بسم الله الرحمن الرحیم درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری 27 اردیبهشت 1395

بحث در مورد رابطه قاعده احسان و قاعده اتلاف بود. ما حالا این جوری که دلیل قاعده اتلاف را ذکر می کردیم این بحث تقریبا خیلی موضوع نداردو اینکه قاعده احسان مقدم است روشن بود. کلماتی که آقایان دارند این را عرض کنم از کلمات آقایان حالا قبل از اینکه این مطلب را بگویم یک چیزی در پرانتز بگویم ما قبلا یک بحثی در مورد ما علی المحسنین من سبیل می کردیم که این دلیل قاعده احسان نیست و یک چیزی شبیه آن حرفی که ما می زدیم در کلام حاج آقا مرتضی حائری در شرح عروه جلد 2 صفحه 40 وارد شده است این را ملاحظه فرمایید می گوید

و عدمِ وضوح قاعدة الإحسان حتّى تكون حاكمةً على ما يقتضي الضمان، لأنّ الآية الشريفة راجعة بحسب الظاهر إلى عدم وجوب الجهاد على من يعتذر مع حسن سابقتهم من جهة الإيمان و العمل الصالح، فكون الشخص محسناً كاشف و دليل شرعيّ على صحّة عمله و اعتذاره، لا أنّه سبب لعدم الضمان. و الكلام فيها موكول إلى محلّه

نزدیک به عرض ما است البته متفاوت است با عرض ما ولی نزدیک است این را ملاحظه فرمایید ایشان کأنه قاعده احسان را دلیلش را ما علی المحسنین من سبیل گرفته اند ما می گفتیم که ادله دیگری هم هست برای اثبات قاعده احسان. ایشان در مورد ما علی المحسنین من سبیل این عبارت را آورده اند. این که این رابطه قاعده احسان و قاعده اتلاف را به چه شکلی ما مشی کنیم یک تعبیری مرحوم شیخ انصاری در یک جایی دارند ممکن است از آن تعبیر استفاده شود که کأنه قاعده احسان مقدم است. در بحث اینکه کسی که لغت هایی را پیدا کرده است مالکش را حالا مثلا تعریف کرده است مالکش را نتوانسته است پیدا کند و با آن شرایطی که نتوانسته است مال را به مالک ایصال کند و تصدق داده است. بحث سر این است که آیا ضامن هست یا نیست ایشان یک ادله ای می آورند که ضامن نیست در کتاب مکاسب می گویند

مع ان الظاهر من دلیل الاتلاف اختصاصه بالاتلاف علی المالک لا الاتلاف له و الاحسان الیه

کتاب مکاسب جلد 2 صفحه 195. کأنه این جایی که شخص تصدق می دهد این بعد ادامه دارد می گویند این تصدق را ما از این جهت ادامه می دادیم که این یک نوع احسان به مالک و امثال اینها است. بنابراین معنا ندارد که این احسان منشأ ضمان شود به دلیل اینکه آن من اتلف اختصاص دارد به اتلاف علی المالک لا الاتلاف للمالک. خب حالا این استدلال را ممکن است ما مشابهش را در بحث قاعده احسان به طور کلی کسی بگوید که قاعده اتلاف انصراف دارد به احسان اتلاف علی المالک لا اتلاف للمالک. ولی خب بعضی ها در همین ذیل این بعضی از شروح مکاسب و اینها هست که این انصراف بدوی است و اینها حالا من خیلی نمی خواهم وارد آن بحث ها بشوم که انصراف بدوی هست یا نیست چون خود من اتلف خیلی دلیل نداشت وارد فروعش نمی شوم. ولی می خواهم بگویم که بحث من این است که آیا این مطلبی که مرحوم شیخ گفته اند آن را می شود پیاده کرد در بحث احسان یا نمی شود؟ خب به نظر می رسد که راحت نیست پیاده کردنش. یک مقداری نیاز به یک ضمیمه نکات دیگری دارد. توضیح و ذلک این است که ببینید یک کسی که مثلا می خواهد بچه یک نفری را نجات دهد برای نجات دادن بچه اش می آید و یک مال آن را تلف می کند فرض کنید مالش را می اندازد در آب تا اینکه این بچه را از غرق نجات دهد. اینجا در تلف کردن این مال اتلاف علی المالک است. نه اینکه این اتلاف علی المالک نیست. به هر حال مالی برای مالک بوده است و این مال را تلف کرده است. فقط بحث این است که این مال که بر مالک تلف کرده است زمینه نفع بیشترش شده است. از این جهتی که مال را اتلاف کرده است یک چیزی را از مالک سلب کرده است. تردید این است که یک چیزی را از مالک سلب کرده است. ولی از آن طرف این سلب باعث شده است که یک چیز بیشتری گیر مالک بیاید. آنوقت باید بگوییم که اتلافی که علی المالک باشد اگر منشأ باشد برای اینکه چیز بیشتری گیرش بیاید آیا دلیل من اتلف نسبت به این اتلاف هم منصرف هست یا نیست. این با آن بحث تصدّق فرق دارد. تصدّق فرضش این است که به مالک نمی تواند برساند. می گویند صدقه دادن باعث می شود که ثوابش به مالک برسد و یک نحو ایصالی هست به خود مالک و امثال اینها. آنجا آن مثال آن بحثی که مرحوم شیخ آن را تطبیق داده است با بحث ما نحن فیه متفاوت است نمی تواند مستقیما از آن کلام در ما نحن فیه استفاده کنیم این را باید دید خب ممکن است کسی بگوید که انصراف دارد حالا اگر کسی در آن مورد مرحوم شیخ قائل به انصراف شود لازمه اش این نیست که ما نحن فیه قائل به انصراف شود. این دو با هم دیگر ملازمه ندارد. خب این

سوال:....

پاسخ: آیا اختلاف این است که مجموع من حیث المجموع را باید ملاحظه کرد یا نه. می خواهم بگویم که این غیر از کلام شیخ است. ممکن است کسی ادعای خلاف کند من آن را کار ندارم. بحث من این است که این کلام شیخ جایی هست که نفس اطلاق به نفع مالک است. یعنی تلف دارد می کند برای اینکه یک سودی به مالک برساند. خود این تلف کردن باعث می شود که تلف آن موضوع برای ثواب است. اگر خود مالک این را تلف می کرد ثواب گیرش می آمد این فرق دارد در جایی که این تلف شما باعث شود که یک چیز دیگری یکی از منافع دیگری گیر مالک بیاید. به هر حال این دو تا را باید جدا کرد ممکن است شخصی مدعی شود که اینجا هم انصراف دارد. من انکار بحث انصرافش را نمی خواهم بکنم بحث این است که اینها بحث هایش با هم متفاوت است. ملازمه بین اینها نیست. این یک بیان. عمده بیان یک بیانی هست که در فلوائد سته عشره مرحوم کاشف الغطاء وارد شده است این فوائد انوار الفقاهه فرزند ایشان آقا شیخ حسن کاشف الغطاء هم، فکر می کنم یک مقداری فی الجمله ناظر به او و تا حدودی پاسخ به کلام پدرشان هست. یک مقداری با ادب و احساس من این است که تا حدودی در مقام پاسخ به او است. حالا عبارت کاشف الغطاء را می خوانم عبارت مرحوم کاشف الغطاء این است که

و ما يظن من أنَّها

یعنی قاعده احسان

معارضة بما دلّ من الكتاب و السنّة في المتلفات مثلًا من الوهم

دلیل من اتلفی که آن چیزی که از کتاب و سنت استفاده می شود که از متلفات یعنی تلف شده ها ضمان هست مثلا اینها با هم دیگر معارضه هستند من الوهم. سه تا دلیل می آورد

لأنَّ رفع السبيل عن خصوص المحسنين إنما يحسن حيث تحصل سبب الضمان و إلّا فلا فرق بينه و بين غيره

این یک دلیل. دلیل دوم

و لأنَّ هذهِ بمنزلة الدليل العقلي فلا يخص

مخصوص نمی شود یا خاص نمی شود باید تخص باشد این غلط های چیزی زیاد دارد.

و لا أقل من أنَّها تقوى على غيرها لتلك المنزلة

سه تا دلیل دارد این سه دلیل را یکی یکی من توضیح می دهم. این قواعد سته عشر صفحه 8 این را آورده است. دلیل اول ایشان دلیلیل هست که مشابه آن در کلام مرحوم آقا ضیاء به یک تناسب وارد شده است که روی اصطلاحات متأخرین این هست که قاعده احسان حاکم هست بر قواعد اولیه و در حاکم نسبت سنجی نمی شود. این اصطلاح متأخرین هست که ولو رابطه حاکم و محکوم عموم و خصوص من وجه باشد حاکم مقدم است بر محکوم حالا به این تعبیر حالا این تعبیر بدوی اش است و در موردش می خواهم بیشتر صحبت کنم. در شرح تبصره اقا ضیاء این تعبیر را آورده است. شرح تبصره آقا ضیاء جلد 4 صفحه 56 عبارتی را از جواهر نقل می کند فی الجواهر لا تنافی بین قاعده الاحسان و البضمان بعموم المقتضی من صدق الاتلاف. بعد گفته است و فیه انه کذلک. لولا اقتضاء نفی السبیل علی المحسن لنفی ضمانه. و الا فهو حاکمٌ علی عمومات الضمان فی المقام و فی سائر الموارد اذ هو ناظرٌ الی نفی ما هو بمقتضی لو لا الاحسان ثابتا. فلا وجه لاثباته فی المقام مع صدق الاحسان فی حقه. شرح تبصره اقا ضیاء جلد 4 صفحه 56 این را این جوری تعبیر کرده اند کأنه چون اینجا حکومت دارد باعث می شود که این حاکم بر محکوم مقدم است. اینجا یک بیانی حالا من بیان مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء را بخوانم بعدا می خواهم یک توضیحات فنی اصطلاحات متأخرین بدهم. مرحوم کاشف الغطاء در انوار الفقاهه مطرح می کند که نسبت بین قاعده احسان و قاعده اتلاف و اینها نسبتشان عموم و خصوص من وجه هستند و در مورد اینکه کدام یک از اینها مقدم هستند در هر مورد به اجماع و به شهرتی به اقوال فقها و مرجحاتی باید یکی از اینها را بر دیگری ترجیح داد و این جور نیست که حتما همیشه قاعده احسان مقدم است. بعضی وقت ها قاعده احسان مقدم است و بعضی وقت ها قاعده اتلاف مقدم است. چند جا این را دارد و بعضی جا ها هم می گوید که احیانا قاعده احسان مأخر می شود و قاعده اتلاف مقدم می شود. یک جایی که از همه عبارتش بیشتر چیز هست که من یادداشت کردم آن که ایشان به یک تناسبی می گوید و بالجمله فقاعده الاحسان شامله لنفی العصم و الضمان سواء کان ضمان یدٍ أو ضمان مباشره أو ضمان تسبیب و غایه ما یخصص بها دلیل ضمان الید و التثبیت. و اما ضمان المباشره فظاهر الفقهاء انه اقوی. انوار الفقاهه کتاب المکاسب صفحه 125.

حالا اصل این مطلب را بیاییم ببینیم چه جوری باید مشی کرد. ببینید از عبارت مرحوم کاشف الغطاء استفاده می شد که کأنه یک نوع لغویتی ایشان می خواهد بگوید می گوید اگر قاعده احسان مقدم نباشد بر مخالفینش این چه قاعده ای است. قاعده احسان می خواهد بگوید که آن چیزی که لولا الاحسان مو.جب ضمان هست این احسان تأثیر می گذارد آن اثر اقتضائی که اگر احسان نبود ضمان می آورد آن اثر را برطرف می کند. خب همین اقتضا می کند که قاعده احسان مقدم باشد. کلام مرحوم آقا شیخ حسن کاشف الغطاء در واقع پاسخ همین مطلب هست ایشان می فرماید که ببینید اگر ما فقط یک دانه قاعده احسان داشتیم و یک ضمان در مقابلش یک حکم بود خب ما می گفتیم که اگر قرار باشد که این ضمان به وسیله احسان مرتفع نشود این احسان چه خاصیتی دارد؟ ولی بحث این است که قاعده احسان ناظر به چند جور نفی ضمانات ممکن است ما بگوییم. اولا قاعده احسان می گوید که محسن گناهکار نیست. اگر ما بگوییم که محسن ضمان می آورد، لغویت در قاعده احسان پیش نمی آید چون قاعده احسان اولا می گوید که گناهکار نیست. ضامن نیست. آن هم که ضامن نیست ضمان ید را ضمان تلف را از بین می برد و همچنین ضمان اتلاف. ضمان اتلاف هم دو جور. ضمان ا تلافی که مباشرهً طرف اتلاف کند یا بالتسبیب. هر دو جورش را قاعده احسان می گوید که محسن اگر بالمباشره چیزی تلف کند یا بالتسبیب تلف کند، آن ضامن نیست. ایشان می گوید که اینها یک موقعی هست که آن چیزی که برای خروج قاعده احسان از لغویت لازم است، ثبوت فی الجملی حکمی است که در مقابلش است. یعنی باید برای یکی از این قواعد حکمیه مقدم شود. یعنی اگر احسان نبود گناه بود. قاعده احسان می گوید که گناه نیست. اگر احسان نبود ضمان ید بود یا ضمان تسبیبی یا ضمان مباشری بود. ضمان اتلاف مباشری یا اتلاف تسبیبی بود. اگر هیچ یک از این ضمان ها و آن رفع الگناه، هیچ یک از این ها نباشد خب این قاعده احسان چه کاره است؟ لغو پیش می آید. ولی از این استفاده نمی شود که بر همه آنها باید مقدم باشد. حالا من این را ضمیمه کنم یک موقعی بین آنها هیچ ترجیحی نیست، ما بگوییم چرا بر آن مقدم باشد بر ان شیء دیگر مقدم نباشد. هیچ گونه تفاوتی بین آن احکامی که این شیء نسبت به آنها می خواهد نظر داشته باشد وجود نداشته باشد خب ما می گوییم که نظارت داشتن به یکی از اینها دون دیگری خود همین ترجیح بلا مرجّح است. پس به قسم همه آنها مناظر است همه اش را مثلا از بین می برد. ولی اگر آن ادله محکومه ای که این به حسب ظهور اولیه بر همه آنها نظارت دارد، آن ادله اولیه بین خودشان ترجیحی وجود داشت، اینجا ما ممکن است بگوییم که اگر مشکل ما، یعنی دلیل ما بر تقدیم این دلیل بر آن ادله، بحث لغویت است، لغویت به ضمیمه ترجیح بلا مرجّح بود، ترجیح بلا مرجّح پیش نمی آید. مرحوم کاشفل الغطاء این جور می خوهد بگوید که طبق نظر فقها بین ضمان ید و ضمان تلف و اتلاف فرق است. ممکن است ما بگوییم که محسن ضمان تلف در حقش نیست. ولی این منافات با این ندارد که محسن ضمان اتلاف در حقش باشد. بنابراین ایشان فرق می گذارد، اییشان چند جا در انوار الفقاهه رو این نکته تکیه می کند که اگر در دست محسن چیزی تلف شد، ضمان ندارد. اما اگر محسن چیزی را اتلاف کرد وجها، ؟؟؟ می گوید بین تلف و اتلاف فرق است. چه فرقی است یک فرق آن ممکن است این جور که از کلام ایشان استفاده می شود فرق کلام فقها است. که فقها در مورد محسن ضمان تلف را جاری نمی دانند ولی در مورد محسن ضمان اتلاف را جاری می دانند. این یک نکته. نکته دوم این است که اصلا در مورد ضمان تلف ما یک سری روایت های خاصه ای داریم اقتضا می کند که کسی که محسن است این ضمان تلف در حق او نیست. من این را قبلا روایت هایش را خواندم. عرض کردم قاعده احسان اینکه مرحوم کاشف الغطاء می گوید که روایت های زیادی به مضمون قاعده احسان هست، اینکه در مورد محسن ضمان تلف وجود ندارد روایت هایش را قبلا اشاره کردیم، روایت های متعددی که در این زمینه وجود دارد. ایبشان در مورد اینکه ضمان تلف نیست می گوید به دلیل روایات، خود آن روایات کاشف از این است که ضمان تلف نیست. اما در مورد ضمان اتلاف روایت خاصی نداریم. وقتی روایت خاصی نداریم، طبق اصل اولیه باید نسبت سنجی بین اینها خودشان مستقیما نسبت سنجی بشود. بنابراین اگر وجه تقدیم دلیل حلاکم و عدم نسبت سنجی نسبت به دلیل محکوم، بحث لغویت باشد، لغویت پیش نمی آید. اما اگر شما بخواهید بگویید نفس ناظر بودن چون این ناظر به آن دلیل هست، این باعث می شود که ظهور ناظر مقدم باشد بر ظهور منظور الیه. بحث یک کلامی مرحوم آخوند اینجا دارد، مرحوم آخوند در بحث حکومت در حاشیه رسائل یک نکته ای را متذکر می شود می گوید که قوام حکومت به نظارت حاکم به محکوم است. ولی گاهی اوقات این ناظر بودن حاکم به محکوم بانصوصیه نیست بالظهور است. اصل ناظر بودن، اینکه این ناظر به او هست، این ظاهر دلیل این است که ناظر به اوست نه صریح است. بنابراین ممکن است گاهی اوقات ظهور ذاتی محکوم سبب شود که ظهور ناظر در ناظریت به این دلیل او را از بین ببرد. در ما نحن فیه اینکه دلیل ناظر می گوید ما علی المحسنین من سبیل شما می گویید اطلاق ما علی المحسنین من سبیل این است که بر محسن هیچ سبیلی نیست. نه عصم هست نه ضمان تلف است نه ضمان اتلاف مباشری است نه ضمان اتلاف تسبیبی. این جور که مرحوم آقا شیخ حسن کاشف الغطاء این چهار تا را ردیف کرده است. بحث این است که ما ممکن است بگوییم که اینکه اصلا ما علی المحسنین من سبیل، این چهار تا را ناظر هست به نصوصیت که نیست، اطلاق دلیل است. ما به قرینه حدیث من اتلف مال الغیر فهو له ضامن. با فرض اینکه اگر بخواهیم بگوییم وجود داشت. من اتلف مال الغیر فهو له ضامن، به قرینه او می گوییم ما علی المحسنین من سبیل ناظر به همه سبیل ها نیست. اصل ناظر بودن و اصل حاکم بودنش را از بین می بریم. حاکم در صورتی بر محکوم مقدم است که حاکم بودنش ثابت شود. می گوییم ظهور حاکم بر ظهور محکوم مقدم است. ولی ما ممکن است به قرینه دلیل، وقتی که یک دلیل چند تا دلیل در کنارش هست و اینکه به همه آن ادله نظارت دارد، این به نصوصیت نیست به ظهور هست، ما ممکن است به ظهور دلیل مثلا من اتلف از ظهور ناظریت دلیل ما علی المحسنین من سبیل رفع ید کنیم. اینکه ناظر به چیست؟ اصل ناظریتش درست است. ناظر به یک ادله ای است ولی ناظر به کدام دلیل؟ آیا ناظر به همه ادله اولیه است یا ناظر به خصوص ادله ای که مثبت عصم است یا مثبت ضمان تلف است به همه آنها ضمان اتلاف است به همه ناظر است یا به خصوص ضمان تلف ناظر هست. ممکن است بگوییم که به قرینه قوت ظهور من اتلف ولو به جهت فهم فقها ما از نظارت ان دلیل رفع ید می کنیم. اینجا هیچ مشکلی از

سوال: من اتلف اصلا تلف را می گیرد؟

پاسخ: من اتلف به قرینه دیگر، ما اخذت، بحث این است که یک دلیل می گوید علی الید ما اخذت یک دلیل گفته است که لو حفر بئرا فوقع فیه شخصٌ فهو له ضامن، ضمان تسبیبی. یک شخص هم می گوید که من اتلف مال الغیر فهو له ضامن. یک دلیل دیگر گفته است که کسی که مثلا به دیگری ضرر برساند گناه کرده است. من اضرّ الغیر فهو عاصم. لا ضرر یعنی لا اجوز اضرار به غیر. آن ادله اولیه که اثبات عصم می کند اثبات ضمان تلف می کند، اثبات ضمان اتلاف مباشری می کند که من اتلف است. اثبات ضمان تسبیبی می کند من حفر بئرا است. این روایت این چهار تا دلیل داریم. اینکه حدیث ما علی المحسنین من سبیل به هر چهار تا آن نظارت دارد. این ظهور دلیل است دیگر. اطلاق دلیل است. این اطلاق اقتضا می کند که نسبت به چهار تا آن نظارت داشته باشد ما می گوییم که نسبت به چهار تا آن ناظر نیبست. آقا شیخ حسن کاشف الغطاء حرفش این است می گوید شما اصل نظارت را، شاید هم مرحوم آقا ضیاء یک تعبیری در کلام آقا ضیاء بود فی الجمله به این جهت هم چیز داشته باشد ولی یک تعبیری دارد در کلام آقا ضیاء ایشان می گوید که، نه آن تعبیر خاصی ندارد.

سوال:...

پاسخ: چرا نمی تواند؟ من اتلف قوت ظهوری که دارد آن قوت باعث می شود که بگوییم نظارت ندارد. یعنی به دلیل اینکه من اتلف، اگر فرض کردید که شمول من اتلف نسبت به موارد محسن خیلی قوی است. فرض کنید فرد ظاهر آن است. فرد ظاهرش قرینه می شود بر اینکه این ناظر به صورت های محسن بودن نیست. اینکه چنین هست یا نیست را کاری ندارم. فرض این است که فرضا اگر هم قوت داشته باشد به هر حال بین تزاحم و تعارض است دیگر. از یک طرف ما علی المحسنین من سبیل می گوید من نظارت دارم به جمیع ادله. این نظارتش به جمیع ادله بالظهور است نه بالنصوصیه. این نکته مهمی است که در بحث مرحوم آخوند در حاشیه رسائل در تعادل تراجیح متعرض شده است متأسفانه این در کلمات بعدی ها خیلی مورد توجه قرار نگرفته است.

سوال: فرمایش مرحوم آخوند را قبول نکنیم تمام مطلق ها و مقیدات را ....

پاسخ: یعنی یک مشکلی است که خیلی از چیزهایی را که حکومت درست می کنند با مشکل مواجه می کند. این مشکل، مشکل عامی است که شما اصل ظهور ببینید یک موقعی است فرض کنید حالا من مطلب را بگویم، یک موقعی یک دلیل گفته است که آیه دلیلی داریم که می گوید آیه قرآن فرض کنید آیه وارد شده است ان جائکم فاسق بنبأ فتبیّنوا. این فاسق ما می گوییم که مطلق کسی که معصیت کرده است این فاسق است. یک روایت می گوید که فاسق در این آیه مراد کاذب است. روایت ابی جمیله مفضّل اشاره کرده است که در آیه قرآن مراد از فاسق کاذب است. این نظارتش نظارت به این آیه دارد صریحا. حالا ظهور بدوی آیه هر چه می خواهد باشد این دلیل ناظر این جور تفسیرش کرده است. اینجا درست است. جایی که اصل نظارت مسلّم است. اینجا ظهور ناظر بر ظهور منظور الیه مقدم است. ولی به شرطی که اصل نظارت مسلّم باشد. خیلی وقت ها این ادله اصل نظارتش مورد سوال است. اصل ناظریتش ناظریتش به جهت همان گاهی اوقات ناظر بودنش به جهت لغویت است. این باعث می شود که به این راحتی نتوایم تقدیم یک دلیل بر دلیل دیگر را اثبات کنیم

سوال: فرض کنید چند نوع دلیل باشد و یکی از آن دلیل ها ....

پاسخ: بله همین را می گویم. در جایی که یک حاکم باشد و چند محکوم در نظر بگیریم که ما نحن فیه همین است. در این جا ها نمی توانیم به راحتی این قواعد چیز را پیاده کنیم. آن کلام مرحوم آخوند متین است و مورد توجه باید واقع شود که اصل ناظر بودن ناظر گاهی اوقات طرف تعارض قرار می گیرد. گاهی اوقات خود ناظریت ناظر طرف تعارض قرار می گیرد بنابراین ممکن است به قرینه آن دلیل از ناظریت ناظر رفع ید کنیم. ادامه این بحث و سایر فرمایشات مرحوم شیخ جعفر کاشف الغطاء را فردا انشاءالله توضیح می دهم

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد