

## Jurisprudential and Legal Analysis of measure from Trusted Property

**Jamshidi. Hadi<sup>1</sup> -Amirpour. Heydar<sup>2\*</sup>- Jafari. Ghasem<sup>3</sup>-Mohebi Majd. Reza<sup>4</sup>**

1: PhD Student of Islamic jurisprudence, Tehran, Iran., Payam Noor University, Tehran, Iran.

2: Associate Professor Islamic jurisprudence, Tehran, Iran., Payam Noor University, Tehran, Iran:  
(Corresponding Author)([dr.amirpour@Pnu.ac.ir](mailto:dr.amirpour@Pnu.ac.ir))

3: Assistant Professor Islamic jurisprudence, Shahr rey, Iran., Payam Noor University, Tehran, Iran.

4: Assistant Professor Islamic jurisprudence, Shahr rey, Iran., Payam Noor University, Tehran, Iran.

**Abstract:** Whether or not it was permissible to pay tribute to the person in trust with the assumption of humiliation of other conditions of mutual respect, despite being the place of development 'It has not been addressed in the laws of the subject, but research in the jurisprudential sources 'It is indicative of the challenge of this issue among the jurists of the wise and contemporary in such a way that three jurisprudential views can be designed: A group of jurists with respect and another group, on the condition of mentioning the prayer mentioned in some narrations, gave a license to be allowed to write; and some others gave a license with a license with a license. By examining the jurisprudential foundations of the problem and especially with the synergy of the jurisprudential foundations of the views of the people, the opinion-writers are based on the new perspective plan with a combination of the second and third perspectives' thus, in an assumption that other than the deposit, other property of the debtor is available to the owner of the right to know, the verdict of the deposit is a license with the fraud 'But if only the property is available to the rightful owner, the same property is a deposit and the possibility of access to his other property is not in any way consistent with the second point of view 'Can afford a license without aberration. Since the provisions of Articles 617, 619 and 620 of the Civil Code, which governs the necessity of rejecting the trustworthiness and sanctity of the wise 'To the place of comparison, there is a discussion of the common lawmaker waiting to give the decision in detail in the type of purification of the people in the property of the deposit, the purification of the people as the pursuit of the law.

**Keywords:** measure, deposit, copyright, Sufferers, Generalities and Information.

## فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۴ - بهار ۱۴۰۳

صفحات ۲۹-۵۴ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۲/۰۴/۲۶ - بازنگاری ۱۴۰۲/۰۵/۳۱ - پذیرش ۱۴۰۲/۰۶/۰۱

## تحلیل فقهی و حقوقی تقاص از مال مورد امانت

هادی جمشیدی<sup>۱</sup> / حیدر امیرپور<sup>۲</sup> / قاسم جعفری<sup>۳</sup> / رضا محبی مجد<sup>۴</sup>

۱: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران جنوب، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

۲: دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران جنوب، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

[dr.amirpour@Pnu.ac.ir](mailto:dr.amirpour@Pnu.ac.ir)

۳: استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد شهرری، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

۴: استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد شهرری، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

**چکیده:** درباره این که تقاص از مال مورد امانت برای شخص مستودع با فرض تحقق سایر شرایط تقاص، امری جایز بوده یا نه، به رغم محل ابتلاء بودن، در قوانین موضوعه به آن پرداخته نشده است؛ اما پژوهش در منابع فقهی، حاکی از چالش برانگیز بودن این مسأله میان فقیهان متقدم و معاصر است به گونه‌ای که سه دیدگاه فقهی قابل طرح است: گروهی از فقیهان قائل به حرمت و گروهی دیگر به شرط ذکر دعای مذکور در برخی روایات، قائل به جواز شده‌اند؛ و برخی دیگر قائل به جواز همراه با کراهت شده‌اند. با واکاوی مبانی فقهی مسأله و مخصوصاً با هم افزایی مبانی فقهی دیدگاه‌ها، نظر نگارندگان مبتنی بر طرح دیدگاه نو با تلفیقی از دیدگاه دوم و سوم است؛ به این ترتیب در فرضی که غیر از مال ودیعه، اموال دیگری از بدهکار در دسترس صاحب حق باشد، حکم تقاص از مال ودیعه، جواز همراه با کراهت است، اما اگر تنها مال در دسترس صاحب حق، همین مال ودیعه بوده و امکان دسترسی به اموال دیگر وی به هیچ نحوی میسر نباشد همسو با دیدگاه دوم، می‌توان قائل به جواز بدون کراهت شد. از آنجا که شائبه شمول اطلاق مواد ۶۱۷، ۶۱۹ و ۶۲۰ قانون مدنی که حاکم بر لزوم رد امانت و حرمت تصرف در آن بوده، به محل بحث وجود دارد از قانونگذار عرفی انتظار است با تفصیل در نوع تصرف در مال ودیعه، تصرف به عنوان تقاص را وجاهت قانونی ببخشد.

**کلیدواژه:** تقاص، ودیعه، احقاق حق، تصرف، عمومات و اطلاعات.

- جمشیدی، هادی؛ امیرپور، حیدر؛ جعفری، قاسم؛ محبی مجد، رضا (۱۴۰۳). تحلیل فقهی و حقوقی تقاص از

مال مورد امانت. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۴، صفحات ۲۹-۵۴.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.31290.3657](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.31290.3657)

## مقدمه و بیان مسأله

به رغم این که تصرّف در مال غیر بدون اذن مالک، شرعاً حرام و قانوناً ممنون و جرم تلقی می‌گردد، اما شارع مقدّس در مواردی، به چنین تصرّفی تحت شرایطی رخصت داده است که از موارد آن، تصرّف به عنوان تقاصّ می‌باشد؛ بدین صورت که هر گاه حقّ ذیحقّ، توسط بدهکار یا غاصب مورد انکار واقع شود و مستندات محکمه پسندی برای احقاق حقّ از طریق محاکم قضایی وجود نداشته باشد تحت شرایطی - چون مطالبه حقّ از سوی شخص بستانکار و انکار یا مپاطله آگاهانه شخص مدیون از پرداخت آن به رغم استطاعت مالی، عدم امکان انتزاع عین مال مطلوب، عدم امکان ترافع نزد محاکم قضایی، علم تقاصّ کننده به وجود حقّ، عدم تحلیف مدیون توسط دائن، بر خوداری طرفین تقاصّ از اهلیت قانونی و قصد تقاصّ موقع گرفتن مال - می - تواند مستقلاًّ حقّش را از اموال بدهکار بدون استیذان از شخص مدیون، استیفاء نماید که در لسان فقهی از آن با عنوان «تقاصّ» یاد می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸۵/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸/۴۱۰؛ خمینی، بی تا: ۴۳۶/۲) هر چند در نظام حقوقی ایران و قوانین مدون، نهادی تحت عنوان تقاصّ پیش بینی نشده است اما اصل مشروعیت آن در شرع مقدّس، مورد انکار کسی نیست؛ به گونه‌ای که در منابع فقهی، به آن پرداخته شده است.

مسأله موضوع این نوشتار، امکان سنجی تقاصّ از مال ودیعه است؛ بدین سان که اگر حقّ کسی مورد انکار یا مپاطله شخص دیگری قرار بگیرد و از آن سو، مالی را نزد شخص دائن به عنوان امانت سپرده باشد با فرض تحقّق سایر شرایط تقاصّ، آیا امکان تقاصّ از مال مورد امانت به عنوان استیفای حقّ وجود دارد؟ یعنی امکان سنجی اصل مشروعیت تقاصّ از مال مورد امانت، موضوع جستار حاضر است.

مسأله مورد بحث در عین حال که کاربردی و مورد ابتلاء است فاقد هر گونه سابقه پژوهشی است. البته ناگفته نماند که مقالات و پایان‌نامه‌ای پیرامون اصل مشروعیت تقاصّ به رشته نگارش درآمده است اما به جستار حاضر، به عنوان پژوهش مستقلّ پرداخته نشده است. در منابع حقوقی و قوانین موضوعه نیز نه تنها مسأله حاضر، بلکه

اصل بحث تقاصّ مغفول مانده و هیچ تحلیل حقوقی پیرامون آن صورت نگرفته است. در متون فقهی نیز مسأله تقاصّ از ودیعه، میان فقیهان به شدّت اختلافی بوده؛ به گونه‌ای که در کمتر مسأله‌ای چنین اختلاف نظری حاکم است، تا جایی که فقهای همچون امام خمینی (ره) به جهت حساسیت و رعایت جوانب احتیاط، دو حکم مخالف هم (اقوی: جواز - احوط: عدم جواز) صادر کرده (خمینی، بی تا: ۴۳۸/۲) یا برخی دیگر با پرهیز از فتوی، احتیاط را واجب (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۰/۲۷) یا ضمن فتوی، باز احتیاط را مستحبّ دانسته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۴۰۹). عمده خواستگاه این اختلاف آن است که از یک سو، طیف عظیمی از مبانی عقلی و نقلی وارد شده که حاکم بر وجوب ردّ امانت و حرمت خیانت در آن بوده و از سوی دیگر، طبق آموزه‌های مسلمّ دینی، اصل مشروعیت تقاصّ به اثبات رسیده و احقاق حقّ یک امر مطلوب و مشروع تلقی می‌گردد.

طبیعی است که پژوهش در چنین مسأله اختلافی که فاقد سابقه پژوهشی است جهت مساعدت در ارائه وحدت رویه قضایی یا لاقلاً برای گشودن بایی برای پژوهش‌های بعدی ضروری به نظر می‌رسد.

پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی، به واکاوی مستندات معقول و منقول موجود در مسأله پرداخته و با هم‌افزایی مبانی فقهی دیدگاه‌ها، به دنبال شناسایی و طرح دیدگاه همسو با مبانی عقلی و نقلی موجود در مسأله است. ساختار کلی تحقیق، بدین شیوه است که ضمن نقل هر قول، مبانی فقهی آن ذکر و مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت، به نتیجه‌گیری پژوهش نائل می‌گردد.

## ۱- قول اول و مبانی فقهی آن

### ۱-۱- قول اول: عدم جواز تقاصّ از مال مورد امانت

گروهی از فقهای امامیه درباره این که آیا تقاصّ از مال مورد امانت، مشروع بوده یا نه؟ بر این باورند که تقاصّ از مال مورد امانت جایز نیست (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۸۷/۳)؛

شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۰۷؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۴۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۱۰/۱۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۲۷/۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۰/۲۷. شیخ طوسی با وجود این که در دو کتاب تهذیب و استبصار، قائل به جواز تقاصّ از مال ودیعه شده - که خواهد آمد - اما در کتاب نهاییه، حکم به عدم جواز داده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۰۷) و محقق اردبیلی با عبارت «لا شکّ فی أنّ الأحوط و الأولى عدم الأخذ من الودیعه» و محقق سبزواری با عبارت «الأحوط وجوباً عدم جواز المقاصه من المال الذی عنده و دیعه» قول عدم جواز را قول احوط یا وجوباً احوط دانسته‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۲/۱۰۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۰/۲۷) و برخی نیز این قول را مقتضای احتیاط استحبابی دانسته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۴۰۹)؛ محقق بجنوردی در اینباره می‌نویسد: «مقاصه از مالی که از ناحیه مدیون منکر دین تحت ید دائن به عنوان ودیعه قرار گرفته است، جایز نیست؛ اگرچه از ناحیه منکر، تحلیف صورت نگرفته باشد؛ چون تقاصّ، هر چند عبارت از استیفای حقّ است و در فرض عدم استحلاف، حقّ همچنان باقی است اما شارع، تصرف در مالی را که تحت عنوان ودیعه نزد شخصی قرار گرفته است به هر نحوی از انحاء تصرف، ممنوع می‌داند تا این که مال مورد امانت به صاحبش ارجاع داده شود» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۲۷/۷).

از کلام قائلین این دیدگاه پیدا است که مطابق دیدگاه فوق الذکر، یکی از شرایط اصل مشروعیت تقاصّ این است که مال مورد تقاصّ، به عنوان ودیعه تحت تسلط صاحب حقّ قرار نگرفته باشد؛ در واقع، فقدان جنبه ایداعی مال مورد تقاصّ، جزء شروط اصلی مشروعیت تقاصّ محسوب می‌شود.

## ۱-۲- مبانی فقهی عدم جواز تقاصّ از مال مورد امانت

پیرامون این دیدگاه، ادله‌ای مطرح است که در ذیل به طرح و نقد آن می‌پردازیم.

### ۱-۲-۱- عمومات حاکم بر وجوب ردّ امانت

از یک سو، عموم آیه شریفه «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (نساء: ۵۸)، بر ردّ هر نوع مال مورد امانت به صاحبان آن دلالت می‌کند و از سوی دیگر،

روایات متعددی وارد شده است که حاکم بر وجوب ردّ امانت به صاحبانش است؛ هرچند شخص مُودِع، کافر، فاجر یا دشمن اهل بیت علیهم السلام بوده باشد (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۰۴/۲؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۷۱/۱۹-۷۲) از اینرو، محقق سبزواری می‌نویسد: «این عموماً و تشدید امر به ردّ امانت، بر عدم جواز تصرّف در مال و دیعه (به عنوان تقاصّ) دلالت می‌کند» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۷/۱۵۰)؛ از آنجا که در این ادله، از یک سو، دستور تأکیدی به ردّ امانت به صاحبانش شده است و از سوی دیگر، بین موارد آن، تفصیلی صورت نگرفته است قائلین به این دیدگاه، از مفاد این ادله، عمومیت را استفاده کرده و برای حکم عدم جواز بهره جسته‌اند.

### نقد و بررسی

در نقد استدلال فوق می‌توان گفت: از یک سو، در مقابل آیه فوق الذکر، آیاتی همچون «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (بقره: ۱۹۴) وجود دارد که مجوز تقاصّ برای صاحبان حقّ می‌باشد و از سوی دیگر، بر فرض قبول عمومیت مستفاد از این ادله، عموم ادّعایی با روایات خاصّه‌ای که به طور صریح، حکم به جواز تقاصّ از مال و دیعه می‌کنند - که بعداً پرداخته خواهد شد - قابل تخصیص است؛ بنابراین استدلال فوق، از جهات مختلف قابل خدشه می‌باشد.

### ۱-۲-۲- روایات

روایات متعددی مبنی بر ردّ امانات به صاحبان آن وارد شده است که به شرح ذیل قابل استناد است:

- روایت اول: روایت معاویه بن عمار از امام صادق(ع): «قَالَ: قُلْتُ لَهُ الرَّجُلُ يَكُونُ لِي عَلَيْهِ حَقٌّ فَيَجْحَدُنِي ثُمَّ يَسْتَوْدِعُنِي مَالاً أَلِي أَنْ أَخْذَمَ مَالِي عِنْدَهُ قَالَ لَا هَذِهِ الْخِيَانَةُ؛ به امام صادق علیه السلام گفتم: من از شخصی طلبکارم و او انکار می‌کند؛ پس از آن مالی نزد من به امانت می‌گذارد، آیا جایز است که مالم را از آن بردارم؟ امام علیه السلام فرمود: نه، این خیانت است» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۸۶/۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷/۲۷۶).

- روایت دوم: ابی عمیر از ابن اخی فضیل بن یسار: «برادرزاده فضیل بن یسار می‌گوید: نزد امام صادق علیه السلام بودم که زنی وارد شد و چون من از همه به او نزدیک‌تر بودم، از من خواست که از امام (ع) برایش مسأله‌ای را بپرسم. آن زن به من گفت: فرزندم مُرد و اموالش در اختیار برادرم بود. او اموال فرزندم را نابود کرد. پس از آن، خودش اموال به دست آورد و نزد من به امانت گذارد. آیا من می‌توانم به اندازه مال فرزندم که تلف کرده، از وی بردارم؟ وقتی این سؤال را از امام علیه السلام پرسیدم، فرمود: نه، پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود: امانت را به کسی که تو را امین دانسته بازگردان و به کسی که به تو خیانت کرده، خیانت نکن!» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۴۸/۶؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۳/۱۷).

- روایت سوم: زید شحّام از امام صادق (ع): «قَالَ: قَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) مَنْ أْتَمَنَكَ بِأَمَانَةٍ فَأَدِّهَا إِلَيْهِ وَمَنْ خَانَكَ فَلَا تَخْتَهُ: زید شحّام می‌گوید: امام صادق علیه السلام به من فرمود: هر کس تو را درباره چیزی امین دانسته، آن را به وی بازگردان و هر کس به تو خیانت کرد، به وی خیانت نکن!» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۸۶/۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۷/۱۷).

- روایت چهارم: سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) چنین نقل می‌کند: به امام صادق علیه السلام گفتم: مالی از من به دست شخصی می‌افتد. او آن را انکار می‌کند و بر آن سوگند می‌خورد. پس از آن مالی از وی به دست من می‌افتد، آیا می‌توانم آن را به جای مالی که از من برداشت، بردارم و همانند او سوگند یاد کنم؟ امام علیه السلام فرمود: اگر او به تو خیانت کرد، تو به وی خیانت نکن و کاری را که بر او عیب می‌گرفتی، انجام نده!» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۴/۱۷).

قائلین به این دیدگاه، از مجموع روایات مذکور که برخی ناظر به مسأله مورد بحث بوده و برخی ناظر به حکم کلی وجوب رد امانت است بهره جسته و بر این باورند که تقاصّ از مال ودیعه جایز نیست؛ بدان جهت که تصرف در مال ودیعه، مطابق این

روایات، مشمول عنوان خیانت در امانت است و خیانت در امانت نیز طبق آموزه های دینی، مورد نهی شارع مقدّس واقع شده است.

### نقد و بررسی

اولاً: شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۵۳/۳) و به دنبال وی، فقهای نام آور دیگری (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۶۷/۸؛ شهید اول، ۱۴۱۴: ۲۴/۴؛ خوئی، ۱۴۲۲: ۵۶/۱؛ ترحینی، ۱۴۲۷: ۳۶۵/۴) مضمون روایات فوق را به جهت جمع دلالی میان این روایات و روایات حاکم بر جواز - که بعداً بدان پرداخته خواهد شد - حمل بر کراهت کرده اند که دلیل و جاهت این توجیه در مباحث بعدی خواهد آمد؛ حال با این جمع دلالی، دیگر نوبت به ترجیح یکی از این دو دسته از روایات و یا تساقط هر دو از درجه اعتبار نمی رسد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۰۲/۲) در واقع، توجیه مذکور، همان تجمیع دلالی دو دسته روایات متقابل است که در علم اصول از آن، به «جمع عرفی» یاد شده و که به جهت امکان عمل به مفاد هر دو دسته روایات متعارض، مطابق قاعده معروف اصولی «الجمع مهما أمکن أولى من الطرح»، نسبت به اعمال ترجیحات یا تساقط هر دو از درجه اعتبار، دارای اولویّت بوده است.

ثانیاً: روایت خالد بن سلیمان از حیث دلالی، محلّ خدشه است؛ چون در این روایت، واژه «حلف» ذکر شده که ممکن است نهی از تقاصّ، به خاطر «تحلیف» مدیون توسط شخص دائن بوده است (شهید اول، ۱۴۱۴: ۲۴/۴؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶: ۵۲۵/۹)؛ چه آن که روشن است که بعد از تحلیف مدیون توسط دائن، تقاصّ از مال وی مشروعیت ندارد. و از سوی دیگر، قابل ملاحظه است که در این روایت، اصلاً بحث از ودیعه مطرح نشده است تا استناد به این روایت برای عدم جواز تقاصّ از ودیعه، توجیه پذیر باشد.

روایات صحیحہ ابن عمّار و ابن اخی فضیل نیز، اعمّ از اجتماع شروط مقاصّه است؛ چون در این روایات، به شروط جواز تقاصّ پرداخته نشده و محتمل است که ناظر به مواردی باشند که شروط جواز تقاصّ موجود نیست. ضمناً در روایات ابن اخی فضیل،



ممکن است که اتلاف از عوامل موجبات ضمان که معجوز تقاصّ است، نباشد (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۵۷/۱۷) و به دلیل وجود همین احتمالات، مطابق قاعده معروف «اذا جاء الاحتمال بطل استدلال»، ارکان استدلال به این روایات، متزلزل بوده و قدرت رویارویی با روایاتی که به جواز تقاصّ از مال ودیعه تصریح دارند، ندارد.

ثالثاً، در روایات فوق، عمده تعلیل نهی از تصرّف در امانت، عنوان خیانت در امانت مطرح شده که با فهم عرفی، روشن است که خیانت در امانت، زمانی صادق است که چنین تصرّفی کاملاً بدون استحقاق و از باب تعدی و دست درازی به مال غیر باشد. حال که در محلّ بحث، تقاصّ شخص مستودع، از باب احقاق حقّ بوده که از طریق دیگری امکان وصول به آن ممکن نیست پس به چنین اقدامی، اساساً عنوان خیانت در امانت صدق نمی کند؛ از اینرو، استناد به روایات فوق، موجب انتقاد برخی از صاحب نظران قرار گرفته است (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۵۸/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱۹/۴۰؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۳۷). شهید ثانی، استدلال فوق را بوجه نقد گرفته و می نویسد: «تحقق عنوان خیانت با تقاصّ از ودیعه را نمی پذیریم؛ چون استیفاء حقّ، خیانت محسوب نمی شود؛ و خوردن مال ودیعه، زمانی مقتضی خیانت است که بدون استحقاق باشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۷۱/۱۴)؛ در واقع، عدم شمول تعلیل وارده در این روایات به محلّ بحث، به مثابه سالبه به انتفاء موضوع می باشد.

### ۱-۲-۳- مقتضای اصل

دلیل دیگر، مقتضای اصل حرمت یا عدم جواز در این مسأله است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۰/۲۷) که در خروج از این اصل، باید به موضع متیقّن که آن نیز غیر باب ودیعه است، اکتفا گردد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۳۷) با این استدلال که اصل حرمت تصرّف در مال دیگری بدون اذن مالک، اقتضای این را دارد که برای خروج از اصل مذکور، بر موضع نصّ و یقین اکتفا شود و موضع یقین در مسأله مورد بحث، تقاصّ از مال غیر ودیعه است که مشروعیت آن، مورد تسالم است و غیر از موضع یقین، مشمول این اصل کلی قرار گرفته و محکوم به حرمت است.

## نقد و بررسی

این استدلال، از اساس قابل خدشه است؛ چرا که طبق ضابطه مسلم علم اصول (الاصل دلیل حیث لا دلیل)، محلّ اجرای اصول، فقدان ادلّه اجتهادی است (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۱/۲)؛ یعنی در مواردی، مفادّ اصل دارای حجّیت بوده و ملاک عمل در مقام استنباط قرار می‌گیرد که پیرامون مسأله، هیچ دلیل اجتهادی در دسترس نباشد. اما در جستار حاضر، با وجود ادلّه اجتهادی متعدّد، به ویژه روایات متعدّدی که پیرامون حکم مسأله وارد شده است عدم حجّیت اصل مذکور، از باب سالبه به انتفای موضوع خواهد بود.

### ۱-۲-۴- اجماع

برخی از فقها نسبت به این دیدگاه، ادعای اجماع مطرح کرده‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۴۰) و نیز ادعای اشتها میان فقیهان (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۱۰/۱۸) یا اشتها میان متأخرین نسبت به این قول مطرح شده است (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۵۷/۱۷). اجماع مذکور، مورد استناد برخی از محققان نیز واقع شده و می‌نویسند: «جهت رهایی از مخالفت با مانعین متقدّم و اجماع ادّعایی صاحب غنیه، مقتضای احتیاط استجابی عدم جواز تقاصّ از ودیعه است» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۴۰۹). اجماعی ادعایی، بر فرض تحقق و حجّیت، می‌تواند موجب تقویت این دیدگاه در میان اقوال مطرح گردد.

## نقد و بررسی

این استدلال نیز قابل خدشه است: اولاً، با مخالفت تعداد قابل توجهی از فقها با این دیدگاه، تحقّق اجماع ادّعایی، از اساس محلّ اشکال است. ثانیاً، با وجود روایات متعدّدی که، پیرامون حکم مسأله وارد شده است اجماع مذکور، مدرکی محسوب می‌شود که طبق موازین اصول فقه، چنین اجماعی صلاحیت اثبات مدعا را به عنوان دلیل مستقلّ ندارد و بلکه لازم است به ادلّه‌ای که احتمالاً محلّ رجوع اجماع کنندگان بوده، مراجعه گردیده و بر اساس آن و ادلّه دیگر، حکم شرعی استنباط گردد (الهامی، ۱۳۹۷: ۳۴)

۱۷؛ پورلطف الله: ۱۳۹۹: ۱۴۲) بلکه حدّ اکثر دلالت آن بر فرض تحقّق، می تواند در حدّ مؤید باشد.

## ۲- قول دوم: تفصیل در حکم مسأله

با توجه به این که در برخی از روایات استنادی برای جواز تقاصّ از مال مورد امانت، الزام به ذکر دعایی - چون «يَقُولُ اللَّهُمَّ إِنِّي أَخَذْتُ هَذَا الْمَالَ مَكَانَ مَالِي الَّذِي أَخَذَهُ مِنِّي وَإِنِّي لَمْ أَخْذُ مَا أَخَذْتُ مِنْهُ خِيَانَةً وَلَا ظُلْمًا» یا مشابه این دعا - موقع تقاصّ آمده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۹۸/۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۳/۱۷) برخی از صاحب نظران سعی کرده اند از این جهت، بین حکم مسأله قائل به تفصیل شوند؛ بدین صورت که، در فرض ذکر دعای مذکور به هنگام اخذ مال، تقاصّ از مال مورد امانت، مشروعیت یافته و بالتبع حکم جواز پیدا می کند و در فرض عدم ذکر آن، خیانت محسوب شده و در نتیجه، حکم حرمت پیدا می کند. در واقع ذکر دعای مذکور، به منزله صیغه شرعی و عقود نافله در معاملات است که جهت انتقال مال مورد مقاصّه به تقاصّ کننده به جای حقّ وی، حکم لزوم پیدا می کند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۱۵/۱۸) محقق مذکور بعد از تحلیل فقهی اخبار پیرامون مسأله، می نویسد: «والمستفاد من هذه الاخبار هو أنّه مع قول هذا الدعاء والإتيان به، يجوز المقاصه وألّا فلا: مستفاد از این روایات آن است که با خواندن این دعا و انجام آن، مقاصّه از ودیعه، حکم جواز پیدا می کند و در غیر این صورت، جایز نیست» (همان). نکات قابل دستیابی از این دیدگاه از قرار ذیل است:

نکته اول: مطابق این دیدگاه، از آنجا که ذکر دعای مذکور به هنگام تقاصّ، همچون صیغ عقود و قراردادهای موجب انتقال مالکیت مال مدیون برای دائن، به عنوان عوض حقّ یا مال وی که مورد انکار یا ممانعت شخص مدیون قرار گرفته، می شود به تبع همین انتقال مالکیت، اولاً، تصرف در مال مورد امانت، عنوان مقاصّه پیدا کرده و مشروعیت می یابد؛ ثانیاً، ذکر این دعا، همچون صیغ عقود، حکم لزوم پیدا می کند.

نکته دوم: مطابق این دیدگاه، می توان به جای توجیه شیخ طوسی - مبنی بر حمل روایات نهی بر کراهت به جهت جمع دلالتی میان اخبار - که مورد پذیرش فقهای قابل

توجهی نیز واقع شده است - با حمل روایات نهی به موارد عدم ذکر دعای مذکور، جمع عرفی ایجاد گردد؛ بدین صورت که تحقق عنوان خیانت، ناظر به مواردی است که دعای مذکور در روایات ذکر نگردد.

ناگفته نماند که به دلیل تقریب یا همپوشانی مضمون دیدگاه‌های دوم و سوم، عمده مبانی فقهی آن دو، یکسان بوده و جهت پرهیز از اطاله کلام، بعد از طرح دیدگاه سوم، به مبانی فقهی هر دو دیدگاه پرداخته و سپس اظهار نظر نهایی در این زمینه صورت می‌گیرد.

### ۳- قول سوم: جواز همراه با کراهت

گروهی دیگری از فقهای از امامیه، در حکم فقهی مسأله معتقدند که تقاص از مال مورد امانت جایز بوده، اما مکروه می‌باشد (شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۵۳/۳؛ ۱۴۰۷: ۱۴۰/۶؛ ۳۵۰/۶؛ شهید اول، ۱۴۱۴: ۲۴/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۴۲/۳؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۷۲۳/۲) ناگفته نماند که عمده متأخرین و معاصرین نیز به همین دیدگاه قائل شده‌اند (خوئی، ۱۴۲۲: ۵۶/۱؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۴۵۷/۳؛ فیاض، بی‌تا: ۲۴۹/۳؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۴۵۷/۱۷؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۰۷/۲)؛ در برخی منابع فقهی، این دیدگاه به اکثر متأخرین و بلکه عموم متأخرین نسبت داده شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۷۱/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۱/۴۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۵۵/۱۵) و محقق خوئی با عبارت «الأظهر جواز المقاصه من الودیعه علی کراهه» این دیدگاه را، قول اظهر عنوان کرده است (خوئی، ۱۴۲۲: ۵۶/۱). البته نظرات برخی فقیهان نیز توأم با احتیاط بوده است، مثلاً محقق حلی در حکم مسأله تردید کرده، اما در نهایت، این قول را شبه عنوان کرده است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۰۰/۴)؛ امام خمینی (ره) نیز جهت رعایت جوانب احتیاط، دو حکم مخالف هم صادر کرده و معتقد است: «قول اقوی، جواز تقاص از مال ودیعه است و قول احوط، عدم جواز می‌باشد» (خمینی، بی‌تا: ۴۳۸/۲).

بنابراین طبق دیدگاه مذکور، تقاصّ از مال ودیعه برای صاحب حقّ، به فرض تحقّق سایر شرایط تقاصّ، هر چند امری جایز بوده، اما مکروه می‌باشد.

#### ۴- مبانی فقهی جواز تقاصّ از مال ودیعه

ادله و مستندات وجود دارد که می‌تواند برای اثبات یا تقویت این دیدگاه، مورد استناد قرار گیرد که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد:

##### ۴-۱- عموماً قرآنی

از جمله آیات مورد استناد، عموم آیه شریفه «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» (بقره، ۱۹۴) می‌باشد که برای جواز تقاصّ از ودیعه، مورد استناد قرار گرفته است. صاحب ریاض معتقد است: «عموم ناشی از «من» موصوله مستدرج در آیه شریفه، بر جواز تقاصّ از مال ودیعه دلالت می‌نماید» (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۵۸/۱۵) شهید اول نیز عموماً اذن به اقتصاص در این آیه را دلیل جواز تقاصّ از مال ودیعه قرار داده است: «لعموم الإذن في الاقتصاص» (شهید اول، ۱۴۱۴: ۲۴/۴) در واقع، از آنجا که مفاد آیه شریفه، به طور عام، مقابله به مثل یا احقاق حقّ را حقّ مسلمّ شخص مظلوم یا مورد تعدّی قرار داده است با مدلول عام خود، بر جواز تقاصّ از مال ودیعه دلالت می‌نماید.

##### ۴-۲- روایات

روایت اول: روایت اسحاق بن ابراهیم: «موسی بن عبدالملک طی نامه‌ای به امام باقر علیه السلام نوشت: شخصی مالی به من داده تا در کار خیری مصرف کنم ولی من موفق به این کار نشدم و به اندازه این مال از صاحبش طلبکار هستم. آیا برای من جایز است مالم را از آن بردارم یا آن را به صاحبش بازگردانم و از وی مالم را درخواست کنم؟ امام علیه السلام در پاسخ نوشت: از آن چه در اختیار داری، مالت را بردار!» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۴۹/۶).

روایت دوم: روایت ابی بکر حضرمی از امام صادق (ع): «قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) رَجُلٌ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ فَجَحَدَهُ إِيَّاهُ وَ دَهَبَ بِهِ ثُمَّ صَارَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلرَّجُلِ الَّذِي دُهِبَ بِمَالِهِ مَالٌ قَبْلَهُ أَوْ يَأْخُذُهُ مِنْهُ مَكَانَ مَالِهِ الَّذِي دَهَبَ بِهِ مِنْهُ ذَلِكَ الرَّجُلُ قَالَ نَعَمْ وَ لَكِنْ لِهَذَا

كَلَامٌ يَقُولُ اللَّهُمَّ إِنِّي أَخَذْتُ هَذَا الْمَالَ مَكَانَ مَالِي الَّذِي أَخَذَهُ مِنِّي وَإِنِّي لَمْ أَخْذْ مَا أَخَذْتُ مِنْهُ خِيَانَةً وَلَا ظُلْمًا: ابوبکر حضرمی می گوید: «به امام صادق علیه السلام گفتم: من از شخصی پول طلبکار بودم ولی وی انکار کرد و آن را خورد. پس از آن مالی از او به دستم افتاد، آیا به جای پولی که از من خورده است، بردارم؟ امام علیه السلام فرمود: آری ولی این ذکر می دارد. می گوید: خدایا! من این مال را تنها به جای مالی که از من خورده است برمی دارم (و به ستم و خیانت از او بر نمی دارم)» (کلینی، ۱۴۰۷: ۹۸/۵).

روایت سوم: در روایت دیگری از ابی بکر حضرمی از امام صادق (ع) آمده است: «قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ لِي عَلَيْهِ دَرَاهِمٌ فَجَحَدَنِي وَحَلَفَ عَلَيْهَا - أَيْ جَوَزُ لِي إِنْ وَقَعَ لَهُ قَبْلِي دَرَاهِمٌ - أَنْ أَخَذَ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّي قَالَ - فَقَالَ نَعَمْ وَ لَكِنْ لِهَذَا كَلَامٌ قُلْتُ وَ مَا هُوَ - قَالَ تَقُولُ اللَّهُمَّ إِنِّي لَأَخْذُهُ ظُلْمًا وَلَا خِيَانَةً - وَإِنَّمَا أَخَذْتُهُ مَكَانَ مَالِي الَّذِي أَخَذْتَهُ مِنِّي - لَمْ أَرِدْ عَلَيْهِ شَيْئًا: به امام علیه السلام گفتم: من تعدادی درهم از شخصی طلبکارم و او انکار می کند و بر آن سوگند می خورد. اگر پولی از وی به دست من افتاد، آیا برای من جایز است به مقدار حقم از آن بردارم؟ امام علیه السلام فرمود: آری (ولی) آن سخن و ذکر می دارد! گفتم: آن چیست؟ امام علیه السلام فرمود: می گویی: خدایا، من آن را به ستم و خیانت بر نداشتم بلکه به جای مالی برداشتم که از من گرفت و بر آن چیزی نیفزودم!» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۳/۱۷).

روایت چهارم: روایت محمد بن حسن صفّار از محمد بن یحیی از علی بن سلیمان: «علی بن سلیمان می گوید: شخصی به امام (ع) نوشت: فردی مال یا کنیز دیگری را غصب می کند، سپس مالی از غاصب به سبب امانت یا قرض مثل مال غصب شده به دست مالباخته می افتد. آیا برای وی جایز است آن مال را به غاصب ندهد؟ امام علیه السلام در پاسخ نوشت: آری، این کار برای وی جایز است اگر به اندازه حقتش باشد و اگر بیشتر باشد به اندازه حقتش بر می دارد و بقیه را به وی تحویل می دهد - ان شاء الله» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۵۳/۳؛ b: ۱۴۰۷؛ ۳۴۹/۶).

روایت پنجم: روایت حسین بن سعید از صفوان ابن مسکان از ابی العباس بقباق: «أَنَّ شَهَابًا مَرَّاهُ فِي رَجُلٍ ذَهَبَ لَهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ وَ اسْتَوَدَعَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ فَقُلْتُ لَهُ خُذْهَا مَكَانَ الْأَلْفِ الَّذِي أَخَذَ مِنْكَ فَأَبَى شَهَابٌ قَالَ فَدَخَلَ شَهَابٌ عَلَيَّ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ فَقَالَ أَمَا أَنَا فَاحْبِبْ إِلَيَّ أَنْ تَأْخُذَ وَ تَحْلِفَ: ابوالعباس بقباق می گوید: «شخصی هزار درهم از شهاب برده بود و پس از آن هزار درهم نزد وی به امانت گذارده بود. من با شهاب درباره این موضوع، بحث و جدال می کردیم. من می گفتم: این هزار درهم را به جای آن هزار درهم که از تو برداشته است، بردار و شهاب از این کار خودداری می کرد. تا این که شهاب نزد امام صادق علیه السلام رفت و این موضوع را با وی در میان گذاشت. امام علیه السلام فرمود: ولی من دوست دارم آن را برداری و سوگند یاد کنی [که پولی به تو نداده است]» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۵۳/۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۳/۱۷).

وجه استدلال به روایات فوق، در قالب نکات ذیل قابل بیان است:

نکته اول: هرچند برخی سعی کرده‌اند که به مدلول روایت ابی العباس بقباق، با ادعای اجمال و سند روایت علی بن سلیمان، با ادعای مجهول الحال بودن وی، اشکال وارده نموده و از این جهت، این احادیث را قابل خدشه جلوه بدهد (قمش‌ای، بی تا: ۲۵۵/۲)؛ اما بررسی‌ها حاکی است که روایات فوق در مجموع، از حیث سندی و دلالتی، از اعتبار و اتقان کافی برخوردار بوده و بر جواز تقاص از ودیعه دلالت می‌کنند؛ به گونه‌ای که این مطلب، مورد اذعان فقیهان و حدیث شناسان واقع شده است: در کتاب «روضه المتّقین» در تحلیل سندی روایات ابو العباس بقباق و علی بن سلیمان، این روایات توصیف به صحیح شده است و روایت اسحاق بن ابراهیم نیز روایت قوی مانند صحیح عنوان شده است (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۵۲۹/۶)؛ صاحب ریاض نیز معتقد است: سند روایت علی بن سلیمان ظهور در صحّت دارد و در فرض امکان قصور سندی، شهرت عظیم میان متأخرین که همسو با آن است، ضعف احتمالی آن قابل جبران است

(طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۵/۱۵۸) و محقق کاشف الغطاء در تحلیل سندی روایات فوق می- نویسد: «و لكن الدال علی الجواز أقوى كثره و سنداً و اعتضاداً؛ اما روایات دالّ بر جواز، از حیث کثرت و سند و استحکام، قوی تر هستند» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۳۷)؛ بنابراین روایات فوق از حیث سند از اعتبار کافی برخوردار بوده و مورد استناد بزرگان علم فقه واقع شده است.

از حیث دلالت نیز، روایات فوق از اتقان کافی برخوردار بوده و بر جواز تقاصّ از ودیعه دلالت می کنند. شهید اول درباره میزان دلالت روایت ابی العباس بقباک می نویسد: «این روایت بر جواز بدون کراهت دلالت می کند؛ چراکه ساحت امام (ع)، منزّه از این است که امر مکروه را دوست بدارد» (شهید اول، ۱۴۱۴: ۴/۲۴)؛ از عبارت شهید اول مستفاد است؛ ایشان از روایت ابی العباس بقباک نه تنها جواز همراه با کراهت - که مدعای این دیدگاه است - بلکه جواز محض را استفاده نموده است؛ هرچند وی در کلام پایانی خویش جهت جمع دلالتی میان اخبار دو دیدگاه، جواز همراه با کراهت را پذیرفته است. محقق بحرانی نیز درباره روایت علی بن سلیمان می نویسد: «می گویم: ظاهراً علی بن سلیمان، همان رازی است و کسی که به او نامه نوشت؛ صاحب الامر علیه السلام بوده و این روایت بر جواز تقاصّ از مال مورد امانت دلالت می نماید» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸/۴۱۰) و محقق خوئی، فقیه و حدیث شناس زبردست، مدلول روایت ابی العباس بقباک را به طور نصّ و صریح، دالّ بر جواز تقاصّ از ودیعه دانسته است (خوئی، ۱۴۲۲: ۱/۵۶).

پس با بررسی ها، روشن است که روایات فوق، علی الخصوص روایت ابی العباس بقباک از حیث دلالت، از صراحت کافی برخوردار بوده و ادعای اجمال نسبت به مفاد آن، چندان وارد نیست.

نکته دوم: مطابق دیدگاه سوم، دعای مذکور در برخی از این روایات همچون روایات ابی بکر حضرمی، حمل بر استحباب شده است. بدین صورت که موقع تقاصّ



از ودیعه، ذکر این دعا مستحبّ می‌باشد. از اینرو، مرحوم کاشف الغطاء که از قائلین این دیدگاه است؛ موقع احصاء مکروهات، می‌نویسد: «از جمله مکروهات، تقاصّ از ودیعه است پس اگر اراده تقاصّ از مال ودیعه نماید، مستحبّ است که بگوید: خدایا من این مال را از روی ظلم و خیانت برداشتم و فقط به جای مالی که از من گرفته بود، گرفتم و چیزی بر آن نیافزودم» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰: ۱۲۵) در واقع قائلین این دیدگاه از یک سو، حکم به کراهت تقاصّ از مال ودیعه کرده‌اند و از سوی دیگر، موقع تقاصّ، ذکر این دعا را مستحبّ می‌دانند. البته ناگفته پیداست که اجتماع حکم کراهت با استحباب در عمل واحد، کمی ناموجه به نظر می‌رسد.

نکته سوم: از آنجا که در روایت، ابی العباس بقباق، امام(ع) با عبارت «أَنَا فَاحِبٌ إِلَيَّ أَنْ تَأْخُذَ وَتَحْلِفَ» تقاصّ از مال امانت را امر محبوب دانسته است این دلالت بر رحجان تقاصّ از مال ودیعه می‌کند که با حکم کراهت تقاصّ از مال ودیعه که قائلین این دیدگاه، معتقد به آن هستند، همخوانی ندارد. جهت توجیه اشکال وارده، برخی معتقدند حکم به کراهت صرفاً جمع بین اخبار نهی و جواز است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۷۱/۱۴) اما به اعتقاد برخی دیگر، محتمل است که در واقعه ابی العباس بقباق، یک خصوصیتی درباره «شهاب» یا «آن مرد» یا «مال آن مرد» موجود باشد که این خصوصیت، موجب رحجان این تقاصّ شده است (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۵۷/۱۷) اما برخی دیگر با تصرّف در مدلول روایت، بر این باورند که گویا در روایت فوق، رجوع تقاصّ کننده - بعد از تقاصّ - به حاکم و قسم خوردن نزد وی - مبنی بر عدم استحقاق مُودِع - برای امام(ع) محبوب‌تر است برای این که توهم خیانت در امانت، دفع گردد یا علت محبوبیت این است که تقاصّ صاحب حقّ از ودیعه، موجب فراغت ذمه مدیون و رهایی وی از عذاب اخروی می‌شود که این برای امام(ع)، محبوب‌تر است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۰۷/۲)؛ البته بدون تصرّف در مدلول روایت می‌توان گفت که از آنجا که در محلّ بحث، عنوان خیانت در امانت صادق نیست؛ از اینرو، نفس احقاق حقّ که همواره مورد

تأکید دین مقدّس اسلام بوده و یک امر مطلوب می‌باشد می‌تواند برای امام (ع) یک امر محبوب محسوب گردد.

### نقد و بررسی

مهم‌ترین اشکالی که برای جواز تقاصّ از ودیعه مطرح است این که ادله خاص هر دو دیدگاه (حرمت و جواز تقاصّ از ودیعه) بعد از تعارض، طبق قاعده اولیّه باب تعارض، تساقط نموده و نوبت به ادله عام هر دو دیدگاه - ادله وجوب ردّ امانت و ادله مشروعیت تقاصّ - می‌رسد؛ چون نسبت منطقی بین ادله عام، عموم و خصوص من وجه بوده؛ ادله عامّ نیز به دلیل ایجاد تعارض، از درجه اعتبار ساقط می‌گردند و در نهایت، اصل عدم جواز تصرف در مال غیر یا اصل عدم تعیین کلی در ذمه مدیون به وسیله غیر مدیون، حاکم می‌شود که اقتضای آن، عدم جواز تقاصّ از مال ودیعه است.

اشکال فوق از جهات مختلف، قابل پاسخ است:

اولاً، بین دو دسته روایاتی که ناظر به حکم مسأله هستند اساساً تعارض حاصل نمی‌شود؛ چون تعارض ناظر به مواردی است که بین دو دسته روایات متقابل، از حیث دلالتی یا سندی هیچ ترجیحی وجود نداشته و از هر حیث، برابری نمایند؛ اما در محلّ بحث، روایات نهی، ظاهر در حرمت بوده و روایات جواز نصّ در حکم جواز هستند (خوئی، ۱۴۲۲: ۵۶/۱) دلیل عدم صراحت روایات نهی بر حرمت، این است که صراحت یا از ناحیه هیئت است و یا از ناحیه ماده (یعنی متعلّق نهی)، اما هیئت که همان صیغه نهی است بدون هرگونه خلاف و اشکال، ظهور در حرمت دارد، نه نصّ. اما متعلّق نهی نیز از آنجا که معکّل به عنوان خیانت در امانت شده، روشن است که در محلّ بحث، از آنجا که تصرف در مال امانت، به عنوان تقاصّ یا احقاق حقّ بوده، خیانت در امانت صادق نیست؛ مفروضاً اگر تعبیر خیانت در امانت بعضاً به کار فته، صرفاً از باب مشابهت بوده است<sup>۱</sup> نه

۱. نظیر آن، تعبیر «اعتداء» برای مقابله به مثل در آیه شریفه: فمن اعتدى علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدى علیکم» (بقره: ۱۹۴) است؛ پر واضح است که مراد از «اعتداء»، اعتداء حقیقی نیست (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۴۰۹) چون

این که به مفهوم حقیقی خیانت صدق نماید (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۴۰۹). در واقع، چنین استعمالی از باب مجاز با علاقه مشابهت بوده است. حال وقتی روشن شد که تقابل این دو دسته روایات، تقابل نصّ با ظاهر است؛ قاعده این است که با رفع ید از ظاهر روایات نهی و حمل آنها بر کراهت، بین این دو دسته روایات، جمع عرفی ایجاد کرد (خونی، ۱۴۲۲: ۵۶/۱) چون در فرض تقابل ظاهر با نصّ، طبق قاعده اصولی، حتی نوبت به مرجّحات مذکور در اخبار علاجیه که موضوع آنها اخبار متعارض است، نمی‌رسد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۴۰۹) در واقع، چون محلّ بحث، مجرای جمع عرفی است که شیوه آن رفع ید از ظاهر و حمل آن بر نصّ است؛ این مانع از پیدایش حالت تعارض می‌شود؛ بنابراین اشکال فوق از اساس منتفی است.

ثانیاً، به فرض اگر بین این دو دسته روایاتی که پیرامون حرمت و جواز تقاصّ از امانت وارد شده، تعارضی ایجاد گردد و مطابق قاعده اولیه باب تعارض، هر دو از درجه اعتبار ساقط شوند و نوبت به تعارض عمومات هر دو دیدگاه برسد باز هم عمومات ادله تقاصّ به دلیل همسویی با ادله‌ای چون قاعده لاضرر و لاجرح مقدّم است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۱/۴۰)؛ بنابراین ادله جواز تقاصّ، در هر حال از نقطه قوت برخوردار بوده است.

#### ۴-۳- مقتضای عموم و اطلاق ادله

دلیل دیگری که بر وجاهت این دیدگاه دلالت می‌کند، اطلاق ادله تقاصّ است که می‌تواند برای جواز تقاصّ از ودیعه، مورد استناد قرار گیرد (قمشه‌ای، بی تا: ۲۵۵/۲) و فارغ از اطلاق استنادی، عمومیت مستفاد از این اخبار تقاصّ، که ناشی از ترک استفصال است، حاکم بر جواز تقاصّ از مال ودیعه هستند (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۵۷/۱۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۷۱/۱۴)؛ بدین سان که چون اکثر اخبار باب تقاصّ، بدون تفصیل بین تقاصّ از اموال ودیعه و غیر آن به مشروعیت تقاصّ حکم کرده‌اند عمومیت مستفاد از این ترک

تفصیل، می‌تواند بر جواز تقاصّ از مال و دیعه دلالت نماید؛ در واقع مقتضای اطلاق و عموم ادله تقاصّ، جواز مقاصّه از مال و دیعه است.

#### ۴-۴- مقتضای قاعده لا ضرر

یکی از مصادیق بارز و گسترده عناوین ثانوی - که موجب تغییر و تضییق دامنه احکام اولی می‌شود - عنوان ضرر یا حرج است که هرگاه حکم شارع، مستلزم ضرر یا حرج گردد، به موجب این قاعده، از صفحه تشریح رفع می‌شود. بنابراین، قاعده لا ضرر یا لا حرج بر اطلاقات و عمومات ادله احکام اولی، حکومت دارد (شیخ انصاری، ۱۴۱۱: ۲۳۷/۲؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳۰/۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱۶/۱-۲۲۰) حال در جستار حاضر اولاً، حکم به عدم جواز تقاصّ از و دیعه، به نوعی موجب تضرر صاحب حقّ یا لا اقل در حرج قرار دادن وی می‌شود؛ چرا که مفروض این است که صاحب حقّ از طرق دیگر، امکان استیفای حقّ خود را ندارد و تنها امکان وصول به حقّ، از طریق تقاصّ است و با ممنوع ساختن وی برای تقاصّ از و دیعه، از آنجا که ممکن است به اموال غیر و دیعه مدیون، دسترسی نداشته باشد این موجب پایمال شدن حقّ وی می‌شود که با مذاق شارع مقدّس، همخوانی ندارد. از سوی دیگر، بر فرض این که حکم اولی تقاصّ از و دیعه، حرمت یا عدم جواز باشد از آنجا که چنین حکمی به تضرر صاحب حقّ می‌انجامد، با قاعده لا ضرر - که طبق توضیحات پیشین - از عناوین ثانویه و حاکم بر احکام اولیه است، حکم حرمت برداشته می‌شود. مؤید مدّعا، کلام برخی از محققان است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۱/۴۰) که قاعده لا ضرر و لا حرج را مقتضی جواز تقاصّ در این مسأله دانسته‌اند.

#### ۴-۵- مقتضای عرف

از آن جهت که عرف نیز افزون بر این که مرجع تشخیص موضوعات و مصادیق آنها به شمار می‌آید، می‌تواند بنائی را پی افکند و با امضای شارع، منشأ کشف احکام شرعی شود (الصفار، ۱۴۲۹: ۲۰۴) با قضاوت و داوری عرف، کسی که حقّ مسلم خود

را از هیچ طریقی - بجز با تقاصّ - نمی‌تواند به دست بیاورد و از آن سو، به حسن اتفاق، مالی را که از ناحیه منکر یا مماطل حقّ، به عنوان امانت به دستش افتاده، با انگیزه احقاق حقّ و به عنوان تقاصّ، به مقدار حقّش برمی‌دارد؛ عنوان خیانت در امانت، اطلاق نمی‌گردد. حتی فراتر از آن - نه تنها عنوان خیانت در امانت صادق نیست - بلکه به اعتقاد برخی محققان، مشمول قاعده احسان است؛ چراکه این موجب ابراء ذمه مدیون از حقّ الناس و رهایی وی از عذاب دردناک اخروی می‌شود (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۸۴/۳) که با لحاظ این نفع عظیم، چنین تصرّفی، به منزله ادای امانت بوده است. بنابراین اقتضای عرفی مسأله نیز حاکی از حکم جواز است.

### ۵- تبیین نظریه مختار

با تحلیل و بررسی های صورت گرفته، علی‌الخصوص با هم افزایی مبانی فقهی دیدگاه‌ها و مستندات موجود، نظر نگارنده گان مبتنی بر تلفیقی از دیدگاه دوم و سوم است؛ بدین صورت که در فرضی که اموال دیگری از شخص بدهکار که مشمول عنوان ودیعه نیست در دسترس شخص صاحب حقّ باشد، تقاصّ از مال ودیعه با انگیزه احقاق حقّ، طبق مستندات فوق جواز همراه با کراهت است؛ علت کراهت، فارغ از ادله‌ای که تفصیلاً گذشت بدان جهت است که امکان احقاق حقّ خود از اموال غیر ودیعه وجود دارد. اما اگر تنها مال در دسترس شخص صاحب حقّ، همین مال ودیعه بوده که از حسن اتفاق به چنگش افتاده و امکان هیچگونه دسترسی به اموال دیگر او ندارد؛ در چنین شرایطی، از آنجا که طبق آموزه های دینی، مال انسان همچون خون وی محترم بوده و تحت هیچ شرایطی نباید پایمال گردد؛ و از طرفی، تنها طریق استیفای حقّ، تقاصّ از مال مورد امانت بوده است دیدگاه دوم، مطلوب و معقول به نظر می‌رسد؛ بدین سان که با ذکر دعای مذکور در برخی روایات، که در واقع اعلان انگیزه تصرّف در مال امانت و به منزله صیغه شرعی عقود است می‌توان قائل به جواز محض یا همان جواز بدون کراهت شد.

### ۶- تحلیل قانونی مسأله

با بررسی های صورت گرفته، روشن می شود که هر چند در قوانین موضوعه به مسأله مورد بحث بالخصوص پرداخته نشده است اما قانونگذار در برخی مواد قانون مدنی به لزوم رد امانت و عدم تصرف در آن تصریح نموده است؛ مثلاً قانونگذار عرفی در ماده ۶۱۹ قانون مدنی مقرر می دارد: «امین باید عین مالی را که دریافت کرده است، رد نماید» و در ماده ۶۲۰ نیز مقرر می دارد: «امین باید مال ودیعه را به همان حالی که در موقع پس دادن موجود است مسترد دارد و نسبت به نواقصی که در آن حاصل شده و مربوط به عمل امین نباشد، ضامن نیست.» از این دو ماده قانونگذار، لزوم رد امانت به صاحب آن مستفاد است و قانونگذار در ماده ۶۱۷ ق.م. نیز از هر گونه تصرف در مال امانت منع کرده و مقرر می دارد: «امین نمی تواند غیر از جهت حفاظت، تصرفی در ودیعه کند یا به نحوی از نحاء از آن منتفع گردد مگر با اجازه صریح یا ضمنی امانت گذار و الا ضامن است.» از همین ماده، عدم جواز یا حرمت هر گونه تصرف در مال ودیعه استفاده می شود. قانونگذار برای ضمانت اجرایی عدم تصرف در مال امانت یا لزوم رد آن به ودیعه گذار، ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) را وضع نموده و مقرر می دارد: «هرگاه اموال منقول و یا غیر منقول یا نوشته هایی از قبیل سفته و چک و قبض و نظایر آن، به عنوان اجاره یا امانت یا رهن یا برای وکالت یا هر کار با اجرت یا بی اجرت به کسی داده شده و بنا بر این بوده است که اشیاء مذکور مسترد شود یا به مصرف معینی برسد و شخصی که آن اشیاء نزد او بوده آنها را به ضرر مالکین یا متصرفین آنها استعمال یا تصاحب یا تلف یا مفقود نماید، به حبس از سه ماه تا هیجده ماه محکوم خواهد شد.» قابل ملاحظه که در این ماده، برای تصاحب مال مورد امانت، مجازات های تعزیری مقرر نموده است. بنابراین از مجموع مواد قانون فوق الذکر، قابل استنباط است که قانونگذار، بدون تفصیل بین این که تصرف در مال ودیعه، از باب تقاص و به عنوان احقاق حق بوده یا غیر آن، از هر گونه تصرف در مال امانت منع کرده و برای آن به عنوان ضمانت اجرایی، مجازات های تعزیری نیز پیش بینی نموده است که از همین

ترک استفصال قانونگذار، می‌توان اطلاق‌گیری نموده و قائل به عدم جواز تصرف در مال امانت به عنوان تقاصّ شد. از آنجا که ملاحظه گردید قول جواز تقاصّ از ودیعه با کمی تفصیل، بیشتر همسو با مستندات موجود در مسأله بوده است؛ از قانونگذار عرفی انتظار می‌رود با تفصیل بین نوع تصرف در مال ودیعه، تصرف به عنوان تقاصّ یا احقاق حقّ را مشروعیت قانونی بخشیده، حکم به جواز آن نماید.

### نتیجه‌گیری

با بررسی‌های صورت گرفته، مشخص شد که در موضوع تقاصّ از مال امانت، دیدگاه‌های مختلفی بین فقها مطرح می‌باشد. با تحلیل و بازخوانی مبانی فقهی مسأله، به شیوه هم‌افزایی مبانی فقهی دیدگاه‌ها، نظر نگارندگان مبتنی بر طرح دیدگاه نو با تلفیقی از دیدگاه دوم و سوم است؛ بدین سان که در فرضی که غیر از مال ودیعه، اموال دیگری از شخص بدهکار در دسترس صاحب حقّ باشد، تقاصّ از مال ودیعه با انگیزه احقاق حقّ، جواز همراه با کراهت است؛ اما اگر تنها مال در دسترس صاحب حقّ، همین مال ودیعه بوده و امکان دسترسی به اموال دیگر وی به هر نحوی از انحاء میسر نباشد در چنین شرایطی می‌توان قائل به جواز بدون کراهت شد. عمده توجیهاتی که نگارندگان را در پذیرش این دیدگاه یاری می‌نماید این است که از یک سو، عمده ادله قائلین به حرمت، عمومات و اطلاقات باب امانت است که بر ادله لزوم ردّ امانت و حرمت تصرف در آن حکومت دارد؛ اما عمومات و اطلاقات ادعایی - بر فرض تحقق - با روایاتی که حاکم بر جواز تقاصّ از مال امانت هستند قابل تخصیص یا تنقید می‌باشند. از سوی دیگر، دلیل دیگر قول به حرمت، روایاتی است که برخی از آنها ناظر به مسأله مورد بحث بوده و بر حرمت تصرف در مال امانت دلالت می‌کنند که روایات فوق نیز فارغ از اشکال دلالتی و سندی موجود در برخی از آنها دو نقد عمده متوجه آنها است: اول این که، حرمت وارده در این روایات، تعلیل به عنوان خیانت در امانت شده که در محلّ بحث به جهت انگیزه احقاق حقّ، نه تنها عنوان خیانت در امانت صادق نیست بلکه چه بسا می‌تواند مشمول قاعده احسان قرار گیرد. ثانیاً، بر فرض تنزّل از ادعای فوق،

روشن است که روایات نهی، ظاهر در حرمت، اما روایات جواز، نصّ در حکم جواز هستند؛ در چنین مواردی قاعداً طبق ضابطه علم اصول، مجرای جمع عرفی است که با تصرّف در ظاهر روایات نهی و حمل آنها بر کراهت، می‌توان بین دو دسته روایات موجود، جمع دلالتی ایجاد کرد. ثالثاً، فرضاً اگر بین دو دسته روایات حاکم بر جواز و حرمت تقاصّ از مال امانت، تعارضی ایجاد شده و هر دو از درجه اعتبار ساقط گردیده و نوبت به تعارض عمومات هر دو حکم برسد باز هم عمومات ادله جواز تقاصّ به دلیل همسویی با مقتضای قاعده لاضرر، لاجرح و مقتضای عرف، مقدم می‌باشد.

## منابع

### - قرآن کریم.

- ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق)، **غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع**، قم: مؤسسه امام صادق(ع).
- اردبیلی(مقدّس)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان**، ج ۱۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اسماعیل پور قمشه‌ای، محمد علی (بی‌تا)، **البراهین الواضحات(دراسات فی القضاء)**، ج ۲، قم: بی نا.
- الهامی، رضا؛ پور لطف اله، حسن (۱۳۹۷)، **جریان قاعده اهمّ و مهم در اکراه به قتل**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۹، ۳۶-۹.
- انصاری(شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۱ق)، **کتاب المکاسب**، ج ۲، قم: دار الذخائر.
- انصاری(شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۸ق)، **فرائد الاصول**، ج ۲، چ ۹، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق)، **بلغه الفقیه**، ج ۳، چ ۴، تهران: مکتبه الصادق.
- بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۵ق)، **الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، ج ۱۸، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- پور لطف اله، حسن؛ موحدی محب، مهدی؛ مؤمنی، خسرو؛ مرتاضی، احمد (۱۳۹۹)، **بازپژوهی فقهی آثار اجرای نادرست حدود ناظر به قطع عضو**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۲، ۱۳۷-۱۶۴.



- ترجمينى، سيد محمد (١٤٢٧ق)، **الزبدہ الفقهيہ في شرح الروضه البهيہ**، ج ٤، ٤، قم: دار الفقه.
- جبجى عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على (١٤١٠ق)، **الروضه البهيہ في شرح اللعنه الدمشقيه**، ج ٣، قم: داورى.
- جبجى عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على (١٤١٣ق)، **مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، ج ١٤، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
- حرّ عاملى، محمد بن حسن (١٤٠٩ق)، **تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعه**، ج ١٧ و ١٩، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حلّى (علامه)، حسن بن يوسف (١٤١٣ق)، **مختلف الشيعه في احكام الشريعه**، ج ٨، ٢، قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
- حلّى (محقق)، جعفر بن حسن (١٤٠٨ق)، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام**، ج ٤، ٢، قم: اسماعيليان.
- خمينى (امام)، سيد روح الله (بى تا)، **تحرير الوسيله**، ج ٢، قم: دار العلم.
- خوئى، سيد ابوالقاسم (١٤٢٢ق)، **مبانى تكملة المنهاج**، ج ١، قم: مؤسسه الإمام الخوئى.
- سبزوارى، سيد عبدالأعلى (١٤١٣ق)، **مهذب الأحكام**، ج ٢٧، ٤، قم: مؤسسه المنار.
- سبزوارى، محمدباقر (١٤٢٣ق)، **كفايه الأحكام**، ج ٢، قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
- صدوق (شيخ)، محمد بن على بن حسين بن بابويه قمى (١٤١٣ق)، **من لا يحضره الفقيه**، ج ٣، ٢، قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
- صفّار، فاضل (١٤٢٩ق)، **فقه المصالح و المفساد**، لبنان: دار العلوم.
- طباطبائى (صاحب رياض)، سيد على (١٤١٨ق)، **رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل**، ج ١٥، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- طوسى (شيخ الطائفة)، محمد بن حسن (١٣٩٠ق)، **الإستبصار فيما اختلف من الاخبار**، ج ٣، تهران: دار الكتب الإسلاميه.
- طوسى (شيخ الطائفة)، محمد بن حسن (١٤٠٠ق)، **النهايه في مجرد الفقه و الفتاوى**، ج ٢، بيروت: دار الكتب.
- طوسى (شيخ الطائفة)، محمد بن حسن (١٤٠٧ق)، **تهذيب الأحكام**، ج ٦، ٤، تهران: دار الكتب الاسلاميه.
- عاملى (شهيد اول)، محمد بن مگى (١٤١٤ق)، **غايه المراد في شرح نكت الارشاد**، ج ٤، ١، دفتر: تبليغات اسلامى.

- غروی نائنی، محمدحسین (۱۳۷۳)، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، ج ۱، تقریر: شیخ موسی نجفی خوانساری، تهران: المکتبه المحمديه.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ق)، **تفصیل الشریعه (الحدود)**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فیاض، اسحاق (بی تا)، **منهاج الصالحین**، ج ۳، قم: بی نا.
- کاشف الغطاء، شیخ جعفر (۱۴۲۰ق)، **شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه ابن المطهر**، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- کاشف الغطاء، شیخ جعفر (۱۴۲۲ق)، **انوار الفقاهه (کتاب القضاء)**، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، **الکافی**، ج ۲، چ ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مجلسی اول، محمدتقی (۱۴۰۶ق)، **روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه**، ج ۶، چ ۲، قم: مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانپور.
- مجلسی (علامه)، محمدباقر (۱۴۰۶ق)، **ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الاخبار**، ج ۹، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، **القواعد الفقیهیه**، ج ۱، چ ۷، قم: الهادی.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ق)، **کتاب القضاء**، ج ۲، قم: دار القرآن.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۰، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث.
- نراقی، مولی احمد (۱۴۱۵ق)، **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۳، چ ۵، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.