

سوکندبه قلم و آنچه می نویسند

آخرین نسخه بروزرسانی شده را از سایت بگیرید چون با توجه به تغییرات سرفصل‌های جدید، نسخه موجود در وبسایت را عوض می‌کنیم!

آخرین بروزرسانی: پائیز ۱۳۹۹

جزوه اصول فقه ۲

دکتر امید ملاکریمی

(وکیل پایه یک دادگستری، مدرس دانشگاه و عضو هیأت علمی)

به کوشش انور یوسفی

بسیاری از اوونهایی که می‌خوان در آزمون‌های حقوقی قبول بشن در انبوه کتاب‌های موجود در آشفته‌بازار حقوقی و همچنین شمار زیاد مؤسسات آموزشی، سردرگم هستند و نمی‌دانند چگونه تصمیم بگیرند و یا نمی‌توانند به یک تصمیم قطعی برسند. این سردرگمی، طبیعی‌ست اما فقط یک روز آن! انتخاب هم جزوه و هم کتاب مرجع، انتخاب خوبی نیست؛ نباید دور خود را شلوغ کنیم! تضمین می‌کنم این جزوه، برای آزمون‌های حقوقی، کافی است. درس اصول فقه با توجه به اینکه ضریبش در آزمون وکالت «یک» هست **ضریب پنهان** دارد و هر کس که می‌خواهد رتبه زیر صد بشه اصولش باید خیلی خوب باشه و هر کس بخواد قبول بشه حداقل باید این درس رو سی و سه درصد بزنه!

یه تیکه از کتاب «کیمیاگر» نوشته پائولو کوئیلو رو براتون می‌آزم: «وقتی با تمام وجود و از درون، چیزی را می‌خواهید تمام کائنات دست در دست هم می‌دهند تا خواسته شما را اجابت کنند. آرزوها زبان خداوند هستند، در این جهان حقیقتی بزرگ وجود دارد، هر کس که باشی یا هر عملی که از تو سر می‌زند و وقتی چیزی را از ته قلبت بخواهی آنگاه این خواسته تو از وجود این جهان سرچشمه می‌گیرد و تو مأمور انجام آن می‌شوی» خواستم بگم که اگر این جزوه به دست شما رسیده، حکمتی در آن است!

حیرت‌انگیزی که دنبالش بودید این جزوه است!

نام صحیح‌تر درس اصول فقه، مبانی استنباط حقوق اسلامی است. با فراگیری علم اصول فقه و افزایش قدرت استدلال، در استنباط قوانین با منطق حقوقی به مهارت می‌رسیم. درس اصول فقه با اینکه پیچیدگی‌ها و دشواری‌های خودش دارد زمانی که به صورت کاربردی تدریس و تحصیل بشه لذتی شگفت‌انگیز داره! از این فراتر، اصول فقه از مهم‌ترین دروس در آزمون وکالت است. به نحوی که شما با درصد کم شاهد رتبه بالایی خواهید بود، اما با درصد بالا قطعاً شاهد رتبه حیرت‌انگیزی می‌شوید. مطالعه‌ی این جزوه به دانشجویان دوره کارشناسی و کارشناسی ارشد و علی‌الخصوص داوطلبان شرکت در آزمون تخصصی حقوقی وکالت توصیه می‌شود. ضمناً باید بگم: ده‌ها جزوه سبک و روان حقوقی که به طور شگفت‌انگیزی شیوا و گیرا و رسا توضیح دادم و قول می‌دم که اگه فقط یکی از اوونها رو از سایت www.mollakarimi.ir بگیرید و مطالعه کنید به جزواتم اعتیاد پیدا می‌کنید!

ما در سایت فوق، کانال تلگرام و صفحه اینستاگراممون، هر آنچه برای قبولی در آزمون‌های حقوقی نیاز است را به شما خواهیم داد! می‌دانیم که داوطلبان آزمون‌های حقوقی، زمانی که تصمیم می‌گیرند که شروع به خواندن نمایند در انتخاب منابع سردرگم هستند؛ کاری که ما انجام می‌دهیم این است که اوون منابعی رو که برای قبولی کفایت می‌کند رو به طور رایگان در اختیارتون می‌گذاریم و بهتون اطمینان می‌دیم که نیاز به خواندن منابع متعدد نخواهید داشت. در واقع، صدها داوطلبی که از این خدمات استفاده کردند و جواب گرفتن رو می‌تونیم شاهد عملکرد مثبتمون بدونیم.

تمرکز اصلی کار من در این نوشته و بقیه جزوات گذاشته شده در وبسایتم (مثل جزوات حقوق مدنی، حقوق تجارت، آیین دادرسی مدنی، آیین دادرسی کیفری و حقوق جزا) اینه که مثل یه گاو بنفش در بین سایر گاوها که سیاه و سفید هستند متمایز باشم!! در واقع این، هدف من است که متفاوت باشم و در حوزه آموزش و نویسندگی در رشته حقوق، کارهای متفاوتی نسبت به دیگران انجام بدم. می‌خوام نوشته‌هام مثل گاو بنفش باشه که واقعاً در خور توجه باشه. حتماً دیدید آدم‌هایی رو که با یه ویژگی خاص، خودشون رو متفاوت و منحصر به فرد نشون می‌دن؛ مثلاً عینک زرد می‌زنن یا یه مدل موی خاص خودشون رو دارن؛ من هم می‌خوام با «ساده‌نویسی» و آوردن مثال‌های ساده‌فهم متفاوت باشم و با این ویژگی، به چشم بیام. من کمترین می‌خوام که بهترین تبلیغ برای کارهام، تمایز و انجام کاری نو و جالب توجه باشه. نمی‌خوام از این جمله کلیشه‌ای‌ها بگم ولی «کلید موفقیت، متفاوت‌بودنه». من این «متفاوت‌بودن» رو در جزوه‌هایی که به رایگان در دسترس دانشجویان حقوق گذاشتم، نشون دادم. باید بگم که جزوات سایت MollaKarimi.ir و حتی این نوشته دائماً با توجه به سرفصل‌های جدید و آخرین تغییرات قوانین و تست‌های آزمون‌های هر سال، به روز می‌شه و چنانچه پی‌دی‌اف یا نسخه چاپ‌شده جزوه رو در دست دارید بهتره مجدداً از سایت، نسخه به روز رو دانلود کنید. ضمناً ما کارگاهی داریم که متفاوت از بقیه کارگاه‌هاست! اسم کارگاه ما، «کارگاه تولید محتوای حقوقی» است که می‌تونید اینستاگرام (@vekalatyar) و تلگرام ما (@omidmollakarimi) رو دنبال کنید تا کلی محتوای حقوقی خوب رو مشاهده و دریافت کنید. در آخر هم باید بگم کافیه نام و نام خانوادگی خودتون رو به فارسی به شماره ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ واتس‌آپ کنید تا از آخرین تغییرات این جزوات و اخبار حقوقی و جزوات جدیدی که نگارش می‌شه مطلع‌تون کنیم. این جزوه برای تدریس در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی توسط معلم (امید ملاکریمی) تهیه و تکثیر شده و جنبه انتفاعی نداشته و تکثیر و نسخه‌برداری از آن، بدون قصد سودجویی و «تنها با ذکر منبع» مجاز می‌باشد، در غیر این صورت، قانوناً ضمان آور است. نگارنده، سپاسگزار خوانندگانی خواهد بود که نظرات، پیشنهادهای و انتقادات خود را پیرامون این نوشتار از راه‌های فوق یا ایمیل «mollakarimi.omid@gmail.com» بیان فرمایند. به صورت دلنشین و دلچسب کل اصول فقه را آموزش خواهیم داد به گونه‌ای که بعد از مطالعه این جزوه حیرت‌انگیز شاهد رتبه شگفت‌انگیزی در آزمون کانون باشید ما فاهیم و مباحث اصول فقه را به نحو کاربردی و مطابقت با قوانین نگاشته‌ایم به صورتی که شما با خواندن این جزوه فهم آن دشوار و غیرقابل تحمل است ما در این نوشته، مطالب اصول فقه را به نحو کاربردی و مطابقت با قوانین نگاشته‌ایم به صورتی که شما با خواندن این جزوه دیدگاهتان نسبت به علم اصول فقه کاملاً عوض خواهد شد. در سال‌های اخیر که «شبکه‌های اجتماعی»، ادبیات عامیانه رو ترویج دادن و مخاطب عمده این شبکه‌ها، دهه هفتادی‌ها و هشتادی‌ها هستند، معلم حقوق باید به زبون اینستاگرامی برای اوونها تدریس کنه! اصلاً هنر معلمی یعنی «ساده‌گویی»؛ خلاصه اینکه، اصول فقه رو به طور کامل می‌گم و شما رو معتاد به روش خودم می‌کنم؛ قول می‌دم! البته بگم که حقوق مدنی، آیین دادرسی مدنی، حقوق جزا، آیین دادرسی کیفری و همینطور دروس دیگه رو هم با همین روش گفته‌ام.

تقدیم به تمام کسانی که تا به حال هیچ‌به‌آن با تقدیم نشده است؛ تقدیم به کنشمان!

دلیل، اماره و اصل

گفتار اول: دلیل

- دلیل در لغت به معنای «راهنما» است.
 - دلیل در منطق عبارت است از مجموع چند قضیه که از ترکیب آنها مجهولی کشف شود.
 - دلیل در اصول فقه دو معنا دارد:
۱. **معنای خاص:** دلیل در این معنا چیزی است که به طور قطعی موجب کشف حکم یا موضوعی می‌شود و در برابر اماره و اصل عملی قرار دارد.
 ۲. **معنای عام:** دلیل در این معنا به هر چیزی گفته می‌شود که ما را به مجهولی برساند و شامل اماره، اصل عملی و دلیل به معنای خاص است.
- دلیل در اصطلاح حقوقی مطابق ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی: «امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌کنند» این معنا، معنای عام دلیل است که شامل «اماره»، «اصل عملی» و «دلیل به معنای خاص» می‌شود.

گفتار دوم: اماره

تعریف اماره

- اماره در لغت به معنای «علامت» و «نشانه» است.
 - اماره در اصطلاح اصول به معنای دلیل ظنی است که از سوی شارع یا قانون‌گذار معتبر دانسته شده است.
 - اماره در اصطلاح حقوق مطابق ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی عبارت است از اوضاع و احوالی که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود.
- ✓ اماره دلیل ظنی است که از سوی شارع معتبر دانسته شده است؛ بنابراین حجیت اماره به واسطه جعل است.
 - ✓ اماره لوازم عقلی و عادی خود را نیز اثبات می‌کند.
 - ✓ مبنای حجیت و اعتبار اماره این است که از واقع دلالت و حکایت می‌کند. به همین علت اگر به هر دلیلی ثابت شود که حقیقت بر خلاف اماره است، اماره اعتبار خود را از دست می‌دهد؛ به همین دلیل است که می‌گویند اماره طریقت دارد و موضوعیت ندارد.
 - ✓ حکمی که با اجرای اماره به دست می‌آید، بنا بر عقیده مشهور حکم واقعی است.

اقسام اماره

قسم اول: اماره حکمی و موضوعی:

۱. **اماره حکمی:** هرگاه حکم چیزی را ندانیم و به وسیله اماره حکم آن را به دست بیاوریم به چنین اماره‌ای «اماره حکمی» گفته می‌شود. برای مثال، چنانچه ندانیم حکم مبیعی که قبل از قبض تلف شده است چیست و پس از مراجعه به اخبار و روایات به خبر واحدی برخورد کنیم که بیان دارد: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» و از این خبر واحد متوجه شویم که «مبیع تلف شده قبل از قبض مال بايع است» در اینجا به «خبر واحد» اماره حکمی گفته می‌شود؛ زیرا موجب کشف حکم شده است.
۲. **اماره موضوعی:** هرگاه حکم مسئله را بدانیم لیکن نسبت به موضوع شک و تردید داشته باشیم و به وسیله اماره شک و تردید خود را نسبت به موضوع مرتفع نماییم، به چنین اماره‌ای «اماره موضوعی» گفته می‌شود. برای مثال هرگاه شخصی به قتل رسیده باشد، لیکن ندانیم قاتل آن چه کسی است؛ حال اگر دو مرد عادل شهادت بدهند که شخص «الف» قاتل است؛ در اینجا نسبت به حکم قتل که قصاص است تردیدی وجود ندارد و شک و تردید در موضوع است و «شهادت دو مرد عادل» شک و تردید ما را نسبت به موضوع مرتفع می‌کند، بنابراین به «بیینه» اماره موضوعی گفته می‌شود.

مثال دیگر، هرگاه ندانیم مالک مال چه کسی است و بر اساس «اماره ید» بگوییم که «متصرف مال، مالک آن است» در اینجا شک و تردید در موضوع است نه در قوانین و احکام مالکیت که جواز تصرف در مال است و «اماره ید» شک و تردید نسبت به موضوع را مرتفع می‌کند، بنابراین به «اماره ید» اماره موضوعی گفته می‌شود.

قسم دوم: اماره قانونی و قضایی

۱. **اماره قانونی:** اوضاع و احوالی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده است. برای مثال، ماده ۳۵ قانون مدنی: «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.» مثال دیگر ماده ۱۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی: «در دعاوی تصرف عدوانی و مزاحمت و ممانعت از حق ابراز سند مالکیت دلیل بر سبق تصرف و استفاده از حق می‌باشد، مگر آن که طرف دیگر سبق تصرف و استفاده از حق خود را به طریق دیگر ثابت نماید» و ماده ۵ قانون تجارت: «کلیه معاملات تجار تجارتي محسوب است، مگر اینکه ثابت شود معامله مربوط به امور تجارتي نیست» و ماده ۱۷ قانون صدور چک: «وجود چک در دست صادرکننده دلیل پرداخت وجه آن و انصراف شاکی است مگر اینکه خلاف این امر ثابت گردد» همچنین مواد ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۵۸، ۱۱۵۹، ۴۵۰ و ۴۵۱ قانون مدنی مثال‌های اماره قانونی است.
۲. **اماره قضایی:** اوضاع و احوالی است که در دعوی خاص در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته شود. برای مثال ماده ۲۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی بیان داشته است که: «اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد» مثال دیگر ماده ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد که: «هرگاه ادله‌ای که موضوعیت دارد فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشد، می‌تواند به عنوان اماره قضایی مورد استناد قرار گیرد، مشروط بر این که همراه با قرائن و امارات دیگر، موجب علم قاضی شود.» و همچنین ماده ۱۷۶ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است که: «در صورتی که شاهد واجد شرایط شرعی نباشد، اظهارات او استماع می‌شود. تشخیص میزان تأثیر و ارزش این اظهارات در علم قاضی در حدود اماره قضایی با دادگاه است.»

گفتار سوم: اصل عملی

هرگاه حکم قضیه‌ای را ندانیم و با مراجعه به ادله اجتهادی نیز نتوانیم حکم آن را به دست آوریم برای رفع شرگردانی باید از یک سری اصول مثل «اصل براءت»، «اصل احتیاط»، «اصل تخییر» و «اصل استصحاب» استفاده کنیم که به آنها اصول عملیه یا ادله فقهاتی گفته می‌شود. برای مثال طبق ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی که بیان می‌دارد: «اصل براءت است، بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن اثبات کند، در غیر این صورت، با سوگند خوانده حکم براءت صادر خواهد شد.» و همچنین ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی که بیان داشته است: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است مگر این که خلاف آن ثابت شود.» و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی که مقرر داشته است: «هر کس مدعی حقی باشد باید آن اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر بر عهده او است.»

✓ به حکمی که با استناد اصول عملیه به دست می‌آید حکم ظاهری گفته می‌شود.

✓ اصول عملیه نیز همچون امارات در صورتی که به تأیید شارع رسیده باشند، اعتبار و حجیت دارند.

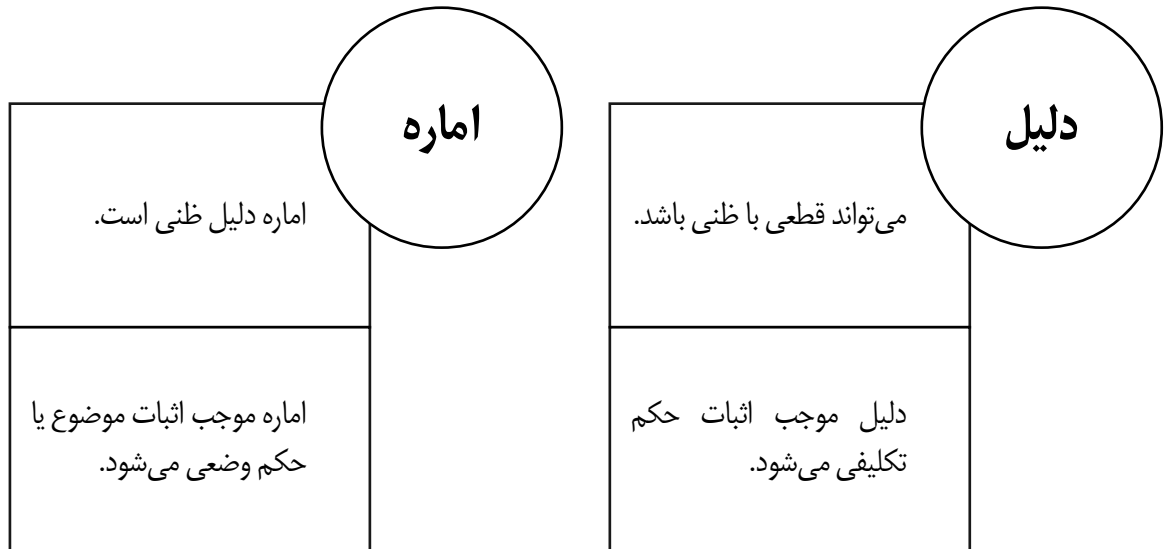
✓ در اصول عملیه جنبه کشف از واقع موضوعیت ندارد.

مقایسه دلیل و اماره

• شباهت دلیل و اماره:

✓ دلیل و اماره هر دو به لحاظ کشف از واقع حجیت دارند.

• تفاوت دلیل و اماره:



مقایسه اماره و اصل عملی

• شباهت اماره و اصل عملی:

✓ اماره و اصل عملی هر دو در صورتی اعتبار دارند که شارع آنها را تأیید کرده باشد.

• تفاوت اماره و اصل عملی:

اصل عملی

اصل عملی دلیل فقه‌آهتی است و حکمی که با استناد به آن به دست می‌آید حکمی ظاهری است.

در حجیت اصل عملی جنبه کشف از واقع لحاظ نشده است.

حجیت اصل عملی مبتنی بر ظن و حصول ظن از آن نیست.

عمل به اصل عملی هنگامی ممکن است که قبلاً برای یافتن دلیل فحوص و جستجو کرده باشیم و از دسترسی به آن ناامید شده باشیم.

اصل عملی در مرتبه‌ای پایین‌تر نسبت به اماره قرار دارد، بنابراین اماره بر اصل عملی مقدم است.

اماره

اماره دلیل اجتهادی است و حکمی که با استناد به آن به دست می‌آید، حکمی واقعی است.

اماره به لحاظ کشف از واقع حجت است.

حجیت اماره مبتنی بر حجیت ظن و حصول ظن از واقع است، یعنی اماره بدین دلیل حجت می‌باشد که با اجرای آن به حکم واقعی ظن پیدا می‌کنیم.

عمل به اماره نیازی به فحوص و جستجو از وجود دلیل ندارد و اماره حجت است مگر این که با اجرای آن به حکم واقعی ظن پیدا کنیم.

اماره در مرتبه بالاتری نسبت به اصل عملی قرار دارد.

آمارات

بررسی مفاهیم قطع، ظن و شک و وهم

به طور کلی می‌توان گفت آگاهی انسان نسبت به یک امر به اقسام زیر تقسیم می‌شود:

۱. **قطع:** در این حالت انسان نسبت به یک امر آگاهی کامل دارد و هیچ گونه شک و تردیدی نسبت به آن ندارد خواه این آگاهی با واقعیت نیز منطبق باشد و خواه با واقعیت منطبق نباشد. با توجه به تعریفی که از قطع ارائه شد می‌توان گفت قطع بر دو قسم است:

۱. قطعی که با واقعیت منطبق باشد: به چنین قطعی علم گفته می‌شود.

۲. قطعی که با واقعیت منطبق نباشد: به چنین قطعی جهل مرکب گفته می‌شود.

۲. **ظن:** هرگاه انسان نسبت به امری دو احتمال بدهد به طوری که یکی از احتمالات قوی‌تر و دیگری ضعیف‌تر باشد به احتمال قوی‌تر «ظن» گفته می‌شود.

۳. **شک:** در این حالت انسان نسبت به امری دو احتمال مساوی می‌دهد به گونه‌ای که هیچ یک از احتمالات بر دیگری ترجیح و برتری ندارند.

۴. **وهم:** هرگاه انسان نسبت به یک امر دو احتمال بدهد به طوری که یکی از احتمالات قوی‌تر و دیگری ضعیف‌تر باشد، به احتمال ضعیف‌تر «وهم» گفته می‌شود.

✓ منظور از شک در مبحث اصول عملیه، اعم از «وهم»، «شک» و «ظن غیرمعتبر» است.

گفتار اول: قطع

حجیت قطع: قطع ذاتاً حجت است یعنی برای اعتبار و حجیت قطع نیازی به تأیید و امضاء شارع نمی‌باشد؛ بنابراین شارع نمی‌تواند قطع را حجت بداند یا آن را حجت نداند؛ زیرا همان طور که گفته شد حجیت قطع، ذاتی است.

✓ قطع عرفی (اطمینان، علم عادی، ظن متأخم به علم) حجیت ذاتی ندارد.

اقسام قطع:

۱. **قطع طریقی:** در این قطع، قطع و یقین مکلف جزئی از موضوع حکم نمی‌باشد.

مثال در صورتی که گفته شود «شرب خمر حرام است» در این مثال حکم حرمت به «شرب خمر» تعلق گرفته استبه عبارت دیگر موضوع حکم در این مثال «شرب خمر» است صرف نظر از این که شخصی به آن قطع و یقین داشته باشد یا نداشته باشد و همان طور که ملاحظه می‌کنید قطع و یقین مکلف در اینجا جزئی از موضوع حکم را تشکیل نمی‌دهد؛ بنابراین به چنین قطعی «قطع طریقی» گفته می‌شود.

و همچنین ماده ۲۴۷ قانون مدنی که بیان داشته است: «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست، ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد...» در این ماده حکم عدم نفوذ به «معامله به مال غیر» تعلق گرفته است و به عبارت دیگر در این مثال موضوع حکم «معامله به مال غیر» است صرف نظر از این که شخص به آن قطع و یقین داشته باشد یا نداشته باشد و همان طور که ملاحظه می‌کنید قطع و یقین مکلف در اینجا جزئی از موضوع حکم را تشکیل نمی‌دهد؛ بنابراین به چنین قطعی، «قطع طریقی» گفته می‌شود.

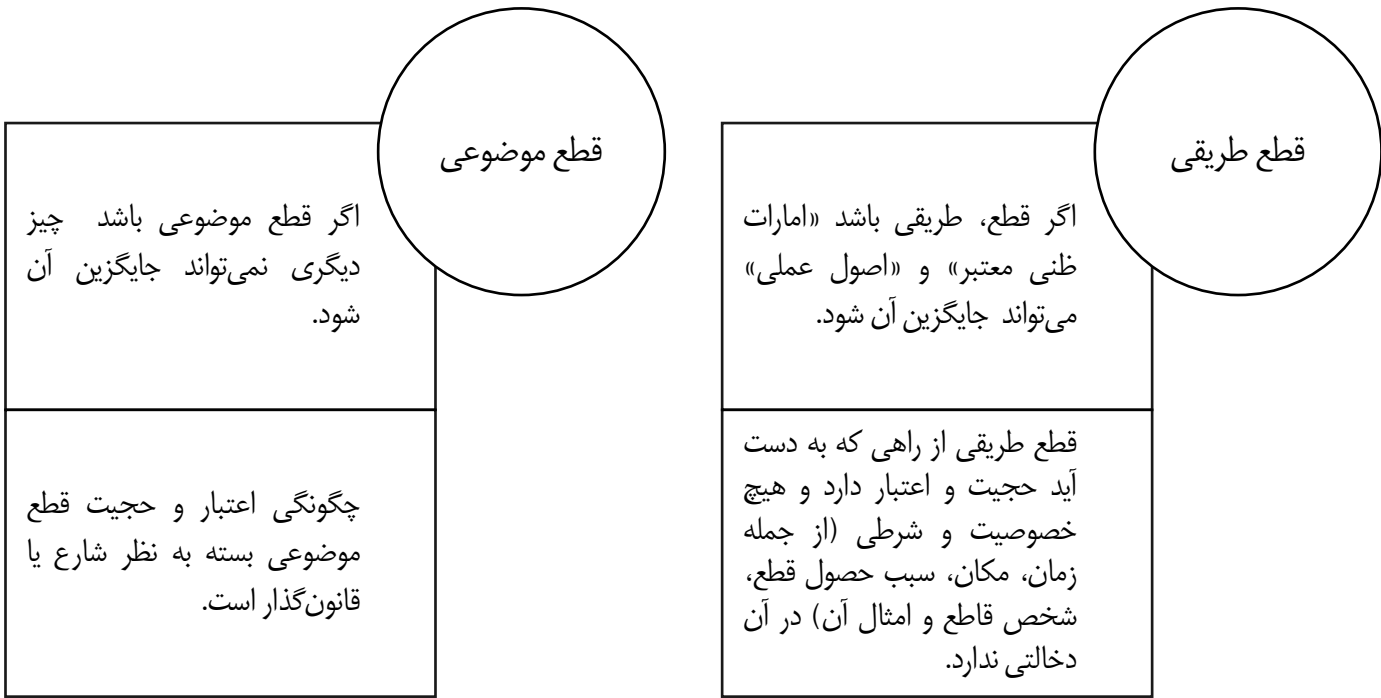
۲. **قطع موضوعی:** در این قطع، قطع و یقین مکلف جزئی از موضوع را تشکیل می‌دهد.

برای مثال در صورتی که گفته شود: «کسی که یقین دارد که وضو گرفتن با آب برایش ضرر دارد، وضو گرفتن با آب برای او واجب نیست.» در این مثال حکم عدم وجوب وضو گرفتن با آب به «کسی که یقین دارد که وضو گرفتن با آب برایش ضرر دارد» تعلق گرفته است؛ به عبارت دیگر وضو حکم در این مثال «کسی که یقین دارد وضو گرفتن با آب برایش ضرر دارد» می‌باشد همان طور که ملاحظه می‌کنید قطع و یقین مکلف در اینجا جزئی از موضوع را تشکیل می‌دهد و این حکم برای شخصی که به ضرر داشتن آب برایش یقین ندارد جاری نمی‌شود. بنابراین به آن «قطع موضوعی» گفته می‌شود.

مثال دیگر ماده ۴۲۰ قانون مدنی می‌باشد که مقرر داشته است: «خیار غبن بعد از علم به غبن فوری است» در این ماده حکم فوری بودن به «خیار غبن بعد از علم به غبن» تعلق گرفته است؛ به عبارت دیگر این امر، موضوع حکم است همان طور که ملاحظه می‌کنید قطع و یقین مکلف جزئی از موضوع حکم است، بنابراین این قطع، «قطع موضوعی» است.

و همچنین ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی می‌باشد که بیان داشته است: «هر کس زن شوهردار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عده طلاق یا در عده وفات است با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد باطل و آن زن مطلقاً برای آن شخص حرام مؤبد می‌شود» در این ماده حکم بطلان عقد و حرمت ابدی به «عقد کردن زن شوهردار با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح» تعلق گرفته است؛ به عبارت دیگر موضوع حکم «عقد کردن زن شوهردار با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح» است. همان طور که ملاحظه می‌کنید علم و یقین در اینجا جزئی از موضوع را تشکیل می‌دهد، بنابراین به آن «قطع موضوعی» گفته می‌شود.

مقایسه قطع طریقی و موضوعی:



کاربرد قطع در حقوق: «قطع» در حقوق تحت عنوان «علم قاضی» مورد توجه قرار گرفته است؛ علم قاضی را می‌توان در موارد زیر مورد بررسی قرار داد:

۱. علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا:

علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا در حقوق ما پذیرفته شده است.

ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی در این مورد بیان داشته است: «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است»

۲. علم قاضی به اشتباه در چاپ و نشر قانون:

ممکن است قاضی یقین داشته باشد که قانون‌گذار سهواً در چاپ و نشر قانون مرتکب اشتباهی همچون از قلم افتادگی کلمه یا کلماتی شده است؛ در چنین مواردی یقین قاضی اعتبار دارد.

مثال ماده ۹۵۴ قانون مدنی که بیان داشته است: «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفیت منفسخ می‌شود و همچنین به سفته در مواردی که رشد معتبر است» جنون نیز مانند موت و سفته، از اسباب انحلال عقد جایز است در این ماده ممکن است قاضی یقین داشته باشد که کلمه «و جنون» بعد از کلمه «موت» از قلم افتاده است؛ یقین قاضی در این خصوص اعتبار دارد.

۳. علم قاضی به خلاف بین شرع بودن قانون:

ممکن است قاضی به خلاف بین شرع بودن قانون یقین داشته باشد، در این صورت:

- چنانچه قاضی مجتهد باشد: باید قرار امتناع از رسیدگی را صادر کند و پرونده را به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع کند.
- چنانچه قاضی مجتهد نباشد: یقین قاضی بر خلاف بین شرع بودن قانون اعتبار ندارد و قاضی باید بر طبق قانون رأی بدهد.

۴. علم قاضی به اشتباه بودن تفسیر ارائه شده در قالب قانون یا رأی وحدت رویه:

هرگاه ماده‌ای در قانون احتیاج به تفسیر داشته باشد و ماده‌ای دیگر به تفسیر آن بپردازد یا رأی وحدت رویه‌ای در تفسیر آن صادر شود و قاضی علم داشته باشد که چنین تفسیری اشتباه است، علم قاضی در این مورد اعتبار و حجیت ندارد و قاضی باید بر اساس تفسیر ارائه شده اقدام به صدور رأی نماید.

گفتار دوم: ظن

حجیت ظن: «ظن» ذاتاً حجت نیست، ولی از نظر عقلی قابلیت آن را دارد که حجت شناخته شود، از نظر شرعی نیز اصل بر عدم اعتبار و عدم حجیت ظن است مگر اینکه دلیلی قطعی بر اعتبار و حجیت ظن خاصی وجود داشته باشد.

برای مثال ظن حاصل از «بینه»، «خبر واحد» و «خبر ثقه» به دلیل اینکه دلیلی قطعی بر حجیت آنها وجود دارد، حجت مباحثند.

اقسام ظن

قسم اول: ظن شخصی و ظن نوعی

۱. **ظن شخصی:** ظن و گمانی است که برای یک شخص خاص حاصل می شود، خواه برای عموم نیز ظن ایجاد نموده باشد یا ننموده باشد.
 ۲. **ظن نوعی:** ظنی است که برای غالب مردم حاصل می شود، هرچند برای یک فرد خاص موجب ظن و گمان نشود.
- ✓ ملاک اعتبار و حجیت اماره، ظن نوعی است نه ظن شخصی؛ بنابراین اگر شارع یا قانون گذار دلیل ظن آوری را معتبر دانست این دلیل برای همه افراد حتی برای کسانی که از آن اماره ظن شخصی پیدا نکرده اند معتبر است.

قسم دوم: ظن خاص و ظن مطلق

۱. **ظن خاص:** ظنی است که بر حجیت و اعتبار آن دلیل خاصی وجود داشته باشد. برای مثال بر حجیت و اعتبار ظن به دست آمده از «اماره صحت»، «اماره فرش»، «اماره ید»، «خبر واحد»، «خبر ثقه»، «ظواهر الفاظ»، «قول لغوی»، «اجماع منقول» و «شهرت فتوائی» دلیل خاصی وجود دارد.
 - ✓ حجیت و اعتبار ظن خاص ب سبب جعل شارع است.
 - ✓ به ظن خاص، دلیل علمی نیز گفته می شود.
 - ✓ از آن جایی که دلیلی بر حجیت ظن خاص وجود دارد، قائم مقام قطع و در حکم آن است.
 ۲. **ظن مطلق:** ظنی است که دلیل خاصی بر حجیت یا عدم حجیت آن اقامه نشده است.
- در خصوص حجیت ظن مطلق اختلاف نظر وجود دارد:

- مشهور معتقدند که ظن مطلق حجت نیست.
- عده ای معتقدند که ظن مطلق حجت است؛ زیرا در غالب موارد برای بدست آوردن احکام نمی توان به دلیل قطعی یا امارات دسترسی پیدا کرد و اگر ظن مطلق را حجت ندانیم باب علم مسدود می شود و نمی توانیم حکم شرعی بسیاری از مسائل را بیابیم؛ بنابراین ظن مطلق از باب انسداد باب علم حجت است، البته مشروط بر اینکه از ظنونی که دلیل قطعی بر بطلان آن داریم (همچون قیاس مستنبط العله) نباشد.

گفتار سوم: شک

حجیت شک: در علم اصول فقه «شک» حجت نیست. «ظن غیر معتبر» و «وهم» نیز در حکم شک است.

منشأ پیدایش شک:

۱. **فقدان نص:** یعنی در مورد موضوع خاصی هیچ حکمی وجود نداشته باشد و به همین جهت ما نسبت به حکم قضیه شک و تردید داشته باشیم.

۲. **اجمال نص:** یعنی برای موضوع خاصی، حکم وجود داشته باشد لیکن آن حکم مجمل و مبهم باشد و به همین جهت ما نسبت به حکم قضیه شک و تردید پیدا کنیم.
۳. **تعارض دو نص:** یعنی برای یک موضوع دو حکم داشته باشیم ولی این دو حکم با هم متعارض باشند، به همین جهت ما نسبت به حکم قضیه شک و تردید پیدا کنیم.
۴. **اشتباه در امور خارجی:** یعنی ما حکم قضیه را بدانیم ولی به دلیل اشتباه در امور خارجی شک و تردید پیدا کنیم که فلان مورد مصداق موضوع می‌باشد یا خیر.

اقسام شک:

قسم اول: شک در موضوع و شک در حکم:

۱. **شک در موضوع (شبهه موضوعیه):** هرگاه حکم چیزی را بدانیم لیکن نسبت به موضوع شک و تردید داشته باشیم به چنین شک «شک در موضوع» یا «شبهه موضوعیه» گفته می‌شود.
برای مثال بدانیم معامله صوری باطل است، لیکن نسبت به صوری بودن معامله خاصی شک و تردید داشته باشیم.
۲. **شک در حکم (شبهه حکمیه):** هرگاه نسبت به حکم چیزی شک و تردید داشته باشیم به چنین شک «شک در حکم» یا «شبهه حکمیه» گفته می‌شود.
برای مثال ندانیم استفاده از مواد مخدر حرام است یا خیر.

قسم دوم: شک ساری و شک طاری

- شک ساری:** شک است که به یقین سرایت می‌کند.
- شک طاری:** شک است که به یقین سرایت نمی‌کند.

اصول عملیه

کلیات

همه امور در جهان هستی حکمی دارند که چه ما نسبت به این احکام عالم باشیم و چه جاهل، در هر حال، این احکام وجود دارند؛ به این احکام، «احکام واقعی» گفته می‌شود و ما نیز با تمسک به ادله اجتهادی یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل می‌توانیم به این دست پیدا کنیم؛ بنابراین ما برای بدست آوردن حکم واقعی امور باید به ادله اجتهادی مراجعه کنیم ولی گاه ما علی‌رغم مراجعه به ادله اجتهادی و تفحص و جستجو در میان این ادله نمی‌توانیم حکم واقعی امری را پیدا کنیم و در نتیجه از دسترسی به حکم واقعی محروم می‌مانیم، در این حالت ما برای رع سرگردانی باید به سراغ ادله فقاهتی یا اصول عملیه (یعنی اصل استصحاب، برائت، احتیاط و تخییر) برویم و حکم قضیه را بدست آوریم؛ به حکمی که به وسیله «ادله فقاهتی» یا «اصول عملیه» به دست می‌آید «حکم ظاهری» گفته می‌شود که ممکن است با حکم واقعی یکسان باشد یا با حکم واقعی یکسان نباشد.

به عبارت دیگر مراد از اصول عملیه، اصول و قواعد کلی است که در فرض شک و جهل به واقع، برای رفع تحیر و سرگردانی استفاده می‌شود. در استنباط احکام شرعی، هرگاه دلیل معتبری بر یک حکم شرعی یافت نشود، مجتهدان به کمک اصول عملیه وظیفه عملی مکلف را به دست می‌آورند و حکم ظاهری موضوع را استنباط می‌کنند. برای مثال اگر با مراجعه به منابع احکام (قرآن، سنت، عقل و اجماع) دلیلی بر حکم حرمت یا جواز شبیه‌سازی انسان یافت نشود، مجتهد ممکن است با استناد به اصل برائت حکم به جواز و عدم حرمت این عمل بدهد.

اصل به معنای اصول عملیه: اصل در این معنا دلیلی است که برای بیان حکم ظاهری به کار می‌رود. (مثل اصل برائت، اصل احتیاط، اصل استصحاب، اصل تخییر)

مثال ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.»

اقسام اصل

اصل بر دو قسم است:

۱. **اصل لفظیه:** اصلی است که به نگام شک در مراد متکلم به آن استناد می‌شود؛ مانند اصالة الحقیقه، اصالة العموم، اصالة الاطلاق، اصل عدم تقدیر، اصل عدم نقل، اصل عدم اشتراک
۲. **اصل عملیه:** اصلی است که به هنگام جهل به حکم واقعی، مکلف به وسیله آن حکم ظاهری موضوع را بدست می‌آورد؛ مانند اصل برائت، اصل احتیاط، اصل تخییر، اصل استصحاب

اقسام اصول عملیه

قسم اول: اصول عملیه عام و اصول عملیه خاص

۱. **اصول عملیه عام:** اصولی است که در تمام ابواب فقه به کار می‌رود و اختصاص به بخش خاصی ندارد؛ مانند اصل برائت، استصحاب، احتیاط و تخییر
۲. **اصول عملیه خاص:** اصولی است که تنها در برخی از ابواب فقه به کار می‌رود؛ مانند اصل صحت اصالة الطهاره، قاعدة فراغ

قسم دوم: اصول مُحَرَّزه یا تنزیلی و اصول غیر مُحَرَّزه یا غیر تنزیلی

۱. **اصول مُحَرَّزه یا تنزیلی:** اصولی است که مفاد آنها نوعی احراز واقع است. مثل اصل استصحاب، قاعدة فراغ
۲. **اصول غیر مُحَرَّزه یا غیر تنزیلی:** اصولی است که مفاد آنها نوعی احراز واقع نیست و بدون هیچ توجهی به واقع صورت می‌گیرد. مثل اصل برائت، احتیاط و تخییر

قسم سوم: اصول حکمی، اصول موضوعی و اصول مشترک

۱. **اصول حکمی:** اصولی که برای بیان حکم ظاهری به کار برده می‌شوند. استصحاب، برائت، احتیاط و تخییر
۲. **اصول موضوعی:** اصولی است که برای بیان موضوع به کار برده می‌شود. مثل اصل صحت، اصل عدم ولایت، قاعدة قرعه و ...
۳. **اصول مشترک:** اصولی است که هم می‌تواند برای بیان موضوع و هم برای بیان حکم به کار می‌رود. مثل اصالة الطهاره، اصل عدم، اصل نفی اکثر و ...

نکات اصول عملیه

۱. همان طور که در ابتدای بحث گفته شد هرگاه کم قضیه‌ای را ندانیم باید ابتدا برای یافتن حکم آن در میان ادله اجتهادی به تفحص و جستجو بپردازیم و پس از تفحص و جستجو اگر نتوانیم حکم واقعی قضیه را از میان ادله اجتهادی بیابیم برای یافتن حکم ظاهری آن به اصول عملیه مراجعه می‌کنیم؛ بنابراین شرط اجرای هر یک از اصول عملیه تفحص و جستجو در میان ادله اجتهادی برای پی بردن به حکم واقعی آن و ناامید شدن از یافتن آن است.
۲. **قاعده‌ای وجود دارد که می‌گوید: «الاصلُ دلیلاً حیثُ لا دلیل»** یعنی تنها زمانی می‌توان به اصول عملیه مراجعه نمود که دلیل که دلیل یا ظن معتبری در مورد حکم قضیه وجود نداشته باشد؛ به عبارت دیگر تنها زمانی می‌توانیم به اصول عملیه مراجعه نماییم که نسبت به چیزی

شک و تردید داشته باشیم، البته باید توجه نمود که ظن غیر معتبر نیز در حکم شک است؛ بنابراین در صورتی که نسبت به چیزی ظن غیر معتبر داشته باشیم می‌توانیم به اصول عملیه مراجعه کنیم.

۳. منظور از «شک» که محل اجرای اصول عملیه است، «شک به معنای اعم» است که شامل «شک به معنای اخص»، «ظن غیر معتبر» و «وهم» می‌شود.

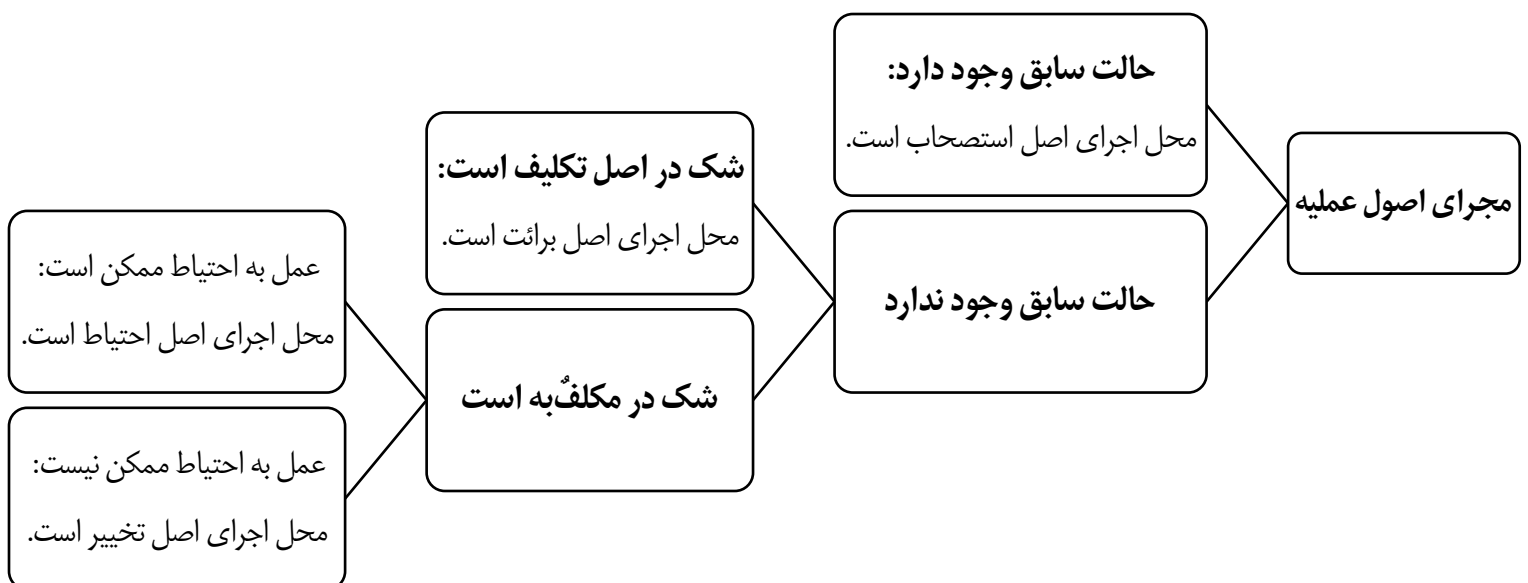
۴. حصر بر دو نوع است:

الف: حصر عقلی: این حصر زمانی وجود دارد که موارد برشمرده شده محدود و محصور بوده و نتوان مورد دیگری بر آن افزود. مثلاً انحصار احکام تکلیفی در پنج حکم: ۱- وجوب ۲- حرمت ۳- استحباب ۴- کراهت ۵- اباحه، «حصر عقلی» است زیرا حکم تکلیفی منحصر به این موارد است و نمی‌توان مورد دیگری بر آن افزود.

ب: حصر استقرایی: این حصر زمانی وجود دارد که موضوع منحصر به موارد برشمرده شده نباشد و بتوان مورد یا موارد دیگری بر آن افزود؛ مثلاً انحصار حکم وضعی در بطلان، صحت، عدم نفوذ و ضمان حصر استقرایی است، زیرا حکم وضعی منحصر به این موارد نیست و می‌توان موارد دیگری همچون انفساخ، عزل و ... را بر آن افزود.

انحصار اصول عملی حکمی در چهار اصل استصحاب، براءت، احتیاط و تخییر حصر عقلی است؛ زیرا اصول عملی حکمی منحصر به این موارد است و نمی‌توان مورد دیگری بر آن افزود. علت این که گفته می‌شود اصول عملی حکمی منحصر در چهار اصل استصحاب، براءت، احتیاط و تخییر است این است که یا نسبت به موضوعی یقین سابق وجود دارد که محل اجرای اصل استصحاب است، یا نسبت به موضوعی یقین سابق وجود ندارد که در این صورت از دو حال خارج نیست، یا شک در اصل تکلیف است که محل اجرای اصل براءت است، یا شک در مکلف به است که در این صورت نیز از دو حال خارج نیست، حالت اول این که عمل به احتیاط ممکن است که محل اجرای اصل احتیاط است، حالت دوم این که عمل به احتیاط ممکن نیست که محل اجرای اصل تخییر است.

۵. اجرای اصول عملیه برای کشف اراده شارع یا قانون‌گذار و اطاعت از او نیست، زیرا اصول عملیه در فرضی به کار می‌رود که اساساً راهی برای رسیدن به واقع وجود نداشته باشد.



اقسام شبیهه

قسم اول: شبیهه وجوبیه و شبیهه تحریمیه

۱. **شبهه و جویبه:** شبهه و جویبه آن است که در وجوب امری تردید داریم؛ یعنی نمی‌دانیم آن امر (خواه کلی باشد یا جزئی) واجب است یا خیر. باید توجه داشت که در شبهه و جویبه به هیچ وجه، احتمال حرمت یا کراهت آن نمی‌رود، بلکه دوران میان وجوب یا عدم وجوب امری است. برای مثال ندانیم نماز عید فطر واجب است یا مباح نیست.

یا ندانیم پرداخت نفقه خواهر و برادر نیازمند بر انسان واجب است یا مباح.

۲. **شبهه تحریمیه:** شبهه تحریمیه آن است که در حرمت امری شک و شبهه داریم؛ به عبارت دیگر نمی‌دانیم که آن امر حرام است یا خیر. در شبهه تحریمیه به هیچ وجه احتمال وجوب یا استحباب آن نمی‌رود بلکه دوران میان حرمت و یا عدم حرمت است. برای مثال ندانیم روزه گرفتن در روز عید غدیر حرام است یا جایز. یا ندانیم اخذ چک توسط وکیل بابت حق الوکاله جرم است یا خیر.

قسم دوم: شبهه حکمیه و شبهه موضوعیه

۱. **شبهه حکمیه:** شبهه حکمیه جایی است که حکم یک موضوع کلی روشن نیست. به بیان دیگر هرگاه یک موضوع کلی وجود داشته باشد که فقیه در مورد حکم آن به قطع یا ظن معتبر نرسد و بیان روشن‌تر در مورد حکم آن دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد. با شبهه حکمیه مواجه هستیم. برای مثال ندانیم شبیه‌سازی انسان حرام است یا مباح. یا ندانیم استفاده از فیلترشکن جرم است یا خیر.

مثال دیگر، مطابق ماده ۳۷ ق.م: «اگر متصرف فعلی، اقرار کند ملک، سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشاغلیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور، به تصرف خود استناد کند مگر این که ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.» چنانچه ندانیم در صورتی که به دلایلی دیگر به غیر از اقرار اثبات بشود که ملک سابقاً در مالکیت مدعی بوده است، آیا متصرف همچنان نمی‌تواند به تصرف خود استناد کند یا خیر، این امر مصداق «شبهه حکمیه» است؛ زیرا در اینجا نسبت به حکم این مسئله شک و شبهه وجود دارد.

۲. **شبهه موضوعیه:** شبهه موضوعیه آن است که حکم کلی مسئله را می‌دانیم ولی در یک موضوع خاص و جزئی دچار شک و شبهه می‌باشیم. برای مثال می‌دانیم «معامله به مال غیر نافذ نیست»؛ ولی در مورد کتابی که در مقابل مان است تردید داریم که این کتاب مال خودمان است یا مال غیر.

یا می‌دانیم «خوردن شراب حرام است» ولی در مورد ظرفی که در مقابل مان است تردید داریم که داخل آن سرکه است یا شراب.

یا اینکه می‌دانیم مطابق ماده ۸۷۵ ق.م: «شرط وراثت، زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگر چه فوراً پس از تولد بمیرد» ولی در مورد طفل خاصی تردید داریم که زنده متولد شده است یا خیر؛ این امر مصداق «شبهه موضوعیه» است؛ بنابراین مد ۸۷۶ ق.م که مقرر داشته است: «با شک در حیات حین ولادت حکم وراثت نمی‌شود» مبتنی بر شبهه موضوعیه است.

✓ منشأ شبهات حکمیه (علت پیدایش شبهات حکمیه) فقدان نص، اجمال نص و تعارض دو نص است.

✓ منشأ شبهات موضوعیه (علت پیدایش شبهات موضوعیه) اشتباه در امور خارجی است.

✓ ملاک تشخیص شبهه حکمیه از شبهه موضوعیه آن است که برای رفع شبهه حکمیه باید به شاره یا قانون‌گذار مراجعه نمود؛ در حالی که برای رفع شبهه موضوعیه باید به متخصص و کارشناس امر مراجعه کرد؛ بنابراین هرگاه ندانیم حکم استعمال دخانیات در شرع چیست، برای فهم این حکم باید از شارع یاری خواست. در حالی که هرگاه بدانیم شراب حرام است ولی ندانیم مایع درون این ظرف معین شراب است یا

خیر برای تشخیص شراب بودن آن مایع نباید به شارع یا قانون‌گذار مراجعه کرد؛ بلکه کارشناس یا متخصص امر می‌تواند تشخیص دهد که این مایع شراب است یا خیر.

هر یک از شبهات حکمیه و موضوعیه ممکن است وجوبیه باشند یا تحریمیه؛ از تلفیق این شبهات با یگدیگر شبهات زیر به وجود می‌آیند:

۱. شبهه حکمیه تحریمیه
۲. شبهه حکمیه وجوبیه
۳. شبهه موضوعیه تحریمیه
۴. شبهه موضوعیه وجوبیه

اقسام شبهه موضوعیه: شبهه موضوعیه به قسم شبهه مفهومی و شبهه مصداقیه تقسیم می‌شود. این دو اصطلاح در بحث اجمال مخصص بحث شد.

۱. **شبهه مفهومی:** در شبهه مفهومی علت شک در حکم آن است که مفهوم امری برای ما روشن نیست. برای مثال حکم کلی شراب برای ما روشن است که حرمت می‌باشد. حال اگر ندانیم ظرف حاوی مایع خاصی به نام شراب است یا خیر و این عدم آگاهی بدین سبب باشد که ما مفهوم شراب را نمی‌دانیم با شبهه موضوعیه از نوع مفهومی مواجه هستیم. در صورتی که ندانیم منظور از «حق مکتسب» و معنای آن چیست با شبهه موضوعیه مفهومی مواجه هستیم. در صورتی که ندانیم منظور از «نظم عمومی» چیست با شبهه موضوعیه مفهومی مواجه هستیم.
۲. **شبهه مصداقیه:** مراد از شبهه مصداقیه آن است که حکم کلی مسئله را می‌دانیم و مفهوم آن امر برای ما روشن است ولی در یک مصداق خارجی دچار شک و شبهه گشته‌ایم. برای مثال هرگاه بدانیم که شراب حرام است و مفهوم شراب را نیز بدانیم ولی ندانیم که آیا مایع داخل این ظرف معین، شراب است یا سرکه، با شبهه موضوعیه از نوع مصداقیه مواجه می‌باشیم. یا در صورتی که معنا و مفهوم روزنامه «کثیرالانتشار» را بدانیم ولی در مورد روزنامه خاصی تردید داشته باشیم که کثیرالانتشار است یا خیر با شبهه موضوعیه مصداقیه مواجه هستیم. مثال دیگر، می‌دانیم «عقد لازم» و «عقد جایز» به چه معنا است، ولی تردید داریم که عقد قرض لازم است یا جایز این امر شبهه موضوعیه مصداقیه می‌باشد.

همچنین مطابق ماده ۲۳۳ قانون مدنی: شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

۱. شرط خلاف مقتضای عقد
 ۲. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.»
- چنانچه ندانیم آیا شرط کردن این امر که «بایع پس از وقوع عقد بیع تا یکسال مبیع را نزد خود نگاه دارد» شرط خلاف مقتضای عقد می‌باشد و عقد را باطل می‌سازد، یا شرط خلاف مقتضای عقد نمی‌باشد و عقد را باطل نمی‌کند؛ شبهه موضوعیه مصداقیه است؛ زیرا نمی‌دانیم چنین شرطی، مصداق شرط خلاف مقتضای عقد است یا خیر.

اقسام شک در مکلف‌به

«مکلف‌به» یعنی چیزی که تکلیف به آن تعلق گرفته است و «شک در مکلف‌به» یعنی شک و تردید در اینکه تکلیف به چیزی تعلق گرفته است.

«شک در مکلف‌به» بر دو نوع است:

۱. **تردید بین متباینین:** تردید بین متباینین در جایی است که شک و تردید بین دو یا چند چیز جدای از هم باشد که بین آنها قدرمتیقنی وجود ندارد.

تردید بین متباینین نیز خود بر دو قسم است: الف - تردید بین متباینین محصوره ب - تردید بین متباینین غیر محصوره

الف - تردید بین متباینین محصوره: می دانیم مبلغ ۱۰۰ تومان بدهکاریم، ولی نمی دانیم به شخص «الف» بدهکاریم یا به شخص «ب» و در نتیجه نمی دانیم تکلیف وجوب پرداخت دین به کدامیک از این اشخاص را داریم؛ چنین تردیدی مصداق تردید بین متباینین محصوره است، زیرا نمی دانیم تکلیف به چیزی تعلق گرفته است.

ب - تردید بین متباینین غیر محصوره: چنانچه بخواهیم کتاب بخیریم و بدانیم ۵ عدد از مجموع کتاب‌هایی که در کتابفروشی‌های استان تهران وجود دارند، غصبی هستند ولی ندانیم کدام یک از آنها غصبی است، در اینجا در واقع نمی دانیم تکلیف «ممنوعیت خرید» به کدام یک از این کتاب‌ها تعلق گرفته است، بنابراین چنین امری مصداق تردید بین متباینین غیر محصوره است.

۲. **تردید بین اقل و اکثر:** تردید بین اقل و اکثر در جایی است که شک و تردید بین دو چیزی باشد که یکی از آنها اقل و دیگری اکثر است، در واقع ر تردید بین اقل و اکثر، بین دو چیزی تردید داریم که بین آنها قدر متیقنی وجود دارد و این قدر متیقن همان «اقل» است. تردید بین اقل و اکثر بر دو قسم است:

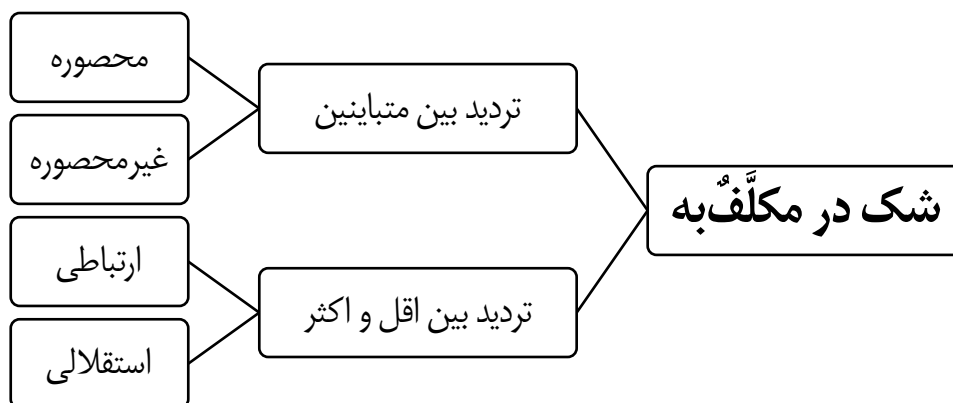
الف - تردید بین اقل و اکثر ارتباطی ب - تردید بین اقل و اکثر غیرارتباطی (استقلالی)

الف - تردید بین اقل و اکثر ارتباطی: ارتباط بین اقل و اکثر ارتباطی به گونه‌ای است که، در صورتی که تکلیف ما در واقع «اکثر» بوده باشد با انجام «اقل» هیچ مقداری از تکلیف ما ساقط نمی‌شود.

برای مثال در صورتی که تردید شود «سوره» از ارکان واجب نماز می‌باشد یا خیر، در اینجا «اقل» نماز بدون سوره است و «اکثر» نماز با سوره است و این تردید، تردید بین اقل و اکثر ارتباطی است؛ زیرا اگر تکلیف ما فی‌الواقع به «اکثر» (یعنی نماز با سوره) باشد، با انجام «اقل» (یعنی نماز بدون سوره) هیچ مقداری از تکلیف از عهده ما ساقط نمی‌شود.

ب - تردید بین اقل و اکثر غیرارتباطی (استقلالی): تردید بین اقل و اکثر استقلالی به گونه‌ای است که، در صورتی که اگر تکلیف ما فی‌الواقع «اکثر» بوده باشد با انجام «اقل» همان اندازه از تکلیف ما کاسته می‌شود.

برای مثال در صورتی که مقتض مقداری گندم از مقرض بگیرد و در مقام رد آن تردید نماید؛ که باید ۱۰ کیلو گندم رد کند یا ۱۲ کیلو؛ در اینجا تردید بین اقل و اکثر استقلالی است؛ زیرا اگر فی‌الواقع تکلیف او به رد ۱۲ کیلو گندم بوده باشد با رد کردن ۱۰ کیلو گندم به همان اندازه از تکلیف او کاسته شده است.



باید توجه داشت که نباید «شک در مکلف‌به» را به «شبهه موضوعیه» اشتباه گرفت. برای درک بهتر تفاوت این دو اصطلاح به مثال‌های زیر دقت کنید:

مثال برای شبهه موضوعیه: نمی‌دانیم محتوای لیوانی که در مقابل مان قرار دارد شراب است یا آب.

مثال برای شک در مکلف‌به: دو لیوان در مقابل مان قرار دارد که محتوای یکی از آنها آب است و دیگری شراب است؛ لیکن نمی‌دانیم محتوای کدام یک آب است و محتوای کدام یک شراب است. با توجه به این دو مثال باید گفت:

۱. در «شک در مکلف‌به» بین دو یا چند چیز شک و شبهه وجود دارد. لیکن، در «شبهه موضوعیه» شک و تردید تنها در یک چیز است.
۲. در «شک در مکلف‌به» علم اجمالی وجود دارد، لیکن در «شبهه موضوعیه» شک بدوی وجود دارد.

اصل برائت

در اصطلاح اصولیان، اصل برائت عبارت است از: «حکم به عدم ثبوت تکلیف برای مکلف در موردی که اصل وجود تکلیف مشکوک باشد». یعنی، هرگاه دلیل معتبری بر وجود یک تکلیف الزامی دلالت نکند، هرچند احتمال تکلیف وجود داشته باشد، در ظاهر حکم می‌شود که مکلف در این باره تکلیفی ندارد و ذمه او بری است. برای مثال، اگر مجتهد بر مراجعه به منابع فقه دلیل معتبری برای حرمت تلقیح مصنوعی یا شبیه‌سازی انسان نیافت، با استناد به اصل برائت حکم به جواز و عدم حرمت آن می‌کند؛ یا اگر شخصی مدعی طلبی بر عهده دیگری شد و دلیل معتبری ارائه نکرد دادرس با استناد به این اصل حکم به برائت صادر می‌کند، یعنی خوانده تکلیفی به پرداخت آن دین ندارد (مفاد ماده ۱۹۷ ق.آ.د.م)

مجرای اصل برائت: سؤال اصلی این است که اصل برائت در چه مواردی جاری می‌شود؟

به طور کلی می‌توان گفت اصل برائت در مواردی جاری می‌شود که حالت سابقه وجود نداشته باشد و شک در اصل تکلیف وجود داشته باشد؛ به عبارت دیگر مجرای اصل برائت جایی است که شک و تردید داشته باشیم که آیا تکلیف یا الزامی متوجه ما شده است یا خیر. از سوی دیگر می‌توان در مواردی که «شک بدوی» وجود داشته باشد اصل برائت جاری می‌شود.

در قسمت کلیات اصول عملیه گفتیم که شبهه از یک جهت به «شبهه حکمیه» و «شبهه موضوعیه» تقسیم می‌شود و از یک جهت نیز به «شبهه وجوبیه» و «شبهه تحریمیه» تقسیم می‌شود؛ همچنین گفتیم از تلفیق این دو تقسیم‌بندی شبهات زیر به وجود می‌آید:

۱. شبهه حکمیه تحریمیه

۲. شبهه حکمیه وجوبیه

۳. شبهه موضوعیه تحریمیه

۴. شبهه موضوعیه وجوبیه

✓ در تمام این شبهات «اصل برائت» جاری می‌شود.

مثال:

- ندانیم سیگار کشیدن بر انسان حرام است یا مباح: شبهه حکمیه تحریمیه است و با استناد به اصل برائت می‌گوییم سیگار کشیدن حرام نیست.
- به موجب اصل ۵۱ قانون اساسی: «هیچ نوع مالیات وضع نمی‌شود، مگر به حکم قانون ...». در صورتی که ندانیم پرداخت مالیات خاصی واجب است یا خیر: شبهه حکمیه وجوبیه است و به استناد اصل برائت می‌گوییم واجب نیست.

✓ به طور کلی می‌توان گفت در شبهات حکمیه تحریمیه و وجوبیه و همچنین در شبهات موضوعیه وجوبیه و تحریمیه اصل برائت جاری می‌شود.

✓ شرط اجرای اصل برائت تفحص و جستجو از وجود دلیل اجتهادی و مایوس شدن از دستیابی به آن است؛ یعنی باید ابتدا برای یافتن حکم واقعی، به تفحص و جستجو بپردازیم و اگر نتوانستیم حکم واقعی را بیابیم، می‌توانیم به اصل برائت رجوع کنیم. البته باید توجه داشت که در شبهات موضوعیه تفحص و جستجو از وجود دلیل لازم نیست و این شرط مخصوص شبهات حکمیه است.

- ✓ در شبهات تحریمیه با اجرای اصل برائت می‌گوییم ترک کردن عمل لازم نیست و در شبهات وجوبیه با اجرای اصل برائت می‌گوییم انجام عمل لازم نیست ولی این امر منافاتی با حسن احتیاط نسبت به این امور ندارد؛ یعنی در شبهات تحریمیه شایسته است مکلف احتیاط نماید و از انجام عمل خودداری نماید و در شبهات وجوبیه شایسته است مکلف احتیاط نماید و عمل را انجام دهد.
- ✓ به کار بردن اصل برائت از وظائف مجتهد است، ولی در شبهات موضوعیه مقلدین نیز می‌توانند این اصل را به کار ببرند، البته مشروط بر اینکه موضوع از موضوعات شرعی نباشد.
- ✓ حکم مستند به اصل برائت حکمی ارشادی است؛ زیرا عقل نیز به اصل برائت حکم می‌کند و احکام شرعی و قانونی که بیانگر اصل برائت هستند، در واقع ارشاد به حکم عقل هستند.
- ✓ حکم مستند به اصل برائت، حکم ظاهری است.
- ✓ حجیت و اعتبار اصل برائت بدین دلیل نمی‌باشد که با اجرای این اصل نسبت به حکم واقعی ظن حاصل شود، بلکه چه با اجرای این اصل به حکم واقعی ظنی حاصل بشود و چه با اجرای این اصل به حکم واقعی ظنی حاصل نشود و حتی در صورت وجود ظن غیرمعتبر، اصل برائت حجت است و اعتبار دارد.
- ✓ در شبهات تحریمیه شک داریم عمل حرام است یا جایز و با اجرای اصل برائت می‌گوییم عمل حرام نیست و جایز است و در شبهات وجوبیه شک داریم عمل واجب است یا جایز و با اجرای اصل برائت می‌گوییم عمل واجب نیست و جایز است بنابراین هم در شبهات وجوبیه و هم در شبهات تحریمیه انجام و ترک عمل هر دو مباح و مجاز است در نتیجه مکلف مخیر است عمل را انجام بدهد یا انجام ندهد، به همین جهت می‌گویند در شبهات وجوبیه و تحریمیه، حکم شرعی «اباحه» و حکم عقلی «تخیر» است.

مقایسه اصل عدم و اصل برائت

اصل عدم شباهت زیادی با اصل برائت دارد ولی با آن متفاوت است برای شناخت تفاوت بین این دو اصل، لازم است ابتدا با «اصل عدم» آشنا شویم. **تعریف اصل عدم:** هرگاه در وجود و عدم چیزی شک و تردید داشته باشیم اصل، عدم آن است به عبار دیگر هرگاه در حدوث و پیدایش چیزی شک و تردید داشته باشیم اصل عدم حدوث و پیدایش آن است، مگر اینکه وجود و پیدایش آن ثابت شود، زیرا همه چیز از عدم و نیستی به وجود و هستی آمده است؛ بنابراین برای اثبات عدم نیازی به دلیل نیست و مدعی وجود باید ادعای خود را اثبات کند.

- قاعدة «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» مبتنی بر اصل عدم است.
- ماده ۱۲۵۷ ق.م که مقرر داشته: «هر کس مدعی حقی باشد باید آن اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر بر عهده او است» مبتنی بر «اصل عدم» است زیرا در این ماده در وجود و عدم وجود حق بر دیگری شک و تردید شده است و مطابق اصل عدم، اصل بر عدم وجود حق گذاشته شده است و بر همین اساس این ماده اثبات حق را بر عهده مدعی وجود حق گذاشته است.

تفاوت‌های اصل عدم و اصل برائت:

۱. اصل برائت در خصوص تکلیف است ولی اصل عدم اعم است از اینکه تکلیفی مورد بحث باشد یا موضوعات بدون تکلیف باشند.
۲. اصل برائت درجایی به کار می‌رود که تکلیفی در مرحله واقع وجود داشته باشد ولی دلیلی برای احراز به آن نداشته باشیم در حالی که اصل عدم اعم از واقع و ظاهر است.
۳. اصل عدم اصلی است عقلی ولی اصل برائت اصلی است شرعی.

حجیت اصل برائت

۱. **کتاب:** از میان آیات قرآن می‌توان به آیه شریفه اشاره کرد: «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا؛ ما هرگز (قومی را) مجازات نخواهیم کرد مگر اینکه پیامبری را مبعوث کرده باشیم» با این تویح که در این آیه تعبیر به بعثت پیامبران کنایه از بیان تکالیف و ابلاغ احکام به مکلفین است، بدین ترتیب تا حکمی در دسترس افراد قرار نگیرد، تکلیفی در باره آن وجود ندارد.

۲. **سنت:** در باب سنت نیز مهم‌ترین روایتی که برای اثبات براءت شرعی بدان استدلال شده است روایت نبوی مشهوری است با عنوان «حدیث رفع» مضمون این حدیث چنین است که پیامبر (ص) فرموده‌اند: از امت من نه چیز برداشته شده است؛ از جمله «آنچه نمی‌دانند»؛ بنابراین با توجه به حدیث رفع، در مواردی که اصل تکلیف مشکوک باشد و نسبت به آن جهل وجود داشته باشد مؤاخذه و عقیابی در کار نیست. این همان معنای اصل براءت است.

۳. **دلیل عقلی:** دلیل عقلی که برای اثبات براءت بردان استدلال شده عبارت است از قاعده عقلی «قبح عقاب بلا بیان» بر اساس این قاعده تا زمانی که تکلیفی بیان نشده و به دست مکلف نرسیده است، عقلاً مؤاخذه و عقاب او قبیح و ناپسند است و از آنجا که صدور کار قبیح از ناحیه خداوند محال است، مادامی که تکلیفی برای مکلف به صورت واضح و آشکار بیان نشده و اصل وجود تکلیف مشکوک است، عذاب و عقیابی هم وجود نخواهد داشت.

کاربرد اصل براءت در حقوق

اصل براءت در حقوق موضوعه ایران جایگاه ویژه‌ای دارد و به عنوان اصلی مُسَلَّم پذیرفته شده است. این اصل هم در قلمرو مسائل کیفری و هم در زمینه مباحث حقوقی و مدنی و مسائل مربوط به امور دادرسی کاربرد گسترده‌ای دارد و در قوانین متعدد به آن تصریح شده است. باید متذکر شد که اصولی همچون «اصل قانونی بودن جرم و مجازات»، «اصل عطف بما سبق نشدن قوانین کیفری»، «اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری»، «اصل تفسیر موسع قوانین ارفاقی» در حقوق جزا را می‌توان از نتایج «اصل براءت» در اصول فقه دانست.

- اصل ۳۷ قانون اساسی: «اصل براءت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد»
- ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی: «اصل براءت است، بنابراین اگر کسی مدعی حقی یا دینی بر دیگری باشد باید آن اثبات کند، در غیر این صورت با سوگند خوانده حکم براءت صادر خواهد شد.»
- ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری: «اصل، براءت است هرگونه اقدام محدودکننده، سالب آزادی و ورود به حریم خصوصی اشخاص جز به حکم قانون و با رعایت مقررات و تحت نظارت مقام قضائی مجاز نیست و در هر صورت این اقدامات نباید به گونه‌ای اعمال شود که به کرامت و حیثیت اشخاص آسیب وارد شود.»

بعضی از نویسندگان معتقدند که «اصل براءت» در قوانین حقوقی در سه معنای مختلف به کار رفته است:

۱. اصل براءت به معنای براءت از تکلیف (براءت اصولی)

۲. اصل براءت به معنای براءت از اتهام و مجازات

۳. اصل براءت به معنای براءت ذمه از دین

۱. **اصل براءت به معنای براءت از تکلیف (براءت اصولی):** اصل براءت به معنای براءت از تکلیف در موارد زیر به کار می‌رود:

الف - شک در جرم بودن عمل: یعنی هرگاه در جرم بودن رفتار خاصی تردید داشته باشیم با استناد به «اصل براءت» می‌گوییم آن عمل جرم نیست، زیرا اگر قرار بود آن عمل جرم باشد باید قانون‌گذار آن را در قانون به عنوان عمل مجرمانه پیش‌بینی می‌کرد. این مطلب تحت عنوان «اصل قانون بودن جرم» در حقوق شناخته شده است.

همچنین در صورتی که انجام عملی در زمان ارتکاب آن جرم نباشد، ولی بعداً قانون آن را جرم بداند و تردید شود که آیا مرتکب آن عمل باید به موجب قانون لاحق مجازات بشود یا خیر با توجه به «اصل براءت» باید گفت که نمی‌توان وی را مجازات نمود. این مطلب در حقوق تحت عنوان «اصل عطف بما سبق نشدن قوانین کیفری» شناخته شده است؛ بنابراین می‌توان گفت که «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» و «اصل عطف بما سبق نشدن قوانین کیفری» مبتنی بر اصل براءت است.

ب - شک در قلمرو مفهومی جرم: هرگاه متهم مرتکب رفتاری شود که به دلیل وجود شبهه مفهومی در قانون درباره جرم بودن آن عمل دچار تردید شده باشیم در این صورت راه‌حل اصولی آن است که نسبت به مقدار متیقن به نص قانون عمل شود و نسبت به مازاد که در خصوص

آن تردید وجود دارد «اصل برائت» جاری شود، این راه‌حل در حقوق تحت عنوان «اصل تفسیر به نفع متهم» شناخته شده است که در این قاعده نیز خود به دو قاعده فرعی تر تقسیم می‌شود:

یک - اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری: یعنی در مواردی که قانون‌گذار در مقام بیان بودن جرم و تعیین مجازات است اگر مراد او روشن نباشد باید آن را به گونه‌ای تفسیر نمود که فقط شامل قدرمتیقن شود و مفهوم و مصداق جرم را تا حد ممکن مضیق کند.

دو - اصل تفسیر موسع قوانین ارفاقی: یعنی هرگاه قانون‌گذار در مقام بیان موارد معافیت از مجازات یا تخفیف و ارفاق برای متهم باشد باید آن را به صورت موسع و گسترده تفسیر کرد تا موارد آن افزایش یابد.

ج - شک در جزئیات عمل ارتكابی: هرگاه متهم عملی را انجام داده باشد که به علت کافی نبودن ادله از گم و کیف آن عمل اطلاع نداشته باشیم و در نتیجه تردید داشته باشیم که آیا عمل انجام شده مصداقی از عمل مجرمانه محسوب می‌شود یا خیر، این امر شبهه مصداقیه می‌باشد و باید «اصل برائت» را جاری نمود.

مثال: مطابق ماده ۶۶۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات: «هر کس با جبر و قهر یا با اکراه و تهدید دیگری را ملزم به دادن نوشته یا سند یا امضا و یا مهر نماید و یا سند و نوشته‌ای که متعلق به او یا سپرده به او می‌باشد را از وی بگیرد به حبس از سه ماه تا دو سال و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.» هرگاه ثابت شود متهم سندی را که مال دیگری است از او گرفته است اما معلوم نباشد که آن را با اکراه و تهدید گرفته یا اینکه مالک آن را با رضایت و اراده خویش در اختیار متهم قرار داده است. این امر شبهه مصداقیه تحریمیه است و با توجه به اصل برائت اید حکم به برائت متهم داد.

د - شک در تکلیف وجوبی: در صورتی که تردید داشته باشیم که انجام عملی خاص بر ما واجب شده است یا خیر، امر شبهه حکمیه وجوبیه محسوب می‌شود و با استناد به «اصل برائت» می‌گوییم انجام آن عمل بر ما واجب نمی‌باشد.

۲. اصل برائت به معنای برائت از اتهام و مجازات: «اصل برائت» در این معنا در موارد زیر به کار می‌رود:

الف - تردید در انتساب جرم به متهم: در صورتی که جرمی اتفاق افتاده باشد و شخص را به عنوان متهم انتخاب کرده باشند ولی دلیل معتبری بر اینکه جرم توسط شخص متهم ارتکاب یافته وجود نداشته باشد در این صورت چنانچه دلیل معتبری یافت نشود باید به برائت متهم حکم داد و متهم را بر این فرض مؤلف به ارائه دلیل برای بی‌گناهی خود نمی‌باشد.

ب - تردید در میزان مجازات: در صورتی که بدانیم که متهم جرمی را انجام داده و انتساب جرم به او نیز محرز باشد ولی دادرس در مرحله تعیین مجازات و صدور حکم، در میزان مجازات شک و تردید داشته باشد در این صورت دادرس باید به میزانی از مجازات که یقین دارد متهم را محکوم نماید و نسبت به مازاد بر آن که تردید دارد نباید وی را محکوم کند.

۳. اصل برائت به معنای برائت ذمه از دین: «اصل برائت» در این مفهوم در حقوق مدنی و روابط میان افراد استفاده می‌شود و در موارد زیر به کار می‌رود:

الف - تردید در ثبوت دین: هرگاه نسبت به اصل وجود دین یا طلب شک و تردید وجود داشته باشد اصل را بر عدم دین می‌گذاریم و در نتیجه تکلیفی نیز به ادای آن وجود ندارد.

همچنین هرگاه اصل وجود دین یا طلب، قطعی باشد ولی نسبت به میزان آن شک و تردید داشته باشیم، مبلغ کمتر که قدرمتیقن است باید پرداخت شود و نسبت به مازاد اصل برائت حاکم می‌شود.

ب - تردید در ثبوت ضمان قهری: هرگاه در تحقق ضمان قهری برای شخص تردید وجود داشته باشد، اصل بر عدم ضمان است مگر اینکه ورود خسارت به طور قطعی ثابت شود و این خسارت نیز مستقیماً مستند به عمل آن شخص باشد. در نتیجه اصل برائت در این معنا (یعنی در

مواردی که اصل تحقق ضمان قهری مورد تردید باشد) شخصی که ادعای ضمان می‌کند باید ورود خسارت و انتساب آن به طرف را اثبات کند و شخصی که علیه او ادعای ضمان شده است نیازی به ارائه دلیل برای اثبات برائت ذمه خود ندارد.

اصل تخییر

اصل تخییر از دیگر اصول عملیه مهم می‌باشد. این اصل کاربرد چندانی در مباحث حقوقی ندارد؛ بنابراین، به صورت مختصر بررسی می‌شود. در مواردی که در مورد وجوب یا حرمت یک عمل تردید وجود داشته باشد و هیچ یک از آن دو حکم بر دیگری ترجیحی نداشته باشد، احتیاط ممکن نیست بنابراین اصل تخییر را می‌توان چنین تعریف کرد: «اصل تخییر عبارت است از، مخیر نمون شخص میان انجام عملی و ترک آن در مواردی که احتمال وجوب و حرمت آن وجود دارد.»

مجرای اصل تخییر: سوال این است که اصل تخییر در چه مواردی جاری می‌شود؟

به طور کلی می‌توان گفت اصل تخییر در مواردی جاری می‌شود که حالت سابقه یقینی وجود ندارد و شک در مکلف به باشد و احتیاط نیز امکان‌پذیر نباشد. از سوی دیگر می‌توان گفت اصل تخییر در جایی اجرا می‌شود که نسبت به اصل تکلیف تردیدی نداشته باشیم (یعنی ندانیم الزام ما به انجام فعل است یا از نوع الزام به ترک فعل) یا به عبارت دیگر تردید بین محذورین داشته باشیم. مشهور اصولیون معتقدند اصل تخییر اصل عقلی است.

موارد کاربرد «تخییر» در اصول فقه: در علم اصول فقه «تخییر» در موارد ذیل به کار می‌رود، البته همه این موارد را نمی‌توان به معنای اصل تخییر در اصول فقه دانست.

۱. **تخییر بین محذورین:** از بارزترین موارد کاربرد «اصل تخییر» دوران امر بین محذورین است پیش از توضیح «دوران امر بین محذورین» لازم است با تقسیم‌بندی حکم تکلیفی آشنا شویم:

حکم تکلیفی بر دو نوع است:

الف - **حکم تکلیفی الزامی:** که عبارت است از «وجوب» (الزام به انجام عمل) و «حرمت» (الزام به ترک عمل)

ب - **حکم تکلیفی غیرالزامی:** که عبارت است از «استحباب»، «کراهت» و «اباحه»

هرگاه یقین داشته باشیم که تکلیفی الزامی داریم ولی نوع الزام را ندانیم یعنی ندانیم تکلیف ما از نوع وجوب است یا از نوع حرمت، به عبارت دیگر بدانیم نسبت به عملی تکلیفی الزامی داریم ولی ندانیم این الزام، الزام به انجام داد عمل است یا الزام به ترک کردن آن عمل به چنین حالتی «دوران امر بین محذورین» گفته می‌شود؛ پس می‌توان گفت در دوران امر بین محذورین تردید داریم که عمل مورد نظر ما واجب است یا حرام.

در دوران امر بین محذورین احتیاط ممکن نمی‌باشد چون شخص نمی‌داند عمل مورد نظر واجب است یا حرام پس اگر آن عمل را انجام دهد این امکان وجود دارد که آن عمل حرام بوده باشد و با انجام آن عمل، مرتکب عمل ممنوع شده باشد و اگر آن عمل را انجام ندهد احتمال دارد که آن عمل واجب بوده باشد و از انجام عمل واجب خودداری نموده باشد. از سوی دیگر انسان در عمل بالاخره یا باید آن عمل را انجام بدهد یا انجام ندهد و راه سومی وجود ندارد. پس در این مورد عقلاً و شرعاً در انجام دادن و انجام ندادن آن عمل مخیر هستیم.

✓ در دوران امر بین محذورین اعتقاد به تخییر عقلی و اباحه شرعی صحیح‌تر است.

برای مثال فرض کنید در اساسنامه شرکت سهامی آمده باشد که به سهام‌داران ممتاز در صورت درخواست آنان باید وام داده شود، ولی وام دادن به سهام‌داران عادی ممنوع است. حال اگر یکی از سهام‌داران درخواست وام داده باشد لیکن مشخص نباشد که وی سهام‌دار عادی است و در نتیجه وام دادن به او ممنوع است یا سهام‌دار ممتاز است و در نتیجه وام دادن به او واجب است. در اینجا مطابق «اصل تخییر» مخیر هستیم به این شخص وام بدهیم یا ندهیم.

• مقایسهٔ دَوْران بین محذورین با شبههٔ حکمیه و جوبیه و شبههٔ حکمیه تحریمیه

- ✓ در شبههٔ حکمیه و جوبیه: تردید داریم که انجام دادن عمل مورد نظر «واجب» است یا «جایز»
- ✓ در شبههٔ حکمیه تحریمیه: تردید داریم که انجام دادن عمل مورد نظر «حرام» است یا «جایز»
- ✓ در دَوْران بین محذورین: تردید داریم که انجام دادن عمل مورد نظر «واجب» است یا «حرام»

۲. **تخیر بین دو یا چند دلیل متعارض:** چنانچه دو دلیل در مرحلهٔ وضع با یکدیگر ناسازگار باشند و هیچ یک نیز بر دیگری ترجیح و برتری نداشته باشند به چنین وضعی «تعارض» گفته می‌شود. مثل اینکه یک روایت عملی را واجب بدانند و روایت دیگر همان عمل را حرام بدانند، در این صورت: - مقتضای قاعدهٔ عقلی و بنا به عقیدهٔ مشهور بر اساس قاعدهٔ «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا» هر دو دلیل سقوط می‌کنند و باید به اصول و قواعد دیگر پناه برد.

- از نظر شرعی و مطابق احادیث و اخبار باید قائل به تخیر شد.

✓ در صورت تعارض دو دلیل از نظر شرعی «اصل عملی تخیر» حاکم می‌شود و حکم آن نیز «حکم ظاهری» است.

۳. **تخیر بین دو حکم متزاحم:** چنانچه در حکم در مرحلهٔ وضع با هم تعارض نداشته باشند و هر دو مطلوب شارع یا قانون‌گذار بوده باشد، ولی مکلف در عمل و در مرحلهٔ اجرا نتواند هر دو را اجرا نماید و تنها انجام یکی از آنها برای وی مقدور باد چنین وضعی را «تزاحم» می‌گویند در این حالت:

- در صورتی که یکی از آنها **اهم و دیگری مهم باشد:** مکلف باید اهم را انجام دهد.

- در صورتی که هیچ یک از دو حکم بر دیگری ترجیح برتری نداشته باشد: مکلف مخیر است که هر کدام را که می‌خواهد انجام دهد.

✓ در صورت تعارض دو حکم متزاحم «اصل عملی تخیر» حاکم می‌شود و حکم آن نیز «حکم ظاهری» است.

۴. **تخیر بین افراد واجب مخیر:** واجب را از یک جهت می‌توان به «واجب تعینی» و «واجب تخیری» تقسیم کرد.

واجب تعینی: واجبی است که مکلف به آن مشخص و معین است و در عرض خود جایگزین ندارد.

واجب تخیری: در واجب تخیری مکلف مخیر است از میان دو یا چند عمل یکی را به اختیار خود انتخاب نموده و انجام دهد؛ بنابراین در واجب تخیری مکلف به در عرض خود جایگزین دارد.

✓ در واجب تخیری «اصل عملی تخیر» وجود ندارد و حکم آن «واقعی» است.

مثال مادهٔ ۲۷۱ ق.م: «(دین باید به شخص داین یا به کسی که از طرف او وکالت دارد تأدیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض دارد)»

اصل احتیاط

اصل احتیاط جایی مطرح می‌شود که ما در تکلیف شک نداریم؛ یعنی قطع داریم که تکلیف یا الزام وجود دارد. همچنین نوع آن را نیز می‌دانیم که وجوب است و یا حرمت؛ بنابراین ر اصل احتیاط دو گام از اصل برائت و و یک گام از اصل تخیر پیش تر می‌باشیم. در اصل احتیاط، تردید در متعلق تکلیف و یا مکلف به است. بدین معنی که می‌دانیم الزام وجود دارد و نوع آن نیز وجوب است ولی نمی‌دانیم فلان امر واجب است یا امر دیگری. همچنین می‌دانیم الزام وجود دارد و نوع آن نیز حرمت است ولی نمی‌دانیم آن امر حرام است و یا امر دیگری؛ بنابراین دراصل احتیاط برخلاف اصل برائت و همانند اصل تخیر، شک در تکلیف نیست بلکه شک در مکلف به می‌باشد ولی تفاوتی که میان اصل احتیاط و اصل تخیر وجود دارد آن است که در اصل احتیاط می‌توان طوری عمل نمود که به واقع نزدیک شویم ولی در اصل تخیر که شک در مکلف به است چنان که دیدیم چنین امری ممکن نمی‌باشد. مطابق اصل احتیاط می‌گوییم باید آن گونه عمل نماییم که یقین پیدا کنیم که از تکلیف اطاعت کرده‌ایم زیرا «اشتغال ذمهٔ یقینی برائت ذمهٔ یقینی می‌خواهد»

مجرای اصل احتیاط: سؤال اصلی این است که اصل احتیاط در چه مواردی جاری می‌شود؟

به طور کلی می‌توان گفت اصل احتیاط در مواردی جاری می‌شود که حالت سابقه وجود نداشته باشد و شک در مکلف به وجود داشته باشد و احتیاط هم امکان داشته باشد.

از سوی دیگر با توجه به تعریفی از اصل احتیاط ارائه شد متوجه می‌شویم مجرای اصل احتیاط شک در مکلف به جایی است که علم اجمالی وجود دارد؛ به عبارت دیگر مجرای اصل احتیاط جایی است که متعلق تکلیف مشخص نباشد.

برای مثال در صورتی که بدانیم مبلغ ۱۰ میلیون تومان بدهکاریم ولی ندانیم به شخص «الف» بدهکاریم یا به شخص «ب» بدهکاریم، از آن جایی که یقین به اشتغال ذمه داریم باید به گونه‌ای عمل کنیم که یقیناً برائت ذمه حاصل کنیم پس باید این مبلغ را هم به شخص «الف» و هم به شخص «ب» بپردازیم.

برای بررسی دقیق مجرای اصل احتیاط باید به اقسام شک در مکلف به بپردازیم:

اقسام شک در مکلف به: بررسی شد که مکلف به یعنی چیزی که تکلیف به آن تعلق گرفته بنابراین «شک در مکلف به» یعنی تردید در این که تکلیف به چه چیز تعلق گرفته است، شک در مکلف به بر دو قسم است:

قسم اول: تردید بین متباینین: یعنی مکلف به مردد بین دو یا چند چیز جدای از هم باشد که هیچ ارتباطی با هم ندارند.

تردید بین متباینین نیز بر دو قسم است:

۱. **تردید بین متباینین محصوره:** یعنی مکلف به مردد بین دو یا چند چیز محدود باشد که عرفاً دچار شدن به آن ممکن باشد: در این مورد اصل احتیاط جاری می‌شود.

برای مثال هرگاه ماهی‌های موجود در یکی از دو فروشگاه مسموم است، چون اطراف علم اجمالی تنها دو امر می‌باشد، هرگاه از هر دو اجتناب کرده و سراغ فروشگاه سومی برویم دچار عسر و حرج نمی‌شویم، بنابراین در شبهه محصوره باید احتیاط نماییم و احتیاط واجب است.

۲. **تردید بین متباینین غیر محصوره:** یعنی مکلف به مردد بین دو یا چند چیز محدود نیستند و عرفاً دچار شدن به تمام آن ممکن نباشد: در این مورد اصل برائت جاری می‌شود، علت اینکه در شبهات غیر محصوره اصل احتیاط جاری نمی‌شود این است که اجرای اصل احتیاط در شبهات غیر محصوره موجب عسر و حرج می‌شود.

برای مثال یکی از ماهی‌فروشی‌های تهران ماهی مسموم داشته باشد، اگر احتیاط کنیم و هیچ ماهی‌فروش در تهران ماهی نخیریم، هر چند این امر عقلاً امکان دارد ولی ما را دچار عسر و حرج می‌نماید؛ بنابراین در شبهه غیر محصوره احتیاط لازم نیست و اصل برائت جاری می‌شود.

چنانچه شبهه غیر محصوره کثیر در کثیر باشد باز هم باید اصل احتیاط را جاری نمود مثلاً اگر بدانیم ۹۰ درصد ماهی‌های ماهی‌فروشی‌های تهران مسموم هستند اصل احتیاط جاری می‌شود؛ همچنین در صورت تردید در اینکه شبهه محصوره است یا غیر محصور، باید اصل احتیاط را جاری نماییم.

قسم دوم: تردید بین اقل و اکثر: یعنی مکلف به مردد بین دو چیزی باشد که بینشان قدر متیقن وجود دارد، به گونه‌ای که یکی از آنها محدودتر از دیگری باشد.

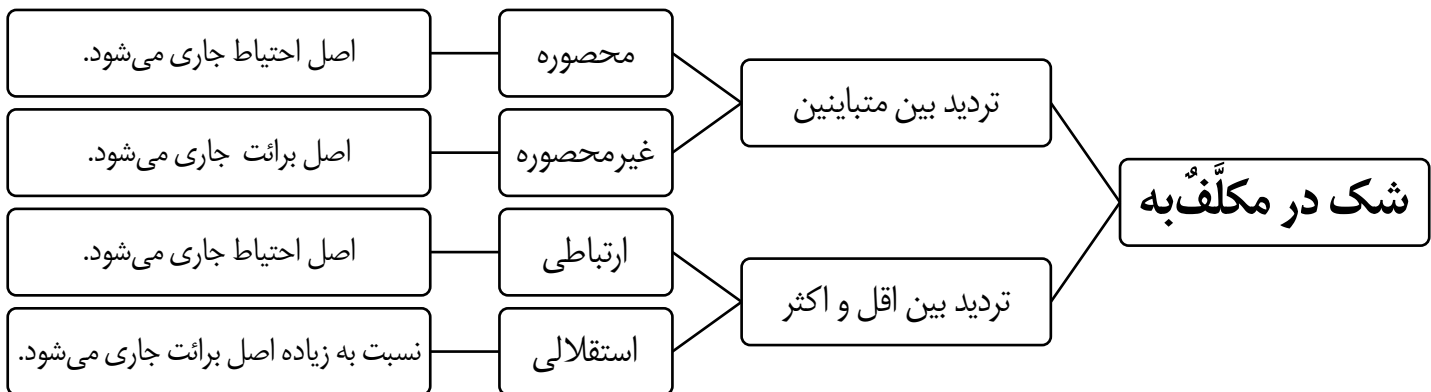
تردید بین اقل و اکثر بر دو قسم است:

۱. **تردید بین اقل و اکثر ارتباطی:** در تردید بین اقل و اکثر ارتباطی، اگر تکلیف ما فی الواقع «اکثر» باشد با انجام اقل هیچ قسمتی از تکلیف از ما ساقط نمی‌شود: در این مورد اصل احتیاط جاری می‌شود.

برای مثال هرگاه ندانیم نماز نُه جزء دارد و یا ده جزء (سوره به عنوان جزء دهم) این امر اقل و اکثر ارتباطی است؛ زیرا اگر در عالم واقع نماز ده جزء داشته باشد و سوره نیز جزء آن محسوب گردد و ما نماز را بدون سوره بخوانیم، در واقع به تکلیف خود عمل ننموده‌ایم؛ لذا چنان که صحیحیون

(مشهور علماء) نیز بر آنند، در اقل و اکثر ارتباطی باید احتیاط نمود و اکثر را به جا آورد تا قطع به برائت ذمه حاصل شود؛ بنابراین در مثال فوق برای آن که مطمئن باشیم نماز خود را به جا آورده‌ایم باید سوره را نیز بخوانیم؛ چنان که ما شیعیان نیز چنین عمل می‌کنیم.

۲. تردید بین اقل و اکثر استقلالی: در تردید بین اقل و اکثر استقلالی، اگر تکلیف ما فی الواقع به اکثر باشد با انجام اقل به همان مقدار از تکلیف ما ساقط شده است: در این مورد باید نسبت به قدر متیقن تکلیف انجام شود و نسبت زیاده، اصل برائت جاری می‌شود. برای مثال هرگاه ندانیم به حسن ده هزار تومان بدهکار هستیم و یا بیست هزار تومان، این امر تردید بین اقل و اکثر استقلالی است، هرگاه به حسن بیست هزار تومان بدهیم قطعاً به تکلیف خود عمل کرده‌ایم. با این وجود علما بر این عقیده‌اند که در اقل و اکثر استقلالی احتیاط لازم نیست، بلکه با انجام اقل که قدر متیقن است ذمه خود را نسبت به آن بری می‌سازیم و نسبت به اکثر، اصل برائت را جاری می‌کنیم



عمل به احتیاط به حکم عقل در سه مورد واجب است:

۱. در مواردی که شبهه حکمی وجود داشته باشد، پیش از تفحص و جستجو از وجود دلیل اجتهادی نمی‌توان بدو به «اصل برائت» استناد نمود، بلکه باید احتیاط نمود و ابتدای برای یافتن حکم آن به تفحص و جستجو پرداخت.
۲. هرگاه یقین داشته باشیم که تکلیفی بر عهده ما قرار گرفته ولی شک نماییم که این تکلیف از عهده ما ساقط شده است یا خیر در این مورد نیز باید احتیاط نمود و به گونه‌ای عمل نمود که یقین پیدا کنیم که تکلیف ساقط شده است. مثل اینکه نمازگزار پس از به جا آوردن نماز در طهارت خود هنگام نماز شک پیدا کند. یا مثل اینکه قیم بخواهد مال مولی علیه را به او تحویل دهد، ولی در بلوغ و رشد مولی علیه تردید داشته باشد در اینجا باید احتیاط نماید و تا یقین به رشد و بلوغ مولی علیه پیدا نکند مال را به او ندهد.
۳. در مواردی که علم اجمالی به وجوب یا علم اجمالی به حرمت داشته باشیم عمل به احتیاط واجب است؛ یعنی در صورتی که علم اجمالی به وجوب داشته باشیم باید همه افرادی که نسبت به آن تردید داریم به جا آوریم و در صورتی که علم اجمالی به حرمت عملی داشته باشیم باید از همه افرادی که نسبت به آن تردید داریم خودداری کنیم.

تعارض دو احتیاط: گاه ممکن است دو احتیاط با هم تعارض کنند مانند اینکه زنی پس از اتمام عده، ازدواج کند و پس از ۱۰ ماه از نزدیکی با شوهر اول و پس از ۶ ماه از نزدیکی با شوهر دوم فرزندی بیاورد، در اینجا اجرای دو احتیاط با هم تعارض می‌کنند و در این صورت هر دو احتیاط تساقط می‌کنند و فرزند ملحق به شوهر دوم می‌شود و بر همین اساس ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی نیز مقرر داشته است که: «در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی از او متولد گردد طفل به شوهری ملحق می‌شود که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن است در صورتی که مطابق مواد قبل به هر دو شوهر ممکن باشد طفل ملحق به شوهر دوم است مگر آن که امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند.»

تعریف استصحاب: استصحاب در لغت به معنای مصاحبت و به همراهی طلبیدن کسی یا همراه داشتن چیزی است و در اصطلاح اصول فقه عبارت است از «حکم به بقای چیزی که در زمان سابق یقینی و محقق بوده و در زمان حاضر مورد تردید قرار گرفته است» توضیح اینکه هرگاه حکم به موضوعی در زمان گذشته معلوم و یقینی باشد سپس استمرار و بقای آن مورد تردید قرار گیرد، اگر به اعتبار حالت سابق، وضعیت یقینی گذشته، ثابت و پابرجا فرض شود، می‌گویند حکم یا موضوع، استصحاب شده است. بنا بر اصل استصحاب، با بروز شک و تردید نباید از یقین قبلی دست برداشت.

به گفته شیخ انصاری، کوتاه‌ترین و در عین حال محکم‌ترین تعریف استصحاب «ابقاء ما کان» است و سپس وی اضافه می‌کند که منظور، حکم به ابقاء ما کان است؛ یعنی، استصحاب عبارت است از: حکم به باقی گذاردن و استمرار وضعیتی که پیشتر بوده است.

استصحاب اماره است یا اصل عملی؟ در مباحث قبل در مورد ماهیت اصل عملی و تفاوت آن با اماره به تفصیل سخن گفتیم. در اینجا یادآور می‌شویم که مهم‌ترین تفاوت اماره با اصل این است که اماره معمولاً کاشف از واقع است و به همین جهت نیز از طرف شارع یا قانون‌گذار معتبر دانسته شده است؛ ولی هدف از اصل عملی رفع سرگردانی است نه کشف حقیقت و رسیدن به واقع. به بیان دیگر شارع یا قانون‌گذار اماره را کاشف از واقع قرار داده است و به همین جهت می‌گویند. حکمی که در نتیجه اماره به دست می‌آید حکم واقعی است؛ ولی مصلحتی که باعث اعتبار اصول عملیه شده رفع تحیر و سرگردانی در مرحله عمل است. پس در مقام شک و تردید، حکمی که از اصول عملیه به دست می‌آید جانشین حکم واقعی می‌شود. در مورد ماهیت استصحاب دست‌کم سه نظر وجود دارد که مهم‌ترین نظر از این قرار است؛ نظر معروف بین متأخران، به ویژه از زمان شیخ انصاری به بعد، استصحاب را از اصول عملیه شمرده‌اند بر اساس این دیدگاه، استصحاب را باید به «حکم» تعریف کنیم، چنان که فقها در تعریف آن گفته‌اند: حکم به ابقاء ما کان یعنی حکم به باقی گذاردن وضعیت گذشته.

نکته: مهم‌ترین ثمره اظهارنظر درباره اماره یا اصل بودن استصحاب در پابندی به لوازم عادی و عقلی حکم ناشی از اجرای آن ظاهر می‌شود. اگر استصحاب در زمره امارات قرار گیرد، حکمی که در اثر اجرای آن به دست می‌آید حکم واقعی است و لوازم عقلی و عادی نیز معتبر شناخته می‌شود؛ ولی اگر استصحاب اصلی عملی قلمداد شود، حکم ناشی از آن حکمی ظاهری خواهد بود و استصحاب تنها می‌تواند آثار و لوازم شرعی خود را اثبات کند و لوازم عقلی و عادی آن معتبر نخواهد بود از این گذشته، تصمیم‌گیری در مورد اماره یا اصل بودن استصحاب در مسئله تعارض استصحاب با سایر اصول و امارات نیز موثر است. اگر استصحاب، اماره باشد بی‌تردید در مقام تعارض، بر اصول عملیه مقدم خواهد شد.

استصحاب اصل مُخَرِّز است: اصول عملیه در میان صاحب‌نظران متأخر به دو قسم مُخَرِّز و غیرمُخَرِّز تقسیم شده است.

اعتبار اصول عملیه گاه بدون هیچ‌گونه توجهی به واقع صورت گرفته است. برای مثال، در اصل برائت، بدون آن که هیچ توجهی به جهت کشف از واقع وجود داشته باشد، مقرر شده است که در صورت شک در تملیف باید اصل را بر عدم آن تکلیف گذاشت. چنین اصلی را غیرمُخَرِّز می‌گویند.

اما گاهی اصل عملی با نیم‌نگاهی به واقع اعتبار یافته است؛ یعنی، شارع یک طرف‌ی حالت شک و تردید را به منزله واقع قلمداد می‌کند و با توجه به این تنزیل می‌گوید طبق این حالت عمل کن. اصل استصحاب از این قبیل است. اعتبار استصحاب در واقع به این معناست که اولاً، باید حالت مشکوک را به منزله حالت یقینی سابق قرار داد و چنین فرض نمود که حالت یقینی سابق همچنان استمرار دارد؛ ثانیاً باید عمل و رفتار خود را بر همین فرض و تنزیل استوار کرد. به همین دلیل به استصحاب اصل تنزیلی یا مُخَرِّز می‌گویند.

این تقسیم‌بندی استصحاب را به اماره نزدیک می‌سازد، زیرا همان‌طور که اماره احرازکننده و کاشف از واقع است، در اصل مُخَرِّز نیز گونه‌ای خفیف از احراز جود دارد، با این تفاوت که احراز واقع در اماره حقیقی است؛ ولی در استصحاب، تنزیلی و ادعایی است. در هر صورت این تقسیم‌بندی، استصحاب را در مرتبه‌ای بالاتر از سایر اصول عملیه و نزدیک به امارات می‌نشانند. این است که گفته‌اند: «الاستصحاب عرشُ الاصول و فرشُ الأمارات» یعنی، استصحاب، در برزخ میان اصول عملیه و امارات، فراتر از سایر اصول عملیه و پایین‌تر از امارات قرار دارد.

ارکان استصحاب:

۱. **یقین سابق:** اولین رکن استصحاب یقین سابق است. باید توجه داشت اصطلاح دقیق‌تر آن است که گفته شود یقین به سابق نه یقین سابق؛ زیرا چنان که در رکن سوم و چهارم خواهیم دید زمان یقین، هم‌اکنون و متعلق یقین، سابق می‌باشد؛ بنابراین اولین رکن استصحاب آن است که

ما به امری در گذشته یقین داریم یعنی هم‌اکنون یقین داریم که امری در گذشته، بوده و یا نبوده است؛ برای مثال مطمئن هستیم حسن پارسال زنده بوده است. این اطمینان و یقین مربوط به حال حاضر است نه گذشته؛ به عبارتی دیگر هم‌اکنون یقین داریم که حسن پارسال زنده بوده نه این که چون پارسال حسن را دیده‌ایم تنها در آن تاریخ به زنده بودن او یقین داریم بلکه هم‌اکنون که از گذشته سخن به میان می‌آوریم مطمئن هستیم که حسن پارسال زنده بوده است.

۲. **شک لاحق:** دومین رکن استصحاب شک لاحق است؛ یعنی آن چه را که در حال حاضر به وجود یا عدمش در گذشته یقین داریم، هم‌اکنون به وجود یا عدمش شک داریم؛ چنان که در مثال فوق که ما هم‌اکنون یقین داریم حسن پارسال زنده بوده، در همین لحظه (هم‌اکنون) شک داریم حسن در حال حاضر زنده است و یا مرده.

۳. **وحدت بین موضوع مُتَبَقِّین و مشکوک:** رکن دیگر استصحاب وحدت موضوع یقین و شک است یعنی موضوعی که به آن یقین داریم باید همان موضوعی باشد که به آن شک داریم، به عبارت دیگر موضوع یقین و شک باید یکسان باشد. برای مثال هرگاه یقین داشته باشیم که حسن پارسال زنده بوده و هم‌اکنون در زنده یا مرده بودن حسن شک کنیم، چون موضوع یقین و شک شخص واحدی می‌باشد در این جا می‌توان حیات حسن را استصحاب نمود ولی هرگاه موضوع یقین و شک متفاوت باشد استصحاب جاری نمی‌شود؛ چنان که هرگاه جنینی تا لحظات آخر پیش از وضع حمل مادر زنده باشد و پس از وضع حمل شک کنیم که نوزاد زنده به دنیا آمده و یا مرده به دنیا آمده، نمی‌توانیم چنین استدلال کنیم که چون جنین در گذشته بوده، پس از به دنیا آمدن نیز زنده بوده و سپس مرده است چرا که جنین و نوزاد دو موضوع متفاوت می‌باشند. به همین دلیل است که ماده ۸۷۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «با شک در حیات حین ولادت حکم وراثت نمی‌شود.» در این ماده به جای استفاده از اصل استصحاب مقنن اصل عدم را اجرا نموده است.

۴. **تقدم زمان مُتَبَقِّین بر مشکوک:** چنان که می‌دانیم یقین و شک حالت انسان است.

به انسانی که یقین دارد متَبَقِّین (اسم فاعل) و به انسانی که شک دارد شاک (اسم فاعل) گفته می‌شود.

متَبَقِّین (اسم مفعول) متعلق یقین و مشکوک (اسم فاعل) متعلق شک است.

رکن دیگر استصحاب آن است که زمان متَبَقِّین و زمان مشکوک متعدد بوده به عبارت دیگر در استصحاب باید زمان متَبَقِّین مقدم بر زمان مشکوک باشد؛ چنان که در مثال بالا زنده بودن حسن که متَبَقِّین است مربوط به پارسال بوده و زنده یا مرده بودن او که مشکوک است مربوط به زمان حاضر می‌باشد. حال اگر زمان متَبَقِّین مؤخر بر زمان مشکوک باشد به این امر استصحاب وارونه یا استصحاب قهقرایی گفته می‌شود که حجت نمی‌باشد.

برای مثال هرگاه حسن هم‌اکنون معسر و ندار باشد و ندانیم آیا پارسال نیز معسر بوده است و یا ملیء، نمی‌توانیم استصحاب کنیم و بگوییم چون هم‌اکنون معسر می‌باشد پارسال نیز معسر بوده است. چرا که معسر بودن حسن که متَبَقِّین است مربوط به زمان حاضر بوده و معسر یا ملیء بودن او که مشکوک است مربوط به گذشته می‌باشد. در این مثال اصل استصحاب جاری نمی‌شود و باید از سایر اصول مانند اصل عدم استفاده نمود.

۵. **تعدد زمان مُتَبَقِّین و مشکوک (عدم سرایت شک به یقین سابق):** منظور از این رکن این است که زمان موضوع یقین (متَبَقِّین) با زمان موضوع شک (مشکوک) باید فرق داشته باشد تا بتوان استصحاب را جاری نمود.

اگر رکن «تعدد زمان مُتَبَقِّین و مشکوک» وجود نداشته باشد، شک به یقین سابق سرایت می‌کند و یقین سابق را مخدوش می‌نماید، به این حالت اصطلاحاً شک ساری یا قاعده یقین گفته می‌شود؛ بنابراین در شک ساری یا قاعده یقین زمان متَبَقِّین و مشکوک یکی باشد.

۶. **وحدت زمان شک و یقین:** منظور از این رکن این است که در حال حاضر هم یقین به وجود چیزی در زمان گذشته داشته باشیم و هم شک به بقاء آن چیز تاکنون داشته باشیم.

۷. **فعلیت یقین و شک:** برای جاری نمودن استصحاب باید نسبت به حالت «یقین» و «شک» التفات و توجه داشته باشیم و یقین و شک فرضی کافی نیست. این شرط بیشتر در عبادات مورد توجه قرار می‌گیرد.

برای مثال هرگاه شخصی در ساعت ۹ صبح یقین داشته که وضو نگرفته و در ساعت ۱۲ ظهر بدون توجه به یقین خود (یعنی بدون توجه به این که وضو دارد یا ندارد) نماز بخواند. در اینجا با توجه به این که در هنگام نماز خواندن شخص به یقین و شک خود توجهی نداشته نمی‌توان یقین

سابق وی را استصحاب نمود و گفت که با توجه به یقین سابق شخص هنگام نماز وضو نداشته و نمازش باطل است؛ زیرا شخص هیچ توجهی به حالت یقین و شک خود نداشته و استصحاب امکان‌پذیر نیست بلکه باید بر طبق قاعده فراغ حکم به صحت نماز وی داد.

شک ساری (قاعده یقین): گفتیم که یکی از ارکان استصحاب «تعدد زمان متیقن و مشکوک» است و اگر این رکن وجود نداشته باشد و زمان متیقن و مشکوک یکسان باشد، در این صورت شک به یقین سابق سرایت می‌کند و آن را مخدوش می‌کند و دیگر نمی‌توان استصحاب را جاری نمود و به چنین امری «شک ساری» یا «قاعده یقین» گفته می‌شود؛ به عبارت دیگر شک ساری به گذشته سرایت می‌کند و از بین بردن رکن اول استصحاب مانع جریان استصحاب می‌گردد. برای مثال هرگاه یقین داشته باشیم که حسن در گذشته زنده بوده و هم‌اکنون در زنده یا مرده بودن او تردید به میان آید و بخواهیم زنده بودن او را استصحاب کنیم و آن‌گاه شخصی به ما بگوید آن کسی که شما یقین به زنده بودن او در گذشته دارید، حسن نیست و حسین می‌باشد. در این جا چون زنده بودن حسن در گذشته مورد شک قرار می‌گیرد، لذا یقین سابق از میان می‌رود و دیگر نمی‌توان زنده بودن حسن را استصحاب نمود.

ویژگی‌های شک ساری با قاعده یقین:

۱. زمان مشکوک و متیقن در آن یکسان است.

۲. شک به یقین سابق سرایت می‌کند و آن را مخدوش می‌کند.

دلایل حجیت استصحاب:

۱. **إجماع:** برخی فقها، مدعی اجماع بر حجیت استصحاب شده‌اند؛ اما تمسک به اجماع از دو جهت نقد شده است. اولاً اتفاق نظری در مسئله وجود ندارد، بنابراین با توجه به نظرات مختلفی که در میان فقها در مورد حجیت استصحاب دیده می‌شود، نمی‌توان ادعای اجماع کرد. ثانیاً بر فرض تحقق اجماع، از آن جا که طرفداران حجیت استصحاب برای اثبات نظریه خود به دلایل مختلفی، مانند روایات، استناد کرده‌اند، پس اجماع فقها اجماعی تعبدی و کاشف از رضایت معصوم نیست، بلکه اجماعی مدرکی است و اجماع مدرکی فاقد اعتبار است.
 ۲. **بنای عقلا:** بر اساس این دلیل، روش عملی خردمندان در زندگی آن است که هرگاه وجود امری مسلم و محرز باشد، بنا بر استمرار آن وضعیت می‌گذارند و تا زمانی که یقین به از بین رفتن حالت سابق پیدا نکرده‌اند، به وضعیت سابق ترتیب اثر می‌دهند. از سوی دیگر، می‌دانیم شارع مقدس خود در شمار خردمندان، بلکه آفریننده عقل و رئیس عقلاست و از آنجا که منعی درباره این شیوه عقلایی از ناحیه شارع دریافت نشده است می‌توان به طور قطع فهمید که شارع نیز به این بنای عقلا راضی است و راه و روشی جز این ندارد؛ بنابراین، دلیل بنای عقلا از دو مقدمه زیر تشکیل شده است: بنا بر مقدمه اول، بنای عقلا بر اجرای اصل استصحاب استقرار یافته است و طبق مقدمه دوم، این بنای عقلا مورد رضایت و موافقت شارع استوار نیز در این روش با خردمندان هم داستان است.
 ۳. **دلیل عقل:** برخی از علما حجیت استصحاب را دلیل عقلی دانسته و حجیت آن را به واسطه استقرار احکام شرعی دانسته‌اند که در هر جا که سابقه یقینی وجود داشته، شرع آن را معتبر شناخته است تا خلاف آن ثابت شود.
 ۴. **روایات:** عمده‌ترین دلیل حجیت استصحاب روایات است که به چند روایت مهم اشاره می‌کنیم: یکی از اصحاب دانشمند و برجسته امام صادق (ع) و امام باقر (ع) به نام زراره نقل می‌کند: از امام (ع) پرسیدم اگر کسی که وضو دارد به حالت چرت فرو رود، به طوری که اگر در کنار او چیزی بجنب متوجه نشود، آیا وضویش باطل می‌شود؟ حضرت فرمود: خیر تا این که یقین کند که به خواب رفته است. امام در ادامه به عنوان حکم کلی می‌فرماید: «ولا تنقض یقین ابدأ بالشک و انما تنقضه بیقین آخر؛ هیچ گاه یقین را به وسیله شک نقض نکن، بلکه یقین را فقط به وسیله یقین دیگر نقض کن.» مسلماً این روایت بر اعتبار استصحاب درباره شک در وضو دلالت می‌کند و به عقیده بیشتر صاحب نظران، بر اساس ظاهر روایات و نیز قراین متعددی که وجود دارد، از جمله ذکر واژه «ابداً» در روایت، حجیت استصحاب منحصر به وضو نیست و در سایر ابواب فقه نیز جاری است.
- در روایت دیگری که از زراره نقل شده است این جمله آمده است: «فلیس ینبغی لک ان تنقض یقین بالشک ابدأ؛ هیچ گاه سزاوار نیست برای تو که یقین را به وسیله شک نقض کنی» این جمله با ظهور بیشتری بر اعتبار کلی استصحاب دلالت می‌کند.

روایت دیگر از امیرمومنان علی (ع) وارد شده است که فرمودند: «من کان علی یقین فشک فلیمض علی یقینه فان الشک لا ینقض الیقین؛ کسی که یقین به چیزی دارد و سپس شک می کند، پس باید بر طبق یقین خود رفتار کند چون شک یقین را نقض نمی کند»

اقسام استصحاب

قسم اول: از جهت مُسْتَصْحَب

الف - استصحاب وجودی و استصحاب عدمی

۱. **استصحاب وجودی:** در استصحاب وجودی امری در گذشته موجود بوده و هم اکنون که در بقای آن تردید داریم، بقای آن را فرض می کنیم؛ به عبارت دیگر، هرگاه وجود چیزی در زمان سابق مسلم بوده باشد سپس بقاء آن مورد تردید واقع شود و با کمک استصحاب به بقای آن حکم شود، به این امر، «استصحاب وجودی» گفته می شود. برای مثال چنان که هرگاه بدانیم حسن سال گذشته زنده بوده و اکنون در زنده یا مرده بودن او تردید نماییم، زنده بودن حسن را استصحاب می کنیم تا احکام شرعی نظیر وجوب نفقه زن و اولاد واجب النفقه و نیز عدم امکان ازدواج زن او را بار نماییم.

مثال حقوقی، مطابق ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است مگر این که خلاف آن ثابت شود» این ماده مبتنی بر استصحاب وجودی است، زیرا «وجود دین» در زمان سابق مسلم بوده و سپس در بقای آن شک و تردید می شود و وجود دین استصحاب می شود.

مثال دیگر ماده ۸۷۹ قانون مدنی می باشد که مقرر داشته است: «اگر بین وراثت، غایب مفقودالثری باشد سهم او کنار گذارده می شود تا حال او معلوم شود. در صورتی که محقق گردد قبل از مورث مرده است حصه او به سایر وراثت برمی گردد و الا به خود او یا به ورثه او می رسد.» در این ماده علت این که سهم غایب کنار گذاشته می شود آن است که چون نمی دانیم شخص مزبور زنده است و یا مرده، حیات او را استصحاب می کنیم که لازمه آن مالکیت بر سهم الارث خویش است.

۲. **استصحاب عدمی:** در استصحاب عدمی بر خلاف استصحاب وجودی یقین داریم که امری در گذشته نبوده ولی هم اکنون تردید داریم که آیا آن امر ایجاد شده است یا خیر که عدم ایجاد آن را استصحاب می کنیم؛ به عبارت دیگر، هرگاه عدم چیزی (حکم یا موضوعی) در زمان سابق یقینی بوده باشد و سپس در زمان لاحق تردید شود که آن چیز (حکم یا موضوع) پیدایش یافته یا هنوز معدوم است با کمک استصحاب حکم به عدم آن نماییم، به چنین استصحابی، «استصحاب عدمی» می گویند. برای مثال هرگاه مطمئن باشیم که حسن دیروز مالک کتابی نبوده و امروز تردید کنیم که آیا مالک آن شده است یا خیر، باید حکم به عدم مالکیت او نمود.

مثال حقوقی، ماده ۳۵۹ قانون مدنی است که مقرر داشته است: «هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در مبیع نخواهد بود؛ مگر آن که تصریح شده باشد» چنان که در این ماده ملاحظه می گردد چون پیش از بیع، مشتری، قطعاً مالک مالی که احتمال می رود از توابع مبیع باشد، نبوده پس از بیع نیز حکم به عدم مالکیت مشتری داده می شود و بدین جهت آن شیء داخل در مبیع نخواهد بود. نکته جالب آن که می توان در این ماده علاوه بر استصحاب عدمی، استصحاب وجودی و اصل عدم را نیز ملاحظه نمود. چرا که پیش از بیع، بایع قطعاً مالک مال مشکوک بوده است. پس از بیع تردید داریم آن مال، همچنان ملک بایع بوده یا آن که به مشتری منتقل شده است. در این صورت مطابق ماده ۳۵۹ قانون مدنی حکم به مالکیت بایع داده می شود (استصحاب وجودی). همچنین با تمسک به اصل عدم نیز می توان به همین نتیجه رسید زیرا هرگاه ندانیم پس از بیع، مشتری مالک مال مشکوک شده است یا خیر، مطابق اصل عدم، حکم به عدم مالکیت مشتری می دهیم که در نتیجه باید بر آن شد مال مزبور داخل در بیع نخواهد بود.

مثال دیگر، هرگاه در بلوغ و یا عدم بلوغ شخصی تردید شود مطابق اصل استصحاب، اصل را بر عدم بلوغ می گذاریم، زیرا حالت سابقه یقینی همیشه عدم بلوغ است و بلوغ بعداً عارض می شود بنابراین در صورت شک و تردید در بلوغ شخصی می توان عدم بلوغ وی را استصحاب نمود، چنین استصحابی، استصحاب عدمی می باشد.

مقایسه استصحاب عدمی با اصل عدم: مطابق «اصل عدم» هرگاه در وجود و عدم چیزی شک نماییم اصل بر عدم آن است تا وجودش ثابت شود.

برای مثال، هرگاه در وجود و عدم حقی بر عهده کسی تردید نماییم، اصل بر عدم وجود حق است بنابراین مدعی وجود حق باید ادعای خود را ثابت کند.

مثال دیگر، هرگاه در حیات و عدم حیات طفل هنگام تولد تردید نماییم اصل بر عدم حیات او است.

مطابق «اصل استصحاب عدمی» هرگاه به عدم چیزی در زمان گذشته یقین داشته باشیم و پس از مدتی تردید نماییم که آن چیز به وجود آمده است یا خیر، بر اساس اصل استصحاب می‌گوییم آن چیز همچنان وجود ندارد و معدوم است.

برای مثال، هرگاه دادگاه حکم به اعسار (عدم ملائت) شخصی داده باشد و پس از مدتی تردید نماییم که آن شخص همچنان معسر است یا خیر، مطابق اصل استصحاب حکم می‌کنیم که همچنان معسر است.

بنابراین تفاوت «اصل عدم» و «استصحاب عدمی» این است که در «استصحاب عدمی» به حالت سابقه توجه می‌شود، لیکن در «اصل عدم» به حالت سابقه توجه نمی‌شود.

ب - استصحاب حکمی و استصحاب موضوعی

۱. **استصحاب حکمی:** هرگاه حکم قضیه‌ای در سابق محرز و مسلم باشد و به دلایلی در بقای آن حکم تردید شود، با توجه به اصل استصحاب حکم به بقایی آن می‌شود و به این استصحاب، «استصحاب حکمی» گفته می‌شود.

از آنجه که حکم به دو قسم حکم تکلیفی و حکم وضعی تقسیم می‌شود، استصحاب حکمی نیز بر دو «استصحاب حکم تکلیفی» و «استصحاب حکم وضعی» تقسیم می‌شود.

برای مثال مطابق ماده ۱۳۱۳ قانون که مقرر داشته است: «در شاهد ... عدالت ... شرط است.» حال اگر شخصی که عدالت او مسلم بوده مرتکب عملی شود که عدالتش مورد تردید قرار گیرد، در اینجا می‌توان به کمک اصل استصحاب عدالت او را باقی و شهادتش را مسموع دانست، به این استصحاب، استصحاب حکم وضعی گفته می‌شود.

مثال دیگر می‌دانیم که «پرداخت مهریه زوجه بر زوج واجب است»، حال اگر اگر زوجه مهریه خود را مطالبه نماید و زوج مدعی پرداخت مهریه باشد و دلیلی نیز نداشته باشد «وجوب پرداخت مهریه» که حکم تکلیفی است استصحاب می‌شود و به این استصحاب، استصحاب حکم تکلیفی گفته می‌شود.

۲. **استصحاب موضوعی:** استصحاب موضوعی آن است که موضوع در گذشته وجود داشته که در همان زمان دارای حکم شرعی بوده است. هرگاه حکم به بقای آن موضوع در حال حاضر داده شود و در نتیجه همان حکم سابق بر آن بار شود، به این امر استصحاب موضوعی می‌گویند. برای مثال هرگاه مایعی در گذشته شراب بوده و در نتیجه حکم حرمت بر آن بار بوده و هم‌اکنون در شراب یا سرکه بودن آن تردید به میان آید با تمسک به استصحاب می‌توان گفت که مایع مزبور همچنان شراب است و در نتیجه همچنان حرام می‌باشد.

برای مثال ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است مگر این که خلاف آن ثابت شود.» این ماده مبتنی بر استصحاب موضوعی است زیرا حق یا دین موضوع حکم است و حکم آن نیز وجوب ادای دین می‌باشد و در این ماده حق یا دین نیز استصحاب شده است...

قسم دوم: از جهت یقین سابق

۱. **استصحاب حکم عقل:** چنانچه حکمی به وسیله دلیل عقلی ثابت شده باشد سپس در بقاء چنین حکمی تردید شود و آن گاه بقای آن استصحاب شود، این استصحاب را «استصحاب حکم عقل» می‌گویند. در حجیت این استصحاب بین اصولیون اختلاف است. برای مثال، عقل بر قبح ظلم و حسن عدالت حکم می‌کند، حال اگر در بقای این حکم شک داشته باشیم، با کمک استصحاب به بقای آن حکم می‌کنیم و به چنین استصحابی، استصحاب حکم عقل می‌گویند.

۲. **استصحاب حکم شرع:** چنانچه حکمی به وسیله دلیل شرعی ثابت شود و محرز گشته باشد و آن گاه در بقای آن شک و تردید به وجود آید، بقای حکم سابق استصحاب می‌شود، به این استصحاب، استصحاب حکم شرع گفته می‌شود. در حجیت این استصحاب اتفاق نظر وجود دارد. برای مثال هرگاه به دلیل شرعی یا قانونی وجود بدهی ثابت شده باشد لیکن شک و تردید در پرداخت آن وجود داشته باشد، در ایجا بقای بدهی استصحاب می‌شود و به این استصحاب، استصحاب حکم شرع می‌گویند.

قسم سوم: از جهت منشاء شک لاحق

۱. **شک در مقتضی:** «مقتضی» یعنی استعداد و قابلیت بقاء چیزی و «شک در مقتضی» یعنی این که نمی‌دانیم چیزی که سابقاً به آن یقین داشتیم قابلیت استمرار و بقاء دارد یا خیر.

در مواردی که شک در مقتضی وجود داشته باشد، استصحاب جاری نمی‌شود. توضیح آن که در صورتی می‌توان امری را استصحاب نمود که آن امر استعداد و قابلیت بقا را داشته باشد. برای مثال هرگاه پس از گذشت دو قرن در بقاء حیات انسانی تردید نمی‌توان حیات او را استصحاب نمود، زیرا حیات انسان قابلیت بقا تا دو قرن را ندارد. اعتبار استصحاب بستگی به میزان قابلیت دارد، استعداد و قابلیت بقا در اشیا متفاوت است حال هرگاه شک و تردید ما به میزان این استعداد و قابلیت بقا تعلق بگیرد به آن «شک در مقتضی» گفته می‌شود.

برای مثال فرض کنید یک چراغ نفتی در خانه روشن است و صاحب‌خانه برای مدتی از خانه خارج می‌شود. پس از پنج ساعت شک می‌کند که آیا چراغ همچنان روشن باقی مانده یا خیر. شک در روشن ماندن چراغ از آنجا ناشی شده که مقدار نفت چراغ (که مقتضی و عامل ضروری برای روشن ماندن چراغ است) را نمی‌داند؛ به عبارت دیگر، شک دارد که آیا مقتضی استمرار روشنایی وجود دارد یا خیر.

مثال دیگر، پس از گذشت پنج سال از ازدواج موقت، شک به وجود می‌آید که آیا رابطه زوجیت میان زن و مرد باقی است یا خیر. علت پیدایش این شک آن است که نمی‌دانیم آیا مدت ازدواج موقت ۶ سال بوده یا ۴ سال. پس در وقایع در قابلیت استمرار نکاح شک داریم.

مثال دیگر، اگر زمینی ملک مشاع دو نفر باشد و یکی از دو شریک سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد، شریک دیگر حق شفعه دارد، یعنی می‌تواند معادل ثمن پرداختی را به شخص ثالث بپردازد و حصه مبیعه را تملک کند. حال اگر صاحب حق شفعه در اعمال حق خود کوتاهی و اهمال کند، آیا حق شفعه وی ساقط است یا خیر؟ به بیان دیگر، آیا حق شفعه فوری است یا قابلیت دوام و استعداد بقا را دارد؟ اگر بخواهیم بقای حق شفعه را استصحاب کنیم، با استصحابی از نوع شک در مقتضی روبرو هستیم. البته از جهت حقوقی در این زمینه شک وجود ندارد، زیرا قانون‌گذار در ماده ۸۲۱ ق.م.صراحتاً حق شفعه را فوری دانسته است.

۲. **شک در رافع:** «رافع» چیزی است که از استمرار و بقاء جلوگیری می‌کند. برای مثال «فوت» رافی است که از ادامه حیات جلوگیری می‌کند، «طلاق» رافی است که از استمرار نکاح دائم جلوگیری می‌کند.

«شک در رافع» بر دو نوع است:

۱. **شک در وجود رافع:** هرگاه قابلیت استمرار و بقاء وجود داشته باشد لیکن شک و تردید داشته باشیم که آیا رافی به وجود آمده است تا از

بقاء یقین سابق جلوگیری کند یا خیر، چنین شک «شک در وجود رافع» است

در مواردی که شک در وجود رافع وجود داشته باشد، استصحاب جاری می‌شود.

مثلاً، در مثال چراغ که بیشتر اشاره شد، اگر چراغ به مقدار کافی نفت داشته باشد؛ ولی شخص شک کند که آیا عاملی مانند ورزش باد چراغ را خاموش کرده یا خیر، شک در رافع است.

برای مثال اگر عقد نکاح دائمی منعقد شده باشد و پس از مدتی شک پیش آید که عقد نکاح به واسطه طلاق یا فسخ نکاح منحل شده است یا ادامه دارد و بدین جهت در بقاء زوجیت تردید شود چنین شک، شک در وجود رافع است؛ زیرا می‌دانیم با تحقق وعده نکاح دائم؛ علقه زوجیت میان زن و شوهر قابلیت استمرار دارد و بدون سبب از بین نمی‌رود (مستفاد از ماده ۱۱۲۰ ق.م).

مثال دیگر مطابق ماده ۲۶۱ قانون مجازات اسلامی: «در موارد زیر حد قذف در هر مرحله از مراحل، تعقیب، رسیدگی و اجراء ساقط می‌شود: الف - هرگاه مقذوف، قاذف را تصدیق نماید ...». حال چنانچه شخص دیگری را قذف نماید و دادگاه او را محکوم به حد قذف نماید لکن پیش از اجرای حکم تردید شود مقذوف قاذف را تصدیق نموده و به تبع آن حد قذف ساقط شده است یا خیر و از این جهت در بقای حد قذف تردید شود، به چنی تردیدی شک در وجود رافع گفته می‌شود.

۲. شک در رافعیت موجود: چنین شک دو حالت دارد:

حالت اول: قابلیت استرداد بقاء وجود دارد ولی امری حادث می‌شود و ما نمی‌دانیم که این امر رافع یقین سابق محسوب می‌شود و از بقاء آن جلوگیری می‌کند یا خیر: استصحاب در این حالت از «شک در رافعیت موجود» جاری می‌شود.

حالت دوم: بدانیم رافی به وجود آمده است ولی در تأثیر آن تردید داریم: در این حالت از «شک در رافعیت موجود» استصحاب جاری می‌شود ولی در صورتی که اجرای استصحاب با اصل صحت تعارض پیدا کند، اصل صحت مقدم می‌شود.

مستفاد از ماده ۸۰۳ قانون مدنی «بعد از قبض عین موهوبه واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع نماید لیکن چنانچه عین موهوبه تغییری حادث شود حق رجوع واهب از بین می‌رود.» حال هرگاه متهب در زمینی که به هبه گرفته است زراعت نماید و تردید شود که صرف کشت و کار در زمین، تغییر محسوب می‌شود و حق رجوع از واهب را از بین می‌برد یا خیر، چنین تردیدی شک در رافعیت رافع است زیرا نمی‌دانیم «کشت و کار» رافع حق رجوع می‌باشد یا خیر.

مثال دیگر، چنانچه نکاحی منعقد شده باشد، لیکن پس از مدتی در نوع نکاح تردید شود، مرد مدعی موقتی بودن نکاح برای مدت ۵ سال باشد و ن مدعی دائمی بودن آن باشد، مرد نیز پس از گذشت ۲ سال بذل مدت نماید و بدین جهت در بقاء نکاح تردید شود چنین تردید، شک در رافعیت موجود است زیرا نمی‌دانیم این «بذل مدت»، رافع نکاح می‌باشد یا خیر.

استصحاب جزئی و کلی

استصحاب جزئی: در صورتی که مورد استصحاب (که به آن مستصحب گفته می‌شود) امری جزئی یا خاص باشد به آن «استصحاب جزئی» گفته می‌شود.

برای مثال هرگاه بدانیم که در معامله برای بایع خیار تأخیر ثمن ایجاد شده پس از گذشت مدتی تردید می‌نماییم که آیا خیار تأخیر ثمن هنوز باقی است یا خیر.

مثال دیگر، می‌دانیم در ساعت ۹ صبح شخص «الف» در خانه بوده است و در ساعت ۱۲ تردید می‌کنیم که آیا شخص «الف» هنوز در خانه است یا خیر.

استصحاب کلی: در صورتی که مورد استصحاب (که به آن مستصحب گفته می‌شود) امری کلی باشد به آن «استصحاب کلی» گفته می‌شود. برای مثال «خیار» امری کلی است که مصادیق متعددی همچون خیار مجلس، خیار حیوان، خیار عیب، خیار تأخیر ثمن و ... دارد یا «انسان» امری کلی است که مصادیق متعددی دارد و یا «نکاح» امری کلی است که مصادیق آن نکاح دائم و نکاح موقت است.

استصحاب کلی را با توجه به منشأ بروز شک و تردید به سه دسته تقسیم می‌کنند:

۱. **استصحاب کلی نوع اول:** هرگاه شک و تردید در بقاء کلی ناشی از این امر باشد که نمی‌دانیم فردی که کلی در ضمن آن تحقق یافته همچنان باقی است یا خیر، به آن استصحاب کلی نوع اول می‌گوییم. چنین استصحابی حجت می‌باشد.

برای مثال، می‌دانیم که در ساعت ۹ صبح «حسین» (جزئی) در خانه حضور داشته است و در ساعت ۱۲ ظهر تردید می‌کنیم که «انسانی» (کلی) در خانه حضور دارد یا خیر. در اینجا اگر وجود کلی انسان را استصحاب کنیم، به چنین استصحابی، استصحاب کلی نوع اول می‌گویند. مثال دیگر، می‌دانیم در بیعی برای بایع «خیار تأخیر ثمن» (جزئی) ایجاد شده و پس از گذشت مدتی شک می‌کنیم که بایع به طور کلی «خیاری» (کلی) دارد یا خیر.

۲. استصحاب کلی نوع دوم: هرگاه شک و تردید در بقای کلی ناشی از این امر باشد که نمی‌دانیم کلی در ضمن کدامیک از افراد خود تحقق یافته است؛ به عبارت دیگر تردید داریم که کلی در ضمن فردی تحقق یافته که یقیناً از بین رفته یا در ضمن فردی تحقق یافته که یقیناً هنوز باقی است، به آن استصحاب کلی نوع دوم گفته می‌شود و چنین استصحابی حجت است.

برای مثال، فرض کنید یقین داریم که ۱۰ روز پیش مایعی در ظرف معینی بوده است؛ اما نمی‌دانیم مایع مزبور بنزین بوده و در مجاورت هوای آزاد تبخیر شده و از بین رفته است یا نفت بوده و همچنان باقی است. پس وجود ککلی مایع قبلاً یقینی بوده و بقای آن در زمان حاضر مشکوک است و شک ما نیز ناشی از این است که نمی‌دانیم کلی در ضمن کدام فردش محقق شده است، فردی که زود از بین می‌رود یا فردی که قابلیت استمرار و بقای بیشتری دارد.

مثال دیگر، فرض کنید قراردادی واقع شده است؛ ولی نمی‌دانیم که قرارداد مزبور بیع بوده یا هبه، پس از مدتی یکی از طرفین اقدام به فسخ قرارداد می‌کند. می‌دانیم که عقد بیع عقدی لازم است (ماده ۴۵۷ ق.م) و با اقدام یک طرفه قابل فسخ نیست، ولی هبه معمولاً عقدی است جایز، مگر در موارد خاص (ماده ۸۰۳ ق.م). پس اگر در واقع، قرارداد مورد بحث هبه باشد، با فسخ یک طرفه منفسخ می‌شود. حال تکلیف چیست؟ با توجه به اینکه تحقق کلی قرارداد در زمان سابق یقینی بوده و پس از فسخ توسط یکی از طرفین، در بقای قرارداد تردید شده است؛ در نتیجه، می‌توان بقای قرارداد به طور کلی را استصحاب کرد و آثار آن، مانند مالکیت را پابرجا دانست ولی آثار خاص هر یک از عقود بیع و هبه را به وسیله استصحاب نمی‌توان اثبات کرد، مانند حق شفعه که مختص عقد بیع است (ماده ۸۰۸ ق.م).

مثال دیگر، می‌دانیم شخصی مرتکب جرم حدی شده است و نیز می‌دانیم متهم قبل از اثبات جرم توبه نموده است، اما نمی‌دانیم که جرم مذکور سرقت بوده یا قذف.

اگر جرم مذکور سرقت بوده باشد، یقیناً حد با توبه ساقط شده است.

اگر جرم مذکور قذف بوده باشد، یقیناً حد باقی است زیرا حد قذف با توبه ساقط نمی‌شود.

۳. استصحاب کلی نوع سوم: هرگاه بدانیم کلی در ضمن فردی تحقق یافته که یقیناً آن فرد از بین رفته اما همچنان در بقاء کلی تردید داریم از این جهت که ممکن است:

- همراه با وجود فرد اول که یقین داریم از بین رفته فرد دیگری هم وجود داشته است.

- یا هم‌زمان با از بین رفتن فرد اول فرد دیگری جایگزین آن شده است.

به آن استصحاب کلی نوع سوم گفته می‌شود و چنین استصحابی حجت نمی‌باشد؛ زیرا در این استصحاب رکن «وحدت متیقن و مشکوک» وجود ندارد.

برای مثال می‌دانیم که احمد (جزئی) در ساعت ۹ صبح در خانه حضور داشته و در ساعت ۱۱ صبح از خانه خارج شده و حال تردید داریم که انسانی (کلی) در خانه حضور دارد یا خیر زیرا:

۱. احتمال دارد هم‌زمان با حضور احمد در خانه محمود نیز در خانه حضور داشته باشد.

۲. احتمال دارد که هم‌زمان با خارج شدن احمد از خانه، محمود وارد خانه شده باشد.

مثال دیگر، می‌دانیم که صغیری به سن بلوغ رسیده و سمت ولایت پدرش از این جهت زایل شده است لیکن هنوز در بقای ولایت پدر تردید داریم از این جهت که:

۱. ممکن است هم‌زمان با بلوغ صغیر، وی مجنون شده باد و سمت ولایت پدرش باقی مانده باشد.
 ۲. یا ممکن است که پیش از بلوغ صغیر، وی مجنون نیز بوده باشد و سمت ولایت پدرش پس از بلوغ نیر باقی مانده باشد.
- مثال دیگر، عقد بیعی منعقد شده است و طرفین به علت حضور در مجلس عقد خیار مجلس دارند و پس از چند ساعت بایع در مجلس عقد فوت می‌کند بنابراین خیار مجلس از این جهت زایل شده است، لیکن هنوز در بقاء خیار مجلس تردید داریم از این جهت که:
۱. احتمال دارد هم‌زمان با فوت بایع تمامی وراثت وی در مجلس عقد حاضر شوند و خیار مجلس به علت حضور یافتن وراثت وی باقی باشد.
 ۲. یا احتمال دارد مقارن با حضور بایع در مجلس عقد تمامی وراثت وی نیز در مجلس عقد حاضر بوده باشند و پ از فوت بایع، خیار مجلس به علت حضور داشتن وراثت وی در مجلس عقد باقی بوده باشد.

تعارض استصحاب با خود و ادله دیگر

تعارض استصحاب با سایر اصول عملیه

گفتیم قاعده‌ای وجود دارد که می‌گوید: «الاستصحاب عرش الاصول و فرش الأمارات» یعنی استصحاب عرش اصول و فرش امارات است؛ بنابراین در صورت تعارض استصحاب با سایر اصول عملیه (اصل برائت، احتیاط و تخییر) استصحاب بر آنها مقدم است.

تعارض اصل استصحاب با اصل برائت: موضوع اصل برائت «عدم بیان» و «جهل در شک و تکلیف» استو طبیعی است در صورتی که قبلاً تکلیف یقینی وجود داشته و بقای آن مورد تردید باشد، با استصحاب تکلیف سابق، شکی در تکلیف باقی نخواهد ماند؛ زیرا اصل استصحاب حکم شرعی ظاهری را بیان می‌کند و موضوع اصل برائت که «عدم بیان» است، منتفی می‌گردد؛ بنابراین در صورت تعارض اصل استصحاب با اصل برائت، اصل استصحاب بر اصل برائت مقدم است.

برای مثال، چنانچه شخصی سابقاً به شخص دیگری بدهکار بوده باشد و پس از گذشت مدتی بدهکار مدعی شود که بدهی خود را پرداخت کرده ولی طلبکار منکر آن شود، در این صورت:

۱. مطابق اصل برائت می‌توان گفت که این شخص بدهکار نیست.
 ۲. مطابق اصل استصحاب باید گفت شخص همچنان بدهکار است، زیرا یقین داریم که شخص سابقاً بدهکار بوده و شک داریم که این بدهی همچنان باقی است یا خیر و با استناد به اصل اصحاب حکم به بقاء آن می‌کنیم.
- ✓ در اینجا اصل برائت و اصل استصحاب با یکدیگر تعارض دارند و اصل استصحاب بر اصل برائت مقدم می‌شود.

مثال دیگر، مطابق ماده ۱۱۹۹ ق.م: «نفقة اولاد بر عهده پدر است» و مطابق ماده ۱۱۹۷ ق.م: «کسی مستحق نفقه است که نادر بوده و نتواند به وسیله اشتغال به شغلی وسایل معیشت خود را فراهم نماید.» حال چنانچه پدری که نفقه فرزند خود را می‌داده پس از گذشت مدتی به ادعای این که فرزندش دیگر نیازمند نمی‌باشد ترک انفاق نماید، لیکن فرزند ادعا نماید که همچنان نیازمند است و هیچ یک از طرفین نیز نتوانند برای ادعای خود دلیلی بیاورند، در این صورت:

۱. مطابق اصل برائت باید گفت پدر تکلیفی به پرداخت نفقه ندارد، زیرا شرط وجوب نفقه، نیازمندی فرزند است که در حال حاضر نیازمندی فرزند مورد تردید است بنابراین در این مورد شبهه حکمیة وجوبیه نسبت به پرداخت نفقه وجود دارد و اصل برائت جاری می‌شود.
 ۲. مطابق اصل استصحاب باید گفت پدر همچنان مکلف به پرداخت نفقه است، زیرا یقین داریم که سابقاً فرزند نیازمند بوده و حالا شک داریم که همچنان فرزند نیازمند است یا خیر و مطابق اصل استصحاب می‌گوییم فرزند همچنان نیازمند است.
- ✓ در اینجا اصل استصحاب و اصل برائت با یکدیگر تعارض دارند و اصل استصحاب بر اصل برائت مقدم می‌شود.

تعارض اصل استصحاب با اصل احتیاط: موضوع اصل احتیاط احتمال عقاب اخروی و عدم امنیت از عذاب است؛ اما در صورتی که به کمک اصل استصحاب بتوان به یک حکم شرعی ظاهری دست یافت، خصوصاً در موردی که نتیجه استصحاب عدم تکلیف و برائت از تکلیف باشد، احتمال عقاب اخروی منتفی و امنیت از عذاب حاصل می‌شود؛ بنابراین موضوع اصل احتیاط منتفی خواهد شد و در نتیجه در صورت تعارض اصل استصحاب با اصل احتیاط، اصل استصحاب بر اصل احتیاط مقدم می‌شود.

برای مثال، شخصی از یک فروشگاه مواد غذایی و یک میوه‌فروشی در محل سکونت خویش مایحتاج زندگی خود را خریداری می‌کند. او با آنها حساب دارد و گاه از آنها به صورت نسیه خریداری می‌کند و نسبت به آنها بدهکار می‌شود. در پایان سال اول، تمام طلب فروشگاه مواد غذایی را پرداخت کرده و یقین دارد نسبت به صاحب آن بدهی ندارد. در سال بعد هم معاملاتی میان این شخص و هر دو مغازه‌دار انجام می‌شود. در پایان سال دوم، یقین می‌کند که نسبت به صاحب یکی از دو فروشگاه مبلغ یک میلیون ریال بدهکار است. هیچ‌کدام از آنها نیز سندی برای طلب خود ندارند.

در این فرض از سویی، با توجه به این که اصل وجود بدهی قطعی و مسلم است و در مورد تکلیف وجوب پرداخت بدهی هیچ شکی وجود ندارد و فقط درباره شخص طلبکار تردید است یعنی شک در مکلف‌به است و نمی‌داند بدهی را باید به چه کسی بپردازد، در این صورت:

۱. مطابق اصل احتیاط این شخص باید از عهده پرداخت بدهی به هر دو نفر برآید و به هر یک جداگانه مبلغ یک میلیون ریال بپردازد تا برائت یقینی حاصل گردد.

۲. مطابق اصل استصحاب با عنایت به این که عدم طلبکاری فروشگاه مواد غذایی قبلاً قطعی و یقینی بوده و سپس در پیدایش طلب جدید شک حاصل شده است، استصحاب عدم طلبکاری جاری می‌گردد و مشخص نسبت به صاحب فروشگاه مواد غذایی تکلیفی نخواهد داشت. ✓ در اینجا، اصل استصحاب با اصل احتیاط تعارض پیدا می‌کند که با مقدم دانستن استصحاب نتیجه می‌گیریم که بدهکار تنها مکلف به پرداخت یک میلیون ریال به صاحب مغازه میوه‌فروشی است.

تعارض اصل استصحاب با اصل تخییر: موضوع اصل تخییر، دَوْران امر بین محذورین و عدم ترجیح میان آن دو است؛ یعنی در موردی که حکم مسئله مردد میان وجوب و حرمت باشد و ترجیحی هم در بین نباشد. بنا به حکم عقل، مکلف در انتخاب یکی از دو حکم مخیر است؛ اما در صورتی که در همین فرض یکی از دو حکم دارای حالت سابق یقینی باشد و بتوان آن را استصحاب نمود. طبعاً حکم مورد استصحاب بر دیگری ترجیح خواهد داشت و موضوع اصل تخییر منتفی می‌گردد.

مثال، «یوم‌الشک» روزی است که مشخص نیست روز آخر ماه رمضان است و روزه گرفتن در آن واجب است یا روز عید فطر است و روزه گرفتن در آن حرام است در این حالت:

۱. از آن جا که دَوْران امر بین محذورین وجود دارد، مطابق اصل تخییر شخص مخیر است روزه بگیرد یا روزه نگیرد.

۲. و از آن جا که یقین داریم پیش از آن ماه رمضان بوده و روزه گرفتن واجب بوده است؛ سپس شک می‌کنیم که ماه رمضان همچنان باقی است یا خیر مطابق اصل استصحاب می‌توان گفت این روز نیز جزء ماه رمضان است و روزه گرفتن در آن واجب است.

✓ در اینجا اصل استصحاب با اصل تخییر تعارض دارد و اصل استصحاب بر اصل تخییر مقدم می‌شود.

تعارض اصل استصحاب با استصحاب دیگر: در پاره‌ای از موارد دو اصل استصحاب در مسئله‌ای جاری می‌شود که نتیجه آن دو با هم متعارض است. در این صورت باید به کدام عمل کرد؟ در پاسخ به این سوال باید میان دو فرض تفکیک نمود، زیرا گاه میان دو استصحاب متعارض رابطه سببی و مسببی وجود دارد و گاه این گونه نیست:

حالت اول: بین دو استصحاب متعارض رابطه سببی و مسببی وجود داشته باشد: در این صورت «استصحاب سببی» بر «استصحاب مسببی» مقدم می‌شود.

هرگاه دو استصحاب متعارض به گونه‌ای باشند که اجرای یک استصحاب موجب منتفی شدن اجرای استصحاب دیگری شود به استصحاب اول «استصحاب سببی» و به استصحاب دوم «استصحاب مسببی» گفته می‌شود.

مثال، هرگاه شخصی به دیگری برای فروش ملک وکالت دهد و پس از فروش ملک توسط وکیل، موکل به این ادعا که پیش از انعقاد معامله، وکیل را عزل نموده و او با اطلاع از عزل اقدام به فروش ملک نموده است، مدعی عدم نفوذ بیع شود، در این حالت:

۱. مطابق استصحاب بقای وکالت وکیل تا زمان انعقاد معامله می‌توان گفت که معامله مذکور نافذ است.
۲. مطابق استصحاب بقای مالکیت موکل بر ملکش می‌توان گفت که معامله مذکور نافذ نیست.

همان طور که ملاحظه می‌کنید در این مثال دو استصحاب با یکدیگر تعارض دارند لیکن با اجرای استصحاب اول (یعنی استصحاب بقای وکالت وکیل تا زمان انعقاد معامله) تردیدی در انتقال ملک به مشتری باقی نمی‌ماند؛ بنابراین دیگر نوبت به استصحاب دوم (یعنی استصحاب بقای مالکیت موکل بر ملکش) نمی‌رسد؛ زیرا اگر وکالت، وکیل را استصحاب کنیم پس بی‌تردید معامله وی نافذ خواهد بود و دیگر شکی در انتقال ملک به مشتری باقی نمی‌ماند. پس استصحاب اول «استصحاب سببی» و استصحاب دوم «استصحاب مسببی» می‌باشد و استصحاب سببی بر استصحاب مسببی مقدم می‌شود.

حالت دوم: بین دو استصحاب متعارض رابطه سببی و مسببی وجود نداشته باشد: در این حالت فروض مختلفی وجود دارد که در بعضی از آنها هر دو استصحاب تساقط می‌کنند.

مثال، می‌دانیم که شرط وراثت، زنده بودن وارث در حین فوت مورث است. حال هرگاه پدر و پسری در حادثه رانندگی کشته شوند، لیکن زمان دقیق مرگ آنها مشخص نباشد و در نتیجه ندانیم فوت کدامیک مؤخر بر دیگری بوده است، در این حالت:

۱. مطابق استصحاب حیات پدر تا زمان فوت پسر (اصل تأخر حادث) می‌توان گفت پدر از پسر ارث می‌برد.
۲. مطابق استصحاب حیات پسر تا زمان فوت پدر (اصل تأخر حادث) می‌توان گفت پسر از پدر ارث می‌برد.

بنابراین دو استصحاب در این مثال با هم تعارض می‌کنند، لیکن این دو استصحاب سببی و مسببی نمی‌باشند، زیرا اجرای هیچ یک موضوع استصحاب دیگر را منتفی نمی‌کند. در اینجا دو استصحاب متعارض تساقط می‌کنند و در نتیجه هیچ یک از دیگر ارث نمی‌برند. مواد ۸۷۳ ق.م و ۱۰۲۴ ق.م نیز بر همین مبنا تدوین شده است.

ماده ۸۷۳ ق.م: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند مجهول و تقدم و تأخر هیچ یک معلوم نباشد اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند ...»

ماده ۱۰۲۴ ق.م: «اگر اشخاص متعدد در یک حادثه تلف شوند فرض بر این می‌شود که همه آنها در آن واحد مرده‌اند ...»

تعارض استصحاب با قاعده ید

«قاعده ید» به ما می‌گوید که هرگاه شخصی مالی را در تصرف خود داشته باشد اصل بر این است که مالک آن مال است مگر خلافش ثابت شود. ماده ۳۵ قانون مدنی نیز به این قاعده توجه داشته و مقرر نموده است: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است.»

در اماره یا اصل بودن قاعده ید اختلاف نظر وجود دارد، همان‌طور که در اماره یا اصل بودن استصحاب اختلاف نظر وجود دارد؛ ولی نظر مشهور این است که «قاعده ید» اماره و «استصحاب» اصل است.

در فرض تعارض اماره ید و اصل استصحاب، همه اصولیان معتقدند که اماره ید بر استصحاب، مقدم خواهد شد؛ زیرا اولاً امارات بر اصول عملیه مقدم‌اند و از آنجا که اماره ید نیز از امارات معتبر شرعی محسوب می‌شود، بر استصحاب که از اصول عملیه است تقدم دارد. ثانیاً در بیشتر مواردی که قاعده ید اجرا می‌شود، استصحاب عدم مالکیت هم وجود دارد؛ یعنی، شارع قاعده ید را در چنین بستری معتبر دانسته است و اگر قرار باشد استصحاب بر قاعده ید مقدم شود، دیگر چندان موردی برای اجرای این قاعده باقی نمی‌ماند و تشریح این قاعده لغو و بیهوده خواهد بود، در حالی که انجام کار بیهوده بر شارع محال است.

همچنین تقدم استصحاب بر اماره ید مستلزم آن است که قلمروی قاعده ید بسیار محدود گردد و این امر با مفاد کلی روایاتی که این قاعده را مطرح کرده منافات دارد؛ چه این که در این روایات آمده است: «اگر قاعده ید معتبر نباشد، بازاری برای مسلمین پابرجا نخواهد ماند» این تعبیر به خوبی نشان دهنده قلمرو بسیار گسترده این قاعده است.

مثال برای تعارض استصحاب با قاعده ید: در صورتی که ملکی هم‌اکنون در تصرف شخص «الف» باشد و یقین داشته باشیم که سابقاً (پنج سال پیش) شخص «ب» مالک ملک بوده است و شخص «ب» نیز مدعی مالکیت آن ملک باشد در این صورت:

۱. مطابق قاعده ید چون شخص «الف» ملک را در تصرف خود دارد باید بگوییم این شخص مالک ملک نیز می‌باشد.
 ۲. مطابق اصل استصحاب چون یقین داریم که سابقاً شخص «ب» مالک ملک بوده است و هم‌اکنون شک در بقای مالکیت او داریم، حکم می‌کنیم که همچنان شخص «ب» مالک ملک است.
- ✓ در این مثال قاعده ید و اصل استصحاب با هم تعارض دارند؛ زیرا بر اساس قاعده ید شخص «الف» مالک ملک است و بر اساس اصل استصحاب، شخص «ب» مالک ملک است، در صورت تعارض قاعده ید و اصل استصحاب نیز قاعده ید بر اصل استصحاب مقدم است؛ بنابراین باید شخص «الف» را مالک ملک دانست.
- بررسی ماده ۳۷ قانن مدنی: مطابق ماده ۳۷ قانون مدنی: «اگر متصرف فعلی، اقرار کند که ملک، سابقاً مال مدعی او بوده است، در این صورت مشألیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور، به تصرف خود استناد کند مگر این که ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است»

نباید تصور کرد که در ماده ۳۷ قانون مدنی اصل استصحاب ملکیت سابق بر قاعده ید مقدم شده است؛ بلکه در این ماده در واقع اقرار بر قاعده ید مقدم شده است؛ به عبارت دیگر متصرف به وسیله این اقرار از جایگاه منکر به جایگاه مدعی منتقل می‌شود؛ و در حقیقت، انتقال ملکیت را اقرار کرده است.

تعارض استصحاب با قاعده صحت

منظور از «قاعده صحت» این است که باید عملی را که از دیگری سر می‌زند را صحیح و درست دانست مگر خلافش ثابت شود. قانون‌گذار نیز در ماده ۲۲۳ قانون مدنی به این اصل اشاره داشته است و مقرر نموده: «هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود»

- ✓ «قاعده صحت»، «اصل صحت» و «اصالةالصحة» همه به یک معنا هستند.
 - ✓ در خصوص اماره یا اصل بودن «قاعده صحت» اختلاف وجود دارد؛ ولی نظر مشهور بر اماره بودن قاعده صحت است.
 - ✓ در صورت تعارض استصحاب و قاعده صحت، قاعده صحت بر استصحاب مقدم است خواه «قاعده صحت» را اماره بدانیم یا اصل و خواه «استصحاب» را اماره بدانیم یا اصل.
 - ✓ قاعده صحت از احکام امضایی است، زیرا مبتنی بر بنای عقلا و خردمندان است که از سوی شارع نیز تأیید و امضا شده است.
- برای مثال، هنگامی که در صحت عقد بیعی که واقع شده شک و تردید وجود داشته باشد؛ در این صورت:

۱. مطابق قاعده صحت که نتیجه آن صحت عقد و انتقال ملکیت مبیع به مشتری و انتقال ملکیت ثمن به فروشنده است.
 ۲. مطابق اصل استصحاب که نتیجه آن بقای مالکیت قبلی قابل اجرا است که نتیجه آن فساد و بطلان عقد و عدم انتقال ملکیت است.
- ✓ در این مثال قاعده صحت و اصل استصحاب با یکدیگر تعارض دارند و قاعده صحت بر اصل استصحاب مقدم می‌شود؛ بنابراین می‌گوییم که بیع صحیح بوده و انتقال ملکیت مبیع به مشتری و انتقال ملکیت ثمن به فروشنده تحقق می‌یابد.

تعارض استصحاب با قاعده فراغ و تجاوز

قاعده فراغ: هرگاه پس از انجام عمل، شخص تردید نماید که آن عمل را کامل انجام داده یا خیر، مطابق قاعده فراغ نباید به چنین شکی اعتنا کند و باید عمل انجام شده را صحیح بداند. برای مثال پس از اتمام نماز شک کند که نماز خود را کامل خوانده است یا خیر.

قاعده تجاوز: هرگاه عملی دارای اجزاء متعدد باشد و شخص در حال انجام عمل تردید نماید که آیا جزء قبلی را انجام داده است یا خیر، مطابق قاعده تجاوز نباید به چنین شکی اعتنا کند و باید اجزاء انجام شده را کامل و صحیح بداند. برای مثال زمانی که شخص به سجده رفته شک کند که رکوع را به جا آورده یا خیر.

در فرض تعارض قاعده فراغ و تجاوز با استصحاب، اصولیان این قاعده را بر استصحاب مقدم می‌دارند؛ زیرا قاعده مذکور از امارات و استصحاب از اصول عملیه است. همچنین قاعده فراغ و تجاوز اصولاً در موردی تشریح شده است که نوعاً محل جریان استصحاب است و اگر استصحاب را بر آن مقدم بداریم، دیگر موردی برای جریان این قاعده وجود نخواهد داشت. مثلاً اگر در حالت سجده نماز در انجام رکوع شک کند، استصحاب عدمی یا اصل عدم جاری است که نتیجه آن بطلان و فساد نماز است؛ اما قاعده فراغ و تجاوز دقیقاً در همین مورد تشریح شده است و نتیجه آن صحت نماز است، بنابراین بر استصحاب مقدم می‌شود.

✓ قاعده فراغ و تجاوز شبیه قاعده صحت است و تفاوت آنها در این است که «قاعده صحت» در مورد عمل دیگران جاری می‌شود ولی «قاعده فراغ و تجاوز» در مورد عمل خود شخص جاری می‌شود.

✓ مجرای قاعده فراغ و تجاوز منحصر به وضو و نماز نیست، بلکه در سایر عبادات و نیز معاملات جاری می‌شود. برای مثال هرگاه پس از انعقاد قرارداد یکی از طرفین عقد در صحت قرارداد منعقد شک و تردید داشته باشد. با توجه به قاعده فراغ و تجاوز باید آن را صحیح و نافذ بداند.

مثال برای تعارض قاعده فراغ و تجاوز با استصحاب:

چنانچه شخص در حال سجده شک کند که رکوع را به جا آورده است یا خیر، در این صورت:

۱. مطابق قاعده تجاوز نباید به این شک اعتنا نمود و باید اصل را بر این بگذارد که رکوع را به درستی انجام داده است.
۲. مطابق اصل استصحاب عدمی باید گفت که رکوع انجام نشده است؛ زیرا یقین داریم که سابقاً رکوع را انجام نداده‌ایم و حالا شک داریم که رکوع را انجام داده‌ایم یا خیر با استناد به استصحاب عدمی می‌گوییم رکوع را انجام نداده‌ایم.
- ✓ در اینجا قاعده تجاوز و اصل استصحاب عدمی با یکدیگر تعارض دارند و قاعده تجاوز بر اصل استصحاب مقدم می‌شود؛ بنابراین باید اصل را بر این گذاشت که رکوع را انجام داده‌ایم.

تعارض استصحاب با ظاهر حال

اماره بر دو نوع است:

۱. **اماره قانونی:** اوضاع و احوالی است که **قانون‌گذار** آن را دلیل بر امری قرار داده است، همچون «اماره ید»؛ در صورتی که این امارات با اصل استصحاب تعارض داشته باشند، این امارات بر استصحاب مقدم می‌شوند.
۲. **اماره قضایی:** اوضاع و احوالی است که در **نظر قانونی** دلیل بر امری شناخته می‌شود، این امارات نیز بر دو قسم‌اند:
 ۱. اوضاع و احوالی که موجب حصول **علم و اطمینان** برای قاضی می‌شود؛ در صورت تعارض این امارات با اصل استصحاب، این امارات بر استصحاب مقدم است.
 ۲. اوضاع و احوالی که موجب حصول **ظن و گمان** برای قاضی می‌شود، به این امارات «**ظاهر حال**» نیز گفته می‌شود و در صورت تعارض آنها با اصل استصحاب، این امارات بر استصحاب مقدم می‌شود.

مثال برای ظاهر حال:

۱. هرگاه زن و شوهری با هم زندگی کنند ظاهر حال این است که زن از شوهر تمکین می‌کند و شوهر هم نفقه می‌دهد.

۲. هرگاه سند دال بر بدهکار بودن، در نزد بدهکار باشد ظاهر حال این است که وی بدهی خود را پرداخت کرده است.

مثال برای تعارض ظاهر حال و استصحاب:

هرگاه یقین داشته باشیم که شخص «الف» به شخص «ب» مبلغ دو میلیون ریال بدهکار بوده و برای پرداخت آن چکی را صادر نموده و به شخص «ب» داده است و پس از مدتی شخص «الف» مدعی باشد که بدهی خود را پرداخته است و آن چک را نیز نزد خود داشته باشد؛ ولی شخص «ب» منکر پرداخت بدهی از سوی شخص «الف» باشد، در این صورت:

۱. مطابق ظاهر حال وجود چکی که برای پرداخت بدهی صادر شده بود در دست صادرکننده آن، نشان دهنده پرداخت وجه آن است و بر این اساس باید اصل را بر این گذاشت که شخص «الف» بدهی خود را پرداخت کرده است.
 ۲. مطابق اصل استصحاب از آن جا که سابقاً به وجود دین یقین داشتیم و اکنون در بقاء آن شک داریم باید حکم به بقاء آن کنیم.
- ✓ در اینجا اصل استصحاب و ظاهر حال با یکدیگر تعارض دارند و ظاهر حال بر استصحاب مقدم است.

تعارض استصحاب با قاعده قرعه

قاعده قرعه بیان می‌دارد که: «القرعة لِكُلِّ امرٍ مشكل» بنابراین، «قاعده قرعه» برای رفع گرفتاری در هر امر مشکل در جایی که احتیاط ممکن نباشد و تقدم یک مورد بر دیگری هم ممکن نباشد، به کار گرفته می‌شود.

- ✓ در اماره یا اصل بودن «قاعده قرعه» اختلاف نظر وجود دارد.
- ✓ در صورت تعارض اصل استصحاب با قاعده قرعه، اصل استصحاب بر قاعده قرعه مقدم است، زیرا ادله مربوط به قاعده قرعه عام است و ادله مربوط به اصل استصحاب خاص است و آن را تخصیص می‌زند؛ بنابراین تقدم استصحاب بر قاعده قرعه از باب «تخصیص» است.
- در قوانین موضوعه، در مواد ۱۵۷ و ۵۹۸ قانون مدنی و مواد ۲۵۸، ۲۶۹ و ۴۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی و ۳۱۹ قانون امور حسبی اشاره شده است.
- مثال، هرگاه پدر و جدپدری هرکدام جداگانه ملک صغیر را بفروشند:

الف - چنانچه تاریخ هر دو معامله معلوم باشد: معامله اول صحیح و معامله دوم باطل است.

ب - چنانچه تاریخ هر دو معامله مجهول باشد و هیچ یک نیز از جهت میزان منفعت برای صغیر بر دیگری ترجیح نداشته باشند؛ باید به قید قرعه یکی را صحیح و دیگری را باطل دانست.

پ - چنانچه تاریخ یکی از دو معامله معلوم و دیگری مجهول باشد، در این صورت:

۱. می‌توان یکی از دو معامله را به قید قرعه صحیح و دیگری را باطل دانست.
 ۲. مطابق اصل تأخر حادث (اصل عدم حدوث حادث) معامله‌ای که تاریخ انعقادش مجهول است را باید مؤخر بر دیگری دانست؛ بنابراین معامله معلوم تاریخ صحیح است و معامله مجهول تاریخ باطل است.
- ✓ در اینجا اصل استصحاب و قاعده قرعه با یکدیگر تعارض دارند و اصل استصحاب بر قاعده قرعه مقدم می‌شود.

اصل تأخر حادث (استصحاب عدم حدوث حادث)

یکی از مصادیق اصل استصحاب که در فقه و حقوق کاربرد فراوان دارد، استصحاب عدم حدوث حادث یا اصل تأخر حادث است. این اصل زمانی مطرح می‌شود که اصل حدوث و پیدایش یک حادثه قطعی باشد؛ ولی زمان حدوث آن یا تقدم و تأخر آن نسبت به حادثه دیگر مشکوک باشد؛ به عبارت دیگر هرگاه پیدایش (حدوث) دو حادثه مسلم باشد ولی تقدم و تأخر آنها بر یکدیگر مورد تردید باشد، مطابق اصل تأخر حادث، حادثه‌ای که تاریخ وقوعش مجهول است، مؤخر بر دیگری فرض می‌شود. در این حالت دو فرض متصور است:

۱. تاریخ وقوع یکی از دو حادثه معلوم و دیگری مجهول باشد:

در این صورت حادثه‌ای که تاریخ وقوعش معلوم است مقدم و حادثه‌ای که تاریخ وقوعش مجهول است مؤخر فرض می‌شود.

برای مثال، مطابق ماده ۸۷۴ ق.م: «اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد فقط آن که تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد.»

مثال دیگر، می‌دانیم در فروش حیوان مشتری تا سه روز حق فسخ معامله را دارد (ماده ۳۹۸ ق.م) اگر مشتری فسخ معامله را اعلام کند؛ اما در مورد زمان اعلام فسخ بین بایع و مشتری اختلاف نظر پیش آید و بایع مدعی باشد که اعلام فسخ پس از اتمام سه روز بوده است، تکلیف چیست؟ در اینجا، به استناد اصل عدم حدوث، می‌توان گفت فسخ در ظرف ۳ روز واقع نشده است، پس معامله لازم است؛ زیرا در لحظه اتمام سه روز (مثلاً ساعت هشت روز جمعه) شک داریم که آیا فسخ معامله واقع شده است یا خیر، لذا اصل، عدم حدوث فسخ تا این لحظه است و نتیجه این استصحاب سقوط حق فسخ است.

مثال دیگر، هرگاه دو وصیت‌نامه متعارض از متوفی یافت شود که یکی از آنها تاریخ دارد و دیگری تاریخش مجهول است مطابق اصل تأخر حادث باید گفت وصیت‌نامه‌ای که تاریخش مجهول است مؤخر بر وصیت‌نامه‌ای است که تاریخش معلوم است؛ بنابراین وصیت‌نامه مجهول‌التاریخ معتبر است.

✓ تفاوت اصل عدم حدوث حادث با استصحاب عدمی آن است که اسنصحاب عدمی در جایی اجرا می‌شود که اصل وقوع یک حادثه مورد تردید باشد که با توجه به حالت سابقه آن عدم حدوث حادثه استصحاب می‌شود؛ ولی در اصل عدم حدوث حادث اصل وقوع حادثه یقینی است و فقط تاریخ وقوع آن مشکوک است.

✓ در صورتی که شخص «الف» برای فروش ملکش به شخص «ب» وکالت دهد و پس از مدتی هر دو شخص بدون اطلاع یکدیگر ملک را جداگانه به فروش می‌رسانند در این حالت:

الف - چنانچه تاریخ معامله وکیل معلوم و تاریخ معامله موکل مجهول باشد: مطابق اصل تأخر حادث معامله موکل مؤخر فرض می‌شود، بنابراین معامله وکیل صحیح است.

ب - چنانچه تاریخ معامله موکل معلوم و تاریخ معامله وکیل مجهول باشد: مطابق اصل تأخر حادث معامله وکیل مؤخر فرض می‌شود، بنابراین معامله موکل صحیح است.

۲. تاریخ وقوع هر دو حادثه مجهول باشد:

در این مورد اصل تأخر حادث در هر دو حادثه جاری می‌شود و این اصل در هر یک از دو حادثه با دیگری تعارض پیدا می‌کند؛ بنابراین بر اساس قاعده «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا» هر دو اصل ساقط می‌شوند و اعتبار خود را از دست می‌دهند و برای یافتن حکم قضیه باید به اصول و قواعد دیگری مراجعه کنیم.

برای مثال، پدر و پسری از دنیا رفته‌اند؛ ولی تاریخ فوت هیچ‌کدام مشخص نیست؛ یعنی، معلوم نیست که کدام یک زودتر از دنیا رفته است. اجرای اصل عدم حدوث حادث در یک جانب با اجرای همین اصل در جانب دیگر تعارض دارد، پس باید از اجرای هر دو اصل چشم پوشید. در نتیجه، چون زنده بودن هر یک در زمان فوت دیگری معلوم نیست، هیچ‌کدام از دیگری ارث نمی‌برد. ماده ۸۷۳ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند، مجهول و تقدم و تأخر هیچ‌یک معلوم نباشد، اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند مگر آن که موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند»

مثال دیگر، می‌دانیم که هبه عقدی جایز است و بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقای عین موهوبه از هبه رجوع کند؛ اما اگر در عین موهوبه تغییری حاصل شود، عقد هبه لازم شده و واهب دیگر حق رجوع ندارد (ماده ۸۰۳ ق.م). حال فرض کنید متهب در عین موهوبه تغییری داده و واهب نیز از هبه رجوع کرده باشد، منتهی نمی‌دانیم کدام زودتر اتفاق افتاده است (زمان وقوع تغییر در عین موهوبه و نیز زمان رجوع واهب از هبه مشخص نیست)

در این فرض، اصل عدم حدوث حادث نمی‌تواند به ما کمکی کند، زیرا اجرای هم‌زمان این اصل در هر دو طرف امکان ندارد. پس با ساقط شدن دو اصل متعارض، برای تعیین حکم مسئله باید به تحلیل مسئله به دیگر اصول عملیه مراجعه کرد. در این مورد می‌توان از استصحاب ملکیت متهم استفاده کرد. به این صورت که با انعقاد عقد هبه مالکیت متهم بر مال موهوبه قطعی است؛ حال شک داریم که آیا با رجوع واهب مالکیت متهم منتفی شده است یا خیر؛ بنابراین مالکیت وی استصحاب می‌شود.

تعارض ادله

تعریف تعارض: تعارض عبارت است از این که مدلول دو یا چند دلیل در مرحله وضع و تشریح با یکدیگر تنافی و ناسازگاری داشته باشند.

برای مثال، مطابق ماده ۲۱۲ قانون مدنی: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است» و مطابق ماده ۲۱۳ قانون مدنی: «معامله محجورین نافذ نیست»

مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی با یکدیگر تعارض دارند، زیرا قانون‌گذار نمی‌تواند بگوید معامله محجورین هم باطل است و هم غیرنافذ، چرا که همان‌طور که می‌دانیم بطلان و عدم نفوذ با یکدیگر تفاوت دارد.

مثال دیگر، هرگاه شخص «الف» متصرف ملکی باشد لیکن دو نفر مرد عادل شهادت دهند که این ملک متعلق به شخص «ب» است. در اینجا بر اساس «قاعده ید» باید شخص «الف» را مالک ملک دانست و بر اساس «شهادت دو مرد عادل» باید گفت شخص «ب» مالک ملک است؛ بنابراین «قاعده ید» و «شهادت شهود» در اینجا با یکدیگر تعارض دارند.

شرایط تحقق تعارض

برای تحقق تعارض بین ادله وجود شرایطی لازم است. این شرایط عبارتند از:

۱. **تعدد ادله متعارض:** واژه «تعارض» مصدر باب تفاعل و برای بیام مخالفت یک دلیل با دلیل دیگر است. پس در هر تعارض دست‌کم با دو

دلیل مواجهیم. این مسئله چندان بدیهی است مه ذکر آن غیرضروری می‌نماید؛ اما گاه در مورد یک دلیل، شبهه تعارض می‌شود که باید بدان توجه داشت، از جمله در موارد زیر:

الف - اختلاف دو مجتهد در تفسیر یک روایت داخل در باب تعارض نیست، زیرا تعدد تفسیر موجب تعدد حدیث نمی‌شود تا مشمول بحث تعارض باشد. همچنین، اختلاف قضات در تفسیر یک ماده قانونی موجب تعدد ماده قانونی نمی‌گردد، لذا از بحث تعارض خارج است.

ب - آیا اختلاف نسخه‌ها در نقل یک روایت از مصادیق تعارض به شمار می‌رود یا خیر؟

اختلاف نسخه‌ها به دو صورت ممکن است رخ دهد:

یک. گاهی یک روایت در نسخه‌های یک کتاب روایی به دو صورت مختلف نقل شده است، این صورت خارج از بحث تعارض است، زیرا در چنین صورتی علم داریم که یکی از دو روایت معصوم (ع) صادر نشده است. این مسئله گاه در متون قانونی نیز دیده می‌شود، یعنی یک ماده قانونی در دو مجموعه قوانین به صورتی متفاوت نقل می‌شود. البته در چنین مواردی باید به متن اصلی روزنامه رسمی مراجعه کرد؛ ولی گاهی مراجعه به روزنامه رسمی نیز مشکل را حل نمی‌کند. راه‌حل چنین وضعیتی را نباید در قواعد حل تعارض جستجو کرد، بلکه به نظر می‌رسد این موارد از مصادیق اجمال و ابهام قانون است که در حقوق ایران اصل ۱۶۷ قانون اساسی به این بحث پرداخته است.

دو. گاه یک روایت در چند کتاب روایی به صورت‌های مختلف نقل می‌شود. به عقیده برخی اصولیان، این مورد داخل در بحث تعارض ادله است.

۲. **دارا بودن شرایط حجیت:** تعارض فقط میان دو یا چند دلیل معتبر رخ می‌دهد و دلیلی که فاقد اعتبار است نمی‌تواند در مقابل دلیلی که اعتبار آن به اثبات رسیده است عرض اندام کند؛ چنان که قیاس به نظر شیعه فاقد اعتبار است، نمی‌تواند در برابر امارات معتبر یا اصول عملیه ایستادگی نماید یا در حقوق یک ماده منسوخ نمی‌تواند با یک ماده نسخ نشده تعارض داشته باشد.

✓ قانونی که نسخ شده است، نمی‌تواند با قانونی که نسخ نشده است تعارض داشته باشد.

۳. **قطعی نبودن هیچ‌یک از دو دلیل:** دو دلیل متعارض نمی‌توانند هر دو قطعی باشند، زیرا تعارض عبارت است از: تنافی بین مدلول دو دلیل و از نظر منطقی، قطع پیدا کردن به دو امر متنافی محال است. برای مثال، امکان ندارد ما به وجوب عملی قطع و یقین داشته باشیم و هم‌زمان به عدم وجوب آن عمل هم قطع داشته باشیم. همچنین، اگر یکی از دو دلیل قطعی و یقینی باشد، نباید از تعارض سخن گفت؛ زیرا اگر یکی قطعی باشد، کذب دیگری هم معلوم می‌شود و دلیل کاذب نمی‌تواند با دلیل غیرکاذب تعارض کند.

۴. **وجود تنافی در مدلول دو دلیل:** همان‌طور که در تعریف تعارض گذشت، تعارض عبارت است از: تنافی در مدلول دو دلیل به این معنا که دو دلیل از جهت تشریح و قانون‌گذاری با هم ناسازگار باشند؛ بنابراین، اگر ناسازگاری دو دلیل در ناحیه امتثال و اجرای آن باشد، باید از تراحم سخن گفت نه تعارض.

✓ تنافی بین مدلول دو دلیل ذاتی است یا عارضی.

✓ تنافی ذاتی در جایی است که مدلول و مفاد دو دلیل به خودی خود دارای تنافی و ناسازگاری باشند، نظیر این که یک روایت بر وجوب و روایت دیگر بر حرمت یک چیز دلالت کند. همچنین، اگر دلیلی بر مالکیت حسن نسبت به تمام خانه دلالت کند و دلیل دیگری بر مالکیت احمد بر تمام همان خانه دلالت کند، این دو دلیل ذاتاً ناسازگاری هستند، چون مالکیت تام یک فرد بر یک مال با مالکیت تام دیگری بر همان مال ناسازگار است.

✓ تنافی عارضی آن است که مدلول عرفی دو دلیل با هم تعارضی ندارند و ناسازگاری ناشی از امری خارجی است. برای مثال، اگر روایتی بر وجوب نماز جمعه در روز جمعه و روایت دیگر بر وجوب نماز ظهر در روز جمعه دلالت کند، بر حسب مفهوم عرفی میان این دو دلیل ناسازگاری نیست، یعنی وجوب نماز جمعه با وجوب نماز ظهر منافاتی ندارد؛ منتهی از آنجا که به یقین می‌دانیم که در یک روز شش نماز یومیه واجب نشده است، می‌فهمیم که مسلماً یکی از دو دلیل فوق مطابق با واقع نیست، پس دو دلیل با هم تنافی دارند.

اقسام تعارض

تعارض بر دو قسم است: ۱. تعارض واقعی یا مستقر ۲. تعارض ظاهری یا بدوی یا غیرمستقر

۱. **تعارض واقعی یا مستقر:** در صورتی که واقعاً میان دو یا چند دلیل ناسازگاری وجود داشته باشد به طوری که نتوان با جمع کردن بین آنها این ناسازگاری را مرتفع نمود به آن «تعارض واقعی» یا «مستقر» گفته می‌شود.

در تعارض واقعی بر اساس نظر مشهور و قاعده عقلی هر دو دلیل **تساقط** می‌کنند لیکن به مقتضای احادیث و اخبار و از نظر شرعی باید قائل به **تخییر** شد.

به عبارت دقیق‌تر باید گفت در صورتی که دو دلیل، تعارض مشتقر داشته باشند؛ دو حالت ممکن است وجود داشته باشد:

حالت اول: یکی از دو دلیل متعارض بر دیگری ترجیح و برتری داشته باشد: در این حالت دلیلی که ترجیح دارد بر دلیل دیگر مقدم می‌شود.

حالت دوم: هیچ‌یک از دو دلیل متعارض بر دیگری ترجیح و برتری نداشته باشد: در این حالت قاعده اولیه این است که هر دو دلیل **تساقط** می‌کنند و باید به اصول و قواعد دیگر رجوع نمود و از نظر شرعی باید قائل به تخییر شد.

مثال، مطابق ماده ۴۸۳ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه کسی اقرار به جنایت موجب دیه کند سپس شخص دیگری اقرار کند که مرتکب همان جنایت شده است و علم تفصیلی به کذب یکی از دو اقرار نباشد مدعی مخیر است فقط از یکی از آن دو مطالبه دیه کند»: در این ماده دو اقرار با هم تعارض دارند و تساقط نمودند و بر همین اساس قانون‌گذار مجنی علیه را مخیر دانسته که یکی از آنها دیه مطالبه کند»

مثال دیگر، مطابق ماده ۱۸۵ قانون مجازات اسلامی: «در صورت وجود تعارض بین دو شهادت شرعی، هیچ یک معتبر نیست»: در این ماده دو شهادت با هم تعارض و تساقط نمودند

۲. تعارض ظاهری یا غیرمستقیم یا بدوی: در صورتی که دو دلیل در ظاهر با یکدیگر ناسازگاری داشته باشند، لیکن این ناسازگاری با جمع کردن آنها با یکدیگر مرتفع شود به آن تعارض «ظاهری» یا «غیرمستقیم» یا «بدوی» گفته می‌شود.

✓ در صورتی که بین دو دلیل تعارض ظاهری وجود داشته باشد، بر اساس قاعده «الجمعُ مهما اکن اولی من الطرح» باید بین آنها جمع نمود.

نکاتی راجع به قاعده «الجمعُ مهما اکن اولی من الطرح»:

✓ این قاعده در مقام بیان این امر است که «تا جایی که جمع بین دو یا چند دلیل ممکن باشد بهتر از دور انداختن یکی یا هر دو دلیل است»

✓ لفظ «اولی» که در این قاعده آمده است در لغت عربی به معنای «مستحب بودن» یا «بهتر بودن» است؛ لیکن در این قاعده به معنای «واجب بودن» یا «اولویت الزامی» است.

✓ جمع کردن دو یا چند دلیل بر دو نوع است:

۱. جمع عرفی: جمعی است که از در عرف و از دید خردمندان مورد پسند باشد.

۲. جمع تبری: جمعی است که در عرف و در دید خردمندان مورد پسند نباشد.

✓ منظور از جمع در این قاعده «جمع عرفی» است.

✓ «تخصیص»، «تخصص»، «ورود»، «حکومت»، «تقیید»، «تقدم نص بر ظاهر» از مصادیق جمع عرفی می‌باشد.

مطابق ماده ۴۴۵ قانون مدنی: «هر یک از خیارات، بعد از فوت، منتقل به وراث می‌شود» و مطابق ماده ۴۴۷ قانون مدنی: «هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد، منتقل به ورثه نخواهد شد.» ماده ۴۴۵ قانون مدنی به طور عام همه خیارات قابل انتقال به ورثه دانسته است اعم از خیاراتی که برای متعاملین شده باشد یا برای شخصی غیر از متعاملین، شده است را قابل انتقال به ورثه نمی‌داند؛ بنابراین به ظاهر این دو ماده با هم تعارض دارند لیکن می‌توان با جمع کردن بین آنها تعارض را برطرف نمود و گفت: «هر یک از خیارات بعد از فوت به ورثه منتقل می‌شود، مگر خیار شرطی که برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد» بنابراین این دو ماده تعارض ظاهری دارند.

تزام: تزام در جایی است که دو تکلیف مختلف بر عهده شخص آمده است؛ ولی مکلف نمی‌تواند هر دو تکلیف را امتثال و اجرا کند؛ یعنی، امتثال یکی از دو حکم متوقف بر مخالفت با دیگری است. در چنین مواردی باید برای دو حکم متزام چاره‌ای اندیشید و طبق ضوابط تعیین شده، در مقام امتثال، یکی را بر دیگری مقدم ساخت.

مثال معروف تزام در اصول فقه این است که دو نفر در حال غرق شدن هستند و شخصی نمی‌تواند هر دو نفر را نجات دهد. در اینجا، شخص مزبور با دو تکلیف روبرو است: وجوب نجات نفر اول و دوم. این دو تکلیف، از آنجا که در مقام امتثال قابل جمع نیستند، متزام نامیده می‌شوند.

مثال دیگر، خانه‌ای دچار حریق شده و خاموش کردن آتش متوقف بر شکستن در و پنجره یا تخریب دیوار خانه است. در اینجا، از سوی، خاموش کردن آتش وظیفه مأمور آتش‌نشانی است و از سوی دیگر، تخریب اموال دیگران ممنوع و جرم است. تبعیت از این دو حکم امکان ندارد و ناچار باید از یکی از آنها چشم پوشید.

دو حکمی که با یکدیگر تزام دارند، از دو حالت خارج نیستند:

حالت اول: یا هیچ یک از این دو حکم بر دیگری ترجیح و برتری ندارند: در این حالت شخص مخیر است هر کدام از این دو حکم را که بخواهد اجرا کند؛ مانند فرضی که هر دو شخصی که در حال غرق شدن هستند بیگانه باشند.

حالت دوم: یکی از دو حکم متزام اهم و دیگری مهم باشد: در این حالت شخص باید حکم اهم را اجرا کند؛ مانند فرضی که یکی از دو نفری که در حال غرق شدن هستند پدر و دیگری بیگانه باشد.

✓ هرگاه یکی از دو حکم متزاحم «اهم» و دیگری «مهم» باشد و مکلف تکلیف اهم را ترک کند، بر اساس «قاعده ترتب» تکلیف «مهم» باز هم مأمور به او می‌باشد.

مثال، مطابق ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی: «در عقد دائم نفقه زن بر عهده شوهر است»

مطابق ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی: «نفقه اولاد بر عهده پدر است پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به اتفاق به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فی الاقرب ...»

و مطابق ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی: «نفقه ابوبین با رعایت الاقرب فی الاقرب به عهده اولاد و اولاد اولاد است»

✓ هرگاه بر شخصی پرداخت نفقه ابوبین و اولادش بر اساس مواد ۱۱۹۹ و ۱۲۰۰ ق.م.و.اجب شده باشد؛ لیکن وی تنها توان پرداخت نفقه یکی از آنها را داشته باشد. این امر مصداق «تزاحم» است و از آنجا که پرداخت نفقه اولاد اهم می‌باشد، مکلف باید آن را بر پرداخت نفقه ابوبین مقدم نماید، ماده ۱۲۰۲ ق.م.نیز بر همین اساس مقرر داشته است: «اگر اقارب واجب‌النفقة، متعدد باشند و منفق نتواند نفقه همه آنها را بدهد اقارب در خط عمودی نزولی مقدم در خط عمودی صعودی خواهند بود»

✓ هرگاه بر شخصی پرداخت نفقه پدر و مادرش بر اساس ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی واجب شده باشد؛ لیکن وی تنها توان پرداخت نفقه یکی از آنها را داشته باشد، این امر مصداق «تزاحم» است و از آنجا که هیچ ترجیحی بین پرداخت نفقه پدر و مادر وجود ندارد مکلف مخیر است که نفقه هر کدام از آنها را که بخواهد پرداخت کند.

✓ هرگاه بر شخصی پرداخت نفقه ابوبین و همسرش بر اساس مواد ۱۱۰۶۶ و ۱۲۰۰ قانون مدنی، واجب شده باشد؛ لیکن وی تنها توان پرداخت نفقه یکی از آنها را داشته باشد، این امر مصداق «تزاحم» است و از آنجا که پرداخت نفقه همسر اهم است مکلف باید آن را بر پرداخت نفقه ابوبین مقدم بدارد، ماده ۱۲۰۳ ق.م.نیز بر همین اساس مقرر داشته است: «در صورت بودن زوجه و یک یا چند نفر واجب‌النفقة دیگر، زوجه مقدم بر سایرین خواهد بود»

مثال دیگر، مطابق ماده واحده قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی: «هر کس شخص یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک، از اقدام به این امر خودداری کند به حبس جنحه‌ای تا یک سال یا جزای نقدی تا پنجاه هزار ریال محکوم خواهد شد»

و مطابق ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم): «هر کس عمداً اشیاء منقول و یا غیرمنقول متعلق به دیگری را تخریب نماید یا به هر نحو کلاً یا بعضاً تلف نماید و یا از کار اندازد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد»

✓ حال اگر خانه‌ای در حال آتش‌سوزی باشد و شخصی در آن خانه مصدوم شده باشد و نجات جان مصدوم مستلزم شکستن درب خانه برای ورود به آن خانه باشد، این امر مصداق «تزاحم» است زیرا مکلف نمی‌تواند حکم هر دو ماده فوق را اجرا کند و از آنجا که نجان جان مصدوم اهم است وی باید این تکلیف را مقدم بدارد.

تفاوت تعارض و تراحم:



انواع جمع عرفی در تعارض ظاهری

۱. **ورود:** ورود عبارت است از این که یکی از دو دلیل حقیقتاً، به علت تعبد، موضوع دلیل دیگر را مرتفع سازد؛ به عبارت دیگر، ورود در جایی است که یک دلیل موضوع دلیل دیگر را به طور حقیقی و واقعی از میان بردارد و علت اعتبار دلیل اول تعبد شرعی باشد، به گونه ای که اگر این دلیل از ناحیه شارع، معتبر شناخته نمی شود، نمی توانست موضوع دلیل دیگر را حقیقتاً نفی کند. دلیل اول را «وارد» و دلیل دوم را «مورود» می نامند.
- ✓ در «ورود» معدوم شدن یک دلیل به وسیله دلیل دیگر مستند به نظر شارع یا قانون گذار است به همین دلیل می گویند. در «ورود» خروج، «تعبدی» است.
مثال برای ورود:
- ✓ تقدم دلیل اجتهادی بر اصل عملی از باب «ورود» است.
- ✓ تقدم اصل استصحاب بر اصل تخییر، اصل احتیاط و اصل برائت از باب «ورود» است.
- ✓ تقدم قاعده صحت و قاعده فراغ و تجاوز بر اصل استصحاب از باب «ورود» است.
- ✓ مطابق ماده ۱۵۷ قانون مدنی: «هرگاه دو زمین در دو طرف نهر محاذی هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هر دو نباشد باید برای تقدم و تأخر در بردن آب به نسبت حصه قرعه زده و اگر آب کافی برای هر دو باشد به نسبت حصه تقسیم می کنند.» و مطابق ماده ۱۵۸ قانون مدنی: «هرگاه تاریخ احیاء اراضی اطراف رودخانه مختلف باشد زمینی که احیاء آن مقدم بوده است در آب نیز مقدم می شود بر زمین متأخر در احیاء اگر چه پائین تر از آن باشد.» ماده ۱۵۸ ق.م.ب بر ماده ۱۵۷ ق.م.

مقدم است، زیرا هرگاه تاریخ احیاء اراضی رودخانه مشخص باشد دیگر نوبت به اجرای حکم ماده ۱۵۷ ق.م و قاعده قرعه نمی‌رسد، بنابراین ماده ۱۵۸ ق.م «وارد» بر ماده ۱۵۷ ق.م است.

✓ مطابق ماده ۲۱۳ قانون مجازات اسلامی: «در تعارض سایر ادله با یکدیگر، اقرار بر شهادت شرعی، قسامه و سوگند مقدم است. همچنین شهادت شرعی بر قسامه و سوگند تقدم دارد»

۲. **تخصص:** تخصص یعنی «خروج موضوعی» بدین معنی که فردی از ابتدا از موضوع دلیل عام خارج است در نتیجه از حکم آن نیز خود به خود خارج می‌باشد؛ بنابراین در تخصص لازم نیست آن فرد را از موضوع یا حکم عام خارج نماییم بلکه آن فرد از ابتدا خارج از موضوع بوده و در نتیجه خارج از حکم نیز می‌باشد.
مثال برای تخصص:

✓ هرگاه گفته شود «پسران در سن بیست سالگی باید به خدمت نظام وظیفه بروند.» دختران نسبت به این حکم «تخصص» دارند؛ زیرا موضوع این حکم «پسران» است و دختران از ابتدا داخل در موضوع این حکم نبوده‌اند و به اصطلاح خروج موضوعی داشته‌اند.

✓ مطابق ماده ۶۹۹ قانون مدنی: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ...» و به موجب ماده ۷۰۰ قانون مدنی: «تعلیق ضامن به شرایط صحت آن مثل این که ضامن قید کند که اگر مضمون‌عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمی‌شود.» نباید پنداشت ماده ۷۰۰ قانون مدنی استثنا و مخصص ماده ۶۹۹ قانون مدنی است. چرا که تعلیق به شرایط صحت، تعلیق واقعی نیست. پس ماده ۷۰۰ ق.م، از موضوع ماده ۶۹۹ ق.م (تعلیق در ضمان) خارج بوده و در نتیجه حکم بطلان بر آن بار نمی‌شود.

✓ مطابق ماده ۱۰۰ قانون مجازات اسلامی: «در جرایم تعزیری قابل گذشت، گذشت شاکی یا مدعی خصوصی حسب مورد موجب موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات است.» موضوع این ماده، «جرایم تعزیری قابل گذشت» است؛ بنابراین از ابتدا «جرایم غیرقابل گذشت» داخل در موضوع این ماده نبوده است و نسبت به آن «تخصص» دارد.

مقایسه تخصص و ورود:

شباهت تخصص و ورود:

الف - هم در تخصص و هم در ورود خروج، «موضوعی» است.

ب - خروج موضوعی هم در تخصص و هم در ورود به صورت حقیقی و واقعی است نه ادعایی و تنزیلی.

تفاوت تخصص و ورود:



۳. **حکومت:** در حکومت ابتدا دلیل عامی وجود دارد. سپس دلیل دوم برخی از افراد دلیل اول را از موضوع آن به طور اعتباری و تعبدی (نه به طور واقعی) خارج می‌کند تا آن افراد از حکم دلیل عام خارج شوند. در حکومت ممکن است دلیل دوم برعکس عمل نموده، برخی افرادی را که حقیقتاً داخل در موضوع دلیل عام نمی‌باشند به طور اعتباری و تعبدی (نه به طور واقعی) داخل در موضوع دلیل عام نماید تا آن افراد نیز مشمول حکم دلیل عام قرار گیرند. بدین ترتیب حکومت بر دو قسم است:

قسم نخست: حکومت تضییعی: در حکومت تضییعی اخراج موضوعی پیش می‌آید؛ بدین معنی که دلیل دوم برخی از افراد دلیل اول را از موضوع آن خارج می‌کند و در واقع دلیل اول را مضیق می‌سازد تا آن افراد مشمول حکم دلیل اول نگردند. برای مثال هرگاه گفته شود همه علماء را احترام کنید و سپس گفته شود علماء فاسق عالم نیستند، دلیل دوم علماء فاسق را از موضوع دلیل اول (علماء) خارج می‌کند. این اخراج، واقعی نیست زیرا حقیقتاً نمی‌توان عالم بودن را از شخص عالم سلب نمود بلکه این اخراج، تعبدی و اعتباری می‌باشد یعنی به جای آن که مستقیماً گفته شود علماء فاسق را احترام نکنید (تخصیص)، به طور غیرمستقیم گفته شده علماء فاسق عالم نیستند تا در نتیجه مشمول حکم و جوب احترام قرار نگیرند.

برای مثال، مطابق ماده ۲۶۲ قانون مجازات اسلامی «هر کس پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله و سلم و یا هر یک از انبیاء عظام الهی را دشنام دهد یا قذف کند سب‌النبی است و به اعدام محکوم می‌شود» و مطابق ماده ۲۶۳ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه متهم به سب، ادعاء نماید که اظهارات وی از روی اکراه، غفلت، سهو یا در حالت مستی یا غضب یا سبق لسان یا بدون توجه به معانی کلمات و یا نقل قول از دیگری بوده است سب‌النبی محسوب نمی‌شود.» موضوع ماده ۲۶۲ قانون مجازات اسلامی «سب‌النبی» است و حکم آن محکوم شدن به اعدام است، ماده ۲۶۳ قانون مجازات اسلامی موضوع ماده ۲۶۳ قانون مجازات اسلامی را تفسیر و دامنه آن را محدود کرده است.

قسم دوم: حکومت توسعه‌ای: در حکومت توسعه‌ای دلیل دم تعدادی از افراد خارج از موضوع دلیل اول را به طور اعتباری و تعبدی داخل در موضوع دلیل اول می‌کند تا مشمول حکم دلیل اول قرار گیرند. به این قسم از حکومت، «ادخال موضوعی» نیز می‌گویند. برای مثال هرگاه گفته شود همه علماء را احترام کنید و سپس گفته شود افراد پیر بی‌سواد نیز عالم هستند. در این صورت واضح است آن افراد پیر واقعاً عالم نیستند و متکلم می‌خواسته آنها را در حکم عالم قرار دهد تا حکم و جوب احترام نسبت به آنها نیز اجرا شود.

مثال حقوقی حکومت توسعه‌ای در قوانین بسیار است. هرجا قانون‌گذار امری را در حکم امر دیگر قرار داده است با حکومت توسعه‌ای مواجه هستیم. برای مثال ماده ۱۷ قانون مدنی برخی از اموال منقول را که در کشاورزی به کار می‌روند از دو جهت در حکم غیرمنقول دانسته است؛ یعنی با این که این اموال ذاتاً منقول هستند ولی چون مقنن می‌خواسته حکم اموال غیرمنقول بر آنها بار شود، آنها را داخل در موضوع اموال غیرمنقول قرار داده است.

مثال دیگر مطابق ماده ۲۶۲ قانون مجازات اسلامی: «هر کس پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله و سلم و یا هر یک از انبیاء عظام الهی را دشنام دهد یا قذف کند سب‌النبی است و به اعدام محکوم می‌شود: تبصره - قذف هر یک از ائمه معصومین علیهم السلام و یا حضرت فاطمه زهرا سلام الله علیها یا دشنام به ایشان در حکم سب‌النبی است.» موضوع صدر ماده ۲۶۲ قانون مجازات اسلامی «دشنام یا قذف انبیاء» است و تبصره آن با تفصیری که از آن ارائه می‌دهند دامنه آن را توسعه داده است.

مقایسه ورود و حکومت:

شباهت ورود و حکومت:

هم «ورود» و هم «حکومت» تعبدی هستند؛ یعنی مستند به نظر شارع و قانون‌گذار می‌باشند.

تفاوت ورود و حکومت:



۴. **تخصیص:** چنان که در بحث عام و خاص گذشت در تخصیص، دلیل خاص، تعدادی از افراد موضوع عام را از حکم عام بیرون می‌برد؛ به عبارت دیگر تخصیص عبارت است از «اخراج حکمی». پس در تخصیص با این که افراد خاص، داخل در موضوع عام هستند از حکم عام خارج می‌شوند. برای مثال هرگاه گفته شود همه علماء را احترام کنید (دلیل عام) و سپس گفته شود علماء فاسق را احترام نکنید (دلیل خاص) با این که علماء فاسق داخل در موضوع دلیل عام (علماء) هستند از حکم دلیل عام (ووجب احترام) خارج می‌شوند. برای مثال، مطابق ماده ۸۸۰ قانون مدنی: «قتل از موانع ارث است، بنابراین کسی که مورث خود عمداً بکشد از ارث او ممنوع می‌شود...». و مطابق ماده ۸۸۱ قانون مدنی: «در صورتی که قتل عمدی مورث به حکم قانون یا برای دفاع باشد مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود». مثال دیگر، مطابق ماده ۴۴۵ قانون مدنی: «هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل به وراث می‌شود.» و مطابق ماده ۴۴۶ قانون مدنی: «خیار شرط ممکن است به قید مباشرت و اختصاص به شخص مشروطاً له قرار داده شود در این صورت منتقل به وراث نخواهد شد.» و مطابق ماده ۴۴۷ قانون مدنی: «هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد منتقل به ورثه نخواهد شد.»

نکات مهم مهم موفقیت

- * باید مسائل و سوسه‌انگیز (همچون تلفن همراه، تلویزیون و ...) در اطرافمان را کنترل کنیم. آنچه به طور معمول اتفاق می‌افتد این است که ما بی‌اختیار به سمت آنها می‌رویم. یک تلفن همراه ساده تهیه کنید؛ باور کنید که در سه/چهار ماه آخر، کلی وقت کم می‌آید.
- * شما [برای موفقیت] باید [مدتی] از آسایش دور باشید؛ ممکنه برخی از دوستانتون رو از دست بدید؛ مجبور بشید شب‌بیداری بکشید. هرچند که بسیاری از مردم حاضر نیستند چنین کاری را انجام دهند...
- * ۳۰ تا ۴۵ دقیقه مطالعه کنید سپس ۴ تا ۵ دقیقه استراحت. در استراحت‌ها از موبایل، تلویزیون و وسایل ارتباطی دوری کنید. مراقب دزدی‌های زمان باشید! در زمان‌های استراحت بین مطالعه، اگر فعالیتی سرگرم‌کننده را شروع کنید، ممکن است زنگ تفریح شما طولانی‌تر از زمان درس خواندن باشد.
- * در زمان‌های استراحت بین مطالعه: کمی راه بروید؛ دست‌ها، انگشتان، شانه‌ها، گردن و چشمانتان را نرمش بدهید. سعی کنید در این بازه زمانی از فعالیت‌های فکری دوری کنید.
- * بدانید که حتی در آرام‌ترین محیط، حداکثر دقت و تمرکز انسان بر روی یک متن درسی، ۲۵ دقیقه است.
- * یک مطالعه مطلوب سه ساعته باید شامل ۴ مطالعهٔ چهل دقیقه‌ای با فاصله ۴ تا ۵ دقیقه‌ای در میان آنها باشد. این روش، علاوه بر اینکه دقت شما را در بالاترین حد خود نگاه می‌دارد باعث می‌شود از نظر جسمی خسته نشوید.
- * یک هدف را انتخاب کنید و فقط به سوی آن حرکت کنید؛ رویاهای خود را مکتوب کنید؛ در رویاهایتان زندگی کنید! و نهایتاً رویاهایتان را دنبال کنید و یقین داشته باشید که رویاهایتان راه را بلد هستند.
- * زمان مطالعه خود را به صورت ترکیبی از ساعت و تعداد فصل‌های کتاب برنامه‌ریزی کنید. مثلاً اگر مطالعهٔ فصلی از کتاب تا بعد از ساعت ۶ کامل می‌شود تنها با به پایان رسانیدن آن فصل، مطالعه خود را متوقف کنید.
- * در هنگام درس خواندن، باید یک لیوان آب بر روی میز خود بگذارید و به یاد داشته باشید که گه‌گاه جرعه‌ای از آن بنوشید ...
- * همواره قبل از مطالعه، مقدار درسی که باید خوانده شود را تعیین کنید و نه مدت زمان درس خواندن را. برای به پایان رساندن مقدار مطلوبی که برای مطالعه مشخص کرده‌اید شتاب‌زده عمل نکنید! در عین حال، اهداف غیر واقعی را هم برای خود در نظر نگیرید.
- * خوردن یک صبحانه سالم، یعنی فراهم کردن انرژی کافی برای فعالیت در پرتحرک‌ترین و ثمربخش‌ترین ساعات روز؛ یعنی صبح‌ها!
- * یکی از تکنیک‌های مطالعه، مطالعهٔ اجمالی قبل از خواندن دقیق است. ابتدا باید با تندخوانی (روزنامه‌ای خوانی)، موضوع را به سرعت مطالعه کرد. این کار به ذهن شما کمک می‌کند تا اطلاعات شاخص را جمع‌آوری کرده و پیش‌زمینهٔ مناسبی برای درس خواندن مؤثر فراهم آورید. تندخوانی (روزنامه‌ای خوانی)، را نمی‌توان جایگزین مطالعهٔ معمولی کرد بلکه این روش، صرفاً تمرینی است که برای مؤثر ساختن مطالعه به کار گرفته می‌شود. در تندخوانی باید از انگشتان خود کمک بگیرید و به چشمان خود یاد دهید که حرکت انگشتان را تعقیب کنند.
- * از افرادی که سعی دارند بلندپروازی‌هایتان را کوچک شمارند دور شوید.
- * یادداشت‌برداری در جریان مطالعه، به شما کمک می‌کند تا تأثیرات آنچه در جریان مطالعه گذشته است را ثبت کنید. یادداشت‌کردن نکات مهم، تأثیر بسزایی در تثبیت آن در ذهن دارد. به یاد داشته باشید مغز حدود هفتاد و پنج درصد آنچه را که فرا گرفته پس از یک روز فراموش می‌کند.
- * شما به هیچ کس نیاز ندارید که رویایتان را تأیید کند! رویای شما برای شماست ... اگر دیگران رویای شما را تأیید نمی‌کنند به این دلیل است که: این رویای آنها نیست و آن را درک نمی‌کنند.
- * اگر انگیزهٔ مطالعه و درس خواندن به اندازهٔ کافی جذاب نباشد یقیناً با جدیت تلاش نخواهید کرد. برای خود آرزوی بزرگی را تصور کنید. همانا که داشتن آرزوی بزرگ، انگیزه‌ای برای این خواهد شد که با اراده‌ای استوار به مطالعه ادامه دهی.
- * از قدیم به ما می‌گفتند: «آزمون وکالت یا قضاوت نص محور است.» به عبارت دیگر، متن قوانین و آرای وحدت رویه، مورد سؤال قرار می‌گیرد. این گفته، تا حدودی فریب‌دهنده است و متأسفانه عده‌ای از داوطلبان در دام این معنی می‌افتند و صرفاً به متن قوانین اکتفا می‌کنند. یک داوطلب ناچار است برای فهم ابعاد یک مادهٔ قانونی، علاوه بر متن ساده قوانین، کتاب‌های کم‌حجم و جزوات را نیز مطالعه کند.
- * دهنده‌ای با برنامهٔ تمرینی‌اش توانست بزرگترین، سریعترین و با استعدادترین دهندهٔ جهان شود. او می‌گوید: من صبح‌ها ۱۰ کیلومتر و شب‌ها ۲۰ کیلومتر می‌دوم. وقتی به او گفتند که برنامهٔ تمرینی‌اش خیلی ساده است، گفت: برنامهٔ تمرینات من ساده است، ولی من ۳۶۵ روز در سال این کار را می‌کنم. علت اینکه بعضی‌ها به خواسته‌هایشان نمی‌رسند، این نیست که برنامهٔ ساده‌ای دارند، بلکه آنها نمی‌توانند این برنامهٔ ساده را دنبال کنند.

- * وضع نشستن برای افرادی که زیاد مطالعه می‌کنند بسیار مهم است. نباید به صورت خمیده و یا مایل به سمت طرفین مطالعه نمود؛ ستون فقرات به هنگام مطالعه باید راست باشد. باید ضمن مطالعه و در وقت‌های استراحت چشم‌ها و وضع نشستن خود را تغییر داده، مختصری حرکت نماید تا از رکود خون در پاها جلوگیری شود. مطالعه در حال دراز کشیدن برای چشم مناسب نیست چراکه روشنایی کتاب تأمین نمی‌شود و خستگی زودتر فرا می‌رسد.
- * اگر بخواهی اصلاحات مهمی در زندگی‌ات ایجاد کنی، باید دلیلی داشته باشی و برای اینکه بخواهی تغییرات ضروری را در زندگی‌ات بدهی، چرایت باید در نظرت انگیزه‌بخش باشد و تو را برای دست زدن به هر اقدام لازمی به هیجان آورد. تو باید بخواهی که بلند شوی، و برای سال‌های متمادی ... بروی و بروی و بروی ...
- * بد نیست که یک همراه موفقیت پیدا کنی. مثلاً به دوستی که هدفش قبولی در آزمون و به اندازه کافی انگیزه قوی برای قبولی در آزمون دارد! اینانی که باشگاه ورزشی می‌زن یک حریف تمرینی دارند که بهشون انگیزه می‌ده و به موقع‌های سرشون داد می‌زنه و بعضی اوقان هم می‌تونن باهاش درد دل کنند. کلاً این رو می‌دونید که هم‌نشینا و معاشران خیلی - یعنی خیلی - مهم هستند. با همراه موفقیت‌تان راجع به مخمصه‌ها و اشتباهاتان صحبت کنید.
- * موفقیت در سایه سخت‌کوشی، نظم و عادت‌های خوب به دست می‌آید؛ نباید در انتظار کسب نتایج آنی باشیم؛ این داستان‌هایی که مطرح می‌شود که به نفر یک‌شبه میلیاردی شده، یک در میلیون! و موفقیت، مایکروویوی و فست‌فودی نیست!
- * درس‌ها رو متنوع بخونید مثلاً در یک روز، دو درس را بخوانید؛ آدمی از یکنواخت بودن به زودی ملول می‌شود.
- * کتاب قانونی را که با آن کار می‌کنید و انس می‌گیرید هرگز عوض نکنید چون ذهن شما تصویر صفحات مطالعه شده را نیز حفظ می‌کند (مثلاً من می‌دونم که توی قانونم ماده فلان در بالای صفحه سمت چپه! این مزیت حافظه تصویری، وقتی که حافظه علمی در آزمون کار نمی‌کنه معجزه می‌کنه! به پیشنهاد دیگه: از مجموعه قوانین «معاونت تدوین، تفسیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری» به نشانی dotic.ir استفاده کنید.
- * دو راه مفید برای مواجهه با صداهای مزاحم هنگام مطالعه وجود داره:
- یک: استفاده از صدای «نویز سفید» هنگام مطالعه: صدای «White noise» - شبیه صدایی که توی این تلویزیون قدیمی‌ها هم‌زمان با دیدن برفک پخش می‌شد - رو دانلود کنید و موقع درس‌خوندن پخش کنید. دو: گذاشتن گوش‌گیرها (محافظ گوش): برای رفع عامل صدای محیط، صداگیرهای اسفنجی کوچک ارزان‌قیمتی در داروخانه‌ها قابل تهیه هستند و داخل مجرای گوش قرار می‌گیره و بی‌نظیره.
- * جزوات و کتاب‌ها تون رو حتماً سیمی کنید که باهاش یک سال گلنجار نرید. از نگهدارنده‌های کتاب که هنگام مطالعه از خم کردن سر و گردن و پایین‌نگاه‌داشتن چشم‌هایتان جلوگیری می‌کند استفاده کنید. این Book Holderها با جنس‌های مختلف در بازار موجوده.
- * همیشه اوون آدمه باش که نه می‌گه! هم‌رنگ جماعت شدن افتخاری نداره!
- * اگه تا به حال به جایی نرسیدید دیگران را مقصر ندونید چون «وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى» و اینکه برای انسان جز حاصل تلاش او نیست «وَأَنْ سَعَيْهٖ سَوْفَ يُرَى» و [نتیجه] کوشش او به زودی دیده خواهد شد.
- * روانشناسان می‌گویند چیزی تبدیل به عادت نمی‌شود مگر اینکه آن را سه هفته مکرر انجام دهید. این حرف علمی نیست اما من ازش جواب گرفتم!
- * موفقیت واقعی و ماندگار، نیازمند کارکردن است - و البته کار زیاد!
- * برایان تریسی می‌گه: «افراد موفق هدف‌های خیلی روشنی دارند. آنها می‌دانند که کی هستند و می‌دانند که چه می‌خواهند. آنها هدفشان را روی کاغذ می‌نویسند و برای رسیدن به آن برنامه‌ریزی می‌کنند. از نظر من هدفی که نوشته نشده فقط خیال است!»
- * به چیز دیگه هم بگم: در آزمون‌های آزمایشی مؤسسات شرکت نکنید چون روحیه‌تون خراب می‌شه چرا که سوالات این آزمون‌ها کاملاً غیراستاندارد و در اغلب موارد بسیار دشوار و بی‌ارتباط با آزمون اصلی است.
- * افراد سست‌اراده همیشه منتظر معجزه‌ها و رویدادهای شگفت‌انگیزند اما افراد قوی، خود آفریننده معجزه‌ها و رویدادهای شگفت‌انگیزند.
- * و هر که بر خدا توکل کند خدا او را کفایت خواهد کرد (آیه ۳ سوره طلاق) منظور از «توکل» سپردن کارها به خدا، اعتماد بر لطف اوست زیرا «توکل» از ماده «وکالت» به معنای انتخاب وکیل نمودن و اعتماد بر دیگری کردن است. بدیهی است هر قدر وکیل توانایی بیشتر و آگاهی فزون‌تر داشته باشد، شخص موکل احساس آرامش بیشتری می‌کند و از آنجا که علم خدا بی‌پایان و توانایی‌اش نامحدود است، هنگامی که انسان، توکل بر او می‌کند، آرامش فوق‌العاده احساس می‌کند چه آنکه حتی اگر از بدی هم بر او برسد «خبر» است. آیه ۲۱۶ سوره بقره می‌گه: «و چه بسا چیزی را خوش ندرید و آن برای شما خیر است، و چه بسا چیزی را دوست دارید و آن برای شما بد است؛ و خدا [مصلحت شما را در همه امور] می‌داند و شما نمی‌دانید.» و در آخر هم آیه ۲۸ سوره رعد رو همیشه گوشه ذهن داشته باشد که با دل‌تون بازی می‌کنه: «و دل‌ها تنها با یاد خدا آرام می‌گیرند.»
- در پایان اینکه کلی رسانه‌ها رو در مدتی که درس می‌خونید بذارید کنار! چون بخشی از ظرفیت ذهن شمار رو اخبار اشغال می‌کنه و این سمه! و این رو بدونید که ۹۹ درصد از کل اخبار هیچ اثر شخصی روی زندگی ما، یا هدف‌ها، رویاها و بلندپروازی ما نداره! البته استثنائاً رسانه‌هایی که روی حوزه رشد فردی کار می‌کنن و رسانه‌های ملاکریمی رو دنبال کنید!

یه تو صیبهٔ مُخا صانه: از بهترین راه‌های دستیابی به اهداف این است که انرژی‌مان را در بخشش به دیگران متمرکز کنیم. اگر می‌خواهیم اعتماد به نفس خودمان بیشتر شود، سعی کنیم اعتماد به نفس اطرافیان‌مان را بالا ببریم. اگر حس امیدواری و مثبت‌اندیشی می‌خواهیم باید در شخص دیگری این‌ها را القا کنیم و **اگر موفقیت را برای خودمان می‌خواهیم برای دیگران هم بخواهیم.** این «اثر دیگران» است بر زندگی ما! اثر موجی کمک به دیگران و بخشیدن سخاوتمندانهٔ وقت و انرژی‌مان به آنها این است که خودمان بزرگ‌ترین ذینفع این «نوع دوستی» خواهیم بود. وقتی هم آموختیم یکی از تأثیرگذارترین بخش‌ها بر زندگی هر کس اطرافیان‌ش می‌باشد، لذا با بهبود وضع اطرافیان در واقع زندگی خودمان را به سمت خوبی تغییر داده‌ایم. اثر دیگران یعنی اینکه اگر دوستم جزوهٔ حقوق مدنی را خوانده است و از آن متأثر شده، آن را به من هدیه کند، **من به دیگری هدیه کنم یا با نوشتن مطلبی دربارهٔ این جزوه، دیگران را تشویق به خواندن آن کنم تا هم خودم لذت ببرم، هم جامعه و اطرافیانم هم موجی از لذت و تغییر مثبت را احساس کنند.** من متوجه شده‌ام بهترین راه برای به دست آوردن چیزهایی که در زندگی‌ام می‌خواهم این است که انرژی‌ام را روی بخشش به دیگران متمرکز کنم. اگر این جزوه به تو کمک کرده اوون رو برای پنج نفر بفرست؛ چون بدون تو حتی ممکن نبود آن را پیدا کند.

از حضرت امیر (ع) نقل است: «نوکِ قلم‌های خود را تیز تراشید و خطوط را نزدیک به هم بنویسید، عبارت‌های اضافی را حذف و اصل سخن را مورد توجه قرار دهید؛ پرهیزید از زیاده‌روی و مصرف بیش از حد که اموال مسلمانان، تحمّل ضرر و زیان را ندارد»؛ انتخابِ قلم، چینش و آماده‌سازی این جزوه با هدف استفاده و صرفه‌جویی حداکثری از کاغذ انجام شده؛ امید داریم چنانچه احتمالاً از سهولت استفاده از مجموعه کاسته شده، خوانندگان عزیز من را ببخشند و همچنین اگر در حین مطالعه با موارد سهو قلم و یا خطاهای انسانی دیگر که ما از آن غافل مانده‌ایم، مواجه شدید؛ از طریق ایمیل mollakarimi.omid@gmail.com یا واتس‌آپ ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ با ما در

میان بگذارید تا اصلاح نماییم. به‌روزرسانی جزوه: پاییز ۱۳۹۹

 اینستاگرام نویسنده: [omid_mollakarimi](https://www.instagram.com/omid_mollakarimi)

امید ملاکریمی هستیم؛ یه حواس پرتِ متولد دههٔ ۶۰ توو تهران! ارزش اصلی من در زندگی، کمک به دیگران و تأثیرگذاری بر زندگی آنها ست. به یادگیری و اشتراک‌گذاری شتن آموخته‌هایم با دیگران علاقه‌ی زیادی دارم. البته همه تلاشم را می‌کنم تا روش‌هایی را که به افزایش کیفیت یادگیری کمک می‌کنند یاد بگیرم و بعد از افزودن تجربیات خودم، آنها را به دیگران هم انتقال بدهم. در حوزهٔ آموزش و نوپسندگی در رشتهٔ حقوق با روش «ساده‌نویسی» و «به کار بردن مثال‌های روان» متفاوتم! من به این جمله ایمان دارم: «اگر موفقیت بیشتری می‌خواهی باید به دیگران کمک کنی تا به موفقیت بیشتری دست یابند.»



داستان نویسنده: بعد از اینکه لیسانسم رو گرفتم مثل خیلی از دانش‌آموخته‌های حقوق وارد دورهٔ کارشناسی ارشد شدم؛ البته باید بگم که یه کار ثابت هم داشتم که ماهانه یه حقوق ثابت از اوون می‌گرفتم. رفته رفته به این نتیجه رسیدم که اگه بخوام اینجوری ادامه بدم دست آخر بعد از دریافت مدرک کارشناسی ارشد و یا حتی دکتری در بهترین حالت می‌خوام یه کارمند سطح بالا توو یه اداره بشم که نهایتاً یه حقوق خوب دریافت کنم. شاید برای خیلی‌ها رسیدن به یه حقوق کارمندی خوب نقطهٔ اوج آرزوهاشون محسوب بشه اما من رسیدن به یه حقوق ثابت خوب رو مطلوب نمی‌دیدم. همیشه دوست داشتم مثل قهرمانای این فیلما به آدمایی که توو موقعیت‌های بد قرار گرفتن کمک کنم و با کلی غرور و کمال رضایت از مفید بودن خودم یه نفس عمیق بکشم و بگم «توونستم!». از این فیلما که بگذریم ذات زندگی آدمیزاد اینه که باید بجنگه و از «یه جا نشستن» یا همون «صبح به صبح کارت زدن توو یه محیط اداری» فراری باشه. خلاصه اواخر اسفند ماه بود که تصمیم گرفتم عطای حقوق ثابت را به لقایش ببخشم و از اول فروردین شروع کنم به خوندن! البته این اشتیاقی سوزان باید اول اول توو خود آدم ایجاد بشه و حتی اگه دوستان و اطرافیان با تمسخر بهت بگن: «تو که کار ثابت داری، می‌خوای بشینی و بخونی که چی!»، یا بگن: «صد و ده هزار تا شرکت می‌کنن و نهایتاً سه هزار تا وُر می‌دارن و تو بدون سهمیه عمراً شانس نداری!» اطمینان نداشتم که به موفقیت برسم اما با خودم عهد کردم که اول فروردین «بسمه‌الله» بگم و با همهٔ توانم پیش برم؛ البته قبلش از خانواده‌ام خواستم که توو این مسیر کمک کنن و این هشت ماه یه کم توقع و انتظارشون رو از من کم کنن. من ریسک شیرین بلندپروازانه‌ای رو آغاز کرده بودم؛ خلاصش کنم برات: «با وجود تمام ترسی که از شکست داشتم، از تصمیم‌ام راضی بودم!». جملهٔ یه بنده‌ی خدا اوومد توو ذهنم که می‌گفت اگر آرزوت اینه که یه ما شین بخری، اول برو یه جا سوئیچی برای ما شینی که توو رو بایه تهیه کن و یقین داشته باش که به ماشینه می‌رسی! منم بدون معطلی، رفتم یک سنجاق سینهٔ کوچولو که رووش آرم کانون رو داره و وکیل‌های کانون همیشه روی کت یا مانتوشون می‌زنن تهیه کردم. تا شروع کردم کمک‌های خدا رو دیدم که یکی یکی برام می‌اومد. مثلاً با مسوول یه کتابخونه صحبت کردم و با وجود اینکه ساعت کار اوونجا تا ۶ بعد از ظهر بود بهم گفت: می‌تونی با نهبان مجموعه هماهنگ کنی و تا ۱۱ شب هم از کتابخونه استفاده کنی! خلاصه اینکه ایمان داشتم اگر امروز زحمت بکشم فردا از نتیجه و میوهٔ شیرین اوون زحمات بهره‌مند می‌شم؛ به فرموده قرآن: «فان مع العسر، یُسرا». خوشحالم از اینکه که امروز که این متن رو نوشتم در وضعیتی هستم که در تمامی آزمون‌های حقوقی (وکالت، قضاوت، ارشد، دکتری) قبول شدم و به عضویت «هیأت علمی» رسیدم و می‌خوام متنم رو با یه جمله تموم کنم: «تووی سکوت تلاش کن و اجازه بده صدای موفقیت همه جا بیچه!»

چشم‌انتظار خواندن داستان موفقیت‌تان هستیم!

به امید موفقیت تو؛ امید ملاکریمی؛ پایان گفتار ما: حمد و سپاس مخصوص پروردگار جهانیان است

Telegram Channel: @OmidMollakarimi E-mail: mollakarimi.omid@gmail.com Instagram: @vekalatyar web: mollakarimi.ir

به شماره همراه ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ درخواستتان را واتس‌آپ کنید و جزوات قضاوت و وکالت را از من به رایگان دریافت کنید!