

## کاربرد استصحاب در قوانین مدنی به تفکیک نوع آن<sup>۱</sup>

عباس عرب خزائلی\*

علیرضا عسکری\*\*

احمد مرادخانی\*\*\*

### چکیده

در شریعت مقدس اسلام، احکام شرعی فرعی، با استعانت ادله اربعه مورد استخراج و استنباط قرار می‌گیرد و این در کلیات امر است و تکالیف مکلفین در موارد جزئی و خاصی و استنتاج احکام آن تعیین نگردیده است و از ابتداء چاره جوئی و تدبیر نگردیده است. برای حل این معضل، مجتهدین عظام و فقهاء عالیقدر دست به کار شدند به عرصه عمل ورود نمودند. استصحاب، یکی از اصول عملیه است. هرگاه شخصی به وجود موضوعی یا وجود حکمی در زمان گذشته علم و یقین نماید؛ سپس این علم در زمان حال، به جهتی از جهات، مورد شک و تردید و دودلی قرار گیرد، اگر اساس و مبنای معتبر را این قرار دهد که حالت سابق چه بوده است و حکم به باقی ماندن بر حالت سابق نماید، گفته می‌شود که آن حکم خاصی یا آن موضوع خاصی، استصحاب گردیده است. مثلاً به وجود و حیات فردی در سال یکهزار و سیصد و پنجاه علم و قطع داریم در سال ۱۳۷۰ ایشان غایب مفقودالاثرا شده و پدرش فوت نموده است. آیا باید براساس حیات او را وارث پدر به حساب آوریم و به او ارث تعلق گیرد یا براساس مرگ، ارثی به او تعلق نگیرد؟ در اینجا یقین سابق حیات و زندگی فرد است و شک لاحق، شک در موت اوست اگر براساس زندگی و یقین سابق عمل کنیم حیات و زندگی آن فرد را استصحاب نموده‌ایم. چون اصل استصحاب دارای جایگاه ممتازی در حقوق مدنی و فقه امامیه است. در این مقاله سعی در تدوین و تجزیه و تحلیل این اصل پرکاربرد در حقوق مدنی و فقه شیعه می‌باشد.

**کلید واژه‌ها:** استصحاب، شبهات موضوعیه، شبهات حکمیه، مقتضی و مانع.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۷/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۲۰

\* دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران

\*\* استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران (نویسنده مسؤول)

alireza.asgari88@gmail.com

\*\*\* استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

## ۱- مقدمه

اسلام دینی است که اصل اساسی آن تزکیه نفس و تعالی و رشد جامعه‌ی بشری است. تمامی دستورات و قوانین کلی و اجمالی جهت تصحیح و اصلاح افراد در عقیده و اخلاق و نظم بخشیدن به آداب و رسوم و حقوق نوع بشر، آموزه‌ها و فرامین و ضوابطی که در این راستا وجود دارد در قرآن مجید و سفارشات و اوامر و نواهی رهبران دینی و مذهبی و توسط وجود مبارک حضرت پیامبر (ص) و ائمه اطهار (ع) آمده است و به مردم ابلاغ و تبیین شده است. از بدیهیات و ضروریات اینست که این شریعت دارای احکام شرعی الزام‌آور است. این احکام شامل واجبات و مُحَرَّمات (محظورین) است. رعایت این واجبات و مُحَرَّمات الهی متضمن فلاح و رستگاری انسانها و در جهت حفظ و تأمین مصلحت انسان در دو جنبه‌ی مادی و معنوی است. هر فعل انسان مکلف که به اراده و اختیار از او سر می‌زند، دارای یک حکم از احکام خمسه‌ی تکلیفی است و بسیاری از احکام و تکالیف شرعی، بدیهی و ضروری نیست که نیاز به اثبات نداشته باشد، بالعکس، نظری و اکتسابی و برای اثبات، لازم است به دلائل شرعی (کتاب و سنت و اجماع و عقل) رجوع نمود و با رویکرد و دقت موشکافانه و بنحو تخصصی در آنها به تفکر و تعمق پرداخت.

جهت تحصیل احکام شرعی و استنتاج اوامر شریعت آسمانی اسلام، در گام نخست به منابع یا ادله اربعه مذکور (کتاب، سنت، اجماع، عقل) می‌پردازیم و از قواعد و قوانین حاکم بر علم اصول فقه کمک گرفته و دست به استنباط احکام شرعی زده می‌شود (مظفر، ۱۴۰۳، ۱، ۷).

اما تمام احکام شرعی این قابلیت را ندارند که از منابع و ادله‌ی اربعه مذکور، استنتاج و استحصال گردد. در این موارد و در بعضی مسائل فقهی، احکام شرعی و مسائل شرعی، نیاز مبرم به اصول و قواعدی دارند که موسوم به اصول عملیه‌اند و این اصول عملیه عبارتند از استصحاب، براءت، تخییر و احتیاط. احکامی که از اصول عملیه بدست می‌آیند احکام ظاهری می‌نامند و ادله اربعه و ادله اجتهادی و احکام حاصل از ادله اربعه را احکام واقعی می‌گویند.

زمان به کاربردن اصول عملیه، وقتی است که دلیل اجتهادی معتبر یا امارات موجود نباشد که این وضعیّت پس از فحص (تحقیق و تفحص) و یأس (ناامیدی) از دلیل و اماره پدید می‌آید.

مکلفی که حالت فحص و یأس از امارات و دلائل برایش عارض شده است، دو حالت دارد: الف) مسأله مورد شک (موضوع مشکوک) دارای سابقه یقینی و علمی و قطعی هست و در این حالت مکلف تا زمانی که دلیل قطعی و یقینی بر انتفاء علم سابق بدست نیاورده است به مقتضای اصل استصحاب، عمل

نموده و اصل را بر بقین سابق قرار می‌دهد. ب) اگر موضوع مشکوک دارای سابقه علمی و قطعی نباشد و این سابقه نامعین و نامعلوم باشد توجه به این می‌گردد که شک و تردید به چه چیزی تعلق گرفته است، هرگاه شک و تردید به اصل تکلیف، اصابت نماید، مجرای (محل اجرای) اصل برائت است اما هرگاه شک و تردید در موضوع و متعلق تکلیف و به تعبیری شک در مکلف به باشد، دو حالت متصور است:

۱) امکان احتیاط و جمع بین دو حکم وجود داشته باشد که براساس احتیاط عمل می‌گردد و ۲) احتیاط امکان نداشته باشد که یکی از دو حکم را بر می‌گزینیم (اختیار می‌کنیم) و براساس اصل تخییر، عمل می‌نمائیم.

آنچه از محل اجرای اصول عملیه که بیان شد، نتیجه می‌گیریم اینست که انحصار اصول عملیه در این چهار شکل، حصر عقلی است. یعنی دَوران امر بین نفی و اثبات است، اگرچه بعضی این انحصار را انحصار استقرائی خوانده‌اند (حیدری، ۱۴۱۸، ۲۰۵؛ شیخ انصاری، ۱۳۷۴، ۱۸۳).

## ۲- معنای لغوی و اصطلاحی استصحاب

واژه‌ی استصحاب، از باب استفعال که غالباً برای طلب بکار می‌رود بوده و به معنای طلب همراهی و مصاحبت است. و ریشه آن از (صَحَب) به معنای هم صحبت بودن و همراه بودن و ملازم بودن است (ابن منظور، ۱۴۱۴). در اصطلاح علم اصول فقه تعاریف گوناگون و متنوعی برای آن آمده است. ولی از بین این تعاریف، تعریف شیخ مرتضی انصاری (ره) به صورت مُختصر و مفید چنین است: «هُوَ إِبْقَاءُ مَا كَانَ» (شیخ انصاری، ۱۳۷۴، ۱۵۴). به این شرح که هر زمان حکمی یا توصیفی یا موضوعی در زمان سابق معلوم و قطعی و یقینی باشد سپس به آن موضوع و حکم و وصف، شک و تردید گردد و حالت سابق (علم سابق) معتبر دانسته شود و حکمی که می‌دهیم بقاء بر حالت قطع و یقین گذشته باشد گفته می‌شود آن حکم، موضوع یا وصف، استصحاب شده است. به عنوان مثال در ماده‌ی (۷۸۲) قانون مدنی آمده است: اموال غایب مفقود الاثر تقسیم نمی‌گردد مگر به از اثبات فوت (مفقود الاثر) یا منقضی شدن زمانی که براساس عرف و عادت چنین فردی زنده نمی‌ماند.

پس از دقت، در می‌یابیم که قانونگذار محترم زندگی فرد غایب مفقود الاثر را استصحاب فرموده است و اما در اصطلاح اصولیان، اصل خود به چند معنا آمده است و یکی از معانی آن دلیلی راهگشاست که در ابتلاء به شک و تردید از آن بهره می‌گیرند و مشکوک فیه را واضح و روشن می‌نماید.

هرگاه اصل به این معنا، در حوزه‌ی عمل به کار گرفته می‌گردد، نام اصل عملی بر آن نهاده‌اند. اصول عملیه در زمان فقدان دلیل بر حکم که موجب حیرت و تردید و شک در مکلف می‌گردد، این شک و تردید و حیرت را در میدان عمل از بین برده و راهکاری مؤثر بدست مکلف می‌دهد.

اصل در این معنا بر چهار قسم معروف (برائت، احتیاط، تخییر، استصحاب) در تقابل با اماره بکار گرفته می‌شود و در تعریف اماره آورده‌اند: آن دلیلی است که کشف از واقعیت می‌نماید به شکلی ناقص همانند مواردی که موجب تحصیل طن و گمان به واقعیت می‌گردند مانند خبر واحد، یمین (قَسَم) آدای شهادتِ شهود و ... (حکیم، ۹۹۶۳، ۴۴۹؛ لطفی، ۱۳۸۰، ۱۹۰).

### ۳- مقومات استصحاب

علمای علم اصول فقه برای آنکه استصحاب تحقق یابد، اموری را ضروری دانسته‌اند که به آن عناصر ایجاد یا مقومات استصحاب می‌گویند و به طور اجمالی از این قرارند:

(۱) یقین سابق به معنای اینکه باید به موردی که می‌خواهیم استصحاب نمائیم، وجودش را در زمان گذشته، به طور قطعی و یقینی و علمی باور داشته باشیم.

(۲) شک لاحق به معنای اینست که آنچه مورد علم و یقین سابق ما باشد، در زمان فعلی، مورد شک و تردید باشد.

(۳) وحدت مورد یقین و مورد شک: (یکی بودن متعلق یقین و متعلق شک). یعنی آنچه از موضوع یا حکم یا وصف را که در زمان حال مشکوک است همان موضوع یا حکم یا وصفی باشد که قبلاً معلوم و مورد یقین و قطع ما بوده است.

(۴) تعدد زمان متیقن و مشکوک بدین ترتیب که زمان مورد نظر در یقین یافتن به امری با زمان شک کردن به امری باید متعدد باشد. یعنی چون دو صفت شک و علم متضادند بنابراین، زمان تعلق آنها با توجه به شرط سوم که وحدت متیقن و مشکوک باشد ناگزیر باید زمان آن دو (شک و علم) متفاوت باشد تا امکان تعلق دو صفت متضاد مذکور بر یک متعلق وجود داشته باشد (محمدی، ۱۳۷۵، ۳۱۸).

(۵) زمان متیقن بر زمان مشکوک مقدم باشد به این شکل که نه تنها زمان متیقن و مشکوک باید متعدد باشد بلکه زمان متیقن بر زمان مشکوک پیشی بگیرد و سبقت و تقدم داشته باشد.

(۶) در برخورد یقین و شک از جهت زمان باید وحدت باشد یعنی در حال فعلی که زمان اکنون است

هم مکلف دارای شک باشد و هم اینکه علم و یقین سابق مکلف نایود نشده باشد و باقی باشد و این یعنی زمان تقابل شک و یقین که باید زمان واحد و زمان حال باشد ولی زمان به وجود آمدن شک و یقین متفاوت باشد و یقین در زمان سابق و شک در زمان لاحق ایجاد شود.

#### ۴- ماهیت اصولی استصحاب

در اینکه استصحاب از امارات ظنی همچون خبر واحد، ظواهر الفاظ و غیر آنهاست یا اینکه صرفاً یک اصل عملی است؟ با توجه به اینکه دلیل و مبنای استصحاب را چه چیزی بدانیم قضیه تفاوت پیدا می‌کند، اصولیین متأخر بیان داشته‌اند اگر مدرک اعتبار استصحاب، اخبار و روایات باشد از اصول عملیه به حساب می‌آید چرا که حجیت روایات از باب تعبد بوده و به دنبال آن استصحاب هم تعبداً حجت می‌باشد که این معنی با ماهیت اماره بودن سازگار نیست؛ چرا که اماره نظر به واقع دارد و حالت کاشفیت در اماره مطرح است، در حالی که در اصول عملیه چنین حالتی لحاظ نشده است، ولی چنانچه مدرک و دلیل اعتبار استصحاب، بناء عقلاً یا دلیل عقلی باشد از امارت و ادله اجتهادی به شمار می‌آید، نظر به اینکه اصولیین متأخر از قبیل آخوند خراسانی (۱۴۱۴)، مبحث استصحاب)، شیخ انصاری (۱۳۷۴)، مبحث استصحاب) محقق خویی (۱۳۸۶، ۳، ۱۰۵)، آیت‌الله حیدری (۱۴۱۸، ۲۸۵) مبنای استصحاب را روایات می‌دانند که از دیدگاه آنها استصحاب از اصول عملیه محسوب می‌شود. ولی از دیدگاه فقهای همچون سید مرتضی، شیخ بهایی، محقق حلی، شهیدین و صاحب معالم (۱۴۱۵، ۳۶۱؛ علامه‌ی حلی، ۱۴۱۱، ۸۲) که استصحاب را از طریق حکم عقل حجت می‌دانند، اماره به شمار می‌آید. ثمره‌ی این بحث این است که در تعارض استصحاب با امارات با توجه به مبنای علمای متأخر که استصحاب را اصل عملی می‌دانند دلیل اجتهادی یا امارات مقدم بر استصحاب می‌شوند. زیرا موضوع اجرای اصل عملی شک است و با وجود دلیل اجتهادی شکی باقی نمی‌ماند که به اصول عملیه رجوع شود؛ بنابراین اماره مقدم بر اصل می‌باشد.

البته در اینکه تقدم اماره بر اصل استصحاب از باب ورود اماره بر استصحاب بوده یا از جهت حکومت و یا اساساً از باب جمع بین دلیل اماره و خطاب «لاتنقض الیقین بالشک» می‌باشد؟ اختلاف نظر وجود دارد، حقیقت این است که از باب نقض یقین به یقین به شمار می‌رود که این حالت صحیح نیست. البته اگر مفاد اماره موافق با یقین باشد مطابق آن عمل می‌شود ولی این عمل به یقین سابق، عمل به استصحاب نیست بلکه عمل به اماره است چه آنکه در عمل به اماره فرقی نمی‌کند که با یقین سابق

موافق بوده باشد یا مخالف زیرا در هر صورت بایستی به حجت و دلیل قوی عمل شود.

## ۵- تقسیمات و انواع استصحاب

دسته‌بندی و تقسیم استصحاب جهات گوناگونی دارد یکی از اقسام این دسته‌بندی، دسته‌بندی استصحاب از حیث مستصحب است؛ یعنی تقسیم از جهت که استصحاب می‌گردد و از این دیدگاه، استصحاب دو دسته است: ۱- استصحاب وجودی و استصحاب عَدَمی ۲- استصحاب حکمی و استصحاب موضوعی. نوع دوم دسته‌بندی از جهت دلیل سابق یا علم سابق که یا استصحاب حُکْم عقل است یا استصحاب حکم شرع. نوع سوم دسته‌بندی استصحاب، براساس شک لاحق است و استصحاب از این نگرش به استصحاب شک رافع و شک در مقتضی قسمت شده است و شک در رافع خود بر دو نوع می‌باشد، شک در هستی و وجود رافع و شک در رافع بودن موجود.

### ۵-۱- شک در مقتضی رافع

استصحاب از جهت شک لاحق و نوع آن شک به دو دسته شک در مقتضی و شک در رافع تقسیم می‌شود. شک در رافع هم خود به دو نوع شک در وجود رافع و شک در رافعیّت موجود تقسیم می‌گردد. هرگاه شک در مقتضی باشد، یعنی شک داشته باشد که آیا موضوع قابلیت برای بقاء دارد یا خیر؟ این شک در مقتضی نام دارد. اگر مثلاً فرد الف: مالک یک اسب بوده است و اکنون شک کنیم که آیا آن اسب این قابلیت را دارد که بیش از ۵ سال زنده بماند یا خیر؟ در این بحث، مالکیت را برای مالک آن اسب، استصحاب می‌گردد. مقصود ما از رافع اینست که با فرض اقتضای بقاء و شایستگی و استعداد دوام موضوعی در بقاء و دوام آن شک و تردید شود و از این جهت که آیا از تأثیر مقتضی مانعی، پیشگیری می‌نماید یا خیر؟ مثال: درخصوص عقد اجاره‌ای که یقین و علم به وجود آن داشتیم، شک نمائیم که آیا فسخی صورت گرفته است یا خیر؟ و یا در مورد عقد نکاحی که قطع و علم داریم، شک کنیم که آیا طلاق رخ داده است یا خیر؟ شک در رافع موجود هم مثلاً اینکه علم به وقوع طلاق داریم ولی تردید و شک در این است که آن طلاق، در طهر غیر موقعه بود؟ و صحیح است؟

یا طلاق در طهر موقعه بود؟ و باطل است؟ گروه کثیری از دانشمندان علم اصول فقه، استصحاب را درباره شک در مقتضی ساری و جاری نمی‌دانند که مرحوم میرزای نائینی و شیخ انصاری از این دسته‌اند.

اما گروه دیگر از علمای فقه و اصول، اصل استصحاب را درباره شک در مقتضی هم ساری و جاری می‌دانند و برای آن قائل به حجیت هستند.

### ۵-۱-۱- موارد حقوقی مرتبط با شک در مقتضی و رافع

بدون هیچ شک و تردیدی اصل استصحاب با توجه به لیاقت و قابلیت اشیاء امکان‌پذیر است و در حالتی می‌توان حکم به ابقاء مکان نمود که موضوع مورد نظر، قابل و لایق ابقاء باشد. مثلاً اگر حیات و زندگی انسان پس از گذشت یکصد و پنجاه سال، موضوع استصحاب باشد، نمی‌توان با اتکاء بر استصحاب حیات سابق آن انسان را استصحاب نمود و حکم به بقاء داد. دلیل آن عرف و عادت و تجربه طول عمر انسان است که هرگز به یکصد و پنجاه سال نمی‌رسد. مطابق ماده ۱۰۲۰ ق. م غایبی که بمدت دو سال هیچ اثر و خبری از او نیست تا سن ۷۵ سالگی زنده فرض شده است و میزان و حدود اعتبار و حجیت استصحاب، بسته به این میزان و لیاقت و قابلیت است و به بیان دیگر هر چقدر امکان بقاء مورد استصحاب بیشتر باشد اعتبار و اعتماد به این اصل نیز بیشتر می‌شود. هرگاه امکان بقاء مورد استصحاب، به هر دلیلی اعم از عقل و عرف و عادت و تجربه زائل گردد، امکان استناد و توانائی بقاء دادن به استصحاب تضعیف می‌گردد و یا به کل از بین می‌رود. این امکان هم وجود دارد که در آمادگی و لیاقت فردی که موضوع استصحاب است شک و تردید گردد و به درستی صلاحیت بقاء او را نتوان اثبات نمود. به این شک و تردیدی که در آمادگی بقاء مورد استصحاب به وجود می‌آید شک در مقتضی گفته می‌شود. (امامی، ۱۳۶۵، ۶، ۳۲۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳، ۱۲۵).

شک و تردید در وجود رافع مانند وجود ذین (بدهی) در گذشته که به آن علم و قطع داشته‌اند اما در وجود یکی از موجبات سقوط ذین (بدهی) اعم از ابراء و وفای به تعهد و ... شک و تردید باشد و اما شک در رافعیت موجود مانند این که خیار غبن فاحش در معامله‌ای وجود دارد، اما موضوع عقد بیع، نابود شده است و علم نداریم که این حادثه موجب ازاله‌ی خیار فسخ فرد مغبون می‌گردد یا در آن خیار بی‌اثر است؟ مثال دوم علم پیدا کنیم که فرد طلبکار اسناد بدهی فرد بدهکار را به بدهکار عودت داده است شک و تردید در این است که آیا منظور طلبکار از این عودت اسناد به فرد طلبکار، ابراء ذمه (بری الذمه کردن) فرد بدهکار بوده است یا خیر؟

## ۵-۲- استصحاب حکم عقل

در بعضی موارد در شریعت مقدّسه اسلام برای پاره‌ای از احکام که مورد یقین ماست دلیل خاصی یافت نمی‌گردد. در این موارد دلائل حاکم عقلی‌اند هرگاه در باقی‌ماندن آن احکام عقلی شکّ و تردید گردد، سپس حکم به بقاء آن بشود به این استصحاب، استصحاب حکم عقل می‌گویند. مانند حکم به حُسن عدل و قُبْح ظلم یا حکم به حُسن وفاداری و حکم به قُبْح خیانت. هرگاه در بقاء این حُسن‌ها و قُبْح‌ها شکّ و تردید گردد حکم به بقاء آن حسن و قبح از راه عقل بدست می‌آید و استصحاب می‌شود. در حجّیت استصحاب حکم عقل محلّ اختلاف است. صحت حکم استصحاب عقل بوسیله شیخ انصاری تأیید نگردیده است. ولی میرزای نائینی و ملامحمد کاظم خراسانی و بعضی دیگر از علمای علم اصول، صحت و حجّیت استصحاب حکم عقل را تأیید می‌نمایند (شیخ انصاری، ۱۳۷۴، ۳۲۵، نائینی، ۱۳۶۵، ۴، ۴۴۱).

## ۵-۳- استصحاب حکم شرع و قانون

اگر اثبات حکمی به وسیله دلائل شرعی انجام گیرد و بعداً در بقاء آن شکّ و تردید شود، بقاء حکم اثبات‌شده سابق، استصحاب می‌گردد و نام آن استصحاب حکم شرع است. مثال: بدهی فردی با دلیل شرعی و یا قانون به اثبات برسد ولی بعداً شکّ و تردید گردد آیا پرداخت شده است یا خیر؟ که براساس اعتبار استصحاب حکم شرع و قانون، باقی‌ماندن بدهی (دین) استصحاب می‌شود و عده‌ی کثیری از علماء به درستی این استصحاب حکم شرع حکم داده‌اند.

## ۵-۳-۱- مواد قانونی استصحاب حکم شرع و قانون

ماده‌ی ۳۸۰ ق. م «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع، حقّ استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند». براین اساس اگر این حکم با دلیل شرعی اثبات شده باشد و سپس مورد شکّ و تردید واقع گردد، با توجه به استصحاب، بقاء آن را استصحاب نموده و حکم به بقاء حقّ استرداد مبیع برای فرد فروشنده می‌نمائیم.

ماده‌ی ۶۴۹ ق. م: «اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص گردد از مال مقترض است».

اگر این حکم به دلیل شرع یا قانون اثبات و احراز گردد و در زمان لاحق مورد تردید واقع شود که آیا



باید تلف و نقص این مال از مال قرض‌دهنده جبران گردد یا از مال قرض‌گیرنده؟ با توجه به حکم شرعی بقای سابق استصحاب شده و تلف و نقص از مال مقتضی است.

ماده‌ی ۱۱۵۶ ق.م: «زنی که شوهر شهر غایب مفقودالاثراست و حاکم او را طلاق داده باشد باید از

تاریخ طلاق، عده وفات نگهدارد، هرگاه حکم این مسأله با دلائل شرعی یا قانونی اثبات گردد و در زمان بعدی مورد شک و تردید قرار گیرد که آیا زن پس از حکم طلاق حاکم در اثر مفقودالاثربودن شوهر باید

عده را از تاریخ طلاق نگهدارد یا خیر؟ باز هم حکم به بقاء عده وفات استصحاب می‌گردد.

اصل ۱۷۱ قانون اساسی هر زمانی که در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در

تطبیق حکم به مورد خاصی، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی شود در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین

اسلامی ضامن است و در غیر این صورت (عدم تقصیر) خسارات به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر

حالتی از فرد متهم اعاده حیثیت می‌گردد. چنانچه این مسأله با دلیل شرع یا قانون به اثبات برسد، آنگاه در

زمان لاحق مورد شک قرار گیرد، بقای آن حکم استصحاب می‌شود که تمام این موارد استصحاب حکم

شرع یا قانون است.

#### ۵-۴- استصحاب موضوعی

اگر موضوع حکمی که در زمان سابق به احراز و اثبات رسیده و مسلم شده بود در زمان لاحق مورد

شک و تردید قرار بگیرد بقاء آن موضوع استصحاب می‌گردد و به این حالت استصحاب موضوعی گفته

می‌شود. مانند استصحاب زنده‌بودن غایب مفقودالاثراستصحاب بدهی سابق و مانند آن ...

در اینجا بصورت کلی موارد و مصادیق قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی درباره این دو نوع

استصحاب (وجودی و عدمی) آورده می‌شود از این جهت که حکم یا موضوع در آنها مورد استصحاب واقع

می‌گردد.

مثال‌ها و مصادیق استصحاب حکمی و موضوعی هم محسوب می‌گردد و موارد حقوقی استصحاب

موضوعی نیز بیان می‌گردد.

«مواد قانونی استصحاب موضوعی و حکمی (وجودی و عدمی)»

در ماده‌ی ۸۷۲ ق.م آمده است: «اموال فرد غایب مفقودالاثرا تقسیم نمی‌شود (حکم میّت بر او و

حکم ارث بر اموال او تعلق نمی‌گیرد) مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضاء مدتی که عادتاً چنین شخصی

زنده نمی‌ماند». فرد زنده‌ای که زندگی او در زمان سابق قطعی و معلوم است به دلیل اینکه غایب مفقودالاثراثر شده است در زمان آینده نسبت به زندگی یا مرگ او شک دارند و این مصداق همان استصحاب موضوعی است و از جمله اثرات آن تقسیم‌نشدن اموال فرد غایب است؛ زیرا بناء بر زندگی اوست و به پیروی از زندگی اموالش تقسیم نمی‌شود (به ارث نمی‌رسد). در ماده‌ی ۱۰۱۹ ق. م آمده است: «حکم مرگ فرضی غایب در جایی صادر می‌گردد که از تاریخ آخرین خیر از حیات وی مدتی بگذرد که عادتاً چنین فردی زنده نماند». در این شاهد مثال هم موقعی می‌توان حکم مرگ فرضی شخصی را داد که علم اجمالی حاصل شود به این مرگ فرضی. نتیجه اینکه به یقین سابق عمل می‌کنیم و همان زنده‌ماندن فرد غایب مفقودالاثراثر استصحاب می‌گردد. در ماده‌ی ۴۹۸ ق. م آمده است: «هرگاه عین مستأجره به فرد دیگری منتقل گردد، اجاره به حال باقی است، مگر اینکه موجد حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد». در این مثال هم بقاء اجاره که موضوع عقد اجاره است استصحاب شده است. در ماده‌ی ۱۰۱۷ ق. م آمده است: اگر فوت فرد غایب مفقودالاثراثر بدون تعیین تاریخ فوت ثابت گردد محکمه باید تاریخی را که فوت او در آن تاریخ محقق بوده معین کند در این صورت، اموال فرد غایب بین وراثی که در تاریخ مزبور موجود بوده‌اند تقسیم می‌شود و پیش از این تاریخ زندگی غایب، استصحاب شده است، زیرا امکان مُردن او احتمالی است. مطابق مواد ۱۰۱۹ تا ۱۰۲۲ قانون مدنی در بحث غایب مفقودالاثراثر که زندگی او تا مدتی به تناسب غیبت و حوادثی که برای او ایجاد شده است، استصحاب شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳، ۲۱۲).

## ۵-۵- استصحاب حکمی

هرگاه حکم مسأله‌ای به احراز و اثبات برسد و به صورت مسلّمات درآید و این اثبات در زمان سابق بوده باشد و در زمان بعدی، مشکوک و مردّد شود، حکم سابق، استصحاب می‌گردد، این حالت را استصحاب حکمی می‌گویند. استصحاب حکمی دو نوع است یا حکم تکلیفی یا حکم وضعی استصحاب حکم تکلیفی مانند اینکه پرداخت مهریه از زوج به زوجه واجب بوده است. اگر در زمان حال زوجه، مدّعی پرداخت مهریه از جانب شوهرش باشد و شوهرش دلیلی بر تأدیه آن نداشته باشد وجوب پرداخت مهریه بر شوهر استصحاب می‌شود. حکم وضعی مانند اینکه شخصی ضامن مالی بوده است حال به دلیلی شک و تردید حاصل گردد که ضمانت ساقط شده است یا خیر؟ براساس اصل استصحاب تا زمانی که یقین به رفع

ضمانت حاصل نشده است، حکم وضعی ضمان استصحاب می‌گردد.

### ۵-۱- بررسی موارد قانونی استصحاب حکمی

در ماده‌ی ۴۲۱ ق. م آمده است: «هرگاه فردی که طرف خود را مغبون نموده است تفاوت قیمت را بدهد، خیار غبن ساقط نمی‌شود مگر اینکه مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد. مطابق ماده‌ی مذکور، مغبون، اختیار فسخ عقد را دارد ولی طرف معامله حاضر می‌شود که تفاوت قیمت را به مغبون بازگرداند و ضرر و زیان را جبران کند، آنگاه شک و تردید ایجاد می‌گردد که آیا فرد مغبون می‌تواند پول را قبول نکند و قرارداد را فسخ نماید؟ یا باید گفت چون مبنای ایجاد حق فسخ لزوم جبران ضرری است که به او وارد شده و این مبنا با پرداخت تفاوت قیمت از بین رفته است. دیگر او حق برهم‌زدن معامله را ندارد و در این صورت اگر فرد قاضی به این شک و تردید اعتناء نکند و حکم به امکان فسخ معامله را باقی بماند کار او را (کار قاضی را) استصحاب حکمی می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳، ۱۲۹). در ماده‌ی ۱۰۲ ق. م آمده است «هرگاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفاقی در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد آن حق به قوه‌ی خود باقی می‌ماند مگر آنکه خلاف آن تصریح شود». مطابق ماده‌ی فوق حکم انتفاع از مال غیر که در گذشته به طور مسلم احراز و اثبات گردیده است و در زمان بعد (اکنون) به دلیل انتقال آن مال به دیگری، حکم ارتفاق و انتفاع، محل شک و تردید قرار می‌گیرد، در نهایت بقای انتفاع استصحاب می‌شود. در ماده‌ی ۴۵۴ ق. م آمده است: «هرگاه مشتری، مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ گردد اجاره باطل نمی‌شود» طبق این ماده هر وقت حکم به بقاء عقد اجاره داده شود، استصحاب حکمی است. در ماده ۳۵۷ آ. د. م. آمده است غیر از طرفین دعوا یا قائم مقام قانونی آنان کسی دیگر نمی‌تواند در مرحله‌ی تجدیدنظر وارد شود. مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد. «نظر به اینکه دادرسی در مرحله‌ی دوم و تجدید نظر هم به نوعی ادامه می‌یابد این شک ایجاد می‌شود که آیا غیر از طرفین دعوا یا قائم مقام قانونی آنها افراد دیگری حق ورود در این مرحله را دارند یا خیر؟ ماده‌ی قانونی فوق حالت سابق را ابقاء می‌نماید و حکم به باقی ماندن حضور طرفین دعوا و قائم مقام قانونی آنها داده است.

### ۵-۶- استصحاب وجودی

استصحاب وجودی عبارتست از اینکه وجود و هستی یک امر در زمان سابق بطور علمی و قطعی

اثبات گردیده بود ولی باقی‌ماندن امر مذکور در زمان لاحق مردّد و مشکوک است. مثال فردی به هر دلیل تعهدی بر عهده دارد و این امر در زمان سابق بنحو یقینی و علمی اثبات شده باشد و در زمان لاحق در بقاء و یا ساقط شدن آن تعهد شکّ و شبهه (تردید) وارد گردد، هرگاه در این مورد، بقاء آن بدهی یا بقاء آن تعهد، به طریق استصحاب روشن گردد، این استصحاب از نوع استصحاب وجودی است.

### ۵-۶-۱- نمونه‌هایی از مواد قانونی استصحاب وجودی

در ماده‌ی «۱۹۲» قانون مجازات اسلامی آمده است: «حد محاربه و افساد فی الارض با عفو (بخشش) صاحب حق ساقط نمی‌شود». اگر دقت کنیم در می‌یابیم که بقاء حدّ برای شخص محارب که در زمان سابق به آن یقین داشتیم و در زمان لاحق به آن مشکوک شدیم استصحاب شده و حکم به بقاء حدّ مذکور می‌گردد. در ماده‌ی ۱۶۳ قانون مجازات اسلام آمده است: «حدّ قذف اگر اجراء یا عفو نشود به وارث، منتقل می‌گردد» هرگاه مقذوف فوت نماید، به بقاء این حدّ قذف اگر شکّ و تردید داشته باشیم، بقاء آن حدّ براساس یقین سابق، استصحاب می‌گردد. در ماده‌ی ۹۵ قانون مجازات اسلامی آمده است: هرگاه محکوم به حدّ دیوانه یا مرتدّ شود حدّ از او ساقط نمی‌گردد». در این ماده‌ی قانونی وجود مجازات حدّ زنا است که در زمان گذشته یقینی و قطعی بوده است و درباره اینکه آیا در زمان بعدی و بعد از دیوانگی و ارتداد آیا این حدّ باقی است و شکّ و تردید گردیده است و نتیجه اینکه به بقاء حدّ براساس قاعده‌ی استصحاب، حکم می‌گردد. در ماده‌ی ۸۲۳ ق. م آمده است حقّ شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود». وجود و هستی حقّ شفعه در زمان سابق به طریق یقینی و قطعی اثبات شده است و در زمان لاحق نسبت به باقی‌ماندن آن حقّ که در زمان گذشته متقن بوده است به واسطه موت فرد شفیع شکّ و تردید گردیده است (در زمان آینده). حکم نهائی براساس اصل استصحاب، بقاء حقّ شفعه فرد شفیع میّت و به ارث رسیدن آن حقّ شفعه به وراث آن مرحوم است. در ماده‌ی ۴۹۷ قانون مدنی آمده است: «عقد اجاره به واسطه‌ی فوت موجر یا مستأجر، باطل نمی‌شود». وجود این عقد اجاره در زمان سابق یقینی و قطعی احراز گردیده است و در زمان حال و بعد از فوت هر یک از متعاقدين عقد اجاره بر بقاء آن عقد اجاره مشکوک و مردّد هستیم، براساس اصل استصحاب حکم به بقاء عقد اجاره می‌دهیم.

### ۵-۷- استصحاب عدمی

هرگاه چیزی در زمان سابق، به طور قطعی و یقینی اثبات گردد و مسلمّ شود، ولی در زمان لاحق

(آینده) به وجود و تحقق یافتن آن شک و تردید گردد، عدم آن استصحاب می‌گردد. به این نوع استصحاب، استصحاب عَدَمی می‌گویند. مثال: هرگاه زوجی ادعاء نماید که تمامی هزینه‌های همسرش را پرداخته (نقسه‌ی زوجه) ولی در جهت اثبات پرداخت نفقه دلیلی بر احراز ندارد، در این مورد، به عَدَم پرداختِ زوجه، براساس استصحاب، حکم می‌شود و در نتیجه دین بر شوهر اثبات می‌گردد.

### ۵-۷-۱- نمونه‌هایی از مواد قانونی استصحاب عَدَمی

در ماده‌ی ۲۴۹ ق.م.آمه است با شک در حیات، حین ولادت، حکم به وراثت نمی‌شود. با کمی تأمل می‌فهمیم که اصل استصحاب موجب شده است که عدم وجود طفل در زمان سابق مُحرَز بوده است و در زمان لاحق شک به وجود آن طفل شده و عدم سابق که یقینی بوده است استصحاب می‌گردد و براساس استصحاب، به عدم حیات در هنگام ولادت و عَدَم ارث به تَبِع از آن حکم شده است. در ماده‌ی ۶۷۷ قانون مدنی آمده است: «اگر در وکالت مجانی بودن یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد، محمول بر اینست که با اجرت است». در این مثال هم عدم تبرعی بودن عقد وکالت استصحاب شده است. در ماده‌ی ۶۶۳ قانون مدنی آمده است: «وکیل نمی‌تواند، عملی را که از حد وکالت او خارج است انجام دهد». در این شاهد مثال عدم حق و اجازه‌ی تصرف وکیل بصورت خارج از محدوده‌ی وکالت استصحاب شده است.

### ۶- نتیجه‌گیری

مواردی را که براساس مستندات این مقاله می‌توان دریافت این است که الف) اصل استصحاب به لحاظ کاربردی دارای دامنه‌ی بسیار وسیع و سودمندی است و از این جهت در بین اصول عملیه ممتاز است. ب) شواهد و قرائن فقهی، اصولی، مواد قانونی، اعم از قانون مدنی و قانون مجازات و موارد مبتلا به اجتماعی بسیاری را می‌توان از اصل استصحاب به عنوان شاهد ذکر کرد که در بعضی موارد به شکل صریح و آشکار و در برخی موارد به صورت پنهان از مصادیق اصل استصحاب هستند. ج) مراجعه به اصول فقهی عموماً و اصل استصحاب خصوصاً موجب وسعت دید و تنویر افکار و ایجاد خلاقیت و روی آوردن به اصول استنباط می‌گردد و از محدودیت و کوتاه‌نگری و مسائلی از این دست انسان را نجات داده و به سمت احاطه و اشراف بر ادله‌ی بی‌حد و حصر از طریق اجتهاد و اصول فقه، رهنمون می‌گردد.

## فهرست منابع

- ۱- امامی، حسن، (۱۳۶۵)، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیه، تهران.
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی بن محمد، (۱۳۷)، فوائدالأصول (رسائل)، محشی، چاپ قم.
- ۳- جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۰۴)، صحاح اللغة، تحقیق احمد بن عبدالغفور عطار، مطابع دارالکتب العربی، مصر.
- ۴- حکیم، محمدتقی (علامه)، (۱۹۹۳)، الأصول العامه للفقہ المقارن، دارالاندلس، بیروت.
- ۵- حیدری، سید علی نقی، (۱۴۱۸)، اصول الاستنباط، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم.
- ۶- خراسانی، مولی محمدکاظم، (۱۴۱۷)، محاضرات فی اصول الفقہ (تقریر محمد اسحاق فیاض)، دارالکتب العلمیه، قم.
- ۷- خراسانی، مولی محمدکاظم، (۱۴۱۴)، کفایه الأصول، مؤسسه النشر الاسلامی، نجف، چاپ دوم.
- ۸- خمینی (امام)، سید روح‌الله بن مصطفی الموسوی، (۱۳۶۴)، تحریر الوسیله، دارالعلم، قم، چاپ دوم.
- ۹- خمینی (امام)، سید روح‌الله بن مصطفی الموسوی، (۱۴۱۴)، مناهج الوصول الی علم الأصول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
- ۱۰- خویی، سیدابوالقاسم بن سید علی اکبر موسوی، (۱۳۸۶)، مصباح الاصول (تقریر محمد سرور الواعظ)، نجف مطبعه، نجف.
- ۱۱- سبحانی، جعفر بن محمدحسین، (۱۴۱۹)، المحصول فی اصول الفقہ (تقریر سید محمود جلالی مازندرانی)، مؤسسه الامام الصادق (ع)، قم.
- ۱۲- سبحانی، جعفر بن محمدحسین، (۱۴۲۱)، الموجز فی اصول الفقہ، مؤسسه الامام الصادق (ع)، قم، چاپ پنجم.
- ۱۳- شابطی، ابواسحاق، (۱۴۲۰)، الموافقات فی اصول الفقہ، مکتبه التجاریه، مصر، چاپ دوم.
- ۱۴- شهبایی، محمود، (۱۳۵۸)، تقریرات اصول فقہ، کتابفروشی خیام، تهران.
- ۱۵- طوسی، شیخ ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۳۱۲)، عدّه الأصول، بمبئی، چاپ اول.
- ۱۶- غروی نائینی (آیت‌الله)، محمد حسین، (۱۳۶۵)، فوائد الاصول (تقریر محمد علی کاظمی خراسانی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، فلسفه حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ دوم.
- ۱۸- محمدی، ابوالحسن، (۱۳۷۵)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ چهارم.
- ۱۹- مظفر، علامه شیخ محمدرضا، (۱۴۰۳)، اصول الفقہ، دارالتعارف، بیروت، چاپ چهارم.
- ۲۰- مغنیه، محمدجواد، (۱۹۷۵)، اصول الفقہ فی ثوبه الجدید، بیروت، دارالعلم.
- ۲۱- ملکی، میرزا حبیب‌الله، (۱۴۱۵) تلخیص الاصول، انتشارات مصطفوی، تهران.