در تاريخ ۱۲ دی ۱۳۹۰
دروس بيع ـ بدل حيلولة

جلسه 55

بسم الله الرّحمن الرّحيم
الحمدلله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

توضيح ديدگاه مرحوم اصفهانی[1]

بحث رسيد به بررسي اين نكته اجتهادي مهمي كه از كلمات مرحوم محقق اصفهاني استفاده مي‌شود. از ظاهر عبارت حاشيه ايشان بر مكاسب در اينجا اين استفاده مي‌شود كه چون فقها به قاعده لاضرر در نظير اين مقام عمل نكردند، پس دلالت اين قاعده موهون مي‌شود. نظير اين مقام را هم مثال زد فرمودند اگر در يك جايي غاصب حائل شود بين المال و المالك اختياراً، مال در يك اتاقي است و غاصب قفل مي‌زند و اجازه نمي‌دهد كه مالك مال را بردارد، مال متعذّر الوصول نيست و غاصب حائل شده است اختياراً. ايشان مي‌فرمايد اينجا فقها بدل حيلوله را قائل نشدند، در حالي كه ما باشيم و دلالت قاعده لاضرر ظهورش اين مورد را هم مي‌گيرد. پس اينكه فقها در اينجا به قاعده لاضرر عمل نكردند موجب اين است كه بگوئيم پس معلوم مي‌شود دلالت اين قاعده دلالت محكمي نيست و دلالتش ضعيف است.

در بحث گذشته عرض كرديم. اين بحث خوبي است و ما جايي هم منقح نشده و يك مقداري هم آقايان تأمل بيشتري بفرماييد ببينيم به چه نتيجه‌اي مي‌توانيم برسيم. در ادله فقهي و لفظي كه ما داريم؛ اگر يك دليل عام يا مطلقي كثرت التخصيص و كثرت التقييد در آن مطرح باشد، اينقدر اين دليل تقييد خورده يا تخصيص خورده كه اصلاً ديگر دلالتش موهون و ضعيف شده. اينجا مشهور فقها اينطور مي‌گويند: دليلي كه در آن كثرت تخصيص وارد شده، ديگر آن دليل از اعتبار ساقط است و فقط در جايي كه فقها به اين دليل در آن مورد عمل كردند مي‌شود عمل كرد. مثلاً در ادله‌ي قرعه مي‌گويند قرعه در شبهات حكميّه جريان ندارد، در اطراف علم اجمالي جريان ندارد، دائماً تخصيص مي‌زنند، خود تخصيص به شبهات حكميّه موارد زيادي را از بحث ادله قرعه خارج مي‌كند. بعد مي‌گويند حالا كه تخصيص زياد خورد اين دليل ديگر خيلي قوّت و زوري ندارد، فقط در جايي كه فقها به اين دليل عمل كردند گويا عمل فقها را آنجا ضميمه مي‌كنيم به اين دليل و پياده مي‌كنيم. در نتيجه اگر در همين ادله قرعه، مي‌گوئيم اين ده مورد تخصيص خورده، اين دو سه مورد را هم فقها عمل كردند، يك مورد مشكوك مي ماند! يعني يك مورد هست كه الآن نمي‌دانيم فقها در اين مورد عمل كردند يا نه؟ طبق اين مبنا ديگر به اين دليل نمي‌توانيم استدلال كنيم؛ وقتي ما مي‌گوئيم كثرت التخصيص توجب وهن الدلالة، كثرت تخصيص دلالت را ضعيف مي‌كند، ديگر به اين دليل نمي‌شود استدلال كرد الا در مواردي كه فقها به اين دليل عمل كردند. نتيجه اين است كه پس در مواردي كه يقيناً عمل نكرده‌اند يا در مواردي كه شك داريم عمل كرده‌اند يا نه؟ طبق اين مبنا اگر در يك موردي ـ مثلاً در باب قصاص ـ ما شك كنيم آيا فقها به قاعده قرعه عمل كردند يا نكردند؟ ديگر نمي‌توانيم به ادله قرعه تمسّك كنيم.

دليلي هست با عنوان «القرعة لكل أمر مشكل» اين دليل مطلق است، مي‌گوئيم چه مشكل در موضوعات، چه در احكام، چه در عبادات، معاملات، جزئيات، سياسات، ديون و غير ديون، اطلاق وسيعي دارد. حالا مي‌گوييم اين دليل به وسيله اين ادله ده مورد تا بيست مورد تخصيص خورده كه عرفاً مي‌شود كثرت التخصيص، اينجا مشهور اين را مي‌گويند كه كثرت تخصيص موجب وهن دلالت است و اگر دلالت موهون شد، اين دلالت ديگر براي ما حجّيت ندارد، فقط جايي اعتبار دارد كه فقها به اين دليل عمل

كرده باشند كه گويا عمل مشهور جابر ضعف دلالت در همين چند مورد است، اين غير از آن بحثي است كه در جاي خودش مي‌گويند اگر يك روايتي سندش ضعيف باشد آيا عمل مشهور جابر ضعف سند هست يا نيست؟ آن يك بحث ديگري است. اساساً آن بحث را با اين بحث مخلوط نكنيد، اينكه آيا عمل مشهور جابر ضعف سند هست يا نه يك بحث است. اينجا بحث ما در دلالت است، اگر يك دلالتي ضعيف شد، وقتي كه ضعيف مي‌شود يعني ديگر اعتباري ندارد، مي‌گوئيم پس در اين دو سه مورد چرا اين پياده شده؟ مي‌گوئيم اين عمل مشهور در اين دو سه مورد كمكش مي‌كند، مشهور آمدند به اين دليل در اين دو سه مورد عمل كردند و جابر ضعف دلالت در همين چند مورد مي‌شود و در نتيجه در مواردي كه عمل نكردند و يا در مواردي كه شك داريم عمل كردند يا نه؟ نمي‌توانيم به اين دليل عمل كنيم. مشهور اين را مي‌گويند. اما در مقابل مشهور قول دوم اين است كه كثرت التخصيص لا توجب وهن الدلالة، موجب وهن دلالت نمي‌شود، يك دليل اگر تخصيص زيادي هم بخورد دلالتش در بقيه موارد، حجّيتش در بقيه موارد باقي است و مي‌شود به آن تمسّك كرد. يعني در آنجايي هم كه نمي‌دانيم فقها عمل كردند يا نكردند؟ ما به اين دليل عمل مي‌كنيم.

در آنجايي كه مي‌دانيم فقها عمل نكردند، باز اين هم يك قرينه مي‌شود كه اين دليل در آن مورد تخصيص خورده باشد، اگر يك دليلي داريم كه اين دليل در منظر عموم فقها بوده، يك مورد هم داريم ديديم فقها اين دليل را در اين مورد پياده نكردند. خودِ همين عمل فقها مخصص اين دليل مي‌شود، اما در جايي كه ندانيم فقها عمل كردند يا نه؟ ما به اطلاق اين دليل عمل مي‌كنيم، يعني فرق بين مبناي مشهور و غير مشهور، آن هم در باب كثرت و تخصيص اين است كه روي مبناي مشهور، آنجايي كه شك داريم فقها عمل كردند يا نه؟ حقّ عمل كردن نداريم، روي مبناي غير مشهور عمل مي‌كنيم. هر دو در آنجايي كه فقها به دليل عمل نكردند مشترك است، اگر به اين دليل در يك موردي فقها عمل نكردند، عدم عمل الفقها توجب ضعف دلالت در اين مورد. هم مشهور و هم غيرمشهور در اين مشتركند ولي آنچه بين اين دو تا فرق به وجود مي‌آيد، در همان جايي است كه ما شك داريم.

حالا اينجا در اين بحث حق با مشهور است، يعني ما اگر ديديم يك دلالتي اينقدر تخصيص خورد ، اين دلالت موهون مي‌شود، وقتي موهون شد ما ديگر عرفاً و عقلائيّاً چيزي به نام عام نداريم تا بخواهيم به عمومش تمسّك كنيم. هر جايي را فقها به آن عمل كرده باشند ما هم عمل مي‌كنيم ديگر اين دليل از اعتبار ساقط است. در مورد شك نمي‌توانيم به آن عمل كنيم.

ارزيابي

آنچه مرحوم محقق اصفهاني اينجا دارد و به نظر من يك مطلب ديگري غير از بحث كثرت التخصيص است، اصلاً ربطي به كثرت التخصيص ندارد، ايشان مي‌فرمايند به قاعده لاضرر در نظير مقام تمسّك نشده و اين عدم تمسّك في نظير المقام ولو كثرت التخصيص هم لازم نيايد، عدم تمسّك به يك دليل در يك موردي كه اين دليل قابليّت انطباق در آن مورد را دارد، يك دليل من جهة الدلالة اللفظية، من جهة الإطلاق، من جهة العموم صلاحيّت شمول يك موردي را دارد. اما مي‌بينيم كه فقها در آن مورد پياده نكردند ولو كثرت التخصيص لازم نيايد. مرحوم اصفهاني مي‌فرمايد اين موجب وهن دلالت مي‌شود. آن وقت مي‌فرمايند در بحث ما نحن فيه ما به قاعده لاضرر در صورتي مي‌توانيم استدلال كنيم كه بگوئيم عدم عمل فقها در اين يك مورد موجب وهن دلالتش نشود، اين مبناي ما باشد، عبارت ايشان را قبلاً خوانديم. مي‌فرمايند استدلال به قاعده لاضرر مبتني است بر «**علي عمل الأصحاب بها في المورد لينجبر به وهن دلالتها لوضوح عدم عملهم بها في نظير المقام**» ايشان مي‌گويد چون در يك موردي كه نظير المقام است به اين قاعده عمل نكردند و شده موهون الدلالة، پس اگر ما بخواهيم در ما نحن فيه به قاعده لاضرر عمل كنيم، بگوئيم اصحاب در ما نحن فيه به لاضرر عمل كردند، عرض كردم اين يك چيزى غير از بحث تخصيص اكثر است، اين اصلاً ربطي به بحث تخصيص اكثر ندارد، ايشان مي‌گويد يك دليلي داريم، اين دليل شده موهون الدلالة، چرا؟ چون في نظير المقام جاري نكردند. حالا كه جاري نكردند اگر در مقام و در ما نحن فيه بخواهيم جاري كنيم مبتني است بر عمل الأصحاب، ما اينجا حرف داريم. چون عرض كردم اگر برگردد به بحث كثرت التخصيص سر جاي خودش است، اما در اينجا ظاهر عبارت مرحوم محقّق اصفهاني(اعلي الله مقامه الشريف) اين است كه اگر يك دليلي قابليّت تطبيق بر يك موردي دارد، اما فقها در آن مورد پياده

نكردند اين مي‌شود موهون الدلالة. ما عرضمان اين است كه چرا اين بشود موهون الدلالة، اگر فقها در يك موردي پياده نكردند، همين يك چيزي مي‌شود به عنوان مخصّص اين دليل، مي‌گوئيم فقها در اين مورد پياده نكردند، اين عمل فقها را به منزلت المخصّص بيائيم براي اين دليل قرار بدهيم، يعني همانطور كه شما مي‌گوئيد اجماع مخصّص است، مگر نمي‌گوئيد اجماع مخصّص يك دليل مي‌تواند واقع شود، اگر يك جا عمل اصحاب در سر حدّ اجماع باشد بگوئيم هيچ فقيهي به لاضرر در اين مورد تمسّك نكرده، مرجع اين مطلب به اين برمي‌گردد كه اجماع داريم كه اين به اينجا تخصيص خورده، حالا كه به اينجا تخصيص خورده چرا در ما نحن فيه بايد بگوئيم حتماً بايد به آن عمل كرده باشند. اصفهاني مي فرمايد اگر فقها به لاضرر في نظير المقام عمل نكردند دلالتش ضعيف مي‌شود، اگر ضعيف شد در ما نحن فيه اگر يك فقيهي بخواهد به لاضرر تمسّك كند متوقف بر اين است كه فقها قبلاً به اين لاضرر در مانحن فيه تمسّك كرده باشند، ما مي‌گوئيم چه لزومي دارد؟ خواه فقها قبلاً به اين تمسّك كرده باشند يا نكرده باشند! براي اينكه عدم تمسّك آنها موجب وهن دلالت نمي‌شود فوقش اين است كه به منزله تخصيص مي‌شود. نهايتش اين است كه حالا اگر كسي اين را هم از ما قبول نكند بگويد اين مخصّص نيست، مي‌گوئيم خيلي خوب اين لاضرر در اين موردي كه فقها عمل نكردند، فعلاً ما توقف مي‌كنيم اما در غير آن مورد چرا لازم باشد كه فقها حتماً به آن عمل كرده باشند، لزومي ندارد.

بين كثرت التخصيص روي قول مشهور با اين مورد اين فرق واضح وجود دارد: در كثرت التخصيص مي‌گوئيم اينقدر دلالت ضعيف شده كه كالعدم است، وقتي كالعدم شد شما در هر موردي كه بخواهي تمسّك كني بايد عمل اصحاب در كنار آن باشد. اگر اينجا شك داريم كه اصحاب عمل كردند يا نه؟ ديگر نمي‌توانيم به اين دليل تمسّك كنيم، اما در اين فرض، يعني اينجا كه بحث كثرت تخصيص مطرح نيست، مي‌گوئيم آن موردي كه فقها به آن عمل نكردند، خارجٌ عن القاعدة، خارجٌ به عنوان تخصيص بگوئيم يا هر عنوان ديگري. اما آن موردي كه شك داريم عمل كردند يا نه؟ چرا نتوانيم به قاعده تمسّك كنيم؟ لا ضرر دلالتش موهون نشده، آن يك يا دو مورد فوقش اين است كه به عنوان مخصص است، در بقيه موارد ما مي‌توانيم به لاضرر تمسك كنيم.

نتيجه بحث لاضرر را ان شاء الله فردا مي‌گوئيم و تمام مي‌شود.

و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين

****

[1] . «و منها: قاعدة الضرر: إمّا بدعوى أنّ صبر المالك إلى حين الوصول إلى ماله ضرر عليه، كما عن بعض أجلّة المحشين، و إمّا بدعوى أنّ تأخير الضامن أو امتناعه عن ردّ العين ضرر على المالك، و إمّا بدعوى أنّ امتناع الضامن عن أداء البدل ضرر عليه، و إمّا بدعوى أنّ عدم ضمان البدل ما دام التعذّر ضرر عليه، و ما عدا الأخير لا يخلو عن محذور نبّهنا عليه في مسألة المثلي المتعذّر مثله. و أمّا الأخير فمبني على أنّ مفاد القاعدة رفع الحكم الضرري لا رفع حكم الموضوع الضرري، و على شمولها للأحكام العدمية و على عمل الأصحاب بها في المورد لينجبر به وهن دلالتها، لوضوح عدم عملهم بها في نظير المقام، كما إذا لم تكن العين متعذّرة و حال بينها و بين مالكها اختيارا، فإنّه لا يقولون فيه بدفع بدل الحيلولة مع أنّ حاله حال المقام في الضرر، فتدبر» حاشية المكاسب (للاصفهانى)، ج1، ص 429.