

# جایگاه اصل مثبت در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۳/۱۲

تاریخ تأیید: ۱۳۹۹/۵/۹

محمود کاظمی\*

## چکیده

مجرای اصول عملیه، فقدان دلیل برای حکم شرعی است؛ غالباً مؤدای اصول، حکم شرعی است و با اثبات حکم شرعی، لوازم آن نیز ثابت می‌شود، اما گاهی برای اثبات موضوع حکم شرعی نیز به اصول عملیه استناد می‌شود که آنها را اصول موضوعی می‌نامند؛ مانند استصحاب موضوعی. در فرضی که مؤدای اصل استصحاب، موضوع حکم شرعی است با جریان استصحاب وجود واقعی موضوع ثابت نمی‌شود؛ زیرا این امر جنبه تکوینی داشته و قابل جعل نیست، بلکه از جهت ترتب آثار و احکام شرعی، تبعیضاً موجود فرض شده و حکم شرعی آن ثابت می‌شود. حال اگر آن موضوع لوازم عقلی و عادی داشته و بر آن حکم شرعی مترتب باشد، با جریان اصل، آن لوازم ثابت نشده و به تبع، حکم شرعی مترتب بر آن نیز ثابت نمی‌شود؛ زیرا لوازم عقلی و عادی موضوع (مستصحب) که امری واقعی هستند، تابع وجود واقعی موضوع اند، نه وجود تبعی آن. این بحث با عنوان «اصل مثبت» مطرح است؛ اصولیون معتقدند اصل، مثبت لوازم عقلی و عادی موضوع خود و حکم شرعی آن نیست. این موضوع یکی از مسائل مهم و کاربردی اصول فقه بوده و بسیاری دقیق و ظریف است به گونه‌ای که عدم دقت کافی ممکن است موجب اشتباه شود. در این مقاله تلاش کرده‌ایم برخی از مهمترین موارد کاربرد این قاعده در فقه و حقوق موضوعه را بررسی و تحلیل کنیم؛ مواردی که بر مبنای حجیت اصل مثبت و عدم آن، حکم آن متفاوت خواهد بود. از جمله، اختلاف در تاریخ فوت مورث، آثار نظریه کشف حکمی در عقد فضولی، اختلاف در ضمان تلف مال در ید دیگری و...

**واژگان کلیدی:** مؤدای اصول عملیه، مصادیق اصل مثبت، اصل سببی و مسببی، اختلاف در تاریخ فوت مورث، اثبات اذن مرتبه‌ن در بیع مال مرهونه.

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران (makazemy@ut.ac.ir).

## مقدمه

۱. علم اصول به «قواعدی که برای استنباط احکام شرعی به کار می‌رود» تعریف شده است (ر.ک: حسینی میلانی، ۱۴۲۸، ص ۳۹ به بعد). اصول فقه همانند منطق، یک علم آلی است و به عنوان ابزاری برای استنباط احکام شرعی (فقه) به کار می‌رود (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۴۷/ نجفی، ۱۴۱۳، ص ۱۲). به این دلیل باید علم اصول را منطق فقه نامید (صدر، ۱۴۳۰، ج ۱، ص ۴۶-۴۷). موضوع علم اصول، ادله‌ای است که در علم فقه برای استنباط احکام مورد استناد قرار می‌گیرد، از جهت میزان حجیت و سنجش اعتبار و نحوه استناد به آنها (همان).

۲. موضوع فقه، استنباط احکام شرعی از روی ادله تفصیلی آنست؛ ادله استنباط احکام در فقه امامیه محدود به کتاب، سنت، اجماع و عقل است، اما ممکن است در مواردی حکم یک موضوع مشخص نبوده و امکان استنباط آن از روی ادله فوق وجود نداشته باشد؛ عدم امکان استنباط حکم یک موضوع، ناشی از فقدان دلیل، اجمال و یا تعارض بین ادله است (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۶۸). در چنین فرضی برای رفع شک و تردید و تعیین حکم شرعی، مجتهد به اصولی مراجعه می‌کند که اصطلاحاً «اصول عملیه»، «قاعده اصولیه» یا «دلیل فقاهتی» نامیده می‌شود (همان، ص ۲۶۹)؛ بر این اساس مجرای اصول عملیه، شک نسبت به حکم واقعی است و با وجود دلیل، این شک برطرف شده، موجبی برای جریان اصل باقی نمی‌ماند (انصاری، [بی تا]، ج ۱، ص ۳۰۸-۳۰۹).<sup>۱</sup>

۳. اصول عملیه که به طور معمول در تمام ابواب فقه جاری می‌شوند عبارت‌اند از: براءت، تنخیر، احتیاط و استصحاب (همان، ص ۳۱۰/ مظفر، ۱۳۸۶، ص ۲۶۹)، اما اصول دیگری وجود دارند که در ابواب خاص جاری هستند؛ مانند اصالة الطهارة (در شبهات حکمیه و موضوعیه)، اصالة الحلیه و... (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۷۰).

۴. حسب اینکه حکم شرعی به وسیله ادله شرعی ثابت شود یا اصول عملیه، به حکم واقعی و ظاهری تقسیم می‌شود؛ حکم واقعی، حکمی است که برای موضوعات با ملاحظه وجود واقعی آنها توسط شارع جعل و اعتبار شده؛ به عبارت دیگر حکمی که بدون ملاحظه جهل به حکم واقعی

۱. معروف است که، الاصلُ دلیلٌ حیثٌ لا دلیل.

جعل شده است (آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۳). این حکم از طریق ادله احکام شرعی استنباط می‌شود.<sup>۱</sup> اما حکم ظاهری حکمی است که در مورد جهل به حکم واقعی و به وسیله اصول عملیه ثابت می‌شود. به عبارت دیگر، مجرای احکام ظاهری وجود شک نسبت به حکم واقعی است و احکام ظاهری در مرتبه مؤخر بر احکام واقعی قرار دارند (انصاری، [بی تا]، ج ۱، ص ۳۰۹/صدر، ۱۴۳۰، ج ۱، ص ۱۶۵).

۵. حکم ظاهری که در حالت جهل به حکم واقعی تجویز می‌شود، نوعی جعل حکم در قبال حکم واقعی نیست والا موجب «تصویب» می‌شود؛ امری که در مذهب امامیه باطل است. بلکه حقیقت حکم ظاهری آن است که شارع در مقام جهل به حکم واقعی امری را که وجداناً محرّز واقع نیست، تعبداً محرّز آن می‌داند، چنانکه در امارات چنین است؛ یا بدون اینکه واقع را احراز کند، تعبداً آثار احراز واقع را بار می‌کند و همانند موردی که وجود موضوع واقعاً احراز شده، حکم آن را اعتبار می‌کند؛ در مورد اصول عملیه وضعیت چنین است (نایینی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۰۱). به عنوان مثال در استصحاب موضوعی، اگر وجود موضوع (متیقن سابق) در زمان حاضر، وجداناً احراز شود، حکم شرعی آن نیز ثابت می‌شود، اما اگر در وجود آن در زمان حاضر شک کنیم و دلیلی برای از بین بردن شک نداشته باشیم، اصل استصحاب به ما این امکان را می‌دهد که موضوع (متیقن سابق) را تعبداً موجود فرض کرده و حکم شرعی مرتب بر آن را ثابت نماییم. حکمی که در اثر اعمال اصل استصحاب، ثابت می‌شود «حکم ظاهری» نامیده می‌شود. بر این اساس در تمام موارد حکم ظاهری نوعی تعبد و تنزیل وجود دارد؛ یعنی تعبداً موضوعی را به لحاظ احکام شرعی در حکم موجود دانسته، یا به منزله موجود فرض می‌کنیم؛ به تعبیر دیگر احکام ظاهری به تصرف در مرحله احراز بر می‌گردند (همان).

۶. مجرای اصول عملیه دائماً احکام شرعی است؛ به این معنا که یا مؤدای آن‌ها مستقیماً حکم شرعی است یا اگر موضوع است، از آن جهت که بر آن موضوع، حکم شرعی بار می‌شود، متعلق

۱. حکم واقعی دو قسم است: نخست، حکم اولی؛ یعنی حکمی که با ملاحظه موضوع به عنوان اولیه‌ی آن جعل می‌شود (آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۳)؛ مانند حکم عقد که با ملاحظه عنوان عقد، وجوب وفا به مفاد آن است؛ دوم، حکم ثانوی؛ یعنی حکمی که با ملاحظه و عروض عناوینی دیگر نظیر سفر، ضرر، مرض و... جعل می‌شود (همان). مثلاً اگر عقد بیع متضمن ضرر به مشتری باشد، به دلیل معیوب بودن میب، عنوان ثانویه‌ی «ضرری» پیدا می‌کند و به اعتبار آن، حکم «لزوم وفای به آن» برداشته شده، جایز الوفا می‌شود.

اصول عملیه قرار می‌گیرد و الاً جریان اصول در موضوعات امری لغو خواهد بود (انصاری، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۳۱۰). توضیح آنکه مجرای برخی اصول عملیه مانند برائت، احتیاط یا تخییر، مستقیماً احکام شرعی است. در مورد استصحاب، اگرچه مؤدای استصحاب ممکن است موضوع حکم شرعی باشد (استصحاب موضوعی) همچنین مجرای اصولی نظیر اصالة الطهارة یا اصالة الحلیه یا اصالة الصحه و... موضوعات است، اما این اصول نیز از این جهت موضوع فقه و اصول فقه قرار می‌گیرند که در استنباط حکم شرعی مؤثرند و هدف از اعمال آن‌ها، احراز یا تعیین حکم شرعی است (همان). دلیل این امر روشن است؛ زیرا تنها احکام شرعی هستند که از ناحیه شارع قابل جعل و تزیل و اعتبارند و وجود و عدم آنها به دست شارع است؛ «موضوعات» امور تکوینی و واقعی هستند که وجود و عدم آنها تابع واقعیت خارج است و شارع در آنها دخل و تصرف نمی‌کند (حائری یزدی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۸۸/بجنوردی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۸۶). به‌عنوان مثال اگر زید زنده نباشد، شارع نمی‌تواند او را زنده نماید و با فرض شارع نیز او زنده نمی‌شود، ولی شارع می‌تواند از ترتب احکام شرعی حیات، او را در حکم زنده فرض کرده، احکام شرعی مترتب بر حیات او را ثابت کند (موسوی تبریزی، ۱۳۶۹، ص ۵۰۵).

۷. در فرضی که متعلق اصول عملیه مستقیماً حکم شرعی است، با اعمال اصل عملی، تعبداً حکم شرعی ظاهری ثابت می‌شود و اگر این حکم دارای لوازمی باشد، اعم از شرعی، عقلی و عادی، آن‌ها هم ثابت می‌شوند، اما اگر متعلق اصول عملیه موضوع حکم شرعی باشد، در خصوص قلمرو اثباتی اصول، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. تردیدی نیست که با اثبات ظاهری و تعبدی موضوع، حکم یا احکام شرعی بی‌واسطه مترتب بر آن موضوع نیز ثابت می‌شود. به‌عنوان مثال اگر زید مدتی غایب شده و در حیات و ممات او تردید باشد، با استناد به اصل استصحاب، حیات او که قبل از غیبت، یقیناً موجود بوده، ثابت شده و با اثبات حیات ظاهری او، حکم شرعی بی‌واسطه مترتب بر آن (نظیر ممنوعیت تقسیم اموال او، یا عدم جواز ازدواج همسر او و...) نیز ثابت می‌شود، اما اگر این موضوع، لوازم عقلی و عادی داشته باشد و بر آن لوازم عقلی و عادی، احکام شرعی مترتب باشد، آیا اصل استصحاب توانایی اثبات احکام شرعی مترتب بر لوازم عقلی و عادی را دارد؛ به عبارت دیگر آیا اصل موضوعی، تنها احکام شرعی بی‌واسطه موضوع را ثابت می‌کند یا احکام شرعی با واسطه مترتب بر آن را هم، ثابت می‌کند. در مثال قبل، هرگاه همسر شخص غایب رابطه نامشروع با مرد اجنبی برقرار کند لازمه عقلی حیات زید، آنست که رابطه

نامشروع همسر وی با غیر، رابطه زن شوهردار تلقی شود و حکم شرعی آن، رجم است، اما اصل استصحاب توانائی اثبات آن را ندارد. با جریان استصحاب اگرچه حیات ظاهری زید ثابت می‌شود، اما لازمه عقلی آن، رابطه نامشروع زن شوهردار، ثابت نشده، در نتیجه حکم شرعی مترتب بر آن هم (رجم) ثابت نمی‌شود. این بحث، یک بحث ظریف و بسیار دقیق و در عین حال پیچیده است و فهم کلیات و تطبیق آن بر موارد خاص، نیازمند تمرکز و دقت کافی است.

۸. این بحث نخستین بار توسط شیخ انصاری به تفصیل در علم اصول تشریح و تبیین شد، هر چند تاریخ طرح آن به زمان قبل از وی برمی‌گردد. از این بحث، با عنوان «اصل مثبت حجت نیست» یا «اصل، مثبت لوازم عقلی و شرعی متعلق خود نیست»، یاد می‌کنند و گاه به اختصار «اصل مثبت» نامیده می‌شود. در این زمینه بین اصولیون اختلاف نظر است؛ در حالی که در گذشته آن را حجت می‌دانستند، متأخران به ویژه از زمان شیخ انصاری به بعد، معتقد به عدم حجیت آن هستند.

۹. این بحث در مورد تمام اصول عملیه و ادله تنزیلی که متعلق آن‌ها موضوع حکم شرعی است مطرح می‌شود، اما به پیروی از شیخ انصاری که آن را نخستین بار به تفصیل در مورد اصل استصحاب مطرح کرده، متأخران اصولی نیز این بحث را در مورد اصل استصحاب مطرح کرده‌اند، ولی نتیجه بحث هر چه باشد در مورد سایر اصول عملیه و به طور کلی در هر موردی که دلیلی مبتنی بر جعل و تنزیل باشد و تعبداً امری را در حکم امری دیگر یا به منزله امر دیگر بدانند، مطرح می‌شود.

۱۰. مفهوم، مبانی و ادله عدم حجیت اصل مثبت در یک مقاله جداگانه توسط نگارنده بررسی شده است (کاظمی، ۱۳۹۸، ص ۲۷۵-۲۹۸). در این مقاله برآنیم که با بررسی برخی از فروع مهم و کاربردی این قاعده اصولی، جایگاه آن در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران را بررسی و تحلیل کرده و متذکر شویم که غفلت از این بحث چگونه می‌تواند در استنباط حکم یک موضوع مؤثر باشد؛ البته راهنما و تمرینی برای فهم این قاعده اصولی و موارد کاربرد آن برای پژوهشگران خواهد بود. سؤال بنیادین آنست که آیا اصل مثبت به عنوان یک قاعده اصولی، در حقوق موضوعه نیز کاربرد دارد، یا خیر؛ نتیجه و ثمره عملی این بحث در حقوق موضوعه و فقه چیست. فرضیه نگارنده آنست که بحث «اصل مثبت» یک بحث اصولی محض که صرفاً جنبه نظری داشته، یا ثمره آن محدود به بخش عبادات باشد، نبوده بلکه مصادیق عملی آن در حقوق موضوعه بسیار

است. در این مقاله تلاش کرده‌ایم با بررسی و تحلیل نمونه‌های عینی، کاربرد این قاعده را در فقه و حقوق موضوعه بیان کنیم.

۱۱. در متون فقهی، فروع مختلفی وجود دارد که مجرای اصل مثبت است؛ برخی از این فروع در زمان قبل از طرح بحث «اصل مثبت» در اصول فقه، مطرح بوده است و فتاوی فقیهان نیز بدون توجه به آن بیان شده و به این دلیل، بعد از طرح این بحث فتاوی متأخران تغییر کرده است، اما برخی فروع مربوط به زمان بعد از طرح آن بوده و در کتب متأخران آمده است. شیخ انصاری در کتاب الرسائل بعد از طرح و بررسی «اصل مثبت» مصادیقی از کاربرد این اصل در کتب فقیهان متقدم را بیان کرده است (انصاری، [بی تا]، ج ۲، ص ۶۶۲). به علاوه اصولیون دیگر نیز به مناسبت طرح موضوع، مصادیقی از آن را بیان کرده‌اند (خویی، ب، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۷۸ به بعد). همچنین مسائل و فروع مهم حقوقی وجود دارد که حکم آنها بر مبنای حجیت و عدم حجیت این اصل، متفاوت خواهد بود...

سعی ما بر آن بوده که فروعی را بررسی کنیم که جنبه فقهی - حقوقی داشته و کاربردی هستند والا مصادیق صرفاً فقهی که در باب عبادات مطرح می‌شوند، بسیارند و تحلیل و بررسی تمام آنها در یک مقاله ممکن نیست.

## اختلاف در تاریخ فوت مورث

شخص مسلمانی فوت شده است؛ ورثه او منحصر به دو فرزند هستند که هر دو تازه مسلمان بوده و تاریخ مسلمان شدن آن‌ها متفاوت است؛ به عنوان مثال یکی در اول ماه شعبان و دیگری در ماه رمضان مسلمان شده. هرگاه آن‌ها در خصوص تاریخ فوت مورث خود اختلاف پیدا کنند؛ یکی مدعی باشد که مورث در ماه شعبان فوت کرده، پس برادر دیگر که در ماه رمضان ایمان آورده، ارث نمی‌برد، چون در زمان فوت مورث، مسلمان نبوده است و برادر دیگر مدعی باشد که مورث در ماه رمضان فوت کرده و او نیز ارث می‌برد، و دلیلی که قول یکی را تأیید کند وجود نداشته باشد، اصل، چه اقتضائی داشته و مؤید کدام یک از آن‌ها است. شیخ انصاری بعد از بیان این فرع در کتاب الرسائل، اظهار داشته که محقق حلی با استناد به «اصل بقای حیات مورث» فرزند دوم را نیز مستحق ارث دانسته و برخی از متقدمان و متأخران محقق، نیز در این فتوی با وی هم عقیده‌اند (انصاری، [بی تا]، ج ۲، ص ۶۶۲).

## ۱. پیشینه این فرع در فقه و فتاوی فقیهان متقدم

تا آن جا که نگارنده تحقیق کرده این فرع نخستین بار توسط شیخ طوسی در کتاب المبسوط مطرح شده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۲۷۳).<sup>۱</sup> سپس محقق حلی در شرایع (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۱۱)، علامه حلی در تحریر و قواعد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۲۰۸/همو، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۸۰)، شهید ثانی در مسالک (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۱۴۲)، فاضل هندی در کشف اللثام (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۲۲۵) آن را مطرح کرده و جملگی بر مبنای «اصل بقای حیات مورث تا زمان اسلام فرزند دوم (ماه رمضان)» به وراثت هر دو فرزند فتوی داده‌اند. صاحب جواهر نیز پس از نقل این فرع از محقق حلی اگرچه آن را تأیید کرده اما استدلال وی با سایر فقیهان متفاوت بوده و او بر مبنای وجود مقتضی وعدم مانع آن را ثابت کرده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۵۰۶-۵۰۷).<sup>۲</sup>

## ۲. نقد و تحلیل این فرع و تطبیق آن با بحث

شیخ انصاری در کتاب الرسائل ضمن نقد و تحلیل نظر فقیهان متقدم، در نهایت نظر آنان را مردود دانسته است. وی در ردّ استدلال آن‌ها می‌نویسد، وراثت، مترتب بر موت مورث و وجود خویش مسلمان در زمان فوت او است. بقای حیات مورث تا ماه رمضان، که با اصل استصحاب ثابت می‌شود، فی نفسه مثبت موت شخص مورث در زمان اسلام وارث (ماه رمضان) نبوده، بلکه این امر مصداق اصل مثبت است (انصاری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۶۶۲). مفاد سخن شیخ آن است که موضوع حکم شرعی توارث، مرکب از دو چیز است: «موت مورث» و «وقوع آن در زمان حیات

۱. عبارت شیخ در المبسوط اینست: «... فأمّا إن اتفقا علی وقت إسلامهما و اختلفا فی وقت موته و هو أن أحدهما أسلم فی غرة شعبان و أسلم آخر فی غرة رمضان و أسلم الأب و مات، و اختلفا؛ فقال من أسلم فی غرة شعبان: مات أبی فی شعبان قبل إسلامک أیها الأخ، فالمریث کله لی؛ و قال الآخر: بل مات فی رمضان فالمریث بیننا؛ فالقول قول من یدعی موته فی رمضان و یكون المریث بینهما نصفین، لأن الأصل، الحیوة حتی یعلم زوالها».

۲. صاحب جواهر پس از نقل این حکم از کتاب شرایع در شرح آن، اعلام داشته که در این حکم خلاف و اشکالی وجود ندارد. وی با آگاهی از مفهوم اصل مثبت، ضمن تأیید نظر اکثر فقیهان متقدم به نقد استدلال آنها پرداخته است. او اظهار داشته که اثبات ارث برای فرزند دوم که در تاریخ مآخر (ماه رمضان) اسلام آورده بر مبنای استصحاب حیات مورث تا آن زمان نیست، تا مصداق اصل مثبت بوده، رد شود؛ بلکه بر مبنای وجود مقتضی وعدم مانع است؛ در آنجا که مقرر داشته: «... بلا خلاف و لا إشکال و إن کان المدرک عندنا عدم ثبوت المانع، فالمقتضی حیثین بحاله، لا استصحاب الحیوة، فتأمل جیداً» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۵۰۷).

خویش مسلمان، زمان اسلام آوردن ورثه دوم». در این فرع آنچه با وجدان و دلیل واقعی ثابت شده، موت مورث است؛ با استناد به اصل استصحاب، تنها حیات مورث تا ماه رمضان، زمان اسلام آوردن فرزند دوم، را ثابت می‌کنیم، اما «وقوع موت در زمان اسلام وارث دوم» که جزء دوم موضوع حکم شرعی توارث است، لازمه عقلی مستصحب، بقای حیات تا ماه رمضان، است که با اصل استصحاب ثابت نمی‌شود. پس، چون موضوع حکم شرعی ثابت نشده، حکم شرعی توارث که مترتب بر آن است، نیز ثابت نمی‌شود؛ زیرا اثبات این حکم با استناد به «اصل بقای حیات مورث تا زمان اسلام فرزند دوم» مصداق اصل مثبت است که حجت نیست (همان)؛ براین اساس فرزندی که در ماه رمضان اسلام آورده، ارث نمی‌برد مگر آن که موت واقعی مورث در ماه رمضان، زمان اسلام فرزند دوم، با دلیل ثابت شود.

شاگردان شیخ انصاری که در اصول و مسئله «عدم حجیت اصل مثبت» پیرو روش او بوده‌اند، نیز این فتوی را از محقق حلی نقل کرده و آنرا مصداق «اصل مثبت» و بی‌اعتبار دانسته‌اند (عراقی، [بی‌تا]، ص ۲۱۵/رشتی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۳۰۴). مشهور فقیهان متأخر و معاصران نیز بر مبنای عدم حجیت اصل مثبت نظر متقدمان و برخی متأخران از جمله محقق حلی را رد کرده و نظر شیخ انصاری را تأیید کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۸۶/گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۵۹-۲۶۰/حسینی شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۳۶۷). با توجه به سکوت قانون مدنی همین نظر از دیدگاه حقوقی قابل تأیید است.

## اختلاف در علت فوت مجنی علیه بعد از اصابت ضربه (گلوله) به او

### ۱. طرح موضوع

در این مورد دو فرع مختلف در فقه مطرح شده که حکم آن‌ها یکسان است؛ نخست، موردی است که شخصی به دیگری ضربه‌ای زده، او را مجروح می‌کند و بعداً شخص مصدوم فوت شده و تردید می‌شود که آیا او در اثر سرایت جنایت فوت شده، یا علت فوت او چیز دیگری (نظیر خودکشی، سگته و...) بوده است. فرع دیگر، فرضی است که بیماری در زیر لحاف خوابیده و دیگری به او شلیک می‌کند. بعداً تردید می‌شود که آیا او در زمان شلیک گلوله زنده و سبب قتل او اصابت گلوله به او بوده، یا قبلاً مرده و گلوله به شخص مرده شلیک شده و ضارب قاتل نیست. هرگاه



دلیل و بینه‌ای بر اثبات هیچ یک از دو احتمال وجود نداشته باشد، اصل چه اقتضا دارد.

## ۲. نقد و تحلیل این فرع

در تحلیل این فرع باید گفت در این جا دو احتمال وجود دارد و هرگاه با هیچ دلیل و بینه شرعی نتوان یکی از دو احتمال را ثابت کرد، مجرای دواصل از اصول عملیه خواهد بود. از یک سو، اصل برائت (عدم ضمان) به نفع جانی است و بر مبنای آن، باید قول او را مقدم داشت؛ از سوی دیگر، اصل بقای حیات مجنی علیه در زمان اصابت گلوله، مقتضی آنست که سخن اولیای دم مقدم داشته شده، ضارب قاتل محسوب شود.

آن گونه که شیخ انصاری نوشته است، از بیان شیخ طوسی در المبسوط استنباط می شود که وی در این زمینه مردد بوده و فتوی نداده است (انصاری، [بی تا]، ج ۲، ص ۶۶۳). محقق حلّی در شرایع، به رغم ابراز تردید در مسئله، در نهایت بر مبنای «اصل عدم ضمان»، قول جانی را بر اولیای دم مقدم داشته و آنها را مدعی فرض کرده و حکم به برائت جانی داده است (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۲۶). علامه حلّی در کتاب تحریر، بعد از ترجیح قول جانی بر اولیای دم، بر مبنای «اصل عدم ضمان»، اظهار داشته: «در این مسئله نظر [تردید] هست» (علامه حلّی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۵۲۴).<sup>۱</sup> همچنین شهید ثانی در مسالک نظر محقق را تأیید کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۰۵).

شیخ انصاری، بعد از نقل سخن علامه حلّی در این مورد، می گوید: منظور علامه از عبارت «وفیه نظر» آنست که در عدم ضمان جانی بر مبنای «اصل عدم ضمان» تردید است، و جهت آن، استصحاب بقای حیات شخص در زمان اصابت گلوله است؛ بنابراین «اصل عدم ضمان» جاری نمی شود و همین امر مبنای تردید شیخ طوسی و جمعی از فقیهان در ترجیح یکی از دو احتمال بوده است (انصاری، [بی تا]، ص ۶۶۳). وی در ادامه اظهار داشته، استناد به «اصل استصحاب بقای حیات شخص تا زمان شلیک گلوله» و در نتیجه اثبات قتل، مصداق اصل مثبت بوده و محکوم به رد است (همان).

در توضیح نظر شیخ باید گفت در اینجا اگر حکم شرعی را «قصاص» بدانیم، موضوع آن، «قتل

۱. «وفیه نظر».

عمد» است. برای اثبات قتل عمد باید ثابت شود که گلوله به شخص زنده اصابت کرده و او را کشته است که در فرض مسئله دلیلی بر آن وجود ندارد و ما نسبت به حیات مقتول در زمان اصابت گلوله شک داریم، اما چون قبل از آن، زنده بوده با استناد به اصل استصحاب، بقای حیات او تا زمان شلیک گلوله را ثابت می‌کنیم؛ اگرچه لازمه عقلی بقای حیات شخص در زمان شلیک گلوله، «اصابت گلوله به شخص زنده» و تحقق قتل عمد است، و حکم شرعی آن نیز قصاص خواهد بود، اما اصل استصحاب توان اثبات این «لازم» را نداشته، در نتیجه حکم شرعی قصاص هم ثابت نمی‌شود؛ یعنی مورد، مصداق اصل مثبت است.

قابل ذکر است که این اشکال مورد توجه صاحب جواهر، که مقدم بر شیخ انصاری و استاد وی بوده، قرار گرفته و ایشان معتقد است که استناد قتل به شلیک کننده، بر مبنای استصحاب حیات مقتول، مصداق اصل مثبت بوده، حجت نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۴۱۹).<sup>۱</sup>

این فرع در کتب فقیهان معاصر نیز مطرح شده و نوعاً اثبات قتل بر مبنای استصحاب حیات مقتول تا زمان شلیک گلوله را مصداق «اصل مثبت» دانسته و آن را رد کرده‌اند (خویی، الف، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۲۱/ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۹، ص ۵۰/ فیاض کابلی، [بی تا]، ج ۳، ص ۳۸۲/ تبریزی، ۱۴۲۶، ص ۳۳۲/ خویی، ب، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۸۴). قانون مجازات اسلامی در این خصوص ساکت است و همین حکم را باید در حقوق موضوعه هم تأیید کرد.

## تلف مال غیر در ید دیگری و اختلاف مالک و ذی الید در ضمان آن

### ۱. طرح موضوع

فرض کنید شخصی بر مال غیر، تصرف (ید) داشته و آن مال بدون تقصیر او تلف می‌شود؛ اگر ید او امانی باشد ضامن نیست (م. ۶۳۱ ق.م.) و چنانچه ید او ضمانتی باشد، او ضامن است (مواد ۳۰۸، ۳۱۱ و ۳۱۵ ق.م.). هرگاه بین مالک و ذی الید در خصوص ضمان مال، اختلاف شود و امانی

۱. وی بعد از بیان دو احتمال در خصوص این فرع، می‌نویسد: «لاترجیح لاحدهما علی الآخر یقتضی الاصول؛ لان استصحاب حیاته لا یقتضی انه قدّه حیاً، الا بالاصل المثبت، الذی هو غیر حجئ؛ کما تقرر فی محله؛ و حینئذ موته بالقدّه اوسبب آخر بالنسبة الی الاصول، علی حدّ سواء؛ فالمتجه الرجوع الی اصل آخر غیرهما». نگارنده در طرح این فرع فقهی، برای تطبیق بهتر آن با موضوعات روز حقوقی، معادل واژه عربی «قدّه»، واژه «شلیک» را گذاشت، و الا «قدّه» به معنای «بریدن» و «نصف کردن» است، نه شلیک گلوله.

یا ضمانتی بودن ید مشخص نباشد، اصل چه اقتضا دارد. در این فرع در حقیقت اختلاف از آن جا ناشی شده که مالک مدعی است ذی الید بدون اجازه، مال او را تصرف کرده و ید او ضمانتی است و او ضامن تلف آنست، اما ذی الید ادعا می‌کند که آن را با اذن مالک تصرف کرده و ید او امانی است و او ضامن تلف آن نیست. مشهور فقیهان، در این مورد حکم به ضمان ذی الید داده اند، ولی در نحوه استدلال، اختلاف داشته و برخی معتقدند اثبات ضمان ذی الید، مبتنی بر اصل مُثبت است که حجت نیست (خویی، ب، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۸۶).

## ۲. نقد و تحلیل این فرع

در این فرع از یک سو، اصل عدم اذن به نفع مالک جاری است و مؤدای آن، ضمانتی بودن ید ذی الید است؛ از سوی دیگر، اصل عدم ضمان و برائت ذمه، به نفع ذی الید جاری می‌شود و مؤدای آن، عدم ضمان ذی الید است، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود؛ اما چنانکه آیت الله خوئی نوشته‌اند، مشهور فقیهان ضمان ذی الید را ترجیح داده‌اند (همان).

مطابق یک تحلیل مبنای نظر مشهور آنست که چون اصل، عدم اذن مالک است، با جریان آن، ضمانتی بودن ید ذی الید ثابت شده، نوبت به جریان «اصل عدم ضمان» نمی‌رسد (همان). در واقع منشأ تردید در ضمان ذی الید، جریان ضمان ید، تردید در اذن و عدم اذن مالک است؛ با جریان «اصل عدم اذن»، اصل سببی، وثبوت «عدم اذن»، شک در ضمان ذی الید، مسبب، از بین می‌رود و نوبت به جریان «اصل عدم ضمان»، اصل مسببی، نمی‌رسد؛ به عبارت دیگر «اصل سببی» حاکم بر «اصل مسببی» است.

اما مبنای دیگر نظر مشهور آنست که «ید» مقتضی ضمان است؛ یعنی اصل، بر ضمانتی بودن ید است و امانی بودن ید، مانع جریان ضمان ید است؛ از سوی دیگر شرط تحقق مانع، امانی بودن ید، در این فرض اذن مالک است و چون اصل بر عدم اذن مالک است، «اصل عدم مانع» جاری شده، حکم ضمان ثابت می‌شود (همان).

در صورتی که مبنای نظر مشهور، تحلیل نخست باشد این مورد، مصداق اصل مُثبت است؛ زیرا با جریان اصل عدم اذن، صرفاً «عدم اذن مالک» ثابت می‌شود و ضمانتی (عدوانی) بودن ید، لازمه عقلی «عدم اذن مالک» است و حکم شرعی ضمان نیز مبتنی بر عدوانی بودن ید است؛ اگر با تمسک به اصل «عدم اذن مالک»، «عدوانی بودن ید» را ثابت و حکم به ضمان ذی الید نماییم،

مصدق اصل مثبت خواهد بود (خویی، ب، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۸۶/ خویی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۶۶-۱۶۷/ عاملی، ۱۳۹۵، ج ۴، ص ۱۵۰-۱۵۱/ روحانی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۲۲۴-۲۲۵).

این تحلیل مورد انتقاد برخی از فقیهان قرار گرفته و این مورد را مصداق اصل مثبت ندانسته، معتقدند ضمان ذی الید ثابت است، بدون نیاز به تمسک به اصل مثبت (نایینی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۴۲۳/ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۴۸۸). به نظر آن‌ها موضوع حکم ضمان، مرکب از دو چیز است: استیلا و ید بر مال غیر؛ و عدم اذن مالک، غیرامانی - عدوانی بودن ید. در فرض مسئله رکن اول با دلیل قطعی و وجدانی ثابت است؛ یعنی فرض مسئله استیلائی ذی الید بر مال غیر است؛ رکن دوم، عدم اذن مالک، نیز به وسیله «اصل عدم» و به طور تعبدی ثابت می‌شود؛ بدینسان موضوع ضمان ید، بدون نیاز به اصل مثبت، ثابت می‌شود (همان).<sup>۱</sup> چنانکه دیدیم دست کم مطابق یک نظر این مورد، مصداق اصل مثبت است.

## اختلاف راهن و مرتهن در وقوع بیع مال مرهونه با اذن مرتهن

### ۱. طرح موضوع

تصرف راهن در مال مرهونه بدون اذن مرتهن در صورتی که منافی حقوق او باشد، ممنوع است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۱۹۵/ ماده ۷۹۴ق.م). مطابق نظر مشهور و قریب اتفاق فقیهان بیع مال مرهونه توسط راهن از مصادیق تصرفات منافی حقوق مرتهن بوده و بدون اذن او نافذ نیست.<sup>۲</sup> حال اگر مرتهن برای فروش مال مرهونه به راهن اذن دهد و سپس از اذن خود رجوع کند و راهن مال مرهونه را بفروشد و بین او و مرتهن در تقدم «رجوع از اذن» و «بیع مال مرهونه»، اختلاف نظر پیش

۱. برای مطالعه نقد و تحلیل این نظر میرزای نائینی، رش: سیدمحسن حکیم، ۱۴۰۸هـ.ق، ج ۲، ص ۲۲۵.

۲. در خصوص وضعیت بیع مال مرهونه، بدون اذن مرتهن، در حقوق موضوعه و رویه قضائی ایران اختلاف نظر زیادی وجود دارد و به رغم صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ در سال ۱۳۷۶، کماکان این اختلاف پایرجاست؛ در حالی که برخی آن را صحیح می‌دانند، عده‌ای معتقد به عدم نفوذ بوده و حتی عده‌ای آن را باطل می‌دانند. نظر مشهور در فقه امامیه عدم جواز بیع مال مرهونه توسط راهن، بدون اجازه مرتهن است و حتی شیخ انصاری از قول شیخ طوسی نقل اجماع کرده و معتقد است که در عدم جواز بیع مال مرهونه بدون اجازه مرتهن، تردیدی وجود ندارد، اما در اینکه این بیع از اصل باطل است، یا غیرنافذ بوده و با اجازه مرتهن نافذ می‌شود، اختلاف نظر است (ر.ک: انصاری، ۱۴۳۱، ج ۴، ص ۱۵۳/ مروج جزایری، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۴۸۳-۴۸۴).

آید؛ یعنی مرتهن مدعی باشد که قبل از بیع، از اذن خود رجوع کرده و بیع بدون اذن او واقع شده و باطل است، اما راهن مدعی باشد که بیع، قبل از رجوع از اذن واقع شده و نافذ است و هیچ یک دلیلی نداشته باشد، اصل، چه اقتضائی دارد؛ صحت بیع؛ یعنی وقوع بیع قبل از رجوع از اذن، یا فساد بیع؛ یعنی رجوع از اذن قبل از وقوع بیع؛ مشهور فقیهان امامیه به فساد بیع و بقای رهن نظر داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۲۶۴).<sup>۱</sup>

## ۲. نقد و تحلیل این فرع

محقق حلی در شرایع اظهار داشته که هر دو ادعا همسنگ بوده و هیچ یک بردیگری ترجیحی ندارد، اما مقتضای «اصل بقای وثیقه»، آنست که بیع فاسد بوده و وثیقه همچنان باقی باشد؛ یعنی تقدم قول مرتهن بر راهن (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۷۶). علامه حلی نیز در کتاب تحریرقول مرتهن را مقدم داشته، بدون اینکه استدلالی بیان کند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۹۰).

شهید ثانی در کتاب مسالک با تفصیل به تحلیل موضوع پرداخته و وجه سخن محقق که مقرر داشته این دو دعوی همسنگ بوده، هیچ یک بر دیگری ترجیحی ندارد و وثیقه باقی می‌ماند، را بیان کرده است. به اعتقاد وی، راهن مدعی تقدم «بیع» بر «رجوع مرتهن از اذن» است و اصل، عدم تقدم آن است؛ از سوی دیگر مرتهن نیز مدعی تقدم «رجوع او از اذن» بر «بیع» است، باز هم اصل، بر عدم تقدم رجوع است؛ این دو اصل، همسنگ هم بوده، هیچ یک بر دیگری ترجیحی ندارد و با یکدیگر تعارض نموده، ساقط می‌شوند؛ و «بقای رهن» استصحاب شده و کما فی السابق باقی می‌ماند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۷۷). وی سپس به نقد سخن محقق پرداخته و در رد آن نوشته است که، اصل بقای رهن با اصل صحت بیع هم، معارض است؛ زیرا همانطور که وقوع رهن مسلم است، وقوع بیع نیز مسلم است؛ ما در صحت بیع تردید داریم و اصل صحت بیع، تردید را از بین می‌برد؛ حتی در صورت تساقت این دو اصل، چون مالکیت راهن نسبت به مال مرهونه باقی مانده است نتیجه آن صحت و نفوذ تصرفات اوست.<sup>۲</sup> ایشان بعد از دفع و دخل‌های متعددی که بر

۱. ایشان تقدم قول مرتهن بر راهن را نظر مشهور دانسته و از بیان محقق کرکی، در جامع المقاصد نقل اجماع را استنباط کرده است.

۲. برای مطالعه نقد و تحلیل‌ها و پاسخ‌هایی که شهید ثانی در رد ایرادات احتمالی راجع به این تحلیل، مطرح کرده است، رش: شهید ثانی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۴، ص ۷۷ به بعد.

مطلب فوق وارد کرده، در نهایت مقرر داشته که به طور مسلم راهن نمی تواند بدون اذن مرتهن در مال مرهونه تصرف کند، و چون در وجود اذن مرتهن در زمان وقوع بیع، شک داریم، در واقع در تحقق شرط صحت بیع مال مرهونه، شک داریم، نه در وجود مانع، و برای اینکه «شرط» موثر بوده و موجب صحت مشروط باشد، باید علم به حصول آن داشته باشیم هرچند به مدد اصل، نه عدم علم به انتفاء یا عدم وجود آن. در مورد بحث، «رهن» که مانع صحت بیع مال مرهونه است، یقیناً وجود داشته والان نیز وجود آن استصحاب می شود، اما شرط لازم برای صحت بیع؛ یعنی اذن مرتهن، اگرچه یقیناً موجود است ولی وقوع آن در زمان بیع، نه به طور یقینی ثابت است و نه تعبدی و به مدد اصل استصحاب؛ بنابراین بقای وثیقه و عدم وقوع بیع صحیح را باید ترجیح داد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۷۸).

دو قرن بعد از شهید ثانی، شیخ یوسف بحرانی از فقیهان قرن دوازدهم، به استدلال های عقلی و بیان فروض مختلف تعارض اصول و دفع و دخل های مقدر ذکر شده از سوی شهید ثانی، خرده گرفته<sup>۱</sup> و به دلیل فقدان نص، مسئله را محل اشکال دانسته، و تمسک به تعلیل ها و استدلال های عقلی که هریک دارای معارض و قابل رد است را جایز ندانسته است. به اعتقاد وی مستنبط از آیات و روایات آنست که ادله احکام شرعی منحصر به کتاب و سنت است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۲۸۳-۲۸۴).<sup>۲</sup> در نهایت ایشان در این خصوص صراحتاً اظهار نظر نکرده است.

صاحب جواهر از فقیهان قرن سیزدهم با تأیید نظر مشهور و تقدم قول مرتهن بر راهن، به عدم صحت بیع حکم کرده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۲۶۴). ایشان با تأیید نظر شهید ثانی و بعد از اثبات تعارض بین اصل «عدم تقدم رجوع بر بیع» و اصل «عدم تقدم بیع بر رجوع» و تساقط آنها، اصل «بقای رهن» را بدون معارض دانسته و آنرا باقی و بیع را فاسد دانسته است (همان). ایشان به علاوه، شبهه تعارض بین این اصل و اصل «صحت بیع» را بی مورد دانسته و با این

۱. ایشان از بزرگان علمای اخباری، با مشی معتدل بوده و در تقوی و دانش وسیع، زبانزد خاص و عام است. مجادلات و مباحثات علمی وی با وحید بهبهانی، سردسته و رئیس اصولیون در قرن دوازدهم، مشهور است.  
 ۲. ایشان در این خصوص مقرر داشته اند: «.. وبالجملة فالمسألة محل اشکال لعدم النص فیها، و الرجوع الی هذه التعلیلات العقلیة، سیما مع تعارضها و تدافعها غیر جائز عندی؛ لما دلت علیه الآیات و الروایات من انحصار أدلة الأحکام الشرعیة فی الكتاب و السنة، و لأصحابنا فی هذا الباب فروع أكثر و فیها من البحث، طوینا ذکرها فی هذا الكتاب لما ذکرناه و الله العالم بحقائق أحكامه، و نوابه القانمون بمعالم حلاله و حرامه».

استدلال که «اصل صحت» مترتب بر «وقوع بیع با اذن مرتهن» است<sup>۱</sup> و وقتی معتقد به عدم آن باشیم، امکان استناد به اصل صحت وجود ندارد، در نتیجه، اصل «بقای وثیقه» بدون معارض باقی می ماند، استناد به اصل «صحت بیع» را مردود دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۲۶۵)؛ زیرا جریان اصل «بقای وثیقه» مشروط به «سبق رجوع از بیع» نیست، بلکه «بیع قبل از رجوع» مانع آنست که فرض، عدم آنست، و دست کم به وقوع آن علم نداریم و این کافی است (همان).

صاحب مصباح الفقیه از فقیهان متأخر (متوفای ۱۳۲۲ق) ضمن تأیید نظر مشهور و اعتقاد به فساد بیع، تقدم قول مرتهن، می نویسد ممکن است، بر مبنای اصل «بقای اذن مرتهن» تا زمان وقوع بیع، حکم به صحت بیع نمود، ولی در این صورت مصداق اصل مثبت است (همدانی، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۶۸۸)؛ زیرا شرط صحت بیع مال مرهونه، وقوع آن با اذن مرتهن است؛ این شرط یا به طور وجدانی (واقعی) و به مدد ادله شرعی، ثابت می شود؛ یا باید به طور تعبدی و به مدد اصل عملی، وجود آن را احراز کرد؛ در مورد بحث، دلیلی بر احراز این شرط وجود ندارد. از سوی دیگر بر مبنای اصل استصحاب نیز نمی توان آنرا ثابت کرد، مگر آنکه معتقد به حجیت اصل مثبت باشیم (همان).

در توضیح سخن وی باید گفت با اصل استصحاب، بقای اذن مرتهن تا زمان وقوع بیع ثابت می شود؛ اگرچه لازمه‌ی عقلی آن وقوع بیع با اذن مرتهن است، ولی این امر به وسیله اصل استصحاب ثابت نمی شود، مگر بر مبنای حجیت اصل مثبت.<sup>۲</sup> در حالی که اگر در اصل رجوع از اذن، تردید بود، با استصحاب بقای اذن، می توانستیم حکم به صحت بیع کنیم و مصداق اصل مثبت نبود (همان). در نهایت، ایشان بر مبنای عدم حجیت اصل مثبت، به فساد بیع حکم می کند. با فقدان نص قانونی همین حکم را باید در حقوق موضوعه تأیید کرد.

## عدم اثبات لوازم عقلی مترتب بر مالکیت و زوجیت در عقد فضولی،

۱. یعنی تا زمانی که یقین به وقوع بیع مرهونه، با اذن مرتهن نداشته باشیم، برای صحت بیع نمی توانیم به اصل صحت استناد کنیم. چنانکه در بیع فضولی، مادام که ثابت نشود بیع با اجازه مالک واقع شده، استناد به اصل صحت مجاز نیست. همچنین در مورد هبه که در آن قبض احراز نشده است؛ زیرا این امور شرط تحقق عقد هستند و باید با دلیل احراز شوند، و بدون احراز آنها عقد واقع نمی شود (خویی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۲۷۸-۲۷۹). به عبارت دیگر با اصل صحت نمی توان شرایط صحت عقد را که در وجود آن تردید است، احراز کرد.

۲. مستصحب: بقای اذن مرتهن تا زمان بیع ← لازمه عقلی آن: وقوع بیع با اذن مالک ← حکم شرعی مترتب بر آن: صحت بیع؛ ما با اصل استصحاب تنها مستصحب را می توانیم ثابت کنیم. اثبات لازم عقلی آن (وقوع بیع با اذن مرتهن) و به تبع آن، حکم شرعی صحت بیع، ثابت نمی شود، مگر با اعتقاد به حجیت اصل مثبت.

## مطابق نظریه کشف حکمی

### ۱. طرح موضوع

چنانکه می‌دانیم در معامله فضولی، در خصوص اثر اجازه مالک، و اینکه عقد را از زمان انعقاد نافذ می‌کند یا از زمان اعلان اجازه، در فقه و حقوق موضوعه دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد (ر.ک: انصاری، ۱۴۳۱، ج ۳، ص ۳۹۹/خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۱۷ به بعد/خویی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۱۳۳ به بعد/کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۱۲۷ به بعد). یکی از آن‌ها، نظریه «کشفی حکمی» است که طرفداران زیادی دارد. شیخ انصاری بعد از انتقاد به نظر اکثر فقیهان متقدم که «کشف حقیقی» را پذیرفته‌اند، و در تعدیل آن، نظریه «کشف حکمی» را مناسب‌تر به قواعد و اخبار دانسته، آن را مطرح و تأیید کرده است (انصاری، ۱۴۳۱، ج ۳، ص ۴۰۸-۴۰۹)<sup>۱</sup> و فقیهان بعد از شیخ از نظر او پیروی کرده‌اند. ظاهراً قانون مدنی نیز از همین نظریه پیروی کرده است (م. ۲۵۸ ق.م. کاتوزیان، ۱۳۶۶، ص ۱۲۷). نظریه «کشف حکمی» بدین معناست که اگرچه مالکیت مبیع به طور واقعی از زمان اعلان اجازه به مشتری منتقل می‌شود، اما به طور تعبدی، آثار مالکیت از زمان وقوع عقد ایجاد شود؛ یعنی مالکیت منتقل الیه نسبت به مبیع، از جهت آثار و احکام شرعی مترتب بر آن، تعبداً از زمان عقد ایجاد شود. به عبارت دیگر او را از زمان عقد به منزله مالک مبیع بدانیم و آثار حقوقی و شرعی مالکیت را تا حد امکان از آن زمان ایجاد کنیم. اما «کشف واقعی» به این معناست که مالکیت مشتری به طور واقعی از زمان انعقاد عقد ایجاد شود و تمام آثار آن نیز پذیرفته شود. حال این سؤال مطرح است که تعبد به «انتقال مالکیت مبیع از زمان عقد» تا چه حد منشأ اثر است؛ به عبارت دیگر آثار مالکیت تا چه میزان از زمان عقد ایجاد می‌شود. به طور قطع آثار شرعی بی‌واسطه مترتب بر مالکیت مشتری از زمان عقد ایجاد می‌شود، اما احکام شرعی که با واسطه مترتب بر مالکیت اند، نیز ثابت می‌شود؛ به عبارت دیگر هرگاه «مالکیت مبیع از زمان عقد» دارای آثار و لوازم عقلی بوده، و بر آن‌ها احکام شرعی مترتب باشد، آیا با تمسک به نظریه «کشف حکمی» و تعبد به وجود مالکیت از زمان عقد، آن لوازم عقلی و عادی مالکیت و احکام شرعی مترتب بر آن نیز ثابت می‌شود.

۱. «... و قد تبين من تضاعيف كلماتنا: أن الانسب بالقواعد والعمومات هو النقل، ثم بعده الكشف الحكمي...».



این مورد نیز مجرای اصل مثبت است و پذیرش و رد آن مستلزم اعتقاد به حجیت و عدم حجیت آن است (نایینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۹۳/همو، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۹۱/اراکی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۳۳۸/ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۸۳)؛ زیرا چنانکه گفته شد، مجرای «اصل مثبت» تنها اصل استصحاب یا اصول عملیه به معنای خاص نیست، بلکه در هر مورد که دلیلی مبتنی بر جعل و تنزیل بوده و نوعی تعبد در آن وجود داشته باشد؛ یعنی موضوعی که وجود ندارد، تعبداً و از حیث ترتب احکام شرعی، به منزله موجود فرض شود، بحث اصل مثبت مطرح است و این سؤال مطرح می‌شود که به وسیله دلیل تعبدی، لوازم عقلی و عادی آن موضوع و احکام شرعی مترتب بر آن نیز ثابت می‌شود یا خیر.

## ۲. نقد و تحلیل این فرع

مطابق نظریه «کشف حکمی»، مالکیت نمائات و منافع مبیع که یک حکم شرعی، و بی واسطه بر مالکیت عین مترتب است، از زمان عقد به منتقل الیه، مشتری، منتقل می‌شود و تردیدی در آن نیست و اگر جز این بود بر نظریه کشف حکمی اثری مترتب نبود و در واقع همان نظریه نقل بود، اما آیا بر مبنای کشف حکمی، لوازم عقلی مترتب بر مالکیت عین و احکام شرعی آن هم ثابت می‌شود. به عنوان مثال هرگاه مال کسی به طور فضولی فروخته شود و منتقل الیه بعد از انعقاد عقد و قبل از اجازه مالک، در موضوع معامله تصرفی انجام دهد مثلاً از آن بهره ببرد این اقدام او حرام و غیر مجاز است، و ضمانت اجرای تصرف در مال غیر را به دنبال دارد و اجازه بعدی مالک موجب اباحه آن نمی‌گردد (اراکی، ۱۴۱۵، ص ۳۳۷/ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۸۴/ حائری شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۳۴۸)؛ در حالی که لازمه عقلی تسری مالکیت به زمان عقد (درفرض اجازه)، اباحه تصرفات منتقل الیه در آن است؛ زیرا لازمه عقلی اثبات مالکیت منتقل الیه از زمان عقد، آنست که تصرف منتقل الیه در مبیع، تصرف در ملک خودش باشد، و حکم شرعی مترتب بر آن نیز اباحه و جواز است؛ پس با تسری اثر اجازه به زمان عقد باید تصرفات او مباح باشد، اما دلیل «کشف حکمی» آنرا ثابت نمی‌کند، مگر بر مبنای حجیت اصل مثبت؛ زیرا دلیل «کشف حکمی» مالکیت واقعی منتقل الیه از زمان عقد را ثابت نمی‌کند، بلکه از لحاظ احکام شرعی مترتب بر آن، آنرا تعبداً به منزله موجود در آن زمان، فرض کرده و به گذشته تسری می‌دهد، پس لوازم عقلی که مترتب بر وجود واقعی مالکیت هستند، ثابت نشده و احکام شرعی مترتب بر آن نیز ثابت نمی‌شود

(اراکى، ۱۴۱۵، ص ۳۳۷ / طباطبایى یزدى، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۸۴ / نایینى، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۹۳).  
 به عنوان مثال اگر زمان انعقاد عقد فضولى اول ماه بوده و زمان اجازه مالک روز دهم، هرگاه  
 مشتری نذر کرده که اگر اول ماه موضوع معامله را مالک شود، قربانى می کند، با پذیرش نظریه  
 کشف حکمى نذراو واجب نمى شود؛ زیرا موضوع نذر، «مالکیت» من حیث هو نیست که شامل  
 مالکیت تنزیلی هم بشود بلکه متعلق آن، مالکیت واقعی است (اراکى، ۱۴۱۵، ص ۳۳۸ / طباطبایى  
 یزدى، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۸۳).

براین اساس تصرفات حقوقی و معاملات منتقل الیه فضولى در مبیع که بعد از عقد و قبل از  
 اجازه مالک واقع شده، نباید با اجازه بعدى مالک نافذ گردد، یا حداکثر باید از زمان اجازه نافذ  
 باشد؛ زیرا نفوذ معاملات منتقل الیه منوط به آنست که معامله نسبت به ملک او باشد، در حالی که  
 نه با دلیل وجدانى، نه دلیل تعبدى ثابت نشده که معامله نسبت به ملک معامل واقع شده است؛  
 این امر اگرچه لازمه عقلی پذیرش مالکیت منتقل الیه از زمان عقد فضولى است، ولی چنانکه گفته  
 شد دلیل کشف حکمى یارای اثبات این لازم را ندارد. این حکم از نظریه فقیهان راجع به نظریه  
 «کشف حکمى» و تفاوت آن با «کشف حقیقى» قابل استنباط است (اراکى، ۱۴۱۵، ص ۳۳۸ /  
 نایینى، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۹۳)، اما قانون مدنى ایران، به طور مطلق مقرر داشته که در صورت وقوع  
 معاملات متعدد نسبت به مال غیر، با اجازه مالک نسبت به هر معامله، آن معامله و معاملات بعدى  
 نافذ می گردد (م. ۲۵۷ ق.م.). صرف نظر از ابهامی که در این ماده وجود دارد چه، این ماده زمان  
 نفوذ معاملات را بیان نکرده است که آیا زمان وقوع عقد است یا زمان تحقق اجازه، با توجه به آن  
 چه گفته شد به نظر می رسد باید آن ها را از زمان اجازه نافذ دانست.

### ۳. نقد و تحلیل فرع دیگر - مرتبط با موضوع

در این خصوص فرع دیگری در فقه مطرح است که تحقق اصل مثبت را آشکارتر می کند. هرگاه  
 شخصی خانمی را به طور فضولى به زوجیت مردی درآورد و قبل از اجازه و تنفیذ عقد نکاح از جانب  
 او، با مرد دیگری رابطه نامشروع برقرار نماید و بعد از آن، عقد نکاح تنفیذ گردد؛ در این فرض  
 اگر معتقد به نظریه «کشف» باشیم، آیا باید رابطه نامشروع خانم، را رابطه زن شوهردار (محصنه)  
 دانسته، او را مستحق رجم بدانیم، یا رابطه نامشروع زن بدون شوهر (غیر محصنه). در این فرض  
 اگر نظریه «کشف حقیقى» را بپذیریم، چون با اعلان اجازه، عقد نکاح از همان ابتدا حقیقتاً واقع

می‌شود و زوجیت او از زمان عقد ایجاد شده و او واقعاً از همان زمان شوهردار می‌شود، لازمه عقلی آن، آنست که رابطه نامشروع او با مرد اجنبی رابطه زن شوهردار بوده و حکم شرعی مترتب بر آن؛ یعنی رجم، نیز ثابت می‌شود، اما اگر اثر اجازه را «کشف حکمی» بدانیم، پاسخ منفی است؛ زیرا چنانکه گفته شد، معنای «کشف حکمی» آنست که ما زوجیت را از لحاظ احکام شرعی، تعبداً از گذشته، زمان عقد، موجود فرض می‌کنیم؛ اثر ایجاد تعبدی موضوع، در حدود احکام شرعی است که بی‌واسطه بر آن مترتب است. در اینجا احکام شرعی که بی‌واسطه بر «ثبوت زوجیت»، مترتب می‌شود استحقاق زن نسبت به نفقه و سایر آثار نکاح است، اما حکم شرعی رجم، موضوعش «برقراری رابطه نامشروع با زن شوهردار» است و اگر چه وجود این موضوع، لازمه عقلی اثبات «زوجیت زن از زمان عقد» است، ولی دلیل «کشف حکمی» یارای اثبات آن را ندارد (نایینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۹۳).<sup>۱</sup> به عبارت دیگر ما با دلیل تنزیل، زوجیت واقعی خانم از زمان ایجاب و قبول عقد را ثابت نمی‌کنیم تا آثار عقلی مترتب بر آن هم ثابت شود، بلکه آنرا از لحاظ آثار شرعی در حکم موجود دانسته و تعبداً آن را از زمان عقد موجود فرض می‌کنیم (اراکی، ۱۴۱۵، ص ۳۴۱/ نایینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۹۳)؛ براین اساس دلیل کشف حکمی این لازم و به تبع آن، حکم شرعی رجم که مترتب بر آن است را ثابت نمی‌کند مگر آنکه معتقد به حجیت اصل مُثَبَّت باشیم.

۱. «... وكذا الكلام في باب الاجازة، بناء على الكشف الحكمي؛ فان معنى الكشف الحكمي هو ترتيب خصوص الآثار المترتبة على تحقق الملكية او الزوجية من زمان العقد دون ما يلزم تلك الآثار، فلا يرجع الزاني بالمرأة قبل الاجازة بدعوى: أنه يكون من زناء بذات البعل؛ لأن الاجازة تكشف عن كون المرأة كانت زوجة للمجيز من حين العقد. فان الاجازة بناء على كشف الحكمي لا تقتضي أزيد من ترتيب آثار الزوجية من زمان العقد، وأما كون المرأة ذات بعل - ليكون الزنا بها زناء ذات بعل - فهو مما لا تقتضيه الاجازة، الا على القول بالكشف الحقيقي، فتأمل جيداً»؛ همچنین رش: میرزای نائینی، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۲، ص ۹۱/ اراکی، ۱۴۱۵ هـ ق، ص ۳۴۱: «والتحقيق ان لسان التنزيل قاصر عن اثبات اللوازم العقلية والعادية والآثار الشرعية المترتبة بتوسطها، ويسمون الاصل الجارية لاثباتها، مُثَبَّت».

## اختلاف در ماهیت حقوقی رابطه بین مالک عین و منتفع: اجاره یا عاریه؟

### ۱. مبنای اختلاف نظر

هرگاه شخصی با اذن مالک، از مال او منتفع شود، سپس بین او و مالک اختلاف شود؛ مالک مدعی باشد که او در قالب اجاره منتفع شده و باید اجرت بپردازد، اما منتفع مدعی عاریه بوده و معتقد باشد نباید چیزی به مالک بدهد؛ در صورتی که دلیلی وجود نداشته باشد اصل، چه اقتضائی دارد. این مسئله در فقه ذیل فرع «انتفاع از مرکب غیر» مطرح شده است.

شیخ طوسی در کتاب خلاف معتقد است بر مبنای اصل برائت باید حق را به راکب (منتفع) داد، و مالک را ملزم کرد تا با دلیل، وجود اجاره را ثابت کند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۳۸۸).<sup>۱</sup> محقق حلّی در کتاب شرایع، ابتدا با نظر شیخ موافقت کرده، اما در ادامه نظر مخالف را ترجیح داده، معتقد است که قول مالک در عدم عاریه، مقدم است، اما منتفع باید اجرت المثل بپردازد نه اجرت المسمی (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۳۹). ایشان دلیلی بر نظر خود اقامه نکرده است. علامه حلّی نیز در تذکره بدون استدلال نظر شیخ را تأیید کرده است (علامه حلّی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۱۹۶).

شهید ثانی در کتاب مسالک، به تحلیل مبنای نظر شیخ و پیروان او پرداخته و بیان داشته که طرفین در اصل استحقاق و جواز انتفاع توسط منتفع، اتفاق نظر دارند، اما مالک مدعی است که باید عوض آنرا بپردازد و او منکر آنست؛ چون اصل، عدم وجوب پرداخت عوض و برائت ذمه منتفع است؛ این مالک است که باید دلیل اقامه کرده و وجوب پرداخت عوض را ثابت کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۱۶۴-۱۶۵)، اما در ادامه از این نظر شیخ انتقاد کرده و مقرر داشته، چون منافع اموال، همانند اعیان بالاصاله به مالک تعلق دارد، پس ادعای منتفع در استحقاق انتفاع مجانی، برخلاف اصل عدم تبرع و احترام مال غیر است (همان). ایشان برخلاف گذشتگان، اظهار داشته که، بر مبنای اصل عدم عاریه (عدم مجانی بودن انتفاع) ممکن است، ادعای منتفع رد شود ولی

۱. ایشان در کتاب مزارعه از همان کتاب خلاف، در مورد اختلاف بین صاحب زمین و مزارع، مبنی بر عاریه یا اجاره بودن رابطه آن‌ها، معتقد است که باید قرعه انداخت (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۵۲۱)؛ ابن ادریس از فقیهان بعد از شیخ نیز معتقد به قرعه است (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۳۲).

ادعای مالک مبنی بر وجود اجاره هم ثابت نمی‌شود (همان)<sup>۱</sup>؛ بنابراین منتفع باید اجرت المثل بپردازد، نه اجرت المسمی (همان)، اما در فرضی که ادعای مالک مبنی بر اجرت المسمی کمتر از اجرت المثل باشد، به نظر شهید ثانی مشکل است بتوان منتفع را به پرداخت اجرت المثل محکوم کرد؛ زیرا خود مالک معترف به عدم استحقاق خود نسبت به زائد بر اجرت المسمی است.<sup>۲</sup>

## ۲. نقد و تحلیل این فرع

به نظر می‌رسد نظریه‌های مطرح شده در این خصوص مبتنی بر پذیرش اصل مثبت بوده و فقیهان متقدم در تحلیل این فرع ناخواسته، در دامن «اصل مثبت» سقوط کرده اند. چنانکه برخی از متأخران به این نکته اشاره کرده‌اند. توضیح آنکه در مورد بحث، نزاع اصلی بین طرفین در ماهیت سبب و منشأ استیلائی منتفع بر مال غیر است؛ مالک آنرا اجاره و منتفع آنرا عاریه می‌داند. در این جا محل جریان دو اصل متعارض است؛ از یک سو، اصل «عدم اجاره»، به نفع منتفع جاری است، از سوی دیگر اصل «عدم عاریه» به نفع مالک جریان دارد. مدلول این دو اصل با یکدیگر متفاوت است؛ جریان اصل «عدم عاریه» وقتی در اثبات ادعای مالک، اجاره، موثر است که یا عقد اجاره ثابت شود، یا حرمت منافع به‌عنوان مال مالک؛ اما اثبات آن‌ها به‌وسیله اصل «عدم عاریه» مصداق «اصل مثبت» بوده و نمی‌توان ملتزم به آن شد، مگر بر مبنای اعتقاد به حجیت اصل مثبت (نجم‌آبادی، ۱۴۲۱، ص ۴۳۸)؛ زیرا چنانکه در جای خود ثابت شده، و در تحلیل فروع قبل از مشاهده شد، اثبات یکی از ضدین از طریق نفی ضد دیگر، مصداق اصل مثبت است<sup>۳</sup> (انصاری، ۱۴۳۱، ج ۴، ص ۲۷۸/رشتی، ۱۴۰۷، ص ۵۴۹)، اما نتیجه «اصل عدم اجاره» که به نفع منتفع جاری می‌شود نیز، اثبات عقد عاریه، یا عدم ضمان منتفع نیست؛ زیرا «عدم ضمان»، اثر «اذن در انتفاع مجانی»، عاریه، است و این امر اگرچه لازمه عقلی «عدم اجاره» است، ولی اصل عدم اجاره، آنرا ثابت نمی‌کند، مگر بر مبنای اصل مثبت (نجم‌آبادی، ۱۴۲۱، ص ۴۳۹).

۱. به نظر می‌رسد، این نظر شهید ثانی، در حقیقت مبتنی بر عدم حجیت اصل مثبت است، اگرچه شهید صراحتاً آنرا بیان نکرده است ولی مبنای سخن وی همان است.

۲. ایشان در ادامه، استدلال‌ها و نقدهای دیگری را مطرح می‌کند که چون از بحث خارج است، از ذکر آن خودداری می‌شود. برای مطالعه‌ی آن به کتاب مسالک، ج ۵، ص ۱۶۵ به بعد رجوع شود. تقدم قول مالک بر منتفع از سوی صاحب جواهر نیز تأیید شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۱۹۶ به بعد).

۳. «اثبات الضد بنفی ضده الاخر، اصل مثبت».

## سایر موارد کاربرد اصل مثبت

مصادیق جریان اصل مثبت در فقه اسلامی و حقوق موضوعه متعدد است؛ برخی از آن‌ها به صراحت از سوی متأخران بیان شده هرچند در کتب متقدمان، به آن تصریح نشده است. بررسی و تحلیل تمام آن‌ها در یک مقاله ممکن نیست و خوانندگان را به آن منابع ارجاع می‌دهیم (ر.ک: انصاری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۶۶۲ به بعد/ خویی، ب، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۷۸ به بعد)، اما بدون بررسی و صرفاً از باب یادآوری، برخی مصادیق دیگر این مسئله که در حقوق موضوعه نیز مطرح است در ذیل بیان می‌شود:

۱- با صدور حکم موت فرضی غایب مفقودالأثر، او در حکم متوفی فرض شده، اموال او بین ورثه‌اش تقسیم می‌شود، ولی با وجود اینکه رها شدن زوجه و امکان ازدواج مجدد او نیز لازمه عقلی مرگ شوهر است، با حکم موت فرضی ثابت نمی‌شود، مگر بر مبنای اصل مثبت. به این دلیل در فقه و حقوق موضوعه مقرر شده که زوجه غایب مفقودالأثر، حتی در صورت صدور حکم موت فرضی، اگر بخواهد ازدواج مجدد کند باید طلاق بگیرد (مستنبط از ماده ۱۰۲۹ ا.ق.م.).

۲- دیه مقتول، از جهت اینکه دیون مجنی‌علیه باید از محل آن پرداخت شود و نیز اجرای وصایای او، در حکم اموال مجنی‌علیه و ترکه است، ولی امکان اسقاط آن قبل از فوت، با وجودی که لازمه عقلی آنست، ثابت نمی‌شود، مگر بر مبنای اصل مثبت.

۳- هرگاه مردی غایب شود و حیات و ممات او مشخص نباشد، با استصحاب بقای حیات، او را زنده فرض می‌کنیم و احکام حقوقی و شرعی بی‌واسطه مترتب بر حیات او نیز ثابت می‌شود؛ از جمله اموال او تقسیم نمی‌شود و زوجه او حق ازدواج مجدد ندارد مگر بعد از طلاق؛ ولی اگر زوجه رابطه نامشروع با غیر برقرار کند، رابطه او، رابطه زن شوهردار (محضنه) نیست، مگر بر مبنای اصل مثبت؛ زیرا اینکه ارتباط زن غایب مفقودالأثر با مرد اجنبی، رابطه زن شوهردار تلقی شود، لازمه عقلی استصحاب حیات غایب مفقودالأثر است که با اصل استصحاب ثابت نمی‌شود.

۴- هرگاه دو نفر که بین آنها رابطه خویشاوندی و توارث وجود دارد، فوت کنند و تاریخ فوت یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، برخی فقیهان بر مبنای اصل تأخر حادث، حیات شخص مجهول التاریخ را تا زمان فوت معلوم التاریخ استصحاب کرده در نتیجه، وراثت او از متوفی را ثابت می‌دانند (حسینی عاملی، [بی‌تا]، ج ۶، ص ۲۵۷/ آشتیانی، ۱۳۶۹، ص ۴۷۲/ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۳۰، ص ۲۶۵/ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۵۱۲/ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۴۹۳). قانون مدنی

نیز در ماده ۸۷۴ از این نظر پیروی کرده است؛ اما به نظر می‌رسد که مورد، مصداق اصل مثبت بوده و وراثت هیچ کدام از یکدیگر ثابت نمی‌شود (اراکلی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۳۴۲/رشتی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۳۰۵)؛ زیرا آن چه موضوع حکم ارث است، «فوت مورث در زمان حیات وارث» است، اما با استصحاب تنها «حیات شخص» ثابت می‌شود و لازمه عقلی حیات شخص، «فوت مورث در زمان حیات او» است، اما اصل استصحاب توان اثبات آن را ندارد مگر بر مبنای اصل مثبت (رشتی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۳۰۵).

## نتیجه

به عنوان نتیجه از مباحث مطرح شده باید گفت:

۱. مؤدای اصول عملیه جعل و تعبد به وجود حکم است، نه اثبات واقعی آن؛ بر این اساس مجرای اصول عملیه احکام شرعی هستند؛ زیرا تنها احکام در اختیار شارع بوده و قابل جعل و اعتبارند، اما اصول عملیه ممکن است در موضوعات نیز به کار روند؛ جریان اصول در موضوعات به معنای ترتب آثار و احکام شرعی مرتب بر آن موضوع است نه اثبات یا ایجاد واقعی موضوع؛ به عبارت دیگر با پذیرش احکام شرعی مرتب بر آن موضوع، آن را به منزله موجود فرض می‌کنند.
۲. بر این اساس مدلول و قدرت اثباتی اصول عملیه محدود به همان اثر شرعی است که بی‌واسطه بر آن موضوع مرتب می‌شود؛ هرگاه آن موضوع دارای لازم، ملزوم یا ملازم عقلی و عادی باشد، اصل عملی قدرت اثبات آن را ندارد، در نتیجه احکام شرعی که به واسطه آن لوازم و ملزومات بر موضوع مرتب می‌گردند نیز، ثابت نمی‌شود.
۳. دلیل این حکم به مؤدی و مفهوم ادله اصول عملیه و مبنای پذیرش حجیت آن‌ها برای اثبات حکم شرعی بر می‌گردد. مبنای پذیرش اصول عملیه، تعبد است و چون، یک امر استثنایی و خلاف اصل است؛ یعنی اصول جز در موردی که دلیلی بر اعتبار آن‌ها وجود دارد، حجت نیستند، تعبد را باید در حد امکان و تا آن حدّ که در اختیار جاعل و متعبد است، حجت دانست.
۴. لوازم و ملزومات عقلی و عادی یک موضوع، امری اعتباری نیستند که از سوی شارع و با تنزیل و تعبد به وجود موضوع آن‌ها (مؤدای اصل) تعبداً پذیرفته شوند. این لوازم خود موضوع حکم شرعی هستند و اصولاً موضوعات، قابل جعل از سوی شارع نیستند، بلکه شارع صرفاً از جهت ترتب احکام شرعی مرتب بر آن موضوعات، آن‌ها را به منزله موجود فرض می‌کند؛ بر این اساس،

این لوازم، نه حکم شرعی هستند که مترتب بر موضوع باشند و به آن اعتبار تعبداً ثابت شوند و نه به عنوان یک موضوع حکم شرعی، خود مستقلاً متعلق و مؤدای یک اصل عملی قرار گرفته‌اند که تعبداً و برای اثبات حکم شرعی، موجود فرض شوند. بنابراین با جریان اصل استصحاب در موضوع، تنها احکام شرعی که بی واسطه لوازم و ملزومات عقلی و عادی، بر آن (مستصحب) مترتب هستند، تعبداً ثابت می‌شود، اما آن دسته از احکام شرعی که با واسطه آن لوازم و ملزومات عقلی و عادی بر موضوع (مستصحب) مترتب است، ثابت نمی‌شود.

۵. این قاعده درگذشته برای فقیهان ناشناخته بوده، درکتب آن‌ها مطرح نشده است. نخستین بار شیخ جعفرکاشف الغطاء در قرن ۱۳ آن را مطرح کرده و بعداً توسط شیخ انصاری در کتاب الرسائل به عنوان یکی از مباحث اصولی مطرح و شرح بسط داده شد. اصولیون بعد از شیخ انصاری نیز از او پیروی کرده و اکنون به عنوان یک قاعده اصولی یکی از مباحث اصول فقه را تشکیل می‌دهد. اگرچه در بین متقدمان فروعی وجود دارد که فقیهان به گونه‌ای فتوی داده‌اند که اثر آن پذیرش اصل مثبت است، ولی فتاوائی هم وجود دارد که حاکی از آن است که فقیهان متقدم، به ویژه از زمان شهیدین، به این قاعده توجه داشته‌اند، هر چند آنرا به زبان نیاورده‌اند.

۶. این بحث بسیار ظریف، دقیق و پیچیده است و باتسلط بر آن و فهم مبانی آن، بسیاری از احکام و فروعات فقهی - حقوقی که در گذشته مسلم فرض شده، قابل نقد به نظر رسیده و التزام به آن احکام مستلزم پذیرش اصل مثبت است. فروع فقهی - حقوقی زیادی مطرح است که مصداق اصل مثبت است و حکم آن‌ها بعضاً بدون توجه به این امر و بر مبنای حجیت اصل مثبت بیان شده که با اعتقاد به عدم حجیت آن، تغییر می‌کند. در واقع در بسیاری از موارد صاحب نظران به دلیل غفلت از این بحث ناخواسته در دامن اصل مثبت افتاده‌اند. در این مقاله چندین فرع مهم و کاربردی در فقه و حقوق موضوعه بررسی و تحلیل شده که مطالعه آن‌ها موجب روشن شدن زوایای مبهم این بحث می‌شود و تمرینی برای فهم بهتر این قاعده از سوی قضات و حقوقدانان خواهد بود. اختلاف در تاریخ فوت مورث و در نتیجه وراثت وارث تازه مسلمان شده، اختلاف در مورد سبب فوت مجنی علیه بعد از اصابت ضربه (گلوله) به او و این که به سبب اصابت گلوله بوده یا علت دیگر، تلف مال غیر در ید دیگری و اختلاف مالک و ذی الید در ضمان و عدم آن، اختلاف در مورد ماهیت حقوقی رابطه بین مالک عین و منتفع و این که اجاره یا عاریه است و اختلاف در صحت بیع مرهونه از سوی راهن به دلیل اختلاف در اذن مرتهن و... مواردی است که در این مقاله به تفصیل



بررسی و تحلیل شده و با قاعده «اصل مثبت» تطبیق داده شده و حکم آن بر مبنای عدم حجیت این اصل بیان شده است.

## منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن؛ بحرالفوائد؛ ج ۳، چ ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۳ق.
۲. آشتیانی، میرزا محمدحسن؛ کتاب القضاء؛ ج ۱، تهران: چاپخانه نگین، ۱۳۶۹ق.
۳. اراکی، محمدعلی؛ کتاب البیع؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ق.
۴. انصاری، مرتضی؛ فرائد الأصول (الرسائل)؛ ج ۱ و ۲، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، [بی تا].
۵. بجنوردی، سیدحسن؛ منتهی الأصول؛ ج ۲، قم: کتابفروشی بصیرتی، [بی تا].
۶. بحرانی، یوسف؛ حدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ تحقیق محمدتقی ایروانی؛ ج ۲۵، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۰۵ق.
۷. تبریزی، جواد؛ تنقیح مبانی الأحكام - کتاب الفصاح؛ ج ۲، قم: دار صدیقة الشهيدة □، ۱۴۲۶ق.
۸. حائری شیرازی، سیدمحمدکاظم؛ فقه العقود؛ ج ۲، چ ۳، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۸ق.
۹. حائری یزدی، عبدالکریم؛ در الفرائد (تقریرات درس اصول سیدمحمد فشارکی)؛ ج ۲، قم: انتشارات مهر، [بی تا].
۱۰. حسینی شیرازی، سیدمحمدصادق؛ التعليقات على شرائع الإسلام؛ ج ۳، قم: انتشارات استقلال، ۱۴۲۵ق.
۱۱. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد؛ مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة؛ ج ۶، چ ۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی، [بی تا].
۱۲. حسینی میلانی، سیدعلی؛ تحقیق الأصول (تقریرات اصول آیت الله وحید خراسانی)؛ ج ۱، چ ۲، قم: انتشارات حقایق، ۱۴۲۸ق.
۱۳. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية؛ تحقیق ابراهیم بهادری؛ ج ۵، چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق □، ۱۴۲۰ق.

۱۴. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱۶، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت □، ۱۴۱۴ق.
۱۵. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ قواعد الأحكام فی مسائل الحلال والحرام؛ تحقیق گروه پژوهشی دفتر انتشارات اسلامی؛ ج ۳، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۶. حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ تحقیق عبدالحسین محمدعلی؛ ج ۴، چ ۲، قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۷. خمینی، سیدروح الله؛ مناهج الوصول؛ ج ۱، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی □، ۱۴۱۵ق.
۱۸. خویی، سیدابوالقاسم (الف)؛ مبانی تکملة المنهاج (موسوعة الإمام الخوئی)؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ق.
۱۹. خویی، سیدابوالقاسم (ب)؛ مصباح الأصول؛ ج ۳، چ ۱، قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۲۲ق.
۲۰. خویی، سیدابوالقاسم؛ دراسات فی الأصول (تقریرات درس اصول)؛ تقریر سیدعلی هاشمی شاهرودی؛ ج ۴، چ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۲۱. رشتی، میرزاجیب الله؛ فقه الإمامیه (قسم الخيارات)؛ چ ۱، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۰۷ق.
۲۲. رشتی، میرزاجیب الله؛ کتاب القضاء؛ تحقیق سیداحمد حسینی؛ چ ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۱ق.
۲۳. روحانی، سیدمحمدحسین؛ متقی الأصول (تقریرات درس اصول)؛ تقریر عبدالصاحب حکیم؛ ج ۶، چ ۱، قم: انتشارات امیر، ۱۴۱۳ق.
۲۴. سبزواری، سیدعبدالأعلى؛ مهذب الأحكام؛ ج ۳۰، چ ۴، بیروت: مؤسسة المنار، ۱۴۱۳ق.
۲۵. صدر، سیدمحمدباقر؛ دروس فی علم الأصول؛ ج ۲، چ ۸، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۳۰ق.
۲۶. طباطبایی حکیم، سیدمحسن؛ حقائق الأصول؛ ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات بصیرتی، ۱۴۰۸ق.

۲۷. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم؛ تکملة العروة الوثقى؛ تحقیق سید محمد حسین طباطبائی؛ ج ۲، چ ۱، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ق.
۲۸. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم؛ حاشیة الكتاب المکاسب؛ ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه طيبة لإحياء التراث، ۱۴۲۹ق.
۲۹. طباطبائی حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقى؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
۳۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن؛ الخلاف؛ تحقیق علی خراسانی و همکاران؛ ج ۳، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۳۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامیة؛ ج ۸، چ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
۳۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالك الأفهام فی تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۵ و ۱، چ ۱، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۳۳. عاملی، میرزا هاشم؛ مجمع الأفكار (تقریرات درس اصول)؛ تقریر محمد علی اسماعیل پور؛ ج ۴، چ ۱، قم: چاپخانه علمیہ، ۱۳۹۵ق.
۳۴. عراقی، سید ضیاء الدین؛ کتاب القضاء؛ تصحیح محمد هادی معرفت؛ ج ۱، قم: چاپخانه مهر، [بی تا].
۳۵. فاضل لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة، الطلاق والمواریث؛ ج ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار □، ۱۴۲۱ق.
۳۶. فاضل ہندی، محمد بن حسن؛ كشف اللثام والإبہام عن القواعد؛ تحقیق گروہ پژوهشی دفتر انتشارات اسلامی؛ ج ۱۰، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳۷. فیاض کابلی، محمد اسحاق؛ منهاج الصالحین؛ ج ۳، [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۳۸. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، چ ۱، تهران: انتشارات بہنشر، ۱۳۶۶.
۳۹. کاظمی، محمود؛ «نظریہ اصل مثبت: مطالعه قلمرو اثباتی اصول عملیہ»، پژوهشنامہ انتقادی مطالعه متون و برنامه های علوم انسانی؛ ش ۱۲، زمستان ۱۳۹۸، ص ۲۷۵-۲۹۸.
۴۰. گلپایگانی، سید محمد رضا؛ إفاضة الفوائد؛ ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات دارالقرآن الکریم،

۱۴۱۰ق.

۴۱. مظفر، محمدرضا؛ أصول الفقه؛ ج ۲، چ ۲، نجف: دارالنعمان، ۱۳۸۶ق.
۴۲. موسوی تبریزی، میرزاموسی؛ أوثق الوسائل فی شرح الرسائل؛ قم: انتشارات کتاب نجفی، ۱۳۶۹.
۴۳. نایینی، میرزاحسین؛ أجودالتقریرات (تقریرات درس اصول)؛ تقریر سیدابوالقاسم خویی؛ ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات مصطفوی، ۱۳۶۸.
۴۴. نایینی، میرزاحسین؛ المكاسب والبيع؛ ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۴۵. نایینی، میرزاحسین؛ فوائدالأصول (تقریرات درس اصول)؛ تقریر شیخ محمدعلی کاظمی؛ ج ۴، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۴۶. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالكلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۵، ۳۹ و ۴۰، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

۲۶۱

۴۷. نجفی، محمدرضا؛ وفاة الأذهان؛ چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۲۳ه.ق.
۴۸. نجم آبادی، میرزا ابوالفضل؛ الرسائل الفقهية (تقریرات دروس میرزاحسین نایینی و آقاضیاءالدين عراقی)؛ چ ۱، قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا، ۱۴۲۱ق.
۴۹. همدانی، آقارضا؛ مصباح الفقيه؛ ج ۱۴، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ه.ق.