقوله

و كانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه عليه

، فأفاد: أنّ يمينه أبطلت ما ادّعاه و ذهب به، و حينئذٍ فلا حقّ له بعد يمينه حتّى يقوم بصدد اقتصاصه.

ثمّ إنّ الصحيحة كما ترى مختصة بالحلف الذي يحلفه المنكر في مجلس القضاء و يقضي به القاضي، فهي قرينة أخرى على ما احتملنا و استظهرنا في خبر خضر.

.....

و منها: خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله الذي رواه المشايخ الثلاثة أيضاً قال: قلت للشيخ عن «الفقيه»: يعني موسى بن جعفر عليه السلام-: خبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلم تكن له بيّنة بما له؟ قال

فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له.

الحديث «1»، فتراه أنه عليه السلام حكم بأن لا حق للمدعي إذا حلف المدعى عليه يمينه، وهذا الخبر في كيفية الدلالة مثل الصحيحة السابقة، فتذكر. فالمستفاد من جميع هذه الأخبار: أن اليمين التي يستحلفها المدعى توجب ذهاب حقه، و أن لا يكون له على المنكر حق، و معه فلا يبقى مجال للتقاص؛ إذ لا حق له حتى يتقاص. و لعلّه بهذه الملاحظة و العناية عدّ الأخذ من مال المنكر الحالف في خبر عبد الله بن وضّاح ظلماً، فقال عليه السلام

إن كان ظلمك فلا تظلمه

، فإذا لم يكن للمدعي حق فلا محالة يكون أخذ مال المنكر ظلماً عليه. بل لعلّه بهذه العناية قال عليه السلام في صحيحة سليمان بن خالد الماضية إن خانك فلا تخنه

، بأن يراد من الحلف الوارد فيها خصوص حلف مجلس القضاء، و إن كان خلاف إطلاقه. إن قلت: إن هذا الذي استظهر من مجموع هذه الأحاديث و لا سيّما صحيحة ابن أبي يعفور و خبر عبد الرحمن يناقض قوله صلى الله عليه و آله و سلم في الصحيحة المستفيضة إنما أقضي بينكم بالبينات و الايمان، و بعضكم ألحن

(1) وسائل الشريعة 27: 236، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب 4، الحديث 1.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 411

.....

بحجّته من بعض، فأیما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار «1» ، فجعل مستند قضائه البيّنة و اليمين و حكمه صلى الله عليه و آله و سلم بأنّه أيّما رجل قطع بقضائه له من مال أخيه شيء فهو له قطعة نار، صريح في حرمة هذا المال المقطوع على من قضي له، فهو باقٍ على ملك مالكة الأصلي الذي يكون هو المدعى فيما استند القضاء إلى يمين المنكر الكاذب، فهذه

الصحيحة صريحة في بقاء حق المدعى، و هو مناقض لما تضمّنته هذه الأخبار.

قلت: لا مناقضة و لا منافاة، بيان أنّه لا ريب في أنّ ما تضمّنته المستفيضة هو حكم الله الواقعي؛ فلا محالة يكون ما دلّت عليه تلك الأخبار الآخر حكمه الظاهري؛ بمعنى أنّه تعالى حكم بموجب القضاء و في مرحلة العمل التي يجب أن يلتزم جميع المكلفين بها أنّه لا حقّ للمدعي بعد أن استحلف المنكر و حلف، فيجب أن يعمل معاملة أن لا حقّ له.

و هذا الوجوب ثابت؛ حتّى على نفس المدعى، بحيث يكون التخلّف عنه معصية غير جائز، و مع ذلك فالمال ملك بحسب الواقع لمن يكون ملكاً له واقعاً، و لا يوجب اليمين الكاذبة انقلاب الواقع عمّا هو عليه، فهو حرام واقعاً على غير مالكة و إن قضي في ظاهر الشرع بأنّه ملكه.

و مآل هذا الحكم الظاهري هنا إلى وجوب قبول حكم الحاكم الذي يحكم على موازين القضاء الشرعي، و يكون عين ما قاله أبو عبد الله عليه السلام في مقبولة عمر بن حنظلة

إذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنّما

(1) وسائل الشريعة 27: 232، كتاب القضاء، أبواب كيفية الحكم، الباب 2، الحديث 1.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 412

.....

استخفّ بحكم الله و علينا ردّ، و الرادّ علينا الرادّ على الله، و هو على حدّ الشرك بالله «1».

و حينئذ: فإذا أخذ المدعى الحقّ من مال المنكر الحالف كاذباً بقدر حقّه و لو خفاه فهو و إن لم يعص الله من حيث التصرف في مال الغير بغير إذنه لأنّه أخذه مكان ماله الذي ذهب به إلّا أنّه عصى الله تعالى من جهة أنّه استخفّ بحكم الحاكم الذي حكم بحكمهم، و هو على حدّ الشرك بالله. و كون حكمه حكماً بحكمهم لا يلازم انطباقه على الواقع؛ إذ لا يفضل حكمه على حكم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الذي قال

فأيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنّما قطعت له به قطعة من النار.

و من الدقّة في مفاد أخبار الطائفة الثانية و في مفاد أخبار جواز التقاصّ تعرف: أنّ المنع المستفاد من هذه الطائفة منع و تحریم بعنوان أنّه مخالفة لحكم الحاكم، لا بعنوان أنّه تصرف في مال الغير و ظلم واقعي، فأخذ المدعى المحقّ من مال المنكر الحالف الكاذب له عنوانان: عنوان التقاصّ و عنوان الاستخفاف بحكم الحاكم، و بالعنوان الأوّل يحكم عليه بالجواز، و بالعنوان الثاني يحكم عليه بالحرمة، بناءً على جواز اجتماع الأمر و النهي.

هذا تمام الكلام في أصل جواز التقاص، و بعد ذلك يقع الكلام في ذكر حدوده، فارتقب.

(1) وسائل الشريعة 27: 136، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، الباب 11، الحديث 1.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 413

من عين أو دين أو منفعة (4) أو حق (5)

(4) فإنّ عنوان المال المأخوذ في مؤنّقة بريد «1» يعمّ العين و الدين و المنفعة، و عنوان «الألف درهم» في صحيحة البقباق «2» يعمّ العين و الدين، كما أنّ صحيحة داود بن زربي «3» مثل خبر علي بن سليمان «4» واردة في خصوص العين، و معتبرا أبي بكر الحضرمي «5» مختصّ بالدين، بل يعمّ إتلاف العين أو المنفعة الموجب لاشتغال الذمّة، فراجع. مضافاً إلى ما يأتي في الحقّ.

(5) مثاله: أن يسبق أحد إلى مكان من المسجد أو بعض المشتركات الأخر، فيجيء آخر و يدفعه عن مكانه غصباً و يجلس محلّه، فله أن يقاصّه بمثله في زمن آخر أو بمقدار من المال يقومّ به. و سيجيء تفسير «الحقّ» بأعمّ من ذلك في المسألة الرابعة و العشرين.

و الدليل عليه: أنّ العناوين المأخوذة في أخبار الباب و إن كانت لا تعمّه، إلّا أنّه لا ريب في أنّ العرف يصطادون منها قاعدة كلّية، هي: جواز المقاصّة في جميع موارد الأموال و الحقوق و سقوط اعتبار رضى المالك

(1) تقدّمت في الصفحة 393

(2) تقدّمت في الصفحة 400

(3) تقدّمت في الصفحة 395

(4) تقدّم في الصفحة 400

(5) تقدّمنا في الصفحة 397 و 399.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 414

و كان جاحداً أو ممّاطلاً (6) و أمّا إذا كان منكراً لا اعتقاد المحقّية (7) أو كان لا يدري محقّية المدّعى (8)

و المقتصّ منه؛ فكلّ مورد يجب على الشخص أداء ما عليه من حقّ الغير أو ماله بأداء مثله أو قيمته فإذا امتنع عن أدائه سقط اعتبار رضاه، و كان لذي الحقّ الاستقلال باستيفائه، من غير خصوصية للعين و المنفعة و الدين، بل يعمّ موارد الحقوق القابلة للتقاصّ، هذا.

خصوصاً أنّ قوله تعالى **فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ** «1» مطلق، يعمّ مورد الاعتداء في باب الحقوق أيضاً، و يكون شاهداً و مؤيداً لاصطياد القاعدة العامّة المذكورة أيضاً.

(6) هذان الموردان هما المتيقّن من أخبار الباب؛ فإنّ الجحود قد صرّح به في أخبار عديدة؛ منها معتبر

أبي بكر الحضرمي، كما أنّ صحيحة داود بن زربي واردة في مورد الغصب البين الملازم للمطالبة و الاستنكاف عن الأداء، مضافاً إلى أنّ إطلاق مثل موثقة بريد و صحيحة البقباق بين الشمول لهما. (7) أي أنكر أنّ عليه شيئاً و اعتقد محقّية نفسه.

(8) أي فلا يقوم بصدد الأداء؛ اعتماداً على أصالة البراءة و نحوها، و إلّا فإن كان مقتضى مثل الاستصحاب اشتغال ذمّته لكان عليه الأداء،

(1) البقرة (2): 194.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 415

ففي جواز المقاصة إشكال (9) بل الأشبه عدم الجواز، و لو كان غاصباً و أنكر لنسيانه فالظاهر جواز المقاصة.

فامتناعه حينئذٍ من الأداء من مصاديق المماطلة، فجامع الصورتين عدم قيام حجة فعلية على وجوب الأداء.

(9) و ذلك أنّ ستّة من الأخبار الأحد عشر الواردة في جواز التقاصّ و إن وردت على عنوان الجحود الذي قد فسّر بالإنكار الذي يعلم الجاحد خلافه، و بنفي ما في القلب إثباته و إثبات ما في القلب نفيه، كما أنّ صحيحة داود و خبر علي بن سليمان و اردان في مورد الغصب؛ فلا يعمّ شيء منهما محلّ الكلام، إلّا أنّ عنوان «عدا عليه فأخذ ماله» الوارد في موثقة بريد مثل عنوان «ذهب له بألف درهم» الوارد في صحيحة البقباق يمكن دعوى شمولهما له؛ فإنّ من عليه أو عنده المال و إن استند في عدم أدائه له إلى اعتقاده بالخلاف أو إلى حجة معتبرة معذرة، إلّا أنّه لا ريب في أنّ عدم قيامه بأداء مال الغير و تصميمه على عدم الأداء عدوان على الغير و أخذ لماله و ذهاب بماله واقعاً، و إن لم يكن هو في أخذه و ذهابه بماله عاصياً، فالعنوانان شاملان، و هما مطلقان؛ فيجوز لصاحب الحقّ التقاصّ هاهنا أيضاً.

مضافاً إلى أنّ العنوان المأخوذ في خبر إسحاق بن إبراهيم عنوان «قد كان له عليه مال»، الذي لا ينبغي الشكّ في شموله لما نحن فيه.

و ممّا ذكرنا في حديثي بريد و البقباق تعرف إمكان الاستناد إلى

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 416

.....

إطلاق آية الاعتداء أيضاً، هذا.

مضافاً إلى إمكان أن يقال: إنَّ العرف لا يرى خصوصية لكون العدوان و الذهاب بمال الغير معصية، و إنما يفهم و يرى أنَّ التقاصَّ طريق أسَّسه أو أمضاه الشارع لكي يصل ذو الحقَّ إلى حقِّه إذا لا يقوم من عليه الحقَّ بأدائه، هذا.

و لكن لا يبعد أن يقال: إنَّ الظاهر عرفاً من إسناد الفعل إلى الفاعل الذي هو بحسب الطبع ملتفت إلى ما يفعله أنَّه كان ملتفتاً إلى فعله مريداً لعنوانه فاعلاً له بالتفاتة و اختياره، فيكون ظاهر أفعال «عدا» و «ذهب» و «اعتدي» أنَّ هذه العناوين وقعت من فاعلها عن عمد إليها و قصد، و ينصرف و لا يعمُّ ما إذا وقعت منه هذه العناوين غير ملتفت إليها، بل معتقداً لعدم تحقُّقها.

و أمَّا خبر إسحاق بن إبراهيم: فقد عرفت عدم اعتبار سنده، مضافاً إلى عدم بعد دعوى انصرافه أيضاً عن غير العامد. كما أنَّ إلغاء الخصوصية عرفاً غير مسلّم؛ إذ يحتمل قوياً أن يكون قاعدة التقاصَّ مجازاة للعاصي المتخلف فقط، لا و للمخطئ المعذور أيضاً.

و بالجملة: فلا يبعد دعوى عدم شمول الأدلَّة المجوِّزة، و قد عرفت أنَّ مقتضى القاعدة الأوليَّة عدم الجواز؛ فلذلك كان الأشبه بالقواعد عدم الجواز.

نعم، إذا كان حين عدوانه و الذهاب بمال الغير ملتفتاً عامداً، بأن يعلم أنَّ عليه ديناً، فجحده أو ماطل في أدائه، أو علم أنَّ هذا مال الغير فأخذه

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 417

[مسألة إذا كان له عين عند غيره]

مسألة 2 إذا كان له عين عند غيره؛ فإن كان يمكن أخذها بلا مشقَّة و لا ارتكاب محذور فلا يجوز المقاصَّة من ماله (10)،

غصباً بلا رضاه، لكنَّه نسي الأمر بعده و اعتقد أن لا شيء عليه، و أنَّ المغصوب ملك لنفسه، فلا ريب في أنَّ هذه الصورة مشمولة لجميع العناوين؛ فإنَّ من صدق عليه أنَّه جحد أو غصب أو أخذ مال الغير و كان ملتفتاً إلى الغصب و أخذ مال الغير حين صدوره، عمَّ الأدلَّة، و إطلاقها شامل لما إذا طرأ عليه النسيان أيضاً، فيجوز المقاصَّة ممَّن جحد أو غصب و إن طرأ عليه النسيان و أنكر؛ لاعتقاد محقِّته في الإنكار.

و منه تعرف الوجه لما أفاده بقوله: «و لو كان غاصباً و أنكر لنسيانه فالظاهر جواز المقاصَّة».

(10) لما عرفت: أنَّ القواعد الأوليَّة مقتضية لعدم جواز التقاصَّ و أدلَّة جواز التقاصَّ فيما إذا غصب عين مال له لا يعمُّ ما إذا أمكنه أخذها بسهولة؛ فإنَّ أدلَّة جواز التقاصَّ في غصب العين هي عموم

موثقة بريد و صحيحة البقباق و خصوص صحيحة داود و خبر علي بن سليمان «1»، و شيء منها لا يعمّ ما إذا أمكن أخذها بسهولة؛ فإنّ التعبير في موثقة بريد بقوله: «فقدّر على أن يأخذ من ماله ما أخذ» ظاهر في أنّه لا يقدر على أخذها من غير هذا الطريق؛ فكان قبله غير قادر أصلاً، ثمّ قدر على

(1) تقدّمت هذه الأخبار في الصفحة 263 و 264 و 267 و 268

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 418

و إن لم يمكن أخذها منه أصلاً جاز المقاضاة من ماله الآخر (11) فإن كان من جنس ماله جاز الأخذ بمقداره، و إن لم يكن جاز الأخذ بمقدار قيمته، و إن لم يمكن إلّا ببيعه جاز بيعه (12) و أخذ مقدار قيمة ماله و ردّ الزائد.

أن يأخذ من ماله ما أخذ. كما أنّ إمكان الأخذ من الوديعة المفروضة في صحيحة البقباق ظاهره أنّه أمر حادث و فرصة مغتنة، لا أنّ له طريقاً أيضاً إلى أخذه ممّن ذهب بدراهمه بأدائه بنفسه أو أخذه لعين ماله. و نحوها في كيفية الانحصار خبر علي بن سليمان. و صحيحة داود أيضاً ظاهرة في أنّ السلطان أو القوم المذكور باقون على غلبتهم و أخذهم و الذهاب بماله قهراً، و لا يمكنه بالسهولة الطمع فيما أخذوا منه.

و بالجملة: لا يعمّ شيء منها ما إذا أمكن أخذها بلا مشقّة و لا ارتكاب محذور، و هي ظاهرة في جواز المقاضاة إذا لم يمكن له أخذها.

(11) لأنّه القدر المتيقّن من الأحاديث الأربعة المذكورة، ثمّ صحيحة البقباق واردة في خصوص التقاصّ بالجنس، و صحيحة داود في خصوص القيميات. و خبر علي بن سليمان و إن كان صريحاً في القيميات، إلّا أنّه يعمّ باشماله على عنوان غصب المال للمثليات أيضاً، فيكون نحو موثقة بريد دالّاً على جواز التقاصّ بقدر ما أخذ؛ سواء كان من جنس المأخوذ أم من غير جنسه.

(12) المنقول عن الأصحاب قدس سرهم تخيير صاحب الحقّ بين التقاصّ بعين مال المقتصّ منه، و بين بيعه و صرف الثمن في جنس الحقّ، بل و بين التقاصّ بالثمن.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 419

.....

قال في «الشرائع»: و لو كان المال من غير جنس الموجود جاز أخذه بالقيمة العدل و يسقط اعتبار رضى المالك بإلطاطه، كما يسقط اعتبار رضاه في الجنس، و يجوز أن يتولّى بيعها و قبض دينه من ثمنها دفعاً لمشقّة التربّص بها.

و زاد في «الجواهر»: بل يجوز له بيع ثمنها إلى أن ينتهي إلى ما يساوي حقّه في الجنس ثمّ يأخذ



و في «الرياض»: قالوا: و يتخير في غير الجنس بين أخذه بالقيمة العادلة فيما بينه و بين الله تعالى، و بين بيعه و صرفه في جنس الحقّ. و يستقلّ بالمعاوضة، كما يستقلّ بتعيين أحد الفردين المخير بينهما، هذا.

لكن مختار المتن المستفاد من المسألة السابعة: أنّه لا يجوز بيعه أصلًا ما دام يمكن التقاصّ بعين المال، و إنّما يجوز في خصوص ما إذا لم يمكن التقاصّ بعينه، و ظاهره أن لا يمكن التقاصّ بعينه؛ لا مفروزاً و لا مشاعاً، فإذا لم يمكن إلّا بيعه جاز، و إلّا فلا.

و الدليل على ما أفاده دام ظلّه أن مقتضى القواعد كما عرفت عدم جواز التصرف في مال الغير أيّ تصرف كان و إنّما دلت أخبار التقاصّ على جواز أخذ مال المقتصّ منه كما في أكثرها أو ما يرجع إليه كالقبض منه كما في خبر إسحاق بن إبراهيم أو الاقتصاص منه كما في خبر أبي بكر الأريني أو جحوده كما في خبري علي بن جعفر ففي جميعها كما ترى إنّما جوّز أخذ مال المقتصّ منه مكان ماله، فلم يجوّز له الأخبار سوى الأخذ؛ فيبقى التصرفات الأخر كبيعته و سائر معاملاته -

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 420

.....

تحت عموم المنع الذي اقتضته العمومات و القاعدة.

و أمّا ما استدللّ به في «الجواهر» لجواز البيع من أن الشارع قد أقامه مقام المالك في الاستيفاء، فلا يلزم بالمقاصّة من غير الجنس.

ففيه: أنّه لا دليل على أنّه قائم مقام المالك في الاستيفاء بقول مطلق، و إنّما دلّ الدليل على أن له أن يأخذ من مال المالك مكان ماله، فهو قائم مقام المالك في الاستيفاء بهذه الكيفية، و غير هذه الكيفية ممنوع بحكم القواعد و العمومات.

إن قلت: إنّ مقتضى الآية «1» جواز الاعتداء بالمثل، و معلوم: أنّه لو باعه و اقتصّ بثمنه أو صرف ثمنه في جنس حقّه فاقتصّ به فلم يعتد عليه أزيد ممّا اعتدى، فإطلاق الآية دليل الجواز.

قلت: لمّا كان المفروض أن الغاصب مثلاً إنّما اعتدى عليه بأخذ ماله و غصبه، فإذا اقتصر على أخذ مال الغاصب بمقدار ما أخذ فقد اعتدى عليه بمثل ما اعتدى. و أمّا إذا باع ماله ثمّ اقتصّ بثمنه مثلاً فنفس أخذ الثمن مثلاً إذا كان بمقدار ما غصب و إن كان اعتداء عليه بمقدار ما اعتدى و لا يزيد عليه شيئاً لفرض تساويهما في المالية إلّا أن التصرف البيعي أيضاً اعتداء على الغاصب، مع أن الغاصب لم يبدأ

بمثل هذا الاعتداء.

و بالجملة: فالاعتداء بالمثل في الفرض إنّما يكون بأن يقتصر بأخذ ما يساوي المغصوب في المالية، و ما زاد عليه فهو اعتداء ابتدائي لا يجوز.

(1) البقرة (2): 194.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 421

.....

الآية. و مقتضى سائر الأدلة المنع عنه، هذا فيما أمكن التقاص بأخذ نفس المال و أمّا إذا لم يمكن المقاصة إلّا ببيعه، فما جوزه الأخبار و إن كان مجرد الأخذ أو ما يرجع إليه، إلّا أنّه لمّا كان المفروض أنّ الأخذ غير ممكن إلّا إذا بيع ماله و اقتصّ بثمنه، فالإذن في الأخذ يؤول إلى الإذن في البيع؛ لتوقّف الأخذ هنا على بيعه، هذا.

و لقائل أن يقول: إنّ المأذون فيه إنّما هو مجرد أخذ مال من عليه أو عنده الحقّ، و ماله هو الشيء الذي ملكه بالأسباب الشرعية المملّكة؛ فإنّ أمكن الأخذ من ماله فهو، و إن لم يمكن فبيع ماله لمّا كان بغير إذنه و إجازته لا دليل على صحّته حتّى يصير الثمن ملكاً له و من جملة أمواله. فما هو مال له لا يمكن أخذه و الاقتصاص منه، و ما أمكن الاقتصاص به ليس بمقتضى القواعد مالاً له. فما نحن فيه نظير ما إذا لم يقدر على أن يأخذ من أمواله أصلاً، فلا يتحقّق المقاصة؛ لعدم إمكانها. و بالجملة: فالإذن في الشيء و إن استلزم الإذن في مقدّمته المنحصرة، إلّا أنّه إذا فرض توقّف المقدّمة على أمر غير حاصل و هو إذن المالك بالبيع هنا فلا محالة لا يتحقّق المقدّمة؛ فلا يمكن تحقّق ذي المقدّمة.

اللهمّ إلّا أن يقال: إن المفهوم من أخبار الباب عرفاً أنّ الشارع بصدد جعل الطريق لذي الحقّ إلى إحياء حقّه؛ فهو و إن وجب عليه الاقتصار على المقدار اللازم من التصرف في مال الغير إلّا أنّه إذا توقّف وصوله إلى حقّه على بيع مال الغير فلا ينبغي الريب في جوازه.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 422

[مسألة لو كان المطلوب مثلياً و أمكن له المقاصة من ماله المثلي و غيره]

مسألة 3 لو كان المطلوب مثلياً و أمكن له المقاصة من ماله المثلي و غيره، فهل يجوز له أخذ غير المثلي تقاصاً بقدر قيمة ماله، أو يجب الأخذ من المثلي، و كذا لو أمكن الأخذ من جنس ماله و من مثلي آخر بمقدار قيمته، مثلاً: لو كان المطلوب حنطة و أمكنه أخذ حنطة منه بمقدار حنطته و أخذ مقدار من العدس بقدر قيمتها، فهل يجب الاقتصار على الحنطة أو جاز الأخذ من العدس؟ لا يبعد جواز التقاص مطلقاً (13) فيما إذا لم يلزم منه بيع مال الغاصب و أخذ القيمة،

و مع لزومه و إمكان التقاصّ بشيء لم يلزم منه ذلك، فالأحوط بل الأقوى الاقتصار على ذلك،

(13) كما في «الرياض»، قال: و هل يتعيّن عليه أخذ الجنس إذا اجتمع مع غيره؟ ظاهر إطلاق الأدّة كالعبارة و نحوها العدم، خلافاً للشهيدين و غيرهما، فيتعيّن، و هو أحوط، و إن كان في تعيينه نظر، انتهى.

لكن في «الجواهر»: قد يقال بوجوب الاقتصار في المقاصّة على الأخذ من جنس حقّه مع الإمكان، و من غيره مع عدم الإمكان؛ لعدم الإطلاق في الأدّة يوثق به على الجواز من غير الجنس مطلقاً، فيقتصر فيما خالف الأصل على المتيقّن. فما في «الرياض» من الميل إلى عدم تعيّن ذلك عليه؛ للإطلاق المزبور نصّاً و فتوى لا يخلو من نظر، انتهى.

فالمسألة خلافية. و وجه الخلاف ما في عبارة «الرياض» و «الجواهر».

و ما يمكن الاستناد إلى إطلاقه أخبار ثلاثة:

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 423

.....

أحدها: مكاتبة علي بن سليمان <sup>1</sup>، و بيان دلالتها: أنّ المفروض في السؤال: أنّه وقع عنده مال، و هو يعمّ ما إذا كان هذا المال مجتمعاً من الجنس و غيره. و قوله في السؤال في توصيف المال: «مثل ما خانة أو غصبه» و إن أوجب ظهوره في كونه غير زائد على المغصوب فلا محالة يخرج عن محلّ الكلام إلّا أنّ قوله عليه السلام في الجواب

و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه، و يسلم الباقي إليه

تفضّل ببيان حكم ما إذا زاد على المغصوب. و حينئذٍ: فعدم التعرّض لإلزام الأخذ من خصوص الجنس فيما كان مع غيره. و إطلاق كلامه دليل على عدم تعيّن، كما في «الرياض»، و لا وجه لمنع الإطلاق، هذا.

لكن الخبر ضعيف السند؛ لاشتراك علي بن سليمان بين الزراري الثقة و غيره المجهول.

ثانيها: خبر جميل بن درّاج <sup>2</sup>، ببيان: أنّ المفروض في سؤاله أنّ صاحب الحقّ يظفر من ماله بقدر الذي أخذه، فجوز أخذه. و واضح: أنّ مراده أنّ صاحب الحقّ قد ظفر بمقدار حقّه و يمكنه أخذه، لا أنّه لا يزيد ما ظفر به على مقدار الحقّ، بل لا ريب في شمول السؤال لما إذا زاد على مقدار الحقّ، و مأل السؤال إلى أنّه قد أمكنه أخذ مقدار حقّه من مال

.....

الجاحد، فالسؤال مطلق من حيث اشتمال ماله على جنس حقّه و غير الجنس، و الجواب أيضاً مطلق لم يقيّد بتعيّن الأخذ من الجنس مع الإمكان، و هو حجة.

لكن في سند الخبر علي بن حديد، الذي قال الشيخ بضعفه، و إن وثّقه في خاتمة «المستدرک» و جعله من أعظم العلماء الثقات، فراجع.

ثالثها: موثقة بريد بن معاوية

ثالثها: موثقة بريد بن معاوية «1»؛ فإنّه قد ذكر في السؤال قوله: أ رأيت لو أنّ رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ، أ كان ذلك له؟ فأجابه أبو عبد الله عليه السلام بقوله إنّ هذا ليس مثل هذا

، فهو عليه السلام قد صوّبه في المقيس و أجاب بأنّ المقيس عليه ليس مثل المقيس؛ فما في السؤال مورد تصديق المعصوم عليه السلام فلو قدر صاحب الحقّ على أن يأخذ من مال من عدا عليه ما أخذ لكان له جائزاً. و واضح: أنّ المراد من أخذ ما أخذ، هو أخذ مقداره، و هو مطلق من جهة اتّحاد الجنس و اختلافه، و من جهة إمكان الأخذ من الجنس و عدم إمكانه؛ فيدلّ بإطلاقه على عدم تعيّن الأخذ من الجنس مع الإمكان.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ السائل ليس في مقام بيان تمام الموضوع لما يجوز الأخذ منه، و إنّما هو بصدد السؤال عن سرّ منع الوصي عن الاقتصاص من مال موصيه، مع أنّه نظير قاعدة الاقتصاص المذكورة في السؤال

بل الأحوط الاقتصار على أخذ جنسه (14) مع الإمكان بلا مشقّة و محذور (15).

[مسألة لو أمكن أخذ ماله بمشقة]

مسألة 4 لو أمكن أخذ ماله بمشقة (16)،

فأجاب عليه السلام بالفرق بينهما؛ فلا إطلاق في السؤال حتّى يتبعه الجواب.

(14) قد ظهر ممّا ذكرنا في ذيل كلّ حديث وجه هذا الاحتياط.

(15) و أمّا مع المشقّة أو المحذور فلا ينبغي الريب في جواز الأخذ من غير الجنس؛ فإنّ قاعدة التقاصّ أمر عقلائي أمضاه الشارع لتسهيل أمر الوصول إلى الحقّ لصاحبه، و يفهمون العقلاء من أدلّة جوازه: أنّ له أن يأخذ من ماله بمقدار ما أخذ، و إن كان من غير جنس حقّه إذا لم يمكن أخذ الجنس، أو كان في الأخذ من الجنس محذور شرعي أو مشقّة خارجية، و إن شكّوا فإنّما يشكّون فيما كان الجنس أيضاً موجوداً عنده أمكنه الأخذ منه بسهولة. فهنا ربّما يحتاج إلى دليل شرعي من نصّ أو إطلاق خاصّ.

(16) لا بدّ هنا من توضيح أمرين:

الأوّل: أنّ المراد بالمال هنا يعمّ العين و الدين، و لا يختصّ بالعين؛ إذ ربّما كان تحمّل مشقّة الحضور مع جمع عند المديون الجاحد مثلاً يوجب مبادرته بأداء دينه و لو حياءً و حفظاً لعرضه عندهم. الثاني: أنّ المقصود بالمشقّة هو المشقّة اللازمة في مقام الاستيفاء بعد مطالبة بالأداء، لا المشقّة التي تلزم أحياناً في مقام إعلام المطالبة؛ و ذلك أنّه قد مرّ أنّه لا تجوز المقاصّة فيما إذا كان يؤدّي عند المطالبة؛ فما لم يطالب

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 426

فالظاهر جواز التقاصّ (17)، و لو أمكن ذلك مع محذور (18)، كالدخول في داره بلا إذنه أو كسر قفله و نحو ذلك،

لا يجب عليه الأداء و لا تجوز المقاصّة، و إنّما تجوز إذا جحد أو ماطل في الأداء بعد المطالبة.

(17) و ذلك لشمول إطلاق الأخبار لهذه الصورة؛ إذ الموضوع لجواز المقاصّة فيها هو جحود من عنده الحقّ أو أخذه و ذهابه بمال صاحب الحقّ، و هو عنوان شامل لجميع موارد عزم من عنده الحقّ على عدم الأداء، غاية الأمر انصراف الأخبار عمّا إذا أمكن أخذه بلا مشقّة و لا محذور؛ فيبقى مورد المشقّة تحت إطلاقها و تدلّ على جواز التقاصّ معها.

(18) المراد بالمحذور ما منع و نهى عنه الشارع لو خلّي و طبعه، لكنّ المقصود منه هنا خصوص ما كان النهي عنه لأجل أنّه تصرف في سلطنة الغير، و يصير جائزاً إذا تعلّق بالغاصب. و ذلك بقرينة قوله: «هذا إذا جاز ارتكاب المحذور و أخذ ماله، و لو أضرّ ذلك بالغاصب»، و إلّا فما يبقى على حرمة كهتك عرض منتسبيه و شتمهم و ضربهم، فضلاً عن إثارة فتنة عامّة فلا ريب في جواز التقاصّ معه و دخوله في عمومات الجواز حينئذ.

ثمّ إنّ الدليل على جواز مثل الدخول في دار الغاصب و كسر قفله و نحو ذلك فيما توقّف عليها أخذ

ماله، ان فهم ذلك عرفاً بالأولية القطعية البيّنة من الأدلة الواردة المجوّزة للقتال في الدفاع عن المال؛ ففي

صحيحة

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 427

.....

محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من قتل دون ماله فهو شهيد، و قال: لو كنت أنا لتركتم المال  
و لم أقاتل (1)

و نحوها غيرها (2).

فقد جوّز القتال مع من يريد المال و أنّه إن انجرّ إلى قتل المالك فهو بمنزلة الشهيد، و معلوم: أنّ القتال  
ربّما ينجرّ إلى جرح الغاصب أو قتله؛ فلا محالة يكون جائزاً.

و من الواضح: شمول إطلاق الحديث للقتال الذي يقع في مقام استرداد المال عن الغاصب أيضاً؛ فإنّ

عنوان

دون ماله

شامل له قطعاً، فدلتّ الصحيحة و أمثالها على جواز جرح الغاصب بل و قتله إذا قاوم و لم يترك المال  
فجواز التصرف في ماله بالدخول في داره و كسر قفله و نحو ذلك ممّا يتوقّف عليه استرداد ماله أولى  
قطعاً.

لكن جواز الأصل مختصّ ظاهراً بالغاصب المعتدي كاللصّ و نحوه و لا يعمّ من كان تصرفه في المال  
مبنياً على اعتقاد الجواز؛ فلا دليل فيه على جواز التصرفات المالية المتوقّف عليها استرداد المال فيه  
بغير إذنه.

(1) وسائل الشريعة 28: 383، كتاب الحدود و التعزيرات، أبواب الدفاع، الباب 4، الحديث 1.

(2) راجع وسائل الشريعة 28: 383، كتاب الحدود و التعزيرات، أبواب الدفاع، الباب 4، و 5، و 15: 119، كتاب الجهاد، أبواب جهاد العدو، الباب 46.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 428

ففي جواز المقاصة إشكال (19). هذا إذا جاز ارتكاب المحذور و أخذ ماله و لو أضّر ذلك بالغاصب، و أمّا مع عدم  
جوازه كما لو كان المطلوب منه غير غاصب، و أنكر المال بعذر فالظاهر جواز التقاص من ماله إن قلنا بجواز المقاصة  
في صورة الإنكار لعذر.

(19) قد يوجّه الإشكال بأنّ حقيقة المقاصة: أنّه مع أنّ التصرف في مال الغير ممنوع شرعاً، فمع ذلك

فقد جَوَّز الشارع تملُّك مال الغير بغير إذنه بعنوان المقابلة بالمثل و عوضاً عما أخذه من ماله، فالمقاصَّة تصرّف في مال الغير بتملُّكه من غير إذن منه، فإذا توقّف الوصول إلى عين ماله و أخذ عين ماله الذي ينتفي معه التصرّف بالمقاصَّة على التصرّف في داره أو كسر قفله و نحو ذلك ممّا هو أيضاً تصرّف آخر في مال الغير من دون إذن منه، و كان هذا التصرّف أهون من التصرّف بالتملُّك، كان الأنسب عدم جواز التقاصّ.

و بعبارة أخرى: التقاصّ تصرّف في سلطنة الغير و هدم لها، يجوّزه الشارع تلافياً و تداركاً لما فات من سلطنته، و إلّا فهو بنفسه غير جائز. فامتناع من عليه أو عنده الحقّ ضرورة مجوّزة للتقاصّ، فكيف لا يجوّز التصرفّات الضعيفة الآخر التي ينتفي بها ذلك التصرّف الأقوى؟! و الضرورات إنّما تبيح المحظورات بمقدار الضرورة إليها؛ فلا محالة يجب تجويز تلك التصرفّات الأضعف، و لا يجوز التصرّف الأقوى بالمقاصَّة.

و وجه جواز التقاصّ حينئذ ما عرفت من أنّ موضوعه امتناع من عليه المال عن أدائه، و المسلم انصرافه عما يتمكّن من أخذه ماله بلا مشقّة

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 429

.....

و لا ارتكاب محذور؛ فيبقى الباقي تحته، هذا.

لكنّ هذا التوجيه لا يناسب المتن من وجهين:

أحدهما: أنّ لازمه سريان الإشكال أيضاً إلى الشقّ الآخر أعني ما لو كان المطلوب منه غير غاصب و أنكر بعذر، و جَوَّزنا المقاصَّة من ماله إذ الوجه المذكور للإشكال جارٍ هنا أيضاً بعينه، مع أنّ الماتن جازم بجواز التقاصّ فيه من غير إشكال.

ثانيهما: أنّه مبني على حرمة الدخول في دار الغاصب و نحوه من التصرفّات في ماله المتوقّف عليها استرداد المال، و يكون احتمال جوازها لمكان أنّها أهون من التصرّف بالمقاصَّة، مع أنّ ظاهر المتن كما عرفت الفراغ عن جواز تلك التصرفّات، و أنّه الفارق بين الغصب و الإنكار لعذر.

و بالجملة: فظاهر المتن أنّه لو كان التصرّف في مال المطلوب منه غير جائز هنا بنفسه، و كان في أخذ ماله ارتكاب هذا المحذور، لكان المورد من موارد جواز التقاصّ، و لا يجوز ارتكاب ذلك المحذور. فالتوجيه المذكور غير مراد للماتن.

فلو كان للإشكال المذكور وجه، لكان هو احتمال شمول عموم أدلّة التقاصّ لما كان متمكّناً من أخذ



ماله بلا ارتكاب محذور فعلي، لكنّه يلزمه ارتكاب محذور شأني؛ فإنّ تلك التصرفات في مال الغير كانت محرّمة لو لم تكن مقدّمة لأخذ ماله؛ فيحتمل شمول عموم أدلّته له، كما يحتمل انصرافها عنه، كما كانت منصرفه عمّا ليس في الوصول إلى حقّه و عين ماله ارتكاب محذور شأني أيضاً.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 430

[مسألة لو كان الحقّ ديناً و كان المديون جاحداً أو ممّاطلاً]

مسألة 5 لو كان الحقّ ديناً و كان المديون جاحداً أو ممّاطلاً، جازت المقاصّة من ماله و إن أمكن الأخذ منه بالرجوع إلى الحاكم (20).

و الحقّ: أنّه بناءً على جواز تلك التصرفات كما عرفت فليس أخذ ماله من دار الغاصب و بيته شرعاً إلّا كأخذه من خان أو طريق و سائر الأمكنة التي يجوز له دخولها؛ فإذا قلنا بانصراف أدلّة جواز التقاصّ عن هذه الموارد، فاللزام انصرافها أيضاً عمّا توقّف على تلك التصرفات الجائزة، كما لا يخفى. و التوجيه المذكور و إن لا يمكن أن يكون مراداً للماتن، إلّا أنّه توجيه وجيه لاستشكال الجواز فيما إذا كان المطلوب منه معذوراً في إنكاره غير غاصب. نعم، لا يبعد دعوى شمول إطلاق جواز التقاصّ له، و إن جاز له ارتكاب تلك التصرفات، و يرفع بها موضوع جواز التقاصّ، هذا.

(20) و قد نسبته في «المسالك» إلى الأكثر، و مثله المنقول عن «الإيضاح»، و نقل عن «الكفاية»: أنّه الأشهر، و كثير من العبارات إنّما تعرّضت للجاحد. لكن بعضها عطفت عليه «الممّاطل» أيضاً، كما في «المسالك» و «الخلاف» (المسألة 28 من كتاب الدعاوي و البيّنات).

و كيف كان ففي «النافع»: أنّ مع جحود الغريم و عليه حجة لم يستقلّ المدعى بالانتزاع من دون الحاكم، و نحوه نقل عن «الإيضاح» و ظاهر «كشف الرموز»، و عن العلّامة في «التحرير»: أنّه قد تردّد فيه.

و الدليل على مختار الأكثر: هو إطلاق أدلّة الجواز؛ فإنّ تمام الموضوع

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 431

[مسألة لو توقّف أخذ حقّه على التصرف في الأزيد]

مسألة 6 لو توقّف أخذ حقّه على التصرف في الأزيد جاز (21)

في الأدلّة لجواز التقاصّ هو ذهاب ماله و الامتناع عن أدائه، و هو صادق في مورد التمكنّ من الوصول إلى حقّه بالرجوع إلى الحاكم أيضاً، و الأدلّة في مقام البيان؛ فيؤخذ بإطلاقها، و يجري حكمها في جميع الموارد التي يصدق فيها الموضوع.

و غلبة إمكان الرجوع إلى الحاكم و الوصول إلى الحقّ من هذا الطريق لو سلّمت فهي مؤكّدة للإطلاق، و إلّا لكان عليه التقييد بعدم الإمكان. و كيف كان: فالإطلاق محقّق، و هو حجّة على الجواز بلا إشكال. (21) فإنّ إطلاق جواز المقاصّة من مال المطلوب منه في الأخبار التي ليس المفروض فيها مساواة ما وقع عنده من ماله لما عليه أو عنده، يقتضي جوازها و لو استلزمت التصرّف في الأزيد، و عليه إطلاق صحيحة داود بن زربي و معتبرة أبي بكر المضمّر و خبر جميل بن درّاج «1» و غيرها. و عنوان «الوقوع عنده» الوارد في الصحيحة و المعتبرة أعمّ من أن يجوز له التصرّف أو يحرم كأن يسلمه أحد إليه خطأ أو نسيه فبقي عنده و هكذا فلا مجال لتوهم أنّ الوقوع عنده ملازم لجواز التصرّف فيه، و لو من غير جهة أدلّة المقاصّة.

(1) تقدّمت هذه الأخبار في الصفحة 395 و 399 و 396.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 432

و الزائد يردّ إلى المقتض من (22) و لو تلف الزائد في يده من غير إفراط و تفريط و لا تأخير في ردّه لم يضمن (23).

(22) لأنّه ماله؛ فلا يحلّ إلّا بطيبة نفس منه.

(23) و ذلك أنّ الدليل العامّ على الضمان هو قوله صلى الله عليه و آله و سلم

على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي «1»

فإنّه نبوي مشهور انجبر ضعف سنده باستناد الأصحاب إليه؛ حتّى مثل ابن إدريس الذي لا يرى حجّة خبر الأحاد.

و هذا العموم منصرف عمّا إذا كان وضع اليد عليه من قبيل ما نحن فيه ممّا أذن به الشارع، و لا يكون التصرّف و وضع اليد عليه إلّا من باب توقّف أخذ حقّه من غيره عليه؛ فإنّه في مقام استيفاء حقّه قد تملّك أو يتملّك ما يساوي حقّه، و هذا الزائد إنّما أخذه و وضع يده عليه لعدم إمكان أخذ حقّه من غيره إلّا بوضع اليد عليه؛ فعموم مثل «على اليد» عنه منصرف، و لا دليل على الضمان سواه. نعم، لو أتلفه شملته قاعدة الإتلاف، كما أنّه لو فرط في حفظه أو أفرط في وضع اليد عليه أو أخر في ردّه فقد عصى و لما كان العموم عنه منصرفاً و كانت القواعد حينئذٍ مقتضية للضمان.

(1) مستدرک الوسائل 17: 88، كتاب الغصب، الباب 1، الحديث 4.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 433

[مسألة لو توقّف أخذ حقّه على بيع مال المقتض منه]

مسألة 7 لو توقّف أخذ حقّه على بيع مال المقتضّ منه جاز بيعه و صحّ (24) و يجب ردّ الزائد من حقّه، و أمّا لو لم يتوقّف على البيع بأن كان قيمة المال بمقدار حقّه فلا إشكال في جواز أخذه مقاضّة، و أمّا في جواز بيعه و أخذ قيمته مقاضّة أو جواز بيعه و اشتراء شيء من جنس ماله ثمّ أخذه مقاضّة إشكال، و الأشبه عدم الجواز.

[مسألة لا إشكال في أنّ ما إذا كان حقّه ديناً على عهدة المماطل فاقترض منه بمقداره برئت ذمّته]

مسألة 8 لا إشكال في أنّ ما إذا كان حقّه ديناً على عهدة المماطل فاقترض منه بمقداره برئت ذمّته (25)، سيّما إذا كان المأخوذ مثل ما على عهده (26) كما إذا كان عليه مقدار من الحنطة فأخذ بمقدارها تقاضاً، و كذا في ضمان القيميات إذا اقتضت القيمة بمقدارها،

(24) قد مرّ الكلام في جواز بيعه في هذه الصورة و عدم جوازه في الصور الأخر بنحو مستوفى ذيل المسألة الثانية فتذكر.

(25) فإنّ المفهوم من أدلّة جواز التقاص: أنّ ما يأخذه تقاضاً فإنّما هو مكان ما عند المطلوب منه، فإذا كان ما عنده شيئاً في ذمّته فما يأخذه فهو مكان ما في ذمّته و عوض عنه. و لازمه العرفي خروج ذمّته عمّا اشتغلت به. و ما في بعض المصاديق المذكور في الأخبار كما في صحيح البقباق و معتبر أبي بكر من التصريح بهذه العوضية لا يختصّ بخصوص هذه المصاديق، بل المفهوم منه عرفاً أنّه تعبير عامّ في جميع موارد التقاص.

(26) وجه الخصوصية: أنّه قد ورد التصريح بما ذكرناه من أنّ المأخوذ إنّما هو مكان ما عنده و عوض عنه في بعض مصاديق المثليات،

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 434

و أمّا إذا كان عيناً فإن كانت مثلية و اقتضت مثلها فلا يبعد حصول المعاوضة قهراً (27) على تأمل.

على ما مرّت إليه الإشارة.

كما في صحيح البقباق: «إنّ شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم، فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك»، فمورده: أخذ ألف درهم مكان الألف درهم التي أخذت منه و هما مثلان.

و نحوه مضمّر أبي بكر المفروض فيه أيضاً أخذ الدراهم مكان دراهم آخر، و في ذيله تقول اللهمّ. إنّما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني.

و نحوهما معتبره، بناءً على نسخة «الفقيه»، فراجع.

(27) خصوصية التقاصّ بالمثل الموجبة لأظهرية المعاوضة القهرية أمران:

أحدهما: أن صحيح البقباق المصرح بأن ما يأخذه تقاصاً فهو مكان ما ذهب به منه عامّ لما إذا كانت الدراهم التي ذهب بها منه موجودة بعينها عند المطلوب منه، فيكون قد صرح بأنّ المأخوذ عوض عنها. و لازم العوضية عرفاً حصول المعاوضة قهراً، و من المعلوم: أن مورد الصحيحة من التقاص بالمثل.

ثانيهما: أنه بعد ما كان جهات المالية المرغوب فيها عند العقلاء في مصاديق المثليات المتماثلة متساوية في جميع المصاديق لا تفاوت فيها،

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 435

و أمّا إذا كانت من القيمات كفرس مثلاً و اقتصّ بمقدار قيمتها، فهل كان الحكم كما ذكر من المعاوضة القهرية، أو كان الاقتصاص بمنزلة بدل الحيلولة، فإذا تمكّن من العين جاز أخذها بل وجب (28)، و يجب عليه ردّ ما أخذ، و كذا يجب على الغاصب ردّها بعد الاقتصاص (29) و أخذ ماله؟

و قد كان مفهوم التقاص أن ما به التقاص فهو مكان ما أخذ منه، فقد وقع ما يتقاص به مكان المأخوذ منه في جميع جهاته المرغوب فيها، فلا يبقى من جهاته المرغوبة شيء لم يؤخذ عوضها، فلازمه حصول المعاوضة قهراً.

و مع ذلك: فاحتمال بقاء ملكيته بالنسبة إلى حيثية شخصية العين المأخوذة قائم بحاله؛ و لا سيّما بعد ما صورنا بدل الحيلولة الذي لازمه بقاء المبدل منه على ملك مالكة الأصلي، و لكنّه احتمال ضعيف بعد ذلك الاستظهار العرفي.

(28) التعبير بالجواز بملاحظة أنّها ماله، فأمرها بيده، فيجوز له أخذها ممّن تصرف فيها بغير رضاه. و الترقّي إلى الوجوب لا وجه له إلّا بملاحظة أنّ التصرف في البدل المأخوذ للحيلولة لا يجوز له بعد ذلك؛ فإنّه إنّما جاز التصرف في ذلك الشخص لمكان سدّ الطريق عليه إلى ماله، فإذا ارتفع المانع و انفتح الطريق فلا يجوز له التصرف في مال الغير إلّا بإذنه. فمال الوجوب إلى حرمة تصرفه في مال الغير، و إلّا فلو سلّم مال الغير إليه و رضي بأن يكون عين مال نفسه عند هذا الغير لما كان به بأس. (29) يعني أن الاقتصاص لا يوجب تغييراً في وظيفة الغاصب،

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 436

فيه إشكال و تردّد (30) و إن لا يبعد جريان حكم بدل الحيلولة فيه (31).

فتصرفه في مال المتقاص حرام و يجب عليه ردّه إلى مالكة كلّ آن، و لا يوجب التقاص أن يجوز له فيه التصرف أو أن لا يجب عليه الرد؛ فإنّه تصرف في مال الغير بغير إذنه، و لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا

بطيب نفس منه.

(30) لعدم التصريح بالعوضية بالمعنى الذي قد مرّ في شيء من النصوص في مورد البحث، و كون مفاد التقاصّ عرفاً العوضية المذكورة غير معلوم؛ خصوصاً بعد أن كان بدل الحيلولة أيضاً أمراً عرفياً. (31) فإنّه بعد أن لم يتبيّن أمره بحسب أخبار التقاصّ و شككنا فيه، كان مقتضى الاستصحاب بقاء كلّ من العينين على ملك مالكهما و حرمة تصرف الغاصب في العين المغصوبة. غاية الأمر: جواز تصرف المتقاصّ فيما أخذه تقاصاً ما دام لم يدفع الغاصب ماله إليه، و إلّا فإذا دفعه كان مقتضى عموم «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفس منه» هو حرمة تصرفاته فيما أخذه بعد ذلك الزمان، بناءً على ما هو الحقّ من وجوب الرجوع إلى العامّ و حكمه، لا إلى استصحاب حكم المخصّص في أمثال المقام. لكن لا يبعد دعوى: أنّ الأظهر ما ذكرناه أولاً؛ من أنّ مفهوم التقاصّ عرفاً أنّ المأخوذ يكون مكان المغصوب و عوضاً عنه، و أنّ التعبير بهذا المعنى في صحيح البقباق و معتبرات أبي بكر الحضرمي، هو تعبير بما يقتضيه حقيقة التقاصّ في جميع مصاديقه، و من قبيل التعبير بلازم الماهية، لا أنّه مختصّ بالمصاديق الخاصة الواردة فيها. و حينئذٍ فظاهرها كما في

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 437

[مسألة الأقوى جواز المقاصة ( ) من المال الذي جعل عنده وديعة]

مسألة 9 الأقوى جواز المقاصة (32) من المال الذي جعل عنده وديعة على كراهية، و الأحوط عدمه.

[مسألة جواز المقاصة في صورة عدم علمه بالحقّ مشكل]

مسألة 10 جواز المقاصة في صورة عدم علمه بالحقّ مشكل (33) فلو كان عليه دين و احتمل أدائه، يشكل المقاصة، فالأحوط رفعه إلى الحاكم، كما أنّه مع جهل المديون مشكل و لو علم الدائن،

«الجواهر» ملك المقاصّ العوض الذي يأخذه و يلزمه انتقال ما يقابله إلى الغاصب.

(32) قد مرّ وجه ما تضمّنته هذه المسألة في ذيل البحث عن أخبار جواز التقاصّ، عند البحث عن الطائفة الاولى من الأخبار المتعارضة، فتذكر.

(33) لعدم علمه بالحقّ صورتان:

فتارة لا يعلم بأنّ له على الآخر حقاً، و الأصول العملية أيضاً حاکمة ببراءة ذمّته، كأن احتمل اشتغال ذمّة زيد بمال له؛ فإنّ استصحاب عدم اشتغالها و براءتها حاكم بأن ليس له على ذمّته شيء. و أخرى يكون مقتضى الأصول عنده اشتغال ذمّة هذا الغير، كأن علم بأنّ ذمّة الغير قد اشتغلت بمال له و شكّ في أدائه و فراغها.

فالصورة الاولى لا وجه لتوهم جواز المقاصة بعد أن كانت الأصول قاضية بعدم ملك له على الغير و

بحرمة التصرف في مال الغير بلا طيب نفس منه، بل لو بذل له ذلك الغير و أذن له في الاستيفاء منه  
فليس له

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 438

.....

الأخذ منه؛ لاستصحاب حرمة التصرف فيه. و الإذن في الاستيفاء ليس إذناً مطلقاً حتى يكون موجباً  
لنقض اليقين السابق. و بالجملة: فهذه الصورة لا شبهة في حرمة التقاص معها.

و أما الصورة الثانية و هي مراد الماتن دام ظلّه كما يشهد له قوله: «فلو كان عليه دين و احتمل أداءه  
يشكل المقاصّة» فإنّها مورد استصحاب بقاء ماله في ذمّته على ما كان؛ فقد يقال فيها بجواز المقاصّة،  
بيان: أنّه إذا كان المفروض اليقين بأنّ له على ذمّة الغير ألف درهم مثلاً و شكّ في أنّه أدّاه أم لا، كان  
مقتضى قاعدة «لا تنقض اليقين بالشكّ» الحكم ببقاء يقينه على ما كان، و اليقين طريقي؛ فيحكم بأنّ له  
على ذمّة الغير ألف درهم في الحال أيضاً. فبالاستصحاب يثبت و ينقح موضوع الدين، و أنّ له على  
الغير ألف درهم مثلاً فيعمّه مثل صحيحة البقباق الدالة على أنّه يجوز التقاصّ بألف درهم ممّن عليه  
الألف درهم و ذهب بها.

و بالجملة: لمّا كان المفروض شكّ صاحب الحقّ و احتمال أن يكون المديون قد أدّى دينه، و معلوم:  
أنّ المديون ينكر أن يكون عليه شيء، فالتمسكّ بالأخبار المشتملة على عنوان الجحد و إن لم يمكن  
فإنّ صدق هذا العنوان مشكوك، و التمسكّ بأخباره تمسكّ بالعامّ في شبهته المصادقية إلّا أنّه لا بأس  
بالتمسكّ بمثل صحيحة البقباق الواردة على عنوان الذهاب بماله الذي يحرز تحقّقه ببركة الاستصحاب.  
و حينئذ: فلعلّ وجه الإشكال في جواز التقاصّ هو احتمال انصراف الأخبار المجوّزة إلى ما إذا كان من  
له الحقّ قاطعاً بأنّ له على الغير حقّاً غير

مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، ص: 439

.....

شاكّ في ذلك؛ فلا تشمل مورد الشكّ. و قوّة هذا الاحتمال تمنع عن الإفتاء و الجزم بالأخذ بما اقتضاه  
الاستصحاب؛ فإنّ استصحاب اشتغال ذمّته لا يزيل الشكّ حقيقة. و الأخبار منصرفة عن مورد وجود  
الشكّ الحقيقي باحتمال قوي، هذا.

أقول: و التحقيق: أنّه لا يجوز التقاصّ استناداً إلى ذلك الاستصحاب؛ و ذلك أنّ موضوع الجواز كما  
عرفت ليس مطلق الذهاب بالمال الذي عليه، بل خصوص ما كان عن علم و التفات إلى أنّه ذهاب

بمال الغير. و لهذه الجهة بعينها قوينا عدم جوازه فيما إذا اعتقد بعدم مال للغير عنده أو عليه أو قامت عنده حجة معذرة على عدم، و هو الذي اختاره الماتن دام ظلّه في المسألة الأولى و أعاد ذكره في ذيل مسألتنا هذه.

و من المعلوم: أنّ من عليه احتمالاً الحقّ ينكر اشتغال ذمّته بشيء هنا جزماً، أو يستند إلى حجة على البراءة، و حيث إنّ مريد التقاصّ لفرض شكّه يحتمل صدقه في إنكاره أو صدق الحجة التي استند إليها، فلا محالة لا يثبت له خصوصية الذهاب و أنّه يكون عن علم و التفات بأنّه ذهاب بمال الغير. و من الواضح: أنّ اشتغال ذمّته الثابت بالاستصحاب لا يستلزم علم المديون بأنّ عليه شيئاً، لكي يلزم منه اتّصاف الذهاب بالخصوصية اللازمة. مع أنّه لو فرض الاستلزام بإثباته بالاستصحاب غير ممكن، إلّا على القول بالأصل المثبت، و هو ممنوع.

و عليه: فصدق موضوع جواز التقاصّ هنا غير معلوم؛ حتّى بعد

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 440

بل ممنوع كما مرّ (34) فلا بدّ من الرفع إلى الحاكم.

[مسألة لا يجوز التقاصّ من المال المشترك]

مسألة 11 لا يجوز التقاصّ من المال المشترك (35)

استصحاب اشتغال الذمّة؛ لاحتمال أن يكون صادقاً في إنكاره أو معذوراً في الاستناد إلى حجّته؛ فلا يكون ذهابه بمال الغير صادراً عن التفات إلى أنّه ذهاب بمال الغير؛ فلا يشمل أدلة الجواز. و مع هذا الاحتمال فالتمسك بأدلة جواز التقاصّ رجوع إلى العامّ في شبهته المصدقية، و هو غير جائز قطعاً.

و حينئذ: كان المرجع أصالة عدم جواز التصرفّ في مال الغير بالتملّك و غيره مع عدم إذنه، و أصالة عدم دخوله في ملكه بعد نية التملّك، و أصالة كونه ملكاً لذلك الغير حتّى بعدها فلا يجوز التصرفّ فيه.

نعم، لو كان المديون الاحتمالي أيضاً شاكاً في الأداء، فحيث إنّ استصحاب الاشتغال جارٍ في حقّه و حاكم بوجوب أدائه، فعدم قيامه بالأداء ذهاب بمال الغير حتّى عنده؛ فهنا يقوى جريان التقاصّ إن لم يحتمل انصرافها إلى خصوص صورة علم المقاصّ بالاشتغال.

(34) في المسألة الاولى من مسائل الباب، و قد مرّ وجهه، و قد أشرنا إليه آنفاً أيضاً، فتذكّر.

(35) لما عرفت من عدم جواز التصرفّ في مال الغير إلّا بإذنه. و أدلة جواز التقاصّ إنّما جوزت التصرفّ بالتملّك في مال من عليه أو عنده مال المقاصّ، و لم تجوز التصرفّ في مال شريكه إذا كان له



بين المديون وغيره إلا بإذن شريكه، لكن لو أخذ وقع التقاص وإن أثم (36)، فإذا اقتص من المال المشاع، صار شريكاً لذلك الشريك إن كان المال بقدر حقه أو أنقص منه (37)، وإلا صار شريكاً مع المديون و شريكه، فهل يجوز له أخذ حقه و إفرازه بغير إذن المديون؟ الظاهر جوازه مع رضا الشريك (38).

فهو باق على الحرمة كما كان.

(36) فإن تصرفه في المال المشترك بما أنه تصرف في أسهم غريمه و تملك لنصيبه عوضاً عما عليه أو عنده جائز و مشمول لعمومات التقاص، و بما أنه تصرف خارجي في نصيب الشريك حرام و إثم. و كون التقاص هنا و في هذا المصداق ملازماً لعمل حرام لا يوجب عدم شمول أدلته له، بل إطلاقاتها شاملة؛ فيقع التقاص و يترتب عليه آثاره، كما أفاده في المتن.

(37) المراد بالمال هو سهم المديون لا المال المشاع، وإلا لما صحّ قوله: «وإلا صار شريكاً مع المديون و شريكه»، كما لا يخفى على المتأمل.

(38) و ذلك أن مقتضى الأدلة كما تقرّر في باب الشركة توقّف التقسيم و الإفراز على إذن جميع الشركاء، و لا بدّ من الأخذ بها بالنسبة إلى الشريك و المتقاص، و كذا بالنسبة إلى المديون إذا أراد الشريك السابق إفراز نصيبه؛ فلا بدّ من رعاية إذنه و رضاهم في التقسيم. و أما المتقاص إذا أراد إفراز سهمه من نصيب المديون فليس عليه رعاية رضى المديون؛ و ذلك أن أدلة التقاص قد دلّت على أن المتقاص مستقلّ في أخذ مقدار ماله من جملة أموال المديون، و لا معنى لاعتبار رعاية رضاه؛ فإنّ التقاص إنّما شرّع لتسهيل الأمر و فتح الطريق لذي الحق إلى

.....

وصول حقه و نيل ماله، و المناسب له كما هو ظاهر إطلاق أدلته بسط يده لأخذ ماله و عدم توقّفه على تحصيل رضاه إذا أراد إفراز نصيبه الذي به يقع التقاص.

و بالجملة: قد جوزت أدلة التقاص أن يأخذ من مال المديون بقدر ماله كما في موثقة بريد و خبر جميل <sup>1</sup> و غيرهما و أمر بردّ ما زاد من ماله على حقه إليه كما في صحيحة داود بن زربي و خبر علي بن سليمان <sup>2</sup> فقد اذن للمقتاص تعيين حقه فيما شاء من أموال المديون، فأمر التعيين مفوض إليه شرعاً.

فإذا كان مال المديون مشاعاً بينه وبين غيره و زاد ماله على حق المتقاصّ و وضع اليد عليه بعنوان تملّك ما يساوي حقّه، فهو يملك بمقدار حقّه مشاعاً، و كان أمر التعيين بيده من غير اعتبار رعاية أذن المديون و رضاه.

فكما دلّت على أنّ أمر التعيين بيده فيما كان تملّكه مقارناً للتعين و تعيينه مقدّمة للتملّك و معه، فكذلك تدلّ بإطلاقها على أنّه إذا وضع اليد على ماله المشاع بقصد التملّك و كان زائداً على حقّه، فهنا أيضاً كان أمر التعيين و إفراز نصيبه بيده، و هذه الأدلة الواردة في تجويز التقاصّ مقدّمة بإطلاقها على سائر الأدلة و مخصّصة للعمومات و مقيّدة للإطلاقات منها، كما لا يخفى.

(1) تقدّمنا في الصفحة 393 و 396.

(2) تقدّمنا في الصفحة 395 و 400.

مباني تحرير الوسيلة – القضاء و الشهادات، ص: 443

[مسألة لو كان له حقّ و منعه الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة]

مسألة 12 لو كان له حقّ و منعه الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة، فلا يجوز له التقاصّ (39) و كذا لو شكّ في أنّ الغريم جاحد أو مماطل لا يجوز التقاصّ (40).

[مسألة لا يجوز التقاصّ من مال تعلّق به حقّ الغير]

مسألة 13 لا يجوز التقاصّ من مال تعلّق به حقّ الغير (41) كحقّ الرهانة و حقّ الغرماء في مال المحجور عليه، و في مال الميت الذي لا تفي تركته بديونه.

(39) لما عرفت من أنّ أدلة جوازه مختصة بالمماطل أو الجاحد، و لا تعمّ ما إذا يقوم المديون بالعمل بوظيفته و أداء ما عنده أو عليه إذا طوّل به. و القواعد تقتضي عدم حلية مال الغير إلّا بطيب نفسه. (40) إذ بعد الشكّ في أنّه جاحد أو مماطل أم لا، فلا يجوز التمسك للجواز بأدلة التقاصّ؛ لأنّه من قبيل الرجوع إلى العامّ في شبهته المصادقية، و هو غير جائز إجماعاً. كما لا يجوز التمسك للحرمة بعموم مثل «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه»؛ فإنّه قد خصّص بأدلة التقاصّ، فالرجوع إليه حينئذٍ من قبيل التمسك بالعامّ في الشبهة المصادقية لمخصّصه، و هو غير جائز على التحقيق. فالأدلة اللفظية غير وافية بإثبات حكم المورد.

لكنّه لا ريب في أنّ التصرف في مال المديون قبل صيرورته مديوناً بغير إذنه كا

## فروع مساله ١: من كانت دعواه عينا في يد انسان

10:33 AM Thursday, February 12, 2015

جواهر: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج 40، ص: 388

و إن كان الثاني فمن كانت دعواه عينا في يد انسان معترف بها أو معلوم حالها فله انتزاعها منه و لو قهرا بمساعدة ظالم أو بنفسه و إن استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك ما لم تثر فتنة بل و إن ثارت ما لم تصل إلى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس و الأموال و غيره من الفساد الذي يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك و إن كان مباحا في نفسه أو مستحبا بل أو واجبا و إن لم يكن الترتيب ترتيب سببية أو عليّة، كما أشار (عليه السلام) إليه بقوله في بيع الوقف «1»: «إنه ربما حصل من الاختلاف تلف الأنفس و الأموال» (1) الوسائل الباب - 6 - من كتاب الوقوف و الصدقات - الحديث 6 و فيه بل ربما أشير إليه بقوله تعالى «1» «إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَ فَسَادٌ كَبِيرٌ» و غير ذلك، بل قد يستفاد من الأول كون المدار على مظنته بل احتماله احتمالا معتدا به فضلا عن العلم و لا يفتقر انتزاعها في الظاهر و الواقع على إذن الحاكم إذا كانت على الوجه المزبور.

عروه قد عرفت عدم الحاجة إلى إذن الحاكم في التقاص في الماليات (عروه)

★ فروع: مسألة إذا كان الحق المطلوب عينا:

1. فان كان يمكن أخذه بلا مشقة و لا ارتكاب محذور فلا يجوز المقاصة من ماله الآخر،
2. و إن لم يمكن أخذه أصلا جاز له المقاصة من ماله الآخر إن كان من جنس ماله و إن لم يكن من جنسه جاز أن يأخذ بمقدار قيمة ماله و يجوز أن يبيعه و يأخذ ثمنه عوض ماله و يجوز أن يشتري به من جنس ماله و يأخذه و لا حاجة إلى الاستيذان من الحاكم الشرعي لإطلاق الأخبار،
3. و لو أمكنه أخذ ماله لكن بمشقة أو ارتكاب محذور مثل الدخول في داره أو كسر قفله أو نحو ذلك فالظاهر جواز المقاصة من ماله الآخر أيضا كما يجوز له أخذ ماله، و إن استلزم الضرر على المطلوب منه إذا كان عالما بأنه ماله و مع هذا كان جاحدا أو مماطلا،

4. و أما إذا لم يكن مقصرا بأن كان جاهلا بأنّه ماله ففي جواز أخذه إذا استلزم الضرر و عدمه وجهان؟ من قاعدة الضرر و من أنّه أنّما جاء من قبل جهله و الأحوط حينئذ اختيار المقاصة، كما أنّه إذا أمكن رفع الضرر عنه بالرجوع إلى الحاكم و إثبات حقه الأحوط اختيار ذلك.

## بررسی فرع ۱- اگر عینی تحت ید و تصرف غاصبانه شخص دیگر است آیا جایز است صاحبش آن را بدون مراجعه به حاکم بردارد؟

10:44 AM Thursday, February 12, 2015

**اقول:** مساله تقاص از مسائلی است که ضعف نگاه اجتماعی در فقه شیعه را کاملا مشهود می سازد. تمام نگاه فقها در این موضوع به استنقاذ حقوق فرد است و نگاهی به تاثیر آن بر شرایط اجتماعی ندارند و به عبارت دیگر حفظ حقوق جامعه مانند حفظ امنیت مالی افراد و حفظ نظام اجتماعی و تاثیری که نگاه فرد گرا بر جامعه دارد اصلا مورد توجه نیست.

من کانت دعواه عینا فی ید إنسان فله انتزاعها و لو قهرا ما لم یثر فتنه و لا یقف ذلک علی إذن الحاکم-شرايع

إذا كان لإنسان عند غيره مال و ذلك الغير منكر و لصاحب المال بينة عادلة ثبت عند الحاکم و أمکن الوصول الى حقه بإثبات الحاکم و حکمه (فهل) له أخذه من مال المديون من غير اذن الحاکم أم لا فنقول اما ان يكون ذلك المال عینا أو دینا فان كان (الأول) جاز إجماعا- ایضاح الفوائد

خوبی: (مسألة 54): إذا كان مال شخص في يد غيره جاز له أخذه منه بدون إذنه و ذلك لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم

**نکته:** روایات تقاص همه در مورد دین است ولی از باب قیاس اولویت می توان به آنها در این فرع استدلال کرد زیرا اخذ عین مغضوبه موجود نسبت به تقاص عین مفقود که مفاد روایات است جوازش اولی است. هر چند نسبت به تقاص دین قرضی اولویت قابل مناقشه است زیرا دین قرضی اثبات طلبکاری سخت تر از اثبات حق در عین است

**فروض:**

**الف:** صورت اعتراف غاصب:

به گفته برخی فقها، اگر غاصب معترف به غصب و دزدی است از موضوع بحث تقاص خارج است بلکه داخل در موضوع دفاع از مال و نفس است زیرا در دفاع میان منع از حدوث غصب و منع از استمرار غصب تفاوتی نیست. و در این خصوص حتی اگر به فتنه و

اتلاف مال و جان هم بینجامد جایز است:

أَنَّ مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فِي يَدِ إِنْسَانٍ لَا يَنْكُرُ كَوْنَهُ مَالًا لَهُ أَصْلًا بِأَنْ أَخَذَ مِنْهُ غَضَبًا أَوْ سُرْقَةً أَوْ غَيْرَهُمَا، فَلَهُ أَنْ يَنْتَزِعَهَا مِنْهُ، وَ لَوْ ثَارَتْ فِتْنَةٌ وَ لَوْ بَتَلَفَ مَالُ الْآخِذِ أَوْ نَفْسُهُ فِي بَعْضِ الْوُجُوهِ عَلَى التَّفْصِيلِ الْمَذْكُورِ فِي مُحَلِّهِ مَا لَمْ تَثُرْ إِلَى مَا لَا يَجُوزُ مَعَهُ ذَلِكَ مِنْ خَوْفِ تَلَفِ نَفْسِهِ أَوْ مَالِهِ بِمَا هُوَ أَعْظَمُ مِمَّا يَرِيدُ انْتِزَاعَهُ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ. وَ هَذَا أَمْرٌ لَا يَنْكُرُهُ أَحَدٌ وَ لَا يَرْتَابُ فِيهِ، وَ لَا رِبْطَ لَهُ بِمَسْأَلَةِ الْمُدَّعِي وَ الْمَنْكُرِ أَصْلًا بَلْ هُوَ مِنْ شَقِيقِ الدِّفَاعِ عَنِ الْمَالِ الَّذِي اتَّفَقَتْ كَلِمَتُهُمْ فِيهِ عَلَى الْجَوَازِ وَ لَوْ ثَارَتْ فِتْنَةٌ. وَ دَلٌّ عَلَيْهِ جُمْلَةٌ مِنَ الْأَخْبَارِ مِنَ الْأَثْمَةِ الْأَخْيَارِ وَ النَّبِيِّ الْمُخْتَارِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مُخْتَصًّا بِالْمَنْعِ عَنْ أَخْذٍ مِنْ يَرِيدُ أَخْذَ الْمَالِ، بَلْ يَشْمَلُ رَفْعَ يَدِ الْآخِذِ عَنِ الْمَالِ أَيْضًا وَ لَوْ سَلَّمَ عَدَمَ شُمُولِهِ لَهُ مَوْضِعًا فَلَا رَيْبَ فِي شُمُولِ حُكْمِهِ لَهُ. -

انصاری به نقل ش رهما

و ان كان ذلك في غير مقام الدعوى، كما إذا كان ذو اليد معترفا بظلمه كاللص و قطاع الطريق و سائر أقسام الظلم، جاز لصاحب العين استنقاذ الحق و لو انجر الأمر إلى المعاركة و المقاتلة بشروط المذكورة في مسألة الدفاع، منها احتمال التوصل أو ظنه كما صرح به الأصحاب في تلك المسألة. - كتاب القضاء (للميرزا حبيب الله)، ج 2، ص: 106

**نقول:** فرق نگذاشتن میان حدوث و استمرار غصب - با قبول اختصاص ادله به منع از حدوث - بر اساس الغای خصوصیت یا تنقیح مناط نامقبول است؛ زیرا ممکن در صورت دوم، بر اساس ارتکاز عقلایی قائل شویم باید رفع غصب از طریق محاکم انجام شود.

**ب: صورت عدم اعتراف غاصب:**

**نظریات:**

**نظریه اول:** استقلال باخذ مطلقا حتی با ترتب قتل و فساد

ظاهرا این نظریه قائلی ندارد و استدلالی بر آن ارائه نشده است.

**رد نظریه:**

يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك و إن كان مباحا في نفسه أو مستحبا بل أو واجبا و إن لم يكن الترتيب

ترتیب سببیه أو علیة، كما أشار (عليه السلام) إليه بقوله في بيع الوقف «1»: «إنه

ربما حصل من الاختلاف تلف الأنفس و الأموال» (1) الوسائل الباب- 6- من كتاب الوقوف و

الصدقات- الحديث 6 و فيه بل ربما أشير إليه بقوله تعالى «1» «إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَ

فَسَادٌ كَبِيرٌ» و غير ذلك، بل قد يستفاد من الأول كون المدار على مظنته بل

احتماله احتمالا معتدلا به فضلا عن العلم.-جواهر

### نقول:

جواهر روایت و آیه را به عنوان موید ذکر کرده است و از آنها به عنوان اشاره و

تایید این حکم کلی را استفاده کرده است که هیچ کاری که موجب فتنه و فساد

و اتلاف اموال و انفس شود مشروع نیست. اگر این برداشت به عنوان دلیل ذکر

می شد راه را برای این که آن را به عنوان یک اصل حاکم در فقه مطرح شود

باز کرده بود ولی چنین تهوری را نکرده و تنها این اصل کلی حاکم مستفاد از آیه

و روایت را به عنوان یک موید پذیرفته و مطرح کرده است.

استدلال اصلی ایشان بر این که نباید در تقاص تا حد تلف اموال و انفس پیش

رفت دعوای علم به مذاق شارع است. این که اولاً این علم از کجا بدست آمده

بحثی صغروی است اما مساله مهم تر این است که چگونه دعوای علم به کشف

مذاق شارع در مساله ای می تواند مستند فقیه قرار گیرد؟

### نظریه دوم: استقلال به اخذ به شرط عدم اثاره فتنه منتهی به قتل و فساد

ما لم تثر فتنه بل و إن ثارت ما لم تصل إلى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب

تلف الأنفس و الأموال و غيره من الفساد الذي -جواهر

### ادله:

- استدلال بر عدم جواز اقدام در صورت ترتب قتل و فساد همان استدلال بر رد نظریه

قبل است که مورد ترتب فساد و تلف اموال و نفوس که یقین داریم شارع بخاطر

تقاص مال اندک به آن راضی نیست-از اطلاقات تقاص خارج شده و ما بقی موارد

مشمول اطلاقات قرار دارد.

البته از آنجا که اطلاقات فقط در مورد دین است تعمیم آن به عین باید با تنقیح مناط

قطعی جواز تقاص عین نسبت به دین صورت گیرد

- اما استدلال بر جواز بر استقلال در صورت اثاره فتنه غیر منتهی به قتل و فساد:



- مقتضای عمومات، سلطه هر کس بر مال خود است و این سلطه به این معناست که من اجازه دارم برای انتزاع مالم که در دست غاصب است اقدام کنم
  - مقتضای دلیل لا ضرر است زیرا عدم جواز انتزاع موجب ضرر بر مدعی است
- مناقشه:** ادله نظریه های بعد این استدلال ها را رد می کند

**نظریه سوم: استقلال به اخذ به شرط عدم اثاره مطلق فتنه (ما لم تُثر فتنه)**

لكن في مفتاح الكرامة الجواز، و ربما يظهر من محكي مجمع البرهان فله انتزاعها منه و لو قهرا بمساعدة ظالم أو بنفسه و إن استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك - جواهر

**ادله اشتراط عدم اثاره فتنه:**

- درست است که هر کسی بر مال خود سلطه دارد ولی بر شخص دیگر سلطه ندارد و اجازه اخذ مال حتی با انتزاع قهری و تعرض به جان و مال و عرض غاصب به معنای مسلط کردن مدعی بر منکر است:
- رشتی: فالحکم فيه كما ذكره الأصحاب من اشتراط جواز الانتزاع بعدم إثارة الفتنة مطلقا صغيرة أو كبيرة، ولأن عدم سلطنة المدعي ظاهرا على المنكر يمنع عن تجويز الشارع للانتزاع القهري المورث للفتنة، لان فساد من جزئيات فساد ترك الناس على حالهم و عدم نصب الرئيس لهم في طي مخاصماتهم.
- اجازه اخذ انتزاع قهری مال از غاصب بر خلاف فلسفه نصب قاضی از سوی شارع و طریقه شارع است.
- بل يجب عليه رفع الأمر إلى الحاكم، لأنه قضیة نصبه فإنه من جهة رفع ما يوجب الفتنة بين الناس. -رشتی

**ادله جواز اقدام در صورت ایجاد ضرر بر غاصب بدون فتنه:**

- تسلط هر کس بر مال خود
  - غاصب خود اقدام بر ضرر وارد بر خود کرده است
- مناقشه:** حد وسط در هر دو استدلال (عدم سلطنة المدعي ظاهرا على المنكر - لأنه قضیة نصبه) اعم از مدعا است زیرا وجه دلالت دلیل این است که با عدم سلطنت، دلیل روشنی بر صحت ادعای مدعی وجود ندارد و مقتضای این دلیل آن است که با عدم سلطنت فقط باید به قاضی مراجعه کرد.

نظريه چهارم: استقلال به اخذ به شرط عدم ايراد ضرر بر غاصب (مگر با انحصار اخذ در اضرار)

این نظر را جواهر به علامه در ارشاد نسبت داده است:

و هل للمدعي الاستقلال مع عدم الفتنة إذا توقف على ضرر و ضرار كتحريق الثوب و كسر القفل و هدم الباب و نحوه. ظاهر المحكي عن الإرشاد العدم، لأنه وضع مكان الفتنة الضرر... نعم مع انحصار التوصل إلى الحق في الإضرار يجوز، لقاعدة السلطنة مع سلامتها عن معارضة «لا ضرر»، لأنها معارضة بمثله، لان عزل الإنسان عن ماله ضرر عليه. - رشتی ره

ادله:

a. لقاعدة نفي الضرر.

مناقشه 1:

اطلاق قاعده سلطنت بر مال به من اجازه می دهد که مال را به هر شیوه ای تحت اختیار بگیرم

پاسخ:

(و لا يعارضه قاعدة السلطنة)، لإمكان توصله إلى الحق بالرجوع الى الحاكم. و بالجملة مع عدم توقف التوصل إلى الحق على الإضرار يشكل جوازه بل الظاهر العدم.

مناقشه 2:

اطلاقِ روایت «ليّ الواجد يحل عقوبته» <sup>1</sup> اضرار را اجازه می دهد زیرا اضرار هم از مصادیق عقوبت است.

پاسخ:

أما أولاً، فلعدم صدق اللَّيِّ مع إنكار المدعى عليه مع اعتقاده حقيقته، و أما ثانياً، فلامكان منع دلالة على تعيين المعاقب - بالكسر - بل انما يدل على تعيين المعاقب، فمن الجائز أن يكون المعاقب هو الحاكم.

نظریه پنجم: عدم جواز اخذ مطلقا حتی با عدم هرگونه ضرر، بدون مراجعه به حاکم (مگر با انحصار طریق)

ادله عدم جواز:

- اقدام خودسرانه و بدون مراجعه به محکمه بر خلاف فلسفه جعل منصب قضاوت است
- اقدام خودسرانه بر خلاف نظم اجتماعی - بخصوص در جوامع امروز - است
- طبق ارتکاز عقلا برای حفظ نظامات اجتماعی تصرف در مالی که در ید دیگری است یا باید با اجازه صاحب ید باشد و یا با حکم محکمه؛ و به همین دلیل محکمه می تواند چنین فردی را با نداشتن دلیل بر ملکیت متجاوز قلمداد کند و وی را مواخذه کند و این ادعا که من خود را مالک می دانستم مانع مواخذه نیست.

#### مناقشات:

- ظاهرا هیچ خلافتی بین فقها در جواز آن بدون مراجعه به حاکم نیست.
- پاسخ: در این مورد ادعای اجماعی نشده و در صورت وجود، قدمایی بودن آن ثابت نیست
- b. لأنه عين ماله فلا حاجة إلى الرجوع في تحصيله إلى غيره.
- پاسخ: ادله فوق الذكر لزوم رجوع به حاکم را اثبات می کند
- روایات تقاص که بر جواز تقاص دین به صورت مطلق دلالت دارد به طریق اولی جواز اخذ عین را افاده می کند.
- پاسخ: ولی از آنجا که این روایات در شرایط حکومت جور وارد شده نسبت به شرایط امکان رجوع به قاضی عدل اطلاق ندارد. مثلا روایت ابی العباس بقباق که می فرماید: «انا احب ان تاخذ» اطلاقش نسبت به اخذ در این زمان و زمان های آینده که حاکم عدلی خواهد بود ثابت نیست زیرا روایت ناظر به قضایای واقع در همان عصر و نوعی قضیه خارجی است.
- اصل سلطه مردم بر اموالشان اقتضا می کند که هر کس بتواند مال خود را هر جا که باشد اخذ کند و در آن تصرف کند حتی اگر در تصرف دیگری باشد.
- پاسخ: این اصل اگر مستند به روایت «الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم» باشد که این روایت - لو سَلَّم - به معنی جواز هر نوع تصرف در آن است و

ناظر به چگونگی دفع سلطه دیگران نیست. و اگر اشاره به اصل عقلایی باشد که این اصل با توجه به ارتکاز فوق الذکر شامل صورتی که مال از دست صاحبش خارج شده و در دست دیگری واقع شده نمی باشد □. اصل لاضرر که بر عدم تحمل ضرر نابجا دلالت دارد.

**پاسخ:** روایت بر نفی ضررهای اجتماعی هم دلالت دارد و در تراجم ضررها ضرر اجتماعی ناشی از اقدام انفرادی بیشتر است و ثانیاً، این ضرر قابل تدارک است ولی ضرر اجتماعی قابل تدارک نیست.

#### **ادله استقلال به اخذ و تقاص در صورت انحصار طریق بر مبنای مختار:**

زیرا در صورت عدم امکان اخذ حتی با مراجعه به محکمه، ارتکاز عقلایی بر منع اخذ تقاصی عین مغضوب از سوی مالک ثابت نیست و ادله جواز تصرف هر کس در مال خود و نیز ادله لاضرر بر جواز آن دلالت دارد. البته بعید نیست که این حکم به صورتی که غاصب معترف مکابر یا جاحد است اختصاص داشته باشد. زیرا بیشتر روایات باب تقاص (مگر روایت موسی بن عبدالملک) به صورت جحد و یا مکابره اختصاص دارد.

□. اما آیا در صورت انحصار طریق، اخذ مطلقاً جایز است؟ اینجا فروض زیر متصور است:

- صورت استلزام قتل و فساد؛ در این صورت مسلماً تقاص جایز نیست به ادله ای که پیش از این نقل شد. زیرا همان طور که گفته شد ادله دفاع از نفس و مال شامل منع از استمرار غصب نمی شود.
- در صورت استلزام فتنه به معنی ایجاد اختلاف و مناقشه بدون قتل و فساد؛ در این مورد باید تفصیل میان مقدار مال مغضوبه قائل شد؛ در برخی موارد که مقدار مال زیاد باشد ارتکاز عقلایی نسبت به جواز آن وجود دارد.
- در صورت استلزام اضرار به غاصب فیه وجهان؛ اقوی این است که اضرار به غاصب در صورتی که وی معترف به غصب و مکابر است و یا جحد کرده و از رد امتناع می کند اگر در حد افساد نیست جایز است زیرا غاصب خود بر آن اقدام کرده است. اما در صورتی که معترف و جاحد نیست و احتمال عدم علم در مورد او عقلاً وجود دارد اضرار و به طریق اولی فتنه و نزاع جایز نیست زیرا غاصب خود اقدام نکرده است.

1. بررسی فرع ۲- اگر عین مال مغضوب نزد غاصب موجود است آیا مغضوب منه حق دارد به مقدار آن از اموال غاصب، بدون اذن حاکم تقاصاً بردارد؟

5:45 PM Monday, February 16, 2015

إذا كان لإنسان عند غيره مال و ذلك الغير منكر و لصاحب المال بينة عادلة ثبت عند الحاكم و أمكن الوصول الى حقه بإثبات الحاكم و حكمه (فهل) له أخذه من مال المديون من غير اذن الحاكم أم لا فنقول اما ان يكون ذلك المال عينا أو دينا فان كان (الأول) جاز إجماعا و ان كان (الثاني) فهو المسئلة المقصودة ههنا (فنقول) ان لم يأمن الفتنة و الضرر لم يجز و ان امنهما نص الشيخ رحمه الله تعالى على الجواز لقوله تعالى **فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ** «1» سمي الأول عدوانا و هو حقيقة و الثاني سماه عدوانا مجازا للمشابهة في الأخذ قهرا و اختاره المصنف (و من) حيث أنه استبدال مال بمال و ليس له ولاية على المالك و يمكن ان يأخذ بحكم من له الولاية فلا يجوز تعديه و الثاني أقوى عندي لأنه كلما كان المالك أو من قام مقامه باذلا له لم يجز له الأخذ من دونه و المقدم هنا ثابت و التالي مثله و الملازمة إجماعية و ثبوت المقدم ظاهر لان الحاكم قائم مقام المالك. - ايضاح

### فروض:

**فرض الف:** فان كان يمكن أخذه بلا مشقة و لا ارتكاب محذور فلا يجوز المقاصة من ماله الآخر، (عروه)

### دليل:

اخذ و تصرف در مال غير حرام است و دلیلی بر خروج مورد از این اصل وجود ندارد. زیرا لاضرر با توجه به امکان اخذ عین، شامل نمی شود و روایات باب تقاص اولاً، غالباً از قضیه خارجیه مربوط به عین از دست رفته یا دین سوال کرده و اطلاق ندارد تا شامل این مورد شود و ثانیاً، می توان گفت که روایات دارای اطلاق از این مورد انصراف دارد.

**فرض ب:** اگر اخذ عین مغضوب برای صاحب مال مشقت دارد ولی برای قاضی این کار ممکن است آیا صاحب مال می تواند مستقلاً از سایر مال های غاصب تقاص کند یا این که باید برای اخذ عین مال خود و یا اذن تقاص به قاضی مراجعه کند؟

۱. نظریه مشهور: مستقلا می تواند اقدام کند و نیازی به مراجعه به قاضی یا اذن حاکم نیست.

ادله:

a. لإطلاق الأخبار:

مناقشه: اطلاعات ادله تقاص نسبت به این مورد شمول ندارد زیرا تعدادی از روایات در مورد درهم مغصوبه و از دست رفته و دیون است و فقط روایت داود بن رزین و روایت سلیمان بن خالد و سلیمان بن علی شامل تقاص نسبت به عین می شود ولی ایرادهای زیر بر این روایات وارد است:

(۱) روایت داود اولاً، قضیه خارجیه ای است که احتمال اخذ عین بالمباشره و یا توسط قاضی در موردش - به این جهت که طرف دعوا سلطان است و درگیر شدن با سلطان برای او مستلزم عسر شدید است منتفی می باشد. بنابر این، چون طریق استنقاذ حق منحصر به تقاص است بر جواز آن نسبت به سایر موارد دلالت ندارد. ثانیاً، علاوه بر این، محتمل است که تعبیر «خذ منهم..» اجازه امام ع که حاکم شرع اصلی است باشد و این پاسخ که ظاهر این روایت هم بیان حکم کلی است

و حملها علی أنّها إذن من ولی الأمر فی الأخذ، و لیس بحکم شرعی کلیّ إلهی، خلاف الظاهر، بل هی کسائر الأخبار المتضمنة للسؤالات المفروضة فی موارد شخصیة ظاهرة بحسب الجواب فی أنّها حکم کلیّ، بلا إشکال. -مومن

تمام نیست زیرا درست است که امام حکم را به صورت کلی فرموده است ولی حکم کلی لزوم اذن حاکم با اذن جزئی امام ع همراه شده است و در نتیجه مفاد روایت چنین است: «خذ منهم لجوازه شرعاً باذن الحاكم و انا مجیز لک»

(۲) تمام این روایات فقط تقاص را در جایی که مالی از غاصب در دست

مغضوب منه قرار گرفته اجازه داده و از آنها مجاز بودن تقاص از اموالی که در اختیار مغضوب منه نیست استفاده نمی شود. پس دلیل اخص از مدعی است.

۳) روایت سلیمان بن خالد بر عدم جواز تقاص فقط در مورد ودیعه دلالت دارد و جمله مفهوم ندارد تا مفهومش جواز موارد دیگر را اثبات کند.

.....

۴) روایت علی بن سلیمان بخاطر توثیق نداشتن وی ضعیف است. نتیجه این که هیچ نتیجه روایت معتبری بر حکم مشهور دلالت ندارد و بر فرض تمامیت روایات، با توجه به این که تجویر تقاص در مورد قضاات و محاکم زمان جور است تعدی از آن و حکم به جواز تقاص در زمانی که محاکم و قضاات عدل برقرار است بدون مراجعه به آنها ناتمام است.

b. و أصل البراءة من الرفع

**مناقشه:** با توجه به ادله زیر نوبت به جریان اصل نمی رسد

□ مع ما فيه من المشقة - كشف اللثام

**مناقشه:** اولاً، مشقت همیشه نیست و دلیل اخص از مدعی است و ثانیاً، مشقت فردی نمی تواند در احکامی که موجب مفاسد اجتماعی است رافع حکم اولی باشد.

i. و احتمال جرح الشهود.

□□□ ...

iv. قاعده لا ضرر

**مناقشه:** دلیل لا ضرر به دو جهت جاری نیست: اولاً، به جهت باز بودن راه تدارک ضرر با رجوع به حاکم، جاری نیست و ثانیاً، معارض بودن با ایراد ضرر بزرگتر که برهم زدن نظام اجتماعی است.

□ **نظریه مختار:** بدون مراجعه به قاضی و اذن حاکم نمی شود اقدام کرد.

**ادله:**

□ اقدام و تصرف در مال دیگران در اختلافات مالی بدون مراجعه به محکمه بر خلاف فلسفه جعل منصب قضاوت از سوی شارع (و طریقه شارع) است.



بل يجب عليه رفع الأمر إلى الحاكم، لأنه قضيّة نصبه فإنّه من جهة  
رفع ما يوجب الفتنة بين الناس. - رشتی

□□. اقدام خودسرانه بر خلاف نظم اجتماعی - بخصوص در جوامع امروز - است.  
□□□. طبق ارتکاز عقلا برای حفظ نظامات اجتماعی، تصرف در مال دیگری یا باید  
با اجازه صاحبش باشد و یا با حکم محکمه؛ و به همین دلیل محکمه می  
تواند چنین فردی را با نداشتن دلیل بر ملکیت متجاوز قلمداد کند و وی را  
مواخذه کند و این ادعا که من خود را مالک می دانستم مانع مواخذه  
نیست.

**فرض ج:** اگر اخذ عین مغضوب از هیچ راهی جز با تقاص از اموال دیگر بدون اذن  
حاکم ممکن نیست آیا تقاص جایز است؟  
**نظریات:**

**نظریه اول: جواز مطلق**

**دلیل نظریه:**

□. اطلاق اخبار

□. لا ضرر

**مناقشه:** در بیان ادله نظریه تفصیل مطرح شده است.

**نظریه دوم: جواز در صورت قرار گرفتن مال در ید مغضوب منه**

**ادله:**

۱. روایات به جایی که مال مورد تقاص تحت ید و تصرف صاحب حق قرار می گیرد  
اختصاص دارد و از آن می توان به صورتی که مالی در مکان عمومی است می شود  
تعدی کرد ولی از آنجا که تقاص بر خلاف اصل است و باید به قدر متیقن اکتفا کرد  
نمی شود به سایر اموال غاصب تعدی کرد.
۲. حفظ نظام اجتماعی بر این مبتنی است که هیچ کس بدون حکم حاکم نتواند در مال  
دیگری تصرف کند و ارتکاز عقلایی هم بر این امر مستقر است. بنابر این، چون جواز  
تقاص بر خلاف اصل و قاعده است و در مورد آن باید به مورد متیقن اخذ شود
۳. دلیل لا ضرر هم به جهت ترتب ضرر بزرگتر اجتماعی در صورت مجاز بودن تقاص  
مطلق، جاری نیست.

الا ان يقال: که اگر بر تقاص هیچ فتنه و ضرری مترتب نباشد و راهی برای احقاق حق به جهت فساد قضات و محاکم نباشد دلیل لاضرر نسبت به این فرد محکّم است.

## مساله ۲: آیا برای طلبکار در صورت امتناع یا تاخیر مدیون از ادای دین، تقاض بدون اذن حاکم جایز است؟

8:21 AM Monday, February 16, 2015

عروہ: مسأله 2: إذا كان الحق دينا و كان الغريم جاحدا أو مماطلا و لو بالتأخير عند المطالبة جازت المقاصة من ماله إذا لم يمكن الاستيفاء بالمرافعة و نحوها، أو أمكن و لكن مع مشقة أو ضرر، بل و كذا مع عدمهما على الأقوى لإطلاق الأخبار، **خلافًا للنافع و لعلّه** لدعوى انصراف الأخبار و هو ممنوع.

★ مسأله : الحق المقتص عنه يجوز أن يكون منفعة كما إذا غصب منفعة داره و كان جاحدا أو مماطلا، بل يمكن أن يكون حقا ماليا كحق التحجير و المقتص به أيضا يمكن أن يكون منفعة و لو كان المقتص عنه عينا.

### فروض:

### فرض اول: امکان وصول از طريق حاکم:

#### نظريات:

#### نظريه اول: عدم استقلال داین بدون اذن حاکم

#### ادله:

1. لأنّ له الخيار في جهة القضاء / لأنّ التسلّط على مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر منه على موضع الضرورة، و هي هنا منتفية-مسالك.
2. الأصل. مقصود اصل عدم جواز تصرف در مال غير بدون مراجعه و يا عدم حليت مال برای داین است.

#### مناقشه:

- i. المقطوع بما عرفت، از روايات و ادله لفظی
  - ii. بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى الحاكم  
رد: اصل عدم وجوب رفع یا اصل عدم اشتراط استصحاب عدم ازلی است که عرفی و مقبول نیست.
3. و دعوى قيام الحاكم مقام المالك، فمع التمكن لا يجوز بغير إذنه، (الحاكم ولىّ

الممتنع)

و لأن الممتنع من وفاء الدين يتولّى القضاء عنه الحاكم، و يعيّن من ماله ما يشاء، و لا ولاية لغيره. -مسالك

**مناقشه:** و هو كالا جتهاد في مقابلة النص، و نحو ذلك من الاعتبارات التي لا

تصلح مدركا للحكم فضلا عن معارضة الدليل.

٤. اقدام و تصرف در مال ديگران در اختلافات مالی بدون مراجعه به محكمه بر خلاف

فلسفه جعل منصب قضاوت از سوى شارع (و طريقه شارع) است.

بل يجب عليه رفع الأمر إلى الحاكم، لأنه قضية نصبه فإنه من جهة رفع ما يوجب

الفتنة بين الناس. -رشتی

٥. اقدام خودسرانه بر خلاف نظم اجتماعی - بخصوص در جوامع امروز - است.

٦. طبق ارتكاز عقلا تصرف در مال دیگری یا باید با اجازه صاحبش باشد و یا با حكم

محكمه؛ و به همین دلیل محكمه می تواند چنین فردی را با نداشتن دلیل بر ملكیت

متجاوز قلمداد کند و وی را مواخذه کند و این ادعا که من خود را مالک می دانستم

مانع مواخذه نیست.

## نظریه دوم (مشهور): جواز اقدام داین

ادله:

٧. کتاب: و عليه دل عموم الاذن في الاقتصاص کتابا

بقوله تعالى: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا» (2) «وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ» (1) «فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا

عُوقِبْتُمْ بِهِ» (2)

٨. روایات:

١. «لى الواجد يحل عقوبته و عرضه» (3) بناء على إرادة ما يشمل

ذلك من العقوبة، و ما يشمل الجحود من اللى،

مناقشه:

أما أولا، فلعدم صدق اللى مع إنكار المدعى عليه مع اعتقاده

حقيقته،

و أما ثانيا فلا مكان منع دلالته على تعيين المعاقب - بالكسر -

بل انما يدل على تعيين المعاقب، فمن الجائز أن يكون المعاقب هو الحاكم.

۲. «خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (۴) سنن البيهقي ج ۱۰ ص

۱۴۱. «إن لم نقل ذلك إذن منه (صلى الله عليه و آله).

۳. و خبر جميل بن دراج «(۵) الوسائل - الباب - ۸۳ - من أبواب ما

يكتسب به - الحديث ۱۰ - ۱ من كتاب التجارة.» «سألت أبا عبد الله

(عليه السلام) عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجده فيظفر من

ماله بقدر الذي جده أ يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال:

نعم.»

مناقشات:

اولاً، روایت معتبر نیست

ثانياً این روایت و سایر روایات، بعد به صورت وقوع مال در

دست داین اختصاص دارد و نمی شود به موارد دیگر تعدی

کرد

ثالثاً، در این روایت و سایر روایات، تعدی از قضات آن زمان به

قضات عدل نیز بلا وجه است. رابعاً روایت اختصاص به جاحد

دارد.

۴. و صحیحی داود بن رزین و ابن زربی قال فی إحداهما «۶»: «قلت

لأبي الحسن موسى (عليه السلام): إني أخاط السلطان فتكون عندي

الجارية فيأخذونها، و الدابة الفارئة يبعثون فيأخذونها، ثم يقع لهم

عندي المال فلي أن آخذه؟ فقال: خذ مثل ذلك و لا تزد عليه.»

مناقشه: علاوه بر دو مناقشه عام، این روایت در مورد عین است

و تعدی به دین نمی شود کرد و نیز به صورت حرجی بودن

مراجعه به قاضی اختصاص دارد.

۵. و قال فی الأخری «(۷) أشار إليه فی الوسائل الباب - ۸۳ - من

أبواب ما يكتسب به - الحديث ۱ و ذكره فی الفقيه ج ۳ ص ۱۱۵ -

الرقم ٤٨٩. «قلت لأبي الحسن (عليه السلام): إني أعامل قوما  
فرما أرسلوا إلي فأخذوا مني الجارية و الدابة فذهبوا بهما مني ثم  
يدور لهم المال عندي فأخذ منه بقدر ما أخذوا مني؟ فقال: خذ منهم  
بقدر ما أخذوا منك، و لا تزدد عليه» إن لم يكن ذلك إذنا منه (ع)  
كما هو الظاهر،

**مناقشه:** با توجه به وحدت موضوع و وحدت راوی قضیه در  
مورد سلطان است و همان اشکالات روایت بالا اینجا هم جاری  
است.

٦. و مثله خبر علی مهزیار «١». و صحیح أبی بکر «٢» «قلت له: رجل  
لی علیه دراهم فجحدنی و حلف علیها أ يجوز لی إن وقع له قبلی  
دراهم أن آخذ منه بقدر حقّی؟ قال: فقال: نعم، و لكن لهذا كلام، قلت:  
و ما هو؟ قال: تقول: اللهم إني لا آخذه ظلما و لا خیانة، و إنما  
أخذه مكان مالى الذى آخذ منى لم أزد علیه شيئا» و فى خبر آخر  
له «٣» «اللهم إنما آخذ هذا مكان مالى الذى آخذه منى» و فى آخر  
له «٤» «اللهم إني لم آخذ ما أخذت منه خیانة و لا ظلما، لكن  
أخذه مكان حقّی» إلى غير ذلك من النصوص. جواهر الكلام فى

شرح شرائع الإسلام، ج ٤٠، ص: 391

**مناقشه:** دو مناقشه عام در این روایت هم جاری است. و ثانيا، روایت  
اختصاص به صورت جحد دارد و شامل مقر باذل یا ممتنع نمی شود.  
٧. روایت ابی العباس بقباق نیز بر این نظر دلالت دارد و اختصاصی هم  
به صورت جحد ندارد.

ولی دو مناقشه عام در مورد این روایت هم وجود دارد.

٨. و منها: خبر إسحاق بن إبراهيم: إن موسى بن عبد الملك كتب إلى  
أبي جعفر عليه السلام يسأله عن رجل دفع إليه رجلا مائلا ليصرفه في  
بعض وجوه البرّ، فلم يمكنه صرف المال في الوجه الذى أمره به، و

قد كان له عليه مال بقدر هذا المال، فسأل: هل يجوز لي أن أقبض

مالي أو أردّه عليه؟ فكتب اقبض مالك ممّا في يدك «٢»

**اقول:** این روایت دلالتش عام است و اختصاص به جحد و یا صورت

تعذر وصول به حاکم ندارد ولی علاوه بر دو اشکال عام اشکالی که

قبلا در مورد صحیحہ .. گفته شد اینجا هم وجود دارد که در تعبیر

اقبض مالک این احتمال که امام ع به عنوان حاکم شرع اصل اجازه

داده باشند کاملاً وجود دارد و اگر فقط بیان حکم کلی بود باید مطابق

سوال می فرمودند نعم يجوز لك اما تغيير تعبیر این احتمال را ایجاد

بلکه تقویت می کند و با این احتمال استدلال ناتمام است.

**نظریه سوم: تفصیل بین مقر و جاحد**

و لو كان جاحداً و له بينة تثبت عند الحاكم و أمكن الوصول إليه، فالأقرب جواز

الأخذ من دون إذن الحاكم. -قواعد

**فرض دوم: و لو لم تكن له بينة أو تعذر الوصول إلى الحاكم**

**نظریات:**

**نظریه مشهور:** استقلال داین به استیفای دین بدون مراجعه به حاکم

**قواعد:** و لو لم تكن بينة، أو تعذر الوصول إلى الحاكم و وجد الغريم من

جنس ماله استقلّ بالأخذ.

**مفتاح الكرامة:** كما في (المبسوط) و (الخلاف) و (التهذيب) و (النهاية) و

(الشرائع) و (الإرشاد) و (غاية المراد) و (الدروس) و (المسالك) و (المجمع)

و (الكفاية) و نقله عن الكيدري في (غاية المراد) و هو ظاهر العميدي في

(كنز الفوائد) و مذهب الأكثر كما في (المسالك) و (شرح الفاضل) و الأشهر

كما في (الكفاية) و خالف في (الإيضاح) و (النافع) و ظاهر (كشف الرموز) و

تردد في (التحرير)

بل في المسالك «أو أمكن و لم تكن يده مبسوطة بحيث يمكنه تولي القضاء

عنه» و إن كان فيه أن الفائدة الاستئذان منه. و على كل حال فمتى تعذر و وجد

الغريم من جنس ماله اقتصر مستقلاً بالاستيفاء -جواهر



1. بلا خلاف فيه عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه،

2. لإطلاق الأدلة المزبورة و غيرها. -جواهر

**مناقشه:** نقول: با توجه به این که مورد سوال در همه روایات صورت وقوع مال در ید داین است و پاسخ امام ع هم در مورد سوال سائل است تعدی از آن به سایر موارد به دلیل نبودن مناط مشترک قطعی قیاس و نامقبول است و به جهت خلاف قاعده بودن تقاص باید به قدر متیقن که مورد سوال است اکتفا شود. اصل عدم جواز تصرف در مال غیر هم در صورت شک جاری است و اصل عدم وجوب رجوع به حاکم برای اثبات جواز تصرف مثبت خواهد بود. پس در موردی که مال مقاص به در ید مغضوب منه قرار می گیرد شبهه ای در جواز تقاص نیست.

۳. دلیل لا ضرر نیز بر جواز تقاص دلالت دارد و حاکم بر ادله تسلط بر مال است.

**نقول:** بعید نیست بتوان تفصیل قائل شد میان جایی که عدم امکان اقامه حق ناشی از فقد دلیل از سوی مغضوب منه است و میان جایی که ناشی از ناتوانی و عدم رسیدگی صحیح محکمه مثل فساد قضات است. در صورت دوم بعید نیست اصل لا ضرر محکم باشد زیرا ضرر اجتماعی ناشی از موانع اجتماعی است و شرایط فردی هیچ دخالتی در ایجاد آن ندارد.

**نظریه دوم:** تفصیل و جواز تقاص در صورت وقوع مال در ید مغضوب منه و نیز در صورت فساد و ناتوانی محاکم از رسیدگی عادلانه.

## نظریات:

### نظریه الف: جواز تقاص

#### ادله نظریه جواز:

1. أنَّ عنوان «عدا علیه فأخذ ماله» الوارد في موثقة برید مثل عنوان «ذهب له بألف درهم» الوارد في صحيحة البقباق يمكن دعوى شمولهما له؛ فإنَّ من عليه أو عنده المال و إن استند في عدم أدائه له إلى اعتقاده بالخلاف أو إلى حجة معتبرة معذرة، إلّا أنَّه لا ريب في أنَّ عدم قيامه بأداء مال الغير و تصميمه على عدم الأداء، عدوان على الغير و أخذ لماله و ذهاب بماله واقعاً، و إن لم يكن هو في أخذه و ذهابه بماله عاصياً، فالعنوانان شاملان، و هما مطلقان؛ فيجوز لصاحب الحقِّ التقاصَّ هاهنا أيضاً.

#### مناقشه:

اولاً، عدوان به معنای تعدی و ظلم است و بر محق صدق نمی کند و ثانياً، مفاد ترتب اخذ مال بر عدوان در روایت برید بر این که اصل تصرف عدوانی بوده دلالت دارد یعنی اخذ مال بخاطر عدوان بوده نه این که اخذ مال کرده و پس از آن عنوان عدوان صدق کرده است.

در روایت بقباق هم علاوه بر این که ذهب له ظاهراً به معنای بردن و خوردن مالش است در کلام امام ع هم تعبیر اخذ منك آمده که دلالت بر اخذ قهری و غاصبانه دارد

2. مضافاً إلى أنَّ العنوان المأخوذ في خبر إسحاق بن إبراهيم عنوان «قد كان له عليه مال»، الذي لا ينبغي الشكَّ في شموله لما نحن فيه.

مناقشه: و أمّا خبر إسحاق بن إبراهيم: فقد عرفت عدم اعتبار سنده، مضافاً إلى عدم دعوى انصرافه أيضاً عن غير العامد.

رد: اشکال دوم وارد نیست زیرا دلیلی بر انصراف وجود ندارد و اگر انصراف صحیح باشد در روایات قبل هم چنین است.

3. و ممّا ذكرنا في حديثي برید و البقباق تعرف إمكان الاستناد إلى إطلاق آية الاعتداء أيضاً

4. مضافاً إلى إمكان أن يقال: إنَّ العرف لا يرى خصوصية لكون العدوان و الذهاب بمال الغير معصية، و إنّما يفهم و يرى أنَّ التقاصَّ طريق أسسه أو أمضاه الشارع لكي يصل ذو الحقِّ إلى حقّه إذا لا يقوم من عليه الحقُّ بأدائه.

مناقشه: كما أنّ إلغاء الخصوصية عرفاً غير مسلّم؛ إذ يحتمل قوياً أن يكون قاعدة التقاصّ مجازاة للعاصي المتخلف فقط، لا و للمخطئ المعذور أيضاً.

### نظريه ب: منع تقاص

و أما إذا كان منكراً لاعتقاد المحقية أو كان لا يدري محقية المدعي ففي جواز المقاصة إشكال بل الأشبه عدم الجواز، -امام ره/و كذلك الحال إذا امتنع و كان امتناعه عن حق كما إذا لم يعلم بثبوت مال له في ذمته، فعندئذ يترافعان عند الحاكم. -خويي ره/و بالجملة: فلا يبعد دعوى عدم شمول الأدلة المجوّزة، -مومن

### ادله نظريه منع:

1. و ذلك لأنّ ماله في ذمّة الغير كلّی و لا ولاية للدائن في تطبيقه على شخص مال من أموال المدين حتى يكون مالکاً له. -خويي ره
2. للأصل، بعد الشك في شمول الأدلة لهذه الصورة. - مهذب
3. مومن: أنّ ستّة من الأخبار الأحد عشر الواردة في جواز التقاصّ وردت على عنوان الجحود الذي قد فسّر بالإنكار الذي يعلم الجاحد خلافه، و بنفي ما في القلب إثباته و إثبات ما في القلب نفيه،
4. كما أنّ صحيحة داود و خبر علي بن سليمان و اردان في مورد الغصب؛ فلا يعمّ شيء منهما محلّ الكلام،
5. و لا يبعد أن يقال: إنّ الظاهر عرفاً من إسناد الفعل إلى الفاعل الذي هو بحسب الطبع ملتفت إلى ما يفعله، أنّه كان ملتفتاً إلى فعله مريداً لعنوانه فاعلاً له بالتفاتة و اختياره، فيكون ظاهر أفعال «عدا» و «ذهب» و «اعتدي» أنّ هذه العناوين وقعت من فاعلها عن عمد إليها و قصد، و ينصرف و لا يعمّ ما إذا وقعت منه هذه العناوين غير ملتفت إليها، بل معتقداً لعدم تحقّقها.
6. أنّ مقتضى القاعدة الأولى عدم الجواز.

## نظريات درباره جواز تقاص از وديعه غاصب

### الف: نظريه منسوب به قدما: منع تقاص

و عن جماعه من القدماء المنع بل عن الغنية عليه الإجماع، و عن الدروس و ظاهر الروضة التوقف، و

ادله:

1. احتج الشيخ بقوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴿٦﴾. / و عمومات وجوب رد الأمانة

مناقشه:

a. و الجواب عن الآية: المنع من كون المودع أهلا لها، فإنَّ المستودع أخذ ماله منها.

□ آیه در مقام بیان همه جزئیات و این که ممکن است در مواردی رد امانت واجب

نباشد نیست بلکه اصلی اولی را بیان می کند و خصوصیات را به روایات سپرده

است.

□ ان العمومات مخصصة بأخبار المقام.

2. و حرمة التصرف في مال الغير

مناقشه: مخصصه باخبار المقام

3. روایات خاص:

a. و بما رواه معاوية بن عمار في الموثق قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: الرجل

يكون لي عليه الحق فيجحدنيه ثمَّ يستودعني مالا ألي أن أخذ ما لي عنده؟ فقال: لا

هذه خيانة ﴿1﴾.

b. و خصوص خبر ابن أخ الفضل بن يسار قال: «كنت عند أبي عبد الله (ع) و

دخلت امرأة و كنت أقرب القوم إليها فقالت: أسأله فقلت: بما ذا. فقالت: انَّ

ابن أخي مات و ترك مالا في يد أخي فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعنيه فلي أن

أخذ منه بقدر ما أتلغه من شيء، فأخبرته بذلك. فقال (ع): قال رسول الله

(ص): أد الأمانة إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك»

## ب: نظریه مشهور متاخرین: جواز تقاص

فعن جماعة الجواز و نسب إلى أكثر المتأخرين بل الظاهر أنه المشهور،

ادله:

1. اصل:

a. اصل عدم اشتراط اذن حاكم. (مقصود استصحاب عدم جعل شرطیت به نحو استصحاب عدم ازلی است)

**مناقشه:** استصحاب عدم ازلی عرفی نیست و برخی محققین معاصر آن را قبول ندارند.

b. اصل دیگر می تواند اصل و قاعده عقلایی جواز تقاص از غاصب باشد.

**مناقشه:** با امکان رجوع به قاضی برای احقاق حق و باتوجه به مغایرت آن با نظام اجتماعی این اصل مخدوش است

2. و إطلاق الأمر بالاقتصاص / لعموم الآيات و الأخبار

**مناقشه:** عموم و اطلاق با روایات منع از تقاص تخصیص خورده است

3. چون در حق الله اجازه اخذ از مال ودعی داده شده در حق الناس به طریق اولی جایز است: «و لأنه قد ورد انّ للمستودع بعد موت المودع صرف اجرة الحج إذا عرف أنّ الورثة لا يؤدّون عن الميت حجة الإسلام، فهذا أولى» - مختلف

**مناقشه:** اولاً این استدلال از نوع تنقیح مناط ظنی و نوعی قیاس است و ثانیاً، مقیاس علیه در مورد اخذ از مال میت است.

4. المؤیدة بقاعدتي الضرر و الحرج

**مناقشه:** در فروع قبل گفته شده است که اولاً ضرر با مراجعه به قاضی قابل تدارک است و ثانیاً، مزاحم با ضرر اجتماعی اقوی است

5. روایات دال بر جواز تقاص از ودیعه:

a. صحیحة البقباق: «أنّ شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس: فقلت له خذها مكان الألف التي أخذ منك، فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله (ع) فذكر ذلك له. فقال (ع): أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف».

**مناقشه:** چنان که قبلاً گفته شد تعبیر «اما انا فاحب» لسان تشريع محض نیست بلکه لسان خاص و متفاوتی که این احتمال را تقویت می کند که امام ع در مقام

حاکم شرع اصل به طور خاص به شهاب اجازه داده اند.

b. و خبر علی بن سلیمان قال: «کتب إليه رجل غصب رجلا مالا أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانه أو غصبه أو يحل له حبسه عليه أم لا. فكتب (ع): نعم يحل له ذلك إن كان بقدر حقه و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي إليه إن شاء الله».

مناقشه: روایت از نظر سند معتبر نیست.

### حل تعارض روایات:

روایات در مورد ودیعه معارض اند دو روایت بالا بر منع دلالت دارد و روایات مقابل هم دال بر جواز تقاص از ودیعه بود. برای حل تعارض روایات دو راه از سوی نظریه جواز مطرح شده است:

(1) مقتضى الجمع بين الخاصين من الطرفين حمل الأخيرين على الكراهة لظهورهما في المنع مع صراحة الأولين في الجواز-عروه /فهي و إن كانت ظاهرة في عدم الجواز إلّا أنّه لا بدّ من رفع اليد عن ظهورها و حملها على الكراهة، لصراحة صحيحة البقباق في الجواز،-خویی

(2) مع احتمال حمل الأخيرين(روایات دال بر منع) خصوصا الثاني منهما على صورة الجحود مع الحلف و إن كان يبعده التعليل بالخيانة،

و در صورت استقرار تعارض نیز دو راه حل از دو طرف مطرح شده است. راه حل اول از طرف نظریه منع مطرح شده در آن مناقشه شده است که و راه بعد از سوی نظریه جواز:

(1) سقوط الخاصين من الطرفين بالتعارض، و كون النسبة بين العمومات من الطرفين العموم من وجه، و لا ترجيح فالمرجع أصالة عدم جواز التصرف في مال الغير.  
مناقشه: و ذلك لمنع تساقط الخاصين إذ هو فرع عدم إمكان الجمع العرفي-عروه

(2) و لو سلّمت المعارضة بينهما فالمرجع هو إطلاق ما دلّ

علی جواز المقاصّة. -خویی / و علی فرضه نقول: إنّ  
عمومات الجواز أرجح، بل يمكن أن يقال: إنّها حاکمة  
على العمومات المانعة. - عروه

جمعبندی:

با توجه به ناتمام بودن ادله تقاص و وجود روایات معتبری که تقاص در  
ودیعه را نفی کرده است و نیز عمومات حرمت تصرف در مال غیر، با وجود  
امکان اخذ مال از طریق حاکم، تقاص جایز نیست. بلی؛ در صورت عدم  
امکان اخذ مال از طریق حاکم و یا حرجی بودن آن، در صورتی که مفسده  
ای مترتب نباشد تقاص جایز است و روایات منع را می توان از این مورد  
منصرف دانست و به اطلاقات دال بر جواز تقاص عمل کرد.

## نظريات درباره جواز و يا منع تقاص در قصاص و قذف بدون اذن حاكم

## نظريه اول: عدم نیاز به اذن حاکم

و عن جماعة عدم الحاجة إليه حكي عن موضع آخر من المبسوط، و نسبه في المسالك إلى الأكثر، و في الرياض إلى أكثر المتأخرين بل عامتهم، و هو الأقوى -عروه ادله:

1. للأصل يعنى اصل عدم اشتراط رجوع به حاکم

**مناقشه:** استصحاب عدم ازلی است که عرفی نیست زیرا عرف عدم ناشی از انتقای موضوع را عدم شیئی نمی داند یعنی عرفاً صحیح نیست از آدمی که نیست سلب رجلیت بکنیم

2. و تسلط الناس على استيفاء حقوقها و غير ذلك يقتضي عدم اعتبار الرفع إلى الحاكم مع فرض معلومية الحال و إقرار الخصم، كما أنه يقتضي مباشرة لا خصوص الحاكم. **آشتیانی**

**مناقشه:** استدلال به الناس مسلطون برای عدم نیاز مراجعه به حاکم قبلاً مطرح و پاسخ داده شده است

3. و العمومات مثل قوله عز من قائل «**1**» **فَمَنْ عَادَى عَلَىٰ كُفْرٍ** .. إلخ و قوله تعالى «**2**» **وَإِنْ عَاقَبْتُمْ** .. إلخ

4. و عموم الأخبار الدالة على جواز الاقتصاص الولي

5. إطلاق السلطان للولي .. يقتضي عدم اعتبار الرفع إلى الحاكم و هي قوله تعالى: «**وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا**»

**مناقشه:** این اطلاق که به دلیل سلطه فی الجملة ولی برای قصاص است موجب نمی شود که همه وظایف سلطان به ولی سپرده شود.

## نظريه دوم: منع تقاص بدون رجوع به حاکم

**جواهر:** الفصل الثاني في التوصل إلى الحق الذي هو عقوبة .. كالتقصاص و القذف، ففي المسالك و غيرها بل فی الكفاية لا أعرف فيه خلافا لا بد فيه من الرفع إلى الحاكم-جواهر/ فعن الخلاف و موضع من المبسوط الاحتياج إليه و عدم جواز استقلال الولي به و هو المحكي عن المقنعة و المذهب و الكافي و الفاضل في القواعد-عروه ادله:

1. عن الغنية نفي الخلاف فيه و عن الخلاف الإجماع عليه،-عروه

**مناقشه:** دعوى الإجماع موهون بظهور الخلاف مضافا إلى عدم حجتيه

2. لعظم خطره و الاحتياط في إثباته،

يعنى اگر باب تقاص بدون نیاز به اثبات نزد حاکم، باز شود موجب ناامنی اجتماعی می شود زیرا هر کسی می تواند دست به قتل یا ضرب و جرح دیگری بزند با ادعای تقاص

3. و لأن استيفاءه وظيفة الحاكم على ما تقتضيه السياسة و زجر الناس./على ما هو قضية نصبه عموماً لزجر الناس و سياستهم، و أنه ليس لغيره التعرض لها من حيث كونها وظيفة له

4. و القياس على الحدود الذي لا يجوز العمل به فيه: بطلان القياس



5. و احتیاج إثبات القصاص و کیفیاته إلى الاجتهاد لاختلاف الناس في شرائطه

6. مناقشه: انّ محل الكلام صورة تيقن كون الحكم هو القصاص مع معلومية کیفیاته،—عروه

رد: معلومیت کیفیت به طورى که رافع همه اختلاف ها باشد با رجوع به حاکم حاصل می شود زیرا به جهت

اختلاف فتاوى همیشه این امر با رجوع به مفتی حاصل نمی شود.

فروع:

★ فرع: ثم على القول الأول لو ترك الاستيذان لم يترتب عليه قصاص و لا دية لأنّه استوفى حقه غاية الأمر ثبوت التعزير بناء على ثبوته في ترك كل واجب و إتيان كل محرم.

★ فرع: اما الدية، فهي من الحقوق الماليّة فيجرى فيها التقاص مع الجحود أو المماطلة من غير حاجة إلى إذن الحاكم الشرعي

★ فرع: أمّا الحدود، فلا إشكال في كون إجرائها من وظيفة الحاكم الشرعي و كذا التعزيرات.

★ فرع: اما التأديب بالضرب و نحوه من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر لا يحتاج إلى الاذن،

★ فرع: و اما تأديب الآباء للأطفال و كذا المعلم يشترط فيه الاستيذان من آبائهم و مع عدمهم فمن الحاكم الشرعي.

دو نظريه:

نظريه اول: جواز تقاص مستحق اعم از: فقير و موقوف عليهم و موصى لهم از اموال کسی که خمس و زکات بدهکار است

قائلین: مستند

ادله:

1. لصدق كون حقه عليه، لأنّ ذلك أيضا نوع حقّ. - مستند

مناقشه: روایات به تقاص مال و دین اختصاص دارد و در هیچ روایتی از تقاص حقوق نام برده نشده است.

2. كل واحد من الفقراء مالك، من حيث كونه فردا للنوع،

مناقشه: اگر خمس و زکات به ذمه تعلق بگیرد که تعیین مال با مالک است و اگر به عین تعلق بگیرد هم تقاص جایز نیست\* زیرا اولاً، ملکیت شخص نسبت به عین با ملکیت نوع عرفاً متفاوت است و اطلاق روایات وارد در تقاص عین شامل عین مملوک نوعی نمی شود و ثانیاً، مطابق روایت نهج البلاغه تعیین مال زکات با مودی است و کس دیگری حق تعیین آن را ندارد و ثالثاً، اگر ادای زکات از سوی مودی به فقرا هم جایز باشد ولی اخذ خمس و زکات از اختیارات حاکم شرع است. رابعاً، روایات تقاص فقط صورتی را تجویز می کند که مالی از بدهکار در دست طلبکار قرار گیرد.

نظريه دوم: عدم جواز بدون اذن حاکم

قائلین: عروه / امام /

ادله:

1. للأصل،

2. و عدم الولاية لهم على ذلك، - سبزواری / إذ لا ولاية له عليها - منتظری

مناقشه: مدعی می گوید زکات ملک فقراست و فقیر ولایت مالکانه دارد.

ردّ: تملک پس از قبض حاصل می شود نه قبل از آن: «و إنما يملكها بقبضها.» -

3. مضافاً إلى الإجماع. -مذهب

**مناقشه:** با وجود اختلاف، اجماع ثابت نیست

4. در زکات عنوان مالک است نه شخص تا حق تقاص برای افراد ثابت شود:

لكنّ هنا فرقا بين الحقّ الشخصي و النوعي، ففي الأوّل يجوز للفقير طلب حقّه الشخصي و لو بالتقاص، بخلاف الثاني فإنّه ليس متعلّقاً بشخصه، بل هو للعناوين الثمانية، و بما أنّ العنوان لا يقوم بإحقاق حقّه ينوب عنه الحاكم، فيجوز له المقاصة، أو الإذن للفقير بالتقاص إمّا في مورد خاص أو في كلّ مورد. كما أنّ للحاكم ذلك، فكذاك لعدول المؤمنين إذا قاموا مقام الحاكم في الأمور الحسبية. -سبحانی

5. فقرا و سایر عناوین مالک نیستند بلکه محل صرف زکات هستند -مومن

و ذلك أنّ الأشخاص من الفقراء و السادة ليسوا مالکین للزكاة و الخمس بنحو الإشاعة مثلاً و إلّا كان يجب تقسيمهما عليهم على السواء دائماً، و لما جاز تخصيص أحد بجميع زكاة من وجبت عليه أو خمس، بل الفقراء أو السادة من قبيل المصرف كسائر الموارد المذكورة في آية الزكاة. و بالجملة: فأخبار المقاصّة إذن للمالك، و السادة أو الفقراء ليسوا بمالكين؛ فليسوا بمأذونين. -مومن

**مناقشه:** اقول: لازم نیست مالکیت به نحو اشاعه باشد تا ایرادهای فوق وارد

شود بلکه هر فردی مالک است و هر کدام زودتر برای تملک اقدام کرد اگر شرایط را دارد مالک می شود. البته این فقط در مقام ثبوت قابل طرح است ولی اثباتاً ملکیتی برای فقرا به هیچ نحو قبل القبض پذیرفته نیست نه به صورت شخص نه نوع و نه قعلا و نه شانا بلکه فقط آنها مصرف اند و پس از اقباض مالک می شوند.

6. فقیر قبل از قبض نه مالک و صاحب حق زکات است و نه ولایت بر اخذ دارد -خویی

فإنّ التقاصّ و إنّ لم یکن مختصّاً باستنقاذ الحقّ الشخصي و من ثمّ ساغ للحاکم الشرعي أخذ الحقّ المتعلّق بعامة الفقراء مثلاً من الممتنع مقاصّةً، إلّا أنّ ذلك یختصّ بمن له الولاية كالإمام أو نائبه الخاصّ أو العامّ، و الفقير بما هو

فقير لا يملك شيئاً في ذمّة المالك حتّى يجوز له التقاصّ، وإنّما يملك بعد الاستلام و القبض، و لا تقاصّ إلّا لمن له الحقّ دون غيره، فليس للفقير ذلك إلّا بإذن من الحاكم الشرعي الذي له الولاية على ذلك حسبما عرفت. -خويي

✱

لأنّ الحاكم الشرعي ولي شرعاً على أمر الزكاة أو الخمس على ما تقرّر في بابهما و الزكاة أو الخمس ليس ملكاً لمن يجب عليه، بل هو من قبيل الأموال العامّة و بيت مال المسلمين، و أمره إلى ولي أمرهم أعني الحاكم الشرعي فما لم يؤدّ فهو موجود في ماله بالإشاعة أو بنحو الكلّي في المعيّن، و إذا أدّاه ثمّ اقترض من حاكم الشرع صار في ذمّته، و على بعض الاحتمالات يشغل ذمّته بمقدار الواجب من أوّل الأمر، و بالأخيرة: يكون الخمس أو الزكاة في ماله أو على ذمّته. -مومن



## مسألة ٧: جواز تقاص حاكم از مال ممتنع الزكاة و الخمس در صورت عدم ادا

9:13 AM Saturday, March 07, 2015

يجوز للحاكم الشرعي من باب الولاية الشرعية الاقتصاص من مال من عنده و لو في ذمته الزكاة أو الخمس أو المظالم مع جحوده أو مماطلته إذا لم يمكن له إجباره على الأداء. - عروه

ادله:

١. استنقاذ حق فقرا از متعلقين، از مصاديق امور حسبيه است كه ولايتش با حاكم است

لأن ذلك من الأمور الحسبية، التي لا إشكال في ولايته عليها، -مذهب

٢. روايات تقاص با الغاي خصوصيت از اموال شخصي بر اين حكم دلالت دارد

.. أخبار المقاصّة و إن وردت جميعها في الأموال الشخصية كما هو ظاهر لمن نظر إليها إلّا أنّه لا

شكّ في إلغاء الخصوصية عرفاً عنها إلى الأموال العامّة أيضاً (التي ولايتها بيد الحاكم)؛

٣. مقاصه قاعده عقلايی است و عقلا تفاوتی در تقاص میان اموال شخصي و عمومي قايل نیستند و روايات

قاعده را امضا کرده است

لا سيّما و أنّ قاعدة المقاصّة ممّا استقرّت عليها آراء العقلاء و سيرتهم، و عندهم لا فرق بين

الأموال العامّة و الشخصية. فإذا ألقيت أخبارها إليهم فلا يفهمون منها أمراً تأسيسياً، بل إمضاء لما

عندهم. فإذا كانت هذه القاعدة عندهم عامّة للأموال العامّة أيضاً، يفهمون من الأخبار أيضاً هذا

المعنى العامّ، و يكون ذكر الأموال الشخصية في الأخبار من قبيل ذكر المورد الذي يعمّ الحكم

غيره أيضاً، كذكر «الرجل» في موردها و الحكم يعمّ المرأة أيضاً. نعم بعد إلغاء الخصوصية

يؤخذ بإطلاق الأخبار، و إن كان أوسع ممّا هو المسلّم من سيرة العقلاء.

**اقول:** فرمایش اخير ایشان (نعم بعد إلغاء الخصوصية يؤخذ بإطلاق الأخبار، و إن كان أوسع ممّا

هو المسلّم من سيرة العقلاء) قابل مناقشه است؛ زیرا اگر شمول روایت نسبت به اموال عمومی

فقط بر اساس بنای عقلا بود و روایت فقط تأیید و امضای این بنا بود ظهور اطلاق اش هم در

همین دایره بنای عقلا محدود خواهد بود و استظهار فراتر از بنای عقلا با استناد به اطلاق مقبول

نیست به عبارت دیگر در اینجا اصله الاطلاق فراتر از بنای عقلا جاری نخواهد بود