جلسه 193- 1435

**شنبه - 06/01/96**

**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 فروعی بود که گفته بود مشهور تمسک کرده اند در اینها به اصل مثبت ولو بخاطر خفاء واسطه.

رسیدیم به فرع پنجم، که این بود که اگر مال زید نزد عمرو تلف بشود، عمرو ادعا کند که ید من ید امانی بود، زید که مالک مال هست بگوید ید تو عدوانی بود و من راضی نبودم به اینکه شما استیلاء پیدا کنی بر این مال. استصحاب عدم رضا چون اثبات نمی کند که این ید ید عدوانی بود پس نمی تواند موضوع ضمان را که ید عدوانی است اثبات کند و لذا می شود اصل مثبت. و لکن مشهور با استصحاب عدم رضا اثبات کرده اند ضمان این شخص مستولی را.

مرحوم نائینی در فرع پنجم: موضوع ضمان استیلاء وعدم ید امانی است، ضم الوجدان الی الاصل میکنیم

مرحوم نائینی فرمود که اساسا هر استیلاء بر مال غیری موجب ضمان هست، "علی الید ما اخرذت حتی تؤدی"، خرج منه ید همراه با رضای مالک، یا به تعبیر دیگر ید امانی. استصحاب عدم رضای مالک که ما بکنیم ضم الوجدان الی الاصل می کنیم اثبات می کنیم ضمان را. زید که مالش در نزد عمرو بود و تلف شد می گوئیم استلاء عمرو بر مال زید محرز است بالوجدان و استصحاب می گوید راضی نبود زید به این استیلاء عمرو، موضوع ضمان ثابت می شود.

منتقی الاصول: عدم رضا نعت استیلاء است، واستصحاب عدم محمولی مثبت اتصاف نیست

در منتقی الاصول اشکال کرده اند گفته اند که خود مرحوم نائینی در بحث عام و خاص گفته است که عرض و محل آن اگر موضوع حکم قرار بگیرند، مثلا شارع بگوید کل امرأة تحیض الی خمسین سنة الا ان تکون امرأة من قریش، چون قرشیت عرض هست و نعت هست برای زن، ظاهر این خطاب این است که به نحو نعتیت در موضوع اخذ می شود، کل امرأة متصفة بانها لیست بقرشیة تحیض الی خمسین سنة، ولذا مرحوم نائینی فرموده است که استصحاب عدم ازلی که این زن یک زمانی که نبود متصف نبود به قرشیت موضوع را اثبات نمی کند، چون ظاهر اینکه موضوع مرکب باشد از جوهر و عرض آن ظاهر این ترکیب موضوع از جوهر و عرض آن اخذ این عرض هست بما هو نعت لمحله و جوهره، به نحو کان ناقصه یا لیس ناقصه. در این مثال لیس ناقصه است یعنی اتصاف زن به اینکه قرشیه نباشد. در منتقی الاصول گفته اند که خب در اینجا هم مرضی بودن استیلاء بر مال غیر عرضی است برای این استیلاء، استیلاء بر مال غیر دو وصف دارد: یکی اینکه مرضی مالک باشد، ودیگری اینکه مرضی مالک نباشد. شما وقتی موضوعتان مرکب بود از استیلاء بر مال غیر و مرضی نبودن این استیلاء توسط مالک، این بود موضوع ضمان، استصحاب عدم رضای مالک به نحو عدم محمولی اثبات نمی کند اتصاف این استیلاء را بأنّه غیر مرضی به.

نفرمائید که رضا عرض استیلاء نیست بلکه عرض مالک است، استیلاء عرض این عمرو است، رضا عرض زید است که مالک این مال است، وموضوع ضمان مرکب است از دو عرض برای دو جوهر، استیلاء عرض آن شخصی است که در یدش این مال تلف شده که عمرو باشد، رضا عرض مالک است که زید باشد، می شود عرضین لجوهرین، مرحوم نائینی فرموده اخذ دو عرض در موضوع ظاهر است در ترکیب، در وجود محمولی نه در وجود نعتی، اگر دو عرض را در موضوع اخذ کردند ظهور ندارد که باید عرض اول متصف باشد به عرض دوم، عرض که متصف نمی شود به عرض دیگر، جوهر است که متصف می شود به عرض. ولذا اگر اشکال بکنید که طبق مسلک مرحوم نائینی استیلاء و رضای مالک اینها وجهی ندارد که به نحو نعتیت در موضوع ضمان اخذ بشوند، چون دو عرضند برای دو جوهر.

در منتقی الاصول جواب می دهد می گوید نخیر، رضا مثل ضرب است، ضرب به معنای زدن عرض ضارب است، به معنای زده شدن عرض مضروب است، رضا به معنای راضی بودن عرض مالک است اما به معنای مرضی بودن این عرض استیلاء است. ولذا طبق نظر مرحوم نائینی مرضی بودن می شود نعت برای استیلاء، استیلائی که مرضی مالک است ضمان ندارد، استیلائی که مرضی مالک نیست ضمان دارد. مرضی مالک بودن و نبودن عرض برای استیلاء است، ولذا مسلک مرحوم نائینی بر آن تطبیق می شود که اخذ جوهر و عرض آن در موضوع حکم ظاهر است در تقیید ظاهر است در نعتیت، واستصحاب عدم محمولی رضا اثبات نمی کند اتصاف این محل را که استیلاء هست بانه غیر مرض به.

اقول: به نظر ما این فرمایش ناتمام است:

استاد: اولا: رضایت وصف عنوان استیلاء قبل الوجود است

اولا: مرضی بودن برفرض بگوئیم عرض استیلاء است، اما عرض وجود استیلاء نیست، عرض عنوان استیلاء است ولو قبل از وجود. برخی از اوصاف اوصاف وجودند، مثل سیاهی، سفیدی، شیرینی. بعضی از اوصاف عنواننند ولو در مرتبه قبل از وجود، مثل حسن یک فعل و قبح آن، ضرب یتیم قبیح است وفعل لاینبغی صدوره ولو قبل از وجود، نه اینکه زشت نیست، نه زشت است اما موجود نشده است. رضا به عنوان تعلق می گیرد ولو قبل از وجود آن عنوان در خارج، شما راضی هستید که ولیی از اولیاء خدا به منزل شما بیاید، الان هم رضا دارید ولو نیاید. شرط تعلق رضا وجود متعلق آن نیست، ولذا قبل از تحقق استیلاء صحیح است بگوئیم این استیلاء متصف بود بانه غیر مرضی به، کی؟ آنوقتی که این مالک هنوز رضا در نفس او موجود نبود. ممکن است قبل از استیلاء این مالک راضی شده باشد به این استیلاء، ولی بالاخره رضا امر حادثی است ازلی که نیست، یک زمانی این مالک بود وطیب نفس در نفس او محقق نشده بود نسبت به استیلاء عمرو بر مالش. آن زمان این استیلاء متصف بود بانّه غیر مرضی به. ولذا ما می توانیم استصحاب بکنیم اتصاف این عنوان استیلاء را بانه کان غیر مرضی به من قبل المالک والان کما کان. هذا اولا.

ثانیا: رضایت صفت مالک است، واستیلاء صفت متصرف، عرضین لجوهرین میشود

وثانیا: اینکه ما احتمال بدهیم رضا مثل ضرب به معنای مضروب شدن رضا هم به معنای مرضی به بودن عرض برای استیلاء باشد، رضا به معنای مرضی بودن این احتمال عرفی نیست، چون آنی که استثناء شده این است که استیلائی که همراه با طیب نفس مالک نباشد، خب این ظاهرش یک عرضی است طیب نفس قائم به مالک، اینکه ما بیائیم طیب نفس را برگردانیم به فعل مجهول مرضی به بودن، که این استیلاء مرضی به مالک باشد ضمان ندارد مرضی به مالک نباشد ضمان دارد، این عرفی نیست، این خلاف ظاهر است.

ثالثا: عدم عرض نعت نیست

البته اصل این بحث مبنائی است، برفرض این دو اشکال ما به منتقی الاصول وارد نباشد باز اشکال مبنائی جای خودش هست، هم به منتقی الاصول و هم به مرحوم نائنیی، که وجود عرض نعت است برای محل، اما عدم عرض نعت نیست، به تعبیر مرحوم آقای خوئی مثلا وجود سیاهی نیاز دارد به جسم، اما عدم سیاهی نیاز به جسم ندارد. این دیوار قبل از وجودش نه سیاه بود نه سفید بود، این صحیح است. حالا استصحاب عدم ازلی جاری است یا جاری نیست بحث دیگری است، اما اصل این مطلب که وجود عرض نعت است برای محل، عدم عرض که نعت نیست، عدم نعت است، عدم نعت که نعت نیست. ولذا اصل مبنا تمام نیست.

استصحاب عدم ازلی هم که نیست، برای اینکه ظاهر خطاب این است که اونی که خارج شده است از ضمان رضای مالک است که استیلاء همراه با رضای مالک باشد، رضای مالک به هر معنایی که بگوئید، به معنای راضی بودن یا به معنای مرضی به بودن. ولذا یک زمانی مالک بود و راضی نبود به این استیلاء و این استیلاء مرضی به نبود. ولذا این اشکال مبنائی هم سر جای خودش هست.

از این بحث بگذریم.

فرع ششم: شک در انطباق عنوان موقوف علیه ومنذور ومرضی مالک

فرع ششم: این است که گاهی شک می کنیم در انطباق یک عنوانی از عناوین وقف بر یک فرد. مثلا شما مدرسه را وقف کردید بر عالم عادل، بعد زید آمد می گوید من می خواهم در این مدرسه ساکن بشوم، چهار تا مسئله می پرسید از او می بینید بلد است، پس عالم بالوجدان، می گوئید خب شرائط عدالتش چی می شود، شاهد می آورد که بله ایشان وقتی که در روستا بود آندم خیلی خوبی بود، اما وقتی آمد طلبه شد آیا باز هم آدم خوبی بوده یا نه معلوم نیست، استصحاب می کنید عدالت این شخص را از قبل از عالم شدن، ضم وجدان الی الاصل می کنید می گوئید عالم بالوجدان و عادل بالاستصحاب و تجویز می کنید که یکی از حجره های مدرسه را به او بدهند.

اشکال می شود که این اصل مثبت است. چرا: برای اینکه حکم شرعی که جواز انتفاع این آقای زید است از این مدرسه متعلق است به عنوان موقوف علیه بودن که این زید موقوف علیه باشد ولو به عنوان عام، استصحاب می گوید این زید عادل پس عنوان موقوف علیه شامل او می شود پس جائز است در این مدرسه سکونت کند. خب این اصل مثبت است چون واسطه خورد، گفتید زید عادل پس عنوان موقوف علیه شاملش می شود پس جائز است شرعا انتفاعش از این مدرسه.

سؤال وجواب: اگر اماره باشد برود دو تا شاهد عادل بیاورد که الان زید عادل است، خب اماره مثبتاتش حجت است دیگر. بحث در اماره است که مثبتاتش حجت نیست.

مثال دیگر: شما نذر کردید عالم عادل را اکرام کنید، حالا یا به نحو مطلق الوجود یا به نحو صرف الوجود، لله علی ان اکرم العالم العادل، لله علی ان اکرم عالما عادلا، خب استصحاب می گوید که این آقای زید عادل عالم هم که هست پس نذر شاملش می شود، پس واجب است اکرام او، یا مجزی است اکرام او در مورد نذر صرف الوجودی.

خب این اصل مثبت است دیگر، استصحاب می گوید عادل هست پس نذر شاملش می شود. خب پس نذر شاملش می شود که اثر شرعی نیست این لازم عقلی است.

مثال سوم: مالک راضی بود که عالم عادل را شما ببرید منزل او، گفت فلانی تو خودت که عالم عادلی هر وقت خواستی زیارت که می آیی بیا در این مکان که ما تهیه کرده ایم بمان و هر طلبه عادلی را هم خواستی بیاور. شما یک طلبه را می بینید می گوئید خب استصحاب می کنیم عدالتش را چون یک زمانی که قدیمها می شناختیم عادل بود، می خواهید او را ببرید در آن مکان. خب این اصل مثبت است دیگر. این آقا عادل است پس رضای مالک به دخول عالم عادل در بیت او شاملش می شود پس جائز است که او را ببرید آنجا.

سعی شده جواب داده شود از این اصل مثبت:

مرحوم آخوند: حکم مماثل جعل میشود

جواب اول: جواب آخوند است در حاشیه رسائل، با اینکه مرحوم قائل به حجیت اصل مثبت مع خفاء الواسطه هست ولی اینجا تطبیق نکرده نگفته اینجا واسطه خفیه است، از راه دیگر جواب داده است. یک جوابی داده که بعد از او بزرگانی این جواب را پذیرفته اند مثل مرحوم حاج شیخ در درر و صاحب بحوث.

ایشان فرموده است که ظاهر ادله امضاء در عقود و ایقاعات امضائیه جعل حکم مماثل است، مثلا: الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، خب این ظاهرش این است که هر چیزی را که شما وقف بکنید شارع هم مشابه او را جعل می کند، شما اگر وقف کردید این مدرسه را برای عالم عادل اگر وقف تملیکی است یا وقف انتفاعی است هر کدام باشد شارع هم حکم مماثل بر طبق او جعل می کند، می گوید هذه المدرسة ملک للعالم العادل شرعا اگر وقف تملیکی است، واگر وقف انتفاعی است شارع هم می گوید هذه المدرسة یجوز الانتفاع بها للعالم العادل. همانطوری که عالم عادل موضوع وقف شما بود ظاهر ادله امضاء وقوف این است که شارع هم همان حکم مماثل وقف شما را جعل می کند، شارع هم می گوید العالم العادل یملک هذه المدرسة یا یجوز له الانتفاع من هذه المدرسة. دیگر اصل مثبت نمی شود که، چون موضوع اثر شرعی شد دیگر، شارع هم گفته العالم العادل یجوز له الانتفاع من هذه المدرسة. کانه الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها یک عنوان مشیری است به جعل احکام مماثله آنچه را که واقف انشاء کرده است.

استاد: امضاء یعنی مشیر بودن وخلاف اصل است

اقول: این فرمایش مرحوم آخوند در حاشیه رسائل انصافا مشکل است، چرا؟ برای اینکه:

اولا: حمل الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها بر جعل حکم مماثل لما انشأه الواقف این خلاف ظاهر است، چون این به معنای حمل یک خطاب است بر مشیر بودن. مثل اینکه شما بگوئید افعل ما امرک به زید، بعد این را حمل کنیم بر عنوان مشیر بودن، بگوئیم شارع قبلش هماهنگ کرده با زید، خب زید امر می کند به نماز به روزه، شارع هم گفته که افعل ما امرک به زید این یعنی صلِّ، صم. اگر قرینه داشته باشیم حرفی نیست ولی ظاهر افعل ما امرک به زید این است که امر زید موضوعیت دارد نه مشیریت. الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها یک قانون کلی است ظاهرش این است که لایجوز التصرف فی الوقف فی غیر جهة الموقوف علیه، ظاهر این است، حکم شرعی رفته روی عنوان وقف. حمل این عنوان بر مشیر بودن که بگوئیم شارع هزاران حکم شرعی جعل کرده است، یکی می آید مدرسه را وقف بر طلبه عادل می کند شارع حکم شرعی جعل کرده است که این مدرسه جائز است طلبه عادل در او سکونت کند، یک کس دیگری آمده یک هتلی را وقف کرده برای فقراء عدول، شارع هم گفته که جائز است برای فقهاء عدول یا مطلق فقراء که در این هتل سکونت کنند. این خلاف ظاهر است، ولااقل ظهور ندارد در آنچه که محقق خراسانی گفت.

در نذر ورضایت مالک، جعل حکم مماثل انصافا غیر عرفی است

ثانیا: حالا شما در وقف این را بگوئید، اما نذر که ظاهرش این نیست. وقت یک ایقاعی است که بگوئید شارع حکم مماثل با وقف جعل کرده است، ظاهر دلیل وفاء به نذر این است که ان قال لله علیّ فلیفِ بما قال، یعنی اذا نذر فلیفِ بنذره، وجوب وفاء رفته روی عنوان نذر. خب وجهی این ندارد ما این عنوان وجوب وفاء به نذر را حمل کنیم به مشیر بودن که هر چه را که ما نذر کردیم شارع هم مماثل او را جعل شرعی می کند، من می گوید لله علیّ ان اصوم غدا شارع هم می گوید یجب علیک ان تصوم غدا، من می گویم لله علیّ أن اصلی صلاة اللیل، شارع هم بگوید یجب علیک أن تصلی صلاة اللیل، این خلاف ظاهر است. ظاهرش این است که شارع یک عنوان کلی گفته که یجب الوفاء بالنذر، کما اینکه گفته یجب الوفاء بالشرط یا یجب الوفاء بالعقد.

وهمنیطور در رضای مالک، البته مرحوم آخوند راجع به رضای مالک حرفی نزده ولی بالاخره آنجا را هم باید حل می کرد، آنجا که دیگر عرفی نیست که ما بگوئیم شارع طبق رضای مالک حکم شرعی جعل می کند، مثلا مالک راضی است یک ساعت در خانه اش بمانیم شارع هم می گوید حکم شرعی من این است که یک ساعت اینجا بمان. خب این عرفی نیست، شارع یک کلمه گفته که لایحل مال امرء مسلم الا بطیبة نفسه، حالا طیب نفس افراد مختلف است، قاون کلی این است که تصرف در مال غیر بدون رضای او جائز نیست، این قانون کلی است، نه اینکه هر چیزی را که مالک راضی بود راضی بود یک ساعت بمانی شارع هم بگوید من جعل حکم شرعی کردم که یک ساعت بمانی، شارع بیاید طبق رضای مالک حکم شرعی جعل کند علی اختلاف موارد رضای مالک، این عرفی نیست. که وقتی شارع بگوید من راضیم عالم عادل در منزل من وارد بشود شارع هم بگوید که یجز للعالم العادل ان یدخل دار زید. شارع چه کار دارد به این حرفها، بلکه شارع یک قانون کلی دارد که یحرم الغصب، یا لایحل مال امرء مسلم الا بطیبة نفسه.

حمل این عناوین بر مشیر بودن انصافا غیر عرفی است، ولااقل اگر مجمل هم بشود فائده ای ندارد، چون احراز باید بکنیم که این اصلی که ما جاری می کنیم اصل موضوعی است برای این احکام. شبهه مصداقیه اصل مثبت هم مشکل اصل مثبت را دارد، چون تمسک به دلیل عام است در شبهه مصداقیه.

موضوع وقف ونذر وتصرف در مال غیر، مرکب از تحقق این امور ومصداق بودن فرد است

جواب دوم: گفته می شود که ظاهر ادله وقف و نذر و تصرف در مال غیر مع طیب نفسه این است که موضوعش مرکب است از تحقق وقف مثلا و اینکه این فرد مصداق آن باشد، یعنی شارع وقتی می گوید که الوقوف علی خسب ما یوقفها اهلها ظاهرش این است که موضوع مرکب است از تحقق اصل وقف که هذا محرز بالوجدان وقفنامه را ما دیده ایم، و اینکه حالا که وقف شده این مدرسه برای عالم عادل این جزء الموضوعش یکی این است که اصل وقف محقق باشد که بالوجدان هست جزء دیگر موضوع این است که شما هم عالم عادل باشید. پس موضوع الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها شد مرکب از دو جزء: یکی اصل وقف، که محرز است بالوجدان، دیگری اینکه شما مصداق این وقف باشید، که محرز است بالاستصحاب. اینکه دیگر اصل مثبت نیست، چون موضوع حکم شرعی مرکب است از کبرای وقف و تحقق صغرای آن.

و یا در مورد نذر هم همینطور است، موضوع وجوب وفاء به نذر تحقق کبرای نذر است و تحقق صغرای آن، ضم الوجدان الی الاصل می کنیم ثابت می شود این موضوع مرکب.

و همینطور در مورد رضای مالک.

و این وجه دوم وجه بعیدی نیست و ارتکاز عقلاء هم با این مساعد است.

هذا تمام الکلام فی هذا المطلب. یقع الکلام غدا فی التنبیه التاسع و هو الموضوعات المرکبة، که گاهی از آن تعبیر می شود به تعاقب حادثین، که مثال معروفش این است که یک آب قلیلی بود بعد ملاقات کرد با نجس، کر هم شد، نمی دانیم اول کر شده بعد ملاقات کرده با نجس تا پاک باشد، یا اول ملاقات کرده با نجس و بعد کر شده که نجس باشد. که این مسئله معرکه آراء هست. انشاء الله این را دنبال می کنیم. و الحمد لله رب العالمین.