## جلسه 7- 1249

**‌شنبه - 03/11/۹4**

**أعوذ باللّه من الشیطان الرجیم بسم اللّه الرحمن الرحیم الحمد للّه ربّ العالمین و صلّی اللّه علی سیّدنا محمّد و آله الطاهرین سیّما بقیّة اللّه في الأرضین و اللعن علی أعدائهم أجمعین.**

بحث راجع به فرق بین قاعده استصحاب و قاعده مقتضی ومانع بود که در برخی از کلمات از آن هم به عنوان استصحاب عدم المانع یاد شده است.

در مورد شک در رافع بعد از تحقق مقتضی هم استصحاب عدم رافع جاری هست و هم قاعده مقتضی ومانع موضوع دارد، مثل شک در ناقضیت مذی نسبت به طهارت، ولی مواردی هم هست که مورد افتراق این دو قاعده است.

گاهی از ابتداء احتمال می دهیم که این مقتضی مبتلا باشد به وجود مانع که اصلا اثر این مقتضی حادث نشود، یک وقت این اثر شرعا مترتب هست بر موضوع مرکب از وجود مقتضی و عدم مانع، مثل اینکه وجوب اکرام عالم موضوعش عالمی باشد که فاسق نیست، می توانیم استصحاب کنیم عدم فسق او را، قاعده مقتضی ومانع هم می گوید شک داریم در وجود مانع از وجوب اکرام بعد از اینکه مقتضی آن را که عالم بودن هست احراز کردیم.

 ولی گاهی این اثر اثر شرعی نیست که موضوعش مرکب باشد از وجود مقتضی و عدم مانع، بلکه اثر اثر عقلی است، که استصحاب عدم مانع نمی تواند اثبات کند این اثر عقلی را، یا اینکه استصحاب عدم المانع جاری نبود چون استصحاب عدم ازلی بود در برخی از مثالها و ما استصحاب عدم ازلی را قبول نداشتیم، مثل همان مثالی که صاحب عروه زد که منظور الیه نمی دانیم محرم هست با ما یا نامحرم، خوب در محارم نَسَبیّه این وصف ذاتی است استصحاب عدم کون هذه المنظور اما او اختا نسبیة، خوب این استصحاب عدم ازلی است، و صاحب عروه قائل نیست به استصحاب عدم ازلی ولذا قاعده مقتضی ومانع را اجرا کرد، گفت انسان بودن این شخص مقتضی حرمت نظر به اوست و مادر یا خواهر بودن او مانع از حرمت نظر است، شک در وجود مانع داریم قاعده مقتضی ومانع را پیاده می کنیم، در امر ازدواج هم لابد همین است، که اگر شک بکند کسی که ممکن است پدر من ازدواج مخفی داشت و این دختر خانم خواهر نسبی من هست، استصحاب عدم ازلی را اگر جاری بدانیم استصحاب می کنیم که این دختر خانم خواهر ما نیست، ولی اگر استصحاب عدم ازلی را جاری نداشتیم مطلقا یا در عناوین ذاتیه مثل خواهر بودن و مادر بودن، اینها عناوین ذاتیه هستند، فرق می کند با عوارض وجود، چون گفته می شود که این خانم اگر خواهر من باشد این قبل از وجودش هم خواهر من است منتهی موجود نشده، خواهر من هنوز به دنیا نیامده، حالا اینجور بعضی ها گفته اند مثل مرحوم آقای حکیم، آنی که استصحاب عدم ازلی را قائل نیست مطلقا یا در عناوین ذاتیه، خوب اگر قاعده مقتضی ومانع را قبول داشته باشد می تواند بگوید می شود با این دختر خانم ازدواج کرد، ولی اگر قبول نداشته باشد چه کند، مشکل اینجاست، زن بودن مقتضی جواز ازدواج است و خواهر بودن مانع است، شک داریم در ابتلاء به مانع، یک وقت استصحاب عدم ازلی جاری است نفی می کند اختیت این را، نگوئید معارضه می کند با استصحاب عدم کونها اجنبیة، او که اثر شرعی ندارد، "حرمت علیکم امهاتکم و بناتکم و اخواتکم.. و احل لکم ماوراء ذلکم"، یعنی هر زنی ازدواجش بر ما حلال است مگر اینکه مادر یا خواهر ما باشد مثلا، خوب این زن است بالوجدان خواهر ما نیست بالاستصحاب العدم الازلی موضوع جواز نکاح ثابت می شود.

اما کسی که استصحاب عدم ازلی را قبول ندارد او چه بکند؟ صاحب عروه می گوید قاعده مقتضی ومانع، این زنهایی که بنابرنظر مشهور که اگر قرشیه اند تا شصت سالگی حیض می شوند و اگر قرشیه نیستند تا پنجاه سالگی حیض می شوند، زنهایی که شک دارند مثل خیلی از خانمها شک هست که آیا اینها قرشیه اند یا نه، چون لازم نیست که اولاد پیغمبر باشند بلکه لازم است از قریش باشند، قرشیه و نبطیه، حالا قرشیه اش مسلم است، خوب شاید جزء بنی العباس باشد این خانم و چون خاندانش زیاد ظلم کردند دیگر بعد از اضمحلال حکومتشان نسبشان مخفی شد، و این هم اگر سیده نباشد شاید قرشیه باشد، خوب این زن شک می کند که من قرشیه هستم یا نیستم و فرض کنید مرجع تقلیدش هم استصحاب عدم ازلی را قبول ندارد، خوب چه بکند؟ آیا احتیاط کند، یا نه می گوید زن بودن مقتضی است که در سن پنجاه سالگی یائسه بشود و قرشیه بودن مانع است، قاعده مقتضی ومانع جاری کند که صاحب عروه این کار را می کند.

خوب آنی که قاعده مقتضی ومانع را قبول ندارد و استصحاب عدم ازلی را هم قبول ندارد او چه بکند؟

ما به ذهنمان می آید که موثقه مسعدة بن صدقه هست که به نظر ما سندش هم خوب است، "کل شئ لک حلال حتی تعرف انه حرام و ذلک مثل امرئة تکون تحتک لعلها اختک او رضیعتک"، یک مورد قاعده حل را حضرت این بیان فرمود که زنی هست با او ازدواج می کنی شاید خواهر تو باشد، حالا اینکه شاید خواهر رضاعی تو باشد لعلها اختک او رضیعتک، نسبه به او رضعیتک خوب این استصحاب عدم نعتی دارد که یک زمانی خواهر رضاعی من نبود، ولی اینکه خواهر نسبی من نیست در این یا باید استصحاب عدم ازلی بکنیم یا قاعده مقتضی ومانع را جاری کنیم یا به این روایت مسعدة بن صدقه عمل کنیم،{سؤال و جواب: بعید نیست که ظاهر کل شئ لک حلال این است که نکته اش حلیت مشکوک است، و اینکه در روایت دارد ان الامر الفرج لشدید حمل شده بر تأکد استحباب، و دیگر احتمال اینکه بگوئیم این شک در اختیت در بحث ازدواج که شدید است معفو است شک در اختیت، ولی در بحث یأس و بحث نظر اینها معفو نیست این احتمالش به نظر عرفی نیست}.

نقضی که بر قاعده مقتضی ومانع شده و در کلمات متداول است می گویند نمی شود ما به گردن عقلاء بگذاریم بگوئیم اگر کسی بیمار بود به بیماری ای که اگر علاج نکند فوت می کند، ما رفتیم سفر بعد از چند ماه بگوئیم فلانی فوت کرد، چرا؟ بخاطر قاعده مقتضی ومانع، آن بیماری مقتضی موت بود، علاج مانع از موت است، شک داریم در مانع، آیا عقلاء بنا می گذارند بر عدم مانع در موارد احراز مقتضی؟ این را کدام عاقلی بناء می گذارد؟ یا مثلا تیری پرتاب کردیم به سمت شخصی احتمال می دهیم که حائلی یا حاجبی بود که تیر به آن شخص نخورد، آیا عقلاء بنا می گذارند بر عدم مانع و حکم می کنند که ما قتل او هستیم و باید قصاص بشویم و باید دیه بدهیم؟ این نقض مطرح شده است.

مرحوم آسید علی بهبهانی که شاگر مع الواسطه ملاهادی طهرانی بوده و از طرفدارن سرسخت قاعده مقتضی ومانع هستند در کتاب الفوائد العلیة گفته است که این اتهام ها به ما نمی چسبد، ما کی این حرفها را می زنیم، ما در جائی قاعده مقتضی ومانع را قبول داریم -که اصلش عرض کردم در کلام ملاهادی تهرانی هم هست که استقرت طریقة السلف و الخلف فی جمیع ابواب الفقه و غیره علی الاستدلال بوجود المقتضی علی وجود المقتضا، و یک جای دیگر هم دارد که می گوید: عدم الاعتناء باحتمال المانع بعد احراز المقتضی من القواعد الاربعة التی شاع فی کلماتهم اطلاق الاستصحاب علیه، و ظاهرش هم همین است که ایشان اصلا استصحاب را ارجاع می دهد به قاعده مقتضی ومانع-، آنوقت شاگرد مع الواسطه ایشان جناب آسید علی بهبهانی که قریب به عصر ما بودند معروف به آسید علی رامهرمزی کتابی دارند به نام الفوائد العلیة، گفته اند این نقض هایی که می شود به ما نمی چسبد، ما مرادمان از مقتضی این است که عرفا آن مقتضا اگر مغایر بود در وجود با مقتضی و مستقل از او بود در وجود، اینجا ما قاعده مقتضی ومانع را جاری نمی کنیم، مثلا بگوئیم حیات زید مقتضی نبات لحیه اوست، بعد بگوئیم ما شک می کنیم در اینکه آیا حیات زید مزیل و رافعی داشت یا نداشت، بنا بگذاریم بر حیات زید بعد بگوئیم پس زید ریش در آورده، نه، نبات لحیه زید خودش مقتضی مستقلی باید داشته باشد، ما آنجایی می گوئیم قاعده مقتضی ومانع پیاده می شود که آن مقتضا عرفا با مقتضی متحد باشد در وجود، مثل اتحاد امر انتزاعی با منشأ انتزاعش، یعنی مقتضا از احکام مقتضی باشد عقلا یا شرعا، ولو ما نتوانیم استصحاب شرعی جاری کنیم برای اثبات آن مقتضا، ولی شک که بکنیم در وجود مانع می گوئیم آن مقتضا از آثار عقلیه یا شرعیه این مقتضی است، این مقتضی هم که معلوم الوجود است مانع مشکوک است بناء عقلاء بر ترتیب آثار وجود مقتضا هست عند الشک فی المانع و احراز المقتضی، ما این را ادعا می کنیم، و لذا در استصحاب حیات زید -حالا استصحاب به معنای قاعده مقتضی ومانع که می گوئیم زید مقتضی حیات داشت تا مثلا هشتاد سال، شک می کنیم زید بخاطر تصادف فوت کرد یا فوت نکرد- خوب عقلاء قاعده مقتضی ومانع را قبول دارند، آثار شرعی حیات او را که اموالش هنوز ملک اوست و زوجه اش هنوز از علقه زوجیت او خارج نشده است و امثال آن را بار می کنند.

حتی اینکه آقای سیستانی در کتاب استصحاب که تقریر بحث ایشان هست نسبت داده اند به مرحوم بهبهانی که ایشان در شک در حاجب قاعده مقتضی ومانع جاری می کند، چون می گوید شسته شدن صورت عرفا با جریان آب بر صورت یکی است و متحد است، عرف به مجرد جریان آب بر صورت فکر می کند و نظرش این است که شستن محقق شد، منتهی خوب آدم شک می کند با اینکه عرف انغسال را متحد می داند عرفا با جریان الماء علی الوجه، ولی خوب در موارد شک در وجود حاجب شک می کنیم در تحقق غسل، با اینکه این تحقق انغسال اثر شرعی و عقلی نیست، ولی چون عرفا متحد الوجود است این مقتضا که انغسال الوجه است با آن مقتضی که صب الماء علی الوجه است آقای سیستانی فرموده که مرحوم بهبهانی این مورد را هم قبول دارد که داخل قاعده مقتضی ومانع است.

ولی به نظر ما با توجه به کلمات مرحوم بهبهانی این مورد هم روشن نیست بلکه ظاهر این است که جزء قاعده مقتضی ومانع نمی داند، چون اگر بداند چه فرق می کند بین این مثال و مثال احتمال حاجب در مثال رمی سهم به سمت زید، تیر پرتاب کردیم به سمت زید احتمال می دهیم شیشه ای مانع بود از رسیدن تیر به زید، یا زید جلیقه ضد گلوله پوشیده بود تیر به او اصابت نکرد، چه فرق می کند با اینکه احتمال می دهیم روی صورت ما چسبی باشد که آب به او نرسد؟ فرق نمی کند، چه فرق است بین چسب روی صورت با جلیقه ضد گلوله در بدن کسی که به سمت او تیر پرتاب کردند؟ مهم این است که مرحوم بهبهانی می گوید در جائی که مقتضا از آثار و احکام شرعیه یا عقلیه مقتضی باشد، اما این مثال شک در وجود حاجب را آقای سیستانی مطرح کرده اند و الا این در کلمات مرحوم بهبهانی نیست.

در کلمات محقق همدانی هم در حاشیه رسائل هست راجع به این فرضی که آقای سیستانی مطرح کرده اند، فرموده اگر داخل بشود در خفاء واسطه که واقعا جوری بشود که عرف بگوید خفاء واسطه است حرفی نیست، و الا قاعده مقتضی ومانع درست نیست، فرموده در صورتی می توانیم بناء بگذاریم بر وجود مقتضا و لو با شک در وجود مانع، که اقتضاءِ مقتضی شدید باشد به نظر عرف نسبت به ترتب آن مقتضا، به جوری که عرف احراز مقتضی را به منزله احراز مقتضا بداند، ولو از این باب که واسطه خفی است، اثر المقتضا عند العرف اثر مقتضی است و واسطه خفی است، این بحث دیگری است، محقق همدانی با اینکه منکر قاعده مقتضی ومانع است بحث را می برد روی جائی که عرف اصلا این اثر را اثر مقتضی ببیند ولو بخاطر خفاء واسطه، خوب آنکه ربطی به قاعده مقتضی ومانع ندارد، قاعده مقتضی ومانع در جائی است که عرف اثر را اثر مقتضا می بیند و ملتفت است که اینجا احتمال وجود مانع هست، منتهی مرحوم بهبهانی می گوید که چون این مقتضا از آثار عقلیه و شرعیه وجود مقتضی است بناء عقلاء بر این است که به احتمال مانع اعتناء نمی کنند، و فقهاء هم همین التزام را دارند که به احتمال مانع اعتنا نکنند، می گوید اصلا نگاه کنید در ان مثالهایی که می زنیم فقهاء همین کار را کرده اند:

مثال اول: در اثناء غسل جنابت شک کرد که حدث اصغر یا حتی حدث اکبر از او صادر شده است یا نه، عقلاء می گویند غسل مقتضی طهارت است و حدث در اثناء غسل مانع از طهارت است، خوب اعتنا نمی کنند به احتمال مانع، فقهاء هم احتمال مانع را اعتنا نمی کنند، خوب این معنایش قبول قاعده مقتضی ومانع است دیگر.

اقول: این مثال جوابش این است که ما اصل موضوعی داریم در شبهات موضوعیه، شک داریم در خروج بول استصحاب عدم خروج بول جاری می کنیم، موضوع طهارت مرکب است از غسل و عدم خروج بول در اثناء آن، ضم الوجدان الی الاصل می کنیم، خوب این اثر استصحاب است، و این نوع استصحاب مسلم است در فقه، بله در شبهات حکمیه اگر بگوئید، مثلا در اثناء وضوء یقینا مذی خارج شد از مکلف شک دارد که مذی ناقض وضوء هست یا نیست، بله اینجا اگر اطلاقی در دلیل نداشته باشیم کار مشکل می شود، کی می گوید فقهاء در اینجا اصل عدم مانع اجراء می کنند در شبهات حکمیه مثلا در ناقضیت مذی؟

{سؤال: سؤال: اینجا شک در وجود مانع نیست بلکه شک در مانعیت موجود است؟ جواب: ایشان فرق نمی گذارد در قاعده مقتضی ومانع بین اینکه شک در وجود مانع بکنیم یا شک در مانعیت موجود بکنیم، ولی ما که اصل قاعده مقتضی ومانع را قبول نداریم در شک در مانعیت موجود به طریق اولی قبول نداریم}.

مثال دوم: ایشان می گوید اصالة الظهور، حالا اصالة الحقیقة، اصالة العموم، اصالة الاطلاق، در موارد شک در قرینیه متصله عقلاء اعتنا نمی کنند به شک در قرینه متصله، اصل را بر اراده معنای حقیقی می گیرند و اصل را بر اراده عموم و اطلاق می گیرند، اعتنا نمی کنند به شک در قرینه متصله بر خلاف، خوب این چه توجیهی دارد غیر از قاعده مقتضی ومانع؟

اقول: جواب از این مثال دوم اولش راحت است که بگوئیم ما قبول نداریم که عقلاء اعتنا نمی کنند به شک در قرینه متصله، یک وقت قرینه متصله به نحوی است که اگر وجود داشت خلاف وثاقت راوی بود سکوت از بیان آن، مولا گفت رأیت اسدا یرمی، اما راوی آمد گفت قال المولی رأیت اسدا، یا مولا گفت جئنی باسد یرمی، اما راوی گفت مولا گفته است جئنی باسد، اما اگر قرینه حالیه نوعیه باشد خلاف وثاقت راوی نیست سکوت از بیان آن، مثلا استاد اخلاق در درسش گفته بر طلبه ها نماز شب واجب است، خوب قرینه حالیه نوعیه است که یعنی واجب اخلاقی، آنی که می آید برای شما نقل می کند نیازی نمی بیند که این قرینه را به شما بگوید، چون شما هم مثل خود او احساس می کنید این قرینه نوعیه را، تا می رسد به ما، در کتابها ثبت می شود و کم کم ارتکازها کم رنگ می شود، الآن شک می کنیم در قرینه نوعیه متصله، کی می گوید که عقلاء اعتناء نمی کنند به احتمال قرینه نوعیه متصله؟ و اگر هم اعتنا نکنند که مدعای مشهور هست خوب در مورد ظهور یک اصلی دارند اصل عدم قرینه متصله، خوب اینکه دلیل نمی شود که قاعده مقتضی ومانع را بطور عام قبول کنند.

ما بعد تأمل که کردیم که البته سابقا تأمل کرده بودیم دیدیم برخی از موارد هست که انصاف این است که ما هم باید قبول کنیم که شک در قرینه متصله از نظر عقلاء به آن اعتنا نمی شود، آقا بایع و مشتری شک می کنند که آیا بر خلاف ظهور اولی عقد شرطی کردند یا نکردند، مثلا شرط سقوط خیار غبن، شرط سقوط خیار عیب، شرط سقوط شرطهای ارتکازی، الآن دختر و پسر که عقد می بندند شرط ارتکازی این است که دختر در دوران عقدبستگی حق مطالبه نفقه ندارد و پسر هم حق مطالبه تمکین کامل ندارد، این شرط ارتکازی است در محیط ما، حالا شک می کنند آیا در ضمن عقد قرینه ای بر الغاء این شرط ارتکازی بوده یا نه، خوب چه بکنند؟ استصحاب که اینجا به درد نمی خورد، استصحاب عدم قرینه صارفه اثبات نمی کند شرعا که آن شرط ارتکازی وجود دارد و ظهور عقد در شرط ارتکازی منعقد شده است، این می شود اصل مثبت، چون اگر استصحاب بگوید قرینه صارفه ای ذکر نکرده اند این دو نفر در ضمن عقد پس شرط ارتکازی در ضمن این عقد وجود داشت و ظهور عقد در شرط ارتکازی منعقد بود این می شود اصل مثبت، و این جای این هم نیست که بگوئیم سکوت راوی نفی می کند قرینه متصله را، چون اینجا بحث راوی نیست، خوب متعاقدین شک دارند یا تنازع دارند رفته اند دادگاه، بلااشکال کسی که می خواهد ادعا بکند وجود قرینه صارفه را برخلاف ظهور اولی عقد او باید اثبات کند، و الا بناء عقلاء بر این هست که همان ظهور اولی عقد را عمل می کنند یعنی همان شرط ارتکازی را، خود متعاقدین هم شک بکنند می گویند برای ما ثابت نیست که بر خلاف شرط ارتکازی نصب قرینه کردیم، اگر مُرّ استصحاب را حساب کنید استصحاب می گوید شرط ارتکازی در بین نبود، به نفع آن کسی است که مدعی نصب قرینه صارفه است، آن کسی که مدعی است که قرینه صارفه نصب کردیم که همچنین شرط ارتکازی بر خیار غبن منعقد نشود استصحاب به نفع اوست، یعنی استصحاب به نفع غابن است، استصحاب عدم شرط خیار غبن، استصحاب به نفع شوهری است که می گوید ما قرینه ذکر کردیم بر اینکه من حق استمتاع کامل دارم، چون اصل عدم شرط الزوجة است نسبت به سقوط حق تمکین مرد، ولی فقیهی به این ملتزم نمی شود.

خوب ولو این می شود همین قاعده مقتضی ومانع، ولی در مورد خودش، اما با یک گل که بهار نمی شود، با یک مثال که ما هم قبول داریم با یک مثال که نمی شود قاعده مقتضی ومانع درست کرد.

مثال سوم: ایشان فرموده است که علماء در موارد شک در لزوم و جواز عقد در مثل بیع اصل را بر لزوم می گیرند، و لو شک بکنیم در غبن یا شک بکنیم در عیب در مبیع، ولی در مثل هبه که شک می کنیم که هبه معوضه بود یا نبود، هبه به ذی رحم بود یا نبود، اصل را بر جواز می گیرند، من مالی را بخشیده ام به شخصی نمی دانم او جزء ذی ارحام ما هست یا نیست، می گویند اصل در هبه جواز فسخ است، مرحوم بهبهانی فرموده این غیر از توجیه به قاعده مقتضی ومانع توجیه دیگری ندارد، چرا؟ برای اینکه شما در مثال بیع ممکن است توجیه کنید بگوئید استصحاب بقاء ملکیت جاری می کنیم بعد از فسخ مدعی غبن، استصحاب می گوید هنوز هم غابن مالک آن چیزی است که به او منتقل شده بود با بیع، ایشان می گوید که خوب استصحاب ملکیت در بیع جاری کردید اما در هبه چه می کنید، در هبه که فقهاء فرموده اند اصل بر جواز هبه است ولو در موارد شک در معوضه بودن هبه یا ذی رحم بودن موهوب له، خوب اصل جواز که خلاف استصحاب ملکیت است، استصحاب ملکیت می گوید این موهوب له بعد از فسخ منِ واهب هنوز مالک هبه است، چون شاید ذی رحم باشد و هبه به ذی رحم لازم است، یا شاید هبه معوضه باشد و هبه معوضه لازم است، اما قاعده مقتضی ومانع مقدم است و فقهاء هم به این عمل کرده اند گفته اند اصل بر جواز هبه است.

تأمل بفرمائید در این مثال سوم ببینیم مثال درستی هست یا نه، والحمد لله رب العالمین.