

جایگاه حقوقی اصل تأخر حادث

سید مهدی میرداداشی*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۰۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۳/۳۱)

چکیده

چنانچه موضوع مجهول التاريخ، امری حرام و موضوع معلوم التاريخ، امری حلال باشد سؤال این است که آیا اصل تأخر حادث در مورد امر حرام نیز جاری می‌شود یا نه؟ مثلاً شخصی ساعت ۸ صبح شنبه با دختری باکره بدون اذن ولی قهری و با فرض جهل به حکم عقد ازدواج می‌بندد. این دختر همچنین از طرف شخصی دیگر مورد زنا واقع می‌گردد؛ اما زمان زنا مشخص نیست؛ یعنی امر حرام مجهول التاريخ است. آیا اصل تأخر حادث در اینجا جاری می‌شود یا خیر؟ اگر زنا قبل از ازدواج صورت گرفته باشد و بکارت دختر با زنا زایل شده باشد، طبق نظر مشهور فقها، ازدواج مذکور بدون اذن ولی صحیح است، (نجفی/۲۹/۱۸۶). چنانچه در رأی وحدت رویه دیوانعالی کشور شماره ۲۱ مورخ ۱۳۶۳/۱/۲۹ نیز بدان تصریح شده است.^۱ ولی اگر زنا بعد از عقد ازدواج باشد، عقد مذکور غیرنافذ است؛ زیرا ازدواج بدون اذن ولی بر اساس نظر اکثر فقهای معاصر و ماده ۱۰۴۳ ق.م.غیرنافذ است هم چنانکه نظریه شماره ۷/۲۲۶۱ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۲۳ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه نیز موید همین معنی یعنی عدم نفوذ است. این مقاله در صدد پاسخ گویی به این سؤال است که چنانچه موضوع مجهول التاريخ، امری حرام و موضوع معلوم التاريخ، امری حلال باشد آیا اصل تأخر حادث در مورد امر حرام نیز جاری می‌شود یا نه؟

کلیدواژگان

استصحاب، تأخر حادث، مجهول التاريخ، معلوم التاريخ.

* استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران
mirdadashim@yahoo.com

۱. «رأی وحدت رویه شماره ۲۱ مورخ ۱۳۶۳/۱/۲۹: ... با توجه به نظر اکثر فقها و به ویژه نظر مبارک حضرت امام مدظله العالی در حاشیه عروه الوثقی و نظر حضرت آیت ا... العظمی منتظری که در پرونده منعکس است و همچنین با عنایت به ملاک صدور ماده (۱۰۴۳) قانون مدنی عقد دوم از نظر این هیأت صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است و مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد بنابراین رأی شعبه نهم مدنی خاص موضوع دادنامه شماره ۲۷۹/۹ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۲۸ دائر بر صحت عقد دوم طبق موازین شرعی و قانونی صادر شده و صحیح است.» ر.ک: مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، ج ۱، ص ۶۰۶.

طرح بحث

یکی از تنبیهاتی که اصولیین در ذیل بحث استصحاب، بدان اشاره می‌کنند جریان یا عدم جریان استصحاب در صورت تعاقب دو حادث است مرحوم آخوند در تنبیه یازدهم می‌نویسد: «اگر ما در اصل تحقق حادثی شک داشته باشیم، استصحاب عدم تحقق حادث به نحو استصحاب عدم ازلی جاری می‌شود؛ زیرا ارکان استصحاب تام و تمام است، اما اگر در تحقق حادث، شکئی نداشته باشیم و حدوث آن یقینی باشد، لیکن جهل در تقدم و تأخر، منشا شک گردد؛ یعنی زمان حدوث آن مشکوک باشد، در این صورت، دو حالت قابل تصویر است:

حالت اول: حدوث حادث با اجزای زمان مقایسه می‌شود و تقدم و تأخر آن از اجزای زمانی مدّ نظر قرار می‌گیرد؛ مانند آن که اگر مرگ زید در روز جمعه معلوم و قبل از آن مشکوک باشد، زنده بودن زید قبل از جمعه استصحاب می‌شود. لازمه عقلی آن این است که مبدأ مرگ زید، روز جمعه باشد. حجیت و عدم حجیت این اصل مبتنی بر حجیت و عدم حجیت اصل مثبت است.» (خراسانی/۱۴۲۲/هـ/۴۷۶؛ انصاری، ۱۴۲۸/هـ/ق/۳/۲۴۷؛ خویی/۱۴۱۷/هـ/ق/۳/۱۷۸). اشهر بین علمای اصول آن است که مثبتات اصول برخلاف امارات حجت نمی‌باشد (خویی/۱۴۱۹/هـ/ق/۴/۱۵۱؛ انصاری/۱۴۲۸/هـ/ق/۳/۲۳۳).^۱ مرحوم خوئی اعلی الله مقامه در مورد اصل استصحاب مثبت چه در موردی که اصل مزبور در اجزای زمان جاری شود و چه در موردی که شک در تقدم و تأخر دو حادث باشد، نوشته‌اند: اگر حدوث، امری بسیط باشد، جریان اصل استصحاب، منجر به اصل مثبت

۱. «و المعروف هو التفصیل فی حجة المثبتات بین الأصول العملية و الأمانة.» گفتنی است اصل مثبت به اصلی گفته می‌شود که اثر شرعی مودای آن مستصحب در استصحاب به واسطه امری عادی و یا عقلی بر آن مترتب می‌گردد به عبارت دیگر اگر موضوعی که استصحاب می‌شود مستقیماً دارای اثر شرعی باشد، آن اثر، مترتب می‌گردد مانند استصحاب حیات زید که اثر شرعی آن حرمت تقسیم اموال وی می‌باشد اما اگر موضوعی که استصحاب می‌شود مستقیماً دارای اثر شرعی نباشد بلکه دارای یک لازم عادی یا عقلی است که اگر اثبات شود، اثر شرعی دارد یعنی اثر شرعی به واسطه امر عادی یا عقلی بر مستصحب بار می‌شود بیشتر اصولیون قائل به عدم حجیت اصل مثبت می‌باشند مگر در مواردی که واسطه، به قدری خفی باشد که عرف آن را ندیده بگیرد یا در مواردی که واسطه خیلی جلی و آشکار باشد.

خواهد شد و اگر حدوث مرکب باشد، آثار حدوث با استصحاب مزبور جاری خواهد بود (خویی / ۱۴۱۷ ه.ق/۳/۱۷۸).

حالت دوم: حدوث حادث نسبت به حادث دیگر سنجیده می شود و تقدم و تأخر آنها نسبت به هم ملاک سنجش قرار می گیرد که این حالت خود مشتمل بر سه فرض است:
هر دو حادث معلوم التاريخ هستند مثل این که شخص می داند کر بودن آب حوض در اول ماه و ملاقات با نجاست در روز دوم ماه صورت گرفته است.

هر دو حادث مجهول التاريخ هستند مثل این که شخص می داند پدر و پسری در حادثه ای جان داده اند، ولی نمی داند آیا اول پدر فوت کرده تا فرزند از او ارث ببرد، یا اول پسر مرده تا پدر از او ارث ببرد، یا هر دو در یک زمان از دنیا رفته اند.

یکی از دو حادث معلوم التاريخ و حادث دیگر مجهول التاريخ است؛ مثل این که شخص می داند پدر و پسری در حادثه ای جان داده اند، و می داند پدر در ساعت ۸ فوت کرده اما زمان فوت پسر نامعلوم است.

در مورد فرض اول که هر دو حادث معلوم التاريخ هستند، بحثی نیست و حکم روشن است و همه علما اتفاق نظر دارند که چون در آن شکی وجود ندارد، اصلاً جریان استصحاب معنی ندارد فلذا جاری نمی شود.

اما در مورد فروض دوم و سوم، اقوال علمای اصول و محققین مختلف است. در مجموع می توان گفت سه قول وجود دارد:

اول: استصحاب در تعاقب دو حادث مطلقاً جاری نمی شود چه هر دو مجهول التاريخ و چه یکی مجهول التاريخ و دیگری معلوم التاريخ باشد.

دوم: استصحاب در تعاقب دو حادث مطلقاً جاری می شود چه هر دو مجهول التاريخ و چه یکی مجهول التاريخ و دیگری معلوم التاريخ باشد.

سوم: برخی بین مجهول التاريخ و معلوم التاريخ تفصیل قائل شده اند و در برخی فروض آن را جاری و در برخی دیگر جاری نمی دانند به عبارت دیگر اگر هر دو مجهول التاريخ باشند

استصحاب جاری می‌شود و اجرای استصحاب در یک طرف با اجرای آن در طرف دیگر تعارض کرده و تساقط می‌نماید ولی اگر یکی از دو حادث، معلوم التاريخ و حادث دیگر مجهول التاريخ است، استصحاب در طرف مجهول التاريخ جاری می‌شود (نائینی/ ۱۳۶۸ ه.ش/ ۲/ ۴۲۲).^۱ به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر موافق مشهور است (حیدری/ ۱۴۱۲ ه.ق/ ۲۸۵؛ انصاری/ ۱۴۲۸ ه.ق/ ۳/ ۲۵۰).^۲

قانون مدنی اصل مزبور را در ماده ۸۷۴ خود در حل مسأله ارث دو نفر از یکدیگر مورد عمل قرار داده است (امامی/ ۲/ ۴۴؛ کاتوزیان/ ۱۳۸۸/ ۱۶۳).

ماده فوق می‌گوید: «اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد»

ماده ۸۷۳ قانون مدنی نیز در فرضی که هر دو حادث، مجهول التاريخ هستند، مقرر می‌دارد: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند، مجهول و تقدم و تأخر هیچ‌یک معلوم نباشد، اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند، مگر آنکه موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند». بدیهی است که استثنای ذیل ماده فوق مبتنی بر نص خاص بوده و اصولاً قابل تسری به موارد مشابه نمی‌باشد یعنی اگر اعضای یک خانواده مثل پدر و فرزندان به خاطر گاز گرفتگی یا حادثه رانندگی فوت نمایند و تقدم و تأخر فوت آنان مشخص

۱. «(هذا) إذا كان الشك في البقاء بالنسبة إلى أجزاء الزمان (و اما). إذا كان بالإضافة إلى حادث آخر كما إذا علم بحدوث موت المورث و إسلام وارثه و شك في تقدم أحدهما على الآخر أو مقارنتهما (ففي). جریان الاستصحاب في كل منهما أو عدم جريانه كذلك أو التفصيل بين ما إذا علم تاريخ أحدهما فلا يجري الاستصحاب فيه و يجري في مجهول التاريخ فيحكم بعدم تحقق موضوع الإرث عند معلومية تاريخ الموت و الشك في تقدم الإسلام عليه و تأخره و تحققه فيما إذا علم تاريخ الإسلام و شك في تقدم الموت عليه و بين ما إذا جهل تاريخهما معا فلا يجري الاستصحاب فيهما بالتعارض وجوه (و الحق هو التفصيل). وفاقا لشيخنا العلامة الأنصاري»

۲. «ثم الظاهر أن المشهور ترتيب آثار تأخر مجهول التاريخ عن معلومه حين استصحاب عدم حدوث مجهول التاريخ إلى زمان معلومه و لعل ذلك هو الأظهر خلافاً لجملة من المتأخرين».

نباشد نمی توان به استناد ماده مذکور حکم به توارث آنها داد این امر با توجه به ظاهر ماده قابل استنباط است؛ زیرا نحوه بیان حکم که به صورت نفی و استثناء است، از نظر ادبی نشان می دهد مورد استثناء در دو مورد مذکور محدود است. برخی از حقوق دانان به این نکته اشاره نموده (امامی / ۱۳۷۶ ه.ش / ۳ / ۱۹۴). و بعضی از آن استقبال کرده اند؛ (کاتوزیان / ۱۳۸۰ ه.ش / ۴۵ - ۴۶). زیرا محدود ساختن استثناء که یک حکم خلاف قاعده است به دو مورد یاد شده، موجب می گردد از موارد خلاف قاعده کاسته و مجال برای جریان قاعده، که شرط ارث، حیات در زمان موت مورث است، فراهم آید. در نتیجه در مورد گازگرفتگی اعضای یک خانواده و یا حوادث رانندگی بر اساس ماده ۸۷۳ ق.م ارث ثابت نیست و آنان از یکدیگر ارث نمی برند.

از نقطه نظر فقهی استثنای ذیل ماده ۸۷۳ ق.م مبتنی بر روایاتی است که از اهل بیت رسیده (محدث نوری / ۱۴۰۸ ه ق / ۱۷ / ۲۲۹). و بر اساس آن دو مورد استثناء گردیده یکی موت در اثر غرق و دیگر موت در اثر هدم می باشد. این مسئله مورد قبول اکثر فقیهان قرار گرفته بلکه برخی آن را مورد اتفاق همه آنان قرار داده اند (نجفی / بی تا / ۳۰۶ / ۳۹؛ فخر المحققین / ۱۳۸۷ ه ق / ۴ / ۲۷۶).

صاحب جواهر این حکم را چنین بیان نموده است: «فصل سوم در ارث غرق شدگان و کسانی که زیر آوار قرار گرفته اند. آنان از یکدیگر ارث می برند. در این حکم مخالفی نیافتم. بلکه اجماع به هر دو قسم آن بر این است.» (نجفی / بی تا / ۳۰۶ / ۳۹).^۱ بعد از ورود این استثناء این مسئله مطرح گردیده که آیا این حکم به دو مورد مذکور اختصاص دارد یا بقیه مواردی را که تقدم و تاخر موت وارثان معلوم نیست را شامل می گردد. دو قول در فقه ذکر گردیده است:

قول نخست به اکثر فقیهان نسبت داده شده است (شهید ثانی / ۱۴۱۳ / ۱۳ / ۲۷۱؛ نجفی / بی تا / ۳۰۹ / ۳۹). چون تعمیم حکم وارد در مورد غرق و هدم به دیگر موارد بر خلاف قاعده است و قول دوم که جمعی از قدما و متأخرین بر آن هستند مشهور در میان مراجع می باشد با این استدلال

۱. «الثالث في ميراث الغرقى و المهذوم عليهم و هؤلاء يرث بعضهم من بعض بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»

که هرچند حکم در مورد غرق و هدم بر خلاف قاعده است لیکن با دقت روشن می‌گردد که علت حکم مذکور در دو مورد یاد شده مجهول بودن تقدم و تأخر موت متوارثان است و این علت در سایر موارد نیز وجود دارد. زیرا در خصوص دو مورد مذکور امتیازی نیست تا حکم را به خود اختصاص دهد و شامل دیگر موارد نگردد (خوئی/بی تا/۳۹۵). آنچه این نکته را روشن می‌سازد این است که در زمان صدور روایات سبب غالب در مرگ‌های دسته‌جمعی غرق و هدم بوده و اسباب دیگری که امروزه سبب مرگ‌های مذکور می‌گردد مانند تصادف، سقوط هواپیما، گازگرفتگی دسته‌جمعی و مانند آن، وجود نداشته است و به همین خاطر در روایات رسیده فقط به دو مورد یاد شده اشاره شده است (لنکرانی / ۱۴۲۲ هـ ق/۴۹۴). ابن حمزه در وسیله (بن حمزه / ۱۴۰۸ هـ ق/۴۰۰). و ابی‌الصلاح حلبی (حلبی / ۱۴۰۳ هـ ق/۳۷۶). با قرار دادن احتراق و قتل در کنار غرق و هدم به تعمیم حکم به دو مورد یاد شده روی آورده‌اند و شیخ طوسی در نهاییه (شیخ طوسی / ۱۴۰۰ هـ ق/۶۷۴). تلویحا آن را پذیرفته است. همچنین این قول از ابن جنید (اسکافی / ۱۴۱۶ هـ ق/۳۳۹). نیز حکایت شده است.

مراجع معاصر نیز تعمیم حکم مذکور را به سایر موارد پذیرفته‌اند. حضرات آیات عظام امام خمینی، (امام خمینی/بی تا/۴۰۱). گلپایگانی، (گلپایگانی/۱۳۷۲ هـ ش/۱۷۳/۳). خوئی، (خوئی / ۱۴۱۰ / ۲ / ۳۸۱). خامنه‌ای، (گنجینه استفتائات قضایی / سؤال ۵۳۹۸). تبریزی، (تبریزی / ۱۴۲۶ هـ ق/۴۸۰/۲). بهجت، وحید خراسانی، (وحید خراسانی / ۱۴۲۸ هـ ق/۴۳۷/۳). صافی گلپایگانی، فاضل لنکرانی، (فاضل لنکرانی / ۱۴۲۲ هـ ق/۴۹۴). نوری همدانی و موسوی اردبیلی به تعمیم حکم به مواردی که سبب مرگ مانند حرق، قتل در معرکه یا درنده باشد، فتوی داده‌اند.

عبارت حضرت امام در تحریر الوسيله بدین صورت است: «اگر سبب موت غیر از هدم و غرق بود هر سببی که باشد یا مرگ طبیعی بود یا سبب مرگ آن دو مختلف بود آیا به قرعه یا مصالحه حکم می‌گردد یا حکم آن حکم غرق یا هدم است. در مسئله وجوهی است، قوی‌ترین آنها وجه اخیر است هرچند احتیاط به تصالح مطلوب است به ویژه هنگامی که مرگ هر دو یا مرگ یکی به مرگ طبیعی باشد. این حکم در موارد مرگ بیش از دو نفر نیز جاری است.» (امام خمینی/بی

تا/۲/۴۰۱).^۱ از این رو بر اساس نظریه مشهور مراجع در مورد فرض که سبب مرگ آنان، گاز گرفتگی و یا حوادث رانندگی است اعضای خانواده مذکور از یکدیگر ارث می‌برند (گنجینه استفتائات قضایی / سؤال ۶۷۲). در نتیجه در مورد مرگهای دسته جمعی به غیر از مورد غرق و هدم، در صورتی که بین وارثان اختلاف بود و برای حل اختلاف به دادگاه مراجعه کنند، حاکم بر اساس قانون، به عدم ارث حکم می‌نماید. و در صورت که بین وارثان اختلاف نباشد، وارثان بر اساس فتوای مراجع عظام از یکدیگر به حساب می‌آورند.

به هر حال از آن جا که بحث اصل تأخر حادث، خود یکی از فروع و مصادیق استصحاب می‌باشد، می‌توان گفت: موضوع مجهول یا معلوم که همان مستصحب می‌باشد می‌تواند از امور حلال و مباح باشند یا از امور غیر حلال. در واقع استصحاب به اعتبارات مختلف، به انقساماتی منقسم می‌شود و به اعتبار خود امر مستصحب، تقسیم می‌شود به استصحاب وجودی و استصحاب عدمی، استصحاب حکمی و استصحاب موضوعی، استصحاب حکم تکلیفی و استصحاب حکم وضعی، استصحاب تنجیزی و استصحاب تعلیقی، استصحاب مثبت و استصحاب غیر مثبت و استصحاب جزئی و استصحاب کلی که خود استصحاب کلی نیز به سه دسته تقسیم می‌شود (مشکینی، اصطلاحات الاصول، ذیل واژه استصحاب) آن چه در استصحاب مهم است تحقق شرایط و ارکان آن است یعنی با وجود شرایط و ارکان استصحاب، می‌خواهد مستصحب از هر قسمی باشد، یا اصل تأخر حادث، جاری و ساری خواهد بود. هر چند در برخی از نوشته‌های اصولی، شرایط و ارکان استصحاب یکی انگاشته شد یعنی همان چیزی که در برخی از کتاب‌ها به عنوان ارکان آورده شده در بعضی دیگر، به عنوان شرایط ذکر شده است اما در بعضی از سندها، میان آن دو فرق گذاشته شده است (حکیم/۴/۲۲۰). در واقع شرایط استصحاب،

۱. «و إن كان السبب غیرها أي سبب كان أو كان الموت حتف أنف أو اختلفا في الأسباب فهل يحکم بالقرعة أو التصالح أو كان حکمه حکم العرفی و المهذوم علیهم؟ وجوه، أقواها الأخير و إن كان الاحتياط بالتصالح مطلوباً سيما فيما كان موثقاً أو موت أحدهما حتف أنف، و یجری الحکم في موت الأكثر من اثنين.»

هرچیزی است که در جریان یا فعلیت یافتن استصحاب موثر بوده ولی داخل در ماهیت آن نیست مانند آن که در جریان استصحاب شرط است که ادله اجتهادی (امارات) مربوط به مورد استصحاب، موجود نباشد و یا این که با استصحاب دیگری معارض نباشد در حالی که ارکان استصحاب، اموری است که حقیقت و قوام استصحاب به آنها بستگی دارد هرچند در تعداد آن اختلاف است.^۱ مشهور اصولیون می‌گویند: استصحاب دارای دو رکن است: یقین سابق؛ شک لاحق (حیدری / ۱۴۱۲ ه. ق / ۲۹۵).^۲ برخی دیگر هم چون محقق نائینی برای استصحاب سه رکن قائل شده‌اند: اجتماع یقین و شک در زمان واحد؛ سابق بودن زمان متیقن بر مشکوک و فعلیت یقین و شک (نائینی / ۱۴۱۷ ه. ق / ۴ / ۳۱۷؛ میرزای آشتیانی / ۱۴۰۳ ه. ق / ۳ / ۱۳). برخی دیگر از اصولیون، ارکان استصحاب را تا هفت مورد شمرده‌اند: یقین؛ شک؛ وحدت متعلق در یقین و شک؛ فعلیت یقین و شک؛ وحدت قضیه متیقنه و مشکوکه در جمیع جهات؛ اتصال زمان شک به زمان یقین و تقدّم یقین بر شک (حکیم / ۱۴۱۸ ه. ق / ۴۰ / ۴). برخی دیگر، هم چون شهید صدر برای استصحاب، چهار رکن ذکر کرده‌اند: یقین به حدوث؛ شک در بقا؛ وحدت زمان شک و یقین؛ وجود اثر شرعی برای حالت سابق (صدر / ۱۴۰۵ ه. ق / ۲ / ۲۵۴).^۳ شهید صدر در مقام بیان ارکان اربعه در ذیل رکن چهارم می‌افزاید: جریان استصحاب متوقف است بر این که مستصحب، حکم شرعی باشد و یا موضوعی که واجد اثر شرعی باشد چه در غیر این صورت، مستصحب امری بیگانه از شارع تلقی شده و الزام به تعبد به آن از سوی شارع بی معنی خواهد بود (همان / ۲۵۸).^۴

۱. در واقع می‌توان گفت ارکان استصحاب، موجب تحقق مقتضی برای جریان استصحاب خواهد بود اگر با مانعی برخورد نکند که مانع عدم تحقق شرایط است.

۲. «شرط الاستصحاب تحقق رکنیه و هما یقین السابق و الشك اللاحق فإذا زال أحدهما لم یجر الاستصحاب»

۳. «و المستفاد من دلیل الاستصحاب المتقدم تقومه بأربعة أركان: الأول: اليقين بالحدوث. و الثاني: الشك في البقاء. و الثالث: وحدة القضية المتیقنة و المشكوكة. و الرابع: كون الحالة السابقة في مرحلة البقاء ذات أثر مصحح للتعبد ببقائها»

۴. «ان الاستصحاب يتوقف جريانه على ان يكون المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعاً، يترتب عليه الحكم الشرعي لأنه إذا لم يكن كذلك يعتبر أجنبياً عن الشارع، فلا معنى لصدور التعبد منه بذلك...»

اصولیونی هم که مانند شهید صدر، «وجود اثر شرعی برای حالت سابق» را به عنوان رکنی از ارکان استصحاب، ذکر نموده اند به این نکته اذعان دارند که «وجود اثر شرعی برای حالت سابق» شرط ضروری برای اجرای استصحاب است هر چند ارکان استصحاب تمام باشد (نائینی / ۱۳۳۸ ه.ش / ۲ / ۲۸۲؛ موسوی تبریزی / ۱۳۶۹ / ۴۸۹؛ میرزای آشتیانی / ۱۴۰۳ ه.ق / ۱ / ۸۴؛ خمینی / ۱۴۱۸ ه.ق / ۲ / ۲۵۱؛ امام خمینی / ۱۳۸۲ ه.ق / ۳ / ۲۰۷).^۱ به هر حال با استجماع شرایط و ارکان استصحاب و از جمله «وجود اثر شرعی برای حالت سابق»، استصحاب جاری خواهد بود و فرقی نمی کند موضوع مجهول یا معلوم که همان مستصحب می باشد از امور حلال و مباح باشد یا از امور غیر حلال. بنابراین در موردی که امر حرامی نیز مورد استصحاب قرار گیرد در صورتی که ارکان و شرایط مذکور موجود باشد، منعی از جریان استصحاب وجود ندارد چه این که حرام یا حلال بودن مستصحب از شرایط استصحاب نبوده و لزوم اثر شرعی داشتن برای حالت سابق، اعم است از این که اثر حلال باشد یا حرام.

نتیجه

موضوع مجهول یا معلوم که همان مستصحب می باشد می تواند از امور حلال و مباح باشند یا از امور غیر حلال. آن چه مهم است استجماع شرایط و ارکان استصحاب است.

۱. «و ان أريد منه الوجوب الكلبي المعلوم سابقا المشكوك ارتفاعه، ففيه ان أركان الاستصحاب و ان كانت تامة فيه الا انه ليس في المقام أثر شرعي مترتب على بقاء الكلبي فإن وجوب الفرد الباقي و ان كان من لوازمه واقعا إلا انه من الآثار العقلية دون الشرعية»

منابع و مأخذ

۱. ابن حمزه، محمد بن علی، ۱۴۰۸ هـ ق، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، چاپ اول.
۲. اسکافی، ابن جنید، ۱۴۱۶ هـ ق، مجموعه فتاوی ابن جنید، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
۳. امامی، سید حسن، بی تا، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۲.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۲۸ هـ ق، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ هشتم، جلد ۳.
۵. تبریزی، میرزا جواد، ۱۴۲۶ هـ ق، منهاج الصالحین، مجمع الإمام المهدی (عج)، قم، چاپ اول، ج ۲.
۶. حکیم، سید محمد تقی، ۱۴۱۸ هـ ق، الأصول العامة، المجمع العالمي لأهل البيت «ع».
۷. حکیم، سید محمد سعید، بی تا، المحکم فی اصول الفقه، ج ۴.
۸. حلبی، ابو الصلاح، ۱۴۰۳ هـ ق، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، چاپ اول.
۹. حلّی، فخر المحققین، ۱۳۸۷ هـ ق، إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ج ۴.
۱۰. حیدری، سید علی نقی، ۱۴۱۲ هـ ق، اصول الاستنباط، شورای مدیریت حوزه علمیه قم.
۱۱. خراسانی، شیخ محمد کاظم، ۱۴۲۲ هـ ق، کفایه الاصول، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ ششم.
۱۲. خمینی، سید روح الله، ۱۳۸۲ هـ ق، تهذیب الاصول، قم، انتشارات اسماعیلیان، ج ۳.
۱۳. خمینی، سید مصطفی، ۱۴۱۸ هـ ق، تحریرات فی الاصول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی «قده»، ج ۲.
۱۴. خویی، سید ابو القاسم، ۱۴۱۷ هـ ق، مصباح الاصول، کتابفروشی داوری، ج ۳.

۱۵. خویی، سید ابو القاسم، ۱۴۱۹ ه.ق، دراسات فی علم الأصول، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ج ۴.
۱۶. خوئی، سید ابو القاسم، ۱۴۱۰، منهاج الصالحین، قم، نشر مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم، ج ۲.
۱۷. خوئی، سید ابو القاسم، بی تا، موسوعه الامام خویی، مؤسسه احیاء آثار الامام خویی، ج ۲۸.
۱۸. شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه.ق، مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ج ۱۳.
۱۹. شیخ طوسی، ۱۴۰۰ ه.ق، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الکتب العربی، چاپ دوم.
۲۰. صدر، سید محمد باقر، ۱۴۰۵ ه.ق، دروس فی علم الأصول، دار المنتظر، ج ۲.
۲۱. فاضل لنکرانی، محمد، ۱۴۲۲ ه.ق، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الطلاق و الموارث، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول.
۲۲. فاضل لنکرانی، محمد، ۱۴۲۲ ه.ق، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الطلاق و الموارث، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول.
۲۳. فرهنگ نامه اصول فقه، ۱۳۸۹، پ قم، ژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ دوم.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۰ ه.ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی (ارث)، تهران، انتشارات دادگستر، چاپ دوم.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸، دور مقدماتی حقوق مدنی (درسهایی از شفعه، وصیت، ارث)، تهران، نشر میزان، چاپ چهاردهم.
۲۶. گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۳۷۲ ه.ش، مجمع المسائل، قم، دار القرآن الکریم، چاپ چهارم، ج ۳، ص ۱۷۳.
۲۷. گنجینه استفتائات قضایی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا - قم، سؤال ۵۳۹۸، سؤال ۶۷۲.
۲۸. مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، ج ۱، ص ۶۰۶.
۲۹. موسوی تبریزی، ۱۳۶۹، أوثق الوسائل، قم انتشارات کتبی نجفی.

۳۰. میرزای آشتیانی، ۱۴۰۳ ه.ق، بحر الفوائد، قم، کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی، ج ۳.
۳۱. نائینی، محمد حسین، ۱۳۶۸ ه.ش، أجود التقریرات، قم، انتشارات مصطفوی، ج ۲.
۳۲. نائینی، محمد حسین، ۱۴۱۷ ه.ق، فوائد الأصول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۴.
۳۳. نجفی، محمد حسن، بی تا، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، هفتم، ج ۲۹، ۳۹.
۳۴. نوری، میرزا حسین، ۱۴۰۸ ه ق، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، اول، ج ۱۷.
۳۵. وحید خراسانی، حسین، ۱۴۲۸ ه ق، منهاج الصالحین، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، چاپ پنجم، ج ۳.