



## Isteshhab and its effects on civil law and Islamic penal law with an approach to the views of Imam Khomeini

Abbas Ghasemi<sup>1</sup>, Reza Ranjbar<sup>2\*</sup>, Hamid Eivazi<sup>3</sup>

1. PhD Student in Jurisprudence and Principles of Law and Thought of Imam Khomeini, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.
2. Assistant Professor Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.
3. Assistant Professor Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Article Type:** Original Research

**Pages:** 363-380

#### Article history:

**Received:** 23 Sep 2021

**Edition:** 10 Nov 2021

**Accepted:** 25 Jan 2022

**Published online:** 15 Mar 2022

#### Keywords:

Isteshhab, Sale, Authority, Matrimony, Repentance

#### Corresponding Author:

Reza Ranjbar

#### Address:

Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.

#### Orchid Code:

0000-0001-7357-9357

#### Tel:

09144067647

#### Email:

R\_ranjbar4@yahoo.com

### ABSTRACT

**Background and Aim:** One of the important issues of the principles of jurisprudence is the principles of theology and the principle of acceptance has a special place among these principles. In this article, Isteshhab and its effects on civil law and the Islamic Penal Code with an approach to Imam Khomeini's views studies.

**Materials and Methods:** This article is Analytical descriptive and the library method uses.

**Ethical considerations:** In this article, Originality of texts, honesty and trusteeship Has been complied with.

**Results:** The principle of istishab is valid as one of the accepted religious principles in jurisprudential sources and principles. Adoption of the word sahib means to accompany and accompany someone or to have something with you. And in the term of jurisprudence, it is the ruling on the survival of something that was certain and realized in the past and has been questioned in the present. From Imam Khomeini's point of view, istishab is a religious principle that has been established in order to preserve the fact that the former certainty is the way and the discoverer of it. According to the principles of the constitution, this principle can be invoked in the absence of a ruling.

**Conclusion:** In the issues related to civil law, including the issues of sale, cucumber and marriage, the principle of istishab has been used. In the Iranian Penal Code, istishab is the basis of many legal rulings, including the rulings on istishab of non-deprivation of liberty, immaturity, piety, infidelity and repentance.

#### Cite this article as:

Ghasemi A, Ranjbar R, Eivazi H. Isteshhab and its effects on civil law and Islamic penal law with an approach to the views of Imam Khomeini. *Economic Jurisprudence Studies* 2021-2022; Review on New Researches of Jurisprudence and Law.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، ویژه نامه جستارهای نوین فقه و حقوق، ۱۴۰۰

## استصحاب و آثار آن در حقوق مدنی و قانون مجازات اسلامی با رویکردی به دیدگاه‌های امام خمینی (ره)

عباس قاسمی<sup>۱</sup>، رضا رنجبر<sup>۲\*</sup>، حمید عیوضی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق و اندیشه حضرت امام خمینی (ره)، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.
۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.
۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

### چکیده

**زمینه و هدف:** یکی از مباحث مهم اصول فقه، اصول عملیه است و اصل استصحاب در میان این اصول از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. در این مقاله تلاش شده به بررسی استصحاب و آثار آن در حقوق مدنی و قانون مجازات اسلامی با رویکردی به دیدگاه‌های امام خمینی پرداخته شود.

**مواد و روش‌ها:** مقاله حاضر توصیفی - تحلیلی بوده و از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** اصل استصحاب به‌عنوان یکی از اصول عملیه پذیرفته‌شده در منابع فقهی و اصولی معتبر می‌باشد. در اصطلاح فقه عبارت است از حکم به بقا چیزی که در زمان سابق یقینی و محقق بوده و در زمان حاضر مورد تردید قرار گرفته است. از دیدگاه امام خمینی (ره)، استصحاب یک اصل شرعی است که به منظور حفظ واقع که یقین سابق طریق و کاشف از آن است، وضع شده است. مطابق با اصول قانون اساسی در صورت فقدان حکم مسئله می‌توان به این اصل استناد نمود.

**نتیجه:** در مباحث مربوط به حقوق مدنی از جمله بیع، خیار و نکاح از اصل استصحاب استفاده شده است. در قانون مجازات ایران نیز استصحاب مبنای بسیاری از احکام قانونی قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان به احکام مقرر در مورد استصحاب عدم مسلوب الاختیار بودن و عدم بلوغ و افاقه و عدم کفر و توبه اشاره کرد.

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۳۶۳-۳۸۰

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۰۱

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۰/۰۸/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۰۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۱۲/۲۴

### واژگان کلیدی:

استصحاب، بیع، خیار، نکاح، توبه.

### نویسنده مسوول:

رضا رنجبر

آدرس پستی:

ایران، تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی،  
واحد تبریز، گروه فقه و مبانی حقوق  
اسلامی.

تلفن:

۰۹۱۴۴۰۶۷۶۴۷

کد ارکید:

0000-0001-7357-9357

پست الکترونیک:

R\_ranjbar4@yahoo.com

## ۱. مقدمه

در نظام تقنینی فقه و حقوق نیز، مسئله کشف واقع هم در بخش حکم‌شناسی و هم در بخش موضوع-شناسی، از اهمیت شایانی برخوردار بوده و همواره با مراجعه به ادله و منابع احکام (کتاب، سنت، اجماع و عقل)، حکم واقعی موضوع موردنظر کشف می‌شود. نکته قابل طرح و اجتناب‌ناپذیر در این میان، عروض مسائل مستحدثه و نو پیداست که دسترسی به حکم واقعی آن از میان ادله اربعه امکان نداشته و تعیین تکلیف برای همه موضوعات و بیان حکم آن غیرقابل پیش‌بینی بوده، بر این اساس مکلف (فقیه) در مقام تشخیص وظیفه و عمل به آن دچار تحیر و سرگردانی گشته و به عبارت دیگر با خلأ قانونی مواجه گشته است. بر این اساس متصدیان استنباط با عنایت به اصل توحید در تقنین و در پی کشف شریعت نظام‌اند، به دنبال دستورالعملی هستند تا خلأ ناشی از عدم کفایت یا سکوت دلایل موجود در منابع فقه را جبران کند. در مورد قانون‌گذاری نیز این ضرورت به شیوه‌ی دیگری تجلی یافته است و کلیه محاکم حقوقی هنگام فصل خصومت‌ها باید حکم صریح موضوع را بیان کنند و در صورتی که دلیل حکم مزبور به علت سکوت، تناقض، اجمال و ابهام قانون، به‌طور صریح در مجموعه‌های حقوقی یافت نشود، قضات ملزم به اتخاذ تصمیم مقتضی، با استناد به ادله و قواعد مقرر می‌باشند؛ همچنان که قانون‌گذار در اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی قانون مجازات اسلامی و نیز ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی

قاضی را موظف نموده است که در صورت اجمال، سکوت، نقص یا تعارض قوانین مدونه حکم قضیه را براساس اصول کلی و منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر صادر نماید. بر این اساس، اصول علمیه جایگاه ویژه‌ای را در حقوق مدونه جمهوری اسلامی ایران به‌طور عام، و در تفسیر و تبیین نصوص و مواد مدنی و جزایی را داراست. اصل عملی در مباحث حقوقی عبارت است از: ضابطه و قاعده‌ای که در موارد فقدان دلیل و عدم امکان کشف واقع، برای رفع سرگردانی و فیصله‌دادن به مجهول قضایی، از سوی قانون‌گذار مقرر شده است. یکی از اصول علمیه، اصل استصحاب است. به عبارتی، اصل استصحاب یکی از اقسام اصول علمیه و زیرشاخه ادله فقهی است که با استفاده از آن‌ها، احکام ظاهری را استخراج می‌شود «استصحاب، حکم به بقاء حکم یا موضوع دارای حکمی است که شک در بقای آن شود» (خراسانی، ۱۴۲۸، ۱۷). اصولیون، استصحاب را به دو دسته وجودی و عدمی تقسیم کرده‌اند، اکثر آن‌ها هر دو نوع استصحاب را حجت دانسته‌اند با وجود این، برخی از فقها مانند موسوی عاملی صاحب مدارک، استصحاب عدمی را حجت نمی‌دانند و معتقدند که عدم، احتیاج به اثبات ندارد تا به کمک استصحاب ثابت شود، بلکه قاعده عدم قاعده‌ای است عقلی که شرع و عرف نتایج آن را پذیرفته است (انصاری، ۱۳۹۲، ۳، ۳۲۲).

تبیین مباحث متعدد استصحاب در اصول فقه بدون توجه به موارد کاربرد اجرای آن در فقه موجب شده است که شأن و اهمیت اتخاذ هر یک از مبانی اصولی آن، از نظر صاحب‌نظران علم حقوق پنهان

مباحث عدم بلوغ در حقوق کیفری تأثیرگذار بوده است.»

## ۲. مواد و روش‌ها

مقاله توصیفی - تحلیلی بوده و از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

## ۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

## ۴. یافته‌ها

اصل استصحاب به‌عنوان یکی از اصول عملیه پذیرفته‌شده در منابع فقهی و اصولی معتبر می‌باشد. استصحاب از ماده صحب به معنای مصاحبت و به همراهی طلبیدن کسی یا به همراه داشتن چیزی است. و در اصطلاح فقه عبارت است از حکم به بقا چیزی که در زمان سابق یقینی و محقق بوده و در زمان حاضر مورد تردید قرار گرفته است. از دیدگاه امام خمینی (ره)، استصحاب یک اصل شرعی است که به‌منظور حفظ واقع که یقین سابق طریق و کاشف از آن است، وضع شده است. مطابق با اصول قانون اساسی می‌توان در صورت فقدان حکم مسئله می‌توان به این اصل استناد نمود.

## ۵. بحث

### ۵-۱. استصحاب

از نظر لغوی استصحاب به معنای هر چیزی که در کنار شیء دیگر باشد و آن را (استصحاب) همراهی

بماند. تبیین مبانی اصولی حقوقی در قوانین موضوعه مستلزم آن است که تفصیل مباحث اصولی اصل استصحاب نیازمند تبیین مواد قانونی و مسائل حقوقی باشد تا خواننده خود قادر به تجزیه و تحلیل گردد تا از این طریق در جهت کارآمدی علم فقه در تکمیل خط قانونی و استنباط احکام قانونی روشن‌تر گردد. درخصوص اصل استصحاب تألیفات متعددی انجام شده است: علی‌اکبر فیاض، در مقاله‌ای به بازپژوهشی مفهوم استصحاب و بیان عدم اعتبار استصحاب کلی قسم سوم پرداخته است (فیاض، ۱۳۹۳). اسمعیل رحیمی‌نژاد، نیز در مقاله‌ای، تعارض اصل استصحاب با قاعده درأ در قانون مجازات اسلامی را مورد بررسی قرار داده است (رحیمی‌نژاد، ۱۳۹۶). همچنین محسن افشاری، رضا مقصودی و سید مهدی علامه، در مقاله‌ای نقش استصحاب در تفسیر قرارداد را بررسی کرده‌اند (افشاری و همکاران، ۱۳۹۷). اما تبیین استصحاب از دیدگاه امام خمینی و تأثیر آن بر حقوق مدنی و کیفری تا حد زیادی مورد اغفال واقع شده است و تبیین موضوع مورد اشاره نوآوری مقاله حاضر است. سؤالی که مطرح می‌شود این است که تأثیر استصحاب در حقوق مدنی و قانون مجازات اسلامی در پرتو دیدگاه امام خمینی (ره) چیست؟ فرضیه: «مطابق دیدگاه امام خمینی (ره) استصحاب یک اصل شرعی است که در صورت فقدان قانون مصوب، می‌توان به آن استناد جست و این اصل در مواردی از قبیل بیع و خیار در قانون مدنی و در

شده است (خراسانی، ۱۴۲۸، ۱۰). شیخ انصاری در تعریف استصحاب گفته است: رساترین و کوتاه‌ترین تعریف برای استصحاب «ابقاء ماکان» است (انصاری، ۱۴۱۹، ۳، ۱۰). و اگر بخواهیم مفهوم این عبارت را در قالب فارسی ذکر کنیم عبارت خواهد بود از: «حکم به بقا چیزی در صورت شک در بقاء آن» توضیح اینکه هرگاه حکم یا موضوعی در زمان گذشته معلوم و یقینی باشد سپس استمرار و بقای آن مورد تردید قرار گیرد، اگر به اعتبار حالت سابق، وضعیت یقینی گذشته، ثابت و پا برجا فرض شود می‌گویند حکم یا موضوع استصحاب شده است. امام خمینی (ره) تعریف خاصی از استصحاب ارایه نمی‌کند. به نظر ایشان مباحث مختلفی در خصوص استصحاب مطرح است که امکان توضیح همه این موضوعات در قالب یک تعریف مشخص فراهم نیست. به عبارتی نمی‌توان همه احتمالات مربوط به استصحاب را در قالب یک تعریف آورد. این احتمالات عبارتند از: ۱. استصحاب نوعی امارت عقلانی است که از آن برای کشف حکم واقعی استفاده می‌شود. ۲. استصحاب در عین حال از امارات شرعی محسوب شده و برای کشف حکم واقعی مورد استفاده قرار می‌گیرد. ۳. استصحاب اصل شرعی است که با هدف حفظ واقع، وضع شده است (خمینی، ۱۳۸۵، ۹-۸).

یکی از حقوق‌دانان معتقد است: با تأملی که در تعاریفات فقها درباره استصحاب شده به نظر می‌رسد مسامحه‌ای وجود دارد چرا که تعاریف اصولی‌ها، استصحاب عدمی را شامل نمی‌شود در حالی حجیت آن مورد تأیید اکثر اصولی‌ها می‌باشد، حتی

نموده، آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ۳، ۱۲۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱، ۵۱۹). طبق این تعریف استصحاب به معنای همراهی شیء‌ای با شیء دیگر است. «استصحاب شیء به معنای همراه داشتن آن است به طوری که مفارقت از هم ندارند» (طریحی، ۱۳۷۵، ۲، ۹۶). با توجه به تعاریف لغوی از استصحاب، معنای آن به خوبی واضح می‌شود که همان همراهی و ملازمت دو شیء می‌باشد. کلمه استصحاب مصدر باب استفعال و از ریشه صحب، یصحب، صحبۀ و صحابۀ گرفته شده است. اصل ماده صحب به معنای همراهی و معاشرت و ملازم بودن با دیگری است (فیروزآبادی، ۱۴۱۲، ۱، ۱۷۸). و هنگامی که این ماده به باب استفعال برده می‌شود به معنای (اخذ الشیء مصاحباً) می‌آید یعنی به معنای مصاحبت و به همراهی طلبیدن کسی یا همراه داشتن چیزی است لذا وقتی می‌گوییم این شیء را استصحاب کردی معنایش این است که او را همراه و رفیق خود قرار دادی (جبران، ۱۳۸۴، ۱، ۱۲۳).

صاحب معالم در این باره می‌فرماید: «محل استصحاب آنجاست که حکمی در زمانی ثابت بوده و سپس زمان دیگری می‌رسد که دلیلی بر انتفاء آن حکم یافت نمی‌شود یا باید حکم کرد به بقاء آنچه بوده است که این همان استصحاب است» (عاملی، ۱۳۶۵، ۲۳۱؛ شریف، ۱۴۰۵، ۲، ۲۶۲). مطابق دیدگاه شهید اول، استصحاب به معنای قاعده شک و یقین است (مکی (شهید اول)، ۱۳۶۰، ۱، ۹۳). استصحاب، همان حکم به بقاء حکم، یا موضوع دارای حکم است که بقاء آن مورد شک واقع



تعبیر شیخ انصاری از استصحاب به «ابقا ماکان» یعنی ابقا چیزی که بوده، شامل استصحاب عدمی نمی‌گردد چرا که تعریف فوق شامل چیزی که نبوده، را نمی‌گردد یعنی منطوق و ظاهر کلام ایشان استصحاب عدمی را که حکم به ابقاء یقین سابق بر عدم است، را شامل نمی‌شود و سپس تعریفی را ارائه داده‌اند که از این جهت نسبت به سایر تعاریف استصحاب جامع‌تر می‌باشد؛ به نظر ایشان: «استصحاب عبارت است از این که هرگاه یقین به وجود یا عدم چیزی در گذشته داشته باشیم و بعداً در زوال یا حدوث آن دچار تردید شویم باید بنا را بر بقاء و دوام وضعیت سابق گذاشته و آن را موجود یا معدوم فرض کنیم» (رحیمی‌نژاد، ۱۳۹۴-۱۳۹۳). با توجه به اینکه حجیت استصحاب عدمی در بین اصولیان و حقوق‌دانان پذیرفته شده است، تعریف فوق که به صراحت جامع هر دو نوع استصحاب وجودی و عدمی را شامل می‌شود جامعیت بیشتری نسبت به سایر تعاریف دارد.

ماهیت استصحاب از مهمترین مباحث در خصوص آن است. اینکه استصحاب از مسائل اصولی است یا در زمره قواعد فقهی قلمداد می‌شود (حسینی بهسودی، ۱۳۶۸، ۲، ۲۵۰). امام خمینی (ره) در این خصوص بر این نظرند: «اگر استصحاب اصل عملی باشد و به «ابقاء آنچه بوده» تعریف گردد، چه ابقای عملی که وظیفه مکلف است از آن اراده شود، یا حکم به ابقائی که از طرف شارع صادر می‌گردد اراده شود، مسئله فقهی می‌باشد، حتی در استصحاب‌های حکمی، زیرا در هر دو فرض،

استصحاب وظیفه عملی است و ناظر به حکم واقعی، و حجت بر واقع و راهی به واقع نیست. اما اگر حجت و طریق به واقع باشد، مسئله اصولی است» (خمینی، ۱۳۸۵، ۱-۲). اما ایشان در تقریرات درس اصول دیدگاه مخالف نظر فوق مطرح می‌کند: «بنابر اینکه استصحاب از اخبار استفاده گردد، چنان که رأی حق همین است، بحث از حجیت استصحاب از مسائل اصولی نیست، خواه قائل شویم که از اخبار اماره بودن استصحاب استفاده می‌شود یا چنین استفاده‌ای نشود. نظیر واجب کردن احتیاط برای حفظ واقع؛ زیرا در اصول از دلیل‌هایی بحث می‌شود که از آن‌ها، کتاب، سنت و عقل، حکم فرعی استفاده شود؛ برای اینکه ادله مورد بحث در این علم دلیل‌هایی است که با آن، بر فروع استدلال می‌شود؛ مثل خبر واحدی که بر حکمی از احکام اقامه شده است و آن خبر از سنت است. اما دلیلی که بر حجیت خبر واحد وجود دارد، مثل آیه نباء، از ادله اربعه نیست؛ زیرا حکم فرعی از آن استفاده نمی‌شود؛ بلکه دلیل بر حکم فرعی، خود خبر واحد است و آیه نباء دلیل بر دلیل است (خمینی، ۱۳۸۵، ۵ و ۶). پس از آنکه امام خمینی (ره) در کتاب خود حجیت استصحاب را از مسائل اصولی دانستند، به نقد دیدگاه شیخ انصاری در معیار ارائه نموده پرداخته‌اند: «بسیاری از مسائل فقهی و قاعده‌های فرعی این گونه نیست که به مقلد سودی برساند؛ مثل قاعده "آنچه را که شخصی نسبت به صحیح آن ضامن نیست، نسبت به فاسدش هم ضامن نیست." و عکس آن؛ زیرا اطلاع بر حدود این قاعده و مقدار سرایت آن، جز برای

دلیل است و در صورت تردید باید «عدم سابق» را باقی دانست (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۳۳).

اقسام دیگری برای استصحاب ذکر شده است، مانند استصحاب حکمی و استصحاب موضوعی، این تقسیم به اعتبار این است که مستصحاب موضوع باشد یا حکم. شیخ انصاری در کتاب فرائد الاصول می‌فرمایند: گاهی مستصحاب حکم شرعی است و گاهی غیر حکم شرعی او از امور خارجی است (انصاری، ۱۴۱۵، ۳۳). بنابراین وقتی که حکم قضیه‌ای که قبلاً قطعی و مسلم بوده مورد تردید قرار گیرد، استصحاب حکمی اجرا می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۳۳). و بنا را بر بقای حکم سابق می‌گذاریم، در اینجا گاه حکم، تکلیفی است و گاهی وضعی. حکم تکلیفی، حکمی است که تنها به افعال انسان تعلق می‌گیرد مانند کراهت، وجوب، استصحاب و...، و حکم وضعی، حکمی است که به‌طور مستقیم به افعال انسان تعلق نمی‌گیرد، بلکه گاه به ذات مکلف تعلق می‌گیرد، مانند: زوجیت، و گاه به اشیاء خارجی که دخیل در حیات انسان است، مثل: ملکیت (صدر، ۱۳۸۷، ۲، ۳۲). و اما استصحاب موضوعی، در این نوع استصحاب، موضوع حکم مورد تردید قرار می‌گیرد و ابقاء می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۳۴).

نوع دیگر، استصحاب، استصحاب کلی و اقسام آن است. استصحاب کلی آن است که ما یقین به وجود کلی در ضمن فردی از افرادش داشته باشیم، سپس شک در بقاء خود کلی کنیم. این شک در بقاء کلی در ضمن افرادش به سه صورت متصور است: ۱. شک در بقاء کلی به خاطر شک در بقاء خود همان

مجتهد ممکن نیست و مقلد بهره‌ای از آن ندارد. آنچه از قاعده فوق استفاده می‌شود این است که هر معامله‌ای که صحیح و درست آن ضمان‌آور نباشد، باطل آن ضمان‌آور نیست. بعد از تکمیل شدن این قاعده، در تشخیص اینکه کدام معامله صحیح‌اش ضمان‌آور نیست و کدام ضمان‌آور است، محتاج به اجتهاد است. از ملاکی که در اصولی بودن مسئله در مباحث الفاظ گفتیم، آشکار می‌شود که استصحاب مسئله اصولی است خواه از اخبار دریافت شود یا نشود» (خمینی، ۱۳۸۵، ۹-۸). با توجه به سخنان امام خمینی (ره) استصحاب ممکن است هم مستند به اخبار و روایات باشد و هم مستند به بنای عقلا و دلیل عقل، لذا صرف مستند بودن آن به روایات در تلقی استصحاب به‌عنوان یکی از اصول عملی کافی نیست.

## ۵-۲. انواع استصحاب

تقسیم‌بندی مختلفی از استصحاب به عمل آمده است. یک تقسیم‌بندی، استصحاب وجودی و عدمی است. استصحاب وجودی عبارت است از این که وجود چیزی که قبلاً مسلم بوده، مورد تردید قرار گیرد و آن را موجود فرض کنند. استصحاب عدمی عبارت است از این که عدم چیزی که در سابق محرز و مسلم بوده، وجود آن در زمان بعد مورد تردید قرار گیرد و آن را معدوم فرض کنند (انصاری، ۱۴۱۵، ۲۶-۲۵؛ محمدی، ۱۳۹۱، ۳۲۹؛ محقق داماد، ۱۳۹۰، ۳۳). در واقع استصحاب عدمی بر این اصل متکی است که، هستی هر چیزی محتاج

فردی است که یقین به وجود آن داشته‌ایم مثل: علم به وجود کلی انسان در خانه، به خاطر علم به وجود فرد زید در خانه، سپس در بقاء زید در خانه شک کنیم لازمه شک در بقاء زید، شک در بقاء کلی انسان است، که به آن «استصحاب کلی قسم اول» می‌گویند. ۲. شک در بقاء کلی به خاطر شک در تعیین آن فرد متیقن سابق است. بدین صورت که این فرد مردد شود بین فردی که جز ما باقی است و فردی که قطعاً مرتفع شده و از بین رفته است. یعنی اجمالاً به وجود فردی از افراد کلی یقین داریم و می‌دانیم که کلی در ضمن آن فرد قطعاً وجود دارد اما نمی‌دانیم که این فرد، از افرادی است که دارای عمر طولانی است و در نتیجه هنوز هم در زمان بعدی موجود است، یا از افرادی است که دارای عمر کوتاه بوده و در نتیجه در زمان بعدی باقی نمانده است؟ و به خاطر این تردید، برای انسان شک در بقاء کلی حاصل می‌شود. مانند این که اگر انسان اجمالاً علم پیدا کند که رطوبتی از او خارج شده ولی نمی‌داند که بول است یا منی، و بعد وضو بگیرد، در این صورت در وقوع حدث کلی در ضمن این فرد مردد یقین دارد. حال اگر این رطوبت بول باشد، پس حدث اصغر است و با وضو قطعاً برطرف می‌شود، و اما اگر منی باشد، پس حدث اکبر است (خراسانی، ۱۴۲۸، ۳، ۲۱۶؛ مظفر، ۱۴۲۵، ۳ و ۴، ۳۲۸-۳۲۷). ۳. شک در بقاء کلی از جهت شک در وجود فرد دیگری است که جایگزین فرد اول که یقیناً موجود بوده و زائل گشته شده است، یعنی شک در بقاء کلی به خاطر این است که احتمال می‌دهم فرد دومی به جای فرد اول که

حدوث و ارتفاعش بر ما معلوم است آمده است، در این صورت اگر فرد دوم واقعاً موجود شده باشد، پس کلی هنوز هم باقی است و اگر فرد دوم جایگزین نشده باشد، پس کلی با زوال فرد اول، از بین رفته است (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۹۵-۱۹۱؛ مظفر، ۱۴۲۵، ۳ و ۴، ۳۲۸). در مقاله حاضر تلاش شده به مهم‌ترین تأثیر استصحاب بر قانون مدنی و حقوق کیفری پرداخته شود.

### ۵-۳. تأثیر استصحاب بر قانون مدنی

بیع شرط از موارد تأثیر استصحاب بر قانون مدنی است. بیع شرط به بیعی گفته می‌شود که متبایعان یا یکی از آن‌ها در بیع شرطی را قرار می‌دهد که طرف مقابل ملزم به رعایت آن است، که در صورت تخلف از آن خیار به نام خیار شرط برای شرط ثابت می‌شود (مشکینی، ۱۳۷۷، ۲۳۹). که به این خیار، بیع شرط نیز گفته می‌شود. شهید ثانی در خیار شرط می‌فرماید: خیار شرط به حسب آن چیزی است که با بیع و مشتری یا یکی از آن‌ها شرط می‌نمایند اما بایستی مدت معینی داشته باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳، ۲۰۱). مطابق ماده ۴۵۹ قانون مدنی در خصوص بیع شرط تصریح شده که در نتیجه فسخ با بیع، مبیع در زمان فسخ به با بیع تعلق دارد و همه منافع و نوائت حاصل شده از زمان عقد تا زمان فسخ، به مشتری تعلق دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ۱۷۶؛ امامی، ۱۳۷۵، ۱، ۵۵۱). از نظر وحدت ملاک، مفاده ماده ۴۵۹ ق.م. قابل تسری به سایر خیارات است. سوال مهمی که در این خصوص قابل طرح است این است که در



وجودی می‌باشد البته استصحاب حکمی نیز می‌باشد زیرا قبلاً یقین به حدوث ضمان که یک حکم وضعی است داشتیم و در زمان لاحق شک در بقاء این حکم داریم.

بیع حیوان از دیگر موارد تأثیر استصحاب بر قانون مدنی است. در ماده ۳۵۷ ق.م.آ.م آمده است: «هر چیزی که برحسب عرف و عادت جزء یا از تابع مبیع شمرده نشود، داخل در بیع نمی‌شود مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد». و در ماده ۳۵۸ ق.م.بخشی از اموری را که در عرف تابع و یا جزء مبیع به حساب می‌آید به‌عنوان مثال متذکر شده و می‌گوید: «نظر به دو ماده فوق در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه، ممر و مجری و هرچه متعلق به بنا باشد، به‌طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود، متعلق به مشتری می‌شود. و برعکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان، متعلق به مشتری نمی‌شود مگر این که تصریح شده باشد یا برحسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال طرفین عقد می‌توانند به‌عکس ترتیب فوق تراضی کنند» و در ماده ۳۵۹ اشعار می‌دارد: «هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در بیع نخواهد بود مگر آن که تصریح شده باشد». قانون مدنی در مواد مورد اشاره از اصول حقوقی که مبتنی بر قواعد عقلی است کمک گرفته و آن استصحاب عدمی است (طاهری، ۱۳۸۲، ۴، ۹۰). پیش‌تر اشاره شد که اصل استصحاب عدم، بر حادث نشدن چیزی دلالت دارد که در پیدایش آن تردید وجود دارد (امامی، ۱۳۷۵، ۱، ۴۴۳-۴۴۴؛ محمدی، ۱۳۹۱،

صورتی که مبیع بعد از فسخ نزد مشتری تلف شود، چه کسی ضامن است؟ به عبارتی مسئولیت تلف مبیع نزد مشتری، بعد از فسخ بیع بر عهده چه کسی است؟ در پاسخ باید گفت دو حالت قابل تصور است: حالت نخست اینکه، فسخ از سوی مشتری انجام شود. در این حالت مسئولیت بر عهده مشتری بوده و مشتری ضامن جبران خسارت است، زیرا قبل از فسخ، مشتری در قبال مبیع، ضمانت داشته و مبیع را در مقابل پرداخت ثمن، پذیرفته و بعد از فسخ از سوی مشتری، از سوی بایع رضایت جدیدی در ابقاء مبیع نزد مشتری به عنوان امانت ایجاد نشده و در واقع، ضمان استصحاب می‌شود. حالت دوم، فسخ از طرف بایع انجام شود. در این حالت، مشتری به جز در شرایط تعدی و تفریط، ضامن تلف نمی‌باشد، زیرا بایع به خواست خود، با اقدام به فسخ به قطع رابطه عقد که موجب مسئولیت مشتری می‌شد اقدام کرده و تا زمانی که مبیع را از مشتری مطالبه ننماید، با رضایت آن را نزد مشتری نگه داشته که نوعی امانت مالکانه است. بنابراین، مطابق ماده ۶۱۴ هروقت مبیع در تصرف مشتری تلف گردد، مسئولیت متوجه مشتری نیست، مگر اینکه تفریط و تعدی در این خصوص از سوی مشتری صورت گرفته باشد. در واقع، ضمانی که با انعقاد عقد ایجاد می‌شود، با فسخ عقد از بین نمی‌رود و در صورتی که به زوال آن شک شود، ضمان استصحاب می‌گردد، بنابراین در مورد تلف مبیع اگرچه مشتری تعدی و تفریط ننموده باشد ضامن مثل یا قیمت آن خواهد بود (امامی، ۱۳۷۵، ۱، ۵۵۲-۵۵۱). توضیح آن که در اینجا استصحاب

۳۳۰). طبق اصل حقوقی انتقال را غیرحاصل باید دانست و مالکیت بایع نسبت به آن مادام که قطع به انتقال حاصل نشده استصحاب می‌گردد. نتیجه این امر آن خواهد بود که آنچه مورد تردید قرار گرفته داخل در بیع نباشد.

از دیگر موارد تأثیر استصحاب بر قانون مدنی می‌توان به اخذ به شفعه اشاره کرد. مطابق ماده ۸۰۸ ق.م «مال غیرمنقول مشاع بین دو نفر، باید قابل تقسیم باشد تا در اثر فروش یکی از آن دو شریک، دیگری بتواند اخذ به شفعه بنماید». از دیدگاه مشهور فقها، شرط ایجاد حق شفعه این است که ملک مشاع قابل تقسیم باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵، ۳۳۲-۳۲۷). بر این اساس، حق شفعه صرفاً در خصوص اموال غیرمنقول قابل تقسیم و فقط در مورد یقین قال اجراست و در مواردی که در خصوص حق شفعه تردید وجود دارد، اصل عدم جاری می‌شود. توضیح مطلب این که حق شفعه برخلاف اصل سلطنت افراد بر اموال خویش است حال اگر به دلیل خاص حق اخذ به شفعه برای شریک ثابت شود باید فقط به قدر متیقن از آن اکتفا کرد و در جایی که شک حاصل شود که آیا می‌توان اخذ به شفعه نمود یا خیر استصحاب عدم جواز را جاری می‌کنیم. چنان که از اطلاق ماده ۸۰۸ ق.م قابل استنباط است، حق شفعه زمانی برای شریک ایجاد می‌شود که شریک دیگر، تمام حصة خور را به شخص ثالثی انتقال دهد. چنانچه صرفاً بخشی از حصة خور را به ثالث منتقل نماید، حق اخذ شفعه برای شریک ایجاد نمی‌شود، زیرا با اخذ به شفعه، ضرر حاصل از افراز پابرجاست و

حکم اخذ به شفعه برخلاف قاعده است و مورد تردید. با وجود تردید در خصوص حق به شفعه، اصل بر عدم آن است و اصل استصحاب عدمی حاکم است. البته برخی از حقوقدانان، به ایجاد حق اخذ به شفعه در صورت انتقال بعضی از حصة شریک به شخص ثالث، قائل هستند (امامی، ۱۳۷۵، ۳، ۱۷-۱۶). اما از ماده ۸۰۸ ق.م این گونه می‌توان برداشت کرد که لازم است سهم شریک در عقد بیع باید مبیع قرار گیرد و در صورتی که سهم شریک به ثمن تبدیل شود، شریک دیگر امکان اخذ به شفعه از بایع ندارد، زیرا حکم اخذ به شفعه برخلاف قاعده بوده و در مواردی که در وجود آن تردید ایجاد شود، اصل استصحاب عدم، حاکم است. استصحاب عدمی، بر این اصل متکی است که وجود هر حادثی دلیل می‌خواهد و در صورت تردید، باید عدم سابق را اکنون نیز باقی دانست. استصحاب عدمی عبارت است از اینکه عدم چیزی در سابق محرز و مسلم بوده و وجود آن در زمان بعد، مورد تردید قرار گیرد که در این صورت آن را معدوم فرض می‌کنند (انصاری، ۱۳۹۲، ۳، ۵۰).

خیار غبن از دیگر موارد تأثیر استصحاب بر قانون مدنی است. غبن در لغت به معنی خدعه است (طریحی، ۱۴۱۶، ۶، ۲۸۸). کسی که در معامله متضرر شده مغبون و طرف او را غابن گویند (امامی، ۱۳۷۵، ۱، ۴۹۶). شهید ثانی در خصوص خیار غبن می‌فرماید: «کسی که از اهل خیره نباشد و چیزی را خریداری نماید که در آن فریب در قیمت ظاهر گردد که عادت مردم بر تسامح به چنین غبنی جاری نشده باشد خیار غبن برای او ثابت می‌شود»

(شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳، ۲۰۳). برای تشخیص غبن، قیمت مبیع در زمان عقد در نظر گرفته می‌شود. در صورتی که قیمت مبیع در زمان عقد با ثمن تفاوت نداشته و یا تفاوت آن قابل مسامحه باشد، خیار غبن به وجود نمی‌یابد، اگرچه پس از عقد قیمت مبیع در بازار چندین برابر تنزل کرده باشد. قانون مدنی خیار غبن را در صورتی ثابت می‌داند که غبن فاحش باشد. قانون مدنی در «ماده‌ی ۴۱۷» سال ۶۱ غبن فاحش را بیش از یک‌پنجم بهای واقعی معین کرده بود ولی پس از اصلاح می‌گوید: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵، ۲۱۳).

بنابراین چنانچه قیمت مبیع در حین عقد با ثمن تفاوت فاحش داشته باشد، مغبون می‌تواند بیع را فسخ نماید اگرچه پس از عقد قیمت مبیع در بازار چندین برابر ترقی کرده باشد و در زمان اعلام فسخ هیچ‌گونه ضرری متوجه مغبون نشود، زیرا سقوط حق خیار موجبی ندارد و چنانچه بقاء آن مورد تردید قرار گیرد استصحاب می‌شود (امامی، ۱۳۷۵، ۱، ۴۹۸). این استصحاب بقاء حق خیار برای مغبون، از نوع استصحاب وجودی است زیرا پس از ترقی قیمت بازار شک در بقای آن می‌کنیم.

درخصوص تدثیر استصحاب بر قانون مدنی می‌توان به عقد اجاره نیز اشاره کرد. شهید اول در تعریف اجاره می‌فرماید: «اجاره عقدی است بر، به ملکیت درآوردن منفعت معلوم در مقابل عوض معلوم» (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۵۵). به عبارتی اجاره به معنی تملیک منفعت است در مقابل عوض معلوم. ماهیت اجاره، مانند عقد بیع و لذا عقد تملیکی

مغوض است. تنها تفاوت در این است که اجاره منفعت است و بیع، عین معین. مطابق ماده ۴۶۶: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود» (امامی، ۱۳۷۵، ۲، ۱). در اجاره ممکن است شخص ثالثی برای مستأجر ایجاد مزاحمت بنماید. که فقط در صورت جمع شدن شرایطی معین مستأجر حق فسخ عقد اجاره پیدا می‌کند این شرایط عبارت‌اند از: اول) مزاحمت شخص ثالث. دوم) مزاحمت باید بدون ادعا حقی در عین مستأجره یا منافع آن باشد. سوم) مزاحمت شخص ثالث قبل از قبض عین مستأجره باشد. چهارم) رفع مزاحمت شخص ثالث متعذر باشد. مطابق ماده ۴۸۹ قانون مدنی: «اگر شخصی که مزاحمت می‌نماید مدعی حق نسبت به عین مستأجره یا منافع آن باشد، مزاحم نمی‌تواند عین مزبور را از ید مستأجر انتزاع نماید مگر بعد از اثبات حق با طرفیت مالک و مستأجر هر دو». ماده مورد اشاره بر دعوی تصرف عدوانی دلالت دارد، زیرا هرچند مدعی تصرف عدوانی نه به‌عنوان کسی که نسبت به عین یا منفعت عین مستأجره ذی‌حق است اقامه دعوی نمی‌کند و در مقام کسی که قبلاً متصرف بوده و متصرف فعلی عدوان آن از تصرف وی خارج ساخته است اقامه دعوی می‌نماید، ولی در واقع تصرف گذشته خود را بر حق عینی مبتنی دانسته که درخواست عودت تصرف را دارد. ممکن است گفته شود که مستأجر فقط امکان مراجعه به شخص ثالث داشته و می‌تواند تقاضای اجرة‌المثل نماید و نمی‌تواند اجاره را فسخ کند. در صورتی که شخص ثالث پس از مزاحمت، عین مستأجره را به

دارد و با شک در مدت عده نگه داشتن، استصحاب بقای عده می‌کند. زیرا در مورد تردید در خروج از عده، بقاء آن استصحاب می‌گردد.

#### ۴-۵. تأثیر اصل استصحاب در قانون مجازات اسلامی

اصل استصحاب در حقوق موضوعه ایران در موارد مختلفی کاربرد داشته است. حقوق کیفری ایران علی‌الخصوص قانون مجازات اسلامی نیز از این امر مهم بی‌بهره نبوده است. با توجه به استقرایی که از مواد، قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی شده است؛ می‌توان گفت که هرچند عنوان استصحاب در هیچ‌یک از مواد قوانین فوق ذکر نشده است ولی در تعداد زیادی از مواد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ جریان داشته اما در هیچ‌یک از مواد قانون آیین دادرسی ۱۳۹۲ جریان پیدا نکرده است.

اثبات عدم رشد افراد بالغ کمتر از هجده سال از مصادیق تأثیر استصحاب بر حقوق کیفری است. ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «در جرائم موجب حد یا قصاص هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند». یکی از شرایط تحقق قصاص کمال عقل است. سن مسؤلیت قانون مجازات اسلامی، زمانی است که فرد از نظر جسمانی به حد بلوغ جنسی و از لحاظ عقلی و

مستأجر رد نماید، حق فسخ مستأجر ساقط نمی‌گردد، زیرا با ثبوت حق فسخ عقد اجاره در اثر مزاحمت شخص ثالث، درمورد شک در مفاد آن، طبق قاعده عقلی و مستنبط از ماده «۳۵۷» قانون آیین دادرسی مدنی که تصریح می‌کند: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقاء آن است مگر این که خلاف آن ثابت شود» بقاء حق فسخ استصحاب می‌شود (امامی، ۱۳۷۵، ۲، ۲۹). این استصحاب از نوع استصحاب بقاء حق فسخ برای مستأجر پس یقین به حدوث و شک در بقاء آن می‌باشد.

نکاح نیز از دیگر موارد تأثیر استصحاب بر قانون مدنی است. نکاح در اصطلاح فقه عبارت از عقدی است که ایجاد و انشاء علقه‌ی زوجیت خاصی را دربر دارد (ایروانی، ۱۴۳۰، ۲، ۲۹۱). و در حقوق رابطه‌ی حقوقی است که به‌وسیله‌ی عقد بین مرد و زن حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند. نکاح نیز دارای معنای دیگری است و آن عبارت است از عقدی که به‌وسیله‌ی آن وضعیت حقوقی مخصوصی بین زوجین (رابطه زوجیت) به وجود می‌آید قانون مدنی ایران دو قسم نکاح شناخته است: یکی دائم و دیگری منقطع (امامی، ۱۳۷۵، ۴، ۲۶۹-۲۶۸). در صورتی که نکاحی منحل گردد، ولی زن نداند دائمه یا منقطعه بوده است، و همچنین در موارد اختلاف بین زوجین حکم دوام که مدت عده‌ی آن بیشتر می‌باشد نسبت به عده بقاء آن استصحاب می‌گردد (امامی، ۱۳۷۵، ۵، ۱۳۱)، بنابراین می‌توان گفت که او با انحلال عقد، به «در عده بودن» یقین

و کمال عقل آن‌ها شبهه وجود دارد. و از آنجا که قانون‌گذار، رشد را از شرایط تحقق قصاص فرض کرده است، بنابراین در صورت وجود شبهه، حالت سابق آن استصحاب می‌شود. و از آنجا که عدم رشد این طفل در زمان قبل یقینی است، لذا او را غیررشد فرض می‌کنیم و در نتیجه قصاص او منتفی خواهد بود و تنها به مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان محکوم می‌شود. از دیگر مصادیق تأثیر استصحاب بر حقوق کیفری، اثبات بقای حق شکایت در قانون مجازات اسلامی است. ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «در جرائم تعزیری قابل گذشت هرگاه متضرر از جرم در مدت یک سال از تاریخ اطلاع از وقوع جرم، شکایت نکند، حق شکایت قانون مجازات اسلامی او ساقط می‌شود مگر اینکه تحت سلطه متهم بوده یا به دلیلی خارج از اختیار، قادر به شکایت نباشد که در این صورت مهلت مزبور از تاریخ رفع مانع محاسبه می‌شود. هرگاه متضرر از جرم قبل از انقضای مدت مذکور فوت کند و دلیلی بر صرف نظر وی از طرح شکایت نباشد هر یک از ورثه وی در مهلت شش ماه از تاریخ وفات حق شکایت دارد». ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی به بحث مرور زمان در جرائم قابل گذشت اشاره دارد. بنابراین متضرر از جرم تعزیری قابل گذشت، مدت یک سال از تاریخ اطلاع از وقوع جرم، حق شکایت قانون مجازات اسلامی دارد و اگر در مدت مزبور شکایت خود را مطرح نسازد حق شکایت قانون مجازات اسلامی از او ساقط می‌شود ولی حتی با گذشتن یک سال، می‌تواند از طریق دادگاه‌های

فکری، به رشد قانون مجازات اسلامی (تمییز حسن و قبح) رسیده باشد (قیاسی و حیدری، ۱۳۹۲، ۹۵). رشد از دیدگاه قانون مجازات اسلامی عبارت است از توانایی درک پدیده‌های جرم و مجازات. برخلاف رشد مدنی، رشد جزایی نوعی تکامل عقلی است (هاشمی، ۱۳۸۳، ۵). در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به نقش رشد در تحقق مسئولیت قانون مجازات اسلامی اهمیت داده شده است. و با وجود اینکه، سن بلوغ در قانون مدنی با اقتباس از مشهور فقها (حلی، ۱۴۱۰، ۳، ۳۲۵؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۹۷)، برای پسران پانزده سال قمری و برای دختران نه سال قمری تعیین شده است اما با دقت در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی به نظر می‌رسد که وجود رشد و سن برای تحقق مسئولیت قانون مجازات اسلامی لازم است و تنها وجود بلوغ کافی نمی‌باشد. مطابق ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی: «در جرائم موجب حد یا قصاص، هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، قصاص یا حد جاری نمی‌شود و حسب مورد با توجه به سن آن‌ها، به مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان محکوم می‌شوند». مبنای ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی، اصل استصحاب است. در این ماده حکم صورتی بیان شده است که طفل به سن بلوغ رسیده است و کمتر از هیجده سال فرض شده است، و ماهیت جرم انجام شده را درک نکرده یا حرمت عمل انجام شده را تشخیص ندهد و از طرف دیگر در رشد



عمومی حقوقی ضرر و زیان خود را مطالبه نماید. اگر متضرر از جرم قبل از انقضای آن یک سال فوت نماید، اما قبل از مرگش، بر انصراف او از دعوا، دلیلی یافت شود در این صورت ورثه او نمی‌توانند علیه متهم طرح دعوی نمایند و اگر دلیلی بر عدم انصراف او از دعوا یافت شود ورثه او می‌توانند علیه متهم شکایت قانون مجازات اسلامی مطرح نمایند. ولی در صورتی که هیچ دلیلی بر انصراف و عدم انصراف او یافت نشود، قانون‌گذار به ورثه متضرر مدت شش ماه از تاریخ فوت متضرر زمان داده است تا اگر بخواهند بر علیه متضرر شکایت نمایند. حکم این ماده نیز با ملاحظه حالت سابقه تنظیم شده است بنابراین استصحاب در تدوین این ماده نیز نقش دارد. در صورتی که بر انصراف متضرر از جرم، از طرح شکایت، دلیلی نباشد و به عبارت دیگر انصراف و عدم انصراف وی محل شبهه باشد، اصل استصحاب جریان پیدا می‌کند. به این صورت که قبل از فوت متضرر، نسبت به ثبوت حق طرح دعوا وی یقین داریم و هیچ دلیلی بر رافع او وجود ندارد. در نتیجه در صورت شبهه، یقین سابق را استصحاب کرده و حکم به حق طرح دعوی متضرر داده می‌شود. در نتیجه ورثه وی حق شکایت را خواهند داشت.

در نهایت در خصوص تأثیر استصحاب بر حقوق کیفری می‌توان به اثبات عدم توبه اشاره کرد. مطابق ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۱: «در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود.

در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید». همچنین ماده ۱۱۷ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «در مواردی که توبه مرتکب، موجب سقوط یا تخفیف مجازات می‌گردد، توبه، اصلاح و ندامت وی باید احراز گردد و به ادعای مرتکب اکتفاء نمی‌شود. چنانچه پس از اعمال مقررات راجع به توبه، ثابت شود که مرتکب تظاهر به توبه کرده است سقوط مجازات و تخفیفات در نظر گرفته شده ملغی و مجازات اجرا می‌گردد. در این مورد چنانچه مجازات از نوع تعزیر باشد مرتکب به حداکثر مجازات تعزیری محکوم می‌شود.» بنابر نظر مشهور فقها، در صورتی که بزهکار پیش از اقامه بینه، توبه نماید حد از او ساقط می‌گردد (اصفهانی، ۱۴۱۶، ۱۰، ۴۳۵). اما اگر توبه بعد از اقامه بینه و یا بعد از اقرار باشد حد ساقط نمی‌شود. البته در فرض توبه بعد از اقرار، بنابر نظر مشهور امام بین عفو و اقامه حد مخیر است. با این توضیح که برخی در فرض اقرار، مطلقاً برای امام قائل به تغییر شده‌اند؛ هر چند مجرم توبه نکرده باشد (خویی، ۱۴۲۲، ۱، ۱۷۷). ولی مشهور فقها، بخشش حاکم را در مواردی که جرم با اقرار ثابت می‌شود، مقید بدان کرده‌اند که بزهکار توبه نیز کرده باشد، پس تا توبه‌ای نباشد، عفو نیز جایز نیست (شاهرودی، ۱۴۱۹، ۱۸۹). در قانون مجازات اسلامی ایران نیز به نقش توبه در سقوط مجازات اشاره شده است. و قانون‌گذار مواد ۱۱۴ تا ۱۱۹ قانون مجازات اسلامی را به این منظور اختصاص داده است. طبق این مواد، حد قذف و محاربه با توبه ساقط نمی‌شود، مگر اینکه توبه

محارب قبل از دستگیری با تسلط بر او باشد که در این موجب سقوط حد است. در سایر جرائم موجب حد، هرگاه توبه متهم، قبل از اثبات جرم باشد و توبه و اصلاح متهم برای قاضی محرز شود، حد ساقط می‌شود. با تأمل در مواد ۱۱۵ و ۱۱۷ قانون مجازات اسلامی به نظر می‌رسد که اصل استصحاب جریان دارد. قانون‌گذار در این ماده، سقوط مجازات و حد به وسیله توبه متهم را منوط به احراز اصلاح و ندامت وی می‌داند و صرف ادعای متهم کافی نمی‌باشد. از مفهوم این ماده برمی‌آید، در صورتی که ندامت و پشیمانی متهم از انجام جنایت محرز نشود، مجازات ساقط نمی‌شود. و اگر در توبه و عدم توبه مرتکب شبهه‌ای وجود داشته باشد، با اجرای اصل استصحاب عدم توبه وی ثابت شده و مجازات ساقط نمی‌شود.

#### ۶. نتیجه

یکی از مباحث مهم اصول فقه، اصول عملیه است. در موارد بروز شک در تعیین حکم شرعی، ضوابطی مطرح می‌شود که به کمک آن‌ها وظیفه شرعی مکلف معین می‌شود که اصول عملیه نام دارند. در واقع، در حالت بلا تکلیفی و نیافتن دلایل روشن و صریح در منابع چهارگانه فقه می‌توان به اصولی تمسک کرد که از نظر شرع مجاز است. تمسک به اصول علمیه در صورتی مجاز است که هیچ راه دیگری برای استنباط منظور شارع و قانون‌گذار وجود نداشته است. اصل استصحاب در میان این اصول از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. از دیدگاه امام خمینی (ره)، استصحاب به‌عنوان اصل شرعی

#### ۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به‌صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

## ۸. تضاد منافع

در این پژوهش، تضاد منافی وجود ندارد.



## منابع

- ابن منظور، محمد ابن مکرم، لسان العرب، جلد اول، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴.
- اصفهانی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، جلد دهم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶.
- افشاری، محسن، مقصودی، رضا، علامه، سید مهدی؛ «نقش استصحاب در تفسیر قرارداد»، مجله پژوهش‌های حقوقی قانون یار، شماره سه، ۱۳۹۷.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵.
- انصاری، مرتضی، تلخیص فرائد الاصول، جلد سوم، انتشارات قدس، ۱۳۹۲.
- انصاری مرتضی، فرائد الاصول، جلد سوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹.
- انصاری، مرتضی، حاشیه الاستصحاب، قم، انتشارات باقری، ۱۴۱۵.
- ایروانی، علی، نهایه النهایه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۳۰.
- جبران، مسعود، فرهنگ الفبائی الرائد، جلد اول، مشهد، انتشارات به نشر، ۱۳۸۴.
- حسینی بهسودی، سید محمدرور، مصباح الاصول / تقریرات درس سید ابوالقاسم خوئی، جلد دوم، نجف، ۱۳۶۸.
- حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰.
- خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، جلد سوم و چهارم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۸.
- خمینی، سید روح‌اله، الاستصحاب، چاپ سوم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر تراث الإمام الخمينی (س)، ۱۳۸۵.
- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، جلد اول، قم، موسسه احیا آثار الامام خویی، ۱۴۲۲.
- رحیمی نژاد، اسمعیل، «تعارض اصل استصحاب با قاعده در قانون مجازات اسلامی»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره یک، ۱۳۹۶.
- رحیمی نژاد، اسمعیل، «تقریرات درس حقوق جزای عمومی»، دانشکده الهیات دانشگاه تبریز، نیمسال اول ۱۳۹۴-۱۳۹۳.
- شاهرودی، سید محمود هاشمی، بایسته‌های فقه جزا، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۴۱۹.
- شریف، مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، جلد دوم، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵.
- شهید اول، محمد بن مکی العاملی، اللعمه الدمشقیه فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام فی تنقیح شرایع الاسلام، جلد سوم، قم، مصصح گروه پژوهشی موسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳.
- صدر، محمدباقر، حلقه ثانیه، جلد دوم، چاپ چهارم، قم، بوستان قم، ۱۳۸۷.
- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۲.

- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، جلد دوم، قم، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۵.
- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، جلد ششم، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶.
- عاملی، حسن بن زین الدین، معالم الدین ملاً الجتمه‌دین، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۵.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، جلد پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۳.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، جلد سوم، قم، انتشارات هجرت، ۱۴۱۰.
- فیاض، علی‌اکبر، «بازیژوهشی در مفهوم استصحاب و بیان عدم اعتبار استصحاب کلی قسم سوم»، مجله مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، شماره سی، ۱۳۹۳.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، جلد اول، بیروت، دار احیا التراث العربی، ۱۴۱۲.
- قیاسی، جلال‌الدین، حیدری، مسعود، «مطالعه‌ی معیار بلوغ در تحقق مسئولیت کیفری در لسان شارع، متشرعین و حقوق ایران»، نشریه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی (فقه و مبانی حقوق اسلامی)، شماره سی و دو، ۱۳۹۲.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشارات بهمن برنا، ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر، معاملات معوض - عقود تملیکی، چاپ سوم، تهران، انتشارات بهمن‌نشر، ۱۳۶۳.
- محقق حلی، نجم الدین، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، جلد دوم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸.
- محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه (دفتر سوم)، چاپ پنجم، تهران، نشر مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ چهل و هشتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
- مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، قم، الهادی، ۱۳۷۷.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، جلد سوم و چهارم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۵.
- مکی (شهید اول)، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیّه، جلد اول، نجف، نشر عبدالهادی حکیم، ۱۳۶۰.
- هاشمی، سید حسین، «دختران سن رشد و مسئولیت کیفری»، فصلنامه کتاب زنان، شماره بیست و سه، ۱۳۸۳.