

فوت و فن اصول فقه

تقدیرم به تمامی داوطلبان آزمون وکالت که سطر سطر این مکتوب را به شوق موفقت آنها تدوین نموده ام

مکتوب حاضر جزوه نموداری فوت و فن اصول فقه می باشد که به بیان نکته های کاربردی و آزمونی و شیوه های صحیح گزینه یابی در درس اصول فقه آزمون وکالت پرداخته است. نگارنده معتقد است در صورتی که این مکتوب به خوبی مطالعه شود به تنهایی قابلیت پاسخگویی به حدود ۷۰ درصد نمره درس اصول فقه فراهم است. قسمت تعارض ادله در این مختصر نگاشته نشده است که پیشنهاد می شود این قسمت از روی کتاب مطالعه گردد.

مکتوب حاضر به صورت رایگان در اختیار شما عزیزان قرار گرفته است. لذا در صورتی که رضایت کافی از این جزوه داشتید و استطاعت مالی دارید از شما درخواست می شود هر مبلغ که در توان دارید برای کمک به کودکان مبتلا به سرطان به موسسه خیریه محک اختصاص دهید و در این کار خیر و خدایسندانه سهیم شوید.

شماره کارت موسسه خیریه محک: ۶۰۳۷۹۹۱۱۹۹۵۰۰۵۹۰۰

تهیه و تنظیم: مهیار ربیعی

رتبه ۲۶ کانون وکلای مرکز - چهار رتبه تک رقمی در آزمون کارشناسی ارشد - کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل دانشگاه شهید بهشتی - وکالت در دعاوی بانکی و ورشکستگی - مشاور قراردادهای نفتی و تجاری بین المللی - متخصص حقوق فناوری مالی (FinTech) و علایم تجاری (TradeMark)

داور قراردادهای بازرگانی


راه ارتباطی با مولف: @Rabiee_Law

الفاظ



تعیینی یا تخصیصی: جعل و قراردادن لفظ بر معنا توسط واضع مشخص

انواع وضع

مانند نامگذاری خیابان توسط شهرداری. 

صریح: پدر نام فرزند خود را علی بگذارد.
ضمنی: پدر فرزند خود را علی صدا کند.

تعیینی یا تخصیصی: عرف یا مردم با کثرت استعمال لفظی را در معنایی به کار برند مانند قانون که گذشته معنا خطکش می داد.

مختص: لفظ واحد = معنا واحد مانند رئیس جمهور، شهر تهران و....

مختص کلی یا مشترک معنوی: لفظ واحد = مصادیق متعدد مانند بیع که

انواع عین معین و کلی شامل آن می شود یا عقد که شامل انواع معاملات می گردد و ...

مختص لفظی یا مشترک لفظی: لفظ واحد = معنا متعدد مانند شیر که برای

شیر خوراکی و حیوان استعمال می گردد یا لفظ جایز که برای عقد جایز و عمل مباح مستعمل است.

لفظ مترادف: لفظ متعدد = معنا واحد مانند علم و دانش - دیه خون بها -

رجم و سنگ سار - بیع و خرید و فروش. اما الفاظی مانند نفقه و خرجی - دادگاه

و مرجع قضائی - قاضی و حاکم شرع مترادف نمی باشند و از سوی دیگر،

الفاظی مانند غیررشد و سفیه - محاربه و افساد فی الارض - حراج و مزایده -

شکار و صید - غلط و اشتباه بین حقوق دانان در مترادف و عدم مترادف آنها

اختلاف است.

تقسیم الفاظ

منقول یا مجاز یا مجاز لغوی یا وضع تعینی: از معنایی به معنای دیگر نقل

شده مانند قانون که گذشته معنایی خطکش می داد که تغییر کرده است. منقول

به شرعی و قانونی تقسیم می گردد.

مرتجل: شبیه منقول است اما در معنای غلط به کار رفته و این معنا غلط جا افتاده است.

حقیقت و مجاز: در صورتی که لفظ در معنا اصلی به کار رود حقیقت و اگر در معنای اصلی با وجود شرایطی استعمال گردد مجاز می گویند.

وجود مناسبت: میان معنای حقیقی و مجازی حتما باید مناسبت و ارتباطی

باشد تا ذهن بتواند به منظور گوینده پی ببرد در غیر این صورت استعمال غلط است. برای مثال به کار بردن بیع به جای ازدواج به علت عدم مناسبت، غلط است.

شرایط استعمال
مجازی

وجود قرینه: نشانه و علامتی وجود داشته باشد که نشان دهد منظور گوینده، معنای حقیقی نبوده، بلکه معنای دیگری را اراده کرده است، به قرینه صارفه، مانند دریای غم، که اینجا غم قرینه ای است که منظور، معنای حقیقی دریا نیست.

علاقه مشابَهت: مانند به کار بردن حکم به جای قرار به علت شبیه بودنشان.

علاقه ماکان: مانند آن که بیع منفسخ شده ولی هنوز بگوئیم بایع و مشتری.

علاقه مشارکت: قبل از قبض در عقد هبه بگوئیم واهب و متهب.

علاقه جز کل: برای حد سرقت باید دست سارق قطع شود که منظور ۴

انگشت.

انواع مناسبت
(علاقه)

علاقه محل و حال: دادگاه باید تصمیم بگیرد که منظور قاضی دادگاه است.

علاقه سبب و مسبب: عقد معلق که منظور مان اثر عقد است.

علاقه مسبب و سبب: جعاله تعهدی است جایز که منظور عقد جایز.

@Rabiee_Law

صارفه: برای تشخیص حقیقت از مجاز از قرینه صارفه استفاده می شود
مانند: «موضوع برای داوری به یکی از دادگاه های ایران احاله خواهد شد» در
اینجا کلمه داوری در معنای حقیقی به کار برده نشده است بلکه مجازاً به معنای
رسیدگی قضایی است و کلمه دادگاه قرینه آن می باشد. نام دیگر این قرینه
مانعه است.

انواع قرینه

معینه: برای معین کردن یک معنا از معانی متعدد لفظ مشترک به کار می
رود برای مثال حقوق، معانی متعددی دارد از جمله علم حقوق، مزد یا پاداش ...
اما زمانی که گفته می شود حقوقم واریز شد کلمه واریز قرینه معینه می باشد.
نام دیگر این قرینه، موضحه است.

نکته: قرینه به اقسام دیگری هم تقسیم می شود: اگر لفظی مقالیه و اگر
غیرلفظی باشد حالیه یا مقامیه گویند.

حقیقت لغوی: ذاتاً حقیقت می باشد مانند آب و نان اما چهار مورد دیگر
مجاز لغوی می باشند.

عرف عام: مردمان با کثرت استمال این عرف به
وجود می آورند.

حقیقت عرفی

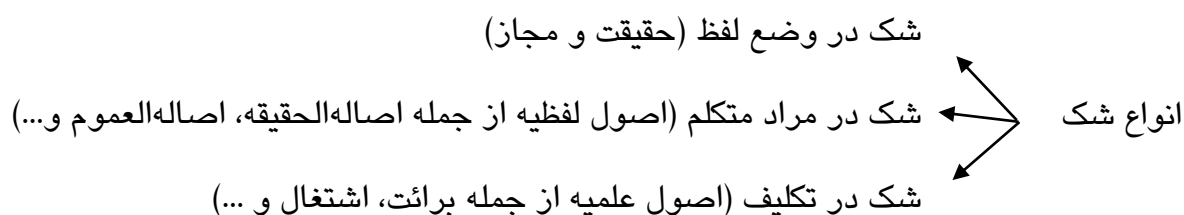
عرف خاص: * شارع: که تا زمان امام صادق را می

گویند. * متشرعه: که بعد از امام صادق را می گویند. * قانونی:

که قانون گذار آن را وضع کرده مانند لفظ حکم یا قرار

اقسام حقیقت

و مجاز



اصاله الحقیقه: هرگاه در معنایی حقیق و مجازی لفظی شک کنیم اصل بر معنای حقیقت است.

اصاله اطلاق: هرگاه در مطلق و مقیدبودن لفظی شک کنیم اصل بر مطلق بودن است.

اصاله العموم: هرگاه در عام و خاص بودن لفظی شک کنیم اصل بر عام بودن است.

اصاله عدم اشتراک: اگر لفظ معنای مختلفی داشته باشد اصل عدم اشتراک است و آن لفظ حقیقت و مجاز است.

اصل عدم نقل: اگر شک کنیم معنایی لفظی تغییر کرده اصل عدم نقل است. این اصل مبنایش اصل استصحاب می باشد.

اصل عدم تقدیر: اگر شک کنیم کلامی از جمله افتاده است اصل عدم تقدیر است و کلامی جا نمانده.

اصاله الظهور: تمام اصول بالا به نوعی اصاله الظهور می باشند و به این اصل باز می گردند.

شک در مراد
تکلم

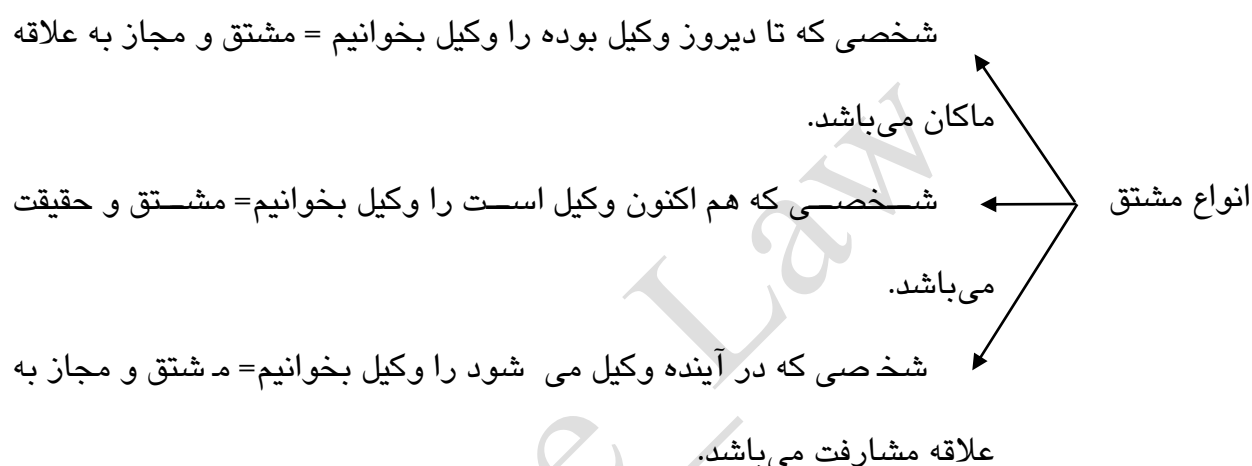
مشتق: لفظی که بیانگر صفت یا حالتی از یک شیء یا شخص می باشد. رابطه مشتق اصولی و نحوی عموم خصوص من وجه است.

افعال و کارها تا زمانی که انجام می گیرند حقیقت می باشند مانند دیدن.

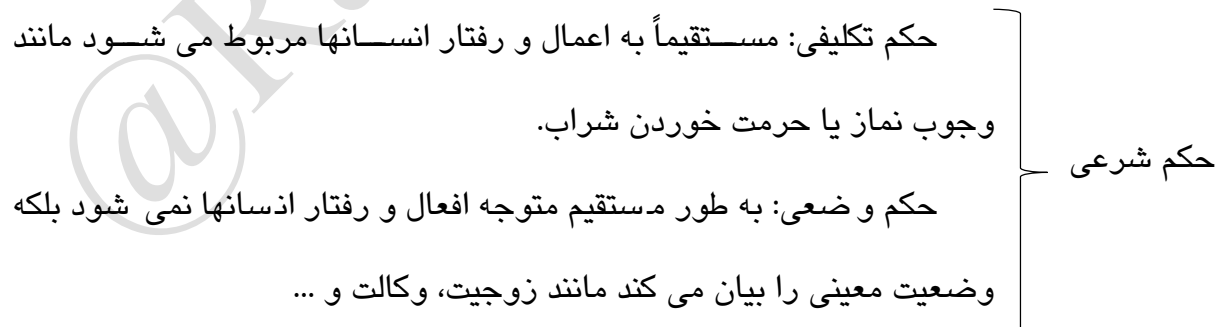
مشاغل تا زمانی که در آن سمت، شخص حضور دارد حقیقت است مانند

قاضی که در منصب قضا اشتغال دارد.

اشخاص اگر مرتکب جرایم شوند در آینده هم با آن صفت شناخته شوند و این استعمال حقیقت می باشد مانند کسی که امروز سرقت کرده است فردا هم به او سارق می گویند.



احکام



وجوب: به صورت الزامی، انجام کاری مکلف خواسته شود، مانند وجوب ادای امانت.

حرمت: ترک عملی از مکلف خواسته شود، به صورتی که به هیچ وجه به ترک آن راضی نباشد مانند حرمت تصرف در مال غیر.

استحباب: انجام عملی از مکلف خواسته شود، در عین حال ترک آن هم مجاز باشد مانند استحباب صدقه دادن.

کراهت: ترک عملی از مکلف خواسته شود و با وجود این، انجام آن هم مجاز باشد مانند طلاق.

اباحه: هرگاه انجام و ترک عملی از نظر شارع و قانون یکسان باشد و اختیار آن به مکلف واگذار شده باشد مانند اباحه تصرف در مال خود.

انواع حکم
تکلیفی

نکته: یکی از نشانه‌ها حکم و وضعی پسوند (یت، ت) می باشد مانند ملکیت، حجیت، طهارت و ... همچنین مواردی چون صحت، نفوذ، شرط، بطلان، ضمان، وکیل، بلوغ، عقل، رشد و ... احکامی وضعی می باشند.

نکته: احکام تکلیفی تنها شامل افراد عاقل و بالغ می شود، ولی در احکام وضعی بلوغ و عقل شرط نیست در نتیجه احکامی مانند ضمان، ارث، بطلان، ملکیت و ... به طور معمول شامل افراد صغیر و مجنون هم می شود.

حکم واقعی: حکمی از جانب شرع و قانون برای اعمال انسان و امور دیگر زندگی وی مقرر گردیده و علم جهل مکلف در آن دخالت ندارد مانند وجوب حج، حرمت غیبت و صحت بیع.

حکم ظاهری: حکمی که در فرض جهل به حکم واقعی، یا شک در آن برای مکلف ثابت می شود و وظیفه عملی او را مشخص می کند مانند عدم حرمت تلقیح مصنوعی با اصل برائت.

حکم شرعی

اولیه: احکامی که شارع یا قانون گذار در حالت عادی و بدون توجه به حالت استثنائی آورده مانند پرداخت نفقه زوجه.

ثانویه: احکامی که شارع یا قانون گذار در حالت خاص و استثنائی آورده مانند عدم پرداخت نفقه زوجه در صورت عدم تمکین.

انواع حکم واقعی

نکته: دلیلی که حکم واقعی را بیان می کند دلیل اجتهادی (قرآن، سنت، اجماع و عقل) نامیده می شود و دلیلی که حکم ظاهری را بیان می کند اصطلاحاً دلیل فقهاتی یا اصل عملی (اصل برائت، استصحاب، تخییر و اشتغال) می گویند.

نکته: شرایط استثنائی چون اضطرار، ضرر، عسر و حرج، اکراه، تقيه، عجز، مرض و مانند آن، باشد را عنوان ثانویه می گویند و حکمی که به این علت آن صادر می شود را حکم ثانویه می گویند.

اوامر

معانی امر

طلب، درخواست و دستور که جمع آن با کلمه اوامر است و الفاظی چون
آمر و مامور از آن مشتق می شود. برای مثال: در صورتی که ارتکاب رفتار به
امر قانونی مقام ذی صلاح باشد... (بند پ ماده ۱۵۸ قانون مجازات)
شیء (چیز)، کار و حادثه. وجه مشترک این معانی آن است که با کلمه امور
جمع بسته می شود و لفظ دیگری هم از آن مشتق نمی شود. برای مثال: اقرار
به امری که عقلا یا عادتاً ممکن نباشد... (ماده ۱۲۶۹ قانون مدنی)

معنای اصطلاحی: در علم اصول، تنها امر به معنای طلب بحث می شود.
«دستور انجام کار به شخصی دیگر که در مرتبه پایین تر قرار دارد» مانند
دستور پدر به فرزند یا کارفرما به کارگر... باتوجه به تعریف به شخص یا مقام
دستوردهنده «آمر» و به شخصی که به او امر شده «مامور» و به عملی که امر
به آن صورت گرفته «مامور به» گفته می شود. دو نکته از این تعریف برمی آید.
اولاً برای تحقق امر، دستور و فرمان دادن به دیگری لازم است نه صرف
رضایت و میل درونی ثانیاً دستور مافوق از زیر دست یا اصطلاحاً «طلب عالی
از دانی» امر نامیده می شود. و تقاضایی دو شخص هم رتبه از یکدیگر، التماس،
خواهش یا درخواست نامیده می شود.

به صورت فعل امر (دوم شخص مفرد یا جمع) مانند این مصرع «بشین به

لب جوی گذر عمر ببین» یا دستور مسئول اداره به کارمندان «به موقع در محل

کار حاضر شوید»

به کاربردن جملات خبری با کلماتی همچون «باید، لازم است، مکلف است

و ...» مانند ماده ۱۱۷۷ ق.م «طفل باید مطیع ابوین خود بوده و ...»

به کاربردن جملات خبری و بدون کارگیری، کلمات پیش گفته مانند ماده

۲۲۴ ق.م «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفی» یا ماده ۳۴ ق.آ.د.ک

«دستورهای مقام قضایی به ضابطان دادگستری به صورت کتبی، صریح و با

قید مهلت می باشد...»

صور ظهور

امر در زبان

فارسی

نکته: ماده امر (ا م ر) می باشد و صیغه امر (صیغه افعِل) می باشد. اما هر

دو این موارد در زبان عربی کاربرد دارند بنابراین در سوالاتی که با مواد

قانونی رو به رو هستید دو گزینه ماده و صیغه امر را حذف کنید.

نکته: امر معمولاً برای بیان حکم تکلیفی به کار می رود. یعنی مستقیماً به

فعل شخص تعلق می گیرد. مانند ماده ۱۱۷۷ ق.م «طفل باید مطیع ابوین خود

بوده و ...» اما گاهی حکم وضعی در قالب امر بیان می شود. مانند ماده ۱۰۶۴

ق.م مقرر می دارد: «عاقِد باید عاقل، قاصد و بالغ باشد» مدلول این گزاره آن

است که: «شرط صحت عقد از سوی عاقد، عاقل، قاصد و بالغ بودن آن است» یا

در ماده ۴۶۸ ق.م آمده است «در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود و الا

اجاره باطل است»

امر عقیب حظر: امر بر وجوب دلالت دارد و در صورت عدم وجود قرینه، ظاهر در وجوب است. اما اگر امر پس از منع، صادر گردد دلالت بر اباحه دارد نه وجوب. مانند آن که گفته می شود «چراغ ها را خاموش کنید» و بعد از چندی گفته می شود «چراغ ها را روشن کنید»، جمله دوم به این معنا نیست که حتما چراغ ها را روشن کنید بلکه منع قبلی را برداشته است.

دلالت امر بر فور و تراخی: فعل امر وضعاً هیچ دلالتی بر فوریت یا جواز تاخیر ندارد، بلکه تنها طلب انجام عمل را بیان می کند و فوریت و تاخیر را باید از قزاین خارجی فهمید. برای مثال در نجات غریق، فوریت استفاده می شود، زیرا تاخیر منجر به تلف شدن غریق می گردد. در برخی از مواد قانونی، قانون گذار به صراحت، لزوم فوریت در انجام عمل را بیان کرده است. مثلاً ماده ۱۷۵ ق.آ.د.م آمده است: «در صورتی که رای صادر مبنی بر رفع تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق باشد، بلافاصله... اجرا خواهد شد». نکته قابل توجه اینکه اگر در موردی، هیچ قرینه ای نباشد یعنی امر به صورت مطلق بیان شده باشد بنابر نظر اصولین در چنین مواردی، تاخیر در انجام عمل یا امتثال، جایز است زیرا خود امر دلالتی بر فور و تراخی ندارد و فرض آن است که قرینه ای هم وجود ندارد، پس شک می کنیم که آیا قید فور و تراخی در امر اعتبار دارد یا نه؟ مقتضای اصول لفظی و اصل برائت این است که هیچ قید زائد بر انجام مامور به، واجب نیست.

دلالت امر بر مره و تکرار: در این مورد هم مشهور عالمان اصول معتقدند که امر وضعاً دلالتی بر مره و تکرار ندارد در نتیجه در هر مورد باید به قراین و

امارات رجوع کرد. و در موردی که هیچ قرینه ای وجود نداشته باشد به عقیده اصولیان یک بار انجام عمل کفایت می کند و تکلیف ساقط می گردد.

نکته مهم: در سوالات که از مواد قانونی یا جملاتی استفاده می گردد که فوریت یا تراخی و همچنین مره و تکرار، با قرآینی استنباط می گردد باز هم امر وضعا دلالتی بر فور و تراخی و مره و تکرار ندارد مگر آن که قرینه ای به کار رفته باشد. برای مثال اگر ماده ۱۷۵ ق.آ.د.م مطرح گردید و پرسیده شد کدام گزینه صحیح است با آن که ما از قرآین متوجه می شویم منظور قانون گذار فوریت است باز هم این گزینه را انتخاب می کنیم که امر وضعا دلالتی بر فوریت ندارد مگر قرآینی به کار رفته باشد. زیرا این قرآین در مقام امتثال و انجام عمل امر را فوری یا تاخیری می کنند ولی خود امر وضعا چنین دلالتی ندارد. (در مورد مره و تکرار هم رویه همین گونه است و امر وضعا دلالتی بر مره و تکرار ندارد مگر قرآینی باشد).

موارد فوق الذکر در مورد نهی هم کاربرد دارد یعنی نهی هم وضعا دلالت بر فور و تراخی و مره و تکرار ندارد مگر قرینه ای موجود باشد.

انواع واجب

اصلی: عملی که وجوبش در دلیل وجود دارد مانند: بایع باید مبیع را به مشتری تسلیم کند.

تبعی: عملی که وجوبش در دلیل وجود ندارد مانند: مقدمات تحویل مبیع.

چگونگی تعلق
تکلیف

نفسی: به خاطر خودش واجب است مانند وجوب نماز یا صدور حکم توسط دادگاه.

غیری یا شرطی: به خاطر موضوع دیگری واجب است مانند: وضو برای نماز یا تحقیقات مقدماتی برای صدور حکم.

کیفیت
مطلوب بودن
مكلف به

نکته: همان طور که می بینید این دو دسته بسیار به هم نزدیک می باشند اما برای پاسخ به سوالات در آزمونها، در صورتی که کلماتی مانند باید یا موظف است در سوالات به کار رفت، واجب را اصلی بگیرید.

عینی: کاری که شارع یا قانون از تمامی افراد خواسته و با انجام آن از طرف تعدادی، از سایر افراد ساقط نمی شود. مانند: پرداخت مالیات یا وجوب ادای امانت.

کفایی: کاری که شارع یا قانون از تمامی افراد خواسته و با انجام آن از سوی تعدادی از سایر افراد ساقط می شود مانند: دفن میت یا پرداخت از طرف یکی از مسئولین تضامنی.

مكلف

تعیینی: در صورتی که شارع یا قانون گذار مورد تکلیف را معین کند. مانند:
 وجوب نماز، تسلیم ثمن و مبیع توسط متعاملین یا مجازات قتل عمدی که
 قصاص می باشد.
 تخییری: در صورتی که از سویی شارع یا قانون گذار تکلیف مردد میان دو
 یا چند چیز باشد. مانند: کفاره قسم یا مجازات محارب.

مکلف به یا
 متعلق

نکته: برای تشخیص این دو شاخه از تقسمات واجب، در صورتی که از
 جهت مکلفین سوال پرسیده شود واجب یا عینی است یا کفایی مانند آن که تمام
 اشخاص باید مالیات بدهند یا آن که یک نفر غرق شده را نجات دهد کفایت می
 کند. اما اگر سوال از جهت تکلیف باشد واجب، به تعینی و تخییری تقسیم می
 شود مانند تسلیم مبیع و ثمن، که تکلیف مشخص شده یا مجازات محارب که
 قاضی اختیار، بین یکی از تکالیف را دارد.

مشروط: وجوبش متوقف بر چیزی است مانند: نفقه اقارب که متوقف بر
 تمکن شخص است.
 مطلق: وجوبش متوقف بر چیزی نیست مانند: نفقه زن از جهت تمکن شوهر
 مطلق است و در هر صورت باید پرداخت گردد.

مقدمات
 تکلیف

معلق: وجودش متوقف بر امر غیر مقدور است مانند: دیون موجل که معلق

به رسیدن سررسید یا مطالبه است.

منجز: وجودش متوقف بر امر غیرمقدور نیست مانند: دین حال

کیفیت طلب

نکته: در واجب مشروط، وجوب متوقف بر امری است اما در واجب معلق،

واجب متوقف بر امری است و همچنین، در واجب مشروط، واجب به زمان

خاص اختصاص ندارد اما در واجب معلق، عکس این موضوع است. مثال:

در صورتی که اشخاص استطاعت رفتن حج را داشته باشند بر آنها، حج واجب

می گردد و شرط تحقق یافته است اما در صورتی که هنوز زمان حج نرسیده

باشد معلق به رسیدن این زمان است.

موسع: زمان خاصی برای آن در نظر گرفته شده اما این زمان بیشتر از

مدت زمان لازم جهت انجام کار است. مانند: نماز یومیه یا فرصت قاضی برای

صدور رأی.

زمان انجام

مضیق: زمان تعیین شده برای انجام واجب دقیقاً به اندازه مدت لازم برای

تکلیف موقت

انجام عمل باشد مانند: روز ماه رمضان یا لزوم حضور کارمند در اداره یا نگاه

داشتن عده توسط زن.

فوری: زمانی برای آن تعیین نشده اما مکلف باید فوراً آن را انجام دهد	زمان انجام تکلیف غیرموقت
مانند: اجرای رای در دعوا تصرف عدوانی	
غیرفوری: زمانی برای آن تعیین نشده و به فوری بودن آن هم اشاره نشده	
است مانند: نماز قضا یا پرداخت خمس و زکات	

نکته: واجب از جهت زمان ابتدا به موقت و غیرموقت تقسیم می گردد. که موقت آن به موسع و مضیق و همچنین، غیرموقت آن به فوری و غیرفوری تقسیم می گردد.

نواهی

نهی در لغت به معنی بازداشتن و منع کردن آمده و در اصطلاح اصول آن است که شخص یا مقام بالاتر، دیگری را که در رتبه پایین تر قرار دارد از انجام کاری باز دارد و منع کند.

ماده نهی (ن ه ی) می باشد و صیغه آن و هیئت نهی با (لا تفعل) است. اما در سوالات، جملات فارسی و مواد قانونی که به کار می رود ماده نهی و صیغه آن را حذف کنید.

به صورت فعل نهی که این شیوه معمولاً در قوانین به کار نمی رود مانند
 این بیت شعر: «مرو راهی که پایت با ببندد مکن کاری که هوشیاران بخندند»
 به صورت جملات خبری منفی و با استفاده از کلماتی چون: نباید، نمی
 تواند، جایز نیست و ... مانند: اصل ۱۰۵ ق.ا «تصمیمات شوراها نباید مخالف...»
 به صورت جمله مثبت با عبارت «ممنوع است» یا «حرام است». مانند ماده
 ۷۹ ق. کار «به کاربردن افراد کم تر از ۱۵ سال ممنوع است»
 به وسیله جعل مجازات ماده ۲ ق.م.ا «هر رفتاری اعم از فعل و ترک فعل که
 در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم است».

شیوه های
 بیان نهی

هر دو بر طلب و خواستن دلالت دارند با این تفاوت که امر دلالت بر
 خواستن انجام کاری یا چیزی و نهی دلالت بر ترک آن دارد.
 هر دو جمله انشائی هستند نه اخباری. یعنی خبر از چیزی نمی دهند بلکه
 معنای ایجاد می کنند.
 هیچ یک وضعاً دلالتی بر فور و تراخی ندارند. اما در صورت نبود قرینه،
 امر در مقام امتثال، اصل بر تراخی و در نهی، اصل بر فور است.
 هیچ یک وضعاً دلالتی بر مره و تکرار ندارند. اما در صورت نبود قرینه، امر
 در مقام امتثال اصل بر مره و در نهی، اصل بر تکرار است.

وجه اشتراک
 امر و نهی

اطاعت از امر با انجام یک فرد از افراد ماهیت متعلق آن تحقق میابد و درحالی که امتثال از نهی مستلزم ترک تمام افراد ماهیت متعلق آن است. برای مثال اگر بگویند: به زیر دست کمک کن، با یک بار کمک به زیردستان این دستور اطاعت شده. ولی اگر بگویند: زیر دست را میازار، باید در هر موردی زیر دست را نیازارید.

وجه افتراق
امر و نهی

در نهی تنها با ترک فعل، امتثال رخ می دهد و نیاز به کف نفس نیست اما در امر باید کف نفس هم وجود داشته باشد. مثلاً گاهی فرد بدون آن که توجهی به قمار داشته باشد آن را انجام نمی دهد. لازم به ذکر است در اوامر عبادی علاوه بر قصد و توجه (کف نفس)، قصد قربت هم باید وجود داشته باشد.

گاهی نهی مبین شرائط و موانع معامله است که منجر به بطلان عمل می باشد. مثل ماده ۱۰۴۵ ق.م می گوید «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است» گاهی نهی خود زمینه یک واقعه حقوقی را ایجاد می کند که نمی توان گفت منجر به بطلان است مثل ماده ۶۱۷ ق.م «امین نمی تواند ... تصرفی در ودیعه کند...»

انواع نهی و
منع قانونی
در معاملات

گاهی نهی اگرچه به صورت ظاهر به معامله وارد شده ولی در واقع نهی از عمل دیگری است مثل: «خواستگاری از زنی که نامزد دیگری است شرعاً حرام است ولی اگر این کار حرام انجام و منتهی به عقد نکاح شود، نکاح صحیح است.»

گاهی نتیجه و حاصل چیزی مورد نهی قرار می گیرد که در این صورت منجر به فساد و بطلان عمل است مانند ماده ۶۵۴ ق.م در مورد قمار و گروپندی

نکته مهم: نهی اگر منجر به بطلان گردد نهی در مسبب و اگر منجر به بطلان نگردد نهی در سبب به عنوان پاسخ درست انتخاب گردد.

منطوق و مفهوم

منطوق: معنایی که به طور مستقیم از یک عبارت به ذهن می رسد و در جمله ذکر شده است. به عبارت دیگر منطوق حکم و موضوعی است که در جمله ذکر شده.

مفهوم: معنایی است که در جمله بدان تصریح نشده است، ولی از آن فهمیده می شود و لازمه معنای اصلی جمله است. به عبارت دیگر مفهوم حکم و موضوعی است که در جمله ذکر نشده است. مفهوم و منطوق برای جمله است نه یک کلمه و همچنین؛ از صفات معناست.

برای مثال: جمله (در صورت اتمام به موقع پروژه، پاداش داده خواهد شد) منطوق کلام است و جمله (اگر پروژه به موقع تمام نشود، پاداشی داده نخواهد شد) مفهوم آن می باشد.

نکته: تمام جملات دارای منطوق می باشند اما برخی از جملات فاقد مفهوم هستند. موادی از قانون که دارای منطوق می باشند اما مفهوم ندارند:

ماده ۲۲۳ ق.م «هر معامله که واقع می شود محمول بر صحت است، مگر آن که فساد آن معلوم شود» ماده ۹۹۷ ق.م «هرکس باید دارای نام خانوادگی باشد...». ماده ۱۰۰۳ ق.م «هیچ کس نمی تواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد».

ماده ۳۷ ق.آ.د.م «اگر موکل خود را عزل کند مراتب را باید به دادگاه و وکیل معزول اطلاع دهد».

مطابقی: دلالت لفظ بر کل معنا؛ مانند آن که کل کتاب

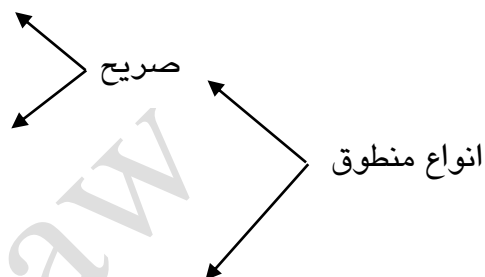
پاره شده بگوییم: کتابم پاره شد.

تضمنی: دلالت لفظ بر جز معنا؛ مانند آن که جلد کتاب

پاره شده بگوییم: کتابم پاره شد.

غیرصریح: دلالت لفظ بر لوازم معنا را منطوق غیرصریح یا دلالت التزامی

می گویند. مانند آن که وسایل خانه به سرقت رود بگوییم: خانه را دزد برد.



مطابقی: تعریف های که در قوانین به کار رفته اند دلالت مطابقی می باشند.

مانند: ماده ۳۳۸ ق.م «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» یا تعاریف

سایر عقود در قانون مدنی یا تعریف غصب در این قانون و همچنین تعریف

حکم در قانون آیین دادرسی مدنی یا تعریف جرایم در قانون مجازات و ...

تضمنی: یکی از نشانها دلالت تضمنی لفظ «یا» می باشد. مانند ماده ۵۷۰

ق.م «جعل بر عمل نامشروع یا عمل غیرعقلایی باطل است» یا مواد ۲۱۴ و ۲۱۵

و ۲۱۶ ق.م همچنین دلالت عقود بر مورد آنها مانند (مبیع یا عین مستاجر)

دلالت تضمنی است. اگر دو ماده یکدیگر را تخصیص زدند دلالت این دو ماده به

صورت تضمنی است.

انواع منطوق
صریح و
غیرصریح

التزامی: که خود به سه قسم تقسیم می گردد:

۱- دلالت اقتضا: اگر کلامی در جمله تقدیر (پنهان) شده باشد. ماده ۹۵۴ ق.م «کلیه عقود جایزه با موت احد طرفین منفسخ می شود و همچنین به سفه...» متوجه می شویم جنون که به مراتب قوی تر از سفه می باشد در جمله تقدیر شده است. در مواد ۹۷۵ و ۱۰۱۳ و ۱۳۲۸ مکرر ق.م لفظ قاضی در تقدیر است. (تمام کلمات مجازی به علاقه محلیت، دلالت اقتضا می باشند.) در مورد مواد ۴۱۵ و ۴۲۰ و ۴۳۵ و ۴۴۰ ق.م لفظ اعمال در تقدیر است. (اعمال خیارات فوری می باشد.) و همین مورد در زمینه اخذ به شفعه نیز صادق است و منظور آن است اعمال اخذ به شفعه فوری است.

۲- دلالت ایما، یا تنبیه: کلام دارای قید است و به نظر این قید، علت حکم است. مانند آن که گفته شود هرکس پدر خود را به قتل برساند ارث نمی برد که علت ارث نبردن در اینجا، قتل می باشد. یا ماده ۱۴۳ ق.م «هرکس از اراضی موت و مباحه، قسمتی را به قصد تملک احیا کند، مالک آن قسمت است» که اینجا علت مالکیت احیا به قصد تملک است. یا ماده ۸۸۲ ق.م «بعد از لعان زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی برند...» علت ارث نبردن لعان می باشد. یا ماده ۱۹۵ ق.م «اگر کسی در حال مستی یا ... معامله نماید آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است» که علت بطلان فقدان قصد می باشد. لازم به ذکر است اگر علت غیر صریح باشد مانند ماده ۱۴۳ ق.م. قیاس مستنبط العله می باشد و اگر صریح باشد مانند ماده ۱۹۵ ق.م، قیاس منصوص العله می باشد.

۳- دلالت اشاره: گفتار لازمه داشته باشد که معمولاً مقصود گوینده نمی

باشد ولی از گفته او نتیجه گیری می شود. برای شناخت آن هرگاه از چند گفته یا ماده به نتیجه رسیدیم، دلالت اشاره می باشد. مواد ۸۰۸ و ۸۲۱ ق.م که دلالت دارند بر اینکه اعسار و اهمال در تأدیه ثمن از طرف شفیع، حق شفعه او را ساقط می کند. یا مواد ۴۷ و ۴۸ و ۱۱۷ ق.ث.ا.

مفهوم موافق (لحن یا فحوا خطاب): از جهت نفی و اثباتی (فعل)؛ مطابق منطوق باشد.
مفهوم مخالف (دلیل خطاب): از جهت نفی و اثباتی (فعل)؛ مخالف منطوق باشد.

اقسام مفهوم

مفهوم موافق اولویت: علت حکم در مفهوم؛ قوی تر از منطوق می باشد.
ماده ۱۰۴۸ ق.م «جمع بین دو خواهر...» به طریق اولی بین سه خواهر هم ممنوع است یا ماده ۱۲۴۰ ق.م «قیم نمی تواند به سمت قیومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند...» به طریق اولی نمی تواند مال مولی علیه به خود هبه کند. یا ماده ۲۴۹ ق.م «سکوت مالک ولو با حضور...» به طریق اولی سکوت مالک اگر در مجلس نباشد رضایت محسوب نمی شود. یا ماده ۳۱۵ ق.م «غایب مسؤول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او ...، هر چند مستند به فعل او نباشد» به طریق اولی مسؤول است اگر مستند به فعل او باشد. (قیاس اولویت)
مفهوم موافق مساوی: علت حکم در مفهوم؛ مساوی با منطوق است. ماده ۹۶۱ ق.م «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است» علت بطلان

انواع مفهوم موافق

موجود نبودن سبب است و این موضوع را در حواله هم تسری دهیم. یا ماده ۳۸۷ ق.م «اگر مبیع قبل از تسلیم ... تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد» با توجه به شباهت ثمن و مبیع، این حکم را در مورد ثمن هم جاری بدانیم. یا ماده ۶۴۴ ق.م «در عاریه طلا و نقره، اعم از مسکوک و غیرمسکوک، مستعبر ضامن است...» این حکم را به عقد ودیعه هم تسری دهیم.

(قیاس مساوات)

شرط: در این مفهوم مخالف، اصل بر حجیت است مگر در موارد خاص. نشانه ها مفهوم مخالف شرط در مواد قانونی: (هرگاه - چنان که - اگر - در صورتی که - به شرط و ...)

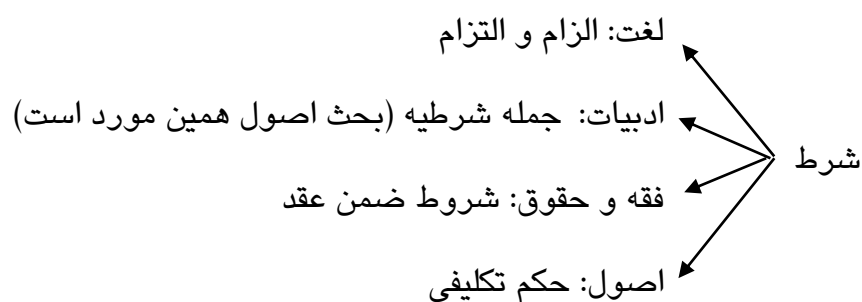
غات: این مفهوم مخالف حجیت دارد. نشانه ها مفهوم مخالف غایت در مواد قانونی (تا- مادامی که- تا زمانی که...)

حصر: این مفهوم مخالف حجیت دارد. نشانه ها مفهوم مخالف حصر در مواد قانونی (فقط - تنها - بس - صرفا - مگر - منحصرا - در غیر این صورت - به جزء...)

صفت: در این مفهوم مخالف، اصل بر عدم حجیت است مگر در موارد خاص.

عدد: در این مفهوم مخالف، اصل بر عدم حجیت است مگر در موارد خاص. لقب: این مفهوم مخالف فاقد حجیت است. کلمه ها مشتق و جامد به کار رفته در قوانین محسوب می شوند. از جمله (بایع - موجر - راهن - قیم و ...)

اقسام مفهوم
مخالف



جمله شرطیه متشکل است از: ۱- ادات (اگر...) ۲- فعل شرط (مقدم) ۳- جواب شرط (تالی) ماده ۳۹۸ ق.م «اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد...». یا ماده ۱۱۰۸ ق.م «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود» مفهوم مخالف شرط آن می شود؛ اگر زن با مانع مشروع از ادای وظایف خودداری کند مستحق نفقه خواهد بود. یا ماده ۱۳۰ ق.م «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند...» مفهوم مخالف شرط آن می شود؛ اگر دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه نباشد، او نمی تواند تقاضای طلاق کند.

نکته: شرط سبب اندواری برای تحقق جزا باشد. یعنی غیر این شرط، سبب دیگری برای تحقق جزا وجود نداشته باشد. «اگر در بخش صنعت فعالیت کنی، ثروتمند می شوی» شرط ذکر شده، تنها راه ثروتمند شدن نیست.

نکته: در برخی جملات شرطی، منتفی شدن شرط باعث منتفی شدن موضوع می شود. «اگر اتومبیل خریدی آن را بیمه کن» مفهوم این است که اگر اتومبیل نخریدی بیمه کردن آن لازم نیست. یا «اگر فرزند دار شدن در تربیت

آن بکوش». ماده ۲۲۳ ق.م.ا سابق «هرگاه بالغ نابالغ بکشد، قصاص می شود» مفهوم این است اگر بالغ نابالغ نکشد قصاص نمی شود.

نکته: در مواردی، شرطیت چیزی برای امری دیگر، در قالب جمله شرطیه بیان نمی شود، بلکه گوینده در کلام خود به آن تصریح می کند. ماده ۸۷۵ ق.م «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت است» یا اصل ۲۷ ق.ا «تشکیل اجتماعات و ... به شرط آن که مخل به مبانی اسلام نباشد آزاد است» یا اصل ۲۶ ق.ا و ماده ۱۹۱ ق.م

نکته: در مواردی ممکن است گوینده دو یا چند شرط را در جمله بگنجاند و خود به دو صورت است:

الف- ممکن است دو یا چند شرط در عرض هم باشد، به گونه ای که هرکدام وجود داشته باشد؛ حکم مورد نظر ثابت خواهد شد. ماده ۳۵۶ ق.م.ا «اگر مقتول یا مجنی علیه یا ولی دمی که صغیر یا مجنون است ولی نداشته باشد، و یا ولی او شناخته نشود، و یا به او دسترسی نباشد، ولی او، مقام رهبری است...» و مواد ۲۰۵ و ۲۴۰ ق.م

ب- ممکن است و یا سه شرطی که در جمله آمده، هر کدام به تنهایی موجب تحقق حکم نباشد، بلکه همه روی هم رفته در تحقق جزا دخالت داشته باشد. ماده ۶۵۴ ق.م.ا مبحث تعزیرات «هرگاه سرقت در شب واقع شده باشد و سارقین دو نفر یا بیشتر باشند، لااقل یک نفر از آنها حامل سلاح ظاهری یا مخفی باشد...» یا ماده ۴۰۲ ق.م

غایت

منظور پایان یا نهایتی است که در یک حکم بیان می شود. ماده ۳۹۸ ق.م «اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه ...» مفهوم مخالف غایت آن می شود؛ بعد از سه روز مشتری حق فسخ ندارد. یا ماده ۳۷۷ ق.م «هر یک از بایع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا صمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود...» مفهوم مخالف غایت آن می شود؛ بعد از تسلیم حق حبس از بین می رود. یا ماده ۸۷۱ ق.م «هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملاتی نماید، مادام که دیون متوفی تأدیه نشده است، معاملات مزبور نافذ نبوده...» مفهوم مخالف غایت آن می شود؛ بعد از تأدیه دیون، معاملات ورثه نافذ است. یا ماده ۱۰۷ ق.آ.د.م «الف- خواهان تا اولین جلسه دادرسی...» مفهوم مخالف غایت آن می شود خواهان بعد از جلسه اول نمی تواند دادخواست خود را مسترد کند.

حصر

در لغت به معنای محدود کردن است و در اصطلاح محدود کردن دایره حکم، به افراد خاص می باشد. اصل ۱۶۵ ق.ا «محاکمات علنی انجام می شود... مگر آنکه به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی...» مفهوم مخالف حصر آن می شود؛ اگر علنی بودن محکومات، منافی عفت باشد جلسات دادگاه به صورت غیرعلنی برگزار می شود. یا ماده ۸۶۰ ق.م «غیر از پدر و جد پدری کسی دیگر حق ندارد بر صغیر و صی معین کند» مفهوم مخالف آن می شود؛ تنها پدر و جد پدری حق تعیین وصی دارند. یا ماده ۴۲ قانون کار «حداقل مزد منحصرأ باید به صورت نقدی پرداخت شود...» مفهوم مخالف آن می شود؛ که

حداقل مزد نباید غیرنقد باشد. و مواد ۱۱۰۵ و ۸۶۰ و ۲۳۱ و ۴۶ ق.م

صفت

به زوجهای دانشجو وام بدهید. مال غیر منقول - تاجر ور شکسته - حکم غیابی... صفت درواقع بیان کننده حالت، ویژگی، شرایط و ... یک اسم است.

نکته: صفت اگر به تنهایی به کار رود لقب محسوب می شود مانند لفظ

بایع، مشتری، موجر ... در قانون مدنی.

نکته: گاهی وصف به صورت جمله یا عبارت و صفیه بیان می شود؛ مانند

اصل ۴۷ ق. ۱ «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است» یا ماده ۲

ق.م.ا در تعریف جرم

نکته: هر عبارتی که به عنوان قیدی برای موضوع در کلام بیاید، در بحث

مفهوم و صف بررسی می شود؛ هرچند از نظر دستور زبان اصطلاحاً به آن

وصف نمی گویند. مثلاً در ماده ۹۶۹ ق.م (اسناد از حیث تنظیم، تابع قانون محل

تنظیم خود می باشند) قید (از حیث تنظیم) هرچند از نظر ادبی متمم است، اما آن

که دارای مفهوم هست یا خیر باید در مبحث وصف بررسی شود. همچنین

قیود (در بیان مطالب) در اصل ۲۴ ق.۱ یا (بدون حمل سلاح) در اصل ۲۷ ق.۱

نکته: با آن که اصولین می گویند مفهوم مخالف وصف فاقد حجیت می

باشد اما بیشتر اوصافی که قانون گذار در قوانین به کار برده دارای مفهوم

و صف می باشد. راه حل تشخیص آن که وصف مفهوم دارد یا خیر این است

که وصف را حذف کنیم و ببینیم آیا معنای جمله اشتباه می گردد یا خیر. اگر

اشتباه شد؛ دارای مفهوم وصف می باشد در غیر این صورت فاقد مفهوم

و صف است. برای مثال: ماده ۱۰۹۵ ق.م «در نکاح منقطع عدم ذکر مهر در عقد موجب بطلان است» لفظ منقطع وصف است اگر آن را حذف کنیم ساختار ماده بهم می ریزد و به اشتباه خواهیم افتاد زیرا همان طور که می دانید در نکاح دایم عدم ذکر مهر منجر به بطلان نیست. بنابراین دارای مفهوم مخالف وصف می باشد. اما در ماده ۲۲۶ ق.ت «در صورتی که برات متضمن مشمول مقررات بروات تجاری نخواهد شد» لفظ تجاری برای کلمه بروات صفت است لذا با حذف آن آسیبی به ساختار ماده وارد نمی شود چون برات غیرتجاری ندارم. بنابراین فاقد مفهوم وصف است.

نکته: وصف در صورتی که احترازی یا تقییدی باشد؛ مفهوم مخالف آن حجیت دارد برای مثال؛ ماده ۱۳۴ ق.م «طلاق باید دو نفر مرد عادل.....» وصف عادی در این ماده دارای مفهوم مخالف است. یا ۱۰۵۴ ق.م «زنا با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی می شود» وصف شوهردار یا عده رجعیه در این ماده دارای مفهوم مخالف است. پس زنا با زن مجرد منجر به حرمت ابدی نمی گردد. یا ماده ۲۴ ق.م «هیچ کس نمی تواند کوچه ها که آخر آنها مسدود نیست تملک کند» مفهوم مخالف این ماده چنین است کوچه ای که آخرش مسدود است قابل تملک است. یا ماده ۵۱۶ ق.م.ا. مبحث تعزیرات «هرکس به جان رئیس کشور خارجی یا نماینده سیاسی.....» و صف سیاسی در این ماده دارای مفهوم است و شامل نماینده اقتصادی، اجتماعی و ... نمی شود. یا وصف «برای تجارت و توزیع» در ماده ۶۴۰ ق.م.ا. مبحث تعزیرات.

نکته: مواردی که وصف مفهوم ندارد.

الف- و صفی که علت انحصاری حکم نیست: مثلاً باتوجه به ماده ۲۴۸ ق.م
«بیع چیزی که منفعت عقلانی ندارد باطل است» اگر وصفی که در این ماده به
کار رفته مفهوم داشته باشد، مفهومش این است «بیع چیزی که منفعت عقلانی
دارد باطل نیست» این مفهوم یقیناً درست نیست چون صحت بیع شرایط دیگری
از جمله (عدم ممنوعیت قانونی یا مقدور بودن تسلیم) را نیز شامل می شود.

ب- و صف غالبی: برخی از موارد و صف تنها بیان کننده مورد غالب است.
مثلاً اصل ۲۸ ق.ا «هرکس حق دارد شغلی که بدان مایل است برگزیند» مایل
بودن بیانگر مورد غالب است و الی مفهوم مخالف آن می شد اذسان نمی تواند
شغلی که بدان مایل نیست برگزیند. یا قید «گرفتن اقرار یا کسب اطلاع» برای
ممنوعیت شکنجه در اصل ۳۸ ق.ا

ج- و صف توضیحی یا تأکیدی: برخی وصفها تنها موصوف خود را
توضیح می دهند و مفهوم جدید برای آن اضافه نمی کنند. مانند «کودکی که به
حد بلوغ شرعی نرسیده...» و صف به حد بلوغ شرعی نرسیده صرفاً کودک را
توضیح می دهد. و همچنین قید تجاری ذیل ماده ۲۲۶ ق.ت برای لفظ برات.

عدد

با آن که اصولین عدد را جز در موارد خاص فاقد مفهوم مخالف می دانند.
اما بیشتر اعدادی که قانون گذار به کار برده دارای مفهوم است. برای تشخیص
آن که عدد مفهوم دارد یا خیر؛ اعدادی که در مواد به کار رفته را تغییر دهید اگر
امکان این عمل نبود آن عدد دارای مفهوم است و الا فاقد مفهوم می باشد. برای

مثال: ماده ۲۵۰ ق.م «حد قذف، هشتاد ضربه شلاق است» تغییر در این عدد ممکن نیست بنابراین دارای مفهوم مخالف عدد است (بیش یا کمتر از هشتاد ضربه نمی شود حکم داد). اما در ماده ۸۵۷ ق.م نموصی می تواند یک نفر...» حال بگویم موصی می تواند دو نفر ناظر بگذارد چون این امر هم ممکن است؛ عدد در این ماده فاقد مفهوم است. یا ماده ۸۵۶ ق.م «صغیر را می توان به همراه یک نفر کبیر وصی قرار دهد...» عدد (یک) فاقد مفهوم است چون می شود تغییرش داد و موصی، صغیر را همراه دو یا چند نفر کبیر وصی قرار دهد.

در برخی موارد عدد به عنوان حداکثر بیان می شود مانند ماده ۳۳۶ ق.آ.د.م در مورد مهلت تجدیدنظر. اصول ۳۲ و ۶۴ ق.ا و مواد ۳۴۴ و ۳۴۵ ق.آ.د.م که دارای مفهوم مخالف عدد می باشد.

گاهی از صراحت قانون یا شواهد دیگر متوجه می شویم، عدد دارای مفهوم است مانند ماده ۱۰۲۹ ق.م «هرگاه شخصی چهار سال غایب مفقود الاثر باشد...» بنابراین کسی که سه سال غایب باشد حکم موت فرضیش صادر نمی شود. و همچنین اصل ۷۴ ق.ا و ماده ۴۷۴ ق.آ.د.م

در قانون مجازات اسلامی برای مجازاتها حداقل و حداکثر است و این موارد دارای مفهوم عدد هستند چون قاضی کمتر از حداقل یا بیشتر از حداکثر نمی تواند حکم دهد. ۶۷۱ ق.م.ا مجازات ورشکستی به تقصیر

گاهی عدد غایت حکم است؛ در این موارد حتما عدد مفهوم دارد. مانند ماده ۳۹۸ ق.م «اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز...» عدد سه دارای مفهوم است. و همچنین مواد ۶۵۲ ق.م.ا مبحث تعزیرات

لقب

به هر اسم جامد یا مشتقی گفته می شود که موضوع حکم قرار گیرد. مثلاً:
(سارق- زن- مرد- مسلمان- بایع- مشتری- راهن- معیر- وکیل- ولی-
قاضی و ...)

لقب فاقد مفهوم است درواقع اثبات شیء نفی ماعداه نیست. ماده ۱۱۱۸ ق.م
«زن مستقلاً می تواند در دارای خود هر تصرفی بخواهد کند» این ماده زن
مفهوم مخالف ندارد یعنی نمی توان گفت دیگران این حق را ندارند.

راه حل تشخیص مفهوم موافق مساوی با مفهوم مخالف لقب: ماده ۱۲۴۰
ق.م «قیم نمی تواند به سمت قیومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند...»
اگر از این ماده دو مطلب برداشت گردد: ۱- ولی می تواند به سمت ولایت از
طرف مولی علیه با خود معامله کند. ۲- وصی نمی تواند به سمت وصایت از
طرف مولی علیه با خود معامله کند.

باتوجه به موارد بالا برداشت شماره یک مفهوم مخالف لقب است زیرا جای
قیم از ولی استفاده شده و فعل جمله هم مثبت شده و تغییر کرده اما در
برداشت شماره دو مفهوم موافق مساوی است زیرا به جای قیم از وصی
استفاده شده و فعل جمله هم منفی است و تغییری نکرده.

مطلق و مقید

تعریف در لغت به معنی رها، و مقید به معنی گرفتار، در بند شده و همراه قید است در اصطلاح اصول، مقید به لفظ با معنای گفته می شود که همراه با صفت، حالت یا قید خاصی در نظر گرفته می شود. در مقابل مطلق لفظی است که بدون لحاظ وصف ای حالت یا قید خاص مورد نظر قرار می گیرد. (به فقیر کمک کن - مطلق) (به فقیر مسلمان کمک کن - مقید)

ماده ۱۰۶۲ ق.م «نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول...- مطلق» ماده ۱۰۷۶ ق.م «مدت نکاح منقطع باید کاملاً...- مقید»

ماده ۱۹۹ ق.م «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه...- مطلق» ماده ۲۰۰ ق.م «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد- مقید» یا ماده ۲۰۱ ق.م رابطه عام و مطلق عموم خصوص من وجه است: ماده ۳۰ ق.م «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرفی دارد...» عام و مطلق- ماده ۱۷ ق.م «حیوانات و اشیایی که مالک آن را به عمل زراعت اختصاص داده...» عام و مفید- ماده ۵۹۲ ق.م «هرگاه تسلیم برای بعضی شکرا مضر و در صورتی که تقاضا از طرف متضرر.....- خاص و مطلق» ماده ۵۹۴ ق.م «هرگاه قنات مشترک یک یا چند نفر از شرکاء شریک یا شرکاء متضرر.....- خاص و مقید»

نکاتی پیرامون اطلاق و تقیید: اطلاق و تقید از صفات معنا است. مطلق نه پسوند دارد نه پیشوند در واقع مشترک معنوی نوعی مطلق است. اگر در تست؛ مطلق، اطلاق و طلق در گزینه ها آمد گزینه مطلق را انتخاب می کنید. کلمات

مطلق، اطلاق و طلق در مواد قانونی بر مطلق دلالت دارند. (مواد ۳۴۱ و ۶۶۱ و ۱۰۷۲ و ۱۰۵۰ ق.م - و اصل ۸۱ ق.ا)

اطلاق و تقیید نسبی است: بدان معنا که ممکن است نسبت به وصف و حالتی مطلق و نسبت به وصف و حالتی مقید باشد. برای مثال در ماده ۱۰۵۹ ق.م آمده «نکاح مسلمه با غیر مسلمه جایز نیست» در این ماده نکاح مقید به مسلمه شده اما از جهت دایم و موقت بودن مطلق می باشد.

اطلاق و تقیید متلازمند: بدان معنا که؛ لفظ باید امکان اطلاق یا تقیید را نسبت به وصف و حالت داشته باشد تا از آن جهت بگویم مطلق است یا مقید. برای مثال آب نسبت به سرد و گرم بودن می تواند مطلق باشد یا مقید اما نسبت به مایع و جامد بودن این امکان وجود ندارد یا بیع نسبت به زمان می توان مطلق یا مقید باشد اما نسبت به وقف نبودن مال این امکان وجود ندارد.

قید متصل: قیدی که در خود کلام آمده ۱- به صورت صفت؛ نکاح دایم - عقد لازم - شرکت تجاری - اقرار معلق ۲- به صورت مضاف الیه؛ حریم چاه - اقرار سفیه - دانشگاه تهران (راه حل تشخیص صفت از مضاف الیه: اگر به انتها فعل (است) را اضافه کردیم و معنا داد صفت می باشد برای مثال بگوییم: عقد لازم است. اما اگر معنا نداد مضاف الیه است. برای مثال بگوییم: حریم چاه است که معنا نمی دهد و مضاف الیه می باشد. ۳- به صورت متمم؛ قید (در امور مالی) در ماده ۱۲۶۳ ق.م ۴- به صورت استثناء: ماده ۶۹ ق.م «وقف بر معدوم صحیح نیست مگر به تبع موجود» یا اصل ۲۲ ق.ا ۵- به صورت شرط؛

انواع قید

ماده ۵۹ ق.م «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف ندهد...» یا اصل ۲۷ ق.۱ ماده ۹۵۷ ق.م

قید منفصل: قیدی است که در کلام مستقل ذکر شده. ماده ۱۲۵۷ ق.م «هرکس اقرار به حقی...» اما ماده ۱۲۶۸ ق.م «اقرار معلق موثر نیست» یا ماده ۱۲۶۹ ق.م «اقرار به امری که عقلاً و عادتا ممکن نباشد و یا بر حسب قانون صحیح نیست اثر ندارد».

الفاظ مطلق

اسم جنس مفرد نکره؛ مانند کلمه زنی در ماده ۱۱۵۶ ق.م «زنی که شوهر او غایب مفقود الاثر...» یا همین لفظ در مواد ۱۱۵۵ و ۱۱۵۷ ق.م یا لفظ کسی در ماده ۲۱۹ ق.م.۱ سابق «کسی که محکوم به قصاص است...»
اسم جنس مفرد معرفه؛ مانند کلمه زن در مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۱۳ ق.م و کلمه مرد در ماده ۱۱۳۳ ق.م یا الفاظ به کار رفته در اصل ۲۲ ق.۱ «حیثیت، جان، مال، حقوق...»

نکته: اگر اسم جنس نکره در کلام منفی باشد (نهی یا نفی)؛ از آن استفاده عموم می شود. لفظ (کسی) در ماده ۱۵۴ ق.م «کسی نمی تواند از ملک غیر...» و کلمه اثری در ماده ۳۶۵ ق.م

نکته: اگر اسم جنس به صورت جمع استعمال شود مقید عموم است نه اطلاق (در این مورد نظر مخالف هم هست) مثلاً کلمات (اراضی و ابنیه) در ماده ۱۳ ق.م به معنی تمامیه زمینها و ساختمانها می باشد.

نکته: اگر اسم جنس در مورد فرد مشخص و معینی به کار رود اطلاق نخواهد داشت. مثلاً در قرارداد پیمانکاری که میان دو نفر منعقد شده هر گاه لفظ (پیمانکار) یا (کارفرما) به کار رود، هرچند بدون قید باشد، در عین حال اطلاق ندارد و فقط به پیمانکار یا کارفرمای معین اشاره دارد.

استغراقی: همه افراد و مصادیق یک مفهوم به صورت مستقل و در عرض هم در نظر گرفته می شود. ماده ۱۱۳۵ ق.م «طلاق باید منجز باشد» که شامل انواع و تک تک طلاق می گردد.

بدلی: در برخی موارد، افراد و مصادیق یک مفهوم، در طول هم و به نحو علی البدل قرار می گیرد و اجراء در قالب یک مصداق کافی است و نیاز به اجرا توسط تک تک مصادیق نیست. ماده ۶۵۰ ق.م «مقترض باید مثل مالی را که قرض کرده رد کند.» که لفظ مثل در این ماده شامل همه افراد و مصادیق به نحو علی البدل می شود.

انواع اطلاق

نکته: برای تشخیص موارد اطلاق بدلی از اطلاق استغراقی، باید به شواهد و قرائن موجود در هر مورد و نیز هدف و مقصود گوینده کلام مراجعه کرد. اما به طور معمول، الفاظ مطلق که در اوامر شرعی و الزامات قانونی به کار می رود، مفید شمول بدلی است. مثلاً براساس ماده ۳۱۱ ق.م «غاصب باید اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت...» لفظ مثل در این ماده اطلاق بدلی است. ولی در نواهی شرعی و قانونی و نیز احکام وضعی، شمول و فراگیری الفاظ

مطلق، غالباً به صورت استغراقی است مثلاً در اصل ۲۵ ق.ا «بازرسی و نرساندن نامه ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی ... ممنوع است...» الفاظ مطلق این اصل، دارای شمول استغراقی است. و همچنین شمول لفظ اکراه در ماده ۲۰۳ ق.م «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است» استغراقی می باشد.

اطلاق افرادی: در مواردی لفظ مطلق دارای مصادیق و افراد بوده مانند لفظ زن در ماده ۱۰۸۵ ق.م «زن می تواند تا مهریه ...» یا لفظ قاضی در اصل ۱۶۷ ق.ا «قاضی موظف است کوشش کند که حکم هر دعوا را ...»

* اطلاق احوالی: در مواردی است که مفهوم مورد نظر دارای حالات و صفات مختلف است، ولی مقید به هیچ یک از احوال نشده مثلاً گفته شود «با پدرت مهربان باش» با آن که لفظ پدر تنها شامل یک مصداق می شود اما شامل احوال گوناگون وی می شود مانند بیماری، پیری، جوانی، فقر و ...

* اطلاق ازمانی: در جای است که لفظ مطلق، مقید به زمان، مدت یا دوره خاصی نشده باشد و همه زمان ها دربر بگیرد. مثلاً در ماده ۱۱۴۴ ق.م «در طلاق بائن برای شوهر، حق رجوع نیست» این ماده نسبت به رجوع در مدت عده و پس از آن، اطلاق ازمانی دارد.

انواع اطلاق

نکته: هر یک از انواع یادشده (افراد، احوالی، ازمانی) با دو نوع دیگر در یک لفظ قابل جمع است. مثلاً اصل ۱۶۷ ق.ا؛ گذشته از اطلاق افرادی در مورد لفظ قاضی، اطلاق احوالی و ازمانی نیز وجود دارد؛ یعنی قاضی در هر حالت و

هر زمان، موظف به وظیفه یاد شده است.

نکته: اطلاق افرادی به طور غالب در مورد اسم جنس مطرح می شود، اما اطلاق احوالی و ازمانی در مورد بی شتر اسمها قابل تصور است؛ بنابراین، در اسم جنس، اسم خاص و نیز الفاظ عموم، اطلاق احوالی و ازمانی وود دارد. مثلاً ماده ۵ ق.م «کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخلی و خارجه...» با این که کلیه سکنه ایران عامل است در عین حال نسبت به حالات مختلف افراد اطلاق احوالی دارد یعنی کلیه افراد، چه در سن بلوغ، چه پیش از آن و چه عالم به قانون چه جاهل به آن، مشمول حکم این ماده هستند.

ظهور عام بر عموم ناشی از دلالت وضعی لفظ است در حالتی که مطلق بر اطلاق؛ به واسطه مقدمات حکمت است و وضعی نیست.

دلالات عام بر عموم، ناظر بر افراد است ولی دلالت مطلق بر اطلاق غالباً ناظر به احوال و کیفیات است. مثلاً دلالت تمام دانشجویان بر هر فرد عام است و دلالت دانشجویان بر دانشجوی تهرانی و شهرستانی از باب اطلاق است.

عام پس از تخصیص از عموم می افتد در حالی که مطلق می تواند از جهتی مقید شود و از جهت یا جهات دیگر بر اطلاق خود باقی بماند.

شمول عام اکثراً استغراقی و شمول مطلق بدلی است. مثلاً اگر بگوییم تمام دانشجویان را گرامی بدار، این عام شامل همه آنها می شود ولی اگر بگوییم دانشجوی گرامی بدار، یکی را گرامی بدارد کافی است. این موضوع در جملات مثبت است و در جملات منفی چون نکره در سیاق نفی؛ مفید عموم است میان عام و مطلق تفاوتی نیست.

فرق عام و
مطلق

اطلاق جمله: جمله نیز مانند کلمات مفرد می تواند مطلق یا مقید باشد. برای مثال: هرگاه صیغه امر در جمله با شد و قید خاص برای تعیین نحوه وجوب آن (عینی یا کفایی) وجود نداشته باشد از اطلاق این جمله می توان عینی بودن وجوب را استفاده کرد. یا در صورتی که عقد مطلق باشد و قید خاصی در مورد محل تسلیم گفته نشده باشد اطلاق عقد باعث می شود محل عقد را محل تسلیم بدانیم (ماده ۲۷۵ ق.م) با مواد ۶۶۱ و ۱۰۷۲ ق.م

اطلاق مقامی: مدلول لفظ خاصی نیست، بلکه صرفاً سکوت و عدم بیان گوینده ای که در مقام بیان است استفاده می شود. برای مثال، در مواد ۱۰۴۵ به بعد ق.م، به ذکر موانع نکاح پرداخته و ظاهراً در صدد بیان تمام موانع نکاح برآمده است. حال اگر در مانع بودن امری که در موارد فوق نیامده شک کنیم، می توانیم به اطلاق مقامی موارد مذکور تمسک کنیم. مثلاً در صحت ازدواج شیعه و سنی با ازدواج زانی و زانیه می توان گفت: اختلاف در مذهب و داشتن رابطه نامشروع، در مواد قانونی جزء موانع نکاح ذکر نشده. یا در ماده ۳۶۷ ق.آ.د.م در مورد دو قرار رد دعوا یا عدم استماع دعوا شک کنیم و بگویم قابل فرجام نیست چون قانون گذار از موارد قرارهای قابل فرجام نیاورده و در مقام بیان تمام موانع ذکر کرده.

مقدمات حکمت یا شرایط اطلاق

امکان اطلاق و تقیید: بیع از جهت زمان می تواند حال یا موجل باشد اما نمی توان گفت بیع از جهت معلوم و مردد بودن، مطلق است زیرا بیع مردد ممکن نیست. (اطلاق و تقیید متلازمند) در مقام بیان بودن: نخست: گوینده در

مقام بیان اصل تشریع و قانون است و به هیچ وجه در صدد بیان جزئیات و خصوصیات مرتبط با آن مسئله نیست. اگر پدر برای تشویق فرزندش به ازدواج بگوید (همسری برای خودت برگزین) هدف گوینده تنها آن است ضرورت ازدواج را به فرزندش گوشزد کند و درصدد بیان ویژگی ها، مهر و سایر اوصاف نیست. در قانون اساسی هم بسیاری از موارد؛ تصریح می شود که تفصل، ضوابط و نحوه اجرا در قانون مستقل مقرر می شود. مانند اصول ۸ و ۴۷ و ۶۲ ق.ا. دوم؛ گاهی متکلم تنها در مقام بیان یکی از احکام و آثار موضوع مورد نظر است و نسبت به سایر احکام و آثار آن ساکت می باشد. ماده ۱۰۷۱ ق.م «هر یک از مرد و زن می تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهد» این ماده در مقام بیان جواز توکیل در نکاح است و در موضوع شرایط وکیل ساکت است بنابراین؛ نمی توان برای حکم وکالت به صغار به اطلاق آن تمسک کرد. یا ماده ۱۴۴ ق.م «احیای اطراف زمین موجب تملک ...» در مقام بیان کیفیت احیا و امثال آن نیست. یا ماده ۲۵۲ ق.ت «پرداخت برات با نوع پولی که ...» در مقام بیان پرداخت وجه برات است و این که بتوان خارجی پرداخت کرد یا خیر ساکت است.

عدم وجود قرینه: برای این که کلمه یا کلامی اطلاق داشته باشد نباید قرینه تقیید وجود داشته باشد. مثلاً در ماده ۹۱۵ ق.م کلمه شمشیر قرینه است که حبوه در دارایی مادر نیست و نیز قید پسر بزرگ، دارای جد و جدّه حبوه نمی باشد. یا ماده ۱۰۵۳ ق.م «عقد در حال احرام باطل است و با علم به حرمت موجب حرمت ابدی است» لفظ حرمت ابدی نشان می دهد هر چند لفظ عقد بدون

قید است اما مراد از آن فقط عقد نکاح است. ناگفته نماند قرارگرفتن این ماده در کتاب نکاح می تواند قرینه بر تقیید باشد. یا اکراه در ماده ۲۰۹ ق.م.ن نسبت به معنوی و مادی.

انصراف: در لغت به معنی برگشتن و رجوع کردن و در اصول به این معناست که ذهن، از معنای روی برگرداند یا بدان توجه کند. انصراف بدوی یا ابتدایی؛ گاهی انصراف لفظ به سبب آن است که برخی مصادیق معنا، بیش از سایر مصادیق در خارج یافت می شود که مانع اطلاق نیست (انصراف مسلمان بر شیعه یا پدر بر پدر مشروع یا صغیر بر صغیر ممیز) انصراف به جهت اکل بودن مصداق؛ گاهی انصراف موجب می شود معنا و مصداق کامل به ذهن ما برسد این انصراف هم مانع اطلاق نیست (انصراف مادر به مادر نسبی یا انصراف ید به ید امانی). انصراف ناشی از کثرت استعمال؛ گاه کثرت استعمال لفظ در برخی مصادیق، بین آن لفظ و آن مصادیق علاقه و مناسبت پیدا می شود این انصراف مانع اطلاق است (انصراف مال بر مادی و محسوس یا خیاراتی که با فوت منتقل می گردند بر خیارات مالی یا انصراف ملک یا انصراف ملک یا مایملک در اموال غیرمنقول)

نبودن قرینه در مقام تخاطب: برای به وجود آمدن اطلاق لازم است قدر متیقن در مقام تخاطب وجود نداشته باشد. ماده ۸۹۱ ق.م.ی گوید «وارث ذیل حاجب از ارث ندارند...» می دانیم حجب بر دو قسم است حرمانی و نقصانی؛ این موارد حاجب حرمانی ندارند. چون این ماده در حجب حرمانی آمده و پیش از بحث حجب نقصانی، باتوجه به قرینه مقامی قدر مسلم اینجا این است که

منظور ماده حجب حرمانی است.

نکته: حمل مطلق بر مقید زمانی لازم است که ین مطلق و مقید تنافی و تعارض با شد. مانند آن که بگویم (شکار موجب تملک است) و (شکار حیوانات اهلی موجب تملک نیست) نتیجه شکار موجب تملک است به جز حیوانات اهلی. مواد ۱۲۶۹، ۱۲۶۸، ۱۲۷۵ ق.م. یا ۸۸۱ ق.م. یا ۲۶۴ و ۲۶۶ ق.م. این موارد مطلق را بر مقید حمل می کنیم. اما اگر تنافی و تعارضی نباشد و تنها برای تایید باشد نیاز به این حمل نیست. مانند ۴۵۶ ق.م. و ۷۶۴ ق.م. (در مورد تدلیس در عقود و تدلیس در صلح) یا مواد ۱۹۹ و ۷۶۲ ق.م. (اکراه در عقود و اکراه در صلح)

عام و خاص

عام به لفظی گفته می شود که همه افراد و مصادیق مفهوم را دربر می گیرد. مثلاً لفظ همه انسان ها عام است و شامل کلیه افراد و مصادیق می شود و لفظ اموال نیز عام است، زیرا هر چه را مال نامیده شود، در بر می گیرد. خاص به لفظی گفته می شود که تنها برخی از افراد مصادیق عام را دربر می گیرد. مثلاً عبارت بعضی از انسان ها یا تعدادی از دانش آموزان.

نکته: لفظ خاص ممکن است بر یک فرد یا شیء دلالت کند مانند «ایران» و ممکن است بر افراد و مصادیق متعدد دلالت کند که در این صورت هر گاه با مفهوم گسترده تر سنجیده شود، خاص نامیده می شود. مثلاً «اطفال بزهکار» افراد و مصادیق زیادی را شامل می شود. اما در برابر لفظ «بزهکار» خاص محسوب می شود.

نکته: عموم و خصوص، صفت لفظ است یعنی الفاظ باتوجه به میزان

شمول و فراگیری مفهوم خود، عام یا خاص نامیده می شود.

ادوات جمع: کلماتی چون کل، جمع، تمام، همه، هر، کلیه، هیچ و مانند آن

«اصل ۲۸ ق.ا. ماده ۵ ق.ت. ماده ۲ ق.م.ا. ماده ۲۱ ق.م.»

الفاظ جمع: به نظر می رسد چنانچه برخی حقوق دانان بیان کرده اند در

زبان فارسی، لفظ جمع دلالت بر عموم می کند «اصل ۲۴ ق.ا. - ماده ۱۰ ق.م.»

نکره در سیاق نهی: هرگاه لفظ نکره ای در یک جمله منفی یا در ضمن جمله

دلالت کننده بر نهی قرار بگیرد، به طوری که نهی یا نفی به اسم نکره تعلق گرفته

باشد. آن لفظ نکرده، دلالت بر عموم می کند. (ماده ۱۵۴ ق.م - ماده ۳۶۵ ق.م)

الفاظ عموم

استغراقی یا افرادی: گاهی همه افراد و مصادیق یک مفهوم در عرض هم

درنظر گرفته می شود و حکمی بر آنها مقرر می گردد. به طوری که حکم مزبور

شامل تک تک افراد می شود و هر یک از افراد و مصادیق، به تنهایی موضوع

حکم هستند. «اصل ۴۱ ق.ا. - ماده ۱۰۷۱ ق.م.»

عام مجموعی: همه افراد و مصادیق عام درنظر گرفته می شود و برای

مجموع آنها یک حکم مقرر شده به طوری که مجموع افراد روی هم رفته

موضوع حکم قرار می گیرند و برخلاف عام استغراقی هر یک از مصادیق،

موضوع حکم نیست بلکه جزئی از آن است «ماده ۵۹۱ ق.م.ا. اصل ۱۰۹ و ۱۱۵

ق.ا. - ماده ۳۹۷ ق.ت.»

اقسام عام

عام بدنی: افراد و مصادیق یک مفهوم، در طول هم و به نحو علی البدل
مورد توجه قرار می گیرد و حکم مورد نظر به یک فرد نامعین تعلق می
گیرد. «ماده ۳۱۷ و ۳۱۹ ق.م- ماده ۵۱۵ ق.م.ا مبحث تعزیرات»

در عام افرادی به تعداد افراد امتثال (اطاعت) عصیان (عدم اطاعت) وجود
خواهد داشت. (همه دانشجویان حقوق خصوصی باید آموزش زبان خارجی
ببینند)

در عام مجموعی یک امتثال بیشتر نخواهیم داشت ولی امکان دارد مخالفت
با آن حکم به تعداد افراد باشد (تیم فوتبال دانشگاه باید در مراسم جشن آغاز
سال تحصیلی، مسابقه برگزار نماید. باید همه آنها باشند تا امتثال انجام گیرد
یک یا چند نفر هم نباشند موجب مخالفت است)

در عام بدلی به تعداد افراد امتثال وجود دارد اما یک عصیان بیشتر وجود
ندارد. (اگر یک نفر در حال غرق شدن باشد پنج نجات غریق وجود داشته باشند
یک نفر هم نجات بدهد امتثال رخ داده و اگر هیچ یک نجات ندهند مخالفت
صورت گرفته)

معیار
تشخیص انواع
عام

مخصص منفصل: که دارای استقلال باشد و جزئی از کلام عام محسوب

نباشد. «ماده ۴۴۵ ق.م که توسط ماده ۴۴۷ تخصیص خورده»

استثنا: ماده ۵ ق.م «کلیه سکنه ایران مگر در

مواردی»

صفت: ماده ۹۵۴ ق.م (کلیه عقود جایزه»

شرط: ماده ۹۱۲۹ ق.م «هر یک از وراث طبقه سوم اگر

تنها باشد.....»

متمم یا قید: ماده ۱۰ ق. صدور چک «هرکس با علم به

بسته بودن حساب.....»

غایت: ماده ۸۳۳ ق.م «ورثه نمی تواند در موصی به

تصرف کند مادام که...»

اقسام
مخصص

مخصص

متصل

نکته: مخصص از جهتی به لفظی و غیرلفظی تقسیم می شود. مخصص لفظی هم به صورت متصل است هم منفصل (به مانند رو به رو). اما مخصص غیرلفظی تنها به صورت منفصل است مانند ماده ۴۵۶ ق.م.

متصل

تردید میان دو امر متباین: همه دانشجویان باید در کلاس حاضر شوند به جز علی در حالی که چند علی در کلاس وجود داشته باشد. لازم به ذکر است مرحوم محمدی از مثال تردید در میان ساکن تهران با متولد تهران در این مورد استفاده کرده که مثالی برای اقل و اکثر است به متباین (اقل آن ساکن تهران یا متولد تهران است. اکثر آن ساکن و متولد تهران است) تردید میان اقل و اکثر: رسیدگی به تحقیقات باید به صورت عمومی باشد مگر در اقداماتی که بر ضد احکامات مذهبی باشد. حداقل آن مذهب شیعه و حداکثر آن شامل سایر ادیان می گردد.

منفصل

تردید میان دو امر متباین: تمام دانشجویان باید در کلاس حاضر شوند و در حکم دیگر می گوید علی می تواند در کلاس حاضر نشود. چند علی در کلاس وجود دارد نمی دانیم کدام علی مدنظر است (مصال مرحوم محمدی همان ساکن یا متولد تهران است) تردید میان اقل و اکثر: در ق.م.م آمده کلیه اجاره ها شامل این قانون می گردد. (عام) تبصره ۳ ق مالک و مستأجر می گوید اراضی مزروعی ... شامل این قانون نخواهد شد (خاص) هر گاه در زمین، گل و نهال کاشته شود آیا می توان آن را زمین مزروعی، دانست. اصل حقوقی می گوید کلیه اشخاص

باید هزینه دادرسی پرداخت کنند و به موجب ماده واحده بنیاد
مستضعفین از پرداخت هزینه دادرسی معاف است. حال شک
کنیم شامل شرکتها آن می شود یا خیر.

متصل: ماده ۵۸۸ ق تجارت می گوید (شخص حقوقی کلیه حقوق و تکالیف
... مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد
مانند...) با ابلاغ دادخواست به خادم شخص حقوقی هم صحیح است.
منفصل: ماده ۵ و ۷ ق.م در جهیزیه و مهریه زن بحث آن است جز احوال
شخصیه می باشد یا خیر. در این مثال اختلاف نظر است و برخی حقوق دانان
این مورد را شبهه مفهومی می دانند.

مصدیقی

نکته: اجمال مخصص تنها در مورد شبهه مفهومی منفصل که تردید میان
اقل و اکثر است، به عام سرایت نمی کند.

نکته: تمسک به عموم عام در شبهه مصداقی جایز نیست یعنی عنوان
موضوع نباید محل تردید باشد. برای مثال در نسبت یکی از فرزندان در ارث،
شک کنیم نمی توانیم با حکم عام مسئله را حل کنیم. که گفته اند «اول برادری
را ثابت کن بعد ارث ببر»

عمل به عام
پیش از
جست و جو
مخصص

در مخصص متصل، جست و جو برای یافتن مخصص لازم نیست و عمل به عام جایز است. و همچنین عام در خصوص مخصص متصل از ابتدا ظهور و حجیت ندارد.

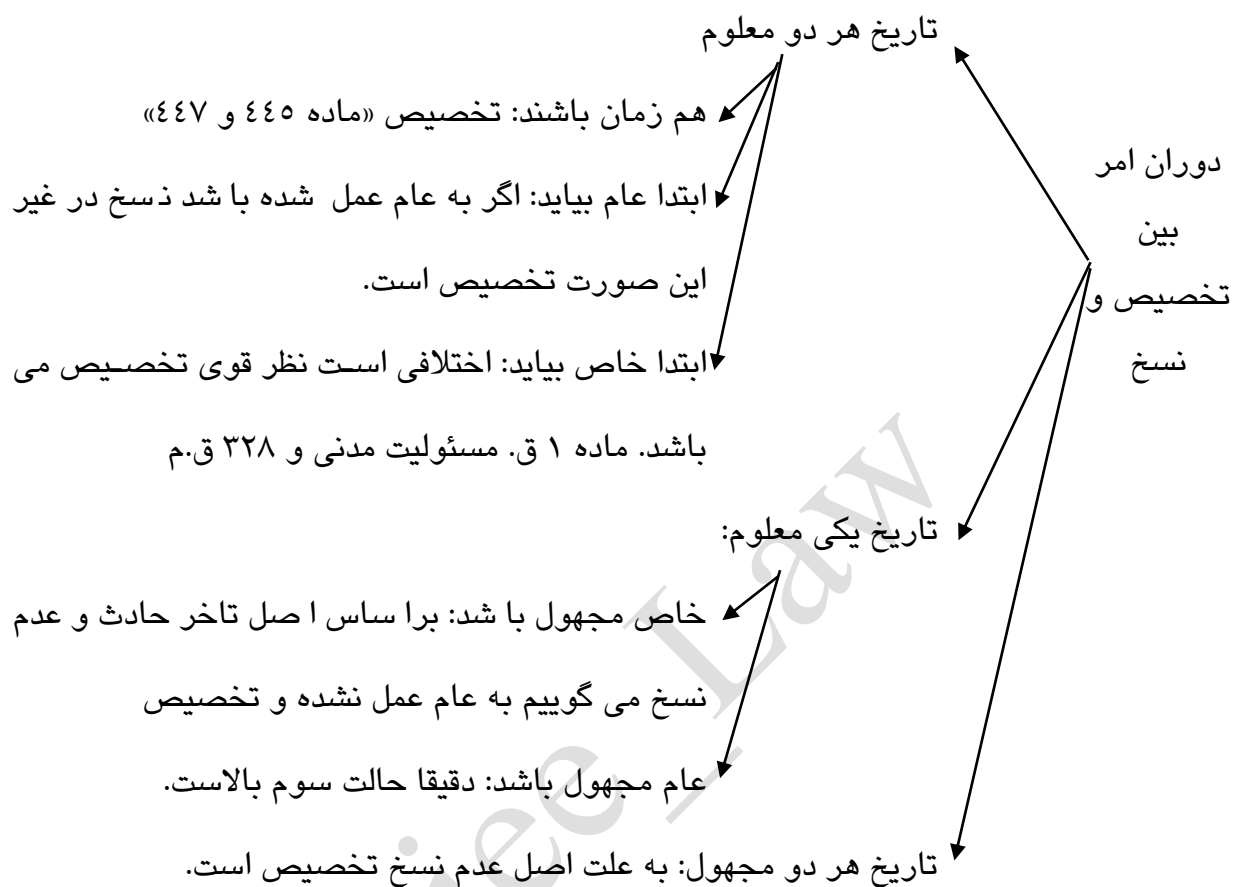
در مخصص منفصل، جست و جو برای یافتن مخصص لازم است و عمل به عام بدون فحص و جست و جو جایز نیست و همچنین عام در مخصص منفصل، ابتدائاً ظهور دارد لکن در آن حجیت ندارد.

یک
مخصص
بعد از چند
جمله

اگر همه عام‌ها اسم باشند مخصص فقط به عام آخری باز می‌گردد ماده ۳۴۸ ق.م. «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است یا چیزی که مالیت و منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت تسلیم آن را ندارد مگر مشتری قدرت بر تسلیم آن را داشته باشد»

عام ابتدایی اسم و بعد آن ضمیر است که به عام باز می‌گردد «همه تجار باید دفتر تجاری داشته باشند و آنان باید پروانه کسب خود را هر سال تمدید کنند مگر کسبه جز»

تخصیص عام به وسیله مفهوم: مفهوم موافق اولویت عام را تخصیص می‌زند (بررسی مواد ۱۲۳۵ و ۱۲۴۱ ق.م.) و مفهوم مخالف در صورت حجیت عام را تخصیص می‌زند (در این مورد اختلاف نظر وجود دارد بررسی مواد ۲۶۷ و ۷۲۰ ق.م.)



انواع نسخ: در صورتی که قانون گذار در ماده ای قانونی صراحتاً مواد دیگری را نسخ کند به آن نسخ صریح یا شخصی یا موضوعی می گویند در غیر این صورت نسخ ضمنی یا نوعی می باشد.

دلیل، امارات و اصل

دلیل: هر چیزی را که بتواند ما را به مجهولی برساند و مجهولی را بر ما معلوم کند دلیل می گویند. این معنای اعم دلیل است که در ماده ۱۲۵۸ ق.م به کار رفته است. اما دلیل به معنای اخص در برابر اماره و اصل است. بدین معنا که به لحاظ کشف از واقع مثبت حکم تکلیفی و کلی باشد. (اعم از حکم تأسیسی و امضائی)

اماره: مثبت حکم وضعی یا موضوعی از موضوعات احکام تکلیفی می باشد و به لحاظ کشف از واقع حجیت شناخته می شود. مانند اماره ید که مثبت مالکیت متصرف و تولید است و یا اماره فراش که مثبت ذسب و مبتنی بر غلبه است. یا پرداخت مالیات و عوارض مکلف ظاهر در ملکیت و اماره ظن به آن است.

اصل: چیزی است که بدون ملاحظه کشف از واقع و صرفاً برای تعیین تکلیف در موقع شک و تردید حجت شناخته شده باشد، اعم از این که مثبت حکم تکلیفی باشد یا موضوعی.

تعریف

اولاً: دلیل مثبت حکم تکلیفی و اماره مثبت موضوع یا حکم وضعی است.
ثانیاً حجت اماره به عقیده مشهور اصولین مبتنی است بر حجیت ظن نوعی حاصل از آن و به عبارت دیگر اماره موجب ظن است نه قطع، در حالی که دلیل می تواند قطعی باشد یا ظنی.

مقایسه دلیل
و اماره

مقایسه
اصل با دلیل
و اماره

دلیل و اماره برای کشف از واقع و پی بردن به حکم واقعی یا موضوعات احکام هستند. ولی اصل به هیچ وجه جنبه کشف از واقع نداشته و برعکس، با فرض جهل به واقع دلیل و اماره را دلیل اجتهادی گویند، زیرا با جهد فقیه به دست می آید ولی اصل را دلیل فقهاتی می گویند و با اصل می توان تنها راه حل عملی را فهمید.

از لحاظ اثبات مطلب، اماره بر اصل برتری دارد و در صورت تعارض میان آن دو اماره بر اصل مقدم است «الاصل دلیل حیث یا لادلیل». اماره غالباً مفید ظن است و مبنای حجیت آن کشف ظنی درواقع است. درحالی که اصل غالباً مفید ظن نیست و به هر حال مبنای حجیت آن ایجاد ظن نمی باشد.

عمل به اصل زمانی مجاز است که قبلاً برای یافتن دلیل محص و جست و جو شده باشد اما در اماره نیاز به این موضوع نیست. اصل، مثبت آثار و لوازم عقلی عادی خود نیست، ولی اماره مثبت آثار و لوازم عقلی و عادی خود است.

نکاتی پیرامون امارت: علم عادی، اطمینان، ظن متاخم به علم را اصولین متاخر حجیت شناخته اند. جز در مواردی که علم و قطع حقیقی را لازم دانسته اند مانند طهارت و نجاست. شک نمی تواند حجت باشد. ظن معتبر حجت است. «مانند شیاع و بینه برای شناختن قاضی منصوب از طرف امام (ع)» که موجب ظن معتبر است اما ظن غیرمعتبر حجیت ندارد «گواهی یک نفر عادل، گفته خود

شخص قاضی، دستخط از طرف امام» هرچند موجب ظن با شد، حجت نیست
حجت اماره جنبه طریقت دارد نه جنبه موضوعیت.
باتوجه به مطالب بالا، قطع و ظن معتبر حجت است و ظن مطلق با ظن عام
و همچنین شک و وهم حجیت نیست.

<p>اماره قانونی آن را دلیل بر امری قرار داده مانند مواد: ۳۵، ۱۰۹ و ۱۱۰ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م یا ماده ۱۷ ق.ص. چک اماره قضائی: از طرف قاضی دلیل بر امری قرار داده شود، ۱۳۲۴ ق.م</p>	}	<p>انواع اماره در قانون</p>
---	---	---------------------------------

<p>اماره موضوعی: شک در موضوع باشد و با کمک ظاهر و اماره، حکم آن مشخص گردد. مانند: اتومبیل در تصرف شخصی است ولی در مالکیت آن شخص تردید باشد و براساس قاعده که اماره بر مالکیت است حکم به نفع متصرف صادر می گردد «۳۵ ق.م».</p> <p>اماره حکمی: وقتی حکمی برای ما مجهول باشد مثل وجوب نفقه پدر و مادر بر فرزند یا ماده ۳۸۷ ق.م در تلف مبیع قبل از قبض.</p>	}	<p>انواع اماره در فقه</p>
--	---	-------------------------------

اصول عملیه: اصول و قواعدی است که یا ناحیه عقل و یا از هر دو ناحیه
وارد می شود. زمانی که ما دلیل اجتهادی نداشته باشیم یا به عبارتی، مجتهد به
دلیل واقعی (حکم قطعی) یا دلیل ظنی (دلیل عملی) دسترس پیدا نکند برای رفع
حیرت و سرگردانی به اصول عملیه رجوع می کنید. استصحاب درواقع اصلی

است شرعی و اصل تخییر اصلی عقلی می باشد و دو اصل براءت و احتیاط نیز عقلی، شرعی می باشد.

حکمی: برای بیان حکم ظاهری به کار می رود مانند: اصل براءت، احتیاط، تخییر، استصحاب

موضوعی: که برای بیان موضوع حکم به کار می رود مانند: اصالت الصحه، اصالت الحربه و اصل عدم ولایت. قرعه را نیز اگر اصل بدانیم و همین طور مفاد قاعده فراغ و تجاوز، اصل حظر و اباحه هم جز اصول موضوعی می باشند.

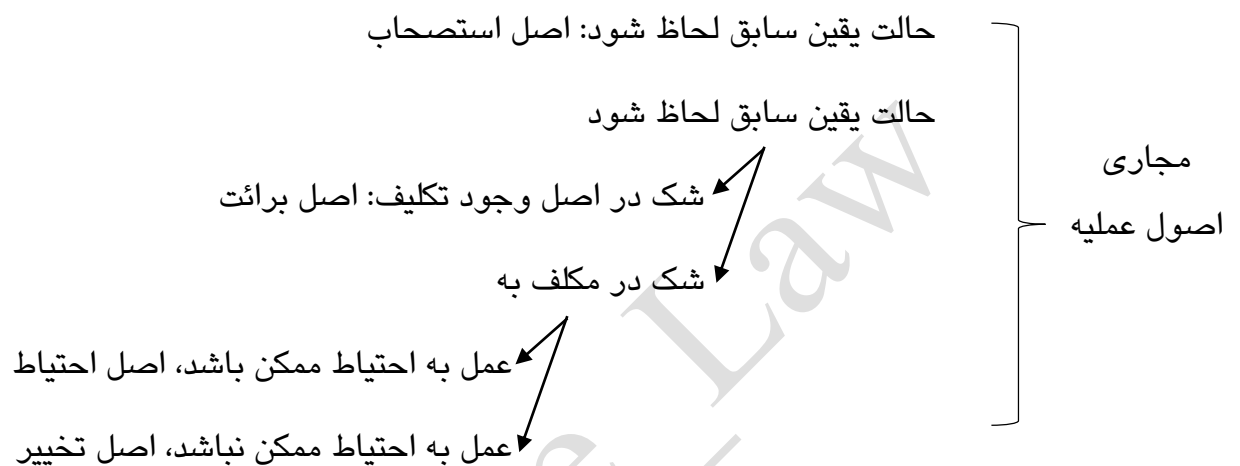
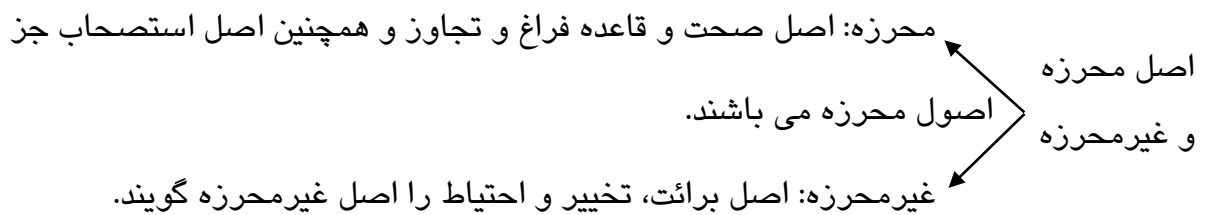
انواع اصول
عملیه

حکمی و موضوعی: اصالت الطهاره، اصالت الحل - اصالت العدم - عدم دلیل، دلیل علی العدم - اصالت نفی اکثر - اصول اولویت دفع مفسده بر جلب منفعت

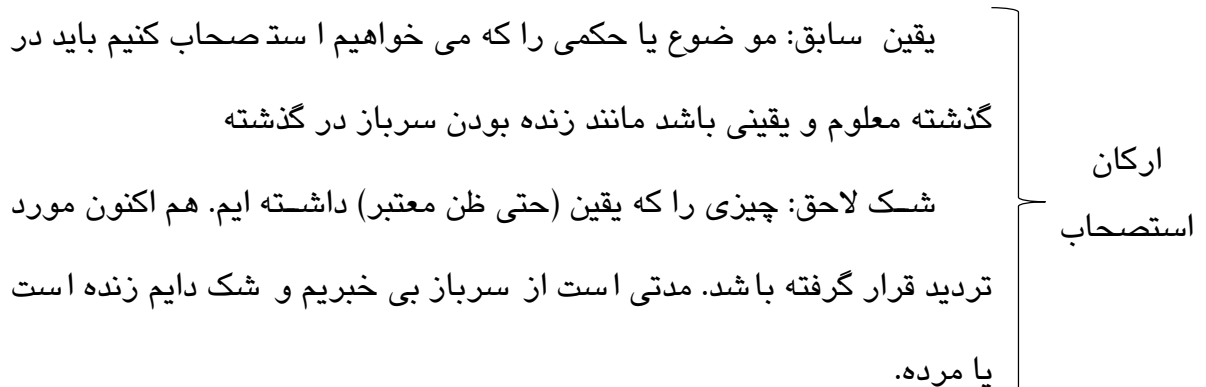
عقلی: تردید میان وجود و عدم است چنانکه بگوییم: این کتاب یا مال شماست یا مال شما نیست. در این مثال احتمال دیگری وجود ندارد.

استقرائی: تردید میان دو یا چند چیز که احتمال دیگر هم غیرممکن نمی باشد. مانند آن که بگوییم این کتاب یا مال شماست یا مال من است و ممکن است مال هیچ کدام هم نباشد. ولی هیچ کس دیگر هم مدعی مالکیت آن نیست.

انواع حصر



اصل استصحاب: در لغت به معنای به همراه داشتن است و در اصطلاح اصول فق حکم به بقا آنچه پیشتر وجود داشت است. «ابقاء ما کان» مثلاً هر گاه ندانیم که سربازی که به جبهه جنگ اعزام شده، مرده یا زنده است؟ زنده بودن او را، که تا چندی پیش یقین داشتیم، می پذیریم و با تردید در واقعیت، حکم به بقای او می کنیم. با ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م



شرایط استصحاب

(۱) وحدت متعلق یقین و شک (وحدت متیقن و مشکوک): همان موضوعی که قبلاً مورد یقین بوده مورد تردید قرار گرفته باشد، طبق ماده ۸۷۵ ق.م. شرط ارث بردن حمل این است زنده متولد گردد. حال اگر در زنده به دنیا آمدن طفل شک کردیم تکلیف چیست؟ چون جنین و نوزاد دو موضوع متفاوت هستند اصل استصحاب در این موضوع جاری نیست.

نکته: معیار تشخیص وحدت موضوع عرف و موضوعات عرفی است نه عقل و دقت های عقلی. برای مثال ملکیت شخصی را بر گوسفندی یقین داریم. مدتی بعد همان گوسفند را ذبح شده می یابیم. در این فرض با دلالت عقلی موضوع تغییر کرده؛ زیرا از نظر عقلی، گوسفند زنده که دارای روح حیوانی است، ماهیت متفاوت از گوسفند ذبح شده دارد. ولی در دید عرف تغییری در موضوع ایجاد نشده است در نتیجه می توان مالکیت سابق را استصحاب کرد. قیودی که در موضوع حکم اخذ شده بر دو قسم است: قیودی که نقش اساسی دارند و با تغییر آنها موضوع هم تغییر می کند مانند مایع بودن برای آب با تبخیر شدن آن، دیگر نمی توان بدان آب گفت: اما قیودی که، جز حالات و ویژگی ها هستند، مانند گرم و سرد بودن آب که با تغییر آنها، موضوع متحول نمی شود.

(۲) تعدد زمان متیقن و مشکوک (عدم سرایت شک به یقین): فرض کنید روز شنبه یقین داشتیم (علی زنده است) اگر روز سه شنبه در زنده بودن و بقای حیات او شک کنیم، می توانیم استصحاب را جاری کنیم، ولی اگر در مورد یقین

قبلی خود دچار تردید شویم، یعنی مردد شویم که آیا اعتقاد و یقین ما در روز شنبه به زنده بودن علی درست بوده یا خیر در این صورت استصحاب جاری نمی شود. (این مورد در اصطلاح «شک سازی» یعنی سرایت کننده معروف شده و جایگاه اجرای قاعده یقین است).

۳) تقدم زمانی متیقن بر مشکوک: با یقین بعدی نمی توان شک قبل را از بین برد. سرایت یقین بعدی به ماقبل را در اصطلاح «استصحاب قهقری» یعنی، مقلوب و وارونه می گویند که فاقد اعتبار و نادرست است. برای مثال وقتی در سال ۱۳۹۵ بر عدم ملائت، ولی یقین داشته باشیم نمی توانیم آن را به سال ۱۳۹۰ هم تسری دهیم و حکم به پرداخت نفقه از آن تاریخ را صادر کنیم، اما درخصوص ظهور الفاظ استصحاب قهقری حجیت دارد.

۴) وجود اثر عملی در استصحاب: در زمان استصحاب، اثر شرعی یا حقوقی بر آن مترتب شود. برای مثال اگر شک کردی که آیا خانه که ده روز پیش سالم بوده در اثر زلزله ویران شده یا خیر، در صورتی می توانیم بقای خانه را استصحاب کنیم که باقی ماندن خانه دارای اثر حقوقی و قانونی باشد.

۵) فعلیت داشتن شک و یقین: شخص به چنین وضعیتی و حالتی که دارد، التفات داشته باشد و این شرط بیشتر در عبادات می تواند مذهباً اثر بگذارد. مثال: شخص ده صبح یقین داشته وضو ندارد (یقین به حدیث) سپس از وضعیت خود غافل می شود و با همین وضع نماز می خواند و پس از نماز متوجه شده که وضو نداشته است. در این موضوع قاعده فراغ است و نماز وی صحیح می باشد. حال اگر شخص ساعت ده یقین به حدث داشته و ساعت

یازده شک در وضو داشتن کند و غافل گردد و نماز ظهر را بخواند نمازش باطل است؛ زیرا وی پیش از نماز، شک فعلی به طهارت پیدا کرده و استصحاب حدث در حق چنین شخصی جاری شده. پس با اجرای استصحاب حدث، این شخص فاقد طهارت به شمار می رود و نمازش باطل است.

مقایسه استصحاب با قاعده مقتضی و مانع: براساس قاعده مقتضی و مانع، اگر وجود مقتضی یقینی باشد ولی فقدان مانع مورد تردید قرار گیرد. به شک در مانع اعتنا نمی شود و مقتضی اثر خود را می گذارد. مثال: شخصی به هنگام وضو دستش را می شوید ولی به واسطه احتمال وجود مانع شک می کند که دستش کامل شسته شده یا خیر. بنابراین قاعده تا مانع محرز نشده باید مقتضی را موثر دانست. یا ماده ۴۵۷ ق.م (هر بیعی لازم است مگر آنکه یکی از اختیارات در آن ثابت گردد) در این مورد در وقوع بیع یقین داشته باشیم (مقتضی) و در وجود خیار شک داشته باشیم (مانع). در قاعده مقتضی و مانع مانند استصحاب با یک یقین و یک شک رو به رو هستیم با این تفاوت که یقین و شک در استصحاب به یک چیز تعلق یافته ولی در قاعده مقتضی و مانع به دو چیز.

مقایسه استصحاب با قاعده یقین: نخست این که در استصحاب زمان یقین و شک یکی است؛ ولی در قاعده یقین زمان یقین و شک متعدد است به این معنا که در هنگام اجرای استصحاب، هم نسبت به وضعیت سابق یقین وجود دارد و هم بقای وضعیت قبلی در حال حاضر مشکوک است؛ پس در آن واحد دو حالت یقین و شک در ذهن شخص جمع می شود. در حالی که در قاعده یقین، حالت

یقین و شک در دو زمان متفاوت در ذهن شخص وجود داشته است. تفاوت دیگر آن است که در استصحاب زمان متیقن و مشکوک متعدد است، ولی در قاعده یقین زمان متیقن و مشکوک واحد است.

اقسام استصحاب از جهت مستصحب

(۱) استصحاب وجودی: وجود چیزی را که در گذشته مسلم بوده و مورد تردید قرار گرفته را، موجود فرض کنیم. مانند استصحاب وجود دین در گذشته (ماده ۱۹۸ ق.ا.د.م) یا استصحاب زنده بودن شخص (در مواد ۸۷۳ و ۸۷۹ ق.م) یا استصحاب جنون در مورد مجنون ادواری (در ماده ۱۲۱۳ ق.م)

(۲) استصحاب عدمی: عدم چیزی در سابق محرز و مسلم بوده و وجود آن در زمان بعد مورد تردید قرار گیرد و آن را معدوم فرض کنند. مانند: استصحاب بقای دین برعهده مدیون اصلی (در ماده ۷۲۳ ق.م) با استصحاب اعسار در مورد عدم پرداخت محکوم به در صورت اثبات اعسار در گذشته با زنی که مدعی زوجیت با مردی از سال ۱۳۹۰ است و مرد منکر آن و استصحاب عدم زوجیت در این مورد با شک در ممیز غیرممیز بودن طفل و استصحاب عدم تمیز در این مورد

(۳) استصحاب موضوعی: موضوع قضیه، مورد تردید و استصحاب قرار می گیرد. مانند: استصحاب وجود غایب مفقود الاثر یا استصحاب دین سابق با استصحاب عاقل بودن و...

(۴) استصحاب حکمی: حکم قضیه، مورد تردید قرار گیرد درحالی که سابقاً حکم مسلم و مقطوع بوده مانند: انفاق به پدر و مادر که واجب بوده؛ از جهتی

مورد تردید واقع می شود و حکم به پرداخت آن صادر می شود (حکم تکلیفی)، یا شخصی ضامن مالی بوده از جهتی تردید می شود ضمانت باقی مانده یا نه و حکم به بقای ضمانت می شود (حکم وضعی).

مقایسه اصل عدم با استصحاب عدمی: در استصحاب عدمی حالت سابق ملحوظ است ولی در اجرای اصل عدم به حالت سابق توجه نمی شود و اصل عدم عقلی است و استصحاب عدمی، اصلی است شرعی مواد ۳۵۹ و ۸۷۶ و ۱۲۵۷ ق.م مثال های برای اصل عدم می باشند.

اقسام استصحاب حکمی

استصحاب حکمی تعلیقی: اگر انگور جوش بیاید و یک سوم آن تبخیر شود حرام است پس حرمت انگور معلق به جوشیدن و تبخیر است. یا مواد ۲۴۷ و ۱۹۹ ق.م در مورد معاملات فضولی و اکراهی که معلق به تنفیذ است در غیر این صورت، عدم تنفیذ استصحاب می گردد.

استصحاب حکمی تنجیزی: در جای که حکم منجز، مورد تردید واقع شود مانند خوردن انگور حلال است حال اگر انگور کشمش شود شک حاصل می شود حلال است یا حرام.

اقسام استصحاب از جهت منشاء شک لاحق

شک در مقتضی: مقصود از مقتضی در اینجا، مقدار قابلیت بقای هر چیز است چراغ نفتی روشن است و صاحب خانه از خانه رفته شک کنیم همچنان چراغ روشن است یا خیر. یا پس از گذشت پنج سال از ازدواج موقت، شک می شود رابطه میان زن و مرد باقی مانده یا خیر یا شک در بقای اختیارات غیرفوری.

شک در رافع: که خود بر دو قسم است: شک در پیدایش با وجود رافع و

شک در رافعییت موجود.

شک در پیدایش رافع: شخصی ساعت ده وضو دارد شک می کند رافعی به

وجود آمده یا خیر یا عقد نکاح دائم منعقد شده و شک می کنیم طلاق یا فسخ

(رافع) به وجود آمده و به علقه زوجیت پایان داده. در این موارد مقتضی باقی

مانده و استصحاب می گردد پس وضو و نکاح باقی است.

شک در واقعیت موجود: مردی همسر خود را طلاق می دهد شک می کنیم

طلاق صحیح بوده یا خیر یا به موجب بند ماده ۸۰۳ ق.م در صورت تغییر عین

موهبه حاصل شود. راهب حق رجوع را ندارد. فرض کنید متهم در زمینی که

هبه گرفته زراعت کند آیا صرف کاشت در زمین تغییر محسوب می شود.

آثار شرعی بی واسطه: اگر در مالکیت شخصی شک کنیم و حکم به مالکیت

دهیم آثار شرعی بی واسطه آن مانند جواز تصرف شخص در خانه و عدم

جواز تصرف دیگران هم استصحاب می شود یا با استصحاب زنده بودن طرف،

مالکیت وی بر اموالش و ارث بردن او از پدرش را استصحاب کنیم.

آثار شرعی مستصحب همراه با یک یا چند واسطه شرعی: با اجرای

استصحاب حیات شخص، حکم به بقای زوجیت دادیم و آثار با واسطه ای چون

وجوب پرداخت نفقه و حق طلاق برای مرد هم استصحاب می گردد.

آثار غیر شرعی: اگر در زنده بودن شخص شک کنیم و با استصحاب حکم

به زنده بودن او دهیم آثار غیر شرعی با آن استصحاب ثابت نمی گردند مانند

آثار

استصحاب

سن او با تغییر وضعیت ظاهر او مانند سفید شدن موها
آثار شرعی همراه با واسطه غیر شرعی: در این مورد هم استصحاب توان
اثباتی ندارد. مانند آنکه با استصحاب حیات، حکم به بلوغ شخص را هم صادر
کنیم و آثار شرعی بلوغ را بر آن باز کنیم.

اقسام استصحاب کلی

کلی نوع اول: موضوع جزئی را استصحاب کنیم و حکم کلی دهیم. مانند:
می دانیم که ساعت ده حسن در خانه بوده حال شک می کنیم انسانی در خانه
هست یا نه؟ یا می دانیم بعد از سه روز برای بایع خیار تاخیر ثمن ایجاد شده
شک می کنیم خیاری دارد یا خیر.

کلی نوع دوم: شک و تردید در بقای کلی، در آن است که نمی دانیم کلی در
ضمن کدام یک از افراد خود تحقق یافته طرف توبه کرده اما نمی دانیم جرم
سرقت بوده یا قذف یا تردید، در عفو عمومی و خصوصی در ماده ۲۵ ق.م.ا یا
معامله ای واقع شده شک کنیم هبه است یا بیع. در این مورد وقوع معامله را
استصحاب می کنیم و آثار آن مانند مالکیت را پابرجا می دانیم ولی آثار خاص
هر یک از عقود را نمی توان استصحاب کرد. مانند اخذ به شفعه در بیع یا حق
فسخ ایجاد شده شک کنیم دوری است یا خیر. یا نکاح واقع شده شک کنیم
دانم بوده یا موقت که در این مورد با استصحاب وقوع نکاح به طور کلی، آثار
کلی آن، از جمله حلیت تمتع و حرمت ازدواج زن، باقی است؛ ولی آثار نکاح دائم
و موقت، مانند تورات، وجود نفقه و بذل مدت خیر.

کلی نوع سوم: می دانیم کلی در ضمن فردی محقق شده و آن فرد از بین رفته، اما همچنان در بقای کلی شک داریم چون احتمال می دهیم فرد دیگری جایگزین شده حسن صبح در خانه بوده و از خانه خارج شده، ولی احتمال می دهیم با حضور حسن در خانه یا هم زمان با خروج او از خانه علی وارده شده در نتیجه شک می کنیم انسانی در خانه باقی هست یا خیر. یا ضغیر که به سن بلوغ رسیده و ولایت پدرش از این جهت از بین رفته، ولی احتمال دارد با جنون مقارن با بلوغ، ولایت او باقی مانده باشد.

استصحاب عدم ازلی: یکی از اقسام استصحاب عدمی است. منظور از آن این است که مستصحاب (حکم یا وصف مورد نظر) یقیناً در زمان دور یا اساساً پیش از پیدایش همه موجودات معلوم است. حال که شک در پیدایش آن داریم. همان وضعیت عدم ازلی را استصحاب می کنیم و بنا را بر معلوم بودن آن می گذاریم. مثال: در مورد حکم خاصی شک می کنیم که آیا از ناحیه شارع وضع شد، یا خیر در صورت پذیرش استصحاب عدم ازلی، می توانیم چنین بگوییم: در ازل، زمانی که هیچ دین و شریعتی تشریح نشده بود این حکم به یقین وجود نداشته. حال که شک در تشریع آن داریم، بنا را بر عدم آن می گذاریم. یا می دانیم که شرط مخالف شرع در قرارداد باطل است هرگاه شرطی در قرارداد گنجانده شود نمی دانیم مخالف شرع است یا خیر. باتوجه به استصحاب عدم ازلی، می توان گفت: زمانی هیچ قانون و شرعی وجود نداشت، مخالفت این شرط هم با شرع وجود نداشت. اگر با شخصی رو به رو شویم که مال غیر را در تصرف دارد و نمی دانیم تصرف او امانی است یا غیر امانی؟ در صورت

پذیرش اصل عدم اذلی، می توان گفت «ید» که موضوع حکم ضمان و عدم ضمان قرار گرفته. مرکب از دو امر است. درواقع، ید و استیلاء بر مال غیر اگر با اذن مالک همراه باشد حکم به عدم ضمان داده می شود و اگر با عدم اذن مالک قرین شود حکم به ضمان شخص داده می شود. اصل استیلاء محرز است و تنها تردیدی که وجود دارد این است که آیا استیلاء با اذن مالک بوده یا بدون اذن. در این صورت، با استناد به اصل عدم اذلی، می توان عدم اذن مالک را استصحاب کرد و در نتیجه حکم به ضمان متصرف دارد.

اصل تأخر حادث

اجرای اصل تأخر حادث در یک حادثه: هرگاه در زمان معین به وجود چیزی یقین داشته باشیم و وجود این امر پیش از زمان مزبور مشکوک باشد، اصل استصحاب را جاری می کنیم و می گوئیم. این حادثه تا پیش از زمان مزبور واقع نشده است و حادثه مزبور تا این زمان به تأخیر افتاده است. برای مثال ساعت دوازده ظهر جنازه شخصی را می بینیم و یقین به فوت او پیدا می کنیم. بنابراین «حدوث فوت» به عنوان حادثه خارجی، قطعی و یقینی است؛ اما زمان فوت برای ما مشخص نیست. یعنی نمی دانیم امروز فوت کرده یا شب گذشته. و می گوئیم فوت قبل ساعت دوازده نبوده (عدم حدوث حادث). یا می دانیم در فروش حیوان، مشتری تا سه روز حق فسخ معامله را دارد اگر مشتری فسخ معامله را اعلام کند، اما در مورد اعلام زمان 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 لحظه اتمام سه روز شک داریم که معامله فسخ

شده است یا خیر. لذا اصل، عدم حدوث فسخ تا این لحظه است و نتیجه این استصحاب سقوط حق فسخ می باشد یا در ضمن اجاره شرط شده است که اگر طرف ده روز منزل مورد اجاره تحویل مستأجر نشود. مستأجر حق فسخ اجاره را دارد. موجد اقدام به تخلیه منزل کرده و مستأجر مدعی است تخلیه ظرف ده روز صورت نگرفته است و وی حق فسخ معامله دارد. اصل آن است که تخلیه تا روز دهم صورت نگرفته و مستأجر حق فسخ معامله را دارد. یا اگر قاضی مردد شود حجر در سال ۹۴ بوده یا سال ۹۳. باید سال ۹۴ را به عنوان تاریخ حجر اعلام کرد باتوجه به این مطالب تفاوت اصل عدم حدوث حادث با استصحاب عدمی آن است که استصحاب عدمی در جای اجرا می شود که اصل یک حادثه مورد تردید باشد که باتوجه به حالت سابقه آن عدم حدوث حادث می شود، ولی در اصل عدم حدوث حادث اصل وقوع حادثه یقینی است و فقط تاریخ آن مشکوک است.

اصل تأخر در مورد دو حادثه

الف) مجهول بودن یکی از دو حادثه پدر و پسری در حادثه فوت کرده اند؛ زمان فوت پدر مشخص و پسر مجهول است. شک می کنیم در زمان فوت پدر، پسر از دنیا رفته یا خیر العمل استصحاب می گوید در زمان فوت پدر، پسر هنوز فوت نکرده. (ماده ۸۷۴ ق.م)

ب) مجهول بودن زمان هر دو حادثه پدر و پسری از دنیا رفته اند و تاریخ فوت هر دو مجهول است اجرای اصل عدم حدوث حادث از یک جانب با همین اصل از جانب دیگر تعارض دارد، پس باید از اجرای هر دو اصل چشم پوشیده

و گفت هیچ کدام از هم ارض نمی برند (ماده ۸۷۳ ق.م) یا فرض کنید متهب در عین موهوبه تغییر داده و واهب هم رجوع کرده باشد، منتهی نمی دانیم کدام زودتر رخ داده است. در این فرض اصل عدم حدوث حادث نمی تواند به ما کمکی کند، و با ساقط شدن دو اصل متعارض، به اصول عملیه رجوع می کنیم به این صورت که با انعقاد عقد هبه مالکیت متهب بر مالی موهوبه قطع است حال شک داریم با رجوع، مالکیت متهب منتفی شده یا خیر. بنابراین، مالکیت وی استصحاب می شود.

نکته: در برخی موارد با دو حادثه مجهول التاريخ مواجه هستیم؛ ولی اصل عملی در مورد یکی از این دو حادثه به دلیل فقدان اثر عملی غیرقابل اجرا است. برای مثال: اگر پسر بچه ای که پدر و مادر ندارد به همراه برادر بزرگش در حادثه فوت کند و تقدم و تأخر فوتشان معلوم نباشد، با فرض این که برادر بزرگتر صاحب فرزند است، اجرای اصل تأخر حادث در مورد پسر بچه غیرممکن است. ولی برادر بزرگتر از وی ارث می برد. علت غیرممکن بودن آن است با وجود طبقه اول (فرزند)؛ طبقه دوم (برادر) ارث نخواهد برد.

اصل برائت

اصل برائت عبارت است از «حکم به ثبوت عدم تکلیف برای مکلف در موردی که اصل وجود تکلیف مشکوک است» برای مثال ما حکم تلقیح مصنوعی یا شبیه سازی با استعمال دخانیات را نمی دانیم، با استناد به اصل برائت حکم به جواز و عدم حرمت آن می دهیم.

تفاوت اصل نفی (نافی را نفی کافی است با اصل عدم: در اصل نفی مدعی

می خواهد چیزی را نفی کند و بگوید وجود ندارد لذا باید دلیل اقامه کند. مثلاً شخص می گوید من از فلان شخص یک میلیون گرفتم و به او پس دادم و بدهکار نیستم اما این موضوع را باید ثابت کند. ولی در اصل عدم هرگاه در وجود یا عدم وجود چیزی شک کنیم در اینجا اصل عدم جاری می گردد و در اصل عدم، ما نیاز به دلیل نداریم.

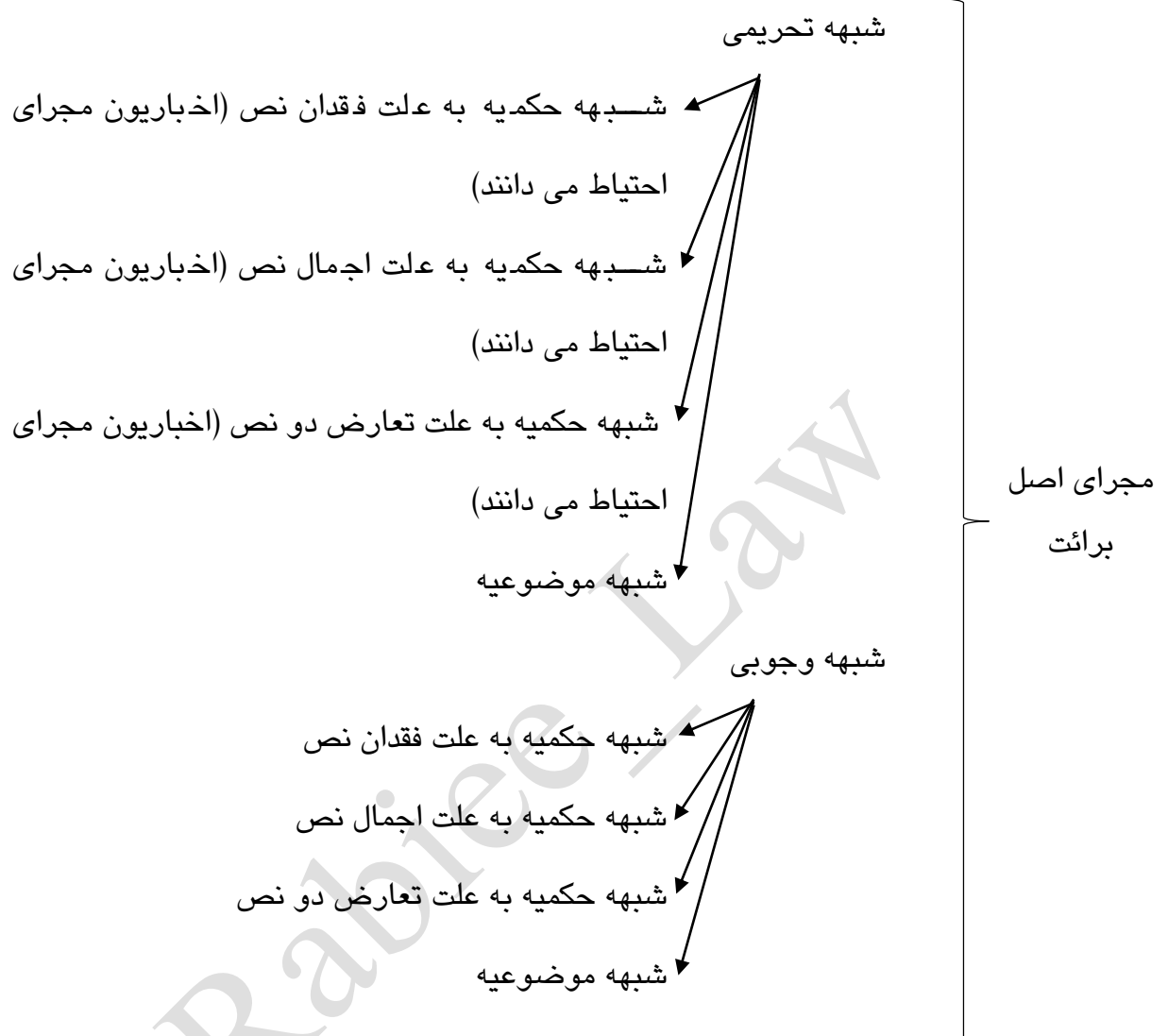
مقایسه اصل عدم با اصل برائت: در خصوص تکلیف است اما اصل عدم اعم از تکلیف با موضوعات بدون تکلیف است، اصل برائت در مقام عمل در مرحله ظاهر است اما اصل عدم اعم مرحله ظاهر و واقع است. اصل عدم، اصلی است عقلی و از مستغلات عقل است ولی اصل برائت اصلی عقلی و شرعی است. اصل حظر و اباحه: خطر یعنی؟؟؟؟ و محذور یعنی ممنوع. اصل اباحه بدین معنا است که هرگاه در حلال یا حرام بودن چیزی شک کنیم اصل و قاعده این است حرام نیست. مثلاً تصرف در حریم به نحوی که ضرری به صاحب حریم نرساند مستند به اصل اباحه و جایز خواهد بود. مانند عبور از زمین بدون مالک که حریم چاه دیگری است. اصل اباحه شناخت زیادی به اصل برائت دارد و اصل حظر شبیه به اصل احتیاط است و اما بین آنها تفاوت های وجود دارد، ویژگی ها اصل برائت و احتیاط در مقام اثبات حکم ظاهری به کار رفته - اصلی حمی است - این اصول ممکن است شرعی باشد یا عقلی. ویژگی ها اصل حظر و اباحه در مقام اثبات حکم واقعی به کار می رود - این اصول عقلی است - اصلی موضوعی است. لازم به ذکر است، اصل برائت در شبهات وجوی و تحریمی کاربرد دارد اما با اصل اباحه تنها می توان تکلیف تحریمی و ممنوعیت عمل را

منتفی کرد.

تقسیمات شبهه

شبهه حکمی و موضوعی: هرگاه حکم قضیه مشکوک باشد شبهه، حکمی است. برای مصال: اگر در عقد مزارعه شرط شود تمام ثمر، برای عامل باشد. این شرط باطل است اما شرط کردن بخشی از ثمره نیز، باطل است یا خیر. شبهه حکمی است چون شامل کلیه عقود مزارعه می گردد. اما اگر شبهه در مورد موضوع خارجی باشد در نتیجه حکم جزئی آن موضوع مورد قرارداد گیرد، آن را شبهه موضوعی می گویند. در مورد مایعی که در ظرف است شک کنیم شراب هست یا خیر.

شبهه وجوبی و تحریمی: اگر در واجب بودن چیزی شک کنیم شبهه وجوبی است اما اگر در حرام بودن چیزی شک کنیم شبهه تحریمی است. شبهه مفهومی و مصداقی: در شبهه مفهومی، مفهوم و معنا یک موضوع نمی دانیم مانند حق مکتسبه با نظم عمومی. اما در شبهه مصداقی معنا را می دانیم در مورد مصداق شک داریم مثلاً تعریف روزنامه کثیرالانتشار را می دانیم اما در مورد روزنامه خاصی (همشهری) شک می کنیم.



نکاتی پیرامون اصل براءت: شرط مهم اجرا اصل براءت، فصیح و جست و جو از وجود دلیل، برای اثبات تکلیف و مایوس شدن از دسترس بدان است. اصل براءت به هیچ عنوان منافاتی با حسن احتیاط و پسندیده بودن در احتیاط، در صورت امکان ندارد. حجیت اصل براءت مبتنی بر حجیت ظن و حصول ظن در مورد آن نیست، بلکه اصل براءت در مورد شک در تکلیف جاری است. اعم از این که با اجرای این اصل به حکم واقعی ظنی حاصل شود یا نشود و این ظن

حجت باشد یا نباشد و حتی در مورد ظن غیرمعتبر هم باید اصل برائت به کار برد. اگر مستند اصل برائت را قرآن، سنت و ... بدانیم اصلی است شرعی؛ اما اگر مستند آن را قاعده «قبح عقاب بلایان» بدانیم اصلی عقلی است.

کاربرد اصل برائت در قانون

الف) اصل برائت به معنای برائت از تکلیف (برائت به معنای اصولی) ۱-
شک در جرم بودن عمل (اصل ۱۶۹ ق.ا و ماده ۲ ق.م) ۲- شک در قلمرو مفهوم جرم (ماده ۶۰۷ ق.م) که شک در آن باشد فرار تهمید محسوب می شود یا خیر
۳- شک در جزئیات عمل ارتكابی (ماده ۶۶۸ ق.م.ا که شک کنیم سند با اکراه و تهدید گرفته شده یا خیر) ۴- شک در تکلیف وجوبی (اصل ۵۱ ق.ا که شک کنیم نوع خاصی از مالیات وجود دارد یا خیر)

ب) اصل برائت به معنای برائت از جرم و مجازات: ۱- تردید در انتساب جرم (اصل ۳۷ ق.ا به نظر می رسد اصل جاری در چنین مواردی اصل عدم است. ۲- تردید در میزان مجازات (نظریه مشورتی در مورد ماده ۷۰۴ ق.م.ا که می گوید منظور از حداکثر مجازات حداکثر هر یک از مجازات ها است و لذا با وجود اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیاز به دور باطل و تمسک به اصل برائت در این موارد نیست)

ج) اصل برائت به معنا برائت ذمه از دین: ۱- تردید در ثبوت دین ۲- تردید در ثبوت ضمان قهری لازم به ذکر است در این موارد هم اختلاف نظر می باشد و برائت اثولی ظاهر در آن جاری نیست.

اصل احتیاط (اشتغال)

در صورتی که اصل وجود تکلیف قطعی باشد و مکلف نوع تکلیف را هم بداند ولی درباره چیزی که تکلیف به آن تعلق گرفته، شک داشته باشد، نمی توان اصل برائت را جاری ساخت. بلکه این مورد مجرای اصل احتیاط است. برای مثال اگر شخصی بداند یکی از لیوان ها داخل سینی نجس است یا بداند بخشی از اموال که در این مغازه در معرض فروش قرار گرفته مسروقه یا مال غیر است باید احتیاط را جاری سازد و از خوردن و خریدن خودداری کند. یا شخصی که قبله را نمی داند باید احتیاط کند و به هر چهار سو نماز بخواند. همان طور که می بینید اصل احتیاط در فرضی جاری می شود که علم اجمالی نسبت به تکلیف وجود داشته باشد. بنابراین، اگر چنین علمی در کار نباشد، مجرای اصل برائت است.

اقسام شبهه تحریفی و موضوعی

- شبهه محصوره: مانند یک لیوان نجس میان چند لیوان یا یک لباس نجس میان چند لباس (اصل احتیاط)
- شبهه غیر محصوره: برخی از اجناس بازار شهر مسروقه است (اصل برائت)

تقسیمات شبهه
و احکام آن

اقسام شبهه وجوبی

شبهه میان متباینین علم داشته باشیم که در ظهر روز جمعه خواندن یک نماز خواب است اما تشخیص ندهد نماز ظهر واجب است یا نماز جمعه (حکمی) یا می دانیم صد هزار تومان بدهکاریم اما نمی دانیم به این معازه یا آن مغازه (موضوعی)

شبهه میان اقل و اکثر: به کسی سه میلیون یا چهار میلیون تومان بدهکاریم (این مورد اقل و اکثر استقلالی است و مجرای اصل برائت یا عدم زیاده) قنوت جز واجبات نماز است یا خیر (اقل و اکثر ارتباطی و مجرای اصل احتیاط)

نکته: در برخی از موارد، اطراف شبهه بسیار متعدد است، ولی ارتکاب حرام نیز خیلی ضعیف نیست. برای مثال: اگر شخصی یقین داشته باشد که یکصد گونی از هزارگونی انبار مسروقه است، یا با وجود آنکه احتمالات خیلی زیاد است، اما باتوجه به آن که نسبت مالی مسروقی به مجموع، ده درصد است، ارتکاب حرام نیز ضعیف و موهم نیست. اصطلاحاً چنین مواردی را «شبهه کثیر در کثیر» می نامند و از مصادیق شبهه محصوره تلقی می شود و در مورد آن اصل احتیاط جاری می گردد.

نکته: در مواردی که شک داشته باشیم شبهه محصوره است یا غیرمحصوره، اصل احتیاط را باید جاری سازیم و شبهه را محصوره فرض کنیم.

نکته: در تعارض دو اصل احتیاط، هر دو ساقط می شود و به وسیله امارات و راه های دیگر حکم مسئله صادر می شود (ماده ۱۱۶۰ ق.م که دو اصل احتیاط ساقط شده و اماره قرائن جاری گردیده)

اصل تخییر

در مواردی که در مورد وجوب یا حرمت یک عمل تردید وجود داشته باشد و هیچ یک از آن دو حکم بر دیگری ترجیح نداشته باشد. عملاً احتیاط ممکن نیست و در اصطلاح به آن «دوران میان محذورین» می گویند. چون اگر مکلف آن را انجام دهد با احتمال حرمت آن عمل مخالفت نموده و اگر آن را ترک کند با احتمال وجوب مخالفت کرده پس عقلاً مخیر بین انجام و ترک عمل است. این گونه موارد مجرای اصل تخییر است. برای مثال هرگاه حکم نماز جمعه در دوران غیبت برای مجتهد معلوم نباشد، اما بداند که خواندن نماز جمعه در زمان غیبت یا واجب است یا حرام است. یعنی مردد میان وجوب و حرمت نماز جمعه باشد، مخیر است که آن را واجب یا حرام بداند یا (قبول منصف از سوی حاکم ظالم برای کارگشایی مردم)

نکته: هرگاه مکلف یقین به وجوب یک عمل و حرمت به عمل دیگر داشته باشد؛ اما این دو عمل اشتباه شوند و مکلف نداند کدام واجب و کدام حرام است، مثلاً هنگامیکه شخصی می داند در این موارد مکلف مخیر است هر یک را می خواهد انجام دهد و دیگری را ترک کند اما نمی تواند هر دو را ترک کند یا هر دو را انجام دهد.

تخیر بین دو یا چند دلیل متعارض: هرگاه دو یا چند دلیل متعارض باشند و مرجحی برای یکی از آن دو وجود نداشته باشد؛ مشهور محققان اصول عقیده دارند که علی القاعده هر دو سقوط می کنند و باید به اصول و قواعد کلی رجوع کرد. (الدلیلان اذا تعارضا تساقطا) برای مثال حکمی آمده؛ نماز جمعه در عصر غیبت واجب است و حکم دیگر آمده؛ نماز جمعه در عصر غیبت واجب نیست.

تخیر بین دو حکم متزاحم: هرگاه دو حکم چنان جعل شوند که از نظر قانون گذار هر دو مطلوب باشند ولی در عمل نتوان هر دو را عمل کرد و تنها انجام یکی از آنها مقدور باشد چنین وضعی را تزاحم دو حکم گویند. مانند نجات دو غریق یا حضور در دو دادگاه در یک ساعت برای وکلا. در این موارد فرد مخیر است مگر آن که اهمیت یکی بیشتر باشد.

تخیر بین افراد واجب مخیر: نوعی از واجب، واجب تخیری است و بدین نحو که دو یا چند چیز مورد خطاب و یک تکلیف قرار گیرند مانند مجازاتهای که به صورت مخیر در قانون ذکر شده است. لکن باید توجه داشت در این موارد هیچ اصلی جاری نیست. در اینجا تخیر حکمی است واقعی اما در اصل تخیر، حکم ظاهری می باشد.

موارد مشابه که

اصل تخیر در

آن جاری نیست

موفق و پیروز باشید

@Rabiee_Law