

تقریر دفتر استاد سید کاظم مصطفوی «زید عزه العالی» از درس خارج فقه  
استاد سید کاظم مصطفوی؛ 1395/12/23



موضوع: جواز وضو از انهار کبار و استفاده از اراضی متّسعه

بحث و تحقیق تکمیلی در مورد جواز وضو و شرب از مائی که در انهار کبار است و همین طور استفاده از اراضی متّسعه، بحث تا به اینجا رسید که دلیل چهارم اقامه شود

دلیل چهارم سیره قطعیه عقلائیّه

سیدنا الاستاد قدس الله نفسه الزکیه می فرماید: عمده در باب ادله این احکام فقط سیره است و سیره عقلاء قابل انکار هم نیست دیده می شود اگر نهر بزرگی و رودخانه بزرگی در جایی قرار داشته باشد وضو و شرب و استفاده کردن از این قبیل امری است معمول بین مردم و این سیره است. بنابراین سیره عقلاء می تواند عدم جواز تصرف در مال غیر را تخصیص بدهد. تا به اینجا مطلب واضح است. اما می فرماید: پس از آنکه ما می بینیم عدم جواز تصرف در مال غیر فقهاً امر مسلّم است و مورد تسالم اصحاب و بلکه از ضروریات. ممکن است بگوییم که این حکم یک حکم قطعی است بالادله الاربعه. کتاب و سنت و اجماع را که می دانیم عقلاً هم اگر ملکیتی در کار نباشد و عدم جواز تصرفی در کار نباشد اختلال نظام اجتماعی به وجود می آید پس ادله اربعه فراهم است. این حکم را که عدم جواز تصرف در مال غیر باشد به وسیله سیره تخصیص می دهیم اما می دانیم سیره دلیل لبّی است و نقش آن تخصیص آن تا جایی می تواند مورد تایید و التزام باشد که جریان سیره قطعی باشد. اما اگر دیدیم در انهار کبار یا اراضی متّسعه صغار و مجانین از ملّاک و شرکاء بودند شک در تخصیص می کنیم. شک در تخصیص مساوی با عدم تخصیص است. چون که مخصص ما لبّی است فقط قدر متیقن را می گیرد. بنابراین حتی در چشمه سارهای کوچک

تر در آب قنات هایی که در قصوات و روستاها هست اگر یقین داشته باشیم که اینجا صغیری هست استفاده از آن مشکل می کند نه تنها مشکل ابتدائی که مشکل انتهائی دارد. به این معنا که اگر ولی صغیر هم اجازه بدهد اجازه ولی در این امور نافذ نیست. یک قاعده کلی: اجازه ولی درباره صغیر مشروط به مصلحت صغیر است اینجا مصلحت صغیر نیست تصرف در مال صغیر است ملاک و مصلحت ندارد. بنابراین طبق فتوای ایشان کار مشکل می شود. اما آنچه که در متن خواندیم «و ان كان فيهم الصغار و المجانين» متن عروه بر این است که تصرف جایز است.

سوال:

پاسخ: سیره که می گوئیم این دو تا خصوصیت را دارد استمرار و امضاء، سیره به طور قطعی با این دو خصوصیت بود مخصص شد ولی تخصیص آن بسیار محدود است جایی که یقین داریم که اینجا مورد سیره است. اما در جایی که ملاک و شرکاء مجانین و صغار باشند حداقل شک می کنیم و سیره کارایی ندارد عموم عدم جواز تصرف در مال غیر حاکم است.

اما وجه متن که ولو مجانین و صغار باشد تصرف جایز است

اما درباره آنچه که در متن آمده است که صغار و مجانین هم عیب ندارد وجه این حکم چیست؟ اما آنچه که در متن می فرماید که در انهار کبار هرچند مجانین و صغار هم شریک باشند تصرف جایز است. وجه این حکم چیست؟ آنچه که درباره وجه این حکم گفته می شود این است که ما بگوئیم نظر سیدنا الاستاد احتیاط باشد ولیکن سیره متشرعه اخص از سیره عقلاء که فرق بین سیره متشرعه و سیره عقلاء این بود که سیره عقلاء دو تا شرط برای اعتبار لازم دارد امضاء و استمرار، و سیره متشرعه یک شرط برایش کافی است که استمرار باشد نیاز به امضاء ندارد چون خودش از شرع برخواسته است و استمرارش کافی است. ما درباره این مسئله سیره متشرعه داریم که اهل شرع به طور مستمر از انهار کبار استفاده می کنند و علم اجمالی به شرکت صغار حداقل مجانین که ندرت وجود دارد و صغار که زیاد است علم اجمالی به وجود شرکای صغار در کار هست. این سیره متشرعه کشف می کند از رضایت شارع. اگر گفته شود که مالک صغیر است قیّمش هم حق اجازه دادن ندارد، تصرف در مال او چه می شود؟ جواب: سیره که کشف کرد کشف می کند از اجازه شرع، اجازه شرع درباره حق الماّره این بود که مال مردم است و صاحبش راضی هم نیست، راضی هم نباشد شرع مالک اصلی و مالک حقیقی اجازه داده. این اولاً سیره متشرعه کشف می کند از رضایت شارع می شود مثل باب تنظیر و مثل حق الماّره. و ثانیاً در انهار کبیره اگر توجه کنید شرکاء اگر صغیر هم باشد سهم شان خیلی جزئی است و اکثریت سهامداران کبارند. صغار و مجانین بسیار جزئی است. از این رو در دید عرف شرع تصرف در انهار کبار که اکثریت قریب به اتفاق مال کبار است یک سهم اندکی مال صغار باشد تصرف در مال صغار تلقی نمی شود. در

نتیجه آنچه را که سید طباطبایی در متن گفته اند فتوایی درست است احوط رأی ای است که سید تحلیل فرموده اند آن می شود در نتیجه احوط در این باره از حکم. این مطلب کامل شد،

اما اگر غاصب انهار را غصب کرده باشد

فرعی که در ادامه عنوان می شود این است که می فرماید: «و اذا غصبها غاصب ایضا یبقی جواز التصرف لغيره ما دامت جاریه فی مجراها الاول بل یمکن بقائه مطلقا و اما للغاصب فلا یجوز و کذا لاتباعه».[1]

سوال:

پاسخ: در بحث اخلاق به طور کلّ قلمرو یا زمینه یا اصل سنخ، سنخ فضیلت و رذیلت است مضافا بر واجبات و محرمات. اما در احکام سنخ الزامات است که شامل واجبات و محرمات می شود. و اما درباره مستحبات و مکروهات تلاقی به عمل می آید از جهتی اخلاق است و از جهتی احکام است.

سوال:

پاسخ: علاوه بر اینکه ادله می گوید انهار کبار مانعی ندارد که همه استفاده کنند علاوه بر آن اخلاقا هم این نکته تایید می شود که روایت هم در آن رابطه گفتم آنها را به عنوان مویدات اضافه کردیم که ما اخلاق را در فقه مصدر و منبع برای صدور حکم نمی دانیم اما به عنوان موید از آن استفاده می کنیم.

سوال: با شرحی که درباره متن عروه داده شد این «نعم مع نهیم یشکل الجواز» چه می شود؟

پاسخ: متن می گوید «و ان لم یعلم رضی المالک بل و ان کان فیهم صغار و المجانین» ما تا اینجا مطلب را کامل کردیم و دلیلش را گفتیم. اما «مع نهیم یشکل الجواز» یعنی با توجه به این ادله ای که گفتیم حتی منع و نهی هم اگر بکنند نهی شان مانعی ایجاد نمی کند. از سوی دیگر چون نهی مالک است براساس قاعده مالکیت نهی مالک نفوذ قطعی دارد مخالف این مطلب خواهد بود. پس «یشکل الجواز» یعنی نمی توانیم بگوییم که جایز است چون نهی آمده و نمی توانیم بگوییم که قطعا درست نیست چون قاعده ای که شرح دادیم و متن را که بیان کردیم ادله ما اعلام می کرد که حتی مع المنع هم باید جایز باشد. در انتها فرمودند: «یمکن أن یقال لیس للمالک النهی ایضا» این «یمکن» این اشکال را تلطیف کرد

که اگر نهی هم بکند نهی اش تاثیرگذار نیست. «و اذا غصبها غاصب» اگر غاصبی غصب کند چه می شود؟ می فرماید: «أيضا يبقی جواز التصرف لغيره» برای همان سیره که گفتیم انهار است و سیره است، غاصب غصب کرده یک حرمت و یک مسئولیت به عهده خودش است حکم انهار به قوت خودش باقی است. می فرماید: «يبقی جواز التصرف لغيره ما دامت جاریه فی مجراها الاول» یعنی قبل از غصب، «بل یمكن بقائه مطلقا» بلکه ممکن است بقای جواز تصرف مطلقا یعنی حتی اگر از مجرای اولی هم تغییر داده شود. تا اینجا دلیل ما همان سیره بود. «و اما للغاصب فلا يجوز و کذا لاتباعه من زوجته و اولاده و ضیوفه و کل من يتصرف فیها بتبعيته» تا اینجا غاصب است و من تبع آن، براساس دلیل غصب حرمت تصرف غاصبانه و حرمت اعتداء به مال مردم حکم را عدم جواز اعلام می کند. منتها حکم اختصاص دارد به خود غاصب. «و كذلك الاراضی الوسیعه يجوز الوضو فیها کغیرها من بعض التصرفات کالجلوس و النوم و نحوهما ما لم ینهی المالك و لم یعلم کراهته بل مع الظن ایضا الاحوط الترك» می فرماید زمین هایی که وسعت زیادی دارد حکم انهار کبار را دارد در صورتی که مالک نهی نکند و کراهت مالک هم محرز نباشد اما اگر ظن به کراهت مالک داشتید احتیاط ترک است. برای اینکه شک در شمول سیره می کنیم، نه اینکه ظن حجیت دارد. ظن موجب ایجاد شک در شمول سیره می شود شک در شمول سیره مساوی با عدم سیره است. در آخر می فرماید: «ولکن فی بعض اقسامها یمكن أن یقال لیس للمالك النهی».<sup>[2]</sup> منظور از بعض اقسامها که صاحب نظران فهمیده اند و فهم اصحاب اعلام می کنیم می فرماید اگر انهار بزرگ باشد و زمین خیلی وسیع باشد مالک نهی هم بکند نهی اش مسموع و اثرگذار نیست. این مطلب تا اینجا کامل شد. ما حصل و نتیجه بحث این شد که فتوای درست همین است که در متن آمده است و آن جاهایی که احتمال می دهیم شریک صغیر باشد احتیاط بکنیم

اگر شک در وجود صغار بود اصل عدم است

و اما می فرماید: اگر شک بکنیم که صغاری یا مجانی اینجا هستند یا نیستند اصل عدمش است. می دانید موضوع قاعده و اصل شک هست و یک راه باریک برای صحت هم اگر وجود داشت اتصاله الصحه جاری می شود. می فرماید: اگر شک بکنیم که اینجا صغیری هست یا نیست احتمال عدم وجود صغیر بدهیم کافی است. سیره دیگر جاری می شود قاعده جریان پیدا می کند قاعده جواز تصرف در انهار کبار به وسیله سیره. و در صورتی که یقین به وجود صغیر و مجنون نداشته باشیم هرچند احتمال بسیار قوی هم بدهیم اعتناء نمی شود و اصل عدم اشتراک است. و این اصل یک اصلی است معتبر یعنی در حقیقت یک اصل عقلائی است نه استصحاب که بگویید مثبت می شود، شاکله استصحاب را دارد اما اصل عقلائی است. عقلاء بر این هستند که اگر صغیر و مجنون وجودش معلوم نباشد کالعدم تلقی می شود و این سیره می شود عقبه اتصاله عدم وجود صغیر و مجنون و استفاده جایز است. لذا در آبادی های بزرگی که می خواهید وضو بگیرید آن احتیاط را بر نمی خورید چون یقین که ندارید شک می کنید و شک هم اصل عدم وجود صغیر و مجنون است براساس آن اصل

## عقلائی.

## سوال:

پاسخ: زمین صغار ملک شخصی است قطعاً جواز تصرف اجازه می‌خواهد سیره هم آنجا نیست که برود آدم در یک زمین شخصی فرد وارد بشود و نماز بخواند این رسم هم نیست و واقع هم ندارد. اما زمین‌های کباری که دارای وسعت زیادی است به طور واضح مردم در گشت و گاه و تفریح شان می‌روند آنجا نماز می‌خوانند. سیره آنجا دیده می‌شود و سیره در زمین کوچک و اندک که در حیطه مالک شخصی هست قطعاً عدم جواز است. زمین صغار مالک شخصی دارد زمین کبار معمولاً اراضی وسیع است که مَلّاک و شرکاء دارد و معمولاً مالک صغیر در آن زمین‌های خیلی وسیع نیست. بنابراین فرقی واضح است. اما روایات ما اختصاص داشت به آب و کلاء و اما به اراضی که اشاره ای نشده بود، اراضی از کجا آوردید؟ اولاً در ضمن کلاء یک اشاره ای به اراضی کبار هم می‌شود. کلاء آن مراتع بزرگی که در سرزمین‌های بزرگ است اینها دیگر بین آسمان و زمین نیستند روی زمین اند تصرف در زمین است. و ثانیاً دلیل اصلی که سیدنا فرمودند سیره است.

## ارتکاز

مطلب از این قرار است دلیل اصلی ما سیره عقلائییه و سیره متشرعه بود یک نکته را در جمع بندی اضافه کنید و آن عبارت است از ارتکاز متشرعه، ارتکاز متشرعه قابل انکار نیست و در بحث‌های قبلی اشاره شده که ارتکاز متشرعه قوتش از سیره عقلاء بالاتر است ریشه دار است برخواسته از عمق مذهب هست. بنابراین در جمع بندی سیره عقلاء و سیره متشرعه و ارتکاز متشرعه دلیل اصلی ماست و استدلال به عدم صدق تصرف و استدلال به نصوصی که در این باب آمده بود در حد موید است. بنابراین مطلب از لحاظ ادله در نهایت استحکام است استفاده از انهار بزرگ و زمین‌های وسیع جایز است. و الله هو العالم.

[1] العروه الوثقی، السید محمد کاظم الطباطبائی الیزدی، ج 1، ص 172.

[2] العروه الوثقی، السید محمد کاظم الطباطبائی الیزدی، ج 1، ص 173.