

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

امکان جریان اصل برائت در احکام وضعی در تقابل فقه و حقوق (باقیه بر احکام وضعی جزئیت، شرطیت، مانعیت)

مؤلف: امید محمدی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، وکیل دادگستری

www.ketab.ir

سرشناسنامه: محمدی، امید، ۱۳۶۵ -
عنوان و نام پدیدآور: امکان جریان اصل براءت در احکام وضعی در تقابل فقه و حقوق (با تکیه بر احکام وضعی جزئیت، شرطیت، مانعیت) / مولف امید محمدی / ویراستار ادبی مهزاد پورنقدی.
مشخصات نشر: امید محمدی، ۱۳۹۴
مشخصات ظاهری: ۳۵۶ ص.
شابک: ۲-۱۸۶۳-۰۴-۶۰۰-۹۷۸: ۲۲۰۰۰۰ ریال
وضعیت فهرست نویسی: فیبا
موضوع: حکم وضعی (فقه)
موضوع: براءت (اصول فقه)
موضوع: براءت
شناسه افزوده: پورنقدی، مهزاد، ۱۳۶۷ -، ویراستار
رده بندی کنگره: BP/۱۶۳۳۴/۱۳۹۳ م۸ الف /
رده بندی دیویی: ۳۷/۲۹۷
شماره کتابشناسی ملی: ۳۶۷۷۸۸۵

امکان جریان اصل براءت در احکام وضعی در تقابل فقه و حقوق
(با تکیه بر احکام وضعی جزئیت، شرطیت، مانعیت)

مولف: امید محمدی

ویراستار ادبی: مهزاد پورنقدی

طراح و گرافیسٲ: شیوا عبدالنژاد هاسونی

ناشر: امید محمدی

سال انتشار: ۱۳۹۴

صحافی و چاپ: خوارزمی

نوبت چاپ: اول

تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۲۲۰۰۰ تومان

تمامی حقوق مادی و معنوی این اثر برای مولف محفوظ و مخصوص است.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱۱	پیش گفتار
۱۱	مقدمه
	فصل اول: کلیات
۱۹	مبحث اول: مفهوم اصل برائت و تمایز آن از اصول مشابه
۱۹	گفتار اول (مفهوم اصل برائت)
۱۹	بند اول (معنای لغوی):
۱۹	بند دوم (مفهوم اصطلاحی):
۲۲	گفتار دوم (تمایز اصل برائت از اصول مشابه)
۲۲	بند اول: اصل صحت
۴۴	بند دوم: اصله الاطلاق
۷۵	بند سوم (اصل آزادی اراده به عنوان شاخه‌ای از اصل اباحه و اصل برائت):
۸۵	بند چهارم (اصل برائت و اصل عدم):
۹۳	مبحث دوم: تعریف، اقسام، ضابطه، ثمرات شناخت، شیوه‌ها و ثمرات جعل احکام وضعی
۹۳	گفتار اول (تعریف حکم وضعی)
۹۸	گفتار دوم (اقسام احکام وضعی)
۹۸	بند اول (رخصت و عزیمت)
۹۹	بند دوم (صحت و فساد)
۱۰۳	بند سوم (جزئیت، شرطیت و مانعیت)
۱۰۳	الف) سببیت
۱۰۶	ب) شرطیت
۱۰۸	ج) مانعیت
۱۰۹	د) ثمره‌ی تمیز جزئیت، شرطیت و مانعیت از یکدیگر

گفتار سوم) ضابطه‌ی تمیز حکم وضعی از حکم تکلیفی و ثمرات تمیز آن از حکم تکلیفی.....	۱۲۶
بند اول) ضابطه‌ی تمیز حکم وضعی از حکم تکلیفی.....	۱۲۶
بند دوم) ثمرات تمیز حکم وضعی از حکم تکلیفی.....	۱۲۸
۱. اسباب:.....	۱۲۸
۲. عقد کفالت:.....	۱۲۹
۳. خسارت تأخیر تأدیه:.....	۱۳۱
۴. عقد ضمان:.....	۱۳۲
۵. رهن:.....	۱۳۲
۶. در جهل به موضوعات فرق بین حکم تکلیفی و وضعی روشن می‌شود:.....	۱۳۳
۷. نکاح:.....	۱۳۳
۸. الزام به انجام تعهد و وجوب وفای به عهد:.....	۱۳۴
۹. جرم ترک اتفاق:.....	۱۳۴
۱۰. تشخیص مفهوم اصل برائت در دو حوزه‌ی حقوق کیفری و حقوق خصوصی:.....	۱۳۵
۱۱. قیاس:.....	۱۳۶
۱۲. اضطرار و اکراه:.....	۱۳۷
۱۳. اصالة الاباحه و جواز عقود جدید:.....	۱۳۸
۱۴. اقتضای نهی بر فساد:.....	۱۳۸
۱۵. اقل و اکثر ارتباطی:.....	۱۳۸
۱۶. استصحاب:.....	۱۳۹
۱۷. ماهیت دیه:.....	۱۳۹
گفتار چهارم) شیوه‌ی جعل احکام وضعی.....	۱۳۹
بند اول) دیدگاه جعل تبعی تمامی احکام وضعی.....	۱۴۰
بند دوم) دیدگاه جعل مستقل احکام وضعی.....	۱۴۷
بند سوم) دیدگاه تفصیلی.....	۱۵۲
گفتار پنجم) ثمرات نحوه‌ی جعل احکام وضعی.....	۱۷۰
بند اول) امکان جریان استصحاب در احکام وضعی:.....	۱۷۰

بند دوم) امکان جریان اصل برائت در احکام وضعی:.....	۱۷۱
فصل دوم: مبانی و قلمرو اجرای اصل برائت در احکام وضعی و بررسی تعارض آن با سایر اصول	
مبحث اول: مبانی اجرای اصل برائت در احکام وضعی	۱۷۵
گفتار اول) عقل (اصل برائت عقلی در احکام وضعی)	۱۷۵
گفتار دوم) مبانی نقلی (سنت؛ حدیث رفع)	۱۸۳
بند اول) مفهوم مای موصوله در «ما لایعلمون»:	۱۸۴
بند دوم) مقدر	۱۸۵
مبحث دوم: قلمرو جریان اصل برائت در احکام وضعی	۱۹۵
گفتار اول) شرایط جریان اصل برائت	۱۹۵
بند اول) شک	۱۹۵
بند دوم) شک مستقر	۱۹۷
بند سوم) وجود کلفت و مشقت (تأمین امتثال بر اُفت)	۲۰۵
گفتار دوم) امکان جریان اصل برائت در احکام وضعی	۲۰۷
بند اول) جزئیت، شرطیت و مانعیت	۲۰۷
الف) دیدگاه عدم جریان اصل برائت در مطلق احکام وضعی که نتیجه لزوماً بر اشتراط نیست:	۲۰۸
ب) دیدگاه عدم جریان اصل برائت در احکام وضعی که نتیجه لزوماً اصل اشتراط است	۲۰۹
۱. دلیل عدم جعل مستقل احکام وضعی	۲۰۹
۲. اصل سببی و مسببی	۲۰۹
۳. اصل مثبت	۲۱۰
ج) دیدگاه جریان اصل برائت در احکام وضعی	۲۱۱
د) تحلیل و نظر مختار	۲۱۱
۱. ایراد عدم جعل مستقل احکام وضعیه:	۲۱۲
۲. بررسی اصل سببی و مسببی:	۲۱۲
۳. بررسی اشکال اصل مثبت:	۲۱۴

بند دوم)	امکان جریان اصل برائت در دوران جایگاه جزئیت، شرطیت و مانعیت:	۲۲۹
الف)	تردید میان شرط ثبوتی و شرط اثباتی:	۲۲۹
ب)	تردید میان جزئیت و شرطیت:	۲۲۹
ج)	تردید میان جایگاه شرطیت و مانعیت:	۲۳۰
د)	تردید میان شرط صحت و شرط لزوم:	۲۳۱
بند سوم:	امکان جریان اصل برائت در صحت و فساد:	۲۳۴
الف)	در صحت و فساد ظاهری:	۲۳۴
ب)	در صحت و فساد به عنوان حکمی کلی:	۲۳۴
مبحث سوم:	بررسی تعارض اصل برائت با سایر اصول:	۲۳۶
گفتار اول)	تعارض برائت و استصحاب:	۲۳۶
گفتار دوم)	اصل احتیاط:	۲۴۲
بند اول)	دیدگاه تفصیل میان آثار و احکام تکلیفی و وضعی:	۲۴۳
بند دوم)	دیدگاه تفصیل میان اصل برائت عقلی و اصل برائت شرعی:	۲۴۳
بند سوم)	دیدگاه احتیاطی:	۲۴۴
بند چهارم)	تحلیل و نظر (دیدگاه برائتی):	۲۴۶
فصل سوم: آثار جریان اصل برائت در احکام وضعی		
مبحث اول:	آثار حقوقی:	۲۴۹
۱.	ابراء:	۲۵۹
۲.	ابراز اراده در موارد انشای عقد به وسیله‌ی شخص واحد:	۲۶۰
۳.	شکک در شرطیت ابراز قصد انشاء در ابقاع:	۲۶۱
۴.	اجاره:	۲۶۲
۵.	اجازه‌ی دولت در ازدواج زن ایرانی با بیگانگان:	۲۶۲
۶.	ارث در نکاح منقطع:	۲۶۳
۷.	ارث:	۲۶۴
۸.	بیع شخص لال با وجود قدرت بر توکیل:	۲۶۵
۹.	اشترای تقدیم ایجاب بر قبول:	۲۶۶
۱۰.	اطلاع:	۲۶۷

۱۱. تطابق ایجاب و قبول: ۲۶۷
۱۲. توثیق بیمه نامه‌ها: ۲۶۸
۱۳. شک در شرطیت ثبت و تنظیم سند رسمی در تحقق مالکیت و انتقال مال ۲۶۹
- الف) ثبت اجباری معاملات املاک در قانون ثبت: ۲۶۹
- ب) ثبت اجباری معاملات کشتی در قانون دریایی: ۲۶۹
۱۴. ثمن شناور ۲۶۹
۱۵. جعاله ۲۷۲
۱۶. تردید در شرطیت «عدم موعده» نسبت به تحقق ماهیت حقوقی چک: ۲۷۳
۱۷. شرط کتبی بودن قرارداد داوری ۲۷۳
۱۸. گواهی عدم امکان سازش در طلاق ۲۷۴
۱۹. فضولی ۲۷۵
- الف) شک در شرطیت مباشرت مالک نسبت به انشاء ایجاب: ۲۷۵
- ب) تردید در جزئیات رضایت مالک در تحقق سبب (عقد): ۲۷۶
- ج) تردید در شرطیت تقارن رضایت با دیگر اجزاء و شروط عقد: ۲۷۶
- د) معاملی فضولی نسبت به رهنه: ۲۷۷
۲۰. قبولی در عقود ۲۷۹
- الف) شک در شرط بودن (شرطیت) ارسال قبول در قبول قابل عقد غائبین: ۲۷۹
- ب) در قبول موصی له در خصوص وصیت تملیکی: ۲۷۹
- ج) قبول محال علیه در حواله: ۲۸۱
- د) قبولی در ضمان عقدی: ۲۸۳
- ی) قبولی در وقف: ۲۸۴
۲۱. قبض در عقود عینی ۲۸۷
- الف) قبض در سکنی ۲۸۷
- ب) قبض عین مرهونه ۲۸۷
- ج) قبض در قرض ۲۹۲
- د) قبض در هبه ۲۹۳
- ی) قبض در وقف ۲۹۴

۲۹۷	۲۲. شرطیت لفظ در عقود (اعتبار لفظیت) - معاطات
۲۹۹	۲۳. ناظر استطلاعی یا استصوابی
۳۰۴	۲۴. نفقه‌ی زوجه
۳۰۲	۲۵. در شرطیت نیازمند بودن زوجه برای استحقاق نفقه
۳۰۴	۲۶. شک در شرطیت اذن ولی در نکاح دختر باکره‌ی رشیده
۳۰۵	۲۷. نکاح محلل
در	۲۸. نهی
۳۰۶	معاملات
۳۰۹	۲۹. شرطیت تأیید در وقف
۳۱۰	۳۰. قصد قربت در وقف
۳۱۳	۳۱. وکالت در عقد نامه‌های ازدواج
۳۱۷	مبحث دوم: آثار جزایی
۳۱۸	۱. ضمان قهری
۳۲۰	۲. اتانازی
۳۲۳	۳. نوعاً کشنده بودن در قتل عمد
۳۲۸	۴. جعل
۳۳۰	۵. رشوه
۳۳۸	نتیجه‌گیری
۳۴۳	پیشنهاد
۳۴۵	فهرست منابع و مآخذ

چکیده

یکی از اصول عملیه‌ی مهم و پرکاربرد در زمینه‌ی مسائل حقوقی و فقهی اصل برائت است. قدر متقین در جریان اصل برائت در احکام تکلیفی (اعم از شبهه‌ی تحریمی و وجوبی، خواه حکمی باشد و خواه موضوعی) می‌باشد که در این رابطه در مقررات جزایی، مدنی و آیین دادرسی احکامی ذکر گردیده است. اما در مورد احکام وضعی، به خصوص در ارکان و شرایط جریان اصل برائت محل تردید می‌باشد و مسأله اختلافی است در این رابطه دو اشکال عمده‌ی اصل مثبت و عدم جعل مستقل احکام وضعی مطرح می‌باشد. اهمیت و کاربرد این موضوع در نفی عنصر زائد هنگام تردید در تحقق آن، برای ترتب اثر خود را نمایان می‌سازد که مشهور در فقه مقتضای اصل عملی (استصحاب عدم نقل) را بر اشتراط دانسته این در حالی است که در آثار حقوقی به این نکته اشاره‌ای نشده است. نتیجه‌ای که به نظر می‌رسد این است که هرگاه تجزیه و تحلیل حکم وضعی (خواه جعل آن‌ها مستقل باشد خواه تبعی) به حکمی تکلیفی منتهی گردد و یا در کل منتهی به بار نمودن کُلفت، مضیقه، محدودیت آزادی اراده و مشقتی برای شخص گردد (تفسیر عام از تکلیف) و از آن جا که احکام وضعی سببیت، جزئیت، شرطیت و مانعیت جعل مستقلی دارند با دلالت حدیث رفع و حکم عقل، در احکام وضعی مزبور نیز اصل برائت جریان می‌یابد و این اصل به دلیل سببی بودن بر استصحاب عدم نقل برتری دارد چرا که اشکال اصل مثبت هم در این جا وارد نیست. برای طرد عنصر زائد اصول دیگری ارائه گردیده که در صورت جریان برخی از آن‌ها، دیگر مجالی برای جریان اصل برائت باقی نمی‌ماند. اندیشه‌ی نفی عنصر زائد به عنوان یک اصل گامی است در جهت گسترش اصل آزادی ارده‌ها.

واژگان کلیدی: اصل برائت، اصل عدم، حکم وضعی، شرطیت، جزئیت، اصل مثبت.

پیشگفتار

به نام پروردگار بادها و ابرها و آن چه به همراه می‌برند
و به نام پروردگار زمین و آن چه می‌رویاند
در عزت من همین بس که بنده‌ی تو باشم
و در افتخار من همین بس که تو خدای من هستی

روزهای نخستین اشتغال در تألیف حاضر، به کندی سپری می‌شد. برنامه‌ی کار سنگین بود. هرگز فکر آن هم نمی‌رفت که روزی این اثر را به پایان رسانده شود. تعهدی سنگین بود اما زمان اندک اندک گذشت و اوراق روی اوراق نهاده شد و سرانجام کار به پایان رسید. باشد که گاهی در جهت ارتقاء این علم باشد تا نتیجه چه باشد. بی‌شک از حیث تجزیه و تحلیل‌های علمی، در میان پنج سیستم حقوقی جهان معاصر، سیستم حقوق اسلامی از بزرگ‌ترین سیستم‌های حقوقی جهان است. غرب‌گرایی نباید مانع دید حقایق علم گردد. همین امر موجب گردید در این پهنه گام زده شود تا گاهی در جهت تفسیر مواد قوانین به ویژه قانون مدنی هم برداشته شود و از آوردن مطالب نامأنوس با حقوق خود پرهیز شود.

دانش‌وران مسلمان برای فحص و بررسی در منابع، اصول و قواعدی را وضع کرده‌اند که در کار استنباط احکام آنان را مددکار باشد. این قواعد در دانشی به نام اصول گردآوری شد و در طول تاریخ به تدریج پخته گردید. اکنون علم اصول ابزار گران بهایی است که در فقه و حقوق کارایی فراوان دارد و هیچ فقیه و حقوق‌دانی بدون آن توان گام زدن در میدان حل مخاصمات ندارد. مجموعه‌ی این اصول را دو قسمت کرده‌اند که در این رساله بحث از هر دو قسمت به میان خواهد آمد. بحث اصلی در این اثر درباره‌ی اصل برائت می‌باشد که به ناچار برای هر چه هموارتر کردن مجرای این اصل به اصول دیگر از جمله اصالة الاطلاق می‌پردازیم. این اصل مهم در منابع فقهی بیان گردیده است و به دست اصولیان ژرف اندیش مورد دقت قرار گرفته است. شناخت اصول عملیه و کاربرد صحیح آن‌ها یکی از امتیازات حقوق اسلامی است و از ابزارهای حل مجهولات می‌باشد که گفته‌اند حقوق دان هر چه بیشتر ابزار کار علمی در اختیار داشته باشد بهتر می‌تواند گره از کار مردم بگشاید.

علم اصول نسبت به فقه چون منطق نسبت به سایر علوم فلسفی است و از این رو علم اصول را منطق فقه و حقوق نامیده‌اند و در این منطق فقه و استنباط نوع خاصی از اندیشیدن را فرا می‌گیریم که ما را برای استنباط حکم شرعی یاری می‌کند. اما مشکلاتی که در تحقیق و تطبیق آن با قوانین موضوعه مشاهده می‌شود دو امر است:

۱. مباحث اصولی و حتی مثال‌هایی که برای بیان موارد آورده شده اکثراً مربوط به عبادات است و اعمال و اجرای آن در مسائل غیر عبادی جای بحث و تأمل دارد. بر این اساس تلاش‌هایی لازم است تا این اصل در مباحث حقوقی، گره‌گشایی بیشتری داشته باشد. به عبارت دیگر از نواقص علم اصول فقه تعمیم به معاملات و عبادات است^۱، این در حالی است که با توجه به موارد ذیل جمع این دو تحت ضوابط یکسان ابدأ مقدور نیست:

الف. معاملات میدان تعقل است ولی عبادات عرصه‌ی تعبد. فقه عبادات با فقه معاملات دو دستگاه به کلی متفاوت المبنی است در فقه عبادات، تعبد مجال واسع دارد به عکس معاملات که جای تعقل است.^۲ شارع در باب معاملات عنایت به تعبد ندارد و حال آن که امر احتیاط به تعبدیات بر می‌گردد.^۳

ب. صحیح و اعم؛ که ثمره‌ی عمده در عبادات دارد و حتی اگر صحیحی باشیم در این حالت در ماهیات معاملات با وجود صدق عرفی عنوان معامله باز هم امکان تمسک به عمومات و اطلاقات هست چرا که اجمال در خطاب لازم نمی‌آید به عکس عبادات.

ج. جریان اصل احتیاط نسبت به اجزاء و شروط زائد مشکوک در عبادات مجال واسع دارد.

د. نهی در عبادات موجب فساد است ولی مشهور نهی در معاملات را مقتضی فساد نمی‌دانند. بسیار دیده شده که صاحب نظری برای اثبات پاره‌ای از ضوابط معاملات (که تعقلی است) به مسائل عبادات که تعبدیات است، استناد می‌کنند! از کارهایی است که نباید کرد.^۴

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، وسبط در ترمینولوژی حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸)، واژه‌ی ۱۰۳.

۲. همو، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷)، ص ۲۴۰.

۳. همو، سیستم‌شناسی در علم حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶)، ص ۱۳۶ - ۱۳۷ - ۱۱۷.

۴. همو، علم حقوق در گذر تاریخ (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷)، ص ۱۷۵.

هر در بحث اقل و اکثر ارتباطی با توجه به این که معاملات ماهیات عرفی دارند نگرش صدق اعم در آن‌ها مجال واسع دارد و در صورت صدق عنوان آن ماهیت عرفی نسبت به اقل کفایت می‌شود و جزء در اکثر مطرود می‌شود و در صورتی که صدق اسم صورت نگیرد نظر مشهور بر اعتبار امر زائد مشکوک در ماهیت است. ولی در عبادات این تفکیک به چشم نمی‌خورد و مشهور لامحاله در این جا اصل برائت را جریان می‌دهند.^۱

۲. مشکل دیگر کتاب‌های اصولی که تقریباً میان آن‌ها مشترک است این است که مثال‌های فقهی قابل ملاحظه در یک یک مسائل آورده نشده و این نمونه‌ی مهم از مجردگرایی است.^۲ همین امر دلیلی برای رجوع به مباحث متون فقه در کنار کتب اصولی گردید و موجب گستردگی مبحث آثار شد. دلیل دیگر مراجعه به منابع فقهی این است که برخی شخصیت‌ها به دارا بودن مکتب فقهی مشهورند و مبانی اصولی آن‌ها چندان مطرح نیست و گاه لازم است از لایه لای آثار فقهی آن‌ها، مبانی اصولی ایشان را جست و جو کرد. از کسانی که تنها مکتب فقهی آن‌ها مطرح است جمعی از اخباریون میانه رو مانند شیخ یوسف بحرانی صاحب حدائق الناظره، ملا محسن فیض کاشانی صاحب مقانیع الشرائع، و جمعی از اصولیین مانند ابن ادریس صاحب سرائر، محقق کرکی صاحب جامع المقاصد، شهید اول و شهید ثانی صاحب لمعه و شرح لمعه و شیخ محمد حسن نجفی صاحب جواهر الکلام را باید نام برد.^۳ به هر حال هر جا فقه هست ناگزیر روشی برای استنباط وجود خواهد داشت و هر جا چنین روشی باشد ناچار اصول فقه خود نمایی می‌کند.

۱. الف... فیمما یعلم برورود الطلب علی مرکب عرفی... یصدق إطلاقه اسم علی طرف الأقل، شکک فی دخالة جزء، زائد آخر فی تنمیجه أو تحسینیه، یکتفی فی مقام طلب مولوی بتقدیم الأقل لانه القدر المتیقن من مطرح الخطاب، و لیس الشک المتعلق بالزائد من قبیل الشکک فی المحصل لقناعة العرف بالمسفی إذا صدق علی الأقل... نعم لو لم تکن التسمیة صادقة علی الأقل ففس هذا شاهد علی أن مطلوب المولی بعد علی عهدة المکلف، فإذا شکک فیما یحتمل کونه متمماً فهو شکک فی المحصل یجب الإتیان به کی یخرج عن عهده المطلوب.

ب) و فیمما یعلم برورود الطلب علی مرکب شرعی تردّد امره و وضعه بین الاقل و الاکثر... فانه إذا شکک فی سبیه امر زائد لحصول المسبب فهو شکک فی دخالة امر زائد خارج عن بیان المولی فیما بهتم به من غرضه، فزائد یكون لامحاله مجری لأضاله البراءة. میرزا غلام رضا عرفانیان الیزدی (خراسانی)، تمیم کتاب اصول فقه مظفر، چاپ دوم (قم: دفتر تبلیغات حوزه‌ی علمیه قم، ۱۳۷۵)، ص ۸۰-۸۲.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، چاپ نوزدهم (تهران: گنج‌دانش، ۱۳۸۷)، واژه‌ی ۱۰۳.

۳. رضا اسلامی، «مکتب اصولی شهید صدر»، پژوهش و حوزه، ۲۷-۲۸، (پاییز و زمستان ۱۳۸۵)، ۱۳۳.