

## استصحاب

### ( حکومت یقین بر شک )

مقدمه :

به تجربه ثابت شده است که هیچ قانونگذاری نمی تواند تمام روابط پیچیده و گونه گونه اجتماعی را پیش بینی کند و برای همه آنها حکمی روشن و قاطع بیاورد . انسان ماشین زنده نیست . عواطف و بازتاب های این موجود اندیشمند و مبتکر چندان متنوع و تغییر پذیر است که نمی تواند در حصار قالب های حقوقی زندانی شود . نیازها نیز در حال دگرگونی است و هدف ها را به دنبال خود می کشد . زندگی در حال حرکت است و ناچار قواعد حاکم بر آن نیز تحول می یابد و متناسب با محیط و نیازهای تازه آن می شود . پس ، هر اندازه در لزوم کمال قانون یافشاری شود ، ناچار بخشی از راه حل ها باید بوسیله دادرسان و مؤلفان و مفتیان فراهم آید . همه باید در جهت قانون و مسیری که تعیین شده است گام بردارند ، ولی نیروی تفکر و تجربه آنان نیز در این راه سهمی بسزا دارد .

وانگهی ، کمال قانونگذاری در این نیست که همه راه حل ها را پیش بینی کند و دادرس را در نقشی تاثر پذیر باقی نهد و ، چنانکه مشهور است ، مرزی قاطع میان انشاء قانون و اجرای آن بکشد . دادرس با عدالت تجسم یافته و عینی تماس مستقیم دارد ، انصاف را در هر دعوی احساس می کند ، نیازهای زمان را می بیند . پس ، باید جایی هم برای بازتاب های او ، به عنوان انسانی عدالت گستر ، باز باشد . قانونگذار بستر فکری او و هدف های عادلانه را تعیین می کند ، لیکن شیوه تطبیق اصول با امور جزئی و انتخاب پاره ای از وسایل اجرای عدالت را به او وا می گذارد . تمهید ابزارهای تاریخی و منطقی استنباط ( مانند مفاهیم و لوازم احکام و قیاس ) و اصول عملی نیز بهمین منظور است . . . .

در مقام اجرای قانون، یکی از این سه حالت ممکن است پیش آید ..

۱ - مفاد قانون صریح و روشن است - در این حالت، دادرس حق ندارد برخلاف دستور قانونگذار تصمیم بگیرد یا، به بهانه<sup>۱۰</sup> اجرای عدالت و رعایت مصالح اجتماعی، معنی عرفی قانون را رهاسازد. زیرا او مأمور اجرای حقوق است نه ایجاد آن. بحکم شارع علم دارد و باید، بی هیچ تردید و گفتگویی، بتکلیف خود عمل کند.

۲ - در پاره ای موارد اراده<sup>۱۱</sup> واقعی قانونگذار معین نیست، لیکن بوساطل عقلی و با استفاده از تاریخ و تحلیل اصول مورد احترام او، ممکن است آن را استنباط کرد. یعنی، اگر در این باره به یقین نمی توان رسید، ظنی معتبر بدست می آید که جانشین علم می گردد. و دادرس باید چنان کند که احتمال رعایت اراده<sup>۱۲</sup> قانونگذار در آن بیشتر است. در این فرض، از لحاظ نظری دادرس تنها در جستجوی آن اراده است، ولی اخلاق و دید اجتماعی او در این کاوش سهم مؤثر دارد. بیشتر قواعدی که از راه قیاس و استناد بمفاهیم و لوازم قانون بدست می آید، در واقع ساخته شده؛ ذهن دادرس است که بر مبنای اراده<sup>۱۳</sup> قانونگذار فراهم گشته.

۳ - گاهی دادرس از این مرحله نیز دورتر است؛ چنان سرگردان شده که به هیچ رو توانائی تشخیص حکم را ندارد و نمی تواند یکی از دو احتمال را بردیگری ترجیح دهد. در این حالت، یا باید گفت او در تشخیص عدالت آزاد است و خود می تواند قواعدی را که اجتماع ساخته است باینجا بآن دارد فراهم سازد، یا اصولی اندیشد که در این تحقیق راهنما و رهبر او باشد. این اصول را، که بهنگام شک و در مقام تعیین تکلیف مورد استناد قرار می گیرد، " اصول عملی " می نامند (۱۰).

تردیدی که در اجراء قوانین پیش می آید، گاه ناشی از طبیعت وقایع خارجی است، یعنی حکم قانون روشن است و تنها مصداق خارجی را نمی توان تشخیص داد. برای مثال می دانیم که قرارداد مخالف با اخلاق حسنه باطل است ( ماده ۹۷۵ قانون مدنی )، ولی در تشخیص مخالفت قرارداد موضوع دعوی با اخلاق حسنه تردید وجود دارد. گفتگو از اصولی که برای رفع اینگونه شبهه ها بکار می رود، در تفسیر قانون و استنباط حکم مورد ندارد.

(۱) حاج شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ص ۱ و ۳۳۱ - میرزا نائینی و شیخ

محمد علی کاظمی، فوائد الاصول، ج ۲، ص ۱۹۳ ببعید.

باید دید، هرگاه دادرس در اصل حکم به تردید افتد به چه قواعدی می‌تواند استناد کند و این قواعد کدامست؟ تردیدی که در تشخیص حکم میان آمده، گاه مسبوق به یقین گذشته است و اصلی که در رفع این تردید بکار می‌رود "استصحاب" نامیده می‌شود. لیکن در مواردی که شک حالت سابقی ندارد، علماء اصول به سه اصل براءت و احتیاط و تخییر استناد کرده‌اند.

باید افزود که تاسیس اصول عملی بخاطر رفع سرگردانی دادرسان و مجریان قانون است. اجرای اصل استصحاب یا براءت، با همه اعتباری که نزد حقوقدانان ما دارد، برای کشف اراده قانونگذار و اطاعت از او نیست. اصل عملی در جایی بکار می‌رود که راهی برای رسیدن بواقع باقی نمانده است، دادرس علم بخواسته شارع ندارد و در نتیجه کوشهای خود نتوانسته است درین باب ظن قابل اعتمادی پیدا کند. پس، ناچار است که برای رفع درماندگی با اصول عملی متوسل شود. حکمی که اوبهاری این اصول بدست می‌آورد با راهی که قانونگذار می‌پیماید متناسب و موافق است. ولی احتمال دارد که با اراده واقعی او مخالف باشد یعنی، با اصطلاح علماء اصول، حکم ظاهری است که ناگزیر جانشین حکم واقعی می‌شود.

چنانکه گفته شد، هر اندازه در کامل بودن قانون و توانائی عقل پافشاری شود، سرانجام باید پذیرفت که درپاره‌های امور راهی برای یافتن اراده قانونگذار نیست و دادرس ناچار است که، با استفاده از قواعد عقلی و اصول مورد احترام شارع، خود راه حلی بیندیشد. منتهی او در این تحقیق آزاد نیست، باید گفته‌های قانونگذار را رها نماند و در همان راهی کام بردارد که او نیز بطور معمول می‌رود. از این تحلیل، که تفصیل آن در روش‌های تفسیر آمده است، سه نتیجه مهم بدست می‌آید.

الف - برای رفع سرگردانی، تنها به اصولی می‌توان استناد کرد که بنظر قانونگذار نیز مشروع باشد. باید متکاشی برای آنها در میان قوانین یافت و نشان داد که مقنن نیز بکاربرد نشان را مباح می‌شمرد.

ب - استناد باصل عملی در صورتی ممکن است که هیچ راهی برای استنباط روح قانون موجود نباشد و دلیل دیگری در کشف اراده قانونگذار بنظر نرسد.

ج - احکامی که از راه بکاربردن اصل عملی بدست می‌آید، از جهت اعتبار پائین‌تر

از قواعدی است که علم یا ظن معتبری بوجود آنها هست، یعنی، در هر جا که حکم ظاهری و واقعی باهم تعارض یا تراحم دارند، و بی گمان حکم واقعی مقدم است.

در مقام اجرای قانون و فصل خصومت نیز همین قاعده جاری است. در مواردی که دلیل دیگری وجود حق را اثبات می کند به اصول عملی و از جمله استصحاب نمی توان استناد کرد (الاصل دلیل حیث لا دلیل له) تا جائی که، اگر اجرای این اصول با یکی از امارت نیز تعارض داشت، اماره بر اصل حکومت دارد، زیرا دلیل راهی برای کشف و اصابت بواقع است و در هر حال، حتی در مورد امارات، باید بر اصل عملی برتری داده شود. پس، به عنوان مقدمه بحث، باید توجه داشت که استناد به اصل آخرین راه نجات و دارو است و آنان که، به دلیل بی حوصلگی یا ناتوانی در جستجوی روح قانون، بی محابا به استصحاب یا سایر اصول عملی استناد می کنند، راهی خطا می پیمایند و گاه همین خطا است که میان حقیقت و آنچه اجرا می شود فرسنگ ها فاصله می اندازد.

## فصل اول

### مفهوم واقسام استصحاب

استصحاب، در لغت به معنی با خود داشتن است و در علم اصول حکم بوجود امری است که در گذشته موجود بود موبقای آن مورد تردید قرار گرفته است (ابقاء ماکان). به بیان دیگر، هرگاه وجود حکم یا وصفی در گذشته معلوم باشد، سپس مورد تردید قرار گیرد و باعتبار حالت سابق حکم بر باقی ماندن آن شود، گویند وجود حکم یا وصف "استصحاب" شده است. برای مثال، شخصی به ادعای داشتن طلبی به دادگاه رجوع می کند، خوانده وجود دین را در گذشته می پذیرد ولی مدعی پرداختن آن می شود، دادرس از این گفته بتردید می افتد، لیکن چون دلیلی بر اثبات آن نمی بیند، به بدهکار بودن او حکم می دهد.

در این مثال، مبنای صدور حکم معتبر داشتن حالت سابق و بی اعتنائی کردن به تردید کنونی یعنی "استصحاب به بقاء دین" است.

بنابر این تحلیل، در هر استصحاب دو رکن وجود دارد:

۱- داشتن یقین نسبت بوجود حکم یا وصف در زمان گذشته.

۲- تردید در باره بقاء آن وضع در زمان بعد (ماده ۸۷۶ قانون مدنی).

در باب رکن نخست، باید دانست مقصود از یقین گذشته منحصر ساختن "استصحاب"

بمواردی نیست که در باره آن علم حاصل شده است. باید وجود حکم یا وصفی در گذشته

معلوم باشد، خواه احراز آن از راه علم باشد یا ظن معتبر ولی، اگر بدلائلی معلوم شود

که اعتقاد شخص نسبت به وضع گذشته ناجا بوده است، با تردیدی که در این راه به میسر

آید، دیگر جایی برای استصحاب نیست، زیرا، بنا بر فرض، در زمانی که شخص در پی رفع

سرگردانی و یافتن حکم است، اعتقاد نسبت بوضع گذشته از بین می رود و حالت سابقی

وجود ندارد. تا در زمان حاضر نیز معتبر دانسته شود. (۱)

حالت تردید نیز باید بعد از یقین گذشته باشد. پس، اگر در باره گذشته وضع

(۱) - شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ص ۵۱۸ و ۵۱۹.

موجود تردید شود، حالت کنونی را بر گذشته نمی‌توان بارکرد. برای مثال، "اگر متصرف کنونی ملکی ادعا کند که از بیست سال پیش تاکنون به‌عین منوال آن را در اختیار داشته است و دعوی مالکیت بر او پذیرفته نیست، دادگاه نمی‌تواند تصرف فعلی را از اوستصحاب بر سابق باز کند و بدون خواستن دلیل دیگر دعوی را مشمول مرور زمان بداند.

در علم اصول، سرایت دادن وضع کنونی را بر گذشته "استصحاب قهقری" می‌نامند و آن را مباح نمی‌شمرند (۱). دیوان کشور نیز در حکم شماره ۶۹۴۶۰-۶۷۳ مورخ ۱۳ مرداد ماه ۱۳۱۰ اعلام می‌کند. "در باب مرور زمان با استصحاب قهقرای نمی‌توان استناد نمود. (محمد بروجرودی عبده، اصول حقوقی دیوان عالی تمیز تا سال ۱۳۱۰).

#### اقسام استصحاب:

برای استصحاب، باعتبار چگونگی موضوع آن و دلائلی که بر وجود وضع سابق آورده شده و تردیدی که در بقا حالت گذشته بمیان آمده است، اقسام گوناگون شمرده‌اند. این تقسیم‌ها، بلحاظ اختلافی است که در اعتبار این اصل وجود دارد. پاره‌ای از نویسندگان استصحاب را بطور مطلق و در همه صورت‌های آن معتبر دانسته‌اند (۲)، گروه دیگر یقین گذشته را در هیچ حال موجب از بین رفتن تردید کنونی نمی‌دانند و استصحاب را بعنوان یک اصل حقوقی نمی‌پذیرند، گروهی نیز بین حالت‌های گوناگون استصحاب تفاوت می‌گذارند و تنها در بعضی از آنها اجرای اصل را مجاز می‌شمرند. تقسیم استصحاب بدلیل نظرهای مختلف همین گروه است.

آوردن همه نظرها و تقسیم‌هایی که بر مبنای آن انجام گرفته است، نه تنها در حقوق کنونی فایده مهمی ندارد، نیازمند بتدوین رساله خاصی است و در این مقاله نمی‌گنجد ولی، چون شناختن ساختمان حقوقی و ارزش استصحاب نیز در صورتی امکان دارد که حالت‌های اصلی آن از نزدیک بررسی شود، ناچار باید تقسیم‌های مهم را مطرح ساخت.

الف - استصحاب حکمی و موضوعی: گاه موضوع استصحاب حکم قانونگذار است. بدین ترتیب که وجود حکمی در گذشته معلوم است و در اثر حادثه‌ای در بقای آن تردید

(۱) شیخ مرتضی انصاری، همان کتاب، ص ۵۱۹ - میرزا نائینی و کاظمی، فوائد الاصول، جزء چهارم، ص ۱۱۱.

(۲) محقق قمی، قوانین الاصول، ج ۲، ص ۵۷ بعد. میرزا نائینی نیز در تمام تقسیماتی که باعتبار مستصحاب یا دلایل آن انجام شده استصحاب را معتبر دانسته است (فوائد الاصول، جزء ۴، ص ۱۱۲).

می‌شود، و دادرس حکم را بدلیل حالت سابق آن معتبر می‌شناسد. برای مثال، قانون برای جبرای ضرر مغبون به او اختیار فسخ عقد را می‌دهد، ولی طرف معامله حاضر می‌شود که تفاوت قیمت را پس بدهد و زبانی را که او برده جبران سازد. پس تردید می‌شود که آیا مغبون می‌تواند پول را نپذیرد و قرارداد را فسخ کند یا باید گفت، چون مبنای ایجاد حق فسخ لزوم جبران ضرری است که باو وارد شده و این مبنای پرداختن تفاوت قیمت از بین رفته است، دیگر او حق بر هم زدن معامله را ندارد؟ در این صورت، اگر دادرس باین تردید اعتنا نکند و حکم مربوط با مکان فسخ معامله باقی بدانند کار او را "استصحاب حکمی" گویند (ماده ۴۲۱ قانون مدنی) (۱).

مثال دیگر: قانونی برای رفع بحران خاص اجتماعی وضع می‌شود، نظم عادی دوباره استقرار می‌یابد و این تردید را بوجود می‌آورد که آیا قانون مقید به وضع خاص گذشته بوده و اکنون بطور ضمنی نسخ شده است یا نه؟ پس، اگر بدلیل وجود سابق قانون، تردید کنونی به حساب نیاید و مفاد آن قابل اجرا دانسته شود، گویند "استصحاب حکمی" است (۲). ولی، گاه تردید در موضوع حکم است و حالت سابق آن استصحاب می‌شود. برای مثال، می‌دانیم که انسان تا زنده است اهلیت دارا شدن حق را دارد و باز ماندگانش نمی‌توانند اموال او را بین خود تقسیم کنند. مدتی است که از حیات شخصی بی‌خبریم، مدتی که احتمال دارد در آن مرده باشد لاپس، اگر او را تا زمانی که انسان به حکم عادت زنده می‌ماند موجود فرض کنیم، موضوع حکم را استصحاب کرده‌ایم. مثال دیگر، برای استفاده از مرور زمان، متصرف باید ملک را بطور مستمر در اختیار داشته باشد، و اگر در مدتی زائد بر یک سال از تصرف او خارج شود، مرور زمان قطع خواهد شد (ماده ۷۶۰ قانون آئین دادرسی مدنی). حال، اگر متصرف کنونی تصرف سابق خود را ثابت کند و تردید شود که آیا این تصرف در خلال مدت قطع شده است یا نه، استصحاب موضوع حکم اقتضا دارد که تصرف او مستمر محسوب شود (ماده ۷۶۳ قانون آئین دادرسی مدنی).

- (۱) این ماده می‌گوید: "اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد، خیار غبن ساقط نمی‌شود، مگر اینکه مغبون باخذ تفاوت قیمت راضی گردد." و بر مبنای استصحاب بقاء حق مغبون تنظیم یافته است.
- (۲) استصحاب حکمی را نیز، باعتبار اینکه حکم جزئی یا کلی و تکلیفی یا وضعی باشد، باقسام گوناگونی تقسیم کرده‌اند (شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ص ۵۱۹ بعد).

ب - استصحاب وجودی و عدمی: استصحاب وجودی ناظر به موردی است که وجود امری در گذشته ثابت باشد و درباره از بین رفتن آن تردید شود. مانند اینکه دین بدلا بلی محقق باشد و در سقوط آن تردید به میان آید. یا مرگ زنده ای مورد شک قرار گیرد. برعکس، استصحاب عدمی برای اصل منکی است که وجود هر حادثی دلیل می خواهد. در صورت تردید، باید عدم سابق را اکنون نیز باقی دانست. برای مثال، شوهر ادعای می کند که نفقه زن را پرداخته لیکن دلیلی بر اثبات آن ندارد. نپرداختن استصحاب می شود و دین شوهر مورد حکم قرار می گیرد. یا، پس از صدور حکم اعسار، طلبکار ادعا می کند که مدیون توانائی پرداختن طلب با او راه پیدا کرده است. او باید این گفته را ثابت کند. زیرا اصل اینست که مالی بر دارائی او افزوده نشده. یا موجر ادعا می کند که میزان اجاره بیش از آنست که مستأجر پذیرفته... و مانند اینها.

پاره‌ای از نویسندگان درجدا کردن استصحاب وجودی و عدمی راه افراط پیموده‌اند. چندان که اعتبار قسم نخست را انکار کرده و بقاء حالت عدم را بی‌گفتگو پذیرفته‌اند. این نظر را باسانی نمی‌توان پذیرفت. درست است که "اصل برائت" در پاره‌ای موارد بر دامنه "استصحاب عدمی" و اعتبار آن می‌افزاید. ولی، اگر اعتبار استصحاب در امور عدمی پذیرفته شود و "حالت سابق" دلیل بر بقاء آن در زمان تردید بشمار رود، دیگر نمی‌توان در اعتبار استصحاب وجودی شک کرد. زیرا، مسلم است که هیچ امری با ضد خود جمع نمی‌شود و هر استصحاب وجودی را می‌توان از راه استصحاب عدم ضد آن معتبر شمرد.

برای نمونه، در مثالی که برای استصحاب حیات غائب آورده شد، چون زندگی با موت هیچگاه جمع نمی‌شود، زندگی با "عدم موت" پیوسته همراه است. در نتیجه، استصحاب زنده بودن غائب با استصحاب عدم موت او ملازمه دارد. بنا بر این، چگونه می‌توان ادعا کرد، که به زنده بودن غایب از راه استصحاب حیات او نباید اعتماد کرد. لیکن بوسیله استصحاب عدم فوت بر بقاء او ظن پیدا می‌شود؟ (۱)

---

(۱) مگر اینکه گفته شود اعتبار استصحاب بدلیل ایجاد ظن بر بقاء وضع سابق نیست، بلکه امری است که قانونگذار آن را در خصوص امور عدمی پذیرفته است (شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ص ۵۲۱ و ۵۵۰).



ج - شک در مقتضی و رافع - تردیدی که در بقاء حالت سابق پیدا می شود دو گونه است و بهمین اعتبار استصحاب را نیز تقسیم کرده اند .

۱ - این نکته مسلم است که استصحاب در حدود قابلیت اشیاء امکان دارد . یعنی در صورتی می توان حکم بربقاء حالت سابق کرد که موضوع آن استعداد باقی ماندن را داشته باشد . برای مثال ، اگر پس از دو قرن زنده بودن انسانی مورد گفتگو قرار گیرد ، حیات سابق او را نمی توان استصحاب کرد . زیرا ، بحکم عادت و تجربه ، در انسان استعداد دو قرن زندگی کردن وجود ندارد . چنانکه در ماده ۱۰۲۰ قانون مدنی ، غایبی که از او دو سال خبری بدست نیامده ، تا سن ۷۵ سالگی زنده فرض شده است .

اعتبار استصحاب نیز بستگی به میزان این قابلیت دارد . هرچه امکان باقی ماندن مستصحب بیشتر باشد . بهمان اندازه نیز اعتماد به اجرای اصل بیشتر است و هنگامی که این امکان بدلیل عقل یا عادت از بین برود ، دیگر نمی توان به استصحاب استناد کرد . استعداد باقی ماندن اشیا همیشه بطور ثابت معین نیست . گاه مصداق های یک مفهوم کلی نیز از این حیث برابر نیستند و ، همچنانکه در مورد سن غایب آمد ، بین آنها در حدود معینی تفاوت وجود دارد . پس ، ممکن است در استعداد فردی که موضوع استصحاب قرار گرفته است تردید بیمان آید و بدرستی نتوان صلاحیت باقی ماندن آن را احراز کرد . تردیدی را که بدین گونه در استعداد بقای مستصحب ایجاد می شود "شک در مقتضی" می نامند . چنانکه ، اگر وجود خیار فسخ در زمان وقوع عقد ثابت و در فوری بودن آن تردید شود ، در واقع شک در مقتضی است ، زیرا نمی دانیم که اختیار بر هم زدن معامله تا چه مدت باقی است و آیا خود بخود از بین می رود یا نه ؟

پاره ای از نویسندگان اعتبار استصحاب را در این گونه تردیدها انکار کرده اند (۲) . این انکار ، بویژه اگر مبنای اعتبار اصل بنا علقه یا حکم عقل باشد ، بسیار بجاست . زیرا ،

(۱) - محقق قمی ، قوانین الاصول ، ج ۲ ، ص ۶۹ .

(۲) - دکتر سیدحسین امامی ، حقوق مدنی ، ج ۶ ، ص ۲۵۲ - فوائد الاصول ، ج ۴ ، ص ۱۱۸ و ۱۱۹ (ولکن القدر المتقین من بناء العقلاء هو الاخذ بالحالات السابقة عند الشك في الرفع ولم يظهر ان بناء العقلاء على ترتيب آثار وجود المتقین حتی مع الشك في مقتضى بل الظاهر ان بناءهم عند الشك في مقتضى على التوقف والفحص الى تبیین الحال) .

در مواردی که استعداد باقی ماندن حالتی مورد تردید است، چگونه می توان ادعا کرد که وجود آن در گذشته نسبت به بقایش ایجادظن می کند؟ عاقل نیز مبنای کار خود را بر امری می گذارد که احتمال وقوعش بیشتر است، خواه با حالت گذشته آن موافق باشد یا مخالف. بنابراین، در فرض ماکه، باقی ماندن یا از بین رفتن وضع گذشته بیک اندازه است، هیچ عاقلی به آن اعتماد نمی کند.

۲- گاه تردیدی که در بقای حالت سابق وجود دارد بخاطر تردید در استعداد مقتضی نیست، امری مورد گفتگو شده که بی شک می تواند باقی باشد، ولی تردید در اینست که آیا حادثه ای رخ داده که سبب از بین رفتن آن شود یا نه؟ این تردید را در اصطلاح "شک در رافع" می نامند و خود نیز دو گونه است.

اول- شک در وجود رافع: مانند اینکه غائب در سنی است که بحکم عادت شخص زنده می ماند، ولی نمی دانیم که آیا بیماری یا حادثه ای که حیات را از بین می برد عارض او شده است یا نه؟ مثال دیگر، وجود دین، در گذشته معلوم است، لیکن در وجود یکی از موجبات سقوط آن (وفاء بعهد و تهاجر و ابراء ذمه) تردید است.

دوم. شک در واقعیت امر موجود: بطور مسلم حادثه ای رخ داده است، ولی معلوم نیست که آیا این حادثه می تواند وضع گذشته را از بین ببرد یا نه؟ مثلاً "خیار غبن در معامله ای وجود دارد، لیکن موضوع عقد از بین رفته است و نمی دانیم که آیا این حادثه اختیار فسخ مغبون را از بین می برد یا در آن اثر ندارد، یا به دلایلی معلوم شده است که طلبکار سند دین را به بدهکار داده است و تردید می شود که آیا هدف او از این کار ابراء ذمه مدیون بوده است یا امر دیگری؟

#### مبنای اعتبار استصحاب:

در اعتبار این اصل بطور کلی تردید نیست. پاره ای از پیشینیان که استصحاب را حجت ندانسته اند، بعضی از حالت های آن را بنام های دیگر (اصل عدم) پذیرفته اند. در حقوق کنونی نیز در وجود این اصل کمتر گفتگو شده است. ماده ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی می گوید: "در صورتی که حق یا دینی برعهده کسی ثابت شد اصل بقاء آنست، مگر خلافش ثابت شود" بنابراین، هر اندازه که در بکار بردن استصحاب احتیاط کنیم، ناچار باید اجرای آن را در مورد بقاء دین بپذیریم.

تمام بحث در اینست که دامنه اجرای این اصل را تا کجا می توان گسترش داد؟ آیا هر مورد که برای حکم یا موضوع آن حالت سابق وجود دارد باید تردید کنونی را بخاطر

پهین گذشته از بین برد، یا باید آن را بوسیله ای محدود ساخت ؟ و اگر حدی برای اجرای استصحاب وجود دارد، معیار شناسایی آن چیست و چگونه می توان بین حالت های گوناگون تبعیض کرد ؟

برای پاسخ دادن باین پرسش ها، باید در مرحله نخست مبنای اعتبار استصحاب را تشخیص داد. آیا این اصل بر مبنای داوری عقل استوار است و به یاری آن می توان نظر قانونگذار را استنباط کرد، یا دلیل آن حکم عرف و بنای عقلا و فطرت انسان و طبیعت اشیاء است، یا تعبدی است که در اثر فرض قانون بوجود آمده و تنها در همان حدود باید بکار بسته شود ؟

در این باب اختلاف نظر باندازه ای است که نمی توان یکی از این سه مبناء را به عنوان " عقیده مشهور یا عموم " پذیرفت، ولی دلائل موافق و مخالف را بدین شرح می توان خلاصه کرد :

## فصل دوم

### مبنای حقوق

الف - داوری عقل - گروهی از نویسندگان کوشیدمانند تا استصحاب را بر داوری عقل استوار سازند . هدف همه اینست که بقاء حالت سابق را بحکم عقل ضروری شمارند .

لیکن راه استدلال آنها یکسان نیست و بدین شرح خلاصه می شود .

۱ - در هر مورد که به استصحاب استناد می شود . فرض اینست که مقتضی حکم نخست وجود دارد . از سوی دیگر ، تردید شده که پس از آن آیا حادثه ای روی داده است که موجب زوال حکم شود یا نه ؟ و این شک نمی تواند حکم ثابت گذشته را از بین ببرد . زیرا به همان اندازه که احتمال وقوع آن حادثه می رود احتمال رخ ندادن آن نیز هست . پس ، هر یک از این دو احتمال بوسیله دیگری از بین می رود . و حکم سابق چنانکه بوده است باقی می ماند . ( ۱ )

این دلیل تنها ناظر بموردی است که شک در رافع باشد ، و نمی تواند اعتبار استصحاب را بطور کلی ثابت کند ( ۲ ) و در این باب نیز پذیرفتن آن دشوار است . زیرا ، در اثر تعارض دو احتمال نمی توان تردیدی را که به میان آمده است ندیده گرفت . شکی ایجاد شده و چون در باره موضوع آن دودلی کامل وجود دارد . نمی توان به یقین گفت که رافع حکم گذشته حادث شده یا نشده است . این تردید به بقای حالت سابق نیز سرایت می کند و برای استمرار آن دلیل دیگری باید جست ، زیرا شک در رافع به تنهایی نمی تواند ادامه وضع گذشته را اثبات کند . ( ۳ )

( ۱ ) - این دلیل را محقق حلی در معارج آورده . و صاحب معالم ( ص ۲۲۹ و ۲۳۰ ) و

شیخ انصاری ( فرائد الاصول ، ص ۵۴۰ ) از او نقل کرده اند .

( ۲ ) - یا بگفته علماء منطقی و اصول " دلیل اخرازمذعی است " . مورد ادعا اثبات اعتبار استصحاب در همه موارد است ، لیکن دلیل تنها مربوط به حالت خاصی از آنست .

( ۳ ) - این ایراد را شیخ مرتضی انصاری بعبارت زیر در فرائد ( ص ۵۴۱ ) آورده است .

ان مجرد احتمال عدم الرفع لایثبت العلم و لالظن بثبوت المقتضی بالفتح والمراد من معارضة احتمال الرفع باحتمال عدم الموجبة لتساقت . ان كان سقوط الاحتمالین فلامعنی له وان كان سقوط المحتملین عن الاعتبار حتی لایحکم بالرفع ولا بعد مه فمعنی ذلك التوقف عن الحكم بثبوت المقتضی بالفتح لاثبوته . . . . "

مثالی که برای نتیجه گیری از این استدلال آورده شده در مورد نکاح است. بدین ترتیب که، هرگاه نکاحی بدرستی واقع شود پس از آن تردید به میان آید که آیا شرایط نفوذ طلاق نیز جمع شده و رابطه زناشویی را بریده است یا نه؟ به این تردید نباید اعتنا کرد و نکاح را نازمانی که به وقوع طلاق اطمینان پیدا نشده باقی دانست. در دعوی طلاق جز این نباید تصمیم گرفت، لیکن حکم به باقی ماندن نکاح بخاطر تردید در وقوع طلاق نیست. بدلائل دیگر می دانیم که آثار عقد برای همیشه باقی می ماند و اگر حادثه های مانند طلاق و فسخ روی ندهد تا هنگام مرگ ادامه دارد. بنابراین، هرگاه وقوع این اسباب ثابت نشود، عقل حکم می کند که ازدواج باقی فرض شود، ولی، در موردی که چنین دلیل وجود ندارد، آیا می توان گفت شک در رافع باقی ماندن آثار مقتضی را اثبات می کند؟

۲- در صورتی که وجود امری در گذشته محقق شود و در باب از بین رفتن آن ظنی بوجود نیاید، بقاء آن مظنون است. این دلیل، که به عضدی و شیخ بهائی نسبت داده شده و گروهی از آن پیروی کرده اند (۱)، از این جهت مورد انتقاد قرار گرفته که وجود امری در گذشته، خود بخود و مجرد از هر دلیل دیگر، نسبت به باقی ماندن آن ایجاد ظن نمی کند. فرض اینست که بسبب پیش آمدن حادثه یا تردید در دوام وضع گذشته، ذهن دچار دودلی شده و نمی تواند در باره چگونگی حالت سابق تصمیم بگیرد، پس چگونه می توان گفت که یقین گذشته می تواند نسبت به بقاء آن وضع ایجاد ظن کند؟

پیروان این نظرنیز ناتمام بودن استدلال را دریافته و کوشیده اند تا ضعف آن را جبران کنند. فاضل تونی در کتاب وافیة ظن به باقی بودن حالت سابق را پذیرفته، لیکن اعتراف کرده است که یقین گذشته به تنهایی نمی تواند وجود آن را ثابت کند... بنظر او، حکم به بقاء حالت سابق باین دلیل رجحان دارد که بیشتر موجودات بعد از استقرار باقی می مانند، پس، اگر در بقای موجودی تردیدی شود، باید آن را تابع حکم غالب دانست، و همچنین است حالت نیستی گذشته. باین ترتیب، استحباب هم مبنای تجربی می یابد و از مشاهده واقیع خارجی بدست می آید. یعنی استمرار حالت گذشته قاعده ناشی از غالب امور است که بر افراد مشکوک نیز بار می شود..

این اصلاح نیز نتوانست استدلال پیروان ظن را از انتقاد مصون بدارد. زیرا،

(۱) - نقل از: شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ص ۵۴۲ - علامه حلی، تهذیب

بقای بیشتر موجودات همیشگی نیست و هر دسته‌ای از آنها برای مدتی استعداد باقی ماند را دارد. برای این مدت نیز ضابطه معینی وجود ندارد تا بر طبق آن ظن بر بقاء پذیره شود. بنابراین، چگونه می‌توان بر مبنای "غلبه" ادعا کرد که در مقام تردید در با هر امری هر اندازه که از زمان ایجادش گذشته باشد، اصل بقای آنست؟

برای دفع همین ایراد است که محقق قمی موجودات را بر حسب استعدادشان با دانسته و همه را در یک ردیف قرار نداده است. او در کتاب قوانین از تمام گفتگوها نویسندگان تجربه اندوخته و سرانجام دلیل وجود ظن بر بقای وضع گذشته را اصلاح کرد است (ج ۲، ص ۵۷).

محقق قمی نیز، بدنیاال فاضل تونی و سایر پیشینیان خود، مبنای اعتبار استصحاب را ظن بر بقای حالت سابق می‌داند. منتها، اعتراف می‌کند که یقین گذشته به تنهائمی نمی‌تواند این ظن را بوجود آورد. او، غلبه‌ای را که پایه ظن بر بقاء شده است، در مرحله جداگانه تحلیل می‌کند.

اول - از مشاهده و بررسی امور خارجی برمی‌آید که بیشتر آنها، بر حسب استعداد و مرتبه خود، باقی می‌مانند و بزودی از بین می‌روند. پس، در جایی که وضع بر ماروشر نیست، به احتمال می‌توانیم استمرار آن را، بدلیل حکم غالب موجودات، بپذیریم. یعنی در هر مورد مشکوکی، ظن بر بقاء بطور اجمال وجود دارد لیکن میزان آن معین نیست دوم - در هر نوع از موجودات استعداد خاصی برای بقاء وجود دارد و غالب افراد آن تا مدتی باقی می‌مانند و حکم این غلبه بر تمام افراد آن بار می‌شود. مثلاً "انسان: مدتی استعداد زنده ماندن را دارد و بیشتر افراد آن تا سن خاصی نمی‌میرند، و این حکم غالب حیات همه افراد انسان را تا آن سن مضمون می‌سازد. یا احکام شرع بطور معمولاً استمرار دارند و محدود بزمان خاص نیستند و همین غلبه، ظن بقاء را در موارد تردید بوجود می‌آورد. بنابراین، ظن اجمالی که در مرحله نخست بوجود آمده، در هر مورد خاص باید بوسیله مشاهده؛ نزدیکترین نوعی از موجودات که موضوع استصحاب جزو آنست تکمیل شود. (۱)

این تحلیل نیز نمی‌تواند اشکال یابد شده را از بین ببرد، زیرا ظن اجمالی که

مشاهده؛ امور خارجی ایجاد می‌شود. در اثبات اعتبار استصحاب بکار ما نمی‌خورد. بر فرض که از استقرار در همه امور اعتباری و تکوینی این حقیقت آشکار شود که بیشتر آنها در عالم خود دوام دارند. چه حاصلی از این حکم غلبه می‌توان برد؟ با پذیرفتن این نکته که استمرار اشیا ابدی نیست و هر گروه بنا با استعداد خاص خود شایستگی بقاء دارد، آیا باز هم می‌توان ادعا کرد که این فکر مبهم نسبت به تمام موارد مشکوک ایجاد ظن بر بقاء آنها می‌کند؟

دسته بندی امور نیز این ابهام را بطور کامل از بین نمی‌برد. درست است که گاه ملاحظه گروهی که موضوع استصحاب فردی از آنست، میزان استمرار آن را معین می‌سازد و ظنی بوجود می‌آورد که عقلمندان اعتماد می‌کند. چنانکه، اگر از جوان برومندی دوسال خبری بدست نیاید، هیچکس او را مرده فرض نمی‌کند. یا اگر ناسخ حکمی بطور یقین احراز نشود، هیچ حقوقدانی به حالت سابق آن بی‌اعتناء نمی‌ماند و به آسانی از اجراء قانون دست بر نمی‌دارد. لیکن، میزان استمرار همه امور را نمی‌توان از این راه بدست آورد. احکام قانونگذار در هر مورد تابع مصالح اجتماعی و نیروهای سازنده و چگونگی موضوع خاص آنست و از راه قیاس نمی‌شود همه را گروه بندی کرد. و هر حکم را در زمره صنف معینی از ماندنهای خود شمرد. (۱)

قواعد حقوق را نباید با اشیا مادی مقایسه کرد و قوانین حاکم بر اینها را در آن علم بکار برد. این نکته را باجمال می‌دانیم که قانون تا زمانی که بطور صریح یا ضمنی نسخ نشده باقی است، ولی از حیث دامنه اجراء و موانع بکار بستن قانون نمی‌توان صنف و نوعی در داخل آن معین کرد.

با آوردن چند مثال، این اشکال را روشن تر می‌کنیم. بموجب ماده ۴۲۲ قانون مدنی. " هرگاه بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارزش یا فسخ معامله". حال، اگر این عیب خود بخود رفع شود یا فروشنده طوری آن را بر طرف سازد که ضرری بخریدار نرسد، آیا اختیار فسخ او باقی می‌ماند یا نه؟ حکمی که این اختیار را مقرر داشته داخل در کدام صنف است و چگونه از راه غلبه می‌توان به بقاء آن ظن پیدا کرد؟

(۱) - حاج ملا محمد کاظم خراسانی، کتابها الاصول، ج ۲، ص ۷۶ - فرائد الاصول، ص ۴۳، تبع

ممکن است گفته شود که حبران ضرر نمی‌تواند حق فسخ را از بین ببرد. چنانکه در ماده ۴۲۱ قانون مدنی آمده است. "اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد، خیار غبن ساقط نمی‌شود. . . . . " لیکن این استقرار ناقص است، زیرا ماده ۴۲۸ همان قانون در اجازه مقرر داشته است. . . . . اگر موجر رفع عیب کند، بنحوی که بمستأجر ضرری نرسد. مستاجر حق فسخ ندارد". پس، هیچ حکم غالبی در این باب وجود ندارد و بر این مبنا نمی‌توان بر بقای حالت سابق ظن پیدا کرد. . . . . چاره در اینست که، بجای استناد به استصحاب و فارغ شدن از هرگونه تلاش علمی، دادرس از راههای عقلی دیگر استفاده و قانون را بر مدار اراده قانونگذار و توجه بمصالح اجتماعی تفسیر کند و یکی از دو حکم را موافق قاعده و دیگری را استثناء بداند.

مثال دیگر. در دعوایی دو سند متعارض بدادگاه تقدیم می‌شود و فرض اینست که باید سند مؤخر را مقدم داشت، تاریخ تنظیم یکی از این دو سند پاره شده یا از ابتدا معین نبوده. لیکن سند دیگر دارای تاریخ است. دادگاه به تردید می‌افتد که کدامیک از آن دو، بعد از دیگری تنظیم یافته است. در این حال، بنا بر استصحاب حالت عدم، باید سندی را که تاریخ ندارد مؤخر دانست، زیرا اصل اینست که در لحظه تنظیم سند دیگر هنوز نوشته نشده بوده است. ولی، نقص یکی از این دو سند چه ظنی در باب تقدم و تأخر آنها بوجود می‌آورد و این ظن ناشی از کدام غلبه است؟

بنا بر این، در هر جا که چگونگی امری مورد تردید واقع شود، نمی‌توان گفت ظن بر بقای حالت سابق وجود دارد. اگر استصحاب نوعی اماره قضائی باشد و ادراک بتواند، با ملاحظه اوضاع و احوال هر مورد، حکم بر بقای حالت گذشته کند، جای ایراد نیست زیرا او می‌تواند، در هر مورد خاص، احتمالی را که بر بقای وضع سابق وجود دارد از پای کند. لیکن، اگر بخواهند بر پایه این ظن و بدون اتکا بر حکم قانونگذار، اماره قانونی بوجود آورند و آن را در همه موارد تردید بکار برند، این اشکال باقی است که در بسیاری حالت‌ها هیچ ظنی در این باب وجود ندارد و تازه معلوم نیست که این ظنون پراکنده چگونه می‌تواند اماره قانونی ایجاد کند. یعنی جانشین اراده قانونگذار شود (۱).

(۱) - زیرا، تنها قانونگذار می‌تواند بر مبنای ظن نوعی اماره یا فرضی بوجود آورد - بیشتر علما اصول نیز ظن را در موردی معتبر می‌شمارند که قانونگذار استناد به آن را اجازه داده باشد.



ب- بنای اهل خرد یا داوری عرف: پاره‌ای از نویسندگان، استصحاب را شیوهٔ خردمندان دانسته‌اند. بگمان آنها، برای مبنای است که مردم دادوستدی می‌کنند و به مسافرت می‌روند و برای دوستان خود نامه می‌نویسند و خانه می‌سازند و هیچ کس آنها را متهم بنادانی نمی‌کند. اگر اشخاص بریقاء وضع گذشته اعتماد نکنند، اساس زندگی آنها از هم می‌پاشد و نظام جهان بر هم می‌خورد. ولی، بین همین گروه نیز در بارهٔ پایهٔ این عرف اختلاف است. دسته‌ای ریشهٔ عرف خردمندان را ظنی می‌دانند که در هر وجودان سلیم نسبت به بقای وضع گذشته به وجود می‌آید. این ظن را همهٔ اهل خرد معتبر می‌شمارند و مدار زندگی را بر آن قرار می‌دهند. (۱)

بعضی، اعتبار حالت سابق را جزئی از سرشت آدمی دانسته و تاجایی دور رفته‌اند. که حیوانات را نیز در این زمینه شریک انسان شمرده‌اند. بگفتهٔ اینان، پرنده‌ای که پس ز گرد آوری دانه با شیان خود باز می‌گردد یا حیوانی که به آبخور همیشگی خود می‌رود دلیل غریزه‌ای است که طبیعت در نهاد او با مانع گذارده و اعتمادی است که به بقا و ثبات مور دارد. (۲)

این دلیل نیز از دو جهت مورد انتقاد واقع شده است.

۱- خردمند روابط خود را با دیگران بر اساس حکم غالب تنظیم می‌کند. عاقلان ظنی را که از این راه می‌یابند معتبر می‌شمرند، خواه با بقای حالت سابق موافق باشد یا مخالف. چنانکه مال خود را برای فروش یا نگهداری نزد کسی که بسلامتش اعتقاد ندارند می‌فرستند و او را وصی بر اموال کودکان خود قرار نمی‌دهند، در حالی که بنا بر استصحاب وضع گذشته، باید به هر گونه تردیدی بی‌اعتناء بود. گاه ملاحظات دیگری نیز در مورد ابطهٔ عرفی مؤثر واقع می‌شود، چنانکه مردم، برای جلوگیری از ضرر و به دلیل دوراندیشی احتیاط یا به امید رسیدن به منفعتی، بکارهایی دست می‌زنند که با هیچ معیار عقلی می‌توان آنها را سنجید. (۳)

- (۱) - محقق قمی، قوانین الاصول، ج ۲، ص ۵۷ - فوائد الاصول، ج ۴، ص ۱۱۸.  
 (۲) - دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۶ ص ۲۴۸ - فوائد الاصول، ج چهارم، ص ۱۸۸ - استاد شهبازی، ص ۱۱۵.  
 (۳) - حاج ملامحمد کاظم خراسانی، کفایة اصول، ج ۲، ص ۷۲ - شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ص ۵۴۶ - شیخ محمود عراقی، قواعد الفضول، ص ۴۸۰

بطور خلاصه، همه در پی آنند که چه‌گونه سود بیشتری برند و زیان کمتری بخند کنند، مصلحت خویش را می‌بینند و خود را پای‌بند یقین سابق نمی‌سازند.

۲- بر فرض که عرف مسلم نیز اعتبار حالت سابق را بشناسد، این عرف به تنهایی نمی‌تواند مبنای استصحاب قرار گیرد. زیرا، ایجاد امارات قانونی و اصول عملی با قانونگذار است و دادرس باید بر مبنای اراده او تصمیم بگیرد. ممکن است ایراد شود که در همه نظام های حقوقی عرف می‌تواند برای تکمیل قانون مورد استناد قرار گیرد، حتی قاعد حقوقی بوجود آورد، پس چه‌گونه می‌توان ادعا کرد که عرف مسلم در مورد استصحاب اعتبار ندارد؟ ولی این ایراد را با آسانی می‌شود دفع کرد. حق‌گزاری به بهانه اجمال و نقص قانون نباید تعطیل شود و دادرس می‌تواند از عرف مسلم برای تشخیص قاعده‌ای که باید بر رابطه طرفین حکومت کند یاری بگیرد. لیکن ذهن ساده عرف نمی‌تواند اصلی بسازد که از راه علمی وسیله استنباط حکم قرار گیرد. به بیان دیگر، عرف در حدود قوانین یکی از منابع حقوق است ولی توانائی ایجاد مسائل اصولی را ندارد.

ج- اراده قانونگذار و عرف علماء - در قوانین ما نامی از استصحاب برده نشده است ولی همه نویسندگان پذیرفته‌اند که مقصود از کلمه "اصل" در ماده ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی "استصحاب" است. بموجب این ماده "در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقاء آنست، مگر خلافش ثابت شود." و ظاهر اینست که قانونگذار دست کم در مورد بقای دین استصحاب را معتبر می‌داند.

گذشته از این مورد، اعتبار حالت سابق در بسیاری از قواعد حقوقی ملاحظه می‌شود که از جمله آنهاست:

۱- ماده ۸۲۴ قانون مدنی؛ "اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تاءخر مجهول باشد، فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد." در این ماده استصحاب موضوعی در صورت شک در رافع پذیرفته شده است.

۲- ماده ۱۰۱۲ قانون مدنی؛ "اگر فوت غایب بدون تعیین تاریخ فوت ثابت گردد، محکمه باید تاریخی را که فوت در آن تاریخ محقق بوده معین کند. در این صورت اموال غایب بین ورثاتی که در تاریخ مزبور موجود بوده اند تقسیم می‌شود." پیش از این تاریخ، زندگی غایب استصحاب می‌شود، زیرا امکان مردن او احتمالی است.

ممکن است مواد ۱۰۱۹ تا ۱۰۲۲ آن قانون در باب غایب مفقودالاشرف، که حیات او تا مدتی - بتناسب سن غائب و حوادثی که برای او پیش آمد می‌کند، استصحاب شده است. بنظر بعضی از نویسندگان، مبنای این مواد "مصلحت‌اندیشی" است نه استصحاب. اساساً "اجتماع مصلحت در این می‌بیند که مدتی بانتظار پیدا شدن غایب بماند و همین مصلحت‌اندیشی است که موجب درنگ و تأخیر در تقسیم مال غایب بین ورثه می‌شود نه استصحاب، خصوصاً "اگر اراضه کنیم که علم حقوق برمدار مصلحت‌اندیشی قرار گرفته". (۱) در اینکه مصلحت نیست اموال غایب بین بازماندگان و تقسیم شود و باید تا مدتی انتظار ماند هیچ تردید نیست، لیکن مصلحت‌اندیشی اهل خرد نمی‌تواند بی دلیل باشد. انونگذاری کارآرادی است، هنری است که بر پایه کاوشهای علمی قرار گرفته است و هدف فایده دارد. چرا قانونگذار مصلحت در این دیده است که دو سال از تاریخ آخرین خبر بنده بودن غایب بانتظار بماند، و هرگاه سن او از ۷۵ سال متجاوز بود حکم موت فرضی صادر شود، و به چه دلیل فقط تازمانی که عادتاً "غایب زنده می‌ماند صبر می‌کند؟ آیا حزین که پیش از این مدت، چون احتمال زنده بودن غایب پیش از مرگ اوست، مصلحت را انتظار است، ولی، پس از چندی که احتمال فوت غلبه پیدا می‌کند صلاح در اینست که اراضی غایب وضع درستی پیدا کند و بیبهدوده صاحبانش در انتظار نمانند؟ و آیا این تحلیل هنی را که بر پایه ظن بقای حالت سابق انجام می‌شود، نباید استصحاب نامید؟ بطور خلاصه محرک قانونگذار در این مصلحت‌اندیشی اعتقاد بر استمرار وضع گذشته است و بهمین دلیل مواد ۱۰۱۷ تا ۱۰۲۲ را می‌توان از موارد اجرای استصحاب دانست، استصحابی که بر اساس غلبه انجام شده است.

۳- ماده ۷۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی؛ "اگر متصرف فعلی تصرف سابق خود را ثابت کند تصرف او مستمر محسوب است، مگر اینکه انقطاع تصرف در بین ثابت نمود." در انشای این ماده، حکم غالب اثر ندارد و تنها بریقین سابق اعتماد شده است، بر این نمی‌توان ادعا کرد که بیشتر تصرف‌ها استمرار دارد و قطع نمی‌شود.

(۱) - دکتر جعفر لنگرودی، مطالعه‌ای در رشد قانون در کشورهای روبه‌پیشرفت، محله حقوقی وزارت دادگستری، سال هفتم، شماره ۱، ص ۱۱۲.

از اینها گذشته، مواردی که در قوانین ما حالت سابق باقی دانسته شده است نویسندگان آن را نتیجه استصحاب شمرده‌اند به اندازه‌ای است که نمی‌توان از آن بهره‌گشت و از آن جمله است ماده ۴۲۶ قانون مدنی درغبن و ماده ۸۲۵ همان قانون دروص بر حملی که در نتیجه جرم سقط شده است (۱) و ماده ۸۳۰ در قبول موصی له در زه حیات موصی (۲) و ماده ۳۱ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳. نگاه اجمالی به کتابهای حق مدنی نیز نشان می‌دهند که تا چه حد استصحاب در اذهان حقوقدانان ما اعتبار دار استصحاب در رویه قضایی - آرای محاکم در این زمینه باندازه‌ای پراکنده است که از جمع آنها نمی‌توان شرایط و قلمرو اجرای استصحاب را استنباط کرد، ولی همین نشان می‌دهد که دادرسان ما استصحاب را بعنوان "اصل" می‌شناسند و آن را گاه‌بگاه دعاوی بکار می‌برند. برای مثال، همان طور که اشاره شد، دیوان کشور در رأی شما ۶۹۴۶ - ۶۷۳ مورخ ۱۲ مرداد ۱۳۱۰ می‌گوید: "در باب مرور زمان با استصحاب قهقرائی نمی‌توان استناد نمود." و در حکم شماره ۶۲۶۰ - ۱۱۶۵ مورخ ۲۷ آبان ماه ۱۳۰۹ اعلام می‌کند: "هرگاه شخصی بدعوی صلح دارایی خود بدیگری مدعی اعسار شود محکمه نمی‌تواند بد رسیدگی به صلح مزبور، فقط با استصحاب دارائی سابق او رأی بی‌اطلاق دعوی مدعی بده (اصول حقوقی دیوان عالی تمیز، گردآوری محمد بروجرودی عبده تا سال ۱۳۱۰ ص ۲۰ در مواردی که شروع ب تصرف در ملکی احراز شود، تا زمانی که تخلیه آن ناپوشده است، دادگاهها استمرار تصرف را می‌پذیرند و با اعتماد به بقای حالت سابق > با جرت المثل می‌دهند. در این گونه دعاوی، دادگاهها درخواست مالک را در باب تصرف بدون دلیل قبول می‌کنند و اثبات تخلیه را با متصرف سابق می‌دانند. صاحبان دفاتر اسناد رسمی نیز، در موردی که اجرت المثل بعد از پایان اجاره بمقدار اجرت المسمی مع شده است، در صدور اجرائیه تردید نمی‌کنند و از موجد دلیل بر بقای تصرف نمی‌خواهند مفاد این عبارت، که در رأی پرونده ۹۲۶/۳۶ شعبه چهارم دادگاه بخش تهران آمده است در بسیاری از احکام مربوط با جرت المثل دیده می‌شود و نمودار نظر کلی آنهاست:

"نظریا اینکه ضمن دادنامه قطعی شماره ۱۶۸۱ - ۳۶/۸/۲۱ هیات تجدید نظر اداره مال الاجاره مالکیت خواهان و سکونت خوانده و رابطه استیجاری بین طرفین قبا

احراز شده است و باضافه خواننده هیچگونه دلیلی که تخلیه عین مستاجر را بعد از تاریخ صدور دادنامه تجدید نظر اثبات کند بدادگاه تقدیم نکرده است . . . . ."

در خصوص پرداختن نفقه نیز محاکم شوهر را مدعی می‌شمارند و حالت سابق (عدم پرداخت) را استصحاب می‌کنند، مگر اینکه ظاهر روابط زن و شوهر خلاف آن را اثبات کند، باین عبارت از رأی شعبه ۲۷ دادگاه شهرستان تهران در پرونده ۱/۳۹ توجه کنید: " نظر باینکه . . . . ادعای خواهان با اصل عدم پرداخت نفقه و مفاد ماده ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی مطابقت دارد . . . . ." (۱)

این عبارت نیز، که از رأی شعبه ۴ دادگاه بخش تهران نقل می‌شود، نمونه دیگری از اعتبار استصحاب در محاکم است: " . . . نظر باینکه دادنامه صادر از شعبه ۸ دادگاه شهرستان، که در تاریخ ۱۳۳۶/۷/۱۵، بعنوان مرجع استینافی دادگاه بخش، حکم رد اعسار خواهان را صادر نموده نسبت بزمان صدور دادنامه قطعیت دارد، و بنا بر این خواهان برای اثبات عدم ملائت خود باید حدوث عدم تمکن خود را از تاریخ مزبور در دادگاه مدلل دارد . . . . ."

نتیجه - از مجموع مطالب گذشته چنین بر می‌آید که یقین سابق به تنهایی ظن در استمرار آن بوجود نمی‌آورد و خردمندان نیز مبنای زندگی خود را بر غلبه می‌نهند و در همه حال بر وضع گذشته اعتماد نمی‌کنند. ولی، دانسته شد که، در پاره‌ای امور، وضع گذشته اعتقادی در بقای آن ایجاد می‌کند که عقلاً نیز بر آن تکیه می‌کنند. یعنی گاه اجرای استصحاب با حکم غلبه موافق است ولی چنان نیست که بر مبنای آن بتوان اماره قانونی استنباط کرد.

برعکس، موارد اجرای استصحاب در قانون و رویه قضائی ما نشانه آنست که قانونگذار، بر مبنای ظن نوعی و شیوه خردمندان، این اصل را پذیرفته است، گفته شد که

(۱) - نسبت دادن این نظر به محاکم شاید دوران روش علمی باشد، ولی چون آراء محاکم در هیچ مجموعه‌ای بطور کامل گردآوری نشده چاره‌ای جز این نیست که باطلاعات اشخاص استناد شود، بهر حال این رأی بخودی خود می‌تواند نموداری از نظریکی از دادگاهها باشد.

در بعضی موارد با آنکه هیچ ظنی بر بقای گذشته موجود نیست و باقی ماندن نوع آن غلبه ندارد، قانونگذار حکم را بر مبنای اعتماد بحالت سابق انشاء کرده است و این نشان می‌دهد که راهنمای او اصلی است که در موارد تردید بکار می‌رود. پس، باید طبیعاً و دامنه، اجرای این اصل را شناخت، تا اجمال بحث از میان برود و راهنمای بکاربرد آن معلوم شود.

## فصل سوم

### طبعت و دامنه اجرای استصحاب

ماهیت حقوقی استصحاب: از گفتگوهای پیشین چنین برآمد که اعتماد بروضع سابق گاه بدلیل وجود ظن بر استمرار آنست. ولی، این ظن، که از راه غلبه ایجاد می شود، در همه حالات های استصحاب بدست نمی آید و تکیه بر حالت گذشته تنها برای رفع سرگردانی است، راهی است که بمنظور فصل دعوی فراهم گشته نه برای رسیدن بواقع. پس، این بحث میان می آید که استصحاب در زمره امارات قانونی است یا در شمار اصول عملی؟ (۱)

پیچیدگی بحث از آنجاست که، نه تنها قانونگذار در باره ماهیت استصحاب باجمال سخن گفته است، بین اصل و اماره نیز شباهت زیاد است. هر دو در مقام فصل دعوی و استنباط حکم بکار می رود و ارزش هیچکدام با سایر دلائل برابر نیست. بکار بردن اصل هنگامی جایز است که دلیل دیگر وجود نداشته باشد (ماده ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی) و اماره نیز در صورتی اعتبار دارد که دلیلی برخلاف آن نباشد (ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی). بخاطر همین شباهت است که گروهی از نویسندگان اختلاف اصل و اماره را پیش از گفتگو در باره ماهیت استصحاب یادآور شده اند (۲) و این شیوه ای است که باید از آن پیروی کرد.

بموجب ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی. "اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که،

- (۱) - در اصول نیز این بحث وجود دارد. منتها، "اماره" در فقه معنی وسیع تری دارد و به هر دلیل، که بخودی خود وی آنکه نیازی بحکم شارع باشد، در باره واقع ایجاد ظن کند، اماره گفته می شود (مانند شهادت و خبر واحد). بنابراین، تفاوت اصلی اماره و اصل در اینست که اماره خود بخود کاشف از واقع است و شارع ظنی را که از این راه بدست می آید جانشین علم می سازد، و اصل عملی در موارد شک بکار می رود و راهی بواقع ندارد.
- ولی اماره، بمعنای محدودی که در قانون مدنی آمده است، با اصول عملی شباهت زیادتری دارد.
- (۲) - میرزا نائینی و کاظمی، فرائد الاصول، جزء چهارم، ص ۱۷۷ - استاد محمود شهابی، تقریرات اصول، ص ۱۲۳ - دکتر سیدحسن امامی، مقدمه جلد دوم حقوق مدنی.

بحکم قانون ویا در نظر قاضی ، دلیل بر امری شناخته می شود . " در اماره قضایی ، دادر ، از قرائن خاص هر دعوی بی به امور مجهول می برد و قانونگذار سهمی در رهبری اوندادار ولی در اماره قانونی ، امری را که در بیشتر موارد رخ می دهد قانونگذار مبنای قاعده کا می سازد و بظاهر امور اعتماد می کند و حکم غالب را در همه جا کشف از حقیقت قرار می دهد برای مثال ، در بیشتر موارد مال در دست صاحب آنست و ظاهر حکم می کند متصرف از راه مشروع بر آن استیلا یافته است ، ولی مواردی هم که شخص به زور و قهر بر ما دیگری مسلط شده کم نیست . منتها ، قانونگذار این حالت های استثنائی را ندیده می گم و حکم غالب را قاعده کا در درس می سازد . تصرف بعنوان مالکیت را دلیل مالکیت می شناء ( ماده ۳۵ قانون مدنی ) و هر تصرف را تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده مشروع می داز ( ماده ۷۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی ) . همچنین از آن رو که اطفال متولد در زمار زوجیت غالباً " از رابطه زن و شوهر بوجود می آید ، بطور کلی این گونه کودکان را از آر شوهر می داند .

بطور خلاصه ، هر گاه قانون ظنی را که در نتیجه غلبه بوجود آمده است بصور قاعده دادرسی در آورد ، اماره قانونی بوجود می آید . در این گونه امور هدف قانونگذار ایجاد یک قاعده ثابت نیست ، بلکه می خواهد راه کشف حقیقت را نشان دهد . اعتبار اماره تنها بخاطر دلالتی است که بر واقع دارد و چون مبنای آن را ظن بر غالب تشکیب می دهد ، اگر دلیلی احتمال خلاف گمان را برساند ، اماره نیز از اثر می افتد . چنانکه ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی در همین زمینه می گوید : " امارات قانونی در کلیه دعاوی . . . معتبر است ، مگر آنکه دلیل برخلاف آن موجود باشد . "

در اصول عملی نیز امید رسیدن بواقع وجود دارد ، زیرا قانونگذار عاقل بیهود کسی را از اقامه دلیل بی نیاز نمی کند و در ترجیح یکی از دو طرف احتمال ، مصلحتی در نظر می گیرد ، منتها ، گمانی که ایجاد شده باندازه ای ضعیف است که خردمند به آن اعتماد نمی کند . ولی ، بهر حال در این وادی نیز باید راهی برگزید چه بهتر که در این راه احتمال رسیدن بواقع بیشتر باشد . در چنین موردی است که قانونگذار تا سیس اصل عملی را لازم می بیند ، اصلی که هدف آن در مرحله نخست رفع سرگردانی است نه کشف حقیقت اینکه می گویند ، از اجرای اماره حکم واقعی بدست می آید و نتیجه بکار بستن اصل عملی حکم ظاهری است ، بدلیل اینست که اماره را قانونگذار کشف از واقع ساخته



است، لیکن مصلحتی که او را در تمهید اصول عملی برانگیخته رفع سرگردانی دادرس است. یعنی می‌خواهد، حکمی را که از این راه بدست می‌آید جانشین حکم واقعی سازد. بنابراین، طبیعی است که، هرگاه اماره ای با اصل عملی تعارض پیدا کند، بر آن مقدم است.

پس از این توضیح، باید گفت، با این که یقین سابق در پاره ای موارد ایجاد ظن بر استمرار می‌کند، این موارد با اندازه‌های نیست که ظن نوعی بر بقای حالت گذشته ایجاد کند. در بیشتر حالت‌های استصحاب، گمانی در رسیدن بواقع وجود ندارد، خردمندان نیز مبنای کار خود را بر غالب می‌نهند و اعتنایی به یقین سابق نمی‌کنند. پس، ظاهراً نیست که قانونگذار استصحاب را وسیله کشف حقیقت نساخته، بلکه اصلی بوجود آورده است تا حالت تردید را از بین ببرد و راهنمای دادرس در انتخاب یکی از دو احتمال باشد.

مطالعه قانون آئین دادرسی مدنی نیز این ادعا را تأیید می‌کند. زیرا "اصل بقاء دین" بلافاصله پس از "اصل براءت" و در یک ردیف آمده است و هم آهنگ بودن مواد ایجاد می‌کند که استصحاب نیز مانند براءت، اصل عملی باشد نه اماره. از این گذشته در ماده ۳۵۷ از دلالت بر بقای دین سخنی نیست و فقط گفته شده است. "در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بقاء آنست مگر خلافش ثابت شود. و آنها که بشیوه نوپسندگی در حقوق ما آشنائی دارند، بخوبی درمی‌یابند که مقصود از این گونه عبارتها اشاره به اصل عملی است نه اماره. (۱)

با وجود این، ممکن است که یقین سابق در پاره‌ای موارد اماره بقای آن باشد و بهمین عنوان نیز مورد استناد قرار گیرد. برای مثال، در مورد قانون، می‌دانیم تازمانی که حکمی بطور صریح یا ضمنی نسخ نشده است از بین نمی‌رود و بنابراین، اگر دلیلی بر نسخ بدست نیاید باید آن را باقی دانست. بگفته شیخ انصاری، در چنین موردی بدست نیامدن دلیل خود دلیل بر نبودن آنست (عدم الدلیل دلیل العدم). منتها، چون استمرار وضع گذشته بدلیل دیگری احراز شده، این قاعده را مستقل شمرده و از موارد استصحاب ندانسته است. (۲)

(۱) - در تصرف، که اماره مالکیت است، ماده ۳۵ قانون مدنی آن را دلیل مالکیت

می‌شمرد و مقایسه آن با ماده ۳۵۷ بخوبی این نظر را روشن می‌سازد.

(۲) - شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ص ۵۲۱ و ۵۲۶ (ولعل هذا من جهة عدم

الوجدان الدلیل بعد الفحص فانها اماره علی العدم لما علم من بناء الشرع علی

التبلیغ فظن عدم الوجود مستلزم الظن بعدم الوجود (.....)).

## قلمرو اجرای اصل :

موارد اجرای استصحاب در قوانین و آرای محاکم باندازه‌ای پراکنده و نامنظم است که نمی‌توان قلمرو اجرای آن را بدستی معین کرد. ولی، باجمال می‌باید گفت که در تفسیر قوانین تنها باصول عقلی نباید تکیه داشت. پیش از این دانستیم که دادرسی چگونه می‌تواند از بند الفاظ بگذرد و بروح و مبانی قانون توجه کند. در این‌جا نیز برای تعیین قلمرو استصحاب باید از هدف‌های حقوق الهام گرفت، و این اصل را وسیله رسیدن بآنها قرار داد. هدف قواعد حقوق را در دو نکته می‌توان خلاصه کرد. دادگری و استقرار نظم بنا بر این دو عامل گوناگون دامنه استصحاب را محدود می‌کند..

۱- اجرای عدالت.

۲- رعایت هم‌آهنگی و تناسب بین قواعد حقوق.

عامل نخست تنها جنبه درونی دارد، زیرا وقتی احراز شد که استصحاب را قانونگذار بعنوان "اصل" پذیرفته است، دادرسی نمی‌تواند به‌بهانه رعایت عدالت یا مصلحت آن را بکار نیندازد. لیکن اثر این عامل را نباید انکار کرد. هدف اصلی دادگاه حق‌گزاری و دادگری است. دادرسی که می‌دانسته استصحاب بعنوان آخرین دارو بکار می‌رود و هرگاه با روح قوانین و ظواهر امور مخالف باشد اعتبار ندارد. در پناه این عناوین از اجرای اصل می‌گریزد. برعکس، عامل دوم بصراحت نیز قابل استناد است. یکی از نتایج اصل تساوه مردم در برابر قانون اینست که، همه موارد مشابه مشمول یک قاعده باشند و نظم خاصی بر قوانین حکومت کند. درست است که قانونگذار نمی‌تواند این نظم را بطور کامل حفظ کند ولی، دست کم متمایل بر رعایت آنست و تجاوز بدان را استثنائی می‌داند. بنا بر این جز در مواردی که استصحاب در قانون بکار رفته است، در هر مورد که بکار بردن "اصل" این نظم را بر هم زند، با روح قانون مخالف است و باید از آن پرهیز کرد..

از سوی دیگر، باید توجه داشت که استصحاب نیز بطور ناقص راهی برای رسیدن بواقعات است. پس، در مواردی که بنظر عقل این‌گونه راه نیز مسدود است، استناد با استصحاب نیز امکان ندارد. (۱) گفته شد که، هرگاه تردید در استعداد مقتضی باشد، هیچ‌گمانو

---

۱- اصول عملی را بدو گروه محرز و غیرمحرز تقسیم کرده‌اند. گروه نخست، که استصحاب

نیز از جمله آنهاست، راهی ناقص بر ثبوت واقع دارند (میرزاناثینی و محمدعلی کاظمی ج ۴، ص ۲۵۹) ولی، همان‌طور که اشاره شد، در همه اصول عملی و حتی در برائت نیز امید رسیدن بواقعات در قانونگذار وجود دارد.

در بقای حالت سابق بوجود نمی‌آید و خردمندان نیز به آن اعتماد نمی‌کنند. بنا بر این، می‌توان گفت اجرای استصحاب در این‌گونه موارد اعتبار ندارد و باید از آن چشم پوشید ..

### تعارض دو استصحاب :

گاه اجرای دو استصحاب با هم تعارض دارد، یعنی حکمی که در نتیجه آن دو بدست می‌آید با هم جمع نمی‌شود .. پس، این پرسش میان می‌آید که، آیا باید از اجرای هر دو اصل چشم پوشید، یا می‌توان یکی را بردگیری مقدم داشت ؟ و در صورت اخیر نیز معیار این ترجیح کدامست ؟

برای پاسخ دادن باین مسأله، باید سبب تردید را در هر یک از آنها ملاحظه کرد :  
 ۱- در مواردی که تردید در بقای یکی از آن دونا شی از شک در وجود دیگری است . بطوری که بتوان گفت بین آنها رابطه سببیت وجود دارد، استصحاب سببی بر استصحاب مسببی مقدم است . (۱) زیرا، بنا بر فرض، اگر تردید در سبب بلحاظ اجرای اصل از میان برود، دیگر موردی برای اجرای استصحاب متعارض باقی نمی‌ماند ..

فرض کنیم شخصی هم‌اکنون دیوانه‌است، دو ماه پیش خانه خود را فروخته و معلوم نیست که در آن زمان دیوانه بوده است یا عاقل ؟ اگر سلامت پیشین او استصحاب شود، باید گفت در هنگام معامله عاقل بوده و خانه او بخردار منتقل شده است، و برعکس، هرگاه بقای خانه در ملک او استصحاب شود، نمی‌توان معامله را نافذ شمرد. ولی، چون شک در اهلیت فروشنده سبب تردید در انتقال خانه شده است و به استصحاب اهلیت سابق او این تردید از میان می‌رود، استصحاب اهلیت ( سببی ) حاکم است و باید در چنین مواردی معامله را نافذ دانست .

۲- در موردی که تردید در هر یک از دو موضوع سبب خاص دارد، چاره‌ای جز چشم پوشی از هر دو استصحاب نیست. در هر جا که مفاد دو اصل با هم تعارض پیدا کند و دلیلی بر حکومت یکی از آنها نباشد، هر دو اصل از اعتبار می‌افتد (اذا تعارضا تساقطا) .

۱- میرزا نائینی و محمد علی کاظمی، فوائد الاصول، ج ۴، ص ۲۵۵ - محقق قمی، قوانین الاصول ص ۷۶ و ۱۷ شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ص ۶۶۷ بعد - حاج ملا محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، ج ۲، ص ۱۰۶ .

پدر و فرزندی در حادثه اتومبیل یا آتش سوزی می میرند و تاریخ مرگ هیچکدام معین نیست. استصحاب حیات هر کدام ایجاب می کند که در زمان فوت دیگری زنده فرزند شود. و چون اجرای اصل در هر دو امکان ندارد. هیچکدام از دیگری ارث نمی برد. فرض در ماده ۸۷۳ قانون مدنی نیز پیش بینی شده است. "اگر تاریخ فوت اشخاص از یکدیگر ارث می برند مجهول و تقدم و تاخر هیچیک معلوم نباشد. اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی برند. مگر آنکه فوت به سبب غرق یا هدم واقع شود. که در این صورت از یکدیگر ارث می برند."

### تعارض استصحاب و براءت:

در تعارض بین این دو اصل، بی گمان استصحاب مقدم است. درست است که هدف قانونگذار در تاءسیس اصول عملی رفع سرگردانی است، لیکن گاهی مبانی اعتبار آن اقتضا می کند که حکم ناشی از اصل بمنزله واقع و وسیله احراز آن بشمار رود. چنانکه در استصحاب نیز گمانی که گاه بر بقای گذشته ایجاد می شود. قانونگذار را بر آن داشته که اصلی بوجود آورد و حکم ظاهری را جانشین واقع سازد.

ولی، در براءت، تاءسیس اصل تنها بخاطر رفع نزاع و تعیین مدعی انجام شده و غرض ترجیح یکی از دو احتمال نبوده است. بهمین مناسبت فقهای امامیه استصحاب را از اصول محرز و براءت را غیر محرز گفته اند (۱). زشتی عقاب پیش از بیان، که مهمترین مبنای عقلی این اصل است، در صورتی مورد دارد که حکمی از قانون بر تکلیف وجود نداشته باشد. خواه این حکم ظاهری باشد یا واقعی (۲). پس، در هر کجا که از اصل استصحاب حکم ظاهری بدست آید. دیگر جایی برای اجرای اصل براءت باقی نیست (۳).

۱- میرزاناغینی و کاظمی، فوائد الاصول، ج ۴، ص ۲۵۵ (المجموع فی باب الاصول العملية) و آن کان هو النباء العمل علی احد طرفی الشک، الا انه تارة یكون المجموع هو النباء العملی علی ثبوت الواقع فی احد طرفی الشک و تنزیله عملاً "منزلة الواقع و اخری یكون المجموع مجرد تطبیق العمل علی احد طرفی الشک من دون ان یكون الجعل متکفلاً" لثبوت الواقع فی اجد الطرفين و یعبر عن الاول باصل المحرز و عن الثانی بالاصل غیر المحرز. . . و یدخل فی القسم الاول الاستصحاب. . . و یدخل فی القسم الثانی البرائة).

۲- شیخ مرتضی انصاری، فوائد الاصول، ص ۶۶۴.

۳- آخوند ملا محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، ج ۲، ص ۱۰۵.

ملاک ماده ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی نیز این دلائل را تأیید می‌کند. زیرا، اگر کسی مدعی پرداختن دین سابق خود شود، بنابراین اصل "برائت" باید گفته‌ا‌ورا بدون دلیل پذیرفت. ولی، استصحاب بقاء دین ایجاب می‌کند که مدیون مدعی بشمار رود و سقوط دین نیازمند باثبات باشد. پس، معنی ماده ۳۵۷ که می‌گوید، "در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقاء آنست، مگر خلافش ثابت شود، مقدم داشتن اصل استصحاب بر برائت مدیون است.

### تعارض استصحاب و اماره تصرف:

همان طور که گفته شد، اصول عملی هیچگاه با اماره نمی‌تواند برابری کند. در هر مورد که استصحاب با یکی از امارت تعارض داشته باشد، بی‌گمان اماره حکومت دارد با وجود این، چون در مفاد اماره تصرف اختلاف شده است، تعارض بین این اماره و استصحاب را جداگانه مطرح می‌سازیم.

فرض اینست که، اگر شخصی به طرفیت متصرف اقامه دعوی کند و مالکیت خود را پیش از تصرف اثبات نماید، آیا متصرف می‌تواند، با استناد ماده ۳۵۷ قانون مدنی، خود را بی‌نیاز از هرگونه دلیل بدانند و مالک سابق بخواهد تا خلاف این اماره را مدلل دارد، یا ناگزیر است که انتقال مال را بخود ثابت کند؟ یعنی باید دید، هرگاه بین اماره تصرف و دلیل مالکیت کنونی متصرف است با دلالی که مالکیت سابق طرف او را می‌رساند تعارض باشد، کدامیک از آنها را باید مقدم داشت و در این نزاع مدعی کیست؟

اگر بدلائلی معلوم شود که شروع بتصرف بعنوان امین یا غاصب بوده است، استیلائی کنونی بر مال به تنهایی اماره مالکیت نیست. تصرفی دلیل بر مالکیت است که پیشینه آن معلوم نباشد و در چنین مواردی که تصرف از جانب غیر یا نامشروع است، متصرف باید تغییر عنوان تصرف و مشروع بودن آن را اثبات کند. یعنی استصحاب مالکیت سابق بر تصرف کنونی مقدم است (۱). ماده ۷۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی در بیان همین فرض می‌گوید: "کسی که متصرف است تصرف او بعنوان مالکیت شناخته می‌شود، لیکن اگر ثابت شود که شروع به تصرف از طرف غیر بوده است متصرف غیر شناخته خواهد شد. مگر اینکه متصرف

ثابت کند که عنوان تصرف او تغییر کرده و بعنوان مالکیت متصرف شده است. " ولی، اگر چگونگی شروع به تصرف معلوم نباشد، بیشتر نویسنده‌گان مالک سابق را مدعی شمرده‌اند (۱). بنظر آنها، در صورتی او می‌تواند در این دعوی غالب شود که مالکیت کنونی خود را ثابت کند. زیرا مالکیت سابق او با حق کنونی متصرف منافات ندارد. دلائلی که بر مالکیت گذشته وجود دارد، هنگامی می‌تواند حق فعلی مدعی را اثبات کند که باصل استصحاب ضمیمه شود. در این صورت، می‌توان گفت، چون مسلم است که مدعی پیش از تصرف مالک بوده، و اصل بقاء حق اوست، اکنون نیز مالک شناخته می‌شود تاخلاف آن اثبات شود.

پس، در تعارض بین تصرف کنونی و مالکیت سابق، در واقع اماره<sup>۱</sup> پید با اصل استصحاب معارضه دارد و بر آن حکومت می‌کند (۲). در برابر این استدلال می‌توان گفت، ظاهری که مبنای اماره<sup>۱</sup> پید قرار گرفته است، در جایی وجود دارد که سابقه مالکیت روشن نباشد. پس، در موردی که مالکیت سابق کسی بر آن اثبات شود، اماره<sup>۱</sup> ای بسود متصرف وجود ندارد و او باید انتقال مال را بخود ثابت کند. ماده ۳۷ قانون مدنی می‌گوید: "اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است. در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است" بنابراین، چون اقرار هیچ خصوصیتی در برابر سایر دلائل ندارد، باید بر آن بود که ثبوت حق سابق مدعی، بهر دلیل که باشد، اثر اماره<sup>۱</sup> تصرف را از بین می‌برد. از این گذشته، لحن مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانون مدنی نیز بخوبی نشان می‌دهد که تصرف در صورتی دلیل مالکیت است که مالک سابق مال معلوم نباشد (۳).

۱ - برای ملاحظه<sup>۱</sup> دلائل طرفین، رجوع شود به، ملا احمد نراقی، مستندالشیعه، ج ۲، ص ۵۶۰ و ۵۶۱.

۲ - سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروه الوثقی، ج ۳، ص ۱۴۵ تبعید - میرزا قمی، جامع الشتات، ص ۷۲۳ - میرزا نائینی و محمد علی کاظمی، فوائد الاصول، ج ۴، ص ۲۲۵ - دیوان کشور، رای<sup>۱</sup> شماره ۶۷۹ - ۱۱۷ مورخ ۲۵ فروردین ۱۳۱۰ - رای<sup>۱</sup> مورخ ۲۹ مهر ۱۳۱۰ (اصول حقوقی ۱۹/۱۱/۳۰ شعبه ۳ دیوان کشور و حکم شماره ۵۹۹۶ - ۱۷/۳/۱۷ شعبه<sup>۱</sup> اول (مجموعه<sup>۱</sup> رویه<sup>۱</sup> قضائی متین، ص ۱۰۱ و ۱۰۲).

(۳) - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۱ چاپ دوم، قرائت و تمرین شماره<sup>۱</sup> ۱۱ - ۲ - دنباله<sup>۱</sup> پاورقی در صفحه<sup>۱</sup> بعد).

در امتیاز اقرار بر سایر دلایل گفته شده است که دعوی را دگرگون می سازد . یعنی کسی که پیش از آن مدعی علیه بشمار می آید ، در اثر اقرار مدعی می شود و باید انتقال مال را بخود ثابت کند .

متصرفی که به مالکیت سابق طرف دعوی اعتراف می کند ناچار است که ، یا انتقال مال را بخود ضمیمه اقرار سازد ، یا مالکیت کنونی را جدای از اقرار ادعا کند . بدین ترتیب که بگوید ، در سابق مال بطرف دعوی تعلق داشته و اکنون از آن اوست .

در حالت دوم ، اقرار و نادرستی ادعایش را نیز می رساند ، زیرا ممکن نیست مالی ، بدون سبب خاص ، از ملکیت صاحب آن خارج و بدیگری منتقل شود . پس ، این اقرار با ادعای مالکیت جمع نمی شود . و لازمه<sup>۶</sup> معتبر داشتن آن نپذیرفتن ادعا است . در حالت نخست نیز ، که متصرف ادعای انتقال را با اقرار ضمیمه می سازد ، با این کار دعوی را دگرگون می کند . اکنون دیگر او مدعی انتقال است و باید ادعای خویش را ، که با اصل عدم انتقال مختلف است ، اثبات کند ( ماده<sup>۶</sup> ۱۲۸۳ قانون مدنی ) .

اگر دلایل دیگر مالکیت سابق مدعی را برساند ، متصرف همچنان مدعی علیه است و طرف او باید نامشروع بودن تصرف و مالکیت کنونی خود را ثابت کند . ولی ، در جایی که متصرف بحق سابق مدعی اعتراف می کند ، دعوی منقلب می شود و این بار متصرف باید اثبات ادعا را بعهده بگیرد ( ۱ ) .

این گفته را باسانی نمی توان پذیرفت . زیرا ، اگر قبول شود که هیچ مالی بدون سبب

ص ۱۹۰ ، ۱۹۱ - شهید ثانی در کتاب تمهید القواعد مالکیت سابق را با استدلال دیگری مقدم داشته است . " لو تعارض الملك القديم والید الحادثة ففی ترجیحها قولان و ماخذ تقدیم الملك السابق قاعدة الاستصحاب فتعارض الملك والید الاول مقدم كما لو شهدت البینة لاحدهما بالملك والاخر بالید فی الحال . . . . " ( نسخه خطی در استصحاب ) .

۱ - میرزا نائینی و محمد علی کاظمی ، فرائد الاصول ، ج ۴ ، ص ۲۲۸ .

بدیگری منتقل نمی‌شود و تصرف نیز به تنهایی نمی‌تواند دلیل آن قرار گیرد. پس چگونه می‌توان، در سایر مواردی که مالکیت سابق احراز شده است، متصرف را از اقامه دلیل بی‌نیاز دانست؟ و برعکس، هرگاه تصرف دلیل بر انتقال باشد، چرا در موردی که متصرف بمالکیت سابق طرف خود اقرار کرده است، باید او را مدعی شمرد و اماره ای را که بسودش ایجاد شده است ندیده گرفت؟ این تعارضی است که پاسخ آن داده نشده و بهمین دلیل است که مفاد ماده ۳۷ قانون مدنی را، بحکم منطق سلیم، باید به‌همه مواردی که مالکیت سابق احراز می‌شود سرایت داد (۱).

مورد دیگری که بین نویسندگان اختلاف شده، تعارض بین تصرف کنونی و وقفیت سابق است. بدین معنی که، اگر وقف بودن ملکی در گذشته معلوم باشد و متصرف کنونی ادعا کند که مالک آنست، آیا این تصرف به تنهایی می‌تواند دلیل بر امکان فروش وقف و انتقال آن به متصرف محسوب شود یا نه؟

پاره‌ای از نویسندگان این فرض را تابع موردی دانستند که تصرف کنونی با مالکیت سابق متعارض باشد. بنظر آنها، اگر تصرف از زمانی آغاز شود که ملک هنوز وقف است و امکان فروش آن وجود ندارد، به تنهایی دلیل بر مالکیت نیست، ولی، هرگاه این نکته معلوم نباشد یا احتمال رود که شروع به تصرف در زمانی بوده است که فروش وقف امکان داشته، تصرف کنونی مقدم است. زیرا تصرف اماره است و بر استصحاب وقف بودن، که در زمره اصول عملی است، حکومت دارد (۲).

گذشته از آنچه در باره تعارض تصرف و مالکیت سابق گفته شد، پذیرفتن نظریه یاد شده با این اشکال روبروست که، تصرف حداکثر می‌تواند دلیل بر انتقال مال متصرف باشد و این دلالت در صورتی امکان دارد که موضوع آن قابلیت انتقال را داشته باشد. ولی، در مورد وقف، ابتدا باید ثابت شود که بدلیل وجود حادثه‌ای فروش آن ممکن گشته است، و این امری است که تصرف هیچ دلالتی بر آن ندارد. پس، در اینگونه دعاوی، تصرف نمی‌تواند مدعی مالکیت را از اقامه دلیل بی‌نیاز کند و، به بیان دیگر، استصحاب وقف بودن بر آن مقدم است (۳).

۱ - اجرای اماره قانونی بدین صورت مانع از آن نیست که در پاره‌ای موارد (چنانکه در بیشتر اموال منقول است) اماره قضایی خاص دعوی سبب شود که تصرف کنونی حاکم بر مالکیت سابق باشد.

۲ - سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ملحقات عروة الوثقی، جزء سوم، ص ۱۴۵ بعد.

۳ - میرزا نائینی و محمد علی کاظمی، کتاب یاد شده، ص ۲۲۶.



### تعارض استصحاب و ظاهر (اماره قضائی) :

اماره قضائی " عبارت از اوضاع و احوالی است که . . . در نظر قضای دلیل برامری شناخته می شود. " ( ماده ۴۳۲۱ ق. م. ) ، ظاهری است راهنمای بواقع ، که بحکم عرف و غالب ، برای دادرس ایجاد ظن می کند . این دلالت ناشی از طبیعت اماره است و نیازی به امضاء قانونگذار ندارد . بنابراین ، در تعارض بین ظاهر و اصل عملی ، باید حکم ظاهر مقدم باشد . آنچه در فتاوی نویسندگان در باره حکومت اصل استصحاب بر ظاهر دیده می شود ، بدلیل آنست که یا استصحاب را نیز از امارات شمرده اند ، یا ظنی را که از این راه بدست می آید معتبر ندانسته اند (۱) . ولی ، اگر از این دو اشکال بگذریم ، در تقدم ظاهر بر اصل تردید نمی توان کرد . چنانکه محقق قمی ، که از پیروان اعتبار این " ظن " واصل بودن برائت است ، در تعارض بین اصل برائت و ظاهر ، بطرز شایسته و جالبی ، ظاهر را مقدم می شمارد (۲) و " اصل صحت " را نتیجه حکومت ظاهر بر اصل دانسته است (۳) .

بهر حال ، این بحث تنها جنبه نظری ندارد و در حل بسیاری از اختلاف ها بکار می آید ، که از آن جمله است :

۱- زن و شوهری مدتها باهم بسر برده اند و پس از آن نکاح در اثر فسخ یا طلاق بهم خورده است . زن مدعی است که بین آن دو نزدیکی واقع شده و او حق گرفتن تمام مهرالمسمی یا مهرالمثل را دارد . شوهر این گفته را نادرست می داند و نزدیکی را انکار می کند . در این صورت ، اگر زن از ابتدا دوشیزه نباشد و هیچکدام نتواند دلیلی بر راست بودن ادعای خود بیاورد ، گفته کدامیک مقدم است ؟ از طرفی اصل ( استصحاب ) عدم وقوع نزدیکی است ، و از سوی دیگر ظاهر ایستت که زن و شوهر جدای از هم نبوده اند . بنظر می رسد که دادرس نباید این ظاهر را ندیده بگیرد و بحکم اصل شوهر را از نصف مهرالمسمی یا تمام مهرالمثل بری بداند (۴) .

۱- ( ملحقات عروة الوثقی ، ج ۳ ، ص ۱۹۲ ) - شهید ثانی ، مسالک الافهام ، ج ۱ ، ص ۵۶۰ شرح لمعه ، ج ۲ ، ص ۹۸ .

۲ و ۳- محقق قمی ، جامع الشتات ، ص ۴۲۰ و ۴۳۱ " وجه القول بتقدیم قول مدعی الصحة هوتقدیم الظاهر علی الاصل فیما یعارضان وجه الظهور . . . من جهت ان الغالب الوقوع فی المعاملات هو الصحيح " .

۴- شهید اول نیز در لمعه ظاهر را مقدم شمرده و شهید ثانی در توضیح عبارت او می گوید .  
 " . . . عملا بالظاهر حال الصحيح اذا خلا الحلیفة . . . " ( شرح لمعه ، ج ۲ ، ص ۹۸ ) .

۲- زن و شوهری با سودگی و باهم زندگی می‌کنند و مرد نیز درآمد کافی دارد. پس از چندی زن ادعا می‌کند که باونفقه پرداخته نشده است و مرد پاسخ می‌دهد که هزینه معیشت را او تحمل کرده است. ادعای زن موافق با اصل است و گفته مرد را ظاهر حال آنها تأیید می‌کند پس، زن باید دلایلی بیاورد که هزینه زندگی مشترک را او پرداخته و از بابت نفقه طلبکار است.

۳- طلبکاری برای گرفتن طلب خود بدادگاه رجوع می‌کند. بدهکار اصل دین را می‌پذیرد ولی مدعی پرداختن آن می‌شود و برای اثبات ادعا سند طلب را ارائه می‌دهد. در این اختلاف اصل بقای دین است، لیکن ظاهر امر دلالت دارد که دین پرداخته شده است، زیرا اعدا "طلبکار پیش از گرفتن حق خویش سند دین را به بدهکار نمی‌دهد و بطور معمول نیز این کار به رضای او انجام می‌گیرد نه بوسیله قهر و غلبه و نیرنگ.

اصول دیگری که از استصحاب گرفته شده است:

در نتیجه بقای حالت سابق دو اصل دیگر نیز فراهم گشته و یا نزد حقوقدانان است.

۱- اصل عدم: در هر مورد که در وجود امری تردید شود اصل عدم آنست. بسیاری از نویسندگان کوشیده اند تا "اصل عدم" را از استصحاب عدمی ممتاز سازند، باین اعتبار که در اصل عدم، بی آنکه حالت سابق امری در نظر باشد، خردمند بنای کار خود را بر نبودن آن می‌گذارد. ولی، جز در مواردی که "اصل" بمعنی ظاهر بکار می‌رود و بر مبنای "غلبه" استوار است، اصل عدم نتیجه باقی دانستن وضع سابق امری است که وجود نداشته. بهر حال، یکی از نمونه‌های احرای این اصل ماده ۸۷۶ قانون مدنی است که می‌گوید: "با شک در حین ولادت حکم وراثت نمی‌شود".

۲- اصل تاءخر حادث: این اصل در موردی بکار می‌رود که موضوع استصحاب از بین رفته ولی در تاریخ آن تردید است. پس، اگر مردن شخصی مسلم باشد ولی تردید بمیان آید که در روز معین زنده بوده است یا مرده، باستناداصل "تاءخر حادث" او را زنده فرض می‌کنند. یا، اگر سند بدون تاریخی در دست باشد و اختلاف شود که در فلان تاریخ تنظیم شده بوده است یا نه، اصل "تاءخر حادث" اقتضا دارد که آن را نوشته نشده بدانیم. بنا بر این، اصل تاءخر حادث، از طرفی بر استصحاب وجود سابق و از طرف دیگر بر استصحاب عدم حادث استوار است. (۱)

۱- صاحب قواعد در تعریف این اصل می‌گوید: "و هذا هو المعروف باصالة تاءخر الحادث يراد به انه اذا علم بوجود حادث في زمان وشك في وجوده قبل ذلك الزمان فيحكم باستصحاب عدمه فيه ويلزمه عقلا تاءخر حدوثة . . . ." (ص ۴۹۶ و ۴۹۷).