

اعوذ بالله من الشیطان الرجیم، بسم الله الرحمن الرحیم و الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا رسول الله و آله الطیبین

الطاهرین المعصومین و اللعنة الدائمة علی اعدائهم اجمعین

اللهم وفقنا و جمیع المشتغلین و ارحمنا برحمتک یا ارحم الراحمین

عرض شد یک مقدار عبارت مرحوم شیخ را بخوانیم، برای اینکه مدتی است با عبارات ایشان فاصله گرفتیم. تا توضیحات واضح تر بشود.

ایشان می فرمایند فتیین که تفصیل بهتر است. لکن الاوجه الضمان مطلقاً؛ که تفصیل دیگر قائل نشویم. اگر مجهول المالک را صدقه داد، ضمان است. صاحبش آمد بدهد به او اگر خواست.

اما تحکیمما للاستصحاب حیث یا عارض البراءة؛ خوب دقت بکنید. چون مرحوم شیخ عمده دلیلشان بر مسئله عدم ضمان، براءت بود. اجرای براءت. که اگر شک کردیم، براءت جاری بشود. خب ایشان می گوید اگر استصحاب آمد، استصحاب حاکم است.

ظاهراً تحکیمی که ایشان به کار بردند، ظاهراً، و العلم عند الله سبحانه و تعالی، ظاهراً مراد ایشان از تحکیم همان حکومت باشد که استصحاب بر براءت حاکم است. ظاهراً این طور است.

عرض کردیم در عبارات مرحوم صاحب جواهر هم لفظ تحکیم به کار برده شده یا حاکم، لکن در عبارات جواهر و حتی عبارات قبل از ایشان حاکم گاهی به معنای تخصیص است. نه به معنای حکومتی که بعد مصطلح شد. و این یک بحث مفصلی است بین اعلام. البته این بحث سابقاً نه بین اصولیین اهل سنت بود، نه اصولیین اهل شیعه بود. به این صورت که الان مطرح است.

آنها بحث تعارض اصول را دارند و توضیحاتش را عرض کردیم، تعارض اصول، اصولاً در اصول ابتدائاً مطرح نشد. در فقه مطرح شد. در این کتاب اجاره، کتاب معاملات نگاه بکنید، خیلی از فروع آنجا مطرح کردند. به مناسبت اینکه اگر اختلاف شد، کی مدعی است، کی منکر است، به این لحاظ. آن اصلاً نکته طرح تعارض اصول سر این بود. چون شناخت مدعی و منکر با اصل بود. اگر موافق اصل بود منکر بود، اگر مخالف اصل بود مدعی بود.

آن وقت اصل چیست؟ یکی می گفت اصل این است، یکی می گفت اصل آن است. آن وقت چون در آنجا اصول متعارض شد، فکر کردند چه بکنند. پس بحث تعارض اصول اساساً در دنیای اسلام در معارف حوزوی ما در فقه مطرح شد و عرض کردم اهل سنت به خاطر اینکه تشکیلات حکومت و قضاوت و همه چیز دستشان بود، فروع زیادی را که مطرح می شد در جامعه تدریجاً مطرح می شد، که عرض

کردیم ابتداء طرح این مسائل در جامعه اسلامی از زمان دومی است. با فتوحاتی که شد، پیشرفت‌هایی که پیش آمد، دیگر برای خود اینها یواش یواش این مسئله خیلی جا افتاد که سوال بکنند.

شما اگر در مدینه دقت بکنید غالبا حالا متعارفش بین سقوط قرص تا مسئله ذهاب حمره، حدود ده دقیقه فاصله است. اما خب مناطق ما مثل قم مثلا گاهی اوقات بیست دقیقه، بیست و پنج دقیقه فاصله است. ده دقیقه حالا تا بلند بشود وضو بگیرد، تا بروند آنجا تا اذان بگویند، تا اقامه بگویند، دیگر تقریبا می شود گفت ذهاب حمره تقریبا مساوق بوده با به اصطلاح یعنی سقوط قرص تا عملا وارد نماز مغرب بشوند، دیگر ذهاب حمره بوده. اما بعدها که کشورهای دیگر آمدند شهرهای دیگر آمدند با این مشکل روبرو شدند.

بین سقوط قرص تا ذهاب حمره، بیست دقیقه، بیست و پنج دقیقه، در بعضی شب‌ها هم که بیشتر فاصله زمانی بوده است. از این مثالهای کوچک بگیرید تا مثالهای...

این زمان منشأ شده که عده زیادی، و آن دوره آن اولی هم خودش کم بود، دو سال و خرده‌ای بود. دوران زیادی نبود. ابتلاءات بود، احکام به اصطلاح رأی می گفتند، رأی مثلا خودمان، می گفتند در قضیه جد نمی دانم صد تا رأی داشته مثلا. چیزهایی نقل شده اما بیشتر زمان دومی که ده سال فاصله شد. فتوحات هم زیادتر بود. آشنایی با دنیای خارج دنیای اسلام متعارف زیاد شد. خیلی این مسئله به اصطلاح احکام جدید و پیدا کردن راه آنها فراوان شد. بعد تدریجا مخصوصا در معاملات و غیر معاملات و نکاح و اختلافات زن و شوهر و فروع مختلف، اینها را غالبا ارجاع می دادند به دستگاه خود به اصطلاح دستگاه دربار و دستگاه خلافت، که آن هم ارجاع به فقها داده می شد.

این فروع تدریجا جمع شد. یعنی تدریجا مقداری که در فروع بود، بیش از آن مقداری بود که در روایات بود. و طبعا اینها در فقه آمد و به صورت های فراوانی مخصوصا اوایلی که تفریع بود، مخصوصا روی مبانی خودشان، گاهی تفریعات خیلی فراوان بود. بیش از اندازه‌ای که تصور، مثلا در همین مسئله طلاق، چون آنها سه طلاقه را در مجلس واحد اجازه می دادند، مثلا اگر می گفت مثلا انت طالق عشا الا ثلاث، الا ثلاث، الا ثلاث، این هی برداشتند وجوه ادبی و غیر ادبی. انت طالق بعد نجوم السماء الا کذا، این قدر از این فروع عجیب و غریبه در همین مسئله طلاق دارند که پیش ما تمام آن فروع باطل است، چون اصلا سه طلاقه باطل است. لکن فروع عجیب و غریبی دارند.

عرض کردم در آن کتاب، حالا این مال قرن اول است دیگر، حالا شما فرض کنید قرنهای بعدی چه حسابی بوده، گفتید که بروید با ابو حنیفه وارد شدم جلویش، مثلا حالا فرض کنید میزی بود چیزی بود، کتاب این قدر چیده بود که دیگر هکیل ابو حنیفه پشت این کتابها پنهان شده بود. گفت تمام اینها را من در فروع طلاق نوشتم. در عبارت، این فروع طلاق مراد این است. نه اینکه حالا فروع طلاقی که ما داریم. بیشتر مال همین حرفهای پا در هوا.

علی ای حال تدریجا این فروع اضافه شد و انصافا هم خب خیلی کمک کرد به حرکت فقهی. انصافش و توضیحاتش را عرض کردیم. این که اسمش را اصطلاحا گذاشتند فقه فرضی یا تقدیری یا تخمینی، که تعبیر ما باز این فقه فرضی را به ابو حنیفه نسبت می دهند. عرض کردیم در روایات ما تعبیر از این زیاتر است و مال ابو حنیفه هم نیست. مال حضرت باقر(ع) است. بقر العلم بقرا، این در حقیقت بقر العلم بود نه فقه تفریضی بود. این باز کردن فقه بود و طریقه اهل بیت(ع) این بود که تمام اینها طبق کتاب و سنت، ما من شیء الا جرا فیه کتاب او سنة، دیگر احتیاجی به فکر و رأی و قیاس و خیالات و اوهام ندارد.

به هر حال این نحوه کار انصافا پیش آنها زیاد شد. و بعد تدریجا به دست تحلیل زدند. مخصوصا تدریجا مثلا در بخشهای کلامی معتزله اضافه شدند. فرض کنید خود اشاعره هم بیشتر به فکر افتادند. مذاهب مختلف شد، تلاقی افکار شد، من معتقدم یک مقداری از این بحثها سابقا هم عرض کردم، الان غربی ها خب انصافا بحثهای طولانی دارند، خیلی مفصل در همین معاملات ما بعضی را اخیرا خواندیم، در همین بیع تدلیس، بیع غبن، در اینها انصافا خیلی بحثهای مفصلی دارند. عرض کردم ما وقتی بحثهای اینها را می خوانیم از آن روح مباحث فقهی اهل سنت را استشمام می کنیم. انصافش این طور است.

احتمالا بعد از جنگهای صلیبی این کتابها رفته شده به اروپا و طبق مبانی خودشان که حالا مبانی دینی، آن قسمت هایی که عقلی بوده و با عقل جور در می آمده استخراج کرده باشند. خیلی احساس من این است که در مجموعه ای که از سابقا مصدرش را هم گفتیم کتاب سنهوری یک روز هم اینجا آوردم اخیرا خواندیم. و خیلی مفصل است ایشان نزدیک یازده جلد ده جلد کتابش است و مفصل هم هست. در آن فروعی که ایشان می آورد و از قوانین فرانسه و آلمان یا انگلیس و بعد تحلیلات قانونی اش را نقل می کند، تازه اشاره می کند همه اش را هم نقل نمی کند، انصافا احساس روح فقه اسلامی سنی را می کنیم. خیلی این فروع...

آن وقت تدریجا یک قسمت‌هایی هم به اصول رسید. مثل همین تعارض اصول. اساسا تعارض اصول در فقه شروع شد، در فقه ما هم هست، در مثل همین شرح لمعه. از همین کتاب بیع بگیرید ما شاء الله اختلاف در اجاره و غیر اجاره؛ بعد می‌گویید و می‌کنید ان یقال که مدعی این است، یقدم، و می‌کنید یقال، اگر دقت بکنید اجرای اصولش با هم تنافی دارد.

و در آنجا حل نشده دقیقا. انصافا اصول متأخر ما از زمان قبل از شیخ مشایخ شیخ، شیخ هم تقریبا این حرفها را جمع و جور کردند و زمان ایشان سعی شد که این اصول یک مقدار زیادی منقح بشود. ریشه اصول کار تنقیحی بشود. این تصور که مثلا اصول با روایات معارض هستند، این تصور برداشته بشود، البته عرض کردم اینها چون دنیای اسلام کلا روی این است، به این چند کلمه که من گفتم، حل نمی‌شود، باید توضیحات کافی بدهیم. لکن اجمالش این بود. یا اصول که با هم تعارض می‌کردند چه جور این تعارض را برداریم.

خلاصه کلام مثل شیخ که الانش هم در زمان ما جریان دارد، این که اگر روایت معتبر بود، این که غیر معتبر می‌گویم، چون اهل سنت می‌گویند روایت غیر معتبر با اصول مقدم می‌شود یا نه؟ این بحث دیگر هم دارد فعلا نمی‌خواهم کل بحث را وارد بشوم. اگر روایت معتبر بود این بر تمام اصول مقدم است. هیچ اصلی از اصول عملی نداریم که در مقابل آن ایستادگی بکند.

اصطلاحا به این مثلا لفظ ورود گفتند مثلا فرض کنید. در اصطلاح قدیم همین را هم تخصیص فهمیدند. یعنی اگر یک اصل اولی بود، استصحاب بود، روایتی بر خلاف استصحاب آمد، مثلا همین استصحاب مثلا حرمت زن بعد از انقطاع دم، تصویر می‌کردند که استصحاب بقاء حرمت دارد، لکن روایت دارد که اشکال ندارد. این را تخصیص می‌گفتند، تخصیص ادله استصحاب.

لکن خب اصحاب ما بعد از مرحوم شیخ بیشتر خود قبل از شیخ هم هست، اینها در کتابهایی مثل مفاتیح هست، مثل مفاتیح مال استادشان سید محمد مجاهد، مثل همین کتاب مناهج مرحوم نراقی، کتابهای دیگری هم هست که، فصول تا یک مقداری، قوانین کمتر... اینها مرتب، یعنی مفصل این بحثها در آنجا شروع شد. چون مرحوم شیخ هم بحثی را در تعارض اصول، در آخر استصحاب فرمودند، که رساله استصحابی ایشان بود، در آنجا یک بحثی را در تعارض اصول آوردند. تقریبا سعی کردند مسئله را یک تحلیل کلی بکنند.

و خلاصه آن تحلیل این شد که روایات مقدم هستند بر اصول عملی مطلقا، هر نحوه اصل عملی باشد. در اصول عملیه هم اصول محرزه مقدم هستند بر اصول غیر محرزه. در اصول محرزه هم یک ترتیبی را شیخ بین اینها قرار داد. مثلا اگر استصحاب باشد با قاعده فراغ، یا قاعده تجاوز، قاعده تجاوز مقدم است. دیگر تقریباتی دارد، حرفهایی دارد که حالا بخواهیم اینجا بگوییم طول می‌کشد.

آن وقت در آنجا در این دو مورد یعنی اصول محرز و غیر محرز اصول محرزها مع بعض غیر از اینکه مقدم است اختلاف هم دارند. در تعابیر اصحاب و اهل سنت بیشتر تعبیر تخصیص است. اما در تعابیر اصحاب ما قبل از شیخ لفظ وارد هم آمده، و هو وارد، لفظ تحکیم و هو حاکم هم آمده، شیخ بعد اینها را منظم کرد، فرق بین تخصیص و تخصص و ورود و حکومت و الی آخره... یک چیزهایی هم بنده سراپا تقصیر اضافه کردیم که حالا انشاء الله جای خودش گفته می شود. اینها را مرحوم شیخ اضافه کردند در مقابل تخصیص و حالا آن باز خود آن هم شرحش طولانی شد.

من یک معیار چون حکومت هم ظاهری شد، واقعی شد، به نحو توسعه شد، به نحو تضییق شد، هر دوش یعنی، چهارنحو شد. و الی آخر بحثها که من نمی خواهم فعلا وارد این بحث بشوم، لکن فقط می خواستم این اشاره عابره بکنم.

این چون تخصص را که خروج موضوعی بود، تخصیص خروج حکمی بود. آن وقت می گفتند اگر مثلا خلاصه یکی از این تقسیمها، اگر به مجرد تعبد موضوع یکی خارج شد این را ورود می گفتند. اگر به مجرد تعبد خارج نمی شد، تنزیل باید می کرد، حکومت می گفتند. این فرقی را اینجوری گذاشتند.

مثلا اگر گفت خبر واحد حجت است لیس لاحد من مقام، لا عذر لاحد، فی التشکیک فی ما یروی الناس ثقاتنا، تا گفت این حجت است و مخصوصا روی مبنای تتمیم کشف، کاشف تمام این یک کاشف تام است. اگر گفت کاشف تام است خود به خود اصول از بین می روند، چون اصول فرضشان جهل است. وقتی کاشف تام است دیگر جای اصول نیست. این را می گفتند ورود.

اما اضافه بر تخصیص اگر می گفت نه شما شکک لیس بالشیء، این نسبت شکک لیس بالشیء با لا تنقض الیقین بالشک حکومت است. این شکک لیس بالشیء فقط به مجرد تعبد نیست، این را درش یک تصرفی کرد، گفت شک اگر از محلش تجاوز کردید دیگر شک نیست. پس دیگر استصحاب نیست، چون استصحاب قوامش به شک است. لا تنقض الیقین بالشک. البته از معاصرین هم کسانی داریم که هنوز بین این دو تا را تخصیص می دانند. لکن مشهور فعلا این است. و ما هم چیز دیگری گفتیم. نه این و نه آن. به هر حال محل خودش.

حالا تحکیم للاستصحاب را روی این جهت، اینجا مقایسه ای کردند بین استصحاب ضمان و اصاله البرائه عن الضمان. توضیح مبانی را هم سابقا عرض کردیم. در کتب سابق اهل سنت و فعلی اهل سنت، اهل سنت این اصطلاحات را ندارند. خیالتان راحت باشد، هنوز همان تخصیص را به کار می برند. همین سنی ها، اصولا سنی های معاصر بحثهای فشرده اصولی یا فقهی قدیمشان را ندارند. اگر اصول

دارند، همان حرفهای اصولیین قدیم است فرض کنید چاپ جدید شده است. مثل فرض کنید منطق مرحوم آقای مظفر نسبت به حاشیه، چاپش عوض شده و الا مطلب یکی است. فرقی نمی‌کند.

این فرق بین اصول جدیدشان با قدیمشان همین تغییر چاپ است و الا نکته‌ای ندارند. در مباحث فقهی شان حرفهایی دارند دقیق نیستند انصافاً آن دقت سابق ندارند. در مباحث انتشار کتب رجال و حدیث چرا موفق‌ترند. باز هم محدث و رجالی به آن معنای قدیم ندارند. به آن اصطلاح ندارند.

به قول یکی از آقایان فضلائشان پیش من بود، می‌گفت اینها محدث یعنی رجالی در تخریج هستند. تخریج روایت. خودشان صاحب مبنا نیستند. راست می‌گوید حرف درستی است.

به هر حال مرحوم شیخ قدس الله نفسه اعتقادشان بر این است که در باب، البته این هم هست، در باب اصول تنزیلی و غیر تنزیلی احتمال ورود هم هست. لکن مرحوم شیخ قائل به حکومت است مثل مرحوم آقای خویی.

اما تحکیما للاستصحاب، استصحاب را بیاوریم به حیث يعارض البرائة، با برائت از ضمان، دارد ولو، ظاهراً ولو زیادی باشد. باید به ضمیمه عدم القول بالفصل، ایشان دارد ولو بضمیمه، ظاهراً ولو فکر می‌کنم زیادی باشد. دیگر ولو نمی‌خواهد. باید استصحاب را بیاوریم در آنجاهایی هم که استصحاب نمی‌شود که ید ضماننی نبوده، باید به اصطلاح با عدم قول به فصل درستش بکنیم. بضمیمه عدم بقول الفصل. ظاهراً وجهی برای ولو ندارد.

و اما للمرسله المتقدمه، این وجه اول که استصحاب بود. مواردی هم که سابقه ضمان ندارد با به اصطلاح عدم قول به فصل، یعنی اجماع مرکب به قول آقایان.

و اما للمرسله المتقدمه عن السرائر، یا مرسله‌ای که در سرائر بود، عرض کردم آن عبارتی که من در سرائر دیدم که ایشان مرسل نقل می‌کند، می‌گوید آوردها شیخنا ابو جعفر فی نهایته ایرادا لا اعتقادا، در نهایت که روایت ندارد. نمی‌دانیم حالا یا ما اشتباه می‌کنیم یا ایشان جای دیگر دیده، یا ما جای دیگر دیدیم.

در نهایت فتوا دارد نه روایت. حالا یا می‌گویم احتمالاً ایشان جای دیگر دیدند، ما جای دیگر دیدیم، صاحب سرائر جای دیگر دیدند. آن که در کتاب نهایته هست، فتوا است. دارد که در مجهول المالک تصدق با اینکه اگر صاحبش آمد ضامن باشد. دارد این را. اما این روایت نیست. روی نیست. فتوا می‌دهد ایشان به این مطلب.

و خود صاحب سرائر دارد روی. حالا یک احتمال دارد که مرحوم آقای خویی و مرحوم آقای سید یزدی و دیگران احتمال دادند و اینکه مراد ایشان از مرسله همان روایت چیز باشد، لص و دزد باشد. روایت حفص بن غیاث. چون در آنجا مجهول المالک است دیگر. گفتیم ما باشیم و طبق قاعده، دزد مجهول المالک است. یک کسی رفته دزدی کرده آورده خانه من گذاشته، این حکم لقطه ندارد، حکم مجهول المالک دارد.

امام (ع) فرمودند در اینجا حکم لقطه دارد. يعرف السنه، بعدش هم ضامن است الی آخره... خب این تعبدی است. احتمال دادند مثل مرحوم یزدی و دیگران که نگاه ایشان به همان روایت حفص باشد، حفص بن غیاث. و آن در دزد است. لکن فکر نمی‌کنم. فکر نمی‌کنم حالا آقای خویی هم دارند مطلب را. مرحوم سید هم فرمودند. فکر نمی‌کنم. چون دارد آوردها شیخنا ابو جعفر فی نهایته، آن روایت دزد هم در کافی هست، هم در فقیه هست، هم در تهذیب است. دیگر نمی‌گوید آورده فی نهایته، خیلی بعید است بگوید آورده فی نهایته

س: مرسله هم نیست

ج: تازه هم مرسله نیست.

البته روی دارد. عبارت مرسله ندارد. می‌گویند نظر ایشان از این روی همان روایت حفص باشد. احتمال در خودش دارد اما اینکه آوردها شیخنا ابو جعفر ایراد نه اعتقاد نمی‌خورد؛ چون روایت حفص هم در کافی هست قبل از ابو جعفر، هم در ابو جعفر صدوق آورده، هم ابو جعفر طوسی هر سه بزرگوار آوردند.

و اما لاستفادة ذلک من خبر الودیعه؛ این درست است. خبر و دیعه همین است که مال حفص است. این دو تا احتمال. احتمال اول استصحاب، دوم مرسله، سوم استفاده ذلک من خبر الودیعه.

ان لم نتعد عن مورده الی ما نحن فیه، اگر تعدی نکنیم، ظاهراً در یک نسخه‌ای از کتاب مکاسب، عرض کردیم مرحوم شیخ یک مشکله‌ای که دارد، نسخ کتاب ایشان مخصوصاً مکاسب، یک ابهامی دارد. یک مقداری از کتاب خود مکاسب به خط ایشان هست. گفته شده در مشهد در آستان قدس، من الان خبر ندارم اگر چاپش کردند جزو این مجموعه یا نه. اما معظم کتاب نیست. این هم سرش این بوده که این خاندان شیخ، چون مرحوم شیخ دو دختر بیشتر نداشت، دو تا داماد داشت. لذا به احترام مرحوم شیخ به بچه‌های اینها می‌گفتند سبط. ما دو تا سبط داریم. یک سبط شیخ داریم یک سبط سید. یک داماد ایشان سید بود، یک داماد ایشان غیر سید بود. اسباط شیخ این کتابهای خط خود شیخ در اختیار آن سبط شیخ ایشان بود. نوه‌های دختری از طرف شیخ بود. این هم می‌آید برای خوزستان برای شوشتر برای یک

زیارتی بعد نگهش می دارند. آقازاده ایشان برای من نقل کرد. نگهش می دارند، نمی تواند، کتابها نجف می ماند، بعد تلف می شود این کتابها متأسفانه، آثار مرحوم شیخ که به خط خود ایشان بوده، تلف می شود.

به هر حال این فکر می کنم در یک نسخه دارد و آن لم به اصطلاح در یک نسخه آن لم تعدد دارد، یک نسخه دارد و آن، واو دارد. به نظرم باید واو باشد، به نظرم واو بهتر می آید. یعنی و اما لاستفاده ذلک من خبر الودیعه، مراد از ودیعه همان خبری که مال دزد بوده، خبر حفص، و آن لم تعدد، به نظرم باید واو باشد، و آن لم تعدد عن مورده الی ما نحن فیه؛ یعنی اگر ما تعدی بکنیم که خب خیلی واضح است دیگر. ما نحن فیه یعنی مجهول المالک. مراد ایشان از ما نحن فیه یعنی مجهول المالک. ما در ما نحن فیه در مجهول المالک رجوع بکنیم به همان خبر ودیعه. خب این که راحت.

ایشان می گوید حتی اگر تعدی نکنیم، حتی اگر تعدی نکنیم. آنوقت این طور می گوییم استفادة ذلک من خبر الودیعه لکن استفاد، این لکن استفاد، توضیح استفاد ذلک است. یعنی اگر تعدی کردیم که خب روایت شامل ما نحن فیه می شود. این اگر تعدی کردیم. حالا تعدی نکردیم، گفتیم روایت مال دزد است، این را تعدی به ما نحن فیه نکنیم. اما استفاد منه، از این در می آید، مثل تنقیح مناط قطعی به قول آقایان. از این در می آید ان الصدقة بهذا الوجه، این کلمه هذا الوجه یعنی مضمونا، صدقه دادن با ضمان حکم الیأس عن المالک. روشن شد مراد ایشان؟

یعنی ایشان می خواهند بفرمایند یا می گوییم از آن خبر ودیعه به ما نحن فیه که مجهول المالک است تعدی می کنیم، خب روشن، خیلی واضح و راحت. اگر تعدی نکردیم تنقیح مناط می کنیم. که اصولا جایی که انسان مالک را پیدا نمی کند، صدقه مضمون بدهد، صدقه بدهد لکن مضمونا. دقت کردید؟ و اما لاستفاده ذلک، خیلی عربیتش عربی نیست، حالا به هر حال و اما لاستفاده ذلک من خبر الودیعه، واو باید باشد همان طوری که ایشان نوشته، در نسخه واو هست، و آن لم تعدد عن مورده الا ما نحن فیه من جعله بحکم لقطه، یا می فهمیم که خب هیچی حکم لقطه پیدا می کند. لکن اگر لقطه نشد، کیفیت، لانه باید ایشان به جای لکن یک لانه می گذاشت بهتر بود. این لانه تفسیر و اما لاستفاده ذلک، این تفسیر آن عبارت است. چرا استفاد می کنیم؟ لانه استفاد منه ان الصدقة بهذا الوجه، یعنی به وجه ضمان، حکم الیأس عن المالک، حالا می خواهد لقطه باشد یا نباشد.

پس اگر تعدی کردیم ما نحن فیه به حکم لقطه می شود، سالش تعریفش باید یک سال باشد. با یأس هم صدقه بدهد، بعدش هم به اصطلاح ضامن باشد. اگر هم تعدی نکردیم، می فهمیم مال مجهول المالکی که مأیوس از مالکیم، حکمش صدقه دادن هست با ضمان. حالا یک سال تعریف نمی خواهد. آن حرف را نمی خواهد. آن حرفی که آنجا بود اینجا نمی خواهد.

کما اینکه سابقا هم اشاره کردیم، در باب لقطه دارد که می توانید از جمله اموات قرار بدهید. آن یکی هم اینجا باز ثابت نیست. در مجهول المالک باز آن ثابت نیست.

پس یکی در مجهول المالک، یکی آنجا بود که اینجا نیست. یکی دیگر هم آنجا هست که باز اینجا نیست.

لکن یک نکته اش مشترک است. صدقه مضمونا. این مشترک است. روشن شد؟ این مراد مرحوم شیخ قدس الله نفسه از این طول و تفسیری که عبارت ایشان را خواندیم.

من می خواستم دیگر یکی دو تا عبارت دیگر هم بخوانیم، به همین دومی اکتفا می کنیم دیگر مطلب را ختمش می کنیم.

دومی عبارت مرحوم سید یزدی قدس الله نفسه که ایشان دارند. در همین چاپی که شده، این گاهی اوقات هم من عبارت ایشان را می خوانم چون متأسفانه من اول توجه نمی کردم، دیدم بعضی جاها عباراتش به هم ریخته است، پاشیده است، روشن نیست. حالا اخیرا که دقت کردم مثل اینکه اصلا غلط چاپ کردند، متأسفانه بد چاپ کردند. حالا تا جایی که توانستیم بعضی جاهایش را اصطلاح کردیم، حالا بقیه اش را نمی دانیم و العلم عند الله.

ایشان در صفحه ۱۹۹ وارد بحث مسئله ضمان می شوند. این بحثی را که ایشان مرحوم آقای یزدی دارند، این لطیف است من می خوانم و کیفیت استدلال نهایی را عرض می کنم.

لاحتمال بعد راجع این بحث ایشان راجع به این است که چون شارع اذن داده در صدقه، در تصدق، پس ضامن نیست. بحث را این جوری مطرح می کنند که آیا اذن مساوق است با عدم ضمان؟ اذن لازمه اش عدم ضمان است؟

هذا اذا لم نقل ان الاذن بما هو هو مسقط، اگر نگوییم که اذن اصلا خودش فی نفسه مسقط است. الا ان يعلم كونه على وجه الضمان؛ ما قاعده بگذاریم. بگوییم هر جا که شارع اذن داد، مسقط ضمان است مگر خود شارع اذن بده به تصرف و اتلاف، لکن بگوید ضامن هم هستی. پس قاعده این باشد.

الا ان يعلم كونه على وجه الضمان، و الا اصل اولی، عرض كردم اگر این مطلب ثابت بشود، خوب دقت بکنید، این جزو امارات است، قاعده می شود،

س: در مقام تربیت بچه می گوید بچه را بزنی حالا ضامن هم هستی

ج: می گویم دیگر، ایشان می گوید مگر اینکه ثابت بشود.

س: نه این طرفش را شارع نفرمود از اطلاعات استفاده

ج: چرا دیگر، اطلاعات باب همان مثلا چیزی که دارد حالتی که دارد. تازه آن هم محل کلام است. عده ای ضامن نمی دانند.

به هر حال دقت بکنید. ایشان از این راه وارد می شوند. پس بحث اساسی را این قرار می دهد و بحث علمی هم هست. آیا اذن مطلقا چه مالکی چه شارعی، چه شخصی چه شرعی، آیا اذن مسقط ضمان است مطلقا یا مطلقا اذن کاری به ضمان ندارد؟ اصلا اذن لازمه اش این نیست که ضمان باشد یا نباشد؟

س: ۲۷:۰۶

ج: شرعی یا شخصی. فرق نمی کند. یا شخص اجازه بدهد یا شارع اجازه بدهد.

دو: فرق بین اذن شخصی و شرعی بگذاریم. پس بحث را از این زاویه، خواندیم عبارت شیخ را هم خواندیم از این زاویه باید...

ایشان می گوید بله، این هم بحث، اذن اصولا مسقط ضمان است. هر جا اذن باشد مسقط ضمان است.

س: چرا؟

ج: برای اینکه اذن داد، اجازه داد دیگر، مالک اجازه داد

س: این ملازمه را شما از کجا می فهمید؟

ج: چون استناد دارد خب به آن. به من گفت برو آقا این صدقه را بده، بعد که صدقه دادم گفت آقا به من بده برگردان. خب مسخره است

خودت گفتی صدقه بده.

شارع به من گفت برو صدقه بده، بله، یک دفعه شما می گوید صدقه دادن به امر نیست، به حکم عقل است.

س: این چون غرامت است

ج: کدام یکی؟

س: شارع به شما می گوید اذن داده این را صدقه بده بعد صاحبش پیدا شد باید غرامتش را پرداخت کنی

ج: خب می گویم جایی گفت

س: نه اینکه همان پول را پرداخت کن

ج: دقت بکنید. اگر جایی گفت بعد پرداخت کن مثل لقطه قبول. اگر نگفت چه؟ مقتضای قاعده چیست؟ مقتضای اصل اولی قاعده

اولی،

س: ضامن باشد

ج: ضامن باشد؟

س: بله

ج: خودش گفت شارع برو بده.

س: نه خودش امر به اعطا می کند اما در اعطاء نخواهییده که شما ضامن هستی یا نه

ج: خب او گفت که من که نکردم که

س: این ملازمه را نمی فهمیم

ج: چرا. وقتی شارع آمد گفت شما برو صدقه بده، باز دو مرتبه می گوید دو مرتبه به این آقا بده. طبق اصل اولی نمی شود. بله، این محال

نیست، استحاله ندارد، ضرر هم نیست. اصل اولی این است که اذن مسقط ضمان است الا ان يعلم کونه علی وجه الضمان.

بعد در عبارت این جور چاپ شده در این جلد یک حاشیه ایشان، و الظاهر انه کذلک، ظاهرا چپه شده، و الظاهر انه لیس کذلک، لیس

افتاده، اصلا کلام درست منفی شده است.

مرحوم سید شبیه آقای حاج شیخ می خواهند بفرمایند نه، اذن، حتی اذن مالکی، ایشان می خواهند بگویند ساکت است، از ضمان و عدم ضمان.

و الظاهر انه كذلك، ظاهر این عرض کردیم این بد چاپ شده، آقایان مراجعه کنند. تصادفاً من آن نسخه چاپ قدیم هم پیش من بود، نسخه چاپ سنگی، نشد مراجعه کنم. نمی دانم در این دستگاه های شما

س: اینجا هم همین است آقا. لیس ندارد

ج: عجیب است خیلی. پس معلوم می شود شاید از قلم ایشان افتاده است.

والظاهر انه ليس كذلك، این طور نیست اصلاً که اذن بما هو اذن مسقط ضمان باشد.

بمعنا ان مطلقه خوب دقت کنید، لا حکم له، خوب دقت بکنید، یعنی اذن نه معنایش ضمان است نه معنایش عدم ضمان است. اذن فقط اجازه داده. حالا ایشان توضیحش را بده بعد من توضیح ایشان را تکمیل می کنم با مبانی خودمان.

بل الضمان معلق علی کون الاذن ضماناً، بلکه ضمان معلق است بر اینکه ضمانی باشد. و عدمه علی کونه مجاناً؛ خود اذن مطلق اذن، اذن دو جور است: اذن به اصطلاح در اتلاف مجانی یا ضمانی. خود اذن مطلقاً حکم ندارد. ممکن است، بله اگر اذن به نحو ضمان داد، ضمان می آورد. اذن داد که شما تصرف مجانی بکنید، ضمان نمی آورد. اما مطلقش نمی آورد. نه اثبات ضمان می کند نه نفی ضمان.

بل اذن المالك ايضا كذلك، اذن شرعی و شخصی هم همین طور است فرق نمی کند. اذن مالکی یا عرض کردم اگر مالکی گفتیم در مقابلش شارعی بفرمایید. اذن شخصی در مقابل اذن شرعی. چه اذن شخصی باشد چه اذن شرعی باشد، این اطلاقی اقتضا نمی کند ضمان و نه عدم ضمان. بلکه اذن دارای دو نوع است، دو صنف است. اذن مع الضمان، این ضمان می آورد. اذن مجانی ضمان نمی آورد. نکته اش این است. مطلقش هم هیچ کدام نمی آورد.

بل اذن المالك كذلك فلو اذن في التصرف مالک، و لم یقید بشيء من الضمان و عدمه لا حکم له؛ دقت بکنید، ما با قاعده نمی توانیم بگوییم ضمان، فی حکم حیثی بالضمنان، اگر ضمان قائلیم از باب قاعده اتلاف. چون اتلاف مال الغیر من اتلاف مال الغیر فهو له ضمان.

و لذا ایشان شاهد هم می آورد بر این مطلب خودشان. شاهدشان این است: و لذا ذکرُوا فی مسئله الاختلاف، من همین الان اول بحث عرض کردم، این مسائل اختلاف از مسائل عجیبه ای است در فقه خیلی فراوان است. سنی ها هم دارند، خیلی هم بحث کردند انصافاً.

.....
علمای ما هم دارند. از همین مثل شرح لمعه و دیگران بگیرید تا الی آخره... در مثل جواهر دیگر بیشتر شده و این بحث‌هایی که شده متأسفانه چیزی که ما در آنها نگاه می‌کنیم، با این تنقیحی که اخیراً در اصول شده، خیلی آن بحثها به نظر می‌آید که روشن نباشد. دیگر خیلی تعبیر تندی نمی‌کنیم.

و لذا ذکر و فی مسئله الاختلاف فی کون الدابة المركوبه، یک به اصطلاح این آقا سوار یک حیوانی شده، اسبی شده، اذن مالکی بوده، اجازه داده سوار بشود، اختلافی که هست این است، مالک می‌گوید من به تو اجازه دادم که مثلاً پنج روز دست تو باشد. او می‌گوید نه عاریه بود، اجازه نبود. اجازه نقل منافع است، عاریه نقل انتفاع است. عرض کردیم. بیع هم نقل عین است.

عقود هر کدام دارای آثار خودش است. ایشان می‌گوید آقا من به تو اجازه دادم، چون اجازه دادم، پولش را بده، او می‌گوید نه شما دست من عاریه، امانت گذاشتی، به اصطلاح فارسی می‌گویند امانت. عاریه داده بودی. پس در اصل اذن اتفاق نظر است خوب دقت کنید. در اصل اذن اتفاق نظر است. یا به نحو اجازه آن هم اذن مالکی دارد، یا به نحو استعاره، عاریه آن هم اذن مالکی دارد. در خصوصیاتش اختلاف دارند.

اگر اجازه باشد، یک جور است، یعنی باید مثلاً پولش را بدهد، پول منافعهش را بدهد، عاریه باشد مفتی.

مع اتفاقهما علی کون التصرف فیها باذنه انه، حکم کردند، یحکم بالضمان الراكب، للمنافع المستوفاة، منافع مراد این است که باید پول این پنج روز را بدهد.

بمعنا الرجوع الی اجرة المثل ولو كان الاذن المطلق مقتضياً لرفع الضمان؛ اگر اذن مطلق ضمان را بر می‌داشت.

كان اللازم الحكم البرائه لاتفاقهما علی كونه باذنه؛ چون اتفاق بر اذن هست. این تعجب است از ایشان. درست است اتفاق، این جور اذن‌هایی که یک نحوه انتزاع دارد، اینها منشأ قانونی ندارد. این اشکال ایشان توجه نفرمودند. چون او می‌گوید به نحو اجازه است، این می‌گوید به نحو عاریه است، اصلاً دو نحوه به اصطلاح عقد است، دو نحوه مختلف. نمی‌آیند آن ما به الاشتراکشان که اذن بوده و دارای آثار خاص قانونی است، آن را حساب بکنند. اینجا حساب نمی‌کنند. این مثل مباحث منطقی نیست که ما بیاییم بین زید و عمر و بکر بگوییم انسانیت مشترک است. انسانیت را انتزاع بکنیم، یا حالا انتزاع یا غیر انتزاع با قطع نظر از بحث در وجود کلی طبیعی. دقت می‌کنید؟ اما اینجا این جور نیست. در باب فقه این طور نیست. چون در باب فقه امر اعتباری است به این لوازمش اخذ نمی‌شود.

س: بالاخره قدر متیقن داریم دیگر

ج: قدر متیقنش آثار ندارد. آثار فقهی ندارد. همین نکته فنی همین است. این قدر متیقن آثار فقهی ندارد. چرا؟ چون اثر فقهی روی عنوان اذن است. باید مثلا اذن لک فی التصرف، این یک اثر دارد. اعرتک هذه الدابة، یک اثر دارد، اجرتک هذه الدابة، هر کدام یک اثر دارد. چون عرض کردیم در مباحث اعتبارات، در اعتبارات چه قانونی چه ادبی، در مباحث اعتبارات به لوازمش اخذ نمی شود. به لوازمش به عنوان یک انتزاع به عنوان اینکه کار حرامی انجام نداده، بله، اما به لوازمش به معنای اینکه امر قانونی بر آن بار بشود، بگوییم اینجا اذن مطلق است، آنجا اذن خاص است به نحو اجاره، اینجا اذن خاص است به نحو استعاره. این بار نمی شود. این طبیعتش بار نمی شود.

کان اللّازم الحکم بالبرائه لاتفاقهما علی کونه باذنه و شک فی کونه بالاجاره نعم ذکر بعضهم انه لا یكون ضامنا؛ خلاف ظاهر است. اینجا باید به قواعد دیگر مراجعه کرد. به این راهی نیست که ایشان گفته است.

حاصل مطلبی که ایشان می فرماید: و الحاصل، دیگر حالا من دیگر امروز چون آخرهای وقت است به همین عبارت ایشان اکتفا بکنیم. و الحاصل ان الاذن من حیث هو سواء کان مالکیا او شارعیا، یا به تعبیر بنده سواء کان شخصا او شرعیا، لا یرفع الضمان و انما الرفع للضمان اسقاط الاحترام؛ آن که ضمان را بر می دارد آن حرمت مال است، احترام مال است. احترام در اینجا مراد حرمت مال. الذی لا یصدق الا مع الاذن المجانی فتدبر، خودش هم خوب شد آخرش یک فتدبر فرمود.

حالا اگر بخواهیم مطلب مرحوم سید یزدی را با صورت به اصطلاح دیگری مطرح بکنیم، ایشان ممکن است البته استدلال نفرمود، تمام عبارات ایشان را خواندم. استدلال نفرمودند.

ما عرض کردیم مال و رابطه ای که با مالک خودش دارد، ملک و رابطه ای که با مالک خودش دارد دو حیثیت دارد: یک حیثیت حرمت مالکی است. یعنی بین ملک و مالک، یک نوع احترام است. این احترام یعنی احترام مالکی است. حریم آن حساب می شود، حدود آن حساب می شود، جزو وجود آن حساب می شود. این یکی.

و لذا به این لحاظ هر نحوه تصرفی در این ملک احتیاج به اذن مالک دارد و اذن آن شخص دارد. یک نحوه دیگر یک مسئله دیگری که در مال هست، در ملک هست، این است که خودش فی نفسه مال است. گفت المال انما سمی مالا لمیل العقلا الیه، او لان العقلا یمیلون الیه؛ این مالیت دارد. خودش فی نفسه مالیت دارد.

بینید ضمان از لوازم آن فی نفسه است. اگر مرحوم سید این راه را می آمدند به نظرم قشنگ تر بود. اذن از لوازم آن احترام مالکی است. آن حریم مالک است. یعنی این کتاب من یک حریم دارد، حریم مالکی دارد. این کتاب من یک بدل هم دارد. دقت می فرمایید؟ اگر مرحوم سید این جور تحلیل قانونی می دادند، به نظر من شاید به مراد ایشان نزدیک تر و بهتر بود.

خلاصه اش این باشد، بگویم بحث سر این است که وقتی من اذن دادم گفتم آقا شما این کتاب دستتان باشد. بینید، نه مجانی گفتم، نه با پول گفتم، نه اجاره گفتم، کتاب را دادم دست شما. باید مرحوم سید این را اثبات بکند. دادن کتاب اذن در تصرف در کتاب، آن حریم مالکی را به هم می زند. یعنی اگر من اجازه نداده بودم شما بروید، شما غاصب بودید، در حریم من داخل شدید، حریم من را خراب کردید. اجازه این حریم را بر می دارد. یعنی شما حق دارید آن

س: متعرض ضمان

ج: هان، دیگر متعرض ضمان نمی شود. باید سید این را اثبات، به نظر من این راه را می آمد این قانونمندتر و حقوقی تر بود. یعنی در حقیقت باید ما یک تحلیل حقوقی از اذن بدهیم که آیا اذن چه کار می کند. خوب دقت بکنید. آیا اذن فقط حریم را بر می دارد، کار اذن این است. اگر شما بدون اذن می خواستید در کتاب تصرف کنید، به حریم من تعدی کردید، به حریم من وارد شدید. اذن به شما می گوید نه به حریم من تعدی نکردید. با شخصی رفتید خانه خودتان، خب با اجازه شما، حالا فرض کنید مثلاً نشست و زد صندلی را شکست مثلاً. شما می گوید آقا من به تو نگفتم بیا توی خانه صندلی را بشکان. خب گفتم بیا توی خانه، دیگر نگفتم صندلی من را هم بکشان، این توش نبود. در اذن نبود که صندلی من را هم بشکانی اشکال ندارد. یعنی شخصی که وارد خانه می شود، این حریم را حفظ کرده است. حریم را نشکانه است. اذن کارش این است که حفظ حریم شده است. اما اینکه اگر شخصی که مأذون بود، کاری کرد که آن تلف شد، خوب دقت می کنید؟ دیگر توش تلف نیست. همین مثال عرفی، کسی را برد خانه اش نشست صندلی را شکست، می گوید خب مرد حسابی من گفتم بیا توی خانه من، نگفتم که صندلی من را بشکان. این دیگر در اذن من نخواهی بود صندلی شکاندن که توش نبود.

س: اگر افراط و تفریط نبود همان صندلی را نشست..

ج: می گویم وقتی اذن گرفت دیگر اینها توش هست دیگر.

صحبتی که الان اینجا هست، این است، دقت بکنید. صحبت این است که ما از نظر چون من حالا این من طرح خودم را دادم، بعد در آخر کلام می خواهیم چون ما هی طرح ها را می کنیم بعد آخرش جمعش را... بحث این است که حدود اذن چیست در ملک؟ آیا حدود

این اذن در هر دو حیثیت است؟ یا به قول ایشان مثلاً افراط و تفریط نبود، نشست، حالا سنگین بود صندلی شکست. بگوید چون خودتان ما را میهمان کردید حالا اشکال ندارد. افراط و تفریطی هم در کار نبود. آیا این اذن هم حریم را درست می‌کند هم بدل را بر می‌دارد؟ و بعد انشاء الله باید این توضیح را بدهیم که حقیقت ضمان چیست.

این حقیقت ضمان در اینجا آخر چون ضمان یک عقد ضمان داریم، آن یک چیز دیگری است. این حقیقت ضمان در اینجا وقتی که عین مال متعذر شد، انتقال به بدل، ضمان مراد این است. خوب دقت بکنید. ما باید این رابطه را پیدا بکنیم که آیا اذن، انتقال به بدل را هم بر می‌دارد یا نه؟

چون یک ضمان این است که من می‌گویم آقا شما کارتان نباشد، این آقا را پولی که از شما می‌خواهید دو روز نخواهید اگر نشد من می‌دهم. این همان بحث معروفی است که آیا ضمان، ضم الذمه است یا نقل الذمه؟ این بحث دیگری است.

بحثی که ما الان داریم در ضمان انتقال از عین و لذا ضمان شرط اساسی اش انتفاع عین است. یعنی شرط اساسی ضمان عین باید منعدم بشود. البته اصحاب ما بلکه فقها مطلقاً اضافه بر انعدام عین، گفتند اگر امکان وصول هم نباشد، آن هم مثل انعدام است. مثلاً انگشتر را کسی در چاه انداخت، هیچ جایی هم نیست از آن چاه در بیاوریم. انگشتر موجود است الان، معدوم نشده ته چاه است، این را هم گفتند سبب ضمان است. اصطلاح فقهی اش هم گذاشتند بدل الحیلولة. این بدل، بدل خود عین نیست. این بدل حائل شدن شخص بین شما و مال شما است.

لذا آقای خویی هم حالا نمی‌دانیم بعدها بگرفتند یا نه؟ در این بحث مصباح الفقاهه چون می‌آید در جلد بعدی بحث مکاسب، آقای خویی هم بدل حیلی را قبول ندارند. می‌گویند مادام عین هست چرا ما به بدل برسد.

س: تعذر ملاک است

ج: هان، حالا آن بحث دیگری است.

پس بنابراین شما تصویر بکنید اولاً ضمان را، ثانیاً تحلیل اذن بکنید.