



ماهیت تقاص و اثر آن در استرداد عین

علی اصغر افشاری^۱

سیدمهدی حسینی بیان^۲

چکیده

اگر غاصب یا مدیون ممتنع از ادای دین، بعد از تقاص مالک، حاضر به ردّ عین یا دین به تقاص کننده گردد، آیا برای او جایز است اصل مال خویش را بستاند و مال اخذکرده را عودت دهد؟ آیا اصولاً عودت هر یک از حق و مال مقاضیه به دو طرف تقاص کننده و تقاص شونده بدون معامله جدید صحیح است؟ پاسخ این سؤالات در گرو روشن کردن ماهیت تقاص است. اگر تقاص از قبیل اخذ بدل حیلوله باشد، پاسخ مثبت است، اما اگر تقاص نوعی معاوضه باشد، روشن است بازگشت حق و مال مقاضیه به ملک مالکان اول امکان نخواهد داشت، مگر با یک معامله معاوضی جدید. هر یک از این دو دیدگاه مورد توجه گروهی از فقیهان قرار گرفته است. برخی نیز قائل به تفصیل در مسئله شده‌اند. مقاله حاضر می‌کوشد دلایل هر یک از این دیدگاه‌ها را مورد کاوش قرار دهد، نویسنده با نقد تمامی ادله ارائه شده، همه آنها را در اثبات مدّعی ناصحیح می‌شمارد و در نهایت با بررسی روایات مسئله، قول معاوضی بودن تقاص را به استناد اطلاق روایات تقویت می‌کند و البته ثابت می‌گردد که حصول معاوضه، مشروط به قصد تقاص کننده برای ملکیت دائم است.

کلیدواژگان: تقاص، مدیون، غاصب، بستانکار، بدل حیلوله

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) aliasgharafshari@yahoo.com

۲. استاد خارج فقه حوزه علمیه قم sadegh4206@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۷/۳

تاریخ تأیید: ۱۳۹۵/۹/۲۰

«قصّ قصاً» به معنای پی‌گرفتن اثر است (جوهری، ۱۴۳۳: ص ۹۲۰؛ ابن فارس، ۱۴۳۳: ص ۷۱۸) و از همین باب است «القَصّه»؛ چراکه در آن پی‌گیری و دنبال آوردن خبر در پی خبر وجود دارد (ابن فارس، ۱۴۳۳: ص ۷۱۸؛ ابن منظور، ۱۴۲۶: ج ۲، ص ۳۲۴۱). معنای دیگر قصّ، قطع است و قصّ الشعر یعنی چید و قطع کرد؛ چنان‌که مقصص به معنای قیچی است (همان: ص ۳۲۴۰). ابن منظور می‌گوید قصاص در جراحات از معنای قطع اخذ شده است (همان)، ولی می‌توان گفت قصاص نیز از همان معنای تتبع اثر گرفته شده است؛ یعنی دنبال کردن اثر جنایت و وارد کردن مثل آن بر جانی. در تقاص مالی نیز مقتص دنبال حق خود را می‌گیرد و مثل آن را اخذ می‌کند. با این بیان تقاص در حقوق مالی نظیر قصاص در جراحات و نفوس است و هر دو از معنای تتبع اثر اتخاذ شده‌اند. تعریف لغویین به این همانندی اشاره دارد؛ چراکه تقاص در حساب مالی و غیر آن، از قبیل تقاص در جراحات را در ردیف یکدیگر ذکر کرده‌اند. جوهری، ابن منظور فیروزآبادی می‌نویسند: «تقاص القوم: قاص کل واحد منهم صاحبه فی حساب او غیره؛ یعنی فردی از آنها دیگری را در حسایب مالی یا غیر آن تلافی کرد» (جوهری، ۱۴۳۳: ص ۹۲۰؛ ابن منظور، ۱۴۲۶: ج ۲، ص ۳۲۴۲؛ فیروزآبادی، ۱۴۳۳: ص ۱۰۱۰).

اما تعاریف فقیهان از تقاص قریب به هم است. نمونه‌هایی از تعاریف ارائه‌شده فقیهان برای تقاص را در ذیل می‌آوریم:

۱. اخذ برابر حق در ازای آن (عاملی، ۱۴۱۱: ج ۱، ص ۲۳۵)؛
۲. اخذ دائن از مال مدیون به قدر دین، وقتی که مدیون دین را انکار می‌کند و برای دائن امکان اثبات آن وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۰: ج ۵، ص ۱۵۳)؛
۳. اعتبار کردن مال در ذمه یا در خارج به ازای مال در ذمه (صدر، ۱۴۲۰: ج ۹، ص ۲۸۷)؛
۴. برگرفتن مال غاصب به‌جای مال مغضوب بدون رضایت غاصب (مصطفوی، ۱۴۲۳: ص ۵۳۵)؛
۵. تصاحب مال دیگری بدون اذن وی در ازای مال خود (شاهرودی، ۱۴۲۶: ج ۲، ص ۵۶۸)؛

۶. برگرفتن بخشی از مال غیر در مقابل استیلا یا او بر مال، بدون اینکه آن غیر، مهبیای دادن آن به شخص باشد (شیرازی، بی تا: ج ۴، ص ۲۲۳).

با توجه به اینکه شرایط تقاص متعدد و در عین حال برخی مورد بحث و اختلاف است، بیان تعریف جامع و مانع مشکل است. به همین جهت می‌بینیم برخی تعاریف یادشده به شرط برابری اشاره کرده‌اند، برخی دیگر به شرط انکار مدیون و عدم امکان اثبات دین برای دائن، و برخی اعتبار مال در ذمه را نیز تقاص شمرده‌اند، برخی از عنوان غاصب و مغضوب استفاده کرده‌اند و برخی از عنوان دائن و مدیون، و برخی دیگر به شرط عدم اذن و رضایت مقتض منه پرداخته‌اند. همه اینها حاکی از این است که هر فقیهی از مظان خود تقاص را تعریف کرده و شرط یا شرایطی را که در نظرش اولویت داشته است، آورده است. با این حال اشکال چندانی به تعاریف یادشده نیست؛ چون این تعاریف شرح اسمی بیش نیست و برای تقریب معنا در ذهن ارائه شده‌اند.

تقاص از مسلمات فقه امامیه است. بنابراین بحثی در جواز یا عدم جواز تقاص نیست، بلکه سخن در ضوابط تقاص و نیز مسائلی است که بعد از تقاص کردن به وجود می‌آید. در این نوشتار به یکی از مسائل مهمی که بعد از تقاص مترتب است، می‌پردازیم و آن کیفیت عودت حق و مال تقاص شده به مالکان اصلی است. تعریف لغوی و اصطلاحی تقاص نمی‌تواند این مسئله را حل کند، بلکه باید روشن کنیم که ماهیت تقاص چیست؟ اگر تقاص از قبیل اخذ بدل حیلوله باشد، این عودت نیازی به معامله جدید ندارد، بلکه اگر غریب حاضر به ردّ عین یا دین به تقاص کننده گردد، بر تقاص کننده واجب است آن را اخذ کند و مال تقاص کرده را بازپس بدهد، اما اگر تقاص از قبیل معاوضه باشد، تقاص کننده مالک دائم مال مقاصّه می‌گردد و عین نیز به ملک غریب درمی‌آید و اگر هر یک از تقاص کننده و تقاص شونده بخواهند حق و مال مقاصّه به ملک مالکان اول بازگردد، این امکان نخواهد داشت، مگر با یک معاوضه جدید.

بنابراین پرسش اصلی این است که آیا تقاص از قبیل اخذ بدل حیلوله است یا از قبیل معاوضه؟ اگر چه به نظر می‌رسد در پاسخ به سؤال باید دو دیدگاه مطرح باشد، اما

مسائل دیگری از قبیل نوع اموال و یا قصد تقاص کننده وجود دارد که به عقیده برخی در حل مسئله دخالت دارند. از این جهت در این مسئله چهار دیدگاه وجود دارد:

۱. قول به معاوضه مطلقاً؛
۲. قول به بدل حیلوله مطلقاً؛
۳. تفصیل بین اموال مثلی و قیمی؛ اگر حق مالک مثلی باشد و مثل آن را تقاص کند، تقاص از قبیل معاوضه است و اما اگر قیمی باشد و به مقدار قیمت آن تقاص کند، تقاص از قبیل اخذ بدل حیلوله است؛
۴. تفصیل بین تقاص کننده ای که قصد بدل حیلوله دارد یا قصد معاوضه.

به عقیده ما، نظریه چهارم صحیح است. بنابراین بعد از نقل و نقد ادله نظریات سه‌گانه، دلایل نظریه چهارم را ذکر خواهیم کرد؛ اگرچه خود قائل به این نظریه آن را صرفاً به‌عنوان احتمالی مطرح کرده و دلیلی برای آن اقامه نکرده است.

تبیین ثمره و بررسی دیدگاه‌های مربوط به مسئله

۱. ثمره قول به معاوضه یا بدل حیلوله

اگر قائل باشیم که مأخوذ از قبیل بدل حیلوله است، پس بعد از تقاص همچنان بر غاصب تصرف در عین حرام است و بر او واجب است عین را به مالک برگرداند و منافع مستوفات و تمام نمائات متصله و منفصله آن را نیز به مالک بپردازد (رشتی، بی‌تا: ص ۹۰؛ قمی، ۱۴۲۲: ص ۴۳۵). مالک نیز همچنان می‌تواند از غاصب مطالبه عین را کند و اگر غاصب، عین مال را برگرداند، بر مالک واجب است عین مالش را اخذ کند و مال مقاصه را بازپس دهد (نراقی، ۱۴۱۵: ج ۱۷، ص ۴۵۱؛ نجفی، الغصب، ۱۴۲۲: ص ۴۵؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳۸). این وجوب قبول از این جهت است که تصرف در بدل مأخوذ حیلوله بعد از رد عین جایز نیست؛ چراکه جواز تصرف در آن مال مقاصه در ازای قطع رابطه بین او و ملکش بوده است. از این رو هنگامی که مانع مرتفع گردد و راه تصرف بین او و مالش باز گردد، دیگر تصرف او در مال مقاصه جایز نخواهد بود، مگر به اذن مالک آن. نتیجه اینکه

بازگشت وجوب قبول به حرمت تصرّف، بدون اذن در مال غیر است (قمی، ۱۴۲۲: ص ۴۳۵). در حقیقت ملکیت او نسبت به مال مقاصّه مقید به عدم وصول به نفس مال خود بوده است و با دستیابی به آن، مال مقاصّه از ملک او خارج و ردّ آن واجب می‌گردد (تبریزی، ۱۳۷۵: ج ۲، ص ۲۴۳). به بیان دیگر، بدل حیلوله نیز به ملکیت تامّه ملک آخذ است، الا اینکه به منزله دستیابی به مالیت ملک اصلی است. بنابراین هنگامی که ید او از خود عین مملوک کوتاه شد، مرتبه مالیت آن را در ضمن عین دیگری استیفا می‌کند و به تبع دستیابی به مالیت عین مأخوذ، مالک آن نیز می‌گردد؛ اما اکنون با رد عین مغضوب و با دستیابی به اصل مال می‌تواند مالیت ملک را در ضمن خود عین به‌دست آورد. بنابراین چاره‌ای جز رجوع مال مأخوذ به ملک تقاص شونده نیست؛ کما اینکه عین اول به ملک تقاص کننده برمی‌گردد و این رجوع نیازی به نقل جدید از قبیل هبه و امثال آن ندارد (عراقی، ۱۴۲۱: ص ۴۳۵).

اما اگر قائل به حصول معاوضه بین عین و بدل باشیم، تقاص شونده مالک عین می‌گردد (یزدی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۲۱۰) و اگر غاصب عین را بازگرداند، مالک نمی‌تواند آن را اخذ کند و حتی اگر خود بر آن دست یابد، اخذ آن بر او حرام خواهد بود (روحانی، ۱۴۱۲: ج ۲۵، ص ۲۱۵). به عبارت دیگر، هر کدام از عین و مال مقاصه بعد از آنکه تقاص شونده عین را رد کرد، همچنان در ملک منتقل الیه باقی می‌ماند؛ چون طبق این مسلک بازگشت سخن به التزام به وقوع مبادله قهریه بین آن دو است که این مبادله به جهت حکم شارع است؛ زیرا او تقاص را تجویز کرده است و اگر بخواهند بدل و عین به ملک مالکان اول برگردد، امکان نخواهد داشت، مگر با یک معاوضه جدید (رشتی، بی‌تا: ص ۹۰؛ عراقی، ۱۴۲۱: ص ۴۳۶).

۲. ثمره دو دیدگاه در تقاص حق دینی

از کیفیت طرح بحث فقها و عمده ثمراتی که برای مسئله ذکر می‌کنند، چنین حاصل می‌گردد که در تقاص حق دینی این نزاع جاری نیست و گویا ایشان حصول معاوضه در تقاص حق دینی را مسلم دانسته‌اند، اما آنچه صحیح به نظر می‌رسد، این است که نزاع مورد بحث در تقاص حق دینی نیز جاری شود، خصوصاً زمانی که تقاص از غیرجنس حق

صورت گرفته باشد؛ چراکه تقاص شونده ممکن است حاضر به ردّ دین شود و خواستار عین مالش باشد. در این صورت اگر قائل باشیم که تقاص از قبیل بدل حیلوله است، تقاص کننده باید عین مال تقاص شونده را بازپس دهد و دینش را اخذ کند. تقاص حق دینی در صورتی پیش می آید که یا از ابتدا حق به نحو دین بر ذمه متعهد قرار گرفته باشد یا اگر می بایست عین خاصی را به مالک آن رد کند، آن عین تلف شده باشد. بهتر است بگوییم اگر عین باقی باشد، چه عین مال مقاصّه که در دست تقاص کننده قرار گرفته و چه عین حق که در دست تقاص شونده قرار گرفته است، این بقای عین، شبهه بدل حیلوله بودن مال مقاصّه را با خود به همراه دارد.

در هر صورت در تقاص حق دینی، اگر قائل به تعاضد بین حق و بدل باشیم و مال مقاصّه از جنس حق باشد، مانند تقاص گندم در مقابل عدم ادای گندم مدیونه، تقاص کننده مالک آن می گردد و ذمه تقاص شونده هم بریء می شود (یزدی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۲۱۰؛ خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۴۳۷) و اگر مال مقاصّه از غیرجنس حق باشد، تقاص کننده مخیر است که همان را بعد از تقویم به عنوان تقاص اخذ کند و در نتیجه مالک آن گردد و یا اینکه آن را بفروشد و ثمن آن را به جای مال خود اخذ کند (حلی، ۱۴۰۸: ج ۴، ص ۱۰۰؛ عاملی، ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۲۴۲؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ج ۲، ص ۷۲۴؛ یزدی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۲۱۰؛ آشتیانی، ۱۴۲۵: ج ۲، ص ۸۵۷).

۳. قائلین به معاوضه و ادله ایشان

شهید اول، صاحب جواهر، میرزا حبیب الله رشتی، میرزا محمدحسن آشتیانی، سیدمحمدکاظم یزدی و از معاصرین مؤمن قمی از طرفداران این نظریه هستند (عاملی، بی تا: ج ۱، ص ۳۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴، ص ۳۹۶؛ رشتی، بی تا: ص ۹۰؛ آشتیانی، ۱۴۲۵: ج ۲، ص ۸۶۲؛ یزدی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۲۱۰؛ قمی، ۱۴۲۲: ص ۴۳۶). ادله ایشان را می توان در موارد زیر خلاصه کرد:

دلیل اول

اگر قائل باشیم تقاص کننده، هم مالک بدل آن می گردد و هم عین در ملک او باقی

می ماند، جمع عوض و معوض پیش می آید. پس باید بگوییم با تقاص، بدل به ملک تقاص کننده و عین به ملک تقاص شونده درمی آید (نجفی، القضاء، ۱۴۲۲: ص ۱۳۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۰، ص ۳۹۶؛ یزدی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۲۱۰).

نقد دلیل اول

این استدلال یک نحوه مصادره به مطلوب است؛ چون اینکه جمع عوض و معوض پیش می آید، مشروط به معاوضی بودن تقاص است. به عبارت دیگر، مستدل ابتدا معاوضی بودن تقاص را پذیرفته است، آن گاه با این فرض بر قائلین به بدل حیلولة ایراد می کند که اگر بگوییم تقاص کننده هم مالک بدل می گردد و هم عین در ملک او باقی می ماند، جمع بین عوض و معوض می گردد؛ درحالی که قائلین به بدل حیلولة به هیچ وجه بدل را عوض عین مغضوب نمی دانند، بلکه آن را بدل حائل گردیدن از اصل مال و جایگزین سلطنت فائده بر آن می شمرند و یا اینکه ملکیت تقاص کننده بر مال مقاصه را ملکیتی موقت و عقوبتی از ناحیه شارع برای مدیون ممتنع می شمرند.

دلیل دوم

ظاهر اخبار مقاصه و سایر ادله مقاصه این است که مال مقاصه به جای حق اخذ می شود؛ به گونه ای که بین آن دو معاوضه قهریه حاصل می گردد و از این جهت فرقی بین عین یا دین نیست (رشتی، بی تا: ص ۹۰). به عبارت دیگر، ظاهر نصوص این است که تقاص کننده بدل را مالک می شود و لازمه این مالکیت این است که مقابل آن یعنی عین به ملکیت غاصب درآید (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۰، ص ۳۹۶؛ روحانی، ۱۴۱۲: ج ۲۵، ص ۲۱۵). حتی در برخی مصادیق مذکور در روایات از قبیل تقاص دراهم در مقابل دراهم مدیونه، به این عوضیت تصریح شده است؛ مانند آنچه در صحیح بقیاق است که «فقلت له: خذها مکان الألف التي أخذ منك» (۱) و یا در روایت ابی بکر که گفته: «و انما أخذته مکان مالی الذي أخذ مني»، (۲) بنابراین متفاهم از ادله جواز تقاص در روایات این است که مأخوذ به جای مغضوب و عوض از آن باشد و البته عوضیت اختصاص به مصادیق مذکور در روایات ندارد و فهم عرفی از این تعبیرات عموم و در جمیع موارد تقاص است (قمی، ۱۴۲۲: ص ۴۳۳).

نقد دلیل دوم

ظهور اخبار در اصل عوضیت قابل قبول است، خصوصاً با تصریح به این عوضیت در برخی اخبار همان‌گونه که مستدل آنها را بیان کرده است، اما سخن این است که این مقدار متفاهم از روایات، با عوضیت و بدلیت موجود در بدل حیلوله نیز سازگاری دارد؛ به دلیل اینکه قائل به بدل حیلوله نیز مال مقاصه را بدل و عوض می‌داند، ولی نه بدل و عوض عین مغضوب، بلکه بدل سلطنت فائده بر اصل مال و عوض حیلولیت غاصب بین مالک و عین. به عبارت دیگر، اینکه اخبار در تعاض و عوضیت ظهور دارند، مورد پذیرش است، اما اینکه این تعاض بین مال مقاصه و عین مالک باشد، این ظهور از روایات به دست نمی‌آید، خصوصاً با التفات به احتمال اینکه مال مقاصه می‌تواند بدل سلطنت فائده باشد و عین نیز در ملک مالک آن باقی بماند. همانا اخبار باب، ممتنع از حمل بر این وجه نیستند. بله، با عدم التفات به اینکه بدل حیلوله نیز تدارک مظلومه است و عین نیز در ملک مالک آن باقی می‌ماند و همچنین بدل حیلوله نیز به جای عین مغضوبه و عوض از آن است و البته به بیانی که گذشت، در این صورت ممکن است ادعای چنین ظهوری را داشت (رشتی، بی‌تا: ص ۹۰).

به عبارتی دقیق‌تر و البته فراتر، اگرچه بدل حیلوله به معنای دقیق کلمه «به جای عین مغضوبه» و «عوض از عین» نیست، اما در مورد بدل حیلوله نیز می‌توان عیناً این تعبیرات را استعمال کرد؛ چراکه بدل حیلوله به جای سلطنتی است که مالک بر عین داشت و بدل حیلوله جای خالی عین را پر می‌کند و منافع آن را برای مالک جبران می‌کند.

دلیل سوم

بازگشت ادله مقاصه در عین و دین به تریخ مالک واقعی (شارع) در تقاص در صورت امتناع من علیه الحق است و روشن است که همانا ولی ممتنع فقط در آنچه بر عهده ممتنع است، اذن در تقاص می‌دهد و آنچه بر عهده غاصب و غریب ممتنع است، رد عین و دین است، نه رد سلطنت؛ به دلیل اینکه امر به رد سلطنت وقتی متوجه غاصب می‌شود که او متمکن خروج کامل از عهده مأخوذ نباشد؛ یعنی نتواند خود عین مأخوذ را

ادا کند. از این رو اذن شارع در تقاص که در پی امتناع غریم آمده است، به چیزی تعلق می‌گیرد که غریم از آن امتناع کرده است و نه غیر آن. نتیجه اینکه ترخیص شارع در تقاص باید اذن در تحصیل ملک دائم باشد؛ همان‌گونه که اصل عین و دین به ملکیت دائم در اختیار مالک آن بود، نه اینکه ترخیص شارع اذن در تحصیل سلطنت فائده باشد (رشتی، بی‌تا: ص ۹۰).

به بیانی دیگر، مقتضای عنوان تدارك و غرامت، انتقال عین به غاصب است؛ چراکه با فرض عدم تلف عین، اگر شارع حکم کند به تدارك مالیت و ارزش عین به نحو تام و کمال با این عنوان که این تدارك، تدارك چیزی است که بر عهده غاصب است، و به جای متعذر أخذ می‌گردد، چاره‌ای از التزام به خروج عین از ملك مالك نیست و از آنجا که امکان ندارد عین از جمله مباحات اصلیه باشد و هیچ قائلی به این معنی وجود ندارد، پس چاره‌ای از التزام به اینکه عین به ملك غاصب درمی‌آید، نخواهد بود (روحانی، ۱۴۱۲: ج ۲۵، ص ۲۱۵).

نقد دلیل سوم

این دلیل مردود است؛ چون اصل تقاص خلاف قاعده عدم جواز تصرف در ملک غیر است و اگر شارع مقدس تقاص را بر خلاف قاعده ترخیص داده است، می‌تواند به کمتر از آنچه بر عهده غاصب است، ترخیص کند.

دلیل چهارم

وقتی تقاص‌کننده مالک عوض گردید، احتمال اینکه این ملک متزلزل باشد، منافی قاعده لزوم در ملک است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۰، ص ۳۹۶).

نقد دلیل چهارم

اینکه در اثبات معاوضی بودن تقاص به این استناد گردد که قاعده لزوم در ملک متزلزل بودن ملکیت عوض را نفی می‌کند، باید گفت بازگشت قاعده لزوم در اینجا به استصحاب بقای مال مقاصه در ملک تقاص‌کننده است که ذیلاً استدلال و پاسخ آن را خواهیم گفت.



دلیل پنجم

این دلیل، استصحاب بقای مال مقاصه در ملک تقاص کننده است، وقتی که تقاص شونده ملک او را بازپس دهد (عراقی، ۱۴۲۱: ص ۴۳۶).

نقد دلیل پنجم

به عقیده ما، این استصحاب با استصحاب دیگری که در مقام وجود دارد و اتفاقاً قائلین به بدل حیلوله نیز به آن استناد کرده‌اند، تعارض دارد. بیان مطلب اینکه برای مالک در مقام بذل عین و رد مال مدیونه توسط غاصب دو استصحاب وجود دارد: یکی استصحاب ملکیت در عین و دیگری استصحاب ملکیت در مال مقاصه، و این دو با یکدیگر تعارض و تساقط می‌کنند.

برخی این تعارض را نفی کرده و این دو استصحاب را سببی و مسببی دانسته‌اند. تبیین ایشان این است که شک بین بقا یا عدم بقای مال مقاصه در ملک تقاص کننده در هنگام بذل، مسبب از شک بین خروج عین مالک از ملک او و دخول آن در ملک تقاص شونده و عدم آن است و با جریان استصحاب در مورد عین و حکم به بقای ملکیت تقاص کننده بر آن، دیگر محلی برای استصحاب دوم باقی نخواهد ماند (عراقی، ۱۴۲۱: ص ۴۳۶).

به نظر می‌رسد این دو استصحاب سببی و مسببی نیستند و این نحوه تبیین مستدل برای سببی و مسببی بودن کافی نیست؛ چراکه نظیر همین تبیین را در مورد استصحاب دوم نیز می‌توان گفت. بیان مطلب اینکه ممکن است کسی بگوید شک در بقای ملکیت تقاص کننده بر عین، مسبب از شک در بقای ملکیت مال مقاصه در ملک اوست و اگر ملکیت او بر مال مقاصه با استصحاب ثابت گردد، دیگر او مالک عین نخواهد بود و شکی در عدم ملکیت او نسبت به عین وجود نخواهد داشت تا بخواهیم استصحاب جاری نماییم. به عبارت دیگر، با پذیرش ملکیت مالک بر مال مقاصه دیگر او نمی‌تواند مالک عین نیز باشد؛ به دلیل اینکه جمع عوض و معوض پیش می‌آید. بنابراین هیچ شکی در عدم ملکیت مالک نسبت به عین وجود ندارد و هیچ موضوعی برای استصحاب باقی نمانده است.

در هر صورت آنچه قوی‌تر به نظر می‌رسد، این است که هیچ‌یک از این دو استصحاب نمی‌تواند مستند هیچ‌یک از دو دیدگاه قرار گیرد و این به دلیل تعارض استصحاب‌ها با یکدیگر است که منجر به تساقط آن دو از حجیت می‌گردد.

دلیل ششم

فهم عرفی در مسئله این است که با اخذ بدل، معاوضه قهری بین عین و بدل حاصل می‌گردد؛ یعنی اهل عرف از اول امر این‌گونه می‌انگارند که هرکدام از عین و بدل به ملکیت دیگری درمی‌آید (روحانی، ۱۴۱۲: ج ۲۵، ص ۲۱۵). به بیانی دیگر، مفهوم عرفی تقاص این است که مأخوذ به جای مغضوب و در عوض آن باشد و تعبیر به این معنا در روایات در مورد برخی مصادیق اموال از قبیل دراهم تعبیر به مقتضای حقیقت تقاص است در جمیع مصادیق، و از قبیل تعبیر به لازم ماهیت است، نه اینکه تعاض به خصوص مصادیق وارد در روایات اختصاص داشته باشد (قمی، ۱۴۲۲: ص ۴۳۶).

نقد دلیل ششم

فهم عرفی بر معاوضی بودن تقاص ثابت نیست و اهل عرف متفاوت‌اند. برخی به هنگام تقاص قصد معاوضه می‌کنند و برخی نیز از عین مالشان دست برنمی‌دارند و تنها در صدد جبران سلطنت فوت‌شده هستند. می‌توان گفت عرف قصد تقاص کننده را دخیل می‌داند. همچنین ممکن است عرف در قبال اموال گوناگون تفاوت بگذارد. به عنوان مثال، تقاص اموال مثلی را معاوضی بشمارد، ولی تقاص اموال قیمی را از قبیل اخذ بدل حیلولة بدانند. چگونه اعتبار عرفی در تقاص را معاوضه بدانیم؛ درحالی‌که درست در نقطه مقابل آن، برخی قائلین به بدل حیلولة در مورد تقاص آن را مستند به عرف می‌کنند. به عقیده ما، فهم عرفی در اینجا کارساز نیست؛ نه اقتضای معاوضی بودن تقاص را دارد و نه اقتضای بدل حیلولة بودن مال مقاصه را، و یا اگر احیاناً اقتضایی دارد، شناسایی آن مشکل است. بنابراین عرف نمی‌تواند مستند هیچ‌یک از دو قول قرار گیرد.



۴. قائلین به اینکه تقاص از قبیل اخذ بدل حیلوله است و ادله ایشان

از طرفداران این نظریه می‌توان مولی احمد نراقی، آقاضیاء عراقی و از معاصرین میرزا فتاح تبریزی را نام برد (نراقی، ۱۴۱۵: ج ۱۷، ص ۴۵۱؛ عراقی، ۱۴۲۱: ص ۴۳۴؛ تبریزی، ۱۳۷۵: ج ۲، ص ۲۴۳) و اما ادله قائلین به اینکه مال مقاصه از قبیل بدل حیلوله است، به شرح زیر است:

دلیل اول

آنچه تقاص کننده اخذ می‌کند، واقعاً عوض از مالش نیست، بلکه این اخذ امری است که شارع آن را عقوبتاً تجویز کرده است (نراقی، ۱۴۱۵: ج ۱۷، ص ۴۵۲).

اینکه این حکم شارع عقوبت برای غاصب باشد، مانند ثمن مغضوب است که خریدار عالم به غصب به بایع می‌پردازد. در اینجا بر این مطلب اجماع نقل شده است که بر او ارجاع ثمن جایز نیست و این عدم جواز از باب عقوبت است (نجفی، الغصب، ۱۴۲۲: ص ۴۵). صحیح این است که گفته شود مال مقاصه ملك تقاص کننده است که شرع بر آن حکم کرده است، نه ملکی که عوض از چیزی باشد؛ به گونه‌ای که این ملکیت با تلف عین استمرار یابد و با رد عین زایل گردد. بلکه این حکم از قبیل غرامت شرعیه مسببه از حیلوله بین مالک و عین مغضوب اوست. نتیجه اینکه تا هنگام تلف عین، احکام غصب بر آن جاری می‌گردد. البته بعد از ادای بدل توسط غاصب، اگر عین از او و یا با مباشرت یا تسبیب او تلف گردد، دیگر ضمان عین بر او نیست (همان، ص ۴۶).

نقد دلیل اول

اگر تقاص به عنوان عقوبتی از ناحیه شرع ترخیص شده باشد، نمی‌تواند دلیل بر این باشد که تقاص از قبیل اخذ بدل حیلوله است؛ چرا که عقوبت بودن تقاص با معاوضی بودن آن نیز سازگاری دارد. در حقیقت همین که شارع به مالک اجازه داده است تا از اموال غاصب و مدیون ممتنع، مالی را اخذ کند و دست تصرف غاصب و مدیون ممتنع را از آن کوتاه کند، این خود نوعی عقوبت برای اوست. به بیان دقیق‌تر، اگر عقوبت دانستن تقاص

مستند به کلماتی در آیات شریفه نظیر ﴿فَعَاقِبُوا بِمَثَلِ مَا عَوْقِبْتُمْ بِهِ﴾ (نحل: ۱۲۶) یا ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمَثَلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ (بقره: ۱۹۴) و یا ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ (شوری: ۴۰) و یا به کلماتی در روایات نظیر «أَيَحِلُّ أَنْ أُجْحَدَ مِثْلَ مَا جَحَدْتُ» (۳) باشد، عقوبت مستفاد از ظواهر این عبارات با عقوبت موجود در معاوضی دانستن تقاص نیز حاصل می‌گردد و این نمی‌تواند دلیل بر بدل حیلوله بودن مال مقاصه قرار گیرد.

دلیل دوم

مقتضای قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» این است که مأخوذ از قبیل بدل حیلوله باشد، به این بیان که ید غصبی، ضامن عین است و باید آن را رد کند پس مالک، اگر بدل عین را قبض کند، مالک بدل می‌گردد، ولی این ملکیت تا وقتی ادامه دارد که غاصب، عین را بدهد، ولی بعد از آن چیزی برای مالک نیست و مقتضای آن این است که بعد از آنکه غاصب، عین را برگرداند، بر مالک نیز لازم است مأخوذ را بازگرداند (همان: ص ۴۵). به عبارت دیگر، غاصب باید در هر صورت عین را رد کند. پس غاصب نمی‌تواند مالک عین باشد. در نتیجه بدل نیز نمی‌تواند عوض از مغضوب باشد؛ چرا که ملکیت عوضی در معاوضه معقول نیست، بدون اینکه عوض آن به ملکیت شخص مقابل درآید (همان: ص ۴۶).

نقد دلیل دوم

اینکه هر غاصبی در هر شرایطی مکلف به رد مغضوب باشد، منافات ندارد که در واقع به محض تقاص مالک، غاصب بریء الذمه شده باشد و تکلیف و وجوب رد دیگر بر عهده او نباشد، اگرچه او به دلیل جهل و بی‌خبری خویش، همچنان این تکلیف را بر عهده خود مستدام ببیند. به عبارت دیگر، با قول به معاوضی بودن تقاص و ملکیت غاصب بر عین در اثر تقاص، مانعی از این جهت به وجود نمی‌آید که به مقتضای قاعده علی الید، غاصب مکلف است عین را رد کند؛ پس چگونه بگوییم مالک عین گردیده است؟ به دلیل اینکه این تکلیف بعد از تقاص برای او وجود ندارد؛ اگرچه او به دلیل بی‌خبری از تقاص مالک این تکلیف را بر عهده خود می‌پندارد. (۴)

دلیل سوم

حدیث «لاضرر و لا ضرار» دلالت می‌کند که هرگاه غاصب، عین را به مالک عودت می‌دهد، بر مالک جایز است بدل را به او بدهد و عین را بگیرد و این به دلیل این است که جمع بین عوض و معوض که ضرری است، پیش نیاید (همان: ص ۴۵).

نقد دلیل سوم

این دلیل به هیچ‌وجه نمی‌تواند مثبت قول به بدل حیلوله در تقاص باشد؛ به دلیل اینکه نهایت چیزی که از حدیث لاضرر در این مسئله استفاده می‌گردد، این است که اگر غاصب عین را رد کند و مالک آن را بپذیرد، در این صورت برای اینکه ضرری متوجه تقاص نشود نگردد و جمع بین عوض و معوض برای مالک به وجود نیاید، باید مال مقاصه را به غاصب باز پس دهد و این اگرچه همان معنای بدل حیلوله در مورد تقاص و مال مقاصه است، اما هیچ الزامی از ناحیه حدیث بر قبول مالک به نظر نمی‌رسد و حدیث لاضرر دلالتی بر وجوب قبول عین توسط مالک ندارد. خود مستدل نیز متفطن به این نکته بوده است و لذا کلمه «جواز» و نه «لزوم» را به کار برده است. در نتیجه مالک می‌تواند عین را قبول نکند و به مقتضای معاوضی بودن تقاص، عین به ملکیت غاصب درآید و مال مقاصه نیز در ملکیت تقاص کننده باقی بماند و در این صورت هیچ‌گونه جمع عوض و معوض و ضرری برای هیچ‌یک از دو طرف نخواهد بود.

در هر صورت این اشکال باقی است که چرا با اینکه مستدل متوجه نکته مذکور بوده است، حدیث لاضرر را به عنوان دلیل برای قول به بدل حیلوله در تقاص ذکر کرده است. به عقیده ما، قاعده لاضرر هیچ‌گونه اقتضایی برای به اثبات هیچ‌یک از دو دیدگاه ندارد و همچنین هیچ‌یک را رد نمی‌کند، بلکه در این باره لا اقتضای محض است.

دلیل چهارم

اگر عین باقی باشد، اصل در بدل، تدارک سلطنت فائده است و این تدارک اقتضای معاوضه ندارد (رشتی، بی تا: ص ۹۰).

به عبارت دیگر، وقتی که عین باقی باشد، آنچه از مالک آن به سبب تعدر فوت

می‌گردد، سلطنت مطلقه بر عین است. بنابراین آنچه در تدارک لازم است، تدارک سلطنت فائده بر عین مال است با سلطنتی که هم‌تراز آن باشد؛ و این تدارک با اخذ مماثل و اباحه آن بر تقاص‌کننده حاصل می‌گردد و به هیچ‌وجه اقتضای ملکیت تقاص‌کننده بر مال مقاصه را ندارد؛ چنان‌که سلطنت بر انتفاعات نیز مستلزم ملکیت نیست. پس مال مقاصه ملک آخذ نخواهد بود و در نتیجه قهراً عین نیز ملک غاصب نخواهد گردید (روحانی، ۱۴۱۲: ج ۲۵، ص ۲۱۶).

نقد دلیل چهارم

سخن این است که سلطنت هم‌تراز با سلطنت فائده چیست؟ آیا سلطنت فائده، صرفاً اباحه تصرف و سلطنت بر انتفاعات است یا مطلق تصرفات حتی تصرفات ناقله را نیز شامل می‌گردد؟ صحیح این است که سلطنت فائده، مطلق تصرفات حتی تصرفات ناقله را نیز شامل می‌گردد. حال اگر بخواهیم سلطنت هم‌تراز با سلطنت فائده داشته باشیم و به همین دلیل بتوانیم تصرفات ناقله در مورد بدل را نیز داشته باشیم آیا این‌گونه سلطنت مستلزم ملکیت نیست؟ آیا سلطنت بر نقل اماره مالکیت نیست؟ نتیجه اینکه در جهت دستیابی به سلطنت فائده چاره‌ای از این نیست که بدل به ملکیت تقاص‌کننده درآید و از این جهت مانعی نیست که عین نیز در ازای آن به ملکیت غاصب درآید.

دلیل پنجم

دلیل دیگر استصحاب ملکیت مالک در مورد عین است (نراقی، ۱۴۱۵: ج ۱۷، ص ۴۵۱؛ رشتی، بی‌تا: ص ۹۰) و یا در بیانی دیگر، استصحاب عدم خروج عین مال از ملک مالک و عدم دخول آن در ملک تقاص‌شونده (عراقی، ۱۴۲۱: ص ۴۳۶). بنابراین هنگامی که ممتنع، اصل حق را به مالک عودت می‌دهد، بر او واجب است که مال مقاصه را رد کند.

نقد دلیل پنجم

نقد این دلیل در ذیل دلیل پنجم ادله قائلین به معاوضه گذشت.

دلیل ششم

اعتبار عرفی در باب مقاصه تضمین است؛ یعنی از آنجا که دست انسان به اصل مالش نمی‌رسد، پس مالیت آن را از اموالی که بر اثر تقاص در ید او قرار گرفته، از اموال تقاص شونده استنقاذ می‌کند، بدون اینکه از عین مالش در دست غاصب گذشت کرده و از خصوصیت آن دست برداشته باشد. به بیانی دیگر، غایت آنچه مرتکز ذهن عرف است، این است که تقاص کننده مالیت عین را در ضمن بدل حفظ کند، نه اینکه به این بدل به عنوان معاوضه از عین شخصی اش راضی شده و دلخوش باشد (همان: ص ۴۳۴-۴۳۵).

نقد دلیل ششم

نقد این دلیل در ذیل دلیل ششم ادله قائلین به معاوضه گذشت.

۵. قول به تفصیل در مسئله و دلایل آن

تفصیل اول

حضرت امام خمینی رحمته الله علیه بین عین مثلی و عین قیمی تفاوت قائل شده و این‌گونه تفصیل داده‌اند که اگر حق مالک عین باشد، پس اگر مثلی باشد و مثل آن را تقاص کند حصول معاوضه قهریه بعید نیست، البته با یک تأملی. اما اگر حق مورد تقاص از اموال قیمی باشد و به مقدار قیمت آن تقاص کند، پس آیا در این صورت مانند صورت قبل معاوضه قهریه حاصل می‌گردد یا اینکه تقاص به منزله بدل حیلولة است، تردید و اشکال وجود دارد؛ اگرچه جریان حکم بدل حیلولة بعید نیست (خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۴۳۷).

شارح تحریر الوسیله دلایل این تفصیل را بیان کرده‌اند و در واقع ایشان دلایل اختصاص حکم معاوضی بودن تقاص به اموال مثلی را بیان کرده‌اند که در نتیجه این دلایل تقاص اموال مثلی، معاوضی و تقاص اموال قیمی از قبیل اخذ بدل حیلولة گردیده است؛ اما آن دلایل بدین شرح است:

دلیل اول

صحیح‌ه بقباق که در آن تصریح شده است که مال تقاص شده به‌جای مال مغضوب قرار می‌گیرد، عام است و شامل صورتی می‌شود که دراهم غضب‌شده از او بعینه در نزد تقاص شونده باقی است. نتیجه این می‌گردد که روایت تصریح کرده است به اینکه مال مقاصه عوض دراهم است و لازمه عوضیت عرفی، حصول معاوضه قهری است و روشن است مورد صحیح‌ه تقاص مثلی به مثل آن است؛ درحالی‌که در مورد تقاص قیمیات، در هیچ‌یک از نصوص تصریحی بر عوضی بودن مال مقاصه در مقابل عین مغضوب وجود ندارد (قمی، ۱۴۲۲: ص ۴۳۴ و ۴۳۶).

نقد دلیل اول

این دلیل به چهار وجه مخدوش است.

وجه اول: اینکه تعبیر عوضیت در روایات در مورد اموال مثلی استعمال شده است، نمی‌تواند دلیل بر این باشد که عوضیت اختصاص به مثلیات دارد. چه بسا تعبیر به عوضیت در مورد اموال مثلی از جهت تعبیر به اقتضای حقیقت تقاص بوده باشد که این حقیقت در جمیع موارد تقاص و از جمله در تقاص کالاهای قیمی نیز وجود دارد.

وجه دوم: در صحیح‌ه ابوالعباس بقباق، (۵) عوضیت در تقاص در مورد دراهم ذکر شده است و اگرچه دراهم کالای مثلی است، اما اشکال این است که ذکر دراهم در سؤال سائل آمده است که آیا به‌جای دراهم مغضوب می‌توانم دراهم بگیرم یا نه؟ روشن است که پاسخ امام علیه السلام را در اینجا نمی‌توانیم مقید به مورد سؤال کنیم و مورد مخصص نیست؛ نظیر وقتی که از یک مرجع تقلید استفتایی از مصداق و مورد خاصی می‌گردد، مانند اینکه آیا در سفر بیست فرسخی نماز قصر است، و آن مرجع پاسخ مثبت می‌دهد، ولی به‌هیچ‌وجه نمی‌توان پاسخ او را محدود به مورد سؤال کرد. در مورد روایت ابوبکر (۶) نیز نمی‌توانیم عوضیت مستفاد از پاسخ امام علیه السلام را مقید به مورد سؤال یعنی دراهم کنیم.

وجه سوم: در روایت صحیح‌ه دیگری از ابی‌بکر (۷) بیان عوضیت با تعبیر «مکان

ماله» و «مکان مالی» ذکر گردیده است و «مال» اعم از کالاهای مثلی و قیمی است. وجه چهارم: با اغماض از تمام ایرادات گذشته و پذیرش اینکه تعبیر عوضیت در روایات فقط در مورد اموال مثلی به کار رفته است و این موجب اختصاص حکم معاوضه به تقاص اموال مثلی می‌گردد، این اشکال باقی است که عوضیت مستفاد از تعبیرات ذکر شده در روایات با عوضیت موجود در بدل حیلوله نیز سازگاری دارد، چون در قول به بدل حیلوله نیز مال مقاصه بدل و عوض قرار می‌گیرد، ولی نه بدل و عوض عین، بلکه بدل سلطنت فائده. بیان مفصل این وجه در نقد دلیل دوم قائلین به معاوضه گذشت.

دلیل دوم

از آنجا که در مصادیق اموال مثلی جهات مالی مرغوب نزد عقلا در جمیع مصادیق مساوی است و تفاوتی در آنها وجود ندارد، در نتیجه مال تقاص شده در جمیع جهات مرغوبیت به عوض مال مغضوب قرار می‌گیرد و چیزی از جهات مرغوبیت مال مغضوب باقی نمی‌ماند که عوض آن اخذ نشده باشد و لازمه این امر حصول معاوضه قهری است (همان: ص ۴۳۴)؛ درحالی که در مصادیق قیمیات جهات مرغوبیت متفاوت است و امکان تهاتر پایاپای مال مقاصه و عین مغضوب در جمیع جهات مرغوبیت وجود ندارد.

نقد دلیل دوم

آنچه در تقاص معتبر است، تساوی ارزش مال مقاصه در قبال مالیت عین مغضوب است و برابری از جمیع جهات مرغوبیت شرط نیست. تعبیرات موجود در روایات از قبیل «خذ منهم بقدر ما أخذوا منك»، «خذ مثل ذلک»، «أن آخذ منه بقدر حقی»، «لم أزد علیهِ شیئاً» و «ولا تزدد»، (۸) همین اعتبار ارزش مالی را تأیید می‌کنند و نه چیز دیگر.

تفصیل دوم

برخی دیگر این‌گونه تفصیل داده‌اند که اگر تقاص کننده بدل را به نیت بدلیت دائم از عین اخذ می‌کند، پس دائماً مالک آن می‌گردد و معاوضه بین بدل و عین قهراً حاصل می‌گردد، اما اگر بدل را به قصد ملک موقت، مادامی که حائل بین او و عین مالش وجود دارد، اخذ می‌کند،

پس موقتاً مادامی که حائل و مانع برطرف نشده، مالک بدل می‌شود و زمانی که حائل زائل گردد، ملکیت او هم قهراً از آن زائل می‌گردد (نجفی، الغصب، ۱۴۲۲: ص ۴۶).

تقویت دیدگاه معاوضی بودن تقاص

همان‌طور که روشن گردید، هیچ‌یک از ادله هر دو دیدگاه و نیز ادله دیدگاه تفصیل اول، کفایت لازم در اثبات مدعی را نداشتند و همگی با اشکالاتی مواجه بودند که بیانش گذشت. در این میان به نظر ما دیدگاه معاوضی بودن تقاص صحیح است و می‌توان آن را مستند به ظواهر روایات کرد، ولی نه ظهور لفظی مستقیم، آن‌گونه که قائلین به معاوضی بودن تقاص دلیل آوردند. به عقیده ما، ظهور اطلاقی روایات تقاص، دلیل معاوضی بودن تقاص است. بیان مطلب اینکه پانزده روایت (۹) در دلالت بر مشروعیت تقاص وجود دارد و بیش از نیمی از آنها روایات صحیح و معتبرند. آنچه از شرایط در تقاص مطرح است، از این روایات استفاده می‌شود و این در حالی است که در هیچ‌یک از این روایات اشاره‌ای به بدل حیلوله بودن مال مقاصه نشده است. توضیح بیشتر اینکه اگر در نظر شارع این‌گونه بود که با بازگرداندن عین یا دین توسط مدیون ممتنع، باید مال مقاصه عودت داده شود، لازم بود به بیانی به این مطلب اشاره می‌کرد، در حالی که در هیچ‌یک از روایات امام علیه السلام حکم تقاص را مقید به این نکرده است که اگر غاصب یا مدیون ممتنع حاضر به بذل عین یا دین شد، باید آنچه را تقاص کرده‌ای، بازگردانی و اصل مال خویش را بگیری. این عدم ذکر امام علیه السلام جز از این جهت نیست که چنین چیزی در نظر آن حضرت اعتبار نداشته و لازم نبوده است که در صورت تقاص و رد عین و دین توسط فرد، مال مقاصه را بازپس دهد، و الا اگر چنین حکمی و قیدی در نظر ایشان وجود داشت، قاعدتاً ذکر می‌فرمودند. تعلیل عدم ذکر به بدهت لزوم عودت عین مقاصه نیز نمی‌تواند صحیح باشد چون چنین ادعایی با واقعیت تطابق ندارد. بنابراین آنچه قوی به نظر می‌رسد، این است که اطلاق روایات، دال بر معاوضی بودن تقاص است.

اتخاذ قول تفصیل بین اینکه تقاص‌کننده قصد بدل حیلوله دارد یا قصد معاوضه

به‌رغم تقویت قول معاوضی بودن تقاص، اما این به‌معنای حصول معاوضه در تمام

موارد تقاص نیست، بلکه مشروط به قصد تقاص کننده است. توضیح اینکه نزاع معاوضی بودن یا بدلیت حیلوله در مورد تقاص، در جایی است که تقاص کننده قصد ملکیت دائم بر مال مقاصه را داشته است و سخن این است که آیا شارع مقدس این قصد تملک دائم را صحیح دانسته و امضا کرده است یا نه؟ به عقیده ما، شارع چنین قصدی را رد نکرده است، بدین معنا که اگر تقاص کننده بنا بر تعاض بین مال مقاصه و حق دارد، شارع این بنای او را تأیید کرده و حصول تعاض در تقاص را پذیرفته است، اما اگر تقاص کننده چنین قصدی را نداشته و از اول قصد بدلیت حیلوله در مورد مال مقاصه کرده و بر این قصد باقی مانده است، قول به معاوضی بودن تقاص بدین معنا نیست که برای او نیز ملکیت دائم بر مال مقاصه را قائل باشیم. چگونه حکم به ملکیت دائم او بر مال مقاصه کنیم؛ درحالی که تقاص از اسباب قهریه ملک نیست و مشروط به قصد است. اصولاً اگر کسی اسباب اختیاری ملک را به قصدی غیر از تملک و یا خالی از قصد انجام دهد، مالک نمی‌گردد (عاملی، ۱۴۱۷: ج ۳، ص ۶۱؛ عاملی، ۱۴۱۰: ج ۷، ص ۱۶۱). همچنین بعید نیست عموم «العقود تابعة للقصد» شامل ما نحن فیه شود؛ چراکه اگر با قصد بدلیت حیلوله از طرف تقاص کننده به حصول ملکیت دائم برای او در مال مقاصه حکم کنیم، از قبیل «ما قُصد لم یقع و ما وقع لم یُقصد» خواهد بود.

بنابراین اگر فردی در تقاص بر این قصد بود که مال مقاصه بدل حیلوله باشد و چنین قصدی را تا زمان رد عین و دین توسط ممتنع ادامه داد، در اینجا تقاص چیزی فراتر از اخذ بدل حیلوله نمی‌تواند باشد. بنابراین بایستی با رد عین و دین توسط ممتنع، مال مقاصه را بازپس دهد و اصل مال خویش را بستاند و تمام ثمرات قول به بدل حیلوله در تقاص مترتب خواهد گردید، ولی اگر تقاص کننده قصد ملکیت دائم بر مال مقاصه را کرد، به دلیلی که ذکر کردیم و دیدگاه تعاض در تقاص را اختیار کردیم، می‌گوییم تعاض برای او حاصل شده و او مالک دائم مال مقاصه گردیده است و همین‌طور تمام ثمرات قول به تعاض در تقاص مترتب می‌شود. این نتیجه نهایی همان قول به تفصیل دوم است که در شمار اقوال تفصیل در مسئله ذکر شد.

نتیجه‌گیری

آنچه از رهگذر ادله و قواعد باب به‌دست آمد، این است که تقاص از قبیل معاوضه دائمی است، مگر اینکه تقاص‌کننده از اول تقاص را از باب اخذ بدل حیلوله قصد کرده باشد و تا زمان ردّ عین یا دین توسط ممتنع بر این قصد باقی مانده باشد که در این صورت تقاص از قبیل اخذ بدل حیلوله است. در نتیجه با رد عین یا دین توسط ممتنع، بر مالک واجب است اصل مال خویش را بستاند و مال تقاص‌کرده را به ممتنع عودت دهد و این بازگشت نیازی به معامله معاوضی ندارد، اما در آنجا که تقاص‌کننده قصد بدلیت حیلوله را نکرده، بلکه قصد ملکیت دائم بر مال مقاصه را کرده است، تقاص از قبیل معاوضه است و بین مال مقاصه و حق معاوضه دائمی صورت می‌گیرد. در نتیجه با رد عین یا دین توسط ممتنع، بر مالک جایز نیست که اصل حق خویش را بستاند، بلکه اصل مال به ملک ممتنع درآمده است؛ چنان‌که مال تقاص‌شده نیز به ملک تقاص‌کننده درآمده است. حال اگر مالک و ممتنع بخواهند مال تقاص‌شده و اصل حق به ملک مالکان اول بازگردد، امکان نخواهد داشت، مگر با یک معامله معاوضی جدید.



پی‌نوشت

۱. «ابوالعباس بقباق ان شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال ابوالعباس: فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك. فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبدالله فذكر له ذلك. فقال: اما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف؛ ابوالعباس بقباق گوید: شهاب در مورد مردی که هزار درهم از او برده است و هزار درهم بعداً نزد او به امانت گذاشته است، با او بحث و گفتگو کرد. ابوالعباس گوید: پس به او گفتم: این هزار درهم را به جای آن هزار درهم برگیر. پس شهاب امتناع کرد و نزد امام صادق رفت و مسئله را از امام سؤال کرد. پس امام فرمود: من دوست دارم که تو دراهمت را برگیری و بر آن قسم بخوری» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۲۷۲).
۲. «ابوبکر حضرمی قال: قلت له: رجل لي عليه دراهم فجدني و حلف عليها. أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن أخذ منه بقدر حقي؟ قال: فقال: نعم و لكن لهذا كلام. قلت: و ما هو؟ قال: تقول اللهم إني لا أخذه ظلماً و لا خيائَةً و انما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني لم ازد عليه شيئاً؛ ابوبکر گوید: به امام عرض کردم: دراهمی برای من بر عهده مردی است. پس او انکار کرده و بر آن قسم خورده است. آیا بر من جایز است که اگر از دراهم او در نزد من قرار گرفت، از آنها به اندازه حقم برگیرم؟ گوید که امام فرمود: بله، ولیکن برای این کار کلامی است. گفتم: چه کلامی؟ فرمود: می‌گویی: اللهم إني لا أخذه...» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۲۷۳).
۳. «علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل الجحود أيحل أن اجده مثل ما جحد؟ قال: نعم و لا تزدد؛ علي بن جعفر از برادرش موسی بن جعفر عليه السلام نقل می‌کند که از حضرت در مورد مرد منکر دین سؤال کردم که آیا جایز است من نیز مثل او در پرداخت دین جحد کنم؟ حضرت فرمود: بله و از مقدار جحد او میفزاد» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۲۷۶).
۴. میرزا حبیب‌الله رشتی به این تکلیف واقعی و ظاهری در مقام اشاره کرده است (رشتی، پی‌تا: ص ۹۰).

۵. «ابوالعباس بقباق ان شهاباً ماراه فی رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم. قال ابوالعباس: فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك. فابى شهاب. قال: فدخل شهاب على ابى عبدالله فذكر له ذلك. فقال: اما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف؛ ابو العباس بقباق گوید. شهاب در مورد مردی که هزار درهم از او برده است و هزار درهم بعداً نزد او به امانت گذاشته است، با او بحث و گفتگو کرد. ابوالعباس گوید: پس به او گفتم: این هزار درهم را به جای آن هزار درهم برگیر. پس شهاب امتناع کرد و نزد امام صادق رفت و مسئله را از امام سؤال کرد. امام فرمود: من دوست دارم تو دراهمت را برگیری و بر آن قسم بخوری» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۲۷۲).

۶. ابوبکر حضرمی قال: قلت له: رجل لي عليه دراهم فجددني و حلف عليها. أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن أخذ منه بقدر حقي؟ قال: فقال: نعم و لكن لهذا كلام. قلت: و ما هو؟ قال: تقول اللهم اني لا أخذه ظلماً و لا خيائاً و انما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني لم ازد عليه شيئاً؛ ابو بكر گوید: به امام عرض کردم دراهمی برای من بر عهده مردی است. پس او انکار کرده و بر آن قسم خورده است. آیا بر من جایز است که اگر از دراهم او در نزد من قرار گرفت، از آنها به اندازه حقم برگیرم؟ گوید که امام فرمود: بله و لیکن برای این کار کلامی است. گفتم: چه کلامی؟ فرمود: می گویی: «اللهم إني لاأخذه...» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۲۷۳).

۷. ابوبکر حضرمی عن ابى عبدالله قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال فجدده إياه و ذهب به ثم صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بما له مال قبله. يأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم و لكن لهذا الكلام يقول: اللهم اني أخذ هذا المال مكان مالي الذي اخذه مني و اني لم أخذ الذي أخذته خيائاً و لا ظلماً؛ ابوبكر حضرمي از امام صادق نقل می کند که به حضرت عرض کردم: اگر فردی بر عهده فردی طلبی داشته باشد، و لیکن آن مرد انکار کند و مال او را ببرد، آن گاه بعد از مدتی مالی از مردی که مال را برده بود، در نزد آن فرد قرار می گیرد. آیا می تواند آن مال را به جای مال

- برده شده بگیرد؟ پس امام فرمود: بله، ولیکن برای این کار کلامی است. او باید بگوید:
 اللهم انی آخذ...» (عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۲۷۴).
۸. برای مطالعه متن این روایات رک: صدوق، ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۱۸۷؛ عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۲۷۲ - ۲۷۳ و ۲۷۶.
۹. برای مطالعه این روایات رک: صدوق، ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۱۸۵ - ۱۸۷؛ طوسی، ۱۳۶۵: ج ۶، ص ۲۳۱ و ۳۴۷ - ۳۴۹ و ج ۸، ص ۲۹۳؛ عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ص ۲۷۲ - ۲۷۶، ج ۱۸، ص ۳۳۳، ج ۱۹، ص ۴۲۸ و ج ۲۷، ص ۲۴۶؛ نوری، ۱۴۰۹: ج ۹، ص ۱۲۹).



کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر (۱۴۲۵)، کتاب القضاء، تصحیح علی اکبر زمانی نژاد، ج ۲، انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی، قم.
۳. ابن فارس، احمد (۱۴۳۳)، مقایس اللغة، تصحیح ابراهیم شمس الدین، شركة الاعلمی للمطبوعات، بیروت.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۲۶)، لسان العرب، تدقیق یوسف البقاعی و ابراهیم شمس الدین و نضال علی، ج ۲، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، بیروت.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰)، کتاب المکاسب، حاشیه سید محمد کلانتر، ج ۵، مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب، قم، چاپ سوم.
۶. تبریزی، میرزا فتاح شهیدی (۱۳۷۵)، هدایة الطالب إلى أسرار المکاسب، ج ۲، چاپخانه اطلاعات، تبریز.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۳۳)، معجم الصحاح، تصحیح ابراهیم شمس الدین، شركة الأعلمی للمطبوعات، بیروت.
۸. حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، تصحیح عبدالحسین محمد علی بقال، ج ۴، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
۹. خمینی، سیدروح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، ج ۲، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم.
۱۰. رشتی، میرزا حبیب الله (بی تا)، کتاب الغصب، بی تا، بی جا.
۱۱. روحانی، سیدصادق حسینی (۱۴۱۲)، فقه الصادق علیه السلام، ج ۲۵، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، قم.
۱۲. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳)، کفایة الاحکام، ج ۲، دفتر انتشارات جامعه مدرسین، قم.
۱۳. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیه السلام، ج ۲، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیه السلام، قم.
۱۴. شیرازی، سید محمد حسینی (بی تا)، ایصال الطالب الى المکاسب، ج ۴، منشورات اعلمی، تهران.
۱۵. صدر، سید محمد (۱۴۲۰)، ماوراء الفقه، تصحیح جعفر هادی دجیلی، ج ۹، دارالاضواء للطباعة



والنشر والتوزيع، بيروت.

۱۶. صدوق، شیخ محمد (۱۴۱۳)، من لا يحضره الفقيه، ج ۳، دفتر انتشارات جامعه مدرسین، قم، چاپ سوم.
۱۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۶۵)، التهذيب، ج ۶، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ چهارم.
۱۸. عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه، ج ۳، حاشية كلانتر، كتابفروشی داوری، قم.
۱۹. عاملی، شیخ حر (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، ج ۱۷، مؤسسه آل البيت، قم.
۲۰. عاملی، محمد بن علی موسوی (۱۴۱۱)، نهاية المرام في شرح مختصر شرايع الإسلام، ج ۱، دفتر انتشارات جامعه مدرسین، قم.
۲۱. عاملی، محمد بن مکی (بی تا)، القواعد و الفوائد، تصحیح سیدعبدالهادی حکیم، ج ۱، کتابفروشی مفید، قم.
۲۲. _____ (۱۴۱۷)، الدروس الشرعية في فقه الامامية، ج ۳، دفتر انتشارات جامعه مدرسین، قم، چاپ دوم.
۲۳. عراقی، آقاضیاءالدین علی کزازی (۱۴۲۱)، کتاب القضاء، تقریر میرزا ابوالفضل نجم آبادی، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (علیه السلام)، قم.
۲۴. فیروزآبادی، مجد الدین محمد بن یعقوب (۱۴۳۳)، القاموس المحيط، تصحیح ابراهیم شمس الدین، شركة الاعلمي للمطبوعات، بيروت.
۲۵. قمی، محمد مؤمن (۱۴۲۲)، مبانی تحریر الوسیله، القضاء و الشهادات، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
۲۶. مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۳)، فقه المعاملات، دفتر انتشارات جامعه مدرسین، قم.
۲۷. نجفی، کاشف الغطاء حسن بن جعفر (۱۴۲۲)، انوارالفقاهه، کتاب الغصب، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف.
۲۸. _____ (۱۴۲۲)، انوارالفقاهه، کتاب القضاء، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف.
۲۹. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، تصحیح عباس قوچانی و علی

آخوندی، ج ۴۰، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.

۳۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵)، مستند الشیعة فی احکام الشریعة، ج ۱۷، مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم.

۳۱. نوری، میرزا حسین (۱۴۰۹)، مستدرک الوسائل، ج ۹، مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم.

۳۲. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۱۴)، تکملة العروة الوثقی، تصحیح سید محمد حسین طباطبایی، ج ۲، کتابفروشی داوری، قم.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی