



پوهنتون سلام  
پوهنځی شرعیات  
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان  
وزارت تحصیلات عالی  
معاونیت امور علمی

## قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان

رساله ماستری

محصل: صدیق الله (یوسفی)

استاد رهنما: دوکتور مصباح الله (عبدالباقي)

سال 1401 هـ ش



پوهنتون سلام  
پوهنځی شرعیات  
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان  
وزارت تحصیلات عالی  
معاونیت امور علمی

## قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان

رساله ماستری

محصل: صدیق الله (یوسفی)

استاد رهنما: دوكتور مصباح الله (عبدالباقي)

سال : 1401 هـ ش

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دیارتمنت فقه و قانون

بورد ماستری

## تصدیق نامه

محترم صدیق الله ولد محمد يوسف: ID نمبر SH-MSF-98-542 محصل دور هفتم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان به روز چهارم ددند تاریخ ۱۸ / ۸ / ۱۴۰۱ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۳ (نمره به عدد) نود و سه (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور عبدالله حقیر	عضو هیات	
۲	دکتور نجیب الله صالح	عضو هیات	
۳	دکتور مصباح الله عبدالباقي	استاد رهنما و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... امر بورد ماستری

## اهداء

این اثر علمی خویش را با والدین گرامی، که مربی خوبم در این راستای تحصیلی ام بود، اهداء میدارم، و از خدواند منان برایشان سعادت دنیوی و اخروی خواهانم.

و به اساتید و شیوخ گرامی ام که بنده از توانایی علمی ایشان مستفید گردیده، و راه علم و تحصیل را یکی از امور زندگی ام گردانید، با ایشان اهداء می دارم.

از استاد گرامی ام محترم دوکتور مصباح الله عبدالباقی، که تلاش بی دریغ در اثر علمی ام نمود اهداء می دارم، و به برادران گرامی ام که زمینه تحصیل را برای یم فراهم نمود، و به همسر مهربانم که همیشه مرا به تحصیل علم و فراگیری دانش تشویق می نمود، این اثر علمی خویش را اهداء می دارم.

## سپاس گذاری:

سپاس و ستایش ذات اقدس را که انسان را مکرم ترین مخلوق در روی زمین آفرید و برای رهنمایی ایشان پیامبران را برگزید، بالخصوص پیامبر آخر زمان محمد صلی الله علیه وسلم را منجی عالم بشریت، فرستاد، که توسط وی غلاف تاریکها برچیده و روشنایی ... بوجود آمد، سپاس از ذات واحد لاشریک که برای پیامبر آخر زمان قرآن را مایه هدایت ارزانی نمود، تا بشریت بر اساس رهنمود های آن از جهل و تاریکی بسوی علم، معرفت و روشنایی هدایت شوند، و برای بنده ناتوان، الله متعال توانایی بخشید تا این پژوهش خویش را تحت عنوان « قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان » به تحریر درآورم.

### سپاسگذاری می نمایم از:

- 1- وزارت تحصیلات عالی افغانستان که برای افشار مختلف افغانستان، زمینه تحصیل فراهم نموده است.
- 2- و از پوهنتون سلام سپاسگذار هستم که زمینه تحصیل و تعلیم را مهیا نموده است.
- 3- از بورد ماستری سلام سپاسگذار هستم که زمینه تحصیل فوق لیسانس را برای بنده فراهم ساخت.
- 4- و در اخیر سپاسگذاری ویژه از استاد رهنمایم محترم دوکتور مصباح الله عبدالباقی می نمایم که در تهیه و ترتیب این اثر علمی بنده را رهنمایی، بی دریغ نمود.

## خلاصه بحث

تمام حمد، ثناء و ستایش خاص برای آن ذاتی که کتاب خود را قانون ورهنمود زندگی آماده ساخته است و شاهدهی میدهم که محمد صلی الله علیه وسلم بنده خدا ورسول او است، یکی از مباحث مهم وعمده اصول فقه، استصحاب می باشد، استصحاب در لغت طلب مصاحبت و همراهی را گویند و در اصطلاح اصول فقه عبارت از: ثبوت و یا نفی یک حکم در زمان گذشته، بنابر ثبوت و یا نفی آن در زمان حال تا زمانیکه دلیل بر تغییر آن نباشد، بناء در فصل اول این رساله، بر کلیات و مفاهیم قواعد استصحاب بطور مفصل و همه جانبه بحث گرفتیم، زیرا استصحاب داری انواع واقسام، احکام و تفریعات می باشد که واقعا استصحاب شامل بسیاری از قضایای میباشد، در فصل دوم این رساله در مورد قاعده الیقین لایزول بالشک بحث همه جانبه نمودم که واقعا این قاعده از جمله همان پنج قواعد اساسی قواعد فقهی می باشد، زیرا این قاعده چنان وسیع و فراگیر است که حتی برخی از موضوعات استصحاب را هم در برگرفته، برخی از قواعد است که به این قاعده مرتبط می باشد، و این قاعده تاثیرات عمیق دارد بر قانون مدنی افغانستان، بناء قانون گذاران قانون مدنی کشور سعی نموده که این قاعده را در قانون مدنی افغانستان بکار ببرند تا خیلی از موضوعات مدنی را روی این قاعده بنا نمایند، این قاعده در ماده 986 قانون مدنی افغانستان بکار برده شده، که چنین تصریح دارد: «یقین به شک زائل نمی شود و این قاعده از ماده 4 مجله احکام: "الیقین لایزول بالشک" گرفته شده این قاعده در قانون مدنی در بخش قواعد عمومی ذکر شده، و این، مقدمه برای اثبات حقوق مدنی می باشد قواعد مشابه به این قاعده در قانون مدنی افغانستان هم بحث شده چنانچه که در ماده 984 تصریح شده، ثابت به برهان، مانند ثابت به مشاهده است. در فصل سوم برخی قواعد است که مستقیم با استصحاب ارتباط دارد، مانند بقاء ما کان علی ما کان می باشد، این قاعده مفهوم اصلی استصحاب را بیان میدارد، زیرا اصل در این قاعده این است: ثبوت و یا نفی یک چیزی در گذشته، بنابر ثبوت آن در زمان آینده، تا زمانی که بر خلاف آن دلیل وجود نداشته باشد. این قاعده در نزد اصولیان بنام استصحاب الاصل یاد می شود به این مفهوم، یعنی در یک وقت حکمی برای امری ثابت باشد و در وقت دیگری دلیلی بر انتفاع آن حکم وجود نداشته باشد همان حکم سابق در لاحق اجراء می

شود، مثلاً کسی یقین دارد که آبی در سابق پاک بوده و اکنون مدتی بر آب گذشته است، در ارتباط به اینکه آیا به همان حالت پاکی مانده یا نجس شده است شک دارد، به حکم قاعده فوق پاک خواهد بود. قانون مدنی افغانستان با پیروی از احکام فقه اسلامی می گوید: اصل بقای شیئی به حالت اصلی و در صفات معارض عدم است. و همچنان قواعد دیگری هستند که با استصحاب ارتباط دارد، که من آنها را جداگانه شرح دادیم. واژه های کلیدی، قواعد، استصحاب، انواع استصحاب، تاثیرات، قانون، مدنی.



## فهرست مطالب

### عناوین

### صفحه

1	مقدمه:
2	اهمیت موضوع:
2	ضرورت تحقیق:
2	اسباب اختیار موضوع:
3	سوالات تحقیق:
3	سوالات اصلی تحقیق:
3	سوالات فرعی تحقیق:
3	پیشننه تحقیق:
4	مواد و روش تحقیق:
4	اهداف تحقیق:
5	مشکلات تحقیق ( محدود های تحقیق):
5	خطه ویا پلان تحقیق:

## فصل اول مفاهیم و کلیات

8	مبحث اول: مفهوم قواعد استصحاب
9	مطلب اول: مفهوم قواعد
11	مطلب دوم: مفهوم استصحاب از دید لغت واصطلاح
15	مطلب سوم: دلایل، حجیت شمردن استصحاب
22	مبحث دوم: انواع استصحاب به اعتبارات مختلف

- 23 .....مطلب اول: انواع استصحاب نزد فقهاء اسلام
- 25 .....مطلب دوم: انواع استصحاب نزد اصولیین
- 25 .....فرع اول: اختلاف اصولیان در مورد انواع استصحاب
- 27 .....فرع دوم: توضیح انواع استصحاب از دید اصولیان
- 56 .....مبحث سوم: اثر اختلاف در جواز دلیل شمردن استصحاب
- 58 .....مطلب اول: دوام وضوء بر آنچه که از غیر سبیلین می رود
- 59 .....مطلب دوم: صلح با همراهی انکار
- 59 .....مطلب سوم: حکم طلاق که به سبب ایلاء واقع می شود
- 60 .....مطلب چهارم: حکم بر مدعی علیه در صورت نکول و امتناع از سوگند
- 61 .....مطلب پنجم: میراث مفقود
- 62 .....مطلب ششم: عدم مطالبه شفیع ثبوت ملکیت را بسبب شهود
- 62 .....مطلب هفتم: حکم موجودیت آب بعد از آغاز به نماز
- 63 .....مطلب هشتم: زکات طلا و نقره زیورات شود
- 64 .....مطلب نهم: اثر استصحاب در قضایای معاصره
- 66 .....مبحث چهارم: مفهوم قانون مدنی افغانستان
- 67 .....مطلب اول- تعریف لغوی و اصطلاحی قانون
- 67 .....فرع اول - مفهوم لغوی قانون
- 67 .....فرع دوم- مفهوم اصطلاحی قانون
- 68 .....مطلب دوم - مفهوم قانون مدنی
- 68 .....فرع اول - مفهوم قانون مدنی
- 68 .....فرع دوم- مفهوم اسمی ( علمی ) قانون مدنی

مطلب سوم- سیری تاریخی قانون مدنی افغانستان ..... 68

## فصل دوم بررسی قاعده {الیقین لایزول بالشک} و تاثیر آن

مبحث اول: مفاهیم، شناخت واژه های کلیدی و دلایل استصحاب ..... 69

مطلب اول: مفهوم قاعده [الیقین لایزول بالشک] ..... 69

مطلب دوم: اقسام شک و مفاهیم آن ..... 72

مطلب سوم: اهمیت قاعده [الیقین لایزول بالشک] ..... 74

مطلب چهارم- حجیت قاعده [الیقین لایزول بالشک] ..... 74

مطلب پنجم: استثنائات قاعده [الیقین لایزول بالشک] ..... 76

مبحث دوم: برخی از قواعد که مرادف و مشابه با قاعده [الیقین لایزول بالشک] ..... 78

مطلب اول: [ماثبت بیقین لایزول إلا بیقین مثله] ..... 79

مطلب دوم: [مازال بیقین لا یثبت إلا بیقین مثله] ..... 80

مطلب سوم: [عند الاحتمال لا یثبت إلا القدر المتیقن] ..... 81

مطلب چهارم: [بمطلق اللفظ لا یثبت إلا المتیقن] ..... 81

مطلب پنجم: [ترک المشکوک فیه إلى المتیقن المعلوم جائز] ..... 82

مطلب ششم: [لا یترک حق ثابت لتوهم] ..... 83

مطلب هفتم: [ما وجب بیقین لم یسقط إلا بمثله] ..... 83

مطلب هشتم: صیغه های دیگر که مرتبط با قاعده ..... 84

مبحث سوم: ارتباط قاعده الیقین لایزول بالشک با استصحاب مقلوب ..... 85

مطلب اول: دیدگاه های علماء پیرامون ارتباط قاعده مذکور با استصحاب مقلوب ..... 86

- 86 ..... مطلب دوم: حکم عمل نمودن بر استصحاب مقلوب
- 87 ..... مطلب سوم: تطبیقات استصحاب مقلوب در مجال فقهی
- 89 ..... مبحث چهارم: کاربرد [الیقین لایزول بالشک] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان
- 89 ..... مطلب اول: کاربرد این قاعده در قانون مدنی افغانستان
- 90 ..... مطلب دوم: کاربرد استصحاب در بخش حکم مفقود
- 100 ..... مطلب سوم: تاثیر این قاعده در تفسیر عقد
- 102 ..... مطلب چهارم: تاثیر این قاعده در معاملات
- 102 ..... مطلب پنجم: تاثیر این قاعده بر ودیعت
- 104 ..... مطلب ششم- تاثیر این قاعده در پرداخت بدون حق
- 105 ..... مطلب هفتم- تاثیر این قاعده در عقد شراکت

### فصل سوم: قواعد مرتبط با استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان

- 109 ..... مبحث اول: قاعده [الاصل بقاء ماکان علی ماکان] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان
- 110 ..... مطلب اول: قاعده [الاصل بقاء ماکان علی ماکان] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان
- 119 ..... مبحث دوم: قاعده [القدیم یترک علی قدمه] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان
- 120 ..... مطلب اول: قاعده [القدیم یترک علی قدمه]
- 131 ..... مبحث سوم: قاعده [ماثبت بزمان یحکم ببقائه مالم یقم الدلیل علی خلافه]
- 132 ..... مطلب اول: قاعده [ماثبت بزمان یحکم ببقائه مالم یقم الدلیل علی خلافه]
- 133 ..... مطلب دوم: تاثیر این قاعده در ساحت تطبیق حق
- 135 ..... مطلب سوم: احکام مرور زمان در امور مدنی
- 139 ..... مبحث چهارم: قاعده [الاصل براءه الذمة]

- 140 .....مطلب اول - موارد تطبیقی این قاعده
- 142 .....مطلب دوم - تاثیر این قاعده بر مواد قانون مدنی کشور
- 143 .....مطلب سوم- تاثیر این قاعده بر تضامن دائین
- 144 .....مطلب چهارم- شرکت در کار
- 144 .....مطلب پنجم- تاثیر این قاعده بر عقد کفالت
- 145 .....مطلب ششم - تاثیر این قاعده بر حواله دین
- 148 .....مبحث پنجم: قاعده [ الاصل إضافة الحادث الى أقرب اوقاته ]
- 149 .....مطلب اول: فروع این قاعده و تاثیرات آن بر برخی از مواد قانون مدنی افغانستان
- 151 .....مطلب دوم: استثنای این قاعده
- 153 .....مبحث ششم: قاعده [ الاصل فى الصفات العارضة العدم ]
- 153 .....مطلب اول: قاعده [ الاصل فى الصفات العارضة العدم ]
- 156 .....مبحث هفتم: قاعده [ الاصل فى الاشياء الاباحة حتى دل الدليل على التحريم ]
- 157 .....مطلب اول: قاعده [ الاصل فى الاشياء الاباحة حتى دل الدليل على التحريم ]
- 158 .....مطلب دوم: دیدگاه دانشمندان اسلامی در مورد این قاعده
- 159 .....مطلب سوم: فروع این قاعده
- 159 .....مطلب سوم: تاثیر این قاعده بر قانون مدنی افغانستان
- 167 .....مطلب چهارم: رابطه استصحاب با قاعده [ حیازت در اموال منقول، سند مالکیت است ]
- 170 .....مطلب پنجم- ارکان حیازت
- 173 .....نتیجه گیری
- 175 .....پیشنهادات:

180 .....	فهرست اعلام
181 .....	فهرست منابع

## مقدمه:

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ، وَنَسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا، وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ، فَلَا هَادِيَ لَهُ وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ.

امابعد: از جمله موضوعات مهم در این رساله قواعد استصحاب و تاثیرات آن می باشد، در ارتباط به استصحاب دانشمندان قدیم، و معاصر بحث های زیادی نموده است، زیرا استصحاب، عبارت از ثبوت و یا نفی یک چیز در زمان گذشته، از جهت ثبوت و یا نفی آن در زمان حال در صورتی که دلیل بر تغییر آن نباشد، به همین خاطر خیلی از موضوعات در زندگی بر مبنای استصحاب حل و فصل می شود، استصحاب دارای قواعد می باشد، که در قواعد فقهی بکار گرفته شده است، از جمله قاعده اصلی استصحاب بقاء ما کان علی ما کان می باشد، این قاعده مفهوم واقعی استصحاب را افاده می نماید،

این رساله دارای سه فصل می باشد در فصل اول کلیات و مفاهیم قواعد، استصحاب، و قانون مدنی افغانستان را به بحث تفصیلی گرفتم، که در مورد استصحاب دانشمندان قدیم و معاصر بحث های مفصل و همه جانبه نموده است، زیرا استصحاب دارای، دلایل، انواع و اقسام می باشد. در فصل دوم این رساله تاکید زیاد و فروان بر قاعده یقین لایزول بالشک می باشد، زیرا این قاعده از جمله قاعده اساسی از قواعد پنجگانه قواعد فقهی می باشد، این قاعده ارتباط مستقیم با استصحاب دارد و خیلی از موضوعات استصحاب با این قاعده بر می گردد، بناء این قاعده را همه جانبه با قواعد مشابه به بحث گرفتم.

در فصل سوم بر کاربرد قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان بحث همه جانبه نمودم، زیرا این قواعد تاثیرات بر مواد مختلف قانون مدنی افغانستان داشته که هر یک از این قواعد را مفصلاً تشریح نمودیم.

در این مقدمه مفاهیم ذیل را گنجانیدم!

## اهمیت موضوع:

استصحاب یکی از ادله مختلف فیها میباشد که دانشمندان اسلامی بالخصوص دانشمندان فقه اسلامی، و اصول فقه در آن بحث دارند ولی باید گفت که استصحاب در شریعت اسلامی از اهمیت خاصی برخوردار می باشد، حتی در محاکم افغانستان خصوصا قضات در خیلی از موارد که در آن دلایل وقراین وجود نداشته باشد بر اساس قواعد استصحاب دعاوی را حل و فصل می نمایند بطور مثال در رابطه به حقوق مجرده که حق مسیل، مجری حقا به است بر مبنای استصحاب استوار است ودر قانون مدنی افغانستان مورد استفاده قرار داده شده است.

## ضرورت تحقیق

قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان بصورت مشخص در سطح ملی تحقیق نشده، بناء لازم دیدم که این موضوع از لحاظ نظری بحث علمی نمایم و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان مورد بررسی و تحلیل قرار دهم، و به نظر بنده نیاز مبرم است که در مورد استصحاب و تاثیر آن بر قانون مدنی کشور معلومات کافی وجود داشته باشد تا دانسته شود که مقنین قانون مدنی کشور چقدر به استصحاب ارج گذشته در رابطه به آن معلومات کافی داشته باشم.

و موضوعات که شامل استصحاب در قانون مدنی است بشکل پراکنده است و یکی از برنامه های باحث همین میباشد که این موضوعات استصحاب را در یک قالب جمع بندی نمایم.

## اسباب اختیار موضوع:

1. سبب اصلی که من را وادار بر نوشتن این رساله نمود، عدم پژوهش و تحقیق در این موضوع بوده.
2. استصحاب یک موضوع وسیع است که علماء و دانشمندان فقهی و حقوقی در مورد آن بحث دارد و من خواستم بر قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان تحقیق نمایم .



3. هدف از بحث و تحقیق در قواعد استصحاب این بوده که بعضی موضوعات که در قانون مدنی بکار برده شده آنرا تقویه و تایید نماید و یک ریشه قویتری را در قانون مدنی و دیگر موضوعات که در عرف و در اجتماع افغانی وجود دارد داشته باشد.

4. برخی مردم در رابطه به قانون مدنی به سوء تفاهم رفته حتی آن را نمی دانند و میگویند که از فقه اسلامی و اصول فقه هیچ اثری در آن دیده نمی شود و من خواستم ثابت نمایم که استصحاب یکی از ادله اختلافی است که در خیلی از قضایا در قانون مدنی از آن استفاده صورت گرفته شده است.

5. در قواعد استصحاب موارد است که تا حال واضح نشده و در قانون مدنی افغانستان که در مورد آن غموض و پیچیده گی وجود دارد خواستم که آن را به بحث بگیرم .

### سوالات تحقیق:

در این بحث به یک سلسله سوالات و پرسشها پاسخ داده میشود که این هدف اصلی موضوع بحث است.

### سوالات اصلی تحقیق:

1 - تأثیرات قواعد استصحاب بر قانون مدنی افغانستان چگونه است؟

### سوالات فرعی تحقیق:

1 - آیا استصحاب نقش مهم در فقه اسلامی و قوانین دارند؟

2 - آیا در قانون مدنی افغانستان مواد استصحاب بنظر می رسد؟

### پیشنه تحقیق:

در مورد قواعد استصحاب در کتاب های فقهی قدیمی بحث صورت گرفته، و فقهای اسلامی نظریات مختلف را در این عرصه داشتند، اما من میخواهم که برخی از رسایل و کتابها که قبلا در این موضوع نوشته شده به بحث بگیرم:

1- الاستصحاب، حجیته و اثره فی الفروع الفقهیه. رساله ماستری، علی ادريس، الخضر.

2- تحقیق المقال فی استصحاب الحال، دا حماد، احمد الهادی السعید، مدرس اصول الفقه کلیه الشریعه والقانون.

3- الاستصحاب واثره فی الاحکام الفقهیه، د. کامل صبحی، صلاح، ناشر: مجله القلم العلمیه.

4- الاستصحاب واثره فی الاحکام، د. عبدالرحمن، اسماعیل محد علی، فرع المنصور استاذ کلیه اصول الفقه جامعه الازهر.

### مواد و روش تحقیق:

در نگارش رساله ام برخی از روش های را بکار برده انداختم:

1. روش بحث نویسی ام بر این است که رساله ماستری خویش را بشکل فصول، مباحث، مطالب وفروع تقسیم بندی نموده ام.

2. متن رساله را با خط ( بهیج نازنین ) با در نظر داشت روش نوشتاری، نوشتم.

3. آیات، احادیث، قاعده، ومقوله ها را هم با در نظر داشت قوس های جداگانه بکار بردیم.

4. در رساله خویش زیاتر بر کتابهای قدیمی تاکید نمودم. اما قضایای که به قانون بر می خورد از کتابهای معاصر هم استفاده اعظمی نمودم.

5. در نگارش رساله ام از تحقیق کتابخانه ای استفاده نمودم.

### اهداف تحقیق:

هدف اصلی تحقیق بررسی قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان می باشد، در ضمن هدف

اصلی، چندین اهداف فرعی نیز می باشد که قرار ذیل به بحث می گیرم:

1. آگاهی لازم وشناخت کلی از مفاهیم استصحاب.

2. بررسی قواعد اصلی وفرعی استصحاب.

3. تاثیر قواعد استصحاب بر قانون مدنی افغانستان.

4. بررسی دیدگاه های فقهای اسلامی ودانشمندان حقوق در عرصه قواعد استصحاب.

## مشکلات تحقیق ( محدود های تحقیق):

چالش های که در این رساله برایم پدیدار گردید قرار ذیل می باشد:

1. نبود شرایط ومحیط درست، برای تحقیق وپژوهش درست، تا بتوانم بشکل کامل تحقیق ام را بنویسم.
2. نبود امکانات در شرایط درست بخاطری غنی سازی تحقیق ام، تا بتوانم تحقیق ام بر مبنایی امکانات تنومند می شد.
3. نبود وضع اقتصادی، در شرایط آسیب بار که بتواند شخص از منابع قوی استفاده نماید.

## خطه ویا پلان تحقیق:

فصل اول: مشتمل بر کلیات، مفاهیم مقدماتی می باشد که دارای مباحث ومطالب ذیل می باشد:

این بحث بنام « قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان » نام گذاری شده، که مشتمل بر یک مقدمه، سه فصل و خاتمه می باشد.

در مقدمه: در باره اهمیت موضوع، اسباب اختیار موضوع، سوالات تحقیق، پیشینه تحقیق، روش تحقیق، اهداف تحقیق، ومشکلات تحقیق بیان گردیده است.

این بحث دارای سه فصل می باشد، که فصل اول در مورد کلیات ومفاهیم وماهیت استصحاب می باشد،

### فصل اول دارای مباحث ذیل می باشد:

مبحث اول: مفهوم قواعد، استصحاب، ودلائل حجیت استصحاب: این مبحث دارای سه مطالب می باشد که در مورد مفاهیم ودلائل استصحاب بحث نموده است.

مبحث دوم: انواع استصحاب به اعتبارات مختلف: این مبحث دارای سه مطالب می باشد که در مورد انواع وحجیت استصحاب بحث نموده است.

مبحث سوم: اثر اختلاف در جواز دلیل شمردن استصحاب: این مبحث دارای نه مطالب می باشد که در مورد مسایل اختلافی استصحاب بحث مفصل نموده است.

مبحث چهارم: مفهوم قانون مدنی افغانستان: این مبحث داری سه مطالب می باشد که در مورد مفاهیم قانون، و پیشینه تاریخی آن بحث نموده است.

فصل دوم دارای مباحث ذیل می باشد:

مبحث اول: بررسی قاعده [الیقین لایزول بالشک]: این مبحث دارای شش مطالب می باشد که در مورد مفهوم این قاعده، شرایط، ارکان، موارد تطبیقی و استثنای این قاعده بحث نموده است.

مبحث دوم: بررسی برخی از قواعد که مرادف قاعده [الیقین لایزول بالشک]: این مبحث دارای هشت مطالب می باشد که در مورد قواعد که مشابهت با قاعده مذکور دارد مورد بحث قرار داده است.

مبحث سوم: ارتباط قاعده الیقین لایزول بالشک با استصحاب مقلوب: این مبحث دارای سه مطالب می باشد که در مورد مفهوم، حجیت و ارتباط آن با قاعده مذکور مورد بحث قرار داده است.

مبحث چهارم: کاربرد قاعده [الیقین لایزول بالشک] و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان: این مبحث دارای هشت مطالب می باشد که در مورد تاثیرات آن بر قانون مدنی بحث مفصل شده است.

فصل سوم: دارای هفت مباحث می باشد و هر مبحث داری مطالب می باشد که تماماً در مورد قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان بحث نموده است.

و در اخیر نتیجه گیری و منابع بحث را مورد تحریر قرار دادیم.

## فصل اول مفاهیم و کلیات

در این فصل به تعریف، توضیح و روشن ساختن اصطلاحات، و واژگان کلیدی، که کاربرد در این بحث داشته و همچنان بررسی دلایل حجیت استصحاب نزد دانشمندان اسلامی می پردازیم. موضوعات این فصل را قرار ذیل ترتیب دادیم:

مبحث اول: مفهوم قواعد، استصحاب، و دلایل حجیت استصحاب

مبحث دوم: انواع استصحاب به اعتبارات مختلف

مبحث سوم: اثر اختلاف در جواز دلیل شمردن استصحاب

مبحث چهارم: مفهوم قانون مدنی افغانستان

مبحث اول: مفاهیم، شناخت واژه های کلیدی و دلایل استصحاب

مطلب اول: مفهوم قیاس و اعداد

مطلب دوم: مفهوم استصحاب از دید لغت و اصطلاح

مطلب سوم: دلایل و حجیت شمردن استصحاب

## مطلب اول: مفهوم قواعد

الف- مفهوم لغوی قواعد: قواعد جمع قاعده است، وقاعده بمعنی اساس، تهداب وبه معنی ستون هم

می آید،<sup>(1)</sup> چنانچه که در قرآن کریم می آید: {وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ}.<sup>(2)</sup>

ترجمه: و به یاد آورید هنگامی را که ابراهیم و اسماعیل ( پایه های ) خانه کعبه را بالا می بردند، و می گفتند: پروردگارا! از ما بپذیر، همانا که تویی شنوای دانا.

و در سوره نحل خداوند متعال می فرماید: {قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَآتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ}.<sup>(3)</sup>

ترجمه: به راستی کسانی که پیش از ایشان بودند نیز مکر ورزیدن، پس خداوند

بنیاد شان را از ( اساس و پایه ) ویران کرد، که سقف از بالا بر سرشان فرو ریخت، و عذاب الهی از آنجای که نمی دانستند به سراغ شان آمد.

در این دو آیات، الله متعال قواعد را بمعنی اساس و پایه بکار برده است.

زجاج می گوید:<sup>(4)</sup> قواعد، که در این آیه بکار برده شده بمعنی بنیاد و اساس است، که سقف خانه بر آن

تکیه نموده باشد.<sup>(5)</sup>

(1) الأفریقی المصری، محمد بن مکرم بن منظور، لسان العرب، ناشر: دار صادر بیروت (3/ 361). الجوهری، إسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ناشر:

دار العلم للملايين بیروت؛ لبنان (2/ 87)، الخلیل بن أحمد العین [الکتاب مرقم آلیا غیر موافق للمطبوع] (1/ 27)، الزبیدی، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسینی، تاج

العروس من جواهر القاموس، مصدر الکتاب: موقع الوراق (ص: 2215).

(2) البقرة آیت: 127.

(3) النحل آیت: 26.

(4) أبو اسحاق الزجاج ابراهیم بن السری بن سهل، الزجاج: عالم در علم نحو بود. در سال 241 هـ تولد شد و در سال 311 هـ در بغداد وفات نمود. برگرفته شده از کتاب،

الأعلام لخیر الدین الزرکلی (1/ 40).

(5) الزجاج ابراهیم بن السری بن سهل، أبو إسحاق، معانی القرآن وإعراجه، ناشر: عالم الکتب - بیروت طبع اول سال 1408 هـ - 1988 م، (3/ 195).

قواعد جمع قاعده، و به معنی زن که دیگر حیض نشود و بچه نزاید، می آید. <sup>(1)</sup> چنانچه خداوند  $\text{عَلَّمَ}$  می فرماید: { وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَّهُنَّ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ } <sup>(2)</sup>.

ترجمه: و زنان بزرگ سالی که (از کارافتیده) و امید ازدواج ندارند، یعنی نا امید از حیض و بچه هستند بر آنها گناهی نیست که لباسهای رویین خود را بگذارند، در صورتی که زینت و زیبای خود را آشکار نکنند، و اگر خوداری کنند و خود را بپوشانند برای آنها بهتر است و خداوند شینوای دانا است.

از این آیت دانسته می شود که قواعد بمعنای زن نامید از (حیض و بچه) که امید ازدواج را ندارد بکار برده شده است.

ب- مفهوم اصطلاحی قواعد در مورد تعریف اصطلاحی قواعد، فقهاء اختلاف نظر دارند، که آیا مفهوم قاعده قضیه کلی است یا قضیه اغلیبی؟ برخی از علماء فقه می گویند مفهوم قاعده، قضیه کلی می باشد، و در این مورد تعریفات از قواعد را ارئه نموده که همه آن یک مفهوم را افاده می نماید:

یکم- قاعده: قضیه و یا حکم کلی است که مشتمل بر تمامی جزئیات است تا بواسطه آن احکام شناخته شود و در تحت آن حکم کلی مندرج می باشد. <sup>(3)</sup>

(1) النجار، إبراهيم مصطفى أحمد الزيات محمد، المعجم الوسيط، ناشر: دار الدعوة (2/748).

(2) النور آیت: 60.

(3) علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، ناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، تحقيق: إبراهيم الأبياري، سال طبع 1405 هـ. (ص 177)، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، الكتاب مشكول ومرقم آليا غير موافق للمطبوع (21/1-22)، التفنازاني سعد الدين مسعود بن عمر شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح. ناشر: دار الكتب العلمية بيروت، سال نشر 1416 هـ - 1996 م (37/1)، السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي، الأشباه والنظائر، ناشر: دار الكتب العلمية، طبع اول، 1411 هـ - 1991 م (16/1)، البهوتي الشيخ منصور بن يونس، كشف القناع، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان طبع اول، 1418 هـ - 1997 م (16/1)، ابن النجار، محمد بن احمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح، شرح الكوكب المنير، ناشر: مكتبة العبيكان، سال طبع 1413 هـ - 1993 م (1/44)، أبو الربيع الصرصري، نجم الدين، سليمان بن عبد القوي، الطوفي، شرح مختصر الروضة، ناشر: مؤسسة الرسالة 1407 هـ. (1/120).



دوم- قاعده: عبارت از اصول و یا قواعد کلیه فقهی در نصوص قوانین میباشد که احکام شرعی عام آینده را در بردارد، و در تحت آن موضوعات داخل می باشد.<sup>(1)</sup> اما برخی از فقهاء می گویند که مفهوم قاعده فقهی، قضیه اغلبی میباشد، ایشان نظر کردند به استثنائات قاعده و قواعد را این گونه تعریف می نماید: ( حکم اکثری است نه کلی که بر تمامی جزئیات منطبق می باشد تا احکام از آن شناخته شود.<sup>(2)</sup>

## مطلب دوم: مفهوم استصحاب از دید لغت

### و اصطلاح

الف- مفهوم لغوی استصحاب: استصحاب در لغت از باب استفعال، از «الصحة» گرفته شده بمعنای طلب صحبت و همراهی را گویند چنانچه که عربها می گویند «استصحبَتِ الأُمَّ ابنتَهَا» مادر، دختر خود را گرفت.<sup>(3)</sup> ابن فارس<sup>(4)</sup> می گوید: استصحاب از «استصحبت الرجل» یعنی شخص از او خواست که با وی دوست و همنشین شود، گرفته شده.<sup>(5)</sup> استصحاب، مصدر کلمه "استصحابا" است بمعنای اینکه با

- 
- (1) الزرقا، مصطفی احمد، المدخل الفقهي العام، ناشر: دار القلم - دمشق، سال طبع دوم 1409 هـ و 1989 م فقره (556)،
- (2) الحموي، زين العابدين ابن نجيم، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ناشر: دار الكتب العلمية بيروت، سال نشر: 1405 هـ - (22/1)،
- (3) عمر، أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ناشر: عالم الكتب، ترقيم الكتاب موافق للمطبوع، طبع اول: 1429 هـ - 2008 م (2/1268)، بيبين قلعي، محمد، معجم لغة الفقهاء (67/1)، الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب القاموس المحيط (279/1)، المعجم الوسيط، ناشر: دار الدعوة (507/1)، الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملّقب بمرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، 1965 م (ص: 655).
- (4) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، وى شخصيت فريخته در علم آدب و لغت بود، در مورد وطن اصلى وى دیدگاه های مختلف است که برخی از مورخين آنرا منسوب به همدان و برخی منسوب به رى از اقاليم خراسان سرزمين ايران مى نمايد، وى بخاطري فراگيري احاديث بسوى قزوین و بغداد رحلت نمود، و بعد به همدان آمد و بعدا به رى، ابن فارس از تقى الصحاح إسماعيل بن عباد، علم لغت و آدب را فراگرفت، و این سبب گردید که، ابن فارس به علم لغت اهتمام زیاد نمود، در تفسیر قرآن، نحو، تاریخ و در فقه تالیفات را بجا مانده از جمله آثار آن، "مقاييس اللغة"، و "الاتباع والمزاوجة"، و "المُجمل في اللغة"، و "الصحابي" في فقه اللغة. ایشان در سال 395 هـ وفات نمود. بر گرفته شده از كتاب الموسوعة التاريخية - الدرر السنينة (258/3).
- (5) الأفریقی المصری، محمد بن مکرم بن منظور، لسان العرب، الناشر: دار صادر بیروت (520/1) الجوهری، إسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، ناشر: دار العلم للملایین بیروت، طبع اول: 1376 هـ - 1956 م (412/1) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المثير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ناشر: المكتبة العلمية - بيروت، (333/1) تاج العروس (ص: 655).

او همنشین شد، از او خواست که با وی دوست و همنشین شود، در دوستی با او پایدار شود<sup>(1)</sup>.

ب- مفهوم اصطلاحی استصحاب: استصحاب در اصطلاح، تعریفات گوناگون دارد لازم می بینم که سه

تعریف جامع استصحاب را ذکر نمایم: استصحاب:

1. عبارت از ثبوت یک حکم در زمان آینده بنا بر ثبوت آن در زمان گذشته، مگر اینکه دلیل بر تغییر آن وجود داشته باشد.<sup>(2)</sup>

2. ویا استصحاب: برای امر وجودی و عدمی، عقلی و شرعی می باشد، و عبارت از ثبوت یک حکم در زمان گذشته بنا بر ثبوت آن در زمان آینده<sup>(3)</sup>

3. ویا اینکه استصحاب: عبارت از دوام آن چیزی که ثابت است و نفی آن چیزی که نفی بوده، معنای اش این است بقای حکم از جهت نفی واثبات، تا زمانی که دلیل بر تغییر آن وارد شده باشد<sup>(4)</sup>.

مناقشه: باید گفت که در تعریف اول قید " مگر این که دلیل بر تغییر آن وارد شده باشد"، ذکر گردیده ولی در تعریف دوم این قید " مگر این که دلیل بر تغییر آن وارد شده باشد"، ذکر نگردیده و تعریف سوم ابن قیم رح دایره وسیع دارد، در تعریف اش قید نفی هم بکار برده شده، یعنی ثبوت و نفی یک چیز قید گردیده در

---

(1) عمر، أحمد مختار عبد الحمید، معجم اللغة الریبة المعاصرة، ناشر: عالم الکتب، (2/1268).

(2) السلمي، عیاض بن نامی بن عوض، أصول الفقه الذي لا یسع الفقيه جهله، ناشر: دار التدمرية، الرياض، طبع اول: 1426 هـ - 2005 م (ص: 199)، البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ناشر دار الکتب العلمیة، سنة النشر 1418 هـ - 1997 م. (31 /7)، الإنسوي، جمال الدين عبد الرحيم، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ناشر: دار الکتب العلمیة - بیروت- لبنان طبع اول: 1420 هـ - 1999 م (2/258) النملة، عبد الکریم بن علي بن محمد، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، ناشر: مكتبة الرشد - الرياض سال طبع 1420 هـ (ص: 375).

(3) الشوکاني، محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول إلى تحقیق الحق من علم الأصول، ناشر: دار الکتب العربي، طبع اول: 1419 هـ - 1999 م (2/174)، الزرکشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، ناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت طبع اول: 1421 هـ / 2000 م (4/327)، وبيین السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، ناشر: دار الکتب العلمیة - بیروت، طبع اول، 1404 هـ (3/173).

(4) الجوزية، محمد بن أبي بكر ابن قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، مصر سال طبع: 1388 هـ / 1968 م (1/463).

حالی که در سایر کتابهای اصول قید نفی ذکر نگردیده حتی در تعریف شوکانی، هم قید نفی ذکر نگردیده، بهیمن وجه خواستم که این تعریفات را بشکل علحیده ذکر نمایم تا ابهام رفع شود.

### ج - علاقه و ارتباط میان معنای لغوی و اصطلاحی استصحاب:

از فحوای تعریفات فوق استصحاب، این هویدا می شود، که در میان تعریفات لغوی و اصطلاحی موافقت وجود دارد، و به این موافقت الفیومی<sup>(1)</sup> صاحب المصباح المنیر اشاره نموده است و می گوید:

« استصحبت الحال » بمعنی: تمسک به آنچه که ثابت باشد، گویا که حالت حاضر را در حالی که جدا شدنی نیست مصاحب همان حالت گذشته، می نمائید<sup>(2)</sup>.

اسنوی<sup>(3)</sup> تاکید دارند بر این که معنی لغوی و اصطلاحی استصحاب در میان دو حرف نهفته شده است، و آن عبارت از حرف ( سین ) و ( تاء ) در لفظ استصحاب می باشد، زیرا این دو حرف از دید لغت برای طلب می آید.<sup>(4)</sup>

د- تعریف راجح: محمد ابوزهره<sup>(5)</sup> در کتاب اصول فقه خویش از میان تعریفات که برای استصحاب ذکر شده دو تعریف را برگزیده، که این دو تعریف جامع می باشد، یکی تعریف شوکانی در کتاب ارشاد الفحول فی

---

(1) الفیومی، ابو العباس احمد بن محمد بن علی المقرئ الحموی، در الفیوم مصر تولد شده، بعدا به یکی از شهرهای شام بنام حماة رحلت نمود، شخصیت فقیه، و لغوی بود، وی در سال (770 هـ) وفات نمود، از جمله تالیفات ایشان: المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، نثر الجبان فی التراجم الاعیان، برگرفته شده از متاب زرکلی: الاعلام (224/1).

(2) د/ اشقر، سلمیان، نظرات اصول الفقه، ناشر: دار انفانس، طبع سوم 1436 هـ- 2015 م، (429/1)، الفیومی، المصباح المنیر (ص: 333).

(3) الاسنوی، عبدالرحیم بن حسن بن علی بن عمر الاسنوی الشافعی، لقب ایشان جمال الدین، کتبه اش ابی محمد در یکی از شهرهای مصر که بنام بآسنا یاد می شود در سال (704 هـ) تولد شد، وی شاگرد سبکی، زنگلونی و سنباطی بود، از جمله تالیفات ایشان التمهید فی تخریج الفروع علی الاصول، نهایة السؤل شرح منهاج الاصول فی اصول الفقه. الدرر الکامنه از ابن حجر العسقلانی (147/3).

(4) الاسنوی، عبدالرحیم بن الحسن (772 هـ) نهایة السؤل شرح منهاج الاصول بحاشیة شرح البدخشى منهاج العقول، بیروت: دار الکتب العلمیة (178/3)، محمد سلام، منهاج الاجتهاد فی الاسلام، جامعة الكويت (1393 هـ)، (ص: 308).

(5) شیخ محمد ابوزهره، عالم و متفکر اسلامی می باشد، وی تقریباً سی و چهار تن تالیفات دارد که از آن جمله یکی اصول الفقه، الجریمة فی الفقه السلامی و العقوبه فی الفقه السلامی می باشد، نام برده در سال (1394 هـ) وفات نمود گرفته شده از کتاب الدلیل عند الظاهره از الخادمی، نورالدین، بیروت: دار ابن حزم (1421 هـ) (ص: 67).

تحقیق علم الاصول که استصحاب را این گونه تعریف نموده، عبارت از بقای یک حکم، تازمانی که مغیر آن وجود نداشته باشد، یا عبارت از ثبوت یک حکم در زمان گذشته بنا بر ثبوت آن در زمان آینده، مگر اینکه دلیل بر تغیر آن وجود داشته باشد. و همچنان تعریف ابن قیم جوزی را هم برگزیده که عبارت از دوام آن چیزی که ثابت است و نفی آن چیزی که نفی بوده، معنای اش این است بقای حکم از جهت نفی اثبات، تا زمانی که دلیل بر تغیر آن وارد شده باشد<sup>(1)</sup>.

بخاطری این که تعریف استصحاب خوب تر واضح شود به چند مثال اکتفاء می نمایم:

مثال اول: شخص مفقود است از زندگی و مرگ اش خبر نیست، اما علم به زنده بودن وی در یک زمان معین قبل از لادرک بودن وجود داشت، حکم به استمرار زنده بودن وی می دهیم تا وقتی که دلیلی بر وفات وی یافت شود.

مثال دوم: شخص با زنی ازدواج کرده است بر این اساس که آن زن باکره نیست، قول مرد بدون وجود بینه پذیرفته نمی شود، زیرا باکره بودن اصل بوده و از زمان تولد زن وجود داشته است، در این مورد با استصحاب وجود بکارت آن زن ثابت می شود.

مثال سوم: اگر کسی سگی را خرید، که آن سگ از سگ های پولیس است که به کشف جرم کمک می کند، یا به عنوان سگ شکاری آن را خرید، ولی بعدا ادعا کند که این سگ ویژگی مقرر ندارد، قول وی پذیرفته می شود، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. این حکم به اساس استصحاب عدم سابق است، زیرا اصل بر این است که سگ این صفات مذکور را نداشته باشد.<sup>(2)</sup>

---

(1) ابوزهره، محمد، اصول الفقه، طبع دارالفکر العربی سال طبع 1377 هـ (ص: 295-296).

(2) زیدان، الوجیر فی اصول الفقه، ناشر: موسسه قرطبه سال طبع: 1396 هـ ق (ص: 267).

## مطلب سوم: دلایل، حجیت شمردن استصحاب

فقه‌های اسلامی استصحاب را زمانی حجت می‌شمارد، که دلیل از کتاب الله و از سنت رسول الله و از

اجماع و همچنان از قیاس وجود نداشته باشد، اما برخی از علماء در این مورد اختلاف نظر دارند.

### فرع اول: مذاهب اصولیان در مورد حجیت استصحاب

در مورد حجیت استصحاب فقه‌های اسلامی اختلاف نظر دارند و در این مورد دیدگاه‌های مختلف وجود دارد:

الف- زرکشی در مورد حجیت استصحاب، شش مذاهب را منحصر دانسته است که هر کدام را بشکل

مفصل ذکر خواهیم نمود:

مذهب اول: دیدگاه جمهور از علماء: جمهور از علماء مالکی، شوافع، حنابلة و اهل ظواهر به این نظر

است که استصحاب حجت برای نفی و اثبات می‌باشد و این را ابن حاجب از اکثر فقهاء روایت نموده است.

<sup>(1)</sup> این دسته از فقهاء می‌گویند، مجتهد زمانی که در یک مسئله حکم یا دلیل را پیدا نکند در این صورت باید

به استصحاب پناه ببرد، زیرا استصحاب حجت در حالات اثبات و نفی می‌باشد، بناء نفی خالی از دو حالات

نمی‌باشد، اینکه نفی یا عقلی می‌باشد و یا شرعی، اما اثبات یک حالت دارد و آن عبارت از حالت نفی می

باشد، زیرا عقل حکم وجودی را به اثبات رسانده نمی‌تواند<sup>(2)</sup> و همچنان ابو ثور، داود، مزنی، صیرفی، ابن

سریج، ابن خیران، و اکثر فقهای شوافع و متکلمین، امام رازی، و همچنان برخی حنفی‌ها بر حجیت و دلیل

شمردن استصحاب نظر دارند.<sup>(3)</sup>

---

(1) الشوکانی، محمد بن علی بن محمد، إرشاد الفحول إلی تحقیق الحق من علم الأصول، ناشر: دار الکتب العربی، (174/2) البحر المحیط فی أصول الفقه (327/4)

المرداوی، علاءالدین ابی الحسن علی بن سلیمان، تحریر المنقول و تعذیب علم الاصول، ناشر: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیة دولة القطر طبع اول، 1432هـ. (325/1)،

الحمد، عبدالقادر بن شیبیه، امتاع العقول بروضة الاصول، ناشر: الرياض، طبع اول: 1435هـ (73/1).

(2) الزرکشی، بدرالدین محمد بن عبد الله بن بهادرالبحر المحیط فی أصول الفقه، ناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت (327/4).

(3) المروزی، ابی المظفر السمعانی، القواطع فی اصول الفقه، ناشر: دار الفاروق عمان، طبع اول: 1432هـ (799/1). الشوکانی، محمد بن علی بن محمد، إرشاد

الفحول إلی تحقیق الحق من علم الأصول (174/2).

این گروه استدلال می نماید به دلایل متعدد:

یکم- دلیل از قرآن:

1- قرآن: { قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ

لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ }<sup>(1)</sup>.

ترجمه: بگو در آنچه که بر من وحی شده است، چیزی حرامی را که خوردن آن بر خورنده ای حرام باشد؛

نمی یابم بجز اینکه مردار باشد یا خون ریخته شده یا گوشت خوک که پلید است یا حیوانی که در گوشت اش

نافرمانی خدا شده، هنگام ذبح نام غیر خدا بر آن برده شده باشد، اما کسی که به خوردن آن ناچار گردد، بدون

آنکه خواهان لذت آن باشد و یا زیاده روی و تجاوز کند گناهی بروی نیست، بی گمان پروردگارت آمرزنده

مهربان است.

در این آیت خداوند جل جلاله بعضی خوردنی ها را حرام قرار داده و از خوردن اش نهی نموده، و آن چیزی

که مسکوت عنه است، مباح می باشد، بخاطر عدم موجودیت دلیل، که آن را از اباحت بسوی تحریم بکشد،

پس چیزی که از این آیت برداشت می شود این است که اصل در مطعومات اباحت می باشد مگر این که

دلیل باشد که آن را از اباحت بسوی حرمت بکشد، و این قضیه بر می گردد به استصحاب .

دوم- دلایل از سنت رسول الله:

---

(1) الأنعام آیت: 145.

2- سنت رسول الله ﷺ [ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَبِّبِ، وَعَنْ عَبَّادِ بْنِ تَمِيمٍ، عَنْ عَمِّهِ، أَنَّهُ شَكَأَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرَّجُلَ الَّذِي يُخَيَّلُ إِلَيْهِ أَنَّهُ يَجِدُ الشَّيْءَ فِي الصَّلَاةِ؟ فَقَالَ: «لَا يَنْفَتِلُ - أَوْ لَا يَنْصَرِفُ - حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا»<sup>(1)</sup>.

ترجمه: از سعید بن مسیب و از عباد بن تمیم از کاکایش روایت می نماید که ایشان شکایت نزد رسول الله نمود در مورد مرد که در نماز بگمان اینکه چیزی را درک کرده باشد؟ رسول الله ﷺ فرمود: تا زمانیکه صوت « صدا » یا ریح « باد » را حس نکردی از نماز منصرف نشوید.

از این حدیث معلوم می شود که اصل در اشیاء این است که بر حالت سابق گذشته شود مگر اینکه دلیل باشد که آنرا تغییر دهد.

3- سنت رسول الله: [ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا شَكَأَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ، فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا، فَلْيَطْرَحِ الشَّكَّ وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ، ثُمَّ يَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ<sup>(2)</sup>.

ترجمه: از ابی سعید الخدری رضی الله عنه روایت است که پیامبر خدا ﷺ فرمود: وقتی که یکی از شما در نماز شک نماید و نمی داند که سه یا چهار رکعت نماز خوانده ، شک را دور نماید و به آنچه که یقین دارد بنا نماید و قبل از سلام دو سجده نماید.

از این حدیث دانسته می شود که رسول الله ﷺ به شک توجه نکرده بلکه بر حالت متیقین بودن که همان اقل نماز است بنا نموده است و این حدیث اصل استصحاب را می رساند که همان اقل نماز بدون زیادت می باشد.

### سوم- دلایل فقهای اسلامی

(1) بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، ناشر: دارطوق النجاه (39/1).

(2) قشیری، ابوالحسن مسلم بن الحجاج صحیح مسلم، ناشر دارالحیة التراث العربی بیروت (400/1).

الف - دلایل اثبات کنندگان: این دسته از علماء بر این باور است که، اثبات استصحاب یک امر ضروری و لازمی می باشد، زیرا عقل تقاضا این را دارد در صورتی که وجود وعدم، یک چیز، در یک زمان متحقق شود، و دلیل معارض آن ثابت نشود که آن را لغو نماید در این صورت از دید عقل باید همان چیز بر حال خودش گذشته شود، زیرا هیچ مانع در این عرصه دیده نمی شود که آن را دفع نماید.

در مورد وجوب عمل بر استصحاب اجماع منعقد شده است، بدلیل اینکه اجماع شده بر بقای شریعت محمد صلی الله علیه وسلم و شریعت پیشینیان تا ظهور نبی صلی الله علیه وسلم و این محل اتفاق می باشد و در این مورد کدام دلیل دیگر وجود ندارد جز استصحاب الحال، و استصحاب الحال یک دلیل صحیح بشمار برده می شود.

در زیاد ترین مسایل فروعی در شریعت اسلامی بر اخذ استصحاب اجماع منعقد شده است. مثلا در مورد بقای وضوء شخصی که گمان بر شکستن آن ندارد، و همچنان بقای بی وضوی در مورد شخصی که گمان بر وضوء را ندارد، و دیگر فروعات همانند این موارد وجود دارد، بناء اجماع حجت قطعی است پس استصحاب نیز حجت بشمار برده می شود.<sup>(1)</sup>

برخی از فقهای حنفی می گویند: استصحاب صلاحیت دفع را دارد نه الزام، بهمین خاطر زن که عادت ماهوار شان ده روز باشد، و خون از ده روز زیاد شود در این صورت ده روز اش حیض، و متباقی استحاضه محسوب می شود، زیرا خون زیاده به همراهی خون حیض و استحاضه متصل شده، در این حالت احتمال دو امر دیده می شود، اگر حکم بر نقض عدت اش شود در این صورت عمل نمودن بدون دلیل لازم می شود.

و همچنان دختری که به سن بلوغ رسد، و در آن حالت استحاضه باشد، حیض اش ده روز می باشد، زیرا کمتر از ده روز احتمال حیض و استحاضه را می داشته باشد، اگر حکم کرده شود بر ارتفاع حیض در این

---

(1) الکردي د/أحمد الحجي، بحوث فی علم الاصول(ص: 108).



صورت عمل نمودن بدون دلیل لازم می شود، بر خلاف، که از ده روز زیاد باشد، زیرا در این صورت دلیل می باشد که عبارت از اینکه حیض از ده روز زیاد نمی شود.<sup>(1)</sup>

### مذهب دوم: دیدگاه جمهور احناف و متکلمین و ابوالحسن البصری:

این گروه از علماء به این نظر است که استصحاب اصلا حجت شمرده نمی شود، و استدلال مینماید<sup>(2)</sup>:

1- زمان اول «پیشنه اول» نیاز به ثبوت دارد و زمان دوم «پیشنه دوم» بطریق اولی نیازمندی به ثبوت

دارد، و در این مورد جایز است که دلیل وجود داشته باشد، نزد این گروه این حالات خاص در شرعیات می باشد، اما در حسیات، خداوند متعال عادت را بطریق استصحاب جاری نموده است.<sup>(3)</sup>

2- حجیت و دلیل شمردن استصحاب بنای آن بر این است که اصل در تمامی اشیاء دوام و استمرار می

باشد، اگر اصل در تمامی اشیاء دوام و استمرار باشد در این صورت حدوث تمامی حوادث بر خلاف مقتضی همان دلیل است، بخاطری عدم استمرار آن و این بر خلاف اصل است.<sup>(4)</sup>

3- احکام شرعی مانند طهارت، پاکی و حلیت، بر اساس دلیل شرعی ثابت می شود و دلیل شرعی عبارت

از قرآن، سنت، اجماع و قیاس می باشد، پس زمانی که یکی از این ادله نباشد، دیگر دلیل شرعی وجود ندارد،

استصحاب از جمله این دلایل نیست بناء دلیل شرعی شده نمی تواند و حکم را هم ثابت کرده نمی تواند.

---

(1) الشاشی، أحمد بن محمد بن إسحاق، أصول الشاشی، ناشر: دار الكتاب العربی - بیروت، سال طبع، 1402 (ص: 165).

(2) الشوکانی، محمد بن علی بن محمد، إرشاد الفحول إلی تحقیق الحق من علم الأصول، الناشر: دار الكتاب العربی، (174/2)، الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد

الله بن بهادر، البحر المحیط (327/4)، الشبلی، محمد مصطفی، اصول الفقه الاسلامی، ناشر: دار الجامعیه، سال طبع 1292 هـ (354/1).

(3) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحیط (327/4)، الشبلی، اصول الفقه الاسلامی (354/1).

(4) الزحیلی، د/ وهبه، اصول الفقه الاسلامی، ناشر: دار الفكر طبع اول: 1406 هـ 1986 م (ص: 867).

مذهب سوم: استصحاب حجت بر مجتهد است بر اساس اجتهاد که در میان خودش والله می باشد. این نظر را قاضی بغدادی، در کتاب تقریب برگزیده، زیرا مجتهد به اساس توان اجتهاد خود مکلف می باشد، در صورتی که مجتهد در مورد کدام مسئله دلیل را پیدا نکند، وی می تواند به استصحاب الحال تمسک بورزد. اما استصحاب در صورتی که مجتهد به مناظره فرا خوانده می شود، در آن وقت استصحاب برای اش حجت شمرده نمی شود، زیرا هیچ فائده برای اش مرتب شده نمی تواند، استصحاب الحال در صورتی دلیل برای مجتهد است که او دیگر دلیل نداشته باشد<sup>(1)</sup>.

مذهب چهارم: استصحاب حجت و دلیل برای دفع می باشد نه برای رفع و این مذهب اکثر احناف مثل ابی زید، سرخسی، بزدوی، میباشند.<sup>(2)</sup> و دیدگاه جمهور متأخرین احناف هم بر این است: استصحاب حجت برای دفع ونفی می باشد نه برای اثبات واستحقاق، زیرا استصحاب صلاحیت دفع را دارد آنچه که ثابت نیست بخاطر بقای حکم یک مسئله به آن چه که قبلاً ثابت بود، و به استصحاب حقوق سلبیه ثابت می شود، زیرا استصحاب حجت است برای بقای حقوق که ثابت شده از قبل، وهمچنان استصحاب حکم جدید را ثابت نمی سازد، زیرا بواسطه عقل اباحت اصلی، براءت، بقای امرعلی ماکان ثابت می شود.<sup>(3)</sup> و این گروه از علماء برخی از مسایل را مبتنی بر استصحاب الحال می دانند، که بطور خلاصه می خواهیم برای تان ذکر خواهیم نمود:

---

(1) الشوکانی، محمد بن علی بن محمد، إرشاد الفحول إلى تحقیق الحق من علم الأصول، ناشر: دار الکتب العربی، (175/2)، الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحیط (4/327).

(2) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحیط (4/327)، المروزی، ابی المظفر السمعانی، القواطع فی اصول الفقه، ناشر: دار الفاروق عمان (1/799).

(3) الزحیلی، د/ وهبه، اصول الفقه الاسلامی، ناشر: دار الفکر (ص: 867).

یکم- اگر دو فرد شهود، شهادت داد، بر ملکیت پدر مدعی، در حالی که پدر مدعی وفات نموده، در نزد امام ابوحنیفه رح شهادت شهود قبول نمی شود، زیرا ثبوت ملکیت از حیث شهادت نمی باشد، بلکه ثبوت ملکیت بر اساس استصحاب الحال می باشد، بخاطر دفع شهادت شهود در این مورد<sup>(1)</sup>.

دوم- در مورد شخص مفقود می گویند، اصل حیات شخص مفقود می باشد از این جهت مال اش پدرش به میراث برده نمی تواند، در حالی که مال مفقود عین مال پدرش می باشد، زیرا آن چه که قبلاً ثابت بوده از حیث بقاء نمی باشد<sup>(2)</sup>.

مذهب پنجم: مبنای استصحاب را ترجیح تشکیل می دهد، و این دیدگاه را استاذ ابو اسحاق از امام شافعی رح نقل نموده است<sup>(3)</sup>، و این قول درست است که استصحاب صلاحیت ترجیح را دارد، و من حیث دلیل شمرده نمی شود، زیرا دیدگاه امام شافعی رح در مورد استصحاب به این است لازم نیست که استصحاب را من حیث دلیل و حجت بشماریم، و برخی از مسایل را یاد آوری می کند، مثلاً: زنان که فرج (شرمگاه) آن حرام است، بر مبنای دو دلیل، حلیت و مشروعیت نکاح را پیدا خواهد کرد: یکی این که خود رسول الله مبنای مشروعیت آن نکاح را بیان نموده، دوم: اینکه در ملک یمین شخص باشد مانند کنیز، این استدلال شافعی رح است در تمام مسایل که به استصحاب الحال بر می گردد، بناء نتیجه بحث مذهب پنجم به این شد، که امام شافعی به همراهی پیروان مذهب اش به این نظر است که استصحاب صلاحیت ترجیح را دارد نه اینکه حجت و دلیل مستقل شمرده شود<sup>(4)</sup>.

مذهب ششم: اگر هدف و مقصود استصحاب کننده، هر آن چیزی که نفی بوده نفی باشد در این صورت استصحاب درست می باشد، مانند اینکه شخص استدلال می نماید بر باطل بودن بیع غایب، و بر

(1) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحیط (328/4).

(2) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحیط (328/4).

(3) الشوکانی، محمد بن علی بن محمد، إرشاد الفحول إلی تحقیق الحق من علم الأصول، ناشر: دار الکتب العربی (175/2)، الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحیط فی أصول الفقه (328/4).

(4) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحیط فی أصول الفقه (328/4).

بطلان نکاح با محرم و بر بطلان نکاح شغار در این حالت اصل نبودن عقد می باشد، زیرا این صورت ها بر اساس استدلال ثابت می شود، اما اگر هدف و مقصد استصحاب کننده، ثابت نمودن چیزی بر خلاف ادعای خصم و جانب مقابل باشد، در این حالت استصحاب الحال من وجه امکان دارد، در صورتی نفی، به آن چه که ثابت می نمود، اما در این مورد استدلال درست نمی باشد، و این مانند قول شخص در حرام مسئله می باشد: مانند سوگند که کفاره را می نماید، و همچنان بر بطلان قول مدعی حکم نمی شود، زیرا اصل عدم طلاق،ظهار و لعان می باشد، بناء در این صورت تعارض با اصل آمده، در صورتی تعارض دو استصحاب، هر دو ساقط می شود.<sup>(1)</sup>

## مبحث دوم: انواع استصحاب به اعتبارات مختلف

در مبحث دوم به توضیح و تشریح انواع استصحاب و دیدگاه های مختلف فقهای اسلامی و اصولیان

در مورد آن، هم چنان شناخت محل خلاف انواع استصحاب، به قرار ذیل می پردازم. و موضوعات این مبحث را در مطالب ذیل گنجانیدم:

مطلب اول: انواع استصحاب نزد فقهاء اسلام

مطلب دوم: انواع استصحاب نزد اصولیین

مطلب سوم: حجیت استصحاب نزد کسانی که در مرتبه حجیت آن می گویند

---

(1) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه (4/329).

## مطلب اول: انواع استصحاب نزد فقهاء اسلام

استصحاب نزد فقهای اسلامی بر دو نوع است: مستقیم و معکوس.

الف: مستقیم: آنست که حکم شود به ثبوت یک شی در حال، از جهت ثبوت آن در زمان گذشته<sup>(1)</sup>.

ب: معکوس: آنست که حکم شود به ثبوت یک شی در گذشته از جهت ثبوت آن در حال. در هر دو

صورت لازم است که دلیل مغایر آن ثابت نشده باشد<sup>(2)</sup>.

در ماده 1777 مجله تذکر رفته: «هرگاه اختلاف در راه آبی باشد که بخانه یکی جاری میشود، در مورد

اینکه حادث است یا قدیم منازعه کنند، صاحب خانه بحادث بودن آبرو ادعا نماید و رفع آنرا مطالبه کند و هر دو

جانب بینه نداشته باشند اگر در حین خصومت، آب در آبرو جاری باشد یا جریان ماقبل دانسته شود بحالش

باقی می ماند و قول صاحب آبرو با سوگند اعتبار دارد»<sup>(3)</sup>.

الف- مثال استصحاب مستقیم: محمود لادرک گردید از زندگی و مرگ او اثری نیست درین صورت

نظر به حکم استصحاب الحال محمود زنده شمرده میشود؛ زیرا زندگی او قبل از غیابتش ثابت بود، پس زمان

حال او بر گذشته قیاس گردیده و تا وقتی که بر مرگ او کدام دلیل مستند وجود نداشته باشد به مرگ او حکم

نمی شود.<sup>(4)</sup>

ماده 326 ق. م حکم میکند: «هر شخصیکه بیشتر از چهار سال مفقود گردد و غالباً هلاک وی متصور

باشد، چنین شخص بحکم محکمه با صلاحیت متوفی شناخته میشود و در سائر موارد تشخیص مدتی که بعد

از آن شخص مفقود متوفی شناخته می شود، مفوض برأی محکمه میباشد».

(1) علی، حیدر، درر الحکام فی شرح مجله الأحکام، ناشر: دار العالم الکتب، سال طبع 1423 هـ - 2003 م (23 /1).

(2) علی، حیدر، درر الحکام فی شرح مجله الأحکام، ناشر: دار العالم الکتب، سال طبع 1423 هـ - 2003 م (23 /1).

(3) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام العدليه، ناشر: بيروت سال طبع 1302 هـ (ص: 258).

(4) علی، حیدر، درر الحکام فی شرح مجله الأحکام، ناشر: دار العالم الکتب، سال طبع 1423 هـ - 2003 م (23 /1).

مثال دیگری استصحاب مستقیم: احمد نزد محمود مقدار مالی را به امانت گذاشت و بعدا محمود لادرک گشت بر ذمه احمد است تا آن که حال محمود معلوم و محقق گردد مال امانت او را برایش حفظ بدارد و به ورثه او انتقال داده نمی تواند.

در هر دو مثال استصحاب الحال مستقیم بوده که حال به گذشته مقایسه میگردد.

ب- مثال استصحاب معکوس: احمد یک آسیاب آبی را، برای یکسال از محمود اجاره گرفت و بعد از آنکه مدت اجاره تمام گردد احمد میگوید: در خلال مدت اجاره یک ماه آب آسیاب قطع شده و آسیاب از گردش باز مانده و اجاره آن بالایم لازم نیست، در مقابل محمود یعنی صاحب آسیاب میگوید که آب آسیاب هیچ وقت قطع نشده است. پس اگر در مورد فوق کدام شهود و حجتی که مثبت دعاوی یکی از طرفین خصومت گردد وجود نداشته باشد، به استصحاب الحال معکوس، حکم میشود؛ به این صورت که ماضی به حال قیاس میشود، باید دقت کرد آیا در وقت خصومت آب آسیاب جاری است یا چطور؟ در صورت اولی قول مؤجر معتبر دانسته میشود با یمین او و در صورت دوم قول مستاجر با سوگند او مدار اعتبار است (مشروط بر آنکه مستاجر بینة نداشته باشد).

مثال دوم: احمد میگوید: مسیل و مجری آب خانه احمد در خانه مملوکه محمود از زمان قدیم جریان دارد، حالا محمود حق ندارد تا مانع آن گردد، اگر محمود بگوید: که مسیل آب او در خانه، تازه وجدید بوده و من حق بند ساختن آنرا دارم، درین صورت اگر کدام بینة مثبت برای یکی از طرفین نباشد به استصحاب الحال حکم میشود، بدین منوال که اگر جریان آب خانه احمد در وقت خصومت در خانه مملوکه محمود جریان داشت و یا مجری آن قبل از خصومت معلوم گردید، ادعای احمد با یمین او قابل سمع است، در غیر آن مدعای محمود با یمین قابل اعتبار خواهد بود، درینجا نیز زمانة ماضی به حال قیاس شده است و محمود باتمسک به این اصل کلی: «برائت ذمه حالت اصلی است» استدلال می نماید.<sup>(1)</sup>

(1) اتاسی، خالد، شرح مجلة الاحکام (27/1).

## مطلب دوم: انواع استصحاب نزد اصولیین

لازم به ذکر است، که مصادر تبعی و نقلی و عقلی، همه اصول استنباط احکام اند که فقیه یا قاضی در کشف و یا استنباط احکام از منابع اصلی کمک خواهد گرفت، و همانگونه که در تعریف بیان شده استصحاب یکی از آن اصول است که به عنوان یک اجتهاد عملی عقلی به شمار می آید که هدف آن عمل به حکم پیشین و استمرار آن حکم، در زمان پسین به دلیل نبودن آن چیزی است که موجب تغییر آن گردد.

### فرع اول: اختلاف اصولیان در مورد انواع استصحاب

در مورد انواع استصحاب اصولیین باهم اختلاف نظر دارند، برخی میگویند استصحاب بر دو نوع است، بعضی قایل بر سه نوع، بعضی دیگر بر چهار نوع، برخی دیگر بر پنج نوع، و بعضی دیگر بر شش نوع استصحاب قایل می باشد و حتی برخی بر هفت نوع هم قایل می باشد. زمانی که من کتاب های قدیمی و معاصر اصول فقه را مطالعه نمودم، علماء اصول فقه در مورد انواع استصحاب، با هم اختلاف نظر داشتند برخی بر کمی و برخی بر زیادت انواع استصحاب قایل بودند<sup>(1)</sup> و به این قول، طیب خضری سید اشاره نموده و می گوید علماء بر کمی و زیادت انواع استصحاب قایل است<sup>(2)</sup> من میخوام دید گاه هر کدام از علماء را در مورد انواع استصحاب اولاً بشکل مجمل ارائه و بعداً به طوری مفصل بحث نمایم:

الف- خطیب بغدادی<sup>(3)</sup> می گوید: استصحاب دارای دو نوع می باشد، و آن عبارت از:

اول: استصحاب حال عقل.

---

(1) مهم ترین مشکل که من در مورد انواع استصحاب به آن متوجه شدم، این بود علماء در مورد انواع استصحاب به یک نظر نبودند، علماء قدیمی و معاصر، اصطلاحات قدیمی و جدیدی را در مورد انواع استصحاب وضع کرده است. در این عرصه خودم باتلاش زیاد، بادر نظر داشت اصطلاحات اصولیین قدیمی و معاصر در مورد انواع استصحاب، به این نتیجه رسیدم، منشاء اختلاف در انواع استصحاب همان اصطلاحات است که علما قدیم و معاصر وضع نموده است. و این سبب می شود که خیلی از مردم در این عرصه دچار مشکلات و عدم تمییز میان آن خواهد شد.

(2) بحوث فی الاجتهاد، فیما لا نص فیہ، (86/2).

(3) البغدادی، أحمد بن علی بن ثابت بن أحمد بن مهدی أبو بکر الخطیب (392 - 463 هـ / 1001 - 1070 م). وی علم حدیث را از کبار علما عصر خویش فرا گرفت ایشان تالیفات داشت که مجموعه آن به پنجاه و نه کتاب می رسد از جمله تصنیفات آن: تاریخ بغداد در چهارده جلد، الکفایة در علم الروایة، والرحلة فی طلب الحدیث، والفقیه والمتفقہ، برگرفته شده از کتاب: التعدیل والتجریح (62/1).

دوم: استصحاب حال اجماع.<sup>(1)</sup>

ب- ابن قیم<sup>(2)</sup> می گوید: استصحاب بر سه نوع است:

اول: استصحاب العدم الاصلی ( برائة اصلية).

دوم: استصحاب که ثابت برای حکم شرعی است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

سوم: استصحاب حکم اجماع در محل نزاع و کشمکش.<sup>(3)</sup>

ج- امام غزالی<sup>(4)</sup> می گوید: استصحاب دارای چهار نوع است:

اول: استصحاب عدم اصلی.

دوم: استصحاب عموم .

سوم: استصحاب حکم، که شریعت بر ثبوت ودوام آن دلالت دارد.

چهارم: استصحاب اجماع ای که در محل نزاع و کشمکش باشد.<sup>(5)</sup>

د- تاج الدین سبکی می گویند: استصحاب بر پنج نوع می باشد:

اول: استصحاب عدم اصلی.

دوم: استصحاب عموم .

سوم: استصحاب حکم، که شریعت بر ثبوت ودوام آن دلالت دارد.

چهارم: استصحاب اجماع ای که در محل نزاع و کشمکش باشد.

---

(1) خطیب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي، الفقيه والمتفقه، ناشر: دار ابن الجوزي بالسعودية، سال نشر: 1421هـ (216/1).

(2) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الدمشقي شمس الدين ابن قيم الجوزية الحنبلي در سال (691هـ) تولد شد وی شاگرد ممتاز ابن تیمیه بود، علم

فقه را از ابن تیمیه فراگرفته بود و در سال (751هـ) وفات نمود. برگرفته شده از کتاب، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة (137/5).

(3) الجوزية، محمد بن أبي بكر ابن قيم، ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، (265/1).

(4) أبو حامد الغزالي : محمد بن محمد بن أحمد الطوسي لقب إيشان حجت اسلام (450 - 505هـ) در منطقه طوس خراسان تولد شده، وی در علوم مختلف مثل

علم كلام ، فلسفه، تصوف نقش داشت. برگرفته شده از کتاب موسوعة الرد على الصوفية.

(5) أبو حامد، محمد بن محمد الغزالي ، المستصفي في علم الأصول، ناشر: دار الكتب العلمية - بيروت ، سال طبع 1415هـ (221/1).



پنجم: استصحاب مقلوب.<sup>(1)</sup>

هـ - زرکشی می گوید: استصحاب بر شش نوع می باشد:

اول: استصحاب ای که بر ثبوت ودوام آن عقل وشرع دلالت نماید.

دوم: استصحاب عدم اصلی.

سوم: استصحاب حکم عقلی .

چهارم: استصحاب دلیل با همراهی احتمال معارض.

پنجم: استصحاب حکم که به اجماع در محل خلاف ثابت شده باشد.

ششم: استصحاب حاضر در ماضی ( استصحاب مقلوب ) .<sup>(2)</sup>

فرع دوم: توضیح انواع استصحاب از دید اصولیان

نوع اول - استصحاب حکم اصلی تمامی اشیاء: حکم استصحاب، اباحت اصلی تمامی اشیاء، است

تا زمانیکه کدام دلیلی بر حرام بودن آن نیامده باشد: در نزد جمهور علماء اصل در تمامی اشیاء نافع، تا زمانیکه

حکم شرعی در مورد آن نیامده باشد اباحت است.<sup>(3)</sup>

اباحه یکی از انواع و احکام تکلیفی پنجگانه است و منبع آن چنانکه بعضی پنداشته اند نه استصحاب

است و نه عقل ، بلکه قرآنکریم است که در آیات متعددی بر حکم اباحه ای اشیاء تصریح نموده است. نزد

---

(1) السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، ناشر: دار الكتب العلمية (254/5).

(2) السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، (254/5)، الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن

بهدار البحر المحيط (20/6-25)، أبو الربيع، نجم الدين، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، شرح مختصر الروضة، ناشر: مؤسسة الرسالة (1/691).

(3) الزحيلي/ وهبه اصول الفقه الاسلامي، ناشر: دار الفكر (ص: 868)، قرطبي، محمد بن رشد، تربية ملكة الاجتهاد من خلال بداية المجتهد لابن رشد، ناشر: دار المعرفة

بيروت لبنان سال طبع 2007-2008 هـ (2/356)، النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، ناشر: مكتبة الرشد -

الرياض سال طبع 1420 هـ . (ص: 265)، عبد الغفار، محمد حسن، تيسير أصول الفقه للمبتدئين، بدون طبع (5/15)، الحازمي، أبو عبد الله، أحمد بن عمر بن مساعد،

شرح نظم الورقات، (18/44).

اکثریت این حکم پذیرفته و روشن است که حکم اصلی و ثابت برای چیزهایی که فائده برای انسان دارد، اباحه و اذن است، مگر آن که در موردی حکم معینی از سوی شارع به ما رسیده باشد.<sup>(1)</sup>

معنی این قسم از استصحاب: این است تمامی اشیای که در این دنیا است حکم ان اباحت است مانند نوشیدنی ها ، خوردنی ها و پوشیدنی ها. در این مورد دلایل وجود دارد:

خداوند متعال در قرآن کریم می فرماید: {هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا}.<sup>(2)</sup>

ترجمه: او خدای ذاتی است که همه آنچه را که در زمین است برای شما آفرید.

در آیت دیگر خداوند متعال می فرماید: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا}<sup>(3)</sup>

ترجمه: ای مردم از آنچه در زمین است، حلال و پاکیزه را بخورید. و قول الله تعالی:

{ وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ }<sup>(4)</sup>

ترجمه: و آنچه را که در آسمانها و زمین است همگی از آن اوست که برای شما مسخر و رام کرد.

تمامی این آیات دال بر این است که تمامی، اشیاء از قبیل پوشیدنی ها ، نوشیدنیها و خوردنی ها حلال و مباح است، مثلاً اگر کسی در مورد حلیت و حرمت این اشیاء بحث نماید و بگوید؛ که به اساس کدام دلیل شما اصل در اشیاء را اباحت می دانید؟ در این مورد در جواب باید بگویم : که اصل در تمامی اشیاء اباحت است، طبق فرموده همین آیات قرآنی که در فوق ذکر نمودیم. بخاطر ابراز موضوع میخواهم چند مثال را ذکر نمایم:

---

(1) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهرین، (187/1).

(2) البقرة آیت: 29.

(3) البقرة آیت: 168.

(4) الجاثية آیت: 15.

مثال اول: یک مرد، شخص را می بیند، که بر تن لباس ابریشم دارد، اصل بر این است که در تمامی پوشیدنی ها اباحت است، مگر این که دلیل باشد در آن صورت حکم از اباحت بسوی حرمت می رود<sup>(1)</sup>

چنانچه که خداوند متعال می فرماید: {قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ}.<sup>(2)</sup>

ترجمه: بگو: چه کسی لباس وزینتهای را که خدا برای بندگانش پدید آورده و روزی های پاکیزه را حرام

کرده است، بگو: این چیزها در زندگی دنیا برای کسانی است که ایمان آورده است.

توجیه دلالت آیات فوق: می دانیم که «لام» در قول خداوند متعال که در لفظ «لکم» در این دو آیه و

آیات دیگر بکار برده شده به منفعت و مصلحت انسانها است، زیرا در زبان عربی «لام» برای چیزی که مفید

انسان باشد به کار گرفته می شود همانگونه که حرف علی برای آنچه به زیان و ضرر باشد به کار گرفته می

شود، چنانچه که تفاوت این دو حرف را در آیه ای {لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ} <sup>(3)</sup>. بطور واضح می

یابیم. همچنین به دلیل لفظ «ما» در هر دو آیه که اسم موصول و از صیغه های عموم است و با لفظ «جمع»

عمومیت آن تاکید یافته است.

نتیجه قطعی در ارتباط با مضمون دو آیه مذکور چنین است که تمامی اشیا نافع در آسمان و زمین

برای مصلحت و منفعت انسان، ایجاد و مسخر شده اند پس از اثبات چنین دلالت واضحی نمی توانیم در

ارتباط با این گونه اشیا آفریده شده و مسخر در جهت نفع انسان که از طرف شارع اجازه بهره برداری از

آنها داده شده، قائل به محظورات و ممنوعیت شویم، مگر اینکه به دلیل دیگری شرعی خلاف آن ثابت گردد.

به عبارت دیگر، مقتضای عموم دلایلی از این نوع آن است که هر چه در جهان هستی وجود دارد، در

هوا یا در زمین یا در دریا، همه مباح و مآذون اند، مگر اینکه دلیل شرعی بر منع آن وارد شده باشد.

(1) عبد الغفار، محمد حسن، تیسیر أصول الفقه للمبتدئين، (3/15).

(2) الأعراف آیت: 32

(3) البقره آیت 286.

بر اساس این، انسان می تواند در هر زمان و مکان از زمین های زراعتی را که به ملکیت خصوصی یا عمومی و در تملک شخصیت حقیقی یا حقوقی در نیانده باشد، مورد استفاده خود قرار دهد، و از چراگاه ها، جنگل ها و مکان ها کندن سنگ ها بهرمنند گردد. همچنین می تواند، پرند گان و حیوانات کوهی و صحرایی و دریایی را شکار کند، بهرمنند شدن از همه ای این موارد هنگامی است که مانع شرعی یا قانونی در آن نباشد. دلیل بر اباحه ی آن ها نص قرآنی است و فلسفه ی حکم اباحه ی آن ها این است که تمامی اشیاء آفریده شده اند که انسان از آن بهرمنند گردد. بنابراین، آن اشیاء مشترک میان انسانها بر اساس اباحه ی اصلی است نه بر اساس رویکرد کمونستی، چنانچه بعضی پنداشته اند. تفاوت میان این دو واضح است؛ انتفاع کمونستی، از اشیاء بعد از مالکیت است و اباحه ی اصلی قبل از مالکیت است. (1) اما در این مورد دلیل از سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم وجود دارد، چنانچه که پیامبر خدا صلی الله علیه وسلم می فرماید: [عَنْ أَبِي مُوسَى، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «أَحِلَّ الذَّهَبُ وَالْحَرِيرُ لِإِنَاثِ أُمَّتِي، وَحُرِّمَ عَلَيَّ ذُكُورَهَا»]. (2)

ترجمه: از ابی موسی رضی الله عنه روایت است که پیامبر خدا صلی الله علیه وسلم فرمود: طلا و ابریشم برای زنان امتم حلال شده و بر مردان امتم حرام شده.

مثال دوم: اصل در خوردن تمامی درنده های جنگال دار حلیت است، مگر اینکه دلیل وجود داشته باشد بر حرمت آن، (3) و در این مورد دلیل از سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم وجود دارد بر تحریم درنده های جنگال دار، پیامبر خدا می فرماید: [عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ حَيْبَرَ عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ، وَعَنْ كُلِّ ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ]. (4)

(1) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی تسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهرین، سال طبع 2002م (188/1).

(2) النسائی، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب سنن النسائی بشرح السيوطي وحاشية السندي، الناشر: دار المعرفة ببيروت (161/8).

(3) عبد الغفار، محمد حسن، تيسير أصول الفقه للمبتدئين، (3/15).

(4) سجستاني، ابوداود سليمان بن اشعث، سنن ابوداود، ناشر: المكتبة العصرية صيدا بيروت. (355/3)

ترجمه: از سعید بن جبیر و از ابن عباس رضی الله عنهما روایت است که پیامبر خدا نهی کرد در روز خیبر از خوردن هر درنده که چنگال داشته باشد و از هر پرنده که دارای نیش باشد.

فرع اول- در مورد اشیاء قبل از ورود شرع و یا بعد از آن:

در مورد اباحت اصلی تمامی اشیاء لازم به ذکر است که در مورد حکم اشیاء قبل از آمدن شریعت و یا بعد از آن بحث مفصلاً نمایم، تا موارد اباحت بشکل درست واضح شود:

الف- حکم اشیاء قبل از آمدن شریعت:

ابوبکر را زی می گوید احکام افعال مکلف از روی ارده و قصد شخص واقع می گردد بر سه نوع می باشد، مباح، واجب و محظور می باشد:

مباح: عبارت از اینکه شخص با انجام دادن آن مستحق ثواب و عقاب نمی شود.

واجب: عبارت از اینکه شخص با انجام دادن آن مستحق ثواب و به ترک آن عقاب می شود.

محظور: عبارت از اینکه شخص با انجام دادن آن مستحق عقاب و به ترک آن مستحق ثواب می شود.<sup>(1)</sup>

اول- اختلاف علماء در مورد حکم اشیاء انتفاعی، قبل از ورود شرع می باشد:

یکم - در نزد بصریین افعال اختیاری قبل از آمدن شریعت، مباح می باشد، در نزد برخی از فقهای

بغداد، و برخی از فقهای امامیه و علی پسر ابوهریره حرام می باشد، و در نزد صیرفی در مورد این گونه اشیاء توقف می باشد.

در نزد اهل سنت والجماعت حکم اشیاء قبل از ورود شرع، ( حکم ) نمی باشد، زیرا حکم همان خطاب شارع می باشد، بناء جای که حکم نباشد خطاب هم نمی باشد.

دوم - در نزد معتزله افعال بر دو نوع می باشد، افعال اختیاری و افعال اضطراری.<sup>(2)</sup>

(1) الجصاص الإمام أحمد بن علي الرازي أصول الفقه المسمى: الفصول في الأصول، ناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية دولة الكويت، طبع اول، 1405 (247/3).

(2) السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج (217/1).

یک: افعال اضطراری: افعال است که از توان انسان خارج می باشد مانند تنفس کردن، وامثال آن، و این امر جایزی می باشد.

دو: افعال ختیاری: افعال است که در توان انسان می باشد و انسان بر اساس ارده خویش در هر زمان آن را انجام داده می تواند، مانند خوردن میوه جات و امثال آن. در نزد معتزله بصره، و گروهی از فقهای شافعی و احناف بر این است که چنین افعال مباح می باشد. در نزد معتزله بغداد و گروه از امامیه و علی پسر ابوهریره از فقهای شافعی بر این نظراست که چنین افعال ممنوع می باشد.<sup>(1)</sup>

قائلین می گویند: حکم اشیاء قبل از ورود شرع تمامی اش مباح می باشد، مگر اینکه عقل بر قبح و وجوب آن دلالت نماید.

زمانیکه عقل بر قبح آن دلالت نماید، مانند کفر، ظلم، دروغ، و امثال آن، این گونه اشیاء از روی عقل محظور و ممنوع می باشد.

زمانیکه عقل بر وجوب آن دلالت نماید، مانند توحید، شکر در برابر نعمت ها، و امثال آن، این گونه اشیاء مباح می باشد.<sup>(2)</sup>

خلاصه: ابوبکر را زی می گوید: حکم اشیاء قبل از ورود شرع بر سه بخش تقسیم می شود.

واجب: امر است که در آن تغییر و تبدیل جایز نباشد مانند ایمان به ذات الله، شکر در برابر نعمات الله، و وجوب انصاف.

محظور: امری است که در ذات خویش قبیح باشد، از حالت اش تغییر و تبدیل نمی شود مانند کفر و ظلم.

مباح: امری است که در آن دفع اضرار و جلب منافع باشد.

(1) الرازی، محمد بن عمر بن الحسین، المحصول، الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، طبع دوم 1412 هـ - 1992 م (210/1).

(2) الجصاص الإمام أحمد بن علي الرازي أصول الفقه المسمى: الفصول في الأصول، ناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية دولة الكويت (247/3).

دوم - دلایل در مورد اباحت اشیاء قبل از ورود شرع: خداوند متعال این اشیاء را بخاطر منافع مردم آفریده است، و پیدایش چنین اشیاء خالی از چهار معنی نمی باشد:

یکم: این که خداوند متعال این اشیاء را آفریده تا از آن هیچ کسی فائده نگیرد، و این عبث و بهودگی است والله متعال منزله از این کار می باشد.

دوم: و یا این که خداوند متعال این اشیاء را آفریده تا مردم با آن ضرر ببینند، و این امر بدتر و قبیح تر می باشد، و این را الله متعال بر مردم روا نمی دارند.

سوم: یا این که خداوند متعال این اشیاء را بخاطر منافع خویش آفریده، و این امر محال می باشد، زیرا با الله متعال هیچ نفع و ضرر ملحق نمی شود.

نتیجه: خداوند متعال این اشیاء را بخاطر منافع مکلفین آفریده، بناء بر مردم واجب است که از آن نفع و فائده گیرد تا زمانی که منجر به ضرر نشود.<sup>(1)</sup>

### فرع دوم - حکم انتفاع از اشیاء و اعیان مسکوت عنه بعد از ورود شرع

اشیاء و اعیان که شریعت از آن ساکت بوده، بر ثبوت و نفی، بر اباحت و حرمت آن حکم از جانب شرع وارد نشده، در مورد حکم این اشیاء و اعیان دو نظر است، برخی از علماء بر اباحت، برخی بر ممنوعیت آن قایل است، دیدگاه راجح در مورد اشیاء و اعیان مسکوت عنه بعد از شرع عبارت از اباحت می باشد<sup>(2)</sup>، بناء اشیاء که شریعت از آن ساکت می باشد، اباحت می باشد، این نوع اباحت، اباحت شرعی نمی باشد بلکه اباحت عقلی می باشد، زیرا این ثابت به نفی عقلی می باشد، زیرا خداوند متعال هر آن اشیای که مفید و سودمند برای انسان باشد، در این دنیا از قبیل طعام، آب، حیوان، نبات، جهاد، که در خشکه یا در دریا باشد،

(1) الجصاص الإمام أحمد بن علي الرازي أصول الفقه المسمى: الفصول في الأصول، ناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية دولة الكويت (247/5).

(2) نظرية الإباحة (ص: 65)، السدلان، صالح بن غانم، لقواعد الفقهية الكبرى، ناشر: دار بلنسية- رياض (ص: 127).

در مورد آن حکم بر حلیت و حرمت آن نیامده باشد، حکم این نوع اشیاء اباحت می باشد، هر کدام دلایل خاص دارد که غیر از ضیاع وقت، فائده دیگر بر آن مرتب نخواهد شد<sup>(1)</sup>.

### نوع دوم: استصحاب برائت اصلیه

و این نوع استصحاب را ( استصحاب عدم اصلی که بر اساس دلیل عقلی در احکام شرعی معلوم باشد) یاد می کند مانند برائت ذمه از تکالیف تا زمانی که دلیل بر تغییر آن نیامده باشد، یا نبود نماز ششم، زیرا دلیل وجود ندارد که نماز ششم هم فرض بوده باشد<sup>(2)</sup>.

برخی از اصولیان اصطلاحات گوناگون را در این نوع استصحاب وضع نموده است، و این را بنام استصحاب برائت اصلی، یا برائت ذمه<sup>(3)</sup>، یا عدم اصلی<sup>(4)</sup>، یا حکم اصل<sup>(5)</sup>، یا نفی اصلی<sup>(6)</sup>، یا حال العقل یا دلیل عقل<sup>(7)</sup>، و یا اباحه عقلی یا اباحه اصلی<sup>(8)</sup>، یاد می نماید. برخی از علماء تمامی این واژه ها را یکی شمرده است<sup>(9)</sup> اما برخی از علماء فرق میان این نوع اصطلاحات قایل شده<sup>(10)</sup>. و این دیدگاه راجح می باشد.

(1) د/ زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی اصول الفقه، ناشر: موسسه قرطبة (ص: 268).

(2) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحیط، ناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت، لبنان، (4/ 350)

(3) المسائل الاصولیة من کتاب الروایتین والوجهین، (ص: 184).

(4) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحیط، ناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت، لبنان، (4/ 350)، السبکی، علی بن عبد الکافی، الابهاج فی شرح المنهاج ( ص: 181).

(5) الکلوزانی، محفوظ بن احمد بن حسین ابو الخطاب التمهید فی اصول الفقه ( 432-510) ناشر: جامعة ام القراء (4/ 251).

(6) الفزالی، أبو حامد، محمد بن محمد، المستصفی فی علم الأصول، ناشر: دار الکتب العلمیة - بیروت (1/ 378).

(7) خطیب البغدادي، أبو بکر أحمد بن علی بن ثابت بن أحمد بن مهدي، الفقيه والمتفقه، ناشر: دار ابن الجوزي بالسعودية، (1/ 216).

(8) اصول مذهب امام احمد، ( ص: 416).

(9) الزحيلي، وهبه، اصول الفقه الاسلامی، ناشر: دار الفكر (ج2/ ص 866).

(10) د/ زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی اصول الفقه، ناشر: موسسه قرطبة (ص: 268).



معنی استصحاب براءت اصلی چنین است: براءت اصلی عبارت از بقاء بر اصل، آنچه که ثبوت ونفی آن به شرع دانسته نمی شود<sup>(1)</sup>.

واضح است، انسان در آن زمان که به دنیا می آید، ذمه ی او از تمام تعهدات مدنی و جزائی بری است، یعنی ذمه ای او مشغول به هیچ حقی نیست، بلکه قبل از ولادت از اهلیت و جوب ناقص صلاحیت اینکه از بعضی حقوق بهر مند باشد برخوردار است، و بعد از ولادت مشمول اهلیت و جوب کامل - یعنی بهر مند شدن از بعضی حقوق و التزام به بعضی تعهدات مالی می گردد؛ با این وجود، از اصل براءت ذمه نسبت به تمامی تعهدات مدنی و محکومیت های جزائی برخوردار می باشد پس از رسیدن به سن رشد نیز، حتی بعد از مرتکب شدن یکی از موجبان محکومیت جزایی، همچنین پس از تصرفات وی که موجب تعهدات مدنی می گردد، باید به اصل براءت توجه داشت. کاربرد این اصل - اصل براءت منحصر ا مبتنی است بر استدلال به استمرار وجود حکم سابق برای پسین، قبل از وجود دلایلی که موجب تغییر آن اصل گردند<sup>(2)</sup> مثال این نوع استصحاب: اگر یک انسان دعوی نمود بر اینکه فلانی شخص بر ایشان تجاوز نموده، اصل این است که شخص مدعی علیه بری است از این ادعا تا زمانی که مدعی علیه اشکار ن سازد صحت دعوا را.<sup>(3)</sup>

دلایل حکم براءت اصلی، عبارت از قرآن سنت و قواعد کلیه فقهی و عقل سلیم نیز می باشد:

### دلیل اول- قرآن :

قرآن کریم در آیات متعدد ای ذمه ی انسان را از مشغول شدن با التزامات و مسؤلیت های مدنی و جزائی، حتی پس از ارتکاب جرم، مادامی که تحریم آن عمل و مجازات آن را از نصوص دریافت ننموده یا به او ابلاغ

---

(1) ابن تیمیة، أحمد بن عبد الحلیم بن تیمیة الحرانی أبو العباس، مجموع الفتاوی، ناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، سال طبع: 1416هـ/1995م (11/187).

(2) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة جدید، ناشر: جامعة النهرین. (1/189).

(3) عبد الغفار، محمد حسن، تیسیر أصول الفقه للمبتدئين، مصدر الكتاب: دروس صوتیة قام بتفریغها موقع الشبكة الإسلامية (2/70).

نشده باشد، بری ذمه می شناسد. زیرا، قرآن نخستین شریعت جهانی است که اصل شرعی « لا جریمة ولا عقوبة الا بنص» را مقرر داشته است. از جمله آن آیاتی که بیانگر برائت ذمه انسان هستند عبارتند از:

الف- { وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا }<sup>(1)</sup>.

ترجمه: ما هرگز عذاب نخواهیم کرد، مگر آنکه پیامبری بفرستیم.

ب- { وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِ رُسُلًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ }<sup>(2)</sup>.

ترجمه: وپروردگارتو هرگز نابودکننده ی قریه ها و آبادی ها نبود تا آنکه در کانون آنها پیامبری بفرستید، که آیات ما را بر آنها بخواند و ما هرگز قریه ها و آبادیها را هلاک نکردیم مگر آن که اهالی آن ستمکار بودند.

ج- { وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِنْ قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَذَلَّ وَنَخْزَى }<sup>(3)</sup>.

ترجمه: اگر ما آنها را پیش از آمدن او پیامبر با عذابی هلاک می کردیم؛ قطعاً روز قیامت می گفتند، پروردگارا! چرا پیامبری به سوی ما نفرستادی، تا پیش از آن که خوار و رسوا شویم از آیات تو پیروی کنیم. تمامی این آیات بر این دلالت دارد، که اصل برائت اصلی تمامی انسانها می باشد، مگر این که دلیل وجود داشته باشد، زیرا انسان از تمامی مسولیت ها محفوظ است، تا زمانیکه دلیل بر مشغول بودن ذمه او نیامده باشد.

(1) الإسراء آیت: 15

(2) القصص آیت: 59.

(3) طه آیت: 134.

## دلیل دوم - سنت نبوی:

بسیاری از اقوال و افعال رسول الله صراحت بر این است که انسان بریء ذمه می باشد وهم چنین بیانگر استصحاب این باصل در زمانهای پسین هستند، مگرخلاف آن به اثبات رسیده باشد. بعضی از این احادیث رسول خدا صلی الله عبارت اند از:

الف - عن عبدالله بن عباس رضي الله عنهما: [ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ ]<sup>(1)</sup>.

ترجمه: اگر مردمان را در دعوای شان گذاشته شود، هر یکی علیه یک دیگر دعوای خون و مال را می نماید.

ب- عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: [ اَدْرُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ ]<sup>(2)</sup> از اجرای حدود به وسیله شبهه ها جلوگیری کنید .

مضمون این حدیث شریف نبوی در علم حقوق به قاعده ی « درء» مشهور است . شبه عبارت از اشتباهی که بر اثر نا آگاهی به حکم یا موضوع رخ دهد. حد در اصطلاح شرعی عبارت است از مجازاتی که برای تخلف از قوانین الهی مقرر شده است و نوع و میزان و کیفیت آن در شریعت مشخص شده است.

(1) قشیری، ابوالحسن مسلم بن الحجاج صحیح مسلم، ناشر دارالحیة التراث العربی بیروت، (1336/3).

(2) ابن ابی شیبة الحافظ عبد الله بن محمد بن ابی شیبة ابراهیم بن عثمان ابن ابی بکر الکوفی العسی المصنف- ابن ابی شیبة فی الاحادیث والاثار، مصدر الکتاب :

موقع یعسوب (494/22). این حدیث را عبد الله ابن مسعود روایت نموده، این حدیث مرفوع نمی باشد، زیرا ابن ابی شیبة از زهری روایت نموده و می گوید دفع کنید

حدود را به تمامی شبهات و از معاذ و ابن مسعود و عقبه بن عامر هم روایت است و می گویند زمانی که حد در شبه واقع گردد، پس باید دفع گردد و سند این حدیث ضعیف

می باشد. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (101/2).

ج- عن ابن عباس رض قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: [لو كنت راجيا أحدا بغير بينة لرجمت فلانة] <sup>(1)</sup> اگر بنا بود بدون بينه کسی را رجم می کردم، ولی رجم نکردم به دلیل اینکه گفتار وسر و وضع او واتهام وارد بر او شبهه ایجاد کرده است.

د - عن أبي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال [البينة على من ادعى واليمين على من انكر] <sup>(2)</sup> بينه بر عهده خواهان - ادعا کننده وسوگند بر عهده ی خواننده انکار کننده است . همچنین احادیث دیگری که به صراحت بر اعتبار براءة اصلیه وبه ویژه اعتبار آن در اثبات جرایم واجرای حدود، دلالت دارند.

#### دلیل سوم - قواعد کلی فقهی:

فقهای شریعت اسلامی، از قواعد شرعی وارد شده در قرآن و سنت، مجموعه ای از قواعد کلی را استنباط کرده و آنها را وضع نموده، و اعتبار آنها و عمل به مقتضای آنها را مورد اتفاق قرار داده اند که آن قواعد با صراحت بر حکم براءة اصلی و استصحاب این حکم نسبت به زمانهای لاحق، دلالت دارند مگر خلاف آن به اثبات برسد، بعضی از آن قواعد عبارت اند از:

1. ماده 8 مجلة الاحكام : الاصل براءة الذمه <sup>(3)</sup>. و این ماده 965- قانون مدنی است: براءة ذمه حالت اصلی می باشد <sup>(4)</sup>.

2. ماده 76 مجلة الاحكام: البينة على المدعى و اليمين على من انكر <sup>(1)</sup>. و این ماده 987- قانون مدنی افغانستان می باشد: شهود بر مدعی و قسم بر منکر است <sup>(2)</sup>.

(1) بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، ناشر: دارطوق النجاة (5/2033).

(2) بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، ناشر: دارطوق النجاة (3/143)، قشیری، ابوالحسن مسلم بن الحجاج صحیح مسلم، ناشر دارالحیة التراث العربی بیروت، (3/1336).

(3) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام العدلية، ناشر: بیروت، (ص:25).

(4) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان (ص:297).

این قواعد دلالت بر این دارد که اصل عدم مشغول بودن ذمه است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

---

(1) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام العدليه، ناشر: بيروت (ص:201).

(2) وزارت عدليه، قانون مدنی افغانستان (ص: 297).

## دلیل چهارم - عقل سلیم:

مقتضای عقل سلیم این است که هر حادثه ای مسبوق به عدم است زیرا حادث بمعنی وجود بعد از عدم می باشد، و واضح است تهمت هایی که متوجه انسان می گردد و تعهدات مدنی و جزائی که از وی مطالبه و موخذه می شود، و اسباب و موجبات آنها همه امور نوپدیدي هستند که پس از عدم موجود شده اند بنابراین، ذمه همه انسان از آن مطالبات مبرا می باشد، و هر کس خلاف این اصل روشن مدعی گردد، بر او بینه لازم است و بر منکر آن که خلاف اصل است سوگند لازم می آید.

نتیجه: از آنچه تا کنون بیان شد نتیجه می گیریم که :

دلیل بر برائت اصلی، چنانچه که بعضی پنداشته اند تنها عقل نیست، بلکه نخست شریعت اسلامی و سپس عقل سلم بشری است.

انسانهای که قبل از بعثت و فرستادن پیامبران و نزول کتابهای اسمانی زندگی کرده اند و انسانهایی که اکنون در مناطق دور و نا آگاه از فقه و احکام الهی و غافل از رهنمود های پروردگار و ممنوعان خود باشند، نه در دنیا، نه در آخرت، نه در باره مسایل مدنی، و نه درباره مسائل جزائی، مورد باز خواست قرار نخواهد گرفت، به دلیل اینکه اصل بر برائت ذمه اشخاص است و این اصل پیوسته باقی و همراه انسان است تا آنگاه که خلاف آن ثابت گردد زیرا مکلف ساختن انسان و مطالبه از ایشان قبل از تفهیم احکام شریعت این آیه قرآن در تعارض است که خداوند متعال می فرماید: {لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا} (1) خداوند به هیچ کس جز به اندازه توانایش تکلیف نمی کند. (2)

واینکه معتزله بیان داشته که انسان بر اساس حسن و قبح عقلی نسبت به تصرفات اش مسئول می باشد، با دلایل مذکور در تضاد و تعارض است؛ و این را استصحاب حکم عقلی گویند که در نزد معتزله مدار اعتبار

(1) بقره آیت: 286.

(2) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهرین، (189/1).

و عمل می باشد اما در نزد اهل سنت استصحاب که حکم آن بر اساس عقل و خرد انسان باشد مدار اعتبار نمی باشد.<sup>(1)</sup>

### حکم عمل نمودن براستصحاب برائت اصلی:

این نوع استصحاب حجت می باشد و ابوطیب می گوید: در مورد حجیت و دلیل بودن این نوع استصحاب اجماع وارد شده است، ابن کج در اول کتاب اصول خویش بیان می دارد که این نوع استصحاب حجت است و اهل علم در این نوع استصحاب اختلاف ندارد.<sup>(2)</sup>

جمهور از علمای اصول فقه به این نظر است که استصحاب برائت اصلی حجت می باشد، در صورتی که دلیل شرعی وجود نداشته باشد. برخی از اصولیان، مثل ابوالوفاء بن عقیل استصحاب برائت اصلی را بعد از کتاب الله، سنت رسول الله، اجماع و قیاس، آنرا یکی از ادله معتمده می شمارد، و می گوید استصحاب الحال از جمله اصول دین می باشد.<sup>(3)</sup>

طوفی، و ابویعلی، قاضی این نوع استصحاب را از جمله اصول متفق علیه می داند.<sup>(4)</sup>

برخی از فقهاء، متکلمین و معتزله به این نظر است که استصحاب برائت اصلی قابل اعتبار نمی باشد،

زیرا استدلال به این نوع استصحاب فاسد می باشد.<sup>(5)</sup>

---

(1) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحیط، ناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت، لبنان، (330/4).

(2) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحیط، ناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت، لبنان، (330/4).

(3) الغزالی، أبو حامد، محمد بن محمد، المستصفی فی علم الأصول، ناشر: دار الکتب العلمیة - بیروت، (377/1).

(4) أبو الربیع، نجم الدین، سلیمان بن عبد القوی بن الکریم الطوفی، شرح مختصر الروضة، ناشر: مؤسسة الرسالة، (147/5).

(5) میزان الاصول (ص 159).

نوع سوم: استصحاب حکم ثابت شده به دلیل شرعی: (1)

استصحاب که به دلیل شرعی ثابت باشد، تا زمانی که دلیل بر خلاف آن نیامده باشد، و این بر دو نوع است: یکی استصحاب که بر ثبوت ودوام آن عقل و شرع دلالت نماید. دوم استصحاب که صفت شرعی و ثابت برای حکم باشد، تا زمانی که خلاف آن ثابت نشود، مانند ثبوت ملکیت، در صورتی که سبب موجودیت آن باشد که عبارت از عقد و وراثت می باشد (2).

این نوع استصحاب فروعاً انواع دیگر دارد که قرار ذیل می باشد:

یکم - استصحاب عموم تا زمانی که تخصیص آن وارد شود.

دوم - استصحاب نص تا زمانی که نسخ آن وارد شود.

سوم - استصحاب حکم یک مسئله که شارع آن را قرین از جهت همان حکم نموده است (3).

و این انواع استصحاب در نوع چهارم استصحاب بشکل مفصل توضیح داده می شود.

هرگاه یک حکم شرعی به وسیله دلیل شرعی، در یک زمانی ثابت شده باشد، بر قاضی لازم می آید که آن حکم را استمرار داده و در زمان های لاحق معتبر بداند و جاری نماید، مادامی که خلاف آن به اثبات نرسیده باشد، زیرا شریعت همانگونه که در مورد اصل آن حکم صادر نموده است، در مورد استمرار آن نیز دستور صادر کرده است (4).

مثال این نوع استصحاب عبارت از دوام حلیت و حلال بودن زنی که به عقد نکاح گرفته شده، بعد از عقد

نکاح (5).

---

(1) موسسه زاید بن سلطان آل نهیان للأعمال الخیریه والانسانیه ومجمع الفقه الاسلامی الدولی، معلمة الزاید للقواعد الفقهیة والاصولیة ناشر: از ابوظبی- دولت امارات متحده عربی، (129/30).

(2) تربیة ملكة الاجتهاد من خلال بداية المجتهد لابن رشد (2/359).

(3) تربیة ملكة الاجتهاد من خلال بداية المجتهد لابن رشد (2/359).

(4) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة جدید، ناشر: جامعة النهرین (1/190).

(5) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، ناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، (4/330).



## حکم و عمل نمودن براین نوع استصحاب:

این است که عمل نمودن برآن واجب است تا زمانی که معارض آن وجود نداشته باشد.<sup>(1)</sup>

### نمونه هایی از این نوع استصحاب عبارت اند از:

الف- هرگاه زنی که قبلا به ازدواج کسی در آمده است در خواستی به هیئت قضائی بدهد مبنی بر این که وی را به همسری مرد دیگری در آورند بر قاضی لازم است که پذیرای در خواست این زن نباشد تا آنگاه که با بینه شرعی مفارقت میان او و شوهر قبلی اش به وسیله ی طلاق یا وفات ثابت گردد، مضافا بر اینکه پایان عده ایشان پس از آن مفارقت باید به اثبات رسیده باشد.

ب - هرگاه مالکیت مال منقول و غیرمنقول نسبت به شخص حقیقی یا حقوقی از طریق یکی از اسباب کسب مالکیت شرعی، مانند خریدن، وصیت، میراث، هبه، استیلا بر اموال مباح به طریق شرعی و امثال آن، ثابت شده باشد، سپس شخص دیگری ادعای مالکیت آن مال را داشته باشد، بر قاضی لازم است که این ادعا را رد نموده و بدان اعتبار ندهد، زیرا آن اموال داشته باشد، بر قاضی شرع لازم است که این ادعا را رد کند و بدان اعتباری ندهد، زیرا آن اموال همچنان در ملکیت مالک اصلی خواهد ماند، و چنین چیزی به دلیل شرعی ثابت شده است، وثبوت این دلیل شرعی جز با دلیل دیگر پسین شرعی از میان نخواهد رفت، مانند آنکه مدعی - خواهان ادعای خود را با بینه شرعی به اثبات برساند.

ج- قرضداری که ذمه اش نسبت به حق دیگری مشغول بوده است، هرگاه ادعا کند که به تعهدات اش پرداخت دین وفا نموده است، عدم قبول ادعای ایشان بر قاضی لازم می گردد، مگر اینکه از طریق بینه وفای به عهد یا ادای حقوق مورد نظر را ثابت کند، زیرا چنین مدعی بر خلاف اصل که بقای اشتغال به دین است

---

(1) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادرالبحر المحيط، ناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت، (4/350).

ادعا می کند، و برای طلبکار منکر نسبت به پرداخت بدهی سوگند لازم می آید، زیرا همگام با اصل قاعده است.<sup>(1)</sup>

نوع چهارم: استصحاب دلیل همراهی احتمال معارض<sup>(2)</sup> (استصحاب صفت معتبر در حکم شرعی)<sup>(3)</sup>.

این نوع استصحاب با قسم سوم ارتباط دارد و بعضی از علمای اسلام این را یکی میدانند و در تحت این

نوع استصحاب همان موضوعات شامل می شود چنانکه در قسم دوم استصحاب شامل می شدند.<sup>(4)</sup>

یعنی استصحاب نص و دلیل است تازمانی که ناسخ آن وارد شود، یا استصحاب عموم تا زمانی که مخصص آن

وارد شود، یا استصحاب دوام ملکیت است، تازمانی که ناقل آن معلوم شود.<sup>(5)</sup>

هر گاه برای چیزی دو صفت باشد یکی اصلی که وجود و عدم حکم به آن مرتبط و با آن متلازم باشد، و

آن صفت دیگری عارضی باشد بر قاضی لازم است که حکم خود را بر استصحاب صفت اصلی آن شیء قرار

دهد، مادامی که بر قاضی تحقق صفت عارضی در حکم برای او به اثبات نرسیده باشد، و این مطابق با همین

قاعده عمومی است «الاصل فی الصفات العرصة العدم»، اصل در صفات عارضی عدم است.

صفات اصلی حالاتی است که به هنگام وجود موصوفات آن حالات موجود، و ذاتا لازمه آن موصوفات

باشند، مانند اینکه مبیع از صفت عیوب خالی باشد. بنابراین اصل در هر مبیع با مورد عقدی سلامتی آن از

عیوب است، زیرا عیب یک صفت عارضی است که بعد از پیراسته بودن اصل از آن، بر آن عارض می شود.

بر این اساس، هرگاه میان متعاقدين بايع و مشتري نسبت به عيب مبيع اختلاف شود، به طوری که

مشتري مدعی شود که عيب مبيع قديمی است و قبل از قبض و اقباض ايجاد شده است و می تواند توجیهي

برای فسخ عقد، به دلیل خیار عيب باشد، ولی بايع منکر آن شود و مدعی شود که عيب بعد از قبض و اقباض

(1) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهین (192/1).

(2) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، ناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، (4/ 531).

(3) الجوزية، محمد بن أبي بكر ابن قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ناشر: مكتبة الكليات الأزهرية (464/1).

(4) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهین (192/1).

(5) د. اشقر، عمر سلیهان، نظرات فی اصول الفقه، ناشر: دار الففانس، (ص: 432).

ایجاد شده است، مشتری با استناد به این عیب اجازه قبض مبیع را ثابت کند، زیرا ادعای وی خلاف اصل است، وهرگاه مشتری نتواند مدعای خود را به اثبات برساند - بایع که منکر ادعای مشتری است حکم تکلیف به سوکند بر او جاری می گردد، زیرا بایع همگام با اصل است.<sup>(1)</sup>

بعضی از موارد تطبیق این نوع:

الف- استصحاب صفت عمومیت

عبارت از استصحاب است که صفت عمومیت دارد وهدف از آن خصوص می باشد مانند بقای عموم در این

قول الله متعال { وَحَرَّمَ الرِّبَا } . یعنی ربا را الله متعال حرام گزارداده.<sup>(2)</sup>

در نص عام، عمومیت صفت اصلی آن است. بنابراین اصل در هر نص شرعی یا قانونی، وقتی عام باشد،

عمومیت آن است، و تخصیص آن با صفت عارضی انجام خواهد گرفت . پس هنگام تطبیق بر قاضی لازم است

که به دلیل استصحاب ملتزم به صفت عمومی گردد و به عمومیت آن عمل کند مگر اینکه دلیل مخصصی برای

آن عمومیت که همان صفت عارضی است در دست داشته باشد.<sup>(3)</sup>

ب- استصحاب صفت اطلاق در نص مطلق، اطلاق صفت اصلی است و صفت تقيید عارضی است،

بنابراین هنگام تطبیق قاضی باید به دلیل استصحاب، نص را بر مطلق حمل نماید، مگر اینکه دلیلی در دست

باشد که آن را مقید گرداند.

ج - استصحاب معنای حقیقی

(1) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهرین (193/1).

(2) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ناشر: دارالسلاسل - الكويت، سال نشر: 1404 - 1427 هـ. (3/ 325).

(3) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهرین (194/1).

لفظی که برای یک معنا به صورت حقیقت لغوی، یا حقیقت شرعی، یا قانونی، یا عرفی وضع شده باشد استعمال آن لفظ در معنای موضوع له صفت اصلی آن است، وقاضی باید هنگام تفسیر نصوص و عقود الفاظ را مبتنی بر اصل استصحاب بر معانی حقیقی آن‌ها حمل نماید مگر اینکه قرینه‌ای خلاف آن عارض گردد.<sup>(1)</sup>

#### د- استصحاب یقین

در ارتباط با شخص مفقود - غیابی که سرانجام حیات و مرگ آن ناشناخته باشد - حیات، صفت اصلی و وفات، صفت عارضی است و چون حیات برای آن مفقود یقینی وفوت او مشکوک است، در هنگام تعارض یقین با شک، یقین مقدم است طبق این قاعده فقهی که می‌گوید «الیقین لایزول باشک» یقین با شک از میان نمی‌رود. و بر اساس استصحاب یقین یا صفت اصلی که بقای حیات است نباید ترکه شخص مفقود میان ورثه اش تقسیم گردد، و نباید همسرش ازدواج کند، و عقود مربوط به او که با مرگ پایان می‌یابد باید به اجرا درآید. خلاصه، مجاری حقوق و تعهدات شخص مفقود به خاطر شک از بین نمی‌رود، به دلیل این قاعده کلی که «یقین باشک از میان نخواهد رفت». مالکی‌ها و شوافع بر این نظر است که میراث شخص مفقود تقسیم نمی‌شود و شخص مفقود از دیگران میراث را مستحق می‌شود، زیرا شخص مفقود حکم شخص زنده را در حق نفس خویش و در حق غیر دارد، این دسته از فقهاء استدلال می‌نمایند بر استصحاب، زیرا اصل در این مسئله حیات شخص مفقود می‌باشد تا زمانی که دلیل بر تغییر آن وجود نداشته باشد.<sup>(2)</sup> فقهای احناف به این نظر است که میراث شخص مفقود تقسیم نمی‌شود و شخص مفقود حکم شخص زنده را در نفس خویش دارد بناء میراث وی تقسیم نمی‌شود، و در حالت غیابت از دیگران هم میراث برده نمی‌تواند<sup>(3)</sup> زیرا استصحاب نزد این گروه حجت برای اثبات حق نیست بلکه حجت برای دفع می‌باشد.

(1) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهرین (194/1).

(2) قرطبی، محمد بن رشد، بدایة المجتهد ونهایة المقتصد، ناشر: دار المعرفه بیروت لبنان، طبع چهارم: 1395هـ/1975م. (42/2)، الشافعی، محمد بن ادریس، الام، موقع یعسوب، ترقیم الكتاب موافق للمطبوع (254/7).

(3) السرخسی، شمس الدین أبو بکر محمد بن أبي سهل، المسوط، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزیع، بیروت، لبنان، طبع اول، 1421هـ/2000م (85/15) و بین محمود بن أحمد بن الصدر الشہید التجاری برهان الدین مازہ، المحیط البرهانی فی الفقه النعمانی، ناشر: دار إحياء التراث العربی (278/10).

نتیجه: از آنچه در ارتباط با استصحاب بیان شد، نتایج زیر به دست می آیند:

نتیجه اول: کسی که مدعی اصل چیری باشد مکلف به ارائه بینه نیست. بلکه بینه از کسی درخواست می شود که خواهان ومدعی خلاف اصل باشد. همچنین قاضی در هنگام اجرا و تطبیق اصل استصحاب از او خواسته نمی شود که قبل از حدود حکم به دنبال دلیل مغیر حکم بگردد، بلکه وظیفه قاضی آنست که به عموم و اطلاق نصوص بدون بررسی درباره دلیل مخصص یا مقید عمل کند. همچنین بر او لازم است که به اصل اباحه و اصل برائت ذمه و به حکمی که به دلیل شرعی ثابت شده باشد و حکم بر هر چیزی با توجه به صفت اصلی آن عمل کند، وقاضی مکلف نیست که در ارتباط با دلیل مخالف این اصول بررسی و تحقیق کند زیرا دلایل نقلی و عقلی موید این حقیقت است.<sup>(1)</sup>

از جمله دلایل نقلی: قول خداوند متعال است که می فرماید: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءَ إِن تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ}.<sup>(2)</sup> ای مومنان از مسایلی که سوال مکنید که اگر فاش گردند و آشکار شوند شما را ناراحت و بدحال کنند. که این آیه مخصوصا بر دو نوع نخست استصحاب، استحصاب صفت عموم و استصحاب صفت اطلاق مطابقت دارد.

از جمله دلایل عقلی: برای قاضی جایز نیست ادعای کسی را که خواهان ومدعی مخالفت با اصل است بپذیرد، مگر اینکه بینه ای ارائه دهد که مدعایش را ثابت کند. برای مثال هرگاه وارثان شخص مفقود خواهان تقسیم ترکه وی باشند، بر قاضی واجب است که به دلیل استصحاب حیات شخص مفقود، بدون اینکه مکلف به تحقیق و بررسی در باره حیات او باشد ادعای وارثان را رد نماید. همچنین هرگاه وارثان پس از سپری شدن مدت زمانی از بی اطلاعی در باره مفقود از قاضی در خواست صدور حکم وفات ایشان را نماید از لحاظ شرعی وقانونی قاضی نمی تواند حکم به وفات مفقود صادر کند، مگر اینکه بعد از تحقیق و بررسی

(1) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهرین (194/1).

(2) المائده آیت: 101.

از طریق از وسایل ارتباط جمعی و مانند آن به ظن عدم بقای ایشان دست یابد، زیرا خواسته و ادعای وارثان خلاف اصل بوده و نیاز به اثبات دارد.

نتیجه دوم: آنچه در منابع اصولی شایع شده که گویا حجیت استصحاب مورد اختلاف است، چنین اظهار نظری به صورت مطلق جایز نیست، زیرا نه در سه نوع اول نخست و نه در بعضی از صورت های نوع چهارم، همانگونه که توضیح داده شد، اختلافی که شایان اعتبار باشد وجود ندارد، بلکه اختلاف در بعضی از صورتهای نوع چهارم، به ویژه در ارتباط با احکام مفقود است.<sup>(1)</sup>

بعضی از فقها و اصولیان گفته اند: استصحاب بخاطر محافظت بر حقوق مالی مفقود و هم چنین حقوق غیر مالی که قبل از مفقود شدن برای وی ثابت شده است حجت می باشد یعنی نباید اقدام به تقسیم ترکه ایشان نمود و نباید زنش به ازدواج مرد دیگری در آید و عقود مقید به مرگ وی پایان نمی یابند، مگر این که با دلیل شرعی یا حکم قضایی وفات او به اثبات برسد. البته استصحاب برای اکتساب حقوق جدید برای شخص مفقود حجت نیست.<sup>(2)</sup>

حکم عمل نمودن بر استصحاب دلیل همراه با احتمال معارض (صفت معتبر در حکم شرعی):

این نوع را اصولیان قدیمی استصحاب دلیل با همراهی احتمال معارض گویند. در صورتی که دلیل اشکارا باشد، تخصیص قرار می گیرد و در صورتی که دلیل نص باشد، نسخ قرار می گیرد، و این یک امر معمول بر اساس اجماع است، علماء در تسمیه این نوع استصحاب اختلاف نموده، جمهور از علماء اصولیان تسمیه این نوع استصحاب را ثابت نموده، اما محققین تسمیه این نوع استصحاب را منع نموده است، از جمله مانعین، امام الحرمین در کتاب البرهان و الکیا در تعلیقات خویش، و ابن سمعانی در کتاب قواطع خویش، و می گویند

---

(1) الزلی، د/ مصطفی ابرهیم، اصول الفقه فی نسیجة الجدید، ناشر: جامعة النهرین (195 / 1).

(2) مرجع سابق، (195 / 1).

ثبوت حکم در این نوع استصحاب از ناحیه لفظ می باشد، نه از ناحیه استصحاب، بعدا امام الحرمین می گوید، این یک مناقشه لفظی می باشد، اگر استصحاب را می شنیدند هرگز مناقشه نمی کردند.<sup>(1)</sup>

### نوع پنجم: استصحاب حکمی که به اساس اجماع در محل اختلاف ثابت باشد

اصل مفهوم این نوع، اینکه اهل اجماع در مورد یک مسئله یا در مورد یک واقعه، اجماع نموده، بناء حالت اجماع آنها تغییر نموده، اختلاف در این جا صورت می گیرد که آیا این نوع اجماع که در محل خلاف باشد مدار اعتبار می باشد یا خیر؟ دو نوع دیدگاه وجود دارد، برخی از علماء بر حجیت این نوع استصحاب قایل می باشد و برخی دیگر بر عدم حجیت این نوع استصحاب قایل می باشد.<sup>(2)</sup>

تمامی مجتهدین در مورد حکم که نویدا است با در نظر داشت شرایط اجماع اتفاق نظر دارند، اما در مورد تغییر صفت که اجماع در آن صورت گرفته اختلاف نظر دارند:

مثال آن: تیمم کننده در جریان نماز، آب را می بیند، در این صورت باید به نماز خود ادامه دهد زیرا

اجماع در این مورد منعقد شده، اما اینکه دلیل وجود داشته باشد بر دیدن آب، که باطل کننده نماز باشد.<sup>(3)</sup>

### حکم و عمل نمودن براستصحاب حکم، که ثابت بر اجماع باشد در محل اختلاف:

در مورد این نوع استصحاب علمای اصولیان اختلاف نظر نمودند: بسیاری از علمای اصول، مانند قاضی

ابی یعلی، شیخ ابو اسحاق شیرازی، ابن صباح و امام غزالی بر عدم حجیت این نوع استصحاب قایل می

باشد، استاذ ابومنصور می گوید این قول جمهور از اهل حق می باشد، ماوردی و رویانی در کتاب قضاء می

گویند، این قول شافعی و جمهور از علماء است، بناء مجرد استدلال بر این نوع جایز نیست، بلکه اگر تقاضای

قیاس نمود یا غیر در آن صورت جایز است استدلال بر این استصحاب.

(1) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، ناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (ج 4/ص 351).

(2) أبو الحسين، محمد بن علي بن الطيب البصري، المعتمد في أصول الفقه، ناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى، (ج 2/ص 884).

(3) السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج (5/181)، الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، (4/351).

ابو ثور و داود ظاهری این نوع استصحاب را حجت می‌شمارد، ابن سمعانی از مزنی، ابن سیرج، و صیرفی و از ابن خیران نقل قول نموده است، استاذ ابو منصور از ابی علی القطنی، و از ابی حسین القطان حکایت نموده، استاذ ابو اسحاق در شرح الترتیب می‌گوید: ابو الحسین بن القطان بسیار شدید بود در درمورد تمسک بر استصحاب الحال، و می‌گوید اهل کوفه و اهل ماورای النهر از اهالی سمرقند، بر حجیت این نوع استصحاب قایل بودند و بر این امر تشدد می‌نمودند. و این قول را آمدی و این حاجب اختیار نموده است.<sup>(1)</sup>

ششم: استصحاب مقلوب ( استصحاب حاضر برای گذشته )

الف- تعریف استصحاب مقلوب:

اول: مقلوب در لغت: اسم مفعول، از فعل ثلاثی است، از ماده ( قَلَبَ ) بمعنی حول. معنا اش چنین می‌شود: شی که آن را از یک طرف به طرف دیگر تبدیل نماید<sup>(2)</sup>.

دوم: در اصطلاح: عبارت از حکم به ثبوت یک شی در زمان گذشته، از جهت ثبوت آن در زمان حال،

مبنی بر اینکه دلیل بر عدم آن ثابت نشده باشد<sup>(3)</sup>.

مثال: احمد در یک مکان نشسته و بعدا در مورد نشست روز قبل شک بوجود آمد؟ در این مورد حکم

کرده می‌شود به ثبوت نشست روز قبلی در همان مکان، و این نشست به استصحاب مقلوب ثابت می‌شود.<sup>(4)</sup>

و یا اینکه مکیال و ترازو امروزه که مروج است، ثبوت این حکم بر اساس استصحاب مقلوب ( الحال

فی الماضي ) دانسته می‌شود.<sup>(5)</sup>

(1) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، ناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (4/352).

(2) معجم مقاييس اللغة (ص828)، ماده قلب. لسان العرب (1/685)، ماده قلب.

(3) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، (4/335)، السبكي، علي بن عبد الكافي، الابهاج (3/182). قاموس اصطلاحات حقوقی حرف الف (22).

(4) السبكي، علي بن عبد الكافي، الابهاج (3/182).

(5) السبكي، للإمام تاج الدين عبد الوهاب شرح جمع الجوامع للمحلى ناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان (5/108).



مثال : رکاز که در بطن زمین دفن شده، و در مورد دفن آن اختلاف نظر وجود دارد که آیا در زمان جاهلیت دفن شده یا در زمان اسلام، در این مورد حکم کرده می شود بر زمان جاهلیت، اثبات این مسئله بر اساس استصحاب مقلوب می باشد.<sup>(1)</sup>

سوم: اسمای استصحاب مقلوب در نزد علمای شرع:

علمای متأخرین اصول اصطلاح استصحاب مقلوب را نام گذاری نموده، ولی زمانی که به کتاب های اصول فقه و قواعد فقهی رجوع شود دیگر اصطلاحات را برای این نوع استصحاب وضع شده است:

#### 1- استصحاب الحال فی الماضي:

ابن سبکی استصحاب مقلوب را بنام استصحاب الحال فی الماضي نام گذاری نموده است<sup>(2)</sup>. و همچنان علی حیدر استصحاب را بر دو نوع تقسیم نموده است یکی استصحاب الحال بالماضی و دیگر استصحاب الماضی بالحال.

#### 2- استصحاب الحاضر فی الماضي:

زرکشی و سیوطی هر دو به این نظر است که استصحاب الحاضر فی الماضي عبارت از استصحاب مقلوب می باشد<sup>(3)</sup>.

#### 3- استصحاب المعکوس یا استصحاب العکس:

در مجله الاحکام استصحاب مقلوب بنام استصحاب معکوس نامیده شده<sup>(4)</sup>.

#### 4- تحکیم الحال:

---

(1) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، (335/4)، السیوطی عبد الرحمن بن أبي بکر، جلال الدین، الأشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعية، ناشر: دار الکتب العلمیة بیروت - لبنان (137/1).

(2) السبکی، علی بن عبد الکافی (182/2). علی، حیدر. درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، ناشر: دار العالم الکتب، (24-25/1).

(3) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، ناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت، لبنان (335/4).

(4) علی، حیدر، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، ناشر: دار العالم الکتب، (23/1).

این نام در نزد بعضی فقهای احناف شایع شده است، کاسانی، مجلة الاحکام العدلیه، ومحمد البرکتی، این نام را بکار برده است<sup>(1)</sup>.

#### 5- انعطاف:

واین اصطلاح مشهور است در میان بعضی از فقهای شوافع والبجیرمی ار این نام یاد نموده است<sup>(2)</sup>.

#### 6- استصحاب التفهیری:

واین نام را محمد رضا مظفر در کتابش اصول فقه ذکر نموده است<sup>(3)</sup>.

#### 7- رجعیة الیقین:

این نام را دکتور یعقوب البحسین در کتاب اش قاعده: الیقین لایزول بالشک، ذکر نموده است<sup>(4)</sup>.

حکم عمل نمودن بر استصحاب مقلوب:

در مورد حجیت استصحاب علماء بر دو قول می باشد:

قول اول: استصحاب مقلوب حجت می باشد، این دیدگاه احناف در بعضی از فروع می باشد<sup>(5)</sup>:

امام سرخسی می گوید: هنگام که منازعه در زمان ماضی صورت گیرد، حکم آن بر اساس حال انجام می

شود<sup>(6)</sup>.

برخی از شوافع این نوع استصحاب را بنام انعطاف یاد نموده واین را حجت می شمارد<sup>(7)</sup>.

---

(1) علی، حیدر، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، (23/1)، الکاسانی، علاوالدین، بدایع الصنایع (32/5).

(2) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحیط، (335/4)، حاشیة البجیرمی علی الخطیب موقع الإسلام (390/4).

(3) مظفر، محمد رضا، اصول الفقه (183/3).

(4) الباحسین، یعقوب عبدالوهاب، القاعده الیقین لایزول بالشک، ناشر: مکتبة الشد، ریاض، سال نشر: 1421 هـ (ص: 183).

(5) علی، حیدر، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، ناشر: دار العالم الکتب (23/1).

(6) الاستصحاب المقلوب الضویحی (ص 129).

(7) السبکی، علی بن عبد الکافی، الإیهاج فی شرح المنهاج علی منهاج الوصول إلى علم الأصول، (182/3).

قول دوم: استصحاب مقلوب حجت نمی باشد: و این دیدگاه اکثر آنان که بر عدم حجیت استصحاب

الحال می باشد هستند، و می گویند استصحاب مقلوب نوع از انواع استصحاب الحال می باشد<sup>(1)</sup>.

قول راجح در این مورد: این است که استصحاب مقلوب حجت می باشد.

ب- تاج سبکی<sup>(2)</sup> حجیت استصحاب را در پنج مذهب خلاصه می نماید، همان پنج مذاهب اولی که

زرکشی آن را ذکر نموده است.<sup>(3)</sup>

ج- بخاری<sup>(4)</sup> حجیت استصحاب را در سه مذهب خلاصه می نماید، همان مذهب اول، دوم و چهارم که

زرکشی آن را ذکر نموده بود.<sup>(5)</sup>

د- امام فخرالدین رازی استصحاب را در دو مذهب خلاصه می نماید، همان مذاهب اول دوم که زرکشی

آن را ذکر نموده است.<sup>(6)</sup>

### فرع سوم: مناقشه در مورد انواع استصحاب

چنانکه انواع استصحاب ذکر گردید، حالا در مورد نتیجه انواع استصحاب بحث خواهیم نمود:

الف- هدف از استصحاب حال العقل<sup>(1)</sup> در نزد خطیب بغدادی، همان استصحاب عدم اصلی، (استصحاب

ای که عقل بر ثبوت آن دلالت می نماید)، می باشد چنانکه معتزله بر این قول است.

---

(1) الاستصحاب المقلوب الضوحي (ص 150).

(2) ابن سبکی، ابو النصر عبدالوهاب بن علی عبدالکافی الشافعی، الملقب بقاضی القضاة تاج الدین، در قاهره در سال (727هـ) تولد شده، از جمله اساتید ایشان

پدرش علی عبدالکافی السبکی و حافظ المزی و ذهبی بود در سال 771هـ) وفات نمود. از جمله تالیفات ایشان: الإبهاج فی شرح المنهاج، جمع الجوامع فی اصول الفقه، برگرفته شده از کتاب الدرر الكامنه فی اعیان المئة الثامنة، مطبعة مجلس دار المعارف عثمانیه (232/3).

(3) السبکی، علی بن عبد الکافی، الإبهاج فی شرح المنهاج علی منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، (183/3).

(4) علا والدین، بخاری، عبدالعزیز احمد بن محمد، علماء در مورد سال تولد آن بحث نکرده، شخصیت فقیه در مذهب حنفی بوده و در فقه و اصول مهارت ویژه ی داشت در سال (730هـ) وفات نمود. از کتاب های شان: گشף الاسرار فی اصول فخر الاسلام البزدوی و غیره. برگرفته شده از کتاب الزرکلی (136/2).

(5) البخاری، علاء الدین عبد العزیز بن أحمد كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، الناشر دار الكتب العلمية بيروت (662/3).

(6) الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، المحصول، الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (549/2).

ب- مقصد از استصحاب دلیل که باهمرای احتمال معارض باشد، نزد زرکشی عبارت از استصحاب عموم می باشد.<sup>(2)</sup>

ج- بعضی از اصولیین متأخرین یک نوع دیگر را هم از جمله انواع استصحاب شمرده که آن عبارت از استصحاب حکم اباحه اصلیه است، اما اصولیین متقدمین، استصحاب حکم اباحه اصلیه، را یک اصل اعتبار داده ومانند یکی از ادله اختلافی می شمارد.<sup>(3)</sup>

حجیت در نزد اصولیان متأخرین: قول بر اصل بقاء ما کان علی ما کان می باشد، در این صورت استصحاب می نمایم حکم اصل، را در اشیاء تا زمانیکه دلیل بر تغیر آن نیامده باشد. حجیت در نزد اصولیان متقدمین: استصحاب اباحه اصلیه را در تحت استدلال مرسل می شمارد، زیرا نص ظاهر در این مورد نیست که حکم بر اصل واقعه نماید.<sup>(4)</sup>

د- در روشنای آنچه که گذشت، استصحاب را در شش نوع خلاصه می نمایم:

اول: استصحاب حکم اصلی برای اشیاء.

دوم: استصحاب عدم اصلی.

سوم: استصحاب ای که بر ثبوت ودوام آن شرع دلالت نماید.

چهارم: استصحاب عموم.

پنجم: استصحاب حکم اجماع.

ششم: استصحاب مقلوب.<sup>(5)</sup>

---

(1) خطیب البغدادی، أبو بکر أحمد بن علی بن ثابت بن أحمد بن مهدی، الفقیه والمتفق، ناشر: دار ابن الجوزی بالسعودیة (216/1).

(2) الزرکشی، بدر الدین محمد بن عبد الله بن بهادر البحر (21/6).

(3) الزحیلی/ وهبه اصول الفقه الاسلامی، ناشر: دار الفکر (889/2).

(4) الرازی، محمد بن عمر بن الحسین، المصنوع، ناشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (541/2).

(5) الشوکانی، محمد بن علی بن محمد، إرشاد الفحول إلی تحقیق الحق من علم الأصول، ناشر: دار الكتاب العربی، مصدر الكتاب: موقع المكتبة الرقیمیة (177/2).

مطلب سوم: استصحاب نزد کسانی که حجیت است آنان در مرتبه حجیت استصحاب می

گویند:

استصحاب یکی از دلایل اصول، واحکام فقهی بوده که بعد از اصول وادله اتفاقی (قرآن، سنت، اجماع و قیاس) احکام و مسائل فقهی از آن استنباط می گردد، ولی باید گفت که استصحاب در اثبات احکام در درجه نهائی و خیلی ها ضعیف قرار دارد به این مفهوم که استصحاب باید آخرین دلیل مفتی و مجتهد در اثبات حکم قضیه باشد، زیرا اثبات که ناشی از استصحاب است محض به زمان استوار می باشد، بناء تا زمانیکه دلیل مخالف آن اقامه نگردد، مدار اعتبار می باشد، ولی هرگاه دلیل مخالف اقامه گردد به آن ترجیح داده می شود، خلاصه اینکه در باب استصحاب دو نکته مهم قابل توجه است: اول آنکه تمام موضوعات و مسایل ثابت به استصحاب، در حقیقت ثابت به ظاهر الحال و نهایت ضعیف اند. دوم: آنکه در تمام مسائل ثابت به استصحاب قید « مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد » رعایت است و همچنان قاعده استصحاب با این نظر اصولی ها مطابقت کامل دارد « شرائع پیشینان » تا زمانیکه به نفی آن دلیلی موجود نگردد، نزد علمای اسلام مدار اعتبار می باشد. کسانی که قایل بر حجیت استصحاب هستند به این قول دارد که استصحاب آخرین دلیل است که مجتهد به آن رجوع می نماید بخاطر شناخت حکم که بر ایشان عارض می شود و برخی فقهاء می گویند که استصحاب آخرین مدار فتوای است.<sup>(1)</sup>

به همین گونه خواریزمی<sup>(2)</sup> می گوید: استصحاب آخرین مدار فتوا است، اگر از مفتی سوال کرده شود در مورد مسئله ای، در این حالت مفتی به کتاب الله و بعدا به سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم و بعدا به اجماع و بعدا به قیاس رجوع نماید، و اگر در این مورد چیزی نیافت در این صورت به استصحاب الحال در حالت نفی

(1) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ناشر: دارالسلاسل - الكويت (3/524).

(2) محمد بن محمد بن العباس بن أرسلان، أبو محمد، الخوارزمي الشافعي، ظهير الدين، فقيه، محدث، مؤرخ، صوفي، واعظ، مدرسه نظاميه وعظ ونصحت می کرد، ثم رجع إلى بلده، و در سال (568هـ) وفات نمود از حمله آثار آن: "تاریخ خواریزم" در هشت جلد و "الكافي" در الفقه. برگرفته شده از کتب، هدیه العارفین (2/405)، معجم المؤلفین (12/196).

واثبات رجوع می نماید، اگر در مورد زوال آن مسئله تردد داشت در این صورت، اصل بقای همان حکم می باشد و اگر در ثبوت آن مسئله تردد داشت در این مورد اصل عدم بقاء همان حکم است.<sup>(1)</sup>

## مبحث سوم: اثر اختلاف در جواز دلیل شمردن استصحاب

در مبحث سوم اثر اختلاف استصحاب در مسایل فقهی و همچنان بیان دلایل دانشمندان در مورد محل خلاف

استصحاب به قرار ذیل می پردازیم. و موضوعات این مبحث را در مطالب ذیل گنجانیدم:

مطلب اول: دوام وضوء بر آنچه که از غیر سببیلین می رود

مطلب دوم: صلح با همسایران

---

(1) تریبیه ملکه الاجتهاد من خلال بدایة المجتهد لابن رشد (2/354).

مطلب سوم: حکم طلاق که به سبب ایلاء واقع می شود

مطلب چهارم: حکم بر مدعی علیه در صورت نکول و امتناع از سوگند

مطلب پنجم: میراث مفقود ( شخص غایب )

مطلب ششم: عدم مطالبه شفیع ثبوت ملکیت را بسبب شهود

مطلب هفتم: حکم موجودیت آب بعد از آغاز به نماز

مطلب هشتم: زکات طلا و قتیق که زیورآلات شود

مطلب نهم: اثر استصحاب در قضایای معاصره

## مطلب اول: دوام وضوء بر آنچه که از غیر سبیلین می رود

فقه‌های اسلامی در مورد نجاسات که غیر از دو راه بدن انسان خارج می شود اختلاف نظر دارند که آیا

وضوء را می شکناند یا خیر؟

امام مالک و امام شافعی رحمه الله می گویند: آنچه که از غیر سبیلین انسان خارج شود ولو کم باشد یا

زیاد، وضوء را نمی شکنند.<sup>(1)</sup>

دلایل این دسته از فقها: امام شافعی دلیل می شمارد<sup>(2)</sup> استصحاب را، زیرا اصل در این مورد عدم نقض

وضوء می باشد، تا زمانیکه دلیل بر خلاف آن ذکر نشود. وهمچنان قبل از خروج نجاسات از غیر سبیلین عدم

نقض آن محل اجماع بوده و بعد از آن همان حکم سابق را بخود می گیرد.<sup>(3)</sup> دلیل امام مالک عمل اهل مدینه

می باشد.

امام ابوحنیفه و اصحاب آن با این نظر است که هر آنچیزی که از وجود انسان خارج شود ولو از طریق

غیر سبیلین هم باشد وضوء را می شکناند و این را شرط می داند که از همان محل تجاوز نماید.<sup>(4)</sup>

دلیل امام ابوحنیفه و اصحاب اش: حدیث رسول الله علیه وسلم می باشد [ من قاء او عرف فی صلاته

فلینصرف ولیتوضأ ولبین علی صلاته ما لم یتکلم].<sup>(5)</sup>

وجه استدلال: این حدیث صراحتاً دلالت بر نقض وضوء می نماید بر خروج قی و خون ای که از وجود

انسان خارج شود.

---

(1) قرطبی، محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ناشر: دار المعرفة بيروت لبنان. (37/1) الشافعي، محمد بن ادریس، الام، موقع يعسوب، ترقيم الكتاب موافق للمطبوع (32/1).

(2) الشافعي، محمد بن ادریس، الام، موقع يعسوب، ترقيم الكتاب موافق للمطبوع (32/1)

(3) الكليني، السيد الامام محمد بن اسماعيل، سبل السلام، مصدر الكتاب : موقع يعسوب (210/1)

(4) المرغيناني، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني الهداية شرح بداية المبتدي، ناشر: المكتبة الإسلامية (5/1).

(5) سنن ابن ماجه (385/1) وقد روى عن الحجازيين وروايته عنهم ضعيفة.



دلیل امام احمد و پیروان آن: <sup>(1)</sup> بر این است که خروج نجاسات از غیر سبیلن زمانی ناقض وضوء شده می تواند که زیاد باشد و در کم نقض وضوء نمی باشد.

## مطلب دوم: صلح با همراهی انکار

فقهای اسلامی در جواز صلح با همراهی انکار اختلاف نظر دارند:

امام شافعی رحمه <sup>(2)</sup> می گوید صلح با همراهی انکار باطل است، زیرا اصل برائت ذمه است از حقوق، زیرا انسانها فارغ تولد شده دلیل در این عرصه بر شغل ذمه آن وجود ندارد و جایز نیست اینکه مکلف بر دین شود، پس در این عرصه صلح جایز نیست. <sup>(3)</sup>

امام ابوحنیفه و امام مالک و احمد <sup>(4)</sup> به این نظر است که صلح با همراهی انکار جایز است، زیرا خداوند متعال می فرماید {والصلح خیر}. <sup>(5)</sup>

## مطلب سوم: حکم طلاق که به سبب ایلاء واقع می شود

علمای اسلامی بر این اتفاق نظر است که طلاق بدون ایلاء واقع می شود، اما در ارتباط به این که طلاق که واقع می شود بعد از ایلاء آیا طلاق باین است یا رجعی؟

امام مالک و شافعی <sup>(6)</sup> بر این نظر است که وقوع طلاق بعد از ایلاء از جمله طلاق رجعی بشمار برده می شود، در صورتیکه این طلاق از طرف شوهر باشد و یا از طرف حاکم .

(1) الجوزية، محمد بن أبي بكر ابن قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، القاهرة (1/342).

(2) الشافعي، محمد بن ادريس، الام، موقع يعسوب، ترقيم الكتاب موافق للمطبوع (7/119).

(3) أبو المناقب، محمود بن أحمد الزنجاني،، تخريج الفروع على الأصول، ناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت (ص: 173).

(4) المرغيناني، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني الهداية شرح بداية المبتدي، ناشر: المكتبة الإسلامية (3ص: 124)، قرطبي، محمد بن رشد، بداية

المجتهد ونهاية المقتصد، ناشر: دار المعرفة بيروت لبنان. (2/294).

(5) النساء آيت: 128.

(6) قرطبي، محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ناشر: دار المعرفة بيروت لبنان. (2/102)، الشافعي، محمد بن ادريس، الام، موقع يعسوب، ترقيم الكتاب

موافق للمطبوع (5/284).

این دسته از علماء حکم این مسئله را به استصحاب ثابت می سازد، زیرا اصل در طلاق، زنیکه طلاق بر آن واقع شده و یا زن مدخول بها باشد، و طلاق در مقابل عوض نباشد و همچنان طلاق مغالظه هم نباشد در این صورت تا زمانی که کدام دلیل نباشد حکم بحالت قبلی می شود و طلاق در این صورت حکم رجعی را بخود می گیرد.

امام ابوحنیفه و اصحاب اش<sup>(1)</sup> بر این است که طلاق ایلاء، باین می باشد. ای گروه از علماء استدلال بردلیل عقلی می نمایند، می گوید، هدف و مقصد اصلی طلاق، خلاصی از ضرر می باشد و به طلاق رجعی ضرر دفع نمی گردد، به همین خاطر زن در طلاق ایلاء، طلاق باین می شود بخاطر بیرون رفت از حالت ضرر.

### مطلب چهارم: حکم بر مدعی علیه در صورت نکول و امتناع از سوگند

در صورتیکه مدعی علیه از سوگند امتناع ورزد در این صورت آیا بر مدعی علیه دعوی بمجرد نکول ثابت می شود یاخیر؟

امام شافعی می گوید در این صورت حکم بر مدعی علیه بمجرد نکول ثابت نمی شود بلکه باید سوگند به مدعی ارجاع شود، زیرا اصل این است که باید حکم کرده نشود بخاطر استصحاب براءة اصلی.<sup>(2)</sup>

و امام شافعی استدلال می نماید به حدیث رسول الله صلی علیه وسلم [ أن رسول الله في القسامه بداء الانصاريين، فلما لم يحلفوا رد الايمان على اليهود. ]<sup>(3)</sup> ترجمه: رسول الله صلی علیه وسلم اولین بار سوگند را از نصارا آغاز نمود، زمانی که سوگند را بجا نه آورد، بعدا سوگند را راجع به یهود نمود.

و به این رای امام مالک و فقهای حجاز هم دلیل شماریده .

(1) المرغیانی، ابي الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني الهداية شرح بداية المبتدي، ناشر: المكتبة الإسلامية (ص: 370).

(2) أبو الناقب، محمود بن أحمد الزنجاني، ، تخريج الفروع على الأصول، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت (ص: 174).

(3) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردي الخراساني، أبو بكر معرفة السنن والآثار، ناشران: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار

قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة) (14/310).

امام ابوحنیفه و یاران اش می گویند: <sup>(1)</sup> در این مسئله حکم و فیصله برای مدعی شود در صورتیکه مدعی علیه انکار نماید از سوگند، زیرا در این مورد حدیث پیامبر صلی الله علیه وسلم است [البینه علی المدعی والمین علی من انکر]. <sup>(2)</sup>

### مطلب پنجم: میراث مفقود

در مورد میراث مفقود بحث خیلی وسیع است که آن را در فصل دوم این تحقیق تحت بررسی قرار می دهیم ولی در این جا صرف بر همان اختلاف فقهای اسلامی اکتفاء می نمایم: فقهای اسلامی در مورد میراث شخص مفقود «لادرك» اختلاف نظر دارد که آیا میراث شخص مفقود مانند میت بر ورثه اش تقسیم شود یا خیر؟

امام مالک و شافعی بر این نظر است که میراث شخص مفقود تقسیم نمی شود و شخص مفقود از دیگران میراث را مستحق می شود، زیرا شخص مفقود حکم شخص زنده را در حق نفس خویش و در حق غیر دارد، این دسته از فقهاء استدلال می نماید بر استصحاب، زیرا اصل در این مسئله حیات شخص مفقود می باشد تا زمانی که دلیل بر تغییر آن وجود نداشته باشد. <sup>(3)</sup>

فقهای احناف بر این نظر اند که میراث شخص مفقود تقسیم نمی شود و شخص مفقود حکم شخص زنده را در نفس خویش دارد بناء میراث وی تقسیم نمی شود، و در حالت غیابت از دیگران هم میراث برده

(1) المرغیانی، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني الهداية شرح بداية المبتدي، ناشر: المكتبة الإسلامية (72/3).

(2) بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، ناشر: دارطوق النجاه (143/3)، قشیری، ابوالحسن مسلم بن الحجاج صحیح مسلم، ناشر دارالحیة التراث العربی بیروت (1336/3).

(3) قرطبی، محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ناشر: دار المعرفه بیروت لبنان. (42/2)، الشافعی، محمد بن ادریس، الام، موقع یعسوب، ترقیم الكتاب موافق للمطبوع (254/7).

نمی تواند<sup>(1)</sup> و استدلال می نماید بر همان دلیل صاحب هدایه ذکر نموده است ( لایرث المفقود أحدا مات فی حال فقده، لان بقاءه حیا فی ذلك الوقت باستصحاب الاصل وهو لا یصلح حجة فی الاستحقاق ) .<sup>(2)</sup>

زیرا استصحاب نزد این گروه حجت برای اثبات حق نیست بلکه حجت برای دفع می باشد.

## **مطلب ششم: عدم مطالبه شفیع ثبوت ملکیت را بسبب شهود**

امام شافعی می گوید شفیع به اقامه شهود ملکیت را مطالبه کرده نمی تواند، زیرا ذوالیدی دلیل بر ملکیت شخص می باشد و اصل در این مورد بقای ملک در نزد شخص می باشد.

احناف می گویند شفیع به اقامه شهود ملکیت را مطالبه کرده می تواند، زیرا صاحب هدایه می گوید: ( وإذا تقدم الشفیع إلى القاضی فادعی الشراء وطلب الشفعة سأل القاضی المدعی علیه فإن اعترف بملکه الذی یشفع به، وإلا کلفه بإقامة البینه، لان الید ظاهر محتمل، فلا تکفی لاثبات الاستحقاق).<sup>(3)</sup>

یعنی زمانی که شفیع تشریف بیارد برای قاضی بخاطر دعوی خریداری و طلب شفع در این هنگام قاضی از مدعی علیه سوال نماید در مورد محل دعوی، اگر مدعی علیه اعتراف نمود در مورد ملکیت اش و یا اینکه قاضی مدعی علیه را باقامه شهود مکلف اش بسازد زیرا ذوالیدی اشکارا! احتمالی است، بناء برای اثبات حق کفایت نمی کند.

## **مطلب هفتم: حکم موجودیت آب بعد از آغاز به نماز**

اهل علم اجماع دارند بر اینکه اگر کسی آب را پیدا نکند برای اش جایز است که تیمم نماید و بعدا نماز خویش را اداء نماید لکن در مورد موجودیت آب بعد از آغاز به نماز حکم شان چگونه می باشد؟ آیا برای نماز خویش ادامه دهد یا اینکه دوباره وضوء بگیرد و نماز خود را آغاز نماید؟ در این مورد دو قول می باشد:

(1) السرخسی، شمس الدین أبو بکر محمد بن أبی سهل، المسوط للسرخسی، ناشر: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، بیروت، لبنان (85/15)، محمود بن أحمد بن

الصدر الشہید التجاری برهان الدین مازہ، المحیط البرهانی، ناشر: دار إحياء التراث العربی (278/10).

(2) المرغیانی، أبی الحسن علی بن أبی بکر بن عبد الجلیل الرشدانی الهدایة شرح بداية المبتدی، ناشر: المكتبة الإسلامية (229/2).

(3) المرغیانی، أبی الحسن علی بن أبی بکر بن عبد الجلیل الرشدانی الهدایة شرح بداية المبتدی، ناشر: المكتبة الإسلامية (28/4).

قول اول: امام ابوحنيفه وامام احمد رحمه الله به اين نظر است كه نماز چنين شخص باطل و وضوء نمايد و نماز را دوباره اداء نمايد. (1)

قول دوم: امام مالك وامام شافعي رحمه الله مي گويند: در اين مورد بايد بر استصحاب عمل كرده شود، زيرا قبل از شروع نماز، نماز درست بود ولي اين حكم صحت نماز بعد از شروع نماز متحقق مي شود. بناء نماز اش باطل نمي شود و براي نماز خویش ادامه دهد. (2)

### مطلب هشتم: زكات طلا وقتيكه زيورآلات شود

علماء اتفاق نظر دارد در مورد وجوب زكات در طلا ايکه صياغت نشده باشد اما در مورد اينکه طلايکه صياغت و زيورآلات شود زكات واجب مي شود يا خير؟ در اين مورد دو ديدگاه مي باشد:

ديدگاه اول: جمهور از علماء وائمه سه گانه امام مالك، شافعي و احمد به اين نظر است كه در زيورآلات

زكات نيست<sup>(3)</sup>

ديدگاه دوم: امام ابوحنيفه و اهل ظواهر به اين نظر است كه در حلي يا زيورآلات زكات واجب است. (4)

ابن حزم رحمه الله مي فرمايد: اجماع امت است به اين كه در طلا زكات واجب مي باشد كه زيورآلات

نشده باشد، اما در زيورآلات اختلاف نموده اند برخي زكات را لازمي نمودند و برخي ديگري از علماء زكات را

لازمي نشماريدند. ولي بايد گفت در زيورآلات زكات واجب است چنانكه قبلا در طلا زكات واجب بود. (5)

---

(1) المرغيباني، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني الهداية شرح بداية المبتدي، ناشر: المكتبة الإسلامية (192/3)، بن قدامة عبد الله بن أحمد المقدسي

أبو محمد روضة الناظر وجنة المناظر تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، ناشر جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض (407/4).

(2) قرطبي، محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ناشر: دار المعرفة بيروت لبنان. (294/2)، الشافعي، محمد بن ادريس، الام، موقع يعسوب، ترقيم الكتاب

موافق للمطبوع (197/3).

(3) قرطبي، محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (294/2)، الجوزية، محمد بن أبي بكر ابن قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ناشر: مكتبة الكليات الأزهرية،

مصر، القاهرة، (ص: 215).

(4) ابن حزم، علي بن أحمد الأندلسي أبو محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ناشر: دار الحديث - القاهرة الطبعة الأولى (75/6).

(5) ابن حزم، علي بن أحمد الأندلسي أبو محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ناشر: دار الحديث - القاهرة الطبعة الأولى (75/6).

## مطلب نهم: اثر استصحاب در قضایای معاصره

در عصر امروزی استصحاب یک نوع وسیله برای صیانت فقه اسلامی شده، و برخی از قوانین توسط

استصحاب وضع گردیده است:

### 1. در عرصه قانون مجازات

در عرصه قانون جزای امروزه یک اصطلاح است که منحیث یک اصل پنداشته شده است و آن عبارت از ( اصل برائت الذمه ) می باشد. به این معنی که متهم قبل از محکمه برئی الذمه می باشد تا زمانی که دلیل براتهام آن وجود نداشته باشد. این اصطلاح در قانون بر گرفته شده از استصحاب برائت اصلیه می باشد.<sup>(1)</sup>

### 2. در عرصه قانون احوال شخصیه ( قانون فامیل )

آثار و نتایج حقوقی و همچنان واجبات میان زوجین قبل از عقد ازدواج نمی باشد، زیرا قبل از عقد ازدواج، اصل ( برائت الذمه ) می باشد، زیرا در این مورد قاعده استصحاب برائت اصلیه وجود دارد، اما بعد از این که عقد ازدواج صورت می گیرد در آن صورت، تمامی آثار و نتایج حقوقی در میان زوجین مرتب می گردد.<sup>(2)</sup>

### 3. در عرصه قانون مدنی استصحاب در عرصه قانون مدنی نیز رعایت شده است و این اصل موضوع

بحث بنده بوده، قواعد استصحاب تاثیرات دارد بر قانون مدنی افغانستان، ولی بحث در این جا است، استصحاب در مورد روابط اقتصادی میان افراد نقش اساسی دارد، زیرا اگر یک شخص ( مدعی ) بر بالای شخص دیگر ( مدعی علیه ) دعوی دارد و نزد محکمه می آید و خواهان ادعای دین خویش می شود، در این صورت بر مدعی علیه حق رد کردن دین می باشد بر آن چه که مدعی

(1) ابوزهرد، محمد، اصول الفقه، ناشر: دار الفقه العربیه ، (ص305).

(2) ابوزهرد، محمد، اصول الفقه، ناشر: دار الفقه العربیه ، (ص305).

دعوا دارد، مگر این که مدعی بینه را بیارد. زیرا این مسئله با استصحاب برائة اصلیه مطابقت دارد.<sup>(1)</sup>

---

(1) ابوزهرد، محمد، اصول الفقه، ناشر: دار الفقه العربیه، (ص 305).

## مبحث چهارم: مفهوم قانون مدنی افغانستان

در این مبحث به تعریف، توضیح و روشن ساختن اصطلاحات، و واژگان کلیدی، که کاربرد در این بحث

داشته و همچنان به بررسی پیشینه تاریخی قانون مدنی افغانستان می پردازیم. موضوعات این مبحث را قرار

ذیل ترتیب دادیم:

مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی قانون

مطلب دوم: مفهوم قانون مدنی

مطلب سوم: سیری تاریخی قانون مدنی افغانستان



## مطلب اول- تعریف لغوی و اصطلاحی قانون

### فرع اول - مفهوم لغوی قانون

اصطلاح قانون از لفظ قن گرفته شده، در لغت بمعنی صدای تنبور را گویند<sup>(1)</sup> و یا قانون در لغت بمعنی مقیاس و اندازه گیری را گویند<sup>(2)</sup>، کلمه قانون برمی گردد به زبان یونانی ماخوذ از ماده "kanoun" است بعدا این کلمه وارد زبان فارسی گردیده اما باید گفت کلمه قانون از طریق سریانی ها وارد زبان عربی شده و معنای اصلی آن "المسطرة" (خط کش) را گفته می شود<sup>(3)</sup>. که مرادف آن، لفظ مستقیم یا استقامت یا قاعده در زبان عربی می باشد،

بناء قانون مقیاس است که توسط آن مردمان که از راه خط مستقیم منحرف می شود، آن را برابر می سازد.

منظور از معنای لغوی قانون، عبارت از قواعد است که دارای ثبات و دوام داشته باشد، مانند قانون حرکت و سکون در علم فلسفه و یا قانون جازبه در علم فزیک.

### فرع دوم- مفهوم اصطلاحی قانون

قانون در اصطلاح به دو مفهوم می آید، یکی قانون بمعنای عام و قانون به معنای خاص:

قانون به معنای عام: عبارت از مجموعه ای از قواعد است که بر روابط افراد، که در اجتماع زندگی دارند، حاکمیت داشته و از طرفی یکی از سازمانهای صالح دولت وضع شده است و بر مخالفین آن از جانب سلطه عمومی دولت جزا وضع می گردد<sup>(4)</sup>. و یا قانون در اصطلاح: عبارت از قواعد صریح و معقولی که از

(1) إبراهيم مصطفی أحمد الزیات حامد عبد القادر محمد النجار، المعجم الوسيط موافق للمطبوع، ناشر: دار الدعوة. (1/454).

(2) القاموس المحيط (19/7)، آبادی، الفيروز، القاموس المحيط (ص: 1582)، القاموس المحيط والقبوس الوسيط (ص: 9).

(3) معجم المناهي اللفظية ومعه فوائد في الألفاظ موقع شبكة مشكاة الإسلامية (14/21).

(4) فرج الصده، مبادئ القانون، (ص: 11).

طرف هیئت حاکمه به منظور حفظ نظم جامعه و تامین حقوق افراد وضع گردیده، تطبیق آن توأم با اجبار است<sup>(1)</sup>.

قانون به معنای خاص: عبارت از مجموعه ای از قواعد حقوقی که جهت تنظیم روابط اشخاص در یک موضوع مشخص از طرف قوه مقننه وضع می شود مانند قانون مدنی که عبارت از یک سلسله قواعد است که روابط مالی افراد را در میان یک دیگر تنظیم می نماید<sup>(2)</sup>.

بناء باید گفت: به اساس صراحت ماده نود و چهارم قانون اساسی افغانستان: قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور سیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طوری دیگری تصریح گردیده باشد<sup>(3)</sup>.

## مطلب دوم - مفهوم قانون مدنی

### فرع اول - مفهوم قانون مدنی

قانون مدنی عبارت از قواعد و مقررات است که معاملات مالی افراد جامعه را تنظیم نموده و شامل خرید و فروش، گروهی و سایر عقدها میباشد.

### فرع دوم- مفهوم اسمی ( علمی ) قانون مدنی

قانون مدنی افغانستان عبارت از قواعد و مقررات است که روابط معاملاتی افراد را تنظیم می نماید.

## مطلب سوم- سیری تاریخی قانون مدنی افغانستان

اگر به سیری تاریخی قانون مدنی افغانستان نظر بیندازم، دیده می شود که این قانون در سال 1355 خورشیدی نافذ گردیده و تا کنون در معرض تطبیق قرار دارد، یکی از قوانین مدنی متنی می باشد، قانون مدنی کشور ما مشتمل بر چهار جلد و 2416 ماده بوده است<sup>(4)</sup>.

(1) قاموس اصطلاحات حقوقی ، حرف قاف (ص: 191).

(2) الناصری، المدخل للعلوم القانونیه مقارنان بالقوانین العربیه، (ص: 10).

(3) وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان ماده 94.

(4) عدالتخوا، عبدالقادر، حقوق فامیل، (15/1).

## فصل دوم

بررسی قاعده اصلی، از جمله قواعد فقهی پنجگانه

وتأثيرات آن بر قانون مدنی افغانستان

در این فصل به بررسی قاعده اصلی، از جمله قواعد فقهی پنجگانه و تأثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان، و نمایان نمودن اصل استصحاب در پرتو این قاعده، در قانون مدنی افغانستان، بحث تأثیر گذاری این قاعده که برگرفته شده از استصحاب می باشد، موارد تطبیقی آن از جمله موضوعات است که آن را مورد پژوهش قرار می دهیم. موضوعات این فصل را به مباحث ذیل ترتیب دادیم:

مبحث اول: مفاهیم، شناخت واژه های کلیدی و دلایل استصحاب

مبحث دوم: برخی از قواعد که مرادف و مشابه با قاعده [الیقین لایزول بالشک]

مبحث سوم: ارتباط قاعده الیقین لایزول بالشک با استصحاب مقلوب

مبحث چهارم: کاربرد [الیقین لایزول بالشک] و تأثیر آن بر قانون مدنی افغانستان

### مطلب اول: مفهوم قاعده [الیقین لایزول بالشک] (1)

(1) السیوطی، عبد الرحمن بن ابي بكر، جلال الدين، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية (المتوفى : 911هـ) ناشر : دار الكتب العلمية بيروت لبنان

(ص:50)، السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي، الأشباه والنظائر، الناشر : دار الكتب العلمية، (ص: 13) ابن نجيم، زين العابدين بن ابراهيم، الأشباه

وَالنَّظَائِرُ الناشر : دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سال طبع جديد: 1400هـ=1980م (ص: 56)، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام

العدلية، ناشر: بيروت لبنان، سال طبع: 1302هـ. ماده(4)، الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد شرح القواعد الفقهية، الناشر دار القلم دمشق / سوريا، سال طبع: 1409هـ - 1989م

(ص: 79)، ابن النجار، محمد بن احمد بن عبدالعزيز بن علي الفتوحى الحنبلى، شرح الكوكب المنير، وزارة الشؤون الاسلاميه والاوقاف والدعوة والارشاد، المملكة العربية

## فرع اول: مفهوم لغوی واصطلاحی یقین

الف- تعریف یقین در لغت: بمعنای علم و زوال شک را گویند، ویا بمعنای علم ای که در آن هیچ

شکی وجود نداشته باشد<sup>(1)</sup> وهمچنان گاهی به معنای اطمینان قلبی، ثبات، استقرار و آرام قرار گرفتن هم می

آید: چنانچه که عربها می گویند: « یقن الماء فی الحوض» یعنی آب در حوض استقرار نمود، بمعنای ثبات و

وضاحت هم می آید.<sup>(2)</sup>

ب- تعریف یقین در اصطلاح: در این مورد علمای فقه، منطق و علمای اصول فقه تعاریفات دارند:

الف- تعریف یقین نزد علمای اصول فقه و منطق: اصولیان علم را تعریف نموده واز آن به یقین تعبیر نموده

چنانچه که علی بن عبدالکافی السبکی، تعریف علم را در سه چیز منحصر می داند که عبارت از ظن، یقین و

هرآنچه که از دید عقل افاده علم نماید<sup>(3)</sup>. بناء یقین نزد اصولیان: عبارت از اعتقاد جازم که مطابق واقع

و مبتنی بر دلیل باشد<sup>(4)</sup> همچنان علمای معقول و منطق هم این نوع تعریف نموده اند: یقین عبارت از اعتقاد

جازم که مطابق واقع و مبتنی بر دلیل ثابت باشد<sup>(5)</sup>.

---

السعودية، سال طبع 1413هـ - 1993م (50/1)، الشري، الشيخ سعد بن ناصر شرح منظومة القواعد الفقهية. (ص: 76)، الحموي الحنفي، زين العابدين ابن نجيم المصري، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان/بيروت، سال نشر: 1405هـ - 1985م (48/1) وزارت عدليه، قانون مدني افغانستان، ماده(696).

(1) الجوهری، إسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ناشر: دار العلم للملايين بيروت، سال طبع: لبنان 1376 هـ. (88/8)، الفيومي، أحمد بن محمد بن علي

المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت. (681/2)، الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر مختار الصحاح الناشر:

مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، سال طبع: 1415هـ - 1995م (ص: 745)، العامي الفصيح من إصدارات مجمع اللغة العربية بالقاهرة (1/28).

(2) الرافعي المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (681/2)، إبراهيم مصطفى أحمد الزيات حامد عبد القادر محمد التجار، المعجم الوسيط موافق للمطبوع، دار النشر:

دار الدعوة. (1066/2) غمز عيون البصائر (193/1).

(3) السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول، ناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، سال طبع اول، 1404هـ (50/1).

(4) د. الخليلي، رياض بن منصور، المنهاج في علم القواعد الفقهية، تفریط فضيلة الشيخ / عبد الرحمن بن عبد الخالق (ص: 5)، المشيقح، خالد العقد الثمين في شرح

منظومة الشيخ ابن عثيمين المصدر: صيد الفوائد. (ص: 71)، الورقات (2/11).

(5) درويش، محمد علي، المنطق وأهميته وتقسيم العلم، بيروت- لبنان، انتشارات مكتبة دارالفكر، سال 1411، چاپ سوم، ص 124.

ب- تعریف یقین نزد فقها: عبارت از اعتقاد جازم که ثابت بوده و مطابق و اقعیت باشد، که شک را قبول نکند.<sup>(1)</sup>

از جزم و ظن غالب یعنی اطمینان قلبی بر وقوع و عدم وقوع شی می باشد و یا یقین: عبارت از جزم قلب همراه استناد، به سوی دلیل قاطع<sup>(2)</sup>.

تفاوت میان تعریف اهل منطق و فقهای اسلامی این است که علمای منطق میفرماید که مطابق واقع و مبتنی بر دلیل باشد، ولی نزد فقها مطابق و اقعیت بوده که شک را قبول نکند.

بناءً بنظر میرسد که میان تعریف فقهای اسلامی و اهل منطق کدام تعارضی وجود ندارد.

### فرع دوم: مفهوم لغوی واصطلاحی شک

الف- تعریف لغوی شک: شک در لغت: عبارت از ضد و یا نقیض یقین که جمع آن شکوک می باشد<sup>(3)</sup> اگر به معجم مقاییس اللغة آنجا می دیدی که تداخل را شک می گویند، و حتی وقتی یک امر در امر دیگر متداخل گردد آن را شک می گویند) و یا شك در لغت: عبارت از مطلق تردد<sup>(4)</sup>. و یا تردد در میان وجود و عدم یک شی را گویند<sup>(5)</sup>.

ب- تعریف شک در اصطلاح: در مورد تعریف اصطلاحی شک، دانشمندان فقه و اصول فقه تعاریفات

دارند:

---

(1) الموسوعه الفقهیه الكويتیه، (205/5).

(2) المشیقح، خالد العقد الثمین شرح رسالة في الأصول المصدر: صید الفوائد (ص: 79).

(3) معجم مقاییس اللغة (ج3/ص: 173)، العین للخلیل بن أحمد (1/422)، العین للفراهیدی (3/99).

(4) المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی لأحمد الفیومی (1/320).

(5) القاموس الفقهی لغة واصطلاحا (ص: 200)

اول- تعریف اصولین: شک عبارت از تردد در میان دو طرف که با هم مساوی باشد آن را شک گویند

واگر یکی از اینها را جح باشد آن را ظن و مرجوح را وهم گویند<sup>(1)</sup>

### دوم- تعریف شک نزد فقها:

شک عبارت از تردد میان دو چیز برابر است که هر دو طرف باهم مساوی باشد و یا یک طرف بر دیگر آن راجح باشد.<sup>2</sup>

فرق میان این دو تعریف که برای شک ذکر شده است، در این است که نزد فقها راجح بودن یک بر دیگر وجود دارد.

اما نزد اصولین تعریف که ذکر شده است در آن عدم ارجحیت یک بر دیگر در هنگام شک میباید.

### فرع سوم: مفهوم قاعده [الیقین لایزول بالشک]

یقین با شک زائل نمی شود. یعنی شک و تردد عارضی حکم یقینی سابق را تغییر داده نمی تواند، پس اگر ثبوت یک امر در حالت یقین قرار داشته باشد به نسبت عارض شدن شک در آن، آن امر از بین نمی رود، متیقن تا زمانی مدار اعتبار است که عکس آن باثبات برسد.

### مطلب دوم: اقسام شک و مفاهیم آن

شیخ ابو حامد الاسفراینی می گویند: شک به اعتبار حکم اصل اش بر سه نوع است، شک که بر اصل حرام عارض باشد، شکی که بر اصل مباح عارض باشد و شکی که اصل آن شناخته نشود<sup>(3)</sup>:

یکم- اقسام شک به اعتبار حکم اصلش بر سه نوع است:

الف- شک که بر اصل حرام عارض شده: مانند اینکه اگر مواشی ذبح شده در کشوری باشد که تعداد

باشندگان مسلمان و مجوسی در آن برابر باشند و مسلمان آن مذبوحه را پیدا نماید و در ذبح آن شک داشته

(1) الرازی، محمد بن عمر بن الحسین، المحصول، ناشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (1400هـ). (101 / 1). أبو الربیع، نجم الدین، سلیمان بن عبد القوی بن

الکریم الطوفی الصرصی، شرح مختصر الروضة ناشر: مؤسسة الرسالة (1407هـ). (649/2).

2 الموسوعه الفقهیه الكويتیه، (205/5).

(3) سیوطی، الاشباه والنظائر (ص: 74).

باشد، پس همان مذبوحه حلال نیست؛ زیرا اصل، طریقه ذبح حرام است.، اگر تعداد مسلمان غالب باشد مذبوحه غالباً حلال پنداشته میشود. (در این جا یقین چیست؟ حرام پنداشتن ذبیحه کجا یقینی است؟)

ب- شک که بر اصل مباح عارض شده: مانند اینکه اگر یک مسلمان آب را پیدا نماید که رنگ آن تغییر نموده باشد، برای وی لازم است که از آن آب استفاده نماید، گرچه احتمال نجاست بر اساس تغییر رنگ دیده شود، زیرا اصل در آب پاکی می باشد.

ج- شک که اصل آن شناخته نشود: مانند معامله با شخص که اکثر اموال آن حرام باشد، و مال شخص با آن خلط و یکجا شده و امکان جدایی آن وجود نداشته باشد، اصل این است که شخص با وی معامله خویش را ادامه دهد، زیرا معامله شخص در این حالت جایز می باشد. اما برخی از فقهای اسلامی می گویند، در این حالت معامله این گونه افراد مکروه می باشد، بخاطر خوف این که شخص در حرام واقع نشود<sup>(1)</sup>. (در این همه مثالها باید شما یقین را مشخص سازید باز شک را که یقین را زایل ساخته نمی تواند، این درست است که این مثالها را فقهاء ذکر کردند ولی ما و شما باید در این امر تدقیق نمائیم که این مثالها مطابق قاعده هست یا خیر؟

## دوم- اقسام شك بر اساس اجماع که بر اعتبار والغا آن دلالت دارد

در مورد اقسام شك بر اساس اجماع که بر اعتبار والغا آن دلالت دارد باید گفت: امام قرافی می گوید: شك بر سه نوع است:

الف- شك که به اعتبار آن اجماع شده مانند دو حیوان که در پاکی و مرداری آن شك وجود داشته باشد، اصل در این مورد حرمت هر دو می باشد. (اجماع کجا است؟ و در مورد چیست؟)

ب- شك که به الغاء آن اجماع شده مانند شك در وقوع طلاق، اصل در این مورد الغاء شك می باشد و هیچ حکم بر بالای شخص مرتب نه می شود.

(1) الاشباه والنظائر سیوطی (ص: 74). الموسوعة الفقهية الكويتية (185/26-187).

ج- اختلاف علماء در مورد شک که آن را سبب گردانیده: مانند این که شخص در بی وضوی شک نماید، امام مالک بی وضوی را معتبر می داند، اما امام شافعی بی وضویی را مدار اعتبار نمی داند و یا اینکه شخص در طلاق شک نماید که آیا وی دو بار و یا سه بار طلاق داده، در این حالت امام مالک یک طلاق را مدار اعتبار می داند، اما امام شافعی بر خلاف وی رای دارند<sup>(1)</sup>

### مطلب سوم: اهمیت قاعده [الیقین لایزول بالشک]

این قاعده از جمله مهم ترین از قواعد فقهی بشمار برده می شود، زیرا این قاعده آن قدر جامع، عام و فرا گیر می باشد که تمام ابواب فقه را شامل می شود، و این قاعده به تمام ابواب و مسایل تخریجی و استنباطی فقه که عبارت از عبادات، معاملات، عقوبات و بر بسیاری از قضایای که مربوط به فقه و اصول فقه می شود دلالت دارد، سیوطی می گوید: به حدی که چهارمین حصه از مسائل فقهی یا بیشتر از آن بر این قاعده مبتنی می باشد.<sup>(2)</sup>

امام نووی می گوید: این قاعده مشتمل بر مسائل است که از ایشان استخراج می شود، زیرا این قاعده مظهر از مظاهر رحمت، شفقت در شریعت اسلامی می باشد، زیرا مقصود این قاعده دفع مشقت، و رفع حرج می باشد در صورتی که یقین اصل قرار داده شود و شک زایل و از بین برده شود.<sup>(3)</sup>

### مطلب چهارم- حجیت قاعده [الیقین لایزول بالشک]

اصل در این قاعده، دلایل از کتاب الله، سنت رسول الله، اجماع و عقل می باشد:

الف: قرآن: خداوند متعال در قرآن کریم می فرماید: { وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ

الْحَقِّ شَيْئًا }<sup>(1)</sup> ترجمه: و پیروی نمی کنند بیشتر از ایشان مگر وهم را هر آینه وهم کفایت نمیکند از معرفت حق، چیزی را.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية (187/26).

(2) سیوطی، الاشياء والنظائر، (ص: 51). ببین: الندوی، علی احمد غلام محمد، القواعد الفقهية و اثرها في الفقه الاسلامی، سال درسی، 1404 هـ (ص: 316-319).

وببین: السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى، ناشر: دار بلنسية- ریاض، (97/1).

(3) المجموع شرح المهذب، (1/205) السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى، (ص: 98).



ب: سنت: در احادیث صحیح وارد شده است؛ چنانکه ابی سعید خدری از پیامبر صلی الله علیه وسلم روایت کرده گفت: [عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- « إِذَا شَكَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا فَلْيَطْرَحِ الشُّكَّ وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ »<sup>(2)</sup>. هرگاه یکی شما در نمازش شک نماید و نداند که سه رکعت یا چهار رکعت نماز خوانده حالت شک را دور ساخته به حالت یقین خود ادامه دهد.

پیامبر صلی الله علیه وسلم می فرماید: [عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ عَنْ عَبَّادِ بْنِ تَمِيمٍ عَنْ عَمِّهِ أَنَّهُ شَكَاَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرَّجُلُ الَّذِي يُحْيِلُ إِلَيْهِ أَنَّهُ يَجِدُ الشَّيْءَ فِي الصَّلَاةِ فَقَالَ لَا يَنْفَتِلُ أَوْ لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا]<sup>(3)</sup>.

ترجمه: از سعید بن مسیب و از عباد بن تمیم از کاکایش روایت که ایشان شکایت نمود به رسول الله در مورد یک مرد که به گمان اش که در نماز چیزی را درک می کند، رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود: تا زمانی که صوت را نشیند یا بوی را احساس نکردی از نماز منصرف نشوید. پس کسیکه به وضوء داشتن خود یقین کامل داشته باشد و اگر به بی وضوء خود متردد گردد در واقع وضوء دارد.

احادیث فوق صرف در عرصه عبادات می باشد ولی احادیث دیگر وجود دارد که شامل تمامی از عرصه های زندگی را دربر دارد مثل: [عَنْ يَزِيدُ بْنُ أَبِي مَرْيَمَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا الْحَوْرَاءِ قَالَ قُلْتُ لِلْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ : مَا تَذَكَّرُ مِنَ النَّبِيِّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ : كَانَ يَقُولُ : « دَعُ مَا يَرِيْبُكَ إِلَى مَا لَا يَرِيْبُكَ فَإِنَّ الصَّدَقَ طُهْرَانِيَّةٌ وَإِنَّ الْكُذْبَ رِيْبَةٌ »<sup>(4)</sup>.

(1) سورة يونس، آية 36.

(2) النيسابوري صحيح مسلم (84/2)، سنن النسائي (32/3).

(3) البخاری، صحيح البخاري (59/1)، النيسابوري صحيح مسلم (189/1).

(4) سنن الترمذي (77/4)، البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، ناشر: مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، 1414 - 1994 تحقيق :

محمد عبد القادر عطا. (432/2).

ترجمه: از یزید بن مریم روایت است که ایشان فرمودند که از ابوالحوراء شنیدم گفت که بگو برای حسن بن علی (رض) چی یاد گرفتید از رسول اکرم (ص): فرمودند: ترک کن آن چه را که ترا مشکوک می سازد و بشتاب به سوی آن چه که ترا مشکوک نمی سازد، زیرا صدق سبب اطمینان قلب است و کذب سبب شک و تردد است.

ج - از دید اجماع: ابن عبدالبر می گوید: همه علماء به این اجماع دارند در صورتی که شخص در وضوء شکی شود، و بر بی وضویی متیقن باشد، در این مورد فرض است که وضوء را انجام دهد زیرا یقین با شک زایل نمی شود<sup>(1)</sup>. امام قرافی می گوید: این قاعده مجمع علیه می باشد، یعنی این که هر آن چیزی که در معرض شک باشد، او بسان معدوم شمرده می شود<sup>(2)</sup>.

د- از دید عقل: گفته می شود: قوی به واسطه ضعیف از بین برده نمی شود، خرد و اندیشه یقین را قویتر از شک و تردد می داند؛ زیرا عقل درک می نماید که در یقین قطع و جزم وجود دارد و با شک از اعتبار ساقط نمی گردد. حکم قاعده بالا آنقدر جامعیت و عمومیت دارد که از کیفیت حکم طهارت و پاکي تن و بدن انسان اوصاف ذاتی و طبیعی انواع آبهای طاهر و مستعمل و از چگونگی صحت و سقم نماز، وضوء، غسل و تیمم بحث میکند، چنانکه سیوطی در کتاب (الاشباه والنظائر) تذکر داده است: «این قاعده به تمام ابواب و مسائل تخریجی فقه دلالت دارد به حدی که آنرا ربع فقه یا بیشتر آن نام برده اند»<sup>(3)</sup>.

### مطلب پنجم: استثنائات قاعده [الیقین لایزول بالشک]

در قاعده فوق تذکر داده شد: هر حکم که به یقین ثابت شود با شک برداشته نمیشود بناء حالت استثنائی وجود دارد و آن اینکه هر حکم با یقین ثابت شود با یقین دیگر میتواند از بین برود.

(1) التمهید لابن عبدالبر (7-5/6).

(2) قرافی، شهاب الدین ابی العباس احمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجی، الفروق انوار البروق فی انواء الفروق، ناشر: دار السلام، متوفی، 684. (111/1).

(3) سیوطی، الاشباه والنظائر، (ص: 51).

**حالت اول-** اگر مشتری عیب را در مبیعه دید، در حالی که ملزم به دادن همان مبیعه به بایع می بود در این صورت باید پول را به بایع پرداخت نکند تا زمانی که جنجال و منازعه عیب مرفوع نشده باشد، در صورتی که عیب مبیعه با اثبات رسید قاضی فسخ این عقد را نماید و اگر مشتری از اثبات عیب عاجز ماند، در این صورت باید مشتری به پرداخت ثمن برای بایع مجبور کرده شود، زیرا یقین در این مورد زایل شده.<sup>(1)</sup>

**حالت دوم-** مسح کننده در مسح موزه شک نمود که معیاد اش گذشته یا خیر؟ در این حالت حکم بر انقضای معیاد می شود.

**حالت سوم-** مسافر در رسیدن به شهر خویش متردد می باشد که آیا رسیده یا خیر؟ در این حالت برای مسافر جایز نیست که قصر نماز را اداء نماید.

**حالت چهارم-** حیوان در آب زیاد بول نمود، بعدا آب حالت اش تغییر نمود، اما این معلوم نبود که تغییر آب از بول حیوان است یا از چیزی دیگر، در این حالت بر نجاست همان آب حکم کرده می شود.

**حالت پنجم-** تیمم کننده چیزی را می بیند و نمی داند که آیا همان چیز سراب است یا آب؟ در این حالت تیمم، شخص باطل می شود.<sup>(2)</sup>

**حالت ششم-** زن مستحاضه و یا شخص سلسل بول، وقتی که وضوء نمود، بعدا در بی وضویی خود متردد گردید که آیا بی وضوء اش قطع شده یا خیر؟ در این حالت نماز ایشان صحت پیدا نمی کند.

**حالت هفتم-** مسح کننده در مسح موزه شک نمود که آیا مسح را در حضر و یا در سفر انجام داده؟ در این حالت حکم بر انقضای مدت می شود.<sup>(3)</sup>

**حالت هشتم-** مسافر احرام بسته می کند به نیت قصر، پشت کسی که او را نمی داند که آیا مسافر است یا مقیم؟ در این حالت حکم بر عدم قصر مسافر می باشد.

---

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهیه (ص: 85-86).

(2) سیوطی الاشباه والنظائر، (1/72-73) بین السبکی، الاشباه والنظائر (1/28)

(3) مرجع سابق، (105).

حالت نهم- مسافر در نیت اقامه متردد و مشکوک شد، در این حالت ترخص برای اش جایز نیست، مسافر باید نماز را کامل اداء نماید.

حالت دهم- شکاری، حیوانی را شکار می کند و تیر وی با آن حیوان اصابت نمود، بعدا حیوان پنهان گشت، و شکاری در اصابت تیر به همان حیوان متردد گردید در این صورت، حکم بر نخوردن گوشت همان حیوان می شود<sup>(1)</sup>

حالت یازدهم- زنی یقین دارد یک دختر را شیر داده اما نمیداند کدام یک از این دخترها را شیر داده؛ زیرا در اینجا شیر دادن او یقین است و حلال بودن آن همه دخترها یقین، یقین با یقین معارضه کرده است، احتیاطا جانب حرمت ترجیح دارد، این مثال «اذا اختلط الحرام بالحلال غلب الحرام» مربوط است، اگر نکاح بعد از تکمیل ارکان و شرائط به حد تیقن ثابت شود یقینی است و انحلال نکاح حالت یقین دیگر است، میتواند حکم حالت اولی را از بین میبرد و حکم طلاق که یقین دوم است جاری گردد.<sup>(2)</sup>

## مبحث دوم: برخی از قواعد که مرادف و مشابه با قاعده [الیقین لایزول بالشک]

در این مبحث می خواهم اصطلاحات قواعد فقهی که مرتبط و مشابه با قاعده الیقین لایزول باشک می شود، بشکل مختصر به توضیح و تشریح هر قاعده بپردازم. و موضوعات این مبحث را به مطالب ذیل ترتیب نمودم:

### مطلب اول: [ماثبت بیقین لایزول إلا بیقین مثله]

(1) ابن سبکی، الاشباء و النظائر، (29/1)، سیوطی الاشباء و النظائر، (80/1).

(2) عزام، القواعد الفقیه، (ص:12).

مطلب دوم: [مازال بیقین لا یثبت إلا بیقین مثله]

مطلب سوم: [عند الاحتمال لا یثبت إلا القدر المتیقن]

مطلب چهارم: [بمطلق اللفظ لا یثبت إلا المتیقن]

مطلب پنجم: [ترک المشکوک فیہ إلى المتیقن المعلوم جائز]

مطلب ششم: [لا یترک حق ثابت متوهم]

مطلب هفتم: [ما وجب بیقین لم یسقط إلا بمثله]

مطلب هشتم: صیغه های دیگر مرتبط با این قاعده می باشد

مطلب اول: [ماثبت بیقین لایزول إلا بیقین مثله] <sup>(1)</sup>.  
فرع اول- این قاعده در حقیقت بیان قاعده فوق می باشد، زیرا یقین در صورتی که با شک زایل نشود، بناء زوال آن به یقین می شود. اصل این قاعده: سیوطی در کتاب الاشباء والنظائر می گوید: این قاعده را امام شافعی ذکر نموده است، برخی از قواعد بر این قاعده [ماثبت بیقین لایزول إلا بیقین مثله] مرتبط می شود:  
الف- [کسی شک نماید که ایشان فعل را انجام داده یا خیر؟ اصل این است که وی فعل را انجام نداده است] <sup>(2)</sup>. و این قاعده بر می گردد به قاعده [الاصل برئة الذمة].

---

(1) سیوطی، الاشباء والنظائر (ص: 55).

(2) السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهیه الكبرى، (ص: 110).

ب- [شخص در انجام فعل متیقن است، اما در انجام دادن کم و زیاد مشکوک می باشد، اصل در این

مورد کم بودن آن است، زیرا انجام دادن فعل قلیل یقینی می باشد.<sup>(1)</sup>

فرع دوم - مثال ها و فروع این قاعده:

یک- شخص در ارتکاب فعل منهی عنه مشکوک گردید در حالی که در نماز است، باید شخص

سجده را انجام ندهد، زیرا اصل عدم انجام فعل منهی عنه می باشد.

دو- شخص در حصول زیادت در عقد ربا مشکوک گردید، اصل بطلان عقد می باشد.<sup>(2)</sup>

### مطلب دوم : [ما زال بیقین لا یثبت إلا بیقین مثله]

فرع اول- شرح این قاعده: این قاعده به جزء دوم قاعده الیقین لایزول بالشک شامل می شود، جزء این

قاعده عبارت از زوال وعدم ثبوت یک شی می باشد: معنای این قاعده چنین است اگر یک چیز زوال آن به

یقین ثابت شد در این صورت حکم به زوال وعدم ثبوت آن می شود، مگر اینکه به یقین ثابت شود،

زیرا یقین، یقین دیگر را ثابت کرده می تواند.<sup>(3)</sup>

فرع دوم - تطبیق این قاعده: شخص همسر خویش را طلاق داد وبعد از آن ادعای طلاق رجعی نمود، اما

زن از رجعی بودن طلاق انکار می نماید در این صورت قول زوجه مدار اعتبار می باشد، بخاطر از بین رفتن

عصمت میان زوجین بصورت یقینی، زیرا انتهای عده بدون رجعت یقینی می باشد، عکس این سخن ثابت

نیست مگر به یقین.<sup>(4)</sup>

(1) سیوطی، الاشباه والنظائر (ص: 55).

(2) البرنو، الوجیز فی الضاح القواعد الفقه الکلیه (ص: 183).

(3) موسسه زاید بن سلطان آل نهیان للاعمال الخیریه والانسانیه ومجمع الفقه الاسلامی الدولی، معلمة الزاید للقواعد الفقهیه والاصولیه ناشر: از ابوظبی- دولت

امارات متحده عربی (1458هـ). (34/ 356).

(4) معلمة الزاید للقواعد الفقهیه والاصولیه (34/ 356).

مطلب سوم: [عند الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن]<sup>(1)</sup>  
فرع اول- شرح این قاعده: اگر یک چیز در میان دو احتمال واقع گردد، در این صورت حمل بر متیقن می شود، مانند لفظ «بضعة» در اعداد، این لفظ از سه تا نه احتمال دارد، بناء حکم بر کمی اعداد یقینی می باشد که عبارت از سه میباشد.<sup>(2)</sup>

### فرع دوم- تطبیقات این قاعده

یک - اگر شخص برای خانم خویش بگوید: تو بر من مانند مادر حرام هستی، این قول احتمال دو معنا را دارد، احتمال طلاق وظهار را در این صورت حکم برظهار می شود، زیراظهار امر یقینی می باشد، اما طلاق به این الفاظ ثابت نمی شود مگر این که دلیل دیگر وجود داشته باشد، که همان قصد ونیت شخص می باشد<sup>(3)</sup>.

دو- میان داین ومدیون در مقدار دین اختلاف آمد، مدین دعوی کمی دین دارد وداین دعوی زیادت دین را، در این مورد بینه ای وجود ندارد، حکم بر اقل دین می شود، زیرا اقل دین یقینی می باشد<sup>(4)</sup>.

مطلب چهارم: [بمطلق اللفظ لا يثبت إلا المتيقن]<sup>(5)</sup>  
فرع اول- شرح این قاعده

این قاعده، خاص تر از قاعده قبلی می باشد، معنای این قاعده چنین است: اگر شخص لفظ را بطور مطلق در اقرار و وصیت استعمال نماید، واین لفظ احتمال دو یا زیادت از دو معنای را افاده می کرد، در این صورت به اقل آن حکم کرده می شود، زیرا اقل امر یقینی می باشد.

---

(1) السرخسی، شمس الدین أبو بکر محمد بن أبي سهل، المبسوط للسرخسي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان(1421هـ). الطبعة الأولى، 1421هـ.

2000م (6/127)

(2) معلمة الزايد للقواعد الفقهية والاصولية (337/34).

(3) السرخسی، شمس الدین أبو بکر محمد بن أبي سهل، المبسوط للسرخسي (71/6).

(4) معلمة الزايد للقواعد الفقهية والاصولية (338/34).

(5) السرخسی، شمس الدین أبو بکر محمد بن أبي سهل، المبسوط للسرخسي (318/27).

فرع دوم - تطبیقات این قاعده: اگر شخص اقرار نماید بر اینکه فلانی بر من بیست و چند پول دارد، در این صورت اقرار شخص بر کمترین عدد صدق می شود، زیرا اقل امر یقینی می باشد بناء حکم بر بیست و یک پول می شود.<sup>(1)</sup>

مطلب پنجم: [ترك المشكوك فيه إلى المتيقن المعلوم  
جائز]<sup>(2)</sup>

فرع اول - شرح این قاعده: معنی این قاعده چنین است: ترك شك و بنا کردن بر یقین یک امر جایز می باشد هیچ نوع حرج در این مورد دیده نمی شود، بناء احتیاط و اخذ به یقین جایز است و شریعت از این امر ممانعت نه نموده است.

---

(1) معلمة الزاید للقواعد الفقهية والاصولية (338/34).

(2) الشوكاني، لشيخ الامام المجتهد العلامة الرباني قاضي قضاة القطر البهائي محمد بن علي ابن محمد، نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخبار شرح منتقي الاخبار دار

الجيل بيروت - لبنان، طبع - 8747 هـ. (233/3).



## فرع دوم- تطبیق این قاعده

وقتی که شخص بعد از خروج رمضان شک نماید در مورد افطار روز از روزهای رمضان، در این صورت شخص باید روزه را قضا نگیرد، زیرا قضا چیزی شکی میباشد، اصل در این مسئله روزه شخص می باشد، مگر این که خلاف آن ثابت شود<sup>(1)</sup>.

مطلب ششم: [لایترک حق ثابت لمتوهم]<sup>(2)</sup>  
فرع اول- شرح قاعده: حق زمانی که ثبوت آن متحقق باشد، برای توهم که معارض آن است گذشته نمی شود، حق در صورتی که به یقین ثابت باشد لازم است استفاء آن.

فرع دوم- تطبیق این قاعده: زنی حامله در صورتی که حمل داشته باشد و طبیبان برای اش توصیه نموده در صورتی که حمل را سقط نکند، مرگ اش در خطر می شود در این حالت باید زن حامله حمل خود را سقط نماید، زیرا حیات زن حامله حق ثابت است، پس این حق فدای توهم نمی شود که همان سقط جنین می باشد.<sup>(3)</sup>

مطلب هفتم: [ما وجب بیقین لم یسقط إلا بمثله]  
فرع اول- شرح قاعده: هر آن چیزی که ثبوت آن به یقین لازمی باشد، بناء سقوط آن جایز نیست مگر به مثل آن. معنای اش چنین می شود در صورتی که سقوط واجب به یقین ثابت باشد، واجب شمرده نمی شود، مگر این که وجوب آن به یقین ثابت شود.

## فرع دوم- تطبیق این قاعده

برخی دلیل شمرده (به عبارات خود متوجه شوید، نیاز است که همه بحث خویش را به دقت بخوانید و تصحیح نمائید)، (از قواعد فقهی استدلال درست است؟) مسح تمامی سر را، بخاطر این که مسح تمامی سر

(1) الشوکانی، نیل الاوطار من أحادیث سید الاخیار شرح منتقی الاخیار (3/ 255).

(2) معلمة الزاید للقواعد الفقهية والاصولية (34/ 340).

(3) معلمة الزاید للقواعد الفقهية والاصولية (34/ 341).

به یقین واجب می باشد، پس سقوط ایشان به یقین می باشد، در صورتی که شخص تمامی سر خود را مسح نماید، فرض بصورت یقین انجام شده<sup>(1)</sup>.

**مطلب هشتم: صیغه های دیگر که مرتبط با قاعده<sup>(2)</sup>**  
[الیقین لایزول بالشک] می شود، اصطلاحات و صیغه های این قواعد را ذکر نمودم، که همه ای این قواعد مفهوم قاعده فوق می باشد، از این جهت که بحث بنده به درازا کشیده نشود از تفصیل آن خوداری نمودم.<sup>(3)</sup>

---

(1) معلمة الزاید للقواعد الفقهية والاصولية (341/34).

(2) این قواعد با صیغه مختلف آمده ولی برخی قواعد دیگر است که مجال اش این نبود که در متن آورده شود مانند: - الشک لایوازی الیقین، - الیقین یقدم علی الظن، - لا یحل ترک الیقین بالدعوی، - لا یجوز ترک الیقین لظن، - الشک ملغی بالاجماع، - لا یبطل المتیقن به بالمشکوک فیه، - الیقین لایزول الا بیقین مثله، الشک الطاری لایرفع حکم الیقین السابق، الشک لایزاهم الیقین مثله، - الیقین لایجتمع مع الشک، - الشک لایقدح فی الیقین، - ینسخ الشک بالیقین، - لایرفع الیقین باشک، - لایبطل الیقین باشک. مرجع (نویسنده).

(3) الیقین لایدفع باشک. ترجمه: یقین به شک دفع نمی گردد. الیقین لایطرح بالشک. ترجمه: یقین به شک از بین نمی رود. الیقین لایرتفع بالظن. ترجمه: یقین با ظن وگمان برداشته نمی شود. لایبطل متیقن بموهوم. ترجمه: به وهم متیقن باطل نمی شود. لایترک المتیقن للمحتمل. ترجمه: با احتمال یقین ترک کرده نمیشود. لاعبرة للشک مع الیقین. ترجمه: شک با همراهی یقین اعتبار ندارد. الشک لا یعارض الیقین. ترجمه: یعنی شک با یقین معارض شده نمی تواند. قواعد فقهی تکمیلی که مرتبط به این قاعده می باشد: یقین الانسان لایبطل بیقین غیره. ترجمه: یقین و باور انسان با یقین و باور شخص دیگر از بین نمی رود. لایقین مع الاختلاف. ترجمه: یقین با همراه اختلاف یکجا نمی شود. وقف المشکوک فیه حتی یتبین. ترجمه: چیزی که در مورد آن شک وجود داشته باشد. إذا استند الشک إلى اصل أمر بالاحتیاط. ترجمه: وقتی که شک با اصل امر استناد کرده شود، بناء احتیاط در نظر گرفته شود. إذا تعارض الاصل والظاهر بم حکم؟. ترجمه: وقتی که اصل و ظاهر باهم در تعارض واقع شود به کدام یکی از این حکم کرده شود. إذا تعارض الاصلان بم حکم؟. ترجمه: وقتی که دو اصل با هم در تعارض واقع شود به کدام یکی از آنها حکم کرده شود.

سوم - قواعد اصولیه متفرغه این قاعده: الاصل عدم التشریح. ترجمه: اصل در قانونگذاری عدم و منع می باشد. الاصل عدم الافتراض. اصل عدم فرضیه وگمان می باشد. لامسأخ للاجتهاد فی مورد النص. ترجمه: زمانی که نص و دلیل شرعی وجود داشته باشد، به اجتهاد مجال نیست. القیاس لایصار إليه مع النص. ترجمه: قیاس با همراهی نص مدار اعتبار نمی باشد. این قواعد بر گرفته شده از کتاب معلمة الزاید للقواعد الفقهية والاصولية (325-323/34).

## مبحث سوم: ارتباط قاعده الیقین لایزول بالشک با استصحاب مقلوب

در این مبحث میخواهم استصحاب مقلوب یا استصحاب حاضر برای گذشته را در مقایسه با قاعده الیقین لایزول بالشک، و موارد تطبیقی این بحث را مورد پژوهش و بررسی قرار دهم، بناء این مبحث مشتمل بر مطالب ذیل می باشد:

مطلب اول: دیدگاه های علماء پیرامون ارتباط قاعده مذکور با استصحاب مقلوب

مطلب دوم: حکم عمل نمودن بر استصحاب مقلوب

مطلب سوم: تطبیقات استصحاب مقلوب در مجال فقهی

## مطلب اول: دیدگاه های علماء پیرامون ارتباط قاعده مذکور با استصحاب مقلوب

از جمله مسائل که به این قاعده مرتبط می باشد، عبارت از حکم اشیایی گذشته در رابطه به حال حاضر در صورتی که یقین حاضر و حکم حالت گذشته مشکوک باشد، در این صورت حکم کرده می شود بر اساس یقین لایزول بالشک. و این عکس همان حکم است در صورتی که یقین در گذشته وجود داشته باشد و در حال حاضر شک وجود داشته باشد. و بر این مسائل استصحاب مقلوب اطلاق می شود:

الف- تعریف استصحاب مقلوب ( استصحاب حاضر برای گذشته ):

اول: مقلوب در لغت: اسم مفعول، از فعل ثلاثی است، از ماده ( قَلَبَ ) بمعنی حول. معنایش چنین می شود: شی که آن را از یک طرف به طرف دیگر تبدیل نماید<sup>(1)</sup>.

دوم: در اصطلاح: عبارت از حکم به ثبوت یک شی در زمان گذشته، از جهت ثبوت آن در زمان حال، مبنی بر اینکه دلیل بر عدم آن ثابت نشده باشد<sup>(2)</sup>.

مثال: احمد در یک مکان نشسته و بعدا در مورد نشست روز قبل شک بوجود آمد؟ در این مورد حکم کرده می شود به ثبوت نشست روز قبلی در همان مکان، و این نشست به استصحاب مقلوب ثابت می شود.<sup>(3)</sup>

## مطلب دوم: حکم عمل نمودن بر استصحاب مقلوب

در مورد حجیت استصحاب علماء بر دو قول می باشد: قول اول: استصحاب مقلوب حجت می باشد، این دیدگاه احناف در بعضی از فروع می باشد.<sup>(4)</sup> امام سرخسی می گوید: هنگامی که منازعه در زمان ماضی صورت گیرد، حکم آن بر اساس حال انجام می شود.<sup>(5)</sup>

برخی از شوافع این نوع استصحاب را بنام انعطاف یاد نموده و این را حجت می شمارد.<sup>(1)</sup>

(1) معجم مقایس اللغة (ص 828)، ماده قلب. لسان العرب (1/685)، ماده قلب.

(2) الزركشي، بدر الدين، البحر المحيط، (4/335)، السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج (3/182). قاموس اصطلاحات حقوقی حرف الف (22).

(3) السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج (3/182).

(4) علی، حیدر، درر الحکام فی شرح مجلة الأحكام، ناشر: دار العالم الکتب (1/23).

(5) الاستصحاب المقلوب الضویحی (ص 129).

قول دوم: استصحاب مقلوب حجت نمی باشد: و این دیدگاه اکثر آنان که بر عدم حجیت استصحاب

الحال می باشد هستند، و می گویند استصحاب مقلوب نوع از انواع استصحاب الحال می باشد.<sup>(2)</sup>

### مطلب سوم: تطبیقات استصحاب مقلوب در مجال فقهی

برخی از مسائل در فقه اسلامی مبتنی بر استصحاب مقلوب می باشد، در شرح مجله الاحکام برخی از

مسائل هستند که مبتنی بر این نوع استصحاب می باشد از آن جمله چند مسئله را بطور نمونه ذکر خواهیم

نمود:

الف- یکی از اشخاص چیزی را خریداری نمود و مدعی بر اساس بینه، در همان شی دعوا نمود در

این صورت بر مشتری و یا خریدار لازم است که به ثمن خود رجوع نماید، و گفته شده، بینه ملکیت را ایجاد

کرده نمی تواند بلکه ملکیت را اشکار ساخته می تواند، بناء ملکیت قبلا هم بر اساس بینه اثبات شده می

توانست، در این حالت ملکیت از مشتری بسوی مدعی انتقال پیدا خواهد کرد، لکن بر اساس استصحاب

مقلوب عدم انتقال ملکیت در زمان ماضی می باشد.<sup>(3)</sup>

ب- و یا اینکه مکیال و ترازو امروزه که مروج است، ثبوت این حکم بر اساس استصحاب مقلوب (

الحال فی الماضی) دانسته می شود.<sup>(4)</sup>

ج- رکاز که در بطن زمین دفن شده، و در مورد دفن آن اختلاف نظر وجود دارد که آیا در زمان جاهلیت

دفن شده یا در زمان اسلام، در این مورد حکم کرده می شود بر زمان جاهلیت، اثبات این مسئله بر اساس

استصحاب مقلوب می باشد (چرا؟).<sup>(5)</sup>

د- در شروح مجله الاحکام برخی مسایل می باشد که به استصحاب مقلوب بر می گردد مانند:

---

(1) السبکی، علی بن عبد الکافی، الإیهاج فی شرح المنهاج، (3/182).

(2) الاستصحاب المقلوب الضویحی (ص 130).

(3) الأشباه والنظائر لابن السبکی (ج6/ص: 26).

(4) جمع الجوامع (ج5/ص: 108).

(5) للسیوطی، الأشباه والنظائر (1/137).

1- احمد یک آسیاب آبی را، برای یکسال از محمود اجاره گرفت و بعد از آنکه مدت اجاره تمام گردد احمد میگوید: در خلال مدت اجاره یک ماه آب آسیاب قطع شده و آسیاب از گردش باز مانده و اجاره آن بالاین لازم نیست، در مقابل محمود یعنی صاحب آسیاب میگوید که آب آسیاب هیچ وقت قطع نشده است. پس اگر در مورد فوق کدام شهود و حجتی که مثبت دعاوی یکی از طرفین خصومت گردد وجود نداشته باشد، به استصحاب الحال معکوس، حکم میشود؛ به این صورت که ماضی به حال قیاس میشود، باید دقت کرد آیا در وقت خصومت آب آسیاب جاری است یا چطور؟ در صورت اولی قول مؤجر معتبر دانسته میشود با یمین او و در صورت دوم قول مستاجر با سوگند او مدار اعتبار است (مشروط بر آنکه مستاجر بینه نداشته باشد).

2- مثال دوم: احمد میگوید: مسیل و مجری آب خانه احمد در خانه مملوکه محمود از زمان قدیم جریان دارد، حالا محمود حق ندارد تا مانع آن گردد، اگر محمود بگوید: که مسیل آب او در خانه، تازه وجدید بوده و من حق بند ساختن آنرا دارم، درین صورت اگر کدام بینه مثبت برای یکی از طرفین نباشد به استصحاب الحال حکم میشود، بدین منوال که اگر جریان آب خانه احمد در وقت خصومت در خانه مملوکه محمود جریان داشت و یا مجری آن قبل از خصومت معلوم گردید، ادعای احمد با یمین او قابل سمع است، در غیر آن مدعای محمود با یمین قابل اعتبار خواهد بود، درینجا نیز زمانه ماضی به حال قیاس شده است و محمود باتمسک به این اصل کلی: «برائت ذمه حالت اصلی است» استدلال می نماید.<sup>(1)</sup>

---

(1) اتاسی، شرح مجلة الاحکام (5/ 512)، و شرح المجلة لسلم رستم باز (1150) در شرح ماده 1777.

## مبحث چهارم: کاربرد قاعده [الیقین لایزول بالشک] و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان

کاربرد این قاعده از اهمیت خاص برخوردار است، این قاعده نه تنها در کتب فقهی بلکه در قانون مدنی افغانستان هم بکار برده شده، و خیلی موضوعات را دربر دارد برخی از موضوعات در تحت این قاعده، در قانون مدنی بحث شده که من میخوام در مواردی که این قاعده بر قانون مدنی تاثیر گذاشته اشاره نمایم: وموضوعات این مبحث را به مطالب ذیل ترتیب دادم:

### مطلب اول: کاربرد این قاعده در قانون مدنی افغانستان

فرع اول: کاربرد قاعده [الیقین لایزول بالشک] و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان  
این قاعده یکی از قواعد اساسی می باشد که در کتب دانشمندان متقدم اسلامی ذکر گردیده، این قاعده چارچوب بندی استصحاب الحال می باشد، زیرا این قاعده آنقدر جامع است که در تحت خود خیلی از موضوعات را دربر دارد. بناء قانون گذاران قانون مدنی کشور سعی نموده که این قاعده را در قانون مدنی افغانستان بکار ببرند تا خیلی از موضوعات مدنی را روی این قاعده بنا نمایند، این قاعده در ماده 986 قانون مدنی افغانستان بکار برده شده، که چنین تصریح دارد: «یقین به شک زائل نمی شود»<sup>(1)</sup> و این قاعده از ماده 4 مجله احکام: "الیقین لایزول بالشک"<sup>(2)</sup> گرفته شده.

این قاعده در قانون مدنی در بخش قواعد عمومی ذکر شده، و این، مقدمه برای اثبات حقوق مدنی می باشد. قواعد مشابه به این قاعده در قانون مدنی افغانستان هم بحث شده چنانچه که در ماده 984 تصریح شده، ثابت به برهان، مانند ثابت به مشاهده است.<sup>(3)</sup> وهمچنان ماده سوم، فقره اول قانون مدنی افغانستان (1) آنچه به

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان ماده (986).

(2) مجله الاحکام، العدلیه، ماده (4).

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان ماده (984).

زمان ثابت می گردد تا وقتیکه دلیل مخالف آن موجود نشود، مدار اعتبار شناخته میشود<sup>(1)</sup> و این برگرفته شده

از ماده دهم مجله الاحکام است: [ما ثبت بزمان یحکم ببقائه مالم یوجد دلیل علی خلافه].<sup>(2)</sup>

ماده 717 شک به نفع مدیون، تفسیر میشود ( این هم ربطی با بحث شما نه دارد! چیزی که به بحث شما ربط نه

داشته باشد ذکر آن بی مفهوم می باشد) بناء این قاعده در قانون مدنی کاربرد داشته، حالا در مطالب دیگر

تاثیرات این قاعده بر موضوعات قانون مدنی را به بحث می گیرم.

## مطلب دوم: کاربرد استصحاب در بخش حکم مفقود

محتوای این موضوع در قانون مدنی افغانستان چنین تصریح شده است:

(1) هرگاه شخصیکه بیش از چهار سال مفقود گردیده و غالباً هلاک وی متصور باشد. چنین شخص بحکم

محکمه با صلاحیت متوفی شناخته میشود و در سایر موارد تشخیص مدتی که بعد از آن شخص مفقود متوفی

شناخته میشود، مفوض برای محکمه می باشد.

(2) محکمه در معلوم نمودن حیات و وفات شخص مفقود از وسایل ممکنه استفاده می نماید.<sup>(3)</sup>

### فرع اول- مفهوم مفقود

الف - مفقود در لغت: اسم مفعول از واژه عربی «فقد» گرفته شده بمعنی عدم ونبود را گویند<sup>(4)</sup>.

ب- مفقود در اصطلاح: عبارت از شخصی است که از شهر خویش غایب شده، اثر وی شناخته نشود

و بر غیابت وی زمان گذشته باشد که هویت زنده ومرده بودن وی متصور نباشد<sup>(5)</sup>. و یا در اصطلاح عبارت از

شخصی است که احوال آن قطع، و وزندگی ومرگ آن معلوم نباشد<sup>(6)</sup>.

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان ماده (3).

(2) مجله الاحکام، العدلیه، ماده (دهم)

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان (ماده 326).

(4) القاموس المحيط للفيروز آبادي (ص: 392)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (2/ 478)، معجم اللغة العربية المعاصرة (3/ 1728).

(5) الزحيلي وهبة، لفته الإسلامي وأدلته (6/ 650)، الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم (3/ 449)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (13/ 26).

(6) الموسوعة الفقهية الكويتية (5/ 68).



اگر شخصی به کشوری که فاصله دور دارد، سفر نماید، بعد از مدتی ارتباط او قطع گردد، از زندگی و مرگ او معلوماتی وجود نباشد، در این صورت آن شخص نظر به استصحاب الحال، زنده شمرده می شود، زیرا زندگی او قبل از غیابت اش ثابت و یقینی بود، در این صورت زمان حال وی به گذشته محول کرده می شود، تا زمانی که به مرگ او کدام دلیل وجود نداشته باشد در این صورت حکم به زنده بودن وی می شود.<sup>(1)</sup>

### فرع دوم- اختلافات اصولین و فقیهان در رابطه با احکام مفقود

یکم- اختلافات در مدت زمان که باید از زمان مفقود شدن شخص سپری شود تا حکم مرگ او صادر گردد. این مدت زمان حد اقل یک سال و میان رسیدن شخص مفقود به سن نود سال، یا رسیدن به سن و سالی که نزدیکان شخص مفقود در آن سن و سال وفات نموده باشند.

دوم- اختلاف در محاسبه شروع این مدت که آیا از تاریخ مراجعه به محاکم قضائی است، یا از تاریخ صدور فیصله قاضی در ارتباط با تعیین مدت انتظار، یا از تاریخ فقدان شخص مفقود یا از تاریخ اعلان مفقود شدن وی محاسبه می‌گردد؟ تماس این موارد محل اختلاف میان فقیهان است.

سوم- اختلاف در ارتباط با شرایط عادی و غیر عادی بعضی گذشت چهار سال از مفقود شدن شخص را به طور مطلق تعیین نموده اند که این نظر را به عمر بن خطاب و علی ابن ابی طالب و ابن عباس (رض) نسبت داده اند، و بعضی مدت را در شرایط غیر عادی مانند جنگ، سیل، ویا، زلزله و ... یک سال تعیین نموده اند، که این نظر سعید بن مسیب است. در یکی از اقوال امام مالک نیز، پس از بازگشت همراهان و هم سفران شخص مفقود به صورت سالم در جنگ و مبتلایان به وبا یا مصیبت های طبیعی دیگر، حکم به وفات ایشان داده می شود.

چهارم- اختلاف در زمان جواز پایان دادن به روابط زوجیت میان مفقود و همسرش بعضی گفته اند از هنگام حکم به وفات مفقود، بعضی گفته است با پایان یافتن مدت انتظار تعیین شده، و بعضی گفته اند با طلاق دادن از جانب ولی شخص مفقود.

(1) در الاحکام شرح مجلة الاحکام، (25/1).

پنجم- اختلاف در نوع عدت همسر شخص مفقود، بعضی گفته اند عده وی عده وفات است که پس از پایان مدت انتظار، یا حکم قاضی محاسبه می شود. بعضی گفته اند عده ایشان عده طلاق است، و بعضی گفته اند عده متداخل در زمان است. برای مثال، اگر مدت انتظار چهار سال باشد، عده زوجه در پایان این مدت، پایان می یابد.

ششم- هر گاه فیصله به وفات شخص مفقود داده شده باشد و بعداً ظاهر گردد که او زنده است، تکلیف و سر انجام همسرش چه خواهد شد؟ آیا اگر زن هنوز در زمان عده باشد، یا عده او سپری شده باشد ولی هنوز ازدواج نکرده باشد، یا ازدواج کرده باشد، ولی هنوز با شوهر جدید آمیزش نکرده باشد، یا مطلقاً اگر چه دارای فرزندان باشد، آیا مفقود نسبت به همسرش اولویت دارد؟ یا اینکه شخص مفقود میان همسر و میان مهریه ای که به او داده است، یا میان همسر و مهریه که شوهر جدید به او داده، مخیر میگردد؟ همه این موارد محل اختلاف فقهاست.

هفتم- اختلاف در سر انجام اموال شخص مفقود هر گاه پس از حکم به وفات ایشان معلوم شود که او زنده است. آیا تمام اموالش، اگر باقی مانده باشد، به وی مسترد میگردد؟ یا اگر باقی نمانده باشد، عوض آن مسترد میگردد؛ یا اینکه شخص مفقود جز به عین آنچه باقی مانده یا عوض آن هیچ حق دیگری ندارد، تمامی این موارد نیز محل اختلاف فقیهان است.<sup>(1)</sup>

فرع سوم- حکم مفقود که زندگی و مرگ وی معلوم نباشد

زمانی که شخص از زن خود غایب شود، خالی از دو حالت نیست:

یکم- در صورتی که شخص غیابت شود ولی خبر وی قطع نگردیده در این صورت به اتفاق علماء برای زن وی جایز نیست که ازدواج با شخص دیگر نماید.

دوم- زمانی که زوج از خانم اش غایب شود، و خبر وی قطع گردد، اما جایش معلوم و مشخص هم نباشد در این مورد فقهای اسلامی دو قول داند:

(1) اصول الفقه فی نسیجه الجدید (1/196-197).

قول اول- امام ابوحنیفه، ابن شبرمه، ابن ابی لیلی، ثوری، یک قول ازحنابله و امام شافعی در مذهب جدید خویش به این نظر اند که زن چنین مرد نمی تواند با شخص دیگر ازدواج نماید، یا اموال مفقود تقسیم کرد، بلکه زن انتظاری بکشد، مگر این که مرگ شوهر اش روشن گردد، و یا کسانی که هم اقران شان باشند و مرگ اقران به اثبات برسد تا مرگ وی یقینی شود، بناء بعد از آن زن می تواند عدت بگذرد و ازدواج نماید.

استدلال شان از اثری است که امام شافعی (رحمه الله) آن را از حضرت علی (رضی الله عنه) موقوفا روایت می نماید: "زن شخص مفقود باید ابتلاء آزمایش شود، (مراجعه کنید معنای چی کلمات است؟) صبور باشد تا زمانی که مرگ شوهر اش یقینی شود". و از مغیره بن شعبه رض روایت است که پیامبر خدا فرمود: امرأة المفقود امرأته حتی یاتیها البیان(1).

از امام ابوحنیفه رح روایت است که وی در مورد شخص مفقود از زمان ولادت به اندازه یکصد و بیست (چی؟ سال، ماه، روز؟) به مرگ وی فیصله نمود. امام ابویوسف به اندازه صد سال و برخی گفته نود سال به مرگ مفقود نظر دادند.

احمد ابن اصرم از امام احمد رحمة الله علیه روایت می نماید: در صورتی که نود سال از مفقود بگذرد حکم به مرگ وی کرده می شود و مال وی باید تقسیم کرد وزن اش عدت وفات را سپری نماید و بعدا می تواند ازدواج نماید<sup>(2)</sup> (این همه را زیر یک قول نقل کردن درست نیست، زیرا مدت انتظار متفاوت است)

قول دوم- حضرت عمر و مجموعه دیگری از صحابه کرام رضی الله عنهم و فقهای مالکی وحنابله و امام شافعی در فتوای قدیم خویش به این نظر است در صورتی که غیابت وی ظاهرا هلاکت اش متصور باشد زن وی باید چهار سال انتظار بکشد، بعدا عدت وفات چهار ماه وده روز راسپری نماید زیرا دلیل ایشان

---

(1) سنن البیهقی الکبری (445/7). این حدیث را دار القطنی از سوار بن مصعب که وی از محمد بن شرحبیل الهمدانی که وی از مغیره بن شعبه این حدیث را روایت نموده، که در برخی از نسخه ها حتی یاتیها الخیر گفته شده، اما این حدیث از حیث سند ضعیف می باشد، که ابن ابی حاتم در کتاب العلل از پدرش پرسیده، و پدرش در این مورد گفت که این حدیث منکر می باشد. تخریج از کتاب نصب الراية برهان الدین المرغینانی (573/6). نصب الراية فی تخریج احادیث الهدایه از زیلعی است نه از مرغینانی

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية (356/30).

قضاوت حضرت عمر رض می باشد، که وی در باره زنی که شوهر اش مفقود گردیده بود، فیصله نمود که باید زن با اندازه چهار سال انتظار بکشد، بعدا عدت وفات که چهار ماه وده روز می باشد سپری نماید، به این دیدگاه حضرت عثمان، علی، ابن عباس، ابن زبیر، وهمچنان عطاء، عمر بن عبدالعزیز، حسن، زهری، قتاده، لیث، علی ابن مدینی، عبدالعزیز بن ابی سلمه است<sup>(1)</sup>.

سعید بن مسیب می گوید: مفقود در صورتی که در بین دو صف جنگ لادرک گردد در این صورت زن وی با اندازه یک سال انتظار کشد، زیرا هلاک شدن وی از عدم هلاکت آن بسبب وجود جنگ زیادتر قابل تصور است.

و علمای حنابله در این مورد دو روایت دارد: که در هردو حالت به مذهب قدیم شوافع گرایش نشان داده است<sup>(2)</sup>.

متاخرین حنفی، به مذهب مالکی ها گرویده و به دلیل تغییر زمان و محرومیت حریت و آزادی زن برای تمام ادوار از شوهر را موجب تباهی و فساد و در معرض شبهه قرار گرفتن وی دانسته اند. عبارات شما رسا نیست، مرجع و مصدر را برای معلومات باید حتما ذکر نمائید.

ماده 327 - هرگاه به وفات شخص مفقود طبق احکام مندرج ماده (326) این قانون حکم شده باشد، زوجه وی بگذشتادن عدت وفات مکلف بوده و تمام متروکه وی بین ورثه ایکه حین اصدار حکم به وفات مستحق میراث شناخته شوند، تقسیم می گردد.

ماده 328 - حالت غیاب وقتی ختم می گردد که اسباب موجب آن از بین رفته و یا شخص غایب وفات نماید یا اینکه شخص غایب، بحکم محکمه با صلاحیت متوفی شناخته شده باشد:

احناف می گویند: استصحاب در دفع حجت است نه در اثبات، اما دیگران همچون شافعیه و حنابله، استصحاب را هم برای دفع و هم برای اثبات حکم سابق حجت میدانند) با این توضیح که حکم سابق انگار

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية (357/30) المحلی (276/3).

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية (357/30)، للشنقيطي، شرح زاد المستقنع (328/9، بترقيم الشاملة آلیا).

ثابت و موجود است به و موجب دلیل جدید و در دسترس، زیرا استصحاب مستلزم ظن راجع به بقای شیء بر وضعیت گذشته آن است و ظن راجع در احکام شرعی حجت است.

احناف مفقود را استصحاباً زنده می دانند، بناء اموال و حقوق موجود در زمان فقدان شخص مفقود، در حکم فرد زنده است، و به همین دلیل نه کسی از وی میراث می برد و نه همسرش از وی جدا می شود. اما بنابر نظر فائلان به حجیت استصحاب در دفع و اثبات، زنده بودن مفقود ثابت می گردد، و شخص مفقود تماماً حکم زندگانی را دارد، بنابراین، اموال وی از ملکیت او خارج نمی شود، و زنش از وی جدا نمی گردد، و اگر هم یکی از وارثانش قبل از وی بمیرد مستحق سهم خود از ارث او خواهد بود، و نیز، مستحق سهم خود از موصی به نیز هست.<sup>(1)</sup>

(کمی به دقت ترجمه کنید، عبارات شما باید خیلی واضح باشد) کسی مفقود شده است و در هنگامی که او غایب شده زنده بودنش ثابت بوده است و اصل بر بقای آنچه بوده است می باشد، تا آن گاه که دلیلی خلاف آن عرضه شود. بنابر این، در این مسأله اصل بقای حیات اوست تا زمانی که دلیل بر ثبوت مرگ او برسد، خواه دلیل حسی باشد و خواه حکم قاضی به مرگ او. در اینجا، اگر پیش از رسیدن دلیلی بر مرگ وارثان مفقود خواهان تقسیم اموال او شوند، این خواسته به حکم این که حیات آن شخص به استصحاب ثابت است دفع می شود، هم چنین، اگر زوجه او خواهان جدایی شود، یا کسی خواهان فسخ اجاره ای که با او داشته است، بشود، استصحاب زنده بودن او دلیلی است برای دفع همه ی این خواسته ها. اما اگر کسی بمیرد و در میان وارثان او مفقودی باشد، این که قیم مفقود به استناد استصحاب زنده بودن او خواهان سهم وی از ارث شود پذیرفته نخواهد شد، وعملاً سهمی به مفقود داده نمی شود، هر چند باید سهم او را به عنوان امانت نگاه داشت تا وضعیت او روشن گردد.<sup>(2)</sup>

---

(1) الوجیز فی اصول الفقه (ص: 262).

(2) مصادر التشریح قیلاً لا نص فیہ، (ص ۱۳۲ - مترجم -).

## فرع چهارم- میراث شخص مفقود

شخص مفقود در صورتی که غایب شده باشد، علماء در مورد تعیین مدت اش دو قول می باشد: (این قضیه خو ذکر شده باز تکرار بخاطر چی می باشد؟)

قول اول: اینکه مدت وی باید حاکم بر اساس اجتهاد اش تعیین نماید، زیرا اصل زندگی شخص مفقود می باشد، و خروج از این اصل باید بر اساس یقین باشد.<sup>(1)</sup>

قول دوم: شخص در صورتی که سفر نموده و خبر غیابت وی قطع گردیده، اما غیابت وی ظاهراً نماینده سلامتی وجود وی است.<sup>2</sup>، و میراث شخص تقسیم کرده نشود، زیرا هلاک بودن شخص در این حالت متصور نمی باشد و اصل زنده بودن شخص تا این مدت می باشد و این قول عبدالملک بن الماجشون است.<sup>(3)</sup> و ابن عقیل می گوید: مدت انتظاری به اندازه یکصد و بیست سال می باشد.<sup>(4)</sup>

در صورتی که شخص غایب شود، اما غیابت وی ظاهراً بخاطر ادی نماز، و یا از بین خانواده و یا در منطقه که در آن قتل و کشتار زیاد متصور باشد، یا در بین جنگ و یا در بحر که کشتی غرق شود در این صورت زن وی به اندازه چهار سال و میراث اش هم تا این مدت تقسیم نمی شود.<sup>(5)</sup>

قول راجح در این مسئله: عبارت از همان قول اول می باشد بناء تعیین مدت انتظار بر اساس اجتهاد حاکم گذشته شود، این حالت بر اساس زمان، شهرها و اشخاص تغییر پیدا می کند، زیرا امروزه وسایل

---

(1) الملخص الفقهي لصالح الفوزان (170 /2).

(2) عزت الدباس، (17/1).

(3) المبدع شرح المقنع (201 /6)، الملخص الفقهي لصالح الفوزان (170 /2)

(4) المحرر في الفقه (406 /1)

(5) المبدع شرح المقنع (201 /6)، المحرر في الفقه (406 /1)، الملخص الفقهي لصالح الفوزان (170 /2)

ارتباطی از قبیل تلفون و انترنیت زیاده شده و تمامی جهان را مانند یک شهر ساخته، بناء لازم است که حاکم در این مورد اجتهاد نموده و حکم خویش را در مسئله میراث و عدت زن ابراز نماید.<sup>(1)</sup>

دکتور مصطفی زلی در کتاب اش برخی از پیشنهاد ها را در مورد مفقود بیان داشته است: که قرار ذیل برای تان توضیح می دهم:

۱: در صورتی که زن شخص مفقود از نظر مادی به خاطر عدم انفاق و از نظر معنوی به خاطر ترس از وقوع در خطای زنا، خواستار جدایی از مفقود شود، محکمه میان آنها حکم به مفارقت صادر کند، و بعد از تحقق جدایی میان زوجین، زوج عده طلاق را سپری نماید، نه عده وفات را، زیرا حکم بر اساس جدایی شده نه بر اساس وفات.

2: در رابطه با اموال مفقود، آنچه در معرض از بین رفتن است، باید به فروش برسد و عوض آن همراه با سایر اموال منقول و غیر منقول وی، تحت نظارت نهاد با سازمانی که مسئولیت اموال قاصرین را به عهده دارد گذشته شود، بشرط اینکه هر گاه با تغییر زمان قیمت آن اموال نسبت به ارزش اولیه آن ها تغییر یابد، از آنجا که اموال به صورت امانت نزد آن نهاد یا سازمان گذشته شده است، قیمت آن را مطابق قیمت روز تحویل اولیه، تحویل صاحبش دهد.

3: محکمه، از جانب خود برای مفقود نماینده ای تعیین کند که کنترل اموال او در قبال پول که از جانب مسئولان نظارت بر اموال قاصرین دریافت می نماید، بر عهده گیرد، و آنگاه که دیگر بر زنده بودن او امیدی نباشد، صدور حکم مرگ ایشان، به نظر قاضی موکول گردد، تا بر حسب شرایط محیط، حکم صادر نماید، قاضی پس از جستجو و پیگیری و بررسی وضعیت، نسبت به وفات شخص مفقود حکم صادر می کند، و بعد از صدور حکم ترکه او میان وارثان تقسیم می گردد.

---

(1) الملخص الفقهي لصالح الفوزان (2/ 171).

4: در صورتی که مفقود پس از صدور حکم به وفات وی و پس از تقسیم دارایی او میان وارثان زنده باز گردد، از سوی وارثان آنچه از عین مال یا عوض آن باقی مانده باشد به شخص مفقود که اینک پیدا شده است، مسترد می گردد، زیرا تقسیم ترکه ایشان مستند به یک دلیل شرعی که همان حکم قاضی است، بوده است.

5: در باره شخص مفقود، عمل به آن مذهبی شود که می گوید: «استصحاب در رابطه با محافظت از حقوق ثابت مفقود قبل از فقدان، حجت است ولی نسبت به حقوق جدید بعد از مفقود شدن حجت نیست، بنابراین قاضی باید در تقسیم ترکه کسی که وفات یافته و مفقود از او ارث می برد، احتیاط را رعایت احتیاط، احتمال بقای حیات او را در نظر گیرند، که اگر زنده بازگشت، خود یا وارث وی، اگر بعد از پیدا شدن وفات نماید، آن را دریافت کند. در غیر اینصورت یعنی اگر زنده برنگردد و فوت او قطعی گردد، آن سهم وی بر سایر وارثان، هر یک نسبت به سهم خود، مسترد می گردد.<sup>(1)</sup>

6: اما نسبت به همسر مفقود، در حالت تفریق قضائی، هیچ رابطه ای میان مفقود و همسرش باقی نمی ماند، ولی در حالت حکم به وفات مفقود رابطه میان مفقود و همسرش پابرجاست، مگر اینکه آن زن، ازدواج کند و با شوهر دومش آمیزش داشته باشد که در آن صورت رابطه زوجیت میان آن دو نیز قطع خواهد شد.<sup>(2)</sup>

---

(1) 1- برقاضی لازم است که در تقسیم ترکه کسی که مفقود یکی از وارثان او باشد، احتیاط را رعایت کند برحسب قواعد احکام زیر:

اگر مفقود تنها وارث متوفی باشد و یا بقیه وارثان را به حجب حرمان، محجوب می کرد، تمامی ترکه متوقف میگردد تا سرانجام مفقود روشن گردد مانند کسی که بمیرد و تنها وارث ایشان یک پسر مفقود و چند خواهر و برادر باشد.

اگر مفقود، دیگران را با حجب حرمان، حجب نمی کرد بلکه با حجب نقصان سهم آنان را کاهش می داد، به دیگران کمترین سهم خود داده می شود، مانند این که کسی بمیرد و وارث ایشان یک پسر مفقود پدر، مادر و همسر باشد که به هر کدام از پدر و مادر یک ششم سهم و به زوجه یک هشتم سهم داده می شود تا سرانجام مفقود روشن گردد و یا حکم به وفاتش صادر گردد.

وارثی که سهم ایشان نسبت به حیات و مرگ مفقود تاثیر گذار باشد در تقسیم ارث کمترین دو حالت را برایش در نظر می گیریم بنابر این به وارثی که تقدیر مرگش ارث برسد و به تقدیر حیاتش ارث نرسد او را از ارث محروم می سازیم.

(2) اصول الفقه فی النسیجه الجدید(ص:1970198).



## فرع اول - تاثیر این قاعده بر مهر زوجه:

الف- مهر در لغت: کلمه عربی است، به معنای که این گفته می شود، که در قرآن کریم بنام فریضه، اجر، صدق گفته می شود.

ب- مهر: عبارت از مالی است که زن مستحق از جانب شوهر می شود، در صورتی که دخول در آن صورت گیرد. یا عبارت از مالی است که از جانب شوهر به زن در مقابل منفعت بضع ثابت می شود<sup>(1)</sup>.  
در ماده 107 قانون مدنی کشور تصریح دارد: هرگاه تفریق بین زوجین قبل از دخول یا خلوت صحیحه واقع گردد، برای زوجه، متعه ای که عبارت از البسه معمول و امثال وی می باشد، واجب میگردد، در تعیین متعه، توان مالی زوج در نظر گرفته شده و به هیچ صورت قیمت آن از نصف مهر مثل تجاوز نمی کند.

## فرع دوم - تاثیر این قاعده بر انحلال ازدواج:

عوامل انحلال عقد ازدواج، عبارت از طلاق، خلع، تفریق وفسخ می باشد، که من می خواهیم تاثیر این قاعده در بخش طلاق مورد بحث قرار دهیم:

الف- مفهوم طلاق در لغت: بمعنی رهایی و آزاد شدن از قید نکاح می آید<sup>(2)</sup>.

ب- طلاق در اصطلاح: عبارت از انحلال رابطه زوجیت، و قطع شدن رابطه بین زوجین به سببی از

اسباب می باشد<sup>(3)</sup>.

طلاق در قانون مدنی کشور هم تعریف شده: ماده 135 تصریح دارد:

(1) طلاق عبارت از انحلال رابطه زوجیت صحیحه در حال یا آینده، بین زوج و زوجه، بالفاظیکه وقوع طلاق

صراحتاً (چرا الفاظ کنایی الفاظ طلاق نه می باشد؟) از آن افاده شده بتواند.

(2) طلاق از جانب زوج یا محکمه با صلاحیت به درخواست زوجه مطابق به احکام این قانون صادر میگردد.

(1) الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلته (251/7).

(2) معجم اللغة العربية المعاصرة (2) 1411.

(3) الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلته، (347/7).

تشریح این قاعده: این قاعده بر انحلال عقد ازدواج تاثیر گذشته است: و در ماده 145 - طلاق مقرر  
بعد خواه بالفاظ یا اشاره صورت گرفته باشد، يك طلاق شناخته میشود.

ماده 146 طلاق بطور عموم رجعي و در موارد ذیل باین می باشد:

1- طلاق سوم.

2- طلاق قبل از دخول.

3- طلاق به عوض.

4- طلاقیکه درین قانون باین خوانده شده.

هدف و مقصد از این مواد قانون مدنی افغانستان، شناخت طلاق رجعی می باشد، زیرا اصل در طلاق، رجعی بودن است، تازمانیکه دلیل بر وقوع طلاق باین وجود نداشته باشد، بناء رجعی بودن در طلاق، حد اقل، طلاق را نشان می دهد، زیرا وقتی که اختلاف در حد اقل و اکثر طلاق واقع شود، در این صورت حد اقل را باید ترجیح داد، بناء رجعی بودن در طلاق یقینی می باشد، و باین بودن مشکوکی می باشد، پس باید به حد اقل ترجیح داد.

### مطلب سوم: تاثیر این قاعده در تفسیر عقد

الف- عقد در لغت: بمعنای پیوند، گره و ارتباط میان دو چیز را گویند، اینکه پیوند حسی باشد مانند عقد بیع و یا معنوی باشد مانند عقد یمین و یا اینکه از یک جهت باشد مانند عقد هبه، و یا از دو جهت باشد مانند عقد بیع و اجاره<sup>(1)</sup>

ب- عقد در اصطلاح: به دو معنا می آید به معنای عام و بمعنای خاص:

یکم- عقد بمعنای عام: عبارت از قصد انجام یک فعل که در آن اراده یک جانبه باشد مانند وقف و طلاق و یا اینکه اراده دو جانبه باشد مانند عقد بیع و اجاره می باشد.

(1) العین للخلیل بن أحمد (1/ 26، بترقیم الشاملة آلیا).

دوم- عقد بمعنای خاص: عبارت از ارتباط ایجاب و قبول به طریقه مشروع، تا اینکه اثر چیز را در محل خویش ثابت سازد<sup>(1)</sup>.

ج- تعریف اصطلاحی عقد: در قانون مدنی افغانستان عقد را در ماده 497 فقره (1) چنین تعریف نموده است: عقد، عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون. تاثیر این قاعده در تفسیر عقد: ماده 705- اصل در عقد، رضای متعاقدين و نتیجه آنچه که بواسطه عقد بالاي خود لازم ساخته اند، میباشد.

تشریح: زمانی که یک شخص با شخص دیگر عقد را ایجاد نماید، لازم است که طرفین عقد رضایت کامل در آن داشته باشد، زیرا ایجاد عقد بدون رضایت مدار اعتبار نمی باشد، بناء لازم است که در حین انعقاد عقد هر دو طرف رضایت داشته باشد، زیرا رضایت در عقد یقینی می باشد، وباشک و تردد از بین برده نمی شود. و همچنان در قانون مدنی کشور تصریح شده: اصل در کلام اراده معنی حقیقی آنست نه اراده معنی مجازی، در صورت امکان اراده معنی حقیقی اراده معنی مجازی جواز ندارد، مگر اینکه اراده معنی حقیقی متعذر باشد<sup>(2)</sup>

تشریح: در صورتی که یک لفظ احتمال چندین معنایی داشته باشد، مانند لفظ اسد (شیر) که هم برای حیوان درنده و هم برای شخص شجاع بکار برده شده، اصل در این کلام معنای حقیقی مراد است، اما در صورتی که اراده از آن معنای مجازی شود، مراد از آن مرد شجاع می باشد. بناء در صورتی که در یک لفظ تعارض دو معنا بیاید، مراد از آن معنای حقیقی می باشد زیرا اصل در مسئله معنای حقیقی است، پس معنای حقیقی یقینی می باشد وباشک و تردد که او عبارت از معنای مجازی می باشد از بین برده نمی شود.

---

(1) الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلته، (81-80/4).

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 707.

## مطلب چهارم: تاثیر این قاعده در معاملات

الف - تعریف لغوی بیع: کلمه بیع در لغت بمعنی مطلق مبادله است و دو لفظ «بیع» فروختن و «شراء» خریدن بمعنی هم بکار می روند و از جمله الفاظی هستند که برای معانی متضاد بکار می روند و مشترک هستند<sup>(1)</sup>.

ب- تعریف اصطلاحی بیع: بیع در اصطلاح، مبادله مالی است به مال دیگر بر سبیل تراضی طرفین. یا نقل ملکیتی است، در برابر عوض بر سبیل و بشیوه ای که از نظر شرع مجاز باشد<sup>(2)</sup>.

ج- مشروعیت بیع و معاملات: دلیل شرعی و روا بودن بیع و معاملات، قرآن و سنت نبوی و اجماع امت اسلامی است.

دلیل آن از قرآن: { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا }<sup>(3)</sup> یعنی: خداوند بیع را حلال و ربا را حرام کرده است. و دلیل آن از سنت نبوی: [أَفْضَلُ الْكَسْبِ عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ، وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ]<sup>(4)</sup> نیکوترین کسب، عمل انسان است بدست خودش و هر معامله ای که از حرام و غش و خیانت خالی باشد». وهمچنان دلیل آن از اجماع امت: امت اسلامی اجماع کرده اند بر اینکه از زمان پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) تا با امروز بیع و معاملات وجود داشته و روا بوده است.

شرح این قاعده: ماده 1043- برای لزوم بیع دیدن مبیعه از طرف مشتری حین عقد شرط می باشد مگر اینکه قبلاً مبیعه را دیده و حین عقد یقین داشته که مبیعه عین همان چیز است.

## مطلب پنجم: تاثیر این قاعده بر ودیعت:

الف- ودیعت در لغت: چیزی که در نزد شخص بخاطری نگاه داشت وضع شده باشد.

(1) الصحاح في اللغة (1/60، بترقيم الشاملة آليا).

(2) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (15/27).

(3) سورة البقرة: 275

(4) مسند أحمد ط الرسالة (28/502)

ب- ودیعت در اصطلاح: عبارت از مسلط شدن شخص غیر بر مال، بخاطری نگاه داشت، بشکل صریح و دلالت<sup>(1)</sup> و همچنان قانون مدنی افغانستان هم ودیعت را تعریف می نماید: ودیعت عقدیست که بموجب آن مالک صلاحیت حفظ مال خود را به دیگری تفویض مینماید و مالیکه طوری امانت نزد شخص دیگری جهت حفاظت گذشته می شود ودیعت نامیده می شود<sup>(2)</sup>.

ج- مشروعیت ودیعت: بنابراین آیات قرآن و سنت رسول الله، ودیعه نهادن جایز است. خداوند متعال می فرماید: {... فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ...}<sup>(3)</sup> کسی که مورد اطمینان قرار گرفته، امانت دار باشد و آن را بازگرداند.

و رسول الله صلی الله علیه وسلم می فرماید: [ادّ الامانة الى من ائتمنك]<sup>(4)</sup> امانت را به کسی که تو را امین قرار داده برگردان.

د- ارکان ودیعت: عبارت از ایجاب و قبول صریح طرفین می باشد.

ه- شرایط ودیعت: نزد فقهای حنفی یکی از شرایط عاقدین در عقد ودیعت عقل بودن می باشد، بنابراین به ودیعت گذاشتن مال نزد مجنون و صغیر جایز نمی باشد. اما جمهور از فقهای اسلامی عقل، و بلوغ و رشد را ماندی که در عقد وکالت شرط می داند در عقد ودیعت نیز شرط می داند.

و- تاثیر این قاعده بر ودیعت:

ماده 1621 هرگاه مالک ودیعه طوری دایمی غایب گردد شخصیکه مال ودیعت نزد او گذاشته شده مکلف است آن را تا زمانی که بحیات یا وفات مالک علم حاصل میکنند حفاظت نماید. اگر مال ودیعت طوری باشد

---

(1) الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلتہ (37/5).

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1609.

(3) سوره: البقرة: 285.

(4) سنن أبي داود (512/2) و ابو داود این حدیث را حسن صحیح تلقی نموده است.

که باثر دیر ماندن تلف میگردید شخصیکه مال ودیعه نزد او گذاشته شده می تواند فروش عین و نگاه داری ثمن آن را به حساب امانت بانکی از محکمه تقاضا نماید.

تشریح: در صورتی که مال ودیعت از جمله چیزی باشد که با گذشت زمان فاسد نمی شود، مانند طلا، بناء این مال تا زمانی که شخص غایب علم بر زنده گی و مرگ وی حاصل نشود، در نزد امانت دار باشد. اما اگر اموال از جمله چیزی باشد که زود فاسد می شود، بطور مثال شفتالو، وشخص غایب این را نزد امان دار گذشته و از زندگی و مرگ وی درک وجود ندارد، بناء امانت دار آن مال را باید به بفروش رساند، بعدا پول وی را در یکی از اماکن امن که امروزه بانک امانتی می باشد در آنجا بنام شخص غایب نگهداری نماید.

### **مطلب ششم - تاثیر این قاعده در پرداخت بدون حق**

هرگاه شخص مال ویا شی را بدون از اینکه حق شخص غیر باشد، به ایشان پرداخت نماید در این مورد، باید شخص در پی همان شی خودش شود وآن را باید مسترد نماید و این چیزی است که در قانون مدنی افغانستان مورد بحث قرار گرفته است وچنین تصریح می دارد: شخصیکه شی ای را بگمان اینکه پرداخت آن براو واجب است، بدیگری بپردازد وبعداً ثابت گردد که پرداخت آن براو واجب نبوده است، میتواند از وی رد آنرا مطالبه نماید.<sup>(1)</sup>

تشریح: اگر یک شخص شک و تردد داشته باشد در مورد پرداخت یک شی، که باید آن را به شخص تحویل دهد، سپس همان شی ویا چیز را پرداخت نمود، بعدا ظاهر گردید که تحویل همان چیز بر وی لازمی نبود، در این صورت شخص می تواند همان چیز را که به اساس شک و تردد پرداخت نموده آن را مسترد نماید، زیرا یقین با شک و تردد از بین برده نمی شود.

و همچنان در مورد کسب ملکیت به سبب اتصال با ملک غیر در قانون مدنی کشور مورد بحث قرار گرفته و چنین تصریح می دارد: هرگاه ملک شخصی باملك شخص دیگری طوری متصل گردد که انفصال آن بدون

---

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 800

ضرر غیر ممکن باشد، ملکیکه قیمت آن کمتر است بعد از تادیه قیمت، تابع ملکی شناخته میشود که قیمت آن بیشتر باشد.<sup>(1)</sup>

تشریح: این موضوع هم بر می گردد با موضوع فوق: احمد همراه با محمود عقار ویا زمین مشترک دارد که، در آن زمین یک باب آپارتمان را ساخته که دارای دو منزل می باشد، احمد که صاحب منزل سفلی است می خواهد آن را منهدم سازد ولی محمود که صاحب منزل فوق می باشد، بر اساس انهدام منزل سفلی متضرر می گردد، در صورتی که یکی از منزل ها اگر قیمت اش کمتر بود، بعد از ادای قیمت، تابع ملک که قیمت اش بیشتر باشد، شناخته می شود، زیرا بعد از تادیه قیمت، منزل که ارزش اش کمتر است، به یقین ثابت می شود که ارزش همان منزل همسان و برابری پیدا می کند با منزل که ارزش بیشتر دارد، زیرا یقین با شک و تردد از بین نمی رود.

## مطلب هفتم - تاثیر این قاعده در عقد شراکت

الف- الشَّرْكَةُ وَالشَّرْكَةُ هَرْدُو بِمَعْنَى اخْتِلَاطٍ، یعنی: اختلاط هر دو شریک به هم دیگر<sup>(2)</sup>.

الشَّرْكَةُ: اختلاط دو حصه یا زیاده از آن در صورتکه امکان جدائی را نداشته باشد.<sup>(3)</sup>

ب- تعریف اصطلاح شرکت: در مورد تعریف اصطلاحی شرکت، فقها تعریف اصطلاحی شرکت را به اساس

انواع آن تعریف نموده است ومن بعضی از تعریفات را ترجیح دادم:

شرکت در شریعت: عبارت از اختلاط دو نصیب ویا اضافه از آن به این وجه که سهم یکی از دیگری جدا

نشود<sup>(4)</sup> ویا عبارت از عقد است بین دو شریکان در راس المال ودر ربح<sup>(5)</sup> ویا اجتماع در استحقاق ودر

تصرف.<sup>(1)</sup>

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 8008.

(2) لسان العرب (10/448).

(3) القاموس الفقهي (ص: 195).

(4) انیس الفقهاء فی تعریفات الألفاظ المتداولة بین الفقهاء (ص: 68).

(5) فقه السنة (3/354).

قانون مدنی کشور مفهوم شرکت را تصریح می دارد: شرکت عبارت از عقدیست که بموجب آن دو یا زیاده از دو اشخاص تعهد مینمایند، تا در بکار انداختن یک فعالیت مالی به پرداخت مقدار مال یا انجام عمل یا اعتبار طوری سهیم شوند که مفاد و خساره به اساس موافقه که بین آنها صورت گرفته، توزیع شود.<sup>(2)</sup>

1- دلایل مشروعیت شرکت: مشروعیت شرکت توسط قرآنکریم و سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم

واجب امت و توسط عقل ثابت است.

الف - از دیدگاه قرآنکریم - خداوند جل جلاله میفرماید:

{ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي التُّلْتِ }<sup>(3)</sup> یعنی: آنان در يك سوم با هم شريك هستند. و در جای دیگر خداوند متعال می

فرماید: { وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ }<sup>(4)</sup>

یعنی: اصلاً بسیاری از شریکا و کسانی که با یکدیگر سر و کار دارند، نسبت به همدیگر ستم روا می

دارند، مگر آنان که واقعاً مؤمنند و کارهای شایسته می کنند، ولی چنین کسانی هم بسیار کم و اندک هستند.

ب - از دیدگاه سنت - در سنت پیامبر صلی الله علیه وسلم احادیث وجود دارد که مشروعیت شرکت را

ثابت میسازد و یکی از آن حدیث قدسی است که ابو هریره از نبی کریم صلی الله علیه وسلم روایت نموده

است. عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، رَفَعَهُ قَالَ: " إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَهُ

خَرَجْتُ مِنْ بَيْنَهُمَا."<sup>(5)</sup>

---

(1) الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة (1/240).

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1216.

(3) سوره النساء: 12.

(4) سوره ص: 24.

(5) سنن أبي داود (3/256).



ج - از دیدگاه اجماع- تمام از مسلمانان به جایز بودن شرکات اتفاق نظر دارند اما در انواع آن اختلاف نظر دارند.<sup>(1)</sup>

د - عقل عقل هم این را تأیید میکند که در شرکات یک نوع تعاون است و مصالح مروم در آن نهفته است.

2- تاثیر این قاعده بر عقد شرکت: زمانی که دو نفر در یک عقد شریک باشد، و در میان شرکاء بر اساس مفاد و ربح نزاع بوجود آید و یکی از شرکاء ادعا ربح را دارد و دیگری ادعای عدم ربح را دارد، در این صورت قول منکر ربح مدار اعتبار می باشد، زیرا اصل در عقد شرکت عدم ربح می باشد. و این چیزی است که در قانون مدنی کشور مورد بحث قرار گرفته و چنین تصریح می دارد: هرگاه شریک مال یا مبلغی را از شرکت اخذ یا آن را تحت حجز در آورد، به پرداخت مفاد آن از تاریخ اخذ یا حجز، بدون مطالبه قضائی یا اخطار، مکلف می باشد، در صورت ایجاب به تادیه جبران خساره تکمیلی نیز مکلف می شود. اگر شریک مقداری از مال خویش را به شرکت مساعدت یا برای مصالح شرکت مصارف نافی را به حسن نیت انجام دهد می تواند فائده مبالغ مذکور را از تاریخ پرداخت به بعد از شرکت اخذ نماید<sup>(2)</sup>. در این مورد لازم به نظر می رسد که گفته شود، قانون مدنی کشور اصل شراکت را بطور مفصل ذکر نموده و از فحوای مطالب شرکت معلوم می شود در صورتی که دو شریک با هم نزاع در مورد ربح مشترک داشته باشد، اصل در آن عدم ربح می باشد، و این نزاع و خصومت بر اساس این قاعده حل و فصل می گردد.

---

(1) الزحیلي ، الفقه الإسلامی وأدلته (5/ 5877).

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1246.

## فصل سوم

در این فصل به تعریف، توضیح و روشن ساختن اصطلاحات، و واژگان کلیدی، که کاربرد در این بحث داشته و همچنان قواعد استصحاب از دید فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان مورد بحث و پژوهش قرار می‌دهم. موضوعات این فصل را قرار ذیل ترتیب دادیم:

مبحث اول: قاعده [ الاصل بقاء ماکان علی ماکان ] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان

مبحث دوم: قاعده [ القديم یترک علی قدمه ] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان

مبحث سوم: قاعده [ ماثبت بزمان یحکم ببقائه مالم یقم الدلیل علی خلافه ] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان

مبحث چهارم: قاعده [ الاصل إضافة الحادث الی أقرب اوقاته ] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان

مبحث پنجم: قاعده [ الاصل براءة الذمة ] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان

مبحث ششم: قاعده [ الاصل فی الامور العارضة العدم ] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان

مبحث هفتم: قاعده [ الاصل فی الاشياء الاباحة ] و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان

## مبحث اول: قاعده [الاصل بقاء ماكان علی ماكان] وتأثیر آن بر قانون مدنی افغانستان

در مبحث آغازین به تعریف و روشن ساختن واژه گان واصطلاحات کلیدی از قبیل مفهوم و بیان معانی قاعده، موارد تطبیقی، و استثنائات این قاعده، وهمچنان بیان تأثیرات این قاعده بر قانون مدنی افغانستان به قرار ذیل می پردازیم. و موضوعات این مبحث را در مطالب ذیل گنجانیدم:

مطلب اول: مفهوم وشرح قاعده

مطلب دوم: مکانت وجایگاه این قاعده

مطلب سوم: موارد تطبیقی این قاعده

مطلب چهارم: استثنائات قاعده

مطلب پنجم: تأثیر این قاعده بر قانون مدنی افغانستان

## مطلب اول: قاعده [ الاصل بقاء ماكان على ماكان ]<sup>(1)</sup> و تاثیر آن بر قانون مدنی افغانستان فرع اول: مفهوم وشرح قاعده

الف- اصل در لغت: قسمت پائین چیزی را گویند<sup>(2)</sup>. ویا اصل در لغت چیزی است که چیزی دیگری بر آن بنا می شود، این بنا برابر است حسی باشد، مانند دیوار که سقف خانه بر وی بناء شده ویا معنوی مانند حقیقت نسبت به مجاز<sup>(3)</sup>.

ب- اصل در اصطلاح: بر یکی از پنج معانی اطلاق می شود:

یکم- اصل به معنای دلیل: مثل این که گفته می شود، اصل در وجوب نماز این قول خداوند متعال می باشد: { وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ }<sup>(4)</sup>. و نماز را برپا دارید. یعنی دلیل در مورد وجوب نماز قول خداوند بوده.

دوم- اصل به معنای قاعده: مثلاً گفته می شود: [ لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام ]<sup>(5)</sup> ضرر رسانیدن وجواب ضرر را به ضرر دادن در اسلام نیست. این قاعده اصول شریعت اسلام می باشد.

سوم - اصل به معنای راجح ورجحان می آید: مثلاً [ الاصل فی الکلام الحقیقة ]<sup>(6)</sup> یعنی راجح در کلام حقیقت، نسبت به مجاز می باشد.

چهارم - مستصحب: مثلاً گفته می شود: [ الاصل براءة الذمه ]<sup>(1)</sup> یعنی اصل حکم خالی بودن ذمه از مشغول بودن بایک چیز (دین یا حق) که در زمان گذشته جاری بوده است در زمان حال نیز جاری است تا اینکه خلاف آن ثابت شود.

(1) سیوطی، الاشباه والنظائر (ص: 51)، مجلة الاحکام، ماده (5)، زرقا، شرح القواعد الفقهية (87/1)، معلمة زائد للقواعد الفقهية والاصوليه، (391/34).

(2) القاموس المحيط والقابوس الوسيط (ص: 6)، المصباح المثیر فی غریب الشرح الكبير للرافعي لأحمد الفيومي (16/1).

(3) شرح رسالة ابن سعدي في الأصول (ص: 6)، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت (9/1)، شرح العضد مختصر المنتهى مع حواشيه (25/1)

(4) سورة البقرة آيت: 43.

(5) مجلة الاحکام العدلية، (36/1).

(6) مرجع فوق، (30/1).

پنجم - اصل به معنای مقیس علیه: مثل این قول ( الخمر اصل للنبید ) یعنی شراب اصل است نسبت به آب خرما<sup>(2)</sup>. فقهای اسلامی قاعده الاصل بقاء ما کان علی ما کان را فرع قاعده الیقین لایزول بالشک می داند، اما اصولیان مفهوم این قاعده را استصحاب می نامند و اصولیان زمانی که استصحاب را تعریف می نماید، می گویند استصحاب عبارت از دوام هر آن چیزی که در زمان گذشته بود، بنا بر دوام آن در زمان آینده می باشد و این تعریف مفهوم این قاعده را می رساند:

بقاء: بقاء بمعنای، ضد فنا و باقی ماندن استعمال گردیده است<sup>(3)</sup>.

ج- شرح قاعده: اصل این است ثبوت و یا نفی یک چیزی در گذشته، بنا بر ثبوت آن در زمان آینده، تا زمانی که بر خلاف آن دلیل وجود نداشته باشد. این قاعده در نزد اصولیان بنام استصحاب الاصل یاد می شود<sup>(4)</sup>. معنای اجمالی این قاعده این است که در یک وقت حکمی برای امری ثابت باشد و در وقت دیگری دلیلی بر انتفاع آن حکم وجود نداشته باشد همان حکم سابق در لاحق اجراء می شود، مثلاً کسی یقین دارد که آبی در سابق پاک بوده و اکنون مدتی بر آب گذشته است، در ارتباط به اینکه آیا به همان حالت پاک مانده یا نجس شده است شک دارد، به حکم قاعده فوق پاک خواهد بود. قانون مدنی افغانستان با پیروی از احکام فقه اسلامی می گوید: اصل بقای شیئی به حالت اصلی و در صفات معارض عدم است<sup>(5)</sup>.

### فرع دوم: مکان و جایگاه این قاعده

این قاعده از جمله مهم ترین از قواعد فرعی بشمار برده می شود که مفهوم برخی قواعد دیگر را می رساند، از آن جمله قاعده، القدیم یترک علی قدمه، وقاعده ما ثبت بزمان یحکم ببقاء مالم یوجد دلیل علی

(1) مرجع فوق، (25/1).

(2) شرح العضد مختصر المنتهی مع حواشیه (25/1)، محمد الشوکانی إرشاد الفحول (ص: 5)

(3) العین للخلیل بن أحمد (1/ 416، بترقیم الشاملة آلیا)

(4) عزت الدباس، القواعد الفقهیه، (ص: 17) القواعد الفقهیه بین الأصالة والتوجیه (6/ 1، بترقیم الشاملة آلیا)،

(5) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، ماده (99).

خلافه، کاربرد این قاعده در عقود و معاملات، عبادات، احوال شخصیه، و در ذبایح<sup>(1)</sup> و حتی در قوانین بالخصوص در قانون مدنی افغانستان نیز بکار برده شده.

### فرع سوم- دلایل شرعی این قاعده

این قاعده بر دلایل ذیل متکی است: یکم - قرآنکریم: خداوند متعال در قرآنکریم می فرماید: { وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ }<sup>(2)</sup>.

وبیشتر شان جز از گمان پیروی نمی کنند ولی ظن یا گمان به هیچ وجه آدمی را از حقیقت بی نیاز نمی گرداند آری خدا به آنچه می کنند دانا است. در این آیه کریمه حق یک امر ثابت و موجود و یک حقیقت واقعی است ومانند یقین اعتبار دارد.

### فرع چهارم: موارد تطبیقی این قاعده

مسئله اول: اگر مشتری چیزی را از بایع خرید، و بعدا مشتری همان مبیعه را نزد بایع گذاشت، بعد از مدتی مشتری خواهان تسلیم مبیعه شد، و مشتری ادعا نمود که بایع در آن تغییر آورده، در این صورت قول بایع مدار اعتبار می باشد، زیرا مبیعه بر حالت اولی باقی است، تا زمانی که دلیل بر تغییر آن نیامده باشد<sup>(3)</sup>.

مسئله دوم: در ماده 1777 مجله تذکر رفته: هرگاه اختلاف در راه آبی باشد که بخانه یکی جاری میشود، در مورد اینکه حادث است یا قدیم منازعه کنند، صاحب خانه بحادث بودن آبرو ادعا نماید و رفع آنرا طلب کند و هر دو جانب بینه نداشته باشند اگر در حین خصومت، آب در آبرو جاری باشد یا جریان ماقبل دانسته شود بحالش باقی می ماند و قول صاحب آبرو با سوگند اعتبار دارد<sup>(4)</sup>.

(1) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (6/1، بترقيم الشاملة آليا).

(2) سورة يونس آيت 36.

(3) مجلة الاحكام العدليه، (ماده 5).

(4) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام العدليه، (ص: 258).

مسئله سوم: احمد نزد محمود مقدار مالی را به امانت گذاشت و بعداً محمود لادرک گشت بر ذمه احمد است تا آن که حال محمود معلوم و محقق گردد مال امانت او را برایش حفظ بدارد و به ورثه او انتقال داده نمی تواند<sup>(1)</sup>.

مسئله چهارم: اگر در تحقق یک شی در زمان گذشته یقین وجود داشت، اما فعلاً در مورد آن تردد وجود داشته باشد، مانند شخص مفقود، که از زندگی و مرگ آن، درک وجود نداشته باشد، در این صورت حکم بر زنده بودن وی می شود، تا زمانی که مرگ وی به اثبات نرسد<sup>(2)</sup>.

مسئله پنجم: اگر زنی خواهان طلاق در نزد محکمه شد، مبنی بر این که شوهر اش به ایشان طلاق باین داده، در حالی که شوهر اش از ادعای خانم خویش منکر می باشد و خانم وی برای اثبات ادعای خویش بینه هم ندارد در این صورت حکم بقای عقد نکاح می باشد، تا زمانی که دلیل بر این مدعا وجود نداشته باشد، زیرا اصل در نکاح حلّیت می باشد<sup>(3)</sup>.

مسئله ششم: اگر زنی نزد محکمه ادعای عدم انفاق نمود، مبنی بر این که شوهر اش به وی نفقه نمی پردازد، اما شوهر وی انکار از عدم انفاق می نماید در این صورت قول زن مدار اعتبار می باشد در صورتی که سوگند نماید، اگر از سوگند امتناع ورزید در این صورت حکم بر بقای نفقه کرده می شود، زیرا اصل بقای نفقه می باشد تا زمانی که دلیل بر تغییر آن نیامده باشد<sup>(4)</sup>.

---

(1) در الاحکام شرح مجلة الاحکام، (ص: 23).

(2) در الاحکام شرح مجلة الاحکام، (ص: 23)، عزت الدباس، القواعد الفقهیه، (ص: 17).

(3) القواعد الفقهیه بین الاصله والتوجیه (6/14، بترقیم الشامله آلیا)

(4) القواعد الفقهیه بین الاصله والتوجیه (6/16، بترقیم الشامله آلیا).

## فرع پنجم: استثنائات قاعده

اگر بین عاریت دهنده یا ودیعت دهنده در باز گردانی عاریت و ودیعت، با عاریت گیرنده و امانت گیرنده اختلاف پیدا شود در صورتیکه عاریت گیرنده و ودیعت گیرنده متعدی و مقصر نباشند با سوگند نظر شان اعتبار دارد<sup>(1)</sup>.

## فرع ششم: تاثیر این قاعده بر قانون مدنی افغانستان

اصل قاعده بقاء ما کان علی ما کان بر گرفته شده از استصحاب می باشد، زیرا استصحاب یکی از ادله اختلافی میان دانشمندان اسلامی به حساب شمرده شده، کاربرد استصحاب با در نظر داشت این قاعده در قانون مدنی افغانستان من حیث یکی از وسایل اثبات قضایای مدنی بوده، من می خواهیم در این فرع برخی از موضوعات که مرتبط با این قاعده فرعی استصحاب می باشد آن را به بحث بگیریم:

**الف- تاثیر این قاعده بر اسناد عرفی:** سند عرفی را قانون مدنی کشور چنین تصریح می دارد: صدور ورق عرفی از طرف امضاء کننده اعتبار داده می شود، مگر اینکه شخص از امضاء، مهر و نشان انگشت خود صراحتاً انکار نماید. مگر اینکه قانون خاص طور دیگری حکم نموده باشد<sup>(2)</sup>.

طبق قانون مدنی کشور تاریخ سند عرفی بر دیگری حجت شمرده نمیتواند، مگر اینکه تاریخ آن ثابت باشد<sup>(3)</sup>. و قانون مدنی کشور در ماده 997 خویش چنین صراحت دارد: مکاتب امضاء شده حیثیت اسناد عرفی را دارد. اوراق تلگرام یکه اصل آن به تلگرام خانه موجود باشد، حیثیت اسناد عرفی را دارد. اوراق تلگرام طبق اصل پنداشته می شود، تازمانی که دلیلی بخلاف آن ظاهر نشود و در صورتی که اصل آن از بین رفته باشد، از اعتبار ساقط می گردد.

---

(1) زرقا، شرح القواعد الفقهیه (ص: 95).

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 995.

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 996.



شرح ماده: قانون مدنی کشور سند عرفی را زمانی مدار اعتبار می داند که اصل آن ثابت باشد، ولو این اسناد عرفی مکاتب، مهر، امضاء، اوراق تلگرام و نشان انگشت باشد، و این ماده بر اصل قاعده بقاء ماکان علی ماکان عمل نموده، در صورتی که سند عرفی اصل آن ثابت باشد، بر ثبوت بقاء آن حکم کرده می شود.

ب- تاثیر این قاعده بر اقرار: اقرار در لغت: اعتراف کردن به چیزی و اذعان نمودن به حق را گویند<sup>(1)</sup>.  
و در اصطلاح: اقرار عبارت از خبر نمودن شخص، بر ثبوت حق غیر، علیه خودش<sup>(2)</sup>.  
قانون مدنی کشور هم اقرار را تعریف نموده: عبارت است از اعتراف خصم نسبت به حق غیر، بالای خودش در محکمه<sup>(3)</sup>. ماده 1008 قانون مدنی کشور چنین صراحت دارد: مقرر به اقرار خود ملزم می باشد، مگر اینکه از طرف محکمه حکم به کذب اقرار او صادر شود. در این صورت به اقرار او اعتبار داده نمی شود.

شرح ماده: اقرار یکی از وسایل اثباتیه دعاوی می باشد در صورتی که شخص در رابطه به مال غیر بر نفس خویش اقرار نمود، اقرار وی قابل اعتبار می باشد. زیرا اصل ثبوت اقرار مقرر می باشد، در صورتیکه شخص اقرار نمود و محکمه بر اقرار وی اعتماد کرد، بناء در زمان حال هم باید بر اقرار وی اعتماد کرد، مگر اینکه دلیل بر خلاف آن نمایان شود، که او هم عبارت از کذب اقرار مقرر می باشد.

ج- تاثیر این قاعده در یمین و یا قسم: یمین در لغت: بمعنای سوگند یاد نمودن را گویند<sup>(4)</sup>. که به سه معنا مورد بحث قرار گرفته است:

یک - یمین بمعنای قوت و توانایی را گویند، چنانچه که خداوند متعال می فرماید: {لَا خُذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ}<sup>(5)</sup>

دو- یمین بمعنای دست راست را گویند: {وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَا مُوسَى}<sup>(1)</sup>.

(1) العين للخليل بن أحمد (1/ 370، بترقيم الشاملة آليا)، القاموس المحيط والقابوس الوسيط (ص: 7).

(2) الشرييني، شمس الدين، الإقناع (8/4) الفقه الإسلامي وأدلته (8/395).

(3) وزارت عدليه، قانون مدنی، ماده 1001.

(4) الصحاح في اللغة (2/ 301، بترقيم الشاملة آليا).

(5) سورة الحاقة، آيت 45.

سه- یمین بمعنای سوگند و قسم را گویند: {لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ} (2).

یمین در اصطلاح عبارت از تاکید نمودن بر اثبات و نفی چیز و یا حق و یا بر سخن، در صورتی که نام وصفات خداوند گرفته شود (3):

ماده 1022 قانون مدنی کشور تصریح می دارد: محکمه می تواند، مستقیماً قسم را به یکی از طرفین، جهت استناد حکم در موضوع دعوی یا قیمت آنچه به آن حکم می نماید، راجع نماید. این نوع قسم وقتی توجیه شده می تواند که در دعوی دلیل کامل وجود نداشته و خالی از دلیل هم نباشد.

شرح ماده: مفهوم ماده این است در صورتی که در یکی از موارد دعوای، بخاطر اثبات آن دلیل وجود نداشته باشد، محکمه بر اساس قسم شخص حکم می نماید، زیرا اثبات قسم از شخص متصور است، بناءً حالاً بر بقای سوگند شخص اعتبار داده می شود، مگر اینکه دلیل بر خلاف آن وجود داشته باشد. که او دلیل غیر از سوگند باشد.

د- تاثیر این قاعده در قرائن: ماده 1034: تصریح می دارد: قاضی می تواند قرائنی را که توسط قانون بیش بینی نشده و از حالات مربوط به دعوی استنباط شود، در نظر گیرد. مگر استناد به آن تنها در صورتی شده می تواند که قانون در آن اثبات را به شهادت مجاز دانسته باشد.

شرح ماده: از جمله وسایل اثباتیه دعوای، اقرار، شهادت شهود، یمین و نکول و قرائن می باشد؛ در صورتی که غیر از قرائن، دیگر وسایل وجود نداشته باشد، قاضی بر اساس قاعده بقاء ما کان علی ماکان، می تواند از قرائن بخاطر اثبات دعوای استفاده نمایند.

(1) سورة طه، آیت 17.

(2) سورة المائدة، آیت 89.

(3) الزحیلی، وهبه، الفقه الإسلامی وأدلته (8/199)

هـ - تاثیر این قاعده بر ضمان عیوب پوشیده: 1100: تصریح می دارد: 1- هرگاه در مبیعه عیب قدیم ظاهر گردیده و بعداً نزد مشتری عیب جدید در آن عاید گردد مشتری نمی تواند آن را با وجود عیب جدید مسترد نماید اما صرف تنقیص ثمن را از بایع مطالبه کرده می تواند.

شرح ماده: در این ماده تصریح بر این شده در صورتی که مبیعه و یا جنس مورد فروش از قبل عیب داشته باشد، و بعد از فروش عیب جدید در آن پیدا شود، در این صورت به عیب جدید توجه کرده نمی شود، بخاطر ثبوت عیب قدیم، زیرا اصل بقای آن می باشد، بناءً حالا بر همان حکم جاری می باشد.

و- تاثیر این قاعده در بیع متروک: کسیکه متروکه را بدون تفصیل مشتملات آن بفروشد تنها به ثبوت وراثت خود مکلف می باشد مگر اینکه بخلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.

شرح ماده: اثبات وراثت امر یقینی می باشد، گرچه شخص هر نوع تصرف در متروکه نماید، زیرا وراثت اصل می باشد، بناءً حال هم بر بقای آن حکم کرده می شود.

#### ز- تاثیر این قاعده بر حایث حیازت :

الف- حیازت در لغت: حیازت عبارت است از در اختیار گرفتن مال، زمین زراعتی<sup>(1)</sup>.

ب- حیازت در اصطلاح: حیازت عبارت است از تصرف یا فراهم آوردن زمین و اسباب تصرف هر شیئی مباح که برای تصرف آن منع شرعی یا قانونی وجود نداشته باشد. مانند تصرف معادن، آب بی صاحب و زمین موات و امثال اینها، که به رغم مواد قانون مدنی، با ملی شدن منابع طبیعی و پیدایش دولت های قانونی و تسلط آنها بر منابع عمومی گستره حیازت بسیار محدود شده است<sup>(2)</sup>.

---

(1) المعجم الوسیط - موافق للمطبوع (1/ 206)، تاج العروس (1/ 3715).

(2) اصول فقه کاربردی، مترجم (280).

ج- تعریف حيازت از دید قانون مدنی افغانستان: طبق ماده 2256 حيازت، حالتی واقعی است که

از سلطه شخصی بر شی یا بر حقی از حقوق برشی بصفه مالک شی یا صاحب حق بر شی نشات می کند<sup>(1)</sup>.

آن چه که از این تعریف بر می آید عبارت اند از:

ماده 2278: تصریح می دارد: حيازت کماکان به همان وصفی که ابتداء زمان کسب بوجود آمده باقی میماند، تا

اینکه دلیل عکس آن موجود شود.

شرح قاعده: یکی از جمله اسباب کسب ملکیت حيازت می باشد، و این از جمله چیزی است که در

قاعده الاصل فی الاشیاء الاباحه بشکل مفصل توضیح خواهیم داد: زمانی که شخص عقار و یا زمین را بدست

آرد در حالی که همان ملکیت لا مالک باشد، چنین ملکیت از شخص حایز محسوب می شود تا زمانی که دلیل

مخالف آن وجود نداشته باشد.

---

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان (ص: 731).

## مبحث دوم: قاعده [القديم يترك على قدمه] وتأثير آن بر قانون مدنی افغانستان

در این مبحث به تعریف و روشن ساختن مفاهیم این قاعده و اصطلاحات کلیدی از قبیل مفهوم و بیان معانی قاعده، موارد تطبیقی، این قاعده، و همچنان بیان تأثیرات این قاعده بر قانون مدنی افغانستان به قرار ذیل می پردازیم. و موضوعات این مبحث را در مطالب ذیل گنجانیدم:

مطلب اول: قاعده [القديم يترك على قدمه]

مطلب دوم: موارد تطبیقی این قاعده

مطلب سوم: تأثیر این قاعده بر قانون مدنی افغانستان

## مطلب اول: قاعده [القديم يترك على قدمه]<sup>(1)</sup>

### فرع اول: شرح قاعده

قديم عبارت از چیزی است که اول آن شناخته نشود<sup>(2)</sup> معنای این قاعده: در مسئله قديم متنازع فيه، اصل در آن همان حالت قديمی است، بدون زيادت، نقصان، تغيير و تحویل<sup>(3)</sup>. بنا بر این تغيير آوردن در موارد قديمی، یا از بين بردن آن بدون اجازه صاحب آن جایز نیست، زیرا چیزی که قديمی باشد و تا حال بر همان قدامت خود پابرجا باشد، اصل در آن بقای آن بر حالت خودش می باشد<sup>(4)</sup>.

هدف از قديم آن چیزی است که هیچ کسی آغاز آن را نشناسد یا آغاز آن را کسی بداند، ولی وقت تنازع در آن برای هیچ کسی معلوم نباشد. مفهوم این قاعده این است که اگر شیئی متنازع فيه قديم، موافق شرع باشد، بدون زيادت و نقصان و بدون تغيير و تحویل همان حالت قديمش مراعات می شود، مادامیکه خلاف آن ثابت نشود، زیرا؛ بقای آن شیئی به همان حالت به مدت طولانی دال بر این است که اتکاء بر حق مشروع دارد پس حکم می شود به مستحق بودن آن. چنانچه قانون مدنی کشور می گوید: (۱) حق مرور، مجرا و مسیل اگر قديمی باشد، بحال خود گذاشته میشود، مگر اینکه اصلاً نا مشروع باشد، درین صورت بقدمات اعتبار داده نمیشود و در صورت موجودیت ضرر واضح از بين برده میشود<sup>(5)</sup>. بر این قاعده برخی موضوعات مشتمل می باشد مانند حقوق ارتفاع که مفهوم آن را ذکر خواهیم نمود:

**شرح این ماده:** در این ماده تصریح بر این شده، اگر حقوق ارتفاع قديمی که موافق شرع باشد، به همان حالت قديمی می باشد تا زمانی که دلیل بر خلاف آن نمایان نشود، زیرا دلیل نامشروع بودن آن چیزی می باشد که مخالف شرع می باشد، و این جزء دوم ماده به اساس قاعده دیگر که عبارت از [الضرر لایکون

(1) مجلة الاحکام عدلیه، ماده (24/1) (6). زرقا، شرح القواعد الفقهية، (95/1).

(2) مجلة الاحکام عدلیه، ماده (166). و زرقا، شرح القواعد الفقهية، (ص: 95).

(3) زرقا، شرح القواعد الفقهية، (ص: 95).

(4) زرقا، شرح القواعد الفقهية، (ص: 95).

(5) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان ماده (2351).

قدیا] یعنی به ضرر قدیمی اعتبار داده نمی شود، ثابت می شود. از این ماده قانون مدنی معلوم شد حقوق ارتفاق نظر به استصحاب الحال بر حالت قدیمی می باشد، در صورتی که دلیل مخالف آن نباشد<sup>(1)</sup>.

## فرع دوم: حقوق ارتفاق

الف - ارتفاق در لغت: بمعنای اتکاء بر یک چیز، یا انتفاع گرفتن از چیزی مانند انتفاع از خانه و

امثال آن<sup>(2)</sup>.

ب- ارتفاق در اصطلاح: علمای احناف ارتفاق را تعریف نموده و می گویند: ارتفاق عبارت از حق

ثابت بر عقار یا زمین، بخاطری منفعت گرفتن از عقار و زمین دیگر. مالکها هم ارتفاق را تعریف نموده: ارتفاق عبارت از حصول منافع که تعلق به عقار یا زمین می گیرد. دیدگاه شوافع وحنابله بر تعریفی که مالکها نمودند موافق می باشد<sup>(3)</sup>.

قانون مدنی افغانستان در ماده (۲۳۴۰): ارتفاق، عبارت از حقی است بالای عقار جهت منفعت عقار شخص دیگر<sup>(4)</sup>.

## فرع سوم - مصادر حقوق ارتفاق در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان

مصادر کسب حق ارتفاق در فقه عبارت از: 1- اشتراک عام. 2- اشتراط در عقود و 3- تقادم زمان می باشد هر یک را توضیح خواهیم داد:

جزء اول- اشتراک عام: یکی از اسباب و مصادر کسب حق ارتفاق، اشتراک در مرافق عامه می

باشد<sup>(5)</sup>. مانند راه های عامه و آنها را عامه می باشد که حقوق ارتفاق بر آنها در اثر عبور و مرور، آبیاری زمین و دفع آب های فاضله در آن، برای عقاری که در نزدیک آن قرار دارد ثابت می گردد، زیرا مرافق عامه بین همه

(1) در الاحکام شرح مجلة الاحکام، (24/1).

(2) معجم اللغة العربية المعاصرة (2/ 920)

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، وبيّن الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلتة، (592/5).

(4) قانون مدنی افغانستان ماده (2540). السنهوري، عبدالرازق، الوسيط شرح القانون المدني المصري (1279/9).

(5) السنهوري، عبدالرازق، الوسيط شرح القانون المدني المصري، (1287/9).

مردم مشترک می باشد و هر کس می تواند از آن استفاده نماید، به شرطی که ضرر به دیگران رسانده نتواند، در این مورد قانون مدنی کشور با پیروی از احکام فقه اسلامی چنین تصریح می دارد: حق ارتفاق بالای مال عام مرتب شده می تواند، مشروط بر اینکه به استعمال مال مذکور که به آن تخصیص یافته منافات نداشته باشد<sup>(1)</sup>.

جزء دوم - اشتراط در عقود: منبع دوم کسب حق ارتفاق اشتراط در عقود است، مانند اینکه بایع بر مشتری، حق مرور بر زمینی را که به مشتری می فروشد شرط گذارد و یا حقا به را به زمین دیگری که ملک وی است شرط بگذارد که در اثر این شرایط، حقوق مذکور برای بایع ثابت شود<sup>(2)</sup>.

جزء سوم- تقادم زمان در حقوق ارتفاق: از جمله مصدر سوم کسب ملکیت حقوق ارتفاق مطابق قانون مدنی کشور عبارت از تقادم (مرور) زمان می باشد، قانون مدنی کشور در این مورد صراحت دارد: حق مرور، مجرا و مسیل اگر قدیمی باشد، بحال خود گذاشته میشود، مگر اینکه اصلاً نا مشروع باشد، درین صورت بقدامت اعتبار داده نمیشود و در صورت موجودیت ضرر واضح از بین برده میشود<sup>(3)</sup>.

فرع چهارم - اقسام ارتفاق: ارتفاق دارای انواع و اقسام متعددی می باشد، ولی احناف آن را منحصر در شش نوع می دانند که هر کدام آن را ذکر خواهیم نمود:

یکم - حق الشرب (آب آشامیدنی): الشرب در لغت عبارت از سهمیه از آب را گویند<sup>(4)</sup> و در اصطلاح عبارت از حصه از آب زمین می باشد نه برای چیزی دیگر و یا عبارت از نوبت انتفاع از آب است که توسط

---

(1) الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته (4560/6). د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (354/1).

(2) الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته (4560/6). د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (354/1).

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان ماده: 2351. السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط شرح القانون المدنی المصری، (1347/9). د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی

الفقه الاسلامی، (355/1).

(4) الصحاح فی اللغة (1/ 350، بترقیم الشاملة آلیا).



آن کشت و درختان آبیاری می شود<sup>(1)</sup>. و به این نوع حق، حق شفه هم پیوست می شود، حق شفه آب آشامیدنی است که اختصاص به انسان، حیوان، دارد<sup>(2)</sup>.

قانون مدنی افغانستان در ماده (۲۳۴۶) صراحت دارد: حقا به، عبارت از نوبت استفاده از آب است بمنظور آبیاری زراعت یا اشجار<sup>(3)</sup>. حقوق ارتفاق، (حق مرور، مجرا و مسیل و حق آبه) مطابق حکم این قاعده بحالت سابق خود قرار خواهد داشت.

### الف - انواع آب نسبت به حقا به:

برخی از فقهای اسلامی اقسام آب نسبت به حقا به بر سه نوع می داند، که آنها عبارت از آب دریاها، بزرگ، آبی دریا چه ها که در ملکیت شخصی باشد، و آب که در ظروف نگاه داری می شود<sup>(4)</sup>. اما برخی از فقهاء اسلامی آن را چهار نوع می داند که هر یک آن را قرار ذیل توضیح خواهیم داد:

یکم- حق آبه از نهر های بزرگ مانند نیل و دجله و فرات ملکیت عموم است هر کس میتواند حیوانات و مواشی خود را آب بنوشاند، زمینش را آبیاری نماید، آسیاب نصب کند و جوی فرعی شخصی حفر نماید، مشروط بر آنکه منافع عموم را خدشه دار نسازد و در نهر های مشترک انسان حق نوشیدن حق آبه خود و حیوانات خویش را دارد<sup>(5)</sup>.

دلیل مشروعیت استفاده از ملکیت نهر های عام، خاص و مشترک به این حدیث پیغمبر استشهد گردیده است: [الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْكَلَاءِ، وَالْمَاءِ، وَالنَّارِ]<sup>(6)</sup> مسلمانان در سه چیز شریک می باشند: آب، آتش و گیاه خود رو، هر کس حق دارد از حقوق و مرافق ملکیت های عام و خاص مباح خود و

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية (26/331، بتقييم الشاملة آليا). د/ محمد مصطفى، الشبلي، المدخل في الفقه الاسلامي، (356/1).

(2) الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، (603/5).

(3) قانون مدنی افغانستان ماده (2346).

(4) د/ محمد مصطفى، الشبلي، المدخل في الفقه الاسلامي، (354/1).

(5) الزحيلي، الفقه الاسلامي، (603/5).

(6) سنن أبي داود (278/3)

دیگران استفاده نماید به شرطی که ضررفاحش به وجود نیاید. در ماده 1199 مجله تذکر رفته: ضرر فاحش آنست که حاجت اصلی یعنی منفعت و مقصود را که در بناء و عمارت از سکونت است منع بسازد و چنان ضرری به آبادی تعمیر وارد شود که موجب شکست بنا گردیده سبب خرابی آن گردد. وهمچنان در قانون مدنی افغانستان ماده (۲۳۴۷) تصریح دارد: آب دریاها و فروع آن ملک عامه شمرده شده، هر کس حق دارد از آن اراضی خویش را آبیاری نموده یا از آن به این منظور جوی بکشد. مگر اینکه این امر با مصلحت عامه یا قوانین خاص معارض واقع شود.

وهمچنان در ماده (۲۳۴۹) تصریح دارد: حق استعمال آب از جوی عام و توزیع آن با رعایت عدم الحاق ضرر بمصالح عامه به اندازه اراضی صورت میگیرد، که آبیاری آن منظور نظر باشد.

دوم- آب دریاچه و جوی های خورد که ملکیت شخص باشد: برای هر انسان در نوشیدن خودش و مواشی اش حق است، اما برای شخص غیر حق آبیاری نمودن زمین اش نمی باشد، مگر اینکه صاحب آب اجازه دهد. در ماده (۲۳۴۸) قانون مدنی افغانستان تصریح شده: کسیکه از مال خود جوی خاص به منظور آبیاری زمین خود احداث کند. از آن حق هر نوع استفاده را داشته و شخص دیگر از آن بدون اجازه احداث کننده، استفاده کرده نمی تواند.

سوم- آب چشمه ها و چاه ها و حوض ها و امثال در صورتی که در ملکیت شخص باشد: این هم مانند قسم دوم حق شفه ( آشامیدن آب برای انسانان و حیوانات) ثابت می باشد، اما حق شرب ثابت نمی شود

چهارم- آب محرز که در ظروف خاص نگاهداری می شود: در این آب برای هیچ کس حق ارتفاق ثابت نمی شود مگر به رضای صاحب آب<sup>(۱)</sup>.

دوم- حق مجری، یا مجرا ( محل جریان آب ): مجرا در لغت به ( فتح میم و سکون جیم ) به معنای محل جریان آب است<sup>(۱)</sup>. و حق مجرا در اصطلاح عبارت از حق جریان آب است از طریقی که در ملکیت دیگران

(1) الزحیلی، الفقه الاسلامی، (603/5). د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (358-357/1).

قرار داشته باشد. بنابر این، همسایه نمی تواند همسایه دیگری را از آبیاری زمینش از جویی که در ملکیت او قرار دارد منع کند<sup>(2)</sup>. البته باید گفت حق مجرا تابع حق شرب می باشد، زیرا حق شرب، حق آبیاری کردن زمین، حیوان و درختان می باشد، اما حق مجری، جریان آب در زمین غیر می باشد، بخاطری آبیاری نمودن زمین خویش و یا چیز دیگر<sup>(3)</sup>.

### الف - احکام حق مجرا: عبارت اند از:

یکم- شخصی که آب زمین اش در ملکیت شخص غیر عبور می نماید، صاحب زمین نمی تواند آن را منع نماید، زیرا عمر (رضی الله عنه) برای محمد بن مسلمه گفت زمانی که ضحاک بن خلیفه خواست آب را از طریق زمین وی عبور دهد فرمود: والله لیمرن به ولو علی بطنک<sup>(4)</sup>. یعنی سوگند به خداوند، هر آینه آب را عبور می دهد ولو بر بالای شکمت باشد.

دوم- هرگاه مجرا در میان یک دسته مردم مشترک باشد، هیچ یک نمی تواند آن را مسدود نماید، مگر این که رضایت تمامی شریکان نباشد.

سوم- صاحب زمین نمی تواند مجرای آب را از مکانی تغییر دهد مگر با رضایت صاحبان حق در آن .

چهارم- هرگاه مجرای آب در زمین شخص غیر قدیمی باشد، به دلیل قاعده [ القدیم یترک علی قدمه ] قدیم بر قدامت خود باقی می ماند می شود، بر حال خودش گذاشته می شود، مگر این که در آن ضرر به صاحب زمین برسد. بر اساس قاعده [ الضرر لا یكون قديماً ] قدامت ضرر اعتبار ندارد، حق مجرا مسدود ساخته خواهد شد. قانون مدنی افغانستان در ماده (۲۳۵۱): (۱) حق مرور، مجرا و مسیل اگر قدیمی باشد، بحال

(1) معجم اللغة العربية المعاصرة (368/1).

(2) د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (360-357/1).

(3) د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (360/1).

(4) الشافعی، مسند الشافعی، (ص: 224). این مسئله را دکتور الشبلی در کتاب المدخل الفقه الاسلامی آورده، (361/1).

خود گذاشته میشود، مگر اینکه اصلاً نا مشروع باشد، درین صورت بقدمت اعتبار داده نمیشود و در صورت موجودیت ضرر واضح از بین برده میشود.

(۲) اگر مسیل منزلی در راه عام یا خاص کشیده شده باشد که از آن ضرری به مردم عاید باشد، ضرر مذکور رفع ساخته میشود گرچه قدیمی باشد.

قانون مدنی افغانستان در ماده 1913 خویش تصریح می دارد: هرگاه حق جریان آب را بر زمین دیگری داشته باشد، مالک زمین مذکور نمی تواند مانع جریان آب او را بر زمین خود گردد<sup>(1)</sup>. وهمچنان در ماده (۲۳۵۲): هر گاه حق مرور، مجرا یا مسیل شخصی بالای زمین شخص دیگری باشد، صاحب زمین نمی تواند او را از این حقوق محروم نماید.

پنجم- هرگاه کسی بخواهد که مجرای جدیدی احداث نماید، در صورتی که در راه عام واقع باشد، در این صورت جهت جلوگیری از ضرر وتامین مصلحت عامه باید آن را به اجازه مقام باصلاحیت ایجاد کند، در صورتی که در ملک غیر واقع باشد، باید از مالک آن اجازه خواسته شود، ولی مالک جدید نمی تواند آن را از احداث مجرای جدید نظر بقول عمر رض آن را منع نماید، در صورتی که ضرر در پی نداشته باشد<sup>(2)</sup>. قانون مدنی افغانستان در ماده 1912 خویش تصریح می دارد: مالک اراضی که به واسطه آلات یا نهر زمین خود را آبیاری می نماید در حالی که حق جریان آب را بر اراضی غیر نداشته باشد نمی تواند مالک زمین مذکور را به جریان آب خود مجبور گرداند. و در ماده (۲۳۵۰) قانون مدنی افغانستان تصریح شده: صاحب زمینیکه توسط آلات و وسایل یا مستقیماً از جوی آبیاری میکند، نمی تواند صاحبان اراضی تحت آب را به مسیر آب در اراضی آنها مجبور سازد، مگر اینکه حق جریان آب را در آن داشته باشد.

---

(1) قانون مدنی افغانستان در ماده 1915

(2) الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، (605/5).

سوم- حق المسيل (آب راه): مسيل در لغت بمعنای گذر سيل، آب راه سيل را گویند<sup>(1)</sup> و در اصطلاح: عبارت از حق جریان دادن آب های اضافه از ضرورت یا غیر قابل استفاده از زمین یا خانه به سوی جوی های عمومی به واسطه سطحی یا بلول های مخفی<sup>(2)</sup>.

الف- احکام حق مسيل: هرگاه حق مسيل قدیمی باشد، بر حال خوش باقی خواهد ماند، در صورتی که مضر به مصلحت عمومی یا خصوصی نباشد. در صورتی که ضرر برای مردم باشد در آن صورت قدامت از بین برده می شود، طبق قاعده [ الضرر لایکون قدیما ] بر قدامت ضرر اعتبار نیست<sup>(3)</sup>. بناء در قانون مدنی کشور تصریح شده: (۱) حق مرور، مجرا و مسيل اگر قدیمی باشد، بحال خود گذاشته میشود، مگر اینکه اصلاً نا مشروع باشد، درین صورت بقدامت اعتبار داده نمیشود و در صورت موجودیت ضرر واضح از بین برده میشود.

(۲) اگر مسيل منزلی در راه عام یا خاص کشیده شده باشد که از آن ضرری به مردم عاید باشد، ضرر مذکور رفع ساخته میشود گرچه قدیمی باشد<sup>(4)</sup>.

چهارم- حق المرور (عبور نمودن) مرور در لغت عبارت از راه رو یا عبور نمودن را گویند<sup>(5)</sup>. در اصطلاح عبارت از حق رسیدن شخص به خانه و یا زمینش از راه که از آن عبور می کند، خواه آن طریق عمومی باشد یا خصوصی بوده که ملک وی یا غیر یا هر دوی آنها باشد<sup>(6)</sup>.

---

(1) معجم اللغة العربية المعاصرة (2/1150).

(2) الزحیلی، الفقه الاسلامی، (606/5). د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (361/1).

(3) د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (361/1).

(4) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۲۳۵۱)

(5) تاج العروس (1/3487)

(6) الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلتہ (607/5). د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (362/1).



## الف - احکام حق المرور:

یکم- در صورتی که راه عام باشد، به دلیل اینکه راه عام از امور مباحه است هر شخص جق استفاده از آن را دارد خواه استفاده با عبور باشد یا باز نمودن کلکین یا با احداث راه فرعی و امثال آن<sup>(1)</sup>.

دوم- اگر راه خاص باشد، حق استفاده کردن از آن منحصر به مالک آن می باشد و دیگران در آن نمی تواند دروازه یا کلکین باز کند ولی عموم مردم می تواند از آن عبور نماید، و صاحبان حقوق خاصه نسبت با احترام که به مردم دارد نمی تواند آن را مسدود نماید<sup>(2)</sup>. در ماده 1225 مجله تذکر رفته: «اگر شخصی از صحن حویلی دیگری واجد حق عبور و مرور باشد صاحب صحن حویلی حق ممانعت را ندارد. و همچنان قانون مدنی افغانستان چنین تصریح می دارد: احداث ناوه دان یا حفر بدرفت فاضله آب باران و غیره، در راه عام در حالیکه از آن ضرری به عام تولید شود جواز ندارد، و همچنان احداث امور فوق در راه خاص که غیر نافذ باشد، بدون اجازه شاروالی یا اهل کوچه، مجاز نمیباشد<sup>(3)</sup>».

پنجم - حق تعلی (حق طبقه بالا) عبارت از حق ثابت برای صاحب طبقه بالا بر طبقه پائین و انتفاع از سقف آن در حالیکه طبقه پائین ملک شخص دیگری باشد. به همین خاطر هر دو مالک بریکدیگر حق و حقوق دارند که آن را بنام حق تعلی یاد می نماید<sup>(4)</sup>.

قانون مدنی افغانستان در برخی از مواد خویش به حق تعلی اشاره نموده که قرار ذیل تذکر می دهم: هرگاه یکی مالک طبقه بالا و دیگری مالک طبقه پائین عمارت باشد، مالک طبقه بالا حق قرار را بر سقف داشته

(1) د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (362/1).

(2) الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلتہ (607/5) د/ محمد مصطفی، الشبلی، المدخل فی الفقه الاسلامی، (362/1)..

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (2354).

(4) الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلتہ (608/5).

وسقف ملکیت مالک طبقه پائین شناخته می شود. مالک طبقه بالا از سطح آن به صورت معتاد حق استفاده را دارد مالک طبقه پائین عمارت در طبقه بالا در حدود صیانت حق خود حق دارد<sup>(1)</sup>.

ماده 1982 قانون مدنی: 1- هرگاه طبقه پائین عمارت بدون فعل مالک منهدم گردد به بناء آن مکلف می باشد. اگر مالک منزل پائین از اعمار مجدد آن امتناع آورد و مالک طبقه بالا به اجازه مالک طبقه پائین یا اجازه محکمه به اعمار آن بپردازد، می تواند مصارف اعمار را از مالک طبقه پائین حاصل نماید.

2- اگر مالک طبقه بالا بدون اجازه مالک طبقه پائین یا بدون اجازه محکمه به اعمار اقدام کند، حق مراجعه او بر مالک طبقه پائین منحصر به قیمت بناء می باشد و قیمت به اساس نرخ گذاری اهل خبره به قیمت روز اعمار تعیین می شود نه قیمت روز مراجعه.

توضیح: حقوق ارتفاق با تمام جزئیات مشتمل بر این قاعده می باشد، زیرا چیزهای قدیمی که دلیل بر خلاف آن نباشد، بر حالت خودش می ماند.

---

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1979



## مبحث سوم: قاعده [ماثبت بزمان يحكم ببقائه

### مالم يقم الدليل على خلافه]

در این مبحث به تعریف و روشن ساختن واژه گان واصطلاحات کلیدی از قبیل مفهوم و بیان معانی قاعده، و موارد تطبیقی، این قاعده، وهمچنان بیان تاثیرات این قاعده بر قانون مدنی افغانستان به قرار ذیل می پردازیم. و موضوعات این مبحث را در مطالب ذیل گنجانیدم:

مطلب اول: قاعده [ ماثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يقم الدليل على خلافه ]

مطلب دوم: تاثیر این قاعده در ساحت تطبیق حق

مطلب سوم: احکام مرور زمان در امور مدنی

## مطلب اول: قاعده [ماثبت بزمان يحکم ببقائه مالم يقم الدليل على خلافه]<sup>(1)</sup>

فرع اول: شرح قاعده: آنچه به زمان ثابت می گردد تا وقتیکه دلیل مخالف آن موجود نشود، مدار اعتبار شناخته میشود. وجود یک شیء در زمان گذشته بنابر استصحاب الحال باقی فرض می شود، برابر است که ثبوت ملک در زمان ماضی به وسیله شاهد باشد یا اقرار مدعی علیه. پس حالت ماضی شیء را اصل قرار داده و طبق آن حکم می شود، تا زمانی که دلیل خلاف آن موجود شود. پس هرگاه عکس آن موجود شد، اصل باطل گردیده و عمل به خلاف آن می شود<sup>(2)</sup>، قانون مدنی کشور در این زمینه می گوید: (1) آنچه به زمان ثابت می گردد تا وقتیکه دلیل مخالف آن موجود نشود، مدار اعتبار شناخته میشود<sup>(3)</sup>. و این برگرفته شده از ماده دهم مجله الاحکام است: [ ما ثبت بزمان يحکم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه ]<sup>(4)</sup>. این قاعده با قاعده [ الاصل بقاء ما كان على ما كان ] مطابقت دارد، و حتی تمام کننده این قاعده مذکور می باشد، این قاعده بر می گردد به نفس استصحاب، و در این نوع قاعده احکام استصحاب الحال بالماضی و استصحاب الماضی بالحال جاری می شود<sup>(5)</sup>.

مثال این قاعده: اگر ثابت شود ملکیت یک چیز یا مال برای یک شخص، در این صورت حکم کرده می شود بر بقاء ملکیت برای شخص در حال، تا زمانی که دلیل برخلاف آن وجود نداشته باشد، که او عبارت از انتقال ملکیت بر اساس عقد بیع و یا هبه و یا به سبب از اسباب دیگر که ملکیت را زایل سازد<sup>(6TM)</sup>. بناء این قاعده در قانون مدنی کاربرد داشته، حالا در مطالب دیگر تاثیرات این قاعده بر موضوعات قانون مدنی را به بحث می گیریم.

(1) مجلة الاحکام العدلیة، (ماده: 10).

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهیة، (121/1).

(3) وزارت عدلیة، قانون مدنی افغانستان ماده (5).

(4) مجلة الاحکام، ماده (دهم).

(5) در الاحکام شرح المجلة الاحکام (27/1).

(6) در الاحکام شرح مجلة الاحکام (27/1).

## فرع - تفریعات این قاعده

یکم - اگر مدعی ادعای ملک در زمان حال نمود، اما شهود، شهادت بر ملکیت شخص در گذشته نمود، مدعی بگوید این ملکیت من است، و شاهدان بگویند، این ملکیت تو در گذشته بود، در این صورت شهود از بقای ملکیت مالک آگاهی نداشته مگر به طریق استصحاب، در این صورت شهادت شهود در عرصه ملک غیر بر اساس شهادت گذشته مدار اعتبار می باشد، زیرا ثبوت ملک در زمانی گذشته، اصل در آن این است که بر بقای آن حکم کرده شود تا زمانی که دلیل بر خلاف آن ظاهر نشود.

دوم - اگر مدعی ادعای ملک در گذشته نمود، اما شهود، شهادت بر اثبات ملک بصورت مطلق نمود. در این صورت، دعوای مدعی مدار اعتبار نمی باشد و همچنان شهادت شهود مدار اعتبار نمی باشد، و سوم - مدعی و شهود ادعای ملک بر گذشته نمود، در این دو صورت اسناد ملک بسوی گذشته توسط مدعی، دلالت بر نفی در زمان حال می نماید، در این ادعا برای مدعی هیچ فائده مرتب نمی شود بر خلاف شهود، زیرا اگر شهود اسناد شهادت را بسوی گذشته نماید، پس این شهادت دلالت بر نفی بودن ملک در حال نمی نماید، زیرا شهود بقای ملکیت را در حال نمی داند مگر<sup>(1)</sup>.

### مطلب دوم: تاثیر این قاعده در ساحه تطبیق حق

فرع اول: این قاعده در ساحه تطبیق حق هم تاثیر داشته چنانچه که در قانون مدنی کشور تصریح شده:

(1) آنچه به زمان ثابت می گردد تا وقتیکه دلیل مخالف آن موجود نشود، مدار اعتبار شناخته میشود<sup>(2)</sup>.

شرح این فقره: به اساس همین قانون در صورتی که شخص به مدت پانزده سال ( زمین ) را تصاحب نماید و در همین مدت هیچ گونه اعتراض به شخص تصاحب کننده صورت نگیرد، مالک عقار شناخته شده و مالک اصلی نمی تواند بعد از مرور زمان پانزده سال دعوا کند، که این به اساس زمان ثابت است، اما اگر مالک اصلی کدام عذر موجه در محضر قضا پیش نماید این حالت دلیل مخالف است که به وجود می آید.

(1) در الاحکام شرح مجلة الاحکام (27/1). الزرقاء، شرح القواعد الفقهية (122-121/1).

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی کشور ماده (3).

مثال: الف در تخار یک منزل دارد، اما خودش در فرانسه زندگی می کند، ب این خانه را تصاحب می نماید الف به مدت پانزده سال هیچ گونه اعتراض بر تصاحب ب نمی نماید که در این صورت چون در قانون آمده که بعد از مرور پانزده سال تصاحب کننده مالک می شود که این حق به اساس مدت مرور زمان ثابت می گردد. اما الف بعد از مدت پانزده سال داخل افغانستان می شود و اعتراض می نماید و در نزد محکمه عذر مبنی بر جنگ در افغانستان را پیش می نماید که موجه است در این صورت چون دلیل مخالف بر زمان پدیدار گردید پس در این حالت مرور زمان مصداق پیدا نمی کند.

فرع دوم: عدم رجعت قانون به ماقبل: فقره دوم: (2) الغای حکم قانون جز توسط قانون بعدیکه صراحتاً بالغایا تعدیل آن حکم نماید، صورت گرفته نمیتواند.

شرح این فقره: در قوانین متنی ( قانون جزا، قانون مدنی، اصول نامه تجارت و قوانین دیگر) اصل عدم رجعت قانون به ماقبل می باشد، اما استثنائاً رجعت به ماقبل می باشد، پس مطابق این اصل حکم قانون وقتی ملغایا شده می تواند که قانون بعدی آشکارا در یکی از مواد خود الغایا آن را تذکر داده باشد، در غیر آن ممکن نیست.

عدم رجعت قانون به ماقبل یکی از اصولی است که اسلام این اصل را بیان می دارد، زیرا نزول شریعت اسلامی قانون جدیدی بود برای اشخاص که در دور جاهلیت غیر مسلمان بودند، زیرا افراد زیادی وجود داشت که حتی منکر خدا، و از جمله افراد بودند که معاصی و گناهان گبیره را انجام می دادند بطور مثال شراب نوشی، زنا و امثال این گناهان، پس زمانی که قانون اسلام آمد، مجازات که یکی از جمله جزایهای برای جنایات و معاصی بودند، بر بالای افراد که قبل از اسلام مرتکب اعمال زشت شده تطبیق نگردید، زیرا اصل در اسلام عدم رجعت قانون به ماقبل می باشد. و این قاعده در قوانین وضعی هم مورد بحث قرار گرفته است که در حقوق جزای عمومی و در حقوق جزای اسلام مورد بحث قرار گرفته است، بناء من به همین اندازه اکتفاء می نمایم.

## فرع سوم: تطبیق قانون از حیث زمان

در مواد دوازدهم و سیزدهم قانون مدنی افغانستان، تصریح مبنی بر احکام قانون جدید، می نماید در صورتی که یک حکم جدید در مورد مرور زمان ایجاد می گردد، بدون تعطیل بعد از نافذ شدن آغاز می گردد. چنانچه که در ماده دوازدهم فقره اول قانون مدنی افغانستان می آید: احکام جدید متعلق بمرور زمان بمجرد انفاذ آن قابل تطبیق است.

در فقره دوم این قانون می آید در صورتی که قانون سابق در مورد یک شی حکم را صادر نموده، اما میعاد آن تکمیل نشده، بلکه قانون جدید، وضع شده در این صورت حکم بر قانون جدید می شود، چنانچه که قانون مدنی کشور در فقره دوم ماده 12 تصریح می دارد: جمیع مواردیکه مدت مرور زمان مطابق به قانون سابق تکمیل نشده باشد، تابع احکام قانون جدید می گردد.

همچنان ماده سیزدهم قانون مدنی کشور بر این امر تاکید دارد: هرگاه احکام قانون جدید مدت مرور زمان را نسبت قانون سابق کمتر تعیین نماید، گرچه این مدت قبل از انفاذ قانون جدید آغاز یافته باشد، تابع احکام قانون جدید می باشد<sup>(1)</sup>.

## مطلب سوم: احکام مرور زمان در امور مدنی

الف - مفهوم تقادم: تقادم (مرور زمان) در لغت گذشت زمان بر چیزی را گویند<sup>(2)</sup>. تقادم در اصطلاح:

عبارت از گذشت زمان یا یک مدت معین است که توسط آن حق ساقط می گردد<sup>(3)</sup>.

ب- انواع تقادم: تقادم بر دو نوع است، یکی تقادم مسقط و تقادم مکسب:

یکم - تقادم مسقط: عبارت از تقادمی است که در حقوق شخصی و حقوق عینی کاربرد می داشته باشد، دوم -

اما تقادم مکسب: عبارت از تقادمی است که صرف در حقوق عینی کاربرد داشته نه در حقوق شخصی. بر

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 15.

(2) المعجم الوسیط - موافق للمطبوع (720 /2)

(3) الفقه الإسلامی وأدلته (747 /4)

تقادم مسقط از طریق دفع تمسک کرده می شود، زمانی که مدعی حق خود را بر اساس تقادم یا مرور زمان ساقط نماید در این صورت مدعی علیه میتواند که دعوای را بر اساس تقادم دفع نماید. اما بر تقادم یا ( مرور زمان ) مکسب هم از طریق دفع و هم از طریق دعوای تمسک کرده می شود، و حایز می تواند اینکه دعوای استحقاق مالک را بر اساس تقادم مکسب دفع نماید<sup>(1)</sup>.

ج - مدت تقادم ( مرور زمان ) وسقوط حق بر اساس آن: مدت مرور زمان پانزده سال در اشیاء منقول و عقار می باشد<sup>(2)</sup>. برخی از موارد در قانون مدنی وجود دارد که حق بر اساس گذشت و تقادم زمان ساقط می گردد که قرار ذیل همین مواد قانون مدنی را به بحث خواهیم گرفت:

در قانون مدنی کشور تصریح شده: حق به مرور زمان ساقط می گردد. دعوای مطالبه حق بنا بر هر سببی که باشد، علیه منکر، بعد از مرور پانزده سال بارعایت احکام خاص آن استثنائات ذیل شنیده نمیشود<sup>(3)</sup>. و چنین مشعر است: هرگاه حقوق، مستمر دوری متجدد، از قبیل کرایه منزل، اجاره اراضی و معاشات که بدون عذر قانونی در ظرف مدت پنج سال مطالبه نشود، قابل سمع نمی باشد. اما مدت مرور زمان در حاصلاتی که بر ذمه متصرف دارای نیت سوء یا بر ذمه ناظر وقف باشد، پانزده سال است<sup>(4)</sup>.

و همچنان اشعار می دارد: دعوای در حقوق آتی بعد از انقضای مدت یک سال قابل سمع نمی باشد. حقوق طبیب، استاد، مهندس، وکیل مدافع، ناشی از انجام وظیفه و بطور عمومی حقوق هر شخصی که شغل آزاد داشته باشد، مانند ادویه فروش، دلال، واکمیشن کارو اهل خبره.

(1) السنهوری، عبدالرازق، الوسیط شرح القانون المدنی (984/9).

(2) السنهوری، عبدالرازق، الوسیط شرح القانون المدنی (1015/9). الفقه الإسلامی وأدلته (747/4).

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 965.

(4) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 966.

حقوق تاجر و صنعت گر، در مقابل اشیاء وارداتی و تولیداتی ایکه برای اشخاص دیگر داده شده و اشخاص مذکور در آن تجارت نه نمایند. حقوق صاحبان هتل و ستورانت، درمقابل اجرات شب باش، قیمت طعام و دیگر مصارف. حقوق کارگر، مستخدم و اجیر، ناشی از اجوره روز مره و یا غیر روز مره<sup>(1)</sup>.

قانو مدنی تصریح می دارد: شخصی که به عدم سمع دعوی به سبب مرور زمان یک سال تمسک می نماید باید در برابر توجیه سوگند از جانب محکمه، چنین سوگند یا نماید، که ذمت او از دین بری می باشد. در صورت توجیه سوگند به ورثه مدیون یا اولیاء اوصیا و قیم شان باید چنین سوگند یا نماید. که با وجود یا به تادیه دین علم ندارد<sup>(2)</sup>.

ماده 970 : مدت مرور زمان مندرج ماده 967 این قانون از ختم وظیفه محوله شروع می شود، گرچه دائنین با اجرای وظیفه دیگری ادامه دهند. اگر حقی از حقوق مستند به سندی تحریر شده باشد، دعوی مطالبه چنین حق ساقط نمی شود. مگر اینکه بدون عذر قانونی در ظرف مدت پانزده سال از تاریخ استحقاق مطالبه نشده باشد<sup>(3)</sup>.

**شرح این مواد:** در این مواد فوق تقادم و یا مرور زمان بشکل مفصل بیان شده که هر مورد نسبت به همان حالت خودش، بر اساس مرور زمان ساقط می گردد. زیرا اثبات حق و اسقاط آن بر اساس تقادم و یا مرور زمان بوجود آمده است، بناء اثبات ونفی یک چیز در زمان گذشته، بر ثبوت ونفی آن بر زمان حال کرده می شود، زیرا ثبوت یک چیز بزمان، حکم بر بقای آن می شود، تا زمانی که دلیل بر خلاف آن نمایان می شود.

---

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 967.

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 969.

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی کشور، ماده 970.

مبحث چهارم: قاعده [ الاصل براءة الذمّة ]  
در این مبحث به تعریف و روشن ساختن واژه گان واصطلاحات کلیدی از قبیل مفهوم و بیان معانی قاعده، موارد تطبیقی، و استثنای این قاعده، وهمچنان بیان تاثیرات این قاعده بر قانون مدنی افغانستان به قرار ذیل می پردازیم. و موضوعات این مبحث را در مطالب ذیل گنجانیدم:

مطلب اول: شرح مفردات قاعده [ الاصل براءة الذمة ]

مطلب دوم: موارد تطبیقی این قاعده

مطلب سوم: تاثیر این قاعده بر مواد قانون مدنی

مطلب چهارم: تاثیر این قاعده بر تضامن دائین

مطلب پنجم: تاثیر این قاعده شرکت در کار

مطلب ششم: تاثیر این قاعده بر عقد کفالت

مطلب هفتم: تاثیر این قاعده بر حواله دین



## مطلب اول: شرح مفردات قاعده [ الاصل براءة الذمة ]<sup>(1)</sup>

برائت ذمه حالت اصلي است. يعني هر انسان برئ الذمه پيداشده است تا زمانیکه جرم اش ثابت نشود بیگناه شناخته میشود.

### فرع اول- مفهوم برائت و ذمه

الف: برائت در لغت، بمعنای پاک شدن از عیب، خلاصی از دین را گویند<sup>(2)</sup> چنانکه خداوند می فرماید: [وما ابری النفس]<sup>(3)</sup> و من نفس خود را تبرئه نمی کنم چرا که نفس قطعاً به بدی امر می کند مگر کسیرا که خدا رحم کند زیرا، پروردگار من آمرزنده و مهربان است.

ب: در اصطلاح شرع عبارت از: ساقط نمودن حق شخص، که بر عهده شخص دیگری دارد. مانند: حق دائن بدوش مدیون.<sup>(4)</sup>

مفهوم ذمه: الف- ذمه: در لغت بمعنای عهد، امان و ضمانت را گویند<sup>(5)</sup> ذمه در لغت عبارت از وصفی که شخص توسط آن حقوق و تکالیف را پیدا می کند، گرچه این صفت بر نفع و ضرر شخص باشد.<sup>(6)</sup> در ماده 985 قانون مدنی تذکر رفته: [برأت ذمه حالت اصلي است] و همچنان در قانون اساسی و کود جزای جمهوری اسلامی افغانستان تصریح شده: برائت ذمهم حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود.<sup>(7)</sup>

(1) ابن سبکی، الاشباه والنظائر، (37-33/1)، ابن نجیم، الاشباه والنظائر، (64/1)، سیوطی، الاشباه والنظائر، (53/1)، الزرقا، شرح القواعد الفقهیه (105/1).

(2) معجم اللغة العربية المعاصرة (180/1)

(3) سوره توبه، آیت: 1.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية (83/1)، بترقیم الشاملة آلیا

(5) المعجم الوسيط - موافق للمطبوع (315/1)

(6) الموسوعة الفقهية الكويتية (379/5)، بترقیم الشاملة آلیا

(7) وزارت عدلیه، قانون اساسی کشور، ماده 25. وزارت عدلیه، کود جزا افغانستان، ماده 5.

فرع دوم- دلایل شرعی این قاعده

مستند این قاعده را دلایل ذیل تشکیل می دهد:

یکم - قرآنکریم: خدواند متعال می فرماید: {فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ

عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ} (1).

پس روی خود را با گرایش تمام به حق به سوی این دین کن با همان سرشتی که خدا مردم را بر آن سرشته است آفرینش خدای تغییر پذیر نیست این است همان دین پایدار ولی بیشتر مردم نمی داند. هدف از این آیه این است که انسانها با همان فطرت یا سرشتی به دنیا می آیند که به همان فطرت یا سرشت آفریده شده اند. زیرا این فطرت و سرشت را رسول الله صلی الله علیه وسلم خودش بیان می دارد که عبارت از اسلام، عدم مصروف بودن ذمه و بی گناهی است، چنانچه که ابوهیره رضی الله عنه روایت می کند که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود: [ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يَهُودَانِهِ، أَوْ يَنْصَرَانِهِ، أَوْ يَمَجَّسَانِهِ، كَمَثَلِ الْبَهِيمَةِ تُنْتَجِجُ الْبَهِيمَةَ هَلْ تَرَى فِيهَا جَدْعَاءَ» ] (2).

هر نوزادی بر فطرت سالم، اسلام، عدم مصروفیت ذمه و بی گناهی به دنیا می آید. اما والدین اش او را یهودی، نصرانی یا مجوسی بار می آورند. همانگونه که نوزاد حیوان، هنگام ولادت، صحیح و سالم است. آیا هیچ دیده اید که حیوانی، گوش بریده به دنیا بیاید.

## مطلب دوم - موارد تطبیقی این قاعده

بر این قاعده برخی از مسایل از بیع، اجاره، عاریت، ودیعت، ضمانات، غصب، قرض، اقرار و غیره تفریع

می شود که اینک برخی از این مسایل را ذکر می نمایم:

(1) سورة الروم آیت: 30

(2) البخاری، صحیح البخاری (100/2)

اگر فروشنده و خریدار بعد از هلاک شدن مبیعه و یا از بین رفتن آن از ملکیت اش، در مقدار پول، باهم اختلاف پیدا نمود، و یا اجاره دهنده و اجاره گیرنده در مقدار بدل اجاره، بعد از استیفاء منفعت اختلاف نماید در این حالت قول خریدار و اجاره گیرنده مدار اعتبار می باشد، اما شهود بر فروشنده و اجاره دهنده می باشد، بخاطر اثبات زیادت. اگر اختلاف اینها قبل از هلاک شدن مبیعه و یا بیرون شدن آن از ملکیت اش و یا قبل از استیفاء منفعت، در حالی که برای هیچ یک بینه ای وجود ندارد در این صورت هر دو باید سوگند یاد نمایند<sup>(1)</sup>. اگر در قیمت شی تلف شده و غصب شده اختلاف پدید آید، در این صورت قول غارم مدار اعتبار می باشد، زیرا اصل براءة الذمه می باشد<sup>(2)</sup>.

اگر شخص در انجام فعل متردد و یا مشکوک بود، اصل انجام ندادن فعل می باشد، زیرا اصل براءة الذمه می باشد<sup>(3)</sup>.

احمد مال محمود را تلف کرد و در مقدار مال تلف شده اگر مثلی باشد یا در قیمت آن اگر قیمتی باشد اختلاف بین آنها پیدا شد. درینجا چون براءت ذمه حالت اصلی است و محمود خلاف دعوی طلب زیادت ضهان را بالای احمد میکند. پس قول او با یمین قابل اعتبار دانسته میشود.

مؤجر و مستأجر در مقدار اجرت باهم اختلاف نمودند و بینه موجود نبود، درینجا نیز قول اجاره گیرنده اعتبار دارد با یمین او؛ زیرا براءت ذمه حالت اصلی است.

## مطلب سوم - تاثیر این قاعده بر مواد قانون مدنی کشور

در قانون مدنی کشور برخی از موارد وجود دارد که در آن قاعده براءة الذمه نقش اساسی را ایفاء نموده و خیلی از موضوعات بر این قاعده بناء یافته است، که یکی از موارد آن ابراء می باشد. من میخواهم انواع ابراء را به بحث گیرم:

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية (114/1)، مجلة الاحكام ماده (1779/1778)

(2) ابن نجيم، الاشباه والنظائر (64/1).

(3) الحضرمی، الشيخ عبدالله بن سعيد محمد عباده اللحجي، (20/1)

الف- انواع ابراء: ابراء بر دو نوع است، یکی ابراء اسقاط و ابراء استيفاء<sup>(1)</sup> که هر یک آن را به قرار

ذیل از دید قانون مدنی تعریف می نمایم:

در ماده 949 قانون مدنی تذکر رفته: ابراء حق به شکل ابرای اسقاط یا ابراء استيفاء صورت میگیرد.

ماده 950 قانون مدنی حکم میکند: ابراء اسقاط: آن است که دائن مدیون خود را از تمام یا قسمتی از

حق خود بری الذمه گرداند.

ماده 951 ق- م حکم میکند: ابراء یا بصورت خاص از یک حق و یا بصورت عام از جمیع حقوق بعمل می

آید ابراء استيفاء آن است که دائن به قبض حق خود اقرار نماید.

تشریح این مواد: قانون مدنی کشور ابراء را یکی از حالت براءت ذمه دانسته زمانی که ابراء استيفاء و

ابراء اسقاط شکل گیرد، بعداً بر براءت ذمه شخص حکم کرده می شود.

955: هرگاه دائن از یک قسمت دین به این شرط ابراء دهد که مدیون قسمت باقیمانده دین را به وقت

معین اداء نماید، در این صورت ایفای شرط، مدیون بری الذمه شناخته می شود، در غیر آن تمام دین به ذمه

او باقی می ماند.

تشریح ماده: براءت ذمه چنانچه که در مواد فوق قانون مدنی کشور بحث شده، زمانی ثابت می شود که

دائن قسمت حق و یا تمامی حقی که داین بر بالای مدیون داشته باشد، آن را ایفاء نماید مدیون بری الذمه

شناخته می شود. اما اگر دائن، دین را بر بالای مدیون داشته باشد و شخص مدیون آن را تادیه نه نماید در آن

صورت بری الذمه شناخته نمی شود.

---

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية (1/147)

## مطلب چهارم - تاثیر این قاعده بر تضامن دائنین

فرع اول- تاثیر این قاعده بر تضامن دائنین:

هرگاه براءت ذمه مدیون در برابر یکی از دائنین متضامن به سببی غیر از تادیه دین حاصل گردد، در برابر متباقی دائنین بری الذمه شناخته نمیشود. مگر اینکه بقدر حصه دائنینی باشد که مدیون در برابر براءت حاصل نموده.<sup>(1)</sup>

تشریح- زمانی که مدیون، دین را به دائن پرداخت نماید، اما دائن ضامن مدیون شده، بغیر از همین دین، برای دائنین در این صورت مدیون با پرداخت دین بری الذمه محسوب می شود، اما در برابر دیون غیر بری الذمه محسوب نمی شود، مگر اینکه دین را به اندازه دیون به دائنین پرداخت نموده باشد.

فرع دوم- تاثیر این قاعده بر تضامن مدیونین:

هرگاه یکی از مدیونین متضامن کل دین را عینا یا عوضا ویا از طریق حواله اداء نماید، خود او وسایر مدیونین بری الذمه شناخته می شود<sup>(2)</sup>.

تشریح- زمانی که یک شخص ضمانت تمامی قرض را کرده باشد، بعدا همین شخص ضامن دین ویا قرض، تمامی دیون را از طریق حواله به دائن ( قرض دهنده ) پرداخت نماید در این صورت خودش و تمامی مدیونین (قرض گیرنده گان ) از دین بری الذمه شناخته می شود.

در تمامی مواد این قانون مدنی کشور، براءت الذمه را منحیث یکی از دلایل اثبات دین بکار برده است.

## مطلب پنجم - شرکت در کار

هریک از شرکاء قبل از کار، وکیل یکدیگر پنداشته شده صاحب کار می تواند انجام کار را از یک از شرکاء مطالبه نماید. هر یک از شرکاء می تواند باقیاننده اجرت را از صاحب کار مطالبه کند و اگر صاحب کار اجرت را بیکی از شرکاء بپردازد، بری الذمه شناخته می شود<sup>(3)</sup>.

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 876.

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 879.

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1282.

تشریح - براءت الذمه در عقد شرکت کار، بکار برده شده، و در این ماده موارد بحث شده، که اگر یکی از شرکاء مطالبه اجرت نماید و صاحب کار به یکی از شرکاء اجرت را پرداخت نماید، در مقابل آن بری الذمه محسوب می شود. زیرا براءت الذمه حالت اصلی شخص است.

### مطلب ششم - تاثیر این قاعده بر عقد كفالت

كفالت در لغت بمعنای ضم و التزام را گویند. و در اصطلاح عبارت از انضمام ذمه كفیل به ذمه اصیل در مطالبه نفس یا دین و یا عین می باشد مانند مغضوب و امثال آن<sup>(1)</sup>.

یکی از شرایط عقد كفالت موضوع كفالت می باشد که این موضوع یا احضار نفس است و یا كفالت مال می باشد در صورتی که هر یکی از این موارد تسلیم شود، شخص كفیل بری الذمه شناخته می شود در برابر همان كفالت خویش. و این چیزی است که در قانون مدنی بحث مفصل بر آن شده است: موضوع كفالت بنفس را احضار شخصیکه از وی كفالت بعمل آید تشکیل میدهد. اگر تسلیم دادن وی در وقت معین شرط گذشته شده باشد، كفیل به احضار و تسلیم او به مكفول له حین مطالبه او در وقت معین مكلف می گردد. در صورتیکه او را در وقت معین احضار نماید، كفیل از كفالت بری الذمه شناخته می شود. در غیر آن محکمه می تواند وی را بجزای نقدی تهدیدی محکوم نماید مگر اینکه عجز از احضار مكفول ثابت گردد<sup>(2)</sup>.

و در ماده 1686 قانون مدنی کشور تصریح شده: كفیل به نفس، با تسلیم دادن مكفول یا تادیه دین موضوع كفالت بری الذمه می گردد.

همچنان در ماده 1687 قانون مدنی، تصریح شده: كفیل با وفات مكفول بری الذمه شده اما با وفات داین مكفول له بری الذمه نگردیده ورثه او می تواند احضار مكفول را از وی مطالبه نمایند.

(1) الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلته، (132/5)، و بین وزارت عدلیه، قانون مدنی، کشور، ماده 1666.

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، کشور، ماده 1684.

تشریح- از این مواد قانون مدنی دانسته می شود، از جمله موضوع که بر می گردد به براءت الذمه، همان عبارت از احضار مکفول، وفات مکفول، و پرداخت دین از طرف کفیل به مکفول، در تمامی این موارد شخص کفیل بری الذمه شناخته می شود. زیرا براءت ذمه حالت اصلی شخص می باشد.

### مطلب هفتم - تاثیر این قاعده بر حواله دین

قانون مدنی کشور حواله دین را تعریف نموده: حواله عبارت است از انتقال دین از ذمه حواله دهنده به ذمه شخص حواله داده شده و مطالبه دین از وی<sup>(1)</sup>.

#### الف- براءت الذمه شخص حواله دهنده

هرگاه حواله گیرنده حواله را بپذیرد و شخص حواله داده شده به آن راضی گردد، حواله دهنده و کفیل او در صورت موجودیت کفیل از دین بری الذمه شناخته می شوند و در عین حال حق مطالبه حواله گیرنده از شخص حواله داده شده ثابت می گردد. براءت حواله دهنده کفیل او به سلامت حق حواله گیرنده، مقید دانسته میشود<sup>(2)</sup>.

تشریح: زمانی که حواله دهنده، مکلف به پرداخت حواله به شخص حواله گیرنده باشد، و شخص حواله دهنده آن را به حواله گیرنده، حواله دهد در این صورت خود شخص حواله دهنده و کفیل بری ذمه شناخته می شود، زیرا حق که تعلق به حواله دهنده داشت آن چیز حواله شد در این صورت شخص از ذمه حواله بری شناخته می شود.

#### ب- براءت ذمه شخص حواله داده شده:

1749- شخص حواله داده شده با پرداخت دین حواله شده یا حواله آن بر غیر و قبول حواله از طرف غیر بری الذمه شناخته می شود.

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی، کشور، ماده ماده 1716.

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1727.

ماده 1750- هرگاه حواله گیرنده به شخص حواله داده شده ابراء دهد دین ساقط شخص حواله داده شده با پرداخت دین حواله شده با حواله آن بر غیر و قبول حواله از طرف غیر بری الذمه شناخته می شود.  
تشریح - در این دو مواد قانون مدنی کشور صراحت بر براءة الذمه، حواله داده شده قرار گرفته است.

#### فرع چهارم- حالت استثناء این قاعده

قانون مدنی تذکر رفته: « ابراء دین برای اصیل موجب براءة کفیل میشود اما براءة کفیل مستلزم براءة اصیل نیست پس اگر دائن کفیل را براءة میدهد اصیل بری الذمه شناخته نمیشود. اگر طرفین ابراء در اثنای مرض موت قرار داشت یا موضوع ابراء گنگ و معلوم دار نباشد ابراء صحیح پیدا نکرده از حالت استثناء آن بشمار میرود<sup>(1)</sup>.

---

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی، در ماده 1705.



## مبحث پنجم: قاعده [ الاصل إضافة الحادث الى أقرب اوقاته ]

در این مبحث به تعریف و روشن ساختن واژه گان واصطلاحات کلیدی از قبیل مفهوم و بیان معانی قاعده، موارد تطبیقی، و استثنائات این قاعده، وهمچنان بیان تأثیرات این قاعده بر قانون مدنی افغانستان به قرار ذیل می پردازیم. و موضوعات این مبحث را در مطالب ذیل گنجانیدم:

مطلب اول: قاعده [ الاصل إضافة الحادث الى أقرب اوقاته ]

مطلب دوم: تاثیر این قاعده بر قانون مدنی افغانستان

مطلب سوم: استثنائات این قاعده

## مطلب اول: قاعده [ الاصل إضافة الحادث الى أقرب اوقاته ]<sup>(1)</sup>

### فرع اول: شرح قاعده

اصل نسبت دادن قضیه جدید به نزدیک ترین اوقاتش پنداشته میشود؛ تا زمانی که نسبت آن به زمان بعید (دور) ثابت نشود، در صورتی که نسبت یک شی به زمان بعید ثابت شود، به آن حکم کرده می شود. و این در حالی است که حدوث بودن یک شی اتفاقی یا ثابت باشد، اما اگر حدوث بودن یک شی اتفاقی و یا ثابت نباشد یعنی اختلاف در اصل حدوث و یا قدم واقع شده باشد، و در این مورد اختلاف تبارز نماید، بطور مثال: شخص در صحن حویلی شخص دیگر آب رو دارد، اختلاف در قسمت حدوث و قدم بودن مسیل پیدا می شود، اینکه صاحب حویلی بر حدوث بودن مسیل ادعا نماید و صاحب مسیل ادعا بر قدیم بودن مسیل نماید، در این مورد سوگند برای صاحب دار و شهود برای صاحب حویلی ثابت می شود، مگر این که هر دو دلایل بر ارجحیت حدوث بودن مسئله داشته باشد<sup>(2)</sup>.

حادث: واقعه ایست که موجود نباشد و بعداً بوجود آید و این را حدوث زمانی هم گویند<sup>(3)</sup>؛ پس اگر در وقت و زمان حدوث و وقوع آن اختلاف پیدا شد تا کدام حجت بر وقوع آن در زمان بعید جستجو نگردد بهتر است وقوع آنرا به زمانی که نزدیک تر بحال باشد نسبت داد؛ زیرا واقع شدن حادثه به زمان قریب، یقینی و محل اتفاق است و به زمان بعید نامعلوم خواهد بود.

هدف از حادث قضیه ای است که در گذشته نبوده و فعلاً پدید آمده است. هرگاه اختلاف در تاریخ وقوع و سبب آن قضیه بوز نماید زمان قریب آن قضیه مدار اعتبار می باشد تا زمان بعید آن حادثه به اثبات برسد، زیرا هر دو طرف در نسبت دادن وجود حادثه به نزدیکترین عنصر زمانی اتفاق نظر دارند و اختلاف آنها در

(1) ابن نجیم، الاشباه والنظائر، (84/1). المجلة الاحکام و شرح آن ماده 11. و ببین الزرقا، شرح القواعد الفقهية (125/1)، و ببین وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان

(ماده 989).

(2) الزرقا، شرح القواعد الفقهية (125/1).

(3) در الاحکام شرح مجلة الاحکام (25/1).

انتساب حادثه به وقت و زمان بعید است. بنابر این موجودیت حادثه در وقت نزدیک متیقن است و اصل پنداشته می شود، ولی زمان بعید مشکوک می باشد<sup>(1)</sup>. چنانچه که قانون مدنی کشور با پیروی از احکام فقه اسلامی می گوید: اضافه کردن اوقات آن تعیین میشود<sup>(2)</sup>.

این قاعده برگرفته شده از قاعده الیقین لایزول بالشک می باشد، چنانچه که برخی از فقهای اسلامی در کتابهای قواعد فقهی خویش آورده است<sup>(3)</sup> وجه مندرج بودن این قاعده در تحت قاعده فوق به این خاطر است که حدوث بودن یک چیز در زمان قریب، امر یقینی می باشد، و وجود اش در زمان بعید چیزی شکی می باشد، پس در این صورت باید چیزی قریب که یقینی است باید گرفت و بعید چیزی مشکوکی است باید آن را ترک کرد، تا زمانیکه خلاف آن ثابت نشود<sup>(4)</sup>.

## مطلب دوم: فروع این قاعده و تاثیرات آن بر برخی از مواد قانون مدنی افغانستان

یکم - اگر بعد از قبض در مبیعه عیب پیدا شود و بایع ادعاء کند که عیب مذکور قدیم نبوده، بلکه نزد مشتری پیدا شده است و مشتری مدعی باشد که عیب مذکور قدیم بوده و در نزد بایع قبل از بیع وجود داشته است، در این صورت حکم می شود که عیب متذکره در نزد مشتری حادث شده است و حق ندارد که بیع را فسخ کند مگر اینکه ثابت نماید که عیب مذکور قدیم بوده و در نزد بایع وجود داشته است یا اینکه عیب عارضی نبوده، بلکه در اصل خلقت بوده است، مانند اینکه یک چشم سیاه و دیگر آن آبی باشد. و این موارد در قانون مدنی کشور تصریح شده: هرگاه مبیعه وقت تسلیم عاری از اوصاف باشد که وجود آن نزد مشتری اهمیت داشته یا در آن عیبی دیده شود که باعث تنزیل قیمت یا تنزیل منفعت آن حسب غایه مطلوبه عقد یا ظاهر

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، (971/2).

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان (ماده 989).

(3) سیوطی، الاشباه والنظائر(ص: 59). و بین ابن نجیم، لاشباه والنظائر، (84/1). و بین الوجیز فی شرح القواعد الفقیهه (187/1).

(4) اتاسی، شرح المجلة الاحکام (33/1).

طبیعت شی و یا غرضیکه به آن آماده گردیده شود، بایع ملزم بضمان می گردد، گرچه بایع به وجود آن علم نداشته باشد<sup>(1)</sup>.

دوم - شخص چیزی را خریداری می نماید و دارای مدتی معینی از خیار می باشد پس از انقضاء مدتی خیار به فکر اینکه مدت خیار هنوز باقی است در صدد فسخ عقد می بر آید، اما بایع معتقد است مدت خیار سپری شده است و مشتری در آن سکوت نموده بود، در این صورت قول بایع اعتبار دارد و مشتری حق رد مبیعه را ندارد مگر اینکه ثابت نماید که فسخ در مدت خیار انجام شده است<sup>(2)</sup>. و این را قانون مدنی کشور تصریح نموده است: عقدیکه فسخ آن مشروط به خیار گردیده باشد، هنگامی فسخ می گردد که صاحب خیار قولاً یا فعلاً آن را در مدت معینه فسخ نماید در فسخ قولی علم طرف مقابل به فسخ عقد در مدت معینه شرط می باشد<sup>(3)</sup>.

سوم - زمانی که زوجه ادعاء کند که شوهرش او را در اثنای مرض موت خود به خاطر محروم ساختن وی از میراث طلاق نموده است، بناء مستحق میراث می گردد و بالعکس ورثه متوفی مدعی شوند که شوهر اش او را در اثنای صحت خود طلاق نموده است بناء مستحق میراث نمی شود، در این صورت قول زوجه معتبر خواهد بود، زیرا؛ زمان طلاق مورد اختلاف است پس باید طلاق را به نزدیک ترین زمان منسوب کرد و نزدیک ترین زمان وقوع طلاق زمان مرض موت شوهر می باشد مگر اینکه ورثه از طریق اقامه بینه وقوع طلاق را در وقت صحت ثابت نماید<sup>(4)</sup>. و این در قانون مدنی کشور تصریح بر این شده: مطلقه طلاق بائن در معرض موت حکم

---

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی کشور، ماده 1097.

2 الزرقاء، المدخل الفقهي العام، (2/ 971-972).

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی کشور، ماده 656.

(4) علی حیدر، در الاحکام شرح مجلة الاحکام، (28/1).

زوجه را دارد، مشروط بر این که زوجه بر طلاق راضی نبوده و طلاق کننده در همان مرض بمیرد و مطلقه هنوز در عدت باشد<sup>(1)</sup>.

### مطلب سوم: استثنای این قاعده

اگر شخص علیه حاکم عزل شده، ادعاء نماید که حاکم بعد از عزل اش از او پول را به طور اجبار اخذ نموده و حاکم مدعی علیه بگوید که مبلغ مذکور را در زمان زمامداری اش بعد از محاکمه آن شخص از او گرفته است و برای محکوم له فلانی داده است، اگر مبلغ داده شده در دست مدفوع الیه تلف شده باشد، در این صورت قول حاکم معتبر خواهد بود، زیرا؛ هر چند طبق این قاعده باید قول مدعی معتبر باشد، زیرا؛ اخذ بعد از عزل نزدیک ترین اوقات است و باید آن اصل قرار داده شود و بر حاکم عمل خود را به زمانی منسوب می سازد که منافی ضمانت بوده و ادعاء می کند که ذمه او بری است. بنابر این طبق قاعده دیگر [ الاصل برائة الذمه ] قول حاکم معتبر خواهد بود.

هرگاه زوجه مرد مسیحی مذهب ادعاء کند که او بعد از وفات شوهرش مسلمان شده است و در دارایی شوهرش حق دارد، زیرا؛ هنگام وفات شوهرش به دین (آیین) او بوده است، ولی ورثه متوفی ادعاء نمایند که زوجه قبل از موت مورث مسلمان شده است، در این حالت اگر چه طبق این قاعده قول زوجه اعتبار دارد، زیرا؛ مسلمان شدن او امر حادث است و حدوث آن را در نزدیک ترین اوقات ادعاء می کند و بر ورثه لازم است که خلاف آن را اثبات نمایند، ولی بر اساس قاعده دیگر [ الاصل بقاء ما کان علی ما کان ] قول ورثه معتبر است، زیرا؛ آن ها ادعای اختلاف دین (آیین) میان زوجه و زوج را می کنند و اختلاف دین که یکی از اسباب محرومیت از میراث است هم اکنون موجود است و با استفاده از استصحاب الحال مقلوب زوجه در زمان ماضی نیز مسلمان محسوب می شود<sup>(2)</sup>.

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی، فقرة دو ماده 2007

(2) علی حیدر، در الاحکام شرح مجلة الاحکام (29/1).

### مبحث ششم: قاعده [ الاصل فى الصفات العارضة العدم ]

در این مبحث به تعریف و روشن ساختن واژه گان واصطلاحات کلیدی از قبیل مفهوم و بیان معانی قاعده، موارد تطبیقی، و استثنائات این قاعده، وهمچنان بیان تاثیرات این قاعده بر قانون مدنی افغانستان به قرار ذیل می پردازیم. و موضوعات این مبحث را در مطالب ذیل گنجانیدم:

#### مطلب اول: قاعده [ الاصل فى الصفات العارضة العدم ]

#### مطلب دوم: فروعاً این قاعده

#### مطلب سوم: تاثیر این قاعده بر قانون مدنی افغانستان

## مطلب اول: قاعده [ الاصل فى الصفات العارضة العدم ]<sup>(1)</sup>

فرع اول: شرح قاعده اصل در صفات عارضی عدم است. چنانچه که در صفات اصلی وجود می باشد. این قاعده این مفهوم را می رساند که اصل در صفات عارضه عدم و اصل در صفات اصلی وجود است، مثلا هرگاه شرکای مضاربت در حصول یا عدم ربح اختلاف کنند، در این صورت قول مضارب با سوگندش معتبر خواهد بود، زیرا، مضارب صفت اصلی را ادعاء می کند که همان عدم ربح است و چون صاحب مال صفت عارضی یعنی ربح را ادعاء می نماید بر او لازم است که بینه اقامه کند. آنچه راجع به معنای این قاعده گفته شد واضح می شود که صفت به دو قسم است: یکی صفت اصلی و دیگری صفت عارضی می باشد.

اول- صفات عارضی: عبارت از صفات است که وجوداش در چیزی عارضی باشد مانند تمامی عقود و افعال. و اصل در این نوع صفات عدم می باشد<sup>(2)</sup>.

دوم- صفات اصلی: عبارت از صفاتی است که وجوداش مقارن یا نزدیک به وجود باشد. مانند بکارت دختر، سالم بودن مبیعه (جنس) مورد معامله از عیوب وصحت عقود بعد از انعقاد<sup>(1)</sup>. در قانون مدنی افغانستان تذکر رفته: اصل بقای شی به حالت اصلی و در صفات معارض، عدم است<sup>(2)</sup>.

(1) الزرقاء، المدخل الفقهي العام (982/2).

= برخی اصطلاحات است که مرتبط با این قاعده می باشد: که قرار ذیل هر کدام را ذکر می نمایم: - الاصل عدم الشرط، الاصل عدم اللزوم، الاصل عدم الاذن، الاصل عدم الرضا، الاصل عدم القبض، الاصل عدم التبرع، الاصل عدم التعدي، الاصل عدم التفريط، الاصل عدم المفسد، الاصل عدم الفعل، الاصل عدم العلم، الاصل عدم النية، الاصل عدم الزيادة، الاصل عدم التداخل، الاصل عدم الملك. برخی قواعد دیگر است که مشابه این قاعده می باشد:

= الاصل فى الصفات العارضة العدم. الاصل فى كل معدوم بقاؤه على عدمه. الاصل فى كل حادث عدمه حتى يتحقق. الاصل فى الاشياء العدم. الاصل العدم ما لم يعارضه شيء آخر. الاصل عادم العارض، الاصل فى كل أمر ممكن العدم حتى يعلم وجوده. معلمة زائد، للقواعد الفقهية والاصولية (434-435/4).

(2) الزرقاء، شرح القواعد الفقهية (117/1).

---

(1) الزرقاء، شرح القواعد الفقهية (117/1).

(2) وزارت عدليه، قانون مدنى، ماده 990.



## فرع دوم: فروع قاعده و تاثیر این قاعده بر قانون مدنی افغانستان

یکم - اگر مضارب و رب المال در ربح (فائده) وعدم ربح اختلاف نمود، در این صورت قول مضارب مدار اعتبار می باشد، و رب المال بخاطر ثابت نمودن ربح، بینه یا شهود لازم می شود، زیرا اصل در این مورد عدم می باشد.

دوم - اگر فروشنده و خریدار در قبض مبیعه و یا ثمن اختلاف نماید، یا اجاره دهنده و اجاره گیرنده در قبض ماجور یا بدل اجاره اختلاف نماید در تمامی این مورد قول منکر قبض مدار اعتبار می باشد، زیرا اصل در این صورت عدم می باشد.

سوم - اگر فروشنده و خریدار در شرط گذاشتن خیار به هم اختلاف نماید در این مورد قول منکر مدار اعتبار می باشد<sup>(1)</sup>.

در قانون مدنی افغانستان تذکر رفته: اصل بقای شي به حالت اصلي و در صفات معارض، عدم است<sup>(2)</sup>.

---

(1) الزرقاء، شرح القواعد الفقهية (117/1-118).

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 990.

## مبحث هشتم: قاعده [ الاصل في الاشياء الاباحة حتى دل الدليل على التحريم ]

در این مبحث به تعریف و روشن ساختن واژه گان واصطلاحات کلیدی از قبیل مفهوم و بیان معانی قاعده، موارد تطبیقی، و استثنائات این قاعده، وهمچنان بیان تاثیرات این قاعده بر قانون مدنی افغانستان به قرار ذیل می پردازیم. و موضوعات این مبحث را در مطالب ذیل گنجانیدم:

مطلب اول: قاعده [ الاصل في الاشياء الاباحة حتى دل الدليل على التحريم ]

مطلب دوم: فروع ایت قاعده

مطلب سوم: تاثیر این قاعده بر قانون مدنی افغانستان

## مطلب اول: قاعده [ الاصل فى الاشياء الاباحه حتى دل الدليل على التحريم ]<sup>(1)</sup>

فرع اول: شرح قاعده: اصل در تمامی اشياء اباحت می باشد، تا زمانیکه دلیل بر تحریم آن نیامده باشد. کلمه اصل در مبحث اول این کتاب شرح گردید، هدف از اشياء در این قاعده؛ عبارت از اعیان و افعال می باشد، که شامل منافع، عادات، اموال و دیگر چیزها هم می شود. واژه اشياء در این قاعده بطور مطلق ذکر شده، اما باید گفت که این واژه با اشياء که مضر نباشد مقید گردیده .

افعال هم در تحت این قاعده می آید، تمامی تصرفات که شخص آن را انجام می دهد، در صورتی که افعال ذاتی باشد مانند چیزهای خوردنی، نوشیدنی ها و البسه، یا این که افعال که وابسته با چیزهای دیگر باشد مانند انواع معاملات، عقود و شرایط و امثال آن، تمامی این موارد شامل این قاعده می شود. هدف از اعیان، تمامی آن چیزهای که نفع از آن برده می شود مانند حیوان، نبات و جمادات می باشد، شامل این قاعده می شود. واژه حل از لفظ اباحت عام تر می باشد، زیرا این واژه در مقابل حرام قرار می گیرد، چنانچه که در این قول خداوند متعال می آید: { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا }<sup>(2)</sup> و در قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: { الحلال بين والحرام بين }<sup>(3)</sup> در این موارد لفظ حلال در مقابل حرام قرار گرفته، بناء در تحت واژه حلال، مباح، مستحب، واجب داخل می شود<sup>(4)</sup>.

(1) سیوطی، الاشباه والنظائر، (60/1). و ببین، ابن نجیم، الاشباه والنظائر (93/1)، و ببین معلمة زائد للقواعد الفقهيه والاصوليه (345/31).

= اصطلاحات این قاعده قرار ذیل می باشد: - الاصل فى الاشياء الاباحه - كل مسكوت عن ذكره بتحريم او امر فمباح. - ما لا يعلم فيه تحريم يجرى على حكم الحل. - الاصل فى الاشياء التى لا ضرر فيها ولا نص تحريم الحل والاباحه - الاصل فى المنافع الاذن وفى المضار المنع. الاصل فى الاعيان الحل - العادات الاصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرم الله - الاصل فى العقود الجواز، الاصل فى البيوع الاباحه . برگرفته شده از کتاب معلمة زائد للقواعد الفقهيه والاصوليه (346/31-347).

(2) سورة البقره، آیت: 275.

(3) صحيح البخاري (28/1)

(4) معلمة زائد للقواعد الفقهيه والاصوليه، (348/31).

## مطلب دوم: دیدگاه دانشمندان اسلامی در مورد این قاعده

تمامی اشیاء مسکوت عنه بعد از ورود شرع تا زمانیکه بر تحریم و اباحت آن دلیل نیامده باشد، اصل در آن اباحت و حلال بودن است. هر آن چیزی که خداوند متعال در روی زمین از قبیل حیوان، نبات و جهادات آفریده، و تمامی افعال، عادات و تصرفات و تمامی انواع معاملات، عقود تجارات و کسب ها تا زمانیکه دلیل از شریعت بر تحریم آن نیامده باشد، اصل در آن حلال و مباح بودن می باشد.

این قاعده فقهی، اصولی و مقاصدی می باشد، که برخی از اصولیان در مبحث استصحاب آن را بکار برده است، این قاعده را ما هم در فصل اول در مبحث استصحاب تحت بررسی قرار دادیم، اما حالا در مورد اختلاف علماء در مورد این قاعده به بحث می گیریم،

در مورد اشیاء مسکوتی در میان علماء اختلاف نظر است که آیا اصل در آن حلیت و اباحت است یا حرمت؟ زرکشی رحمه الله نص مخالف را یاد آوری می کند و می گوید ( الاصل فی الاشیاء الاباحه او التحريم او لاوقف ) ابن نجیم حنفی رحمه الله ذکر می کند: ( الاصل فی الاشیاء الاباحه حتی یدل الدلیل علی عدم الاباحه ؟ و این مذهب امام شافعی می باشد.

بحث کلی در این باره، چیز های مسکوتی بعد از آمدن شرع می باشد که آیا اصل در این مورد اباحت است چنانچه که برخی از فقهای اسلامی این نظر دراد یا حرمت است چنان که برخی از فقهای اسلامی خلاف این قول نظر دارد: اصل در اشیاء بعد از آمدن شرع عبارت از حظر و منع می باشد، مگر اینکه شرع آن را مباح قرار داده باشد، اگر در شرع بر اباحت شیء بعد از آمدن شرع دلیل وجود نداشت در آن صورت باید بر اصل حظر و منع باید تمسک نمود، که ابی بکر الابهری مالکی، و حسن بن حامد، قاضی ابی یعلی الفراء حنبلی، و ابن نجیم این قول را به برخی از اهل حدیث نسبت اش داده و سیوطی برخی دیگر از علماء این قول را به امام ابوحنیفه نسبت می دهد و می گوید: الاصل فی الاشیاء التحريم حتی یدل الدلیل علی الاباحه. اما ابن عابدین رحمه الله می گوید: دیدگاه مختار در نزد جمهور از احناف در این است که اصل اباحت می باشد.

ومی گوید: ( المختار ان الاصل فی الاشیاء الاباحه ). بناء قول مختار در نزد جمهور از فقهای احناف اباحت می باشد.

برخی از شوافع این نظر دارد که اصل در تمامی اشیاء مسکوتی تا زمانی که دلیل بر اباحت و تحریم آن نیامده باشد، وقف می باشد.

در نتیجه باید گفت اصل در تمامی اشیاء که از آن نفع برده می شود عبارت از حلیت و اباحت می باشد، اما در اشیاء مضره اصل در آن تحریم و توقف می باشد<sup>(1)</sup>.

### مطلب سوم: فروعات این قاعده

یکم- خوردن حیوانات که بر حلیت و حرمت آن دلیل وجود نداشته باشد و همچنان به کشتن آن امر نشده باشد، اصل در چنین اشیاء مسکوتی عبارت از اباحت می باشد.

دوم- خوردنی ها و نوشدنی ها از نباتات، میوه جات، و حبوبات که از کشورها وارد می شود، تا زمانیکه دلیل بر تحریم و حلیت آن نیامده باشد، اصل در آن اباحت می باشد.

سوم- تمامی معاملات جدید و امروزه که خالی از ربا و غرر باشد، مباح می باشد، زیرا اصل در عقود و بیوع و شروط عبارت از اباحت می باشد<sup>(2)</sup>.

### مطلب سوم: تاثیر این قاعده بر قانون مدنی افغانستان

در قانون مدنی کشور برخی از مسایل است که در تحت این قاعده می آید از آن جمله اسباب کسب ملکیت می باشد.

#### فرع اول- اسباب کسب ملکیت

(1) معلمة زائد للقواعد الفقهیه والاصولیه (351-350/31).

(2) معلمة زائد للقواعد الفقهیه والاصولیه (361-360/31).

قانون مدنی افغانستان، اسباب ملکیت را در مواد 1985 الی 2298 خود به صورت واضح تنظیم کرده است که آن ها عبارت اند از حیازت، استیلاء ( تصاحب )، وفات، التصاق، عقود ناقله، و شفعه می باشد. قانون اساسی کشور اسباب کسب ملکیت و اموال را یکی از حقوق اساسی اتباع افغانستان دانسته و چنین تصریح دارد: ملکیت از تعرض مصئون است. هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی شود، مگر در حدود احکام این قانون. فقهای اسلامی و قانون مدنی کشور اسباب کسب ملکیت را بصورت مفصل بیان نموده است. در مورد اسباب کسب ملکیت فقهای اسلامی نظریات مختلف را ارائه نموده و من می خواهم که برخی موارد اسباب کسب ملکیت را بیان نمایم:

استاد مصطفی زرقاء و دکتور وهبه الزحیلی اسباب کسب مالکیت را چهار چیز می دانند که عبارت از احراز مباحات، عقود، خلفیت و تولد از مملوک می باشد<sup>(1)</sup>. سیوطی رحمه الله اسباب کسب مالکیت را هشت نوع می داند که عبارت از میراث، معاوضات، هبه، وصیت، وقف، غنیمت، احیای موات، و صدقات می باشد. ابن نجیم رحمه الله اسباب کسب مالکیت را سیزده نوع میدانند که عبارت از: معاوضات، مهر، خلع، میراث، هبه، صدقات، وصیت، وقف، غنیمت، استیلاء، احیای موات، تملک لقطه، و دیت می باشد<sup>(2)</sup>. مجلة الاحکام العدلیه اسباب کسب مالکیت را در سه چیز می داند که عبارت اند از: عقود، خلفیت، و احراز مباحات<sup>(3)</sup>.

قانون مدنی کشور اسباب کسب مالکیت را هفت چیز می داند که عبارت از: استیلاء، میراث، وصیت، التصاق، عقود ناقله؛ شفعه، و حیازت می باشد<sup>(4)</sup>.

---

(1) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، (250-242/1)، وبيين زحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، (6/).

(2) الموسوعة الفقهية، الاسلاميه، (39-38/39).

(3) مباحلة الاحكام العدليه، ماده 1248.

(4) وزارت عدليه، قانون مدنی افغانستان، مواد 1985 الی 2298.

بناء من می خواهیم در این مبحث اسباب کسب مالکیت، را از دید فقه اسلامی و قانون مدنی کشور بطور مختصر به بحث گیرم:

### جزء اول - استیلاء ( احراز و تصاحب)

الف- استیلاء در لغت: عبارت از تسلط دست بر چیز، یا غلبه بر چیزی و قادر بودن بر چیزی را گویند<sup>(1)</sup>.

ب- استیلاء در اصطلاح: عبارت از تسلط و غلبه حاصل نمودن بر محل شی<sup>(1)</sup>. و در شرع عبارت از تسلط بر اموال و حقوق دیگران بطور ناحق<sup>(2)</sup>.

قانون مدنی کشور استیلاء را چنین تعریف می نماید: شخصی که مال مباح را قبل از دیگران به دست می آورد، مالک آن شناخته می شود.

ج- انواع استیلاء: استیلاء که از جمله کسب ملکیت مباح شناخته شود بر دو نوع است: استیلاء حقیقی و استیلاء حکمی.

یکم- استیلاء حقیقی: عبارت از این که به سبب وضع ید تصرف کامل به وجود می آید مانند به دست آوردن شکار.

دوم- استیلاء حکمی: عبارت از اینکه تصرف کامل صورت نگرفته، اما زمینه کامل برای آن محیا شده باشد. مانند استعمال وسایل در شکار تا مانع فرار شود.<sup>(3)</sup> قانون مدنی کشور در مورد انواع استیلاء بر مباح چنین تصریح دارد: احراز یا حقیقی است که با گذشتن دست فعلی برشی یا حکمی است که به تهیه سبب آن محقق می گردد<sup>(4)</sup>.

### جزء دوم - مباحات یکی از اسباب کسب ملکیت :

---

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية (4/157).

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية (4/158).

(3) الزحيلي، الفقه الاسلامی وادلتہ (5/504).

(4) وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده 1987.

الف - مفهوم مباح: مباح از بوح گرفته شده بمعنای جایز را گویند(1) در اصطلاح: عبارت از مالی است که ملکیت شخص نباشد و در تملک آن هیچ مانعی شرعی دیده نشود.

مباحات طبق قانون مدنی کشور بر دو قسم تقسیم می شود، یکی مباح منقول و دیگری مباح عقار می باشد. که هر یک را توضیح خواهیم داد:

الف - استیلاء بر مباح منقول: مال منقول مطابق قانون مدنی کشور دارای شش نوع می باشد که عبارت اند از: استیلاء بر اشیای منقول بلا مالک، استیلاء بر معدن و خزانه، استیلاء بر شکار آبی و زمینی، استیلاء بر لقطه، استیلاء بر آثار تاریخی و فرهنگی، استیلاء بر متروکه بلا وارث، میباشد.

یکم- استیلاء بر اموال منقول بلا مالک: اشیاء منقول عبارت از اینکه قابلیت انتقال را از یک جایی به جای دیگر داشته باشد، برابر است که بعد از حمل و نقل حالت اولی شان باقی باشد مانند اموال تجارتي یا اینکه باقی نماند مانند درختان مغروسه(2). قانون مدنی کشور در این مورد تصریح دارد: شخصی که مال منقول مباح را قبل از دیگران به دست آورد، مالک آن شناخته می شود<sup>(1)</sup>.

دوم- استیلاء بر معادن کنز(خزانه): معادن جمع معدن در لغت بمعنای مرکز چیزی را گویند. و در اصطلاح عبارت از اشیای است که خداوند متعال آن را در شکم زمین خلق کرده باشد مانند طلا، نقره و غیره. اما کنز بمعنای گنج که جمع آن کنوز می باشد. در اصطلاح عبارت از چیزی است که انسانها آن را در شکم زمین دفن کرده باشد. کنز بر دو نوع است: کنزی که در دور جاهلیت در شکم زمین دفن شده و کنزیکه در دور اسلام در شکم زمین مدفون شده باشد<sup>(2)</sup>. قانون مدنی کشور در این مورد چنین تصریح می دارد: هرگاه معدن، خزانه یا آثار باستانی در اراضی مملوکه شخصی کشف گردد ملکیت آن از دولت بوده علاوه بر اعطای مکافات برای مالک، زمین مطابق به قانون استملاک می گردد. اما اگر معدن و خزانه در در اراضی دولتی کشف شود، چنین معدن و خزانه ای نیز ملکیت دولت خواهد بود. در این صورت شخصی که آن را کشف

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 1985.

(2) الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته (505/5)



نموده است، فقط مستحق مکافات می گردد. چنانچه که قانون مدنی باز تصریح می دارد: کسی که در اراضی دولتی معدن خزانه دفن شده یا اثر باستانی رایباید، ملک دولت شمرده شده مقامات با صلاحیت در مقابل به او مکافات مناسب تعیین می کنند<sup>(1)</sup>.

سوم- استیلاء بر شکار آبی وزمینی: شکار عبارت از وضع ید برجیزی مباحی است که در ملکیت هیچ کس قرار نداشته باشد. قانون مدنی در این مورد چنین صراحت دارد: حقوق در اشیای وزمینی توسط قوانین خاص تنظیم می گردد<sup>(2)</sup>.

چهارم- استیلاء بر لقطه (شی گم شده): عبارت از چیزی است که در نزد صاحب اش گم شده و دیگر کس آن را پیدا کرده باشد. قانون مدنی در این مورد تصریح می دارد: حقوق در لقطه و توسط قوانین خاص تنظیم می گردد<sup>(3)</sup>.

پنجم- استیلاء بر آثار تاریخی و فرهنگی: سیطره بر آثار باستانی طبق قانون مدنی کشور: کسی که در اراضی دولتی معدن خزانه دفن شده یا اثر باستانی رایباید، ملک دولت شمرده شده مقامات با صلاحیت در مقابل به او مکافات مناسب تعیین می کنند<sup>(4)</sup>. این مبحث در معدن بحث شده دیگر لازم نیست که در این مورد تفصیل داده شود.

ششم- استیلاء بر متروکه بلا وارث: در صورتی که کسی وفات نماید و وارث را بجا نگذار در این صورت مصابق شریعت اسلامی و قانون مدنی کشور، متروکه وی ملکیت دولت شناخته می شود.

ب- استیلاء بر مباح عقار: در این مورد دو موضوع مطرح بحث می باشد، یکی استیلاء بر زمین های زراعتی بلا مالک، دوم استیلاء بر زمین های بایر غیر قابل انتفاع بلا مالک می باشد.

---

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 1988-1989.

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 1990.

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 1990

(4) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 1988-1989.

یکم- استیلاء بر زمین های زراعتی بلا مالک: طبق احکام قانون مدنی کشور زمین های زراعتی بلا مالک ملکیت دولت می باشد، و هیچ کسی حق ندارد که آنها را بدون اجازه دولت تملک نماید، و در ماده 1991 خود تصریح می دارد: اراضی زراعتی لا مالک ملکیت دولت بوده تملک آن بدون اجازه دولت و خلاف احکام قانون، جواز ندارد.

دوم- استیلاء بر زمین های بایر غیر قابل انتفاع بلا مالک: قانون مدنی کشور این زمینها را ملکیت دولت شمرده و تصریح می دارد: اراضی بایر غیر قابل انتفاع که لا مالک باشد، ملک شخصی شناخته می شود که به اجازه حکومت آن را تصرف و آباد نموده باشد. اگر اراضی بایر ولا مالک به اجازه حکومت آباد گردد و در آن کشت زراعت و بناء آباد شود آباد کننده مالک آن شناخته شده و به تادیه مالیات مکلف می شود مگر اینکه قانون خاص طور دیگری حکم کرده باشد<sup>(1)</sup>.

#### جزء سوم - التصاق یکی از اسباب کسب ملکیت :

فرع اول- مفهوم التصاق: التصاق در لغت بمعنای .... و در اصطلاح فقهی و حقوقی عبارت از اتحاد دو چیز با هم جدا، و دو مملوک برای دو مالک مختلف بدون از این که بر این دو چیز متحد با هم اتفاق نظر داشته باشد. از این تعریف معلوم می شود که التصاق در موارد ذیل صدق میکند:

یک - التصاق در جایی صدق می کند که جدا کردن دو شی از هم، بدون تلف یکی یا هر دوی آنها ناممکن باشد، بنابر این، التصاق بر کنز دفن شده در زمین صدق نمی کند، بخاطری که جدا کردن کنز از زمین بدون تلف یکی یا هر دوی آنها ممکن باشد.

دو- التصاق در جای صدق می کند که دو شی از هم جدا باشد، بنابر این میوه بی که از یک چیز متولد می شود، برابر است که ثمر طبیعی باشد یا مصنوعی آن چیز، بناء چیزی مستقل از شی متولد منه نیست، بلکه متولد از آن شی می باشد.

---

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 1992.

سه - التصاق در جای صدق می کند که دو شی مملوک از دو مالک مختلف باشند.

چهار- التصاق در جای صدق می کند که بین دو مالک مبنی بر اتحاد دو شی اتفاق نظر وجود نداشته باشد<sup>(1)</sup>.

فرع دوم - انواع التصاق از دید قانون مدنی افغانستان: التصاق از دید قانون مدنی کشور به سه نوع است: التصاق طبیعی به عقار، التصاق مصنوعی به عقار و التصاق منقول به منقول.

**الف- التصاق طبیعی به عقار:** احکام قانون مدنی افغانستان از مواد 2198-2201 در مورد به التصاق طبیعی عقار می باشد: قانون مدنی کشور در ماده 2198 تصریح می دارد: اگر اثر آب خیزی دریا، زمین جدیدی بوجود آید و بزمین مملوکه شخص دیگری اتصال یابد زمین جدید ملکیت دولت شمرده می شود. وهمچنان در ماده 2199 تصریح می دارد: اراضی که در اطراف آبهای ایستاده جدیدا مکشوف می شود بهیچ صورت ملکیت مالکین همجوار شناخته نمی شود مگر ملکیت زمینی را که در اثر ارتفاع آب زیر آب شده است از دست نمی دهد.

باز هم قانون مدنی کشور تصریح می دارد: ملکیت اراضی ایکه در اثر تغییر مسیر دریا بوجود می آید و جزیره های که در مسیر آن تشکیل می گردد توسط قانون خاص تنظیم می گردد<sup>(2)</sup>.

**ب- التصاق مصنوعی به عقار:** از مواد 2202 الی 2208 قانون مدنی در رابطه به التصاق مصنوعی عقار پرداخته است: قانون مدنی کشور در این مورد تصریح می دارد: تمام بناءها، اشجار غرس شده و تاسیسات دیگری که از عمل مالک زمین بوجود آمده باشد ملک او شناخته می شود. این ماده بیان می دارد که همه آن چیزی که به روی زمین و ناشی از عمل مالک است، پس ملکیت خود مالک محسوب می شود. قانون مدنی کشور سه مورد را قرار ذیل در این مورد بیان می دارد:

(1) السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی (.)

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 2201.

حالت اول- هر بناء یا غرس اشجار یا تاسیساتیکه جدیدا از طف مالک زمین بوسله مواد مملوکه غیر احداث می گردد ملک صاحب زمین محسوب شده به تادیه قیمت مواد ودر صورت موجودیت دلیل موجه به پرداخت تعویض نیز مکلف می وشد مشروط بر اینکه کشیدن مواد بدون الحاق ضرر بزرگ به تاسیسات مذکور ممکن نباشد<sup>(1)</sup>.

صورت دوم- هرگاه کسی توسط مواد شخصی خود، بناء تاسیسات دیگری را با وجود علم به ملکیت غیر در زمین شخص دیگری بدون رضایت او احداث نماید مالک زمین می تواند ازاله آن را بمصارف احداث کننده مطالبه نموده ودر صورت موجودیت دلیل موجه تعوض را نیز مطالبه نماید. در صورتی که ازاله آن بدون عائد شدن ضرر بزمین ممکن نباشد مالک زمین می تواند اشیاء قابل ازاله را در مقابل تادیه قیمت آن تصاحب نماید<sup>(2)</sup>.

هرگاه شخص احداث کننده بناء یا تاسیسات مندرج ماده 2204 این قانون با حسن نیت معتقد باشد که در احداث انشات مذکور ذیحق می باشد مالک زمین ازاله آن را مطالبه کرده نتوانسته بلکه میتواند یا قیمت مواد ا با اجرت کار کارگران یا آنچه که سبب احداث در ثمن زمین افزایش بعمل آمده هر یک را که خواسته باش بپردازد مشروط بر اینکه مالک تاسیسات، ازاله آن را مطالبه نه نماید<sup>(3)</sup>.

البته این در صورتی است که قیمت زمین بناء یا تاسیسات کمتر از قیمت زمین باشد.

صورت سوم- هرگاه شخص زمین شخص دیگری را بدون اجازه مالک آن بذر نماید وبذر مذکور سبز شود زرع به مالک زمین تعلق می گیرد<sup>(4)</sup>.

---

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 2205.

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 2204.

(3) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 2205.

(4) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 2208.

ب- التصاق منقول به منقول: هرگاه دو جنس منقول ملکیت دو شخص مختلف با حسن نیت وبدون موافقه قبلی مالکین آن طوری با هم یکجا شود که بدون تلف شدن از هم مجزا شده نتواند مالک منقول اکثر در برابر قیمت منقول دیگری مالک مال یکجا شده محسوب میگردد<sup>(1)</sup>.

## مطلب چهارم: رابطه استصحاب با قاعده [ حيازت در اموال منقول، سند مالکیت است]

استصحاب در اصول فقه اسلامی، با قاعده حيازت اموال منقول در حکم سند مالکیت است در قوانین وضعی، ارتباط محکمی با هم دارند، زیرا اساس شرعی و قانونی حيازت همان نوع چهارم استصحاب است. در توضیح این واقعیت، قاعده حيازت را به صورت خلاصه بیان می کنیم و سپس به بیان رابطه آن با استصحاب، میپردازیم<sup>(2)</sup>.

### فرع اول - مفهوم حيازت

الف- حيازت در لغت: حيازت عبارت است از در اختیار گرفتن مال، زمین زراعتی<sup>(3)</sup>.

ب- حيازت در اصطلاح: حيازت عبارت است از تصرف یا فراهم آوردن زمین و اسباب تصرف هر شیئی مباح که برای تصرف آن منع شرعی یا قانونی وجود نداشته باشد. مانند تصرف معادن، آب بی صاحب و زمین موات و امثال اینها، که به رغم مواد قانون مدنی، با ملی شدن منابع طبیعی و پیدایش دولت های قانونی و تسلط آنها بر منابع عمومی گستره حيازت بسیار محدود شده است<sup>(4)</sup>.

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی ماده 2209.

(2) اصول الفقه فی نسیجة الجدیة (ج 1/ ص: 198-199).

(3) المعجم الوسیط - موافق للمطبوع (ج 1/ ص: 206)، تاج العروس (ج 1/ ص: 3713).

(4) اصول فقه کاربردی، مترجم (280).

ج- تعریف حيازت از دید قانون مدنی افغانستان: طبق ماده 2256 حيازت، حالتی واقعی است که از

سلطه شخصی بر شی یا بر حقی از حقوق برشی بصفه مالک شی یا صاحب حق بر شی نشات می کند<sup>(1)</sup>. آن چه که از این تعریف بر می آید عبارت اند از:

الف- حيازت یک وضعیت و حالت مادی است که از قدرت فعلی و عملی شخص بر شی یا حق اعمال می شود خواه شخص مذکور صاحب حق باشد یا نباشد تسلط فعلی بر حق با استعمال آن به وسیله اعمال مادی که محل حق آن را ایجاب می کند، تحقق می یابد. هرگاه حق محل حيازت حق ملکیت باشد، این حق باشی محل حق خلط می شود، به عنوان مثال اگر گفته شود که فلان شخص بر فلان شی که محل حق است تسلط فعلی پیدا کرد، در این جا تسلط فعلی به وسیله اعمال مادی ( اعمالی که مالک آنها را معمولاً در استعمال حق ملکیت انجام می دهد صورت می گیرد) یعنی شی محل حق را استعمال می کند یا آن را مورد بهره برداری قرار می دهد یا در آن تصرف مالکانه انجام می دهد. پس اگر شی خانه باشد در آن سکونت می کند یا آن را به اجاره می دهد و اگر شی زمین زراعتی باشد، آن را کشت می کند یا آن را از طریق اجاره یا مزارعه به کسی دیگری می دهد، تا در آن کشت کند و اگر شی موتر یا کتاب یا خوردنی یا نوشدنی باشد آن را احراز می نماید و طبق مقتضای طبیعت آن شب از آن نفع می گیرد و یا اینکه در آن از طریق عقد بیع یا هبه یا رهن یا سایر تصرفات مشروع تصرف می نماید و بدین ترتیب شخص حایز حق ملکیت یا شی محل این حق می گردد، در تمامی ای حالات شخص حایز حق ملکیت یا شی محل این حق محسوب می شود خواه شخص مذکور مالک آن شی باشد یا نباشد، اما هرگاه حق محل حيازت حق ملکیت نه، بلکه حق ارتفاق باشد، مانند حق مرور یا حقابه یا حق مجراء حيازت آن با استعمال فعلی آن صورت می گیرد، به عنوان مثال اگر حق محل حيازت حق مرور باشد، حيازت آن با مرور حایز در زمین همسایه تحقق می یابد و اگر حق محل حيازت حقابه باشد، حيازت آن با استفاده از یکی دو طریق تحقق پیدا می کند، یا اینکه حایز آب را از جوی همسایه می گیرد و زمین خود را آب می دهد یا اینکه حایز آب را از نهر عمومی گرفته از طریق زمین همسایه زمین خود را

(1) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان (ص: 731).

آبیاری می نماید. در تمام این حالات شخص مذکور، حایز شناخته می شود، خواه حقوق ارتفاق را بایکی از اسباب کسب حقوق ارتفاق کسب کرده باشد، یا اصلا آن را کسب نکرده باشد آنچه در مورد حق ارتفاق گفته شد در مورد حق انتفاع و سایر حقوق نیز صدق میکند.

ب- حیات از جمله حقوق عینی یا حقوق شخصی نیست، بلکه از اسباب کسب حق می باشد<sup>(1)</sup>.

### فرع دوم - استصحاب اساس قاعده حیات است

نوع چهارم استصحاب - که همان استصحاب صفت اصلی است خود اساس و مبنای قاعده حیات در اموال منقول، سند مالکیت است میباشد، زیرا حیات یکی از مظاهر مالکیت و یکی از ویژه گی های اصلی آن است و مالکیت کامل را به حائز می بخشد مانند تصرف یک شیء و به کار گرفتن و بهره مند شدن از آن. این چهار مورد - حیات، تصرف، به کار گیری و به خود اختصاص دادن از مشخصات و خصائص مالکیت است، و نام گذاری این خصائص از جانب بعضی قانونگذاران به عنوان عناصر، از روی خلط میان عناصر و خصائص بوده است، در حالی که عناصر مقدم بر وجود یک چیز و مترادف با واژه ماهیت است، و صفات خصایص تابع و پیشین وجود یک چیز است. بنابر این حیات حائز نسبت به مال منقول صفت اصلی است اگر چه ظاهری باشد، و ادعای استحقاق آن از جانب دیگری به استناد اینکه آن صفت عرضی است جز با بینه پذیرفته شدنی نیست به دلیل استصحاب صفت اصلی. به این ترتیب، وقتی حیات که صفت اصلی است به وسیله استصحاب ثابت گردید، مالکیت نیز به موجب التزام ثابت می گردد، زیرا مالکیت ملزوم و حیات لازم آن است، و وجود لازم مستلزم وجود ملزوم آن می باشد، مگر آنکه لازم اعم از ملزوم باشد.

حال، هنگامی که مالکیت در زمان حاضر ثابت گردید، ادامه ثبوت مالکیت به گونه ی بازگشت به زمان پیشین یعنی آغاز زمان حیات نیز به سبب استصحاب مقلوب، استمرار خواهد یافت که همان ثبوت امری در زمان گذشته به دلیل ثبوت آن در زمان حاضر است<sup>(1)</sup>.

---

(1) الوسیط فی شرح القانون (9/784-785).

## مطلب پنجم - ارکان حيازت

اشيائي که حيازت و تسلط بر آنها ممکن است، چيزهاي مادي مي باشند خواه آنها اشياي عقاري باشند يا منقول، اما حقوق معنوي، مانند حق مولف و مصنف و حق اختراع و اکتشاف، مبادي و افکار حقوقي است که سيطره مادي بر آنها ممکن نخواهد بود و همچنين اشخاص حقوقي که داراي عناصر مادي و معنوي اند از قبيل محل تجارتي و متروکه مشمول قواعد حيازت نخواهد شد. همچنين حق شخصي، يعني رابطه موجود بين دائن و مديون، محل حيازت واقع نمي شود؛ زيرا اين مساله که شخصي به مجرد اعلان دائن مبني بر اين که وي مديونش است با مرور زمان کسب کننده حق به دليل عدم مطالبه داین دين خویش را از مديون به مدت پانزده سال متصور مي باشد، اما سند دين نسبت به دارنده آن مال منقول بوده و به مجرد اين که مديون آن را به دائن تسليم دهد به وي انتقال مي يابد، در اين حالت حق با سند مثبت آن خلط مي شود و حايز سند آن مقدار مبلغی که در آن ثبت شده است دائن تلقي خواهد شد<sup>(2)</sup> همچنين اموالی که اصلاً قابل تملک نيستند، مانند اموال عامه محل حيازت واقع نمي شوند؛ زيرا آنها در آغاز محل حقوق خصوصي قرار نمي گيرند<sup>(3)</sup> چنانچه قانون مدني در فقرة 2 ماده 2280 خود تصريح مي دارد: تملک اموال دولت، آثار باستاني و اموال وقف بر اساس مرور زمان جواز ندارد،

حيازت متشکل از دو رکن است: رکن مادي (تسلط) و ديگر رکن معنوي (قصد) مي باشد<sup>(4)</sup>.

### فرع اول - رکن مادي (سيطره بر شئي):

الف- تعريف سيطره: نخستين رکن حيازت، سيطره بر شئي مورد حيازت و وضع يد بر آن است، اما طريقه حيازت شئي بر حسب طبيعت شئي مورد حيازت از يك شئي تا شئي ديگر متفاوت مي باشد به عنوان مثال حيازت منزل با سکونت در آن، حيازت محل با آغاز فعاليت هاي مخصوصی در آن، حيازت زمين با زارع

(1) اصول الفقه في نسيجه الجديدة (ج 1/ص: 202).

(2) الوسيط في شرح القانون (9/790).

(3) الحقوق العينية الاصلية (ص: 581).

(4) الوسيط في شرح القانون (9/791).



ددر ان، حيازت موتر با سوار شدن بر آن، حيازت مواشى با نگهدارى، رعايت آنها و به دست آوردن شير و پشم آنها، حيازت اسب، قاطر و مركب با سوار شدن بر آنها و حيازت اثاثيه منزل با استعمال آن، نشستن بر آن يا وضع اشياء در آن صورت مى گيرد. اما حيازت حق مرور يا حقا به با مرور در مكاني كه استعمال حق در آن منظور است يا با اخذ آب عملا از جوى همسايه صورت مى گيرد.

ب- حيازت به اعتبار ركن مادي اش بر پرداختن به سيطره مادي برشى مورد حيازت در تطابق با طبيعت شىء مورد حمايت استوار است. پرداختن به سيطره مادي گاهى ابتداء توسط خود شخص، گاهى توسط انتقال از غير و گاهى به دليل وجود شرايط خاص از قبل ضيق بودن وقت يا عدم تخصص يا انعدام اهليت يا عوامل مسافرت به وسيله شخص ديگرى به حساب حايز صورت مى گيرد<sup>(1)</sup>.

## فرع دوم - ركن معنوى (قصد حايز):

تحت عنوان ركن معنوى موضوعات ذيل را مورد مطالعه قرار مى دهيم:

الف - تعريف قصد در حيازت: دومين ركن حيازت، قصد حايز در محل حيازت به نفع خاص خودش است و قصد حايز در حيازت بر حسب محل حيازت متفاوت مى باشد. به عنوان مثال اگر محل حيازت حق ملكيت يا ساير حقوق متفرع از آن باشد، حايز بايد قصد تملك همان شىء يا اكتساب حق ارتفاق بر آن را داشته باشد. به صورت عام، يگانه نقطه فارقه بين حايز و شخصى كه صرفاً سيطره مادي را بر يك شىء انجام مى دهد، ولى قصد حيازت آن را به نفع خاص خودش ندارد، همان ركن معنوى، يعنى نيت حايز مى باشد. به عنوان مثال مستعير، مستاجر، وكيل، نايب قانونى، مرتهن به رهن حيازى و مساعد قضائى همه اينها محرز هستند نه حايز؛ زيرا آنان اگر چه سيطره مادي بر شىء دارند ولى قصد حيازت آن را ندارند.

(1) الوسيط فى شرح القانون المدنى (9 / 192 / 196).

و یا اینکه عنصر معنوی: و آن عبارت از نیت، قصد، تملک در حیازت است. باید دانست که نیت تملک یک امر شخصی است و نیابت نمی پذیرد، به این معنا کسی نمی تواند نیت کند مباحی را برای دیگری حیازت کند، مگر اینکه حائز شخص غیر ممیز باشد<sup>(1)</sup>.

اما باید متوجه شد که قصد یک حالت نفسی و روانی است و جز برای الله جل جلاله و دارنده آن برای هیچ کسی دیگری معلوم نیست، بنابر این نیاز به دلایل عینی و بیرونی دارد تا بر آن دلالت نماید و دلایل داله بر آن همان پرداختن حایز به سیطره مادی بر شی و انتفاع وی به آن به نفع خودش است به شرط آنکه شخص دیگری سند حیازت آن را نداشته باشد. چنانچه قانون مدنی در ماده (۲۲۷۵) خود تصریح می دارد: شخصی که حایز حقی باشد؛ مالک آن شناخته می شود، مگر اینکه عکس آن ثابت شود. همچنین در ماده ۲۲۷۸ خود حکم میکند؛ حیازت کماکان به همان وصفی که ابتداء زمان کسب به وجود آمده باقی می ماند، تا آنکه دلیل عکس آن موجود شود<sup>(2)</sup>.

در نتیجه اسباب کسب ملکیت که در قانون مدنی کاربرد داشته از قاعده الاصل فی الاشیاء الاباحه، نشات می کند، و گفته می توانیم که این موارد به استصحاب ثابت شده می تواند.

ومن الله التوفیق

---

(1) اصول الفقه فی نسیجة الجدیده (1/199).

(2) وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان (ص:755).

## نتیجه گیری

بررسی و تحقیق که پیرامون ( قواعد استصحاب و تاثیرات آن بر قانون مدنی افغانستان ) نمودم، به این نتیجه رسیدم:

1. استصحاب دارای مفهوم وسیعی می باشد، که در اصول فقه، قواعد فقهی و در قانون مدنی کاربرد داشته.
2. قواعد، مفهوم وسیع را دارد بمعنای قضیه و یا حکم کلی است که مشتمل بر تمامی جزئیات است تا بواسطه آن احکام شناخته شود و در تحت آن حکم کلی مندرج می باشد.
3. مفهوم استصحاب را درک نمودیم که عبارت از ثبوت و یا نفی یک چیز در زمان گذشته بنا بر ثبوت و یا نفی آن در زمان حال، تا زمانی که دلیل بر خلاف آن نمایان نشود.
4. استصحاب دارای انواع و اقسام می باشد که با در نظر داشت قواعد، آن تفصیل داده شد.
5. و همچنان حجیت استصحاب را از دید شریعت اسلامی مورد بحث قرار دادیم، اثر اختلاف در مسایل که بر می گردد به استصحاب آن را مورد تحلیل قرار دادیم،
6. استصحاب دارای قاعده، از جمله قواعد پنجگانه فقهی که بنام قاعده ( الیقین لایزول باشک ) دارد.
7. این قاعده در تحت خویش خیلی از مسایل را در بر دارد، که بر اساس استصحاب بر آن حکم و فیصله می شود.
8. این قاعده برخی از قواعد مشابه با هم دارد، که آن را مفصلاً مورد بررسی قرار دادیم، این قاعده در خیلی از موضوعات کاربرد دارد.
9. حتی در قانون مدنی افغانستان، هم تاثیر عمیقی بجا گذشته، بر اساس این قاعده، مسایل حقوقی مدنی حل و فصل می شود.
10. استصحاب دارای یک سلسله قواعد فرعی نیز می باشد، و این قواعد تشریح و توضیح قاعده اصلی استصحاب می باشد.

11. البته باید گفت که استصحاب قواعد زیادی دارد، که یک آن {بقاء ماکان علی ماکان} و این تاثیر عمیقی بر قانون مدنی کشور گذشته است.

12. در اخیر این رساله داری یک مقدمه، فهرست موضوعات و فهرست منابع بوده است.

## پیشهادات:

زمانی که رساله را می نوشتم به یک سلسله کمی وکاستی های پی بوردم که اینک بشکل مختصر از آن یاد آوری می نمایم:

1. زمانی که به کتابهای قواعد فقهی مراجعه نمودم، دیدم که قواعد استصحاب بشکل از اشکال مختلف دانشمندان نوشته، خواستم به این است که تمامی قواعد استصحاب در یک چارچوب جمع آوری شود.
2. وقتی که به کتابهای اصول فقه مراجعه نمودم انواع استصحاب را در یک قالب ندیدم، بناء امید وارم یک کمپته از دانشمندان اسلامی، در رابطه به انواع استصحاب یک معیار مشخص را معین نماید.
3. یکی از مشکلات که در رساله نویسی به آن برخوردم، عدم تشریح وتوضیح قانون مدنی بود، درست برخی از شرح قانون مدنی را تا حد توان شرح نموده، اما قناعت ام برآورده نساخت، خواستم از دانشمندان حقوق و فقه اسلامی به این است که یک شرح جامع قانون مدنی را نوشته نماید.
4. قواعد استصحاب باید در محاکم افغانستان بالخصوص قضات از آن استفاده اعظمی نماید.
5. این رساله با داشتن کمی وکاستها، منحیث یک وسیله خوب بر حل مسائل استصحاب می باشد، باید از این رساله استفاده صورت گیرد.

## فهرست آیات های قرآنی

شماره	آیات	سورة	صفحه
1	{ فَهَمَّ شُرَكَاءَ فِي الثُّلُثِ }.	( سورة النساء: 12 )	108
2	{ فَأَقَمَ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ }.	( سورة الروم آیت: 30 )	141
3	{ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ }.	( سورة البقرة: 283 )	106
4	{ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ }.	( سورة النساء آیت: 5 )	97
5	{ قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَآتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ }.	( النحل آیت: 26 )	3
6	{ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أَلْهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ }.	( الأنعام آیت: 146 )	19
7	{ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ }.	( الأعراف آیت: 32 )	19
8	{ قال الذين يظنون أنهم ملاقوا الله }.	( سورة البقرة: آیت 249 )	66
9	{ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ }.	( سورة ص: 24 )	109
10	{ وَ مَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا }.	( سورة يونس، آیه 36 )	66
11	{ وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ }.	( الجاثية آیت: 13 )	19
12	{ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا }.	( الإسراء آیت: 15 )	20
13	{ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ }.	( القصص آیت: 59 )	40
14	{ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ }.	( البقرة آیت: 127 )	12

13	( النور آيت: 60 )	{ وَالْفَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ }.	15
40	( طه آيت: 154 )	{ وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِنْ قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَذِلَّ وَنَخْزَى }.	16
158	( سورة البقرة: 275 )	{ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا }.	17
113	( سورة البقرة آيت: 43 )	{ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ }.	18
115	( سورة يونس آيت: 36 )	{ وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ }.	19
141	( سورة توبه، آيت: 1 )	{ وما ابرى النفس }	20
119	( سورة طه، آيت: 17 )	{ وَمَا تَلَكَ بِيَمِينِكَ يَا مُوسَى }.	21
119	( سورة المائدة، آيت: 6 )	{ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ }.	22
85	( سورة يوسف، آيت: 82 )	{ وَأَسْأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعَيْرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَادِقُونَ }.	25
119	( سورة المائدة، آيت: 89 )	{ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ }.	24
119	( سورة الحاقه، آيت: 45 )	{لَاخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ}	25
33	( البقره آيت: 286 )	{لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ }.	26
43	( بقره آيت: 286 )	{لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا}	27
19	( البقرة آيت: 29 )	{هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا}.	28
19	( البقرة آيت: 168 )	{ يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا }.	29
50	( المائدة آيت: 101 )	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءٍ إِن تَبَدَّلَ لَكُمْ تَسْوُكُمْ }.	30

## فهرست آحادیث نبوی

شماره	احادیث واثار	صفحه
۱	[أَحِلَّ الذَّهَبُ وَالْحَرِيرُ لِإِنَاثِ أُمَّتِي، وَحَرَّمَ عَلَيَّ ذُكُورَهَا].	34
۲	[ ادرؤوا الحدود بالشبهات ] .	41
۳	[ ادا الامانة الى من ائتمنك ] .	106
4	[ إِذَا شَكَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا فَلْيُطْرَحِ الشَّكَّ وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ ] .	79
5	[ إِذَا شَكَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ، فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا، فَلْيُطْرَحِ الشَّكَّ وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ، ثُمَّ يَسْجُدُ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يُسَلَّمَ ] .	20
6	[ دَعَ مَا يَرِيْبُكَ إِلَى مَا لَا يَرِيْبُكَ فَإِنَّ الصَّدَقَ طُمَأْنِينَةٌ وَإِنَّ الْكُذْبَ رِيْبَةٌ ] .	89
7	[أفضل الكسب عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور].	105
8	[البينة على من ادعى واليمين على من انكر].	42
9	{ الحلال بين والحرام بين } .	158
10	[المُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْكَلَالِ، وَالْمَاءِ، وَالنَّارِ].	127
11	[ أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا ] .	110
12	[كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يَهُودَانِهِ، أَوْ يَنْصَرَانِهِ، أَوْ يَمَجْسَانِهِ، كَمَثَلِ الْبَهِيمَةِ تُنْتَجُ الْبَهِيمَةُ هَلْ تَرَى فِيهَا جَدْعَاءَ] .	142
13	[ يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ ] .	141
14	[ لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ] .	46
15	[ لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام ] .	113
16	[ لو كنت راجبا احدا بغير بينة لرجمت فلانة ] .	41



79	[ لَا يَنْفَتِلُ أَوْ لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا ].	17
86	[ لاصلاة لمن لم يقرأ فيها بفاتحة الكتاب ].	18
41	[ لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ ].	19
34	[ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ خَيْبَرَ عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ، وَعَنْ كُلِّ ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ].	20

## فهرست اعلام

شمبره	اسماء اعلام	صفحه
1	أبو اسحاق الزجاج ابراهيم بن السري بن سهل، الزجاج.	12
2	أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي.	52
3	الفيومي، ابو العباس احمد بن محمد بن علي المقرئ الحموي.	16
4	الاسنوي، عبدالرحيم بن حسن بن علي بن عمر الاسنوي الشافعي.	16
5	شيخ محمد ابوزهره.	16
6	البغدادي، أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي أبو بكر الخطيب	29
7	محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الدمشقي شمس الدين ابن قيم الجوزية الحنبلي	30
8	أبو حامد الغزالي : محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي.	30
9	ابن سبكي، ابو النصر عبدالوهاب بن علي عبدالكافي الشافعي.	141
10	بخاري، علا والدين، عبدالعزيز احمد بن محمد.	57
11	محمد بن محمد بن العباس بن أرسلان، أبو محمد، الخوارزمي الشافعي.	59
12	سيف الدين علي بن ابي علي بن محمد التغلبي الأمدى.	62
13	شيخ محمد كاظم خراسانى	42
14	سيد علي نقى حيدرى	89
15	محمد رضا بن محمد من آل الظفر	53
15	سيد محمد تقى بن السيد محمد سعيد الطباطبائى الحكيم	61

36	ابو العباس احمد بن ابى احمد الطبرى، مشهور با ابن القاص	17
----	--	----

## فهرست منابع

### القران الكريم

#### الف- كتابهاى احاديث

1. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد ابراهيم بن عثمان، مصنف ابن أبي شيبة في الاحاديث والاثار ابن أبي.
2. الأنصارى، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصارى أبو يحيى غاية الوصول في شرح لب الأصول دار النشر: مدينة النشر.
3. ابن ماجه، سنن الحافظ ابى عبد الله محمد بن يزيد القزويني،، سنن ابن ماجه، ناشر: دار الفكر - للطباعة والنشر والتوزيع، مصدر الكتاب : موقع يعسوب(207 - 275 هـ).
4. ابن النجار، محمد بن احمد بن عبدالعزيز بن على الفتوحى الحنبلى، شرح الكوكب المنير، وزارة الشؤون الاسلاميه والاقواف والدعوة والارشاد، المملكة العربية السعودية، ناشر: مكتبة العبيكان، سال طبع 1413هـ - 1993م.
5. الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار، ناشر: المكتب الاسلامي بيروت، مصدر الكتاب : موقع يعسوب، (1405 هـ).
6. بخارى، محمد بن اسماعيل، صحيح البخارى، ناشر: دارطوق النجاه ( 1422 هـ).
7. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، ناشر: مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، 1414 - 1994 تحقيق : محمد عبد القادر عطا.
8. الكحلاني، السيد الامام محمد بن اسماعيل، سبل السلام، مصدر الكتاب: موقع يعسوب، (1379 هـ).
9. الكلوزانى، محفوظ بن احمد بن حسين ابو الخطاب التمهيد فى اصول الفقه ( 432- 510) ناشر: جامعة ام القراء ج4.

10. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي، الناشر: دار المعرفة ببيروت.

11. سجستاني، ابوداود سليمان بن اشعث، سنن ابوداود، ناشر: المكتبة العصرية صيدا بيروت.

12. علا والدين، بخارى، عبدالعزيز احمد بن محمد، برگرفته شده از كتاب الزركلى (2/136).

13. على ادريس، الخضر، الاستصحاب وآثاره فى الفروع الفقهيه، رسالة مقدمه لنيل درجة الماجستير، ناشر: جامعه ام القرى (1403-1404هـ).

14. عبد الغفار، محمد حسن، تيسير أصول الفقه للمبتدئين، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، <http://www.islamweb.net>.

15. قشيري، ابوالحسن مسلم بن الحجاج صحيح مسلم، ناشر دارالحياة التراث العربى بيروت. (1374هـ).

16. الشيباني، أحمد بن حنبل أبو عبدالله، مسند الإمام أحمد بن حنبل، الناشر: مؤسسة قرطبة - القاهرة.

17. الشوكاني، لشيخ الامام المجتهد العلامة الرباني قاضي قضاة القطر اليباني محمد بن علي ابن محمد، نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخير شرح منتقى الاخبار المتوفى سنة 1255 هـ - 1973 دار الجيل بيروت - لبنان ص، پ - 8747هـ.

## ب- كتابهاى فقهى

### 1- اصول فقه

18. أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، برهان الدين، المبدع شرح المنقح (المتوفى : 884هـ)، ناشر: دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة : 1423هـ/2003م.

19. ابن حزم، علي بن أحمد الأندلسي أبو محمد، الإحكام فى أصول الأحكام، الناشر: دار الحديث - القاهرة الطبعة الأولى، 1404

20. أبو المناقب، محمود بن أحمد الزنجاني، ، تخريج الفروع على الأصول، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت(1398هـ).
21. أبو الحسين، محمد بن علي بن الطيب البصري ، المعتمد في أصول الفقه الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى ، 1403.
22. ابوزهرة،محمد، اصول الفقه، ناشر: دار الفقه العربية سال طبع (1377هـ).
23. ابن قدامة عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد روضة الناظر وجنة المناظر تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض سنة النشر 1399م.
24. أبو الربيع، نجم الدين، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، شرح مختصر الروضة الناشر : مؤسسة الرسالة(1407 هـ).
25. أبو حامد، محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى في علم الأصول، ناشر: دار الكتب العلمية - بيروت(1413هـ).
26. البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، الناشر دار الكتب العلمية،سنة النشر 1418هـ - 1997م.
27. الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، القاعده اليقين لايزول بالشك، ناشر: مكتبة الشد، رياض.
28. البهوتي،الشيخ منصور بن يونس الحنبلي كشاف القناع ناشر: دار الكتب العلمية بيروت لبنان(1418هـ).
29. البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي سنة الولادة / سنة الوفاة 730هـ. الناشر دار الكتب العلمية سنة النشر 1418هـ - 1997م.
30. الجصاص الإمام أحمد بن علي الرازي أصول الفقه المسمى: الفصول في الأصول(305-370هـ) الناشر : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية دولة الكويت الطبعة الأولى ، 1405.

31. الجيزاني، محمد بن حسين بن حسن، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، الناشر: دار ابن الجوزي (1427هـ).
32. د. كامل صبحي كامل صلاح، الاستصحاب وأثره في الاحكام الفقهية، ناشر: مجلة القلم علميه محكمة (2001م).
33. د/ اشقر، سليمان، نظرات اصول الفقه، ناشر: دار انفائس، طبع سوم 1436هـ - 2015م .
34. د/ عبدالرحمن، اسماعيل محمد علي، الاستصحاب وأثره في الاحكام ، فرع المنصور استاذ كلية اصول الفقه جامعة الازهر.
35. د/ زيدان، عبدالكريم، الوجيز في اصول الفقه، ناشر: موسسه قرظبة (1396هـ).
36. د/ حماد، احمد الهادي السعيد، تحقيق المقال في استصحاب الحال، مدرس اصول الفقه كلية الشريعة والقانون .
37. د/ زلي، مصطفى، اصول فقه كاربردى، ترجمه د/ نعمتى، احمد، ناشر: نشر احسان.
38. د. اشقر، عمر سليمان، نظرات في اصول الفقه، ناشر: دار النفائس.
39. الزحيلي، د/ وهبه، اصول الفقه الاسلامي، ناشر: دار الفكر طبع اول: 1406هـ - 1986م (1406هـ).
40. الزلي، د/ مصطفى ابراهيم، اصول الفقه في نسيجة الجديد، ناشر: جامعة النهرين.
41. الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر البحر المحيط، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى، 1421هـ / 2000م (1421هـ).
42. الحازمي، أبو عبد الله، أحمد بن عمر بن مساعد، شرح نظم الورقات، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشيخ الحازمي، <http://alhazme.net>.
43. الحمد، عبدالقادر بن شيبه، امتاع العقول بروضة الاصول، ناشر: الرياض 1435هـ - طبع اول: 1435هـ.
44. الحكيم، السيد محمد تقى بن السيد محمد سعيد، الاصول العامة للفقه المقارن، مطابع الاندلس- بيروت سال: 1963م .

45. حاشية البجيرمي على الخطيب موقع الإسلام مشكول ومرقم آليا غير موافق للمطبوع

<http://www.al-islam.com>

46. الحموي الحنفي، زين العابدين ابن نجيم المصري، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر،

الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان/بيروت سنة النشر 1405هـ - 1985م.

47. الكلوزاني، محفوظ بن احمد بن حسين ابو الخطاب التمهيد فى اصول الفقه ( 432- 510) ناشر:

جامعة ام القراء ج4.

48. محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازة، الميخط البرهاني، الناشر: دار إحياء

التراث العربي.

49. المظفر، الشيخ محمد رضا بن محمد بن عبدالله، اصول الفقه ناشر: دار النعمان النجف العراق سال

طبع 1966م .

50. المشيخ، خالد العقد الثمين شرح رسالة في الأصول المصدر: صيد الفوائد.

51. المروزى، ابى المظفر السمعاني، القواطع فى اصول الفقه ، ناشر: دار الفاروق عمان ، متوفى 489هـ

طبع اول 1432هـ 2011م.

52. المرادوى، علاوالدين ابى الحسن على بن سليمان، تحرير المنقول وتعذيب علم الاصول، ناشر: وزارة

الاقواف والشؤون الاسلامية دولة القطر، طبع اول، 1432هـ .

53. المشيخ، خالد العقد الثمين فى شرح منظومة الشيخ ابن عثيمين المصدر: صيد الفوائد

54. النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح،

الناشر: مكتبة الرشد - الرياض - المملكة العربية السعودية (1420 هـ).

55. السلمي، عياض بن نامي بن عوض، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله ، الناشر: دار التدمرية،

الرياض - المملكة العربية السعودية (1426 هـ). الطبعة: الأولى، 1426 هـ - 2005 م.

56. السيد، محمد باقر، دروس فى علم اصول الفقه، ناشر: دار الكتب البناني بيروت، طبع اول، 1978م .

57. السبكي، للإمام تاج الدين عبد الوهاب شرح جمع الجوامع للمحلى، المصدر: موقع شبكة مشكاة

الإسلامية، <http://www.almeshkat.net/>.

58. عبد الله بن صالح الفوزان جمع المحصول موقع مكتبة صيد الفوائد

<http://www.saaid.net/book/index.php>

59. الفوزان، صالح بن فوزان بن عبد الله، الملخص الفقهي، الناشر: دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية

السعودية، الطبعة: الأولى، 1423هـ

60. قرافي، شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي، الفروق انوارالبروق

فى انواء الفروق، ناشر: دار السلام. متوفى، 684.

61. الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، المحصول، الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود

الإسلامية(1400هـ).

62. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، الناشر: دار

الكتاب العربي، مصدر الكتاب: موقع المكتبة الرقمية الطبعة: الطبعة الأولى 1419هـ - 1999م،

(1419هـ).

63. شيخ محمد ابوزهره، الدليل عند الظاهره از الخادمي، نورالدين، بيروت: دار ابن حزم ( 1421هـ).

64. الشافعي، محمد بن ادريس، الام، موقع يعسوب، ترقيم الكتاب موافق للمطبوع.

65. التفتازاني الشفعي سعد الدين مسعود بن عمر، التلويح على التوضيح، ناشر: دار الكتب العلمية

بيروت(1416هـ).

66. الخادمي، محمد، منافع الدقائق فى شرح مجامع الحقايق، كايى كتاب از: google .

67. خطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي، الفقيه والمتفقه ، با تحقيق عادل

بن يوسف العزازي، ناشر: دار ابن الجوزي بالسعودية، سنة النشر 1421هـ

68. التمهيد لابن عبدالبر ( 7-5 /6).



## 2- قواعد الفقهي

69. اتاسي، شرح مجلة الاحكام (5/ 512)، وشرح المجلة لسليم رستم باز (1150) در شرح ماده 1777.
70. ابن نُجَيْمٍ، زَيْنُ الْعَابِدِينَ بْنِ إِبْرَاهِيمِ، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الطبعة 1400هـ=1980م (926-970هـ).
71. البورنوني، د/ الشيخ محمد صديقي بن احمد بن محمد، ابي الحارث الغزي، الوجيز في ايضاح قواعد الفقه الكلية، ناشر: مؤسسه الرساله - بيروت (1416هـ).
72. الجوزية، محمد بن أبي بكر ابن قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، القاهرة (1388هـ). 1388هـ/1968م.
73. د. الخلفي، رياض بن منصور، المنهاج في علم القواعد الفقهية، تقریظ فضيلة الشيخ / عبد الرحمن بن عبد الخالق.
74. الدعاس، عزت عبید، القواعد الفقهية، طبعة الاولى حمص 1965م.
75. الزرقا، مصطفى احمد المدخل الفقهي العام، ناشر: دار القلم - دمشق سال طبع دوم 1409هـ و 1989م
76. الزحيلي، محمد، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعه، ناشر: دار الفكر بيروت، سال طبع 2006م (ص: 130).
77. الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد شرح القواعد الفقهية، الناشر دار القلم دمشق / سوريا تحقيق صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، سنة الولادة 1285هـ/ سنة الوفاة 1357هـ سنة النشر 1409هـ - 1989م.
78. الزرقا، مصطفى احمد المدخل الفقهي العام، ناشر: دار القلم - دمشق سال طبع دوم 1409هـ و 1989م.
79. مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للاعمال الخيرية والانسانية و مجمع الفقه الاسلامي الدولي، معلمة الزايد للقواعد الفقهية والاصولية ناشر: از ابوظبي- دولت امارات متحده عربي (1438هـ).
80. الندوي، علي احمد غلام محمد، القواعد الفقهية و اثرها في الفقه الاسلامي، سال دراسي، 1404هـ
81. السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى، ناشر: دار بلنسية- رياض.

82. السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية (المتوفى : 911هـ) ناشر : دار الكتب العلمية بيروت - لبنان مصدر الكتاب : موقع مكتبة المدينة الرقمية.

83. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي، الأشباه والنظائر، ناشر: دار الكتب العلمية، طبع اول، 1411 هـ - 1991م (1/ 16).

84. السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى، ناشر: دار بلنسية- رياض.

85. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي، الأشباه والنظائر، الناشر : دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1411 هـ - 1991م مصدر الكتاب / مكتبة المدينة الرقمية.

86. على، حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ناشر: دار العالم الكتب سال طبع 1423هـ 2003م (1423هـ).

87. الشثري، الشيخ سعد بن ناصر شرح منظومة القواعد الفقهية <http://www.taimiah.org>

88. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام العدليه، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراچي سال طبع بيروت 1302هـ.

### 3- فقه اسلامي

89. الامام أبو عبد الله شمس الدين الذهبي تذكرة الحفاظ، دار احياء التراث العربي مصدر الكتاب : موقع يعسوب <http://www.yasoob.com> (748 هـ).

90. المرغيانى، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدي، الناشر المكتبة الإسلامية (511هـ).

91. السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط للسرخسي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان(1421هـ). الطبعة الأولى، 1421هـ 2000م.

92. الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، الاعلام النبلاء الناشر : مؤسسة الرسالة، (1405 هـ).

#### 4- فقه عام

93. ابن رشد القرطبي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد الشهير بابن رشد الحفيد، تربية ملكة الاجتهاد من خلال بداية المجتهد لابن رشد، ناشر: موقع شبكة مشكاة الإسلامية، <http://www.almeshkat.net>. (595هـ).

94. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني أبو العباس مجموع الفتاوى، الناشر : مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، الطبعة : 1416هـ/1995م.

95. البهوتي الشيخ منصور بن يونس كشاف القناع، المتوفى سنة 1051 هـ دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الاولى 1418 هـ - 1997 م دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

96. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية ، ناشر: دارالسلاسل - الكويت (من 1404 - 1427 هـ).

97. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية ، ناشر: دارالسلاسل - الكويت، سال نشر: 1404 - 1427 هـ. (3/323).

98. مجموعة من المؤلفين، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، الناشر : مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، سنة الطبع : 1424هـ.

99. قرطبي، محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ناشر: دار المعرفه بيروت لبنان. الطبعة : الرابعة، 1395هـ/1975م.

100. الشيخ شلبي، محمد مصطفى، المدخل في الفقه الاسلامي، ناشر: دار الجامعيه، نجاه جامعه بيروت العربيه (1405هـ).

101. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المصدر: موقع شبكة مشكاة الإسلامية، <http://www.almeshkat.net>.

#### هـ- كتابهاى لغات

102. إبراهيم مصطفى أحمد الزيات حامد عبد القادر محمد النجار، المعجم الوسيط موافق للمطبوع، دار النشر: دار الدعوة.

103. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، كتاب الموسوعة التاريخية - الدرر السنينة (3/258).

104. انيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء.

105. أبو جيب، د/ سعدي، القاموس الفقهي المصدر: موقع شبكة مشكاة الإسلامية، [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع].

106. ابن فارس أبو الحسين أحمد معجم مقاييس اللغة الناشر: دار الفكر الطبعة: 1399هـ - 1979م.

107. الأفرريقي المصري، محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ناشر: دار صادر بيروت (3/361).

108. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ناشر: دار العلم للملايين بيروت: لبنان.

109. الجرجاني، علي بن محمد بن علي التعريفات - الجرجاني ناشر: دار الكتاب العربي بيروت، تحقيق: إبراهيم الأبياري (1405هـ).

110. الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ناشر: دار العلم للملايين بيروت تلکس: 23166 - لبنان (1376 هـ).

111. الزجاج إبراهيم بن السري بن سهل، أبو إسحاق (المتوفى: 311هـ)، معاني القرآن وإعرابه الناشر: عالم الكتب - بيروت 1408 هـ - 1988 م.

112. الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، مصدر الكتاب : موقع الوراق، <http://www.alwarraq.com>.

113. مجموعة من الباحثين بإشراف الشيخ علوي بن عبدالقادر السقاف، الموسوعة التاريخية الناشر: موقع الدرر السنوية على الإنترنت dorar.net (1433 هـ).

114. معجم المناهي اللفظية، موقع شبكة مشكاة الإسلامية <http://www.almeshkat.net>

115. النووي أبو زكريا ، يحيى بن شرف بن مري، تحرير ألفاظ التنبيه (لغة الفقه)، ناشر / دار القلم - دمشق طبع اول: 1408.

116. العين للخليل بن أحمد (بترقيم الشاملة آليا).

117. عمر، د أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الناشر: عالم الكتب، [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع] الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م.

118. علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة الأولى، 1405.

119. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب القاموس المحيط (1/ 279).

120. قلعجي، محمد، معجم لغة الفقهاء (1/ 67).

121. القاموس المحيط محمد بن يعقوب الفيروزآبادي.

122. الخليل بن أحمد العين، موقع الوراق <http://www.alwarraq.com>

و- قانون

123. وزارت عدليه، قانون مدنى.

124. السنهورى، عبدالرازق، الوسيط شرح القانون المدنى، دار احياء التراث العربى- بيروت - لبنان

2008م.

125. عدالتخوا، عبدالقادر، حقوق فاميل، كابل، انتشارات كتابخانه راه سعادت.

#### ز- منطق

126. درويش، محمدعلى، المنطق وأهميته وتقسيم العلم، بيروت- لبنان، انتشارات مكتبه دارالفكر،

سال 1411، چاپ سوم.

## Summary of the discussion

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ، وَنَسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا، وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يُضِلَّهُ، فَلَا هَادِيَ لَهُ وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ.

And then: All praise and special praise for that being who has prepared his book as a law and a guide for life, and has made the contract of knowledge the reason for his address, and I bear witness that the divine relation to the truth, which is one and shared, and guides to the truth, which is the right path, and I bear witness that Muhammad, may God bless him and grant him peace, is God's servant and his messenger

One of the important topics of the principles of jurisprudence is the principles of practice, and the principle of companionship has a special place among these principles, and its use in deriving jurisprudence issues explains the importance of its detailed discussions in the principles of jurisprudence. However, the explanation of the numerous topics of veiling in the principles of fiqh, without paying attention to the cases of its implementation in fiqh, has caused the dignity and importance of adopting each of its basic principles to remain hidden from the experts of legal science.

There is no doubt that the rules of Istihab have their effects on the civil law. Istihab is the permanence of what is fixed and the negation of what was negated, its meaning is the survival of the ruling in terms of negation and proof, until the reason for its change entered, the effects of Istihab are many, the most important of which is the application of the rule [Aliqin Layzul Balshak] and its effects on the civil law of Afghanistan. This rule is one of the basic rules mentioned in the books of advanced Islamic scholars.

There is no doubt that the rules of Istihab have their effects on the civil law. Istihab is the permanence of what is fixed and the negation of what was negated, its meaning is the survival of the ruling in terms of negation and

proof, until the reason for its change entered, the effects of Istihab are many, the most important of which is the application of the rule [Aliqin Layzul Balshak] and its effects on the civil law of Afghanistan. This rule is one of the basic rules mentioned in the books of advanced Islamic scholars.





Salam university

Faculty of in jurisprudence and Law

Master's program in jurisprudence and

law



Islamic Emirate of Afghanistan

Ministry of Higher Education

Dm of Academic affalrs

# The rules of Istihab and its effects on the civil law of Afghanistan

Master's theses

Student: Sidiqullah (Yousfi)

Instructor: Dr. Misbahullah (Abdul Baqi)

Year: 2022