

**Authentication of Presumption of  
Continuity (*Istishāb*) in two Incidental  
Events with an Unknown Date; and its  
Effects on Criticizing Article 873 of  
Iran's Civil Code**

Mohammad Mahdi Kariminiya<sup>1\*</sup>, Seyed  
Assadollah Mousavi Nejad<sup>2</sup>

1-Assistant Professor, Qom Karim University of Quranic  
Sciences and Education, Qom, Iran.

2- Student of the fourth level of the Jurisprudence Higher  
Education Complex, Al-Mustafa University of Qom,  
Qom, Iran.

Received Date: 2021/12/14

Accepted Date: 2022/03/16

**Abstract**

The involvement or non-involvement of *istishāb* (presumption of continuity) in two incidents whose priority and posteriority are not clear, has many legal and jurisprudential effects in most chapters of jurisprudence and law, and jurisprudence and law scholars have expressed different views on this issue. In the following article, the opinions of jurisprudence scholars and the views of jurists have been examined by using library sources and descriptive-analytical method. The results of the research show that the jurists consider *istishāb* to be valid in this issue, but due to the conflict, they do not consider any effect for it and refer to the principles of *tathīr* (purification), casting of lots, discretion, etc. Of course, some have totally considered *istishāb* to be invalid and brought up the authenticity of *tathīr*. By differing on the proceeding of *istishāb*, the jurists have not differentiated the quality and type of. Jurists have accepted the opinion of jurists regarding the assumption of ignorance at the time of the first incident, but they have different opinions regarding the assumption of ignorance at the time of the second incident. In this article, the defects of Article 873 of the Civil Code, which are in clear opposition to jurisprudence, have been examined. As one of the results of this research, and considering that Iran's Civil Code is derived from Imāmī jurisprudence, it seems that the content of Iran's Civil Code should undergo a revision on the issue of inheritance. Many differences between "Iran's Civil Code" and "Imāmī jurisprudence" have led to arising differences in issues such as inheritance.

**Keywords:** *istishāb*, known date and unknown date, priority and posteriority of incidents, Shī'a jurisprudence, Article 873 of Iran's Civil Code.

**اعتبارسنجی استصحاب در دو امر حادث با تاریخ  
مجهول؛ و تأثیر آن در نقد ماده ۸۷۳ قانون مدنی**

محمد مهدی کریمی نیا<sup>۱\*</sup>، سید اسدالله موسوی نژاد<sup>۲</sup>

۱- استادیار، دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم قم، قم، ایران.

۲- طلبه سطح چهارحوزه علمیه، مجتمع آموزش عالی فقه، جامعه المصطفی (ص) العالمیه قم، قم، ایران.

دریافت مقاله: ۱۴۰۰/۰۹/۲۳

پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۱۲/۲۵

**چکیده**

جریان و یا عدم جریان استصحاب در دو حادثه‌ای که تقدم و تأخر آن دو مشخص نیست، دارای ثمرات فقهی و حقوقی فراوانی در بیشتر ابواب فقه و حقوق می‌باشد و اندیشمندان فقه و حقوق در این مسئله دیدگاه‌های مختلفی ابراز داشته‌اند. در نوشتار پیش‌رو با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و با روش تحلیلی توصیفی، آرای دانشمندان فقه و دیدگاه حقوقدانان مورد بررسی قرار گرفته است. نتایج پژوهش نشان می‌دهد که فقها استصحاب را در این مسأله جاری دانسته، ولی به سبب تعارض، اثری برای آن لحاظ نمی‌کنند و به قاعده طهارت، قرعه، احتیاط و ... مراجعه می‌کنند. البته برخی به کلی استصحاب را جاری ندانسته و اصالت طهارت را مطرح نموده‌اند. فقها با اختلاف در جریان استصحاب، در کیفیت و نوع جهل تفاوت قائل نشده‌اند. حقوقدانان در فرض جهل در زمان حادثه نخست دیدگاه فقیهان را پذیرفته‌اند، ولی در فرض جهل در زمان حادثه دوم، آرای مختلفی دارند. در این مقاله اشکالات ماده ۸۷۳ قانون مدنی که مخالفت صریح با فقه دارد بررسی شده است. به‌عنوان یکی از نتایج این پژوهش، و ملاحظه این‌که قانون مدنی ایران، برگرفته از فقه امامیه می‌باشد، به‌نظر می‌رسد بایستی در محتوا قانون مدنی ایران در موضوع ارث بازنگری صورت گیرد. تفاوت‌های بسیار میان «قانون مدنی ایران» و «فقه امامیه» منجر به بروز اختلافاتی در مسائلی چون ارث شده است.

**واژگان کلیدی:** استصحاب، معلوم التاريخ و مجهول التاريخ، تقدم و تأخر حادثین، فقه شیعه، ماده ۸۷۳ قانون مدنی ایران.

## مقدمه

از مهم‌ترین مباحثی که در مسئله‌ی استصحاب مطرح بوده و جایگاهی اصولی، فقهی و حقوقی داشته است، بحث استصحاب تقدم و تأخر حادث می‌باشد که تأثیر بسیاری در احکام و اموال دارد، زیرا تقدم یکی از دو حادث بر دیگری یا تساوی حوادث دارای اثری ویژه در فقه و حقوق مدنی است که سبب صحت یا بطلان اعمال مکلف شده و راه را برای انتقال اموال از یک شخصیت (حقیقی و حقوقی) به شخصیت دیگر فراهم می‌کند.

این مسأله در اکثر ابواب فقهی، مباحث حقوقی و نیز قانون مدنی ایران مطرح است. استصحاب در تقدم و تأخر دو حادثه، ممکن است، هر دو مشکوک و یا یکی مشکوک و دیگر معلوم باشد. مراد از شک در تقدم و تأخر، یعنی اگر مکلف یقین به اصل وقوع حادثه داشته باشد، اما شک در تقدم و تأخر حادث برایش مستولی شود، به این مسأله گفته می‌شود شک در تقدم و تأخر.

ضمن این‌که این موضوع، در چند ماده قانون مدنی ایران آمده است، این مسأله نزد فقیهان و حقوقدانان از اهمیت برخوردار می‌باشد. از این رو، در این پژوهش سعی شده ابعاد فقهی و حقوقی آن واکاوی شده و ثمرات آن به‌ویژه در دو باب «طهارت» و «ارث» نمایان گردد.

به عبارت دیگر مجتهد برای صدور فتوا و محاکم برای صدور آرای خود از این استصحاب استفاده برده و کاربرد آن آشکار است. این نکته قابل انکار نیست که در مواردی فقیهان با برخی مواد قانون مدنی ایران و آرای صادره در محاکم دادگستری مخالف می‌باشند. با توجه به اهمیت موضوع پژوهش برآن شدیم که با روش توصیفی تحلیلی به بررسی نظریات فقهی و حقوقی و تطبیق آن دو، وجوه افتراق و اشتراک را نمایان سازیم.

## پیشینه پژوهش

پژوهش در مسئله جایگاه استصحاب در دو حادث مجهول التاریخ را می‌توان در دو بخش تقسیم

نمود: کتاب‌ها، مقالات

#### الف-کتب:

پس از بررسی‌های انجام شده این‌طور می‌نماید که کتابی فقهی که به‌طور کامل در این رابطه نگارش شده باشد، موجود نیست؛ اما برخی فقها در خلال مباحث‌شان به این موضوع اشاره کرده‌اند. به‌طور مثال، شیخ طوسی در المبسوط و خلاف، کتاب طهارت بحث طهارت مشکوکه و کتاب ارث مسئله تقدم و تأخر فوت پدر و پسر مطرح کرده است. محقق حلی در شرایع، امام خمینی (ره) در تحریر و محقق خوئی در مبانی در کتب طهارت و ارث و ابواب دیگر فقه به این مسئله پرداخته‌اند.

#### ب-مقالات:

با توجه به مقالات موجود، روشن می‌شود که مقاله‌ای که حتی نزدیک به موضوع این پژوهش باشد، وجود ندارد. البته در بحث استصحاب، مقالاتی منتشر شده است.

برای نمونه، پژوهشی با عنوان: «تعارض استصحاب و قاعده دره در فقه جزا و قانون مجازات اسلامی»، توسط رضا الهامی و سید سجّاد محمدی در مجله «کاوشی نو در فقه» در پاییز ۱۳۹۷ شماره ۳ به چاپ رسیده است.

پژوهشی نیز با عنوان: «بررسی استصحاب تقدیری از دیدگاه دانشجویان اصول»، به قلم سید علی جبار گلباغی در مجله جستارهای فقهی و اصول در زمستان ۱۳۹۴ شماره ۱ منتشر شده است.

اسدالله لطفی نیز پژوهشی با عنوان: «اصل استصحاب در فقه و حقوق موضوعه»، در نشریه «مطالعات حقوق خصوصی» در بهار ۱۳۸۹ چاپ نموده است.

وجه تمایز این پژوهش با مقالات پیش‌گفته، آن است که در مقالات فوق، بیشتر موضوع «استصحاب» از منظر فقه و حقوق مورد توجه بوده است، در حالی‌که در پژوهش پیش‌رو، بررسی تطبیقی فقه شیعه و حقوق، در استصحاب در دو امر حادث با تاریخ مجهول، مورد تحلیل قرار گرفته است.

### تبیین مسئله

چنانچه در چکیده بیان شد، دو حادثه اگر مرتبط باهم بوده تقدم و تأخر وقوع هر دو یا یکی نامشخص باشد، از نگاه عقل و دارای سه حالت است: زمان وقوع هر دو معلوم. زمان وقوع یکی مجهول و دیگری معلوم باشد. زمان وقوع هر دو مجهول. برای هر کدام از این حالات سه گانه در منابع فقهی و حقوقی حکم خاصی تصویر شده است، نظرات فقها و حقوقدانان نیز در بسیاری از موارد متفاوت است.

۱- معلوم بودن زمان هر دو حادثه (تاریخ معلوم).

گاهی ممکن است دو حادثه که وقوع هر یک تأثیر در دیگری دارد تاریخش معلوم باشد در این صورت حکم مسئله روشن است. مثلاً پدر در ساعت چهار بعد از ظهر بر اثر تصادف فوت کرده است، اما پسر در ساعت هفت همان روز به قتل می‌رسد. آب در روز یکشنبه کر بوده اما در روز دوشنبه نجاست با آن ملاقات نموده است. یا مکلف یک ساعت قبل از ظهر طهارت داشته و نیم ساعت قبل از ظهر حادث شده است، در این موارد حکم فقهی و حقوقی آن نیز واضح و روشن است؛ یعنی در مثال‌های فوق پسر صاحب ارث بوده، آب نجس نشده و صلاة انجام شده باطل می‌باشد (خوئی، ۱۴۱۸، ۶/۱۰۴؛ خوئی، ۱۳۷۷، ۲/۲۱۵).

### ۲- زمان یک رویداد معلوم و دیگری مجهول

گاهی ممکن است یکی از دو رویداد، تاریخش معلوم و دیگری مجهول باشد، مثلاً فقیه یا قاضی به وقوع دو حادثه‌ای مرتبط به هم علم داشته است، اما شک در تقدم و تأخر دارند و نمی‌دانند کدام یکی مقدم و کدام مؤخر است، در حکم فقهی و حقوقی این مسئله اختلاف نظر است، در برخی موارد نظرات علما مخالف با مواد قانون مدنی می‌باشد. با تحقیق صورت گرفته چهار دیدگاه در این مسئله وجود دارد:

- جریان استصحاب فقط در مجهول التاريخ.
- جریان استصحاب فقط در معلوم التاريخ.
- جریان استصحاب در معلوم و مجهول التاريخ.

- عدم جریان استصحاب در هر دو مورد.

در ادامه به بررسی نظرات و ادله حالات متعدد پرداخته شده است.

## ۱-۲. بررسی نظرات فقهی

فقهها در حکم فقهی این مسئله نظرات متفاوتی دارند و در منابع، چهار دیدگاه ذکر شده است:

### الف: جریان استصحاب فقط در مجهول التاریخ

برخی از فقها معتقدند: اگر دو حادثه با توجه به داشتن اثر شرعی مرتبط، محقق شده باشد که تاریخ یکی معلوم و دیگر مجهول باشد، استصحاب اختصاص به موارد مجهول التاریخ دارد؛ اما چون در معلوم التاریخ شک وجود ندارد، جایی برای استصحاب نخواهد بود؛ زیرا با فرض عدم شک، جریان استصحاب از اساس مفقود بوده و استصحاب موضوعیت ندارد؛ اما در مجهول التاریخ، چون ارکان استصحاب کامل است، استصحاب عدم حادث در زمان دیگر جاری می شود، مثلاً فرض کنیم فوت پدر مجهول و اسلام پسر معلوم است، استصحاب حیات پدر تا زمان اسلام پسر جاری می شود، نتیجه‌ی این استصحاب انتقال ماترک از پدر به فرزند می باشد، یا شراکت در ارث اگر وراثت متعدد باشد (انصاری، ۱۴۲۸، ۳/ ۲۵۱؛ خمینی، ۱۳۶۸، ۵۹/۲؛ خراسانی حائری بیارجمندی، ۱۳۹۴، ۳/ ۱۷۱).

### ب: جریان استصحاب فقط در معلوم التاریخ

از کلام برخی از علما انحصار استصحاب در معلوم التاریخ استفاده می شود: یعنی در رویداد مورد بحث، فقط استصحاب حادث معلوم التاریخ جاری می شود و استصحاب حادث مجهول التاریخ جاری نیست تا تعارض به وجود آمده و اشکال تساقط مطرح شود؛ مثلاً اگر مکلف تاریخ فوت پسر را می داد؛ اما تاریخ فوت پدر برایش مجهول است، استصحاب حیات پسر تا زمان فوت پدر جاری شده از نگاه شرع وارث معرفی می شود (آملی، ۱۴۰۶، ۱ / ۴۲۷).

سید یزدی این مسئله را در باب طهارت نیز مطرح کرده و می فرماید: اگر شخصی یک طهارت انجام داده و یک حدت از او صادر شده باشد، اما جاهل در تقدم حدث یا طهارت است، حق در این مسئله صحت صلاه می باشد، به دلیل قاعده فراغ خصوصاً اینکه تاریخ طهارت معلوم و تاریخ حدث مجهول

باشد، چون اگر تاریخ طهارت معلوم و تاریخ حدث مجهول باشد، استصحاب طهارت معلوم التاریخ تا آخر اقامه نماز جاری می‌شود، نتیجه طهارت و صحت نماز خواهد بود (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹، ۱/۲۵۱).

#### ج: جریان استصحاب در هر دو

برخی از علما با مردود دانستن دو نظریه فوق معتقدند: استصحاب در هر دو حادثه معلوم و مجهول التاریخ جاری بوده و مانعی از برای جریان استصحاب وجود ندارد. محقق خوئی ابتدا نظریه سید یزدی را نقد کرده و جمع بین قاعده فراغ و استصحاب را به جهت حاکم بودن قاعده فراغ بر استصحاب مردود دانسته و مسئله را در سه صورت بیان نموده است:

الف. اگر مکلف به تاریخ یک حادث علم دارد، اما نسبت به تاریخ حادث دیگر جاهل است، در این فرض در هر دو مورد استصحاب جاری می‌شود. جریان استصحاب در مجهول التاریخ روشن است؛ زیرا غرض و ماهیت وجودی استصحاب مورد جهل است؛ اما در معلوم التاریخ به دلیل عدم وجود مانع نیز استصحاب جاری است، این حکم در باب ارث و در باقی ابواب فقه نیز ثابت است (خوئی، ۱۴۱۸، ۶/۱۰۴).

اشکال: بیان محقق خوئی مغشوش است، چون ایشان با توجه به اینکه اصالت وجودی استصحاب را مجهول التاریخ دانسته و در معلوم التاریخ استصحاب را جاری نمی‌داند، با این مبنای که ایشان دارد، چگونه استصحاب را در رویداد معلوم جاری می‌کند؟ این همان تناقض در گفتار است.

محقق خوئی در جواب می‌فرماید: مجهول بر دو قسم است: مجهول اصلی و مجهول بالعرض، در مسئله مورد نظر، اگرچه تاریخ یک حادث معلوم است، اما از آنجایی که طرفش مجهول می‌باشد، این مورد نیز به صورت تفصیل معلوم نبوده با و آن معامله مجهول شده و حکم آن را دارد (خوئی، ۱۴۱۸، ۶/۱۰۴).

اشکال: با توجه به دیدگاه محقق خوئی، در مسئله دو استصحاب جاری می‌شود، بر مبنای قاعده، هر دو استصحاب تعارض و تساقط می‌کند. بنابراین، در این فرض وظیفه مکلف مراجعه به اصول عملیه دیگر است.

محقق خوئی برای حل این مشکل می‌فرماید: اگر افعال مقید به قیود بوده و قید در زمان اخذ شده و ظرف برای مقید باشد، استصحاب جاری نمی‌شود، این مسئله از همین خانواده است. پس در مسئله فقط استصحاب بقای حیات پسر تا زمان موت پدر جاری شده و ثمره آن نیز وراثت پسر از اموال پدر است (خوئی، ۱۴۱۸، ۶/۱۰۴).

د: عدم جریان استصحاب در هر دو

برخی از علما برخلاف محقق خوئی معتقدند: در مسئله فوق حکمش همان حکمی مجهول التاريخ است، یعنی همان‌گونه که در مجهول التاريخ به دلیل دو اشکال (تعارض و عدم اتصال شک به یقین) استصحاب جاری نمی‌شود، در این مسئله نیز استصحاب جاری نخواهد شد؛ زیرا مجهول بر دو قسم است: یک مجهول اصلی، یعنی نفس حادثه بر مکلف پنهان است و دیگری مجهول بالطبع. مجهول بالطبع، اگرچه معلوم است؛ اما چون مکلف نمی‌داند این حادثه معلوم الوقوع قبل از حادثه‌ی مجهول الوقوع بوده است یا بعد از آن، جهلش به آن سرایت کرده و مجهول می‌شود، حکمش نیز با مجهولی تاریخ یکسان خواهد بود (انصاری، ۱۴۲۸، ۳/۲۵۱).

محقق خوئی اگرچه نظریه شیخ انصاری را در سرایت جهالت حال مجهول به حالت معلوم پذیرفته است، اما نظریه شیخ را نسبت به تعارض و عدم اتصال، باطل دانسته و استصحاب را در هر دو مورد جاری می‌داند؛ زیرا استصحاب مجهول التاريخ بدون شبهه ثابت است و معلوم التاريخ نیز به سبب سرایت، قابلیت برای استصحاب را کسب می‌کند؛ زیرا معلوم التاريخ در مسئله مورد بحث، به دلیل این‌که عدل مجهول التاريخ، است به مجهول برگشته و همان ثمرات برایش اعمال خواهد شد (خوئی، ۱۳۷۷، ۲/۲۱۷).

حق در مسئله، جریان استصحاب در مجهول و معلوم التاریخ می‌باشد، چون به صورت تفصیل تقدم و تأخر معلوم نبوده مسئله اجمال دارد، برای جریان استصحاب همین قدر جهل کفایت می‌کند. از آنجایی که مسئله، تعارض و عدم ثمره مطرح است، اشتغال یقینی فراغ یقینیه را لازم دارد، بر مکلف لازم است، در مانند شبهه طهارت و حدث، حکم به حدث نموده اقدام به طهارت یقینیه نماید، همچنین در مسائل دیگر.

## ۲-۲- نظریه حقوقی

مسئله مورد بحث در حقوق نیز جایگاه ویژه داشته و تمام دانشمندان حقوقی این مسئله را مطرح نموده‌اند. اهمیت این بحث در حقوق سبب شده است، تا چند مواد قانون مدنی را به خود اختصاص دهد. در ماده ۸۷۴ قانون مدنی ایران، درباره مسئله مورد بحث آمده است: (اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد). بسیاری از حقوقدانان این ماده را برگرفته از اصل تأخر که همان استصحاب عدمی است، می‌دانند.

طرفداران این نظریه معتقدند: این حکم در صورت حدوث دو حادثه در خارج و جهل در تقدم و تأخر متصور است و علت جهل نیز نامعلوم بودن تاریخ یکی از این دو حادثه می‌باشد. قائلین برای تقریب به ذهن، به فوت پدر و پسر اشاره داشته و می‌نویسد: اگر پدر و پسر فوت کرده با اینکه تاریخ فوت پدر معلوم است، اما به دلیل اینکه تاریخ فوت پسر مجهول است، تقدم و تأخر مجهول می‌شود؛ و چون دلیلی بر فوت تاریخ پسر وجود ندارد، بر مبنای قانون، حیات او تا بعد از فوت پدر استصحاب شده و با این استصحاب ثابت می‌شود، تأخر فوت پسر از پدر، با تمسک به این قاعده پسر مالک وارث شناخته می‌شود (امامی، ۱۳۸۴، ۳/۱۹۵).

برخی دیگر از دانشمندان علم حقوق معتقدند: در ثبوت ارث برای پسر در مسئله مورد بحث اشکال وجود ندارد؛ اما حکم ثبوت ارث برای پسر، بر اساس اصل تأخیر حادث است که همان استصحاب



مجهول التاريخ در یکی از دو حادثه باشد. ماده ۸۷۴ قانون مدنی ایران نیز برگرفته از این استصحاب و بر مبنای آن تصویب شده است (طاهری، ۱۳۹۱، ۵/۲۶۳).

با توجه به نظر حقوقی استصحاب نسبت به مجهول التاريخ جاری می‌شود؛ اما این که استصحاب مجهول التاريخ نسبت به معلوم التاريخ در صورت تعارض مقدم است، یا از اساس بر معلوم التاريخ استصحاب جاری نمی‌شود، ساکت است.

### ۳- مجهول بودن زمان هر دو حادث (مجهول التاريخ)

اگر دو رویداد هر دو زمان وقوعش مجهول باشد دو بحث مطرح است: ممکن است مکلف در اصل وجودی رویداد شک و جهل داشته باشد، یعنی نمی‌داند، اصل مسئله واقع شده یا نشده است؟ این مورد از بحث خارج می‌باشد. ممکن است، نسبت به اصل وقوع حادثه یقین داشته باشد، اما شک در تاریخ وقوع وجود دارد؛ یعنی مکلف با علم به وقوع هر دو حادثه اما در زمان تحقق آن دو جهل دارند، این مورد داخل در بحث بوده و از بحث‌های اختلافی است که معرکه آرای دانشمندان فقهی و حقوقی قرار گرفته است. از آنجایی که فقها و حقوقدانان نظرات متفاوت دارند، دیدگاه‌ها به صورت تفکیک بررسی شده است.

#### ۳-۱- نظرات فقهی

در فقه نسبت به این مسئله دو دیدگاه ذکر شده است: جواز یا عدم جواز استصحاب. هر کدام احکام و ثمرات متفاوت نسبت به دیگری داشته و آرای فقها نیز متفاوت است.

#### الف: جریان استصحاب و تعارض

مشهور از علما خصوصاً متأخرین معتقدند: در دو حادثه مجهول الوقوع، چون ارکان استصحاب موجود است، مانعی برای جریان استصحاب وجود ندارد؛ اما به دلیل تعارض ثمره برای استصحاب لحاظ نمی‌شود، پس احتیاج به اعمال حکم دیگری است و اینکه آن حکم دیگر چیست؟

در این باره، چند نظریه بیان شده است:

## الف - ۱. جریان اصل اولی

برخی از دانشمندان بعد از پذیرش جریان استصحاب در مسئله معتقدند: با وجود مانع که تعارض دو استصحاب باشد، ثمره محقق نیست، چون استصحاب در صورت تعارض و عدم وجود ترجیح تساقط نموده و از صحنه خارج می‌شوند، در این فرض لازم است به قاعده دیگر مراجعه نمود و تنها قاعده موجود، نسبت به شک در تقدم و تأخر، اصل اولی می‌باشد، مثلاً در باب ارث اصل اولی تحقق ارث است اگر مانع نباشد، چون بعد از تعارض اصل تقدم فوت پدر با اصل تقدم فوت پسر، اصل تحقق ارث بدون مانع باقی‌مانده و جاری می‌شود. یا مثلاً در باب طهارت، اصالة الطهارة اصل اولی است، چون بعد از تعارض اصالت عدم ملاقات تا زمان کُریت (مقتضی طهارت) با اصالت عدم کُریت تا زمان ملاقات (مقتضی نجاست) اصل طهارت بدون معارض باقی می‌ماند (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹ / ۱، ۳۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱ / ۱۶۶).

ضمن این‌که برای تأیید این قاعده روایاتی نیز وجود دارد که مفهوم و مصداقش بیانگر طهارت مشکوک طهارت و نجاست می‌باشد «الْمَاءُ كُلُّهُ طَاهِرٌ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ قَذِرٌ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۱ / ۱۳۴). پس لباس غسل داده شده با آب مشکوک، پاک بوده و صلات انجام شده با طهارت مشکوک نیز صحیح می‌باشد؛ اما توجه داشته باشید، مراد از طهارت، استصحاب طهارت نیست، بلکه قاعده طهارت است (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹، ۱ / ۳۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱ / ۱۶۶).

محقق خوئی با توجه به این‌که در کتاب فقه الشیعه نظریه فوق را تأیید نموده است؛ اما در کتاب موسوعه بر این نظریه اشکال کرده و معارضه، بین دو استصحاب را باطل می‌داند؛ ایشان معتقد است: در مسئله مورد بحث فقط در یکی از دو حادث تا زمان حادث دیگر، استصحاب جاری می‌شود و در طرف دیگر جایی برای استصحاب وجود ندارد تا تعارض کنند. در باب طهارت استصحاب عدم قلة الماء تا زمان ملاقات جاری شده ولی استصحاب عدم ملاقات تا زمان الماء محل برای اجرا ندارد، علت عدم

اجرای استصحاب تعارض نیست، بلکه عدم ترتب ثمره عملی می‌باشد؛ زیرا ملاقات و یا عدم ملاقات در زمان کزیت اثر شرعی ندارد. در نتیجه حکم به طهارت ماء می‌شود (خوئی، ۱۳۷۷، ۲ / ۱۸۵).

#### الف- ۲. تعارض تساقط و عدم جریان اصل اولی

شیخ مفید، محقق حلی و شهید ثانی در مورد بحث، قاعده طهارت را نپذیرفته و معتقدند: چون یقین به طهارت با یقین به حدوث معارض می‌باشد، در این صورت جایز نیست طهارت را بر حدث و ارث را بر عدم ارث مقدم داشت؛ زیرا ترجیح هرکدام نسبت به دیگری ترجیح بلا مرجح است؛ بنابراین حکم می‌شود به عدم طهارت و ارث. در نتیجه لازم است مکلف در باب طهارت برای عمل عبادی مجدداً وضو بگیرد و وارث پسر نمی‌تواند در ماترک پدر تصرف کند (مفید، ۱۴۱۳، ۵۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۷، ۱ / ۱۷۱).

#### الف- ۳. جریان قاعده فراغ

بعضی از دانشمندان در این فرض منکر اصالت طهارت بوده و آنرا جاری نمی‌دانند؛ زیرا به نظر ایشان اصل عدم یکی از دو حادث با اصل عدم دیگر (که شرط در جریان اصالت طهارت است) هم‌زمان نیست تا قاعده طهارت جاری شود، بلکه در این فرض فقط، قاعده فراغ موضوعیت دارد، چون این قاعده معارضه نداشته و شروط که برای اصالت طهارت لازم است لازم ندارد. بنابراین، با کمک گرفتن از قاعده فراغ به صحت عمل انجام شده حکم می‌شود. صاحب کتاب مدارک العروة، نیز در این مسئله قاعده فراغ را پذیرفته است. نتیجه قاعده فراغ صحت عمل انجام شده می‌باشد؛ مثلاً شک در تقدم و تأخر طهارت یا حدث بعد از تعارض، حکم به صحت صلاة انجام شده با طهارت مشکوک می‌باشد، ایشان مدعی است، در این مورد راهی غیر از مراجعه به قاعده فراغ وجود نداشته و زمینه نیز برای قاعده فراغ آماده است، چون شرط جریان قاعده فراغ (بعد از اتمام عمل، عدم محفوظ صورت عمل در ذهن مکلف) آماده بوده و عمل انجام شده درست است (خراسانی حائری بیارجمندی، ۱۳۹۴، ۳ / ۱۶۹؛ آملی، ۱۴۰۶، ۳ / ۵۲۱).

#### الف - ۴. جریان قاعده احتیاط

ممکن است، گفته شود در مجهول التاریخ، فرق نمی‌کند دو استصحاب جاری شده و تساقط کنند، یا به جهت وجود مانع استصحاب از اساس جاری نشود، مورد برای قاعده احتیاط بوده لازم است مکلف احتیاط کند. محقق خوئی که نظرش در مسئله، قاعده طهارت یا اصل تحقق ارث می‌باشد، بر این نظریه اشکال نموده و می‌فرماید: در مورد بحث، از اساسی محل برای جریان احتیاط وجود ندارد، مگر با پذیرش جریان قاعده احتیاط در تمام موارد احتمالی، حتی در صورت وجود دلیل اجتهادی برخلاف؛ و حال این‌که با وجود اصل جاری در مسئله حتی بنا بر قول به تعارض استصحابین، احتیاط موضوعیت ندارد؛ زیرا مرجع پس از تعارض قاعده طهارت است نه احتیاط (خوئی، ۱۴۱۸، ۱ / ۲۲۹).

شیخ مفید در ادامه می‌فرماید: در صورت از کار افتادن دو استصحاب، بر اثر تساقط، چون شک در مقتضی می‌باشد، وظیفه مکلف حصول یقین به وجوب طهارت است؛ زیرا حصول یقین برای مکلف در عبادت لازم است، پس وضو در مورد بحث باطل بوده لازم است، تجدید شود (مفید، ۱۴۱۳، ۵۰؛ عاملی شهید ثانی، ۱۴۲۱، ۱ / ۱۲۸).

اشکال: محقق خوئی با توجه به این‌که در تنقیح نظرش طهارت مورد است؛ اما در کتاب فقه‌الشیعه فقط بر این نظریه اشکال کرده و یک استصحاب را جاری می‌داند، ایشان در مسئله حکم به نجاست نموده و می‌فرماید:

اولاً: در یک مورد استصحاب جاری شده، (عدم کُریت مثلاً) و استصحاب دیگر (عدم ملاقات) جاری نمی‌شود، چون استصحاب عدم ملاقات به دلیل مثبت بودن اثر ندارد، علت این امر این است که سبق کُریت بر ملاقات از لازمه عقلی عدم تحقق ملاقات می‌باشد و اثبات آن با استصحاب عدم ملاقات تا زمان کُریت اصل مثبت است.

ثانیاً: اگر بپذیریم در هر دو حادثه استصحاب جاری شده و معارضین باشند، با این فرض نیز حکم به نجاست آب است، چون بعد از تساقط راهی جز مراجعه به عموم انفعال آب وجود ندارد، با وجود مراجعه به عموم انفعال آب، جایی برای اصل طهارت آب باقی نمی‌ماند (خوئی، ۱۴۱۸، ۱/ ۲۰۱).

محقق اشتهاردی در کتاب مدارک العروه، نظریه آیت الله خوئی را پذیرفته و نجاست را در مجهولی التاریخ در بحث کریت و ملاقات اقوی دانسته و می‌فرماید: «فالأقوی فیہ النجاسة» (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ۱۳۸/۲).

#### ب: عدم جریان استصحاب حادثین و حکم به طهارت

عده‌ای از علما مانند آیت الله حکیم معتقدند: در دو حادثه‌ی مورد بحث امکان برای جریان استصحاب وجود نداشته و حق عدم جریان استصحاب است، چون در صورت استصحاب جاری است که شک در امتداد و عدم امتداد مستصحب باشد؛ اما در مورد بحث، شک در امتداد نبوده، بلکه شک در اتصال مستصحب به وجود حادث می‌باشد، علت شک در اتصال نیز شک در تقدم و تأخر حادث است. بنابراین در مسأله، دلیل استصحاب قاصر است و قاعده در صورت شک در اتصال، عدم اتصال می‌باشد، پس حکم در مسأله، طهارت بوده و دلیلش نیز اصالت طهارت است (حکیم، ۱۴۱۶، ۱/ ۱۶۶).

با این مبنا در باب ارث نیز اصل تعلق ارث است، چون بر اساس اصل اولیه فرزند وارث پدر است، اگر مانع وجود نداشته باشد، یکی از موانع تقدم فوت او بر پدرش است، در صورت عدم علم به تقدم اصل اولیه جاری می‌شود.

صاحب کتاب «المعالم المأثوره» نیز نظریه آیت الله حکیم را تأیید کرده و می‌نویسد: تعارض موضوعیت ندارد، چون اصلاً استصحاب جاری نمی‌شود، تا تعارض بین دو استصحاب به وجود بیاید. ایشان نیز عدم اتصال یقین به شک را دلیل این مسئله می‌داند، پس راهی وجود ندارد، مگر مراجعه به قاعده یا اصالت طهارت (آملی، ۱۴۰۶، ۱/ ۱۵۳).

سید یزدی در بحث، شک در تقدم و تأخر دو حادث، کریت و ملاقات، به دلیل عدم اتصال زمان یقین به زمان شک استصحاب را جاری ندانسته و در ابتدا به طهارت حکم می‌کند؛ اما در نظر نهائی می‌فرماید، احوط نجاست است (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹، ۱/ ۳۷).

### ۲-۳- نظریه حقوقی

مسئله مورد بحث، چند ماده از مواد قانون مدنی را به خود اختصاص داده و بسیاری از دانشمندان حقوق نیز نسبت به این بحث اظهار نظر نموده‌اند. در ماده ۸۷۳ قانون مدنی ایران در کتاب ارث آمده است: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند مجهول و تقدم و تأخر هیچ یک معلوم نباشد اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند». حقوقدانان با استناد به این ماده در رابطه با این حکم اظهار نظر نموده‌اند. البته در حقوق این مسئله در دو حوزه مطرح شده است:

الف: جهل به هر دو حادثه از اول تا آخر؛

ب: علم به هر دو حادثه در ابتدا و جهل در زمان صدور حکم.

الف: جهل به زمان هر دو حادثه از اول تا آخر

ممکن است مکلف به تقدم و تأخر هر دو حادثه از اول تا پایان کار جاهل بوده و در هیچ از نقطه‌ای زمان علم نداشته باشد؛ در این فرض نسبت به حکم این مسئله دو نظریه در منابع حقوقی بیان شده است: جریان یا عدم جریان استصحاب.

الف- ۱. عدم جریان استصحاب

برخی از حقوقدانان معتقدند: استصحاب در هر دو مجهول التاریخ از اساس تعلق نمی‌گیرد و اصلاً محلی برای استصحاب در زمان مجهول الوقوع وجود ندارد، نه این‌که محلی برای استصحاب بوده و تساقط می‌کند؛ پس نظریه مدعی استصحاب در این مورد از اساس باطل است. ضمناً اثر حقوقی نیز بر این مسأله بار نمی‌شود. طرفداران این نظریه برای اثبات مدعای خود به ماده مذکور تمسک نموده است: ماده فوق تصریح به عدم تعلق ارث، بر دو وارث فوت شده در دو حادثه دارد، اگر هر دو حادثه مجهول

التاریخ باشد، چون از شروط وراثت معلوم بودن زمان تقدم و تأخر می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ۴۳۷).

## الف- ۲. جریان استصحاب

برخی از حقوقدانان قائل به جریان استصحاب بوده و معتقدند: اگر دو استصحاب در عرض هم قرار گرفته باشد، در صورت عدم وجود اصل دیگری که یکی از آن دو را تأیید و تقویت نکند، چون هر دو مساوی می‌باشد و ترجیح یکی نسبت به دیگری ترجیح بلا مرجح است، تعارض و تساقط می‌کند، از این جهت در قانون مدنی در باب ارث، نسبت به این مسئله طرفین را وارث نمی‌داند. دلیل عدم تعلق ارث نیز مانع است و آن مانع جهل به تقدم فوت می‌باشد (امامی، ۱۳۸۴، ۲/۴۴).

در ماده ۱۰۲۴ قانون مدنی ایران آمده است: «اگر اشخاص متعدد در یک حادثه تلف شوند، فرض بر این می‌شود که همه‌ی آنها در آن واحد مرده‌اند. مفاد این ماده مانع از اجراء مقررات مواد ۸۷۳ و ۸۷۴ جلد اول این قانون نخواهد بود».

دکتر سید حسن امامی می‌نویسد: به دلیل ماده فوق، دو شخص فوت شده در یک زمان، چون فاقد شرط حق الوراثه هستند، هیچ یکی وارث دیگری نمی‌باشد، در این صورت تمام اموال پدری فوت شده بین وراث، به غیر از کسانی که وسیله انتقال ارث، فرزند فوت شده است، تقسیم می‌شود و اموال فرزند نیز به تمام وراث او تعلق می‌گیرد (امامی، ۱۳۸۴، ۳/۱۹۴).

دکتر طاهری نظرش را نسبت به مسئله‌ی مورد بحث این‌گونه بیان داشته است: قاعده حقوقی در فرض شک تقدم و تأخر هر یک از این رویداد تعارض و تساقط می‌باشد؛ بنابراین، هیچ کدام از دو حادثه که با هم تعارض دارند، بر دیگری مقدم نیست (طاهری، ۱۳۹۱، ۵/۲۶۳). ایشان در تفسیر ماده ۱۰۲۴ نیز همین مسئله را مطرح می‌کند. (طاهری، ۱۳۹۱، ۵/۲۶۷).

۱. «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند، مجهول و تقدم و تأخر هیچ یک معلوم نباشد، اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند، مگر آن که موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت، از یکدیگر ارث می‌برند».

هر دوی این دو نظریه ثمره واحد (عدم اثر) دارد، به نظر می‌رسد این نظریه درست نباشد، چون در صورت عدم جریان استصحاب، حکم بر اصل اولیه که وراثت باشد جاری می‌شود، مگر این‌که موانعی برای این اصل وجود داشته باشد که یکی از آن موانع، علم به تقدم فوت فرزند بر پدر است، در مسئله این مانع نیز موقوف است.

#### ب: علم به وقوع زمان اول و جهل به آن در زمان دوم

اما اگر دو حادثه‌ی به وجود آمده، با توجه به این‌که در ابتدا تقدم مرگ یکی نسبت به دیگری معلوم بوده است، ولی در ادامه، مکلف تقدم و تأخر را فراموش کرده باشد، آیا این مورد به مورد قبلی بازگشت می‌کند و یا حکم دیگری دارد؟ نظرات متفاوتی در حقوق ذکر شده است.

#### ب-۱. لزوم مراجعه به قرعه

برخی از حقوقدانان مدعی هستند: این فرض با مورد اول که از ابتدا تاریخ هر دو حادث مجهول بوده است، حکم متفاوت دارند، چون در این مورد، برخلاف قبلی راه تشخیص وجود دارد و آن راه مراجعه به قرعه اعلان شده است؛ اما در مورد قبل تنها مسیر برای ابراز ثمره، مراجعه به استصحاب بوده و از آنجایی که تعارض داشته فقدان ثمر تشخیص داده شده است ولی در این فرض راه مطمئن‌تر دیگری برای ظهور ثمره وجود دارد که مراجعه به قرعه باشد و دلیل مراجعه به قرعه عدم معلوم بودن تاریخ هر دو حادثه است، چون در ابتدا مکلف علم به تاریخ داشته و در ادامه جهل برایش حاصل شده، پس مکلف به جهت عدم ممارست مقصر می‌باشد. بنابراین، چاره‌ای جز کمک گرفتن از قرعه وجود ندارد. ضمن این‌که اصل کارایی قرعه در مسائل مشکله می‌باشد که راه تشخیص بسته است و مسأله مورد بحث نیز از همان موارد می‌باشد (امامی، ۱۳۸۴، ۳ / ۱۹۶).

#### ب-۲. عدم جواز مراجعه به قرعه

شماری از دانشمندان علم حقوق معتقدند: اگر جهل به تقدم و تأخر بعد از حصول علم باشد، چون ماده قانونی مشخصی در این زمینه وجود نداشته، همان حکمی مجهولی التاریخ بر آن جاری می‌شود!



زیرا در این دو مورد ملاک واحد است که سبب می‌شود ماده ۱۰۲۴ قانون مدنی ایران هر دو را در برنگیرد؛ اما دلیل عدم جریان قرعه، نبودن شرایط و قلمرو قرعه است، چون با قرعه فقط می‌توان علم اجمالی به تقدم یکی بر دیگری ثابت شود و صدور حکم بر مبنای علم اجمالی درست نمی‌باشد. پس تنها راه حل، برگشت به مجهولی التاریخ است که حکمش بیان شد (امامی، ۱۳۸۴/۳، ۱۹۶).

به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق روایت در مورد قرعه نمی‌توان نظریه امامیه را پذیرفت، چون امام موسی بن جعفر (ع) فرموده است: در هر امر و موضوع نامعلومی حکم قرعه جاری است. حضرت در پاسخ به این اشکال که در قرعه احتمال خطا و اشتباه وجود دارد، فرمود: آنچه را که خداوند خود دستور آن را داده است، خطا نخواهد کرد (صدوق، ۱۴۰۹، ۹۲/۳).

#### اختلاف نظری فقها با مواد قانون مدنی

با تحقیق صورت گرفته در برخی موارد آرای فقها با مواد مصوبه قانون مدنی و نظرات حقوقدانان مخالف می‌باشد و در این مقاله به موارد که به این بحث مربوط می‌شود اشاره شده است.

#### ۱- تفاوت آرای فقها با ماده ۸۷۳ قانون مدنی و نظرات حقوقی

اکثریت فقها در دو حادث مجهولی التاریخ با اختلاف که در اصل جریان یا عدم جریان استصحاب دارند؛ اما فرق بین غرق، مهدوم علیه و غیره قائل نمی‌باشند، یعنی یا قائل به استصحاب در تمام مورد هستند و یا منکر استصحاب می‌باشند، قول به تفصیل بین این دو حادثه وجود ندارد؛ مثلاً بسیاری از فقها از جمله امام خمینی (ره) در باب ارث نسبت به این مسئله می‌فرمایند: هرگاه دو نفر که بینشان وراثت برقرار است، فرق نمی‌کند، زمان مرگ هر دو معلوم بوده و یا زمان وقوع فوت یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، در هر دو فرض چون شک بین تقدم و تأخر است، حکم واحد دارند، فرق بین غرق مهدوم علیه و غیره وجود ندارد و نیز تفاوت وجود ندارد، هر دو در یک حادثه فوت کرده باشد یا در دو حادثه، علت سبب واحد باشد یا اسباب متعدد (خمینی، ۱۳۶۸، ۳۶۱/۲، خوئی، ۱۳۷۷، ۲/۳۸۱؛ مفید، ۱۴۱۳، ۶۹۸، حلبی، ۱۴۰۳، ۳۷۶. دیلمی سلار، ۱۴۰۴، ۲۲۵. طوسی، ۱۴۰۸، ۴۰۰).

این نظریه فقها کاملاً با ماده ۸۷۳ قانون مدنی ایران و نظرات حقوقدانان مخالف می‌باشد، در ماده مزبور آمده است: «اگر فوت مشخص نباشد، ارث تعلق نمی‌گیرد، چون معلوم بودن زمان فوت از شروط تعلق ارث است؛ اما یک استثنا وجود دارد: «اگر موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند».

حقوقدانان از جمله دکتر امامی، در این مسئله می‌گویند: اگر دو نفر تاریخ فوتش مجهول باشد از همدیگر ارث نمی‌برد، اما اگر سبب فوت آنان غرق و هدم باشد هر یک وارث دیگری شناخته شده و از همدیگر ارث می‌برند (امامی، ۱۳۸۴، ۳/۱۹۵؛ طاهری، ۱۳۹۱، ۵/۲۶۳).

دکتر جعفری لنگرودی در این مسئله می‌گوید: اگر دو شخص در حادثه مانند زلزله، انهدام خانه کشته شده و یا در آب غرق شود، حتی در مجهول التاریخ برای هر دو طرف ارث ثابت می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ۴۳۷). در بین حقوقدانان این مسئله از مسائل حتمی و قطعی می‌باشد، دلیل‌شان نیز ماده ۸۷۳ قانون مدنی ایران است.

به نظر می‌رسد تفاوت در مسئله اگر دلیل خاص نباشد باطل است، چون مورد ندارد تا در صورت موت به سبب غرق و هدم یک امتیاز داشته باشد، فوق قاعده کلی که در فرض تصادف، قتل با اسلحه گرم و سرد و ... این امتیاز وجود نداشته باشد. اگر علت تفاوت احکام ناگهانی بودن فوت است، اختصاص به این دو حادثه درست نیست باید موارد دیگر چون سکنه تصادف و بسیاری دیگر را نیز شامل شود. با توجه به این که قانون مدنی برگرفته از فقه شیعه می‌باشد لازم است در محتوای این قانون که دلیل برای اثباتش وجود نداشته و اجتهاد بدون دلیل قانون گذار است، اصلاح شود.

### ۳- اختلاف دیدگاه فقها با حقوقدانان در زمان جهل

فقها در مجهول التاریخ دو نظریه دارند: برخی استصحاب را جاری ندانسته و معتقد به جریان قاعده طهارت می‌باشند و بعضی نیز قائل به استصحاب بوده و معتقدند: در حکم بعد از تعارض چون تساقط می‌کند: چند نظریه بیان شده است: برخی قائل به طهارت، عده‌ای معتقد به نجاست و بعضی نیز راه احتیاط

را برگزیده‌اند؛ اما به اجماع فرق بین جهل در زمان اول و زمان دوم نگذاشته و نسبت به هر دو حکم واحد دارند (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹، ۱/ ۳۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱/ ۱۶۶؛ خوئی، ۱۴۱۸، ۱/ ۲۲۹؛ مفید، ۱۴۱۳، ۵۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۷، ۱/ ۱۷۱).

اما حقوقدانان بین این دو زمان فرق گذاشته‌اند، یعنی اگر جهل در زمان اول به وجود آمده باشد، همان دو نظریه استصحاب و عدم استصحاب وجود دارد، ولی اگر جهل در زمان دوم به وجود آمده باشد، دو نظریه بیان شده است: عده‌ای از حقوقدانان معتقدند، راهی جز قرعه وجود ندارد؛ اما برخی دیگر می‌گویند: چون در این مسئله ماده قانونی وجود ندارد لازم است، همان حکم مجهول التاریخ را جاری نمود.

#### نتیجه

با توجه به بررسی صورت گرفته در منابع فقهی و حقوقی، روشن شد که دانشمندان نسبت به تقدّم و تأخّر دو امر حادث، دو حالت در نظر گرفته‌اند: گاهی یک حادثه معلوم و دیگری مجهول است؛ و گاهی نیز هر دو مجهول التاریخ می‌باشند.

در صورت نخست، فقیهان امامیه و حقوقدانان ایران نسبت به جریان استصحاب و عدم جریان استصحاب اختلاف نظر دارند: برخی جریان استصحاب را فقط در مجهول التاریخ جایز دانسته‌اند، ولی نسبت به معلوم التاریخ این دیدگاه را ندارند، و حال آن‌که نظریه جریان استصحاب، فقط در معلوم التاریخ نیز در کتب فقهی بیان شده است. در رابطه با این موضوع، دو دیدگاه دیگر، جریان استصحاب در معلوم و مجهول تاریخ و عدم جریان استصحاب در دو حادث نیز در فقه و حقوق طرفداران بسیاری دارد. ثابت شد در مجهول التاریخ به اتفاق نظر فقیهان، استصحاب جاری می‌شود؛ اما در معلوم التاریخ این اتفاق نظر وجود ندارد. ضمناً اصل وجود استصحاب در امور مجهول است، و در امور معلوم، شک به وجود نمی‌آید تا جریان استصحاب مطرح شود.

بدون تردید جریان استصحاب منحصر به مجهول مطلق نیست، بلکه اگر یکی از دو حادثه، که مرتبط باهم هستند، یکی مجهول و دیگری معلوم باشد، چون باهم مرتبط است، حکم مجهول بر آن بار شده و استصحاب جاری می‌شود.

در صورت دوم که هر دو مجهول التاریخ باشد، اگرچه در اصل استصحاب اختلاف نظر وجود ندارد، ولی در کمیت و کیفیت استصحاب بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد:

فقها با توجه به این‌که در جریان یا عدم جریان استصحاب اختلاف نظر دارند، عده‌ای استصحاب و برخی قواعد دیگر را مانند قرعه را مطرح نموده‌اند، و فرقی بین زمان جهل نمی‌گذارند؛ ولی حقوقدانان معتقدند: اگر جهل در زمان اول باشد، همان دو نظریه که در فقه مطرح است، در حقوق نیز وجود دارد؛ اما اگر جهل در زمان دوم به وجود آمده باشد، قاعده قرعه و یا حکم به مجهول التاریخ می‌شود. البته برای این تفاوت دلیل وجود ندارد.

اختلاف دیگر بین فقها و حقوقدانان در کیفیت حادثه است: اکثر فقها در مسأله تفاوتی بین نوع حادثه قائل نمی‌باشند؛ اما حقوقدانان با تمسک به مواد قانون مدنی بین حکم حادثه مثل غرق، هدم و حوادث دیگر مانند تصادف تفاوت گذاشته‌اند.

نتیجه آن‌که اولاً: تفاوت حوادث اگر نتیجه‌ای مثل یکدیگر داشته باشند، تغییر در حکم به وجود نمی‌آورند؛ ثانیاً: به نظر می‌رسد این ماده قانونی با بیان روایات دارای اختلاف ظاهر است. نیز با نظرات اکثر علما از جمله امام خمینی (ره) مطابقت ندارد. بنابراین، ماده ۸۷۳ قانون مدنی ایران، دارای نقص بوده و تجدید نظر در آن مورد تأکید است.

در فقه دانشمندان امامیه این بحث را با توجه به اهمیتی که دارد، به صورت مبسوط و در اکثر ابواب فقهی مطرح نمودند. با تحقیقی که در منابع صورت گرفته است، در مجموع سه دیدگاه در مسئله ثبت شده است: چون برخی فقها بر خلاف نظریه قطعی اصولی (استصحاب را در معلوم التاریخ جاری نمی‌دانند) معتقدند: فقط در معلوم التاریخ استصحاب جریان پیدا می‌کند، در مجهول التاریخ چنین عقیده‌ای را

ندارند. بعضی بر عکس نظریه قبل، فقط در مجهول التاریخ قائل به استصحاب هستند، این نظریه با مبنای اصولی مطابق است؛ اما عده‌ای با توجه به جریان استصحاب در مجهول التاریخ در معلوم تاریخ نیز جریان را پذیرفته‌اند. با توجه به قواعد فقهی به نظر می‌رسد نظریه اول مردود بوده و دو نظریه آخر قابل پذیرش باشد.

حقوق دانان در مورد بحث دو نظریه را مطرح کردند: در قانون مدنی جمهور اسلامی ایران درباره دو حادثی که یکی از آن معلوم تاریخ و دیگری مجهول باشد، فقط آن‌که تاریخ فوتش مجهول است بر اساس استصحاب عدم تأخیر از آن دیگری ارث می‌برد، اما اگر تاریخ هر دو مجهول باشد، هیچ کدام از هم دیگر ارث نمی‌برند.

## منابع

۱. امامی، سید حسن (بی تا)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامی.
۲. آملی، میرزا هاشم (۱۴۰۶ق.)، المعالم الماثورة فی شرح کتاب العروة الوثقی، ج ۱، قم: المطبعة العلمية.
۳. اشتهااردی، علی پناه (۱۴۱۷ق.)، مدارک العروة، ج ۱، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
۴. امامی، سید حسن (۱۳۸۴ش.)، حقوق مدنی، ج ۱۸، تهران: اسلامی.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق.)، فرائد الأصول، ج ۹، قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۶. جعفری لنگرودی محمد جعفر (۱۳۷۹ش.)، مجموعه مُحشّی قانون مدنی، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق.)، وسائل الشیعة، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۸. حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق.)، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۹. حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳ق.)، الکافی فی الفقه، ج ۱، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین (ع).
۱۰. حلّی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۷ق.)، المعتبر فی شرح المختصر، ج ۱، قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع).
۱۱. خراسانی حائری بیارجمندی، یوسف؛ آرام حائری (۱۳۹۴ق.)، مدارک العروة، ج ۱، نجف اشرف: مطبعة النعمان.
۱۲. خمینی، سید روح الله موسوی (۱۳۶۸ش.)، تحریر الوسيلة، ج ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۳. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق.)، موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۱۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷ش.)، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۱، قم: لطفی.
۱۵. دیلمی، سلار، حمزة بن عبد العزيز (۱۴۰۴ق.)، المراسم العلویة فی الفقه و الأحكام النبویة، ج ۱، قم: منشورات الحرمین.

۱۶. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۷۶ش.)، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۷. صدوق، محمد بن بابویه (۱۴۰۹ق.)، من لایحضره الفقیه، ترجمه علی اکبر غفاری، ج ۱، تهران: صدوق.
۱۸. طاهری، حبیب الله (۱۳۹۱ش.)، حقوق مدنی، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق.)، العروة الوثقی، ج ۲، بیروت: مؤسسة الأعلمی للطبوعات.
۲۰. طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ق.)، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، ج ۱، قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۲۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق.)، المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۲۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۳۸۰ش.)، روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱، قم: بوستان کتاب.
۲۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۱ق.)، رسائل الشهيد الثاني، ج ۱، قم: بوستان کتاب.
۲۴. مفید، محمد بن نعمان (۱۴۱۳ق.)، المقنعة، ج ۱، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۲۵. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق.)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۱، تهران: المكتبة المحمدية.
۲۶. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲ش.)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.