

## اصل استصحاب در فقه و حقوق موضوعه

اسدالله لطفی\*

دانشیار گروه فقه و حقوق دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۸/۲۸ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۹/۱۷)

### چکیده:

در فقه اسلامی بسیاری از احکام شرعی با استفاده از منابع چهارگانه قرآن، سنت، اجماع و عقل قابل استنباط می باشند. لیکن تعیین تکلیف برای همه موارد خاص و استنباط حکم مشخص آنها چیزی نیست که در آغاز قابل پیش بینی باشد به همین سبب مجتهد با استفاده از اصول عملیه، خلاء قانونی را پر کرده و در جهت کار آمدی علم فقه و پویایی اجتهاد قدم بر می دارد. یکی از آن اصول عملیه، اصل استصحاب است. چنان چه وجود حکم یا موضوعی در گذشته معلوم باشد آنگاه بقاء آن به جهتی در زمان حال مورد تردید قرار گیرد، اگر به اعتبار حالت سابق، حکم بر بقاء حالت سابقه شود می گوئیم، وجود حکم یا موضوع استصحاب شده است مثلاً هر گاه ندانیم سربازی که به جبهه جنگ اعزام شده، کشته شده یا همچنان زنده است؟ زنده بودن او را که تا چندی پیش یقین داشتیم، استصحاب می کنیم و به دنبال آن آثار شرعی و حقوقی زنده را بر آن جاری می سازیم یا توجه به جایگاه اصل استصحاب در فقه و اصول و کاربرد آن در قوانین موضوعه در این مقاله به بررسی و تحلیل این اصل مهم در اصول فقه و حقوق موضوعه پرداخته شده است.

### واژگان کلیدی:

استصحاب، آماره، اصل، شبهه ی حکمیه، شبهه ی موضوعیه، مقتضی و مانع.

### مقدمه

دین مبین اسلام که در اساس بر تهذیب نفوس و رشد و تکامل جامعه ی انسانی استوار است برای اصلاح عقاید و تزکیه ی اخلاق و تنظیم آداب و حقوق انسان ها، تعالیم، دستورات و قوانینی قرار داده است که به نحو اجمال و کلی در قرآن کریم و فرامین پیشوایان دین مطرح و توسط پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) به مردم ابلاغ کرده است.

در اینکه شریعت اسلام مشتمل بر احکام شرعی الزامی باشد یک امر ضروری و بدیهی است و احتیاج به استدلال ندارد و این احکام الزامی هم که شامل واجبات و محرمات الهی است، متکفل سعادت بشر و در جهت تامین مصالح مادی و معنوی آنهاست. از طرفی، همه ی افعال اختیاری انسان از دیدگاه فقه اسلامی مشمول یکی از احکام تکلیفی پنجگانه است و بسیاری از این احکام و تکالیف دینی هم بدیهی و ضروری نیست بلکه اکتسابی و نظری است که برای اثبات آنها باید به ادله ی شرعی از قبیل قرآن، سنت، اجماع و عقل مراجعه کرد و با نظر کارشناسانه در آنها تأمل کرد. برای بدست آوردن احکام و استنباط دستورات شریعت اسلام در درجه ی اول بایستی به منابع یاد شده یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل مراجعه کرد و با کمک قواعد اصول فقه به استنباط احکام شرعی از آن منابع پرداخت (مظفر، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۷). ولی همیشه چنین نیست که هر حکم شرعی قابل استنباط از منابع یاد شده باشد، بلکه بعضی مواقع و در خصوص برخی مسائل فقهی برای بدست آوردن حکم شرعی مساله، نیاز به اصول و ادله ای می باشد که در اصطلاح به آنها اصول عملیه گفته می شود که عبارتند از استصحاب، برائت، تخییر و احتیاط و احکام مستخرج از آن اصول را احکام ظاهری گویند همچنین که، ادله ی اربعه ی قرآن، سنت، اجماع و عقل را ادله ی اجتهادی و احکام مستخرج از آن ادله را احکام واقعی می نامند.

اصول علمیّه موقعی ملاک عمل قرار می گیرد که دلیل اجتهادی معتبر یا آماره برای حلّ مشکل وجود نداشته باشد که این حالت هم بعد از فحص و بررسی و یأس از وجود دلیل حاصل می شود. این وضعیّت هم دو حالت پیدا می کند یکی اینکه مسئله ی مورد نظر سابقه مشخص و معلومی دارد. در این فرض تا هنگامی که دلیل قطعی بر نفی حالت سابق بدست نیامده است اصل استصحاب اعمال می شود. دوم اینکه مسئله ی مورد تردید سابقه ی معلوم و مشخص ندارد. در این فرض دو حالت متصور می شود، یا شک و تردید در اصل تکلیف است که در اینجا اصل برائت جاری می شود و یا اینکه شک در موضوع و متعلق تکلیف و به اصطلاح دانشمندان اصول، شک در مکلف به می باشد. در این فرض هم دو حالت تصور میشود یا احتیاط ممکن است که در این صورت اصل احتیاط جاری می شود و یا احتیاط ممکن نیست که در اینجا اصل تخییر جاری می گردد. از مجاری اصول علمیّه به نحوی که

ذکر گردید استفاده می شود که منحصر بودن آنها در چهار اصل، به حصر عقلی است یعنی دائر بین نفی و اثبات است هرچند برخی آنرا حصر استقرائی دانسته اند (حیدری، ۱۴۱۸ ص ۲۰۵ / شیخ انصاری، ۱۳۷۴، ص ۱۸۳).

### مفهوم اصطلاحی اصل

واژه اصل در اصول فقه چند معنی دارد، یکی از معانی اصل، به معنای دلیلی است که در موارد شک از آن استفاده و وضعیت مورد شک به وسیله ی آن روشن می شود. چون در مقام عمل به آن توجه می شود به عنوان اصل عملی خوانده می شود، اصول عملیه، مواردی هستند که در زمانی که دلیلی بر حکم وجود نداشته باشد و همین عدم دلیل موجب تحیر و شک در موضوع تکلیف شده باشد به کار می آیند و تردید و شک مکلف را در مقام عمل از بین می برند مانند اصل استصحاب، اصل برائت، اصل تخییر و اصل اشتغال، این معنی از اصل همان است که در مقابل آماره به کار می رود و آماره دلیلی را گویند که کاشف از واقع بوده به نحو ناقص همچون مواردی که نسبت به واقع أفاده ظن و گمان می نماید، از قبیل، شهادت شهود، سوگند و خبر واحد و... (حکیم، ۱۹۶۳، ص ۴۴۹ / لطفی، ۱۳۸۰، ص ۱۹۰).

### معنای اصل استصحاب

واژه استصحاب مصدر باب استفعال از صَحِب مشتق شده است که به معنای همراهی، مصاحبت و ملازمت است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ماده صَحِب). در اصطلاح اصولی برای استصحاب تعاریف متعدد ارائه شده است که از آن میان، تعریف شیخ مرتضی انصاری، موجز و مختصر چنین است: هو ابقاء ماکان (۱۳۷۴، ص ۱۵۴) توضیح این که: هر گاه حکم یا موضوع یا وصفی در گذشته معلوم باشد آنگاه مورد تردید قرار گیرد اگر به اعتبار حالت سابق، حکم بر بقاء حالت سابقه شود می گوییم وجود حکم یا موضوع یا وصف استصحاب شده است، مثلاً ماده ۸۷۲ ق.م که مقرر داشته است اموال غایب مفقودالاثر تقسیم نمی شود مگر بعد از ثبوت فوت یا انقضاء مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی ماند. در این ماده قانونگذار حیات غایب مفقودالاثر را استصحاب کرده است.

### عناصر تشکیل دهنده استصحاب

دانشمندان اصول برای تحقق استصحاب مواردی ذکر کرده اند که در اصطلاح به آنها مقومات استصحاب می گویند یعنی عناصری که با وجود آنها، استصحاب محقق می گردد که به طور اختصار ذکر می گردد:

- ۱- یقین سابق، یعنی چیزی را که می‌خواهیم استصحاب کنیم باید به وجود آن در زمان گذشته قطع و یقین داشته باشیم.
- ۲- شک لاحق، یعنی چیزی را که سابقاً به وجودش یقین داشتیم هم اکنون مورد تردید قرار گرفته باشد.
- ۳- وحدت متیقن و مشکوک، یعنی متعلق یقین و شک یکی باشد. به عبارت دیگر، موضوع یا حکمی را که هم اکنون نسبت به آن شک داریم همان باشد که قبلاً به آن یقین داشتیم.
- ۴- تعدد زمان متیقن و مشکوک، شک و یقین صفت انسان است ولی مشکوک و متیقن چیزی است که این صفات به آن تعلق می‌گیرند این دو صفت با هم متضاد هستند و متعلق آن دو باید متعدد باشند و چون عنصر سوم استصحاب وحدت متیقن و مشکوک بود، ناچار باید زمان آن دو متعدد باشد تا بتواند متعلق دو صفت متضاد قرار گیرد، (محمدی، ۱۳۷۵، ص ۳۱۸).
- ۵- تقدم زمان متیقن بر زمان مشکوک، یعنی علاوه بر تعدد زمان متیقن و مشکوک بایستی زمان متیقن بر زمان مشکوک تقدم داشته باشد.
- ۶- وحدت زمان شک و یقین، منظور این است که در حال حاضر هم شک داشته باشیم و هم اینکه یقین ما نسبت به حالت سابق از بین نرفته باشد.

### تقسیمات استصحاب

استصحاب از جهات مختلف قابل تقسیم است یکی تقسیم آن از جهت مستصحب یعنی چیزی که استصحاب می‌شود از این حیث استصحاب دارای دو تقسیم می‌باشد: ۱- وجودی و عدمی ۲- حکمی و موضوعی. دوم تقسیم استصحاب به اعتبار دلیل یقین سابق که به استصحاب حکم شرع و استصحاب حکم عقل تقسیم می‌شود و سوم تقسیم استصحاب به اعتبار شک لاحق که از این جهت به شک در رافع و شک در مقتضی تقسیم می‌گردد. شک در رافع نیز بر دو نوع است: شک در وجود رافع و شک در رافعیّت موجود، هر یک از اقسام یاد شده را به شرح زیر توضیح داده می‌شود و مواد قانونی مرتبط با آن را نیز مختصراً تطبیق و بررسی مینمائیم.

#### ۱- استصحاب وجودی

استصحاب وجودی عبارت است از اینکه وجود امری در گذشته ثابت و یقینی بوده ولی بقای آن در زمان لاحق مورد تردید قرار گیرد، مثلاً اگر بر عهده شخصی به دلیلی تعهدی ثابت

شده باشد و سپس در بقاء یا سقوط آن تعهد، تردید حاصل گردد در این فرض اگر وجود و بقای آن دین یا تعهد، استصحاب شود این حالت را استصحاب وجودی گویند.

### بررسی مواد قانونی

ماده ۴۹۷ ق.م: «عقد اجاره به واسطه فوت موجر یا مستأجر باطل نمی شود». در اینجا وجود اجاره در سابق یقینی بوده اما در زمان لاحق با فوت یکی از طرفین شک حاصل می شود که با نظر به حالت سابق حکم به بقای اجاره می شود.

ماده ۶۰۵ ق.م: «هر گاه حصه بعضی از شرکاء، مجرای آب یا محل عبور حصه شریک دیگر باشد بعد از تقسیم، حق مجری یا عبور ساقط نمی شود؛ مگر اینکه سقوط آن شرط شده باشد و همچنین است سایر حقوق ارتفاقی». وجود حق ارتفاقی که در سابق به طور یقینی محرز بوده ولی در زمان لاحق شک حاصل می شود با توجه به جریان استصحاب، حکم به وجود آن حق در زمان لاحق می کنیم.

ماده ۸۲۳ ق.م: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می شود». وجود حق شفعه که در گذشته محرز بوده است و هم اکنون به واسطه موت شفیع، مورد شک قرار می گیرد. وجود حق شفعه برای وراث استصحاب می شود.

ماده ۱۹۸ قانون آئین دادرسی در امور مدنی: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شده باشد، اصل بر بقای آن است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود».

ماده ۴۵۴ ق.م: هر گاه مشتری را اجاره داده باشد و بیع فسخ گردد، اجاره باطل نمی شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است». در این ماده قانونی که به دنبال بیع، عقد اجاره صورت گرفته و آنگاه بواسطه فسخ بیع در انحلال اجاره شک حاصل شده باشد، حکم به عدم بطلان اجاره داده شده است در واقع بقای عقد اجاره را استصحاب کرده است

ماده ۹۵ قانون مجازات اسلامی: هر گاه محکوم به حد، دیوانه یا مرتد شود حد از او ساقط نمی شود. در اینجا وجود مجازات که حد زنا است یقینی است، حال در خصوص بقاء آن حد به دنبال دیوانگی یا ارتداد، شک حاصل می شود، در این خصوص بقاء حد استصحاب شده است.

ماده ۱۹۲ قانون مجازات اسلامی: حد محاربه و افساد فی الارض با عفو صاحب حق ساقط نمی شود، در اینجا نیز به واسطه عفو صاحب حق، در بقاء حد برای شخص محارب شک می شود که حکم به بقاء حد، همان استصحاب است.

ماده ۱۶۳ قانون مجازات اسلامی: «حد کذف اگر اجراء یا عفو نشود به وراثت منتقل می گردد» در مفاد این ماده بواسطه موت مقذوف ممکن است نسبت به بقاء این حق شک بوجود آید که بقاء آن استصحاب می شود.

## ۲- استصحاب عدمی

استصحاب عدمی این است که عدم چیزی که در سابق محرز و مسلم بوده آنگاه تحقق یا وجود آن در زمان لاحق مورد تردید واقع شود عدم آن استصحاب گردد. مثلاً اگر عدم توانایی مدیون (اعسار) بر تادیه دین به حکم دادگاه ثابت شده باشد و آنگاه استمرار آن مورد تردید قرار بگیرد عدم توانایی (اعسار) او استصحاب می شود. یا اینکه شوهری مدعی پرداخت نفقه همسرش می باشد ولی دلیلی بر اثبات این ادعا ندارد در اینجا عدم پرداخت نفقه زوجه استصحاب می شود در نتیجه مدیون بودن شوهر اثبات می گردد.

## بررسی مواد قانونی

ماده ۳۵۹ ق.م: «هر گاه دخول شیء در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در مبیع نخواهد بود». مطابق این ماده، عدم دخول شیء مشکوک در مبیع استصحاب شده است.

ماده ۶۷۷ ق.م: اگر در وکالت، مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول بر این است که با اجرت است. در اینجا عدم مجانی بودن وکالت استصحاب شده است.

ماده ۷۲۰ ق.م: «ضامنی که به قصد تبرع، ضمانت کرده باشد، حق رجوع به مضمون عنه را ندارد»، در این مساله عدم حق رجوع ضامن استصحاب گردیده است.

ماده ۶۶۳ ق.م: «وکیل نمی تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد» در اینجا عدم اجازه تصرف، خارج از محدوده وکالت، استصحاب شده است چرا که اصل، عدم تصرف در اموال و حقوق دیگران است مگر اینکه اذن داده شده باشد.

ماده ۲۴۹ ق.م: «سکوت مالک، ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی شود» در این خصوص هم اجازه مالک استصحاب می شود.

ماده ۱۷۶ ق.م: «با شک در حیات، حین ولادت حکم به وراثت نمی شود» در اینجا نیز عدم حیات هنگام ولادت استصحاب شده است.

ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی، قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه اثبات کند. در مساله فوق، عدم استحقاق قاتل برای قتل مقتول استصحاب شده است.

ماده ۶۱۷ ق.م: امین نمی تواند غیر از جهت حفاظت تصرفی در ودیعه کند یا به نحوی از انحاء از آن منتفع گردد مگر با اجازه صریح یا ضمنی امانت گذار و الا ضامن است. در این مسأله نیز عدم حق تصرف امین در مال الودیعه استصحاب شده است.

### ۳- استصحاب حکمی

چنانچه حکم مسأله ای محرز و مسلم بوده باشد و هم اکنون مورد تردید قرار گیرد حکم سابق استصحاب می شود این حالت را استصحاب حکمی گویند، این فرض خود دو حالت دارد، یا استصحاب حکم تکلیفی است و یا استصحاب حکم وضعی، حکم تکلیفی مثل اینکه پرداخت مهریه از جانب زوج به زوجه واجب بوده است حال اگر زوجه مدعی پرداخت مهریه خود از جانب شوهرش باشد و شوهر دلیلی بر تأدیئه آن نداشته باشد وجوب پرداخت مهریه بر شوهر استصحاب می شود، حکم وضعی مثل اینکه شخصی ضامن مالی بوده است حال به جهتی تردید حاصل شود. که ضمان ساقط شده است یا خیر؟ تا زمانی که یقین به رفع ضمان حاصل نشده، حکم وضعی ضمان استصحاب می شود.

### بررسی مواد قانونی

ماده ۴۲۱ قانون مدنی: «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد اختیار غبن ساقط نمی شود مگر اینکه مغبون به أخذ تفاوت قیمت راضی گردد». مطابق ماده فوق، مغبون اختیار فسخ عقد را دارد ولی طرف معامله حاضر میشود که تفاوت قیمت را به مغبون باز گرداند و ضرر و زیانی را که بوده است جبران نماید، آنگاه تردید می شود که آیا مغبون می تواند پول را قبول نکند و قرار داد را فسخ کند؟ یا باید گفت: چون مبنای ایجاد حق فسخ، لزوم جبران ضرری است که به او وارد شده و این مبنای پرداختن تفاوت قیمت از بین رفته است دیگر او حق بر هم زدن معامله را ندارد در این صورت اگر قاضی به این تردید اعتنا نکند و حکم به امکان فسخ معامله را باقی بداند، کار او را استصحاب حکمی می گویند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۳/ ۱۲۹) ماده ۴۲۱ قانون مدنی بر مبنای استصحاب بقاء حق مغبون تنظیم یافته است.

ماده ۱۰۲ ق.م: «هر گاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفاقی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد آن حق به حال خود باقی است مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد» مطابق ماده فوق حکم انتفاع از مال غیر که در گذشته محرز و مسلم بوده و حالا به دلیل انتقال آن مال به دیگری، حکم ارتفاق و انتفاع محل شک و تردید قرار می گیرد. استصحاب می شود.

ماده ۴۵۴ ق م: «هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ گردد اجاره باطل نمی شود» در این ماده حکم بر بقاء عقد اجاره داده شده است که استصحاب حکمی است. ماده ۳۵۷ قانون آئین دادرسی در امور مدنی: غیر از طرفین دعویا قائم مقام قانونی آنها کس دیگری نمی تواند در مرحله تجدید نظر وارد شود. مگر در مواردی که قانون مقرر می دارد «نظر به اینکه دادرسی در مرحله دوم و تجدید نظر هم به نوعی ادامه می یابد این شک بوجود می آید که آیا غیر از طرفین دعوا یا قائم مقام قانونی آنها افراد دیگری حق ورود در این مرحله را دارند یا خیر، که ماده فوق حالت سابق را باقی گذاشته و حکم به ابقاء حضور طرفین دعوا و قائم مقام قانونی آنها داده است.

#### ۴- استصحاب موضوعی

اگر موضوع یک حکم که سابقاً محرز و مسلم بوده و حال مورد تردید قرار گیرد بقاء آن استصحاب می شود که این حالت را استصحاب موضوعی گویند. مثل استصحاب زنده بودن غایب مفقودالاثرا یا استصحاب دین سابق و امثال آن، بطور کلی مصادیق و مواردی که از قانون مدنی یا قانون مجازات اسلامی در خصوص استصحاب وجودی یا عدمی می آوریم از حیث اینکه حکم یا موضوع آنها استصحاب می شود، مثال ها و مصادیق استصحاب حکمی یا موضوعی هم به حساب می آید مع الوصف موارد دیگری در خصوص استصحاب موضوعی از حیث حقوقی ذکر می گردد.

#### تطبیق مواد قانونی

ماده ۸۷۲ ق. م: «اموال غائب مفقودالاثرا تقسیم نمی شود مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضاء مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی ماند». کسی که مفقود شده است، با توجه به اینکه قبلاً زنده بوده و هم اکنون به دلیل مفقودالاثرا شدن نسبت به زنده بودن یا مردن او شک حاصل می شود. که این همان استصحاب موضوعی است، که از جمله آثار آن، تقسیم نشدن اموال او می باشد چرا که وقتی فرض می شود که مفقود الاثرا فعلاً زنده است، لذا اموالش تقسیم نمی شود.

ماده ۱۰۱۹ ق. م: «حکم موت فرضی غایب در موردی صادر می شود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شخصی زنده نمی ماند». در اینجا نیز تا علم اجمالی حاصل نشود نمی توان حکم به موت فرضی شخصی داده شود در نتیجه همچنان به یقین سابق عمل می کنیم که همان زنده بودن چنین فردی استصحاب می شود.



ماده ۴۹۸ ق.م: «اگر عین مستأجره به دیگری منتقل گردد، اجاره به حال خود باقی است، مگر اینکه موجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد». در این مسأله هم بقاء اجاره که موضوع عقد اجاره می باشد استصحاب شده است

ماده ۱۰۱۷ ق.م: اگر فوت غایب بدون تعیین تاریخ فوت ثابت گردد، محکمه باید تاریخی را که فوت او در آن تاریخ محقق بوده معین کند در این صورت اموال غایب بین ورثاتی که در تاریخ مزبور موجود بوده اند تقسیم می شود. پیش از این تاریخ، زندگی غایب استصحاب شده است زیرا امکان مردن او احتمالی است مطابق مواد ۱۰۱۹ تا ۱۰۲۲ قانون مدنی در باب غایب مفقودالآثر که حیات او تا مدتی به تناسب غیبت و حوادثی که برای او پیش آمده است، استصحاب شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۳ ص ۲۱۲).

#### ۵- استصحاب حکم عقل

گاهی برای حکمی که نسبت به آن یقین داریم، در شرع دلیل خاص بر آن وجود ندارد، بلکه این عقل است که به آن حکم می کند، حال اگر در بقاء چنین حکمی تردید حاصل شود و آنگاه بقاء آن استصحاب شود این را استصحاب حکم عقل گویند. مثلاً عقل بر قبح ظلم و حسن عدالت حکم می کند، حال اگر در بقاء این حکم شک داشته باشیم، حکم یاد شده استصحاب می شود، در حجیت استصحاب حکم عقل اختلاف است، شیخ انصاری استصحاب حکم عقل را صحیح نمی داند ولی آخوند خراسانی، میرزای نائینی و برخی دیگر قائل به صحت استصحاب حکم عقل هستند (شیخ انصاری، ۱۳۷۴، ص ۳۲۵) / نائینی ۱۳۶۵، ج ۴/ ۴۴۱).

#### ۶- استصحاب حکم شرع و قانون

چنانچه حکمی با دلیل شرع ثابت و محرز گشته باشد و آنگاه در بقاء آن شک و تردید بوجود آید، بقاء حکم سابق استصحاب می شود که این را استصحاب حکم شرع گویند. مثلاً به دلیل شرعی یا قانونی وجود بدهی ثابت شده باشد لیکن شک و تردید در پرداخت آن وجود داشته باشد در اینجا بقاء بدهی استصحاب می شود، بسیاری از فقهاء به صحت استصحاب حکم شرع قائلند.

#### بررسی مواد قانونی

ماده ۳۸۰ ق.م: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می تواند از تسلیم آن امتناع کند». بنابراین چنانچه این حکم با دلیل شرع ثابت و محرز شده باشد آنگاه بعداً محل شک و تردید

قرار گیرد، با توجه به استصحاب، بقاء آن را استصحاب میکنیم و حکم می‌کنیم که فروشنده حق استرداد مبیع را همچنان دارد.

ماده ۶۴۹ ق.م.ا.گ. که موضوع قرض است بعد از تسلیم، تلف یا ناقص شود از مال مقتضی است» چنانچه حکم این مسأله به دلیل شرع یا قانون ثابت و محرز شده باشد، سپس در زمان بعدی مورد شک واقع شود که اگر چنین مالی که قرض داده شده بعد از تسلیم، تلف یا ناقص گردد آیا از اموال قرض گیرنده است یا قرض دهنده؟ در اینجا با توجه به حکم شرع، بقای سابق آن را استصحاب می‌کنیم و حکم می‌کنیم که از مال مقتضی است.

ماده ۱۱۵۶ ق.م.ز. که شوهر او غایب مفقودالاثراثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد بایستی از تاریخ طلاق، عدۀ وفات نگه دارد، چنانچه حکم این مسأله با دلیل شرع یا قانون ثابت شده باشد، آنگاه در زمان بعدی مورد شک و تردید قرار بگیرد، بدین صورت که زنی که شوهرش غایب مفقودالاثراثر شده و حاکم او را طلاق داده از تاریخ وقوع طلاق، عدۀ وفات نگه دارد یا خیر؟ در چنین حالتی بقاء حکم سابق را استصحاب میکنیم یعنی می‌گوئیم به حکم قانون یا شرع باید، عدۀ وفات نگه دارد.

اصل ۱۷۱ قانون اساسی: هر گاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم به مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد. چنانچه این مسأله با دلیل شرع یا قانون اثبات شده باشد آنگاه در زمان بعدی مورد تردید قرار گیرد، بقای آن حکم استصحاب می‌شود که همه این موارد استصحاب حکم شرع یا قانون است.

#### ۷- شک در مقتضی و رافع

استصحاب از جهت شک لاحق که به چه نحو می‌باشد، تقسیم به شک در مقتضی و شک در رافع می‌شود، شک در رافع هم به نوبه خود به شک در وجود رافع و شک در رافعیت موجود تقسیم می‌گردد، چنانچه شک در مقتضی باشد یعنی در قابلیت موضوع برای بقاء، شک داشته باشیم این را شک در مقتضی گویند مثلاً کسی حیوانی را مالک بوده است حال شک می‌کنیم که آیا حیوان قابلیت زنده بودن به مدت بیشتر از پنج سال را داشته است یا خیر؟ که به دنبال آن، مالکیت مالک آن حیوان را استصحاب می‌کنیم.

منظور از رافع این است که با فرض اقتضای بقاء و استعداد و قابلیت دوام موضوعی، در بقاء و دوام آن از این جهت شک و تردید وجود داشته باشد که آیا مانعی که جلوی تأثیر مقتضی را بگیرد حاصل شده است یا خیر؟ مثل اینکه در خصوص عقد نکاحی که یقین به

وجود آن داشتیم، شک داشته باشیم که آیا طلاق واقع شده است یا خیر؟ شک در رافعیّت موجود هم آن است که در مثال بالا می‌دانیم طلاق رخ داده ولی تردید داریم که آیا طلاق ایجاد شده در طهر غیر واقعه بوده است که صحیح باشد یا در طهر واقعه بوده است که در این صورت باطل باشد؟ بسیاری از علماء علم اصول، استصحاب را در خصوص شک در مقتضی جاری نمی‌دانند از جمله شیخ انصاری و میرزای نائینی، ولی تعدادی دیگر از فقها و اصولیین در مورد شک در مقتضی هم استصحاب را جاری و حجت می‌دانند.

### بررسی موارد حقوقی

بی‌گمان استصحاب در حدود قابلیت اشیاء امکان دارد یعنی در صورتی می‌توان حکم به بقاء حالت سابق کرد که موضوع آن، قابلیت باقی ماندن را داشته باشد، مثلاً اگر پس از صد و پنجاه سال زنده بودن انسانی مورد گفتگو قرار گیرد، حیات سابق او را نمی‌توان استصحاب کرد زیرا به حکم عادت و تجربه در انسان، استعداد صد و پنجاه سال زندگی کردن وجود ندارد، چنانچه مطابق ماده ۱۰۲۰ ق.م. غایبی که از او دو سال خبری به دست نیامده تا سن ۷۵ سالگی زنده فرض شده است، اعتبار استصحاب نیز بستگی به میزان این قابلیت دارد، هرچه امکان ماندن مستصحب بیشتر باشد به همان اندازه نیز اعتماد به اجرای اصل استصحاب بیشتر است و هنگامی که این امکان به دلیل عقل یا عادت از بین برود دیگر نمی‌توان به استصحاب استناد کرد استعداد باقی ماندن اشیاء همیشه ثابت نیست، لذا ممکن است در استعداد فردی که موضوع استصحاب قرار گرفته تردید بوجود آید و به درستی نتوان صلاحیت باقی ماندن آن را احراز کرد تردیدی که بدین گونه در استعداد بقای مستصحب ایجاد می‌شود، شک در مقتضی می‌نامند (امامی، ۱۳۶۵، ج ۶ ص ۳۲۶ / کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۳ / ۱۲۵).

شک در وجود رافع مثل وجود دین در گذشته معلوم بوده لیکن در وجود یکی از موجبات سقوط آن (وفای به عهد، تهاتر و ابراء ذمه) تردید باشد، شک در رافعیّت موجود مثل اینکه خیار غبن در معامله ای وجود دارد، اما موضوع عقد از بین رفته است و نمی‌دانیم که آیا این حادثه اختیار فسخ مغبون را از بین می‌برد یا در آن بی‌اثر است؟ مثال دیگر: به دلایلی معلوم شده است که طلبکار سند دین را به بدهکار داده است و تردید می‌شود که آیا هدف او از این کار ابراء ذمه مدیون بوده است یا خیر؟

### اصل تأخر حادث

هر گاه در خصوص تقدّم و تأخر دو حادثه نسبت به یکدیگر از حیث تاریخ وقوعشان تردید وجود داشته باشد و مشخص نباشد کدام یک تأخر دارد، اصولیین در اینجا اصل عدم

حدوث حادث را اجرا می کنند، یعنی عدم حدوث مجهول التاريخ را استصحاب می کنند، در این مورد دو فرض قابل طرح است، یکی اینکه تاریخ پیدایش یکی از آن دو معلوم و دیگری مجهول است در این صورت، اصل عدم حدوث حادث، در مورد حادثه ای که تاریخش مجهول است اجراء می شود و نتیجه آن، تأخر زمان پیدایش شیء مورد است نسبت به آنچه که تاریخ پیدایش آن معلوم است، این اصل مبنای ماده ۸۷۴ قانون مدنی قرار گرفته که می گوید: اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از دیگری ارث می برد. دوم اینکه تاریخ حدوث هر دو حادثه، مجهول و در نتیجه تقدم و تأخر آنها نسبت به هم مشخص نباشد، در این فرض اصل تأخر حادث یا عدم حدوث حادث در مورد هر دو جاری می شود در نتیجه این دو اصل با هم تعارض و تساقط می کنند در نهایت به اصول و قواعد دیگر مراجعه می شود.

### بررسی موارد حقوقی

مثلاً واهب بعد از قبض متهم از هبه رجوع می کند، متهم مدعی است که قبل از رجوع واهب، در عین موهوبه تغییراتی حاصل شده است و مطابق بند ۴ ماده ۸۰۳ قانون مدنی واهب حق رجوع ندارد و لیکن واهب ادعا می کند، رجوع ایشان قبل از تغییر در عین موهوبه، بوده است در این فرض تاریخ رجوع و تاریخ تغییر مورد اختلاف واهب و متهم بوده و مجهول است و هیچ کدام نمی توانند ادعای خود را ثابت کنند. در این خصوص، واهب محکوم می گردد، زیرا اصل تأخر حادث در مورد هر کدام از دو ادعا (ادعای رجوع قبل از تغییر و ادعای تغییر قبل از رجوع) اجراء می شود و نهایتاً تساقط حاصل می شود. در نتیجه هبه به حال خود باقی است. مثال دیگر: در مورد آپارتمانی دو سند جدا وجود دارد که به موجب آن هر یک از طرفین مدعی است که او اول معامله کرده و سند دوم، سند معارض است اما تاریخ هر دو سند مجهول است و تقدم هیچ کدام بر دیگری معلوم نیست، در اینجا اصل تأخر حادث در مورد هر دو سند اجراء و در نتیجه هر دو از اعتبار ساقط می شوند و برای روشن شدن قضیه بایستی به سایر ادله و قرائن مراجعه گردد.

### قاعده یقین یا شک ساری

شکی که در مجرای یقین رخ می دهد و امر یقینی سابق را متزلزل می کند شک ساری گویند مثلاً یقین پیدا می کنیم که فلان متهم مجرم است آنگاه با بررسی های دیگر برای ما شک حاصل می شود که آیا فلان متهم مجرم است یا نه؟ این شک لاحق تا جایی سرایت می کند

که یقین سابق را از بین می برد به همین جهت به آن شک ساری گویند در اینجا زمان متیقن و مشکوک واحد است در حالی که در این فرض نمی توان یقین سابق را استصحاب کرد چون دیگر یقینی وجود ندارد که آن را استصحاب کنیم.

### ماهیت اصولی استصحاب

در اینکه استصحاب از امارات ظنی همچون خبر واحد، ظواهر الفاظ و غیر اینهاست یا اینکه صرفاً یک اصل عملی است؟ با توجه به اینکه دلیل و مبنای استصحاب را چه چیزی بدانیم قضیه تفاوت پیدا می کند، اصولیین متأخر بیان داشته اند: اگر مدرک اعتبار استصحاب، اخبار و روایات باشد از اصول عملیه به حساب می آید چرا که حجیت روایات از باب تعبد بوده و به دنبال آن استصحاب هم تعبداً حجت می باشد که این معنی با ماهیت اماره بودن سازگار نیست چرا که اماره نظر به واقع دارد و حالت کاشفیت در اماره مطرح است، در حالی که در اصول عملیه چنین حالتی لحاظ نشده است، ولی چنانچه مدرک و دلیل اعتبار استصحاب، بناء عقلاً یا دلیل عقلی باشد از امارت و ادله اجتهادی به شمار می آید، نظر به اینکه اصولیین متأخر از قبیل آخوند خراسانی (۱۴۱۴ه.ق مبحث استصحاب) شیخ انصاری (۱۳۷۴ه.ق مبحث استصحاب) محقق خوبی (۱۳۸۶، ج ۱۰۵/۳) آیت الله حیدری (۱۴۱۸، ص ۲۸۵) مبنای استصحاب را روایات می دانند از دیدگاه آنها استصحاب از اصول عملیه محسوب می شود ولی از دیدگاه فقهای همچون سید مرتضی، شیخ بهایی، محقق حلی، شهیدین و صاحب معالم (۱۴۱۵، ص ۳۶۱/ علامه ی حلی ۱۴۱۱، ص ۸۲) که استصحاب را از طریق حکم عقل حجت می دانند، اماره به شمار می آید. ثمره این بحث این است که در تعارض استصحاب با امارات با توجه به مبنای علمای متأخر که استصحاب را اصل عملی می دانند دلیل اجتهادی یا امارات، مقدم بر استصحاب می شوند زیرا موضوع اجرائی اصل عملی، شک است و با وجود دلیل اجتهادی شکی باقی نمی ماند که به اصول عملیه رجوع شود بنابراین اماره مقدم بر اصل می باشد.

البته در اینکه تقدم اماره بر اصل استصحاب از باب ورود اماره بر استصحاب بوده یا از جهت حکومت و یا اساساً از باب جمع بین دلیل اماره و خطاب «لاتنقض الیقین بالشک» می باشد؟ اختلاف نظر وجود دارد، حقیقت این است که اماره وارد بر استصحاب می باشد زیرا دست کشیدن از یقین سابق بواسطه اماره معتبره از باب نقض یقین به یقین به شمار می رود که این حالت صحیح نیست. البته اگر مفاد اماره موافق با یقین سابق باشد مطابق آن عمل می شود ولی این عمل به یقین سابق، عمل به استصحاب نیست بلکه عمل به اماره است چه آنکه در عمل به اماره فرقی نمی کند که با یقین سابق موافق بوده باشد یا مخالف زیرا در هر صورت بایستی به حجت و دلیل قوی عمل شود.

### تعارض قاعده ید با استصحاب

در تعارض قاعده ید که اماره مالکیت به حساب می آید با استصحاب که اصل عملی است، قاعده ید بر استصحاب مقدم می شود چرا که گفته شد اماره مقدم بر اصل است به بیان دیگر در اینجا سؤال این است که عدم مالکیت ذوالید در گذشته برای ما یقینی بوده است حال شک داریم که شخص متصرف یا ذوالید مالک آن شده است یا خیر؟ آیا استصحاب عدم مالکیت را جاری می کنیم؟ یا به موجب عمل به قاعده ید، ذوالید را مالک به شمار می آوریم؟ پاسخ این است که ید بر استصحاب مقدم می شود زیرا ید، اماره است و استصحاب، اصل است بعلاوه اینکه اگر در این گونه موارد استصحاب عدم را جاری کنیم. دیگر موردی برای قاعده ید باقی نمی ماند چرا که در هر موردی که ید جریان پیدا می کند یک استصحاب عدم هم وجود دارد و نیز در اثر عمل نکردن به قاعده ید و ترک آن، نظام اجتماعی و اقتصادی مردم در جامعه مختل می شود و امنیت اقتصادی جامعه به طور کلی مخدوش می گردد.

### بررسی ماده ۳۷ قانون مدنی

ماده ۳۷ ق.م می گوید: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است». در این مسأله نظر مشهور فقهاء این است که در اینجا دعوی منقلب می شود به این معنی که ذوالید تا این مرحله منکر و طرف مقابل مدعی بود ولی اگر اقرار به مالکیت سابق مدعی از حیث اثبات انتقال به ناقل قانونی باشد، ذوالید مدعی تلقی می گردد و باید بینه اقامه کند و نمی تواند با وجود اقرار به ید سابق مدعی به استناد ید فعلی از اقامه بینه معاف گردد (امام خمینی، ۱۴۱۴ه.ق ج ۲، ص ۴۲۳).

### تعارض اصل صحت با استصحاب

قاعده صحت که از آن به أصالة الصحة تعبیر می شود قاعده ای است که مطابق آن حکم به صحت عملی می شود که از دیگری صادر می گردد. مثلاً اگر عقد یا ایقاعی توسط شخصی صورت گیرد یا فرد مسلمانی عبادتی انجام دهد که صحت و عدم صحت آن برای دیگران مشخص نباشد، مطابق اصل صحت، آن عقد و ایقاع یا عبادتی که انجام شده حمل بر صحت می شود، در ماده ۲۲۳ ق.م آمده است «هر معامله ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم گردد». استصحابی که معارض با اصل صحت باشد یا موضوعی است یا حکمی، در بین فقهاء و اصولیین اتفاق نظر وجود دارد که اصل صحت بر

استصحاب حکمی مقدم است، مثلاً هر گاه در صحت بیع به دلیل احتمال اختلال در شرطی از شرایط آن شک حاصل شود، چنانچه قابلیت فاعل و عوضین هم احراز شده باشد، اصل صحت جاری می شود و نوبت به استصحاب حکمی که در مثال مورد نظر، عدم انتقال مبیع باشد، نمی رسد بلکه حکم به صحت بیع و ترتیب آثار آن داده می شود زیرا همان طور که گفته شد اصل صحت، اماره است و استصحاب، اصل است، اما در خصوص استصحاب موضوعی چنانچه با جریان اصل صحت تعارض داشته باشد، در اصول فقه اختلاف نظر وجود دارد. به نظر می رسد نظر صحیح این باشد که در چنین مواردی استصحاب موضوعی جاری می شود، مثلاً هر گاه شک در صحت معامله ای مورد نظر واقع شود از آن جهت که سابقاً مبیع، خمر بوده است، حال شک پیدا شود که آن خمر در حین فروش به سرکه تبدیل شده است یا خیر؟ در این فرض بدون تردید استصحاب موضوعی جاری می شود و لذا به باقی ماندن مبیع بر خمر بودن حکم می شود در نتیجه عقد بیع باطل می گردد، البته این نه بدان جهت است که استصحاب موضوعی بر اصل صحت مقدم گردد، بلکه از آن جهت است که اساساً اصل صحت در اینجا جاری نمی شود زیرا جاری شدن اصل صحت متوقف بر احراز قابلیت فاعل و مورد است. بنابراین با شک در قابلیت عوضین، اصل صحت جاری نمی شود در نتیجه عدم جریان اصل صحت در این گونه موارد به دلیل عدم مقتضی است نه به دلیل وجود مانع که استصحاب موضوعی باشد (خویی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۳۳۳).

### تعارض قاعده قرعه با استصحاب

مطابق قاعده قرعه که گفته میشود «القرعة لكل أمر مشكل» قرعه برای رفع گرفتاری در هر امر مشکل است، قرعه به هنگام تنازع یا تراحم در شبهات موضوعیه و حکمییه مقرون به علم اجمالی جاری است که دلیل بر انحلال علم اجمالی در میان نباشد و از طرفی احتیاط هم ممکن نباشد چرا که عمل به احتیاط در این مورد مستلزم عسرو حرج می باشد و تقدم یک مورد بر دیگری هم بدون مرجح می باشد. مثلاً دو قطعه زمین به موازات هم وجود دارد که مالک هر کدام می خواهد به زمین خود آب بدهد و حق تقدم هیچ کدام محرز نیست و آب کافی هم برای هر دو در زمان واحد وجود ندارد در اینجا مطابق قاعده قرعه متوسل به قرعه می شویم تا مشخص گردد چه کسی باید آب را به زمین خود ببرد (ماده ۱۵۷ ق.م.) در مواردی که قاعده قرعه با استصحاب تعارض داشته باشد استصحاب بر قرعه مقدم می شود زیرا دلیل استصحاب از دلیل قرعه اخص است و این بدان جهت است که در دلیل استصحاب حالت سابقه لحاظ می شود به خلاف دلیل قرعه که اعم از آن می باشد، در صورت تعارض عام و خاص هم، خاص بر عام مقدم می شود. (شیخ انصاری، ۱۳۷۴، ص ۶۶۴). برخی از

اصولیین مسأله را از باب تخصص جواب داده اند نه از باب تخصیص یعنی گفته اند: مورد قرعه در شبهات موضوعیه است نه در احکام، یعنی قرعه در موردی عمل می شود که حکم را بدانیم ولی در تشخیص موضوع تردید داشته باشیم در حالی که استصحاب برای اثبات حکم است در نتیجه موضوع آن دو از هم جداست. (میرزای نائینی، ۱۳۶۵، ج ۲۵۴/۲). بعضی از علمای علم اصول هم وجه دیگری ذکر کرده اند مبنی بر اینکه از مجموع روایاتی که در باب قرعه وجود دارد چنین برمی آید که این قاعده در موردی جریان دارد که نه حکم واقعی و نه حکم ظاهری هیچکدام معلوم نباشد و این بدان جهت است که لفظ مشکل را در آن به کار برده اند، در نتیجه تقدم استصحاب بر قرعه از باب تقدم دلیل وارد بر دلیل مورود می باشد چه آنکه بواسطه استصحاب، حکم ظاهری محرز می گردد و دیگر موضوعی برای اجرای قاعده قرعه نمی ماند (خویی، ۱۳۸۶، ج ۳/۳۴۱)

### تعارض دو استصحاب

تعارض دو استصحاب حالات متعدد می تواند داشته باشد که بر اساس آن حالات، حکم آن هم مختلف می شود. در اینجا دو مورد را مختصراً بررسی می کنیم. گاهی یکی از دو استصحاب سبب استصحاب دیگری است یعنی رابطه سبب و مسبب بر قرار است که این حالت را در اصطلاح، اصل سببی و مسببی گویند. در اینجا استصحاب سببی مقدم بر استصحاب مسببی می شود، مثلاً شخصی ادعا می کند که وکیل او با علم به عزل خود، مال او را فروخته است و در نتیجه تقاضای ابطال معامله را از دادگاه می کند، و بر این اساس، شک در وقوع بیع در حال بقای وکالت حاصل می گردد در این فرض استصحاب عدم مالکیت مشتری نسبت به مال فروخته شده با استصحاب بقای وکالت تا زمان وقوع بیع، تعارض پیدا می کند، استصحاب بقای وکالت نسبت به استصحاب عدم مالکیت، استصحاب سببی است چرا که شک در مالکیت مشتری ناشی از شک در بقای وکالت بوده که با اعمال استصحاب سببی یعنی باقی بودن وکالت، موضوع استصحاب مسببی یعنی عدم مالکیت منقضی می شود (میرزای نائینی، ۱۳۶۵، ج ۴/۴۲۵ / آخوند خراسانی، ۱۴۱۴، ص ۴۳۱)

گاهی هر دو استصحاب معلول علت ثالثی می باشند، در اینجا تعارض مستقر رخ می دهد که بعضی گفته اند: هر دو تساقط می کنند و باید به اصول عملیه دیگر رجوع شود (ملکی، ۱۴۰۵، ص ۲۹۹) برخی هم گفته اند: اگر محذور مخالفت قطعی با تکلیف معلوم اجمالی ایجاد نگردد، هر دو اصل اجرا می شود (آخوند خراسانی، ۱۴۱۴، ص ۴۳۲). مثلاً هر گاه دو ظرف آب که قبلاً هر دو نجس بوده اند علم اجمالی داشته باشیم که یکی از آن دو پاک شده است. در اینجا در مورد هر



دو، استصحاب نجاست جاری می شود و اگر از هر دو آب اجتناب نماییم مخالفت قطعی لازم نمی آید ولی اگر هر دو را مصرف نماییم مخالفت قطعی با علم اجمالی لازم می آید.

### تعارض استصحاب با اصول عملیه ی دیگر

نسبت استصحاب و اصول عملیه دیگر همچون، برائت، تخییر و اشتغال (احتیاط) همان است که میان اماره و استصحاب وجود دارد، یعنی همان طور که اماره بر استصحاب تقدم دارد، استصحاب هم بر سایر اصول عملیه مقدم می باشد و با بودن استصحاب نوبت به آن اصول، نمی رسد. در خصوص تقدم استصحاب بر اصل برائت می گوئیم: اصل برائت به دلیل قبح عقاب بلا بیان در جایی جاری می شود که تکلیف واقعی یا ظاهری روشن نباشد ولی با وجود استصحاب در مورد حکم ظاهری «بیان» وجود دارد که دیگر نوبت به اصل برائت نمی رسد. در خصوص اصل احتیاط گفته می شود، این اصل در موردی جاری است که اگر احتیاط نکنیم در برائت ذمه، شک حاصل می شود، حال آنکه با عمل به استصحاب اطمینان به برائت ذمه حاصل می گردد. در خصوص تخییر هم می گوئیم: اعمال اصل تخییر هم در جایی است که در عمل به تکلیف شک و حیرت وجود داشته باشد که با وجود استصحاب تحیر منتفی می شود. لازم به یادآوری است آنچه گفته شد فرقی نمی کند که اصول عملیه از نوع اصول شرعیه باشد یا اصول عقلیه در هر دو صورت، اصل استصحاب بر آنها مقدم می شود. مثلاً هر گاه کسی مالی را از دیوانه مججوری به امانت بگیرد و چون این امانت واجد شرایط صحت معامله نمی باشد، باطل است و او موظف است آن مال را به قیم مججور باز گرداند حال اگر به هنگام تحویل مال امانی، امانت گذار مدعی رفع حجر گردد و نتواند آن را ثابت کند مسأله جای اجرای اصل احتیاط است لکن چون حالت سابقه مججور بودن داشته است، می توان با استصحاب آن، شک بوجود آمده را بر طرف ساخت و گفت: امانت گذار مججور بوده است که حجرش استصحاب می شود و ولی یا قیم صرفاً کسی است که صلاحیت دریافت آن مال را دارد و چون بین این دو اصل، تعارض حاصل شده است اصل استصحاب بر اصل احتیاط مقدم می گردد (محمدی، ۱۳۷۵، ص ۳۳۳). مثال دیگر: چنانچه در بلوغ کودکی تردید حاصل شود که این شک مستلزم ایجاد شک در مکلف شدن او است، در این فرض مدلول استصحاب عدم تکلیف و مقتضای برائت رفع از تکلیف است در چنین موردی به استصحاب عمل می شود نه به اصل برائت.

## نتیجه‌گیری

از مطالبی که در این مقاله بررسی و تجزیه و تحلیل گردید مواردی قابل استنتاج است از جمله اینکه اصل استصحاب نسبت به سایر اصول عملیه از اهمیت ویژه و جایگاه بالاتری قرار دارد. هم به لحاظ وسعت و فراگیری این اصل در سراسر احکام فقهی و حقوقی و هم به لحاظ قویتر بودن این اصل در دلیل بودنش نسبت به سایر اصول عملیه، چرا که گفته شد اصل استصحاب، حالت میانه بین امارات و سایر اصول عملیه است. یعنی نسبت به امارات در مرتبه پایین‌تر و نسبت به سایر اصول عملیه در مرتبه بالاتر قرار دارد. از این جهت به اصل استصحاب، اصل احراز یا اصل تنزیلی گفته می‌شود که کاشفیتی از واقع در آن وجود دارد ولیکن قانون‌گذار اعتبار آن را به جهت کاشفیت آن در نظر نگرفته است.

دیگر اینکه تقریباً می‌توان در مواد قانونی و مسائل مبتلا به، اجتماعی و حقوقی، شواهد و موارد فراوان ذکر کرد که منشأ آن یکی از انواع اصل استصحاب باشد ولو اینکه صراحتاً اسمی از استصحاب در آن نبوده باشد و آنچه در این مقاله ذکر گردید به عنوان نمونه می‌باشد.

بطور کلی از بررسی قواعد اصولی در بستر احکام فقهی و حقوقی از جمله در بررسی اصل استصحاب و کاربرد آن در فقه و حقوق موضوعه، قدرت تفکر و استدلال در انسان نسبت به احکام و معارف دینی افزایش می‌یابد و عقلانیت آدمی شکوفا می‌گردد و در اثر شناخت و احاطه به علم اصول فقه اطمینان خاطر و آرامش درونی نسبت به احکام شرعی پیدا می‌شود و در پرتو چنین اطمینانی است که تعبد به احکام شرعی حاصل شده و زمینه سعادت دنیوی و اخروی انسان‌ها فراهم می‌گردد و نیز غبار تقلید کورکورانه و نابجا در اثر رشد و گسترش قواعد اصول فقه از سیمای فقهت بر کنار می‌شود، ادله و نصوص شرعی کتاب و سنت، محدود و متناهی است و لیکن حوادث و قضایای عارض بر انسان در عرصه طبیعت و اجتماع نامحدود و نامتناهی است و هرگز ادله متناهی و محدود بر حوادث و احکام نامحدود و نامتناهی اشراف و احاطه پیدا نمی‌کند جز از طریق اجتهاد و کلید باب اجتهاد هم صرفاً قواعد اصول فقه می‌باشد.

## منابع و مأخذ

۱. امامی، حسن، (۱۳۶۵) «حقوق مدنی» تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۲. انصاری، شیخ مرتضی بن محمد (۱۳۷۰ ه. ق) «فرائد الأصول» (رسائل) محشی، چاپ قم.
۳. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۴) «صحاح اللغة» تحقیق احمد بن عبدالغفور عطار، مصر، مطابع دارالکتب العربی.
۴. حکیم محمد تقی (علامه) (۱۹۶۳) «الأصول العامة للفقهاء المقارن» بیروت دارالاندلس.
۵. حیدری، سید علی نقی (۱۴۱۸) «اصول الاستنباط» قم مؤسسه النشر الاسلامی چاپ دوم.

۶. خراسانی، مولی محمد کاظم (۱۴۱۷) «محاضرات فی اصول الفقه» (تقریر محمد اسحاق فیاض) قم، دار الکتب العلمیه ۱۳۸۲ ه. ق.
۷. خراسانی، مولی محمد کاظم (۱۴۱۴) «کفایة الأصول» قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم. النجف.
۸. خمینی (امام) سید روح الله بن مصطفی الموسوی (۱۳۶۴) «تحریر الوسيله» قم، دارالعلم، چاپ دوم.
۹. خمینی (امام) سید روح الله بن مصطفی الموسوی (م ۱۴۱۴) «مناهج الوصول الى علم الأصول» تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم بن سید علی اکبر موسوی (۱۳۸۶) «مصباح الأصول» (تقریر محمد سرور الواعظ) نجف مطبوعه
۱۱. سبحانی، جعفر بن محمد حسین (۱۴۱۹) «المحصل فی اصول الفقه» (تقریر سید محمود جلالی مازندرانی) قم مؤسسه الامام الصادق (ع)
۱۲. سبحانی، جعفر بن محمد حسین (۱۴۲۱) «الموجز فی اصول الفقه» قم مؤسسه الامام الصادق (ع) چاپ پنجم.
۱۳. شاطبی، ابوالاسحاق (۱۴۲۰) «الموافقات فی اصول الفقه» مصر، مکتبه التجاریه، چاپ دوم.
۱۴. شهابی، محمود (۱۳۵۸) «تقریرات اصول فقه» تهران، کتابفروشی خیام.
۱۵. طوسی، شیخ ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۱۲) «عدة الأصول» بمبئی چاپ اول.
۱۶. غروی نائینی (آیت الله) محمد حسین (۱۳۶۵) «فوائد الاصول» (تقریر محمد علی کاظمی خراسانی) قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸) «فلسفه حقوق» تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
۱۸. کوثرانی، محمود (۱۴۱۴) «الاستصحاب فی شریعة الاسلامیة» بیروت، دار الصفوة، چاپ اول.
۱۹. لطفی، اسدالله (۱۳۸۲) «قواعد فقه مدنی» تهران انتشارات سمت.
۲۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸) «قواعد فقه بخش مدنی» تهران، انتشارات سمت چاپ سوم.
۲۱. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۴) «مباحثی از اصول فقه» تهران، انتشارات اندیشه های نو در علوم اسلامی.
۲۲. محمدی ابو الحسن، (۱۳۷۵) «مبانی استنباط حقوق اسلامی» تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم.
۲۳. مدکور، محمد سلام (۱۴۲۱)، «مباحث الحکم عند الاصولیین» بیروت، مطبعة دارالنهضة، چاپ سوم.
۲۴. مشکینی، علی (۱۴۰۸) «اصطلاحات الاصول» قم، انتشارات حکمت چاپ دوم.
۲۵. مظفر، علامه شیخ محمد رضا (۱۴۰۳) «اصول الفقه» بیروت، دار التعارف، چاپ چهارم.
۲۶. مغنیه، محمد جواد (۱۹۷۵) م «اصول الفقه فی ثوبه الجدید» بیروت، دار العلم.
۲۷. ملکی، میرزا حبیب الله (۱۴۱۵) «تلخیص الاصول» تهران، انتشارات مصطفوی.
۲۸. موسوی بجنوردی، آیت الله میرزا محمد حسن (۱۴۱۲) «منتهی الاصول» قم، انتشارات بصیرتی چاپ دوم.
۲۹. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۰) «اصول فقه» تهران، انتشارات پژوهشکده امام خمینی.
۳۰. وهبه الزحیلی (۱۴۲۲)، «اصول الفقه الاسلامی»، بیروت، دار الفكر المعاصر، چاپ دوم.