

## کاربرد استصحاب در حقوق مدنی\*

منیره حق خواه - مدرس

### چکیده:

مجموعه قوانین مدنی کشور ایران بر پایه حقوق اسلام و مذهب شیعه تدوین گردیده است و با توجه به وجود اختلاف نظر در آرای فقها، قانون مدنی آرای مشهور فقهای شیعه را پذیرفته است؛ بنابراین مبانی قوانین مدنی را در علم فقه باید جستجو کرد و در تحلیل علم فقه، تعمیق در مبانی اصولی لازم است. اهمیت این موضوع زمانی واضح تر می شود که تأثیر متقابل علم حقوق با علم اصول مورد توجه قرار گیرد. نوشتار حاضر به بررسی جریان اصل استصحاب در ابعاد تقنین، تفسیر و اجرای قوانین مدنی می پردازد. و بازتاب مبانی اصولی اصل استصحاب را در حقوق اموال، اشخاص و ادله اثبات دعوا تبیین می کند.

### کلید واژه ها:

استصحاب، شک در مقتضی، اصل تأخر حادث، اماره قضایی، اماره قانونی، اصالة الصحه.

\* کار ارزیابی این مقاله از تاریخ ۸۱/۱۰/۲۱ آغاز شد و طی دو مرحله ارزیابی در تاریخ ۸۱/۱۱/۲۰ به پایان رسید.

مقدمه

یکی از مباحث مهم اصول فقه، اصول عملیه است و اصل استصحاب در میان این اصول از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و تتبع در کاربرد آن در استنباط مسائل فقهی، اهمیت بحث‌های مفصل از آن را در اصول فقه تعلیل می‌کند. اما تبیین مباحث متعدد استصحاب در اصول فقه بدون توجه به موارد کاربرد اجرای آن در فقه موجب شده است که شأن و اهمیت اتخاذ هریک از مبانی اصولی آن، از نظر صاحب نظران علم حقوق پنهان بماند. تبیین مبانی اصولی حقوق مدنی مستلزم آن است که تفصیل مباحث اصولی اصل استصحاب مقرون به استقصای مواد قانون مدنی و مسائل حقوقی باشد تا خواننده خود قادر به تجزیه و تحلیل گردد. بدین منظور مطالب این مقاله را در چند بخش طرح می‌نمایم.

الف) تعریف استصحاب و ارکان آن

بنا بر تعریف علمای علم اصول: «الاستصحاب، هو الحکم ببقاء حکم او موضوع ذی حکم شک فی بقائه»؛ (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ ق، ص ۲۸۴) در توضیح این تعریف باید گفت که هرگاه بقای حکم یا موضوعی که قبلاً وجودش یقینی بوده است مورد تردید واقع شود، بنا به حکم شارع آن حکم و آثار شرعی مترتب بر وجود واقعی‌اش را باقی می‌دانیم.

براساس این تعریف استصحاب بر سه رکن استوار است:

۱- یقین سابق: پیش از استصحاب حکم یا موضوعی باید به وجود آن یقین داشته باشیم؛ زیرا اگر وجود سابق آن نیز برای ما قطعی نباشد نمی‌توانیم آن را استصحاب کنیم؛ مثلاً هرگاه کسی مدعی شود که از دیگری طلبکار است ولی دلایل وی تنها ایجاد ظن به صدق وی نماید، نمی‌توان بر استصحاب بقای دین، مدعی علیه را محکوم به پرداخت نمود.

۲- شک لاحق: در استصحاب پس از یقین به وجود سابق یک چیز باید به بقای آن شک داشته باشیم و شک در اینجا اعم از ظن، شک و وهم اصطلاحی است و در هر سه صورت عنوان شک در بقا صدق می‌کند. زمان شک نیز باید بعد از زمان متیقن باشد، اگرچه زمان شک می‌تواند بعد از زمان یقین نیز باشد؛<sup>۱</sup> مثلاً هرگاه متّهب دلیلی دالّ بر وقوع هبه ارائه کند، سپس ورثه و اهب ادعا کنند که مورث از هبه رجوع کرده است، برای دادرسی نسبت به وقوع هبه یقین حاصل می‌شود و همزمان با این یقین در بقای آن تردید صورت می‌گیرد، سپس می‌تواند به استناد اصل استصحاب، حکم به بقای هبه نماید.

۳- وحدت متعلق یقین و شک: آنچه را می‌خواهیم استصحاب کنیم و مورد تردید است باید همان باشد که به آن یقین داشته‌ایم و باید موضوع قضیه متیقنه و قضیه مشکوکه واحد باشد. چنانکه در مثال فوق متعلق یقین و شک، هبه وارث است.<sup>۲</sup> (ملکی، بی‌تا، ص ۲۵۳)

## ب) مبانی حجیت استصحاب

در مورد حجیت استصحاب چهار مبنا وجود دارد:

۱- بنای عقلا: سیره عقلا مبتنی بر این است که همواره متیقن سابق را اخذ نموده و به شک لاحق در بقا اعتنا ندارند؛ از طرفی این سیره عملی یا وجود امکان نهی شارع مورد ردع قرار نگرفته است، بنابراین مورد تأیید شارع می‌باشد.

۲- حکم عقل: هرگاه انسان به ثبوت شی‌ای در زمان سابق علم یابد و سپس در زمان لاحق، شک در بقای آن شیء پیدا کند، عقل به رجحان بقای ماکان حکم می‌کند. از طرفی اگر عقل به امری حکم کند، لازمه‌اش آن است که شرع هم به آن حکم کند، پس شرع نیز به رجحان بقای ماکان حکم می‌کند.

۳- اجماع: در زمینه حجیت استصحاب گروهی از اصولیون ادعای اجماع کرده‌اند.

<sup>۱</sup> با این تعبیر استصحاب از استصحاب قهقرایی و همچنین قاعده یقین متمایز می‌شود.

<sup>۲</sup> برای مطالعه بیشتر ر.ک: مظفر، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۸۰؛ انصاری، ۱۴۱۱، ق ۲، ص ۲۵۵

۴- روایات معصومین (علیهم السلام): از ائمه معصومین (علیهم السلام) روایات صحیح یا موثقی وجود دارد که حجیت استصحاب را اثبات می کند.

در بین مبانی فوق، علمای متأخر سه دلیل اول را مخدوش و تنها وجود روایات را مثبت حجیت استصحاب می دانند. اما مهم در مورد دلایلیت دلیل استصحاب این است که آیا استصحاب اماره‌ای فقهی است یا اصلی عملی؟ به عبارت دیگر آیا استصحاب از جمله اموری است که شارع آن را به دلیل آن که مفید ظن است، معتبر دانسته و طریقی برای کشف حکم واقعی قرار داده است و در نتیجه استصحاب مانند خبر واحد دلیل اجتهادی است یا اینکه استصحاب از جمله اصول عملیه است و صرفاً یک دستورالعمل عملی است که به هنگام تحیر از طرف شارع برای ما قرار داده شده است تا وظیفه و حکم ظاهری خود را بدانیم و طریقی برای کشف حکم واقعی نیست، بلکه یک دلیل فقهاتی است؟

در این زمینه دو مبنای معروف وجود دارد؛ مشهور قدما استصحاب را از باب حکم عقل، حجت می دانستند و بر این مبنا استصحاب از جمله امارات فقهی است. ولی مشهور متأخران چنانکه اشاره شد استصحاب را از باب اخبار، حجت دانسته و آن را اصل عملی می دانند. (انصاری، ۱۴۱۱ ق، ج ۲، ص ۲۰۰)

پذیرش هریک از دو مبنا در حقوق مدنی تأثیر بسزایی دارد. با بررسی قوانین و حقوق مدنی می توان گفت که استصحاب به عنوان اصلی عملی - نه دلیلی اجتهادی - مورد پذیرش قرار گرفته است؛ گرچه بعضی از حقوقدانان در تحلیل حقوقی از استصحاب به عنوان اماره عرفی یاد می کنند و بنای عقلا را مبنای حجیت استصحاب می دانند. (امامی، ۱۳۷۲ ش، ج ۲، ص ۳۸)

تأثیر این مبنا در مباحث حقوقی آتی تبیین خواهد شد.

### ج) اقسام استصحاب

در علم اصول برای استصحاب چهار تقسیم عمده ذکر شده است و در مورد اعتبار هریک از این اقسام بین علمای اصول اختلاف نظر وجود دارد. شیخ انصاری (ره) ضمن بیان ۱۱ نظر و نقد آنها خود نظر نهم را می پذیرد؛ مبنی بر این که در بین اقسام استصحاب

فقط استصحاب در شک در مقتضی معتبر نیست. (نصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۲۱۸ - ۱۹۷). اما نظر مشهور علمای پس از وی این است که همه اقسام استصحاب معتبر است.<sup>۱</sup> (خوئی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۳۰)

بررسی و استقصای حقوق مدنی حاکی از این است که غالب اقسام استصحاب در وضع یا شرح قوانین مدنی معتبر شناخته شده‌اند، اما توجه علمی لازم در اتخاذ موضع نسبت به بعضی از اقسام استصحاب مبذول نشده است؛ لذا مبنای قانونگذاران یا حقوق‌دانان در این زمینه از صراحت کافی برخوردار نیست. به منظور تبیین مواضع اتفاق و اختلاف جریان اقسام استصحاب در حقوق مدنی، ضمن تعریف اقسام آن نمونه‌هایی ذکر می‌شود:

#### ۱- استصحاب وجودی و عدمی:

«استصحاب وجودی عبارت است از اینکه مورد استصحاب امر وجودی باشد». این قسم استصحاب در حقوق مدنی کاربرد زیادی دارد؛ به عنوان مثال ماده ۳۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی صحت این استصحاب را در حقوق دینی تصریح می‌کند و می‌گوید: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقای آن است، مگر این که خلافش ثابت شود». این ماده اگرچه در مورد استصحاب وجودی حق و دین است ولی از نظر وحدت ملاک می‌توان گفت در هر موردی که شرایط استصحاب وجودی فراهم شد، می‌توان استصحاب را جاری نمود. (مامی، ۱۳۷۲ ش، ج ۶، ص ۲۵۴)

اما «استصحاب عدمی عبارتست از اینکه مورد استصحاب امر عدمی باشد و در به وجود آمدن آن تردید حاصل شده باشد». در حقوق مدنی جریان این قسم از استصحاب نیز مورد پذیرش قرار گرفته است؛ به عنوان نمونه ماده ۳۵۹ قانون مدنی می‌گوید: «هرگاه دخول شیء در مبيع عرفاً مشکوک باشد، آن شیء داخل در بیع نخواهد بود مگر آن که تصریح شده باشد». مبنای وضع این قانون در واقع استصحاب عدم است؛ زیرا عدم نقل شیء از ملکیت مالک اصلی به ملکیت مشتری مورد استصحاب قرار گرفته است. طبق ماده

<sup>۱</sup> جهت مطالعه بیشتر رک: موسوی الخمیسی، بی‌تا، ج ۱، ص ۹۰ به بعد؛ آخوندخراسانی، ۱۴۰۹ق،

۱۷۸ق.م نیز: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است، مال کسی است که آن را بیرون بیاورد». چنین مالی را تنها در صورتی می‌توان تملک نمود که معلوم باشد مالک از آن اعراض کرده است و در صورت تردید در وقوع اعراض، استصحاب عدم اعراض به یابنده مال، اجازه تصرف در مال را نمی‌دهد. (امامی، ۱۳۷۲ش، ج ۱، ص ۱۵۶)

## ۲ - استصحاب حکمی و موضوعی :

«استصحاب حکمی این است که مورد استصحاب حکم وضعی یا حکم تکلیفی باشد؛ به عنوان مثال ماده ۸۷۲ قانون مدنی می‌گوید: «اموال غایب مفقود الاثر تقسیم نمی‌شود، مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضای مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند». در این حکم جواز تقسیم اموال غایب مفقود الاثر با استصحاب موضوعی حیات مفقود الاثر متفی شده است.

## ۳ - استصحاب در شک در مقتضی و شک در رافع:

«استصحاب در شک در مقتضی در موردی است که تردید در بقای مستصحب ناشی از تردید در استعداد بقای آن در زمان لاحق باشد».

در زمینه اعتبار این نوع استصحاب اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف نظر اصولی در حقوق مدنی نیز تأثیر گذارده است و کاربرد هر دو مبنا در حقوق مدنی به چشم می‌خورد؛ به عنوان نمونه جریان استصحاب در شک در مقتضی در ماده ۱۲۴ ق.م دیده می‌شود، این ماده می‌گوید: «اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختص همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد، باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سر تیر برداشته شود، صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد، مگر این که ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است». این ماده متضمن استصحاب در شک در مقتضی است بدین معنا که تردید در بقای حق الارتفاق ناشی از آن است که ما نمی‌دانیم مقتضی ایجاد این حق اذن بوده است یا عقد

لازم؛ اگر مقتضی عقد لازم بوده است، اکنون این حق باقی است و اگر مقتضی آن اذن بوده است، این حق با خرابی عمارت از بین رفته است.

در نقد این ماده گفته شده است که استصحاب مزبور صحیح نیست، زیرا استصحاب در شک در مقتضی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰ ش، ص ۳۱۷)

مثال دیگر در اختلاف نظر حقوق دانان در این مسأله آن است که در صورت تحقق خیار عیب در معامله و زوال عیب قبل از اعمال خیار، می توان اعمال خیار، آیا می توان خیار عیب را باقی دانست؟ قانون مدنی در این زمینه حکم عامی ندارد ولی بعضی از حقوق دانان در اینجا به دلیل استصحاب، حق خیار را باقی می دانند (امامی، ۱۳۷۲ ش، ج ۱، ص ۵۰۹) و در مقابل بعضی این استصحاب را به دلیل شک در مقتضی صحیح نمی دانند. (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۱ ش، ج ۵، ص ۲۹۶)

در هر صورت استناد به اعتبار یا عدم اعتبار این نوع استصحاب در حقوق مدنی دیده می شود و به نظر می رسد رفع این اختلاف مستلزم پذیرش مبنایی واحد و تأمل در تطبیق بر موارد است.

« استصحاب در شک در رافع در موردی است که تردید در بقای مستصحب ناشی از این است که با وجود استعداد مستصحب برای بقا، نسبت به ایجاد رافعی که به بقای مستصحب خاتمه داده باشد، تردید وجود دارد». (ولایی، ۱۳۷۴ ش، ص ۶۲) در اعتبار این نوع استصحاب هیچ تردیدی وجود ندارد و به عبارتی می توان گفت در تمام مواردی که بدون اختلاف نظر، استصحاب جاری می گردد، در واقع نسبت به رافع تردید وجود دارد؛ به عنوان مثال هرگاه در وقوع طلاق بین زن و شوهری اختلاف حاصل شود، زوجیت مقتضی بقا را دارد و نسبت به تحقق رافع آن یعنی طلاق تردید حاصل شده است و نهایتاً استصحاب زوجیت جاری می شود.

#### ۴- استصحاب جزئی و کلی :

«استصحاب جزئی در موردی است که در بقای فرد معینی که قبلاً موجود بوده است، تردید شود»؛ مثلاً هرگاه عقد معینی منعقد گردد سپس به دلایلی در بقای آن تردید شود،

استصحاب بقای آن عقد معین، استصحاب جزئی خواهد بود. (نصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۲۹۳)  
جریان این نوع استصحاب نیز در حقوق مدنی متداول است.  
اما «استصحاب کلی در موردی است که مورد استصحاب فرد معین و مشخصی نباشد، بلکه مفهومی کلی و قابل انطباق بر افراد متعدد باشد». در علم اصول این نوع استصحاب را به سه قسم تقسیم کرده‌اند و در مورد اعتبار این اقسام مبانی متعدد ارائه نموده‌اند. (نصاری، ممان، ص ۲۹۳؛ خوئی، ۱۴۰۸، جلد ۳، ص ۱۰۳) اما با وجود اینکه پذیرش هریک از مبانی اصولی در این نوع استصحاب آثار خاصی در پی دارد، در حقوق مدنی نسبت به جریان و تبعات آن توجه کافی صورت نگرفته است؛ لذا در اینجا به تفصیل بیشتر این نوع استصحاب و مجرای آن در حقوق مدنی می‌پردازیم.

#### • استصحاب کلی قسم اول

«استصحاب کلی قسم اول آن است که کلی در ضمن فردی از افرادش موجود شود، سپس در بقای کلی تردید ایجاد گردد و منشأ شک در بقای کلی، شک در بقای همان فردی است که کلی در ضمن آن موجود شده است. در مورد اعتبار این قسم از کلی اختلافی وجود ندارد». (نخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۴۰۷) مثلاً هرگاه عقد لازمی تحت عنوان بیع منعقد گردد، سپس در بقای بیع به دلیلی تردید شود و در نتیجه در بقای عقد لازم که عنوانی کلی است تردید حاصل شود، استصحاب بقای عقد صورت می‌گیرد.  
ماده ۶۸۱ ق.م. می‌گوید: «بعد از این که وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند». در نقد این ماده گفته شده که مطلب مزبور مبتنی بر وکالت به معنای دادن نمایندگی و اذن در تصرف به وکیل است و چون نمایندگی وکیل در اثر استعفا زایل شود، اذن در تصرف باقی می‌ماند. اما از نظر تحلیل عقلی، استدلال مزبور قابل رد است؛ زیرا اذن حاصل ضمن عقد وکالت وجوداً و عدماً قائم به وجود وکالت است و پس از زوال وکالت اذن به تنهایی باقی نخواهد ماند. و به عبارت دیگر اذن مطلق در ضمن فرد مخصوص موجود می‌گردد و کلی به وجود جزئی





و فرد در خارج یافت می‌شود و چنانچه فرد معدوم گردد کلی که در ضمن آن به وجود آمده نیز معدوم می‌شود. (امامی، ۱۳۷۲ ش، ج ۲، ص ۲۳۸)

با توجه به نقد فوق می‌توان گفت در حقوق مدنی استصحاب کلی قسم اول معتبر شناخته شده است و در فرض مزبور اگر در بقای فرد تردید وجود داشت، استصحاب کلی اذن مجرا داشت؛ ولی در اینجا استصحاب را نمی‌توان جاری دانست، زیرا فرد موجود در ضمن کلی یقیناً از بین رفته است، بنابراین نقد فوق منطقی به نظر می‌رسد مگر آن که ماده مزبور توجیه دیگری داشته باشد.

### • استصحاب کلی قسم دوم

«استصحاب کلی قسم دوم آن است که کلی در ضمن فردی از افرادش موجود گردد ولی معلوم نباشد که آیا کلی در ضمن فردی موجود شده است که اکنون یقیناً باقی است یا در ضمن فردی موجود شده است که اکنون یقیناً از بین رفته است و در نتیجه این تردید در بقای کلی شک وجود دارد» (ملکی، بی‌تا، ص ۲۷۰)

در مورد اعتبار این قسم از کلی بین علمای اصول اختلاف نظر وجود دارد و قول مشهور در این زمینه، حجیت استصحاب است. (انصاری، ۱۴۱۱ ق، ج ۲، ص ۲۹۵) و منظور از حجیت استصحاب کلی قسم دوم این است که در این گونه موارد بقای کلی استصحاب می‌شود و آثار شرعی که بین دو فرد مردّد مشترک است، بر این استصحاب مترتب می‌گردد ولی آثار شرعی مختص هر یک از این دو فرد بر این استصحاب مترتب نمی‌گردد؛ مثلاً هرگاه عقد ازدواجی میان دو نفر منعقد شود و بعد از ازدواج در دائم یا موقت بودن عقد تردید شود، با انقضای مدت عقد موقت در بقای کلی عقد ازدواج تردید حاصل می‌شود، زیرا اگر کلی در ضمن فرد عقد موقت پدید آمده باشد، در این زمان قطعاً از بین رفته است ولی اگر ضمن عقد دائم محقق شده باشد، اکنون هنوز باقی است. در هر حال استصحاب کلی عقد نکاح را می‌توان در اینجا جاری نمود ولی با این استصحاب نمی‌توان آثار مختص هر یک از دو عقد را مترتب دانست.



در حقوق مدنی این نوع استصحاب مورد توجه علمای حقوق قرار نگرفته است، لذا جریان این نوع استصحاب در حقوق مدنی از جهات مختلف اجمال دارد؛ به عنوان نمونه ماده ۱۲۴ قانون مدنی که به عنوان شاهی در جریان استصحاب در شک در مقتضی مطرح گردید، در اینجا نیز می‌تواند به عنوان استصحاب کلی قسم دوم مورد تحلیل قرار گیرد.<sup>۱</sup> همانطور که اشاره شد این ماده بیانگر حق الارتفاقی است که در بقای آن تردید وجود دارد و استصحاب مربوط به آن نوعی استصحاب کلی قسم دوم است؛ زیرا سابقاً حقی ایجاد شده که نمی‌دانیم آن حق در ضمن اذن مالک موجود گردیده و اکنون با خرابی عمارت مرتفع شده یا در ضمن عقد لازمی به وجود آمده و با خرابی عمارت زایل نشده است. در این فرض حق تصرف کلی می‌باشد و دو فرد آن یعنی حق تصرف در ضمن اذن و حق تصرف در ضمن عقد لازم است که اثر مشترک آن دو جواز تصرف است؛ بنابراین پس از خرابی عمارت و نحو آن، صاحب سر تیر می‌تواند آن را تجدید کند. اما اگر این حق به واسطه اذن ایجاد شده باشد از آثار مختص آن قابلیت واگ‌ذاریش است که با استصحاب کلی این اثر خاص مترتب نمی‌شود؛ مثلاً صاحب حق نمی‌تواند پس از خرابی عمارت و برداشته شدن سر تیر، این حق را با توجه به اینکه حق تجدید دارد، با غیر معامله کند، بنابراین استصحاب مستفاد از این ماده استصحابی درست است ولی در حدی که بیان شد، مجرا دارد.

مبنای ماده ۲۱۹ ق.م نیز بی‌ارتباط با این بحث نیست. این ماده که بیانگر اصله اللزوم در عقود است با دلایل مختلف تعلیل شده و یکی از آن دلایل استصحاب است؛ بدین ترتیب که هرگاه عقدی میان طرفین منعقد شود، چنانچه در جواز و لزومش تردید کنیم تا زمانی که دلیلی قوی اقامه نشود، حکم به بقا و استمرار رابطه منعقد شده استصحاب خواهد شد؛

<sup>۱</sup> ماده ۱۲۴ ق.م مقرر می‌دارد: اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختص همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سر تیر برداشته شود، صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد. مگر این که ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است.



به عبارت دیگر مقتضای استصحاب، حکم به عدم اثر فسخ و در نتیجه لزوم عقد است. (محقق داماد، ۱۳۷۴ ش، ص ۱۴۵)

استصحاب مزبور استصحاب کلی قسم دوم است یعنی جامع ملکیت ملک مستقر و ملک متزلزل، استصحاب می‌گردد. و مقتضای چنین استصحابی عدم تأثیر فسخ و بقای اثر عقد پس از فسخ است، اما مختصات هریک از دو ملکیت مستقر و متزلزل را نمی‌توان با این دلیل اثبات نمود.

بدیهی است که قایل شدن به جریان استصحاب کلی قسم دوم در مواردی که بقای عقد مردد است، آثار حقوقی خاصی دارد که در کتب حقوقی متعرض آن نشده‌اند و چنانچه در مواردی نتوان به دلایل اجتهادی قاعده‌ی اصله اللزوم تمسک نمود، بحث از این نوع استصحاب و آثار حقوقی آن حائز اهمیت است.

### • استصحاب کلی قسم سوم

«استصحاب کلی قسم سوم آن است که کلی در ضمن فردی از افرادش موجود گردد، سپس از بین برود ولی بقای کلی از این جهت مورد تردید است که احتمال می‌رود فرد دیگری به جای آن فرد از کلی موجود باشد. این استصحاب نیز خود سه قسم است و در حجیت این استصحاب در علم اصول اختلاف وجود دارد و لسی قول معتبر آن است که استصحاب مزبور حجت نمی‌باشد؛ زیرا کلی در ضمن فردی موجود شده، سپس از بین رفته است و احتمال وجود فرد دیگری بجای آن موجب نمی‌گردد که کلی سابق باقی باشد. (خویی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۱۱۶)

در ارتباط با این نوع استصحاب ماده ۸۵۶ ق.م قابل بررسی است. براساس این ماده «صغیر را می‌توان به اتفاق یک نفر کبیر وصی قرار داد، در این صورت اجرای وصایا با کبیر خواهد بود تا موقع بلوغ و رشد صغیر»؛ بنابراین وصی کبیر در اجرای وصیت تا زمان بلوغ صغیر مستقل است ولی پس از بلوغ صغیر استقلال وی از بین می‌رود. حال بحث در این است که اگر صغیر پس از بلوغ نیز دارای رشد یا عقل نباشد و حجر وی ادامه یابد آیا



بازهم می‌توان قائل به استقلال وصی کبیر بود یا باید گفت استقلال وی از بین می‌رود و باید حاکم ضم امین کند؟

در حل این مسأله نظرات مختلفی مطرح شده است؛ بعضی معتقدند که کبیر پس از بلوغ صغیر و ادامه حجر او در اجرای وصیت مستقل خواهد بود؛ زیرا قبل از بلوغ، حق تصرف در امور وصایت را مستقلاً داشته است و در اثر بلوغ صغیر و سفاهت یا جنون وی تردید می‌شود که آیا حق تصرف استقلالی وصی کبیر برطرف گردیده یا باقی است؛ حق مزبور استصحاب می‌شود.

بعضی دیگر معتقدند در فرض مزبور باید حاکم ضم امین بکند؛ زیرا با بلوغ صغیر یقین سابق به وصایت استقلالی وصی کبیر منقطع می‌گردد و موردی برای استصحاب آن باقی نمی‌ماند. (مامی، ۱۳۷۲ ش، ج ۳، ص ۱۲۶) زیرا وصایت استقلالی زمان صغر یقیناً از بین رفته است و تردید در این است که آیا با از بین رفتن این فرد از کلی، فرد دیگری از کلی وصایت استقلالی به دلیل حجر (سفه - جنون) موجود گردیده است یا خیر؛ پس مورد مزبور استصحاب کلی قسم سوم است و بنا بر قوت قول به عدم اعتبار این نوع استصحاب، استمرار وصایت استقلالی را به دلیل استصحاب نمی‌توان پذیرفت، گرچه ممکن است در حل این مسأله با دلیلی غیر از استصحاب قائل به ادامه وصایت استقلالی شویم. چنانکه گفته شده در چنین مواردی انگیزه موصی از مداخله دادن صغیر، جلوگیری از سوء استفاده وصی کبیر نیست، بلکه او می‌خواسته اراده کودک را نیز پس از رشد او در کارها مؤثر بداند؛ پس اگر انجام اراده موصی به لحاظ عدم رشد او امکان نداشته باشد، مداخله حاکم و ضم امین بر شخصی که مدتها مستقل عمل می‌کرده است، منطقی نیست. شایان ذکر است که دلیل مزبور در صورتی قابل پذیرش است که بتوان اراده موصی را بر فرض مزبور حمل نمود. در این صورت بقای وصایت استقلالی کبیر مستند به اماره خواهد بود.

### د) استصحاب حکم مخصّص

بحث دیگری که در ارتباط با استصحاب مطرح است این است که هرگاه حکم عامی بیان شده باشد و سپس خاصی آن را در یک زمان تخصیص بزند آیا پس از گذشت زمان

اول که قطعاً موضوع حکم مخصّص وجود دارد، استصحاب بقای حکم خاص را می‌توان نمود یا می‌بایست در سایر زمانها به عموم عام تمسک نمود؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان به واسطه استصحاب حکم خاص، عموم عام را تخصیص زد؟

در علم اصول به این سؤال چنین پاسخ داده‌اند که اگر عموم عام، استغراقی<sup>۱</sup> زمانی باشد، نمی‌توان استصحاب حکم خاص را نمود؛ زیرا به واسطه خاص تنها یک فرد از عموم که در زمان اول واقع شده بود، خارج گردیده است و استصحاب حکم خاص لازمه‌اش تخصیص زاید است و صحیح نیست. اما اگر عموم عام، مجموعی<sup>۲</sup> باشد یعنی عام بیانگر حکمی مستمر باشد و به تعداد زمانهای مختلف حکم وجود نداشته باشد، می‌توان استصحاب حکم خاص نمود، چرا که با ورود خاص، حکم عام منقطع می‌شود و زمانهای پس از زمان ورود خاص را شامل نخواهد بود و در نتیجه استصحاب حکم خاص موجب تخصیص زاید نمی‌گردد. (انصاری، ۱۴۱۱ ق، ج ۲، ص ۳۴۵)

این مبحث اصولی با مباحث مختلفی از حقوق مدنی مرتبط می‌شود که در اینجا به عنوان نمونه ارتباط این بحث با خيارات مطرح می‌گردد.

ماده ۲۱۹ قانون مدنی بیانگر اصل لزوم در قراردادهاست و یکی از مبانی این ماده، آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (روم، ۲) می‌باشد. در مورد نوع عموم آیه اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی معتقدند که عموم، افرادی از زمانی است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱ ش، ج ۵، ص ۱۷۴) و بعضی عموم آن را عموم مجموعی می‌دانند. (انصاری، ۱۴۱۱ ش، ج ۱۵، ص ۳۳۲)

از طرفی قانون مدنی، در مورد عقود لازم امکان فسخ را به موجب یک سری خيارات در نظر گرفته است. حال هرگاه در بقای حکم خیار تردید شود و بین اصل لزوم قراردادها با استصحاب حکم خیار تعارض حاصل شود چه باید کرد؟ آیا می‌توان حکم مخصّص (خیار) را استصحاب نمود یا اینکه می‌بایست به عموم عام تمسک کرد؟

<sup>۱</sup> عموم استغراقی آن است که حکم شامل هر فرد موضوع شود و به تعداد افراد موضوع حکم وجود داشته باشد.

<sup>۲</sup> عموم مجموعی آن است که حکم برای مجموع افراد ثابت باشد، بطوریکه مجموع افراد یک موضوع برای حکم باشند.



قانون مدنی به فوری بودن بعضی از اختیارات تصریح نموده است؛ مثلاً ماده ۴۲۰ بیانگر فوری بودن خیار غبن است. این ماده و مواد مشابه آن می‌تواند مبتنی بر این بحث اصولی باشد که در صورت ازمائی بودن عموم آیه شریفه همه معاملات لازم الوفاء می‌باشند و ادله خیار بعضی از این معاملات را از عموم آیه شریفه خارج می‌کند و آیه را تخصیص می‌زند؛ لذا پس از گذشت زمان اول (فور)، استصحاب بقای حکم منحصص (خیار) را نمی‌توان نمود و در صورتی که دارنده خیار، بالفور از حق خود در فسخ معامله استفاده نکند، خیار وی از بین خواهد رفت و دوباره معامله وی مشمول قاعده لزوم قراردادها خواهد شد. اما اگر آیه شریفه را حمل به عموم استمراری و مجموعی کنیم، تخصیص آیه با ادله خیار موجب انقطاع لزوم قرارداد خواهد شد و بعد از گذشت زمان اول (فور) استصحاب خیار و عبارتی حکم منحصص مجرا دارد.

البته فوریت یا عدم فوریت اختیارات ممکن است با دلایلی غیر از دلایل مذکور قابل تحلیل باشد، چنانکه شهید ثانی (ره) قایل به عدم فوریت خیار غبن است؛ زیرا آیه شریفه را مطلق، لذا استصحاب خیار غبن را جاری می‌داند. (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۰۴)

در هر صورت قانونگذار در اختیارات استصحاب بقای خیار را پس از گذشتن فور جاری نمی‌داند. نظیر این بحث را می‌توان در ارتباط با ماده ۳۹۸ ق.م نیز مطرح نمود. براساس این ماده «اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد». مبنای این خیار روایاتی است که اصالة اللزوم را تخصیص می‌زند. اما اختلاف نظر در مورد مبدأ این خیار است؛ بعضی ثبوت خیار را از حین عقد می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱۴، ص ۱۴۳) و بعضی از زمان تفرق یا قبض، خیار را ثابت می‌دانند. (طوسی، بی‌تا، ج ۲، ص ۸۵). حال اگر زمان تفرق یا قبض مدتی پس از عقد باشد، پس از سه روز از گذشتن عقد، تردید وجود دارد که آیا منظور از روایت، ثبوت خیار از حین عقد بوده است یا خیر؟ بنابراین آیا خیار هنوز باقی است یا زمان آن پایان یافته است؟

قانون مدنی، مبدأ خیار را از هنگام عقد دانسته است و در تحلیل این نظر می‌توان گفت در صورت ازمائی بودن عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود»، روایات مزبور لزوم معامله حیوان را به مدت سه روز از حین عقد تخصیص می‌زنند و بعد از این مدت، معامله مجدداً

مشمول قاعده لزوم قراردادهای می‌گردد و نمی‌توان در مقابل استصحاب حکم مخصص بعد از این سه روز، از عموم عام دست برداشت.

## هـ) اصل تأخر حادث

هرگاه به وجود آمدن دو امر در خارج مسلم باشد ولی تاریخ تقدم و تأخر به وجود آمدن هریک نسبت به دیگری مجهول باشد، استصحابی در اینجا مطرح می‌شود که تحت عنوان اصل تأخر حادث معروف است و منظور از آن استصحاب عدم شیء معین در یک زمان خاص است. (محمدی، بی‌تا، ص ۳۲۴)

علمای اصول در این زمینه دو فرض را مطرح کرده‌اند:

۱- مجهول بودن تاریخ حدوث دو امر: هرگاه تاریخ حدوث هر دو امر حادث مجهول بوده و تقدم و تأخر هریک نسبت به دیگری نامعلوم باشد، نسبت به هر دوی آنها استصحاب جاری می‌شود؛ یعنی اصل، عدم حدوث هریک در زمان حدوث دیگری است. ولی جریان دو استصحاب موجب می‌گردد که دو اصل مزبور با یکدیگر تعارض کرده و تساقط کنند. (ملکی، بی‌تا، ص ۲۹۲)

۲- مجهول بودن تاریخ حدوث یکی از دو امر: اگر تاریخ حدوث یکی معلوم و تاریخ حدوث دیگری مجهول باشد و تقدم و تأخر هریک از دیگری نامعلوم باشد، اصل تأخر حادث جاری می‌گردد. ولی این اصل فقط در مورد حادثی که تاریخش مجهول است، جاری می‌گردد. و منظور از جریان اصل این است که اصل، عدم حدوث امر مجهول در زمان حدوث امر معلوم می‌باشد. (انصاری، ۱۴۱۱ ق، ج ۲، ص ۳۳۰)

این بحث در حقوق مدنی و دادرسی، کاربرد زیادی دارد که به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌کنیم. طبق ماده ۶۶۹ ق.م. «اگر برای انجام کار دو یا چند نفر بطور مستقل وکالت داشته باشند، هریک به تنهایی می‌تواند آن امر را به جا آورد». حال اگر دو وکیل مستقل هریک بطور جداگانه روی شیء واحدی معامله‌ای مستقل انجام دهند، هرگاه تقدم و تأخر هیچ یک از دو معامله بر دیگری معلوم نباشد هر دو معامله باطل است؛ زیرا اصل تأخر حادث در هر دو معامله جاری می‌شود و هر دو معامله باطل خواهد شد. (امامی، ۱۳۷۲ ش، ج ۲، ص ۲۲۲)



کاربرد اصل تأخر حادث در کلیه دعاوی نظیر مسأله فوق جاری است و این بحث اصولی در مقام دادرسی بسیار شایع است اما این اصل در مقام وضع قانون نیز مبنا قرار گرفته است و ظهور کامل جریان آن را در مواد ۸۷۳، ۸۷۴ و ۸۷۹ ق.م می توان یافت. براساس ماده ۸۷۳ ق.م: «هرگاه اشخاصی که میان آنها توارث باشد، بمیرند و تقدم و تأخر فوتشان مجهول باشد از یکدیگر ارث نمی برند». مبنای این ماده جریان اصل تأخر فوت هر یک نسبت به شخص مقابل است که در نتیجه میان دو اصل تعارض حاصل شده و تساقط می کنند. استثنایی که در ذیل ماده نیز مطرح شده، براساس روایات وارده در این مورد است و بدیهی است که با وجود دلیل اجتهادی نوبت به اجرای اصل نمی رسد. بر اساس ماده ۸۷۴ ق.م: «هرگاه اشخاصی که میان آنها توارث باشد، بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری مجهول باشد، فقط آن که تاریخ فوتش مجهول است ارث می برد». مبنای این ماده نیز اصل عدم حدوث فوت مجهول الوفات در زمان فوت معلوم الوفات است.

ماده ۸۷۹ ق.م نیز که در مورد سهم الارث غایب مفقود الاثر است، بر اساس جریان اصل تأخر حادث تدوین شده است. از مفاد ماده استنباط می شود که در صورت معلوم نبودن تقدم و تأخر فوت او نسبت به فوت مورث، بقای حیات وی تا زمان فوت مورث استصحاب می گردد؛ به عبارت دیگر اصل تأخر حادث در جانب مجهول جریان می یابد و در این فرض وی از مورث ارث می برد.

### (و) تعارض استصحاب با سایر ادله

آخرین بحثی که در مبحث استصحاب مطرح می شود، بحث تعارض دلیل استصحاب با سایر دلایل است؛ بدین معنا که گاهی استصحاب به عنوان یک دلیل با دلیل دیگری در اثبات یا نفی یک موضوع تعارض می کند. حال اگر دلیل معارض دلیل اجتهادی باشد، با توجه به مبنای علمای متأخر که استصحاب را اصل عملی می دانند، دلیل اجتهادی بر استصحاب مقدم می گردد ولی در تعارض این اصل با سایر اصول عملیه، گاهی استصحاب مقدم می گردد و گاهی رجحان با دلیل دیگر است.



این بحث در حقوق مدنی نیز مورد توجه قرار گرفته است ولی در میان صور تعارض، تعارض این اصل با امارات حایز اهمیت است؛ زیرا تعارض استصحاب با امارات در مقام دادرسی کاربرد زیادی دزد و در حل و فصل دعاوی قبل از هر چیز می‌بایست مدعی را از منکر بازشناخت و از او طلب دلیل نمود. حال اگر کسی خلاف اصل استصحاب ادعایی نماید و در همان حال ادعای وی موافق اماره باشد، هم مدعی و هم منکر محسوب می‌گردد و حل مشکل مزبور در حل تعارض میان استصحاب و اماره است. تبیین بحث تعارض را در سه قسمت پی می‌گیریم:

### ۱- تعارض استصحاب با امارات:

اماره به معنی نشانه و دلیل است و در حقوق مدنی اماره دو قسم است: «اماره قانونی» که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده است (۱۳۲۲ق.م) و «اماره قضایی» که اوضاع و احوالی است در خارج و به نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود. در حقوق مدنی همواره اماره قانونی را بر استصحاب مقدم می‌دارند؛ به این دلیل که استصحاب به عنوان اصلی عملی در مقام تردید جاری می‌شود و وجود اماره قانونی به عنوان قسائم مقام قطع، موضعی برای تردید و در نتیجه جریان استصحاب باقی نمی‌گذارد.

نمونه بارز این مطلب را در تعارض قاعده ید و استصحاب می‌توان ترسیم کرد. براساس ماده ۳۵ق.م: «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود». بنابراین هرگاه اماره ید اقتضای مالکیت شخصی را بکنند و استصحاب مالکیت مالک سابق، مقتضی ملکیت او باشد، میان استصحاب و اماره ید تعارض پیش می‌آید، لذا اماره مقدم می‌گردد و بار دلیل به عهده مالک سابق است.

این ماده مبتنی بر این بحث اصولی است که اماره ید دلیل اجتهادی است و دلیل اجتهادی بر اصل عملی مقدم است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۲۹)

در تعارض اماره قضایی با استصحاب نیز اماره را مقدم می‌دانند؛ زیرا وجود اماره قضایی را علتی برای رفع تردید و ایجاد علم برای دادرسی تلقی می‌کنند که در این صورت جایی برای استصحاب باقی نمی‌ماند.



نکته قابل ذکر این است که بحث تقدم اماره بر استصحاب در علم اصول با بحث تقدم اماره در حقوق متفاوت است؛ زیرا در اصول، اماره‌ای را بر استصحاب مقدم می‌دارند که از ظنون خاصه باشد یعنی دلیل شرعی بر حجیت آنها وجود داشته باشد. اما در حقوق، اماره قانونی و قضایی حجیت دارد، اگرچه مبنای آن دلیل شرعی نباشد؛ مثلاً انتشار قوانین در روزنامه رسمی کشور، اماره قانونی بر عالم بودن افراد جامعه به قوانین است؛ حال اگر کسی در دادگاه، مدعی جهل به قانون شود، با این که در موارد شک، اصل عدم العلم است، اماره قانونی مزبور بر این اصل مقدم است. در حالی که چنین تقدمی در شرع مطرح نمی‌باشد.

## ۲- تعارض استصحاب با اصول عملیه

علمای اصول، استصحاب را بر هر سه اصل عملی دیگر (احتیاط، برائت، تخییر) مقدم می‌دارند، ولی در تعارض یک استصحاب با استصحاب دیگر رابطه این دو را لحاظ می‌کنند؛ اگر این دو رابطه سببی و مسببی داشته باشند، استصحاب سببی را بر استصحاب مسببی مقدم می‌دارند؛ (همان، ص ۴۳۱) مثلاً هرگاه شخصی مدعی باشد که وکیل او با علم به عزل خود، مال او را فروخته است و بر همین مبنا تقاضای ابطال معامله را از دادگاه بکند، و از طرف دیگر شک در وقوع بیع در حال بقای وکالت وجود دارد، استصحاب عدم مالکیت مشتری نسبت به مبیع فروخته شده با استصحاب بقای وکالت تعارض پیدا می‌کند. استصحاب بقای وکالت نسبت به استصحاب عدم مالکیت، استصحاب سببی است؛ زیرا شک در مالکیت مشتری ناشی از شک در بقای وکالت بوده است و با جریان استصحاب سببی (بقای وکالت)، موضوع استصحاب مسببی (عدم مالکیت) منتفی خواهد شد. اما اگر رابطه دو استصحاب متعارض سببی و مسببی نباشد، هر دو تساقط می‌کنند و باید به سایر اصول عملیه رجوع کرد. (ملکی، بی‌تا، ص ۲۹۹)

## ۳- تعارض استصحاب با اصاله الصحه

اصاله الصحه به معانی مختلفی آمده است؛ ولی معنای مورد نظر ما که با حقوق مدنی نیز مرتبط است عبارت است از: «ترتیب اثر دادن بر عمل صادر از غیر» که این معنای صحت

در مقابل فساد آمده است. (خویی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۳۲۲) در حقوق مدنی این اصل، تحت عنوان اصل صحت قراردادها مطرح است. (ماده ۲۲۳ ق.م)

تعارض استصحاب با اصله الصحه در دو فرض متصور است:

**الف) شبهات حکمی:** هرگاه منشأ شک در صحت یا فساد، شک در چگونگی حکم باشد، مثلاًیمه یا انتقال حق تألیف از جمله عقود است که در زمان شارع مطرح نبوده است، حال اگر پس از انعقاد این قراردادها در صحت آن شک کنیم، شبهه حکمی است و طبق اصل استصحاب معامله فاسد است؛ زیرا اصل، عدم نقل و انتقال است، ولی طبق اصله الصحه باید به صحت قرارداد حکم نمود.

در حل تعارض این دو اصل میان فقها اختلاف نظر وجود دارد، بعضی استصحاب و بعضی اصل صحت را مقدم می‌دارند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱ش، ج ۲، ص ۳۵۴) اما با توجه به اطلاق ماده ۲۲۳ ق.م به نظر می‌رسد که در تحلیل حقوقی بایستی به تقدم اصله الصحه قائل بود.

**ب) شبهات موضوعی:** هرگاه عقدی واقع و در صحت و فساد آن تردید شود و منشأ شک، تردید در تحقق شرایطی باشد که بدون آن شرایط، عقد فاسد خواهد بود، شبهه مزبور، شبهه موضوعی است؛ مثلاً در ارتباط با عقد واقع شده، اگر ادعا شود که مورد معامله قابلیت انتقال نداشته است یا طرفین معامله اهلیت انجام معامله را نداشته‌اند، اجرای اصل صحت با اصل عدم انتقال، تعارض پیدا می‌کند.

در تقدیم اصل صحت بر استصحاب در شبهات موضوعی نیز اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند که اگر اصله الصحه را از امارات بدانیم در هر صورت بر استصحاب مقدم است، ولی اگر آن را یک اصل عملی بدانیم، استصحاب موضوعی بر اصله الصحه مقدم می‌گردد. (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۴۰۵) بعضی دیگر اصل صحت را در موردی جاری دانسته‌اند که شک در فساد ناظر به ارکان اصلی عقد نباشد، ولی هرگاه در اهلیت طرفین یا قابلیت مورد معامله تردید وجود داشته باشد، استصحاب موضوعی بر اصل صحت مقدم می‌گردد. (خویی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۳۳۸)

در تحلیل حقوقی گفته شده است که ماده ۲۲۳ ق.م هم عموم قاعده را می‌رساند و هم این قید را که اصل تنها برای معامله «واقع شده» تأسیس گردیده است. ماده ۲۲۳ ق.م وقوع





حقوقی معامله را در نظر دارد و نه وقوع عرفی آن را، ولی چون احراز تمام شرایط درستی و نفوذ عقد، حکمت تأسیس اصل را از بین می‌برد، باید آن را به «وقوع ظاهری» تعبیر کرد و همین اندازه که ارکان حقوقی عقد به ظاهر جمع آمد، آن را «واقع شده» دانست. رکن اساسی هر عقد وقوع تراضی است، پس شک در وقوع تراضی بی‌گمان شک در وقوع عقد است و استناد به اصل صحت آن را از بین نمی‌برد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱ش، ج ۲، ص ۳۶۸) بدیهی است که اتخاذ هر یک از مبانی فوق تأثیر بسزایی در حل و فصل مسائل حقوقی خواهد داشت؛ مثلاً بر اساس ماده ۱۲۱۳ ق.م.ا اعمال حقوقی مجنون ادواری در حال افاقه نافذ است، مشروط بر آن که افاقه او مسلم باشد، حال اگر مجنون ادواری، عملی حقوقی را انجام دهد و تردید شود که آن عمل در حال جنون بوده یا افاقه، مقتضی اصل چیست؟

پاسخ به این سؤال بنا به هر یک از نظرات مربوط به تقدم استصحاب بر اصله الصحه متفاوت است. چنانکه بعضی گفته‌اند: با شک در اهلیت یکی از متعاملان، محل جریان اصله الصحه نخواهد بود و مقتضی اصل، استصحاب بقای جنون در حین معامله است. (امامی، ۱۳۷۲ش، ج ۵، ص ۲۶۳) بعضی دیگر گفته‌اند مفاد اصل صحت در قراردادهای استثنایی بودن عدم اهلیت اقتضا دارد که مدعی کسی باشد که عقد را باطل می‌داند و هم او باید عارضه جنون را به هنگام تراضی اثبات کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱ش، ج ۲، ص ۳۹)

### نتیجه:

خلاصه مقاله را در چند بند می‌توان ارائه نمود:

- ۱- نظام حقوق مدنی کشور ایران که براساس نظام فقهی شیعه استوار است، کاملاً از نظریه‌های اصولی صاحب نظران علم اصول متأثر است و موشکافی مباحث حقوقی بدون امعان نظر به این اصل مهم نمی‌تواند عاری از خطا و انحراف باشد؛ بنابراین تحلیل حقوق مدنی بر اساس مبانی اصولی مستلزم آن است که قبل از ارائه یک تحلیل صوری و غیر علمی، نظریه‌های مختلف اصولی در هر بحث منقح گردد و نظریه‌های برگزیده در هر بحث معیار تحلیل قرار گیرد.

۲- بررسی کاربرد اصل استصحاب به عنوان یک مبحث اصولی در وضع قوانین مدنی و یا تفسیر و اجرای آن، گویای تأثیر این اصل در حقوق مدنی است. گرچه در آثار حقوقی غالباً از این زاویه به مباحث حقوقی نگریسته نشده است؛ به عنوان مثال در تبیین اصل استصحاب، سیره عقلای مد نظر قرار گرفته است و حال آن که سیره عقلای در علم اصول به عنوان مبنای استصحاب مورد پذیرش قرار نگرفته است.

۳- حجیت اهل استصحاب در اصول فقه و حقوق مدنی قطعی است ولی آرای علما نسبت به کیفیت و مواضع اجرای این اصل متفاوت است و وجود این اختلاف مبانی، قوانین و حقوق مدنی را تحت تأثیر خود قرار داده است. لذا در تحلیل حقوقی قبل از هر چیز می‌بایست در موارد زیر موضع مشخصی اتخاذ گردد:

الف) آیا استصحاب یک اماره فقهی و یک دلیل اجتهادی است و یا یک اصل عملی و دلیل فقه‌ای؟

ب) آیا استصحاب در جمیع اقسامش حجت است؟

ج) در صورت پذیرش جریان استصحاب کلی، آثار شرعی و حقوقی جریسان این نوع استصحاب چیست؟

د) آیا استصحاب حکم مخصوص و اصل تأخر حادث حجیت دارد؟

ه) در صورت تعارض استصحاب با سایر ادله، حق تقدم با کدام دلیل است؟

چنانکه در مقاله آمده است پاسخ به سؤالات فوق بیانگر مواضع مختلف اصولی است و اساساً در آثار حقوقی از این منظر به تحلیل قوانین مدنی پرداخته نشده است، حال آن که قانونگذار با پیروی از نظر مشهور فقها در حقیقت از این مبانی پیروی کرده است.

۴- ارتباط عمیق بحث استصحاب با امر قضا گویای اهمیت این بحث در دادرسی است.

۵- توجه صاحب نظران به ارتباط متقابل علم اصول با علم حقوق، می‌تواند منشأ اثرات

شگرفی در گستره اصول فقه و حقوق گردد.

کتابنامه

قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، چاپخانه مهر، چاپ اول، ۱۴۰۹ق

۲. العاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، تحقیق و نشر مؤسسه معارف اسلامی، چاپخانه دانش، چاپ اول، بی تا

۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چاپخانه اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۷۲ش

۴. انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول، بیروت، مؤسسه الأعلمی، چاپ اول، ۱۴۱۱ق

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، چاپخانه احمدی، چاپ دوم، ۱۳۷۰ش

۶. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الاصول، انتشارات الغدیر، چاپ چهارم، ۱۴۰۸ق

۷. طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن، المبسوط، انتشارات مکتبه المرتضویه لاحیاء الأئثار الجعفریه، بی تا

۸. قانون آیین دادرسی مدنی

۹. قانون مدنی

۱۰. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات بهنشر، چاپ سوم، ۱۳۷۱ش

۱۱. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، چاپ مهر، چاپ اول، ۱۳۷۴ش

۱۲. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپخانه دفتر نشر فرهنگ اسلامی، بی تا

۱۳. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، انتشارات مؤسسه اسماعیلیان، بی تا

۱۴. ملکی، میرزا حبیب الله، تلخیص الاصول، چاپخانه مصطفوی، بی تا

۱۵. موسوی الخمینی، سید روح الله، الرسائل، چاپ علمیه قم، بی تا

۱۶. موسوی بجنوردی، میرزا سید حسن، القواعد الفقهیه، انتشارات اسماعیلیان، چاپ دوم،

۱۳۷۱ش

۱۷. ولانی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، چاپ مهارت، چاپ اول، ۱۳۷۴ش