

بررسی اصول عملیه در قانون مدنی

مهرزاد شیری^۱، محسن دانشمند^۲

^۱ استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، شیراز، ایران.

^۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، شیراز، ایران.

چکیده

این مقاله متکفل بررسی اصول عملیه در قانون مدنی با رویکرد توصیفی و تحلیل می باشد. مخلص موضوع این مقاله پاسخ به این سوال اساسی است که نقش، جایگاه و مصادیق اصول عملیه در قانون مدنی و بالتبع در آراء محاکم دادگستری کجاست؟ این مقاله بیانگر آن خواهد بود که اصول عملیه جایگاه بسیار مهمی در دخالت اتخاذ آراء محاکم دادگستری از رهگذر قانون مدنی دارد. یافته های پژوهش بیانگر این است که هر گاه قاضی در جایگاه و مقام شک قرار گرفته و نتواند حکم واقعی را به دلایل مختلف منجمله فقدان دلیل و قرائن، ابهام در وضعیت موضوع و یا غیره احراز کند و جستجوی وی برای معلوم شدن قضیه بلانتیجه بماند؛ ناگزیراً متمسک به " اصول عملیه " برای خروج از بلا تکلیفی و رفع حیرانی خواهد شد. با همین توضیح پی به اهمیت و جایگاه والای اصول عملیه خواهیم برد. لذا نتایج موید این ادعاست که اصول عملیه از اصل استصحاب، اصل برائت، اصل تخییر و اصل احتیاط جلوه و جنبه های گوناگونی در قانون مدنی دارند که محل بحث جدی این مقاله را نیز تشکیل می دهد.

واژه های کلیدی: علم اصول، اصول عملیه، قانون مدنی

مقدمه

در وزانت و جایگاه والای علم اصول می توان گفت؛ که امروزه دستیابی به احکام شریعت و مسائل مستحدثه فقهی بدون آن امکان ندارد. وجود اصول عملیه کمک زیادی به پویایی فقه کرده است، به طوری که با استفاده از آن می توان در مورد موضوعات جدیدی که سابقه ای در شریعت نداشته است نظر داده و حکم آن را با اصول برگرفته از عقل و عمومات نقل، استخراج کرد (ولایی، ۱۳۸۷: ۱۰۶) فلسفه اصول فقه، دانشی است که به نقد چیستی، ساختار، روش، مبادی، موضوعات، ادله و غایات اصول فقه می پردازد. این دانش، دارای سه محور کارکردی است؛ ابتدا توصیف و تعریف موضوعات مورد نظر خود را مطرح می سازد و سپس به کار سنجش گری و نقد آنها می پردازد و آن گاه چنانچه لازم ببیند؛ راهکارها و توصیه هایی برای بهبود علم اصول و کارآمدتر شدن آن در استنباط های فقهی ارایه می نماید. منابع اصلی فلسفه اصول فقه و اصول، همان کتاب و سنت است و از ادله چهارگانه قرآن، سنت، عقل و اجماع در مقام استدلال بهره می گیرد. مفاد اصل برائت آن ست که ذمه مکلف بری است و تکلیفی متوجه او نیست. اصل احتیاط می گوید تکلیفی متوجه مکلف است و بر او لازم است که احتیاط کند و به گونه ای عمل کند که تکلیف احتمالی از او ساقط گردد. اصل تخییر بنا را بر اختیار مکلف می گذارد و او را به انتخاب یکی از طرفین تخییر مخیر می کند. اصل استصحاب بر این است که آنچه بوده است بر حالت اولیه خود باقی است و خلافتش نیامده است. از آنجایی که قوانین موضوعه ی ایران ماهیتی شرعی و دینی دارد و اصول فقه نیز با مباحث شرعی عجین یافته است به ناگزیر مباحث اصولی در قوانین ما به ویژه قوانین ماهوی تاثیر فراوانی گذارده است. بخش عمده ای از مباحث اصول فقه نیز شامل "اصول عملیه" است. (باقری راد، ۱۳۹۳: ۴۲) طبیعتاً اصول عملیه نیز در قوانین موضوعه ی ما دخیل بوده و در جای جای قوانین رد پای اصول عملیه به وضوح مشهود و ملموس است. در این مقاله برآنیم تا به این هدف مهم دست یابیم. از آنجا که مباحث و موضوعات علم اصول بسیار گسترده است در این مقاله به بحث های بسیار مهم اصول عملیه در قوانین موضوعه پرداختیم. و اساساً بدنیال یافتن پاسخ به سوالات زیر هستیم. منظور از اصل عملی چیست؟ مبانی پذیرش اصول عملیه چیست؟ جایگاه و ارزشمندی اصول عملیه، در قانون مدنی چیست؟ کدام یک از اصول عملیه حقوقی و قابلیت استناد در دادگاه را دارد؟ بیشترین اهمیت این مقاله، که از رهگذر پاسخ به این سوالات محقق می شود؛ از یک سو؛ کاربردی نمودن قواعد اصولی در حل مشکلات حقوقی در پرتو شناسایی مصادیق عملی این اصول در قانون مدنی و دگر سو؛ بهره وری بیشتر از آموزه های صرفاً نظری مباحث علم اصول و بهبود روش استدلالات در دعاوی. فرضیه ی کلی به سوالات بیان شده بیانگر این است که؛ اصول عملیه کاربرد متعدد و زیادی در قانون مدنی ما داشته است. از آنجایی که به زعم نگارنده، اصول عملیه از یک سری فرمول های عقلی تبعیت می کند و اعمال هر قاعده و قانونگذاری خلاف عقل و منطق محکوم به رد است در بسیاری از مواد قانون مدنی شاهد تبعیت قانونگذار از اصول عملیه هستیم.

اهمیت و جایگاه اصول عملیه

اهمیت و جایگاه اصول عملیه بر حقوقدانان و فقها پوشیده نیست. فایده علمی اصول فقه ایجاد آمادگی علمی و توانایی استدلال کردن برای استنباط احکام شرعی است. به بیان دیگر، به معنای آثار و نتایجی است که از صرف دانستن مسائل و قواعد اصولی - بی توجه به جنبه کاربردی آن - به بار می آیند که به برخی از آن ها اشاره می شود. اهمیت و جایگاه اصول عملیه از دو منظر حائز اهمیت است. از یک سو؛ خواننده یا خوانندگان دعوی نیز با آشنایی نسبت به این قواعد و مقررات می توانند در مقام پاسخ به دعوی مطروحه، نسبت به ایراد و دفاع اقدام لازم به عمل آورند. از سویی دیگر؛ قضات در حدودصلاحیت

خود و با رعایت این مقررات بهتر می توانند نسبت به تشخیص حق از باطل و نهایتاً صدور رای اقدام نمایند. باتوجه به اصول محاکمات و رعایت آنها از بروز اختلاف سلیقه در رسیدگی و ناهماهنگی جلوگیری به عمل می آید. همچنین اصول عملیه در پویایی فقه و استخراج موضوعات جدید بدون سابقه ی شرعی نقش اساسی دارد. اصول عملیه در آراء وحدت رویه نیز کاربرد قابل ملاحظه ای دارد که همین امر نشان از جایگاه کاربرد این اصول و پذیرفته شدن آن بعنوان مستندی موجه در بین قضات عالی و علیم هیئات دیوان عالی کشور دارد.

اهمیت و جایگاه اصول عملیه



۱- مفاهیم

یکی از اصطلاحات رایج در فقه، اصول عملیه یا اصول عملی فقهی و شرعی می باشد که با استفاده از آن ها، می توان، شک فرد را در تعیین حکم شرعی، زمانی که دلایل و امارات، کارساز نیستند، برطرف کرد. اصول عملیه، دارای انواع مختلف بوده و در علم حقوق، در مقام دعوا نیز بسیار کاربرد دارند.

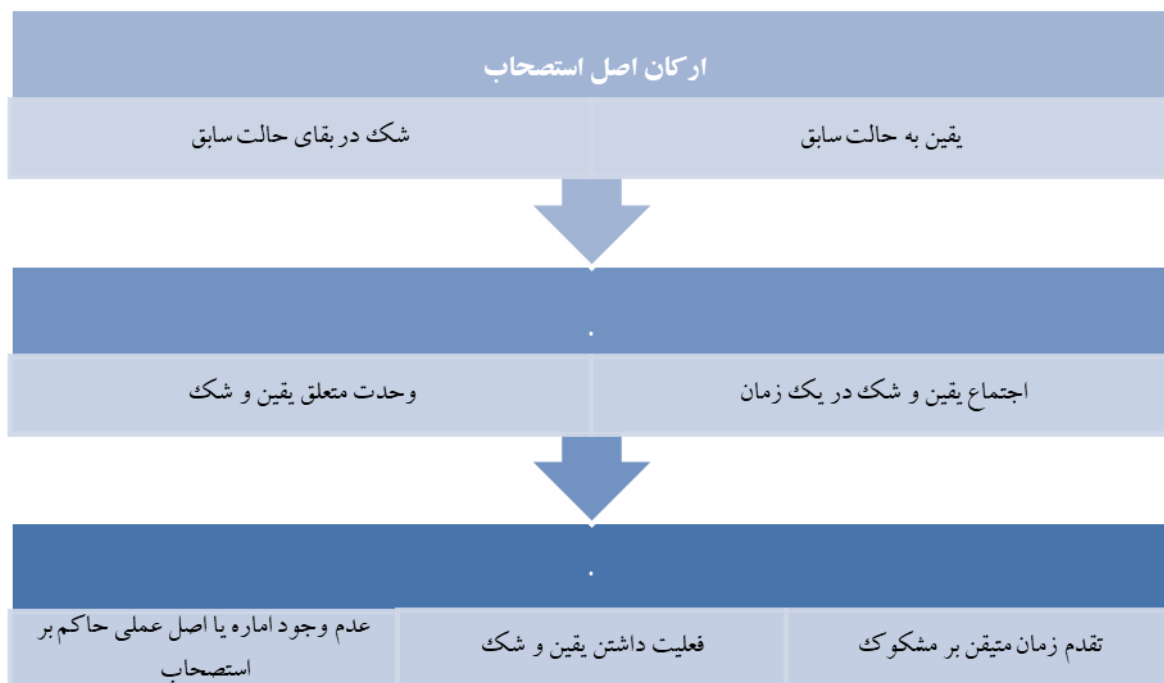
۱-۱- اصول عملیه

اصول عملیه به قواعدی کلی گفته می شود که برای یافتن حکم قانون در هنگام شک در حکم قانونگذار بکار می روند. (باقری راد، ۱۳۹۳: ۹۲) مهمترین اصول عملیه ای که ارزش حقوقی و قابلیت استناد در دادگاه را دارند عبارتند از: برائت، استصحاب، تخیر، احتیاط، اصل عدم و نهایتاً اصل تاخر حادث. اصول عملیه اصطلاحی است در اصول فقه به معنای قواعدی که در موارد بروز شک در تعیین حکم شرعی وظیفه عملی مکلف را پس از آنکه به دلیل و اماره ای دست نیافت روشن می کند. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ ه. ق: ۹۵) به اصول عملیه، دلیل فقهاتی و به اماره، دلیل اجتهادی نیز گفته می شود.

هرگاه حکم قضیه ای را ندانیم و با مراجعه به ادله اجتهادی نیز نتوانیم حکم آن را به دست آوریم برای رفع سرگردانی باید از یک سری اصول مثل «اصل برانت»، «اصل احتیاط»، «اصل تخییر و اصل استصحاب استفاده کنیم که به آنها اصول عملیه با ادله فقهاتی گفته می شود. تعریف خلاصه ی اصول عملیه عبارت است از: «الاصل دلیل حیث لا دلیل» یعنی اصول عملیه درجایی مورد بحث قرار می گیرد که اماره وادله اجتهادی در دست نباشد چون اصول عملیه درصدد کشف واقعیت نیست بلکه مکلف را ازحیرت و سرگردانی نجات می دهد. (فیض، ۱۳۹۵: ۱۵۴) اصل عملی، اصطلاحی است در اصول فقه به معنای قواعدی که در موارد بروز شک در تعیین حکم شرعی، وظیفه عملی مکلف را پس از آن که به دلیل و امارهای دست نیافت روشن می کند. به بیان دیگر، اصول عملیه، اصولی است که وظیفه عملی کسی را که دچار شک و تردید شده معین می کند، بنابراین موضوع اصول عملیه، شک است که به آن دلیل فقهاتی نیز گفته می شود. (قافی و شریعتی، ۱۳۹۲: ۵۴) ذیلا به تعاریف شیوه های اجرای آن پرداخته می شود:

۱-۱-۱- اصل استصحاب

اصل استصحاب در شک مکلف، حالت سابقه لحاظ می شود. اگر مکلف درحکمی ویا موضوعی که قبلا به آن یقین داشته، شک کند، حالت سابقه لحاظ می شود و بر طبق حالت سابق عمل می کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۷۲) استصحاب از اصول عملی است و برای آن تعریف هایی ذکر شده که برخی همه آنها را به یک تعریف برگردانده اند و آن حکم به بقای حکم شرعی است. مجرای اصل استصحاب جایی است که هر گاه مکلف نسبت به حکم شرعی، یا موضوع حکم شرعی، یقین داشته باشد، سپس نسبت به بقای امر یقینی پیشین، شک کند که در اینجا استصحاب جاری می شود.



۱-۲-۱- اصل برائت

اصل برائت عدم لحاظ حالت سابقه و شک در اصل تکلیف باشد. اگر شک در ابتدای موضوع و یا حکم باشد برائت جاری می شود بخاطر اینکه اگر مکلف حکمی را نداند، تکلیفی نخواهد داشت. برائت در لغت به معنای پاکی، پاک شدن از عیب، دوری، رهایی و خلاص شدن آمده است. « اصل برائت » از اصطلاحات علم اصول، با مفاد حکم ظاهری و از اصول عملیه چهارگانه است که از مجموع آنها به « دلیل فقهاتی یا اصل عملی » یاد می شود. اصل برائت از اصول عملیه به معنای حکم به عدم ثبوت تکلیف، در مواردی که تکلیف مشکوک است، می باشد. (محمدی، ۱۳۷۹: ۶۵)



۱-۳-۱- اصل احتیاط

اصل احتیاط حالت سابقه لحاظ نشود و مکلف به اصل تکلیف علم داشته باشد ولی در متعلق تکلیف شک کند و احتیاط هم ممکن باشد. مثل علم به وجود نجاست در ظرف های موجود و شک بین دو ظرف. در این حالت هر دو ظرف کنار گذاشته می شود. (طاهری، ۱۳۸۵: ۱۰۴) به اصل احتیاط، اشتغال، اصالت احتیاط، اصالت اشتغال، اصالت اشتغال ذمه، اصل اشتغال، قاعده احتیاط و قاعده اشتغال نیز گفته می شود. اصل احتیاط عبارت است از حکم شرع یا عقل به لزوم انجام دادن یا ترک همه موارد احتمالی تکلیف در مورد شک در مکلف به. اصل احتیاط جایی است که شک در مکلف به باشد نه اصل تکلیف. (شبخیز، ۱۳۹۴: ۸۵)



۱-۴-۱- اصل تخییر

اصل تخییر، حالت سابقه لحاظ نشود و علم به اصل تکلیف وجود داشته باشد ولی احتیاط غیرممکن باشد. مثل یکی از دو فعل واجب باشد و دیگری حرام و این دو مشتبه باشند. در این حالت که به اصل موضوع و حکم دسترسی وجود ندارد مکلف مخیر هست یکی را انجام دهد. منظور از تخییر، اینست که اختیار کار با خود مکلف باشد پس هر یک از دو طرف مورد شک را که اختیار کند عقابی برای وی نخواهد بود از جمله مواردی که مورد اجرای اصل تخییر است موردی است که حکم چیزی مشکوک و مردد باشد میان وجوب و حرمت و هیچ راهی برای ترجیح یکی از این دو احتمال در میان نباشد در این صورت مکلف به حکم عقل مخیر است میان آوردن و نیاوردن بدین معنی که اختیار عمل به خود او واگذار شده پس هر طرف را که اختیار کند کیفری برای او نخواهد بود (محمدی، ۱۳۹۸: ۳۵۰).



۲- سابقه تحقیق

درباره مباحث علم اصول کتابهای فراوانی در میان فقیهان نوشته شده است و شماری از حقوقدانان هم آثاری در این باره تالیف نموده اند. ولی در زمینه کاربردی شدن قاعده اصولی و تطبیق آن با مباحث حقوقی آثار اندکی وجود دارد که بعضا در برشمردن مصادیق آنها اشتباه هم شده است. برخی از این منابع در فهرست اجمالی منابع بیان شده است برخی از مقالات و کتابها هم در این باره نکات ارزنده ای را بیان نموده اند بعنوان نمونه جناب آقای علی اکبر ایزدی فر کتاب اصول فقه در قوانین موضوعه را در سال ۱۳۹۳ تحریر کرده است که در انتشارات توسعه علوم ساری چاپ شده است و همچنین کتاب ابوالفضل باقری راد بنام اصول فقه به بیان ساده در این زمینه مصادیق زیادی را بکار برده است، از کتاب های زیادی که زحمت زیادی برای آن کشیده شده است کتاب محمد رضا شبخیز بنام اصول فقه دانشگاهی است که در انتشارات آوای تهران در سال ۱۳۹۳ چاپ شده است و نهایتا جدید ترین و بهترین کتابی که تاکنون به چاپ رسیده است کتاب اصول فقه کاربردی در سه جلد نویسنده در سه جلد بصورت مشترک جناب سعید شریعتی و حسین قافی است که انتشارات سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه انرا به چاپ رسانده است. در نگارش این مقاله از این منابع استفاده نموده و نهایتا مطالب تکمیلی را به آن اضافه می نمایم. هر چند درباره علم اصول کتابهای زیادی بویژه از سوی فقیهان نوشته شده است اما درباره تطبیق آن با مواد قانونی دست کم در دهه های پیشین کتاب قابل توجهی مشاهده نمی شود. البته اخیرا کتابهایی در این زمینه نوشته شده که ضمن تحسین از این رویکرد در این مقاله در صدد تکمیل نواقص این کتابها می باشیم.

۳- مصادیق

۳-۱- مصادیق اصل استصحاب

هرچند که در قوانین موضوعه ی ما از لفظ استصحاب و این اصطلاح استفاده نشده ولی در متون آراء قضائی کاربرد این اصل به کثرت قابل استعمال بوده و مشهود است. به عنوان مثال در رای تمیزی ۶۹۴۶ - مورخه ۱۳۱۰/۵/۳۱ و شماره ۶۲۶۰ - ۵۶۱۱ مورخه ۱۳۰۹/۸/۷۲ و یا در رای ۲۰۶۴۱ - ۱۲۶ مورخه ۱۳۱۷/۱/۳۲. (محمدی ۱۳۸۹: ۳۲۸) در حکم تمیزی شماره ۱۴۶۰۲ آمده است: مطابق ماده ۷۲۳ قانون مدنی کسی که اینطور ضمانت کرده اگر مدیون نپرداخت من می پردازم محکوم به پرداخت است؛ چراکه عدم پرداخت مدیون استصحاب خواهد شد (باقری راد، ۱۳۹۳: ۲۳۰).

۳-۱-۱- مصادیق اصل استصحاب در قانون مدنی

قاعده ای وجود دارد که میگوید: «الاستصحاب عرش الاصول و فرش الأمارات یعنی استصحاب عرش اصول و فرش آمارات است؛ بنابراین در صورت تعارض استصحاب با سایر اصول عملیه اصل برائت احتیاط و تخییر استصحاب بر آنها مقدم است.

۳-۱-۱-۱- ارث و اصل استصحاب در قانون مدنی

ماده ۸۷۹ قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر بین وراث غایب مفقود الاثری 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 وراث بر می 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 نمیدانیم شخص مزبور زنده است و یا مرده حیات او را استصحاب می کنیم که لازمه آن مالکیت بر سهم الارث خویش است.

ماده ۸۷۵ قانون مدنی برای آنکه حمل متمتع از ارث شود بایستی زنده به دنیا آید با فرض آنکه حمل تا زمان شک زنده بودن آن مفروض بوده و سپس شک حادث شود بنا به اصل استصحاب آنرا زنده فرض خواهیم کرد البته بزم آنکه حمل و نوزاد را یکی بدانیم. (محمدی، ۱۳۹۸: ۳۲۴) ماده ۳۵۹ قانون مدنی اشعار می دارد: «هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیئی داخل در مبیع نخواهد بود.» آنطور که در این ماده ملاحظه شد 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 به این صورت آن شیئی در مبیع داخل نخواهد شد. نکته قابل توجه و جالب اینکه در این ماده علاوه بر استصحاب عدمی، استصحاب وجودی و اصل عدم نیز مشهود است. (شهبازی، ۱۳۹۹: ۳۳۰)

ماده ۸۷۴ قانون مدنی اشعار می دارد: «اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم باشد و دیگری از حیث تقدم و تاخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می برد. اصطلاح معروف اصل تاخر حادث در چنین جایی حاکم است. (ایزدی فر و پیردهی ۱۳۹۳: ۲۹۳)

ماده ۸۷۳ قانون مدنی اشعار می دارد: اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می برند مجهول و تقدم و تاخر هیچ یک معلوم نباشد اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی برند. (باقری راد، ۱۳۹۳: ۲۳۰)

ماده ۸۷۳ قانون مدنی بیانگر این مطلب است. به این صورت که پدر و فرزندی در حادثه ی اتومبیل یا آتش سوزی می میرند و تاریخ مرگ هیچ کدام معین نیست. استصحاب حیات هرکدام ایجاب می کند که در زمان فوت دیگری زنده فرض شود و چون اجرای اصل در هر دو امکان ندارد هیچ کدام از دیگری ارث نمی برد. (کاتوزیان، ۱۳۵۶: ۴۲۷)

ماده ۴۹۵ قانون مدنی اشعار می دارد: اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تاخر مجهول باشد، فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می برد. در فرضی که ماده ۴۹۵ قانون

مدنی مطرح شده، با حکم واقعی دسترسی نیست، زیرا نمی دانیم وارثی که تاریخ فوت او معلوم است زودتر مرده است یا دیگری بنابراین، ناچار باید به حکم ظاهری و اجرای اصول عملی روی آورد. در چنین وضعی، واقعیت درباره ی یکی از دو وارث معلوم است، پس اجرای اصل تنها درباره ی حیات دیگری ضروری و ممکن است. درباره وقوع هر حادثی، اگر تردید باشد اصل این است که رخ نداده، مگر اینکه دلیلی خلاف آنرا برساند. مرگی که تاریخ آن مجهول است تابع همین قاعده است، حادثی است که وقوع آن در زمان معلوم مرگ دیگری مجهول است و فرض می شود که هنوز واقع نشده است. این اصل را که شاخه ای از اصل عدم است « اصل تاخر حادث » می نامند. (کاتوزیان، ۱۳۵۶: ۱۴۲) پس در صورتی که تاریخ حدوث یکی از دو امر معلوم باشد و تاریخ دیگری مجهول به وسیله ی اعمال اصل تاخر حادث فرض می شود امری که تاریخ حدوث آن مجهول است پس از امری که تاریخ حدوث آن معلوم می باشد موجود شده است. قانون مدنی اصل مزبور را در ماده ۸۷۴ در مسئله ی ارث دو نفر از یکدیگر مورد عمل قرار داده است (امامی، ۱۳۷۵: ۲۵۶)

ماده ۸۷۶ قانون مدنی: « با شک در حیات، حکم به وراثت نمی شود. » برخی از حقوقدانان معتقدند این ماده مبتنی بر اصل عدم حیات است و هرچند که اجرای اصل عدم، حیات در این مورد از نظر اصولی ممکن است ولی درباره حکم به عدم وراثت نیازی به اجرای اصل عدم نیست زیرا به موجب ماده ۸۷۵ قانون مدنی شرط وراثت زنده بودن وراث در حین فوت مورث است. ماده ۱۰۷۷ قانون مدنی اشعار می دارد: « در نکاح منقطع احکام راجع به وراثت زن و مهر او همان است که در باب ارث و در فصل آتی مقرر شده است. »

ماده ۱۲۴ قانون مدنی اشعار می دارد: « اگر از قدیم سرتیر عمارتی روی دیوار مختصی همسایه بوده و سابقه ی این تصرف معلوم نباشد باید به حال سابق باقی بماند و اگر به سبب خرابی عمارت و نحو آن، سرتیر برداشته شود صاحب عمارت می تواند آنرا تجدید کند و همسایه حق ممانعت ندارد مگر اینکه ثابت نماید وضعیت سابق به صرف اجازه ی او ایجاد شده بوده است. » ماده ۱۰۲۰ قانون مدنی اشعار می دارد: پس از گذشت ده سال از آخرین خبر حیات غایبی که هنگام مفقود شدن ۷۵ ساله بوده است غایب، زنده فرض نمی شود زیرا از ۸۵ سالگی، شک در بقاء مقتضی حاصل می شود و ما حکم به عدم بقای مقتضی کرده و او را زنده فرض نمی کنیم و سپس حکم موت فرضی او طبق ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی صادر می شود. موارد ذیل از جمله مواردی محسوب است که عاداتاً شخص غایب زنده فرض نمی شود:

۱- وقتی که ده سال تمام از تاریخ آخرین خبری که از حیات غایب رسیده است گذشته و در انقضای مدت مزبور سن غایب از هفتاد و پنج سال گذشته باشد.

۲- وقتی که یک نفر به عنوانی از عناوین جزو قشون مسلح بوده و در زمان جنگ مفقود و سه سال تمام از تاریخ انعقاد صلح بگذرد، بدون اینکه خبری از او برسد. هر گاه جنگ منتهی به انعقاد صلح نشده باشد، مدت مزبور پنج سال از تاریخ ختم جنگ محسوب می شود

۳- وقتی که یک نفر حین سفری بحری در کشتی بوده که آن کشتی در آن مسافرت تلف شده است، سه سال تمام از تاریخ تلف شدن کشتی گذشته باشد، بدون این که از آن مسافر خبری برسد.

۴- هر گاه شک در قابلیت بقای مستصحب باشد، به آن « شک در مقتضی » می گویند. در این مورد دو عقیده مطرح است: آنچه که صحیح تر به نظر می رسد، آنست که در مورد شک در مقتضی نمی توان استصحاب کرد زیرا استعداد بقا در مسیر زمان را ندارد. (انصاری ۱۲۱۴، ق: ۵۵۹ و ۸۵۵). زیرا در صورتی می توان حکم بر بقای حالت سابق کرد که موضوع آن استعداد باقی ماندن را داشته باشد. برای مثال، اگر پس از دو قرن زنده بودن انسانی مورد گفت و گو قرار گیرد، حیات سابق او را نمی توان

استصحاب کرد زیرا به حکم عادت و تجربه، در انسان استعداد دو قرن زندگی کردن وجود ندارد، چنان که در ماده ۱۰۲۰ قانون مدنی غایبی که از او ده سال خبری به دست نیامده، تا سن ۵۷ سالگی زنده فرض شده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۵۹)

۳-۱-۱-۲- اشخاص ضعیف (جنون، صغر سن و...) و اصل استصحاب

۳-۱-۱-۲-۱- جنون

ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی اشعار می دارد: «مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی تواند هیچ تصرف در اموال و حقوق مالی خود بنماید تا افاقه او مسلم باشد. بقای جنون در اینجا امر وجودی است و به استناد این اصل بقای آن استصحاب می گردد تا خلاف آن آشکار شود. در این ماده بین قاعده صحت با استصحاب تعارض است یعنی بعضی به جهت قاعده صحت، اصل را بر سالم بودن معامله در حالت افاقه ی مجنون ادواری می گذارند لذا معامله را صحیح تلقی و بعضی با استصحاب حجر مجنون، آن معامله را باطل قلمداد می کنند ولیکن در قانون مدنی صراحتاً معامله مجنون ادواری را فاسد اعلام و در صورتی صحیح می داند که مدعی ثابت کند که معامله ی مجنون در حالت افاقه محقق شده است و یا آنکه میان زن و شوهر در صحت طلاق اختلاف باشد رابطه زناشویی استصحاب می شود در اینجا قاعده ی صحت حکمفرماست. (باقری راد ۱۳۹۳: ۲۴۱)

۳-۱-۱-۲-۲- صغیر

تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اشعار می دارد: « اموال صغیری را که بالغ شده در صورتی می توان به او داد که رشد وی ثابت شده باشد » صغیر تا قبل از سن بلوغ غیر رشید است و پس از سن بلوغ نیز عدم رشد وی استصحاب می شود مگر آنکه رشد وی را تا قبل از سن رشد بتوان برای دادگاه به اثبات رسانید. (ایزدی فر، پیردهی ۱۳۹۳: ۲۹۴ تا ۷۹۲) ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی اشعار می دارد: برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوبین او جدا از یکدیگر زندگی می کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. (اصلاحی ۱۳۸۲/۹/۸). تبصره - بعد از هفت سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می باشد. (الحاقی ۱۳۸۲/۹/۸).

پیش از اصلاح ۱۳۸۲/۲/۸، متن این ماده چنین بود: « برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آن ها با مادر خواهد بود. » (مصوب ۱۳۱۴/۱/۹۱).

در آن زمان سوالی مطرح بود، به این صورت که، هر گاه طفلی خنثی باشد تکلیف چیست؟ در آن صورت، بنا بر وحدت ملاک ماده ۹۳۹ قانون مدنی اگر علائم رجولیت او غالب باشد مدت حضانت مادر دو سال است و هر گاه علائم انوئیت او غلبه داشته باشد مدت حضانت او هفت سال می باشد، هر گاه هیچ یک از علائم غالب نباشد حق حضانت مادر تا آخر سال هفتم استصحاب می شود، زیرا با علم به وجود حق مزبور قبل از گذشتن دو سال و تردید در وجود امری که موجب زوال آن پس از دو سال گردد، حق حضانت مادر استصحاب می شود. بعضی از فقها در مورد خنثی مشکل برآنند که اطلاق ادله، حضانت را برای پدر می داند و نسبت به دو سال در پسر و هفت سال در دختر آن ادله مقید شده است، لذا تمامی باقی موارد تحت اطلاق باقی است، یعنی حضانت طفل در موردی که هیچ یک از علائم غلبه ندارد پس از انقضای مدت دو سال به عهده ی پدر است. (امامی، ۱۳۷۵: ۵۵۲ و ۳۵۵)

۳-۱-۲-۳-طلاق، نفقه و مهریه زوجة

ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی اشعار می دارد: «هر کس مدعی حقی باشد باید آنرا ثابت کند» و یا استصحاب وجود نفقه زوجة براساس مواد ۱۱۰۶ و ۱۱۰۷ و ۱۱۰۸ قانون مدنی و یا جواز خیار غبن، بعد از پرداخت تفاوت قیمت توسط غابن در ماده ۴۲۱ قانون مدنی (باقری راد ۱۳۹۳: ۲۳۱) هر کس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه، هر گاه در مقام دفاع مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر بر عهده ی اوست.

ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی اشعار می دارد: «اگر زن قبل از اخذ مهریه به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود دیگر نمی تواند از حکم ماده قبل استفاده کند [و از انجام وظایف زناشویی تا تادیه مهریه امتناع کند] معذک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد.

ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی اشعار داشته: «هرگاه شخصی ۴ سال تمام غایب مفقود الاثر باشد زن او می تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت حاکم می تواند با لحاظ ماده ۱۰۲۳ نسبت به طلاق زوجة مبادرت کند. (ایزدی فر، پیردهی ۱۳۹۳: ۲۹۳ تا ۴۹۲) یا مانند غایب مفقود الاثر اگر شخصی مفقود شده باشد و هیچ اطلاعی از وی نداشته باشند آیا اموال وی بین وراثت تقسیم می شود و یا همسر وی می تواند ازدواج مجدد کند؟ خیر وجود و زنده بودن غایب استصحاب می گردد بنابراین نه اموال وی تقسیم خواهد شد و نه همسرش حق ازدواج دارد. به این استصحاب، استصحاب جزئی می گویند. (باقری راد، ۱۳۹۳: ۲۳۲)

ماده ۱۰۵۸ قانون مدنی اشعار می دارد: «زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط براینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.»
ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی: «عیوب زن در صورتیکه موجب حق فسخ برای مرد است که عیوب مزبور در حال عقد وجود داشته است.»

مستفاد از ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی اگر بعد از جاری شدن عقد نکاح دائم شک کنیم که سالها بعد آیا به واسطه ی فسخ و یا.. باطل شده است یا خیر اصل را بر استمرار بنا به اقتضای ذات نکاح خواهیم گرفت. (شبخیز، محمدتبار ۱۳۹۳: ۸۷)
ماده ۱۱۴۱ قانون مدنی اشعار می دارد: طلاق در طهر مواقعه صحیح نیست مگر اینکه زن یائسه یا حامل باشد.
تردید در رافعیست امر موجود در مواردی است که استعداد بقای موضوع مسلم و پیدایش امری نیز محرز باشد. ولی تردید در این است که آیا پیدایش آن امر موجب زوال متیقن سابق است یا خیر؟ به طور مثال می دانیم طلاق بین زن و شوهر رخ داده، منتهی تردید داریم که آیا این طلاق شرایط لازم را دارا بوده یا خیر؟ چون ب این زن و شوهر اختلاف است در این که طلاق در «طهر مواقعه» واقع شده است یا «طهر غیر مواقعه». در حالی که اگر در «طهر مواقعه» واقع شده باشد، طلاق بی اثر است (ماده ۱۱۴۱ قانون مدنی)، والا طلاق صحیح خواهد بود. (ولایی، ۱۳۷۸: ۸۷)

ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی اشعار می دارد: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است.»
مسائلی در عمل وجود دارد که به علت سکوت قانون دقیقاً نمی توان گفت حق است یا حکم؟ برخی به عنوان مثال یکی از مصادیق مشتبه حق و حکم را، حق رجوع زوج و زوجة در ایام عده ی رجعی ذکر کرده اند و سوال مطرح شده که؛ آیا قابل اسقاط است؟ البته در متن ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی صراحتاً بیان شده «حق رجوع» ولی با این حال، پاسخ مکتب شک، این است که در این مورد اگر ذیحق، دست به اسقاط بزند عمل او کان لم یکن است زیرا یقین به موثر بودن عمل نداریم و ناگزیر وضع حقوقی قبل از عمل او را باید استصحاب کرد!

برخی گفته اند؛ بجای اینکه شک بی مورد کنیم و خود را اسیر امواج شکوک گردانیم بهتر است به اصول مسلم و بدیهی حقوق متوسل شویم: اصل آزادی اراده از بدیهیات است تا وقتی که مانع مسلم برای نفوذ اراده در مقررات نباشد نمی توان جلو نفوذ اراده را به صرف شک گرفت. علاوه بر آن استصحاب مذکور واجد شرایط یک استصحاب صحیح نیست؛ زیرا: اولاً - با اسقاط حق رجوع زوجه (مثلاً) یقین به وجود مقتضی علقه ی زوجیت نسبت به بعد از اسقاط، وجود ندارد و حال اینکه یقین مذکور، شرط استصحاب است. در این جا نظر به کیفیت اسقاط حق رجوع، شک در مقتضی وجود دارد نه شک در مانع.

ثانیاً - زمان متیقن و زمان مشکوک در استصحاب باید دو تا باشد در این مثال زمان متیقن و زمان مشکوک یکی است یعنی در لحظه ای که اقدام به اسقاط حق رجوع شده است تا همان لحظه (به نظر متعارف مردم) یقین به علقه ی زوجیت مطلقه ی رجعیه وجود داشته است و در همان لحظه به علت اقدام زوج به اسقاط حق رجوع، شک در بقای علقه ی زوجیت پدید آمد پس زمان شک، به زمان یقین، پیوسته است.

ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی اشعار می دارد: کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد. یعنی بتواند نفقه بدهد، بدون این که از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد. برای تشخیص تمکن، باید کلیه تعهدات و وضع زندگانی شخصی او در جامعه در نظر گرفته شود.

استصحاب عدمی درمقابل استصحاب وجودی است؛ و آن این است که عدم چیزی در سابق مسلم بوده و هم اکنون وجود او مورد تردید قرار گرفته است. مثلاً پدر و مادر علیه فرزند خود شکایت به دادگاه ببرند که ما مستمندیم و فرزند ما از دادن نفقه نسبت به ما استنکاف می کند. وقتی فرزند به دادگاه احضار می شود در جواب اظهار می دارد که من تمکن مالی نداشته، بلکه معسر هستم و بر اساس ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی که می گوید: کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد... « و با توجه به ماده ی ۱۲۰۳ قانون مدنی که می گوید: « در صورت بودن زوجه و یک یا چند واجب النفقه ی دیگر زوجه بر سایرین مقدم خواهد بود « فقط به اندازه ی نفقه ی زوجه ام تمکن دارم، پس مسئولیتی در قبال والدین ندارم. دادگاه پس از رسیدگی وضع معیشتی فرزند، حکم به اعسار او می دهد، پس از حکم دادگاه هر گاه شک در توان مالی او بشود، مادام که ملائت و توان او محرز نشود اعسار او استصحاب می گردد. (ولایی ۱۳۸۷: ۶۶، ۵۶۴ و ۵۶۵) ماده ۱۲۰۲ قانون مدنی اشعار می دارد: اگر اقارب واجب النفقه متعدد باشند و منفق نتواند نفقه ی همه ی آن ها را بدهد، اقارب در خط عمودی صعودی خواهند بود.

۳-۱-۱-۳- معاملات و اصل استصحاب در قانون مدنی

ماده ۴۵۷ قانون مدنی اشعار می دارد: «هر بیع لازم است مگر اینکه یکی از خیارات در آن ثابت شود. « در این ماده مقتضای عقد بیع را لزوم دانسته (قانونگذار) و خیارات را مانع لزوم دانسته. حال اگر در عیب یا غبن آن معامله شک شود حکم به لزوم داده می شود زیرا عقد بیع مقتضی لزوم است و وجود مانع هم احراز نشد. (قافی، شریعتی ۱۳۹۲: ۲۲)

ماده ۸۲۳ قانون مدنی اشعار می دارد: « هرکس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است». اگر کسی مال کسی را تلف کند ضامن است حال اگر شخصی انبار فرش کسی را آتش زند و یقین داریم که ۱۰۰ تخته فرش در مغازه بوده ولی شک داریم که آیا صد تخته قبل در روز حادثه یعنی دیروز در مغازه بوده یا خیر در اینجا با تمسک به استصحاب بقای وجود فرش ها را در روز حادثه مفروض می دانیم ولی لازمه عادی بقاء فرش ها یعنی اتلاف

فرش ها به وسیله استصحاب قابل اثبات نیست همچنین است اثر شرعی ائتلاف یعنی ضمان هم نیز قابلیت اثبات ندارد. (قافی، ۱۳۹۲: ۵۴)

ماده ۸۲۱ قانون مدنی اشعار می دارد: « حق شفعه فوری است. » شک در مقتضی حق شفعه و خيارات فوری (خيار رويت، خيار غبن، خيار عيب و تدليس) می باشد. یعنی اگر حق شفعه قبلا به وجود آمده باشد نمی توان آنرا تا به حال حاضر مستمر دانست. (شهبازی، ۱۳۹۵: ۲۰۳)

ماده ۸۰۳ قانون مدنی اشعار می دارد: بعد از قبض نیز واهب می تواند با بقای عین موهوبه از هبه رجوع کند، مگر در موارد ذیل:

- ۱- در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد؛
 - ۲- در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد؛
 - ۳- در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود، خواه قهرا مثل اینکه متهب به واسطه ی فلس مهجور شود، خواه اختیاراً مثل اینکه عین موهوبه به رهن داده شود.
 - ۴- در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود.
- هرگاه وجود و وقوع دو امر مسلم باشد ولی تقدم و تاخر آنها مورد شک باشد به طوری که تاریخ یکی معلوم و تاریخ دیگری مجهول باشد، مطابق « اصل تاخر حادث »، موضوعی که مجهول التاريخ است، موخر بر موضوع و امر معلوم التاريخ فرض می شود هرگاه وجود و وقوع دو امر مسلم باشد ولی تقدم و تاخر و یا تقارن آنها معلوم نباشد یا به بیان دیگر تاریخ حدوث هیچ یک معلوم نباشد، در هر دو مورد اصل تاخر حادث جاری می شود و سپس با هم تعارض کرده و در نهایت نیز تساقط می کنند. می دانید که پس از تحقق هبه، هنگامی که واحد از هبه رجوع کند و درخواست استرداد مال را بنماید و متهب مدعی گردد که قبل از رجوع واهب، تغییری در عین موهوبه حاصل شده است طبق شق ۴ ماده ۸۰۳ قانون مدنی واهب حق رجوع نخواهد داشت.

در این فرض، اگر واهب دفاع کند که تغییر پس از رجوع حاصل شده است و تاریخ رجوع و همچنین تغییر مورد اختلاف بین طرفین و مجهول باشد، هیچ یک از واهب و متهب نمی تواند تاریخ رجوع و یا تاریخ تغییر را ثابت کند، در این صورت دادرس خواهان را محکوم به بی حقی می نماید زیرا از نظر تحلیلی با معلوم نبودن هیچ یک از رجوع و تغییر، اصل تاخر حادث در هر یک از دو امر، معارض با جریان آن در دیگری می نماید و در نتیجه هر دو ساقط می شوند و تغییر مورد هبه پس از رجوع ثابت نمی شود و هبه به حال خود باقی می ماند. (امامی، ۱۳۷۵: ۲۵۷)

استصحاب حکمی آن است که حکمی برای موضوعی محقق بوده و اکنون تردید در بقاء حکم سابق برای همان موضوع داریم. ماده ۸۰۳ قانون مدنی به واهب اجازه می دهد که با بقاء عین موهوبه از آن رجوع کند، ولی ماده ای در قانون یافت نمی شود که تکلیف امر را در مورد تلف بعض عین موهوبه معین نماید، بدین جهت تردید می شود که در صورت تلف بعض عین موهوبه آیا نسبت به بقیه حق رجوع واهب باقی است یا آنکه ساقط شده است ؟ جواز رجوع سابق استصحاب می شود و باید بر آن بود که در مورد تلف بعض، واهب می تواند نسبت به باقیمانده از هبه رجوع کند. (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸ و ۳۹۶، ۷۹۳)

ماده ۲ قانون مدنی اشعار می دارد: قوانین پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم الاجرا است، مگر آن که در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجراء مقرر شده باشد. (مصوب ۱۳۴۸/۸/۲۹) تصویب نامه ها و آیین نامه ها فروع قانون به معنی اخص اند پس مدت پانزده روز مذکور درباره ی آن ها هم رعایت می شود مگر اینکه در خود آن ها ترتیب دیگری مقرر شده باشد. در

حال حاضر اگر در لزوم اجرای آن ها قبل از سپری شدن پانزده روز تردیدی باشد. چون لزوم اجراء، امر حادث است استصحاب تاخر حادث تا راس موعد پانزده روز نافذ و معتبر است. (لنگرودی، ۱۳۴۳: ۱۹ و ۲۰) ماده ۵۳ قانون مدنی اشعار می دارد: تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. اگر کسی بر متصرف مالی به عنوان مالکیت، دعوی وقف مطرح کند و دلیل مدعی وقف دلالت کند که سابقا آن مال، وقف بوده است، استصحاب وقف جاری می شود و متصرف نمی تواند استناد به ید کند زیرا استصحاب وقف هر چند استصحاب است و ضعیف تر از اماره ید است لکن یک اماره ید دیگر آن استصحاب را تایید و اماره ید را تضعیف می کند و آن اماره این است که غالبا وقف (به مقیاس قانونی) تبدیل به ملک نمی شود و متصرف که بر خلاف این اماره، مدعی تبدیل وقف به ملکیت است باید دلیل بدهد وگرنه محکوم خواهد شد. (لنگرودی، ۱۳۴۳: ۵۴)

ماده ۵۵۰ قانون مدنی اشعار می دارد: مضاربه عقدی است جایز. مدرک این ماده در فقه اجماع است ولی در معاملات به ویژه نسبت به لزوم و جواز عقود مستند اجماع، نظر اهل نظر است نه نص شرع، موید مطلب آن که در قاعده ید کلی عقود (یعنی اصالة اللزوم در عقود) نصی نداریم به همین جهت متاخرین (فقط نزد امامیه) متوسل به استصحاب شده اند که آن هم ناتمام است. نتیجه آن که وقتی که در قاعده ید عام لزوم عقود نص نباشد به طریق اولی در خصوص مورد عقد مضاربه نص نیست. (لنگرودی، ۱۳۷۵: ۴۲۳ و ۵۲۳)

ماده ۳۷ قانون مدنی اشعار می دارد: اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقا مال مدعی او بوده است، در این صورت، مشارالیه نمی تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.

در تعارض دلایل باید توجه داشت که هر گاه دلیل به معنای اخص مثل: اقرار، سند، شهادت با امارات و اصول عملیه تعارض پیدا کنند، دلیل مقدم می شود. زیرا امارات و اصول تاب مقاومت در برابر دلیل را ندارد، در نتیجه هر گاه اقرار که از دلایل مستقیم است با اماره ید تصرف تعارض پیدا کند مقدم بر اماره خواهد شد.

اصل موضوعی عبارت است از اینکه؛ هر گاه در قلمرو موضوع، مجهولی باشد و اصل عملی در آن قلمرو بکار رود آن اصل عملی را « اصل عملی موضوعی » می نامند.

برخی معتقدند از نکات جالب توجه این است که با وجود اینکه رتبه ید اصل عملی، پایین تر از رتبه ید (ادله ید اثبات دعوی) است مع ذلک در یک مورد، اصل عملی بر دلیل پیشی می گیرد و آن وقتی است که اصل عملی در جانب موضوع حکم، جریان پیدا کرده و آن حکم را توجیه کند. مثال - شخصی مالی را متصرف است. دیگری علیه او اقامه ید دعوی مالکیت کرده و ثابت می کند که آن مال قبلا در تصرف من بوده است، خواننده که متصرف کنونی است آن مال را از من غصب کرده و یا به یکی از وجوه امانات به امانت گرفته باید آن را رد کند. در این مسئله استصحاب وضع حقوقی پیش از تصرف متصرف کنونی که ثابت شده است بر ید خواننده ید دعوی، چیره شده و خواننده نمی تواند از اماره ید بهره بگیرد. این استصحاب، یک اصل موضوعی است که حکم ید خواننده را توجیه کرده و آن را از اعتبار ساقط می کند. (لنگرودی، ۱۳۴۳: ۲۶۲)

ماده ۱۵۷ قانون مدنی اشعار می دارد: هر گاه 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 تاخر در بردن آب به نسبت حصه قرعه زد و اگر آب کافی برای هر دو باشد به نسبت حصه تقسیم می کنند. در خصوص تعارض استصحاب و قرعه باید گفته شود که این تعارض واقعی و حقیقی نمی باشد بلکه تعارض مذکور ظاهری است. به همین جهت می باشد که، هر گاه

استصحاب بتوان جاری کرد موضوع قرعه از بین می رود و از همین حیث است که نمی توان ایراد گرفت که چگونه اماره بر اصل مقدم شده است. (بجنوردی، ۱۳۵۹: ۶۷)

ماده ۲۶۴ قانون مدنی اشعار می دارد: تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می شود:

۱- به وسیله ی وفای به عهد؛

۲- به وسیله ی اقاله؛

۳- به وسیله ی ابراء؛

۴- به وسیله ی تبدیل تعهد؛

۵- به وسیله ی تهاتر؛

۶- به وسیله ی مالکیت مافی الذمه.

هرگاه در وجود یکی از موجبات سقوط دین (وفای به عهد و تهاتر و ابراء ذمه) تردید شود، شک در وجود رافع است. (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۴۱۲) زیرا وجود دین در گذشته یقینی و حتمی بود، در نتیجه چون تردید و شک پیش می آید که آیا رافعی آمده یا خیر؟ در این خصوص «شک در وجود رافع» بوده و در نتیجه می توان استصحاب جاری کرد. (همان: ۱۹۱) ماده ۲۸۶ قانون مدنی اشعار می دارد: تلف یکی از عوضین مانع از اقاله نیست؛ در این صورت، به جای آن چیزی که تلف شده است، مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می شود. در صورتی که بایع مغبون باشد و مبیع به جهتی از جهات نزد مشتری تلف گردد، تردید می شود که آیا حق خیار بایع ساقط شده است یا آنکه باقی است و پس از فسخ، مشتری باید بدل مبیع را از مثل یا قیمت بدهد. چون ماده ای در قانون مدنی حکم این امر را بیان نمی نماید، به گفته ی برخی از حقوقدانان می توان از استصحاب کمک خواست و گفت که قبل از تلف بایع حق فسخ داشته است و چون مبیع تلف گردیده حکم سابق استصحاب می شود و به بایع حق می دهد که بیع را فسخ و بدل مبیع را مطالبه نماید. این را استصحاب حکمی می دانند و به عقیده ی ایشان صحت استصحاب حکمی را ماده ۶۸۲ قانون مدنی تایید می نماید. (امامی، ۱۳۷۵: ۳۹ و ۳۰۲)

ماده ۳۶۴ قانون مدنی اشعار می دارد: در بیع خیاری، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است (مثل بیع صرف)، انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع.

هر گاه در بیع صرف و بعضی گفته اند؛ و در بیع سلم (که قبض قبل از تفرقه شرط صحت بیع است) قبض و تفرقه محقق شده ولی تاریخ هیچ یک معلوم نیست استصحاب تاخیر هر یک معارض با استصحاب تاخیر دیگری بوده و دو استصحاب متعارض ساقط می شوند و اصل صحت جاری می شود و بدیهی است قبض جزء ارکان عقد نیست. (همان: ۳۹۹)

در بیع صرف و سلم قبض قبل از تفرقه ی متعاقبین از مجلس عقد، شرط صحت عقد است. حال اگر قبض و تفرقه واقع شده باشد:

اولا - ممکن است تاریخ قبض و تاریخ تفرقه معلوم نباشد یعنی هر دو مجهول التاريخ باشند.

ثانیا - ممکن است تاریخ قبض معلوم باشد ولی تاریخ تفرقه معلوم نباشد.

ثالثا - عکس صورت دوم، یعنی تاریخ تفرقه معلوم باشد و تاریخ قبض معلوم نباشد.

در هر سه صورت ماده ۲۲۳ جاری می شود. ملاک مواد ۳۷۸-۴۷۸ قانون مدنی در این مورد جاری نمی شود زیرا اصالة الصحة بر استصحاب بقای مالکیت، حاکم است. (همان: ۴۱۲ و ۵۴۲) استصحاب اعتبار قانون به معنی اعم که شامل تصویب نامه و نظامنامه (آیین نامه) هم هست و مقصود از شرع در اصطلاح «استصحاب شرع» مطابق قوانین است. (همان، ۳۴۳۱: ۲۴۸ و

۹۴۲) ماده ۲۰۴ قانون مدنی اشعار می دارد: «هر گاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تادیه ی ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بایع مختار در فسخ معامله می شود.

از تصریح قانونگذار به فوری بودن گروهی از خیارهای مهم چنین بر می آید که درباره ی اعمال سایر خیار ها تاخیر به اصل حق صدمه نمی زند. به ویژه، که سقوط خیار در مدتی چنین کوتاه بعد از علم به آن دفع ضرر را دشوار می سازد و از این جهت نا متعارف به نظر می رسد. گذشته از این ها، اگر در بقا و زوال حق فسخ تردید شود، باید آن را به مقتضای استصحاب باقی دانست.

۳-۱-۴- مستاجر - راهن و اصل استصحاب در قانون مدنی

ماده ۴۹۳ قانون مدنی اشعار می دارد: «مستاجر نسبت به عین مستاجره ضامن نیست، به این معنی که، اگر عین مستاجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی اگر مستاجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگر چه نقص در نتیجه ی تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

پس از ختم مدت اجاره ی عین، آیا ید مستاجر بر آن عین، ید امانی است؟ گفته اند: در زمان عقد اجاره، ید وی امانی بود؛ حال که مدت عقد تمام شده و شک در بقا امانت، پدید آمده است، وجود آن امانت را استصحاب می کنیم. امانت از موضوعات است (یعنی استصحاب در اینجا از نوع استصحاب موضوعی است). برخی انتقاد کرده اند که، دلیل امانی بودن ید مستاجر در مدت اجاره، اذن در تصرف است که موجد به او داده است. (همان: ۲۸۲ و ۳۸۲)

ماده ۴۷۸ قانون مدنی اشعار می دارد: «هر گاه معلوم شود عین مستاجره در حال اجاره معیوب بوده، مستاجر می تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند؛ ولی اگر موجد رفع عیب کند، به نحوی که به مستاجر ضرری نرسد، مستاجر حق فسخ ندارد. هدف نهایی از خیار عیب جبران ضرر است. حال اگر پیش از اعمال خیار منشاء این ضرر از بین برود، خیار نیز ساقط می شود. نویسندگان قانون مدنی در مورد اجاره از این قاعده پیروی کرده اند. ماده ۴۷۸ اعلام می کند:

«ولی اگر موجد رفع عیب کند، به نحوی که به مستاجر ضرری نرسد، مستاجر حق فسخ ندارد» این حکم، که گرفتن ارش را نیز در اجاره ممنوع می کند، چهره ی استثنایی ندارد و در مقام بیان قاعده است، چنان که در فقه نیز سقوط خیار طرفداران سرشناسی دارد. با وجود این، پاره ای از نویسندگان از بقای خیار بی مبنا طرفداری کرده اند. پایه ی این نظر استصحاب بقای وجود خیار است که با وجود عیب استقرار می یابد، در حالی که همه ی تردید ها در مقتضی است. وانگهی، با توجه به مبنای

ماده ۴۷۸ قانون مدنی و اصل لزوم قرارداد ها جایی برای استناد به استصحاب باقی نمی ماند. (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۲۷۹)

ماده ۴۹۷ قانون مدنی اشعار می دارد: «عقد اجاره به واسطه ی فوت موجد یا مستاجر باطل نمی شود، لیکن اگر موجد فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستاجره بوده است، اجاره به فوت موجد باطل می شود و اگر شرط مباشرت مستاجر شده باشد، به فوت مستاجر باطل می گردد.

ماده ۷۹۳ قانون مدنی اشعار می دارد: «راهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافای حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن. » اگر مرتهن به راهن اذن داد که رهینه را به نفع خود یعنی به نفع راهن بفروشد راهن نیز آنرا فروخت سپس مرتهن مدعی شد که قبل از بیع مذکور از اذن خود عدول کرده بود و بیع فضولی بوده و با رد مرتهن باطل است، لیکن راهن می گوید رجوع از

اذن، پس از بیع مذکور بوده و بی اثر است و بیع صحیح است، تاریخ بیع و تاریخ رجوع هم مجهول است. آیا ماده ۳۲۲ قانون مدنی جاری است؟ در این مورد دو استصحاب متعارض وجود دارد:

الف - استصحاب بقاء اذن تا بعد از بیع. در نتیجه بیع صحیح است یعنی رجوع بعد از بیع واقع شده است.
 ب - استصحاب تاخر بیع از لحظه ی وقوع رجوع (استصحاب تاخر حادث) بنابراین وقتی که رجوع رخ داده در آن لحظه هنوز بیع واقع نشده بود و بیعی که بعداً واقع شده فاقد اذن از طرف مرتهن بوده است و باطل است. دو استصحاب متعارض سقوط کرده و اصل صحت بیع است. (انصاری ۱۴۲۹: ۴۰۰)

تبصره - شک در بقای رهن و استصحاب رهن جاری نمی شود زیرا شک در بقای رهن، شکی است سببی که ناشی است از شک در تقدم بیع بر رجوع از اذن و تاخر بیع از آن، یعنی اگر بیع، موخر از رجوع باشد رهن باقی است والا نه، و با جریان استصحاب در طرف شک سببی نوبت به جریان استصحاب در شک سببی نمی رسد.
 بنا به ضابطه ی مذکور در نظریه ی دوم در مثال رهن چون یقیناً معلوم نیست که ارکان عقد بیع صحیحاً واقع شده است نوبت به اجرای اصل صحت نمی رسد از طرفی طبق نظریه ی اول هم اصل صحت جاری نیست زیرا در این مورد، شک در قابلیت انتقال مورد عقد بیع وجود دارد و در چنین صورتی اصل صحت جاری نمی شود.

به نظر می رسد که قاعده ی عدم، به نفع مرتهن جاری است و راهن که مدعی وقوع بیع صحیح است باید دلیل بدهد وگرنه محکوم خواهد شد. (همان) هرگاه پس از وقوع عقد رهن، مرتهن به راهن اذن دهد که رهنه را به نفع خویش بفروشد (ماده ۳۹۷ قانون مدنی) و راهن هم آنرا فروخته سپس مرتهن ادعا کند که قبل از وقوع بیع از اذن خود عدول کرده است، پس بیع باطل است و راهن بگوید بیع بعد از عدول از اذن واقع شده است، پس بیع درست بوده است. در این مورد سه صورت می توان فرض کرد:

الف - تاریخ عدول از اذن و تاریخ وقوع بیع مجهول است. در اینصورت رهن به حال خود باقی است و راهن که مدعی است وثیقه طبق مقررات از بین رفته و دین بلاوثیقه است باید دلیل بدهد که بیع او مسبوق به اذن و عدم رجوع مرتهن بوده است.
 ب- هرگاه تاریخ رجوع از اذن معلوم باشد و تاریخ وقوع بیع، مجهول باشد: اولاً - هرچند استصحاب تاخر بیع از رجوع مرتهن اقتضاء می کند که بیع پس از رجوع واقع شده است و درست نیست لیکن در این مورد، استصحاب، اصل مثبت است و حجت نیست. ثانیاً - اصله الصحه در بیع مذکور هم جاری نیست زیرا احتمال وقف بودن و احتمال رهن بودن مبیع مانع از جریان اصله الصحه است. با ملاحظه ی مراتب بالا چون دلیلی بر زوال وصف وثیقه بودن از عین مرهونه وجود ندارد باید از کسی که مدعی است وثیقه از بین رفته دلیل مطالبه کرد و او راهن است که باید دلیل بدهد.

ج- هرگاه تاریخ بیع معلوم باشد و تاریخ رجوع از اذن معلوم نباشد: اولاً - استصحاب تاخر رجوع از بیع جاری می شود و در نتیجه بیع درست است لیکن این استصحاب اصل مثبت است و حجت نیست. ثانیاً - به دلیل مذکور فوق اصله الصحه در بیع مزبور جاری نیست. در نتیجه چون دلیلی نیست که وصف وثیقه بودن از عین مرهونه مرتفع شده باید راهن دلیل بدهد که حالت وثیقه بودن از بین رفته است یعنی باید ثابت کند که عدول از اذن از طرف مرتهن پیش از بیع واقع نشده است. (لنگرودی، ۱۳۸۰: ۴۹۳)

۳-۱-۵- وصیت و اصل استصحاب در قانون مدنی

ماده ۸۴۹ قانون مدنی اشعار می دارد: اگر موصی زیاده بر ثلث را به ترتیب معینی وصیت به اموری کرده باشد و ورثه زیاده بر ثلث را اجازه نکنند، به همان ترتیبی که وصیت کرده است از ترکه خارج می شود تا میزان ثلث و زاید بر ثلث باطل خواهد شد و اگر وصیت به تمام یکدفعه باشد، زیاده از همه کسر می شود. اگر به ثلث به نفع حسن وصیت کنید سپس به ربع به نفع حسین که دو وصیت مستقل بوده باشد در این مورد دو احتمال پیدا می شود:

الف - رجوع موصی از وصیت اول

ب - عدم رجوع از وصیت اول، با وصیت زیاده بر ثلث.

چون یقین به رجوع در دست نیست ناچار بقای وصیت اول، استصحاب می شود و در نتیجه با وصیت زاید بر ثلث روبرو خواهیم بود و طبق صدر ماده ۹۴۸ وصیت اخیر در صورت عدم تنفیذ ورثه باطل خواهد شد. باید دانست که در مورد تبصره ی اخیر، اوضاع و احوال بی دخالت نمی تواند باشد مثلاً اگر کسی حقوقدان باشد و وصیت به ثلث کند و سپس وصیت به ربع به نفع دیگری نماید با توجه به اینکه او می داند که بیش از ثلث حق ندارد احتمال رجوع از وصیت اول بسیار قوی است معذک در این مورد هم یقین به رجوع از وصیت اول نداریم زیرا امکان دارد که او از ورثه ی خود توقع تنفیذ وصیت اخیر را داشته و بر اساس این توقع، وصیت کرده نه بر اساس رجوع از وصیت اول (همان: ۵۱۴)

۸۸۱ مکرر قانون مدنی اشعار می دارد: کافر از مسلم ارث نمی برد و اگر در بین ورثه ی متوفای مسلم باشد، وراثت کافر ارث نمی برند، اگر چه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند. (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴)

همان طور که می دانید کفر یکی از موانع ارث است، ولی این موضوع که همیشه به همین سادگی نمی باشد. در برخی موارد نیاز به استدلال و استنباط دارد و حتی موجب اختلاف بین اندیشمندان شده است. به طور مثال فرض کنید شخصی فوت کرده و یکی از ورثه ی او کافر باشد اگر بعد از تقسیم ترکه مسلمان شود ارث نمی برد. اگر در زمان تقسیم، مسلمان شود احتمال ارث بردن او را داده اند، بعضی معتقدند که او ارث نمی برد. دلیل آنان استصحاب عدم وراثت کافر است. به این توضیح که او پس از موت مورث و پیش از تقسیم ترکه، کافر بود و یقیناً در وضع حقوقی قرار داشت که قانوناً ارث نمی برد. اکنون که همزمان با تقسیم ترکه مسلمان شده است این تردید پیش آمده که آیا ارث می برد یا نه؟ پس حالت یقینی سابق را باید استصحاب کرد. در این مورد دو عامل ذیل را باید از یکدیگر جدا کرد:

الف - عدم وراثت کافر. این، مستصحب است.

ب - کافر. این، موضوع و معروض آن مستصحب است. به این استصحاب، ایراد کرده اند که موضوع و معروض مستصحب، تغییر کرده و وجود ندارد. زیرا او به فرض قضیه همزمان تقسیم ترکه مسلمان شده است. مسلم و کافر عرفاً دو موضوع متغایرنند. پس موضوع مستصحب و معروض آن، در حین استصحاب، وجود ندارد. در حین استصحاب، مسلمانی در بین است و حال آنکه قبلاً او مسلمان نبود. آنچه که به نظر صحیح می رسد آنست که ایراد و اشکال به استصحاب وارد است و همان طور که گفته شد پیش از تقسیم ترکه کافر بوده و در زمان تقسیم مسلمان شده، به همین دلیل با تغییر موضوع نمی توان برای جلوگیری از ارث بردن لاقبل به استصحاب استناد کرد. (همان ۴۳۲ و ۳۳۴)

ماده ۹۴۵ قانون مدنی اشعار می دارد: اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد، زن از او ارث نمی برد، لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد، زن از او ارث می برد.

۱ - اگر مرد در مرض موت ازدواج کند و قبل از دخول، زوج ه بمیرد قانون مدنی ساکت است. به نظر می رسد که زوج مزبور از آن زوجه ارث نمی برد زیرا وراثت زوجین طرفینی است همانطور که زوجه بدون وقوع دخول، از این زوج مریض ارث نمی برد، زوج هم ارث نباید ببرد.

به عبارت دیگر، بحث در این است که چنین نکاحی قانونا اقتضای وراثت را دارد یا نه و در صورت شک در مقتضی نم یتوان آثار مقتضی را (که از جمله ی آن، وراثت است) مترتب کرد. ارث بردن، دلیل لازم دارد نه عدم ارث بردن. پس اگر کسی با زنی که مریض به مرض موت است ازدواج کند و احتمال طمع در ماترک او بسار قوی است و زوجه قبل از دخول بمیرد، آیا زوج ارث می برد؟

علاوه بر این فرضا که دخول هم شده باشد چه تاثیر دارد این دخول، آن احتمال طمع را از بین نمی برد این هم شک در مقتضی است و با وجود شک در مقتضی ارث نمی برد. قانون مدنی در این مورد هم ساکت است. (همان: ۳۲۵)

ماده ۱۰۱۷ قانون مدنی اشعار می دارد: اگر فوت غایب بدون تعیین تاریخ فوت ثابت گردد، محکمه باید تاریخی را که فوت او در آن تاریخ محقق بوده معین کند، در این صورت، اموال غایب بین وراثی که در تاریخ مزبور موجود بوده اند، تقسیم می شود. با توجه به ماده ۱۰۱۷ قانون مدنی پیش از این تاریخ، زندگی غایب استصحاب شده، زیرا امکان مردن او احتمالی است. به نظر بعض از نویسندگان مبنای ماده ی فوق «مصلحت اندیشی» است نه استصحاب: «اساسا اجتماع مصلحت در این می بیند که مدتی به انتظار پیدا شدن غایب بماند و همین مصلحت اندیشی است که موجب درنگ و تاخیر در تقسیم مال غایب بین ورثه می شود نه استصحاب، خصوصا اگر اضافه کنیم که علم حقوق بر مدار مصلحت اندیشی قرار گرفته. «برخی دیگر گفته اند؛ در این که مصلحت نیست اموال غایب بین بازماندگان او تقسیم شود و باید تا مدتی به انتظار ماند هیچ تردیدی نیست، لیکن مصلحت اندیشی اهل خرد نمی تواند بی دلیل باشد. قانونگذاری کاری ارادی است؛ هنری است که بر پایه ی کاوش های علمی قرار گرفته است و هدف خاص دارد. به طور خلاصه، محرک قانونگذار در این مصلحت اندیشی نزدیک شدن به واقع محتمل و اعتقاد بر استمرار وضع گذشته است و به همین دلیل مواد ۷۱۰۱ تا ۲۲۰۱ را می توان از موارد اجرای استصحاب دانست؛ استصحابی که بر اساس غلبه انجام شده است. (کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد ۳، شماره ۱۵۱: ۴۸۱)

ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی اشعار می دارد: حکم موت فرضی غایب در موردی صادر می شود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عاداتا چنین شخصی زنده نمی ماند.

تردید در پیدایش رافع یا شک در وجود رافع در صورتی است که استعداد بقای مستصحب در زمان لاحق محقق باشد ولی به جهتی از جهات تردید می شود که آیا امری حادث شده است تا مستصحب را از بین ببرد یا آنکه چنین امری به وجود نیامده است؟ به وسیله ی استصحاب حکم به بقای آن می شود. این امر را ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی تایید می نماید.

مطابق ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی حکم موت فرضی غایب در موردی صادر می شود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده مدتی گذشته باشد که عاداتا چنین شخصی زنده نمی ماند. یعنی با یقین سابق به حیات سابق کسی، چنانچه به جهتی از جهات تردید شود که امر غیر طبیعی موجب هلاکت او شده یا چنین حادثه پیش نیامده است؟ حیات سابق شخص مزبور استصحاب می شود و حکم به وجود او می گردد تا امری از خارج تردید را برطرف نماید. (امامی، ۱۳۷۵: ۴۸۲)

۳-۲- مصادیق اصل برائت

اصل برائت در حقوق موضوعه ایران جایگاهی ویژه دارد و به عنوان اصلی مسلم پذیرفته شده است. این اصل هم در قلمرو مسائل کیفری و هم در زمینه ی مباحث حقوقی و مدنی و مسایل مربوط به امور دادرسی کاربرد گسترده ای دارد و در قوانین متعدد به آن تصریح شده است. (قافی، شریعتی، ۱۳۹۲: ۹۵)

۳-۲-۱- مصادیق اصل برائت در قانون مدنی

ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی: « هر کس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند... » اصل عدم را تقریر کرده که در مواردی با اصل برائت تطبیق می کند. (محمدی، ۹۸۳۱: ۳۱۲)

ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی: « هیچ کس را نمی توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد مجبور نمود مگر اینکه عدم رشد یا جنون او اثبات شده باشد. » در این ماده قانونگذار اصل را بر برائت از جنون و عدم سغه گذاشته است یعنی اگر در مورد کسی به سن بلوغ رسیده است شک کنیم که آیا وی رشید است یا خیر؟ و یا مجنون است یا خیر؟ اصل بر برائت او از جنون و عدم سغه است. (ایزدی فر، پیردهی ۱۳۹۳: ۲۷۶)

ماده ۳۵۹ قانون مدنی جلوه ای از همین اصل است. در این ماده آمده است: « هر گاه دخول شیئی در مبیع عرفا مشکوک باشد آن شیء داخل در مبیع نخواهد بود مگر اینکه تصریح شده باشد ». یعنی اصل عدم است. در خصوص ماهیت اصل عدم اختلاف نظر وجود دارد برخی آن را اماره می دانند، برخی دیگر آن را یکی از اصول عملیه معرفی کرده اند. (امامی، ۱۳۷۵: ۲۵۸). عده ای آن را همچون اصل برائت می دانند و عده ای دیگر آن را مانند استصحاب عدمی ذکر کرده اند (حیدری، ۱۳۶۲: ۲۶۸)

ولی آنچه که بدیهی و واضح است، اصل عدم با وجود شباهت هایی که با دو اصل مذکور دارد ولی با هر یک از آن ها فرق هایی دارد. در تعریف اصل عدم گفته شده: « آن عبارت است از حکم به نبودن امری که وجود فعلی آن مورد تردید است یا به بیان دیگر، هر چیزی مسبوق به نیستی (عدم) است آنکه مدعی وجود چیزی می شود باید دلیل بدهد. ماده ۳۵۹ قانون مدنی از مصادیق جریان اصل عدم است. ممکن می باشد که نتیجه ی مزبور به وسیله ی استصحاب عدمی نیز حاصل گردد بدین نحو که تردید شود شیئی که در ملکیت مشتری قبل از عقد نبوده است، آیا در اثر عقد داخل در ملکیت او شده یا نشده است، عدم سابق استصحاب می گردد. (همان)

ماده ۸۷۶ قانون مدنی: « با شک در حیات حین ولادت حکم وراثت نمی شود. » چون اصل عدم حیات است. (ایزدی فر، پیردهی ۱۳۹۳: ۹۸)

در ماده ۳۵۹ قانون مدنی مشخص شد که در هر مورد که در وجود امری تردید شود اصل، عدم آن است. باید توجه داشت که معنی اصل عدم وسیع تر از معنی اصل برائت است زیرا قلمرو اصل برائت فقط موضوعات و پدیده هایی است که طبیعت آن پدیده ها طبیعت حقوقی است مانند اتهام، تخلف، دین، حق و جز اینها، ولی قلمرو اصل عدم از این هم وسیع تر است و شامل موضوعات و پدیده هایی می شود که طبیعت حقوقی ندارند، مثلاً « تقارن حیات جنین با زمان متولد شدن او » یک پدیده ی خارجی غیر حقوقی است که قانونگذار برای آن اثری قائل شده است و آن اثر عبارت است از ارث بردن نوزاد از مورث خود، یعنی اگر نوزاد در حین تولد زنده نباشد ارث نمی برد و اگر زنده باشد ارث می برد حال اگر « تقارن حیات نوزاد با زمان ولادت » مورد تردید باشد، اصل، عدم تقارن است زیرا این تقارن مسبوق به عدم است و به همین جهت ماده ی ۸۷۶ دلالت بر اصل عدم دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۳۳)

ماده ۴۸۳ قانون مدنی مقرر می دارد: اگر در مدت اجاره عین مستاجر به واسطه ی حادثه، کلا یا بعضا تلف شود، اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود. با عنایت به این ماده اگر عین مستاجر در مدت اجاره تلف شود معلوم نیست تلف به عهده چه شخصی است. (باقری راد، ۱۳۹۳: ۲۱۶)

ماده ۵۲۷ قانون مدنی مقرر می دارد: هر گاه زمین به واسطه ی فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد عقد مزارعه منفسخ می شود. حال برای ما شک حاصل شده است این عقد مزارعه دارای چه حکمی است. (همان: ۳۱۲)

مثل شرط اسقاط ضمان بایع نسبت به تلف مبیع قبل از قبض (ماده ۳۸۷ قانون مدنی) نمی دانیم چه حکمی دارد. سوال مطرح است قانون مذکور متضمن آن است که آیا چنین شرطی ممنوع است؟ اصل، عدم منع است در نتیجه اراده ی متعاقدين نسبت به چنین شرطی نافذ است. (همان: ۲۱۵)

مثال بعدی اینکه وکیل نمی تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد (ماده ۶۶۳ قانون مدنی). حال برای ما شک حاصل شده است که تعدی یا تفریط در عقود جایز اذنی مثل (وکالت، ودیعه، عاریه و...) حرمت دارد.

با عنایت به ماده ۸۸۰ قانون مدنی: اگر به دستور و تلقین وارث، دیوانه یا حیوانی مورث را بکشد، اثر آن مانند مباشرت است، ولی اگر مامور عاقل و کبیر باشد در قوت سبب تردید می شود. قتلی که به دستور مورث و برای رهایی او از درد و بدنامی صورت پذیرد (اتانازی) یا در اثر قطع عضوی باشد که به امید بهبود مورث انجام شده است، برای فقها و حقوقدانان محل تردید است که چه حکمی دارد؟ در اسناد مالکیت یک ناحیه ی معین از شهر تهران چند سند مجعول دیده شده، در مورد معامله ی دیگری که جعل سند مالکیت آن محرز نیست، آیا اداره ثبت مکلف است که در پاسخ استعلام بنویسد: در میان املاک این ناحیه تعدادی سند مجعول دیده شده است؟ اصل براءت از چنین تکلیفی است. می دانیم تصرف در مال غیر بدون اذن غیر، حرام است حال اگر فردی در مالکیت خود نسبت به مالی شک نماید آیا چنین تصرفی جایز است؟ (باقری راد، ۱۳۹۳: ۲۱۶)

ماده ۲ قانون مدنی - قوانین پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم الاجرا است، مگر آن که در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجراء مقرر شده باشد. (مصوب ۱۳۴۸/۸/۲۹)

یکی از مهم ترین و عمده دلیل حجیت اصل براءت، دلیل عقلی است به این صورت که عقوبت به دلیل مخالفت با تکلیفی که نا معلوم است عقلا قبیح می باشد و این همان قاعده ی عقلی و مسلم به نام «قاعده ی قبح عقاب بلا بیان» است؛ و این قاعده نیز می گوید، مواخذه و عقاب کسی که برای انجام کاری ممنوع و حرام نشده عقلا عملی زشت و قبیح است؛ و از آنجایی که این گونه عمل از خداوند صادر نمی شود و محال است، پس در مورد عملی که حرمت و وجوب آن ها برای مکلفین نا معلوم است مواخذه و عقاب نخواهد کرد، در نتیجه حکم ظاهری در مورد آن ها براءت می باشد. این موضوع در حقوق نیز قابل تصور است، زیرا مطابق قاعده ی مذکور مواخذه و عقاب و مسئولیت برای اشخاص در صورتی که آن ها مشخص و بیان نشده باشند عقلا زشت و قبیح است، بنابراین مطابق ماده ۲ قانون مدنی قوانین پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم الاجرا می باشند، به این دلیل که مخالفت با تکلیف مشخص و معین و بیان شده موجب مسئولیت باشد.

ماده ۲۶۵: هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است؛ بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، بدون اینکه مقروض آن چیز باشد، می تواند استرداد کند. در اینکه آیا دادن چیزی به دیگری اماره وجود دین به او است و پرداخت کننده باید دلیل براءت ذمه بدهد تا بتواند آنرا استرداد کند، یا اصل براءت است و مدعی اشتغال ذمه باید دلیل بیاورد وگرنه محکوم به

رد چیزی است که گرفته، اختلاف است و به نظر برخی رویه قضائی متمایل بر این است که پرداخت کننده و مدعی استرداد موظف به آوردن دلیل برای اسقاط عنوانی است که بازپس گرفتن مال را توجیه کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ذیل ماده ۵۶۲)

در نخستین نگاه و بعنوان قاعده، گفته شده که اثبات وفاء به عهد، بر دوش مدیون است. اصل برائت از خواننده ی هر دعوا حمایت می کند ولی، همین که وجود دین ثابت شود، اصل برائت، جای خود را به « اشتغال » می دهد: دین بر ذمه ی مدیون باقی است تا سببی آنرا زائل کند. وجود این سبب را باید ثابت کرد. اثبات به عهده ی مدیون است که می خواهد وقوع رویدادی را که باعث زوال دین است مورد استفاده قرار دهد و برخلاف « اصل عدم » سخن بگوید. مقصود از اصل در ماده ۸۹۱ قانون آئین دادرسی مدنی « استصحاب » یا فرض بقای دین است که به سود طلبکار مقرر شده است و مدیون را در جایگاه « مدعی » می نهد. با وجود این، تحلیل واقعه ای که برای اسقاط وفای به عهد ضرورت دارد نشان می دهد که مدیون را در همه حال نباید مدعی شمرد. برخی معتقدند که در قانون کنونی ما ظاهر ناشی از غلبه (خواه این غلبه پایه ی یک اماره ی قانونی قرار گرفته باشد خواه نه) بر فرض قانونی در مقام تعارض، مقدم است. در این مورد ماده ۲۶۵ قانون مدنی به طور صریح متعارض تعارض اصل (یا فرض قانونی) و ظاهر شده است. در این ماده دهنده ی آن مال می تواند علیه گیرنده ی آن، طرح دعوی کند و مدعی در این دعوی مستظهر است به ظاهری که مستفاد از غلبه است زیرا غالباً هر یک از ما اگر مالی به دیگری می دهیم به عنوان تبرع و مجانی نیست. اما خواننده مستظهر است به اصل برائت و لازمه ی اجراء اصل برائت با اعتراف به گرفتن آن مال این است که مال را از طریق تبرع دریافت کرده است. پس بین نتیجه ی ظاهر و نتیجه ی اصل برائت تعارض وجود دارد و قانونگذار جانب ظاهر را ترجیح داده است. (لنگرودی، ۱۳۸۵: ۷۰۲)

ماده ۷۳۰ قانون مدنی: « پس از تحقق حواله ذمه ی محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه ی محال علیه مشغول می شود. » در خصوص تعارض اصل و ظاهر گفته شده: مقصود از اصل همان فرض قانونی است و مقصود از ظاهر اماره است و تعارض آنها به این معنی است که اقتضاء یکی منافی اقتضاء دیگری باشد. قاعده ی دقیقی برای ترجیح یکی بر دیگری وجود ندارد. دقت در خصوص صنف مسائل مورد تعارض مطمئن ترین وسیله ی حل تعارض است. مثلاً اگر محال علیه وجه مورد حواله را پرداخت و سپس آن را از محیل مطالبه کرد با توجه به اینکه حواله بر شخص بری الذمه حمل می شود اصل برائت ذمه ی محال علیه از دینی است که محیل بر ضرر او ادعا می کند ولی ظاهر این است که قبول حواله و پرداخت وجه آن به محال له دلالت بر اشتغال ذمه ی محال علیه می کند.

ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی: « نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد.

۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات، هر قدر که بالا برود؛

۲- نکاح با اولاد، هر قدر که پایین برود؛

۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آن ها تا هر قدر که پایین برود؛

۴- نکاح با عمت و خالات خود و عمت و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات.

اگر چه استنباط احکام شرعی وظیفه ی مجتهد است زیرا که او متخصص در این زمینه می باشد. ولی گاهی مجتهد قادر به صدور حکم در مصادیق نمی باشد، در این موارد مقلد و شخص مکلف باید خود موضوع را بررسی کند و با توجه به حکم کلی به تکلیف خود دست یابد. بطور مثال، در شبهات موضوعی گاهی شخص مکلف بی آن که مجتهد باشد می تواند اصل برائت را بکار برد مثلاً وقتی شخصی دچار شک و تردید می شود که فلان زن جزء محارم نسبی او می باشد یا خیر، و آیا می تواند با او نکاح کند یا خیر ؟ او می تواند در این موقع اصل برائت جاری کند، ولی اگر در مورد زنی شک و تردید داشته باشد که او از

محارم رضاعی است یا خیر، لازم است برای تعیین تکلیف به مجتهد مراجعه کند زیرا شرایط قرابت رضاعی از لحاظ شرعی و قانونی نیاز به اظهار نظر متخصص دارد و مقلدین قادر به تشخیص آن نمی باشند. در نتیجه در مورد اخیر مقلدین نمی توانند اصل برائت جاری نمایند.

۳-۳- اصل احتیاط (اشتغال)

اصل احتیاط جایی مطرح می شود که ما در تکلیف شک نداریم یعنی قطع داریم که تکلیف یا الزام وجود دارد. «اصل احتیاط» یعنی: «اصل، این است که، لازم است عمل به احتیاط کنیم و طوری عمل کنیم که اگر واقعا تکلیفی وجود داشته باشد، آن را انجام داده باشیم.» (شبخیز، محمدتبار، ۱۳۹۳: ۳۲۲). نام های دیگر اصل احتیاط عبارتند از: به اصل احتیاط؛ «اصالت احتیاط»، «اشتغال»، «اصالت اشتغال»

۳-۳-۱- مصادیق اصل احتیاط در قانون مدنی

ماده ۱۲۳۲ قانون مدنی مقرر می دارد: «با داشتن صلاحیت برای قیمومت، اقرباء محجور مقدم بر سایرین خواهد بود». یعنی اینکه اگر اقربا و غیر اقربا هر دو صلاحیت برای قیمومت داشته باشند، اقربا را به عنوان قیم برمی گزینیم. و این نوعی عمل به احتیاط هست. چون اقربا بیشتر رعایت حال مولی علیه را می نمایند.

ماده ۱۲۷۱ قانون مدنی مقرر می دارد: «مقرله اگر بکلی مجهول باشد اقرار اثری ندارد و اگر فی الجمله معلوم باشد مثل اقرار برای یکی از دو نفر معین صحیح است». صحت اقرار به دلیل اصل احتیاط است. چون در اینجا شبهه محصوره بوده و شک در مکلف به است و به مقتضای اصل احتیاط هر دو نفر مقرله محسوب می شوند.

ماده ۱۳۱۷ قانون مدنی: شهادت شهود باید مفادا متحد باشد، بنابر این اگر شهود به اختلاف شهادت دهند قابل اثر نخواهد بود مگر اینکه قدر متیقنی به دست آید.

ماده ۸۷۸ قانون مدنی: هر گاه در حین موت مورث، حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود، مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می گردد، تقسیم ارث به عمل نمی آید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچ یک از سایر وراثت نباشد و آنها بخواهند ترکه را تقسیم کنند باید برای حمل حصه ای که مساوی حصه ی دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند... «کنار گذاشتن سهم دو پسر «طبق اصل احتیاط است.

ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی: طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد. این احتیاط موجب دوام و بقای خانواده است.

ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی: قیم نمی تواند به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند. در مثالی که برای تعارض دو احتیاط آورده اند این است که: هر گاه زنی پس از عده، شوهر کند و پس از ده ماه از نزدیکی شوهر اول و شش ماه از نزدیکی با شوهر دوم فرزندی بیاورد، رعایت احتیاط در کدام است؟

در اینجا دو اصل احتیاط، تعارض و تساقط می کنند و اماره ی فراش بلامعارض جاری و فرزند ملحق به شوهر دوم است از این رو ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی مقرر می دارد:... در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد طفل ملحق به شوهر دوم است. (باقری راد، ۱۳۹۳: ۲۲۴ و ۵۲۲) شرعا برای مدت حمل حداکثر معین نشده.

اخبار مختلف و در نتیجه عقاید فقها نیز در این باره متفاوت است. مشهور فقها بر آنند که مدت حمل نه ماه و مبدا آن لحظه ی آمیزش و انتهای آن لحظه وضع حمل است. اخبار فراوانی بر این عقیده وارد شده است. برخی آن را ۱۰ ماه گفته اند از جمله: علامه حلی در تبصره و محقق حلی در شرایع. قانون مدنی ایران هم در ماده ۱۱۵۸ این قول را بر گزیده است. سومین عقیده از

سید مرتضی در کتاب انتصار است که آن را یک سال دانسته و شهید ثانی در مسالک نیز آن را به صواب شمرده، علامه حلی در کتاب مختلف آن را پذیرفته و سید محمد کاظم یزدی از فقهای متاخر هم در حاشیه تیره آن را قبول کرده است.

از این سه عقیده بر حسب دلیل و فتوی، عقیده ی اول قوی تر و دومی متوسط و سومی ضعیف است. ولی به طوری که برخی از فقها نوشته اند، قول اخیر مرجحی دارد که دو قول اول ندارند و آن این است که این قول مقرون به احتیاط است و احتیاط در باب نسب، خانواده، حیثیت و عرض مردم مساله ای است بسیار مهم و لازم الرعایه. توضیح آنکه، به طوری که شهید ثانی در مسالک آورده است، احادیثی از پیشوایان دین رسیده است که به مساله احتیاط توجه خاص داشته اند. از جمله اینکه از امام (ع) می پرسند زن جوانی که در سن عادت است، طلاق داده می شود ولی عادت نمی بیند. عده ی او چه مدت است؟ جواب می دهند: سه ماه. می پرسند: اگر زن ادعای حاملگی نمایند چطور؟ جواب می شنوند که در این صورت عده اش نه ماه است. راوی می پرسد: آیا می تواند شوهر کند؟ جواب می فرمایند که سه ماه دیگر احتیاط کند و پس از آن شک و تردیدی به خود راه ندهد و شوهر کند. حدیث دیگری نیز به همین مضمون است که: هر گاه مردی زنش را طلاق دهد و زن ادعای حمل کند، نه ماه صبر کند اگر بچه به دنیا آید، عده اش تمام است و اگر نه سه ماه دیگر عده نگه دارد. به طوری که ملاحظه می شود، امام (ع) با تصریح به اینکه مدت حمل نه ماه است «انما الحمل تسعة أشهر»، امر می فرمایند به اینکه سه ماه دیگر احتیاط کند و عده نگه دارد. بنابراین ملاک یک سال بودن مدت حمل احتیاط است که از جهات زیر لازم الرعایه است:

الف - معمول و متعارف در مدت حمل نه ماه است ولی ادعا شده که برخی تا یکسال هم حامله بوده اند لذا وجود ایناحتمال موجب رعایت احتیاط است. این ادعا از آن جهت قابل قبول است که اصولاً حساب مدت عادت و پاکی و تشخیص خون حیض از غیر آن برای زنان مشکل است و مساله هم طوری نیست که همیشه و همه جا و به آسانی بتوان ازدیگری کمک موثری گرفت.

ب: مساله نسب در دین اسلام از مسایل مهم خانواده و زندگی اجتماعی بوده و هست و لذا رعایت احتیاط در آن بسیار حائز اهمیت خواهد بود.

ج: حیثیت خانواده، شوهر، زن و فرزندی که چنین احتمالی درباره اش می رود، در گروی این امر است که مدت حمل را یک سال دانسته و همه چیز را درست کنیم یا آن را نه ماه اعلام کنیم و همه را بی آبرو و لکه دار ن نماییم.

د: این احتیاط موجب دوام و بقای خانواده می شود و نفی آن یعنی اعتقاد به اینکه مدت حمل نه ماه است نه بیشتر ممکن است سبب متلاشی شدن خانواده شود.

ه: از نظر اصولی هم این عقیده قابل دفاع است. زیرا تا جایی که قطع و یقین برخلاف اماره نباشد، اماره قابل اعمال است و اطلاق «الولد للفراش» همه ی موارد محتمل را فرا می گیرد.

انقضای این مدت و گذشت این دوره ی زمانی مانع اجرای این اماره و مانع الحاق حمل به صاحب فراش، یعنی زوج است. نتیجه آنکه بهتر است اکثر مدت حمل را یک سال بدانیم. «(محمدی، ۹۸۳۱: ۳۲۰ الی ۲۲۳)

ماده ۲۶۵ - هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است؛ بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، بدون اینکه مقروض آن چیز باشد، می تواند استرداد کند. در اینکه آیا دادن چیزی به دیگری اماره وجود دین به او است و پرداخت کننده باید دلیل برائت ذمه بدهد تا بتواند آنرا استرداد کند، یا اصل برائت است و مدعی اشتغال ذمه باید دلیل بیاورد وگرنه محکوم به رد چیزی است که گرفته، اختلاف است و به نظر برخی رویه قضائی متمایل بر این است که پرداخت کننده و مدعی استرداد موظف به آوردن دلیل برای اسقاط عنوانی است که بازپس گرفتن مال را توجیه کند. (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی

کنونی، ذیل ماده ۲۶۵) در نخستین نگاه و بعنوان قاعده، گفته شده که اثبات وفاء به عهد بر دوش مدیون است. اصل برائت از خواننده ی هر دعوا حمایت می کند ولی، همین که وجود دین ثابت شود، اصل برائت جای خود را به « اشتغال » می دهد: دین بر ذمه ی مدیون باقی است تا سببی آنرا زائل کند. وجود این سبب را باید ثابت کرد. اثبات به عهده ی مدیون است که می خواهد وقوع رویدادی را که باعث زوال دین است مورد استفاده قرار دهد و برخلاف « اصل عدم » سخن بگوید. مقصود از اصل در ماده ۱۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی « استصحاب » یا فرض بقای دین است که به سود طلبکار مقرر شده است و مدیون را در جایگاه « مدعی » می نهد. با وجود این، تحلیل واقعه ای که برای اسقاط وفای به عهد ضرورت دارد نشان می دهد که مدیون را در همه حال نباید مدعی شمرد. او در حالی مدعی است که ناچار باشد به وقوع رویدادی استناد کند. در این فرض، اصل عدم را پیش رو دارد و برای گذشتن از آن باید دلیل بدهد. لیکن، بر فرضی که موضوع تعهد منفی و ناظر به خودداری از انجام دادن کار است، مدیون نیازی به اثبات رویداد خارجی ندارد. اصل عدم به سود او جریان دارد و برعکس، طلبکار است که باید تقصیر مدیون و ارتکاب کار ممنوع را ثابت کند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، شماره ۷۳۵)

برخی معتقدند که در قانون کنونی ما ظاهر، ناشی از غلبه (خواه این غلبه پایه ی یک اماره ی قانونی قرار گرفته باشد خواه نه) بر فرض قانونی در مقام تعارض، مقدم است. در این مورد ماده ۲۶۵ قانون مدنی به طور صریح متعرض تعارض اصل (یا فرض قانونی) و ظاهر شده است. در این ماده دهنده ی آن مال می تواند علیه گیرنده ی آن، طرح دعوی کند و مدعی در این دعوی مستظهر است به ظاهری که مستفاد از غلبه است زیرا غالباً هر یک از ما اگر مالی به دیگری می دهیم به عنوان تبرع و مجانی نیست. اما خواننده، مستظهر است به اصل برائت و لازمه ی اجراء اصل برائت با اعتراف به گرفتن آن مال این است که مال را از طریق تبرع دریافت کرده است. پس بین نتیجه ی ظاهر و نتیجه ی اصل برائت تعارض وجود دارد و قانونگذار جانب ظاهر را ترجیح داده است. (لنگرودی، ۱۳۸۴: ۱۹۲، و ۱۹۳)

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی اشعار می دارد: نکاح دختر باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه ی پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آن ها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید. (اصلاحی ۱۴ / ۸ / ۱۳۷۰). این قانون بر حسب نظر فقهای تنظیم شده است که برای دختر و ولی به همراه هم قائل به تشریک در ولایت می باشند لیکن این قانون مبتنی بر احتیاطات فقهی است. از سوی دیگر به موجب این ماده ولایت ولی به دلیل عدم دسترسی که استیذان از ولی عادتاً غیر ممکن و دختر نیز به تشخیص دادگاه مدنی خاص نیاز به ازدواج داشته باشد، ساقط است. لیکن رویه دادگاه ها در

مورد بطلان و یا فسخ نکاح دختری که بدون اجازه پدر و جد پدری ازدواج کرده خلاف براشت های مبتنی بر شرطیت استیذان است و لذا رای شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران در پرونده کلاسه ۲۰/۵۸ در مورخه ۵۹/۳/۲۱ در خصوص موضوع فوق به شرح ذیل است:

«... مراجع عالی قدر رضایت پدر را در ازدواج دختر دوشیزه شرط دانسته اند، اولاً اذن، شرط صحت عقد نمی باشد بلکه شرط کمال عقد است که جنبه اخلاقی دارد تا احترام به پدر محفوظ بماند ثانیاً هیچ یک از کسانی که حتی اجازه پدر را شرط صحت عقد دانسته اند... ازدواج دو نفر جوان بالغ و رشید را نمی توان باطل دانست بلکه ازدواج آنان صحیح است... » حکم به بطلان عقد نکاحی که توسط اشخاص عاقل، بالغ و رشید صورت پذیرفته است خلاف احتیاط بوده و بایستی دلایل متقن و صریحی برای بطلان آن در دست داشت و لذا به نظر می رسد استصحاب ولایت ولی در نکاح دختر صغیره از مصادیق شک در

مقتضی خواهد بود و از آن جایی که یقین به استعداد دوام و بقای آن در زمان پس از بلوغ نمی باشند، حکم به عدم حجیت آن می شود. بنابراین، از آنجایی که اصل بر عدم ولایت شخصی بر شخص دیگر است و آنچه به وسیله ی روایات قابلیت اثبات دارد ولایت پدر و جد پدری بر نکاح دختر صغیره خود است، با عنایت به این موضوع حکم به بطلان نکاح افراد رشید خلاف احتیاط است و حکم به استیذان جنبه اخلاقی و احتیاط داشته و فاقد وصف شرطیت است لذا باید حکم به صحت نکاح دختر رشیده با کفو خود داد، لیکن اگر پدر مدعی عدم کفایت است او بایستی دلیل آورده و در صورت تمام بودن آن، آنگاه دادگاه حکم به بطلان عقد خواهد داد. (روشن ۱۳۷۸، ۷۹۴)

ماده ۱۰۶۲ - نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحا دلالت بر قصد ازدواج نماید. از قانون مدنی لزوم تقدم ایجاب بر قبول استنباط نمی شود و تقدم لفظ ایجاب بر قبول در ماده ۱۰۶۲ دلیل بر این نمی شود که در مقام اجرای صیغه هم باید ایجاب مقدم بر قبول باشد. مشهور فقها نیز بر همین نظرند و عقد نکاح را با وجود تقدم قبول بر ایجاب نیز صحیح می دانند. صاحب جواهر در تایید نظر مشهور می گوید: « عدم لزوم تقدم ایجاب بر قبول با موضوع حیای زنان بیشتر قابل انطباق است، که بی تردید مورد نظر شارع مقدس می باشد، زیرا ابتدا از ناحیه دوشیزگاه عقیقه بسی دشوار است.

۳-۴- اصل تخییر

منظور از تخییر، اینست که اختیار کار با خود مکلف باشد پس هر یک از دو طرف مورد شک را که اختیار کند عقابی برای وی نخواهد بود از جمله مواردی که مورد اجرای اصل تخییر است موردی است که حکم چیزی مشکوک و مردد باشد میان وجوب و حرمت و هیچ راهی برای ترجیح یکی از این دو احتمال در میان نباشد در این صورت مکلف به حکم عقل مخیر است میان آوردن و نیاوردن بدین معنی که اختیار عمل به خود او واگذار شده پس هر طرف را که اختیار کند کیفری برای او نخواهد بود.

۳-۴-۱- مصادیق اصل تخییر

« منظور از اصل تخییر این است که در موردی که تکلیف الزامی مردد باشد بین یک یا چند چیز و جمع بین آن ها یا ترک همه ممکن نباشد، مانند الزام به نجات دو غریق. » (محمدی، ۱۳۹۸: ۳۱۳) اصل تخییر از دیگر اصول عملیه مهم می باشد این اصل کاربرد چندانی در مباحث حقوقی ندارد؛ بنابراین به صورت مختصر بررسی می شود. در مواردی که در مورد وجوب با 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. «

۳-۴-۱-۱- تخییر بین دو حکم متزاحم

هرگاه دو حکم چنان باشند که از نظر قانونگذار یا حاکم مطلوب باشند ولی در عمل نتوانیم هر دو را باهم به انجام برسانیم و تنها انجام یکی از آنها میسر باشد چنین وضعی را تزاحم می گویند و مکلف می تواند هر کدام را بخواهد ازاده کن. مانند نجات دو غریق مگر اینکه یکی از آنها از اهمیت بیشتری برخوردار باشند که بنا به قاعده "الاهم فالاهم" آن که مهمتر است معمول می گردد.

بعنوان مثال، ماده ۷۸۰ قانون مدنی است که در تزاحم مرتهن و طلبکاران، مرتهن را بر هر طلبکار دیگری رجحان می دهد زیرا مرتهن طلبکار با وثیقه است. هر گاه دو نفر در حال غرق شدن باشند اما مکلف تنها قدرت نجات دادن یکی از آنها را داشته باشد، طبعاً باید یکی را بر دیگری ترجیح دهد؛ اما اگر مورد مهم تر باشد باید، مورد مهم تر را انتخاب کند. مثلاً اگر یکی از دو

نفر اهل فضیلت و علم باشد، نجات دادن او بر دیگری ترجیح دارد اما اگر هر دو نفر از هر جهت با هم مساوی باشند و ترجیحی در میان نباشد، مکلف مخیر است که هر کدام را که می خواهد نجات دهد. البته تخییر در مساله تراحم ارتباطی با اصل تخییر ندارد، زیرا بیانگر یک حکم عقلی واقعی است نه حکم ظاهری. (قافی، شریعتی، ۱۳۹۲: ۱۳۵)

۳-۴-۱-۲-تخییر بین محذورین

گاهی به طور اجمال می دانیم که حکمی الزامی داریم ولی نوع الزام را نمی دانیم که الزام به انجام آن داریم یا به ترک آن. به عبارتی دیگر تکلیف بین حرمت و وجوب چیزی مردد است در این صورت تخییر عقلی مورد قبول متاخرین اصولیین است. اگر راه دادن اعضاء شرکت در مجمع عمومی را لازم و راه دادن غیر عضو را ممنوع بدانیم و وضع شخصی مشتبه باشد که عضو است یا نیست در اینجا مسئولان امر دچار دو محذور شوند زیرا فعل یا ترک آن ممکن است واجب یا حرام باشد. (محمدی، ۱۳۸۹: ۳۱۵ و ۳۵۳). نکته اینکه سه مورد تخییر مذکور به معنای "اصل تخییر" در باب اصول عملی است و مجرای شک و

حکم ظاهری است. ۳-۴-۱-۳-تخییر بین افراد واجب مخیر

نوعی از واجب، تخییری است. بدین نحو که دو یا چند چیز مورد یک خطاب و یک تکلیف قرار گیرند. ماده ۱۶۳ قانون مدنی بیان می دارد: اگر قیمت مال پیدا شده یک درهم که وزن آن ۱۲/۶ نخود نقره یا بیشتر باشد پیدا کننده باید یک سال تعریف کند و اگر در مدت مزبور صاحب مال پیدا نشد مشارالیه مختار است که آن را به طور امانت نگاهدارد یا تصرف دیگری در آن بکند و همچنین مواد دیگر منجمله؛ ۲۸۳، ۳۸۴، ۴۱۰، ۱۰۸۰، ۱۰۸۹، ۱۰۹۲ قانون مدنی هم بهمین ترتیب است و در قانون مجازات اسلامی موادی همچون ۲۳، ۷۳، ۸۳، ۴۶، ۷۶ و ۸۹. نکته اینکه واجب مخیر همان واجب تخییری است و حکمش حکم واقعی است. در مبحث تعارض ادله بعضی معتقدند هرگاه دو خبر باهم تعارض کنند و هیچگونه مرجحی وجود نداشته باشد باید به مضمون اخبار تخییر که مکلف را در اخذ به هر یک از دو خبر مخیر نموده است عمل کرد مشهور این تخییر را تخییر فقهی مقابل تخییر اصولی می دانند. (شهبازی، ۱۳۹۵: ۱۹۰ و ۱۹۱)

نتیجه گیری

قانونگذاری، تفسیر قانون، اعمال و اجرای آن نیاز مبرم به شناخت، فهم، امعان نظر و دقت اصولی دارد، اساسا دانش اصول فقه به مثابه رشته ای روش شناختی می تواند در حوزه های معرفتی و همه علوم اسلامی به کار آید، به ویژه در پژوهش ها و مطالعات حقوقی و برای دانش پژوهان رشته های حقوق این ضرورت دارای اهمیت مضاعف است. قسمت مهم حقوق خصوصی ایران مقتبس یا متأثر از فقه اسلامی است. حتی اصطلاحات عقود، ایقاعات، شروط و غیره که در آن به کار رفته، همان اصطلاحات فقهی است و چون استفاده از فقه امامیه بدون اصول فقه غیرممکن است از این رو باید پذیرفت که علم اصول فقه تاثیر زیادی در فهم و درک حقوق موضوعه ایران دارد. اصول عملیه کاربرد متعدد و زیادی در قانون مدنی ما داشته است. از آنجایی که، اصول عملیه از یک سری فرمول های عقلی تبعیت می کند و اعمال هر قاعده و قانونگذاری خلاف عقل و منطق محکوم به رد است در بسیاری از نقاط قانون مدنی شاهد تبعیت قانونگذار از اصول عملیه هستیم.

به عنوان مثال می توان به مواد ۱۰ و ۳۵ و ۳۷، ۱۲۴، ۱۵۷ و ۲۱۳ و ۲۱۹ و ۲۵۰ و ۲۶۴ و ۳۰۳ و ۳۱۰ و ۳۱۱ و ۳۲۸ و ۳۵۹ و ۳۶۴ و ۳۸۰ و ۴۰۲ و ۴۱۵ و ۴۱۸ و ۴۲۰ و ۴۲۱ و ۴۳۵ و ۴۴۰ و ۴۵۷ و ۴۷۸ و ۴۹۳ و ۴۹۷ و ۴۹۸ و ۵۰۱ و ۵۵۰ و ۵۹۸ و ۶۱۴ و ۶۷۹ و ۶۸۰ و ۶۸۱ و ۷۲۹ و ۷۳۰ و ۷۹۳ و ۸۰۳ و ۸۲۱ و ۸۵۶ و ۸۷۳ و ۸۷۲ و ۸۷۴ و ۸۷۸ و ۸۷۶ و ۸۷۹ و ۹۴۵ و ۹۵۵ و ۱۰۴۱ و ۱۰۷۷ و ۱۰۲۰ و ۱۳۱۳ و ۱۲۱۳ و ۱۲۵۷ و ۱۰۸۶ و ۱۰۲۹ و ۱۱۲۴ و ۱۰۸۵ و ۱۱۲۴ و ۱۱۲۰ و

۱۱۰۶ و ۱۱۰۸ و ۱۰۱۹ و ۱۰۱۷ و ۱۰۱۹ و ۱۱۰۸ و ۱۱۳۰ و ۱۱۳۴ و ۱۱۴۱ و ۱۱۸۱ و ۱۱۹۸ و ۱۲۰۲ و ۱۲۱۳ و ۱۳۲۱ و... قانون مدنی به عنوان امثله ی اصول عملیه استناد کرد. همانطور که می بینیم مواد زیادی را می توان مستند قرار داد تا کاربرد اصول عملیه را در قانون مدنی به منصفه ی ظهور کشانید. هر چند که اصول عملیه در قوانین شکلی ما نیز آورده شده و شاید این شبهه را القاء کند که یک امر شکلی باشد ولی با تامل به این مهم خواهیم رسید که اصول عملیه در واقع در ماهیت کاربرد دارد نه در قوانین شکلی چراکه اصول عملیه در مقامی به داد ما خواهد رسید که شک کنیم حقی به کسی تعلق می گیرد و یا تکلیفی مدنی یا جزایی را به گرده کسی حمل می کند یا خیر، بر همین اساس پی خواهیم برد که اصول عملیه در مقام ماهیت، کاربرد دارد.

وانگهی اصول عملیه یک سلسله امور عقلی است نه شرعی. لذا اگر در شرع نیز سابقه ای نمی داشت در نهایت عقل موید آن بود لیکن دانشمندان اسلامی با پیشتاز بودن در تاسیس و پیشرفت آن دست به چنین تئوری هایی زده اند تا تکلیف مکلف و حاکم را در موارد خاص شبهه روشن نمایند.

منابع و مآخذ

الف. فارسی

۱. ایزدی فر علی اکبر و پیردهی علی، ۱۳۹۳، اصول فقه در قوانین موضوعه، تهران: مرکز انتشارات توسعه علوم
۲. امامی سیدحسن، ۱۳۷۵، حقوق مدنی، جلد ۲ و ۶، چاپ ششم، تهران: انتشارات اسلامی
۳. باقری راد، ابوالفضل، ۱۳۹۳، اصول فقه به بیان ساده، چاپ اول، تهران: نشر میزان
۴. بهرامی بهرام، ۱۳۹۰، بایسته های تفسیر قوانین و قراردادها؛ تهران: انتشارات امیرکبیر
۵. جعفری لنگرودی محمد جعفر، ۱۳۴۳ ش، دانشنامه حقوقی جلد ۱ و ۲ - وصیت و ارث - مجموعه محشای قانون مدنی
۶. جعفری تبار حسن، ۱۳۸۸، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار
۷. حیاتی عباس، ۱۳۹۱، نحوه نگارش پایان نامه (روش تحقیق در علم حقوق)، چاپ پنجم، تهران: انتشارات میزان
۸. روشن محمد، ۱۳۸۷، حقوق خانواده، تهران: انتشارات میزان
۹. زراعت عباس و مسجدسرای حمید، ۱۳۷۹، مبانی استنباط فقه و حقوق، جلد اول، تهران: نشر کتاب آوا
۱۰. شهبازی، محمدحسین، ۱۳۹۵، درس های از اصول فقه، تهران: نشر میزان
۱۱. شبخیز محمدرضا و محمدتبار عباد، ۱۳۹۴، اصول فقه دانشگاهی، تهران: نشر کتاب آوا
۱۲. صاحبی مهدی، ۱۳۹۶، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، چاپ ششم، تهران: انتشارات اسلامی دانشگاه شهید بهشتی
۱۳. طاهری حبیب، ۱۳۹۸، حقوق مدنی، جلد ۱ تهران: گنج دانش
۱۴. عمید موسی، ۱۳۳۵، ارث در حقوق مدنی ایران، تهران: گنج دانش
۱۵. فیض، ۱۳۹۵، مبادی فقه و اصول، تهران: نشر دانشگاه تهران
۱۶. قافی حسین و شریعتی سعید، ۱۳۹۲، اصول فقه کاربردی، جلد ۲، چاپ ۴، قم، ناشر؛ پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
۱۷. فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، سیری کامل در اصول فقه، ج ۸، ناشر؛ دارالولایه للثقافه و الاعلام
۱۸. قشقایی محمدحسین؛ ۱۳۹۴، قراردادها و حقوق ایران و نظام های حقوقی معاصر، تهران: مرکز مطالعات و تحقیق اسلامی.
۱۹. قافی حسین و شریعتی سعید، ۱۳۹۲، اصول فقه کاربردی، جلد ۲، چاپ ۴، قم، ناشر؛ پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
۲۰. قشقایی محمدحسین، ۱۳۸۹، قراردادها و حقوق ایران و نظام های حقوقی معاصر، تهران: مرکز مطالعات و تحقیق اسلامی
۲۱. کاتوزیان ناصر، ۱۳۶۷، اثبات و ادله اثبات جلد ۱ و ۲ و ۳ - شفعه، وصیت و ارث - قواعد عمومی قراردادها جلد ۱ و ۵ - عقود معین جلد ۴ - فلسفه حقوق - قانون مدنی در نظم کنونی ایران - حقوق خانواده
۲۲. گرجی ابوالقاسم، ۱۳۶۹، اصول فقه، جلد ۱ و ۲ تهران: نشر میزان
۲۳. محمدی ابوالحسن، ۱۳۷۹، اصول فقه (مبانی استنباط حقوق اسلامی)، چاپ ۳۷ تهران: دانشگاه تهران
۲۴. ولایی عیسی، ۱۳۷۸، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران: نشر نی

ب. عربی

۱. آخوند خراسانی محمد کاظم، ۱۴۰۹ ق، کفایه الاصول، قم

۲. ابومنصور حسن بن زین الدین (صاحب معالم)، ۹۵۹ ق، معالم الدین و ملاذ المجتهدین
۳. انصاری شیخ مرتضی، ۴۱۲۱ ق، فرائد الاصول، جلد ۲
۴. بجنوردی، ۱۳۸۲، القواعد الفقهیه، بی تا، جلد ۱
۵. بحرانی یوسف، ۱۳۶۳، الحدائق الناضره فی احکام عترت الطاهره، جلد ۲۴، قم
۶. حیدری سیدعلی نقی، ۱۳۲۵، اصول الاستنباط فی اصول الفقه ۱۳۲۵
۷. حکیم محمدتقی، ۱۹۷۹ م، الاصول العامه للفقه المقارن، بیروت
۸. سعید، ۱۳۴۹ ق، المحکم فی اصول الفقه، جلد ۳، ناشر؛ الملل
۹. حلی جمال الدین حسن بن یوسف، ۱۴۰۶ ق، مبادئ الوصول الى علم الاصل
۱۰. حلی جعفر بن حسن، ۱۳۶۴، المعبر فی شرح المختصر، جلد ۱
۱۱. سبحانی تبریزی، الموجز فی اصول الفقه، نشر فرهنگ معارف اسلامی
۱۲. شاهرودی علی، دراسات فی الاصول العمليه، تقریرات درس آیت الله خویی، نجف (کتابخانه حیدری)
۱۳. صالحی مازندرانی اسماعیل، ۱۳۸۵ شرح کفایه الاصول، جلد ۴، نشر صالحیان
۱۴. علم الهدی سیدمرتضی، ۱۳۶۳، الذریعه الى اصول الشریعه، جلد دوم
۱۵. عبدالرحیم محمد حسین، ۱۴۰۴ ق، الفصول فی الاصول الفقیه
۱۶. مظفر محمد رضا، ۱۴۰۵ ق، اصول الفقه، جلد ۱ و ۲، چاپ ۵، اسماعیلیان، قم
۱۷. ملکی حبیب الله، ۴۱۲۱، فرائد الاصول، جلد ۲
۱۸. نائینی محمدحسین، ۱۳۷۶ ش، فواید الاصول جلد ۲ و ۴، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم
۱۹. هاشمی سید محمود، ۱۴۰۵ ق، بحوث فی علم الاصول، ج ۴