

بسم الله الرحمن الرحيم

درس اصول فقه علیرغم ضریب ۱ در آزمون وکالت، درسی بسیار مهم به شمار می‌رود؛ هر چند میانگین درصد کشوری داوطلبین آزمون وکالت در این درس ۱۳/۳۳٪ است، اما! هر سوال صحیح اصول فقه به طور چشمگیری رتبه داوطلب را ارتقاء میدهد؛ یعنی چیزی ما بین ۴۰۰ تا ۶۰۰ نفر و مهم‌تر از همه آنکه اگر میانگین تمامی دروس به طور خوش بینانه ۶۰٪ هم باشد، اما درصد اصول فقه زیر ۳۰٪ باشد، داوطلب در آزمون وکالت پذیرفته نخواهد شد. بنابراین پس از مدتها درس و بحث و تدریس اصول فقه برای داوطلبین آزمون وکالت و کسب درصد‌های بسیار بالا از جانب دانشجویانم بر آن شدم تا جزوه‌ای با ادبیات بسیار ساده و روان و با مثالهای ساده و قابل درک با استفاده از کتب منبع و مرجع و همچنین کتب کمک آموزشی نگارش و جمع‌آوری کنم. امید است که مورد بهره‌وری داوطلبین آزمون وکالت قرار گیرد.

تقدیم به ساحت مقدس یوسف زهرا (عج) و **شهادی** مدافع حرم

سید رضا روزگار وکیل دادگستری، مدرس دروس آزمون وکالت و قضاوت، پژوهشگر حقوق خصوصی

ارتباط با نگارنده:

Roozegarlawfirm@gmail.com

لینک کانال تلگرام:

t.me/osul100

تعریف اصول فقه:

علم به مجموعه قواعد و ابزارهای یاری دهنده فقیه در مسیر استخراج و استنباط احکام شرعی.

موضوع اصول فقه:

هر ابزار و منبعی اعم از قرآن، سنت، اجماع و عقل و هر چیز دیگری در جهت استنباط حکم شرعی از آن.

وضع الفاظ

دلالت: رهنمونی ذهن از چیزی به چیز دیگر.

نکته: وضع یکی از اسباب دلالت است.

ارکان وضع:

- ۱- واضح: شخصی که لفظی را در برابر معنایی قرار می دهد. مثل: پدر و مادر، قانونگذار در ماده ۱۲۸۴ ق.م.
- ۲- موضوع یا لفظ: لفظی که در برابر معنایی قرار می گیرد. مثل: علی، سند.
- ۳- موضوع له یا معنا: معنایی که لفظ در برابر آن قرار داده شده است. مثل: فرزند، هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد است.

اقسام دلالت:

- ۱- دلالت عقلی: رسیدن از دال به مدلول به حکم عقل. مثل: دلالت دود بر آتش سوزی.
- ۲- دلالت طبعی: رسیدن از دال به مدلول به حکم طبع. مثل: دلالت رنگ پریدگی بر ترس.
- ۳- دلالت وضعی: رسیدن از دال به مدلول بر اساس وضع و قرارداد. مثل: دلالت لفظ هبه از جانب قانونگذار بر (تملیک رایگان مال به یک شخص).

دلالت وضعی:

۱- دلالت لفظی: جایی که لفظی بر اساس قرارداد به عنوان دال در نظر گرفته شده باشد. مثل: دلالت لفظ وقف بر حبس عین مال و تسبیل منافع.

۲- دلالت غیر لفظی: جایی که چیزی جز لفظ بر اساس قرارداد به عنوان دال در نظر گرفته شده باشد. مثل: دلالت چراغ ترمز بر توقف.

اقسام دلالت وضعی لفظی:

۱- دلالت مطابقی: دلالت لفظ بر تمام معنای خود. مثل: دلالت لفظ کتاب بر کل معنای کتاب.

مثل: دلالت لفظ غصب بر استیلاء بر حق غیر به نحو عدوان.

۲- دلالت تضمنی: دلالت لفظ بر جزئی از معنای خود. مثل: دیوار خانه خراب شود؛ شخص بگوید خانه ام خراب شده. مثل: دلالت ماده ۸۰۲ ق.م. واژه هبه که منظور از هبه فقط ایجاب و قبول است، در حالی که هبه سه رکن دارد: ایجاب، قبول و قبض.

۳- دلالت التزامی: دلالت لفظ بر خارج از معنای آن. مثل: بگویم علی شیر است؛ منظور از شیر، شجاع باشد. مثل: دلالت لفظ دادگاه بر قاضی در ماده ۹۹ ق.آ.د.م..

اقسام وضع لفظ:

۱- وضع تعینی یا تخصیصی

الف: صریح

ب: ضمنی

۲- وضع تعینی یا تخصیصی

وضع تعینی یا تخصیصی:

زمانی که واضح (فرد یا افراد خاص) لفظی را در برابر معنایی مشخص قرار می دهند. مثال: مواد ۱۰۰۲ و ۱۸۶ و ۱۲ ق.م..

وضع تعیننی صریح:

قرار دادن یک لفظ مشخص از طرف واضح مشخص برای یک معنای مشخص به طور صریح مثل ماده ۲۱۱ ق.م.ا. در تعریف علم قاضی.

وضع تعیننی ضمنی:

فهماندن معنای یک لفظ از جانب واضح به طور ضمنی با بیان شرایط، آثار، احکام یا مصادیق یک لفظ مثل ماده ۱۲۶ ق.م.ا. که معنای معاونت در قالب بیان مصادیق آن آمده است.

وضع تعیننی یا تخصصی:

قرار گرفتن لفظ در مقابل یک معنا در اثر کثرت استعمال (کاربرد بیش از حد) لفظی در مقابل معنایی دیگر.

ویژگی های وضع تعیننی یا تخصصی:

۱- غیر از معنای موضوع له

۲- با قرینه و به مناسبتی

۳- و به صورت مجازی به کار برده شود.

با جمع این شرایط، این استعمال به حدی زیاد شود که در صورت به کار بردن آن لفظ بدون قرینه، همان معنای دوم فهمیده شود.

مثال: لفظ قانون:

۱- در ابتدا به معنای خط کش

۲- اما بر اثر کثرت استعمال در معنای مقررات مدون

امروزه لفظ قانون بدون قرینه در معنای دوم به کار می‌رود.

Page | 5

اقسام لفظ از نظر وحدت و تعدد لفظ و معنا:

*تعدد لفظ + وحدت معنا = مترادف، مثل: دیه و خون بها

*وحدت لفظ + وحدت معنا = مختص یا تک معنا

مختص یا تک معنا:

۱- مختص جزئی: لفظی که دارای یک معنا و یک مصداق است. مثل: اسامی اشخاص. احمد.

۲- مختص کلی: (مشترک معنوی) یک لفظ دارای یک معنا با مصادیق متعدد. مثل: بیع (نسیه، نقدی و...)

*وحدت لفظ + تعدد معنا =

۱- مشترک لفظی: لفظ دارای معانی متعدد و همگی معانی حقیقی. مثل حقوق (به معنای علم حقوق، مزد و

پاداش و مجموعه امتیازهای مشترک)

۲- منقول: لفظ دارای معنا که از یک معنا به معنای دیگری که با معنای دوم دارای ارتباط است، نقل می‌شود

و معنای اول کم کم متروک می‌شود. مثل: لفظ نماز در ابتدا به معنای پرستش، سپس به معنای عبادت

خاص.

اقسام منقول:

الف: منقول شرعی: واضح جدید، شارع است. مثال: لفظ حج که به معنای قصد و آهنگ بود اما با وضع شارع

جدید به معنای عبادت خاص است.

ب: منقول عرفی: واضح جدید، عرف است. مثل لفظ حیوان که به معنای موجود زنده اما در زبان عرف به معنای جانور به کار می‌رود.

۳- حقیقت و مجاز:

انواع استعمال لفظ:

۱- صحیح:

الف: حقیقت: لفظ در معنای اصلی به کار رفته.

ب: مجاز: لفظ در معنای اصلی به کار نرفته اما تناسب وجود دارد.

۲- غلط: لفظ نه در معنای اصلی به کار رفته و نه تناسب وجود دارد.

حقیقت: به کار بردن لفظی در معنایی که برای آن وضع شده باشد. مثل: واژه مرد برای جنس مذکر، مثل واژه دادگاه در اصل ۲۱ ق.ا..

مجاز: به کار بردن لفظ در غیر از معنای حقیقی و وضعی آن. مثل: به کار بردن لفظ مرد برای زن به خاطر انجام کاری که درخور مردان است. مثل لفظ اجازه به معنای رضایت قبل از عمل در مواد ۱۰۶۰ و ۱۰۴۹ ق.م..

شرایط مجاز:

۱- علاقه: پیوند و تناسب ذوق پسند بین معنای حقیقی و مجازی. مثلاً: مکانی را بگوییم اما منظور درون آن مکان باشد نه خود مکان. مثل لفظ محکمه در ماده ۹۷۵ ق.م. که منظور قاضی محکمه است.

۲- قرینه صارفه: علامت و نشانه‌ای که ذهن را از معنای حقیقی به معنای مجازی منحرف کند. مثلاً: لفظ قیم در ماده ۱۱۷۱ ق.م. با این قرینه صارفه: (هرچند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده

باشد، به معنای وصی است)، زیرا شخصی که از جانب پدر برای بعد از فوت در زمینه سرپرستی تعیین می‌شود، وصی است نه قیم!

اقسام قرینه:

۱- قرینه صارفه: قرینه ای که ذهن را از معنای حقیقی به معنای مجازی منحرف می‌کند. مثل: لفظ مطلقه در ماده ۳۸ ق.ح.خ. که نشانگر قرینه بر معنای مجازی زوجه یعنی شخصی که قبلاً در قید زوجیت مردی بوده ولی اکنون نیست، می‌باشد.

۲- قرینه معینه: قرینه ای که نشانگر و تعیین کننده یکی از معانی لفظ مشترک می‌باشد. مثلاً شیر خوردن: خوردن قرینه ای است که نشانگر معنای شیر خوراکی است.

نکته: این قرینه ها از لحاظ شکل ممکن است به صورت لفظ (مقال) و یا به صورت غیر لفظی (مقام) یعنی اوضاع و احوال که به کمک عقل، راهنما هستند، بیان شوند.

علامت حقیقت و مجاز:

۱- تصریح واضح: واضح صراحتاً یک لفظ را معنا کند.

۲- تبادر: سبقت گرفتن یکی از معانی لفظ در ذهن شنونده بدون به کار رفتن قرینه.

نکته: تبادر فقط بدون وجود قرینه، علامت حقیقت است. واژه ید که به معنای (دست) است، معنای دست، زودتر از سایر معانی به ذهن می‌رسد.

۳- اطراد: استفاده بیش از حد یک لفظ در یک معنا بدون قرینه مثل: واژه تعهد که در بیشتر اوقات در مواردی به کار می‌رود که مدیون به اراده خویش آن را به عهده می‌گیرد.

۴- عدم صحت سلب: یعنی جدا کردن یک معنا از یک لفظ صحیح نباشد؛ در چنین حالتی که سلب آن معنا از لفظ، ممکن نیست، آن معنا، معنای حقیقی است. مثل: لفظ مالک به معنای صاحب حق عینی که گرفتن معنای صاحب حق عینی از مالک ممکن نیست و این معنا، معنای حقیقی است.

نکته: مهم ترین علائم حقیقت، تصریح واضح و تبادر است.

اقسام حقیقت:

۱- لغوی: به کار رفتن لفظ در معنای لغوی به عنوان معنای حقیقی. مثال: به کار رفتن لفظ ید برای دست.
۲- عرفی: به کار رفتن لفظ در معنای عرفی آن. مثال: به کار بردن لفظ حیوان به معنای موجود زنده غیر انسان.

۳- شرعی: اگر به حقیقت شرعی معتقد باشیم، کلمات موجود در آیان قرآن و احادیث پیامبر(ص) را باید به معنای شرعی بپذیریم، اما اگر به حقیقت شرعی معتقد نباشیم، باید به معنای لغوی یا عرفی کلمات مراجعه کنیم. مثلاً: لفظ صلاه که در معنای لغوی، پرستش است، اما در معنای شرعی، عبادت خاص محسوب می شود.

۴- قانونی: وضع لفظ در مقابل معنایی خاص از جانب قانونگذار. در واقع حقیقت قانونی نوعی حقیقت عرفی خاص است، یعنی عرف حقوقدانان، قضات، وکلا. مثل واژه لازم که در لغت به معنای ضروری و واجب اما در معنای قانونی به عقد غیر قابل فسخ گفته می شود.

نکته: تعریف قانونگذار از یک لفظ، واجد اعتبار در سایر قوانین نیز است، مگر اینکه با تصریح قانونگذار یا به کمک قرائن متوجه شویم که تعریف فقط خاص همان قانون است.

مجاز:

۱- لغوی: به کار رفتن لفظ در غیر از معنای حقیقی لغوی آن. مثال: به کار بردن لفظ جایز برای عقد قابل فسخ.

۲- عرفی: به کار رفتن لفظ در غیر از معنای عرفی آن. مثال: به کار بردن لفظ دابه به معنای جنبنده.

اقسام عرف:

۱- عرف عام: اصطلاحاتی که بین عموم مردم متعارف است.

۲- عرف خاص: اصطلاحاتی که بین گروه خاصی از مردم متعارف است. مثل: حقوق دانان، پزشکان، مهندسان.

اقسام عرف:

۱- عرف شرع: اصطلاحات زمان پیامبر(ص) و گاهی زمان صحابه به تبع پیامبر.

۲- عرف متشرعه: اصطلاحات از زمان امام جعفر صادق (ع) به بعد و مردمی که شریعت را پذیرفته اند.

موضوع:

۱- عرفی: موضوعی که همیشه بین مردم وجود داشته. مثل: معاملات.

۲- شرعی: موضوعاتی که به وسیله شرع به وجود آمده و قبل از آن وجود نداشته است. مثل: سجده و قنوت در نماز.

راه حل:

۱- معانی جدید مثل عبادات: اینگونه معانی، حقیقت شرعی است با تکیه بر بنای عقلاء، بنابراین الفاظی مثل عبادات، حقیقت شرعی هستند با وضع تعیینی ضمنی.

۲- معانی که در بین مردم رایج بوده و دارای سابقه است: اینها دارای همان معانی عرفی هستند و حقیقت عرفی. مثل: اکثر معاملات از جمله: بیع و اجاره.

اجتماع چند نوع حقیقت:

- ۱- در کلام شارع: اول معنای شرعی؛ دوم معنای عرفی زمان صدور کلام، سوم معنای لغوی.
 - ۲- در متون قانونی: اول معنای قانونی، دوم معنای شرعی، سوم معنای عرفی، چهارم معنای لغوی.
 - ۳- در مورد الفاظ و عبارات افراد جامعه، معنای عرفی.
- نکته:** به کار بردن لفظ، در بیش از یک معنا جایز نیست؛ خواه تمام معانی حقیقی خواه تمام معانی مجازی یا برخی حقیقی و برخی مجازی باشند.
- اقسام لفظ از جهت دلالت بر معنا:**

- ۱- نص: دلالت لفظ تنها بر یک معنا بدون احتمال معنای دیگر. مثل: ماده ۱۱ ق.م. در بیان تقسیم بندی اموال.
- ۲- ظاهر: دلالت لفظ بر دو معنا با یک معنی با احتمال بیشتر و قوی و معنای دیگر با احتمال کمتر و ضعیف تر که معنای با احتمال بیشتر و قوی مد نظر باشد. مثل: عدم نفوذ در ماده ۲۰۰ ق.م. معنای قوی: غیر نافذ، معنای ضعیف: بطلان.
- ۳- موول: دلالت لفظ بر دو معنا که یکی از معانی با احتمال بیشتر و قوی تر و معنای دیگر با احتمال کمتر و ضعیف تر که همین معنای با احتمال کمتر و ضعیف تر مد نظر باشد. مثل: عدم نفوذ در ماده ۲۰۰ ق.م.؛ معنای قوی: غیر نافذ، معنای ضعیف: بطلان.
- ۴- مجمل: دلالت لفظ بر دو یا چند معنا به طوری که احتمال هیچ یک از معناها بیشتر از بقیه نباشد و منظور گوینده را از معنای لفظ متوجه نشویم. مثل: ماده ۲۱۸ ق.م. در این ماده معلوم نیست که صوری بودن معامله موجب بطلان است یا قصد فرار از دین یا هر دو، بنابراین ماده مجمل است.

موجبات بروز اجمال در کلام:

- ۱- استفاده از مشترک لفظی بدون وجود قرینه معینه، مثل: به کار بردن لفظ شیر بدون قرینه که مشخص نیست منظور شیر خوراکی است یا شیر آب یا شیر گاز یا شیر جنگل.
- ۲- در تقدیر گرفتن لفظ یا الفاظ: در تقدیر گرفتن یعنی ذکر نکردن قسمتی از کلام به گونه ای که متوجه نشویم چه چیزی در تقدیر است و ذکر نشده. مثل: لفظ عرفیه در ماده ۲۲۴ ق.م. که مشخص نیست منظور عرف عام است یا عرف خاص و اختلافی است.
- ۳- حذف اجزا و ارکان جمله مثل ماده ۷۳۳ ق.م.، در این ماده مشخص نیست محال علیه در مقابل چه کسی بری می شود؛ بایع یا مشتری؟ بنابراین مجمل است.
- ۴- ساختار جمله: مثلاً گفته شود متهم به صد ضربه شلاق در دو نوبت محکوم می شود. مشخص نیست متهم مجموعاً به صد ضربه شلاق محکوم شده یعنی هر مرتبه ۵۰ ضربه شلاق یا هر مرتبه ۱۰۰ ضربه شلاق!
- ۵- استفاده از کلمات مبهم: ماده ۳۵ ق.م. عبارت (تصرف به عنوان مالکیت) مجمل است، چون مشخص نیست چه نوع تصرفی و در چه حدودی مالکانه است.

اصول لفظی:

شک گاهی:

- ۱- در وضع لفظ
- ۲- در مراد متکلم: اصول لفظیه.

اصل حقیقت:

لفظی دارای یک معنی حقیقی و یک معنی مجازی است و ما میدانیم کدام معنا حقیقی و کدام یک مجازی است، اما ندانیم کدام معنا مورد نظر گوینده بوده، در این صورت بر اساس اصل حقیقت، می‌گوییم معنای حقیقی مد نظر گوینده بوده است، مگر قرینه‌ای بر معنای مجازی باشد. مثل: لفظ رجال در اصل ۱۱۵ ق.۱. معنای حقیقی لفظ رجال = مردان، معنای مجازی = افراد عالی رتبه. اگر شک کنیم منظور قانونگذار از لفظ رجال کدام معنا بوده، بر اساس اصل حقیقت باید بگوییم معنای حقیقی آن مد نظر بوده است.

اصل عموم:

لفظ عامی در کلام به کار رفته و فقط تردید نسبت به تخصیص آن وجود دارد، اما دلیل و قرینه قطعی بر این تخصیص نداریم. در این جا می‌گوییم اصل در لفظ عام، اراده معنای عموم از آن است، مگر اینکه قرینه‌ای به صورت قطعی بر تخصیص وجود داشته باشد. مثل: لفظ هر شخص در اصل ۳۴ ق.۱. که اگر احتمال تخصیص نسبت به اشخاص خارجی ساکن ایران داشته باشیم، اما قرینه‌ای قطعی بر این تخصیص وجود نداشته باشد، باید مطابق اصل عموم، بگوییم حکم این ماده شامل اشخاص خارجی ساکن ایران هم می‌شود.

اصل اطلاق:

اگر عبارتی بدون وجود هیچ گونه قیدی در کلام آورده شود و تردید داشته باشیم که این عبارت شامل تمام حالات و اقسامش می‌شود یا خیر، و قرینه‌ای به صورت قطعی مبنی بر مقید بودن آن کلام وجود نداشته باشد، با استناد به اصل اطلاق می‌گوییم آن لفظ را باید بر معنای مطلق حمل کرد.

اصل عدم تقدیر:

اگر جمله‌ای از سوی متکلم بیان شود و شک کنیم که شخص متکلم قسمتی از کلام را در تقدیر گرفته (کلمه‌ای را حذف کرده) بر اساس اصل عدم تقدیر می‌گوییم اصل بر این است که کلمه یا کلماتی از کلام متکلم حذف نشده است، مگر اینکه قرینه‌ای به صورت قطعی نشانگر حذف قسمتی از جمله وجود داشته باشد. مثلاً: اگر

شک کنیم در ماده ۲۴ ق.م. بعد از واژه فقراء واژه محل، در تقدیر گرفته شده است، باید گفت بر اساس اصل عدم تقدیر، واژه ای از کلام حذف نشده و بنابراین اموال مجهول المالک، به مصرف تمامی فقرا باید برسد.

اصل عدم نقل:

هرگاه شک کنیم در انتقال یک لفظ از معنای اولیه خود به معنای جدید، بر اساس اصل عدم نقل، می‌گوییم لفظ به معنای جدیدی منتقل نشده است، مگر اینکه قرینه ای در میان باشد.

اصل عدم اشتراک:

اگر لفظی دارای دو یا چند معنا، داشته باشیم و شک ما در حقیقی بودن تمامی معانی آن لفظ یا بعضی از معانی آن لفظ باشد، اصل بر این است که آن لفظ مشترک لفظی نیست، حسب اینکه تعداد الفاظ مشترک لفظی بسیار محدود و محصور است. بنابراین نتیجه می‌گیریم که از آن معانی مورد نظر، یکی معنای حقیقی و سایر آنها مجازی است، مگر اینکه قرینه ای بر تعدد معانی حقیقی لفظ داشته باشیم.

نتیجتاً در تعارض بین مشترک لفظی بودن لفظ (قلمداد کردن تمام معانی لفظ به عنوان معانی حقیقی) و حقیقت و مجاز بودن لفظ (قلمداد کردن یکی از معانی به عنوان معنای حقیقی و مجازی تلقی کردن سایر معانی لفظ) اصل را بر حقیقت و مجاز بودن آن لفظ می‌گذاریم، مگر اینکه قرینه ای قطعی بر حقیقی بودن تمام آن معانی وجود داشته باشد که در این صورت، آن لفظ مشترک لفظی است.

اصل ظهور:

اگر لفظی داشته باشیم با احتمال وجود چند معنا برای آن لفظ، به صورتی که یکی از معانی با احتمال قوی (ظاهر) و یکی از آن معانی با احتمال ضعیف (موول) و شک در منظور گوینده نسبت به معنای مورد نظر او داشته باشیم، اصل بر این است که گوینده معنای ظاهری لفظ را اراده کرده است، مگر اینکه قرینه ای بیاید که نشان دهنده منظور او از معنای به احتمال ضعیف (موول) از آن لفظ باشد.

نکته: مبنای حجیت (اعتبار) اصل ظهور بنای عقلاء (حکم عقل) است.

مثال اصل ظهور: ماده ۲۲۴ ق.م. که بر اساس اصل ظهور ظاهر عرفی الفاظ متعاقبین، هنگام انعقاد قرارداد برای ما اهمیت دارد.

صحیح و اعم:

هرگاه معنایی دارای اجزا و شرایطی باشد و شک در رعایت اجزا و شرایط کنیم، اگر تمام اجزا و شرایط رعایت شود، آن عبادت یا معامله صحیح است و اگر رعایت نشود، آن عبادت فاسد یا آن معامله باطل است.

نکته مورد بحث ما این است که لفظ عبادت یا معامله فقط در برگیرنده معنای صحیح آن است یا هم معنای صحیح و هم معنای فاسد؟

مثلا واژه نماز، آیا فقط شامل نماز صحیح می شود یا نماز فاسد ناقص الاجزاء را هم در بر میگیرد؟

پاسخ به این سوال اختلافی است.

یکی گروه صحیحی ها که دارای حساسیت زیادی هستند و استعمال الفاظ را فقط برای معنای صحیح می پذیرند و معنای فاسد را مجاز می دانند مثل همان نمازی که ارکانش رعایت نشده است. بنابراین صحیحی ها محتاط هستند و به اصل احتیاط استناد می کنند.

گروه دیگر اعمی ها هستند که بر این باورند که معنای الفاظ هم شامل صحیح آنها و هم فاسد آنها می شود و می گویند لفظ بر معنای مطلق خود حمل می شود و به اصل اطلاق استناد می کنند.

مشتق:

زمانی که یک لفظ بیانگر یک صفت یا حالت قابل انفکاک و قابل جدا شدن از یک شخص یا چیزی باشد، آن لفظ را مشتق در اصطلاح اصول می گوئیم. مثل: لفظ تاجر برای شخص، مثل لفظ منقول برای چیزی.

نکته: منظور از قابل زوال بودن و قابل انفکاک بودن لفظ مشتق، نسبت به شخص یا چیزی، این است که اگر مشتق را از آن شخص یا چیز بگیریم، تاثیری در بود یا نبود آن شخص یا چیز (ذات) نداشته باشد.

ارکان مشتق:

۱- مبدا: (منقول)، (تاجر)

۲- ذات: (مال)، (شخص)

اقسام به کارگیری لفظ مشتق:

۱- متلبس بالمبدا فی الحال: نسبت دادن آن لفظ مشتق (صفت یا حالت) به شخص یا چیز، هم اکنون و حقیقت است. در واقع آن شخص یا چیز، در حال حاضر دارای آن صفت یا حالت است. مشتق در این حالت، حقیقت است، چون وجود دارد. مثال: به کار بردن لفظ قاضی برای کسی که هم اکنون قاضی است.

۲- متلبس بالمبدا فی المستقبل: نسبت دادن آن لفظ مشتق (صفت یا حالت) به شخص یا چیزی که در آینده، متصف به آن صفت یا حالت خواهد شد و هم اکنون آن صفت یا حالت را ندارد. مثال: واژه وراثت در ماده ۱۰۲۵ ق.م. نسبت به شخص غائب مفقودالاثر قبل از اینکه حکم موت فرضی صادر شود. مشتق در این حالت، مجاز است، چون وجود ندارد.

۳- متلبس بالمبدا فی الماضي: نسبت دادن آن لفظ مشتق (صفت یا حالت) به شخص یا چیزی که در گذشته، متصف به آن صفت یا حالت بوده است و اکنون فاقد آن است. بر اساس نظر مشهور، مشتق در این حالت مجاز است، چون قبلاً موجود بوده و در حال حاضر دیگر وجود ندارد. مثال: به کار بردن لفظ قاضی برای قاضی بازنشسته.

اوامر:

Page | 16

معنای لغوی امر:

۱- طلب یا دستور --- جمع: اوامر

۲- شیء یا چیز یا کار --- جمع: امور

معنای اصطلاحی: درخواست انجام کار از مقام پایین از جانب مقام بالاتر.

نکته: فقط دستور شخص مافوق به زیر دست، امر گفته می‌شود.

روش های بیان امر:

۱- امر با استفاده از ماده امر یعنی حروف ا،م،ر

۲- امر با استفاده از فعل امر مثل: برو، بجنگ، بخور

۳- امر با استفاده از جملات خبری با قیدهای الزامی مثل: لازم است، موظف است و...

۴- امر با استفاده از جملات خبری بدون قید الزامی مثل: دادگاه رسیدگی خواهد کرد.

نکته: منظور از جملات خبری در شماره های ۳ و ۴ خبر در مقام انشاء است، یعنی طلب فعل و دستور.

نکته: مشهور اصولیان، معتقدند که امر بر وجوب و الزام دلالت می‌کند و بنابراین صیغه امر ظاهر در وجوب است،

مگر اینکه گوینده با ذکر قرینه، منظور دیگری داشته باشد.

نکته: گاهی حکم وضعی به صورت امری بیان می‌شود. مثل: ماده ۱۰۶۴ ق.م. (عاقد باید عاقل، بالغ و قاصد

باشد).

نکته: مشهور اصولیان معتقدند امر وضعاً دلالت بر مره (یکبار انجام دادن) یا تکرار ندارد، اما برای اطاعت از امر، یک بار انجام دادن مأمور به کافی است. مثلاً: لزوم پرداخت مثل یا قیمت مال تلف شده از جانب مسبب، بر اساس ماده ۳۳۱ ق.م. تنها یک بار کافی است، مگر اینکه قرینه ای بر مره یا تکرار وجود داشته باشد.

نکته: مشهور اصولیان معتقدند که امر نه دلالت بر فور (انجام سریع مأمور به) و نه دلالت بر تراخی (انجام با تاخیر مأمور به) دارد، مگر اینکه امر خلاف آن را تصریح کند یا قرینه ای بر خلاف آن باشد.

امر بعد از منع (امر عقیب حظر):

در این شیوه، امر استثنائاً دلالت بر الزام و وجوب ندارد؛ بلکه نشان دهنده رفع یک ممنوعیت است. مثلاً: دستور داده شده چراغها را خاموش کنید بعد از آن دستور رسیده چراغها را روشن کنید. جمله دوم فقط منع قبلی را از بین برده است و به این معنا نیست که حتماً باید چراغها را روشن کنید. چرا که گفتیم امر در اینجا استثنائاً دلالت بر الزام و وجوب ندارد.

اقسام حکم:

۱- حکم تکلیفی: حکمی که مستقیم و بلاواسطه مرتبط با اعمال و رفتار مکلفین است.

پنج قسم دارد:

الف: وجوب: اگر انجام کاری از سوی شارع یا قانونگذار به صورت الزامی خواسته شود، به چنین حکمی وجوب می‌گوییم. این حکم با کلماتی مثل: باید، لازم است و همچنین جملات خبری در مقام انشاء ذکر می‌شود. مثل: وجوب تسلیم مبیع از جانب بایع و وجوب پرداخت ثمن از جانب خریدار.

ب: حرمت: اگر ترک کاری از جانب شارع یا قانونگذار به صورت الزامی از مکلفین خواسته شود و انجام آن مجازات داشته باشد، به چنین حکمی حرمت گفته می‌شود. این حکم با کلماتی مثل: ممنوع است، حرام

است و صیغه و ماده نهی و همچنین تعیین مجازات بیان می‌گردد. مثل ممنوعیت قبض مال در عقود عینی بدون اذن مالک.

ج: استحباب: خواستن انجام کاری از مکلف که انجام آن موجب پاداش اما ترک آن کیفری نخواهد داشت.

مثل: استحباب ذکر گفتن. این حکم با کلماتی مثل حتی المقدور، حتی الامکان و مناسب است، بیان می‌گردد.

د: کراهت: خواستن ترک کاری از مکلف بدون اینکه انجام آن گناه و واجد مجازات باشد. مثل: کراهت طلاق در اسلام.

ه: اباحه: برابر بودن طلب انجام یا عدم انجام کاری از جانب شارع یا قانونگذار؛ یعنی برای او تفاوتی ندارد. مثل احیای اراضی موات.

۲- حکم وضعی: حکمی که به طور غیر مستقیم بر رفتار انسان اثرگذار است و در واقع نشان دهنده وضع مشخص و معینی است. مثل: لزوم، بطلان، صحت.

نکته: حکم تکلیفی فقط شامل افراد مکلف می‌شود (افراد بالغ و عاقل)، اما حکم وضعی منوط به داشتن بلوغ و عقل نیست و هم شامل شخص مکلف و هم شخص غیر مکلف می‌شود. مثل: ماده ۱۲۱۶ ق.م. که حکم وضعی ضمان را برای شخص صغیر یا مجنون یا غیر رشید در نظر گرفته است.

تقسیم بندی دیگری از حکم: حکم واقعی و ظاهری

۱- حکم واقعی: حکمی که بر اساس ادله اجتهادی چهارگانه (قرآن، سنت، اجماع و عقل) بدون توجه به علم و جهل شخص مکلف و بدون تاثیر علم و جهل شخص مکلف از ناحیه شارع مقدس یا قانون گذار وضع شده است. مثل: ماده ۱۱۰۶ ق.م. که در هر حال در عقد دائم، نفقه زن به عهده شوهر است.

۲- حکم ظاهری: در صورت عدم دسترسی به حکم واقعی، برای برطرف نمودن سرگردانی شخص مکلف با استفاده از ادله فقهی (اصل براءت، احتیاط، استصحاب و تخییر) حکم قضیه را به دست می‌آوریم. مثال: راجع به کشیدن سیگار با مراجعه به ادله اجتهادی حکمی یافت نمی‌شود. (حکم واقعی)

اقسام حکم واقعی:

۱- حکم واقعی اولی: در شرایط عادی و معمولی وضع شده است.

۲- حکم واقعی ثانوی: در شرایط استثنائی و غیر عادی وضع شده است. به آن حکم اضطراری می‌گوییم.

عنوان ثانوی: منظور همان حالت استثنائی است که باعث تبدیل حکم واقعی از واقعی اولی به واقعی ثانوی می‌شود.

مثال: بر اساس ماده ۳۳۶ ق.م.ا. اگر کسی برای دیگری اقدام به عمل عرفا دارای اجرت کند، یا عاداتا مہیای اجرت باشد، مستحق اجرت عمل است، اما در حالات استثنائی اگر شخص قصد تبرع (عنوان ثانوی) داشته باشد، استحقاق او نسبت به اجرت المثل از بین می‌رود.

عنوان ثانوی در ماده ۳۳۶ ق.م.ا.:

- ۱- حکم واقعی اولی: در شرایط عادی بدون قصد تبرع = استحقاق اجرت
- ۲- حکم واقعی ثانوی: در شرایط استثنائی با قصد تبرع = عدم استحقاق اجرت
- ۳- عنوان ثانوی: قصد تبرع

حکم تاسیسی و امضائی:

۱- حکم تاسیسی: حکمی است که تاسیسی جدید و تازه است و سابقه وضع نداشته است و برای اولین بار توسط شارع یا قانونگذار وضع شده است. مثل: درجه بندی مجازاتهای تعزیری به هشت درجه در ق.م.ا..

۲- حکم امضائی: حکمی است که حکم تاسیسی سابق را فقط تایید می نماید، حال یا به همان شکل یا با اصلاحات اندک. مثل: اعتبار نکاح.

حکم مولوی و ارشادی:

۱- حکم مولوی: حکم صادره از جانب شارع یا قانونگذار که اطاعت از آن لازم و مخالفت با آن حرام است. مثل: امر به نماز و روزه، مثل ماده ۱۰۵۲ ق.م. حرمت ابدی در تفریق حاصله بوسیله لعان.

نکته: مجازات مخالفت با حکم مولوی، از جانب شارع یا قانونگذار تعیین شده است.

۲- حکم ارشادی: حکم صادره از جانب شارع یا قانونگذار به نحوی که عقل توانایی درک علت صدور آن را دارد. مثل: نهی از ظلم و ستم به غیر، مثل اطاعت از دستورات پزشک، مثل منع اضرار به غیر در اصل ۴۰ ق.ا..

نکته: مخالفت با حکم ارشادی فاقد مجازات است؛ در واقع مخالفت با این نوع حکم، مخالفت با حکم عقل است.

اقسام واجب:

۱- واجب تعبدی: واجبی است که به قصد قربت (نزدیکی به خداوند) انجام می شود و قصد قربت شرط صحت آن است. مثل: عبادات واجب.

۲- واجب توصیلی: واجبی است که نیازمند قصد قربت نیست. مثل: پرداخت دیه و نفقه.

نکته: عبادات (به قصد قربت) واجب تعبدی اند و معاملات (بدون نیاز به قصد قربت) واجب توصلی اند.

- ۱- واجب عینی: واجبی است که تک تک افراد، مکلف به انجام آن هستند و انجام آن از سوی تعدادی از اشخاص، تکلیف از عهده سایرین ساقط نمی‌کند. مثل: وجوب نماز و روزه که هر شخص به صورت جداگانه و فرد فرد مکلف به انجام آن است یا لزوم داشتن دفاتر تجاری از جانب فرد فرد تجار.
- ۲- واجب کفایی: واجبی است که تعلق تکلیف بر همه افراد ثابت است، اما انجام آن از سوی عده ای به اندازه نیاز، ساقط کننده تکلیف از دیگران است. مثل: خاک سپاری مرده، ازاله نجاست از مسجد، ماده ۱۱۹۹ ق.م. در پرداخت نفقه اولاد از جانب پدر یا اجداد پدری به اتفاق.

نکته: غالب تکالیف مقرر در قانون از نوع واجب عینی است.

- ۱- واجب تعیینی: در این نوع واجب، ما با یک عمل معین روبرو هستیم که در عرض خود، هیچ جایگزینی ندارد. در واقع عمل، موضوعیت دارد. مثل: تسلیم عین معین در عقد بیع که هیچ چیزی را به جای آن نمی‌توان تسلیم کرد.
- ۲- واجب تخییری: عملی است که مشخص و معین نیست؛ بلکه در عرض خود دارای جایگزین است. مثل: کفاره روزه خواری که می‌تواند آزاد کردن برده باشد یا گرفتن شصت روز روزه یا سیر کردن شصت فقیر.
- ۱- واجب مطلق: واجبی است که حکم وجوب آن مشروط به سایر شرایط نباشد. مثل: وجوب نماز و روزه، لزوم رد عین مال از جانب امین بر اساس ماده ۶۱۹ ق.م..
- ۲- واجب مشروط: واجبی است که وجوب عمل، نیازمند امر یا سایر شرایط است به نحوی که قبل از حصول آن امور یا شرایط، وجوبی نداریم. مثل: وجوب حج که شرط آن استطاعت شخص است، مثل وجوب رسیدگی به اعتبار سند در دادگاه که شرط آن، عدم استرداد سند از جانب صاحب سند و موثر بودن سند در دادگاه است؛ بر اساس ماده ۲۱۸ ق.آ.د.م..

نکته: مطلق و مشروط بودن واجب، امری نسبی است؛ ممکن است واجب نسبت به یک شرط یا امر، مطلق باشد و نسبت به امر یا شرط دیگری مشروط باشد.

۱- واجب منجز: عمل واجبی که بدون قید، واجب شده و موعد انجامش رسیده باشد. مثل: وجوب حج در ماه ذی الحجه برای شخص مستطیع، تکلیف زن و شوهر به حسن معاشرت با یکدیگر بر اساس ماده ۱۱۰۳ ق.م..

۲- واجب معلق: عمل واجبی که مقید و متوقف به امری غیرمقدور شده باشد و اگرچه واجب شده، اما زمان انجام آن نرسیده باشد. مثل: نماز فردا که واجب است، اما متوقف بر رسیدن فردا است، مثل ماده ۲۹۵ ق.آ.د.م. که واجب بودن انشاء رای بر دادگاه متوقف بر رسیدن به ختم دادرسی است.

نکته:

در واجب مشروط، قبل از حصول شرط، انجام مقدمات نداریم.

در واجب معلق، قبل از تحقق معلق علیه (عمل واجب شده)، انجام مقدمات داریم.

۱- واجب اصلی: واجبی که در شرع یا قانون به آن تصریح شده باشد. بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م.. وجوب تسلیم مبیع به مشتری.

واجب اصلی:

الف: واجب نفسی: عملی که به خاطر نفس عمل و اهمیت آن واجب شده. مثل: وضو، ماده ۳۸۱ ق.م..

ب: واجب غیری: عملی که به علت عملی غیر از خودش واجب شده و مقدمه انجام یک واجب دیگر باشد.

۲- واجب تبعی: واجبی که انجامش از جانب شارع یا قانونگذار تصریح نشده اما برای انجام واجب اصلی لازم است. مثل: وجوب پرداخت مخارج تسلیم مبیع به مشتری و تسلیم ثمن به بایع که در ماده ای بیان نشده است.

۱- واجب موقت: واجبی است که دارای وقت (وقت دار)، دارای زمان خاص برای انجام آن است. مثل: نماز

و روزه.

واجب موقت:

الف: واجب موسع: واجب دارای زمان (تعیین شده) وسیع تر از زمان لازم برای انجام آن عمل. مثل: نماز ظهر و عصر که از اذان ظهر تا مغرب فرصت داریم، موعد تجدیدنظر خواهی که ۲۰ روز و ۲ ماه فرصت داریم.

ب: واجب مضیق: واجب دارای زمان (تعیین شده) محدود و دقیقاً مطابق و به اندازه آن عمل. مثل: وجوب روزه از اذان صبح تا مغرب، نگهداری عده وفات چهار ماه و ده روز.

۲- واجب غیر موقت: واجبی است که فاقد وقت و مهلت خاص جهت انجام آن عمل است.

واجب غیر موقت:

الف: فوری: انجام آن فاقد وقت و به صورت فوری باید صورت بگیرد و بدون تاخیر. مثلاً: جواب سلام فوری است، لفظ فوراً در ماده ۶۴ ق.آ.د.م..

ب: غیر فوری: انجام آن نه فوریت دارد و نه دارای زمان خاص و معین است و تاخیر در آن پذیرفته است. مثل: پرداخت خمس و زکات هر وقت خواستید.

نواهی:

نهی:

۱- در لغت: منع دیگری از انجام کاری.

۲- در اصطلاح: منع شخص دانی از سوی شخص عالی نسبت به انجام یک عمل.

روش های نهی:

۱- ماده نهی: حروف ن، ه، ی، در قوانین مثالی نداریم. مثل: نهی می کنم تو را از....

۲- فعل نهی: مثل: نکنید، نزنید، نروید، نخورید و... در قوانین مثالی نداریم.

۳- جمله خبری منفی در مقام انشاء: جمله خبری با لحن ملایم، مثل: مجاز نیست، جایز نیست، حق ندارد، مواد ۱۳۲ و ۱۳۳ ق.م..

۴- جمله خبری مثبت در مقام انشاء: جمله خبری مثبت با لحن ملایم. مثل: حرام است، ممنوع است، مواد ۱۰۵۱ و ۱۰۵۲ ق.م..

۵- جعل مجازات، مثل: ماده ۲۶۲ ق.م.ا. و ماده ۲ ق.م.ا..

ارکان نهی:

۱- ناهی: شخص نهی کننده

۲- منهی: شخص نهی شونده

۳- منهی عنه: آنچه شخص از آن نهی می شود.

نکته: اگر نهی برای بیان حرمت به کار رود: حقیقت و اگر نهی برای بیان کراهت به کار رود: مجاز است.

نکته: نهی دلالت بر مره (یکبار ترک) یا تکرار (ترک همیشگی عمل) ندارد، اما در مرحله اطاعت از نهی، عملی که از آن نهی شدیم، باید به صورت همیشگی ترک شود، مگر در صورت تصریح واضح یا آمدن قرینه ای بر اینکه یک بار ترک آن عمل کافی است.

ترک همیشگی نهی مثل ماده ۱۳۳ ق.م. منع همیشگی باز کردن درب از دیوار خانه خود به خانه همسایه.

نکته: نهی دلالتی بر فور (ترک سریع منهی عنه) یا تراخی (ترک با تاخیر منهی عنه) ندارد، اما برای اطاعت از نهی، اصل بر این است که عملی که از آن نهی شده ایم را فوراً ترک کنیم، مگر در صورت تصریح واضح بر ترک عمل با تاخیر یا وجود قرینه بر خلاف آن.

مثال برای ترک فوری نهی: ماده ۱۲۴۰ ق.م..

نکته: امر و نهی وضعاً دلالت بر مره یا تکرار و فور یا تراخی ندارند مگر با قرینه یا تصریح واضح.

نکته: امر عقلاً نه وضعاً! - دلالت بر مره (یکبار) و بر تراخی (انجام با تاخیر) دلالت دارد.

نکته: نهی عقلاً نه وضعاً! - دلالت بر تکرار و بر فور (ترک فوری) دارد.

نکته: اطاعت از امر مستلزم توجه و قصد - اگر عمل عبادی بود - توجه + قصد قربت، اما متعلق نهی صرف کف نفس - خودداری از انجام حرام است و نیت قلبی لازم نیست و آنچه مهم است، عدم تحقق منهی عنه (عملی که از آن نهی شده ایم) در عالم خارج می‌باشد؛ حالا چه از سر ترس، چه از سر خشم و چه از سر میل قلبی و هرچه که باشد.

سوال: آیا نهی می‌تواند باعث فساد شود؟

نهی:

۱- در عبادات: به صورت مطلق موجب فساد و بطلان است. مثل خواندن سوره سجده دار در نماز خواندن، باطل + مبطل نماز.

۲- در معاملات: (عقود و ایقاعات):

الف: نهی مبین شرایط، موانع، اجزاء عقد و معامله: مخالفت با نهی = حرام + مبطل و مفسد معامله

مثل ماده ۷۷۳ ق.م. (عدم قابلیت رهن مال غیر قابل نقل و انتقال = باطل) و ماده ۱۰۵۹ ق.م. (بطلان نکاح مسلم با غیر مسلم).

ب: نهی، ایجاد کننده زمینه یک واقعه حقوقی: مخالفت با نهی = موجب فساد و بطلان نیست. مثل: ماده ۶۱۷ ق.م. (استفاده و انتفاع امین از مال مورد ودیعه).

ج: نهی، ظاهراً به خود معامله، اما باطنا و فی الواقع نهی از یک عمل مقارن (هم زمان) با معامله: مخالفت با نهی، موجب بطلان نیست، اما به علت ارتکاب آن با عمل حرام، مجازات دارد. مثل: خواستگاری از زنی که در عده است = ممنوع و حرام، اما اگر منتهی به نکاح شود، باطل نیست.

نکته: در اینجا ظاهراً از نکاح نهی شده، اما فی الواقع از خواستگاری زن در عده، نهی شده است.

د: نهی، به خود معامله تعلق گرفته نه نتایج یا اثرات آن:

مخالفت با نهی حرام است، اما مفسد و مبطل معامله نیست.

منع بیع هنگام نماز، به خود بیع تعلق گرفته نه اثر آن، بنابراین بیع انجام دادی، باطل نیست.

نکته: سبب = خود معامله سبب است. نتایج و آثار = مسبب.

ه: نهی، به نتیجه و اثر معامله تعلق گرفته، نه به اصل معامله = ناهی نتیجه را رد می کند و از نظرش نتیجه نهی شده، بنابراین نهی در مسبب است = مبطل و مفسد معامله است. مثل: منع تملک کوچه های غیر مسدود در ماده ۲۴ ق.م..

مفاهیم:

منطوق: معنای مستقیم تصریح شده و ذکر شده در جمله.

مثل: ماده ۶۱۵ ق.م. (امین مسوول وقایعی که دفع آن از اقتدار او خارج است، نمی باشد).

مفهوم: معنای غیر مستقیم ذکر نشده و تصریح نشده در جمله. (در واقع با توجه به ساختار و ترکیب جمله – خودمان از آن برداشت می‌کنیم).

مثل: ماده ۶۱۵ ق.م. (امین مسوول وقایعی که دفع آن در اقتدار او است، می‌باشد).

نکته: تمامی جملات دارای منطوق (نطق و لفظ)، معنای مستقیم اند، اما بعضی جملات دارای مفهوم اند و بعضی جملات فاقد مفهوم!

مثال برای جمله فاقد مفهوم: هر کسی باید دارای نام خانوادگی باشد – فقط منطوق دارد.

منطوق:

۱- صریح:

الف: دلالت مطابقی: دلالت لفظ بر تمام معنای آن. مثال: واژه قانون اساسی در اصل ۱۱۳ ق.ا. که منظور قانونگذار، تمام اصول قانون اساسی است.

ب: دلالت تضمنی: دلالت لفظ بر جزئی از معنای آن. مثال: دلالت لفظ کتاب بر جلد کتاب.

۲- غیر صریح: دلالت التزامی

دلالت التزامی:

۱- دلالت اقتضاء: در این دلالت، لازمه درستی و صحت کلام، در تقدیر گرفتن کلمه ای باشد. مثل: لفظ جنون در ماده ۹۵۴ ق.م. که در تقدیر گرفته شده و در منطوق ماده نیامده.

۲- دلالت تنبیه و ایماء: زمانی که قید موجود در جمله، علت حکم موجود در آن جمله باشد، آن قید، دال بر تنبیه یا ایماء است. مثال: طبق ماده ۷۷۴ ق.م. علت بطلان رهن دین و منفعت این است که، دین و منفعت جزء اعیان نیستند.

۳- دلالت اشاره: دلالتی است که در آن گفتار دارای لازمه ای است که گوینده آن را اراده نکرده اما ما از گفته او به دلخواه چنین نتیجه ای میگیریم.

نکته: دلالت اشاره، ممکن است نتیجه گیری از یک عبارت یا از چند عبارت یا از چند ماده قانونی باشد.

مثال: مواد ۹۵۴ و ۵۵۰ ق.م. به دلالت اشاره، نتیجه این دو ماده این است که عقد مضاربه به موت احد طرفین، منفسخ می شود.

نکته: پس به دلالت مطابقی و تضمنی، منطوق صریح، اما به دلالت التزامی، منطوق غیر صریح یا دلالت سیاقی گفته می شود.

اقسام مفهوم:

گفتیم که مفهوم، معنای ضمنی و غیر مستقیم مستنبط از جمله بر اساس هیات ترکیبی جمله است.

۱- مفهوم موافق: یکسان بودن حکم مفهوم با حکم منطوق از جهت مثبت یا منفی بودن.

حکم منطوق: مثبت = حکم مفهوم موافق: مثبت

حکم منطوق: منفی = حکم مفهوم موافق: منفی

مثال: ماده ۶۹۱ ق.م.

منطوق: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است. +

مفهوم موافق: حواله دینی که سبب آن هنوز ایجاد نشده است، باطل است. +

۲- مفهوم مخالف: متفاوت بودن حکم مفهوم با حکم منطوق از جهت مثبت یا منفی بودن.

حکم منطوق: مثبت = حکم مفهوم مخالف: منفی

حکم منطوق: منفی = حکم مفهوم مخالف: مثبت

مثال: ماده ۶۹۱ ق.م.

منطوق: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است. +

مفهوم مخالف: ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده است، باطل نیست. -

مفهوم موافق:

۱- اولویت: قوی تر بودن علت حکم در مفهوم نسبت به منطوق، با این وصف که حکم منطوق و مفهوم از جهت مثبت یا منفی بودن، یکسان باشد.

مثال: ماده ۲۴۹ ق.م.: سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی شود. پس، به طریق اولی (قیاس اولویت)، سکوت مالک با عدم حضور در مجلس عقد نیز، اجازه محسوب نمی شود.

۲- مساوات: تسری دادن حکم یک موضوع به موضوع مشابه دیگر به دلیل مشترک بودن آن دو در علت حکم.

مثال: ماده ۱۲۴۰ ق.م.: قیم نمی تواند به سمت قیمومت از طرف مولی علیه، با خود معامله کند.

به قیاس مساوات، وصی هم نمی تواند به سمت وصایت، از طرف مولی علیه با خود معامله کند.

مفهوم مخالف:

متفاوت بودن حکم مفهوم با حکم منطوق از جهت مثبت یا منفی بودن.

حکم منطوق: مثبت = حکم مفهوم مخالف: منفی

حکم منطوق: منفی = حکم مفهوم مخالف: مثبت

اقسام مفهوم مخالف:

۱- شرط ۲- غایت ۳- حصر = حجت است.

۴- وصف ۵- لقب ۶- عدد = حجت نیست.

۱- مفهوم شرط: مفهومی است که با نبود شرط، جواب یا جزای شرط هم از بین می‌رود و از دو قسمت شرط و جزا (جواب شرط) تشکیل می‌شود و به وسیله ادات شرط به هم اتصال می‌یابد.

جمله شرطیه:

شرط + ادات شرط + جواب یا جزای شرط

مثال: ماده ۴۱۸ ق.م.:

اگر مغبون در حین معامله، عالم به قیمت عادلانه بوده است، خیار فسخ نخواهد داشت.

مفهوم مخالف شرط: چنانچه مغبون در حین معامله، عالم به قیمت عادلانه نبوده باشد، خیار فسخ خواهد داشت.

تعدد شروط در جمله شرطیه به همراه یک جواب شرط:

۱- تحقق حکم حتی با وجود یکی از شروط متعدد: در این صورت برای از بین رفتن حکم، می‌بایست تمام شروط منتفی شود.

مثال: ماده ۲۲۱ ق.م.: اگر کسی تعهد بر امری یا خودداری از انجام امری نماید، در صورت تخلف، مسوول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه جبران خسارت، تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.

مفهوم مخالف شرط: اگر جبران خسارت، تصریح نشود، تعهد هم عرفاً به منزله تصریح نباشد و بر حسب قانون هم موجب ضمان نباشد، جبران خسارت لازم نیست.

۲- تعدد شروط در جمله شرطیه به همراه یک جواب شرط = عدم تحقق حکم در صورت منتفی شدن یکی از شروط.

مثلاً: مطابق ماده ۱۱۴ ق.آ.د.م. نسبت به طلب یا مال معینی که هنوز موعد تسلیم آن نرسیده است، در صورتی که حق مستند به رسمی و در معرض تضییع یا تفریط باشد، می‌توان در خواست تامین نمود.

مفهوم مخالف شرط: نسبت به طلب یا مال معینی که هنوز موعد تسلیم آن نرسیده است، در صورتی که حق مستند به سند رسمی نباشد، نمی‌توان درخواست تامین نمود.

موارد و مصادیق عدم حجیت (اعتبار) مفهوم شرط:

۱- جایگزین داشتن شرط: یعنی شرط، سبب انحصاری برای تحقق جواب شرط نباشد و شروط دیگر نیز، بتوانند چنین جواب شرطی را ایجاد کنند.

مثل: ماده ۱۱۳۰ ق.م.: در صورتی که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج زوجه باشد، میتواند به حاکم شرع، مراجعه و تقاضای طلاق کند.

مفهوم شرط: در صورتی که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج زوجه نباشد، وی نمی‌تواند به حاکم شرع، مراجعه و تقاضای طلاق کند.

مفهوم شرط، فاقد اعتبار و حجیت است، زیرا شروط دیگر، مثل داشتن وکالت در طلاق از جانب زوجه نیز به زوجه مجوز مراجعه به دادگاه و تقاضای طلاق را می‌دهد.

۲- منتفی شدن موضوع به وسیله منتفی شدن شرط: با مرگ شرط، موضوع نیز می‌میرد. بنابراین شرط، فاقد مفهوم است و به چنین جمله شرطیه‌ای، سالبه به انتفاء موضوع می‌گوییم.

مثال: مطابق ماده ۳۷ ق.آ.د.م. اگر موکل، وکیل خود را عزل نماید، مراتب را باید به دادگاه و وکیل معزول اطلاع دهد. در اینجا شرط، مفهوم ندارد، چون نمی‌توانیم بگوییم، اگر موکل وکیل خود را عزل نکند، لازم نیست، به دادگاه و وکیل معزول اطلاع دهد!

در واقع، اگر عزلی نباشد، ادامه عبارت، یعنی جواب شرط، منتفی است!

۲- مفهوم غایت: بیان پایان و غایت چیزی در ضمن یک حکم.

جملات دارای غایت، سه رکن دارد:

۱- مغیی: چیزی که دارای پایان و غایت است.

۲- غایت: پایان و انتها

۳- ادات غایت: تا، مادامی که، قبل از، بعد از، پیش از، پس از و....

مثل: ماده ۱۰۷ ق.آ.د.م. خواهان می‌تواند تا اولین جلسه دادخواست خود را مسترد کند.

مفهوم این ماده این است که: پس از اولین جلسه، استرداد دادخواست، ممکن نیست!

نکته: اگر بگوییم، غایت در مغیی است، یعنی پایان و انتها را هم جزو مغیی بیاوریم، حکم شامل غایت هم می‌شود و اگر غایت را خارج از مغیی بدانیم، حکم شامل غایت نمی‌شود.

مثلا: ثبت نام آزمون قضاوت از پنجم تا دوازدهم اسفند است.

ثبت نام آزمون قضاوت (مغیی) تا (ادات غایت) دوازدهم اسفند (غایت)

آیا دوازدهم اسفند هم جزء روز ثبت نام هست یا خیر ؟

در این خصوص، قاعده کلی نداریم. اگر اطلاعات حقوقی یا عرفی داشتیم، طبق آن عمل می‌کنیم.

اگر اطلاعات کافی نداشتیم، در مورد هر قضیه به طور خاص و با توجه به قرائن، تعیین تکلیف می‌کنیم.

۳- مفهوم حصر و استثناء:

حصر: محصور کردن و محدود کردن حکم یک جمله نسبت به موضوعات معین با کلماتی مثل: صرفاً، تنها، فقط و... بیان می‌گردد.

مثل: اصل ۳۶ ق.ا. حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

مفهوم حصر: حکم به مجازات و اجرای آن از غیر طریق دادگاه و بر خلاف قانون مجاز نیست.

استثناء: خارج کردن مصداق یا مصادیق از دایره حکم پیشین با کلماتی مثل: به جز، مگر، به غیر از، لکن، ولی و... بیان می‌گردد.

جملات دارای استثناء:

۱- مستثنی: استثناء شده، مصداق خارج شونده

۲- مستثنی منه: حکم موجود مشمول استثناء

۳- ادات استثناء: به جز، مگر و...

مثل: ماده ۶۹ ق.م. وقف بر معدوم صحیح (مستثنی منه) نیست، مگر (ادات) به تبع موجود (مستثنی).

پس وقف بر معدوم به تبع موجود صحیح است.

۴- مفهوم وصف: وجود یک حکم برای یک موضوع دارای وصف: وابستگی حکم به وجود وصف برای آن موضوع، به نحوی که با از بین رفتن آن وصف، حکم هم از بین برود. در واقع، وجود حکم، وابسته به وصف موضوع می‌شود.

از آنجا که مفهوم وصف، حجت نیست، نمی‌توان گفت، با از بین رفتن وصف، موضوع حکم هم از بین می‌رود؛ حسب اینکه ممکن است حکم با اوصاف دیگری ممکن و مقدور و موجود شود. اثبات شیء نفی ماعداء نمی‌کند.

مثلاً: اگر بگوییم دانشجویان دکتری حقوق خصوصی می‌توانند در آزمون قضاوت شرکت کنند، نباید از آن چنین برداشت شود که دانشجویان دکتری حقوق بین‌الملل، جزا، عمومی و... حق شرکت در آزمون قضاوت را ندارند!

نکته: منظور از وصف، صفت ادبی نیست؛ بلکه وصف شامل: وصف، متمم، قید است.

نکته: در صورت حذف موصوف و ذکر صفت به تنهایی، با مفهوم لقب یا صفت جانشین اسم مواجه هستیم.

اقسام مفهوم وصف:

۱- وصف یا قید توضیحی (تاکیدی): صرفاً توضیح دهنده معنای موضوع است و بود و نبودش تاثیری در قلمرو معنایی عبارت ندارد. اینجا مفهوم ندارد.

مثال: ماده ۸۵۰ ق.م. موصی له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیت شده است = که وصف توضیحی و حجت نیست! زیرا بر اساس قانون مدنی هر انسانی متمتع از حقوق مدنی و حق مالکیت است.

۲- وصف یا قید تقییدی: وصفی که علت حکم باشد و وجود و عدم حکم، وابسته به وجود و عدم وصف باشد. اینجا وصف مفهوم دارد.

مثال: ماده ۸۳۴ ق.م. در وصیت (عهدی) قبول، شرط نیست و ایقاع است. وصف عهدی برای وصیت، وصف تقییدی یا احترازی است و مفهوم دارد.

۳- وصف دارای جایگزین: یعنی جایگزین‌های زیادی برای تحقق حکم وجود داشته باشد و این وصف فقط یکی از آنها باشد. اینجا مفهوم ندارد.

مثال: ماده ۳۴۸ ق.م. بیع (چیزی که منفعت عقلایی ندارد) باطل است. خیلی از بیع‌ها می‌تواند باطل باشد به سایر دلایل یا خیلی اوصاف دیگر مثل مالیت نداشتن مبیع، مالیت نداشتن ثمن، مشروبات الکلی مثلاً و....

۴- وصف موارد غالب: وصف غالباً در موضوع هست اما گاهی هم نیست. (اکثر اوقات) هست.

مثال: اصل ۲۸ ق.ا. هرکس حق دارد شغلی را که بدان مایل است، برگزیند. اکثر اوقات اشخاص، میل و علاقه را در نظر می گیرند برای انتخاب شغل، اما گاهی شرایط اجتماعی، گاهی شرایط اقتصادی و سایر اوصاف را در نظر می گیرند؛ بنابراین خلافتش قابل اثبات است! مفهوم ندارد!

۵- مفهوم لقب: زمانی که صفت به تنهایی جانشین اسم و موصوف گردد و یک حکم خاص را به تنهایی به صفت بار کنیم.

نکته: لقب می تواند هر اسمی باشد که موضوع حکم قرار گیرد.

نکته: لقب در هیچ حالتی مفهوم ندارد و ضعیف ترین نوع مفهوم است.

مثال: ماده ۱۰۵۹ ق.م. نکاح مسلمة با غیر مسلم جایز نیست!

مفهوم مخالف لقب: نکاح مسلم با غیر مسلمة جایز است!

مثال: ماده ۷۱ ق.م. وقف بر مجهول صحیح نیست!

مفهوم مخالف: هبه بر مجهول صحیح است!

۶- مفهوم عدد: بار کردن یک حکم بر یک عدد آیا باعث تغییر حکم نسبت به میزان کمتر یا بیشتر از عدد می گردد؟ آیا مفهوم مخالف دارد؟ خیر، عدد مفهوم ندارد، مگر قرینه ای باشد بر مفهوم داشتن آن.

نکته: در بیشتر مصادیق مصرحه قانونی، عدد دارای مفهوم است.

نکته: اگر عدد نشانگر غایت و نهایت حکم باشد، مفهوم دارد.

عدد نشانگر غایت:

تا ۳ روز در ماده ۳۹۸ ق.م. در خیار حیوان، فقط تا ۳ روز خیار حیوان.

نکته: اگر عدد از باب تمثیل بود، مفهوم ندارد و حجت نیست!

عدد از باب تمثیل:

Page | 36

۲ نفر به اجتماع وکیل باشند. ماده ۶۷۰ ق.م. ، هر چند تا وکیل که بخواهیم می توانیم داشته باشیم.

نکته: اگر عدد نشانگر حداقل چیزی باشد، مفهوم دارد و حجت است!

عدد نشانگر حداقل:

اصل ۷۴ ق.ا. طرح قانونی با پیشنهاد حداقل ۱۵ نفر از نمایندگان، فقط داره حداقل رو میگه، بیشتر باشن ایرادی

نداره و در واقع داره کف رو میگه به لحاظ تعداد!

نکته: اگر عدد نشانگر حداکثر چیزی باشد، مفهوم دارد و حجت است!

عدد نشانگر حداکثر:

ماده ۳۳۶ ق.آ.د.م. مهلت تجدید نظر ۲۰ روز و ۲ ماه حداکثرش این است و بیشتر نمیشه!

نکته: اگر عدد حداقل و حداکثر چیزی را نشان دهد، مفهوم دارد و حجت است!

عدد نشانگر حداقل و حداکثر چیزی:

ماده ۶۷۰ ق.م.ا. مجازات حبس ۱ تا ۵ سال برای ورشکسته به تقلب.

نکته: جایی که عدد برای محصور کردن حکم آمده باشد، حجت است!

عدد نشانگر محصور کردن حکم:

اصل ۱۱۴ ق.ا. انتخاب رئیس جمهور برای مدت ۴ سال فقط! نه بیشتر!

عام و خاص:

عام: یک لفظی است فراگیر نسبت به افراد و مصادیق خود، لفظی که شامل همه افراد خودش می‌شود.

مثال: ماده ۲۲ ق.ثبت: کلیه اتباع ایران باید دارای شناسنامه باشند.

خاص: یک لفظ با دامنه فراگیری محدود و محصور و در برگیرنده برخی مصادیق و افراد.

مثال: بعضی میوه جات، دسته ای از انسانها.

نکته: عام و خاص بودن الفاظ نسبی است و بسته به هر مورد و مصداق، متفاوت است. مثلاً: عقد بیع شامل تمام انواع بیع می‌شود: بیع سلم، سلف، کالی به کالی و... و عام است؛ اما اگر با لفظ عقد مقایسه شود، خاص می‌شود؛ چون عقد هم شامل عقد بیع و هم شامل سایر عقود مثل اجاره، معاوضه، مساقات، مزارعه و... می‌شود.

شناسایی عام:

۱- ادات عام: جمیع، تمام، کلیه، همه، هر و....

هرکس در اصل ۲۸ ق.ا. هر یک از متعاملین در ماده ۴۱۶ ق.م.

۲- الفاظ جمع: سربازان، فرماندگان، وکلا.

اسامی جمع: قبیله، گروه، جوخه

۳- نکره در سیاق نفی یا نهی:

استفاده از یک لفظ نکره در:

۱- یک جمله منفی

۲- یک جمله دلالت کننده بر نهی

ماده ۳۶۵ ق.م. بیع فاسد اثری در تملک ندارد. اثری: هیچ اثری = افاده عموم و دلالت بر تمام بیع های فاسد

می‌کند.

زنی که ناشزه است، حق نفقه ندارد. ناشزه: هیچ زن ناشزه ای = افاده عموم و دلالت بر همه زنان ناشزه می‌کند.

۴- مطلق در جملات منفی:

کفش را بیرون مسجد نگذارید: هیچ کفشی را بیرون مسجد نگذارید.

هیچ: کلیه کفش ها را بیرون مسجد نگذارید.

مطلق + جمله منفی = دلالت بر عموم.

اقسام عام:

۱- عام افرادی یا استغراقی: شمول حکم بر هر کس جداگانه = هر کس بحثش جداست. یعنی تعلق حکم بر فرد

فرد افراد عام به صورت مستقل و جداگانه.

هر فرد یک حکم - تعدد افراد = تعدد حکم.

مثل: ماده ۵ ق.م. کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه، مطیع قوانین آن خواهند بود.

کلیه: فرد فرد ساکنین - مطیع قوانین - به ازای هر فرد - یک حکم و یک اطاعت از قانون.

پس هر کس جداگانه شامل حکم اطاعت از قانون می‌شود.

۲- عام مجموعی: همه با هم یا هیچ کس! تر و خشک باید با هم بسوزن و حسابشون با هم است!

تعدد افراد = وحدت حکم و فقط یک حکم برای همه. مجموعی: روی هم رفته.

مثل: ماده ۲۶۴ ق.م.ا. در صورتی که ولی دم متعدد باشند، موافقت همه آنها در قصاص لازم است.

موافقت همه آنها = تعدد افراد = اولیاء دم = وحدت حکم = یک حکم قصاص!

۳- عام بدلی: تعلق حکم به یک فرد نامعین از یک عام.

یک فرد نامعین: یک حکم، هر یک از افراد عام می تواند مشمول حکم قرار گیرد.

علی البدل، هر یک از افراد که باشد، می تواند به نمایندگی از کل مشمول حکم شود.

مثال: ماده ۵۸۹ ق.م. هر شریک المال می تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید.

شریک المال: هر یک از شرکا (علی البدل) + تقاضای تقسیم مال مشترک (حکم).

هر شریک به صورت بدلی، می تواند برای تعلق حکم به خود، جایگزین بقیه گردد تا عام بدلی صورت گیرد.

نکته: در صورت جهل به نوع عام و عدم وجود قرینه: اصل بر افرادی بودن (استغراقی بودن) عام است.

تخصیص و مخصص:

هرآنچه (عبارت، دلیل لفظی یا غیر لفظی) که دامنه عام را محدودتر کند و تعدادی از افراد عام را از شمول حکم عام خارج کند، مخصص نام دارد و به این عملیات، تخصیص می گوئیم.

مثال: ماده ۴ ق.م. اثر قانون نسبت به آتیه است...، مگر اینکه در قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

تخصص: خروج موضوعی است. دو دلیل تحت شمول یکدیگر نیستند و رابطه عموم و خصوص ندارند، حتی اگر تحت شمول یک حکم قرار بگیرند!

مثال: ماده ۲۰۳ و ۲۰۶ ق.م. که ۲۰۳ بحث اکراه و ۲۰۶ بحث اضطرار و این دو نکته نسبت به هم خروج موضوعی دارند!

نکته: برای تحقق تخصیص یعنی خروج قسمتی از افراد عام از حکم کلی عام، می بایست بین دو دلیل عام و خاص، تعارض وجود داشته باشد که پذیرش کامل هر دو یا عمل به حکم آن دو، غیر ممکن باشد.

مثلاً: ماده ۱۸۸ ق.آ.د.ک. اصل بر علنی بودن محاکمات دادگاه است، اما بر اساس ماده ۲۲۵ همان قانون، رسیدگی به جرایم اطفال، غیر علنی است، بنابراین حکم ماده ۲۲۵ دایره حکم ماده ۱۸۸ را محدود می‌کند؛ در واقع خاص لاحق، عام سابق را تخصیص می‌زند.

تخصیص اکثر: بیان یک حکم عام و سپس به صورت غیر عادی و غیر عقلایی، اخراج بیشتر مصادیق آن عام بوسیله تخصیص به نحوی که افراد تحت شمول حکم عام، بسیار ناچیز و کم شود.

مثلاً: تمام سبزی‌های موجود در سبزی‌فروشی حراج می‌شود مگر ۹۵ کیلوی آن، در حالیکه کل سبزی‌ها ۱۰۰ کیلو باشد! همینطور بحث قطعیت آراء که قانونگذار اصل را بر قطعیت آراء گذاشته و نهایتاً مصادیق زیادی از آراء را قابل تجدید نظر دانسته است!

انواع مخصص:

۱- مخصص لفظی: تخصیص (محدود کردن) حکم عام به وسیله لفظ یا عبارت. مثل: مواد ۶۴۰ و ۶۴۲ ق.م.

ماده ۶۴۰: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد مگر در صورت تفریط یا تعدی.

ماده ۶۴۲: شرط ضمان بر مستعیر شده که مسوول هر کسر و نقصان باشد. بنابراین ماده ۶۴۲ مخصص ماده ۶۴۰ است و چون با لفظ بیان شده، مخصص لفظی است.

۲- مخصص غیر لفظی: تخصیص عام (محدود کردن) حکم عام به وسیله یک دلیل غیر لفظی مثل: ماده ۴۴۸ ق.م. در بحث اسقاط تمامی خیارات که می‌توان در ضمن عقد شرط نمود، اما بر اساس اصول و قواعد حقوقی، می‌دانیم که شرط سقوط خیار تفلیس، مخالف نظم عمومی و فاقد اثر است؛ بنابراین خروج این خیار از دامنه حکم عام ماده ۴۴۸ ق.م.، (امکان اسقاط خیارات) بوسیله مخصص غیر لفظی انجام شده است!

انواع مخصص:

۱- مخصص متصل: در این حالت، مخصص وابسته به عام و جزئی از جمله عام است. مثل ماده ۳۱ ق.م. هیج مالی را از تصرف صاحب آن نمی توان بیرون آورد مگر به حکم قانون!

مخصص متصل است چون جزئی از عام است و وابسته به جمله عام!

۲- مخصص منفصل: این مخصص همراه با عام نیست و جدای از عام استقلال دارد.

مثل: ماده ۸۸۰ ق.م. قتل از موانع ارث است، بنابراین قتل عمدی مورث موجب محروم شدن وارث از ارث می شود، اما در ماده ۸۸۱ ق.م. قتل عمدی مورث به حکم قانون یا برای دفاع مشروع، مانع ارث نیست. بنابراین ماده ۸۸۱ مخصص منفصل ماده ۸۸۰ است. زیرا جداگانه و در یک ماده قانونی دیگر و جدای از حکم عام آمده است!

سوال: آیا می توانیم قبل از جست و جوی مخصص به حکم عام عمل کنیم ؟

اگر شک در وجود مخصص متصل داشته باشیم، با توسل به اصل عموم، به عام عمل می کنیم.

اگر شک در وجود مخصص منفصل داشته باشیم، بر اساس قاعده (ما من عام الا و قد خص) باید فرض را بر وجود مخصص منفصل بگذاریم و عمل به حکم عام ممکن نیست!

نکته: لفظ عام در کلیه افراد مخصص منفصل از خود، ظهور دارد اما در قسمتی که بوسیله مخصص منفصل از حکم عام خارج شده اند، حجیت (اعتبار) ندارد، یعنی این دسته از تحت حکم عام، خارج شده اند.

نکته: لفظ عام در افراد مخصص متصل، نه ظهور و نه حجیت دارد.

انواع مخصص متصل:

۱- صفت: مثل ماده ۹۵۴ ق.م. کلیه عقود جایزه (مخصص متصل صفت)، به موت احد طرفین منفسخ می شود.

۲- شرط: مثل ماده ۹۴۲ ق.م. در صورت نبودن هیچ وارث دیگر به غیر از زوجین (مخصص متصل شرط)، شوهر تمام ترکه زن متوفی خود را می برد.

۳- استثناء: مثل ماده ۱۲۸۹ ق.م. غیر از اسناد مذکوره در ماده ۱۲۸۷ ق.م. (مخصص متصل استثناء)، سایر اسناد عادی است.

۴- غایت: مثل ماده ۶۸۱ ق.م. بعد از اینکه وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است (مخصص متصل غایت)، می تواند در آنچه وکالت داشته، اقدام کند.

۵- متمم یا قید: مثل ماده ۱۲۶۳ ق.م. اقرار سفیه در امور مالی (مخصص متصل متمم یا قید) موثر نیست.

یک مخصص بعد از چند عام:

چند عام داریم و بعد از آن یک مخصص آمده؛ سوال اینجاست که این مخصص فقط حکم عام آخر را محدود کرده یا تمامی آنها را؟

در مورد آخرین عام، تخصیص آن به وسیله مخصص، قطعی است. در مورد عام های قبل از آخرین عام:

۱- اگر قرینه لفظی یا غیر لفظی یا اوضاع و احوال، موجود بود، بر اساس آن عمل می کنیم.

۲- در صورت نبود قرینه، در مورد عام های ماقبل آخر، اجمال و ابهام وجود دارد و برای تعیین تکلیف باید از اصول عملیه استفاده کنیم.

مثال ۱: ماده ۳۴۸ ق.م. بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است (عام اول) و یا چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد (عام دوم) و یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است (عام سوم) مگر اینکه مشتري خود قادر بر تسلیم باشد (فقط به عام آخر بر می گردد).

مثال ۲: اصل ۲۰ ق. ۱. همه افراد ملت اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی و سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام (مخصص متصل) برخوردارند. این مخصص به تمام عام ها بر می گردد!

آنچه که گفته شد، تخصیص عام به وسیله منطوق بود.

تخصیص عام بوسیله مفهوم:

مفاهیمی که حجت باشند، می توانند منطوق عام را تخصیص بزنند، این مفاهیم عبارتند از: مفهوم موافق اولویت، مفهوم مخالف شرط در تمام موارد (به جز جایی که شرط، جایگزین دارد و جایی که منتفی شدن شرط موجب منتفی شدن موضوع می شود)، حجت است! همچنین مفهوم مخالف وصف، جایی که وصف یا قید تقییدی باشد و مفهوم مخالف غایت و حصر یا استثناء و عدد در موارد غیر تمثیلی (حصری) و بیان اقل و اکثر باشد، حجت است!

اجمال مخصص:

یعنی لفظ یا عبارتی که به منظور محدود کردن دایره مصادیق و افراد عام داریم، مصادیقش واضح و روشن نیست.

تعریف مبین: لفظی که دارای معنای روشن و صریح و قابل استناد است.

تعریف مجمل: لفظی که مورد بین احتمالات معنایی مساوی و فاقد معنای قطعی و واضح است و غیر قابل استناد است.

اجمال مخصص بر ۲ قسم است:

۱- اجمال مخصص از تمام جهات

۲- اجمال مخصص از بعضی جهات

اجمال مخصص از بعضی جهات:

الف: شبهه مفهومی: ۱- مخصص متصل ۲- مخصص منفصل

- مخصص متصل: ۱- دوران امر بین متباینین ۲- دوران امر بین اقل و اکثر
- مخصص منفصل: ۱- دوران امر بین متباینین ۲- دوران امر بین اقل و اکثر

ب: شبهه مصداقیه ۱- مخصص متصل ۲- مخصص منفصل

اجمال مخصص از تمام جهات:

مخصص فاقد معنا است و اجمال آن باعث اجمال عام هم می شود و هم مخصص و هم عام هر دو غیر قابل استناد می شوند.

مثل: ماده ۱۸۵ ق.م. عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله، حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در موارد معینه! موارد معینه، مصداقش روشن نیست و مخصص مجمل است!

اجمال مخصص از بعضی جهات:

بخشی از معنا و مصداق مخصص روشن و بخشی دارای ابهام است. اصولا اجمال مخصص به عام هم سرایت می کند و موجب عدم قابلیت استناد مخصص می گردد.

اقسام اجمال مخصص از بعضی جهات:

شبهه مفهومی: یعنی معنا و مفهوم مخصص مشخص و روشن نیست! شک در معنا و مفهومش داریم! اصلا چی هست! مثلا اگر گفته شود به همه دانشجویان در کوی دانشگاه خوابگاه داده می شود مگر دانشجویان شیرازی! مشخص نیست منظور از دانشجویان شیرازی، دانشجویان ساکن شیراز یا دانشجویان متولد در شیراز است!

شبهه مصداقيه: معنا و مفهوم مخصص مشخص است اما در تعيين مصداق و شمول موارد آن شك داريم! مثلاً می‌دانیم مورد معامله باید مال بايع باشد و معامله بر مال غير، غير نافذ است، اما نمی‌دانیم که کتاب در معرض فروش، مال ماست يا مال غير؟!

اقسام شبهه مفهومی:

- مخصص متصل – دوران امر بين متباينين: تردید بين دو معنای جدا از هم و دو معنای غير مرتبط با هم. مثل: فروش هر نوع كالايی مجاز است به جز شیر، لفظ شیر مردد بين شیر خوراکی، شیر جنگل و شیر آلات است.

نتیجه: اجمال مخصص به عام سرایت میکند و نمیتوانیم حکم عام را بر این افراد مورد تردید بار کنیم.

- مخصص متصل – دوران امر بين اقل و اکثر: تردید در مفهوم مخصص مابين یک معنای محدود و کم و یک معنای وسیع و گسترده.

مثل: همه ی اساتید امروز مکلف به حضور هستند مگر اساتید ممتاز. در اینجا لفظ ممتاز مردد است بين اساتید در معنای محدود یعنی استاد تمام و در معنای گسترده استاد تمام، استاد یار، دانش یار و...

نتیجه: اجمال مخصص به عام سرایت میکند و نمیتوانیم حکم عام را بر این افراد مورد تردید بار کنیم.

- مخصص منفصل – دوران امر بين متباينين:

مثلاً: بگویند هر دانش آموزی با رعایت امکانات مدرسه حق دارد در خوابگاه شبانه روزی مدرسه سکونت کند و بعد بگویند دانش آموز شیرازی این حق را ندارد، بنابراین تردید پیدا میشود در مفهوم شیرازی که آیا منظور متولد شیراز است یا ساکن شیراز!

نتیجه: اجمال مخصص به عام سرایت میکند و نمیتوانیم حکم عام را بر این افراد مورد تردید بار کنیم.

• **مخصص منفصل – دوران امر بین اقل و اکثر:**

تنها موردی است که اجمال مخصص به عام سرایت نمیکند این قسمت چندین مرتبه سوال آزمون بوده. مثل:

طبق رای وحدت رویه مصوب قبل از انقلاب در ق.آ.د.م. تمام اشخاص حقیقی و حقوقی موظف به پرداخت هزینه ی دادرسی هستند و طبق ماده واحده ی مصوب سال ۵۸، بنیاد مستضعفان از پرداخت هزینه ی دادرسی معاف شد. این ماده واحده مخصص رای وحدت رویه قبلیست. در اینجا اجمال خاص به عام سرایت نمیکند و اقل متیقن (بنیاد مستضعفان) به استناد مخصص یعنی همان ماده واحده ی مصوب ۵۸، از پرداخت هزینه ی دادرسی معاف است، اما اکثر مشکوک یعنی شرکت های وابسته به بنیاد مستضعفان مکلف به پرداخت هزینه ی دادرسی است.

• **شبهه ی مصادیق در مخصص متصل:**

مثلا: اعلام شود همه ی دانشجویان میتوانند در کلاس شرکت کنند، مگر دانشجویان متاهل و مسؤولین دانشگاه در مورد یکی از دانشجویان ثبت نامی (یعنی یکی از مصادیق خارجی) تردید کنند که آیا ایشان متاهل است یا مجرد، این شبهه ی مصادیق مخصص متصل است و اجمال مخصص به عام سرایت میکند.

• **شبهه ی مصادیق در مخصص منفصل:**

مثلا: مسؤولین دانشگاه یک بار اعلام کنند همه ی دانشجویان میتوانند در کلاس شرکت کنند و بعد از آن در اعلامیه ای جداگانه اعلام کنند دانشجویان متاهل حق شرکت در کلاس را ندارند. مسؤولین دانشگاه در مورد یکی از دانشجویان ثبت نامی (یعنی یکی از مصادیق خارجی) تردید کنند که آیا ایشان متاهل است یا مجرد. در این مورد هم اجمال مخصص به عام سرایت میکند.

دوران امر بین تخصیص و نسخ:

زمانی که یک عام داشته باشیم و یک خاص و این احتمال وجود داشته باشد که یا عام ناسخ خاص باشد یا خاص ناسخ عام و یکی از اینها منسوخ باشند و همزمان که این احتمال نسخ وجود داشته باشد، احتمال تخصیص هم داشته باشیم که یا عام مخصص خاص باشد یا خاص مخصص عام. پس اینجا به زبان اصولی می‌گوییم دواران امر بین تخصیص و نسخ.

تعریف نسخ: حذف مقرر و حکم سابق یعنی قبلی به وسیله قانون و یا دلیل شرعی لاحق (بعدی)

نسخ صریح: قانون موخر صریحا قانون سابق را نسخ کند.

نسخ ضمنی: قانون جدید صراحتا نسخ قانون سابق را اعلام نمی‌کند بلکه به گونه ای است که قابل جمع با حکم قانون سابق نیست.

نسخ کلی: قانون جدید قانون قدیم را به کل از بین می‌برد.

نسخ جزئی: قانون جدید بخشی از قانون قدیم را لغو می‌کند.

نسخ شخصی: قانون گذار در قالب بیان مصادیق، نسخ قانون سابق را انجام می‌دهد.

نسخ نوعی: قانون گذار با بیان قواعد کلی و با بیان مفاهیم دست به نسخ قوانین سابق می‌زند.

تفاوتهای نسخ و تخصیص:

نسخ از بین بردن ضمانت اجرای قانون سابق است در حالیکه تخصیص فقط محدود کردن حکم قانون عام نسبت به بعضی از افراد و مصادیق عام است.

نسخ جنبه انشائی دارد و قانون سابق را کلا از بین می‌برد اما تخصیص جنبه اعلامی دارد.

اثر نسخ نسبت به آینده است و وقتی قانونی از بین می‌رود، نسبت به آینده بلااثر می‌شود اما اثر تخصیص به گذشته هم سرایت می‌کند.

مخصص یعنی حکمی که دایره شمول عام را محدود می‌کند ممکن است قبل از عام همزمان با عام یا بعد از عام صادر شود اما در نسخ دلیل ناسخ یعنی دلیلی که حکم قانون سابق را از بین می‌برد، همیشه بعد از عام صادر می‌شود.

در تخصیص حکم عام از ابتدا محدود و مضیق می‌شود و شامل افراد مخصص و تخصیص خورده نمی‌شود، اما در نسخ، حکم عام در ابتدا عمومیت داشته یعنی شامل تمام افراد عام می‌شده و بعد از عملیات نسخ، با صدور دلیل ناسخ، حکم عام محدود می‌شود.

مخصص ممکن است متصل و چسبیده به عام یا منفصل و جدای از عام باشد، اما دلیل ناسخ همیشه منفصل و جدای از دلیل منسوخ صادر می‌شود.

تخصیص ممکن است با دلایل لفظی یا غیر لفظی یعنی اصول و قواعد حقوقی باشد، اما نسخ قانون توسط قانونگذار باید صراحت کلام داشته باشد و به صورت لفظی باشد. نسخ هیچ گاه با اصول و قواعد حقوقی صورت نمی‌گیرد.

نکته: نسخ جزئی قانون به تخصیص شباهت دارد چون فقط قسمتی از حکم قانون از بین می‌رود نه تمام آن.

صورت‌های تعارض عام و خاص:

۱- معلوم بودن تاریخ عام و خاص و هم زمانی عام و خاص:

در این حالت، دلیل خاص دلیل عام را تخصیص می‌زند و امکان نسخ وجود ندارد. مثلاً مطابق ماده ۶۴۰ ق.م. مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد، مگر در صورت تفريط یا تعدی. و مطابق ماده ۶۴۲ ق.م. اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسوول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگرچه مربوط به عمل او نباشد.

نتیجه: مواد ۶۴۰ و ۶۴۲ ق.م. با هم تعارض دارند و از آنجا که هر دو همزمان صادر شده اند، بنابراین بین این دو تخصیص رخ داده است.

۲- معلوم بودن تاریخ عام و خاص و تقدم عام بر خاص:

این صورت به ۲ حالت شکل می گیرد:

الف: صدور حکم خاص قبل از فرا رسیدن زمان عمل به عام یا هم زمان با عمل به عام:

نتیجه: خاص موخر (حکم خاص بعدی) عام سابق (قبلی) را تخصیص می زند.

مثلا قانونی در اردیبهشت ماه تصویب شود و بگوید از سال آینده واردات هرگونه اقلام بهداشتی ممنوع است! تا قبل از فرارسیدن سال آینده یعنی موعد اجرای این قانون قانون دیگری بیاید و بگوید وزارت بهداشت مجاز به واردات اقلام بهداشتی است! چون زمان اعمال مصوبه اولی نرسیده، نتیجه می گیریم که هیچ کس مجاز به واردات اقلام بهداشتی نیست مگر وزارت بهداشت!

ب: صدور حکم خاص بعد از صدور حکم عام و بعد از فرا رسیدن زمان اجرای عام:

اینجا میشه گفت که کار از کار گذشته بنابراین خاص موخر (حکم خاص بعدی) ناسخ عام مقدم (عام اولی) به صورت جزئی می باشد.

همان مثال سابق: در صورتی که دلیل خاص بعد از اجرایی شدن قانون اولی بیاید، یعنی سال آینده فرا برسد و هیچ کس حق واردات اقلام بهداشتی را نداشته باشد و در حین اجرای قانون این مجوز تنها به وزارت بهداشت داده شود، اینجا حکم این مقرر، ناسخ حکم قبلی است! و بنابراین وزارت بهداشت می تواند اقلام بهداشتی را وارد کند.

۳- معلوم بودن تاریخ عام و خاص و تقدم خاص بر عام:

یعنی جایی که حکم خاص زودتر از حکم عام آمده باشد. این فرض اختلافی است اما مشهور اصولیان بر این باورند که خاص مقدم یعنی حکم خاص اولیه، عام موخر یعنی عام بعدی را تخصیص می‌زند. همچنین رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز موید همین نظر یعنی تخصیص می‌باشد.

مثلا به موجب قانون حمایت خانواده سال ۴۶ نفقه زوجه بر سایر دیون مقدم است؛ این حکم خاص اما به موجب امورحسبی سال ۱۳۱۹ در ورشکستگی نفقه زوجه در درجه چهارم است. پس قانون خاص مربوط به ورشکستگی مقدم است و عام موخر را تخصیص می‌زند.

۴- مجهول بودن تاریخ عام و خاص: به نظر اساتید مسلم اصول: در حالت مجهول بودن تاریخ عام یا خاص یا هر دو، قائل به تخصیص می‌شویم.

مطلق و مقید

مقید: لفظ یا معنایی است که متصف به صفت یا حالت یا قیدی خاص باشد.

مطلق: لفظ یا معنایی است که بدون قید یا حالت یا صفتی خاص باشد.

مثال حقوقی: لفظ نکاح در دو ماده زیر:

ماده ۱۰۶۲ ق.م.: نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول.... نکاح به صورت مطلق

ماده ۱۰۷۶ ق.م.: مدت نکاح منقطع باید کاملا معین شود. نکاح با وصف منقطع و مقید

انواع قید:

۱- قید متصل:

* به صورت صفت؛ مانند نکاح دائم، عقد لازم

* به صورت مضاف الیه؛ مانند حریم چاه، دانشگاه تهران

* به صورت متمم؛ مانند قید در امور مالی در ماده ۱۲۶۳ ق.م.

* به صورت استثناء؛ مانند ماده ۶۹ ق.م.: وقف بر معدوم صحیح نیست، مگر به تبع موجود.

* به صورت شرط؛ مانند ماده ۱۷۳ ق.م.ا: اقرار یا شهادت در صورتی موجب حد می شود که احتمال عقلائی بر معذور بودن خورنده مسکر در بین نباشد.

۲- قید منفصل

مثال: در ماده ۱۲۷۵ ق.م. آمده است: هر کسی اقرار به حقی برای غیر کند، ملزم به اقرار خود خواهد بود، اما در ماده ۱۲۶۸ ق.م. اقرار معلق، موثر نیست. یا در ماده ۱۲۶۹ ق.م. آمده است: اقرار به امری که عقلا یا عادتاً ممکن نباشد و یا بر حسب قانون صحیح نیست، اثری ندارد. دو ماده اخیر، قید منفصل برای لفظ اقرار در ماده ۱۲۷۵ محسوب می شود.

الفاظ مطلق

مهم ترین این الفاظ (اسم جنس) است که در زبان عربی ممکن است به صورت نکره یا معرفه (همراه با «ال» جنس) در کلام بیاید مانند: اکرم العالم.

اسم جنس ممکن است به صورت نکره یا معرفه به کار رود:

• اسم جنس مفرد نکره؛ مانند کلمه زنی در ماده ۱۵۶ ق.م.: زنی که شوهر او غایب مفقوالاثر بوده و

حاکم او را طلاق داده باشد، باید از تاریخ طلاق، عده وفات نگاه دارد.

اسم جنس مفرد معرفه؛ مانند کلمه زن در مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۱۳ ق.م..

نکته: اگر اسم جنس نکره در کلام منفی (نهی یا نفی) بیاید، افاده عموم می کند نه اطلاق.

نکته: اگر اسم جنس به صورت جمع استعمال شود، افاده عموم می‌کند، نه اطلاق. مثلاً: کلمات اراضی و ابنیه در ماده ۱۳ق.م..

نکته: اگر اسم جنس در مورد فرد مشخص و معینی به کار رود، اطلاق ندارد. مثلاً در قرارداد پیمانکاری مشخصی که میان دو نفر منعقد شده، هر گاه لفظ «پیمانکار» یا «کارفرما» به کار رود، هر چند بدون ذکر قید و مشخصات باشد، اطلاق ندارد و فقط به پیمانکار یا کارفرمای معین اشاره دارد.

انواع اطلاق

۱- اطلاق استغراقی

مد نظر بودن همه افراد و مصادیق یک مفهوم به طور کلی و در عرض هم. برای مثال: قانونگذار که در ماده ۱۳۵ق.م. مقرر می‌دارد: طلاق باید منجز باشد، همه افراد و مصادیق طلاق را در عرض هم مورد نظر قرار داده و تنجیز را شرط آن دانسته است؛ بنابراین، این حکم در مورد تک تک مصادیق و انواع طلاق صادق است!

۲- اطلاق بدلی

مد نظر قرار گرفتن تمام افراد و مصادیق یک مفهوم به صورت طولی و به نحو علی البدل به نحوی که امتثال حکم در قالب یکی از مصادیق و افراد کافی است و نیازی به اجرا و امتثال حکم به تعداد افراد و مصادیق نباشد. مثل: ماده ۲۹۵ق.م.ا.: در قتل خطای محض باید دیه پرداخت گردد. کلمه دیه در این ماده مطلق است و شامل همه مصادیق و اصناف شش گانه دیه (مقرر در ماده ۲۹۷ همان قانون) می‌شود؛ اما بی تردید فقط یک دیه باید پرداخت شود.

نکته: برای تشخیص موارد اطلاق بدلی از اطلاق استغراقی، باید به شواهد و قرائن موجود در هر مورد و نیز هدف و مقصود گوینده کلام مراجعه کرد. اما به طور معمول الفاظ مطلق که در اوامر شرعی و الزامات قانونی استفاده می‌شود، از نوع اطلاق بدلی است!

اطلاق افرادی، احوالی و زمانی

۱- اطلاق افرادی

شمول و فراگیری لفظ مطلق نسبت به افراد و مصادیق متعدد خودش. مثل: دانشجو موظف به خروج از کلاس است. لفظ دانشجو بدون قید و مطلق است؛ به همین دلیل نسبت به تمام مصادیق خود شامل و فراگیری دارد.

۲- اطلاق احوالی

شمول مفهوم مورد نظر نسبت به همه احوال خود و عدم تقید آن به هیچ یک از این احوالات و اوصاف. مثلاً هر گاه گفته شود: با مادرت مهربان باش، در این گزاره، لفظ مادر هر چند دارای افراد متعدد نیست و یک مصداق بیشتر ندارد، ولی نسبت به حالات و صفات مختلف او دارای اطلاق است، یعنی در همه حال او مانند پیری و جوانی، بیماری و سلامتی و... می شود.

۳- اطلاق زمانی

شمول و در برگیری لفظ مطلق نسبت به همه ی زمانها و عدم تقید آن نسبت به زمان یا مدت خاصی. مثلاً در ماده ۱۴۴ ق.م. آمده است: در طلاق بائن برای شوهر، حق رجوع نیست. این ماده نسبت به رجوع در مدت عده و پس از آن، اطلاق زمانی دارد؛ پس شوهر در هیچ یک از این دو زمان حق رجوع ندارد.

نکته: اطلاق افرادی در بیشتر موارد در مورد اسم جنس مطرح می شود، اما اطلاق احوالی و زمانی در مورد بیشتر اسم ها صادق است.

فرق مطلق و عام

۱- علت دلالت عام بر شامل و فراگیری معمولاً به دلیل وضع لفظ است: یعنی لفظ عام در لغت برای دلالت بر همه افراد و مصادیق خود وضع شده است، اما علت شامل مطلق نسبت به همه افراد آن مقدمات حکمت است.

۲- عام در مورد مفاهیمی مطرح می‌شود که دارای افراد متعدد باشند، اما مطلق ممکن است در مورد یک فرد یا موضوع معین باشد که در این صورت اطلاق لفظ با توجه به اوصاف و ویژگیهای آن فرد یا موضوع، متفاوت است.

اطلاق جمله

آیا خود جمله می‌تواند اطلاق و تقييد داشته باشد یا خير؟

مثل به کار رفتن صيغه امر در یک کلام بدون وجود قيد خاص که از آن افاده عینی بودن وجوب می‌شود.

چگونگی استفاده اطلاق از مطلق

مقدمات حکمت یا قرينه عام:

منظور از مقدمات حکمت، شرایطی است که شنونده در صورت اجتماع آن شرایط، از لفظ استفاده اطلاق می‌نماید. مقدمات حکمت، اختصاص به لفظ یا مورد خاصی ندارد و در تمام الفاظ مطلق می‌توان از آن استفاده کرد.

دو مصداق اول از مقدمات حکمت مورد توافق اصولیان است: ۱- در مقام بیان بودن متکلم ۲- عدم وجود قرينه بر تقييد

یک: در مقام بیان بودن متکلم:

باید ثابت شود که گوینده تمام چیزی که می‌خواهد بگوید را بر زبان آورد تا شنونده از تمامی کلام او آگاهی پیدا کند.

مثال: اگر مادری برای تشويق فرزندش به ورزش بگوید: برای خودت ورزشی انتخاب کن در این مثال، تنها هدف گوینده آن است که ضرورت ورزش را به فرزندش گوشزد و او را به اصل ورزش ترغیب کند و در صدد

بیان جزئیات موضوع نیست؛ یعنی اینکه فرزندش چه ورزشی را با چه خصوصیتی و چه ساعاتی و چه میزانی انتخاب کند، مد نظر او نیست!

دو: عدم وجود قرینه بر تقیید

هر قرینه ای که نشان دهد منظور گوینده ی ما همه افراد و مصادیق نیست و فقط بخشی یا شخصی یا جزئی از آن افراد مد نظر است!

قرینه لفظی: مثلاً به موجب ماده ۱۰۵۳ ق.م.: عقد در حال احرام باطل است و با علم به حرمت موجب حرمت ابدی است. در این مثال، لفظ حرمت ابدی قرینه ای است بر اینکه عقد، عقد نکاح است! چون در سایر عقود حرمت ابدی معنایی ندارد!

قرینه غیر لفظی:

به حکم عقل، دایره و مصادیق لفظ مطلق محدود و منصرف به مصادیق خاص آن می شود. مثلاً تکالیفی که قانونگذار یا شارع بر عهده افراد می گذارد، به حکم عقل، مشروط و محدود به قدرت آنان است.

انصراف

انحراف ذهن از یک معنا به سمت معنای دیگر و منصرف شدن ذهن از معنای اصلی کلمه به معنای دیگر است. مثلاً لفظ حیوان در لغت به معنای موجود زنده و هر موجودی که در او روح باشد خواه ناطق، خواه غیر ناطق آمده است، پس شامل انسان هم می شود؛ اما به دلیل اینکه معمولاً این لفظ در مورد غیر انسان به کار می رود، هر گاه لفظ حیوان به کار رود تنها بخشی از مصادیق آن (غیر انسان ها) به ذهن شنونده می آید.

۱- انصراف بدوی یا ابتدایی:

انصراف به علت یافت شدن مصادیق بیشتری از معنا در خارج یا ارتباط بیشتر شنونده با مصداقی از مصادیق آن لفظ!

مثال: کلمه اسلام و مسلمان، امروزه در کشور ما منحصر به شیعه است ولی این انصراف بدوی است و مانع از اطلاق نمی‌شود. به همین دلیل دو کلمه شامل همه مذاهب و فرق اسلامی می‌شود.

به عقیده اصولیان، این نوع از انصراف مانع استفاده اطلاق از لفظ مطلق نیست!

۲- انصراف ناشی از کثرت استعمال: گاهی استفاده بیش از حد یک لفظ در بعضی از مصادیق آن، باعث ایجاد علاقه و تناسبی بین آن لفظ و آن مصداق می‌شود به نحوی که لفظ در آن مصداقی که بیشتر به کار رفته، ظهور پیدا کند! در اینجا چون ریشه ظهور لفظ در مصداق خاص خودش، خود لفظ هست، انصراف مانع اطلاق می‌شود! برای مثال می‌توان گفت: لفظ ملک و املاک به اموال غیر منقول انصراف دارد و از آنجا که این انصراف، ناشی از کثرت استعمال بوده و با آن یکی شده، مانع از اطلاق است.

۴- قدر متیقن در مقام مخاطب

یعنی وقتی گوینده لفظی مطلق را می‌گوید، من شنونده در مورد شمول این لفظ مطلق نسبت به بعضی از مصادیقش دیگه قطعاً یقین دارم! میدونم که این مصادیق داخل در این لفظ مطلق هست حتماً و گوینده هم آنها را اراده کرده است! ریشه یقین من شنونده میتواند قرائن و دلایل خارجی باشد یا ظهور لفظ و دلالت کلام گوینده.

قدر متیقن با توجه به منشا آن بر دو نوع است:

۱- قدر متیقن خارجی: زمانی که شنونده به دلیل عقلی، یا دلیل دیگری خارج از لفظ، مطمئن باشد که برخی مصادیق مطلق، یقیناً مشمول حکم مورد نظر گوینده هستند. مثلاً: در ماده ۱۸۰ ق.م.م. طفل صغیر، تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد؛ اطلاق لفظ طفل صغیر شامل صغیر ممیز و غیر ممیز است؛ ولی از آنجا که فلسفه ولایت قهری، حمایت و سرپرستی صغار است و اطفال غیر ممیز نیاز بیشتری به این حمایت و سرپرستی دارند؛ لذا یقیناً صغیر غیر ممیز داخل در شمول لفظ است. پس می‌توان گفت قدر متیقن از طفل صغیر در ماده فوق صغیر غیر ممیز است.

این نوع قدر متیقن به عقیده عالمان اصول هیچ گونه ضروری به اطلاق نمی‌زند و مانع از استفاده اطلاق از لفظ مطلق نیست.

۲- قدر متیقن در مقام مخاطب:

کلام متکلم به گونه ای بیان شود که دلالت لفظ مطلق بر بعضی از مطایق آن از قرائن و شواهد موجود در کلام متکلم فهمیده شود.

مثلا از گوینده سوال می‌شود: آیا فروش خانه توسط مجبورین صحیح است؟ و وی در پاسخ می‌گوید: معامله مجبورین نافذ نیست. لفظ معامله در این جمله هر چند مطلق است و شامل خرید و فروش، اجاره و سایر معاملات مجبور می‌شود، اما به قرینه اینکه در پاسخ به سوال مطرح شده (در خصوص بیع) صادر شده یقیناً شامل بیع می‌شود؛ زیرا اگر شامل بیع که مورد سوال قرار گرفته نشود، خلاف حکم عقل و قبیح است.

نکته: اصلی‌ترین راه برای دریافت مراد و مقصود گوینده، توجه به الفاظ و عبارات اوست؛ یعنی باید کلام او را با دقت دریافت و با توجه به قرائن و شرایط موجود به مراد واقعی وی راه یافت.

حمل مطلق بر مقید (جمع بین مطلق و مقید)

صورت عدم تنافی بین مطلق و مقید

۱- مقرر شدن دو حکم مختلف برای یک موضوع بدین صورت که موضوع حکم در یکی به صورت مطلق و در دیگری به صورت مقید بیاید!

مثلا اگر گفته شود:

مثال: هر کسی مال دیگری را تلف کند، ضامن آن است. (مفاد ماده ۳۲۸ ق.م.ا.)

هر کسی عمداً مال دیگری را تلف کند، به حبس محکوم خواهد شد. (مفاد ماده ۶۷۷ ق.م.ا.)، در ماده اول، اتلاف مال به صورت مطلق و در ماده دوم به صورت مقید نگریسته شده و احکام جداگانه ای مقرر شده است.

۲- مقرر شدن حکمی برای یک موضوع مطلق و سپس مقرر شدن همان حکم به صورت مشابه برای همان موضوع اما به صورت مقید به نحوی که از قرائن و شواهد کشف شود که هدف متکلم بیان دو حکم جداگانه، اما مشابه در مورد یک موضوع بوده است: در چنین مواردی جمله مطلق و مقید از آنجا که بیانگر دو حکم متفاوت اند، هیچ تنافی با هم ندارند؛ بنابراین حمل مطلق بر مقید معنا ندارد. مثلاً: در برخی موارد قانونگذار برای یک جرم، مجازاتی مقرر می‌کند و در قانون دیگر نیز برای همان جرم مجدداً مجازات مشابهی تعیین و تصریح می‌نماید که اجرای یکی از مجازات‌ها، مانع از مجازات دیگر نیست.

۳- متفاوت بودن علت حکم در مطلق با علت حکم در مقید که اینجا هم مطلق بر مقید حمل نمی‌شود. مثلاً: مثال: پیمانکار به سبب تاخیر در اجرای تعهد، موظف به پرداخت خسارت است، مشروط بر اینکه کارفرما مطالبه خسارت نماید.

پیمانکار به واسطه رعایت نکردن استانداردهای مربوط موظف به پرداخت خسارت است. در جمله اول، پرداخت خسارت منوط به تقاضای کارفرماست، ولی در مثال دوم، مقید به تقاضای کارفرما نیست؛ ولی از آنجا که علت حکم اول با دومی متفاوت است، مطلق و مقید منافاتی با هم ندارد و جایی برای حمل مطلق بر مقید نیست.

صورت تنافی بین مطلق و مقید

ناسازگاری مطلق و مقید در خصوص یک حکم یا یک موضوع، به نحوی که ظهور یکی نافی ظهور دیگری باشد و نتوان با حفظ ظهور آنها به هر دو عمل کرد! و قابل جمع نباشند! راه حل این است که برای رفع تنافی باید از ظهور یکی از آنها بگذریم به نفع دیگری! حمل مطلق بر مقید به عقیده بیشتر اصولیان در اینجا ممکن است! و مطلق با قید خوردن محدود و محصور می‌شود.

مطلق و مقید غیر همسان (مختلفین)

مختلف بودن مطلق و مقید از نظر نفی و اثبات یعنی یکی در جمله منفی و دیگری در جمله مثبت به کار رفته باشد. در چنین مواردی، مطلق را باید حمل بر مقید کرد؛ زیرا لفظ مقید قرینه ای است که مراد واقعی گوینده را بیان می کند، لذا باید از اطلاق و شمول مطلق دست برداشت. در این مورد فرقی بین نوع حکم (تکلیفی یا وضعی) و نوع اطلاق (استغراقی یا بدلی) وجود ندارد و در همه موارد باید مطلق را حمل بر مقید کرد.

مثال ماده ۱۷۹ ق.م. مقرر می دارد: شکار کردن موجب تملک است.

ماده ۱۸۰ همین قانون آمده است: شکار حیوانات اهلی و.. موجب تملک نمی شود.

ماده ۱۷۹، مطلق شکار موجب تملک دانسته شده است، اما با توجه به ماده بعد می توان گفت: اطلاق ماده ۱۷۹ به وسیله ماده ۱۸۰، مقید شده است.

مطلق و مقید همسان (متفقین)

- مورد اول: آوردن قید در کلام به منظور نفی و دوری از سایر مصادیق و موارد است، یعنی قیدی که در کلام می آید برای گوینده دارای اهمیت و در واقع علت حکم است! و اگر قید نباشد حکم هم منتفی است!

مثال حقوقی: ماده ۱۷۴ ق.م.ا. مقرر می دارد: حد شرب مسکر برای مرد یا زن، هشتاد تازیانه است. و در تبصره همین ماده آمده است: غیر مسلمان فقط در صورت تظاهر به شرب مسکر، به هشتاد تازیانه محکوم می شود. چنانکه ملاحظه می شود مستفاد از تبصره مزبور نمی شود و این مطلب با اطلاق ماده ۱۷۴ منافات دارد. البته این منافات، قابل رفع است؛ یعنی باید مطلق (متن ماده) را حمل بر مقید (تبصره ماده) نمود.

- مورد دوم: آوردن قید نه برای دوری از سایر قیود بلکه برای توصیف و شرح بیشتر موضوع است نسبت به بعضی از مصادیق آن. مثلاً اگر گفته شود: دانشمند را احترام کنید و در کلام دیگری برای تاکید و بیان اهمیت احترام گذاشتن به عالمان سالمند آمده باشد: دانشمند سالمند را احترام کنید، در اینجا

هدف از ذکر قید سالمند اختصاص دادن حکم به سالمندان نیست، بلکه صرفاً برای تأکید حکم نسبت به آنان است.

اطلاق مقامی

اطلاقی که از الفاظ مطلق و به کمک مقدمات حکمت به دست می‌آید، در اصطلاح برخی اصولیان به نام اطلاق لفظی نامیده شده است. در واقع در اطلاق مقامی سکوت گوینده نسبت به مورد مشکوک موجب پی بردن ما به مراد واقعی او می‌شود و گوینده از هیچ لفظی برای بیان منظور خویش استفاده نمی‌کند.

مجمل و مبین

مجمل: لفظ یا عبارتی است که معنای آن ظاهر و روشن نباشد.

مبین: لفظ یا عبارتی است که معنای آن روشن باشد و ابهامی در آن نباشد.

مثال حقوقی مبین ماده ۶۱۹ ق.م.: امین باید عین مالی را که دریافت کرده است رد نماید. الفاظی که در این ماده به کار رفته کاملاً روشن است و تردیدی در معنای آنها وجود ندارد. به علاوه، معنای کلی ماده نیز خالی از ابهام و اجمال است.

مثال حقوقی مجمل ماده ۷۷۸ ق.م.: اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد، باطل است. در این ماده معلوم نیست که آیا تنها شرط مزبور باطل است، یا عقد یا هر دو؟

تقسیم مبین به نص و ظاهر

۱- نص: دلالت لفظ بر معنا، گاه به اندازه ای آشکار و صریح است که غیر از آن معنا، معنای دیگری به ذهن نمی‌رسد. چنین لفظی را در اصطلاح، نص یا صریح می‌گویند.

مثال حقوقی: در ماده ۶۱۱ ق.م. آمده است: ودیعه عقدی است جایز. در اینجا دلالت این ماده بر معنا و مفهوم آن، قطعی و آشکار است و هیچ معنای دیگری غیر از معنای صریح ماده، محتمل نیست.

۲- ظاهر: لفظی که ظهور قوی و اطمینان بخشی در یک معنا دارد، ولی معنای دیگری هم در مورد آن به صورت ضعیف، محتمل است. چنین لفظی باید بر معنای ظاهر و راجح حمل شود، مگر در صورت وجود قرینه بر اراده خلاف معنای ظاهر.

مثال: اگر گفته شود: کلاس های دانشگاه روز شنبه تعطیل است، معنای ظاهر و قوی این جمله این است که همه کلاس ها بدون استثنا تعطیل است؛ اما در مقابل، این احتمال ضعیف هم وجود دارد که منظور از آن، تمام کلاس ها نباشد. مثلاً کلاس های جبرانی، برقرار و دایر باشد. در چنین مواردی لفظ باید بر معنایی که عرفاً ظهور در آن دارد حمل شود و به معنای خلاف ظاهر اعتنا نشود، مگر در صورت وجود قرینه اطمینان بخش.

(پایان اصول فقه ۱)

خدا قوت...

تعریف اصول عملیه:

اصل عملی، اصطلاحی است در اصول فقه به معنای قواعدی که در موارد بروز شک در تعیین حکم شرعی، وظیفه عملی مکلف را پس از آن که به دلیل و اماره ای دست نیافت، روشن می کند. به بیان دیگر، اصول عملیه، اصولی است که وظیفه عملی کسی را که دچار شک و تردید شده معین میکند، بنابراین موضوع اصول عملیه، شک است. به اصل عملی، دلیل فقهاتی نیز گفته میشود. فقیه برای استنباط حکم شرعی به منابع چهارگانه (قرآن، سنت، اجماع و عقل) رجوع می کند. فقیه گاهی در رجوع خود موفق و کامیاب می گردد و گاه نه.

علم اصول فقه در بخش اصول عملیه دستور صحیح اجرا و استفاده از ضوابط و قواعدی که برای چنین شرایطی در نظر گرفته شده به ما می آموزد.

اصول عملیه که در همه ابواب فقه مورد استعمال دارد چهار مورد است که عبارتند از:

اصل برائت، اصل احتیاط، اصل تخییر، اصل استصحاب.

اصل برائت

اصل برائت یعنی اصل، این است که ذمه ما بری است و ما تکلیفی نداریم. نقش اساسی این اصل، تعیین وظیفه عملی برای مکلف در صورت شک در حکم واقعی است؛ یعنی هرگاه مکلف در حرمت یا وجوب شیء یا فعلی، به جهت نبود دلیل یا اجمال آن یا تعارض دو دلیل شک کرد و پس از تفحص، دلیلی نیافت، علمای علم اصول به مقتضای این اصل، به برائت ذمه و مکلف نبودن وی حکم می‌کنند.

نکته: در فرض وجود شک و شبهه نسبت به اصل تکلیف، اصل برائت جاری می‌شود.

شبهه حکمی و شبهه موضوعی

شبهه حکمیه: هرگاه حکم کلی موضوعی مشکوک باشد، یعنی متعلق شک، حکمی کلی باشد، آن را شبهه حکمی می‌نامند. برای نمونه، اگر مجتهد با مراجعه به منابع و ادله در مورد حکم کلی طواف وداع شک کند و مردد باشد که این عمل واجب است یا مستحب یا اگر در مورد حکم کلی عمل تلقیح مصنوعی یا جدا کردن اعضای شخصی که دچار مرگ مغزی شده و پیوند آن به افراد زنده شک وجود داشته باشد و معلوم نباشد که حکم واقعی آن حرمت یا جواز است، با شبهه حکمی مواجه هستیم.

شبهه موضوعیه: در صورتی که شک و شبهه درباره موضوعی خارجی باشد و در نتیجه حکم جزئی آن موضوع مورد تردید قرار گیرد، آن را شبهه موضوعی می‌نامند. در شبهات موضوعی، حکم کلی مسئله معلوم است؛ اما شک در این است که آیا این مورد خاص از مصادیق همان موضوع و مشمول همان حکم کلی است یا خارج از آن موضوع است و لذا حکم جزئی مشکوک می‌شود.

برای مثال: حکم کلی حرمت نوشیدن شراب معلوم است؛ اما اگر در مورد مایعی که در ظرف معینی قرار دارد، تردید شود که شراب است یا نه و در نتیجه حکم جزئی این مایع معین مشکوک شود، یک شبهه موضوعی رخ داده است.

نکته: علت پیدایش شبهات موضوعی اشتباه در امور خارجی است؛ مثلاً معلوم نیست این مایع خاص شراب است یا چیز دیگر؛ اما پیدایش شبهات حکمی ممکن است به واسطه فقدان:

- ۱- نص
- ۲- اجمال نص
- ۳- تعارض دو نص باشد.

شبهه وجوبی و شبهه تحریمی

شبهه ای که در اصل تکلیف و حکم تکلیفی واقع می شود، عمدتاً به یکی از دو صورت زیر رخ می دهد:

۱- احتمال حرمت عملی وجود داشته باشد که اصطلاحاً آن را شبهه تحریمی می نامند.

۲- احتمال وجوب عملی وجود داشته باشد که اصطلاحاً آن را شبهه وجوبی می نامند.

تقسیمات اصل برائت

به نظر می رسد بتوان اصل برائت را به برائت قانونی و برائت عقلی تقسیم نماییم. یعنی اصل برائتی که از متن قانون استفاده میشود (برائت قانونی) و اصل برائتی که عقل و وجدان بر آن حاکم است. (برائت عقلی)

کاربرد اصل برائت در حقوق

• شک در جرم بودن عمل

به عقیده حقوق دانان، هر گاه در جرم بودن یک رفتار خاص تردید وجود داشته باشد، با استناد به اصل قانونی بودن جرم می توان رفتار مورد نظر را فاقد عنوان مجرمانه دانست و در نتیجه حکم به برائت مرتکب صادر کرد.

• شک در قلمرو مفهومی جرم

گاهی متهم مرتکب رفتاری شده است که به دلیل وجود شبهه مفهومی در قانون درباره جرم بودن آن رفتار دچار تردید می‌شویم. به بیان دیگر، به دلیل عدم صراحت و ابهام و اجمالی که در قلمرو مفهومی ماده قانونی وجود دارد، در انطباق عنوان مجرمانه بر رفتار مورد نظر تردید داریم. برای نمونه می‌توان به جرم تمرد اشاره کرد. بر اساس ماده ۶۰۷ قانون تعزیرات، هر گونه حمله یا مقاومتی که با علم و آگاهی نسبت به ماموران دولت در هنگام انجام وظیفه صورت گیرد، تمرد تلقی شده و برای آن مجازات تعیین گردیده است. حال اگر شک وجود داشته باشد که فرار متهم یا عدم توجه متهم به تعقیب و اخطار ماموران از مصادیق تمرد بشمار می‌آید یا نه، با توجه به اصل برائت نمی‌توان آن را از مصادیق جرم تمرد محسوب نمود.

• شک در جزئیات عمل ارتكابی

گاهی متهم عملی را انجام داده ولی به دلیل کافی نبودن ادله موجود، واقع بر ما پوشیده مانده است و دقیقاً از کم و کیف عمل ارتكابی اطلاع نداریم؛ در نتیجه، تردید داریم که آیا عمل ارتكابی مصداقی از عنوان مجرمانه است یا خیر. در این مورد نیز باید اصل برائت را جاری کرد و حکم به برائت متهم داد.

• شک در تکلیف وجوبی

گاهی درباره ثبوت تکلیف و الزام قانونی تردید می‌شود که در چنین مواردی با استناد به اصل برائت، حکم به عدم تکلیف داده می‌شود. برای مثال، به موجب اصل ۵۱ ق.ا.، هیچ نوع مالیات وضع نمی‌شود مگر به موجب قانون... بنابراین، هر گاه پرداخت مالیات خاصی که در قانون نیامده است مشکوک باشد، حکم به برائت می‌شود. در حقیقت، در این مثال، با شبهه حکمی وجوبی مواجه هستیم که، به عقیده اصولیان، اصل برائت در آن اجرا می‌شود.

نمونه هایی از اصل برائت در قوانین داخلی و بین المللی

الف: قانون اساسی

اصل سی و هفتم مقرر میدارد: اصل، براءت است و هیچکس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

Page | 65 اصل سی و ششم مقرر می‌دارد: حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

ب: حقوق جزا

ماده ۲ ق.م.ا. میگوید: هیچ امری را نمیتوان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات وضع شده باشد.

همچنین از ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی میتوان این اصل را استنباط نمود .

ج: حقوق مدنی

ماده ۱۲۵۷ ق.م. مقرر می‌دارد: هرکس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر به عهده اوست.

ماده ۱۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی چنین مقرر می‌دارد: هرکس مدعی حقی هست، باید آن را اثبات کند.

د: قوانین بین المللی

ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۷۸۹ چنین میگوید: هرکس که به بزه کاری متهم شده باشد، بی گناه محسوب خواهد شد تا وقتی در جریان یک دعوی عمومی که در آن کلیه تضمینهای لازم برای دفاع او تأمین شده باشد، تقصیر او قانوناً محرز گردد.

ماده ۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر چنین مقرر میدارد: متهم بی گناه است تا اینکه محکومیتش از راه محاکمه عادلانه ای که همه تضمینها برای دفاع از او فراهم باشد، ثابت گردد.

اصل احتیاط

اصل احتیاط یعنی اصل این است که بر ما لازم است عمل به احتیاط کنیم و طوری عمل کنیم که اگر تکلیفی در واقع و نفس الامر وجود دارد، انجام داده باشیم.

مثالهایی برای اصل احتیاط

مثال اول: می‌داند در ظهر جمعه نماز بر او واجب است، اما شک دارد که نماز ظهر بر او واجب است یا نماز جمعه. در این مثال بر اساس اصل احتیاط، باید هر دو نماز را به جا آورد.

مثال دوم: میداند خمر حرام است، ولی شک دارد کدام یک از دو ظرف موجود خمر است. در این مثال بر اساس اصل احتیاط، باید از هر دو ظرف اجتناب نماید تا به موافقت قطعی با تکلیف معلوم به اجمال اطمینان پیدا کند.

اقسام احتیاط

احتیاط بر دو قسم است:

احتیاط عقلی

احتیاط عقلی (قاعده اشتغال ؛ اصل اشتغال) عبارت است از حکم عقل به لزوم فارغ کردن ذمه از عهده تکلیف منجز در صورت امکان آن.

احتیاط شرعی

احتیاط شرعی عبارت است از حکم شارع به لزوم انجام همه احتمالات تکلیف یا اجتناب از همه آنها در موارد امکان احتیاط هنگام شک و عدم دستیابی به واقع.

نکته: اصل احتیاط در فرضی جاری می‌شود که علم اجمالی نسبت به تکلیف وجود داشته باشد. بنابراین، اگر چنین علمی در کار نباشد، مجرای اصل برائت است.

تقسیمات شبهه و احکام آن

اقسام شبهه تحریمی موضوعی

۱- شبهه محصوره

منظور از شبهه محصوره، شبهه ای است که اطراف آن شبهه (اطراف علم اجمالی) محدود و به سادگی قابل شمارش باشد، یعنی احتمالات آن خیلی زیاد و گسترده نباشد، مانند یک لیوان نوشیدنی حرام در میان لیوان های یک سینی.

۲- شبهه غیر محصوره

در صورتی که اطراف شبهه به تعداد معین و اندکی منحصر و محدود نباشد؛ بلکه احتمالات در شبهه موضوعی بسیار فراوان بوده و عاداتا در زمان کوتاه و به سادگی قابل شمارش نباشد، آن را شبهه غیر محصوره می نامند. برای مثال: شخص یقین دارد که اجمالا برخی اجناس موجود در بازار شهر سرقتی است یا برخی از گوشت هایی که در شهر به فروش می رسد، با شرایط صحیح شرعی ذبح نشد.

بنا به نظر مشهور اصولیان، در شبهات غیر محوره اصل احتیاط جاری نمی شود و به جای آن باید اصل برائت را جاری کرد.

در مسئله شبهات غیر محصوره رعایت احتیاط و اجتناب از همه اطراف شبهه معمولاً موجب عسر و حرج می شود و از این رو حکم وجوب احتیاط در این موارد برداشته می شود.

اقسام شبهه وجوبی

۱- شبهه میان متباینین

هر گاه متعلق تکلیف مردد میان دو یا چند عمل باشد که هیچ ارتباطی با هم ندارند، از آن با عنوان دوران امر بین متباینین یاد می کنند.

مثال: هرگاه مجتهد، با توجه به ادله معتبر، علم داشته باشد که در ظهر روز جمعه خواندن یک نماز واجب است ؛ اما تشخیص ندهد که آنچه واجب است نماز جمعه است یا نماز ظهر، در اینجا با دو امر متباین روبه رو است (شبهه حکمی).

۲- شبهه میان اقل و اکثر

گاهی میان اطراف علم اجمالی رابطه عموم و خصوص وجود دارد و یکی از آنها نسبت به دیگری محدودتر است. به این حالت اصطلاحاً شبهه اقل و اکثر می‌گویند.

مثال: شخصی می‌داند تعداد روزه از او قضا شده است و باید قضای آن را به جای آورد ؛ اما میزان دقیق آن را نمی‌داند ؛ مثلاً مردد است که ده روز بوده یا پانزده روز. در اینصورت، متعلق تکلیف مردد بین میزان بیشتر و میزان کمتر است.

اصل تخییر

اصل تخییر یعنی اصل این است که ما مخیریم که یکی از دو تا را به میل خود انتخاب کنیم.

تعریف اصل تخییر

حکم عقل به مخیر بودن مکلف میان فعل و ترک یا میان دو فعل در صورت عدم امکان احتیاط است.

تعریف اصطلاحی اصل تخییر

اصل تخییر از اصول عملی و اصلی عقلی است و در جایی جریان دارد که جنس تکلیف، یعنی اصل الزام، معلوم، اما نوع آن میان وجوب و حرمت مردد باشد. عقل در چنین موردی، به تخییر میان آن دو در مقام عمل حکم میکند.

مجرای اصل تخییر

مجرای اصل تخییر، یا یک عمل مردد میان وجوب و حرمت است که از آن به دوران امر بین محذورین (جوب و حرمت) تعبیر میشود.

مانند: نماز جمعه که حکم آن مردد میان وجوب و حرمت باشد، و یا دو عمل، مانند دو فعلی که به اجمال میدانیم یکی واجب و دیگری حرام است، اما اینکه کدام واجب و کدام حرام است، مشخص نیست، همچون نماز ظهر روز جمعه و نماز جمعه، بنابر قول به اینکه اگر یکی واجب باشد، دیگری حرام است.

تقسیمات شبهه و احکام آن

• شبهه حکمی ناشی از تعارض دو نص:

در شبهات حکمی که به واسطه تعارض دو نص پدید می‌آید و هیچ یک بر دیگری برتری ندارد، مشهور اصولیان معتقدند که مجتهد عقلا و شرعا مخیر است به هر کدام از دو نص عمل کند و حکم به وجوب یا حرمت صادر کند.

• شبهه حکمی ناشی از فقدان نص یا اجمال نص و شبهه موضوعی:

در مسئله دوران بین محذورین در مورد سایر شبهات یعنی موضوعی و نیز شبهات حکمی به واسطه فقدان نص و اجمال نص، میان اصولیان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از اصولیان این موارد را نیز به مسئله تعارض دو نص قیاس می‌کنند و اصل تخییر شرعی را درباره آن جاری می‌دانند؛ اما برخی دیگر این زمینه قائل به توقف شده اند؛ یعنی، معتقدند مجتهد نباید هیچ حکمی در این باره صادر کند. البته البته چنان که گذشت، از جهت عقلی شخص مخیر است که آن عمل را انجام دهد یا ترک کند و عملا راه دیگری ندارد. بنابراین، در این گونه موارد تخییر عقلی پذیرفته شده است.

اصل استصحاب

بنابر تعریف علمای علم اصول، هر گاه حکم یا موضوعی داشته باشیم و یقین داشته باشیم که این حکم یا موضوع قبلاً وجود داشته است و اکنون شک کنیم که آیا هنوز هم آن حکم یا موضوع وجود دارد؛ بر اساس اصل استصحاب میگوییم که آن حکم یا موضوع اکنون هم وجود دارد.

مثلاً یقین داریم که الف قبلاً به ب بدهکار بوده است و اکنون شک کنیم که آیا هنوز هم الف به ب بدهکار است یا نه، در این جا بر اساس اصل استصحاب میگوییم که اصل بر یقین سابق است؛ یعنی اصل این است که هنوز هم الف به ب بدهکار است و بدهی خود را نپرداخته است.

ارکان استصحاب

۱- یقین سابق

در مثال فوق یقین سابق وجود دارد. یقین سابق ما این است که: یقین داریم که قبلاً (در سابق)؛ الف به ب بدهکار بوده است.

۲- شک لاحق (شک جدید)

در مثال فوق شک جدید وجود دارد. شک ما این است که آیا الف بدهی خود را اکنون به ب پرداخته است یا خیر.

۳- وحدت متعلق یقین و شک

در مثال فوق، آنچه در مورد آن شک داشته ایم؛ بدهی ای بوده که الف به ب داشته و متعلق یقین ما همین است (همین بدهی است) و متعلق شک ما هم همین است (همین بدهی است).

اقسام استصحاب

در علم اصول برای استصحاب چهار تقسیم عمده ذکر شده است و در مورد هر یک از این اقسام بین علمای اصول اختلاف نظر وجود دارد.

الف: استصحاب وجودی و عدمی

- استصحاب وجودی عبارت است از اینکه مورد استصحاب (آنچه که استصحاب می‌شود) امر وجودی باشد.

Page | 71

این قسم استصحاب در حقوق مدنی کاربرد زیادی دارد. به عنوان مثال ماده ۱۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی، صحت این استصحاب را در حقوق دینی تصریح می‌کند و می‌گوید: در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بقای آن است. مگر اینکه خلافش ثابت شود. این ماده اگرچه در مورد استصحاب وجودی حق و دین است ولی از نظر وحدت ملاک میتوان گفت در هر موردی که شرایط استصحاب وجودی فراهم شد، می‌توان استصحاب راجاری نمود.

- استصحاب عدمی عبارت است از اینکه مورد استصحاب امر عدمی باشد و در به وجود آمدن آن تردید شده باشد. در حقوق مدنی جریان این قسم از استصحاب نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. به عنوان نمونه ماده ۳۵۹ قانون مدنی می‌گوید: هرگاه دخول شیء در بیع عرفا مشکوک باشد، آن شیء داخل در بیع نخواهد بود، مگر آنکه تصریح شده باشد. مبنای وضع این قانون در واقع استصحاب عدمی است؛ زیرا عدم نقل شیء از ملکیت مالک اصلی به ملکیت مشتری مورد استصحاب قرار گرفته است.

ب: استصحاب حکمی و موضوعی

- استصحاب حکمی این است که مورد استصحاب حکم وضعی یا حکم تکلیفی باشد. به عنوان مثال، ماده ۸۷۲ قانون مدنی می‌گوید: اموال غایب مفقود الاثر تقسیم نمی‌شود، مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضای مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند. در این حکم جواز تقسیم اموال غایب مفقود الاثر با استصحاب موضوعی حیات مفقود الاثر منتفی شده است.
- استصحاب موضوعی این است که مورد استصحاب حکم وضعی یا حکم تکلیفی نباشد؛ بلکه

آنچه که استصحاب می‌کنیم، موضوع یک حکم باشد.

ج: استصحاب در شک در مقتضی و شک در رافع

- استصحاب در شک در مقتضی در موردی است که تردید در بقای مستصحب ناشی از تردید در استعداد بقای آن در زمان لاحق باشد.

در زمینه اعتبار این نوع استصحاب اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف نظر اصولی در حقوق مدنی نیز تأثیر گذارده است و کاربرد هردو مبنا در حقوق مدنی به چشم می‌خورد. به عنوان نمونه جریان استصحاب در شک در مقتضی در ماده ۱۲۴ ق.م. دیده میشود. این ماده می‌گوید: اگر از قدیم سر تیر عمارتی روی دیوار مختص همسایه بوده و سابقه این تصرف معلوم نباشد، باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن سر تیر برداشته شود، صاحب عمارت می‌تواند آن را تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد، مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه او ایجاد شده بوده است. این ماده متضمن استصحاب در شک در مقتضی است؛ بدین معنا که تردید در بقای حق ارتفاق ناشی از آن است که ما نمی‌دانیم مقتضی ایجاد این حق اذن بوده است یا عقد لازم.

اگر مقتضی عقد لازم بوده است، اکنون این حق باقی است و اگر مقتضی آن اذن بوده است، این حق با خرابی عمارت از بین رفته است. در نقد این ماده گفته شده است که استصحاب مزبور صحیح نیست زیرا در شک در مقتضی است.

مثال دیگر در اختلاف نظر حقوقدانان در این مسئله آن است که در صورت تحقق خیار عیب در معامله و زوال عیب قبل از اعمال خیار، آیا می‌توان خیار عیب را باقی دانست؟ قانون مدنی در این زمینه حکم علمی ندارد ولی بعضی از حقوق دانان در اینجا به دلیل استصحاب، حق خیار را باقی میدانند و در مقابل بعضی این استصحاب را به دلیل شک در مقتضی صحیح نمی‌دانند.

در هر صورت استناد به اعتبار یا عدم اعتبار این نوع استصحاب در حقوق مدنی دیده می‌شود و به نظر می‌رسد رفع این اختلاف مستلزم پذیرش مبانی واحد و تأمل بر تطبیق بر موارد است.

• استصحاب در شک در رافع در موردی است که تردید در بقای مستصحب ناشی از این است که با وجود

استعداد مستصحب بر بقاء، نسبت به ایجاد واقعی که به بقای مستصحب خاتمه داده باشد، تردید وجود دارد. در اعتبار این نوع استصحاب هیچ تردیدی وجود ندارد و به عبارتی میتوان گفت در تمامی مواردی که بدون اختلاف نظر، استصحاب جاری می‌گردد و در واقع نسبت به رافع تردید وجود دارد؛ به عنوان مثال هرگاه در وقوع طلاق بین زن و شوهری اختلاف حاصل شود، زوجیت مقتضی بقا را دارد و نسبت به تحقق رافع آن یعنی طلاق تردید حاصل شده است و نهایتاً استصحاب زوجیت جاری می‌شود.

د: استصحاب جزئی و کلی

• استصحاب جزئی در موردی است که در بقای فرد معینی که قبلاً موجود بوده است تردید شود: مثلاً هرگاه عقد معینی منعقد گردد؛ سپس به دلیلی در بقای آن تردید شود. استصحاب بقای آن عقد معین استصحاب جزئی خواهد بود. جریان این نوع استصحاب نیز در حقوق مدنی متداول است.

• استصحاب کلی در موردی است که مورد استصحاب فرد معلوم و مشخص نباشد؛ بلکه مفهومی کلی و قابل انطباق بر افراد متعدد باشد. در علم اصول این نوع استصحاب را بر سه قسم کلی تقسیم کرده اند و در مورد اعتبار اقسام مبانی متعدد ارائه نموده اند. اما با وجود اینکه پذیرش هر یک از مبانی اصولی در این نوع استصحاب آثار خاصی در پی دارد، در حقوق مدنی نسبت به جریان و تبعات آن توجه کافی صورت نگرفته است؛ لذا در اینجا به تفصیل بیشتر این نوع استصحاب و مجرای آن در حقوق مدنی می‌پردازیم.

• استصحاب کلی قسم اول

این قسم عبارت است از پیدایش کلی در ضمن فرد معین، سپس شک در بقای آن به جهت شک در بقای فرد. مانند: تحقق کلی حدث در ضمن خروج منی از فرد، سپس شک در از بین رفتن آن حدث به جهت احتمال تحصیل طهارت.

نحوه استدلال در استصحاب کلی قسم اول

در این قسم، هم می توان فرد معین یعنی جنابت را استصحاب کرد و آثار آن از قبیل حرمت ماندن در مسجد و عبور از مسجد الحرام و مسجد النبی صلی الله علیه و آله را بر آن مترتب ساخت، و هم کلی حدث را که جامع بین جنابت و سایر افراد است و آثار آن مانند حرمت مس قرآن را بر آن مترتب کرد.

• استصحاب کلی قسم دوم

این قسم عبارت است از آن که کلی در ضمن فرد مردد بین دو چیز، موجود باشد که اگر آن موجود، فرد اول باشد، بقای کلی یقینی است و چنانچه فرد دوم باشد، زوال آن یقینی است. مانند آن که از مکلف رطوبتی که مردد بین بول و منی بوده، خارج شده، سپس وی وضو گرفته است. چنین فردی پیش از وضو به تحقق کلی حدث در ضمن فرد مردد یقین داشته است، اکنون بعد از وضو، اگر حدث، بول بوده، به طور قطع با وضو از بین رفته است و اگر منی بوده، به طور قطع باقی است؛ زیرا حدث اکبر با وضو رفع نمی شود، پس شک در بقای کلی حدث می کند.

حجیت استصحاب کلی قسم دوم

معروف میان اصولیان در این قسم، حجیت استصحاب است. در نتیجه، کلی حدث، استصحاب می شود و آثار کلی حدث مانند حرمت مس قرآن که هم بر حدث اکبر مترتب است و هم بر حدث اصغر بر آن مترتب می گردد، نه آثار خصوص حدث اکبر و حدث اصغر.

تکلیف در استصحاب کلی قسم دوم

بنابر جریان این قسم از استصحاب، برای یقین به رفع حدث، جمع بین وضو و غسل، واجب است.

• استصحاب کلی قسم سوم

این قسم عبارت است از آن که وجود کلی در ضمن فردی خاص معلوم باشد، سپس با علم به زوال آن فرد، احتمال وجود فرد دیگری که کلی در ضمن آن باشد، داده شود. پیدایش فرد دوم ممکن است همزمان با حدوث فرد نخست باشد یا مقارن با زوال آن. در صورت دوم، فرد پدید آمده یا مباین با فرد نخست است یا تبدیلی از آن. قسم دوم نیز دو صورت دارد یا به نظر عرف از مراتب فرد نخست شمرده نمی‌شود مانند: زردی تبدیل یافته از سرخی، و یا از مراتب آن به حساب می‌آید مانند سیاهی ضعیف نسبت به مرتبه شدید آن.

حجیت استصحاب کلی قسم سوم

معروف میان اصولیان، عدم حجیت استصحاب در قسم سوم به تمام اقسام آن، جز قسم اخیر است؛ چرا که در این قسم، متعلق یقین و شک یکی است؛ زیرا ذات مرتبه ضعیف شده در ضمن مرتبه شدید موجود بوده است.

بنابراین، هنگامی که به وجود سیاهی شدید علم داشته باشیم، سپس به از بین رفتن آن علم پیدا کنیم، ولی شک کنیم که آیا سیاهی به کلی از بین رفته یا مرتبه ضعیفی از آن باقی مانده است، با استصحاب اصل سیاهی، مرتبه ضعیف آن ثابت می‌شود. برخی اصولیان صورت اخیر را به استصحاب فرد ملحق کرده‌اند. شیخ انصاری صورت نخست از اقسام استصحاب قسم سوم را نیز همانند صورت اخیر، حجت و معتبر می‌داند.

اصل تأخر حادث

هرگاه به وجود آمدن دو امر در خارج مسلم باشد ولی تاریخ تقدم و تأخر به وجود آمدن هر یک نسبت به دیگری مجهول باشد، استصحابی در اینجا مطرح می‌شود که تحت عنوان اصل تأخر حادث معروف است.

علمای اصول در این زمینه دو فرضی را مطرح کرده‌اند:

۱- مجهول بودن تاریخ حدوث دو امر: هرگاه تاریخ حدوث هر دو امر حادث مجهول بوده و تقدم و تأخر هر یک نسبت به دیگری نامعلوم باشد، نسبت به هردوی آنها استصحاب جاری می‌شود؛ یعنی اصل، عدم حدوث هر یک در زمان حدوث دیگری است. ولی جریان دو استصحاب موجب می‌گردد که دو اصل مزبور با یکدیگر تعارض کرده و تساقط کنند.

۲- مجهول بودن تاریخ حدوث یکی از دو امر: اگر تاریخ حدوث یکی معلوم و تاریخ حدوث دیگری مجهول باشد و تقدم و تأخر هر یک از دیگری نامعلوم باشد، اصل تأخر حادث جاری می‌گردد ولی این اصل فقط در مورد حادثی که تاریخش مجهول است، جاری می‌گردد و منظور از جریان این اصل این است که اصل، عدم حدوث امر مجهول در زمان حدوث امر معلوم می‌باشد.

این بحث در حقوق مدنی و در مقام دادرسی بسیار شایع است اما این اصل در مقام وضع قانون نیز مبنا

قرار گرفته است و ظهور کامل جریان آن را در موارد ۸۷۳ و ۸۷۴ و ۸۷۹ قانون مدنی میتوان یافت.

تعارض ادله:

تعارض استصحاب با سایر ادله

تعارض استصحاب و اصل احتیاط

تعارض استصحاب و احتیاط، از اقسام تعارض اصول عملی و به معنای تنافی میان مؤدای اصل استصحاب و احتیاط در موردی خاص است. این تعارض، در فرض وجود علم اجمالی است؛ برای مثال، مکلف، به وجوب نماز جمعه در زمان حضور معصوم، یقین، ولی نسبت به وجوب نماز جمعه یا نماز ظهر در زمان غیبت شک دارد؛ در این جا، از طرفی به ملاحظه حالت گذشته، جای اجرای اصل استصحاب است که طبق آن، به وجوب نماز جمعه حکم میشود، و از طرف دیگر، به ملاحظه علم اجمالی، مکلف باید احتیاط نموده و هر دو را به جا آورد. بنابراین،

از سویی، به واسطه اجرای استصحاب نمیتوان بین ظهر و جمعه جمع نمود، و از سوی دیگر، به واسطه اجرای احتیاط، باید بین این دو جمع کرد.

اصولیون معتقدند در این گونه موارد، استصحاب بر اصل احتیاط مقدم است.

تعارض استصحاب و اصل برائت

تعارض استصحاب و برائت، به معنای تنافی مؤدای اصل استصحاب و اصل برائت در موردی خاص است، و آن در جایی است که در اصل تکلیف شک باشد و افزون بر آن، حالت سابقه نیز وجود داشته باشد. برای مثال، عصیر عنبی (عصاره انگور) قبل از غلیان (جوشش) هم پاک و هم حلال است، ولی بعد از غلیان به وسیله آتش و قبل از ذهاب ثلثین (تبخیر دو سوم آن) نزد مشهور علما، نجس و حرام است؛ حال در مواردی که جوشش آن از طریق آتش نباشد و مثلاً بر اثر تابش آفتاب باشد، شک میشود آیا حلال و طاهر است یا حرام و نجس.

اصولیون معتقدند در این گونه موارد، استصحاب بر اصل برائت مقدم است.

تعارض استصحاب و اصل تخییر

تعارض استصحاب و تخییر، از اقسام تعارض اصول عملی و به معنای تنافی مؤدای اصل استصحاب و اصل تخییر در موردی خاص است؛ برای مثال، در روزه یوم الشک (روزی که مشکوک است آیا آخر ماه رمضان است یا اول ماه شوال) که هلال ماه شوال دیده نشده و از راه های شرعی هم اثبات نشده که روزه واجب است یا حرام، حالت دوران بین محذورین برای مکلف پیش می آید، زیرا اگر ماه شوال باشد، روزه حرام و اگر ماه رمضان باشد، واجب است؛ در چنین مواردی، عقل به تخییر حکم میکند. ولی از طرف دیگر، استصحاب بقای رمضان یا عدم دخول شوال یا عدم رؤیت هلال شوال و یا بقای وجوب روزه و یا حرمت افطار، که یک سلسله اصول موضوعی و یا حکمی، وجودی و یا عدمی است جاری میباشد که مؤدای آن عدم تخییر است.

اصولیون معتقدند در این گونه موارد، استصحاب بر اصل تخییر مقدم است.

تعارض استصحاب و قاعده قرعه

اصولیین معتقدند در تعارض اصل استصحاب و قاعده قرعه، استصحاب بر قرعه مقدم است، زیرا دلایل قاعده قرعه عام هستند و دلایل اصل استصحاب خاص هستند و هرگاه عام و خاص با هم تعارض داشته باشند، خاص بر عام مقدم می‌شود.

تعارض استصحاب و قاعده ید

در تعارض اصل استصحاب و قاعده ید، آماره ید (قاعده ید) بر استصحاب مقدم است. نمونه بارز این مطلب را در تعارض قاعده ید و استصحاب می‌توان ترسیم کرد. براساس ماده ۳۵ ق.م. تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. بنابراین هرگاه آماره ید اقتضای مالکیت شخصی را بکند و استصحاب مالکیت مالک سابق، مقتضای ملکیت او باشد، میان استصحاب و ید تعارض پیش می‌آید، لذا آماره ید (قاعده ید) مقدم می‌گردد.

تعارض استصحاب با اصل صحت

اصل صحت به معانی مختلفی آمده است ولی معنای مورد نظر ما که با حقوق مدنی نیز مرتبط است عبارت است از «ترتیب اثر دادن بر عمل صادر از غیر»: که این معنای صحت در حقوق مدنی این اصل، تحت عنوان اصل صحت قراردادها مطرح است.

در تعارض اصل استصحاب و اصل صحت، اصل صحت بر استصحاب مقدم است.

ادله استنباط احکام:

ادله جمع دلیل است. ادله استنباط احکام شرع در فقه شیعه چهار تا است: (قرآن = کتاب، سنت، اجماع و عقل)

ادله استنباط احکام شرع در فقه اهل سنت چهار تا است: (قرآن، سنت، اجماع و قیاس)

درجات آگاهی انسان نسبت به امور چهار تا است:

۱- **قطع:** یعنی انسان چیزی را صد در صد می‌داند که مترادف آن یقین است.

۲- **ظن:** احتمال قوی. احتمال از ۵۰ تا ۲۲ درصد.

مثال: دوست شما چیزی را به شما می‌گوید احتمال قوی می‌دهید که راست یا دروغ بگوید.

۳- **شک:** یعنی احتمال پنجاه درصد صواب و پنجاه درصد ناصواب.

مثال: یک آدم غریبه یک چیزی را به شما می‌گوید شما ۵۰ درصد احتمال می‌دهید راست باشد و ۵۰ درصد احتمال می‌دهید دروغ باشد.

۴- **وهم:** یعنی احتمال ضعیف در مقابل احتمال قوی.

از این چهار تا قطع حجت است شک و وهم حجت نیست.

و اما در مورد ظن: اصل این است که ظن حجت نیست. فقط در موارد استثنایی ظن حجت است.

نکته: به ظنی که حجت نیست یا به عبارت دیگر مطابق قاعده است، ظن مطلق گفته می‌شود. ظن مطلق، مقابل ظن خاص بوده و عبارت است از ظنی که دلیل خاص از عقل یا نقل بر حجیت آن اقامه نشده است؛ به بیان دیگر، به هر ظنی که اعتبار آن از راه دلیل انسداد ثابت شود، ظن مطلق می‌گویند.

نکته: به ظنی که حجت است یعنی استثناء است و شارع آن را تعیین کرده است، ظن خاص گویند. به بیان دیگر، ظن به دست آمده از راه امارات معتبر را ظن خاص می‌گویند.

نکته: قطع و ظن معتبر حجت است.

نکته: ظن مطلق، شک و وهم حجت نیست.

نکته: اصطلاحاً به ظن مطلق، شک و وهم ؛ شک گفته می شود.

Page | 80

دلیل اول قرآن: قرآن قطعی الصدور است یعنی صدور قرآن از ناحیه خدا قطعی است ولی دلالت همه آیات قرآن قطعی نیست.

دلالت بعضی از آیات قطعی است و دلالت بعضی از آیات قطعی نیست.

نکته: قرآن قطعی الصدور است و دلالت بعضی از آیات قطعی است و بعضی دیگر ظنی.

در قرآن یک سری عمومات داریم (اوفوا بالعقود) و یک سری اطلاقات (احل الله بیع).

نکته: عمومات قرآن تخصیص خورده است با همه دلایل یعنی با قرآن، سنت، اجماع و عقل.

نکته: اطلاقات قرآن هم مقید شده است با همه دلایل یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل.

آیا قرآن نسخ هم شده است ؟ بله.

نکته: قرآن با همه دلایل نسخ می شود ؟ خیر با ادله

الف. خود قرآن ب. سنت متواتر ج. اجماع قابل نسخ است.

دلیل دوم سنت: شیعه ها یک تعبیر دارند از سنت و اهل سنت تعبیری دیگری دارند از سنت.

اهل سنت می گویند سنت عبارت است از قول، فعل و تقریر پیغمبر.

شیعه ها می گویند سنت عبارت است از قول، فعل و تقریر معصوم معصومان ۱۴ گانه یعنی پیغمبر (ص)، حضرت فاطمه (س) و امامان دوازده گانه (ع).

قول یعنی گفتار، فعل یعنی رفتار و تقریر یعنی سکوت.

اصطلاحاً به نقل سنت می‌گویند خبر، حدیث و روایت. خبر، حدیث و روایت الفاظ مترادفند.

اگر سنت، نقل، قول و تقریر پیامبر (ص) بود، اصطلاحاً به نقل سنت می‌گویند حدیث، خبر و روایت.

اقسام خبر: خبر دو قسم است:

الف. خبر متواتر ب. خبر واحد

الف. خبر متواتر: خبر متواتر خبری است که تعداد روایتش آنقدر زیاد است که احتمال دروغ در آن روا نمی‌باشد.

نکته: خبر متواتر مفید قطع است. خبر متواتر حجت است.

خبر متواتر سه قسم است:

۱. متواتر لفظی ۲. متواتر معنوی ۳. متواتر اجمالی

۱. متواتر لفظی: آن خبری است که الفاظش یکسان نقل شده باشد؛ یعنی هر کس آن را نقل کرده است مانند

دیگری نقل کرده است. مثل (إنما الأعمال بالنیات).

۲. متواتر معنوی: متواتری است که الفاظ فرق دارد ولی معنی یکی است.

مثال: حدیث لا ضرر: که به اشکال زیر بیان شده است که معنای هر دو لفظ واحد می‌باشد.

الف. لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام ب. لا ضرر و لا ضرار علی المومن

۳. متواتر اجمالی: ما از اوضاع و احوال به مطلبی که صریحاً بیان نشده است، پی می‌بریم.

مثل شجاعت علی (ع) و پهلوان بودن رستم.

ب. خبر واحد: خبر واحد خبری است که متواتر نباشد. خبری واحدی که روایتش بیشتر از ۳ تا باشد به آن خبر مستفیض می‌گویند (به حد تواتر نرسیده است).

نکته: خبر واحد مفید قطع نیست، بلکه مفید ظن است ولی چون شارع آن را تایید کرده است، پس ظن معتبر است. دلیل آن آیه شریفه ی النبأ می‌باشد: (یاأیها الذین آمنوا إن جاءکم فاسق بنیا فتبینوا) اگر فاسقی برای شما خبری آورد تحقیق کنید. مفهوم مخالفش این است که اگر عادل خبری آورد، تحقیق لازم نیست و آن حجت است.

راوی خبر واحد باید چند شرط داشته باشد: (بلوغ، عقل، اسلام، ایمان) شیعه دوازده امامی (عدالت، ضبط) حافظه (توثیق) موثق. این هفت شرط به هنگام ادای خبر (گفتن خبر) لازم است نه به هنگام تحمل خبر (شنیدن خبر).

از این هفت شرط دو شرط (عقل و ضبط) از زمان تحمل تا زمان ادا لازم است ولی بقیه شروط زمان تحمل کافی است.

یک اصطلاح داریم تحمل خبر و یک اصطلاح داریم ادای خبر: فرض کنیم شخصی در بیست سالگی خدمت پیامبر(ص) شرفیاب می‌شود و پیامبر(ص) جمله ای را به او می‌فرماید. شصت سال بعد آن شخص که در آن زمان ۲۰ ساله است، آن جمله را برای کسی نقل می‌کند در اینجا فاصله تحمل خبر تا ادای آن ۶۰ است. حال زمان تحمل زمانی است که او آن خبر را شنیده است و زمان ادا زمانی است که او آن خبر را برای کسی بیان می‌کند.

سوال: راوی خبر واحد نیاز به ۷ شرط داشت. آیا این ۷ شرط زمان ادا لازم است یا زمان تحمل؟ جواب در ۵ شرط زمان ادا لازم است و برای شروط عقل و ضبط زمان تحمل و ادا توأماً لازم می‌باشد.

خبر واحد براساس شروط هفت گانه بر چهار قسم است:

خبر ۱. صحیح ۲. حسن ۳. خبر موثق ۴. ضعیف

۱. خبر صحیح خبری است که روایتش همه شرایط ۷ گانه را دارا می‌باشند. صحیح یعنی تام الجزاء.

۲. خبر حسن خبری است که راویان آنها شیعه ۱۲ امامی هستند ولی بعضی از آنها توثیق نشده اند.

۳. خبر موثق یا قوی: خبر موثق خبری است که همه روایتش توثیق شده اند ولی برخی از آنها شیعه ۱۲ امامی نیستند. علماء شیعه می‌گویند خبر حسن بهتر از موثق است.

۴. خبر ضعیف خبری است که روایتش بعضی شرایط هفت گانه (یک یا چند تا از شرایط) را دارا نمی‌باشند. خبر ضعیف حجت نیست مگر اینکه مشهور باشد که به آن مقبول می‌گویند.

ترتیب حجیت خبرها بترتیب عبارتند از: صحیح، حسن و موثق.

دلیل سوم اجماع: در تعریف اجماع بین شیعه و اهل سنت تفاوت وجود دارد.

تفاوت اول: به نظر علمای اهل سنت اجماع عبارت است از اتفاق نظر همه علما در یک مطلب، اما علمای اهل شیعه می‌گویند اتفاق نظر همه لازم نیست. اکثر علما هم اتفاق داشته باشند کافی است.

نتیجه: اجماع از نظر علمای شیعه عام است و از دیدگاه علمای اهل سنت خاص می‌باشد. پس رابطه اجماع بین علمای شیعه و سنی عموم و خصوص مطلق است.

شیعه دو قسم اجماع دارد: اتفاق و اکثر علماء، ولی علمای اهل تسنن فقط به اتفاق همه اعتقاد دارند.

تفاوت دوم: به نظر علمای اهل سنت اجماع موضوعیت دارد یعنی خودش مهم می‌باشد و چون همه علما روی آن اتفاق نظر دارند پس درست است. آنها جهت اثبات گفتار خود به حدیث (لا تجتمع امتی علی الخطاء) استناد می‌کنند. مطابق این حدیث پیغمبر (ص) فرموده است امت من به خطا دور هم جمع نمی‌شوند. بنابر این اهل

سنت با استناد به این حدیث می‌گویند اجماع موضوعیت دارد و بنابر این اگر امت من بر چیزی جمع شدند خطا نمی‌باشد.

علمای شیعه می‌گویند اولاً حدیثی که علمای اهل سنت به آن استناد می‌کنند، فاقد سنخیت لازم است و غیر قابل قبول است. ثانیاً آنها اعتقاد دارند که اجماع طریقت دارد نه موضوعیت. علمای شیعه اعتقاد دارند که اجماع کاشف از رای معصوم است و اجماع به خودی خود ارزشی ندارد. بنابر این، اگر اجماع کاشف از رای معصوم نباشد فاقد ارزش است.

دلیل شیعه برای اینکه اجماع به چه طریق کاشف رای معصوم است:

دلیل اول: علماء شیعه می‌گویند وقتی همه علماء یک رای دارند یکی از آنها هم خود معصوم است در نتیجه اجماع هم کاشف از رای معصوم است.

دلیل دوم: علماء شیعه می‌گویند وقتی همه علماء یک نظر دارند معصوم هم که استاد آنها می‌باشد، نیز همان نظر را خواهد داشت، چون همه علما شاگردهای با واسطه و یا بی واسطه معصومان می‌باشند و در نتیجه اجماع کاشف از رای معصوم است.

دلیل سوم: علماء شیعه می‌گویند وقتی همه علما یک نظر دارند، لطف خدا اقتضاء می‌کند که اگر نظر آنها غلط باشد، بطریقی خداوند آن موضوع را به آنها گوشزد نماید. حال که چنین اتفاقی حادث نشده است، پس رای آنها درست است.

دلیل چهارم: علماء شیعه می‌گویند اجماع به خودی خود حجت نیست و اجماع به این دلیل حجت است که کاشف از رای معصوم است.

انواع اجماع:

اجماع دو قسم است:

الف. اجماع محصل ب. اجماع منقول

الف. اجماع محصل: اجماعی است که خود فقیه با تحصیل و حصول اطمینان به وجود آن اقدام می کند؛ به عبارت دیگر فقیه خود نظر سایر فقها را کسب نموده و آنگاه با توجه به نظرات مآخوذه اقدام به صدور رای می نماید.

ب. اجماع منقول: اجماعی است که فقیه طبق نقل و تحصیل آن به وسیله دیگران اعتماد می کند؛ خواه این نقل با واسطه باشد یا بی واسطه، و چنانچه نقل اجماع به حد تواتر برسد، اجماع متواتر نامیده می شود.

اجماع متواتر بر دو قسم است:

الف. اجماع منقول متواتر ب. اجماع منقول واحد.

الف. اجماع منقول متواتر: اجماع منقول متواتر، مفید قطع و حجت است.

ب. اجماع منقول واحد: اجماع منقول واحد، مفید ظن ولی ظن معتبر است و حجت است.

دو نوع اجماع داریم که حجت نیست:

الف. اجماع سکوتی ب. اجماع مدرکی

الف. اجماع سکوتی: اجماع سکوتی ادعای اجماع به سبب اظهار نظر بعضی از مجتهدان و سکوت دیگران می باشد.

اجماع سکوتی حجت نمی باشد.

ب. اجماع مدرکی یا اجماع محتمل المدرك: اجماعی است که ممکن است منشأ آن، مدرک و دلیلی باشد که موجود است.

دلیل چهارم قیاس:

قیاس عبارت است از اثبات حکم در محلی به علت ثبوت آن در محل دیگر با همان علت؛ محل اول را مقیس یا فرع نامیده اند و محل دوم را مقیس علیه یا اصل می نامند و علت مشترک را جامع می خوانند.

در حقیقت قیاس عملیاتی مستدل است جهت رسیدن به حکم شرعی برای جاییکه در آن نص شرعی به یک حکم شرعی وجود نداشته باشد تا بدان وسیله بتوان برای یک موضوع جدید (فرع) حکم صادر نمود. لذا وقتی قیاس صورت گیرد انگار آن موضوع جدید، موضوعی است که شارع برای آن حکم صادر کرده است، زیرا علت (جامع) در هر دو یعنی مقیس علیه و مقیس یکی است.

نکته: برای اهل تسنن مسئله ای پیش می آمد می دیدند در قرآن حکم این مسأله بیان نشده است. به سنت مراجعه می کردند می دیدند هیچ حکمی درباره آن وجود ندارد. برای پیدا کردن راه حلی برای این مشکل آنها قیاس را پیشنهاد نمودند.

در منطق سه نوع استدلال داریم:

۱. قیاس ۲. استقراء ۳. تمثیل

۱. قیاس یعنی رسیدن از کلی به جزئی

۲. استقراء یعنی رسیدن از جزئی به کلی

۳. تمثیل رسیدن از جزئی به جزئی

قیاس منطقی یا برهان: یعنی رسیدن از کلی به جزئی که همان صغری و کبری است. میز جسم است (صغری) هر جسمی فضا اشغال می کند (کبری) پس میز فضا اشغال می کند.

استقراء منطقی: یعنی رسیدن از جزئی به کلی: مثال آمار گیری

تمثیل در منطق: رسیدن از جزئی به جزئی است که این را می گویند قیاس اصولی.

ارکان قیاس:

قیاس چهارتا رکن دارد:

رکن اول: مقیس علیه: آن موضوعی است که در شرع مقدس برایش حکمی وجود دارد.

رکن دوم: فرع (مقیس): آن موضوعی است که حکم شرعی ندارد و نیاز به اخذ حکم برای آن می‌باشد.

رکن سوم: علت (جامع): که آن مشترک میان اصل و فرع است که ثبوت حکم بدان اقتضاء دارد.

رکن چهارم: حکم: آن چیزی است که به وسیله ی اصل ثابت شده است و اثبات آن برای فرع اراده می‌شود.

شرایط قیاس:

شرط اول: حکم اصل باید یک حکم شرعی فرعی باشد؛ خواه تکلیفی یا وضعی، زیرا قائس می‌خواهد به وسیله

قیاس، حکم شرعی فرع را اثبات کند.

مثال: حکم شرعی بر دو قسم است: حکم شرعی اصلی و حکم شرعی فرعی.

حکم شرعی اصلی همان اصول دین (توحید، نبوت، معاد، عدل و امامت) است و در اصول دین قیاس نداریم!

نکته: بحث علم اصول در باب حکم شرعی فرعی است. مباحث اصول دین در حوزه علم کلام می‌باشد.

شرط دوم: حکم اصل باید از قرآن، سنت یا عقل آمده باشد؛ حکم اصل نباید از قیاس آمده باشد.

مثال: آبجو حرام است. حکمش از قیاس است. در اینجا چون حکمش از قیاس آمده است، هیچ چیز دیگری را

نمی‌توانیم با آن قیاس کنیم.

شرط سوم: حکم اصل نباید استثناء باشد. استثناء را باید تفسیر مضیق کنیم. قیاس یک نوع تفسیر موسع است.

قیاس یک نوع تفسیر موسع است. خدا می‌فرماید شراب حرام است و ما آبجو را هم حرام اعلام کردیم. (تفسیر موسع)

نکته: حکمی که استثناء است، باید تفسیر مضیق شود.

مثال: شفعه بین دو نفر است. نمی‌توانیم قیاس کنیم بین سه نفر هم احکام شفعه برقرار است، چون شفعه یک حکم استثنایی است.

مثال: ماده ۱۷ ق.م.: حیوانات و اشیائی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد؛ از قبیل گاو و گاومیش و ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و بطور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم و مالک آن را به این امر تخصیص داده باشد، از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال، جزو ملک محسوب و در حکم مال غیر منقول است و همچنین است تلمبه و گاو یا هر حیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یا خانه و باغ اختصاص داده شده است.

در اینجا ما نمی‌توانیم آلت و ادوات صنعتی را جزء اموال غیر منقول بحساب بیاوریم چون یک حکم استثنائی است.

خلاصه: حکم اصلی استثناء ندارد؛ چون اگر داشته باشد نمی‌توانیم قیاس کنیم.

اقسام قیاس:

قیاس دارای دو تقسیم می‌باشد: الف. قیاس منصوص العله ب. قیاس مستنبط العله

الف. قیاس منصوص العله: در این نوع قیاس، شارع علت و فلسفه حکم را بیان می‌کند و جایی برای اجتهاد شخصی باقی نمی‌ماند. مثلاً اگر گفته شد: الخمر حرام لانه مسکر؛ علت حرمت خمر به دنبال حکم آمده است، به همین جهت آن را منصوص العله می‌گویند. حال اگر حکم شراب کشمش را ندانیم؛ قیاس می‌کنیم و می‌گوییم:

همان گونه که خمر (شراب انگور) به خاطر مست کننده بودنش حرام است، شراب کشمش هم به خاطر مست کننده بودنش حرام است.

ب. قیاس مستنبط العله: در این نوع قیاس علت حکم اصل بیان نشده است و فقیه با ظن و گمان خویش، فرع را بر اصل به علت اشتراک در علت مستنبط، قیاس کرده است.

نکته: به نظر علمای شیعه، قیاس مستنبط العله حجت نیست.

نکته: به نظر علمای شیعه، قیاس منصوص العله حجت است.

تقسیم دوم: قیاس جلی (روشن) و خفی (مبهم):

قیاس جلی: ما قطعاً بدانیم که تفاوت اصل و فرع، تاثیری در حکم قضیه ندارند.

قیاس خفی: ما قطعاً نمی‌دانیم که تفاوت اصل و فرع، تاثیری در حکم قضیه ندارند.

نکته: قیاس منصوص العله قیاس جلی است.

نکته: قیاس مستنبط العله قیاس خفی است.

نکته: قیاس منصوص العله حجت است

نکته: قیاس مستنبط العله حجت نیست.

نکته: قیاس جلی حجت است.

نکته: قیاس خفی حجت نیست.

دلیل پنجم عقل:

در مبحث عقل دو مطلب مطالعه می‌شود:

مطلب اول مقدمه واجب و مطلب دوم اذن در شیء

مطلب اول: مقدمه واجب:

تعریف:

الف. مقدمه ب. ذی المقدمه ج. شرط متاخر

الف. مقدمه: مقدمه چیزی است که اگر نباشد، چیز دیگری به نام ذی المقدمه محقق نمی‌شود.

مثال: مقدمه ورود به دانشگاه، قبولی در کنکور است.

مثال: مقدمه گرفتن پروانه کارآموزی وکالت، قبولی در امتحان ورودی است.

مقدمه معمولاً قبل از ذی المقدمه است و ممکن است مقدمه همزمان و یا بعد از ذی المقدمه بکار رود.

ب. مقدمه همزمان با ذی المقدمه: مقدمه ای که همزمان با ذی المقدمه باشد به آن مقدمات داخلی یا اجزای یک

ماهیت مرکب اطلاق می‌گردد.

مثال: نماز یک ماهیت مرکب است. به هر کدام از اجزای نماز مقدمه می‌گویند. وضو مقدمه ای است که قبل از

نماز است. حمد و سوره مقدمه ای است که همزمان با نماز است.

ج. شرط متاخر: مقدمه ای که بعد از ذی المقدمه بیاید شرط متاخر نامیده می‌شود. (اول ذی المقدمه بعد مقدمه)

که کاملاً استثناء است.

مثال: اجازه در عقد فضولی. در این معامله عقد بعد از اجازه مالک تحقق می‌یابد یعنی اول اجازه (ذی المقدمه)

بعد عقد.

سایر اقسام مقدمه:

الف. مقدمه وجوب: مقدمه ای است که باعث وجوب ذی المقدمه می شود؛ یعنی وقتی مقدمه بیاورد ذی المقدمه واجب می شود. مثلاً: استطاعت برای حج.

ب. مقدمه واجب یا مقدمه وجود: مقدمه واجب مقدمه ای است که بدون آن ذی المقدمه واجب است ولی قابل انجام نیست. مانند وضو برای نماز. نماز بدون وضو هم واجب است ولی بدون وضو امکان بجا آوردن نماز غیر ممکن است.

ج. مقدمه علم: مقدمه ای است که باعث می شود که ما مطمئن بشویم که تکلیف خود را انجام داده ایم. مثال: شخصی برای بجای آوردن نماز در شناسایی جهت قبله در دو جهت در تردید است و نمی داند که کدامیک از دو جهت و اقلاً جهت قبله است. در این حالت بهتر است به هر دو جهت نماز را بجای آورد.

د. مقدمه صحت: مقدمه ای است که باعث صحت ذی المقدمه می شود. در حقوق به آن شرط صحت می گویند. مثال: قصد مقدمه صحت عقد است. قبض در عقود عینی مقدمه صحت است.

ه. مقدمه نفوذ: مقدمه ای است که باعث نفوذ ذی المقدمه می شود و بدون آن ذی المقدمه غیر نافذ است. مانند اجازه در عقود غیر نافذ (معامله فضولی). مقدمه صحت نباشد عقد باطل است. مقدمه نفوذ نباشد عقد غیر نافذ است.

ح. مقدمه لزوم: مقدمه ای است که باعث لزوم ذی المقدمه می شود و بدون آن ذی المقدمه جایز است.

مقدمه لزوم چهار مثال در حقوق مدنی دارد.

۱- قبول متولی: مقدمه لزوم در ماده ۷۶ ق.م..

ماده ۷۶: کسی که واقف او را متولی قرار داده می‌تواند بدواً تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی‌تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتی است که از اصل، متولی قرار داده نشده باشد.

۲- قبول ثالث در تعهد به نفع ثالث ؛ در اینجا ماده قانونی ندارد.

۳- انجام کار در جعاله مقدمه لزوم است ؛ ماده ۶۵۶ ق.م..

ماده ۶۵۶ قانون مدنی: جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هر یک از طرفین می‌توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثنای عمل، رجوع نماید، باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

۴- قبض موصی به مقدمه لزوم است ؛ ماده ۸۳۹ ق.م..

ماده ۸۳۹ قانون مدنی: نسبت به موصی له رد یا قبول وصیت بعد از فوت موصی معتبر است ؛ بنابراین اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیت را رد کرده باشد، بعد از فوت می‌تواند آن را قبول کند و اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد، دیگر نمی‌تواند آن را رد کند، لیکن اگر قبل از فوت قبول کرده باشد بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست.

و. مقدمه شرعی: مقدمه ای است که شرع لازم دانسته است.

ز. مقدمه قانونی: مقدمه ای که قانون آن را لازم دانسته است. مثل: گواهی عدم امکان سازش برای طلاق.

ح. مقدمه عقلی: مقدمه ای که عقل آن را لازم دانسته است. مانند: توقف حج بر پیمودن مسافت، که این ارتباط را عقل بدون نیاز به بیان شارع درک کرده و حکم می‌کند که وجود حج در موسم خاص، بر پیمودن مسافت خاص، متوقف است.

ت. مقدمه عرفی یا عادی: مقدمه ای است که عرف آن را لازم دانسته است. مثلاً مردم اینجوری رفتار می‌کنند.

نتیجه: مقدمه واجب واجب است و حکم امر دارد، یعنی اگر ذی المقدمه واجب باشد، عقل می گوید مقدمه آن هم لازم است.

مبحث لوازم:

لوازم در منطق بر دو نوع است:

الف. لازم بین ب. لازم غیر بین

الف. لازم بین: لازم بین به دو صورت است: لازم بین بالمعنی الخص، لازم بین بالمعنی العم.

لزام بین بالمعنی العم آن است که فرد با تصور ملزوم و تصور لازم و نسبت میان آنها به ملازمه پی می برد. مثلاً هفت نصف چهارده است. اگر هفت و چهارده و نصف بودن هفت برای چهارده را تصور کنید، به ملازمه هفت و نصف چهارده بودن پی می برید.

لزام بین بالمعنی الخص آن است که از تصور ملزوم به تصور لازم برسیم، مثلاً اگر کوری را تصور کنید، لازمه آن تصور بینائی است.

ب. لازمه غیر بین: اثبات ملازمه احتیاج به دلیل دارد. مانند: مجموع زوایای مثلث ۱۲۰ درجه است. ملازمه میان جمع زوایای مثلث و ۱۲۰ درجه بودن، بین و روشن نیست و برای اثبات آن دلیل نیاز است.

(بایان اصول فقه ۲)

منابع و مآخذ:

۱. دوره سه جلدی اصول فقه کاربردی، حسین قافی، سعید شریعتی فرانی.

۲. اصول فقه به بیان ساده، ابوالفضل باقری راد.

۳. اصول فقه، سید محمد باقر حسینی.

۴. اصول فقه به روش ساده، سمیرا سید محمدی.

۵. جزوه درسی اصول فقه دکتر محمد حسین شهبازی.

۶. <https://hawzah.net/fa>

۷. <http://taskhiri۱۴.blogfa.com/post/۷۵>

۸. <http://osoolefeghh.blog.ir/post/>