هو العلیم

اصل مثبت و اعتبار لوازم جدانشدنی استصحاب

نقد دیدگاه نائینی درباره ضمان و رضایت مالک

سلسله دروس خارج اصول فقه ـ باب عام و خاص ـ

جلسه شصتم

استاد

آیت‌الله حاج سید محمدمحسن حسینی طهرانی

قدس‌الله‌سرّه

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم
بسم الله الرحمن الرحيم

تمسک به عام و ضمان ید مشکوک

بحث در مورد تمسک عام در شبهه مصداقیه بود. عرض شد که خلافاً لنائینی[1] و مرحوم آقا ضیاء[2] و بعضی از متأخرین و وفاقاً لشیخ[3]، تمسک به عام در شبهۀ مصداقیه بلامانع است. آن‌طور که به‌نظر می‌رسد، بحث به اینجا رسید که بعضی از فروعی که مطرح شده، ممکن است تخیل بشود به‌واسطۀ تمسک به عام، حکم به این فرع داده شده است؛ مانند شک در غصبیت یا عدم غصبیت ید که همه فرموده‌اند در اینجا وجوب ضمان است. بعضی می‌گویند که این مسئله از مصادیق تمسک به عام «**علی الید ما أخذت حتی تؤدّی**»[4] است و در صورت شک بین عدوان و عدم عدوان، علی الید

---

۱ رجوع شود به فوائد الاصول، ج ۲، ص ۵۲۸.
۲ رجوع شود به نهایة الأفکار، ج ۲، ص ۵۲۳.
۳ رجوع شود به مطارح الأنظار، ج ۲، ص ۱۴۳.
٤ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۴، ص ۸.

شامل مانحن‌فیه می‌شود.

استصحاب عدم اذن مالک در بیان نائینی

مرحوم نائینی در اینجا بیانی دارند؛ ایشان می‌فرمایند که در مانحن‌فیه چون ما یک اصل موضوعی داریم، حکم به ضمان می‌کنیم؛ نه از باب تمسک به عام. آن اصل موضوعی ما عدم اذن مالک یا رضای مالک است که به‌واسطهٔ استصحاب، حکم به غصبیت می‌شود.[1]

تقسیم قید به عوارض ذات و امور مقارن

و بعد بیانی در اینجا دارند که تعرض به آن بیانشان خالی از لطف نیست. می‌فرمایند که ما در عنوان مقیِّد و مخصص، ممکن است آن قید را از عوارض آن ذات که همان عام است قرار بدهیم و ممکن است آن قید را از لواحق و مقارنات آن ذات که در عمود زمان با آن ذات هستند قرار بدهیم؛ نه اینکه آن قید جزء لوازم آن ذات و نعوت حقیقی آن ذات باشد و به‌عبارت‌دیگر مقسِّم آن ذات باشد.

عدالت و فسق در تقسیم عالم

---

۱ فوائد الاصول، ج ۲، ص ۵۲۹.

من‌باب‌مثال در باب «أکرم العالم»، ممکن است که عالم به عادل و فاسق تقسیم بشود. این عدل و فسق دو نعت حقیقی هستند که عارض بر این محل شدند که آن محل همان عالم است و آن عالم را تقسیم می‌کنند به عادل و فاسق؛ یک وقت ممکن است این‌طور باشد. مثال دیگری هم که می‌زنند قرشیه و غیر قرشیه است که اینها از عوارض لاینفکی ذات هستند. (حالا فرق بین مثال قرشیه و غیر قرشیه و بین مثال عالم عادل و فاسق دیگر بماند .)

شرایط مقارن و اجتماع آنها با موضوع

ایشان می‌فرمایند و بعضی از اوقات مانند اجتماع بعضی از نعوت است که این یا از امور اتفاقیه است یا از امور دائمیه است، ولی ربطی به ذات ندارد؛ مثل اینکه شما اکرام عالم را منوط به مجیء زید کنید یا مربوط به طلوع شمس کنید یا مربوط به فوران ماء فرات کنید که اینها از امور متقارنه هستند؛ حالا یا مانند طلوع شمس دائمیه است یا مانند مجیء زید و تولد عمرو اتفاقیه است. اینها ذات را تقسیم می‌کنند، اما عارض بر ذات نیستند؛ اینها از امور

مقارنهٔ با تحقق این ذات هستند.[1]

نقد تقسیم ذات بر پایه امور مقارن

صحبتی که در این مثالی که ایشان می‌فرمایند، هست (حالا صرف‌نظر از مطالب دیگر)، این است که در اینجا شما مجیء زید و طلوع شمس را از امور عارضهٔ بر ذات می‌دانید که اینها مقارن ذات هستند، ولی مقسِّم ذات نیستند. چگونه هم‌چنین مطلبی را شما می‌توانید بفرمایید؟! در اینجا وجود زید و فوران ماء فرات یا طلوع شمس که ذات را تقسیم نمی‌کند؛ اینها در اینجا حکم را تقسیم یا تقیید می‌کنند. مخصَّص ما در اینجا عالم نیست؛ بلکه مخصَّص در اینجا اکرام است. متکلم اکرام عالم را به مجیء زید منوط می‌کند و این به عالم چه مربوط است؟! به عالم کاری ندارد.

تقیید اکرام به جای تقسیم عالم

در آن مثال اوّل خود عالم به عادل و فاسق تقسیم می‌شد؛ اما در این مثال، عالم به مجیء زید و یا فرض کنید به طلوع شمس تقسیم نمی‌شود؛ چون

---

۱ فوائد الاصول، ج ۲، ص ۵۳۰.

اینها عوارض یا جواهر حقیقیه هستند که در اینجا متکلم بر حسب اتفاق اینها را با اکرام عالم قرین قرار داده یا مشروط کرده است. پس اینکه شما می‌فرمایید که مجیء زید، عالم را در اینجا تقسیم می‌کند، این صحیح نیست.

و اینکه شما می‌فرمایید گرچه در اینجا این مخصص است، ولی عالم تقسیم نمی‌شود؛ ما می‌گوییم اصلاً بحث ما مربوط به عالم نیست؛ بحث ما در اینجا مربوط به اکرام است و خود اکرام یا عام است و یا مطلق است. بنابراین چه اشکالی دارد که اکرامی که مطلق است، منقسم بشود به موارد عدیده‌ای که از جملهٔ آن موارد مجیء زید و عدم مجیء زید و طلوع شمس و فوران ماء باشد و بعد متکلم یکی از اینها را قید بزند؟ پس این به عالم مربوط نیست. این اوّلاً.

اصل مثبت و موضوعات بسیط در دیدگاه نائینی

بعد شما در اینجا می‌فرمایید که اگر این امور از امور متقارنه باشد، چون مفاد اینها مفاد لیس تامّه است و اینها مانند عدل یا فسق بر خود آن ذات

موضوع عارض نمی‌شوند، در اینجا ما می‌توانیم با استصحاب عدم یا وجود یکی از این نعوت، یک موضوع مؤثری را در اینجا ایجاد کنیم که آن ذی‌اثر باشد؛ البته ایشان در این زمینه می‌فرمایند چنانچه آن اصل موضوع ما از موضوع‌های ذی‌اثری باشد که عنوان آن عنوان بسیط است و اگر ما به‌واسطهٔ اصل بخواهیم این موضوع ذی‌اثر را احراز کنیم، در اینجا اصل مثبت پیش می‌آید؛ نمی‌شود این اصل در اینجا عملی بشود و اگر خود احراز آن موضوع بدون ایجاد اصل مثبت باشد، همین استصحاب عدمی که در اینجا ممکن است مؤثر باشد، در آنجا لازم می‌آید و در آنجا بلامانع است.

اقتدای مأموم و استصحاب عدم رفع رأس امام

من‌باب‌مثال در قبلیت و بعدیت یا در تقدم و تأخر، اگر ما با اجرای اصل‌مان قبلیت یا بعدیت را احراز کردیم، فرض کنید در روایات داریم که اگر مأموم قبل از رفع رأس امام از رکوع به امام برسد، نماز او صحیح است و رَکعَهٔ واحده محسوب می‌شود. حالا اگر مأموم استصحاب عدم رفع رأس

امام را از رکوع کرد، آیا قبلیت اثبات می‌شود؟ وقتی که مأموم به رکوع رفته است، شک می‌کند که آیا امام از رکوع بلند شده بود یا بلند نشده بود. استصحاب عدم رفع رأس امام، قبلیت ایتمام مأموم را به امام اثبات می‌کند. آیا در اینجا اصل مثبت لازم نمی‌آید که با استصحاب عدم رفع رأس امام، اثبات قبلیت می‌شود و قبلیت از موضوعات بسیطهٔ ذی‌اثر است که بر آن حکم شرعی مترتب است؟

استصحاب حیات جنین و سهم ارث

یا من‌باب‌مثال می‌گویند اگر جنین درحالی‌که حیّ است به دنیا بیاید و بعد از دنیا برود، «یُعزل نصیبُه من الورثه.» حالا جنینی به دنیا آمده است و در حیات و عدم حیاتش شک می‌کنیم؛ استصحاب حیات جنین در اینجا اقتضاء می‌کند که این حیات استدامه داشته است تا حال ولادت. پس در حال ولادت این جنین حیّ بوده است. آیا ما با استصحاب می‌توانیم حالیت حیات جنین را اثبات کنیم تا آن اثر شرعی که عزل نصیب جنین است، محفوظ باشد یا نه، این در اینجا اصل مثبت است؟

منع استصحاب مولد عنوان بسیط

ایشان می‌فرمایند در این موارد ما نمی‌توانیم [استصحاب جاری کنیم]؛ یعنی در موردی که آن عنوان مقیِّد ما که مخصص است، جزء عناوین بسیطه‌ای باشد که وجود اینها به‌واسطهٔ اجتماع اجزاء در عمود زمان حاصل می‌شود و به‌واسطهٔ استصحاب این اجزاء، موضوع اثر بسیطی متولد می‌شود که قبلیت و بعدیت باشد، تقدم و تأخر باشد، حیات و عدم حیات باشد، ما نمی‌توانیم استصحاب جاری کنیم. اینها همه از موضوعاتی هستند که در ظرف زمان متولد می‌شوند. استصحاب حالتی که موجب بشود این موضوعِ ذی‌اثر متولد بشود، این می‌شود اصل مثبت و ما نمی‌توانیم اصل مثبت را اجرا کنیم.

اثبات ضمان با احراز استیلا و عدم اذن

اما اگر این استصحاب به مفاد لیس تامّه بتواند یک عنوان بسیطی را که خود آن عنوان بسیط موجب موضوع ذی‌اثر نیست، خود آن عنوان بسیط را بخواهد استصحاب کند، در این صورت این استصحاب و این اصل چه اشکالی دارد؟! این مانعی ندارد و مانحن‌فیه از همین قبیل است. مانحن‌فیه و

استصحابی که در اینجا هست، عدم اذن مالک است. این عدم اذن مالک را ما استصحاب می‌کنیم تا زمان شک. الآن این مال در دست ماست و نمی‌دانیم ید، ید عاریه است یا ید غاصبه است. آن استصحاب عدم اذن که مسلّم بود؛ پس قبلاً عدم الاذن، مسلّم بود دیگر؛ به‌واسطهٔ استصحاب، الآن باز عدم اذن را اثبات می‌کند و بر نفس عدم اذن و عدم رضا حکم ضمان بار می‌شود. دیگر در اینجا موضوعی متولد نمی‌شود؛ یعنی مثبتی در اینجا نیست تا شما نتوانید آن عدم اذن و عدم رضا را استصحاب کنید.

و این عدم اذن و عدم رضا از عناوینی است که به مفاد لیس تامّه بر این موضوع و بر این استیلاء عارض می‌شود؛ پس خود استیلاء به‌جای خودش است. این استیلاء ید (که الآن من بر این مال استیلاء دارم)، جزئی از این مرکبی است که بر این مرکب این حکم ضمان بار می‌شود. این مرکب از دو چیز تشکیل شده است: یک جزئش محرز بالوجدان است که همین استیلایی است که داریم می‌بینیم؛ این استیلاء محرز بالوجدان است. یک جزئش محرز بالاصل است که عدم اذن مالک است.

ما اوّلی را بالوجدان احراز می‌کنیم که استیلای آن شخصی است که آن مال در دست او بوده است. مسئلهٔ دوم را که عدم اذن مالک و عدم رضا باشد، به اصل اثبات می‌کنیم. یک جزء بالوجدان و یک جزء بالاصل، این موضوع ما که مالی است مال غاصبانه اثبات می‌شود. این مال غاصبانه و ید عدوانی که اثبات شد، این ید عنوانی موجب ضمان می‌شود.

روی این حساب ایشان می‌فرماید که تمسکی که آقایان فقها به **«علی الید ما أخذت حتی تؤدّی»**[1] کرده‌اند و گفته‌اند که این ید الآن ید غاصبانه است و بنابراین حکم ضمان را در فرد مشکوک حمل کرده‌اند، این نه به‌جهت تمسک به قاعدهٔ علی الید و تمسک به عموم در شبههٔ مصداقیه است؛ بلکه به‌واسطهٔ احراز عدم اذن مالک است به‌واسطهٔ استصحاب عدم رضا و اصلاً چه ما قاعدهٔ علی الید داشته باشیم چه نداشته باشیم، برای اثبات حکم همین‌قدر کافی است که این استصحاب عدم رضا در اینجا غصب را اثبات می‌کند و بر غصب، ضمان بار

---

۱ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۴، ص ۸.

می‌شود. پس این تمسک به عام در شبهۀ مصداقیه نیست.[1] این بیان مرحوم نائینی است که بعضی از آقایان دیگر مانند مرحوم آقا ضیاء و مرحوم سید یزدی و دیگران از متأخرین به این بیان ملتزم شده‌اند.

نقد معیار نائینی در اصل مثبت

نسبت عدم اذن با غصب و ضمان

در اینجا مطالبی به‌نظر می‌رسد؛ یک مطلب این است که شما عناوینی که به‌واسطۀ احراز آنها موضوع ذی‌اثر شرعی از آن عنوان متولد می‌شود را فرمودید نمی‌شود با اصل، استصحاب و اثبات کرد. در اینجا ما بر این قضیه چه دلیلی داریم؟! نقض اوّلی که بر این مطلب وارد می‌شود، این است که مگر شما استصحاب عدم رضا و عدم اذن نمی‌کنید؟! ما دلیلی نداریم بر اینکه اگر در موردی عدم اذن اثبات شد، در آنجا ضمان است؛ آنچه ما دلیل داریم، غصب است و عدوان. شما با استصحاب عدم اذن و عدم رضا باید اثبات غصبیت و عدوان کنید؛ پس این مورد

---

۱ فوائد الاصول، ج ۲، ص ۵۳۰.

شما هم می‌شود اصل مثبت!

اشکال تفکیک لوازم عقلی و عادی

این موضوع ذی‌اثری که متولد از این اصل است، منشأ و متعلق برای حکم شرعی است؛ عنوان غصب موضوع برای ضمان است، عنوان عدوان موضوع برای ضمان است، نه عنوان عدم اذن. ما عدم اذن را به‌عنوان موضوع ضمان نداریم. ما عدم رضا نداریم؛ پس این مورد شما هم می‌شود اصل مثبت. اگر شما در اینجا بفرمایید که میزان برای اصل مثبت و عدم اصل مثبت، آن لوازم عقلیه و قطعیه‌ای است که بر آن موضوع مستصحب ما حمل می‌شود، در آنجا اصل مثبت نیست، اما لوازم عادیه اصل مثبت هستند.

جواب ایشان این است که اگر بحث فقط روی موضوعات شرعی رفته است و عدم اصل مثبت و حجّیت استصحاب و اصول را صرفاً به استصحاب موضوع یا حکم شرعی منوط می‌کنید، در این صورت شما چه دلیلی دارید بر اینکه شارع به‌واسطهٔ احراز یک موضوع، حکم به اثبات آن لوازم لاینفک عقلی و حتی عادیهٔ دائمیه نکرده باشد؟! وقتی که

شما عدم قیام زید را استصحاب می‌کنید، آیا این استصحاب عدم قیام زید مساوق با جلوس زید نیست؟! آیا مسخره نیست که شارع در متضادین و یا در متناقضین، یکی از این دو مورد تناقض را رفع کند، اما اثبات مورد دیگر را نکند؟! این که خیلی مسخره است! وقتی که شما عدم قیام زید را استصحاب می‌کنید، طبعاً جلوس زید ثابت می‌شود. چه بگویند: «خواجه علی» و چه بگویند: «علی خواجه»؛ چه فرقی می‌کند؟!

ماهیت اعتباری استصحاب و لوازم موضوع

پس مسئلهٔ اصل مثبت در اینجا باید مطرح بشود که اصلاً این اصل مثبت که شما می‌گویید، در چه محدوده‌ای است و تعریفش چیست؟ آیا اصل مثبت عبارت است از آن اصلی که به‌واسطهٔ استصحاب یک موضوع یا حکمی، یکی از مقارنات عادیه یا اتفاقیهٔ اغلبیه در اینجا ثابت بشود؟ ما می‌گوییم که این را قبول نداریم و عرف هم این را قبول ندارد. چگونه ممکن است به‌واسطهٔ این اصل، به‌واسطهٔ استصحاب، لوازم عقلیهٔ یک شیء که لاینفک هستند،

حجت باشند، اما لوازم عادی آن حجت نباشند؟! مگر ما به‌واسطهٔ استصحاب به موضوعمان وجود تکوینی و وجود خارجی می‌دهیم تا اینکه شما در اصل مثبت رد می‌کنید؟! تمام اصول عملیه بر اساس تخیل است و بر اساس تشریع است؛ نه بر اساس تحقق خارجی.

وجود ذهنی موضوع و فقدان اثر تکوینی

وقتی که شما حیات زید را استصحاب می‌کنید، آیا به‌واسطهٔ استصحاب حیات زید به زید در خارج وجود تکوینی می‌دهید؟! در اینجا شما به زید وجود تخیلی، وجود ذهنی می‌دهید؛ وجود خارجی نمی‌دهید. شما در عالم ذهن و در وعاء اعتبار و در ظرف اعتبار و در ظرف انشاء، یک وجود مجازی ذهنی به‌واسطهٔ استصحابتان ایجاد می‌کنید. بیشتر از این که کاری را نمی‌کنیم. آیا شما به‌واسطهٔ استصحاب، زید را در خارج درست می‌کنید؟! شما بنشینید و هزار دفعه تسبیح بیندازید و بگویید که: «من حیات زید را استصحاب کردم! من حیات زید را استصحاب کردم! و ...»؛ آیا زید در خارج درست

می‌شود؟!

من‌باب‌مثال (ان‌شاءالله خدا زن و بچه را برای همه، صد سال، دویست سال باقی بدارد)، شما الآن استصحاب حیات و بقاء حلیلهٔ جلیلهٔ طویله را می‌کنید که در خانه نشسته‌اند و منتظر قدوم حاج‌آقا هستند. حالا اگر الآن نعوذ بالله مرده باشد، هزاری هم بنشینید و استصحاب کنید، این استصحاب حیات شما او را زنده می‌کند؟! استصحاب آن موضوع یا آن حکم را فقط در وعاء اعتبار و فقط به‌واسطهٔ وجود ذهنی اثبات می‌کند و وجود خارجی نمی‌دهد. تمام اصول عملیه همین‌طور هستند.

حجیت لوازم جدانشدنی موضوع مستصحب

بنابراین چگونه ممکن است در این استصحاب که اصل و حقیقتش بر پایهٔ اعتبار است، شارع این اعتبار را حجت بدهد، اما لوازم لاینفک آن موضوع را از آن جدا کند و بگوید آن حجت نیست؟! آخر این که اصل و اوّل و همه‌اش روی اعتبار است، چگونه بگوییم یک تکه‌اش که حیات زید باشد، این حجّیت دارد، اما گذران عمر و سن و سالش که لازمهٔ لاینفک بقاء اوست، حجّیت ندارد؟! اگر فرض کنید

که بر گذران سن یک حکم شرعی بار می‌شد، بگویم شارع این را حجت نکرده است و این حجت نیست. آخر این گذران سن لازمهٔ آن حیات است!

استصحاب حیات و احکام سن و تکلیف

شما وقتی که استصحاب می‌کنید، چه‌کار می‌کنید؟ شما که در اینجا حیات زن و بچه‌تان را استصحاب می‌کنید و به‌مقتضای این استصحاب، به آن لوازمی که بر این بار می‌شود ترتیب‌اثر می‌دهید. فرض کنید که شما ده سال از زن و بچه‌تان دور هستید، استصحاب حیات بچه‌تان، زید را می‌کنید. با این استصحاب حیات زید می‌گویید: «بچهٔ من پنج‌ساله بود، ده سال از او دور هستم؛ پس پانزده‌ساله شده است؛ درحالتی‌که از او خبر هم ندارم.» نامه‌ای به بچه‌تان می‌نویسید که: «از این به بعد شما مکلف هستید؛ باید نماز بخوانید؛» درحالتی‌که او را ندیدید.

آیا این کار را نمی‌کنید؟! آن‌وقت چطور شارع این کار را نمی‌کند؟! چطور شارع لوازم لاینفکی که این لوازم لاینفک جزء ذات موضوع است و لاینفک از ذات موضوع است، این را اصل مثبت به‌حساب

می‌آورد اما خود حیات زید را اثبات می‌کند؟! مثلاً شارع می‌گوید: «در حیات زید، نفقهٔ زوجه واجب است، فلان کار واجب است؛» اما اگر مسئله‌ای بر خود گذران عمر حمل بشود، یعنی خود گذشت عمر به‌واسطهٔ تکلیف، موضوع برای اثر شرعی باشد، در آنجا شارع چطور می‌گوید حکم ندارد؟!

من‌باب‌مثال (در اینجا دائم نذر را مثال می‌زنند؛ اما لازم نیست) اگر شما برای تکلیف فرزندتان برنامه‌هایی دارید، مالی را اختصاص دادید، بودجه‌ای را اختصاص دادید و به شخصی سپردید که: «وقتی فرزند من به تکلیف رسید واجب است این مال را در اختیارش بگذارید، وقتی که به سن رشد رسید واجب است در اختیارش بگذارید.» و أمثال‌ذلک؛ حالا ده سال، دوازده سال از او دور هستید، آیا استصحاب حیاتش را می‌کنید یا نمی‌کنید؟! می‌کنید.

مبنای عرفی استصحاب و امضای شرع

عرف آن دقت و آن مسائلی را که در استصحاب انجام می‌دهد، مقداری بالاتر از شرع است. گرچه بنای استصحاب شرعی بر استصحاب عرفی است که

در جای خودش خواهد آمد؛ ولی صحبت در این است که شرع همان مبنایی را مبنای برای استصحاب قرار داده که عرف قرار داده است. در واقع ما می‌توانیم بگوییم که استصحاب، حکم امضایی است؛ تأسیسی نیست؛ بله یک مقدار (ده درصد، پانزده درصدی) می‌توانیم بگوییم، این قضیهٔ **«لا تنقض الیقین بالشک»**[1] قضیه را از استصحاب عرفی شل‌تر کرده است.

تفاوت لوازم لاینفک و مقارنات اتفاقی

حالا در خود **«لا تنقض الیقین»** هم حرف است که یقین در شرع به چه گفته می‌شود؟ آیا به یقین صددرصد است یا نه، به ظن متآخم هم، علم و یقین گفته می‌شود؟ ولی در هر صورت لوازم لاینفک جدای از مورد استصحاب نیستند. بله، اگر جزء مقارنات باشد، شاید بتوانیم بگوییم که دلیلی نداریم. من‌باب‌مثال این بچهٔ شما ده سال یا پانزده سالش است، ریش درآوردن او، جزء مقارنات است، این را می‌توانیم بگوییم که دلیلی نداریم. یا اینکه بگوییم که

---

۱ وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۲۴۵.

این خانه‌ای که الآن ده، پانزده سال از آن گذشته است، حتماً باید باران خرابش کرده باشد و حکمی بر این بار بشود. نه، این جزء مقارنات است؛ ممکن هم است سر جایش باشد و طوری نشده باشد که این بخواهد یک موضوع برای اثر شرعی بشود.

اثبات قبلیت اقتدا با استصحاب

اما چیزهایی که یا وجود آنها باید بالوجدان احراز بشود یا عدم آنها، یا متضادینی هستند که احدهما لازم است مثل قیام و جلوس و أمثال‌ذلک، تمام اینها جزء لوازمی است که انگار شما به نفس آن موضوع، خود همان اثر موضوع شرعی را استصحاب کردید. مثلاً وقتی که شما عدم رفع رأس امام را استصحاب می‌کنید، با استصحاب عدم رفع رأس امام، انگار شما همان قبلیت ایتمام مأموم را استصحاب می‌کنید. چه فرقی می‌کند که شما بگویید امام سرش را از رکوع برنداشته است یا بگویید که مأموم قبلاً اقتداء کرده است؟! فقط صحبت در این است که ما در اینجا اصلی نداریم که قبلیت ایتمام مأموم را اثبات کند، ولی در مورد عدم رفع رأس امام، ما در آنجا اصل داریم؛ ولی در هر دو صورت نتیجه یکی است.

شما می‌گویید که ما نمی‌دانیم امام قبل از ایتمام مأموم، عدم رفع رأس داشته است یا نداشته است؛ این برای ما شک است که در اینجا ثابت کنیم که امام سرش را از رکوع برنداشته است قبل از اینکه مأموم اقتداء کند. ما می‌گوییم که وقتی که امام سرش را از رکوع برنداشته است، ایتمام مأموم هم که مسلّم است، آن که محرز بالوجدان است، اینکه اقتداء کرده است را که می‌دانیم، صحبت در صحت و عدم صحتش است؛ این ایتمام مأموم که محرز بالوجدان است، از آن طرف استصحاب عدم رفع رأس امام است که با ضمیمه کردن عدم رفع رأس امام با ایتمامی که محرز بالوجدان است، قبلیت ایتمام مأموم به عدم رفع رأس امام اثبات می‌شود.

حجیت عدم رفع رأس امام تا زمان اقتدا

این چه فرقی می‌کند؟! این قبلیت که لازمهٔ این عدم رفع رأس امام است، مسئله قبلیت از عدم رفع رأس امام، قابل انفکاک نیست. چطور شارع ممکن است که به عدم رفع رأس امام اثر شرعی بدهد اما به قبلیت ایتمام اثر شرعی ندهد؟! یک وقت ما روی

هوا حرف می‌زنیم؛ می‌گوییم: «شارع گفته است عدم رفع رأس امام اثر شرعی دارد.» یک وقت واقعاً می‌گوییم: «شارع به عدم رفع رأس امام اثر شرعی داده است.»

فرض کنید اگر شخصی یقین به ایتمام داشت، باز هم این استصحاب عدم رفع رأس امام کفایت می‌کرد؛ نیاز به یقین به قبلیت ندارد. شارع می‌گوید که: «من عدم رفع رأس امام را قبول دارم، من حجت می‌دانم. تا زمان ایتمام تو، من این را حجت می‌دانم، به پای من؛ از طرف من قبول کن که امام سرش را از رکوع برنداشته است.» معنای استصحاب این است دیگر!

حالا آقایان دائم می‌گویند که: «عدم رفع یعنی اصل مثبت! اصل مثبت!» باید دقت کنیم چه می‌گوییم! شارع می‌گوید: «عدم رفع رأس امام به عهدهٔ من؛ امام قبل از ایتمام تو سرش را برنداشته است.» اینکه می‌گوید: «امام قبل از ایتمام تو سرش را برنداشته است»، یعنی ایتمام تو بعد از رفع رأس او بوده است یا قبل بوده است؟ قبل بوده است. این که همان است؛ چه شما لقمه را مستقیم در دهانتان

بگذارید و چه دور سرتان بگردانید و بعد در دهانتان بگذارید، این که اصل مثبت نمی‌شود.

استصحاب حیات جنین تا زمان ولادت

در مورد جنین هم قضیه همین‌طور است. شما می‌بینید که این جنین در شکم مادر حرکت می‌کند. حالا وقتی که به دنیا می‌آید می‌بینید حرکت نمی‌کند؛ نمی‌دانید آیا در حین آمدن، از دنیا رفته است یا نرفته است؟ شارع به‌واسطهٔ استصحاب می‌گوید: «آن حیات این جنین را تا زمان ولادت من تضمین کرده‌ام. تو نمی‌دانی، ولی من تضمین می‌کنم.» حجّیت استصحاب یعنی این. شارع در حجّیت استصحاب می‌گوید: «به عهدهٔ من که این جنین تا زمان ولادت حیات داشته است.» یعنی الآن حیات دارد دیگر!

مقارنات اتفاقی و محدوده اصل مثبت نامعتبر

پس تمام این اصل مثبت‌هایی که این آقایان در این زمینه مطرح می‌کنند که اگر استصحاب یک مسئلهٔ عدمی یا یک مسئلهٔ وجودی (یک موضوع یا حکمی) موجد و موجب یک موضوع اثر شرعی

باشد که آن موضوع دارای یک اثر شرعی باشد، این نمی‌تواند اثبات کند، به‌نظر می‌رسد که خلاف آنچه به‌دست می‌آید و خلاف آنچه مورد نظر است، باشد.

بنابراین فقط اصل مثبتی که ما نمی‌توانیم به آن ملتزم بشویم این است که به‌واسطهٔ احراز یک موضوع یا حکمی، یکی از مقارنات عادیه و یا اتفاقیهٔ اغلبیه را ما بخواهیم اثبات کنیم؛ این اثبات نمی‌شود. عرف هم چنین کاری نمی‌کند، مگر اینکه افراد عادی و عوام این کار را بکنند. اما آن عرف در مقام قضاوت عقلایی، فرض کنید یک قاضی در دادگاه، هیچ‌وقت بر اساس همین قرائن اتفاقیه چنین حکمی نمی‌کند. حکم شرع هم همین‌طور است. این مربوط به مسئلهٔ اصل مثبت.

نقد استصحاب عدم رضا در قاعده علی الید

و اما اینکه ایشان فرمودند که چون در اینجا این عدم اذن مالک یا رضای مالک از مقسمات تصرف نیست، بلکه استیلاء و تصرف، به‌جای خودش هست و آن رضای مالک از امور مقارنه است که بر حسب اتفاق، زمان بین این دو را با هم جمع می‌کند؛

یعنی فرض کنید که در حین اینکه من این کتاب را از این شخص می‌گیرم این یا مقارن با اذن مالک است یا بدون اذن مالک که این موضوع ما مرکب می‌شود از دو جزء که یک جزئش محرز بالوجدان است که استیلای این ید بر این مال است و آن جزء دیگر عبارت است از اذن مالک و اینها در عمود زمان با همدیگر تلاقی پیدا کردند.

این می‌شود لیس تامّه که این عرَض ربطی به خود آن موضوع ندارد، ربطی به خود آن مال ندارد و بر حسب اتفاق، زمان بین این دو را با همدیگر جمع کرده است. پس این در اینجا می‌شود یک عرض بسیط که به مفاد لیس تامّه، در اینجا فقط وجود و عدمش می‌شود استصحاب بشود، یعنی عدم اذن مالک یا رضای مالک و هیچ چیز دیگری نیست. و به‌واسطهٔ استصحاب عدم رضا حکم به ضمان می‌شود.

ناتوانی عدم اذن قولی در اثبات غصب

صحبت ما با مرحوم نائینی این است که اگر منظور شما از عدم اذن، عدم اذنِ قولی است، این

هیچ‌وقت استصحابش موجب غصب و عدوان نمی‌شود؛ یعنی اثبات غصب و عدوان را نمی‌کند. اگر عدم اذن قولی باشد به‌خاطر اینکه عدم اذن قولی اعم از این است که آن مالک راضی هست یا راضی نیست، شما می‌گویید که: «این مالک اجازه نداده است.» حالا اجازه نداده است، چه اشکالی دارد؟! شما مگر از دلش خبر دارید؟! شاید در دلش راضی بوده است. پس اگر منظور شما از استصحاب عدم اذن و عدم رضا، عدم اذن و عدم رضای قولی است، این استصحاب هیچ‌وقت اثبات غصب را نخواهد کرد.

لزوم حالت سابقه برای استصحاب عدم رضا

اگر منظور عدم اذن و عدم رضای نفسانی است، شما از کجا خبر دارید؟! شما از کجا می‌دانید این مالک راضی است یا راضی نیست؟! مگر شما در اصل نباید آن عدم رضا را احراز کنید؟! مگر اثبات یقین برای منشأ این اصل نباید وجود داشته باشد؟! مگر نباید حالت سابقه‌ای متیقن باشد؟! مگر شما می‌دانید این مالک راضی نبود تا اینکه بخواهید عدم رضایتش را استصحاب کنید؟! چه می‌دانید، شاید او

در دلش راضی باشد؟!

فقدان دلیل عدم رضا و تمسک به عام

پس شما چه دلیلی بر اثبات ید عدوانی و ید غاصبانه بر این مال دارید؟! با کدام اصل استصحاب کردید؟! اگر عدم اذن قولی است، می‌گوییم که عدم اذن قولی اثبات غصب نمی‌کند. اگر عدم اذن واقعی است، می‌گوییم که ممکن است در اینجا مالک راضی باشد ولی بیان نکرده باشد. «أنّیٰ لنا بإثبات ذلک؟!» چطور می‌توانیم بگوییم که شخصی که حرفی نزده است، راضی نیست؟! خیلی افراد هستند در دلشان راضی هستند که مثلا شخصی بیاید از کتابخانه‌شان کتاب بردارد؛ ولو آنکه نگویند ولی قلباً راضی هستند. شما آیا عدم رضای قلبی مالک را احراز کردید که حالا استصحاب آن را می‌کنید یا نه بدون دلیل دارید می‌گویید مالک راضی نیست؟! پس در اینجا اصلاً ما اصلی نداریم و وقتی که اصل نداشتیم باید به **«علی الید ما أخذت حتی تؤدّی»**[1] تمسک کرد.

---

۱ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۴، ص ۸.

پرسش و پاسخ درباره تذکیه و طهارت

تلمیذ: در تذکیه می‌گویند که اگر شک بشود تذکیه شده است یا نه، می‌گویند اصل، عدم تذکیه است؛ [در مورد طهارت می‌گویند اصل طهارت است. این دو با هم منافات دارند؛ اگر طاهر است، نباید میته باشد؛ یعنی بر اساس اصول مثبته می‌گویند چون اصل مثبت نیست، اشکال ندارد؛ ولی از نظر تکوینی و عقلایی با هم منافات دارند. در ترتّب آثار اگر طاهر است میته نباید باشد و اگر میته است نباید طاهر باشد. منظورم این است که شما همین مورد را تعمیم می‌دهید؟]

استاد: بله همین مورد را.

تلمیذ: یعنی مورد را حالا یا حکم به طهارت می‌کنید یا استصحاب؟

استاد: بله، این بحث‌هایش گذشت که در اینجا حکم به طهارت است.

تلمیذ: اگر حکم به طهارت می‌دهید، پس باید بگویید میته نیست.

تفکیک لحم مطروح از حیوان مشکوک

استاد: دقت کنید! یک وقت بحث در لحم

مطروح است؛ یک وقت بحث در حیوانی است که مشکوک است بین قبول تذکیه و عدم قبول تذکیه. آن‌وقت لحم مطروح دو جور است؛ یک وقت یقین به تذکیه‌اش داریم (سوای آن وصفی که آن وصف موجب تذکیه است)؛ یک وقت نه، ما اصلاً شک در فری اوداج داریم، در مورد فری اوداج، می‌شود میته.

تلمیذ: آن‌وقت باید حکم به نجاست کنیم.

استاد: بله، حکم به نجاست می‌شود.

اماره سوق مسلمین و تحقیق در تذکیه

تلمیذ: اگر این‌طور باشد الآن قضیه مشکل می‌شود.

استاد: چرا؟! اینجا سوق مسلمین هست.

تلمیذ: چون بعضی که تفحص کردند گفتند که اینها میته است. آیا در اینجا هم سوق مسلمین حاکم است؟

استاد: از کجا تفحص کرده‌اند؟!

تلمیذ: بعضی تفحص کردند و دیدند که میته است.

استاد: نه، دیگر این‌طور هم نیست! مگر اینکه واقعاً انسان تفحص کرده باشد؛ آن‌وقت دیگر سوق مسلمین می‌رود کنار. چون سوق مسلمین خودش اماره است؛ موضوع نیست.

تلمیذ: پس شخص، خودش باید تفحص کند.

استاد: بله، خودش باید تحقیق کند و الا همین سوق مسلمین کافی است.

اللهمّ صلّ علی محمّد و آل محمّد.