

A Review of the Application of "Istishab" in Civil Procedure

Mahdi Hasanzadeh*

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

(Received: June 15, 2020; Accepted: February 2, 2021)

Abstract

Istishab (presumed continuity of laws) is one of the practical principles that is widely used in jurisprudence and law. The status of this principle in jurisprudence and law and the lack of coordination of law with jurisprudence in this area needs to be studied. Regarding the application of this principle to judging and proceeding, the situation is different in jurisprudence and law. In jurisprudence, the application of this principle to judging is in serious doubt, and the jurists, except in rare cases, have not discussed the application of practical principles including istishab, and the lack of application of practical principles, including istishab, has been resolved and stipulated by the jurists. However in law, it is a famous view that this principle can be applied in litigation. This reputation has been influenced by the popularity of the application of practical principles in jurisprudence and law, and the particular status of practical principles of judging in jurisprudence has not been addressed. The article 198 of Civil Procedure Code has also stated the principle of the survival of already proved right and debt.

Keywords: Istishab, Practical Principles, Civil Procedure, Proof of Claims.

* Corresponding Author, Email: m.hasanzadeh@Qom.ac.ir

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۸، شماره ۱، بهار ۱۴۰۱
صفحات ۱۸۶-۱۶۵ (مقاله پژوهشی)

بررسی کاربرد استصحاب در دادرسی مدنی

مهدی حسن‌زاده*

دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۲۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۴)

چکیده

استصحاب از اصول عملی است که در فقه و حقوق، کاربرد گسترده‌ای دارد. وضعیت این اصل در دادرسی در فقه و حقوق و ناهماهنگی حقوق با فقه در این زمینه، نیازمند بررسی و مطالعه است. در خصوص کاربرد این اصل درباره قضاوت و دادرسی، وضعیت در فقه و حقوق، متفاوت است. در فقه، کاربرد این اصل در باب قضا با تردید جدی مواجه است و فقها در خصوص قضا، جز در مواردی نادر، بحثی از کاربرد اصول عملی، از جمله استصحاب در دادرسی نکرده‌اند و عدم استفاده از اصول عملی، از جمله استصحاب در دادرسی، نزد ایشان مغرورغنه بوده است و در مواردی به آن، تصریح کرده‌اند. ولی در حقوق، دیدگاه امکان استفاده از این اصل در دادرسی، شهرت دارد. این شهرت، تحت تأثیر شهرت کاربرد اصول عملی در فقه و حقوق بوده و به وضعیت خاص در باب قضا در فقه، توجه نشده است. ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی نیز اصل بقای حق و دین ثابت‌شده قبلی را اعلام کرده است.

واژگان کلیدی

استصحاب، اصول عملی، دادرسی مدنی، اثبات دعاوی.

۱. مقدمه

«اصول عملی» راه‌حلی برای رفع سرگردانی هستند که در علم اصول فقه به‌طور گسترده و مفصل، مورد بحث قرار گرفته‌اند. از مهم‌ترین این اصول، «استصحاب» است^۱ که به موجب آن، در مواردی که وضعیتی در سابق، مشخص و ثابت بوده، ولی بعداً نسبت به بقای آن، شک و تردید شود، حکم به بقای وضعیت سابق می‌شود، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. کاربرد اصول عملی از جمله استصحاب، در ابواب مختلف فقه و حقوق، پذیرفته شده است. اما کاربرد این اصول در خصوص قضاوت و دادرسی، محل بحث و قابل تأمل است. در این خصوص، وضعیت در فقه و حقوق به شرحی که به تفصیل، بحث خواهد شد - متفاوت است و درحالی‌که در فقه، استفاده از اصول عملی از جمله استصحاب، در دادرسی با تردید جدی مواجه است، در حقوق، دیدگاه جواز استفاده از اصول عملی از جمله استصحاب در دادرسی، در بین حقوقدانان شهرت دارد. ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م.^۲ نیز اعلام کرده است: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بر بقای آن است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». تردید جدی در کاربرد اصول عملی در دادرسی در فقه و وضعیت متفاوت و ناهماهنگ این موضوع در حقوق، به مطالعه و بررسی نیاز دارد. در در بخش نخست تحقیق وضعیت کاربرد استصحاب در دادرسی در فقه و در بخش دوم موضوع در حقوق بررسی می‌شود.

۲. بررسی موضوع در فقه

برای بررسی موضوع در فقه، علاوه بر اظهارنظرهای صریح در خصوص وضعیت صدور حکم به استناد استصحاب، لازم است به سخنان فقها در مباحث شهادت به استناد استصحاب، صدور حکم با اثبات حق در گذشته و تعارض استصحاب و «ید» توجه شود.

۱. در این مقاله صرف‌نظر از بحث‌هایی که در خصوص اصل یا اماره بودن استصحاب، انجام گرفته، دیدگاه غالب که استصحاب را اصل می‌داند، مورد پذیرش نویسنده بوده و مبنای ارائه مطالب و مباحث، قرار گرفته است.

۲. قانون آیین دادرسی مدنی.

۱.۲. عدم جواز صدور حکم به استناد استصحاب

در بیشتر منابع فقهی تصریحی به امکان یا عدم امکان صدور حکم به استناد استصحاب و بحثی در این زمینه نشده است. با وجود این در چند منبع فقهی، به این مطلب، توجه و مباحثی مطرح شده است. شیخ انصاری در موردی که شهود به استحقاق مدعی در زمان گذشته شهادت می‌دهند و برای اثبات حق مدعی در زمان حال، نیاز به استصحاب است، سوگند مدعی را لازم ندانسته و شهادت مذکور به انضمام استصحاب را کافی دانسته است (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۱۹). اما در موارد متعدد، بر عدم جواز صدور حکم براساس استصحاب تأکید کرده است و اینکه موازین قضا عبارت است از بینه و یمین، و استصحاب از موازین قضا نیست که قاضی بر اساس آن حکم صادر کند (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۶۸، ۵۶۵، ۵۳۸، ۵۳۵، ۵۳۴، ۴۹۶). با وجود این، عمل قاضی به استصحاب و سایر اصول و امارات را در مواردی که خصومت و اختلافی نیست و قاضی در مقام قضاوت نیست، جایز دانسته است (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۳۴). همچنین منع به‌کارگیری استصحاب توسط قاضی را مربوط به جایی دانسته است که استصحاب، تمام مقتضی یا جزء مقتضی حکم قاضی باشد، اما در صورتی که قاضی در صدور حکم، به اعمال «اصل عدم مزیل (زایل‌کننده) یا رافع (رفع‌کننده)»^۱ احتیاج داشته باشد، می‌تواند چنین اصلی را در حکم خود، اجرا کند (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۳۵).

میرزا حسن آشتیانی در مسئله شهادت شهود به مالکیت سابق مدعی، اعلام کرده است؛ قاضی نمی‌تواند به استناد چنین شهادتی به ضمیمه استصحاب، حکم صادر کند، چون چنین حکمی در واقع براساس استصحاب است نه شهادت. اما در ادامه، ترتیب اثر دادن قاضی به استصحاب در حکم خود را در برخی حالت‌ها، پذیرفته و اعلام کرده است؛ ما ادعا نمی‌کنیم که هیچ‌وقت قاضی به ضمیمه اصل عملی، حکم صادر نکند، درحالی‌که در بسیاری از موارد، به چنین کاری احتیاج پیدا می‌کند^۲ (آشتیانی، بی‌تا: ۴۲۱ و ۴۲۴).

۱. منظور از این اصل این است در مواردی که در حادث شدن امری که موضوع ثابتی را زایل می‌کند و از بین می‌برد، تردید شود، اصل این است که چنین امری، حادث نشده است.

۲. «قلت لسا ندعی انه لایجوز للحاکم الحکم بضمیمه الاصل اصلاً و کیف و کثیراً ما یحتاج الیهها».

میرزا حبیب‌الله رشتی دیدگاه ترجیح شهادت شهودی را که به مالکیت مدعی از زمانی پیشتر شهادت می‌دهند، در مقابل شهادت شهودی که به مالکیت مدعی علیه از زمانی دیرتر شهادت می‌دهند، نقل کرده و این نظر را به بیشتر فقها نسبت داده است و استدلال این نظر را چنین بیان کرده که دو شهادت در زمان مشترک تعارض می‌کنند و ساقط می‌شوند و استصحاب مالکیت زمان پیشتر، بدون تعارض می‌ماند و اجرا می‌شود. در ادامه، این دیدگاه را مورد انتقاد قرار داده، اما این انتقاد را رد کرده و در نهایت، دیدگاه یادشده را تأیید کرده است (الرشتی، ۱۴۰۱ق: ۲۰۷ و ۲۰۸). در تعارض شهادت به مالکیت یک طرف از زمانی سابق و مالکیت طرف دیگر از زمانی سابق‌تر نیز مبنای نظر مشهور بر ترجیح شهادت به مالکیت از زمان سابق‌تر را چنین اعلام کرده که هر دو شهادت نسبت به زمان شهادت به مالکیت از زمان سابق، تعارض می‌کنند و مالکیت پیش از آن، معارضی ندارد، پس حاکم آن را استصحاب می‌کند (الرشتی، ۱۴۰۱ق: ۲۲۵). اما در مسئله شهادت شهود به مالکیت مدعی در زمان سابق، صدور حکم به مالکیت به استناد چنین شهادتی به ضمیمه استصحاب را صدور حکم براساس استصحاب دانسته و اجازه نداده است. در عین حال در مواردی مانند شهادت به سبب اشتغال یا خود اشتغال یا سبب زوجیت یا خود زوجیت در گذشته یا خرید مدعی علیه در گذشته، صدور حکم به استناد چنین شهادتی را اجازه داده و نقش استصحاب را در این موارد نه در اثبات موضوع مورد اختلاف، بلکه در عمل و ترتیب اثر دادن به حق ثابت شده با شهادت دانسته است (الرشتی، ۱۴۰۱ق: ۲۳۷). در مسئله ادعای مدعی به مالکیت مالی که در ید مدعی علیه است نیز در صورتی که قاضی علم به مالکیت مدعی در زمان گذشته داشته باشد، صدور حکم به مالکیت مدعی را مجاز ندانسته است، زیرا چنین حکمی را براساس استصحاب دانسته که از موازین قضاوت نیست (الرشتی، ۱۴۰۱ق: ۲۶۳).

در تعدادی دیگر از منابع فقهی، از نقش استصحاب در اثبات دعاوی و صدور حکم، سخن به میان آمده است (ر.ک: الکنی الطهرانی، بی‌تا: ۱۵۶؛ الموسوی الگلپایگانی، بی‌تا: ۱۸۹؛ التبریزی، ۱۴۱۵ق: ۵۱۸).

از آنچه فقها در این چند منبع، در خصوص نقش استصحاب در اثبات دعاوی و امکان یا عدم امکان صدور حکم بر اساس آن گفته‌اند، معلوم می‌شود در این زمینه، تردید و اختلاف وجود دارد. از طرفی نزد فقها، انحصار موازین قضا به بینه و یمین، امری مسلم شناخته شده و بر این اساس، صدور حکم براساس امارات و اصول و از جمله استصحاب را نتوانسته‌اند به راحتی تأیید کنند و بپذیرند. از طرف دیگر، با توجه به اینکه در بسیاری از موارد، دلیل اثبات دعوا، دعوا را در زمانی قبل، اثبات می‌کند و راه ثابت دانستن موضوع در زمان صدور حکم، استصحاب اثبات گذشته است و جاری ندانستن و به کار نگرفتن استصحاب در همه این موارد، سبب اخلال در امر قضاوت و ناکارآمدی آن و حل نشدن و باقی ماندن اختلاف‌ها و در نهایت سبب تضییع یا تعطیل حقوق افراد می‌شود، بنابراین تعدادی از فقها نتوانسته‌اند به اعمال و اجرای استصحاب در قضاوت و صدور حکم، بی‌توجه باشند و آن را به طور کلی نفی کنند. به ناچار در مواردی، به طور کلی به امکان اجرای استصحاب در قضاوت و صدور حکم براساس آن، اظهار نظر شده و در مواردی سعی شده است با در نظر گرفتن مبنای انحصار موازین قضاوت به بینه و یمین، راهکاری برای اجرای استصحاب در قضاوت و صدور حکم بر اساس آن، با تفاسیر و تعبیر متفاوت، اندیشیده و ارائه شود.

۲.۲. شهادت شهود براساس استصحاب

آنچه پیش از این گفته شد، در خصوص نقش استصحاب در قضاوت به طور مستقیم و امکان یا عدم امکان اجرای استصحاب توسط قاضی و صدور حکم براساس آن بود. در بررسی نقش استصحاب در قضاوت، حالت‌های غیرمستقیم نیز شایان توجه است. یکی از این حالت‌ها، امکان یا عدم امکان شهادت شهود براساس استصحاب است.

شیخ انصاری در بیان جواز شهادت براساس استصحاب، اعلام کرده است، بی‌تردید شاهد در شهادت خود می‌تواند بر امارات ظاهری و اصول و از جمله بر استصحاب، اتکا کند و قاضی می‌تواند به شهادت شاهد براساس استصحاب، اعتماد کند، در غیر این

صورت بازاری برای مسلمانان باقی نمی‌ماند^۱ (الانصاری، ۱۴۰۹ق: ۵۳۲ و ۵۳۳). این دانشمند فقهی، بین استصحاب شاهد و استصحاب قاضی قائل به تفاوت شده و علت این تفاوت را چنین بیان کرده است که قاضی مقید به موازین قضاست و موازین قضا منحصر به بینه و یمین است، بنابراین قاضی نمی‌تواند براساس استصحاب، حکم صادر کند، اما شاهد، چنین ممنوعیتی ندارد و می‌تواند براساس استصحاب، شهادت دهد و قاضی نیز می‌تواند براساس چنین شهادتی، حکم صادر کند و حکم او در این صورت براساس موازین است (الانصاری، ۱۴۰۹ق: ۵۶۸). در ادامه نیز به تفصیل به جواز شهادت براساس استصحاب و ضرورت پذیرفتن چنین مطلبی پرداخته و بر آن استدلال کرده است (ر.ک: الانصاری، ۱۴۰۹ق: ۵۹۱-۵۷۶).

میرزا حسن آشتیانی نیز بر جواز شهادت براساس استصحاب، تصریح و تأکید و اعلام کرده است اگر شاهد به مالکیت فعلی مدعی شهادت دهد، با ضمیمه کردن استصحاب (او شاهد مالکیت مدعی در گذشته بوده ولی با اجرای استصحاب، به مالکیت فعلی مدعی شهادت دهد)، شهادت او مورد قبول است، زیرا عرفاً در چنین مواردی، شهادت صدق می‌کند و در شهادت، قطع شاهد به مشهودبه یا احتمال قطع او لازم نیست، در غیر این صورت، امر شهادت، در بیشتر موارد، مختل می‌شود، چون شاهد عادتاً در بیشتر موارد، علم به مشهودبه ندارد. بنابراین در مواردی که شاهد در شهادت خود به طریق معتبر نزد عقلا استناد می‌کند، شهادت او پذیرفته است، حتی اگر این طریق، استصحاب باشد و اشکالی در جواز قضاوت بر مبنای شهادتی که مستند به استصحاب یا طرق دیگر شرعی است، وجود ندارد (آشتیانی، بی تا: ۴۲۲).

میرزا حبیب‌الله رشتی نیز جواز و ضرورت پذیرش شهادت براساس استصحاب را چنین بیان کرده است؛ شهادت‌ها، بلکه همه خبر دادن‌های شرعی به موضوعات، با اعتماد بر برخی امارات شرعی همراه است، اگرچه در حال شهادت، به اماره مذکور، تصریح

۱. «و لو لاه لم یقم للمسلمین سوق».

نشود. این مطلب بدین سبب است که علم واقعی به حقیقت امور غیر محسوس، امکان پذیر نیست. پس اگر شهادت به ملکیت با اعتماد شاهد بر استصحاب، خارج از موازین قضا به حساب آید و قضاوت بر اساس آن به عنوان قضاوت بر اساس استصحاب، محسوب شود، موردی برای ادله عمل به شهادت در امور غیر محسوس باقی نمی ماند. البته اگر شاهد به ملکیت مستصحب شهادت دهد و استصحاب را از ارکان مشهود به قرار دهد، دشوار است که چنین شهادتی را از جمله موازین قضا به حساب آوریم. علت اینکه شهادت شاهد به ملکیت بر اساس استصحاب، پذیرفته است، ولی شهادت به ملکیت مستصحب، پذیرفتنی نیست، این است که عرفاً بر حالت نخست شهادت صدق می کند، برخلاف حالت دوم. بنابراین فرق است بین مقید کردن مشهود به اماره مانند «ید» یا استصحاب و بین شهادت دادن به واقعیت، بر اساس اماره، حالت دوم شهادت به واقع است، اگرچه از طریق علمی نباشد، ولی حالت نخست، بیان و خبر دادن به حکم ظاهری شرعی یعنی مقتضای استصحاب یا ید است (الرشتی، ۱۴۰۱ق: ۲۳۳ و ۲۳۴).

از این سخنان فقها که نقل شد، مشخص است که برخلاف قاضی که - همان طور که بیان شد - نظر معروف و مشهور فقها بر عدم جواز به کارگیری استصحاب توسط قاضی و صدور حکم بر اساس آن است، در مورد شاهد، دیدگاه فقها بر جواز شهادت شاهد با به کارگیری و استناد به استصحاب است. علت این تفاوت نیز - همان طور که نقل شد - ادله حصر موازین قضا به بیته و یمین و محدود بودن قاضی به این ادله از یک طرف و امکان شهادت شاهد بر اساس امارات و اصول، از طرف دیگر است.

نتیجه چنین احکام و دیدگاه‌هایی این است که استصحاب، اگرچه به طور مستقیم نمی تواند مورد استناد قاضی در صدور حکم قرار گیرد، به طور غیر مستقیم و به صورت مستند شهادت شهود، می تواند در دادرسی و اثبات موضوع مورد اختلاف، نقش داشته باشد. به عبارت دیگر، استصحاب می تواند در فراهم شدن مستند حکم قاضی، نقش داشته باشد، اگرچه خود آن نمی تواند مستند حکم باشد.

۳. محکومیت مدعی علیه با اثبات حق در گذشته

این سؤال مطرح است که آیا در تمام مواردی که ادله اثبات بر وجود حق مدعی در گذشته اقامه می‌شود، محکومیت مدعی علیه مستلزم به‌کارگیری استصحاب است؟ فقها در دعوی مالکیت در صورت شهادت شهود به مالکیت سابق مدعی، صدور حکم به مالکیت فعلی او را منتفی دانسته‌اند، مگر اینکه شهود به بقای حق نیز به استناد استصحاب، شهادت دهند، به عبارت دیگر، شهود با به‌کارگیری استصحاب به مالکیت فعلی مدعی شهادت دهند (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۱۹؛ الاشتیانی، بی‌تا: ۴۲۲؛ الرشتی، ۱۴۰۱ق: ۲۳۳) و همان‌طور که گفته شد، استصحاب قاضی را در این موارد، جایز ندانسته‌اند. با وجود این، در برخی دعاوی، با اثبات حق مدعی در گذشته، صدور حکم محکومیت مدعی علیه بدون به‌کارگیری استصحاب، جایز دانسته شده است. شیخ انصاری این موضوع را چنین بیان کرده است: آنچه شاهد به ثبوت آن در گذشته شهادت می‌دهد، گاه موضوعی است که صرف اثبات آن در گذشته موجب بطلان سخن مدعی علیه می‌شود و امتناع او از سخن شاهد و عمل نکردن طبق آن، ظلم است، بدون اینکه احتیاج به استناد به استصحاب توسط شاهد یا قاضی باشد و گاهی موضوع به‌گونه‌ای است که بطلان سخن مدعی علیه با ضمیمه کردن استصحاب محقق می‌شود. به عبارت دیگر، در این موارد آنچه سخن مدعی علیه را باطل می‌کند، ثابت شدن مشهود به در حال دعواست نه ثبوت آن در گذشته. آنچه از نوع اول باشد، شهادت شاهد به خود مستصحب کافی است، اگرچه استصحاب را به آن ضمیمه نکند و آنچه غیر از آن باشد، شهادت کافی نیست وقتی که استصحاب به آن ضمیمه نشود (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۳۵). اگر مدعی ادعای حقی از قبیل دین یا زوجیت بر مدعی علیه کند و شهود به استحقاق او در گذشته شهادت دهند و در خصوص بقای حق یا رفع آن سکوت کنند، صرف شهادت مذکور کافی است برای الزام مدعی علیه به موضوع دعوا و علت این مطلب این است که حکم براساس چنین شهادتی، حکم براساس موازین قضاست (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۳۶) و نیازی به استصحاب هم نیست، زیرا مقتضای ثابت شدن دین بر شخصی در زمان گذشته این است که لازم است آن را از عهده خود بردارد و از آن

فراغت حاصل کند و مقتضای قاعده اشتغال ذمه همین است و قاضی می‌تواند حکم به اصل اشتغال یا اشتغال سابق یا اشتغال فعلی صادر کند (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۳۷). اگر دو طرف، ادعای مالکیت مالی را مطرح کنند که در «ید» (تصرف) هیچ‌یک از آنها نیست و یکی از ایشان اقامه بینه بر مالکیت سابق خود نماید، در این مورد، ثبوت مالکیت و استحقاق فرد در حال صدور حکم نیاز به استصحاب دارد (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۳۸). فرق این مورد با موارد قبلی در این است که در آن موارد، بینه، حقی را بر مدعی علیه ثابت می‌کند و صرف ثبوت حق بر مدعی علیه کافی است برای لزوم تحصیل فراغت از آن و الزام مدعی علیه به آن، برخلاف مورد اخیر که در آن، بینه مدعی، حقی بر مدعی علیه ثابت نمی‌کند. این در صورتی است که شهود به ملکیت یا خرید مال به‌طور مطلق شهادت دهند. اما اگر شهادت به خرید از طرف مقابل در سابق یا اقرار طرف در گذشته به مالکیت مدعی دهند، این شهادت در حق آن طرف نافذ است، حتی اگر به استصحاب هم استناد نشود، زیرا این بینه، حقی بر آن طرف ثابت می‌کند که نمی‌تواند از آن بگریزد (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۳۹). معیار پذیرش یا عدم پذیرش شهادت بر موضوعی در سابق (بدون ضمیمه شدن استصحاب) این است که شهادت بر اسباب، اقامه شود یا بر مسببات؛ اگر بر اسباب، اقامه شود، چنین شهادتی پذیرفته است و اگر بر مسببات باشد، پذیرفته نیست (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۴۴). در شهادت به اسباب، با اثبات سبب، موضوع شهادت به اقتضای سببیت سبب، ثابت است، تا وقتی که چیزی که آن را زایل و برطرف کند، پیش آید و تا وقتی که چنین امر زایل‌کننده (مزیل) یا رفع‌کننده‌ای (رافع) را مدعی علیه ثابت نکرده، ملزم به موضوع شهادت است، درحالی که در شهادت به مسببات، چنین وضعیتی وجود ندارد (الانصاری، ۱۴۱۰ق: ۵۴۵).

میرزا حسن آشتیانی در بیانی مشابه، اعلام کرده است شهادت به سبب اشتغال یا غیر آن در زمانی، به‌خودی‌خود اقتضا دارد بطلان انکار منکر و رفع «اصلی» را که او در انکار خود به آن اعتماد می‌کند و همچنین اقتضا دارد ملتزم بودن شخص منکر به مقتضای شهادت یادشده را، مگر اینکه ادعای خارج شدن از مقتضای سبب یادشده را داشته باشد و تا چنین

ادعایی نکند، قاضی او را ملزم به مقتضای شهادت می‌کند، حتی اگر شاهد به وجود مسبب در زمان حال شهادت ندهد. اما در شهادت به ملکیت، شهادت به ملکیت در زمان سابق، چیزی بر شخص منکر ثابت نمی‌کند مگر با ضمیمه کردن استصحاب. بنابراین، شهادت به موضوعی در زمان سابق گاه به‌خودی‌خود، موجب التزام بر شخص منکر و ابطال انکار او می‌شود، به‌گونه‌ای که احتیاج به شهادت شاهد نسبت به زمان لاحق نیست و گاه خود شهادت در زمان سابق، الزامی بر شخص منکر ایجاد نمی‌کند، به‌گونه‌ای که شهادت، نفعی برای مدعی در ابطال انکار طرف ندارد، مگر با ضمیمه شدن شهادت به زمان حال ولو با استصحاب. در حالت نخست، اشکالی در جواز قضاوت با شهادت به موضوع در زمان گذشته نیست، اما در قسم دوم، قضاوت براساس شهادت به موضوع در زمان گذشته جایز نیست (الآشتیانی، بی تا: ۴۲۴).

میرزا حبیب‌الله رشتی نیز تفاوت شهادت به وجود اسباب حقوق در سابق و شهادت به ملکیت سابق و جواز صدور حکم به محکومیت مدعی علیه در دسته نخست و عدم جواز آن در دعوی مالکیت را چنین تبیین کرده است: شهادت به قرض در زمان گذشته، حقی بر مدعی علیه در زمان سابق ثابت می‌کند و بعد از ثبوت این حق، اثر انکار مدعی علیه قطع می‌شود و او ناچار است دعوی جدیدی بر ابراء اقامه کند، در غیر این صورت انکار او با ثبوت این حق، باطل است و اثری بر آن بار نمی‌شود. همین‌طور است وقتی که مدعی علیه اقرار به ملکیت سابق مدعی می‌کند. این اقرار موجب می‌شود مدعی علیه ملزم به آن شود و این الزام، اثر انکار او را باطل می‌کند. همچنین است وقتی که یکی از طرفین، بینه بر سبب ملکیت سابق - که طرف مقابل را در سابق ملزم می‌کند - اقامه می‌کند، مانند جایی که دو طرف، ادعای مالکیت مالی را می‌کنند که در دست شخص ثالثی است و یکی از ایشان بینه اقامه می‌کند بر اینکه آن را از طرف مقابل در زمانی قبل، خریده است، این بینه کافی است برای صدور حکم براساس آن؛ زیرا با وجود آن، اثری بر ادعای طرف مقابل بار نمی‌شود. اما اگر بینه بر صرف ملکیت سابق یا خرید از شخص دیگری اقامه کند، وضعیت متفاوت است، زیرا این بینه دعوی طرف را باطل نمی‌کند (الرشتی، ۱۴۱۰ق: ۲۳۶). در حالت

نخست، ابطال سخن طرف مقابل با خود بینه، بدون ضمیمه شدن استصحاب صورت می‌گیرد، برخلاف دعوای مالکیت سابق که ابطال سخن طرف مقابل با خود بینه بر مالکیت سابق صورت نمی‌گیرد، بلکه متوقف است بر استصحاب (الرشتی، ۱۴۱۰ق: ۲۳۹ و ۲۴۰).

از آنچه از سخنان فقها در این قسمت نقل شد، چنین برمی‌آید که این فقیهان در اظهارنظر در خصوص مواردی که ادله‌ای - به خصوص شهادت - بر اثبات موضوعی در زمانی قبل اقامه می‌شود و در خصوص امکان اثبات موضوع در زمان دادرسی و صدور حکم براساس چنین ادله‌ای، خود را در شرایط دشواری دیده و تلاش کرده‌اند، راه‌حل‌های مناسب برای جمع بین ملاحظات متقابل ارائه کنند. از طرفی با وجود ادله حصر موازین قضا به بینه و یمین، به آسانی نتوانسته‌اند قاضی را در چنین مواردی، مجاز به اجرای قاعده استصحاب و استناد به آن، اعلام کنند و نقش استصحاب در تکمیل ادله را در همه موارد، تأیید کنند. از طرف دیگر، نتوانسته‌اند در همه موارد، به چنین ادله‌ای بی‌اعتنا باشند و اثبات حق در دادرسی و صدور حکم براساس چنین ادله‌ای را منتفی اعلام کنند و نقشی برای این‌گونه ادله قائل نشوند. از این‌رو بین حالت‌های مختلف، تفاوت قائل شده‌اند و در خصوص مواردی که موضوع و دلیل آن به‌گونه‌ای است که اثبات آن در گذشته، اقتضای بقای آن و اثبات در زمان دادرسی را دارد، مگر آنکه خلاف آن اتفاق افتد و اثبات شود، صدور حکم را براساس دلیلی که موضوع را در گذشته ثابت می‌کند، اجازه داده‌اند و این موارد را بی‌نیاز از استصحاب اعلام کرده‌اند. اما در واقع در این موارد، نقش استصحاب، غیراساسی بوده و حکم صادرشده را مستند به آن ندانسته‌اند و اجرای استصحاب در چنین مواردی را منافی با ادله حصر قضاوت به بینه و یمین ندیده‌اند.

۳.۱. تعارض استصحاب و «ید»

اگر مالکیت سابق شخصی بر مالی، ثابت و مشخص باشد، ولی این مال در تصرف شخص دیگری باشد، در این صورت، استصحاب مالکیت شخص نخست با «ید» شخص دوم در تعارض است. شیخ انصاری در تعارض استصحاب با ید، ید را مقدم شناخته است (الانصاری، بی تا: ۷۰۶ و ۷۰۷). در این دیدگاه، اگرچه ید بر استصحاب مقدم شناخته شده،

به‌طور ضمنی اعتبار استصحاب مالکیت سابق در غیر از حالت تعارض یادشده، تأیید شده است، زیرا اگر استصحاب مالکیت سابق، کاملاً و در هر حال بی‌اعتبار بود، صحبت از تعارض آن با ید، بی‌جا و سالبه به انتفای موضوع بود.

میرزا حبیب‌الله رشتی، تعارض استصحاب و ید را در چند حالت مطرح و اعلام کرده، اگر شخصی بر مالی ید داشته باشد و شخص منازعی که ادعای آن مال را داشته باشد، وجود نداشته باشد، در این حالت، ید مقدم بر استصحاب است. اما اگر منازعی وجود داشته باشد، در صورتی که شخص صاحب ید، منکر باشد - به این صورت که شخص منازع، غیر از کسی باشد که علم به مالکیت او در سابق وجود دارد - در این حالت نیز ید بر استصحاب، مقدم است. ولی اگر صاحب ید، مدعی باشد - و این در صورتی است که شخص منازع، کسی باشد که علم به مالکیت سابق او بر مال، وجود دارد - در این حالت، اگر صاحب ید، اقرار به مالکیت سابق شخص منازع داشته باشد یا شخص منازع، بینه اقامه کند بر مالکیت سابق خود، ید صاحب ید، اعتباری ندارد (الرشتی، ۱۴۰۱ق: ۲۶۴).

۴. وضعیت در حقوق

۴.۱. بیان دیدگاه‌ها

حقوقدانان از کاربرد اصول عملی - از جمله استصحاب - در دادرسی مدنی سخن گفته‌اند (ر.ک: متین دفتری، بی‌تا: ۳۵۳-۳۵۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۷۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۷۵، ۲۲۸، ۲۲۷؛ مدنی، ۱۳۷۲: ۲۴ و ۲۵؛ شمس، ۱۳۹۰: ۱۰۹؛ شمس، ۱۳۸۸: ۴۹)، به‌نحوی که چنین برمی‌آید که کاربرد و استفاده از اصول عملی - از جمله استصحاب - در دادرسی، مورد اتفاق حقوقدانان بوده است. در این زمینه، نظر مخالفی یافت نشده است.

برخی به‌طور ویژه بر کاربرد و نقش استصحاب در دادرسی، چنین تأکید کرده‌اند که در دادرسی، شخص دادرس تلاش می‌کند وجود حق خواهان در زمان صدور حکم را احراز کند و به آن حکم صادر کند. برخی از ادله اثبات در دادرسی، موجب اثبات حق خواهان در زمان صدور حکم می‌شود، مثل اقرار که شخص مقرر، به وجود حق خواهان در زمان

اقرار خبر می‌دهد و مانند سوگند که شخص اداکننده سوگند نیز به وجود یا عدم حق در زمان ادای سوگند، خبر می‌دهد. اما برخی ادله، وجود حق را در گذشته ثابت می‌کند، مانند سند که وجود حق در زمان تنظیم سند را ثابت می‌کند و شهادت شهود که وجود حق در زمان تحمل شهادت (درک واقعه مورد شهادت) را ثابت می‌کند. در چنین مواردی، دادرسی برای اثبات حق در زمان صدور حکم نیاز به استفاده و به‌کارگیری استصحاب دارد (امامی، بی‌تا: ۲۴۷ و ۲۴۸؛ مدنی، ۱۳۷۲: ۲۶).

در قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) در ماده ۳۵۷ اعلام شده بود: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل، بقاء آن است مگر اینکه خلافش ثابت شود». همین حکم با تغییری اندک در عبارت، در ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. کنونی بیان شده است.

گفته شده است قانونگذار، اصل استصحاب را از فقه اسلام اقتباس کرده، اما با ملاحظاتی آن را در مقیاس وسیع آن، اقتباس نکرده است. بنابراین، تکلیف دادرسان در میزان استناد به اصل استصحاب، روشن نیست (جعفری لنگرودی، ۲۵۳۶: ۲۹۸). در مقابل، گفته شده اگرچه ماده ۳۵۷ ق.آ.د.م. (سابق) مربوط به استصحاب حق و دین است، حق و دین، خصوصیتی ندارد که استصحاب فقط در مورد آنها حجت باشد، بلکه از نظر وحدت ملاک از این ماده، می‌توان استنتاج کرد که در هر مورد که شرایط استصحاب فراهم باشد، می‌توان آن را جاری کرد (امامی، بی‌تا: ۲۵۳؛ شیخ‌نیا، ۱۳۷۵: ۱۹۳).

در تبیین اصل یا اماره بودن استصحاب مقرر در ق.آ.د.م. نیز گفته شده، اگرچه اعتماد بر حالت سابق، گاه به دلیل وجود ظن بر بقای آن است، چنین ظنی در همه حالات‌های استصحاب وجود ندارد و اعتماد به حالت سابق برای رفع سرگردانی است و قانونگذار، استصحاب را به‌عنوان یک «اصل» که در موارد تردید، می‌تواند راهنمای دادرسی باشد و نه راهی برای رسیدن به واقع و کشف آن، مقرر کرده است. آمدن این حکم در کنار اصل برائت و در ماده بعد از ماده‌ای که اصل برائت را بیان می‌کند، تأییدکننده این مطلب است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۷۳ و ۷۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۵۹ و ۲۶۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۴۹).

بر همین اساس گفته شده، در تعارض استصحاب و اماره، اماره مقدم است (امامی، بی تا: ۲۶۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۶۲ و ۲۷۲)، زیرا اماره راه کشف واقع است و با کشف واقع، تردیدی باقی نمی ماند که به استصحاب استناد شود.

ولی در تعارض استصحاب و اصل برائت، استصحاب، مقدم شناخته شده است، زیرا اگر کسی مدعی پرداخت دین سابق خود شود، به اقتضای اصل برائت، باید سخن او بدون دلیل پذیرفته شود، درحالی که به موجب استصحاب مقرر در ق.آ.د.م، دین سابق، باقی شناخته می شود، مگر خلاف آن ثابت شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۶۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۵۳).

ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. و اصل استصحاب، در آرای محاکم، مورد استفاده و استناد واقع شده و این اصل در کنار اصل برائت، به عنوان یکی از دو اصل که در قوانین آیین دادرسی و رویه قضایی، مقامی مستقر و چشمگیر پیدا کرده، معرفی شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۲۸؛ برای دیدن برخی آرای قضایی در این خصوص ر.ک: پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، ۱۳۹۳: ۴، ۹۶، ۸۶، ۴۶، ۳۸، ۳۷، ۱۴، ۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۴۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۹۳ و ۹۴؛ پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، ۱۳۹۶: ۷۲؛ بازگیر، ۱۳۸۲: ۷۷ - ۷۴).

۲.۴. تحلیل و بررسی

در تحلیل ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. علاوه بر آنچه گفته شده و پیش از این نقل شد، چند نکته را می توان بیان کرد:

الف) اینکه گفته شده قانونگذار در ق.آ.د.م. استصحاب را از فقه اسلام اقتباس کرده است - پیش از این نقل شد - دقیق نیست، زیرا اگرچه استصحاب در اصول فقه به طور گسترده، مورد بحث و تحقیق واقع شده و در ابواب مختلف فقه نیز مورد استناد واقع شده و کاربرد گسترده دارد، در باب قضا - همان طور که در قسمت نخست بحث شد - نه تنها از شهرت و رواج آن خبری نیست، بلکه به عدم جواز استفاده از آن، تصریح شده و بسیار با احتیاط، سخن از ترتیب اثر دادن به آن، به میان آمده است. به نظر می رسد تدوین کنندگان ق.آ.د.م. تحت تأثیر رواج و کاربرد گسترده دو اصل برائت و استصحاب در فقه و

بحث‌های مفصل در خصوص این دو اصل، در اصول فقه، این دو اصل را در ق.آ.د.م. وارد کرده‌اند و به این نکته ظریف که شیوع و رواج این اصول در فقه، در غیر از باب قضاست و استفاده از این اصول در قضاوت، بسیار محدود بوده و با مانع جدی مواجه بوده است، توجه نکرده‌اند. عامل شهرت این دو اصل در ادبیات حقوق دادرسی و در سخن حقوقدانان و نویسندگان حقوق دادرسی مدنی و مفروغ‌عنه شناخته شدن کاربرد گسترده این دو اصل در دادرسی نیز همین مطلب است.

در تحلیل لزوم تفاوت قائل شدن بین باب قضا و باب اعمال شخصی افراد، از نظر کاربرد اصول عملی، می‌توان گفت غفلت از تفاوت باب قضا نسبت به سایر ابواب و سخن گفتن از سرگردانی و تردید و راه‌های رفع سرگردانی (اصول عملی) در باب قضاوت به همان شیوه که در خصوص اعمال و تکالیف شخصی افراد است، زیانبار است و سبب خلط مباحث و نتیجه‌گیری‌های ناصحیح می‌شود. واقعیت این است که کار قاضی در امر قضاوت با اعمال افراد در امور شخصی خود، بسیار متفاوت است. قاضی در امر قضاوت، مأمور بررسی اختلاف اصحاب دعوا و تلاش برای رسیدن به واقعیت موضوع مورد اختلاف و اثبات آن با استفاده از ادله‌ای است که پذیرفته و تأیید شده‌اند. در این بررسی اگر مدعی توانست، موضوع مورد اختلاف را با کمک ادله تأییدشده، اثبات کند، قاضی مکلف به صدور حکم براساس آن ادله است، در غیر این صورت، مجاز به صدور حکم نیست و نباید او را در این کار با اشخاص عادی در امور شخصی خود، قیاس کرد و قاضی را مجاز شناخت که - همان‌طور که افراد در امور شخصی خود، در موارد تردید و سرگردانی، براساس اصول عملی عمل می‌کنند و با استفاده از این اصول، از تردید و سرگردانی خارج می‌شوند - برای خروج از سرگردانی و تردید در موضوع مورد اختلاف، به اصول عملی متوسل شود و براساس آنها عمل کند. قضاوت امر شخصی قاضی نیست تا چنین مجوزی به او داده شود، بلکه مسئله، تعیین تکلیف موضوعی است که بین دو طرف، محل اختلاف است و قاضی صرفاً براساس ادله اثباتی محکم می‌تواند حکم به نفع مدعی صادر کند و در موارد تردید و سرگردانی، وظیفه او خودداری از صدور حکم به نفع

مدعی است، چون در چنین وضعیتی، اثباتی صورت نگرفته و موضوع مورد ادعای مدعی، ثابت نشده است. اما صدور حکم براساس اصول عملی در چنین شرایطی، برخلاف فلسفه قضاوت است که عبارت است از تعیین تکلیف مورد اختلاف براساس اثبات. بنابراین، اینکه در ادبیات و منابع حقوق دادرسی مدنی، به راحتی و به طور گسترده از کاربرد اصول عملی در دادرسی به همان شیوه‌ای که در غیر از دادرسی است، سخن به میان آمده - به شرحی که پیش از این نقل شد - و هیچ تفاوتی در این زمینه بین قضاوت با سایر امور، شناخته نشده و مورد توجه قرار نگرفته است، قابل انتقاد است. همچنین عملکرد قانونگذار ق.آ.د.م. که تحت تأثیر چنین ذهنیتی، به طور آشکار از اجرای استصحاب در دادرسی، سخن به میان آورده، با توجه به شبهه و تردید جدی‌ای که در فقه، در خصوص به‌کارگیری اصول عملی (از جمله استصحاب) در دادرسی - به شرحی که در قسمت نخست بیان شد - مطرح شده، قابل ایراد است.

ب) در راستای کاهش تنافی ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. با آنچه در فقه در خصوص نقش استصحاب در دادرسی گفته شده - پیش از این نقل شد - لازم است از تفسیر گسترده این ماده، اجتناب شود. توضیح اینکه در این ماده از اصل بقای حق یا دینی که «بر عهده شخصی» ثابت شده، سخن به میان آمده است. برخلاف دیدگاهی که برای موارد مقرر در این ماده خصوصیتی قائل نشده و با استناد به وحدت ملاک این ماده، اعتبار استصحاب در همه موارد را استفاده کرده است - پیش از این نقل شد - باید حکم این ماده را منحصر به موارد ذکر شده در آن دانست و از سرایت حکم آن به موارد دیگر، خودداری کرد. این ماده، اصل بقای حق یا دینی را که بر عهده شخصی ثابت شده باشد، اعلام می‌کند، بنابراین صرفاً مربوط به حقوق دینی و مواردی است که دین یا هر حق دیگری بر ذمه شخص، ثابت شده است. در چنین مواردی با اثبات حق یا دین بر ذمه شخص، او فقط با ادعای سقوط حق یا دین و اثبات عوامل سقوط تعهدات، می‌تواند از محکومیت، رهایی یابد. این حکم را نباید به سایر موارد، تسری داد و در این صورت، این ماده با دیدگاه کسانی در فقه - پیش از این نقل شد - هماهنگ است که در خصوص نقش استصحاب در اثبات دعاوی، قائل به

تفکیک شده و اثبات حق بر ذمه شخص در گذشته را مستلزم محکومیت او دانسته‌اند، مگر اینکه آن شخص، ادعای از بین رفتن آن حق را مطرح و آن را ثابت کند.

ج) محدودیت مورد بحث، به استناد به استصحاب در اثبات موضوع مورد اختلاف در دعوی مدنی مربوط است و شامل اجرای آن دسته از قواعد مدنی یا تجاری که به موجب مواد قانونی و بر مبنای استصحاب، حقوق مدنی یا تجاری را اعلام کرده است، نمی‌شود. به‌طور مثال، ماده ۸۷۲ قانون مدنی بر مبنای استصحاب حیات غایب مفقودالاثر، اموال او را قابل تقسیم نمی‌داند تا وقتی که موت حقیقی او ثابت یا حکم موت فرضی او صادر شود. اجرای این قاعده در دادرسی، از محدودیت یادشده برخوردار نیست، زیرا در چنین مواردی، اجرای استصحاب، به‌صورت ابتدایی توسط قاضی انجام نگرفته است، بلکه پیش از قاضی، قانونگذار، اقدام به اجرای این اصل در مرحله قانونگذاری کرده و احکامی را براساس استصحاب، وضع کرده است و قاضی، به موجب اصل ۱۶۷ ق. ا. و ماده ۳ ق. آ. د. م. مکلف به اجرای قانون است. البته در چنین مواردی، حکم وضع شده در قانون، از نظر هماهنگی یا ناهماهنگی با فقه، قابل بررسی است و چه‌بسا ایراد بر قانون، وارد شود و حکم قانونی، مغایر با فقه، شناخته شود. اما بر عملکرد قاضی، ایرادی وارد نیست که چرا قانونی را که از حیث انطباق با شرع، محل بحث و ایراد است، اجرا کرده، بلکه اگر با طرح چنین مطلبی، از اجرای قانون، امتناع کند، عمل او قابل ایراد است. نتیجه اینکه موارد وضع احکام خاص در قانون براساس استصحاب با حکم کلی ماده ۱۹۸ ق. آ. د. م. متفاوت است و برخلاف ماده ۱۹۸ که اجرای استصحاب در دادرسی را توسط قاضی، مقرر کرده است، در موارد خاص قانونی، قانونگذار در مرحله قانونگذاری، به استصحاب توجه کرده و قاضی به اجرای حکم مقرر قانونی، می‌پردازد.

د) لازم است به این نکته توجه شود که نقش استصحاب در دادرسی در هر حال، تکمیلی و فرعی است، زیرا همیشه استصحاب در جایی مطرح می‌شود که اصل حق یا دین با ادله اثبات دعوا به اثبات می‌رسد و برای اثبات بقای آن، استصحاب به‌کار می‌رود. طبیعت

و شرایط استصحاب همین اقتضا را دارد، چون نخستین شرط استصحاب، وجود یقین سابق است. بنابراین، هیچ‌گاه در احراز ایجاد حق یا دین، استصحاب، نقش و تأثیری ندارد. (ه) در صورتی که خواننده، برخلاف استصحاب، ادعای سقوط حق یا دین مورد ادعای خواهان را مطرح کند، دعوا منقلب شده و در صورتی حکم به نفع خواننده، صادر می‌شود که سقوط دین یا حق را ثابت کند. در چنین مواردی، نقش استصحاب، در تعیین مدعی و منکر و تحمیل بار دلیل بر مدعی است.

در اینکه سقوط دین یا حق ثابت‌شده خواهان، با اقرار و شهادت و ادله‌ای که موجب علم قاضی شود، قابل اثبات است و خواننده می‌تواند از خواهان درخواست سوگند کند، بحثی نیست. اما این سؤال مطرح است که آیا خواننده می‌تواند در مقابل استصحاب حق یا دین ثابت‌شده خواهان، به امارات قانونی استناد کند؟ نکته قابل تأمل در این خصوص این است که همان‌طور که ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. استصحاب دین و حق ثابت‌شده را مشروط به عدم اثبات خلاف آن کرده است، اعتبار امارات قانونی نیز مشروط به عدم اثبات خلاف آن شده است و از این نظر، وضعیت استصحاب و امارات قانونی، مشابه است. به عبارت دیگر، اماره قانونی دلیل درجه دوم است و در جایی قابل استناد است که دلیل برخلاف آن نباشد. بنابراین، در تعارض و مقابله استصحاب و اماره قانونی، این سؤال مطرح می‌شود که کدام یک برتری می‌یابد؟ این بحث پیش از این در خصوص تعارض استصحاب و «ید» از دیدگاه فقها مطرح و دیدگاه‌های متفاوت، نقل شد.

ممکن است گفته شود با توجه به ماهیت و جایگاه امارات قانونی که دلایل درجه دوم هستند و تا حدودی به اصول عملی شباهت دارند و اینکه در استصحاب دین و حق، وجود حق و دین در گذشته ثابت شده است، اثبات خلافی که در ذیل ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. مقرر شده است، ناظر بر اثبات خلاف با ادله محکم و قطعی بوده و منصرف از امارات قانونی است. در مقابل می‌توان گفت چون اماره قانونی، حکمی خاص در خصوص یک موضوع است و بر واقع دلالت دارد، این خصوصیت، سبب برتری آن بر استصحاب - که یک قاعده عمومی و برای رفع سرگردانی است - می‌شود.

وضعیت امارات قضایی نیز در این زمینه، قابل تأمل است. اما اگر اعتبار امارات قضایی را مشروط به حصول علم قاضی بدانیم، اثبات سقوط و عدم بقای دین و حق ثابت شده قبلی، با چنین اماراتی، قابل ایراد و خدشه نیست.

۵. نتیجه

از آنچه در این مقاله گذشت می‌توان نتیجه گرفت که در خصوص نقش استصحاب در اثبات دعاوی مدنی، وضعیت در فقه و حقوق، متفاوت است. برخلاف آنکه در گفته‌های حقوقدانان، کاربرد استصحاب در دادرسی و امکان صدور حکم براساس آن، رایج شده و امری مسلم و پذیرفته شده تلقی شده و ق.آ.د.م. نیز در ماده ۱۹۸ به‌نحو آشکار و روشنی، اعتبار استصحاب را در دادرسی مدنی مقرر کرده است، در فقه، جز در برخی منابع، سخنی از نقش اصول عملی و از جمله استصحاب در دادرسی، به میان نیامده و به‌نظر می‌رسد، عدم تأثیر و عدم امکان صدور حکم براساس اصول عملی از جمله استصحاب، مفروغ‌عنه بوده است و صرفاً در برخی از منابع، صحبت از نقش استصحاب در دادرسی به میان آمده و به‌عنوان قاعده، بر عدم امکان صدور حکم براساس آن، تأکید و تصریح شده است. با وجود این، تلاش‌هایی به‌منظور تحلیل و تجویز صدور حکم براساس حقوقی که در گذشته ثابت شده، به‌عمل آمده است. به‌نظر می‌رسد شیوع تأیید و تأکید بر نقش اصول عملی از جمله استصحاب در منابع حقوقی و آرای قضایی و بیان آشکار ق.آ.د.م. در این خصوص، تحت تأثیر شهرت مباحث مربوط به کاربرد اصول عملی از جمله استصحاب در علم اصول فقه و فقه است و به این نکته توجه نشده است که این شهرت، مربوط به غیر از باب قضاست و در خصوص قضا، وضعیت، متفاوت است. از این‌رو انتظار می‌رود با دقت صاحبان اندیشه و قلم و قانونگذار و قضات محاکم، شاهد احتیاط بیشتر در این زمینه باشیم و از اظهارنظرها و صدور آرای قضایی که به‌نحو آشکار با فقه، مغایرت داشته باشد، خودداری شود. پیشنهاد می‌شود در اصلاحات ق.آ.د.م. نیز ماده ۱۹۸ این قانون، حذف شود تا زمینه برای مراجعه به فقه و دیدگاه‌ها و منابع فقهی در این زمینه، فراهم شود و به این ترتیب از تفاوت و مغایرت حقوق با فقه در خصوص موضوع مورد بحث، کاسته شود.

کتابنامه

۱. الآشتیانی، میرزا محمدحسن (بی‌تا). *کتاب القضاء*. قم: دار الهجرة.
۲. امامی، سید حسن (بی‌تا). *حقوق مدنی*، ج ۶، چ پنجم، تهران: ابوریحان.
۳. الانصاری، الشیخ مرتضی (بی‌تا). *فرائد الاصول*، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. ----- (۱۴۱۰ق). *القضاء الاسلامی* (به قلم میرزا حسین قلی)، ج ۱، بی‌جا: الهدی المؤسسة الاسلامیه للنشر.
۵. ----- (۱۴۰۹ق). *القضاء الاسلامی* (به قلم میرزا حسین قلی)، ج ۲، بی‌جا: الهدی المؤسسة الاسلامیه للنشر.
۶. التبریزی، المیرزا جواد (۱۴۱۵ق). *اسس القضاء و الشهاده*، چ اول، بی‌جا: مؤسسه الامام الصادق(ع).
۷. الرشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۱ق). *کتاب القضاء*، ج ۲ (دو جلد در یک مجلد)، قم: دارالقرآن الکریم.
۸. الکنی الطهرانی، المولی علی (بی‌تا). *کتاب القضاء* (چاپ سنگی)، بی‌جا: بی‌نا.
۹. الموسوی الگلپایگانی، السید محمدرضا (بی‌تا). *کتاب القضاء* (به قلم السید علی الحسینی المیلانی)، ج ۲، قم: دار القرآن الکریم.
۱۰. بازگیر، یدالله (۱۳۸۲). *آراء قطعیة یافته دادگاه‌ها در امور مدنی: مزارعه، مساقات، مضاربه، حواله، قرض، طلب، نکاح و طلاق، خسارت*، در قانون تملک آپارتمان‌ها، چ اول، ناشر: بازگیر.
۱۱. پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور (۱۳۹۶). *مجموعه آرای دیوان عالی کشور (حقوقی)*، بهار ۱۳۹۳، چ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
۱۲. پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور (۱۳۹۳). *مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)*، فروردین ۱۳۹۲، چ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۲۵۳۶). *دانشنامه حقوقی*، ج ۱، چ سوم، تهران: امیرکبیر.
۱۴. شمس، عبدالله (۱۳۹۰). *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، ج ۳، چ بیستم، تهران: دراک.
۱۵. ----- (۱۳۸۸). *ادله اثبات دعوا*، چ پنجم، تهران: دراک.
۱۶. شیخ‌نیا، امیرحسین (۱۳۷۵). *ادله اثبات دعوی*، چ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). *اثبات و دلیل اثبات*، ج ۱، چ سوم، تهران: میزان.
۱۸. ----- (۱۳۸۷). *اثبات و دلیل اثبات*، ج ۲، چ چهارم، تهران: میزان.
۱۹. ----- (۱۳۷۹). *گامی به سوی عدالت*، ج ۲، چ اول، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۲۰. ----- (۱۳۸۲). *عدالت قضایی گزیده آراء*، چ دوم، تهران: میزان.
۲۱. متین دفتری، احمد (بی تا). *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، ج ۲، بی جا، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۲. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۲). *ادله اثبات دعوی*، چ اول، تهران: گنج دانش.

References

1. Al-Ashtiani, Mirza Mohammad Hassan, *Ketab al-Qaza* ', Qom, Dar al-Hijra. (in Arabic)
2. Al-Ansari, Sheikh Morteza. *Faraed Al-osool*, Vol. 2, Qom, Islamic Publishing Institute. (in Arabic)
3. Al-Ansari, Morteza (1989). *Islamic Judiciary (by Mirza Hussein Qoli)*, Vol. 1, Al-Huda Islamic Institute for Publishing. (in Arabic)
4. Al-Ansari, Morteza (1988). *Islamic Judiciary (by Mirza Hussein Qoli)*, Vol. 2, Al-Huda Islamic Institute for Publishing. (in Arabic)
5. A-Tabrizi, Al-Mirza Javad (1994). *Osas Al-QaZa va Shahada, Al-Imam A-Sadiq Foundation*, first edition. (in Arabic)
6. A-Rashti, Mirza Habibollah (1980). *Ketab al-Qaza* ', Vol. 2 (Vols. 1 and 2 in one Volume), Qom: Dar al-Quran al-Karim. (in Arabic)
7. Al-Kani A-Tehrani, Al-Mawla Ali, *Ketab al-Qaza* .' (in Arabic)
8. Al-Moosavi Al-Golpayegani, A-Seyyed Mohammad Reza, *Ketab al-Qaza* ' (by A-Seyyed Ali Al-Hosseini Al-Milani), Vol. 2, Qom: Dar Al-qoran Al-karim. (in Arabic)
9. Emami, Seyyed Hassan, *Civil Law*, Vol. 6, Tehran: Abu Reihan Publications, Fifth Edition. (in Persain)

10. Bazgir, Yadollah (2003). Final rulings of the courts in civil matters: farming, mosaqat, mozarebe, assignment, loan, demand, marriage and divorce, damages, in the law of apartment ownership, Publisher: Bazgir, first edition. (in Persain)
11. Research Institute for Extraction and Studies of Judicial Procedure of the country (2017). *Collection of Supreme Court Opinions (Legal) Spring2014*, Tehran, Judiciary Press and Publications Center, First Edition. (in Persain)
12. Research Institute for Extraction and Studies of the Judicial. Procedure of the Country (2014). *Collection of Judicial Opinions of the Courts of Appeal of Tehran Province (Legal) Farvardin 2013*, Tehran: Judiciary Press and Publishing Center, first edition. (in Persain)
13. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1977). *Legal Encyclopedia*, Vol. 1, Tehran: Amir Kabir Publishing Institute, Third Edition (in Persain).
14. Shams, Abdollah (2011). *Civil Procedure (Advanced Course)*, Vol. 3, Tehran, Drake Publications, twentieth edition (in Persain).
15. Shams, Abdollah (2009). *Evidence of litigation*, Tehran: Drake Publications, fifth edition (in Persain).
16. Sheikh Nia, Amir Hossein (1996). *vidence of litigation*, Tehran: Anteshar Co., Third edition. (in Persain)
17. Katoozian, Nasser (2005). *Proof and Reason for Proof*, Vol. 1, Tehran: Mizan Publishing, Third edition (in Persain) .
18. ----- (2008). *Proof and reason for proof*, Vol. 2, Tehran: Mizan, Fourth Edition (in Persain).
19. ----- (2000). *A step towards justice*, Vol. 2, Tehran: Faculty of Law and Political Science Publications, First Edition (in Persain).
20. ----- (2003). *Selected Judicial Justice*, Tehran: Mizan Publishing, second edition (in Persain) .
21. Matin Daftari, Ahmad, *Civil And Commercial Procedure*, Vol.2, Tehran: Majd. (in Persain)
22. Madani, Seyyed Jalaeddin (1993). *Evidence of Claim*, Tehran: Ganj-e-Danesh Publications, first edition (in Persain) .