

Research Article

Examining the practical principle or legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case of Istihab to be a presumption

Abolfazl roozbahani^۱, asghar Arabian^۲, seyed Mohammad sadegh mousavi^۳

Received: ۲۰۲۱/۰۳/۰۳

Accepted: ۲۰۲۳/۰۸/۱۶

Abstract

legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case, which is one of the most used subjects in the sciences of jurisprudence, the principles of jurisprudence and law, from the beginning of the science of the principles of jurisprudence, until the era of Vahid Behbahani, the scholars of Usul believed that the reason for the validity of legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case is traditions, and that is a rule of devotion and It is an establishment when there is doubt, and as a result, it is one of the practical principles. But most of the Islamic scholars after the time of Vahid Behbahani believe that the reason for the validity of Istihab is the reason and practice of the wise. Therefore, Istihab is a presumptive evidence (reason for ijtehad). Sheikh Ansari, with the innovative design of practical principles, has put legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case next to three other practical principles and has changed its nature from being a narrative principle to a practical principle. If we consider legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case as an arama, legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case is a way and a discovery for reality. And if we consider it as the original, it is mandatory only to remove confusion and confusion, and its benefit is where legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case conflicts with an Amara. Legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case is the original, in this case it discards the previous and original legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case. Because it is possible to refer to the principles of jurisprudence when it is not possible to solve the problem from the principles of ijtehad.

Keywords: legal presumption of continuity of the status quo in doubtful case, practical principle, presumption, proof of ijtehad.

^۱ - PhD student, Department of Private Law, at Science and Research Unit, Islamic Azad University, tehran, Iran.

^۲- Associate Professor, Department of Law, Science and Research Unit, Islamic Azad University, tehran, Iran.(corresponding author) a.arabiyan56@gmail.com

^۳- Associate Professor, Department of Law, shahid motahari Unit, Tehran, Iran.

بررسی اصل عملی یا اماره بودن استصحاب

ابوالفضل روزبهانی^۴، اصغر عربیان^۵، سید محمد صادق موسوی^۶

چکیده

استصحاب که یکی از موضوعات پرکاربرد در علوم فقه و اصول فقه و حقوق است، از آغاز پیدایش علم اصول فقه، تا زمان وحید بهبهانی، علمای اصول بر این باور بودند، دلیل حجیت استصحاب، روایات است و استصحاب، یک قاعده تعبّدی و تأسیسی در هنگام شک و تردید است و در نتیجه استصحاب، یکی از اصول عملیه است. اما اغلب علمای اصولی بعد از زمان وحید بهبهانی بر این باورند که دلیل حجیت استصحاب، عقل و سیره و روش عقلاء است، بنابراین، استصحاب، اماره ظنی (دلیل اجتهادی) است. شیخ انصاری با طرح ابتکاری اصول عملیه، استصحاب را در کنار سه اصل عملی دیگر قرار داده و آن را از اماره نقلی بودن به اصل عملی تغییر ماهیت داد. اگر استصحاب را اماره بدانیم، استصحاب طریق و کاشفی برای واقع است. و اما اگر آن را اصل بدانیم صرفاً برای رفع تحیر و سرگردانی مکلف است و فایده آن در جایی است که استصحاب با اماره ای تعارض کند، حال آنکه اگر قائل شویم که استصحاب اماره است سر دو دلیل ساقط می شوند و اما اگر قائل شویم که استصحاب اصل است، در این صورت اماره مقدم و وارد بر اصل استصحاب است. زیرا ما زمانی سراغ اصول فقاهتی می رویم که امید از اصول اجتهادی باشیم.

واژگان کلیدی: استصحاب، اصل عملی، اماره، دلیل اجتهادی.

^۴ - دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

^۵ - دانشیار گروه حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

^۶ - دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه شهید مطهری ره، تهران، ایران.

از آنجائیکه استصحاب ریشه در علم سابق دارد، یکی از مهمترین و کاربردی ترین اصول مورد بحث در علم فقه و اصول فقه به شمار می رود. این مهم بر اهل سنت نیز پوشیده نیست بطوریکه فاضل تونی می گوید: فتوهای علمای فقه در عقود و ایقاعات، اغلب به استصحاب استناد جسته اند. (تونی، ۱۴۱۵، ۲۱۸) بدین ترتیب، تعیین ماهیت استصحاب و تشخیص اصل و یا اماره بودن آن، امری بسیار مهم و کاربردی است.

بین اماره و اصل تفاوت های بسیاری وجود دارد که در صورت اثبات هریک از این دو، نتایج علمی و عملی زیادی بر آن مترتب می شود. در صورت اثبات اینکه استصحاب یکی از اصول عملیه است، اثرات شرعی بر لوازم عقلیه و عادی مستصحب اثبات نخواهد شد و معتبر نخواهد بود. ضمناً جایگزینی و جانشینی استصحاب به جای علم و قطع و یقین در اکثر موارد مورد شک و تردید جدی قرار خواهد گرفت. حال آنکه اگر اماره بودن استصحاب ثابت گردد، آن اثرات مستصحب اثبات شده دارای وجاهت و اعتبار، خواهند شد و ضمناً: در اینصورت بر فرض اثبات اماریت استصحاب، آثار مستصحب ثابت می شود و معتبر خواهد بود و جایگزینی و جانشینی قطع و یقین، برای استصحاب کاملاً مسجل می گردد. این دو اثر مستقیم اماره بودن استصحاب، دارای نتایج کاربردی فراوانی در استنباط فروع فقهی است و تعیین اصل و اماره بودن یک دلیل در مقام استدلال، نتایج خاصی به بار می آورد. اولویت ادله از حیث تقدم و تأخر، اعتبار آثار شرعی غیرمستقیم ادله و جانشین شدن آن ها به جای قطع موضوعی و طریقی، به شکل مستقیم متأثر از تعیین ماهیت آن ها است که بعد از اثبات اماره بودن آن، برخی از آثار نیز در ادامه بیان خواهد شد. در این پژوهش به بررسی اماره بودن و اصل بودن استصحاب از منظر عالمان اصولی پرداخته شده و متعاقب آن آثار فقهی و علمی استصحاب با توجه به این نظرات بیان می شود.

بحث های اصولی از جهت پیشینه تاریخی همواره به یک منوال نیستند. برخی از مسائل اصول فقه همزمان با پیدایش علم اصول در عرصه تدوین پدید آمده و میدان اندیشه ها و تضارب آراء و افکار دانشوران بوده اند و پاره ای از مسائل نیز بعدها به آن پیوسته اند؛ مسئله ی استصحاب هم از جمله مسائلی است که به صورت یک مسئله و دغدغه ی فکری، همواره ذهن اصولی اندیشمندان این علم را به خود مشغول ساخته است، اگرچه که در آغاز به شکلی ابتدائی و کم حجم مطرح بوده و چندان اهمیتی نداشته است.

علمای متأخر اصول فقه در تقسیم مباحث و مسائل علم اصول، ادله را به دلیل قطعی، اماره و اصل عملی تقسیم نمودند و ریشه این تقسیم، به تبعیت از تقسیم احکام به حکم واقعی و ظاهری بر می گردد. به طور قطعی و یقینی، نمی توان گفت این تقسیمات در زمره اختراعات و ابتکارات چه کسی است ولی آنچه از شواهد و قرائن بر می آید، ظهور این تقسیمات از زمان وحید بهبهانی آغاز گردیده است و قبل از ایشان در کتاب های شهید اول و شهید ثانی (ره)، علامه حلّی (ره) و محقق حلّی (ره) و شیخ طوسی (ره) هیچ ذکری از اصل عملی و اماره به معنای اصطلاحی امروزی یافت نمی گردد. شهید صدر (ره) «وحید بهبهانی» را مبتدع مرحله سوم علم فقه و تاریخ آن می داند، و دلیل آن را اینگونه بیان می دارد: مفهوم اصل عملی توسط وحید بهبهانی و شاگردانش مثل محمدتقی صاحب حاشیه بنا نهاده شده است (صدر، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۲۱). در جای دیگر آصفی در قسمت مقدمه کتاب الفوائد الحائریه پس از اینکه به ریشه و اصالت تقسیم ادله به: امارات و اصول عملیه اشاره می نماید، آن را در اصل از ترشحات و تفکرات ذهنی وحید بهبهانی به شمار می آورد (بهبهانی، ۱۴۱۵، ۵۷ تا ۴۸). شیخ انصاری (ره) و عده ای دیگر از علمای اصول بین امارات و اصول عملیه فرق

قائل شده اند و مثبتات امارات را حجت و مثبتات اصول عملیه را نامعتبر دانسته اند. ایشان در این مباحث بویژه در مبحث اصول عملیه، ابداع، ابتکار و نبوغ ویژه ای داشتند که موجب شهرت او نیز گردید. مبانی این تقسیمات، توسط شیخ انصاری و اصولی های بعد از وی تعمیق و تحکیم شده است. برخی دیگر با قطع نظر از اماره و یا اصل عملی بودن دلیل، معیارهای دیگری را بیان نموده اند.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. تعریف استصحاب

استصحاب از اصول عملی و برای آن تعریف‌هایی ذکر شده است که بعضی همه آن‌ها را به یک تعریف برگردانده‌اند و آن حکم به بقای حکم شرعی یا موضوع حکم، که بقای آن مشکوک است. (آخوند خراسانی ۱۴۳۱، ص ۳۸۴)

۱-۲. ادوار استصحاب

۱-۲-۱- پیدایش و تکون استصحاب: بی تردید کشف و بهره‌گیری از استصحاب در فقه اسلامی، جزو افتخارات دانشمندان اسلامی است. با توجه به مفقود شدن تألیفات فقه اسلامی در گذشته اینکه کاشف آن چه شخصی یا گروهی بوده دقیقاً مشخص نمی‌باشد. اگر بر لفظ استصحاب پافشاری نکنیم، در کتب روایی اسلام، به اخبار فراوانی بر می‌خوریم که یا به طور عام و یا در موارد خاص در مورد استصحاب وارد شده‌اند. از میان اثرات بجا مانده از دانشمندان امامیه، التذکره باصول الفقه شیخ مفید (۴۱۳ق) اولین اثری است که در آن واژه «استصحاب» مصطلح بکار رفته است.

۱-۲-۲- دوره عقلی انگاری استصحاب: با آغاز غیبت کبری (۳۲۹ق) و محروم شدن مسلمانان از دامن پرفیض ائمه اطهار(ع)، دانشمندان امامیه به استصحاب به عنوان یک قاعده و دلیل عقلی نگریسته و آن را به عنوان یک دلیل فقهی، در کنار استقرا و قیاس و مانند آن، تحت عنوان ادله عقلی، و در مقابل ادله احکام (کتاب، سنت، اجماع) مطرح نموده و آن را «استصحاب حال» نامگذاری کردند. شیخ انصاری در این باره می‌نویسد: «ظاهر سخنان بیشتر دانشمندان، مانند شیخ طوسی، سید مرتضی، سید بن زهره، محقق حلی، علامه حلی، شهید اول و دوم و صاحب معالم این است که آنها استصحاب را حکم (دلیل) عقلی می‌دانستند. به همین خاطر، هیچیک از این بزرگان، برای حجیت استصحاب به اخبار تمسک نکرده‌اند» (شیخ انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۵۴۳). تفکر عقلی انگاری استصحاب، قریب به هفتصد سال بر افکار و عقاید دانشمندان امامیه حاکم بود تا اینکه طبق تحقیق شیخ انصاری، شیخ عزالدین حسین بن عبدالصمد، پدر شیخ بهایی (۹۸۴ق) در حجیت استصحاب برای اولین بار به اخبار تمسک نموده و از تمسک به ادله عقلی امتناع ورزید و به این ترتیب به این دوره از استصحاب پایان داده شده و دوره جدیدی آغاز گردید.

۱-۲-۳- دوره نقلی انگاری استصحاب: «بین سال های ۹۵۰ تا ۱۱۵۰ بر اثر سخت گیری صفویه بر علوم عقلی حتی علم اصول فقه، گرایش شدیدی به طرف تدوین اخبار و استناد هرچه بیشتر به اخبار در شعب علوم عقلی پدید آمد و نیروهای عظیم انسانی صرف این کار شد و اخباریان در این دو قرن نضجی گرفتند و امثال امین استرآبادی و صاحب حدائق و شیخ حرّ عاملی در این دوره پدید آمدند.» (مجله دادگستری، س ۴۵، ش ۲، ص ۱۰۴). در دوره پیشین که مهمترین مستند استصحاب را ادله عقلی تشکیل داده و استصحاب به عنوان یک دلیل و اماره عقلی شهرت یافته بود، در اثر نهضت اخباریان، مهم ترین مستند حجیت استصحاب را اخبار تشکیل داده و به عنوان یک اماره نقلی شهرت یافت. شیخ انصاری در مورد اولین کسی که در حجیت استصحاب به روایات تمسک کرده می نویسد: «بنابر آنچه که من یافته ام، نخستین کسی که به اخبار تمسک و استدلال کرده است، طبق آنچه که در کتاب العقد الطهماسبی از او حکایت شده است، پدر شیخ بهایی است و پس از وی، محقق سبزواری در ذخیره و محقق خوانساری در شرح الدروس از وی پیروی کردند و آنگاه تمسک به اخبار بر حجیت استصحاب در میان متأخران از آنها، رواج پیدا کرد. (شیخ انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۵۴۳)

۱-۲-۴- دوره اصل انگاری استصحاب: با ظهور شیخ انصاری (۱۲۸۱ق) استصحاب وارد مرحله جدیدی گردید. دقت بی نظیر او در مسائل فقه و اصول، روش و شیوه ابتکاری او در طرح مسائل فقه و اصول و از جمله در مسأله استصحاب، او را به ابرمردی در تاریخ فقه و اصول تبدیل کرد. ایشان استصحاب را در کنار سه اصل عملی دیگر، یعنی برائت، احتیاط و تخییر به طور حصری قرار داد و ماهیت استصحاب را از اماره نقلی بودن به اصل عملی نقلی تغییر داد. مسأله فقهی یا اصولی بودن استصحاب به صراحت در این دوره مطرح گردید و شیخ انصاری استصحاب جاری در شبهات حکمیه را اصولی، و استصحاب جاری در شبهات موضوعیه را فقهی دانست. (شیخ انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۵۴۴ تا ۵۴۶) اما این ملاک توسط دانشمندان متأخر از وی، مورد انتقاد قرار گرفت. همچنین اماره یا اصل بودن استصحاب در این دور مطرح گردید و شیخ انصاری معتقد است که اگر ملاک حجیت استصحاب حکم (دلیل) عقل بوده و استصحاب از باب ظن نوعی حجت باشد استصحاب اماره است؛ اما اگر اخبار مستند حجیت استصحاب باشد، یک اصلی عملی است.

۲- مثبتات ادله و ارتباط آن با تقسیم دلیل به اماره و اصل عملی

یکی از مباحث بنیادی و کاربردی در علم فقه و اصول فقه، اعتبار مثبتات ادله می باشد. امارات و اصول عملیه همانطور که می توانند دارای آثار شرعی مستقیم باشند، می توانند دارای آثار شرعی غیر مستقیم نیز باشند. اعتبار این لوازم و آثار غیر مستقیم تحت عنوان مثبتات ادله بررسی می شود. تقسیم ادله به اماره و اصل عملی و ارائه دو ماهیت متفاوت برای ادله، منشأ بحث حجیت مثبتات ادله می باشد. با توجه به اینکه اصطلاحات اماره و اصل عملی در روایات و آیات قرآن وجود ندارند، تقسیم دلیل به اصل عملی و امارات، براساس حصول نتایجی می

باشد که در گذشته در علم اصول فقه مورد توجه نبوده است. تعاریف متداول اماره و اصل عملی خود حاکی از این تفاوت می باشد. در یک تعریف کلی اماره، دلیلی است که نسبت به متعلق خود کاشفیت دارد و از واقع حکایت می کند، اما اصل عملی واقع را اثبات نمی کند و هدف آن تعیین وظیفه‌ی مکلف در مقام عمل است (نائینی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۴۸۱). مرحوم مظفر تعبیر اماره را مترادف با تعبیر حجت در اصطلاح علمای اصول می داند و می گوید هر چیزی که متعلق خود را اثبات کند و به حد یقین نرسد، حجت و امارت است (مظفر، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۲). بر همین اساس بوده است که عده ای از علمای اصول، تفاوت اماره و اصل عملی را یک تفاوت ماهیتی می دانند. (صدر، ج ۶، ص ۱۷۶ و نائینی، ج ۴، ص ۴۸۱) اما گروهی دیگر، تفاوت اصل عملی و اماره را یک تفاوت جوهری قلمداد نمی کنند و در خصوص اعتبار مثبتات ادله به مفادّ خود ادله حجیت امارات و اصول عملیه توجه می کنند. (لنگرودی، ج ۲، ص ۳۰۰ و خوئی، مصباح الاصول، ص ۲۳۱).

غالب فقهای متأخر مثبتات دلیل استصحاب را معتبر نمی دانند. به همین علت در بسیاری از اوقات می گویند اصل مثبت حجت نیست و مقصود آن‌ها عدم اعتبار آثار شرعی مترتب بر لوازم عقلی و عادی مستحب است. البته برخی از اصولی‌ها با طرح جعل علمیت برای امارات، مثبتات اماره را معتبر میدانند ولیکن، مثبتات اصول را به علت عدم جعل کاشفیت، فاقد اعتبار میدانند. برخی نیز با اعتقاد به اطلاق ادله حجیت امارات، نسبت به لوازم آنها و نبود چنین اطلاقی در اصول عملیه چنین تفاوتی را پذیرفته‌اند. (گلپایگانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۹)

۱-۲: **نظر شیخ انصاری:** از میان فقها می توان گفت که مرحوم شیخ انصاری (ره)، اولین فقهی است که بحث اصل مثبت را به عنوان یک مسأله مستقل بررسی می کند و بعد از وی این بحث جزء مباحث مهم اصول فقه و مخصوصاً استصحاب به حساب آمده و در بسیاری از مسائل فقهی و اصولی ارزش کاربردی فراوانی پیدا کرده است. شیخ انصاری در تنبیه ششم از تنبیهات استصحاب به این موضوع می پردازد (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۶۵۹). با توجه به برخی عبارتهای شیخ انصاری میتوان گفت از دیدگاه ایشان، بین مثبتات امارات و اصول عملیه تفاوت وجود دارد. مثبتات امارات حجت هستند؛ اما مثبتات اصول عملیه معتبر نیستند. براساس نظر شیخ مفادّ اماره، همان واقع است و زمانی که واقع برای شخص احراز شد تمام آثار آن، بر آن مترتب میشود چه آثار شرعی باشد و چه آثار عقلی (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۴۸).

مرحوم شیخ اعظم (ره) در ارتباط با اصول عملیه و در بحث استصحاب به شکل تفصیلی، عدم اعتبار مثبتات این اصل را تبیین می کنند و به طریق اولی میتوان گفت: مثبتات سایر اصول عملیه نیز معتبر نخواهد بود؛ چرا که در استصحاب درجه‌ای از احراز و تنزیل وجود دارد اما در اصل برائت هیچ احراز و تنزیلی وجود ندارد. شیخ انصاری معتقد است جعل حجیت برای لوازم مستصحب از نظر عقلی ممکن نیست؛ چرا که لزوم ترتیب آثار سابق متیقّن از ناحیه شارع فقط در آثار شرعی که از جانب شارع برای متیقّن جعل شده است، معقول است؛ به خاطر اینکه

فقط آنها قابلیت جعل را دارند، اما در آثار عقلی و عادی، جعل از ناحیه شارع معقول نیست. به تعبیر دیگر، شارع، مشکوک را نازل منزله متیقن کرده است و این تنزیل، فقط احکام و آثار شرعی که بر متیقن سابق مترتب میشود را شامل میشود و شامل آثار عقلی و عادی و یا آثار شرعی که بر آثار عقلی و عادی مترتب میشود، نمیشود چرا که آثار عقلی و عادی قابلیت جعل را ندارند و به اعتبار عالم ثبوت، غیرممکن است و آثار شرعی آنها نیز چون آثار خود متیقن نیست، ثابت نمیشوند. بله اگر خود اثر عادی و عقلی مورد استصحاب قرار میگرفت آثار شرعی آنها نیز ثابت میشد. (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۶۵۹)

بدین ترتیب باتوجه به بیانات مرحوم شیخ می توان نتیجه گرفت که، معنای عدم اعتبار لوازم استصحاب این است که استصحاب نمی تواند چیزی را در خارج اثبات کند تا اینکه حکم شرعی بر آن مترتب شود و این معنا در اصطلاح علم اصول، عدم حجیت اصل مثبت گفته میشود. مرحوم امام خمینی (ره) نیز در اشاره به نظر شیخ انصاری مینویسد: «دلیل عدم اعتبار لوازم اصول عملیه طبق نظر شیخ انصاری، انصراف آنها از آثار همراه با واسطه (عقلی یا عادی) میباشد.» (خمینی، الرسائل، ج ۱، ص ۱۷۷)

بدین ترتیب با در نظرگرفتن نظر مرحوم شیخ انصاری، از آنجاکه بر اساس نگرش غالب، استصحاب یک اصل عملی و یک اصل تعبدی محض است، لذا مثبتات آن از حیثه تعبد خارج و معتبر نمی باشد. (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۶۵۹)

۲-۲: نظر محقق خراسانی: به اعتقاد آخوند خراسانی، مثبتات امارات حکایتی، معتبر است اما مثبتات اصل استصحاب و سائر اصول عملیه معتبر نمی باشد. ایشان برای اثبات نظر خود می گوید: «همانطور که اماره حاکی از مؤدای خود می باشد و به آن اشاره می کند حاکی از اطراف (ملزوم، لوازم و ملازمات) خود نیز می باشد، لذا لازمه اطلاق دلیل اعتبار و حجیت اماره، لزوم تصدیق اماره در این حکایت می باشد که مقتضای آن حجیت مثبتات اماره می باشد. برخلاف امثال دلیل استصحاب؛ چرا که در آنجا باید بر تعبد به ثبوت مستصحب اکتفا کرد و دلالتی بر تعبد به ثبوت مشکوک به لحاظ اثر عقلی و عادی خود ندارد؛ پس استصحاب مانند سائر اصول تعبدی دلالتی بر اعتبار مثبتات ندارد، مگر در جایی که اثر واسطه به خاطر خفاء یا شدت وضوح، اثر خود مستصحب باشد.» (آخوند خراسانی، ۴۱۶). براساس استدلال محقق خراسانی، دلیل حجیت اماره مطلق است، لذا می توان گفت که لوازم امارات مطلقاً حجت است، اما در اصول عملیه چنین اطلاقی وجود ندارد.

۳-۲: نظر امام خمینی (ره): اما همانگونه که در جریان مباحث مختلف این تحقیق مشاهده شد، در بحث اعتبار لوازم اصول عملیه، علمای اصول بر اصل استصحاب متمرکز شده اند و به نظر میرسد به علت وضوح مطلب در اصل برائت، این اصل مورد بررسی قرار نگرفته است. چرا که اصل برائت صرفاً برای تعیین وظیفه عملی است و

نظری به واقع ندارد. اما در ارتباط با اصل استصحاب، هر چند امام خمینی (ره) نیز مانند شیخ انصاری و محقق خراسانی و میرزای نائینی معتقد به عدم اعتبار مثبتات استصحاب است، اما در تحلیل این حقیقت و برخی جهات دیگر، تفاوت‌هایی وجود دارد. به اعتقاد امام خمینی (ره)، اگر به ادله استصحاب، که مهمترین آنها صحیح زاره است مراجعه شود، تنها میتوان اعتبار آثار شرعی مستقیم خود مستصحب را ثابت کرد. و امکان اثبات آثار شرعی به شکل غیر مستقیم وجود ندارد؛ حتی اگر واسطه نیز، یک واسطه شرعی باشد. برای توضیح اعتقاد امام مثالی زده می‌شود بدین ترتیب که اگر فرض شود در گذشته یقین به عدالت حسن وجود داشته باشد و سپس در بقاء عدالت او شک حاصل شود، به کمک استصحاب، آثار یقین به عدالت مثل جواز اقتداء و شهادت در طلاق بر آن مترتب میشود؛ اما اگر خود این جواز اقتداء و یا جواز شهادت، اثر شرعی داشته باشند، آن اثر شرعی ثابت نمیشود. مثلاً یکی از آثار جواز شهادت، اثبات عید فطر براساس شهادت او میباشد و با صرف استصحاب عدالت این اثر شرعی با واسطه ثابت نمی‌شود.

برای اثبات این نظریه میتوان مقدماتی را ذکر کرد:

۱- هرگاه یقین به چیزی حاصل شود و برای آن لازم و ملزوم و ملازمی وجود داشته باشد و هر یک از آنها اثر شرعی داشته باشند، هر چند در اینجا سه یقین معلول یقین دیگری است، اما در حقیقت، هر یک از آنها یک یقین مستقل هستند و هر یک از یقینها کاشف متعلق خود میباشد؛ لذا اثر شرعی هر یک از آنها بر آنها مترتب میشود. پس اگر یقین به طلوع فجر حاصل شود و در نتیجه یقین به خارج شدن شب و داخل شدن روز ماه مبارک رمضان حاصل شود، اثر شرعی بر هر یک از آنها مترتب میشود؛ چرا که علم به موضوع تمام آنها حاصل شده است. (خمینی، الرسائل، ج ۱، ص ۱۷۹)

۲- دلیل اصلی در بحث استصحاب، کبرای کلی ای است که میگوید «لا ینقض الیقین بالشک». (حرّ عاملی، ج ۱، ص ۲۴۵). مقصود از این قضیه، یا تنزیل و نشانیدن مشکوک از حیث ترتیب اثر، به جای متیقّن است و یا مقصود، باقی گذاردن یقین و طولانی کردن عمر یقین از نظر شارع است؛ پس معنای عدم نقض، تعبّد به باقی بودن یقین در مقام عمل است؛ اما چون یقین سابق نمی‌تواند کاشف از یک چیز مشکوک باشد، لذا استصحاب نمیتواند اماره باشد. لذا نتیجه هر دو تفسیر یک چیز خواهد بود و آن عبارت است از ترتیب آثار متیقّن در زمان شک. (خمینی، الرسائل، ج ۱، ص ۱۷۹)

۳- بنابر هر دو تفسیر، به کمک استصحاب فقط آثار خود متیقّن بر آن مترتب میشود و آثار غیر مستقیم مستصحب ثابت نمی‌شود چه با واسطه شرعی و چه با واسطه غیر شرعی. و دلیل آن دو چیز میباشد. اول اینکه، اثر متیقّن فقط همان چیزی است که بر خود متیقّن مترتب میشود و خود متیقّن موضوع آن میباشد. اما نسبت به اثر متیقّن، موضوع، خود اثر متیقّن میباشد نه متیقّن و معنای کبرای کلی در استصحاب نیز ترتیب آثار خود متیقّن میباشد. در

نتیجه روایت، شامل آثار مترتب بر واسطه شرعی و یا عقلی و عادی نمیشود و دلیل آن عدم شمول موضوع روایت نسبت به آنها است؛ نه ادعای انصراف و یا عدم اطلاق و یا عدم معقول بودن جعل آثاری که بدست شارع نیست. بنابراین، روایت استصحاب تخصصاً شامل لوازم خود نمیشود. دلیل دوم این است که اصولاً دلیل اصل، نمیتواند ناظر به اثر اثر باشد؛ حتی اگر واسطه، یک واسطه شرعی باشد؛ چرا که خود اثر بواسطه تعبّد ثابت میشود و دلیلی که عهدهدار تعبّد به اثر متیقّن است نمیتواند ناظر به اثر اثر متیقّن هم باشد؛ چرا که اثر متیقّن هم از نظر ذاتی و هم از حیث اعتباری بر اثر اثر خودش مقدم است؛ چرا که اثر متیقّن، موضوع اثر اثر متیقّن است و واضح است که همیشه موضوع بر حکم مقدم است پس بایستی شارع ابتدائاً ما را به اثر متیقّن متعبد کند و سپس به واسطه دلیل دیگری ما را متعبد به اثر اثر کند و جعل واحد نمیتواند هر دو تعبّد را همزمان عهدهدار شود، چرا که لازمه آن اثبات موضوع حکم بواسطه خود حکم است. (خمینی، الرسائل، ج ۱، ص ۱۸۰)

اما نکته ای که شهید صدر نیز در این رابطه ذکر کرده این اشکال است که ممکن است به این استدلال، گفته شود همانطور که در بحث حجیت خبر واحد، علمای اصول میگویند دلیل اعتبار خبر واحد شامل واسطه ها نیز می شود (صدر، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۵۵). امام خمینی (ره) در جواب از این اشکال میگویند: «در بحث خبر واحد دلیل این گفتار این است که دلیل خبر واحد یک قضیه حقیقه است که بر هر مصداقی از خود تطبیق میکند؛ هر چند یک مصداق تعبّدی باشد یا ممکن است گفته شود عرف هر نوع خصوصیتی را بر اثبات خبر بدون واسطه کنار میگذارد و در نتیجه خبر با واسطه را هم خبر میداند و یا ممکن است ادعا شود که ما به ملاک اعتبار خبر واحد علم داریم و در خبر تعبّدی نیز این ملاک وجود دارد. اما هیچ یک از این وجوه در بحث استصحاب صادق نیست چرا که تعبّد به عدم نقض یقین بواسطه شک، موجب تحقق تعبّدی یک شک و یقین دیگر نمیشود. و ادعای الغاء خصوصیت و یا علم به ملاک نیز قابل قبول نیست چرا که در اینجا مصداق حتی به صورت تعبّدی نیز محقق نمیشود و ترتیب اثر هم فقط نسبت به خود یقین است که در اینجا منتفی میباشد. (خمینی، الرسائل، ج ۱، ص ۱۸۱)

نتیجه این بحث هم چنین می شود که از آنجاییکه مفاد روایات استصحاب ترتیب آثار خود متیقّن است و اثر اثر از مصادیق حقیقی و تعبّدی دلیل اعتبار استصحاب نیست و از طرفی، دلیل نمیتواند موضوع خود را ثابت کند پس تنها آثار بدون واسطه استصحاب معتبرند و اثبات اعتبار آثار آثار متیقّن نیاز به دلیل دیگری دارد. پس بحث اطلاق و عموم نیز در اینجا کارگشا نیست چرا که موضوع قضیه لا تنقض الیقین بالشک فقط اثر خود متیقّن است. و الغاء خصوصیت و یا ادعای علم به تحقق ملاک در اثر اثر متیقّن نیز ادعای بلا دلیل میباشد.

۳- معیار تشخیص اماره و اصل عملی

در تعیین ضابطه برای تشخیص اماره از اصل عملی، نگرش های متعددی وجود دارد که به دو مورد از مهمترین آنها اشاره می شود:

۱- اولین معیار را شهید صدر در «بحوث فی علم الاصول» بیان داشته است. این معیار به این صورت است که فرق بین اماره و اصل در سنخ مجعول در هریک از آنها نمود پیدا می‌کند. اگر مجعول، طریقت و علمیت باشد، پس دلیل اماره است، اما اگر مجعول صرف واجب کردن جریان علمی مکلف باشد، «دلیل» اصل عملی خواهد بود. این تفاوت از کلمات شیخ انصاری استفاده می‌شود و محقق نایینی آن را کامل کرده است (صدر، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۱۳).

بر این نظریه اشکالاتی وارد است که اشکالی را که مرحوم امام (ره) بیان داشته با توجه به موضوعیت این تحقیق بیان می‌شود. این اشکال از این قرار است که ادعای جعل حجیت و یا علمیت برای اماراتی که خود عقلا به آن عمل می‌کنند و ردع و منع شارع از عمل به آنها موجب اختلاف نظم جامعه می‌شود، صحیح نیست. بدین ترتیب اصل پذیرش جعل حجیت برای امارات مخدوش است (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۰۶).

۲- بر اساس یک نظریه برگزیده که توسط شهید محمد باقر صدر تشریح شده است، ملاک اماره، قوت احتمال و جهت کاشفیت آن است، اما ملاک حجیت در اصول علمیه، نوع حکم محتمل آن است. برای مثال در اصل طهارت می‌گوییم: خود این اصل نسبت به متعلق خود کاشفیتی ندارد، اما شارع به طور کلی حکم طهارت را بر سایر احکام ترجیح داده است. بر این اساس، کاشفیتی که برای مدلول مطابقی امارات وجود دارد، برای مدلولهای التزامی آنها نیز وجود دارد و بدین جهت، ماهیت امارات مقتضی اعتبار لوازم آنها نیز می‌باشد. بر اساس این رویکرد، تفاوت اصل عملی و اماره یک تفاوت جوهری خواهد بود. (صدر، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۱۳)

۴- تعاریف و حجیت استصحاب

از نظر لغوی «استصحاب» برگرفته از کلمه «صُحِبَه» از باب استفعال است و به معنای چیزی به همراه خود قرار دادن (انصاری بی تا ج ۲: ۵۴۱) و برخی دیگر نیز استصحاب را همنشین شدن، و درخواست دوستی و همنشینی پایدار دانسته‌اند. و گروهی نیز آنرا به معنای تمسک به آن چه که ثابت است، معنی کرده‌اند و به معنی باقی ماندن به آن چه که بوده نیز آمده است. استصحاب در علم اصول یعنی حکم به وجود امری که در گذشته موجود بود و الان بقای آن مورد تردید قرار گرفته است (ابقاء ماکان). شاید بتوان این تعریف از استصحاب توسط شیخ انصاری را محکمترین و مختصرترین تعریف از استصحاب دانست (انصاری ۱۳۷۴: ۹). اما آخوند خراسانی معتقد است، استصحاب، حکم به بقاء حکم یا موضوع دارای حکمی است که شک در بقای آن شود (آخوند خراسانی ۱۴۲۶: ۳۸۴). امام خمینی و آیت الله خوئی معتقد هستند که امکان ارائه تعریف جامع از استصحاب ناممکن می‌باشد، زیرا کسانی که آنرا اماره می‌دانند باید یک تعریف و کسانی که استصحاب را اصل عملی می‌دانند، باید تعریف

دیگری از آن ارائه نمایند. ۱. بنابراین هر مبنایی مستلزم تعریف خاص خود می باشد (خویی ۱۴۱۷ ج ۳: ۵). البته شهید محمدباقر صدر نیز همچون شیخ انصاری استصحاب را عبارت می داند از مرجع بودن حالت سابقه (صدر ۱۴۱۷ ج ۴: ۱۶). بنابراین در مورد حجیت و یا عدم حجیت استصحاب دقت در اماره یا اصل عملی دانستن آن امر بسیار ضروری می باشد که از زمان مرحوم شیخ انصای به بعد بیشتر مورد توجه و مذاقه عالمان اصولی قرار گرفته و به عنوان یک نکته تاریخی در تعریف استصحاب نیز مطرح می باشد. حجیت استصحاب، به معنای صحت تمسک و استناد به استصحاب در مقام عمل و استنباط احکام شرعی است که نتیجه آن، منجزیت در صورت مطابقت و معذوریت در صورت مخالفت با واقع خواهد بود.

اما همانگونه که گفته شد در امارات جهت اعتبار، قوت احتمال ادله و در اصول عملیه جهت اعتبار نوع حکم محتمل است. برای ارزیابی جهت اعتبار استصحاب لازم است مفاد ادله استصحاب و درجه اعتبار آنها بررسی شود. برای حجیت استصحاب به طور کلی فقها از چهار راه وارد شده‌اند که عبارت است از بناء عقلاء، استقراء، اجماع و روایات. بنای عقلا بر این است که اگر بر چیزی یقین داشتند تا یقین بر خلاف پیدا نکنند از آن یقین اول دست بر نمی دارند. اما استقراء نیز از (قریه) مشتق می شود و قریه لفظ جامد است و از جامد لفظی مشتق نمی شود مگر اینکه معنای حدوثی پیدا کند. از این رو استقراء به معنای حدوثی است یعنی ده به ده گشتن و در اصطلاح به این معنا است که اگر ما تمامی ابواب فقه را بررسی کنیم متوجه می شویم که شرع مقدس هنگام شک به ما دستور می دهد که باید حالت سابقه را عمل کنیم و بر خلاف آن عمل نکنیم مگر در سه مورد که در هر سه، ظن به خلاف وجود دارد. استقراء دلیل محکمی است ولی به شرط آنکه یک نفر به شکل کاملی تتبع کند. ما تتبع نکردیم و از اول باب طهارات تا آخر دیات را ندیدیم تا مطمئن شویم که آیا شارع در تمام موارد بجز سه مورد بالا ما را به حالت سابقه متعبد کرده است یا نه. (سبحانی، ۱۳۸۹، جلسه ۱۳۸۹/۰۶/۳۱).

اما در رابطه با راه سوم که اجماع است یا نیست باید گفت که اظهار شده است که علماء اجماع دارند که اگر حکمی ثابت شد تا خلاف آن ثابت نباشد به صرف احتمال نسخ حق نداریم از آن حکم دست بر داریم. این دلیل را علامه در کتاب مبادیء الاصول فی علم الاصول نوشته است. راه چهارم در خصوص بیان حجیت استصحاب استناد به روایات است. تنها کسی که به روایات استناد کرده است والد شیخ بهاء الدین به نام حسین بن عبد الصمد است او در کتاب عقد الطهماسبی به این روایات استناد کرده است. ابن ادریس هم که از علمای قرن ششم است به این روایات استناد کرده است. اما در کل قضیه باید اذعان داشت که در مورد حجیت استصحاب، میان فقهای مختلف اصولیون اختلاف وجود دارد. به عنوان نمونه مرحوم «شیخ انصاری» در کتاب «فرائد الاصول» در رابطه این موضوع یازده دیدگاه از اصولیون نقل کرده است. البته ایشان در این کتاب نیز به بحث حجیت به صورت

^۱ قبل از عزالدین حسین بن عبدالصمد عاملی پدر شیخ بهایی، عمده عالمان استصحاب را جزء امارات می دانستند و از زمان ایشان به بعد به مرور زمان استصحاب از اصول عملیه دانسته شد.

موردی و در رابطه با اقسام استصحاب پرداخته‌اند: «فذهب بعضهم إلى حجیته بقسمیه، وذهب بعضهم إلى حجیة القسم الأول...» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۷۰).

در جدول ۱-۵ به صورت مختصر، برخی از آن نظرات که مرحوم انصاری بیان کرده نظرات در این خصوص بیان می‌شود:

جدول ۱-۵ نظرات فقهای مختلف در خصوص حجیت استصحاب که شیخ انصاری بیان کرده است.

فقها	نظرات در خصوص حجیت استصحاب
مرحوم «سید مرتضی» و «صاحب معالم»	استصحاب را مطلقاً حجت نمی‌دانند
مرحوم «آخوند خراسانی» و «مظفر»	استصحاب را مطلقاً در مقابل تفصیل‌های بعدی حجت می‌دانند
«غزالی»	میان مستصحبی که با دلیل اجماع و مستصحبی که دلیل شرعی دیگر مثل کتاب و سنت ثابت شده است تفصیل داده و استصحاب را در بخش اول انکار و در بخش دوم اثبات نموده‌اند
پیروان «ابوحنیفه»	بین وجودیات (امور وجودی) و عدمیات (امور عدمی)؛ تفصیل داده و گفته‌اند: استصحاب در امور عدمی جاری می‌شود، ولی در امور وجودی جاری نمی‌شود
مرحوم «محقق خوانساری»	میان موضوعات و احکام شرعی (کلی و جزئی) تفصیل داده و استصحاب را در موضوعات جاری نمی‌دانند، ولی در احکام مطلقاً جاری می‌دانند
مرحوم «محقق خوانساری» (بنا به نظری که سید صدر به وی نسبت داده)	بین احکام جزئی و بین احکام کلی و موضوعات خارجی فرق گذاشته و استصحاب را در بخش اول جایز دانسته و در دو بخش بعدی انکار کرده‌اند

<p>بین احکام شرعی کلی و بین احکام شرعی جزئی و موضوعات خارجی فرق گذاشته و استصحاب را در بخش اول انکار و در دو بخش بعدی اثبات کرده‌اند</p>	<p>جمعی از اخباری‌ها</p>
<p>میان احکام وضعی به معنای خود اسباب، شروط و موانع، نه نسبت، شرطیت و مانعیت و احکام تکلیفی تابع احکام وضعی و بین احکام تکلیفی مستقل و احکام وضعی به معنای خود شرطیت و سببیت و... تفصیل داده و استصحاب را در دو بخش اول جاری دانسته و در دو بخش اخیر انکار کرده‌اند</p>	<p>مرحوم «عبدالله تونی»</p>
<p>بین شک در مقتضی و شک در رافع تفصیل داده و گفته‌اند: استصحاب در شک در مقتضی جاری نمی‌شود، اما در شک در رافع، در همه پنج قسم آن جاری می‌شود</p>	<p>مرحوم «محقق اول» «مرحوم شیخ انصاری، این قول را برگزیده است»</p>

۵- نظر شیخ انصاری، شهید صدر و امام خمینی در اماره یا اصل عملی بودن استصحاب
 شیخ انصاری: بین اینکه مبنای استصحاب را اخبار بدانیم که در این صورت، استصحاب، اصل تلقی می‌شود، و اینکه مبنای آن را حکم عقل بدانیم که در این صورت، اماره خواهد بود تفاوت قائل شده است. متن کلام ایشان چنین است: "اینکه ما استصحاب را از احکام ظاهریه بدانیم- همانند اصل برائت و قاعده اشتغال که برای یک شیء از آن جهت که حکمش مشکوک است جعل شده‌اند- مبتنی بر این است که استصحاب را از راه اخبار و احادیث اثبات کنیم. و الا بنا بر اینکه آن را از احکام عقل بدانیم، نظیر قیاس و استقراء- اگر قائل به دلالت آنها شویم- دلیل ظنی اجتهادی شمرده می‌شود." ۱ گفته می‌شود: گویا متأخرین، پس از شیخ انصاری (ره) رأی ایشان را جزء مسلمات دانسته‌اند. و آنچه که از ظاهر کلمات قدما بدست می‌آید این است که استصحاب در نظر آنان- همانند قیاس- جزو امارات شمرده می‌شده است زیرا قدما هیچ مستندی برای استصحاب، جز حکم عقل قائل نبوده‌اند (مظفر، ۱۳۸۴ ج ۱)

امام خمینی (ره): نیز در قسمت تعریف استصحاب در رابطه با اصل عملی بودن و اماره بودن استصحاب به طور مفصل بحث کردند که ماحصل آن چنین است که اگر روی فرض اینکه اصل عملی تحفظی یا اماره باشد، لا تنقض الیقین می‌گوید يجب علیک العمل طبق یقین سابق. یک وجوب عمل برای ما می‌آورد، که مرحوم امام

^۱ مقصود از دلیل ظنی اجتهادی در کلام شیخ انصاری، همان اماره است. و به اصول عملیه، دلیل فقاهتی گفته می‌شود.

می‌فرمایند وجوب طریقی است، طریق برای تحفظ واقع است. شارع طبق این بیان که می‌گوید لا تنقض الیقین بالشک دارد برای ما یک وجوبی را جعل می‌کند، وجوب العمل علی طبق الیقین السابق بنحو وجوب طریقی، طریق إلى الواقع است منتهی اگر گفتیم اصل عملی است می‌شود طریق تحفظی نسبت به واقع، اگر گفتیم اماره است عنوان کاشفیت را دارد. اگر ما گفتیم استصحاب یک اصل عملی محض است (اصل عملی غیر تحفظی را اصطلاحاً می‌گوئیم اصل عملی محض) دیگر استصحاب دلیل بر چیزی نیست، خودش حکم شرعی می‌شود. اما اگر سؤال در اینجا این باشد که در اصالة الطهارة چه می‌فرمایید؟ در اصالة الطهارة می‌گوئید اصالة الطهارة حکم می‌کند این شیء مشکوک الطهارة و النجاسة طاهر، وقتی می‌گوئیم اصالة الطهارة چه می‌گوید؟ می‌گوئیم اصالة الطهارة برای ما یک حکم اینطوری می‌آورد، اصالة الطهارة نفس الحكم الشرعی است منتهی نه به عنوان حکم واقعی، در مقام ظاهر و در مقام عمل. دیگر اصالة الطهارة دلیل برای یک حکم نیست، خودش حکم است، کل شیء لک ظاهر حکم را بیان می‌کند، مثل اینکه بگوئیم الصلاة واجب، شما وقتی می‌گوئید الصلاة واجب، می‌گوئیم این چیست؟ می‌گوئید این یعنی وجوب صلاة، وجوب صلاة حکم است، کل شیء ظاهر این حکم است، طهارت حکم است. اگر ما استصحاب را اصل عملی محض دانستیم، دیگر خودش می‌شود حکم شرعی، استصحاب دلیل برای حکم شرعی نمی‌شود. در باب امارات گفته می‌شود خبر واحد دلیل علی الحكم الشرعی، خبر واحد حجة و دلیل علی الحكم الشرعی. امارات دلیل هستند بر حکم واقعی منتهی دلیل ظنی هستند، ظن معتبر هستند، اگر ما استصحاب را اصل عملی محض دانستیم دیگر کاری به واقع ندارد، خودش می‌آید یک حکم ظاهری را در مقام ظاهر برای ما بیان می‌کند که می‌شود نفس الحكم الشرعی و لذا می‌گوئیم این می‌شود مسئله‌ی فقهیه و اصلاً مسئله‌ی اصولیه هم نمی‌شود مثل الصلاة واجبة می‌شود، اما اگر گفتیم استصحاب اصل عملی تحفظی است استصحاب خودش می‌شود یک دلیل و یک شیئی که این دلیل برای حکم شرعی می‌شود و آن مدارک ثلاثه (بناء عقلا و عقل و اخبار) دلیل بر اعتبار این دلیل می‌شوند، بنا بر این، این عنوان مسئله‌ی اصولیه هم پیدا می‌کند، در اصول می‌گوئیم کدام مسئله اصولیه است، می‌گوئیم آن مسئله‌ای که قاعده باشد و به وسیله‌ی آن یک حکم شرعی را استنباط کنیم. اگر ما استصحاب را اصل عملی تحفظی دانستیم یا اماره دانستیم می‌گوئیم با لا تنقض الیقین بالشک وجوب کلی نماز جمعه را استنباط می‌کنیم. اما اگر استصحاب را یک اصل عملی صرف و محض که کاری به واقع ندارد دانستید دیگر چیزی را با آن استنباط نمی‌کنید، خودش عین حکم شرعی است منتهی یک حکم ظاهری، یک حکم فی مقام العمل و برای رفع تحیر که دیگر کاری به واقع هم ندارد (لنکرانی، جلسه ۱۳۹۱/۰۷/۰۳).

۶- طرفداران امارت استصحاب

طرفداران این بحث معتقدند که دلیل حجیت استصحاب، جنبه کشفی آن است. دلالت حکم عقل و سیره عقلاء و روایات تأکید دارند که معین نمودن وظیفه عملی، دلیل حجیت و معتبر بودن استصحاب نیست. بلکه دلیل

اصلی اعتبار و حجیت استصحاب، کاشف بودن حالت سابقه از باقی ماندن آن حالت سابقه در صورت اقتضای برای باقی ماندن است. پس استصحاب از امارات است. در بسیاری از موارد دیده می شود که یک فقیه، مورد استناد اصلی استصحاب را روایت بدانند ولی اعتقاد به اماریت استصحاب داشته باشد (خوئی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۹؛ خمینی، مصطفی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۱۴۷) و فقیه‌ای که استناد استصحاب را به سیره عقلاء و عقل بدانند ولی استصحاب را یک اصل از اصول عملیه بدانند (بهبهانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۷) دلالتی بر تأیید اماریت استصحاب:

الف: عقل و سیره عقلاء: براساس روش و سیره عقلاء هم اینکه به بقاء حالت سابق حکم نمائیم بر اساس تعبّد نیست، بلکه بر اثر حالت کشفی است که مقتضی نسبت به دوام و استمرار اثر خود خواهد داشت و بر اساس عقل، عقلاء، به جای التفات به شک و تردید بر مبنای علم و قطع و یقین سابق خود و اثرات آن، اقدام می نمایند. پس دلیل اعتبار استصحاب، از جهت عقل و روش و سیره عقلاء، کاشف بودن حالت سابق از باقی ماندن آن حالت و قدرت نیروئی است که در احتمال بقاء آن وجود دارد.

ب: روایات: روایات اصل استصحاب اولاً قدرت احتمال بقاء را مشخص می کنند و ثانیاً مورد تأیید و امضای سیره و روش عقلاء نیز می باشند. در نتیجه استصحاب یک حکم تأسیسی و از روی تعبّد نمی باشد بلکه یک روش عقلانی است که مورد امضاء و تأیید شارع مقدس است.

ج: با توجه به جازز بودن شهادت بر اساس اصل استصحاب در فتاوی برخی از فقیهان مثل شهید اول، شیخ انصاری، میرزای قمی (شهید اول، بی تا، ج ۱، ص ۳۷؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۷۷۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۲۶۱ و ۲۶۵) نشان از کاشف بودن آن است و تصور اینکه استصحاب، فقط در جنبه عملی مطرح است و موجب احراز و اثبات متعلق خود نمی گردد، صحیح نمی باشد.

د: از آنجا که استصحاب کاربرد بسیار فراوان در استدلال فقها دارد و فتوای آنان در عقود و ایقاعات مستند به استصحاب می باشد (تونی، ۱۴۱۵، ۲۱۸) اگر آن را اثبات کننده وظیفه عملی بدانیم و کاشفیت برای آن قائل نشویم، موجب ایجاد خدشه و خلل در شیوه استنباط و استدلال فقها می گردد.

ذ: در صورتی که استصحاب را فقط منحصر در وظیفه عملی مکلف بدانیم، با دیدگاه فقههای قدیم و متأخر ناسازگار است. شیخ طوسی و سید مرتضی (ره) حجیت و اعتبار استصحاب را منوط و مشروط به این شرط می دانند که بتوان با استعانت از دلیل نفی، به عدم وجود حکم، علم و قطع و یقین نمود (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۷۵۸؛ سید مرتضی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۳۵۷). از نظر علمای قدیم، دلیل اعتبار حجیت استصحاب، در حالتی که علم آور باشد و دارای جنبه کشف از واقع باشد، مقبول و مورد پسند است. علمای قدیم به لازم و ملزوم و آنچه به وسیله استصحاب اثبات گردیده است در بسیاری از موارد عمل نموده اند (انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۶۶۲)

و: استصحاب، یک روش و شیوه شرعی است که اساس آن مانند همه روش‌ها و سیره‌ها، عقلانی است و یک روش اختراعی و ابداعی شارع مقدس نیست (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۰).

۷- آثار اماریت استصحاب

۷-۱- اعتبار مثبتات استصحاب و کاربرد آن در قانون مدنی: اما در کل با توجه به آنچه که بیان شد و با توجه به بحث حجیت استصحاب و جاری شدن آن در مواردی که بیان شد، می‌توان گفت مثبتات استصحاب حجت و معتبر می‌باشد و همان طور که عقلاً به بقای مستصحب ملتزم هستند به لوازم آن نیز عمل می‌کنند. (البته ناگفته نماند که برخی از بزرگان با وجود پذیرش اماریت استصحاب اعتبار لوازم آن را نپذیرفته‌اند که جای بحث مفصل‌تری در این تحقیق ندارد). این نگرش دارای اثرات کاربردی فراوانی در مسائل علم اصول فقه و همچنین فروع فقهی می‌باشد. برای نمونه عده‌ای از فقها اجرای اصل عدم را در بسیاری از حالات از مصادیق اصل مثبت دانسته‌اند و بر این اساس، اعتبار اصل عدم ازلی را نپذیرفته‌اند. (نائینی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۲۷)

اما با نظریه اماره بودن استصحاب این اشکال رفع می‌شود. همچنین اعتبار برخی از مواد قانون مدنی در بحث ارث عنوان شده است که اگر تقدم و تأخر موت اشخاص مبهم باشد و تاریخ فوت یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، مجهول التاريخ از معلوم التاريخ ارث می‌برد، ولی بسیاری از فقها این مورد را از مصادیق اصل مثبت می‌دانند چراکه استصحاب عدم موت مجهول التاريخ تا زمان موت معلوم التاريخ، نمی‌تواند مثبت تأخر موت او باشد، چراکه عنوان تأخر از لوازم عقلی مستصحب است، نه از آثار شرعی (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۵۹) اما با توجه به اماره بودن استصحاب، لوازم عقلی و عادی قطعی استصحاب عدم موت معتبر است و حکم به تأخر موت مجهول التاريخ می‌شود و او از معلوم التاريخ ارث می‌برد.

۷-۲- جانشینی برای قطع و یقین: یکی دیگر از آثار مهم حجیت استصحاب نشستن استصحاب، به جای قطع و یقین است. در هر موردی که علم به عنوان یک کاشف لحاظ شده باشد، بر اساس نظریه اماره بودن استصحاب می‌توان گفت استصحاب صلاحیت جانشینی آن را دارد، ولیکن اگر استصحاب اصل عملی باشد، چنین صلاحیتی را نخواهد داشت. علمای اصول اجمالاً قطع را به دو قسم طریقی و موضوعی تقسیم می‌کنند و قطع موضوعی خود نیز به دو قسم صفتی و طریقی تقسیم می‌شود. (صدر، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۳۳۶) اما سؤال مهم در بحث استصحاب، صلاحیت قائم مقامی استصحاب به جای قطع است. معمولاً فقها همانند شیخ اعظم نشستن استصحاب به جای قطع طریقی را پذیرفته‌اند. (لنکرانی، ۱۴۰۸، ق، ص ۶۵۱).

مرحوم شهید صدر (ره) در توضیح این نظر گفتند که همان خاصیت تنجیز و تعذیری که بر متقین مترتب است بر استصحاب نیز مترتب است و در قطع موضوعی طریقی نیز بسیاری، صلاحیت قائم مقامی را پذیرفته‌اند. (صدر، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۱۶۷) اما با تمام این وجود، نشستن استصحاب به جای قطع بنا بر اصل عملی بودن آن، با

اشکالاتی جدی مواجه است، اگر در دلیل علم و قطع در موضوع حکم اخذ شده، به حسب اطلاعات متعارف، ظاهر کاربرد علم، اعم از علم حقیقی و علم ادعایی، عرفی است. وقتی گفته می‌شود شما فلان قصه را می‌دانید، به این معنی است که داستان برای شما منکشف است. (زنجان، ۱۴۱۹ ق، ج ۵، ص ۱۸۳۶) و حمل علم بر تنجیز و تعذیر، خلاف ظاهر است و اصولاً تنجیز و تعذیر از اعتبارات عقلایی است که بر کاشفیت مترتب می‌شود. پس مادامیکه قرینه قطعی بر این معنا وجود نداشته باشد، بایستی قطع را بر همان کاشفیت از واقع حمل نمود. لذا صرف اینکه گفته شود استصحاب یک اصل منجز و یا یک اصل محرز است، مجوز نشستن استصحاب به جای قطع و یقین نیست. (خمینی، ۱۴۱۴ ق، ج ۶، ص ۱۴۹). بر اساس توضیحات متقدم مشخص می‌شود که نشستن استصحاب به جای قطع فقط بنا بر اماره بودن آن، به طور کامل قابل قبول است، اما اگر استصحاب فقط یک اصل عملی باشد، نشستن آن به جای علم و قطع نیازمند مقدمات و فروضی است که در بسیاری از موارد احراز آنها مشکل می‌باشد. برای مثال ازدواج با زنی که عده است از روی علم موجب حرمت ابدی می‌شود و در صحیحه حلبی نیز آمده «و ان لم یدخل بها حلت للجاهل و لم تحل للآخر». (حرعاملی، ج ۲، ص ۴۵۰). اما در این مثال اگر شخصی برخلاف مقتضای استصحاب که حکم به بقای عده می‌کند ازدواج کند و دخولی صورت نگرفته باشد، آیا حرمت ابدی محقق خواهد شد، یا نه؟ ظاهر تعبیر علم در برابر جهل همان کشف واقع برای مکلف است. بنابراین اگر برای کسی در عده بودن زنی منکشف باشد و با این وجود با وی ازدواج کند بر او حرام می‌شود. حال اگر استصحاب را اماره بدانیم، بر اساس کاشفیت عقلایی آن، ازدواج با چنین زنی موجب حرمت ابدی خواهد شد، چراکه واقعه بر او مکشوف است، اما اگر استصحاب اصل عملی باشد، چنین کاشفیتی را نخواهد داشت و نمی‌تواند قائم مقام علم شود و این ازدواج موجب حرمت ابدی نخواهد شد.

نتیجه گیری

اگر استصحاب از اصول عملیه به حساب آید، جانشینی و جایگزینی آن به جای علم و قطع، امکان ندارد. به کار بردن اصطلاح علم عرفی کشف شدن واقع در پیشگاه عالم است. براساس اماریت استصحاب، مورد استصحاب، برای استصحاب کننده کشف شده است و می تواند مورد استصحاب، به جای معلوم جلوس نماید. بین مثبتات امارت و اصول عملیه تفاوت وجود دارد و مثبتات امارات، معتبر و مثبتات اصول عملیه، فاقد ارزش می باشد. ^{۳۸} ^{۳۸} عقاء، امارات را باعث وثوق به واقع می دانند و وثوق به یک چیز مساوی وثوق به لوازم آن می باشد اما در مورد مثبتات اصل استصحاب چون روایات صرفاً آثار خود متیقن را بر متیقن مترتب می کنند و اثر متیقن فقط بر خود متیقن صدق می کند نه بر اثر اثر متیقن، پس آثار با واسطه، چه با واسطه عقلی و عادی و چه شرعی تخصصاً از شمول روایات استصحاب خارج هستند. اما از آنجا که در آثار شرعی با واسطه شرعی نسبت به اثر دوم، حکم مجعول برای ما معلوم است و دلیل استصحاب هم موضوع آن را احراز می کند پس حکم دوم به همین شکل سایر احکام شرعی مترتب بر آن اثبات می شود. در نتیجه، لوازم شرعی مستصحب معتبر می باشند؛ اما لوازم عقلی و عادی استصحاب و همچنین آثار شرعی این لوازم، اثبات نمی شوند و معتبر نخواهند بود.

با آغاز غیبت کبری (۳۲۹ ق) دانشمندان اسلامی در پی یافتن اصول و قواعد مشترک به تکاپو افتاده و استصحاب را به عنوان یک قاعده و دلیل عقلی در کنار قیاس و استقرا برگزیدند. بر اثر سخت گیری صفویه بر علوم عقلی، گرایش شدیدی به استفاده هرچه بیشتر از اخبار در شعب علوم عقلی پدید آمد و تنها یا مهم ترین مستند حجیت استصحاب را اخبار تشکیل داد و استصحاب که تاکنون یک دلیل قطعی یا اماره عقلی بود به عنوان اماره نقلی قلمداد شد. با ظهور ابرمرد فقه و اصول (شیخ انصاری) (۱۲۸۱ق) استصحاب به عنوان یک اصل عملی که هیچ گونه کاشفیتی از واقع ندارد پدیدار گشت امروزه استصحاب به عنوان یک مسأله اصولی و اصل عملی مطرح می باشد. ثمره مطلب، آنجا نمایان می شود که دلیل ظنی ای، با استصحاب، مخالفت کنند؛ در این جا اگر قائل به اماریت استصحاب شدیم، این دو با تمام بودن شروط تعارض، متعارض شده و قواعد باب تعارض اجرا می شود ولی اگر قائل به اصل بودن استصحاب شویم - که حق هم همین است - دلیل ظنی بر استصحاب مقدم است چون اماره، وارد بر اصل می باشد.

مبانی فقهی حقوق اسلامی

منابع

- کتب

۱. جعفری تبار، حسن (۱۳۷۵)، مسئولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا، دادگستر، چ ۱.
۲. حسینی نژاد، حسینقلی (۱۳۷۰)، مسئولیت مدنی، بخش فرهنگی جواد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی، چ ۱.
۳. صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب اله (۱۳۹۹)، مسئولیت مدنی تطبیقی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، چ ۲.
۴. عبدی پور، ابراهیم (۱۳۷۶)، بررسی تطبیقی مفهوم و آثار اضطراب در حقوق مدنی، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چ ۱.
۵. فیض کاشانی، محمد محسن، (۱۴۰۶ق)، الوافی، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمومنین(ع)
۶. عمید زنجانی، عباسعلی، قواعد فقه بخش حقوق خصوصی (۱۳۸۶)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها(سمت) مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، تهران: چ ۴، ۱۳۹۱، چ ۱
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی - مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱۰.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷)، الزام خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، تهران: گنج دانش، جلد ۱، چ ۱۵.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷)، الزام های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، مسئولیت های خاص و مختلط، تهران: گنج دانش، چ ۲.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷)، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات گنج دانش، جلد ۴، چ ۱۰.
۱۱. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه (۱۳۷۹)، نشر میزان، تهران: چ ۱۳، ۱۳۹۳
۱۲. یزدی صمدی، بهمن، شاه نجات بوشهری، علی اکبر (۱۳۸۰)، گیاهان تراریخته و کشاورزی جهانی، تهران: انتشارات نقش مهر، چ ۱.

مقالات

۱۳. اسمعیلی پوزان، مریم، رجائی پور، مصطفی، رزمی، سید محسن (۱۳۹۶)، «دستکاری ژنتیکی و ممنوعیت ضرر در اسلام» اخلاق زیستی، شماره ۲۳.
۱۴. امانی، علی رضا (۱۳۹۲)، «جبران خسارات در بیوتکنولوژی» حقوق راه وکالت، شماره ۱۰.
۱۵. دیلمی، احمد، قاسم زاده، سید روح اله (۱۳۹۷)، «مسئولیت مدنی ناشی از خطر های ناشناخته فرآورده در حقوق ایران و فقه امامیه» نشریه - علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره پانزدهم.
۱۶. عباسی، محمود، رزمخواه، نجمه، حیدری، بهار (۱۳۹۳)، «محصولات غذایی تراریخته و چالش های پیش رو از منظر اخلاق زیستی و حق بر غذا» فصلنامه اخلاق زیستی، سال چهارم، شماره دوازدهم.
۱۷. علوی قزوینی، سید علی، مسعودیان زاده، ذبیح اله (۱۳۹۳)، «قاعده من له الغنم و فعلیه الغرم» فصلنامه پژوهش نامه اندیشه های حقوقی، شماره ۱.
۱۸. علیدوست، ابوالقاسم، حسینی کمال آبادی، سید مرتضی (۱۳۹۶)، «مبانی فقهی مهندسی ژنتیک و محصولات تراریخته» فصلنامه تخصصی دین و قانون، شماره ۱۴.
۱۹. مشایخ، میلاد، شهبازی نیا، مرتضی، خوئینی، غفور (۱۳۹۶)، «مسئولیت مدنی ناشی از عیب تولید با رویکرد بر تولید محصولات تراریخته» به همراه مطالعه تطبیقی، علوم سیاسی: مجلس و راهبرد، شماره ۹۲.
۲۰. مصلی نژاد، عباس (۱۳۹۱)، «سیاست گذاری اقتصادی و مسئولیت اجتماعی دولت» مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۱.

۲۱. مهدی زاده، مهرانگیز، ربیعی، مریم، آل بویه، محمود، رستگار، حسین (۱۳۹۰)، «برچسب گذاری مواد غذایی یا تراریخته و حقوق کنندگان» فصل نامه حقوق پزشکی.

۲۲. مهاجر، مینا، صفائی، حسین، مهدوی دامغانی، عبدالمجید (۱۳۹۰)، «ملاحظات اخلاقی و حقوقی در کاربرد محصولات تراریخته با نگاهی به قانون ملی ایمنی زیستی» فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، سال ششم، شماره

۴۰

۱.

۲۳. واحدی، مرتضی، ملا ابراهیمی، عماد، ارزانیان کرم الهی، نوربخش، بررسی ابعاد حقوقی تولید و کاربرد محصولات بیانی حقوق اسلامی تراریخته با تاکید بر قانون ایمنی زیستی، پروتکل کارتاها، پروتکل ناگویا.

۲۴. یزدان پناه، مسعود، فروزانی، معصومه، بختیاری، زیبا (۱۳۹۵)، «بررسی تمایل کارشناسان جهاد کشاورزی خوزستان نسبت به محصولات کشاورزی تراریخته» علوم ترویج و آموزش کشاورزی ایران، جلد ۱۲، شماره ۱.

۲۵. A.koch. Bernhard(Ed). Liability and compensation schemes for damage resulting from the presence of genetically modified organism in non- gm crops. Country reports. European centre of tort and insurance law research unit for European tort law Austrian academy of science. (۲۰۰۷).