****

[مورد پنجم از فروع اصل مثبت: استصحاب عدم اذن برای اثبات ضمان 2](#_Toc501746246)

[نکته پایانی در بحث اصل مثبت: وجه استثنای موارد لوازم خفیه 4](#_Toc501746247)

**موضوع**: فروع اصل مثبت /تنبیه هفتم /استصحاب

**خلاصه مباحث گذشته:**

بحث در فروع اصل مثبت بود.

بحث در مورد چهارم از فروع اصل مثبت بود. گفته شد که استصحاب حیات برای اثبات قتلِ شخص مشکوک الجنایۀ، از قبیل اصل مثبت است.

جریان این استصحاب درجایی مطرح بود که بین ولی مجنی علیه و جانی، اختلاف در سبب قتل شود و جانی ادعای موت مجنی علیه، قبل از جنایت را می کند و مثلا ادعا می کند، مجنی علیه سم خورده است. استصحاب حیات و یا استصحاب عدم تحقق سبب دیگر، برای اثبات قتل (که موضوع احکامی مثل قصاص و دیه قتل است.) از قبیل اصل مثبت است.

البته مشکل اصل مثبت در صورتی است که موضوع این احکام را بسیط بدانیم، ولی در صورتی که آن را مرکب بدانیم، مشکل اصل مثبت وجود ندارد و جریان استصحاب برای اثبات جزء الموضوع بوده است. همچنین در صورتی که استصحاب را اماره بدانیم، این مشکل مطرح نیست.

فرع مورد بحث، در کلمات علماء، مورد اختلاف واقع شده است. مرحوم علامه قائل به ضمان و مرحوم محقق، قائل به عدم ضمان شده اند. مرحوم شیخ طوسی نیز در مساله، متردد شده است.

کلام مرحوم محقق، مبتنی بر مثبت بودن استصحاب حیات (یا استصحاب عدم تحقق سبب دیگر) و عدم حجیت آن است، در حالی که قول مرحوم علامه، مبتنی بر حجیت این اصل است. تردید مرحوم شیخ طوسی نیز مبتنی بر حجیت اصل مثبت است، و گرنه اصل عدم ضمان باید بدون معارض جاری شود. پس مرحوم شیخ بین این دو اصل، قائل به تعارض شده اند. این که مرحوم خویی فرموده اند: (تردید مرحوم شیخ طوسی ناشی از جریان دو اصل است، و تردید ایشان، مبتنی بر حجیت اصل مثبت نیست.[[1]](#footnote-1))، درست نمی باشد.

بحثی که در این فرع بیان شد، از جهت اصولی بود، لکن از نظر فقهی می توان گفت که منشأ قول به ضمان در کلمات علماء، استصحاب نبوده است، بلکه از باب اصالۀ السلامۀ بوده است که به عنوان یک اصل عقلائی در مورد کالا و غیر کالا وجود دارد. طبق این اصل، در هنگام شک در زنده یا میت بودن افراد، بنا بر زنده بودن آن ها گذاشته می­شود، مگر این که خلاف آن ثابت شود. این اصل، در مورد خاص بوده و لوازمش حجت هستند. به مقتضای این اصل، کلام جانی (خوردن سم یا حیّ نبودن مجنی علیه در زمان جنایت) مخالف با اصل سلامت است و لذا قول ولیّ مجنی علیه مقدم می شود و قتل اثبات می شود.

برخی از نصوص هم به گونه ای است که گویا بر اساس این اصل در آن ها حکم شده است. مثلا در جایی که دو نفر بر شخصی جنایت وارد کردند و آن شخص، کشته شد، و علم هم داریم که یکی از آن ها، قاتل است مقتضای برخی نصوص این است که هر دو ضامنند. در این جا اگر بخواهیم مقتضای اصول عملیه را رعایت کنیم، باید براءه جاری کنیم؛ چرا که علم اجمالی به دوران قاتل میان دو نفر، مثل علم اجمالی به وجود جنابت در یکی از دو لباس زید و عمرو است که منجز نبوده و می بایست اصل براءه جاری شود.

##### مورد پنجم از فروع اصل مثبت: استصحاب عدم اذن برای اثبات ضمان

اگر مال شخصی در دست شخص دیگر تلف شود و بین آن ها در مضمون بودنش اختلاف شود آیا جریان استصحاب می تواند، نزاع را مرتفع کند یا خیر؟

گاهی اوقات اختلاف طرفین، در این است که مال به طریق هبه در اختیار شخص دوم قرار گرفته است یا بیع. در این صورت اختلاف آن ها در ضمان معاوضی (قیمت معین شده در معامله ادعا شده) است. مالک ادعای ضمان معاوضی را می کند و شخص دیگر، منکر آن است.

گاهی اوقات هم اختلاف طرفین در این است که مال، به طریق غصب، در اختیار شخص دوم قرار گرفته است یا عاریه. مالک ادعا می کند که مالش غصب شده است و شخص دیگر ادعا می کند که این مال، به عنوان عاریه در دست وی قرار گرفته است. در این صورت، اختلاف آن ها در ضمان ید (مثل کالا یا قیمت واقعی کالا) است.

علماء در مساله مورد بحث، حکم به ضمان ذوالید کرده اند. برای این حکم، وجوهی می توان ذکر کرد:

الف. جریان استصحاب عدم اذن، اقتضای ضمان را دارد. البته این استصحاب با مشکل اصل مثبت روبرو است و از موارد مورد بحث (فروع اصل مثبت) است. جریان استصحاب عدم اذن، نمی تواند عنوانِ بیع (در مثال اول) و نیز عنوانِ غصب (در مثال دوم) را اثبات کند.

ب. قاعده مقتضی و مانع، اقتضای ضمان را دارد. بودن مال شخصی در دست دیگر (=ید)، مقتضی ضمان است، تنها رافع این اثر، وجود اذن است.

باید توجه داشت که قاعده مقتضی و مانع، غیر از استصحاب عدم اذن است.

طبق این بیان، مساله ربطی به بحث اصل مثبت ندارد.

نکته: مشهور قائل به عدم حجیت قاعده مقتضی و مانع هستند، اگر چه از برخی کلمات مرحوم سید در عروه، بر می­آید که قائل به حجیت آن هستند.

ج. مساله از باب تمسک به عام در شبهه مصداقیه دلیل خاص است. اطلاقِ (علی الید ما اخذت حتی تؤدّیه) اقتضای ضمان هر یدی را دارد. ید امین از این عام، تخصیص خورده است. شک داریم که در این مورد نزاع، امانتی محقق شده است یا نه، لذا تمسک به عموم خطابِ (علی الید) می کنیم. (البته در صورتی که تمسک به عام در شبهه مصداقیه دلیل خاص را قبول داشته باشیم.)

د. جریان استصحاب از باب اثبات جزء الموضوع در موضوع مرکب است. موضوع حکم به ضمان، این نیست که ید الغاصب یا ید العادیه محقق باشد، بلکه موضوع حکم به ضمان این است که یدی باشد و امانتی هم در کار نباشد.

این توجیه در کلام مرحوم نائینی ذکر شده است. مرحوم خویی این توجیه را پذیرفته اند، ولی فرموده اند: این توجیه در مثال، تردد بین بیع و هبه جا ندارد؛ چرا که در این مثال، اذن در هر دو فرض، وجود دارد.[[2]](#footnote-2)

به نظر می رسد که حق با مرحوم نائینی باشد و موضوع مرکب قابل تصویر است، به این شکل که بگوییم: موضوعِ ضمان این است که یدی باشد و مجانی نباشد. با استصحاب عدم مجانی بودن، یک جزء این موضوع مرکب اثبات می شود و جزء دیگر هم بالوجدان ثابت است. اصل عدم البیع هم جاری نیست و نمی تواند ضمان را نفی کند، چرا که وقتی اصل در جزء موضوع مرکب جاری می­شود، جایی برای اصل در مجموع باقی نمی گذارد، برای مثال در جایی که استصحاب طهارت را جاری می کنیم و با ضمیمه کردن به نماز وجدانی، موضوع امتثال را محقق می دانیم، جایی برای اصل عدم نمازِ با طهارت باقی نمی ماند.

بنابراین حکم علماء به عدم ضمان در مساله را می توان به شکلی توجیه کرد که داخل در بحث اصل مثبت نشود.

#### نکته پایانی در بحث اصل مثبت: وجه استثنای موارد لوازم خفیه

ظاهرا منشأ استثنای لوازم خفیه در کلام مرحوم شیخ اعظم، این بوده است که علماء در برخی موارد، لوازم مستصحب را مترتب می کرده اند و در عین حال، قول به حجیت اصل مثبت در برخی موارد دیگر (مثل استصحاب کریت، برای اثبات کریت این آب در حوض) اصلا قابل التزام نیست. مرحوم شیخ اعظم برای حل این تهافت در کلمات علماء، موارد خفای واسطه را از عدم حجیت اصل مثبت، استثناء کرده است.

1. [موسوعة الامام الخویی، ابوالقاسم خویی، ج48، ص200.](http://lib.eshia.ir/71334/48/200/التردد) [↑](#footnote-ref-1)
2. [موسوعة الامام الخویی، ابوالقاسم خویی، ج48، ص202.](http://lib.eshia.ir/71334/48/202/المحقق) [↑](#footnote-ref-2)