

چکیده

در ماده ۸۷۴ قانون مدنی قانونگذار با تمسک به استصحاب می‌گوید: آنکه تاریخ فوتش مجهول است از دیگری ارث می‌برد. دیدگاه فقها و اصولیون در مورد این مسئله متفاوت است و برخی این ماده را خلاف نظر مشهور دانسته‌اند. اما حقیقتاً این ماده نه تنها مخالف با نظر مشهور نیست بلکه مطابق موازین فقهی و اصولی می‌باشد. چنانچه استصحاب را از اصول عملیه بدانیم طبق مبنای شیخ انصاری، مرحوم آخوند، علامه حائری و اکثر اصولیون که قائل به عدم حجیت مثبتات اصول عملیه می‌باشند ماده ۸۷۴ قانون مدنی خارج از مدلول عدم حجیت اصل مثبت می‌باشد. مضافاً بر اینکه قاعده مذکور استثنائاتی دارد که طبق آن، دلیل حجیت اصل شامل این نوع لوازم می‌شود و ماده ۸۷۴ منطبق بر بعضی از این استثنائات است. اما چنانچه بر مبنای نظر متقدمین استصحاب را اماره ظنیه عقلیه بدانیم مشهور بین علما آن است که لوازم امارات حجت است و در نتیجه تمسک به استصحاب و اصل مثبت در ماده ۸۷۴ قانون مدنی بلا معارض می‌باشد. برخی فقها مانند حضرت امام علیه السلام که دیدگاهشان مبتنی بر عدم توجه به دقت‌های عقلی در احکام شرعی است، با قطع نظر از اینکه استصحاب اماره باشد یا نه به اصل تأخر حادث استناد کرده‌اند که طبق این مبنا نیز ماده ۸۷۴ مطابق موازین فقهی خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: مثبتات ادله، استصحاب، اصل عملی، اماره، اصل تأخر حادث.

مقدمه

موضوع علم اصول بر اساس دیدگاه محققان، دلیل می‌باشد، یعنی هر چیزی که بتواند در مسیر استنباط حکم شرعی دلیل و حجت بر حکم شرعی باشد. در مواجهه با ادله می‌توان گفت: هر دلیلی می‌تواند یک اثر شرعی مستقیم و یک اثر غیرمستقیم داشته باشد. ترتب آثار شرعی غیرمستقیم بر مستصحب که به واسطه یک لازمه عقلی یا عادی ثابت می‌شوند را اصل مثبت گویند. شکی نیست که بعد از اثبات اعتبار یک دلیل، تمامی آثار شرعی مستقیم آن معتبر است. اما آیا آثار شرعی غیرمستقیم دلیل که به واسطه لازمه عقلی یا عادی بر آن مترتب می‌شوند نیز حجت هستند؟ مسئله حجیت لوازم ادله از مسائل بنیادی و کاربردی علم اصول می‌باشد که فتوای مجتهد در بسیاری از موارد مبتنی بر اعتبار یا عدم اعتبار مثبتات ادله، تغییر می‌کند. با توجه به اینکه در علم اصول، ادله به امارات و اصول عملیه تقسیم می‌شوند می‌توان موضوع را این‌گونه مطرح کرد: آیا مثبتات امارات و اصول عملیه معتبر می‌باشند یا خیر؟ همان‌طور که این مسئله در سایر مباحث علم اصول تأثیرگذار است، در مقام استنباط احکام شرعی نیز به طور مستقیم مؤثر می‌باشد، به طوری که قوام و اعتبار برخی از قوانین مدنی ارتباط تنگاتنگی با اعتبار مثبتات ادله دارد. در این مقاله، ماده ۸۷۴ قانون مدنی که از مصادیق اصل مثبت و مورد اختلاف فقها می‌باشد، مورد ارزیابی قرار گرفته است. با توجه به اینکه شیخ انصاری و عده‌ای دیگر از علمای اصول بین حجیت مثبتات امارات و اصول عملیه تفاوت قائل شده‌اند و مثبتات امارات را حجت اما مثبتات اصول عملیه را نامعتبر دانسته‌اند، تحلیل ماده ۸۷۴ فرع بر آن است که دلیل حجیت استصحاب را طبق نظر شیخ انصاری و متأخرین، اخبار لاتنقض بدانیم و قائل شویم استصحاب اصل عملی تبعیدی است یا بر اساس نظر متقدمین، استصحاب را اماره ظنیه عقلیه محسوب کنیم. حال اگر بگوییم

استصحاب اصل عملی است، پس تعارض ماده ۸۷۴ با قول مشهور مبتنی بر عدم حجیت مثبتات اصول، طبق کدام موازین فقهی و اصولی قابل توجیه است؟ برخی دیگر از فقها قطع نظر از اماره و یا اصل عملی بودن دلیل استصحاب، در حل تعارض ماده ۸۷۴ با قول مشهور به معیارهای دیگری از جمله اصل تأخر حادث استناد کرده‌اند.

مثبتات ادله

شیخ انصاری اولین فقیهی است که اصل مثبت را به عنوان مسئله‌ای مستقل بررسی کرد. بعد از وی این بحث جزء مباحث مهم اصول فقه و خصوصاً استصحاب به حساب آمد و در بسیاری از مسائل فقهی و اصولی ارزش کاربردی فراوانی پیدا کرد. شیخ انصاری در تنبیه ششم از تنبیهات استصحاب به این موضوع پرداخته است (انصاری، ۱۴۱۵: ۶۵۹/۲). طبق گفته خود شیخ ایشان مبدع این عنوان و بحث نمی‌باشد، بلکه شیخ جعفر کاشف الغطاء اولین فقیهی است که این موضوع را عنوان کرده است (آشتیانی، ۱۴۰۳: ۱۲۹/۳؛ مروج، ۱۴۱۵: ۱۱۷/۵). به نظر می‌رسد ریشه این بحث به تقسیم ادله به اماره و اصل عملی باز می‌گردد. در خصوص مبتکر این تقسیم دلیل یقین‌آوری وجود ندارد. برخی ریشه این تقسیم را تفکرات وحید بهبهانی می‌دانند (وحید بهبهانی، ۱۴۱۵: ۴۸-۵۴). شهید صدر وحید بهبهانی را مبدع مرحله سوم علم فقه و تاریخ آن می‌داند، چرا که اصل عملی توسط او و شاگردانش از جمله محمدتقی صاحب حاشیه بنا نهاده شده است (صدر، ۱۴۰۸: ۲۱/۳). با توجه به نظریات ارائه شده درباره مثبتات ادله می‌توان گفت: منشأ بحث حجیت مثبتات ادله، تقسیم ادله به اماره و اصل عملی و ارائه دو ماهیت متفاوت برای ادله می‌باشد. با توجه به اینکه اصطلاح اماره و اصل عملی در روایات و آیات قرآن وجود ندارد، این تقسیم بر اساس نتایجی می‌باشد که در گذشته در علم اصول فقه مورد توجه نبوده است. تعاریف متداول اماره و اصل عملی خود حاکی از این تفاوت می‌باشد. بر اساس آنچه از کلمات علمای اصول استفاده می‌شود، اماره دلیلی است که نسبت به متعلق خود کاشفیت دارد و حکایت از واقع می‌کند، اما اصل عملی، واقع را اثبات نمی‌کند و هدف آن تعیین وظیفه مکلف در مقام عمل است (نائینی، ۱۴۱۷: ۸۱/۴؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰: ۳۱۰/۵). بر همین اساس عده‌ای از علمای اصول تفاوت اماره و اصل عملی را جوهری نمی‌دانند و در خصوص اعتبار مثبتات ادله به مفاد خود ادله حجیت اماره و اصول عملیه توجه می‌کنند (لنگرودی، ۱۴۱۵: ۳۰۰/۲؛ خوئی، ۱۴۱۹: ۲۳۱).

برای تشریح لوازم امارات، می‌توان به لوازم «اصل عدم تخصیص» که اصلی لفظی و جزء امارات است مثال زد: اگر دلیلی بگوید اکرام هر عالمی واجب است، این دلیل به مقتضای اصل عدم تخصیص عام، شامل علمای فاسق نیز می‌شود که مفاد مستقیم این دلیل است. حال اگر فرض شود فردی وجود دارد که شرعاً اکرام او حرام است، آیا به کمک اصل عدم تخصیص می‌توان گفت که این فرد عالم نیست و تمام احکام افراد غیر عالم بر آن جاری است؟ با این استدلال که اگر عالم بود اکرام او واجب بود؛ زیرا اصل، عدم تخصیص عام است و حرمت اکرام مستلزم عالم نبودن آن شخص می‌باشد. در حقیقت این معنا مفاد غیر مستقیم و لازمه اصل عدم تخصیص و به عبارتی اصل مثبت است (حلی، ۱۴۰۷: ۱۲۹).

در اصول عملیه هر چند حجیت یا عدم حجیت اصل مثبت عنوانی عام بوده و مربوط به تمام اصول عملیه است، اما به طور خاص در بحث استصحاب مطرح شده است. به طور کلی امر خارجی در قیاس با مستصحب سه حالت دارد:

۱. گاه امر خارجی لازم مستصحب است، مثل استصحاب حیات زید و نتیجه گرفتن رشد موی او؛
۲. گاه امر خارجی ملزوم مستصحب است، مثل استصحاب آتش و نتیجه گرفتن دود؛
۳. گاه امر خارجی ملازم مستصحب است، مثل استصحاب حیات زید و نتیجه گرفتن تپش قلب او.

همه اقسام فوق در بحث اصل مثبت داخل است. اگر موضوعی که به طور مستقیم دارای اثر شرعی است استصحاب گردد در این صورت آن اثر شرعی باید بر مستصحب مترتب شود؛ مانند استصحاب عدالت زید که اثر شرعی آن جواز اقتدا به او در نماز است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۲۴/۳). اگر موضوعی که استصحاب می‌شود به طور مستقیم دارای اثر شرعی نیست بلکه دارای یک لازم است که اگر آن لازم عادی ثابت شود، اثر شرعی دارد، یعنی اثر شرعی به واسطه امر عادی بر مستصحب بار می‌شود. برای مثال رویدن مو بر چهره، لازمه عادی حیات کودکی است که به مدت بیست سال غایب است. حال اگر بعد از گذشت این مدت در حیات او تردید شود و نسبت به او حیات جاری گردد و نتیجه گرفته شود که او دارای ریش هست، در صورتی که پدرش نذر کرده که اگر بر چهره فرزندش مو برآید صد درهم صدقه بدهد، بنا بر اثبات لازم عادی باید به نذر خود عمل کند. بنابراین اثر شرعی (عمل به نذر) به واسطه لازم عادی مستصحب (رویدن مو بر چهره شخص زنده) اثبات می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۴۸/۵). گاهی مستصحب به واسطه یک لازم عقلی که دارای اثر شرعی است اثبات می‌گردد. اگر شخصی هنگام غسل احتمال دهد که بر بدن او حاجب و مانعی وجود دارد و در گذشته نیز یقین داشته که در آن قسمت مانعی نبوده است، می‌تواند نسبت به عدم وجود مانع به استصحاب استناد نماید. مفاد مستقیم این استصحاب عدم مانع است. اما آنچه برای مکلف مهم است احراز شسته شدن بدنش می‌باشد و شسته شدن لازمه عقلی و عادی عدم حاجب است و به تعبیر دیگر مفاد غیر مستقیم استصحاب می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۵۴/۲).

اکنون باتوجه به اینکه در علم اصول، ادله به امارات و اصول عملیه تقسیم می‌شود، می‌توان موضوع را این‌گونه مطرح کرد: آیا مثبتات اماره و اصول عملیه معتبر می‌باشند یا خیر؟ ثمره چنین بحثی این است که چنانچه بتوان ثابت کرد مثبتات اصول عملیه حجت می‌باشند، تمسک به استصحاب در ماده ۸۷۴ قانون مدنی صحیح و اثر شرعی با واسطه آنکه ارث بردن مجهول التاریخ از معلوم التاریخ می‌باشد صحیح است. حتی اگر اصل مثبت را در اصول عملیه حجت ندانیم، اگر بتوان اثبات کرد که اصل مثبت در امارات حجت می‌باشند طبق مبانی آن دسته از علمای اصول که استصحاب را مدلول حکم عقل می‌دانند و در نتیجه استصحاب را از باب اماره ظنیه حجت می‌دانند، تمسک به اصل مثبت در ماده ۸۷۴ قانون مدنی صحیح و دارای حجیت می‌باشد.

برای روشن شدن بحث ابتدا نمونه‌ای از اصل مثبت در امارات و اصول عملیه را ذکر کرده، سپس ماده ۸۷۴ را مطرح نموده و ادله حجیت یا عدم حجیت اصل مثبت در اصول و امارات را بررسی می‌کنیم.

بررسی تطبیقی ماده ۸۷۴ قانون مدنی

برای تبیین نقش و کاربرد بحث اعتبار مثبتات ادله، در این قسمت یک فرع مهم فقهی از مصادیق بحث اصل مثبت که در ماده ۸۷۴ قانون مدنی متبلور شده، بررسی می‌گردد. یکی از مسائل ارث، حکم ارث دو شخصی است که می‌توانند از یکدیگر ارث ببرند، اما تقدم و تأخر موت آنها مشتبه شده است. اگر فرض شود پدر و پسری در یک سانحه تصادف، فوت شده‌اند، به طور کلی سه صورت فرض می‌شود:

۱. علم به تأخر مرگ یکی از آنها وجود داشته باشد.

۲. علم به تقارن موت آن دو موجود باشد.

۳. اینکه تقدم و تأخر موت آنها بر ما مشتبه باشد که خود به دو قسم تقسیم می‌شود: اول این که نسبت به تاریخ و زمان فوت هر دو

جاهل هستیم و دوم این که علم به زمان فوت یکی از آنها داریم و نسبت به دیگری جاهلیم.

هریک از این فروض حکم خاص خود را دارد و در علم فقه بررسی می‌شوند، منظور قسم آخر می‌باشد. در این فرض، در عین حالی که علم به تقدم و تأخر وجود ندارد، تاریخ فوت یکی از آنها معلوم است. فقها در حکم این مسئله اختلاف نظر دارند؛ برخی مانند امام خمینی علیه السلام به اصل تأخر حادث و یا استصحاب عدم موت استناد می‌کنند و در نتیجه، موت آنکه تاریخ آن بر ما مجهول است (مجهول التاريخ)، متأخر از موت معلوم التاريخ خواهد بود و در نتیجه، مجهول التاريخ از معلوم التاريخ ارث می‌برد (خمینی، ۱۴۱۵: ۲۶۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۹۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰ / ۲). در ماده ۸۷۴ قانون مدنی نیز همین نظر پذیرفته شده است. اما در مقابل، عده‌ای از فقها معتقدند این فتوا از مصادیق اصل مثبت است و از آنجا که مثبتات استصحاب حجت نیستند، پس تأخر موت مجهول التاريخ اثبات نمی‌شود و مانند این است که علم به تاریخ موت هیچ‌یک وجود ندارد (گلپایگانی، ۱۴۱۰: ۲/۲۵۹؛ خوئی، ۱۴۱۹، ۷۴). طبق این نظر، استصحاب عدم موت مجهول التاريخ تا زمان موت معلوم التاريخ، نمی‌تواند مثبت تأخر موت او باشد؛ چرا که عنوان تأخر از لوازم عقلی مستصحب است، نه از آثار شرعی. پس جا دارد این سؤال مطرح شود که با وجود عدم اعتبار مثبتات استصحاب چرا چنین حکمی در قانون مدنی پذیرفته شده است. در جواب به این سؤال چند احتمال وجود دارد که در ادامه بررسی می‌گردد تا مشخص شود حکم ماده ۸۷۴ قانون مدنی مبتنی بر کدام یک بوده است.

اولین احتمال این است که اگر استصحاب از اصول عملیه باشد و طبق نظر مشهور اصل مثبت در اصول عملی حجت نباشد، پس چه توجیهی در خصوص ماده ۸۷۴ قانون مدنی وجود دارد.

عدم حجیت اصل مثبت در اصول عملیه

برای عدم حجیت اصل مثبت پنج دلیل اقامه شده است: «ما الدلیل علی عدم حجیة الاصول المثبتة».

الدلیل الاول: «ان الاستصحاب عبارة عن ترتيب الاثر الشرعی للمستصحب الذی هو قابل للجعل دون ما لا یكون قابلاً للجعل». شیخ انصاری می‌فرماید: معنای «لا تنقض الیقین بالشک» این است که به وسیله یقین، آثار مجعول، یعنی آثار شرعی مستصحب را بار کنیم. آثار شرعی قابل جعل است؛ مثلاً شارع مقدس می‌تواند به وسیله استصحاب حیات، یک سری آثار شرعی را بار کند و بگوید حیات زید را استصحاب کن در نتیجه همسرش مال اوست و حق ازدواج ندارد، اموالش را نباید بین ورثه تقسیم کرد و هکذا. بنابراین معنای لا تنقض این است که در پرتو یقین و کشاندن آن به زمان حال، آثار شرعی که مجعول شارع است (شارع می‌تواند آنها را جعل کند)، را بار کنیم. ولی آثار تکوینی مانند نبات لویه و ضربان قلب قابل جعل نیست تا شارع آنها را جعل کند؛ مثلاً شارع نمی‌تواند بگوید اگر حیات زید را استصحاب کردید و گفتید الان زید زنده است من هم ضربان قلب را برای او جعل می‌کنم در نتیجه وجوب تصدق بر شما بار می‌شود (انصاری، ۱۴۱۲: ۴/۱۲۵).

از کلام شیخ استفاده می‌شود که بحث ایشان در مقام ثبوت است نه اثبات، یعنی شیخ قائل به محال بودن اصل مثبت است؛ زیرا «لا تنقض» فقط می‌تواند آثار قابل جعل را بر مستصحب بار کند ولی اصلاً معقول نیست که آثار غیر قابل جعل بر مستصحب بار شود و حال آنکه سایر اصولیون بحث را ثبوتی نمی‌دانند بلکه آن را اثباتی تلقی کرده‌اند و می‌گویند: اصل مثبت امکان دارد واقع شود ولی حجیت شرعی ندارد (سبحانی، ۱۴۲۶: ۴/۱۸۳).

در ماده ۸۷۴ قانون مدنی که عدم موت استصحاب می‌شود، لازم نیست شارع واسطه را جعل کند بلکه واسطه (تأخر موت مجهول التاريخ) در جای خود باقی است و شارع فقط می‌گوید همان واسطه موجود که در این بحث عقلی هست را در نظر بگیر و به اثر

شرعی (ارث بردن از متوفای معلوم التاريخ) که با این واسطه بر مستصحب بار می‌شود ترتیب اثر بده. به عبارت دیگر: بحث اثباتی است نه ثبوتی؛ زیرا همه علما امکان وقوع اصل مثبت را قبول دارند، ولی فقط در اثبات بحث می‌کنند که آیا حجت است یا نه. در نتیجه شیخ که در مقام ثبوت اشکال دارد و وقوع اصل مثبت را محال می‌داند، در مانحن‌فیه کلام وی پذیرفتنی نیست.

الدلیل الثانی: محقق خراسانی می‌فرماید: قدر متیقن از لا تنقض آثار بلا واسطه است ولی آثار شرعی که در وسطش امر عقلی یا عرفی است بر مستصحب بار نمی‌شود.

به نظر ایشان مسئله قدر متیقن در بحث اطلاق مطرح می‌شود: اطلاق در جایی است که قدر متیقنی در کار نباشد و اگر قدر متیقن باشد اطلاق نیز در کار نخواهد بود. از این‌رو صاحب کفایه می‌فرماید: در مانحن‌فیه قدر متیقن وجود دارد در نتیجه «لا تنقض الیقین بالشک» اطلاق ندارد و قدر متیقن جایی است که بدون واسطه باشد. بنابراین لا تنقض اطلاق ندارد تا بتوانیم اثر شرعی با واسطه را بر مستصحب بار کنیم (خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۴۳/۲).

قدر متیقن در جایی مضر است که در مقام تخاطب باشد. یعنی موقعی که امام صادق علیه السلام با زراره سخن می‌گفت بین زراره و امام علیه السلام این قدر متیقن در ذهن زراره وجود داشته باشد که فقط اثر شرعی بلاواسطه بر مستصحب بار شود حال آنکه چنین دلیلی نداریم و قدر متیقن خارج از مقام تخاطب هرگز مانع از اطلاق نیست؛ زیرا اگر چنین قدر متیقنی مضر باشد، هرگز در دنیا مطلقاً پیدا نمی‌شود؛ زیرا هر مطلقاً یک قدر متیقنی دارد. فلذا طبق مبنای مرحوم آخوند نیز نمی‌توان قائل به تنافی بین ماده ۸۷۴ قانون مدنی و عدم جیت اصل مثبت شد.

الدلیل الثالث: علامه حائری در درر می‌فرماید: لا تنقض منصرف به آثار بلا واسطه است، نه آثار مع الواسطه.

این همان دلیل صاحب کفایه است که از آن به قدر متیقن و شیخ حائری به انصراف تعبیر کرده است (حائری، ۱۲۹۶: ۲۱۳).

دلیل انصراف کثرت استعمال است نه کثرت وجود؛ مثلاً دابه را غالباً در فرس استعمال می‌کنند (نه اینکه در میان دابه‌ها فرس از بقیه بیشتر است). بر همین اساس می‌بینیم که لا تنقض سه بار در کلام امام صادق علیه السلام تکرار شده است و این سه بار موجب کثرت استعمال نمی‌شود تا قائل به انصراف شویم. پس دلیل علامه حائری نیز ثابت نمی‌کند که اصل مثبت در اصول عملیه حجت نباشد و طبق این استدلال نیز استصحاب عدم موت مجهول التاريخ و ارث بردن او از دیگری که تاریخ فوتش مجهول است به واسطه اثبات تأخر موت، صحیح و بلا مانع است.

الدلیل الرابع: محقق خراسانی می‌فرماید: لان تنقض یدل علیه ترتیب آثار المتیقن لا آثار غیر المتیقن (خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۳۱).

توضیح: لا تنقض می‌گوید آثار متیقن را باید بار کرد؛ مثلاً در استصحاب عدم موت مجهول التاريخ آثار متیقن همان حیات مجهول التاريخ است، ولی تأخر موت او متیقن نیست تا اثر شرعی آن (ارث بردن) را بار کنیم. به عبارت دیگر: به یقینی که به واسطه عقلی یا عرفی باشد اثری مترتب نشده است.

جواب نقضی: اگر همین اثر شرعی، یک اثر شرعی دیگر داشته باشد، بنا بر مبنای محقق خراسانی نباید اثر آن را بار کنیم؛ مثلاً ما استصحاب می‌کنیم که آب آفتابه طاهر است و با آن وضو می‌گیریم. حال اثر طهارت آب، صحت وضو است و صحت وضو اثرش این است که می‌توانیم نماز بخوانیم و اثر دخول در نماز این است که نمی‌توانیم اگر وسط نماز هستیم آن را بشکنیم. اثر شرعی متیقن همان طهارت آب آفتابه است، حال آنکه ما چند اثر شرعی را زنجیره‌وار بر آن بار می‌کنیم. اگر کلام محقق خراسانی صحیح باشد فقط باید آثار مستصحب (آثار متیقن) را بار کنیم، در حالی که چنین نیست.

جواب حلی: اگر لازم خارجی، لازم بین باشد به گونه‌ای که تصور ملزوم، ملازم با تصور لازم باشد و آن دو از هم جدا شدنی نباشند، واضح است که باید بگوییم: اثر لازم بین هم بار شود؛ زیرا مولایی که می‌گوید اثر «ما تعلق به یقین» را بار کن، مستصحب تنها ملزوم نیست بلکه هم ملزوم است و هم لازم. از این رو باید در اصل مثبت قائل به تفصیل شد و گفت: اگر لازم، بین است به گونه‌ای که عرف بگوید یقین، هم به ملزوم خورده است و هم لازم، در اینجا اثر لازم را بار کنیم ولی اگر لازم غیر بین است، به گونه‌ای که ممکن است ملزوم تصور شود ولی لازمش به ذهن ما خطور نکند در اینجا اثر آن را بار نمی‌کنیم (سبحانی، ۱۴۲۶: ۱۸۹/۴).

برای شناسایی مستصحب و تشخیص اینکه لازم بین است یا نه باید به عرف رجوع کرد (خمینی، ۱۴۱۵: ۲۴۱). برای مثال: در ماده ۸۷۴ قانون مدنی متعلق یقین به دقت عقلیه همان عدم موت مجهول التاریخ است، اما با مسامحه عرفیه «ما تعلق به یقین» دو چیز است: ملزوم و لازم. یعنی متعلق یقین، عدم موت و به تبع آن تأخر موت است. پس طبق این استدلال و مبنا نیز باید هم اثر ملزوم بار شود و هم اثر لازم، مگر آنکه بتوان ثابت نمود مسامحه عرفیه تفاوت قائل است بین عدم موت مجهول التاریخ و تأخر موت او نسبت به مورثی که تاریخ فوتش معلوم بوده است. اما حق این است که وقتی حیات مجهول التاریخ تا زمان فوت مورث به وسیله استصحاب متعلق یقین قرار می‌گیرد، آنچه به ذهن عرف و عقلا متبادر می‌گردد این است که وقتی مجهول التاریخ تا زمان فوت دیگری در قید حیات بوده است. پس فوت پس از مرگ معلوم التاریخ واقع گردیده و از او ارث می‌برد.

الدلیل الخامس: این دلیل از علمای معاصر بیان گردیده است؛ از جمله حضرت آیت‌الله سبحانی که می‌فرماید: علما تصور کرده‌اند استصحاب همه‌کاره است و حال آنکه این حکم کلیت ندارد. به این بیان که استصحاب در احکام کلیه شرعیه همه‌کاره است ولی استصحاب در موضوعات فقط موضوع را ثابت می‌کند؛ مثلاً اگر ما وجوب جمعه را استصحاب کنیم این استصحاب همه‌کاره است ولی اگر طهارت آب آفتابه را استصحاب کنیم این فقط موضوع را برای ما درست می‌کند و می‌گوید آب آفتابه پاک است. به عبارت دیگر: فقط صغری برای ما شکل می‌گیرد ولی عمده همان کبری است. به این معنا که شارع در مورد آب طاهر فرموده است: «کل نجس غسل بماء طاهر فهو طاهر». خلاصه اینکه در موضوعات، استصحاب در خدمت کبری است و موضوع را برای حکم کلی کبری ایجاد می‌کند و بس. مثال دیگر: دو نفر مستصحب العدالة هستند. این دو شهادت دادند که دیشب هلال ماه را دیده‌اند. در این حال استصحاب فقط می‌گوید این دو نفر عادل هستند ولی دیگر عید فطر بودن امروز با این استصحاب ثابت نمی‌شود. حکم به عید فطر بودن مرهون دلیل اجتهادی است که می‌گوید هرگاه دو نفر عادل به رؤیت هلال شهادت دهند اول ماه ثابت می‌شود. در نتیجه نباید در عید فطر روزه گرفت و هكذا (سبحانی، ۱۴۲۶: ۱۹۰/۴). بنابراین معنای عدم اعتبار لوازم استصحاب این است که استصحاب نمی‌تواند چیزی را در خارج اثبات کند تا اینکه حکم شرعی بر آن مترتب شود و این معنا در علم اصول عدم حجیت اصل مثبت گفته می‌شود (گلپایگانی، ۱۴۱۰: ۲۵۹/۲؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۴۰۷/۲).

ظاهراً بر اساس چنین استدلالی استصحاب عدم موت مجهول التاریخ از قبیل استصحاب موضوع است و حکم به ارث بردن از معلوم التاریخ به واسطه اثبات تأخر موت مشکل می‌باشد؛ زیرا اگر حیات مجهول التاریخ را استصحاب کردیم یک‌سری احکام شرعیه بر آن بار می‌شود؛ مثلاً اموالش نباید تقسیم شود، نفقه زوجه‌اش باید پرداخت شود و یا زوجه‌اش نباید ازدواج کند. ولی اگر بعد از استصحاب حیات او ثابت کنیم که موت او متأخر از فوت معلوم التاریخ است، در این حال کبری وجود ندارد؛ زیرا در شرع نیامده است: «کل ما موته متأخر عن الآخر فهذا اثره». بله، تأخر موت ملازم دارد و آن اینکه اگر فوتش متأخر از دیگری باشد در حالی که بینشان رابطه توارث برقرار است از او ارث می‌برد. این ملازم ارث بردن است، نه حکم شارع و به همین دلیل اصل مثبت حجت

نیست؛ زیرا صغری که با استصحاب ثابت می‌شود باید کبری داشته باشد ولی اگر واسطه عقلی یا عرفی داشته باشد آن کبری اثر شرعی ندارد تا به واسطه آن حکم شرعی بار شود. مثلاً می‌گویند اگر استصحاب نهار کرید ثابت نمی‌شود که نماز شما هم ادا است؛ زیرا استصحاب نهار ملازم با این است که پس نماز تو در صبح بوده است و وقتی نماز در نهار باشد پس ادا است. در اینجا می‌گوییم کبرایی وجود ندارد تا بگوید: «کل ما کان صلاتک فی النهار فصلا تک اداء».

پس طبق مبنای شیخ انصاری، مرحوم آخوند، علامه حائری و همچنین اکثر اصولیین که نظراتشان حول محور همین مبانی می‌باشد ماده ۸۷۴ قانون مدنی خارج از مدلول عدم حجیت اصل مثبت می‌باشد و تنها مبنایی که می‌تواند اصل مثبت را در اصول عملیه بالاخص استصحاب منافی حکم ماده ۸۷۴ قانون مدنی قرار دهد و به آن خدشه وارد کند، قول برخی فقهای معاصر است مبنی بر اینکه اصل مثبت فقط در استصحاب موضوعی که مستصحب موضوع باشد و در طریق استنباط حکم شرعی صغرای قیاس منطقی را تشکیل دهد - اما کبرای یک واسطه عقلی یا عرفی باشد که حکم شرعی نداشته باشد - حجت نیست. اما این بحث مبنی بر آن است که ما دلیل حجیت استصحاب را طبق نظر شیخ انصاری و متأخرین اخبار لاتنقض بدانیم و قائل شویم استصحاب اصل عملی تبعدی است، اما چنانچه طبق نظر متقدمین از اصولیین حجیت استصحاب را از باب حکم عقل بدانیم و استصحاب را اماره ظنیه عقلیه محسوب کنیم مشهور بین علما آن است که لوازم امارات حجت است در نتیجه استصحاب موجود در حکم ماده ۸۷۴ قانون مدنی و تمسک به اصل مثبت حجت و بلاشکال است. اما ما الفرق بین الامارات و الاصول العملیه که لوازم امارات حجت است ولی لوازم اصول عملیه حجت نیست. در ادامه چند مورد از استثنائات عدم حجیت اصل مثبت در اصول عملیه بیان می‌گردد. چه بسا ماده ۸۷۴ قانون مدنی قابل تطبیق با استثنائات این اصل باشد. پس از بررسی استثنائات به حجیت اصل مثبت در امارات پرداخته می‌شود.

استثناء

مشکل در اصل مثبت این بود که دلیل حجیت اصل قاصر از شمول لوازم مستصحب است، نه اینکه حجیت مثبتات اصول غیر معقول باشد. در اینجا مرحوم آخوند استثنایی ذکر کرده و فرموده: در این موارد دلیل حجیت اصل شامل این نوع لوازم می‌شود. برخی از اساتید نیز به طور کلی استثنائات عدم حجیت اصل مثبت را نپذیرفته‌اند و گفته‌اند: تفاوتی در اصل مثبت بین موارد استثناء شده و سایر موارد نیست. این استثناء، ناشی از خلط بین تعبد به شیء با خصوصیت و تعبد به جامع منطبق بر مورد است. اگر شارع مکلف را متعبد به شیء با خصوصیت کند، خصوصیت مورد تعبد، مستتبع یک تعبد دیگر در کلام شارع است. برای مثال: اگر شارع تعبد به آتش با خصوصیت آتش بودنش بدهد لازمه بینش این است که تعبد به حرارت هم داده است. حال اگر شارع، صرفاً تعبد به جامع بدهد و تبعدی به خصوصیت ندهد لازمه آن خصوصیت، مورد تعبد شارع نیست، و لو اینکه مکلف در آن مورد خاص، یقین به خصوصیتی داشته باشد. در واقع با قائل شدن تفاوت بین رفض القیود و جمع القیود این استثنائات را قابل قبول ندانسته‌اند و گفته‌اند: در مورد دلیل استصحاب که به شکل مطلق وارد شده، از آنجا که اطلاق رفض القیود است نه جمع القیود، پس شارع تعبد به همان جامع (المتیقن) داده است، به نحوی که اگر ممکن بود که این جامع، به شکل مجرد از خصوصیات محقق شود همان جامع مجرد، مورد تعبد شارع می‌بود (قائینی، ۱۳۸۹: ۱/۲۵).

آخوند می‌فرماید: اصل مثبت فقط در سه مورد حجت است: ۱. موردی که واسطه خفی باشد. ۲. واسطه و مستصحب لازم و ملزوم هم باشند. ۳. واسطه و مستصحب متلازمین برای امر ثالث باشند (خراسانی، ۱۴۰۹: ۲/۳۲۵).

مرحوم آخوند منکر حجیت اصل مثبت شد و سه استثناء از آن را ذکر کرد. یکی را مرحوم شیخ بیان کرد. یکی را هم مرحوم آخوند فقط در کفایه بیان نموده و یکی هم در کفایه و هم در حاشیه بر رسائل بیان کرده‌اند. آنچه هم مرحوم شیخ و هم مرحوم آخوند استثناء کرده‌اند موارد خفای واسطه است.

الف. واسطه خفی

اگر واسطه عادی یا عقلی به قدری خفی باشد که عرف آن را به حساب نیاورد، اثر واسطه، اثر خود مستصحب شناخته می‌شود؛ برای مثال، در مورد وضو یا غسل، اگر انسان شک نماید که آیا مانعی در بدن هست که موجب نرسیدن آب وضو یا غسل به پوست شود یا نه، در این صورت، استصحاب عدم مانع جریان پیدا می‌کند، هرچند عدم مانع، موضوع حکم شرعی نیست و موضوع حکم شرعی، رساندن آب به همه جای اعضای وضو یا غسل می‌باشد، ولی لازمه عقلی عدم مانع، رسیدن آب به تمام اعضا می‌باشد، اما عرف به این واسطه خفی اعتنا نمی‌کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۳/۴۲۴ - ۴۲۰؛ مشکینی، ۱۴۱۲: ۶۰ - ۶۱). مثالی که برای خفای واسطه ذکر می‌کنند اینکه اگر چیزی نجس و مرطوب باشد و با شیء دیگری ملاقات کند، موجب نجاست، سرایت کردن و تر بودن یکی از طرفین ملازم با سرایت است. حال اگر ما بقای رطوبت را استصحاب کنیم برای اینکه به نجس شدن ملاقی هم حکم نماییم، اصل مثبت است چون نجاست اثر لازم رطوبت (سرایت) است.

اینجا گفته‌اند: این مورد از موارد خفای واسطه است و عرف در حقیقت واسطه در بین را نادیده می‌گیرد و اگر رطوبت اثبات شود، نجاست ملاقی هم اثبات می‌گردد. در حقیقت عرف اینجا را از قبیل ملازم نمی‌بیند بلکه از موارد اثر بدون واسطه حساب می‌کند و واسطه را نادیده می‌گیرد؛ هرچند به دید مسامحی که دارد.

گفته‌اند: در این موارد مثبتات اصول حجت است. مرحوم آخوند در دفاع از این کلام شیخ، به اشکال ذیل پاسخ داده‌اند (خراسانی، ۱۴۰۹: ۲/۳۳۰).

اشکال: اگر عرف هم می‌داند اثر مترتب بر واسطه است و با دید مسامحی واسطه را نادیده می‌گیرد، مسامحات عرف در تطبیقات حجت نیست؛ چرا که همه موارد مجاز و عنایی مسامحه عرف در تطبیق است. اصل در الفاظ، استعمال در معانی حقیقی است و شمول آن نسبت به غیر آن باید اثبات شود. در اینجا ما دلیلی نداریم که لفظ را بر چیزی دیگر حمل کنیم.

جواب: مرحوم آخوند می‌فرماید: در این موارد اثر واسطه حقیقتاً اثر ذی‌الواسطه محسوب می‌شود و این یک اطلاق حقیقی است. یعنی عرف در موارد وضع و استعمال واسطه را در نظر نمی‌گیرد و مفهوم اثر بدون واسطه را اعم از موارد آثار خود شیء و آثار مترتب بر آن با وسائط خفیه می‌داند. اینجا مسامحه در تطبیق نیست و از نظر عرف عدم ترتب آثار وسائط خفیه، حقیقتاً نقض یقین است.

اما ملاک تشخیص موارد مسامحه در تطبیق و غیر آن از نظر عرف چیست؟

تسامح در تطبیق جایی است که عرف، حقیقت ماجرا را نمی‌بیند و اگر حقیقت را ببیند و بداند، مفهوم را منطبق بر آن نمی‌بیند؛ مثلاً عرف به ۹۹۰ گرم هم می‌گوید یک کیلو، در حالی که یک کیلو از نظر عرف دقیقاً هزار گرم است اینجا اطلاق یک کیلو بر ۹۹۰ گرم، مسامحه در تطبیق است، بر خلاف جایی که یک کیلو گندم که همراه مقدار متعارف خاک و گاه است در آنجا آن را حقیقتاً یک کیلو می‌داند.

ضابطه این است که اگر عرف با تنبه از نظرش برگردد، خطای در تطبیق و تسامح در تطبیق است، اما در مواردی که حتی با تنبه هم از نظر بر نمی‌گردد تسامح در تطبیق نیست بلکه سعه مفهوم است. مسامحات در تطبیق حجت نیست و اینکه در کلمات برخی علماء

آمده است که مسامحات عرف در تطبیق هم حجت است، منظورشان مواردی است که مسامحه در تطبیق نیست بلکه سعه در مفهوم است (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۶: ۴/ ۱۷۳-۱۵۶).

ب. واسطه خیلی جلی (آشکار)

جایی که آن قدر میان واسطه و ذی‌الواسطه اتصال و ارتباط نزدیک برقرار است که عرف حکم می‌کند همان‌طور که در عالم تکوین و واقع نمی‌توان واسطه و ذی‌الواسطه را تفکیک نمود، در عالم اعتبار هم جدایی آن دو امکان ندارد، خواه منشأ این شدت اتصال، لازم و ملزوم بودن باشد یا چیز دیگر. در این صورت عرف می‌گوید: معنای تعبد به موضوع، تعبد به لازم و ملازم آن نیز هست. پس شدت اتصال باعث می‌شود تا اثر واسطه، اثر ذی‌الواسطه شمرده شود؛ مثل استصحاب ماه رمضان در «یوم الشک» (در صورتی که روز سی‌ام باشد) که باعث می‌شود فردای روز مشکوک، روز عید محسوب و احکام عید بر آن مترتب گردد. به این ترتیب، فردای «یوم الشک» را روز عید دانستن، از لوازم عقلی استصحاب ماه رمضان در یوم الشک می‌باشد، اما عرف چون آن را لازم و ملزوم می‌داند، به واسطه توجه نمی‌کند (همان: ۱۷۳-۱۵۶).

استثنای دوم که در کلام آخوند آمده مواردی است که عرف ملازمه را می‌فهمد و ملازمه هم کاملاً جلی و روشن و واضح است، اما از نظر عرف تفکیک بین متلازمین ممکن نیست؛ یعنی طوری است که عرف می‌گوید اگر شارع ملزوم را بپذیرد حتماً لازم را هم پذیرفته است. مواردی که از نظر عرف تفکیک بین این دو متلازم ممکن نیست، قابلیت اینکه بتوان در تعبد بین آنها تفکیک کرد وجود ندارد؛ مثل امور متضایف (پدر و پسر) که از نظر عرف معنا ندارد شارع به پدر بودن شخصی برای فردی حکم کند اما به پسر بودن آن فرد برای آن شخص حکم نکند. اگر دلیلی شامل یکی بود، از نظر عرف حتماً شامل دیگری هم هست و پذیرش یکی، مساوی با پذیرش دیگری است. بدین معنا که گرچه لازم و ملزوم دو چیز هستند و این دو چیز بودن هم روشن و واضح است، اما تعبد به یکی قابل انفکاک از تعبد به دیگری نیست بلکه از لوازم تعبد به لازم، تعبد به ملزوم هم هست.

برای این مورد از استثنای مذکور در کلام مرحوم آخوند می‌توان مواردی را مثال زد که علیت مستصحب صرفاً در بقاء می‌باشد نه در حدوث. در چنین مواردی تعبد به ذات چیزی که تمام العلة می‌باشد مستلزم تعبد به معلول است و از عدم حجیت اصل مثبت مستثنا است. اما مواردی که علیت در حدوث هم وجود دارد روشن است که استصحاب در خود معلول جاری می‌شود و نیازی نیست تا از استصحاب بقای علت استفاده شود. به عبارتی ماده ۸۷۴ قانون مدنی در بحث ارث بردن مجهول التاریخ از معلوم التاریخ عیناً قابل تطبیق با این استثنا می‌باشد؛ زیرا در ماده ۸۷۴ قانون مدنی بقای حیات استصحاب می‌شود، به طوری که می‌دانیم صرف حیات مجهول التاریخ، علت تامه ارث بردن نمی‌باشد، بلکه بقاء حیات و تأخر آن از فوت معلوم التاریخ علت ارث بردن است. حال اگر تاریخ فوت آن شخص معلوم نیست، به طوری که امکان بقای حیات وی تا پس از فوت معلوم التاریخ وجود داشته و بعد از گذشت مدتی شک کردیم که آیا فوت او متأخر از موت معلوم التاریخ بوده یا نه، استصحاب بقای حیات جاری می‌شود و در نتیجه معلول آن (ارث) ثابت می‌شود. کلام صاحب کفایه این است که در چنین فرضی، لازمه تعبد به بقای حیات مجهول التاریخ، تعبد به ارث بردن است و بین این دو تلازم بین وجود دارد. استصحاب در اینجا تعبد به تمام السبب داده است نه جزء السبب. باید توجه داشت که اولاً: سببیت بقای حیات، نسبت به تأخر فوت، سببیت عقلی است نه شرعی و به دلیل ملازمه میان این دو، عرف از تعبد به یکی، تعبد به دیگری را هم می‌فهمد. ثانیاً: این سبب، در بقایش علیت دارد نه در حدوثش. این مثال شبیه این است که بینة ای بر صرف بقای حیات مجهول

التاریخ (بدون خبر از موت) قائم شود که در اینجا از تعبد به بقاء، تعبد به تأخر هم فهمیده می‌شود.

ج. واسطه و مستصحب متلازمین برای امر الثالث

اما استثنای سوم جایی است که ملازمه روشن است و تفکیک بین تعبد به آنها نیز از نظر عرف ممکن است، اما طوری است که اگر شارع مکلف را به یکی از آنها متعبد کند، عرف تعبد به دیگری را هم از آن می‌فهمد.

تفاوت مورد سوم و مورد دوم این است که در مورد دوم تفکیک بین تعبد آنها از نظر عرفی ممکن نبود اما در مورد سوم تفکیک از نظر عرف ممکن است. اما از نظر اثباتی، عرف از تعبد به یکی، تعبد به دیگری را هم می‌فهمد و اگر شارع قبول ندارد باید استثناء کند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲/۳۳۷).

شاید بتوان ماده ۸۷۴ قانون مدنی را قابل تطبیق با این استثنا نیز دانست، در صورتی که قائل شویم عرف بین بقای حیات مجهول التاریخ و تأخر فوت او از فوت معلوم التاریخ به نوعی تلازم و ملازمه آشکار ببیند. چه بسا که چنین ملازمه‌ای عرفاً حاصل می‌باشد. وقتی تاریخ فوت هردو فردی که میانشان رابطه توارث برقرار است همزمان باشد و تاریخ یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، تعبد به بقای حیات مجهول التاریخ تا زمان فوت معلوم التاریخ تعبد به تأخر فوت او نیز می‌باشد؛ چرا که از نظر عرف هم‌زمانی آنها دقیقاً در یک لحظه نادر می‌باشد. البته عرف تفکیک بین آنها را در تعبد ممکن می‌داند، اما از دلیل تعبد به ملزوم، تعبد به لازم را هم می‌فهمد. یعنی اگر چه از نظر ثبوتی قابل انفکاک هستند اما از نظر اثباتی، دلیل تعبد به یکی را دال بر تعبد به دیگری هم می‌داند. این در مواردی است که به دلیل روشن و واضح بودن تلازم یا ملازمه در نزد عرف، اثر را اثر به حساب می‌آورد، به نحوی که اگر قرار است شارع مکلف را فقط به یکی از آنها متعبد کند، باید بیان می‌کرد، حال که بیان نکرد پس تعبد به هردو قابل قبول است و در نتیجه عرف از دلیل تعبد به عدم موت و بقای حیات تعبد به تأخر فوت مجهول التاریخ از معلوم التاریخ را می‌فهمد و در نتیجه حکم به ارث بردن او می‌شود.

هرچند این سه استثناء از نظر برخی از فقها مخدوش است، اما به طور کلی و با دقت عقلی می‌توان آن را پذیرفت. از جمله این اشکالات ایراد مرحوم خوئی است. وی بعد از تقریر کلام آخوند فرموده: هم استثنای مرحوم شیخ و هم این دو استثناء غلط هستند. استثنای مرحوم شیخ اشتباه است، چون از موارد تسامح عرف در تطبیق است (خوئی، ۱۴۱۹: ۴۸/۱۹۱). یعنی همان اشکالی که خود مرحوم آخوند فرمود، بعضی به شیخ وارد کرده‌اند و بعد از آن جواب داده‌اند، وقتی خود مرحوم آخوند به این اشکال توجه داشته و فرموده: این از موارد تسامح در تطبیق نیست بلکه تسامح در مفهوم است و مسامحه‌ای است که حد وضع است، ورود این اشکال به ایشان بدون وجه است. مرحوم نائینی نیز به مرحوم آخوند اشکال کرده: اگر اثر لازمه خفیه، از باب توسعه در مفهوم، حقیقتاً مستند به ذی‌الواسطه باشد در این صورت دیگر مورد بیان شده استثناء نمی‌باشد، بلکه مثل سایر آثار ذی‌الواسطه می‌باشد که حجتند (نائینی، ۱۴۱۷: ۲/۱۵۴).

استثنای دوم و سوم را هم غلط دانسته‌اند و گفته‌اند: بحث اصل مثبت جایی است که تلازم به لحاظ بقا باشد و موارد متضایفین و علت و معلول، تلازم به لحاظ حدوث هم هست و در چنین فرضی ما نیاز به اصل مثبت نداریم، بلکه همان لازم را استصحاب می‌کنیم. حال اگر منظور جایی است که علیت یا تضایف به لحاظ بقاء درست می‌شود، از موارد اصل مثبت است و تفاوتی با سایر موارد اصل مثبت ندارد (خوئی، همان: ۱۹۲).

در واقع مرحوم خوئی به صغرای کلام مرحوم آخوند اشکال کرده است، اما چنین اشکالی وارد نیست؛ زیرا بعید است که بگوییم

کلام مرحوم آخوند این قدر نسنجیده است که هیچ صغریایی برایش در نظر گرفته نشده است. خود آخوند فرمود: اگر لازمه دارای حالت سابقه باشد به سراغ استصحاب در لازم می‌رویم و دیگر نیازی به استصحاب در ملزوم برای اثبات لازم نیست. ایشان در عین التفات، این استثنائات را ذکر کرده است. پس ایشان در این استثناء مطلب سنجیده‌ای را بیان کرده است. استصحاب در علت، استصحاب به وصف علیت نیست تا مرحوم خوبی این اشکال را وارد کند، بلکه مربوط به مواردی است که آن علت، در بقائش علت است نه در حدوثش؛ یعنی با استصحاب بقا، تمام علت ثابت می‌شود، نه جزء علت. بقا، علت تامه است.

مرحوم اصفهانی هم همین اشکال مرحوم خوبی را به استادشان (مرحوم آخوند) وارد کرده است. اشکال این بود که اگر استصحاب را در عنوان علت یا متضایف جاری می‌کنید تا معلول یا متضایف دیگر را اثبات کنید، می‌توان مستقیماً استصحاب را در خود لازم جاری کرد؛ چرا که وجود علت و معلول و نیز وجود متضایفان، در حدوث هم ملازمه دارند. اگر استصحاب را در ذات علت یا متضایف جاری می‌کنید، اشکال می‌شود که ذات علت با ذات معلول و نیز ذات متضایف با ذات متضایف دیگر، هیچ‌گونه تلازمی ندارند (اصفهانی، ۱۴۱۶: ۲۲۵/۳).

مرحوم اصفهانی در بیان استثنائات کلام مرحوم آخوند تسامح کرده و دو عنوان مذکور در کلام صاحب کفایه را طور دیگری بیان نموده است. در کفایه دو عنوان استثنا شده، این‌گونه آمده است:

۱. مواردی که شدت تلازم به حدی است که انفکاک در ذهن عرف وجود ندارد.

۲. مواردی که انفکاک در ذهن عرف ممکن است، لکن به دلیل ملازمه، نیازمند بیان است.

مرحوم اصفهانی، دو عنوان استثناء شده در کفایه را این‌گونه بیان کرده است:

۱. تلازم بین علت و معلول.

۲. تلازم بین متضایفین.

همان‌طور که می‌بینیم در کلام صاحب کفایه، آن موضوعیت دارد وجود ملازمه است و علیت و تضایف از باب مثال است، در حالی که در تقریب مرحوم اصفهانی از کلام صاحب کفایه، آنچه موضوعیت دارد، علیت و تضایف است و حال آنکه این دو متفاوتند. پس در نهایت با وجود تمام مناقشات وارد شده در مستثنیات عدم حجیت اصل مثبت باید گفت چنین اشکالاتی پذیرفته نیست و در این موارد دلیل حجیت اصل شامل این نوع لوازم می‌شود. پس طبق این استثنائات چنانچه در بحث ارث ماده ۸۷۴ قانون مدنی تمسک به استصحاب حیات مجهول التاریخ و حکم به ارث بردن او را اصل مثبت بدانیم، اولاً: ثابت کردیم چنانچه استصحاب اصل عملی تبعدی باشد صحت استصحاب و اصل مثبت در ماده ۸۷۴ قانون مدنی خارج از مدلول عدم حجیت اصل مثبت در اصول عملیه می‌باشد، مگر طبق این مبنا که بپذیریم اصل مثبت فقط در استصحاب موضوعی که در طریق استنباط حکم شرعی صغری قیاس منطقی را تشکیل دهد و کبرا یک واسطه عقلی یا عرفی‌ای باشد که حکم شرعی نداشته باشد، اصل مثبت حجت نیست. ثانیاً: چنانچه فقهی قائل به چنین مبنایی باشد، باز هم نمی‌توان گفت ماده ۸۷۴ در تعارض با عدم حجیت اصل مثبت می‌باشد؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، عدم حجیت اصل مثبت دارای استثنائاتی است که این ماده قانونی قابل تطابق با استثنائات موجود (استثناء دوم و سوم مرحوم آخوند) می‌باشد و در نتیجه اشکالی به قاعده عدم حجیت اصل مثبت و نیز استصحاب و حکم ماده ۸۷۴ وارد نیست. ثالثاً: این مطالب در صورتی است که استصحاب را - همان‌طور که بیان گردید - از اصول عملیه بدانیم اما اگر طبق نظر متقدمین از اصولیین حجیت استصحاب را از باب حکم عقل بدانیم و آن را اماره ظنیه عقلیه بشماریم مشهور بین علما آن است که لوازم امارات

حجت است و در نتیجه استصحاب موجود در حکم ماده ۸۷۴ قانون مدنی و تمسک به اصل مثبت، حجت و بلاشکال است. اینکه چه فرقی میان امارات و اصول عملیه وجود دارد که لوازم امارات حجت است ولی لوازم اصول عملیه حجت نیست؛ در ادامه دلیل حجیت مثبتات امارات و همچنین ادله‌ای که دلالت بر اماره بودن استصحاب دارد بیان می‌گردد.

ادله حجیت مثبتات امارات

دلیل اول: ان الامارة تخبر عن الواقع. اماره از واقع خبر می‌دهد. از این رو اگر موضوع ثابت شود هم لازمش ثابت می‌شود، هم ملزومش و هم ملازمش؛ مثلاً وقتی ثابت شد که آتش در خارج وجود دارد، لازمش (سوزاندن) و ملازمش (دود) هم ثابت می‌شود. به عبارت دیگر: اماره واقع را به ما نشان می‌دهد و مطابق اماره، به خارج علم پیدا می‌کنیم، بر خلاف اصل؛ زیرا اصل فقط ما را از تحیر در می‌آورد. از این رو دیگر لوازم آن حجت نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۶۵۹؛ همو، بی تا: ۲۴).

دلیل دوم: برخی اصولیین در امارات تکیه بر لسان حجیت می‌کنند و می‌گویند لسان حجیت اماره کاشفیت و طریقت است. بله چون کاشفیت و طریقت اماره ناقص است شارع مقدس این نقص را تکمیل نموده و آن را به منزله کشف و طریق تام قرار داده است. بنابراین لسان اماره به گونه‌ای است که واقع را برای ما کشف می‌کند و طریقی است که ما را به واقع می‌رساند. حال که به واقع رسیده ایم باید هم لازم را بار کنیم و هم ملزوم و هم ملازم را (خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۷۷). به اعتقاد محقق خراسانی مثبتات امارات حکایتی معتبر است. وی در اثبات این نظر می‌گوید: همان‌طور که اماره حاکی از مؤدای خود می‌باشد و به آن اشاره می‌کند، حاکی از اطراف (ملزوم، لازم و ملازم) خود نیز می‌باشد. بنابراین لازمه اطلاق دلیل اعتبار و حجیت اماره لزوم تصدیق اماره در این حکایت می‌باشد که مقتضای آن حجیت مثبتات امارات می‌باشد (همان: ۴۱۶). بر اساس این استدلال، محقق خراسانی بحث حجیت لوازم امارات را اثباتی در نظر گرفته است نه ثبوتی. به این معنا که ایشان صرف تفاوت ماهیتی امارات و اصول را برای اثبات حجیت و یا عدم حجیت لوازم آنها کافی نمی‌داند بلکه به اعتقاد وی بایستی به ادله حجیت مراجعه کرده و وجود اطلاق و عموم و یا عدم آن را بررسی کرد و از آنجا که دلیل حجیت اماره مطلق است، می‌توان گفت که لوازم امارات مطلقاً حجت است اما در اصول عملیه چنین اطلاقی وجود ندارد (خمینی، ۱۳۸۵: ۱/۱۷۷). میرزای نائینی در اعتراض به استدلال محقق خراسانی می‌گوید: حکایت از یک چیز، فرع التفات و توجه به آن می‌باشد و گاهی از اوقات، شهود متوجه لوازم و ملزومات خبر خود نمی‌باشند (نائینی، ۱۴۱۷: ۴/۴۰۲).

در تکمیل این اشکال، محقق خوئی می‌نویسد: هرچند ادله به طور مطلق دلالت بر حجیت خبر می‌کند، ولیکن خبر و حکایت از عناوین قصدی می‌باشد؛ پس اخبار از یک چیز اخبار از لوازم آن نمی‌باشد مگر در صورتی که ملازمه به شکل بین بالمعنی الأخص باشد و یا اینکه بین بالمعنی الأعم باشد، مشروط به اینکه خود خبردهنده ملتفت باشد. پس در صورت عدم توجه یا انکار ملازمه توسط مخبر، خبر از یک چیز به معنای خبر از لازم آن نمی‌باشد. لذا خبر دادن از چیزی که لازمه آن تکذیب پیامبر است، موجب کفر نیست مگر در صورت التفات مخبر به وجود چنین ملازمه‌ای (خوئی، ۱۴۱۹: ۲/۱۵۳). غالباً علمای اصول، حکایت را در عبارت آخوند خراسانی به معنای اخبار گرفته‌اند. اما احتمال دارد مراد ایشان از تعبیر حکایت از مؤدّی، کاشفیت از مؤدّی باشد که در این صورت، آخوند معتقد است بر اساس اطلاق ادله امارات، همان‌طور که اماره کاشف از مؤدای خود است، کاشف از لوازم و مثبتات آن نیز می‌باشد. افاضیاء عراقی در صدد دفاع از استاد خود برآمده و می‌گویند:

اولاً بعد از تحقق حکایت تصدیقی نسبت به مدلول مطابقی، می‌توانیم به لوازم و ملزومات خبر عمل کنیم، هرچند که بدانیم مخبر

ملفت و متوجه آنها نبوده است؛ چرا که خبر حاکی از آنهاست؛ هر چند به شکل حکایت تصویری باشد و در حکایت تصویری التفات شرط نیست و روش عقلا در محاورات و در باب اقرار و سایر موارد مؤید این گفتار است.

ثانیاً: بر فرض اینکه نسبت به لوازم هم حکایت تصدیقی ملاک باشد، باز هم التفات وجود دارد؛ چرا که در حکایت تصدیقی التفات تفصیلی لازم نیست؛ بلکه التفات اجمالی هم کافی است و نسبت به لوازم نیز مخبر اجمالاً می‌داند که کلام او دارای لوازمی است (عراقی، ۱۴۱۴: ۱۸۵/۴). به هر حال، با توجه به استدلال محقق خراسانی می‌توان گفت: اگر اماره‌ای جنبه حکایتی نداشته باشد، مثبتات آن (مانند اصول عملیه)، حجت نخواهد بود.

دلیل سوم: نظریه میرزای نائینی مبتی بر دیدگاه خود نسبت به حقیقت و ماهیت امارات و اصول عملیه می‌باشد. وی معتقد است: شارع برای امارات، صفت کاشفیت را جعل کرده و در اصول عملیه شارع از حیث تحریک و اقدام عملی ما را موظف کرده است که مفاد اصول عملیه را اجرا کنیم. به نظر ایشان لوازم امارات، معتبر و حجت هستند؛ چرا که جعل طریقت و علمیت در مورد امارات به معنای تکمیل کاشفیت است و قطعاً کاشفیتی که امارات نسبت به مدلول مطابقی خود دارند، نسبت به ملازمات خود نیز دارند. پس با این جعل، لوازم امارات نیز برای ما به لحاظ اعتباری معلوم خواهند بود. به عبارت دیگر: امارات مفاد و مؤدای خود را برای ما احراز می‌کنند و بدین وسیله، لوازم آنها نیز برای ما احراز می‌شود. پس همان‌گونه که در علم وجدانی، لوازم و ملزومات معلوم، حجت هستند در علم تعبیدی نیز چنین است (نائینی، ۱۴۱۷: ۴۸۲) همان‌گونه که مشخص است، استنتاج نائینی مبتنی بر چند مقدمه می‌باشد. یکی از این مقدمات، پذیرش وجود جعلی مستقل از ناحیه شارع برای امارات و اصول عملیه می‌باشد. مقدمه دیگر فرض جعل علمیت و کاشفیت برای امارات و جعل اقدام و تطبیق عملی در اصول عملیه است. امام خمینی علیه السلام نیز در اشاره به این نظریه می‌نویسد: برخی بزرگان دلیل اعتبار مثبتات اماره را برخلاف اصول عملیه، اختلاف مجعول در مورد امارات و اصول می‌دانند؛ چرا که مجعول در امارات، طریقت و کاشفیت است و لازمه آن حجیت لوازم اماره است. اما در مورد اصول، مجعول فقط تطبیق عمل بر اساس مؤدی و مفاد اصل است و این معنا مستلزم حجیت لوازم اصل نمی‌باشد (خمینی، ۱۳۸۵: ۱/۱۷۷).

در هر سه نظریه وجود جعل برای امارات مسلم فرض شده است؛ هر چند مجعول از دیدگاه آنها متفاوت است. شیخ انصاری معتقد به جعل حکم می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۹: ۲/۶۵۹). آخوند خراسانی نیز معتقد به جعل مماثل حجیت (و ترتب منجزیت و معذرت بر آن) است (آخراسانی، ۱۴۰۹: ۲۷۷) و همان‌طور که بیان شد، میرزای نائینی جعل علمیت و کاشفیت را مطرح می‌نماید (نائینی، همان: ۴/۴۸۴).

این سه دلیل به عنوان شیرازه ادله حجیت مثبتات اماره می‌باشند، اما قابل خدشه‌اند؛ خصوصاً طبق مبانی حضرت امام خمینی علیه السلام و معاصرین که طریقت و کاشفیت را قابل جعل نمی‌دانند بلکه می‌فرمایند این دو، از امور تکوینی هستند و جعل کاشفیت، جعل طریقت، تکمیل کاشفیت و تکمیل طریقت صحیح نیستند (خمینی، ۱۴۱۵: ۱/۱۰۶). ضمن اینکه برخی از این دلایل، سالبه به انتفاء موضوع هستند؛ زیرا ما در قرآن و حدیث دلیلی بر حجیت خبر واحد (یکی از امارات) نداریم. بنابراین لسانی در مورد اماره وجود ندارد تا بگوییم لسان جعل حجیت در اماره ما را به واقع می‌رساند. واقعیت این است که دلیل لفظی بر حجیت اماره نداریم و فقط بناء عقلا است که اماره را حجیت می‌داند؛ زیرا شارع این بنا را رد نکرده و حتی امضا هم نکرده است. بنای عقلی دلیل لیبی است و لسان ندارد. محقق خوئی می‌نویسد تمام امارات طرق عقلایی هستند که شارع آنها را همان‌گونه که نزد عقلا بوده تأیید کرده است (خوئی، ۱۴۱۵: ۱/۲۳۹). مرحوم بروجرودی نیز با تکیه بر عقلایی بودن امارات وجود هرگونه جعلی را برای امارات نامعقول می‌داند (بروجردی،

۱۴۱۵: ۴۵۸). سایر فقهای معاصر نیز - از جمله حضرت آیت الله سبحانی - می‌فرمایند: حجیت خبر واحدی که محفوف به قرینه است به دلیل بنای عقلاست. از این رو باید دید که عقلاً با خبر واحد چگونه رفتار می‌کنند؛ رفتار آنها چه وسیع باشد و چه ضیق ما هم مطابق آن عمل می‌کنیم. بنای عقلاً هر چه باشد از طریق آن امضای شارع هم مشخص می‌شود. ظاهراً بنای عقلاً بر اطمینان آور بودن خبر ثقه است و مردم به این دلیل به خبر واحد عادل عمل می‌کنند که نوعاً به اطمینان می‌رسد (اطمینان شخصی ملاک نیست؛ زیرا چه بسا یک خبر برای شخص من مفید اطمینان نباشد ولی این مضر نیست؛ زیرا اطمینان نوعی ملاک است و مردم غالباً از خبر واحد به اطمینان می‌رسند). با این مقدمه می‌گوییم: «الاطمینان عرفاً هو العلم عرفاً». ما دو گونه علم داریم: ۱. علم فلسفی و منطقی که عبارت است از: «الاعتقاد الجازم المطابق للواقع». این نوع علم کمتر نصیب کسی می‌شود. ۲. اطمینان که همان علم عرفی می‌باشد و اگر قرآن می‌فرماید که باید دنبال تحصیل علم باشیم یعنی دنبال اطمینان باشیم. بنابراین خبر واحد موجب می‌شود تا ما به واقع اطمینان پیدا کنیم و در این صورت تمام حواشی آن هم مورد اطمینان می‌شود؛ هم لازم، هم ملزومش و هم ملازمش. برخلاف اصل عملی؛ چون اصل عملی فقط برای رفع تحیر است و واقع را برای ما نشان نمی‌دهد (سبحانی، ۱۴۲۶: ۱۹۵/۴).

از دیگر اشکالات مهم در سه نظریه گذشته راجع به مسئله اعتبار مثبتات ادله، نگرش تبعیدی به امارات می‌باشد. اگر امارات، یک سری راه‌های تبعیدی دانسته شود، تالی فاسد به همراه خواهد داشت. در صورت تبعیدی بودن امارات بایستی بر مقدار تبعید که همان آثار خود اماره می‌باشد، اکتفا شود و نمی‌توان اعتبار لوازم شرعی امارات را در صورت وجود واسطه، حتی واسطه شرعی اثبات کرد. به عبارت دیگر: چون تبعید نسبت به مثبتات ادله ثابت نشده است، معتبر نخواهند بود. امام خمینی با توجه به این نکته می‌فرماید: اگر حجیت امارات را به کمک ادله نقلی مثل کتاب و سنت که ادله تبعیدی هستند، اثبات کنیم، امکان اثبات حجیت مثبتات آنها و حتی بالاتر، امکان اثبات اعتبار لوازم شرعی امارات با وجود واسطه‌های شرعی هم وجود ندارد (خمینی، ۱۳۸۲: ۱/۱۷۷).

نهایتاً با وجود تفاوت مبانی اصولیین در ادله حجیت مثبتات امارات در مقام جمع‌بندی باید توجه داشت که نوع استدلال و تحلیل یک مسئله می‌تواند در موارد متعددی تأثیرگذار و تعیین‌کننده باشد. لذا هرچند نتیجه دیدگاه معاصرین و بسیاری از علمای اصول تا حدی یکسان است، اما این یک اشتراک ظاهری بوده و تحلیل‌ها متفاوت و دارای آثار متفاوتی می‌باشند. در واقع مثبتات امارات حجت هستند، مشروط به اینکه آن اماره مستند به سیره عقلاً باشد پس هرگاه واقع به واسطه اماره ثابت شود، لازم و ملزوم و ملازم آن نیز ثابت می‌شود به دلیل همان ملاک و معیاری که خود مفاد اماره را ثابت می‌کند؛ همان‌طور که علم به یک چیز باعث علم به لوازم و ملزومات و ملازمات آن می‌شود، وثوق و اطمینان به یک چیز نیز همین ویژگی را دارد (خمینی، همان: ۱۹۳). پس می‌توان گفت همان‌طور که دلیل اعتبار امارات، سیره عقلاً می‌باشد، دلیل اعتبار لوازم و مثبتات آنها نیز همان سیره است و کسانی که در استصحاب به مثبتات و لوازم عقلی و عادی آن تمسک می‌نمایند چه بسا استصحاب را از باب اماره حجت می‌دانند.

استصحاب، اماره ظنیه عقلیه

چنانچه استصحاب اماره ظنیه باشد - همان‌طور که چنین نظریه‌ای دارای ادله و طرفدارانی می‌باشد و حداقل استصحاب را فرش الامارات می‌دانند - لوازم استصحاب نیز به حکم عقل و بنای عقلاً حجت است. بر مبنای کسانی که استصحاب را اماره می‌دانند دلیل حجیت استصحاب جنبه کشفی آن است. دلالت حکم عقل، سیره عقلاً و روایات، تأکید دارند که معین نمودن وظیفه عملی، دلیل حجیت و معتبر بودن استصحاب نیست. بلکه دلیل اصلی اعتبار و حجیت استصحاب کاشف بودن حالت سابقه از باقی ماندن آن

حالت سابقه در صورت اقتضای برای بقا است. پس استصحاب از امارات است. ملاک تمایز بین اصل و اماره مفاهیم و مدلولات دلیل است نه خود دلیل. چه بسا مواردی دیده می‌شود که یک فقیه مورد استناد اصلی استصحاب را روایات می‌داند ولی اعتقاد به اماریت استصحاب دارد (خونی، ۱۴۱۹: ۱۹/۳؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰: ۱۴/۵؛ خمینی، ۱۳۷۰: ۱۴۷/۶). سیره عقلا که بر پایه آن جریان استصحاب و ارجاع به این سیره در روایات با اعتماد به تعبیدی بودن آن ناسازگار است؛ زیرا در استدلال‌های عقلا، تعبد مفهومی ندارد بلکه استدلال آنان بر پایه حقایق موجود در عالم واقع است نه تعیین تکلیف و وظیفه شرعی مکلف. همچنین روایاتی مانند صحیحہ معاویة بن وهب (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۶/۲۷) و نیز فتاوای بعضی از فقها مثل شهید اول، شیخ انصاری و میرزای قمی (شهید اول، ۱۴۱۳: ۳۷/۱) میرزای قمی، ۱۴۲۱: ۷۷۹/۲؛ انصاری، بی‌تا: ۲۶۱) که شهادت دادن در محکمه بر اساس اصل استصحاب را جایز می‌دانند، درحالی که استناد به استصحاب برای شهود با این تصور که استصحاب فقط در جنبه عملی مطرح است و موجب احراز و اثبات متعلق خود نمی‌گردد صحیح نیست؛ زیرا شهادت باید از علم و واقع حکایت نماید و اگر استصحاب را از اصول عملیه بدانیم حاکی از علم و واقع نیست. بنابراین سه دلیل بر اماریت استصحاب دلالت دارند:

۱. عقل: در مواقعی که امر حادث و واقع در زمان قدیم برای باقی ماندن اقتضا داشته باشد.
۲. سیره عقلا: بر اساس روش و سیره عقلا نیز اینکه به بقای حالت سابقه حکم نماییم بر اساس تعبد نیست بلکه بر اثر حالت کشفی است که مقتضی نسبت به دوام و استمرار اثر خود خواهد داشت.
۳. روایات: روایات اصل استصحاب هم اولاً: قدرت احتمال بقا را تبیین می‌کنند و ثانیاً: مورد تأیید و امضای سیره و روش عقلاست.

پس استصحاب یک حکم تأسیسی و از روی تعبد نیست بلکه یک روش عقلایی است که مورد امضا و تأیید شارع مقدس است و چنانکه استصحاب از امارات باشد اثرات شرعی که بر لوازم عقلی و عادی ترتب یافته، در مورد استصحاب یا همان مثبتات دارای حجیت و اعتبار است و در مبحث ارث ماده ۸۷۴ قانون مدنی لوازم عقلی و عادی استصحاب عدم فوت دارای اعتبار است و حکم به تأخر مرگ مجهول التاریخ می‌گردد و مجهول التاریخ از معلوم التاریخ ارث می‌برد. اما برخی دیگر از فقها جدای از اینکه استصحاب اصل عملی باشد یا اماره درخصوص این فرع فقهی (ارث بردن مجهول التاریخ) به اصل تأخر حادث استناد کرده‌اند.

امام خمینی به به اصل تأخر حادث، استناد می‌کند، به استصحاب عدم موت. در این صورت، تأخر مفاد مستقیم و اولی خود اصل می‌باشد نه لازمه آن و در نتیجه آثار شرعی تأخر موت (ارث بردن) اثبات می‌شود (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۵۲/۱۹).

اما به این اصل اشکالاتی وارد شده و برخی گفته‌اند این استدلال تمام نیست؛ چرا که اصل تأخر حادث در صورتی که خود یک اصل مستقلی باشد صرفاً تأخر در حدوث را اثبات می‌کند، نه تأخر یک حادثه نسبت به حادثه دیگر را (نجفی، بی‌تا: ۲۶۹/۲۵؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۹۷/۱). پس این اصل نمی‌تواند تأخر موت مجهول التاریخ نسبت به معلوم التاریخ را اثبات کند. در ادامه اصل تأخر حادث و نحوه استناد به این اصل و نظر اصولیون در این زمینه بررسی می‌گردد.

معنا و ماهیت اصل تأخر حادث

مرحوم میر عبدالفتاح مراغی در تبیین معنای اصل تأخر حادث می‌گوید: هرگاه علم و یقین به وجود وجود داشته باشیم، اما شک وجود کنیم که آیا قبل از زمان معلوم نیز وجود داشته است یا نه، حکم به تأخر حادث می‌کنیم. پس آثار شرعی و حقوقی بر وجود

حادث از همان زمان قطعی و معلوم مترتب می‌شود و نسبت به زمان مشکوک اثر اصل تأخر حادث و آثار آن ثابت نمی‌شود؛ زیرا وجود آن احراز نشده است؛ فقها از این اصل تعبیر به اصل تأخر حادث می‌کنند (مراغی ۱۴۱۷: ۱/ ۹۷). علامه مجاهد، اعتبار اصل تأخر حادث را اجماعی می‌داند (مجاهد، ۱۲۹۶: ۴۰). صاحب عناوین نیز می‌گوید: در اصول ثابت شده است که این اصل حجت است (مراغی، ۱۴۱۷: ۱/ ۹۲). نتیجه بررسی منابع فقهی و اصولی حاکی از این است که خاستگاه اصلی این تعبیر قرن یازدهم می‌باشد و سبزواری در ذخیره المعاد به شکل طعنه‌آمیز به این اصل اشاره می‌کند و می‌نویسد: «احتمال اعتبار تأخر نیز داده می‌شود؛ چرا که اصل، تأخر حادث است نزد کسانی که به امثال این اصول عمل می‌کنند» (سبزواری، ۱۲۴۷: ۲/ ۶۰۱). فاضل هندی نیز در جایی به این اصل تصریح می‌کند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷/ ۲۵۸). نهایتاً میر عبدالفتاح مراغی در کتاب العناوین الفقهیه عنوانی را مختص به این اصل قرار می‌دهد (مراغی، ۱۴۱۷: ۱/ ۹۱). البته فخر المحققین عبارتی نزدیک به این اصطلاح دارد و از اصل عدم حدوث در زمان متقدم استفاده کرده است (فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۳/ ۶۳۲). به احتمال قوی ایشان نیز این مسئله را از پدر خودشان، یعنی علامه حلی اقتباس کرده. چیزی که مرحوم شیخ موسی تبریزی از صاحب مفتاح الکرامه نقل کرده نیز مؤید برداشت فوق است؛ وی می‌نویسد: از صاحب مفتاح الکرامه حکایت شده که گفته است استناد و تمسک به اصل تأخر حادث همانا در زبان علامه و گروهی از فقهای متأخر از او به وجود آمده و اثری از آن در کلمات فقهای متقدم بر او نیست و برای آن شواهدی را ذکر کرده‌اند (تبریزی، ۱۳۶۹: ۴۵۴). به هر حال جا دارد که این سؤال مطرح شود که چگونه علامه مجاهد اعتبار این اصل را اجماعی دانسته است، در حالی که تحصیل این اجماع به سبب عدم قدمت اصطلاح ممکن نیست. به نظر می‌رسد که این اجماع بر یک اجماع فرضی دیگری استوار است که می‌تواند اجماع بر اعتبار اصل عدم یا اصل استصحاب باشد. قریب به اتفاق متأخرین اصل تأخر حادث را مستقل نمی‌دانند و آن را از مصادیق استصحاب معرفی کرده‌اند و بسیاری به جای اصل تأخر، از عنوان استصحاب تأخر حادث هم استفاده کرده‌اند (فانصوه، ۱۴۱۸: ۲/ ۳۹۰؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۳/ ۳۹۲؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۷: ۱/ ۳۰۲). شیخ انصاری و آخوند خراسانی نیز این اصل را در تنبیهات استصحاب بحث کرده‌اند (خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۱۹؛ انصاری، ۱۴۲۸: ۳/ ۲۴۷).

پس اصل تأخر حادث را می‌توان این‌طور تصور کرد که ما می‌دانیم در روز شنبه امری حادث شده، اما نمی‌دانیم روز پنجشنبه و جمعه هم بوده است یا نه، ولی قطعاً روز چهارشنبه نبوده است. پس نسبت به پنجشنبه و جمعه حکم به بقای حالت سابق می‌کنیم که معدوم است و بدین شکل امر حادث، نسبت به روزهای دیگر متأخر خواهد بود. اما برخی نسبت به ماهیت اصل تأخر حادث با شک و تردید برخورد کرده و در ضمن احتمال برگشت این اصل به اصل استصحاب، احتمال داده‌اند که این اصل، یک اصل مستقلی باشد که در این صورت هیچ دلیلی از عقلا و شرع بر تأیید آن وجود ندارد، بلکه دلیل بر مخالفش نیز موجود است (زنجان، بی‌تا: ۲۵۰).

احتمال دیگری که جدی تلقی می‌شود ارجاع این اصل به اصل عدم یا اصالة العدم می‌باشد. بر این اساس نیز اصل تأخر یک اصل مستقلی نخواهد بود، بلکه زیر مجموعه اصل عدم به شمار می‌رود. ممکن است گفته شود این همان استصحاب عدم است و چیز جدیدی نیست، اما می‌توان گفت: اصل عدم، خود دارای استقلال است به این معنا که اعتبار آن ارتباطی با اعتبار استصحاب ندارد و حتی در صورتی که استصحاب را در امور عدمی نیز معتبر ندانیم این اصل معتبر خواهد بود و عقلای عالم تا زمانی که حدوث چیزی را احراز نکنند احکام و آثارش را بر آن بار نمی‌کنند و این همان معنای تأخر حادث است، یعنی نسبت به قبل از زمان علم به حدوث، احکام معدوم را دارد و از زمان علم به حدوث، احکام و آثارش ثابت می‌شود. به هر حال با توجه به عدم استقلال اصل تأخر، شاید بتوان ادعای اجماع منقول از علامه مجاهد را این‌گونه توجیه کرد که چون همه فقها اصل استصحاب یا اصل عدم را پذیرفته‌اند، اصل

تأخر حادث نیز از نظر آنها معتبر است. اما نکته‌ای که مسئله را پیچیده‌تر می‌کند این است که اعتبار استصحاب یا اصل عدم از نظر تمام فقها مسلم نیست تا بتوان این اجماع را مطرح کرد. بلکه برخی از فقهاء همچون شیخ طوسی و سید مرتضی استصحاب را به قول مطلق دلیل نمی‌دانند (شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۷۵۸/۲؛ سید مرتضی، ۱۳۷۶: ۳۵۳/۲). علاوه بر آن، تعبیر اصالة العدم قبل از برخی عبارات علامه حلی سابقه روشنی ندارد (حلی، ۱۳۸۸: ۶۴۰). اما شاید بتوان در خصوص دیدگاه امثال شیخ طوسی این‌طور گفت: هرچند شیخ طوسی در عدة الاصول استصحاب را حجت ندانسته است، اما این در خصوص اثبات حکم شرعی است، وگرنه در خصوص موضوعات احکام، ایشان نیز به استصحاب عمل کرده است و به کار بردن عبارت «الاصل بقاء...». در موارد متعددی از کتاب‌های فقهی ایشان نیز حاکی از همین حقیقت است. بنابراین می‌توان گفت: اصل تأخر حادث یا به اصل استصحاب بر می‌گردد یا به اصل عدم، که قدر متیقن آن اصل استصحاب می‌باشد.

تطبیق بحث بر ماده ۸۷۴ قانون مدنی

یکی از مواد قانون مدنی که از مصادیق بحث اصل تأخر حادث است، ماده ۸۷۴ می‌باشد. بر اساس این ماده، اگر اشخاصی که بین آنها توارث است بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد، فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد. مرحوم سید حسن امامی در شرح قانون مدنی، مستند این ماده را اصل تأخر حادث می‌داند (امامی، بی‌تا: ۴۳/۲). وی در بیان مثالی برای این ماده می‌نویسد: مثلاً پدر و پسر در دسته‌ای از نظامیان در جبهه واحدی در مقابل دشمن می‌جنگیدند. هر دوی آنان در اواسط فرودین زخمی شدند و دشمن بر سر آنها ریخت، پدر به جبهه خود فرار نمود و پسر اسیر دشمن شد، پدر پس از چندی مداوا در اول اردیبهشت ماه همان سال فوت کرد و از پسر اطلاعی در دست نبود تا آنکه خبر رسید در اسارت مرده است. چون آنان از یکدیگر ارث می‌برند دانستن تاریخ فوت پسر لازم است و چنانچه دلیلی بر تاریخ فوت او به دست نیاید به وسیله اصل تأخر حادث قضیه مطروحه فیصل داده می‌شود. بدین ترتیب که گفته می‌شود پسر سابقاً در قید حیات بوده است و سپس تردید می‌شود که در زمان فوت پدر اول اردیبهشت همان سال پسر فوت کرده و یا هنوز در قید حیات بوده است، چون دلیلی بر فوت پسر در آن تاریخ در دست نیست حیات او تا پس از تاریخ فوت پدر استصحاب می‌شود، در نتیجه این امر ثابت می‌گردد که پسر پس از فوت پدر در قید حیات بوده و از پدر ارث می‌برد (همان).

مثال دیگری که می‌توان برای این ماده قانونی مطرح کرد فوت پدر و پسر در یک سانحه رانندگی است. اگر فرض کنیم هر دو در یک سانحه جان خود را از دست بدهند و بدانیم که پدر در ساعت ۱۲ فوت شده، اما ندانیم که پسر قبل از پدر یا مقارن با پدر یا متأخر از او فوت شده است، در اینجا پسر مجهول التاريخ و پدر معلوم التاريخ است و به نظر می‌رسد مطابق این ماده قانونی فقط پسر از پدر ارث می‌برد.

در بررسی تفصیلی و فقهی این مسئله باید گفت: همان‌طور که گذشت دیدگاه فقها در مورد این مسئله متفاوت می‌باشد. برخی با استناد به اصل تأخر حادث و یا استصحاب عدم موت مجهول التاريخ، معتقدند فقط مجهول التاريخ ارث می‌برد (خمینی، بی‌تا: ۴۰۱/۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۳۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۹۳). برخی نیز معتقدند، در اینجا مجهول التاريخ نیز ارث نمی‌برد؛ زیرا تأخر لازمه عقلی مستصحب است (خویی، ۱۴۲۲: ۸۸/۱؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۲۵۹/۲). برخی نیز برای دفع اشکال تحقق مثبتیت گفته‌اند: برای اثبات ارث بردن مجهول التاريخ نیازی به اثبات تأخر موت او نیست، بلکه صرف استصحاب حیات کافی است تا حکم به ارث بردن کنیم؛

زیرا برای ارث بردن دو چیز لازم است: موت مورث و حیات وارث. موت مورث که به وجدان و یقین احراز شده و حیات وارث نیز به واسطه استصحاب احراز می‌شود. پس تمامی اجزای این حکم برای ما احراز شده است و می‌توان گفت مجهول التاریخ از معلوم التاریخ ارث می‌برد (اراک، ۱۴۱۳: ۱۷۷). مشابه این دیدگاه قبلاً از میرزای نائینی نیز نقل شده بود.

اگر دیدگاه شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۷۸/۴) و محقق (حلی، ۱۳۸۸: ۱۵۲/۲). تقویت شود - اعم از اینکه استصحاب اماره باشد یا نه - این ماده قانونی مطابق موازین فقهی خواهد بود. دیدگاه آنها مبتنی است بر عدم توجه به دقت‌های عقلی در احکام شرعی. از آنجا که احکام شرعی اموری اعتباری هستند، اعمال دقت‌های فلسفی و عقلی در تشخیص موضوعات جایگاهی ندارد. لذا زمانی که به کمک استصحاب، اصل بر بقای حیات وارث شد، از نظر شرعی فوت وارث قبل از موت مورث است و وارث نیز ارث می‌برد و اطلاق عنوان تأخر می‌تواند بر اساس تشخیص عرف از عناوین احکام باشد که به دور از دقت‌های عقلی است. پس زمانی که به لحاظ شرعی ما متعبد شویم که وارث تا زمان موت مورث در قید حیات بوده، عرف می‌گوید: پس شرعاً فوت وارث بعد از فوت مورث است و همین قدر برای تحقق حکم شرعی کفایت می‌کند. شاید تبیین موضوعات مرکب توسط برخی فقها برای حل مشکل اصل مثبت نیز بر اساس همین فهم عرفی باشد. اما اصولی‌های زیادی به این تأخر و مثبتیت تصریح کرده و آن را فاقد اعتبار شرعی دانسته‌اند. مرحوم شیخ انصاری می‌نویسد: به این اصل‌ها نمی‌توان تکیه کرد؛ چرا که دلیلی بر اعتبار آن نداریم (انصاری، ۱۳۸۳: ۲۸۶/۴). بنابراین اگر بر دیدگاه فقهایی همچون شیخ انصاری، آیت‌الله گلپایگانی و محقق خوبی پافشاری شود، این ماده قانونی از مصادیق اصل مثبت بوده و فاقد اعتبار شرعی است.

نتیجه

در علم اصول، ادله به امارات و اصول عملیه تقسیم می‌شوند. اماره دلیلی است که نسبت به متعلق خود کاشفیت دارد و حکایت از واقع می‌کند، اما اصل عملی واقع را اثبات نمی‌کند و هدف آن تعیین وظیفه مکلف در مقام عمل است. درباره اعتبار مثبتات ادله، دیدگاه‌ها و تحلیل‌های متفاوتی وجود دارد: برخی با استناد به اختلاف جوهری و ماهیتی ادله معتقدند که بین مثبتات امارات و اصول عملیه تفاوت وجود دارد و مثبتات امارات، معتبر است، اما مثبتات اصول عملیه، فاقد ارزش می‌باشد. با وجود تفاوت مبانی اصولیین در ادله حجیت مثبتات ادله باید توجه داشت، نوع استدلال و تحلیل یک مسئله می‌تواند در موارد متعددی تأثیرگذار و تعیین‌کننده باشد. در بحث ارث ماده ۸۷۴ قانون مدنی بعد از اجرای استصحاب و اثبات اثر شرعی مستصحب هرچند به گفته تعداد زیادی از علمای اصول، تأخر، اثر عقلی استصحاب خواهد بود و آثار عقلی مستصحب بر اساس عدم اعتبار اصل مثبت ثابت نمی‌شود، اما با توجه به فتاوی برخی از فقها می‌توان آثار شرعی تأخر را نیز مترتب کرد؛ چرا که اولاً: ثابت گردید استصحاب از باب افاده ظن حجت است یا اینکه در موضوعات نسبت بین موضوعات به شکل ترکیبی است و امکان احراز برخی از اجزا با اصل استصحاب امکان دارد و یا اینکه در احراز موضوعات احکام شرعی با توجه به اعتباری بودن آنها تنها احراز عرفی کفایت می‌کند و نباید احراز دقی و عقلی را ملاک عمل قرار داد. ثانیاً: به فرض پذیرش اصل عملی بودن استصحاب، اصل مثبت دارای استثنائاتی است که این ماده قانونی قابل تطابق با مستثنیات اصل مثبت می‌باشد و در نتیجه اشکالی به ماده ۸۷۴ وارد نیست. بنابراین ماده ۸۷۴ قانون مدنی هرچند مطابق با دیدگاه عده‌ای از فقها صحیح نیست اما طبق نظر مشهور متقدمین و جمعی از متأخرین صحیح و مطابق با موازین شرعی، فقهی و اصولی است، مشروط بر اینکه ارکان اجرای استصحاب نسبت به مجهول التاریخ کامل باشد.

فهرست منابع

قرآن کریم.

- آشتیانی، محمدحسن، بحر الفوائد، قم، کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ق.
- آملی، میرزا محمدتقی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران، مؤلف. چاپ اول، ۱۳۸۰.
- اراکي، شیخ محمدعلی، رسالة فی الإرث، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات، اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیة، بی تا.
- انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- _____ کتاب الطهارة، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- _____ مطارح الانظار، قم، مؤسسه آل‌الیت، بی تا.
- بروجردی، سیدحسین، نهاية الاصول، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ق.
- تبریزی، موسی بن جعفر بن احمد، أوثق الوسائل، قم، کتابفروشی کتبی نجفی، ۱۳۶۹ق.
- حائری، سید محمد مجاهد طباطبائی، مفاتیح الأصول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، اول، ۱۲۹۶ق.
- حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعة، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- حسینی شیرازی، سید صادق، بیان الأصول، قم، دار الانصار، ۱۴۲۷ق.
- خراسانی، محمدکاظم، کفایة الاصول، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- خمینی، سید روح الله، انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.
- _____ الرسائل، قم، انتشارات اسماعیلیان، بی تا.
- _____ تحریر الوسيلة، قم، مؤسسه دارالعلم، چاپ اول، بی تا.
- _____ ، تهذیب الاصول، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۸۲.
- خوئی، سید ابوالقاسم، الهدایه فی الاصول، قم، مؤسسه صاحب الامر، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- _____ دراسات فی علم الاصول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- _____ مبانی تکملة المنهاج، قم، العلمیه، چاپ دوم، ۱۳۹۶.
- _____ مصباح الاصول، قم، کتاب فروشی داوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.
- سیحانی تبریزی، شیخ جعفر، ارشاد العقول الی مباحث الاصول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۶ق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، قم، دفتر آیت الله سبزواری، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۲۴۸.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- شیخ طوسی، محمد بن الحسن، العدة، قم، چاپخانه ستاره، ۱۴۱۷ق.
- صدر، سید محمدباقر، بحوث فی علم الاصول (تقریر سید محمود هاشمی)، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ سوم،

- _____ مباحث الاصول (تقرير سيد كاظم حائري)، قم، مقرر، چاپ اول، ١٤٠٨ق.
- عراقى، آقا ضياء، مقالات الاصول، قم، مجمع الفكر الاسلامى، چاپ اول، ١٤١٤ق.
- _____ نهاية الافكار، قم، دفتر انتشارات اسلامى، چاپ سوم، ١٤١٧ق.
- فاضل لنكرانى، محمد موحدى، الطلاق المواريث، قم، مركز فقهى انمه اطهار عليه السلام، چاپ اول، ١٤٢١ق.
- فخرالمحققين، محمد بن حسن بن يوسف، إيضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد، قم، مؤسسه اسماعيليان، ١٣٨٧.
- فيروزآبادى، سيد مرتضى، عناية الأصول، قم، انتشارات فيروزآبادى، چاپ چهارم، ١٤٠٠ق.
- قانسوه، محمود، المقدمات و التنبهات فى شرح أصول الفقه، بيروت، دار المورخ العربى، ١٤١٨ق.
- قانون مدنى.
- گلپایگانی، سيد محمدرضا موسى، افاضة العوائد، قم، دارالقران الكريم، چاپ اول، ١٤١٠ق.
- _____ كتاب القضاء، قم، دارالقرآن الكريم، چاپ اول، ١٤١٣ق.
- لنگرودى، سيد محمدحسن مرتضوى، الدر النضيد فى الاجتهاد و الاحتياط و التقليد، قم، مؤسسه انصاريان، چاپ اول، ١٤١٢ق.
- مراغى، سيد مير عبدالفتاح، العناوين الفقهية، قم، مؤسسه نشر اسلامى، چاپ اول، ١٤١٧ق.
- مروج، سيد محمدجعفر، منتهى الدرايه، قم، دارالكتاب جزايرى، ١٤١٥ق.
- مكارم شيرازى، ناصر، انوار الأصول، قم، مدرسه الامام على بن ابى طالب، ١٤٢٨ق.
- نائينى، ميرزا محمدحسين، فوائد الاصول، قم، دفتر انتشارات اسلامى، چاپ ششم، ١٤١٧ق.
- نجفى، محمدحسن، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، بيروت، دار إحياء التراث العربى، چاپ هفتم، بى تا.
- نراقى، مولى احمد بن محمد، مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ اول، ١٤١٥ق.
- وحيد بهبهانى، محمداقبر، الفوائد الحائرية، قم، مجمع الفكرة الإسلامى، چاپ اول، ١٤١٥ق.