

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بایسته‌های اجرای اصول عملیه در دادرسی



مولفان

حسین غضنفر نژاد

منا تیموری

دانش‌آموخته‌ی دانشگاه الزهراء

انتشارات چتر دانش

سرشناسه	: غضنفرزاد، حسین، ۱۳۶۷-
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: بایسته‌های اجرای اصول عملیه در دادرسی/ مولفان حسین غضنفرزاد، منا تیموری.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۰۲.
مشخصات ظاهری	: ۱۵۱ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۰۱-۶
وضعیت فهرست نویسی	: فیپا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۱۴۲ - ۱۵۱؛ همچنین به صورت زیرنویس.
موضوع	: اماره (حقوق) -- ایران Presumptions-- Iran اماره (فقه) -- ایران Presumptions (Islamic law) -- Iran آیین دادرسی مدنی -- ایران Civil procedure -- Iran ادله اثبات دعوی (فقه) Evidence, Demonstrative (Islamic law) آیین دادرسی مدنی (فقه) -- ایران Civil procedure (Islamic law) -- Iran
شناسه افزوده	: تیموری، منا، ۱۳۶۵-
رده بندی کنگره	: KMH1۷۸۳
رده بندی دیویی	: ۳۴۷/۵۵۰۶۴
شماره کتابشناسی ملی	: ۹۲۸۷۵۴۴
اطلاعات رکورد کتابشناسی: فیپا	

نام کتاب	: بایسته‌های اجرای اصول عملیه در دادرسی
ناشر	: چتر دانش
مولفان	: حسین غضنفرزاد- منا تیموری
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۴۰۲
شمارگان	: ۱۰۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۰۱-۶
قیمت	: ۱۳۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منبری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آنها از یک سو و تناسب آنها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منصه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

فهرست

مقدمه.....	۶
فصل نخست: معرفی اصول عملیه.....	۹
مبحث اول: مفهوم، مجاری و اقسام اصول عملیه.....	۱۱
گفتار اول: مفهوم اصول عملیه.....	۱۳
گفتار دوم: مجاری اصول عملیه.....	۱۴
گفتار سوم: اقسام اصول عملیه.....	۱۷
مبحث دوم: تمایز اصول عملیه از موارد مشابه.....	۲۳
گفتار اول: اصول دادرسی و اصول عملیه.....	۲۴
گفتار دوم: اصول عملیه و فرض قانونی.....	۳۰
گفتار سوم: اصول حقوقی و اصول عملیه.....	۳۲
گفتار چهارم: اصول عملیه و اماره.....	۴۲
فصل دوم: جایگاه اصول عملیه در نظام حقوقی ایران.....	۵۷
مبحث اول: اصول عملیه به عنوان دلیل اثبات دعوی.....	۶۱
گفتار اول: مفهوم دلیل.....	۶۱
گفتار دوم: اصول عملیه و ادله اثبات دعوی.....	۶۳
گفتار سوم: اصول عملیه و نقش طرفین و قاضی در امر ارائه آن.....	۶۵
مبحث دوم: جایگاه اصول عملیه در قانون گذاری.....	۷۱
گفتار اول: قلمرو شک در قانون گذاری.....	۷۲
گفتار دوم: انعکاس اصول عملیه در قوانین موضوعه.....	۷۳
مبحث سوم: جایگاه اصول عملیه در آراء قضایی.....	۸۶
گفتار اول: اصل برائت در آراء قضایی.....	۸۷
گفتار دوم: اصل استصحاب در آرای قضایی.....	۹۳
گفتار سوم: تحلیل آرای قضایی مستند به اصول استصحاب و برائت توأمان.....	۱۰۰
مبحث چهارم: جایگاه اصول عملیه در دکترین حقوقی ایران.....	۱۰۲
گفتار اول: تعریف دکترین حقوقی.....	۱۰۲
گفتار دوم: تعامل اصول عملیه با تفسیر قوانین.....	۱۰۵

- مبحث پنجم: اصول عملیه در روند دادرسی ۱۱۹
- گفتار اول: اثبات وجود حق در زمان صدور حکم ۱۲۶
- گفتار دوم: اثبات وجود حق قبل از اقامه دعوی ۱۲۶
- منابع و مأخذ ۱۴۲**
- منابع فارسی ۱۴۲
- منابع عربی ۱۴۶

مقدمه

اهمیت اثبات حق در امر دادرسی در هر دعوی بر کسی پوشیده نیست و کسی که اثبات حقی که بر عهده دارد؛ در واقع، میزان ترازوی عدالت و دادگری در اجتماع است زیرا نظم اجتماع حاکم بر آن بسیار مهم و حساس است. می‌دانیم که در نظام‌های حقوق نوشته، سرمنشأ اصلی عملکرد دادگاه‌ها و نظام دادرسی در قوانین مدون آنان است، چراکه رأی قضات در این نظام‌ها مبتنی و مستند بر قوانین باید باشد، بنابراین دادرسان در نظام مدون بر اساس قانون وضع شده به وسیله قانون‌گذاران به اجرای عدالت در جامعه خود موظفند. در مقام اجرای قانون از آنجا که نه همواره مفاد قانون صریح و روشن است که به معنی ظاهری و عرفی آن استناد شود و نه همواره می‌توان با بهره‌گیری از وسایل عقلی و با استفاده از تاریخ و تحلیل اصول مورد احترام قانون‌گذار، به ظنی رسید که بتوان آن را جانشین علمی کرد که رعایت اراده قانون‌گذار در آن مدنظر باشد. البته مجریان قانون‌های مدون به‌ویژه قضات و دادرسان ممکن است هنگام فصل خصومت‌ها یا اجرای مقررات با مواردی برخورد کنند که برای آن‌ها حکم صریحی در مجموعه‌های حقوقی یافت نمی‌شود. در چنین وضعیتی آیا مجریان قانون و دادرسان می‌توانند با تمسک به نبودن قانون یا حکم مشخص از حل و فصل خصومات امتناع ورزند؟

امروزه کسانی که مجامع حقوقی پذیرفته‌اند که قضات و دادرسان در این‌گونه بن‌بست‌های باید به هر طریقی ممکن حکم مناسب یا مورد را با استفاده از مفاد قوانین، رویه‌ها و سوابق نظریات حقوقی بیابند و مشکل پیش آمده را بر اساس آن حل و فصل کنند، زیرا به‌موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران در هیچ حالتی حاکم نمی‌توانست بدون عذر موجه از رسیدگی به پرونده امتناع کند و در مواردی که به‌علت سکوت، تناقض، اجمال و ابهام قانون، حکم صریح قضیه مطروح بیان نشده بود، قاضی ملزم بود با استناد به اموری از قبیل جهت‌گیری‌های عمومی و قوانین مربوط و یا تمسک به قواعد و اصول مسلم قضایی و حتی در مواردی با استناد به عرف قضایی و اجتماعی تصمیم مقتضی اتخاذ کند و در اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران در این‌باره گفته می‌شود که: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدوله بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و

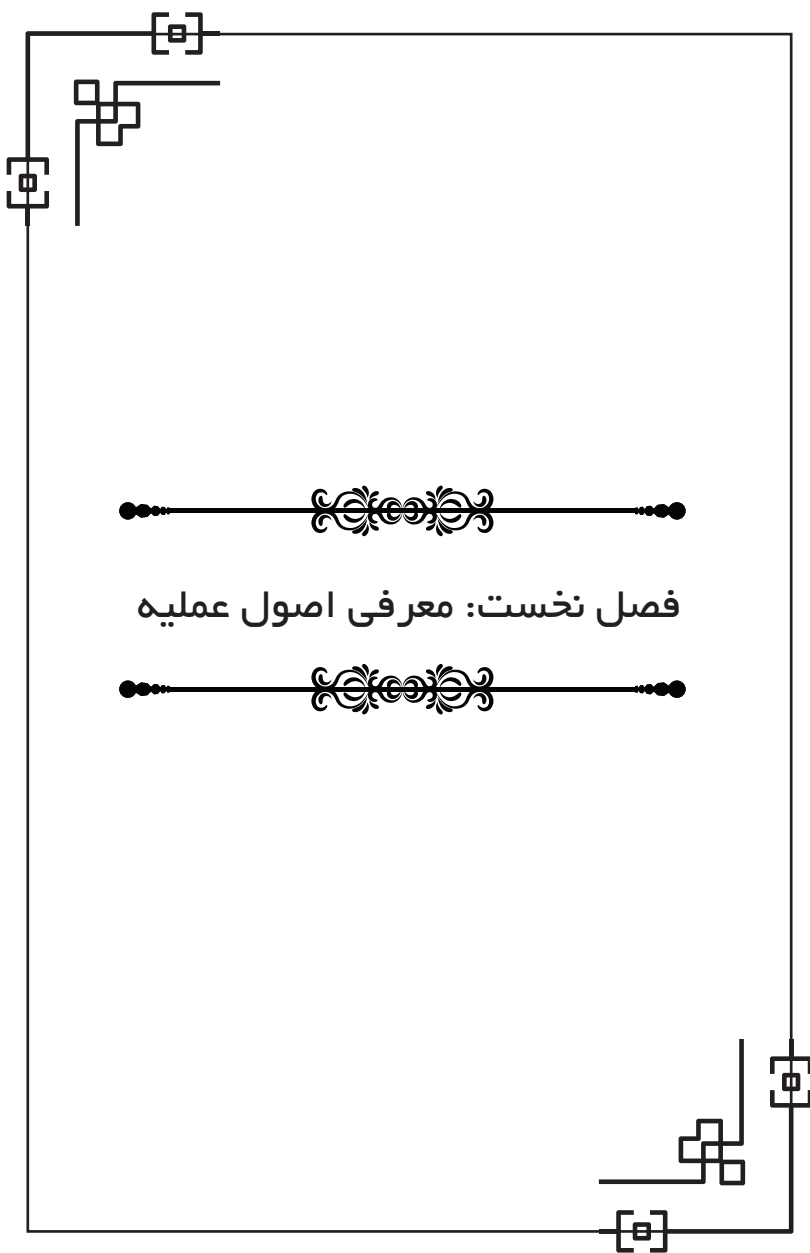
نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا جمال یا تعارض قوانین مدوله از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

یکی از اصول مهم دادرسی منع دادگاه از استنکاف از رسیدگی و صدور حکم است و در مواردی که دادگاه‌ها به یاری دلایل و امارات موجود در قانون نمی‌توانند تمیز حق دهند و دچار شک و سرگردانی در ایجاد دادگری منصفانه و عادلانه می‌شوند، تمسک به اصولی که راهنمای دادرسان به هنگام شک و در مقام تعیین تکلیف آنان مورد استناد قرار گیرد، لازم و ضروری است. این اصول که در حالت بلا تکلیفی و نیافتن دلایل روشن و صریح می‌توان به اصولی تمسک کرد- از نظر قانون‌گذار نیز مجاز است - که اصول عملی است.

بدین ترتیب اصول عملیه قاعده‌ای است که به هنگام شک بدان عمل می‌شود و خلاء ناشی از عدم کفایت با سکوت دلایل موجود در قانون را جبران می‌کند پس ممکن است مستند حکم دادگاه یکی از اصول عملیه باشد که به حق، پیشقروان آن در دنیای حقوق، علمای اسلام بوده‌اند که این بحث‌ها را تحت برخی مباحث اصول فقه، مورد بررسی و تحلیل دقیق قرار داده‌اند، هر چند در حقوق کشورهای عربی اخیراً به این بحث‌ها در قالب فلسفه تحلیلی یا فلسفه زبان توجه ویژه‌ای شده است.

واقعیت این است که عمده‌ترین محورهای حرکت‌های فردی و اجتماعی جامعه اسلامی در فقه اسلام ترسیم شده و منابع چهارگانه کتاب، سنت، اجماع و عقل ابزارهایی برای شناخت این محورها و خطوطند، اگرچه دین اسلام آخرین و کامل‌ترین ادیان است، تعیین تکلیف برای همه موارد خاص و استنباط حکم مشخص آنها چیزی نیست که در آغاز قابل تدارک و پیش‌بینی باشد، به این سبب در فقه غنی شیعه اجتهاد پویا برای مواجهه مؤثر با مشکلات و پیچیدگی‌های جدید فردی و اجتماعی رسالت و کاربرد مهم و وسیعی دارد و در این زمینه اصول عملیه همچون ابزاری مناسب و بسیار کارآمد مورد استفاده مجتهدان قرار می‌گیرد.

بنابر مطالب مزبور، این پژوهش برای آشکار کردن پیوند اصول فقه و حقوق موضوعه گام برداشته و جایگاه یکی از اصل‌های فقه امامیه (اصول عملیه) را در حقوق کنونی به‌ویژه ادله اثبات دعوا مشخص می‌سازد.



فصل نخست: معرفی اصول عملیه

مبحث اول: مفهوم، مجاری و اقسام اصول عملیه

بدون شک هر متشرعی علم اجمالی دارد به اینکه خداوند متعال یک‌سری احکام الزامی از قبیل وجوب و حرمت دارد که امتثال آن بر مکلفین واجب بوده و افراد عالم و جاهل به این احکام بدون هیچ تفاوتی نسبت به این احکام مشترک هستند.

این «علم اجمالی» آن تکالیف الزامی واقعی را بر ما منجز می‌سازد، بنابراین از آنجایی که حکم عقل اقتضا می‌کند نسبت به آن دسته از تکالیف که اشتغال ذمه نسبت به آن‌ها یقینی است و فراغت ذمه از آن‌ها نیز واجب است، به‌طوری که می‌گویند: «الاشتغال الیقینی یستدعی الفراغ الیقینی». پس بر اساس این حکم عقل، بر مسلمین مکلف لازم است که برای به‌دست‌آوردن شناخت و آشنایی با این تکالیف الزامی تلاش و کوشش کنند و از طریق راه‌های ایمن‌آور برای او که می‌داند با پیروی از آن‌ها فراغت ذمه خواهد داشت، این شناخت را برای خود تحصیل نماید.

به همین خاطر است که قائل می‌شویم به اینکه شناخت و معرفت نسبت به احکام و فحوص و جست‌وجو از ادله و حجت‌های اثبات‌کننده آن احکام و تکالیف الزامی، واجب است؛ بنابراین مکلف باید در حد امکان تلاش و کوشش خود را در جست‌وجو و کنکاش به‌کار بسته، نهایت توان و کوشش ممکن را به‌کار گیرد.^۱

۱. اگر فرض شود که مکلفی به سببی هرچند برای لزوم عسر و حرج، توانایی جست‌وجو از ادله احکام را نداشته باشد، برای او جایز است که از یک مجتهدی که به او اطمینان دارد و از ادله احکام فحوص نموده و حجت و دلیل

اگر محقق در احکام فحص و جست‌وجو نماید و تنها بخشی از موارد برای او حجت و دلیل حاصل شود و موارد دیگری باقی بماند که در آن‌ها احتمال وجود تکلیف داده می‌شود و اقامه حجت و دلیل در آن‌ها غیرممکن به هر سببی که باشد،^۱ در این صورت مکلف مجتهد به‌ناچار دچار شک می‌شود به‌گونه‌ای که او را نسبت به تکلیف خود در حیرت و سرگردانی قرار می‌دهد؛ حال در این رابطه باید چگونه عمل کرد؟

آیا یک قانون عقلی وجود دارد که مجتهد بدان اعتماد کرده و با عمل بر اساس مقتضای آن اطمینان یابد و خود را از حیرت و سرگردانی خارج نماید؟ یا اینکه شارع مقدس این حالت را برای مکلف در نظر گرفته است چون می‌دانسته که در آن واقع می‌شود، بنابراین یک سری وظایف عملی برای او در نظر گرفته است که به هنگام نیاز بدان مراجعه کرده و به آن‌ها عمل نماید تا اینکه او را از واقع شدن در عقاب به دور دارند؟ این‌ها سؤالاتی است که باید به آن‌ها جواب داد.

این مبحث به‌منظور پاسخ به این سؤالات ترتیب داده شده است تا اینکه مکلف یقین حاصل کند به وظیفه‌ای که هنگام شک و حیرت نسبت به احکام واجب است به آن عمل نماید. این وظیفه یا وظایف همان چیزی است که از نظر اصولیون «اصل عملی» یا «قاعده اصولی» یا «دلیل فقهاتی» نامیده می‌شوند.^۲ در این مبحث ابتدا به مفهوم اصول عملیه و سپس به مجاری و دسته‌بندی این اصول می‌پردازیم.

برای او حاصل شده است، تقلید کند و ادله جواز تقلید و رجوع جاهل به عالم این امر را اقتضا می‌کند؛ همچنان که برای او جایز است، در تمامی مواردی که احتمال تکلیف می‌رود و مواردی که احتیاط در آن‌ها ممکن است - به‌گونه‌ای که در محل خود بیان خواهیم کرد - به احتیاط عمل کند و به همین خاطر است که مکلف را به: مجتهد، مقلد و محتاط تقسیم کرده‌اند.

۱. عدم امکان اقامه دلیل و حجت این‌هاست: ۱. فقدان نص؛ ۲. اجمال نص؛ ۳. تعارض و تعادل دو دلیل، بدون اینکه یکی از آن دو بر دیگری مرجحی داشته باشد.

۲. ادله احکام بر دو قسم است: دلیل‌های اجتهادی یا ادله‌ای که در رابطه با استخراج احکام واقعی است و از نظر امامیه عبارت است از: کتاب، سنت، اجماع و عقل؛ اما به عقیده اهل سنت دلیل اجتهادی عبارت‌اند از: کتاب، سنت، قیاس و اجماع، دلیل فقهاتی یا اصول عملیه که در رابطه با استخراج حکم ظاهری است و مجتهد در حالت شک نسبت به حکم واقعی از آن‌ها استفاده می‌کند و عبارت‌اند از: براءت، تخیر، احتیاط، استصحاب.

گفتار اول: مفهوم اصول عملیه

برای شروع باید دانست که اصل چیزی است که بدون ملاحظه کشف از واقع و صرفاً برای تعیین تکلیف در وقت شک و تردید، حجت شناخته شده باشد، اعم از اینکه مثبت حکم تکلیفی باشد یا موضوع. مثلاً هرگاه در تحریم عملی تردید کنیم مثل اینکه ندانیم سیگار کشیدن حرام است یا حلال! با کمک اصل برائت حلیت آن را ثابت می‌کنیم و این اثبات فقط برای رفع تحیر و تردید در مقام عمل است، بدون اینکه بتوانیم بگوییم در واقع و عندالله نیز سیگار کشیدن مباح است یا خیر.^۱

مرحوم آخوند در تعریف اصول عملیه می‌نویسد: «و هی التی ینتهی الیهها المجتهد بعد الفحص و الیأس عن الظفر بدلیل^۲»؛ یعنی: اصول عملیه اصولی هستند که مجتهد بعد از جست‌وجو و یأس از دست‌یابی به یک دلیل شرعی، به آن‌ها متوسل می‌شود.

از این تعریف درمی‌یابیم که مرتبه اصول عملیه متأخر و بعد از دلیل است؛ زیرا موضوع اصل عملی متوقف بر دسترسی‌نداشتن به دلیل است و با وجود دلیل، اصل موضوعیت ندارد. اصطلاحاً می‌گویند: «الاصل دلیل حیث لادلیل». شیخ انصاری در این زمینه می‌گوید: برای استنباط احکام شرعی و تعیین تکلیف بندگان چند صورت متصور است:

اول: به‌خاطر وجود دلایل یقین‌آور نسبت به حکم شرعی، قطع حاصل است و هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد؛ مثل آنکه با وجود آیات صریح دال بر حرمت شرب خمر، تردیدی در حکم آن باقی نمی‌ماند، در این صورت وظیفه شخص عمل به قطع خویش است؛ زیرا که قطع حجیت ذاتی دارد.

دوم: اگرچه دلایل موجود یقین‌آور نیست، نسبت به حکم شرعی ظن ایجاد می‌کند. دلایل گمان‌آور در اثبات حکم شرعی ارزشی ندارند؛ مگر آنکه اعتبار دلایل مزبور را شارع تأیید کرده باشد که در این صورت مجتهد عمل به مدلول آن‌هاست. ارزش برخی دلایل گمان‌آور را شرع مقدس اثبات کرده است؛ مانند خبر

۱. شیخ مرتضی انصاری، (۱۳۸۱)؛ فرائد الاصول، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ص ۱۸۳.

۲. آخوندخراسانی، (۱۴۲۱هـ.ق)؛ کفایة الأصول، مؤسسه آل‌البتیت (ع)، ص ۳۳۷.

واحد عادل و یا ظواهر آیات قرآن مجید که دلالت آن‌ها به علت صراحت‌نداشتن تام، ظنی و صرفاً برای انسان گمان‌آور است، این‌گونه دلایل ظنون معتبر شرعی‌اند و فقیه در استنباط احکام شرعی موظف است به آن‌ها عمل کند. در سایر موارد، علی‌رغم وجود دلایل گمان‌آور، چون شرع مقدس دلایل مذکور را تأیید نکرده، شخص به حالت شک و تردید می‌ماند و وظیفه او همانند صورت سوم خواهد بود.

سوم: در خصوص مورد سؤال مجتهد هیچ‌گونه دلیل معتبری از منابع چهارگانه فقهی وجود ندارد که برای شخص تعیین تکلیف کند؛ یا اصلاً دلیلی نیست، یا اگر دلیلی باشد؛ ولی فاقد اعتبار شرعی است و یا علی‌رغم اعتبار، مجمل و یا دچار معارض است. در این‌گونه موارد که شخص دچار تردید می‌شود شرع مقدس دستورالعملی راهگشا فراروی مکلفین قرارداده تا تکلیف شرعی هرچند به‌طور موقت، مشخص شود.^۱ دستورالعمل مزبور عبارت است از عمل به اصولی که خلاء ناشی از کیفیت‌نداشتن یا سکوت دلایل موجود در منابع فقه را جبران می‌کند. درواقع، اجتهاد بدون اتکا به این اصول، پویایی و زاینده‌گی خود را از دست می‌دهد و نمی‌تواند در مقابل مشکلات روزافزونی که به‌مقتضای زندگی، آثار مترتب بر آن حادث می‌شود، پاسخ شایسته‌ای ارائه کند. بنابراین، مراد از اصل عملی هر حکمی است که در شریعت برای امر مشکوک مقرر شده است و مقابل دلیل است.^۲ از تعریف مذکور تفاوت بین اصول و امارات نیز روشن می‌شود.

گفتار دوم: مجاری اصول عملیه

دانشمندان علم اصول درباره محل اجرای این اصول فهرست‌وار وجوه مختلفی را بیان کرده‌اند که برخی از آن‌ها خالی از نقد و اشکال نیست. به‌طور مثال، شیخ انصاری در ارتباط با مجاری اصول عملیه می‌فرماید: مجتهد

۱. همان، ص ۳۰۸.

۲. میرزای آشتیانی، (۱۴۳۰ هـ)؛ بحرال فوائد فی شرح الفرائد، کتابخانه آیت الله مرعشی، جلد اول، ص ۳؛ «فالمراد بالأصل العملی کل حکم تقرّر فی الشریعة للمشکوک فهو مقابل الدلیل»

هنگامی که در پی یافتن حکم شرعی است، یا برای وی شک حاصل می‌شود، یا قطع و یا ظنّ. در صورتی که برای مجتهد شک حاصل شود، باید به قواعد شرعی که برای شخص شکّ در مقام عمل وضع گردیده است، رجوع کند که به این قواعد اصول عملیه می‌گویند و در چهار اصل منحصر است؛ زیرا در شک یا حالت سابقه لحاظ می‌شود یا خیر. در حالت دوم نیز یا احتیاط ممکن است و یا خیر؛ و در (حالتی هم که احتیاط ممکن است) نیز یا شک در اصل تکلیف است و یا شک در مکلف‌به؛ بنابراین مجاری اصول عملیه بدین شکل خواهد بود:

۱. چنانچه در شک حالت سابقه لحاظ شود، مجرای استصحاب است.
۲. چنانچه در شک حالت سابقه لحاظ نشود و احتیاط نیز ممکن نباشد، مجرای تخییر است.
۳. چنانچه حالت سابقه لحاظ نشود و احتیاط ممکن باشد (و شک در مکلف‌به باشد)، مجرای احتیاط است.
۴. چنانچه حالت سابقه لحاظ نشود و شک در اصل تکلیف باشد، مجرای برائت است.^۱

اگرچه شیخ انصاری در این تقسیم، اصل تخییر را به‌طور مستقل بیان می‌کند و آن را جزء شک در مکلف‌به نمی‌داند، در بیان دوم خود، مجرای تخییر را از اقسام شک در مکلف‌به قرار داده است؛^۲ اما به‌نظر می‌رسد که کلام استاد محقق نائینی رساتر و بهتر باشد که خلاصه آن چنین است، شکّ بر دو قسم است:

الف) گاهی مشکوک حالت سابقه دارد و شارع نیز در مقام حکم آن حالت را لحاظ کرده؛ یعنی آن را در نظر گرفته است و بر اساس آن حکم نموده است که

۱. شیخ انصاری، منبع پیشین، جلد اول، ص ۲ «فاعلم أن المكلف إذا التفت إلى حكم شرعي فإما أن يحصل له الشك فيه أو القطع أو الظن فإن حصل له الشك فالمرجع فيه هي القواعد الشرعية الثابتة للشك في مقام العمل وتسمى بالأصول العملية و هي منحصرة في أربعة لأن الشك إما أن يلاحظ فيه الحالة السابقة أم لا و على الثاني فإما أن يمكن الاحتياط أم لا و على الأول فإما أن يكون الشك في التكليف أو في المكلف به فالأول مجرى الاستصحاب و الثاني مجرى التخيير و الثالث مجرى أصالة البراءة و الرابع مجرى قاعدة الاحتياط؛ و ما ذكرنا هو المختار في مجارى الأصول الأربعة».

۲. شیخ انصاری، منبع پیشین، ص ۳ «و بعبارة أخرى الشك إما أن يلاحظ فيه الحالة السابقة أو لا فالأول مجرى الاستصحاب و الثاني إما أن يكون الشك فيه في التكليف أو لا فالأول مجرى أصالة البراءة و الثاني إما أن يمكن الاحتياط فيه أو لا فالأول مجرى قاعدة الاحتياط و الثاني مجرى قاعدة التخيير».

این محلّ اجرای اصل «استصحاب» است؛ مانند اینکه کسی شکّ کند و ضویش باقی است یا خیر؟ در حالی که می‌داند قبلاً وضو داشته است، یعنی شکّ در وضو حالت سابقه دارد، البتّه این حالت سابقه باید فراوان باشد؛ مثلاً بعد از گذشت صد سال در زنده‌بودن کسی شکّ کنیم، گرچه زنده‌بودن او حالت سابقه دارد و می‌دانیم زمانی زنده بوده است؛ اما چون عمر طبیعی یک انسان صدسال نیست، پس حالت سابقه در اینجا فایده ندارد و محلّ اجرای استصحاب نیست.

ب) اینکه مشکوک، حالت سابقه نداشته باشد و یا اینکه اگر حالت سابقه دارد شارع مقدس در مقام جعل حکم ظاهری آن را در نظر نگرفته است و این حالت از یکی از این سه صورت خارج نیست:

۱. اینکه تکلیف مجهول باشد مطلقاً، یعنی حتی جنس تکلیف هم معلوم نباشد و به عبارت دیگر شکّ مربوط به اصل تکلیف باشد که این محلّ اجرای «اصل براءت» است، مانند اینکه در اصل حرام بودن کشیدن سیگار شکّ کنیم.
 ۲. اینکه تکلیف اجمالاً معلوم باشد، یعنی شکّ در اصل تکلیف نباشد بلکه در چیزی باشد که تکلیف به آن تعلق گرفته است و احتیاط هم ممکن باشد که این محلّ اجرای «اصل احتیاط» است، مانند اینکه شکّ کنیم وجوب به نماز جمعه تعلق گرفته است یا به نماز ظهر؟ در اینجا می‌توان احتیاط کرد و هر دو را انجام داد.

۳. اینکه تکلیف اجمالاً معلوم باشد، ولی احتیاط ممکن نباشد که این محلّ اجرای «اصل تخییر» است.^۱

اجرای اصل تخییر در مورد دوران امر بین «محدورین» است؛ یعنی آنجا که مکلف نمی‌تواند با انجام دادن همه شقوق متعلق تکلیف، وظیفه واقعی را به‌طور یقینی ادا کند؛ ولی مجرای اصل احتیاط جایی است که جمع شقوق به‌منظور ایفای تکلیف میسر است. مثال زیر مطلب را روشن خواهد کرد:

فرض کنید دو نفر در زمان واحد در حال غرق شدن هستند. هر مسلمانی تکلیف دارد در حد توان خود برای نجات جان مسلمان دیگر تلاش کند. در این صورت اگر دو غریق با یکدیگر برابر باشند و وجه ترجیحی بین آنان نباشد و

۱. محمدحسین نایینی، (۱۳۶۸)؛ اجود التقریرات، جلد دوم، انتشارات مصطفوی، چاپ دوم، ص ۱۶۳.

فقط نجات یکی ممکن باشد، شخص ناظر مخیر است که به انتخاب خود، یکی را از مرگ نجات دهد و بدین ترتیب، تکلیف شرعی و اخلاقی خود را انجام دهد. در مثال فوق مکلف نمی‌تواند با نجات‌دادن هر دو غریق به‌طور متقین واقعی را امثال کند؛ ولی چنانچه میان دو شیشه موجود، یقین داشته باشیم که یکی محتوی مشروب الکلی و دیگری آشامیدنی غیرالکلی است، مکلف می‌تواند با اجتناب از هر دو یقیناً از ارتکاب حرام (نوشیدن مشروب الکلی) مصون بماند؛ در این حالت اصل احتیاط مرجح است.^۱

گفتار سوم: اقسام اصول عملیه

اصول عملیه بر دو قسم است:

الف) اصولی که دلیل حجیت آن‌ها، اثبات حکم ظاهری با جهل به حکم واقعی است؛ مانند اصل برائت. مطابق این اصل که در متون اصولی به شکل: «كُلُّ شَيْءٍ مُّطْلَقٌ، حَتَّى يَرِدَ فِيهِ التَّهْيِیُّ» بیان می‌شود. هر چیزی که تکلیف مجهول یا مشکوک باشد حکم ظاهری آن اباحه یا برائت است؛ به عبارت دیگر، مفاد دلیل جعل حکم ظاهری در موضوع مجهول‌الحکم است. اصل برائت و دیگر اصولی که مفاد دلیل آن‌ها به‌قرار مذکور باشد، اصل محض نامیده می‌شود.

ب) اصولی که دلیل حجیت آن‌ها بر اعتناکردن به احتمال نبودن حکم واقعی در زمان شک دلالت می‌کند؛ مانند اصل استصحاب که مطابق آن، هنگام شک در بقای امر متیقن سابق نباید به شک لاحق اعتنا کرده و یقین سابق را نقض کرد بلکه چنین فرض شود که امر متیقن سابق در زمان شک هنوز باقی است و بنابراین همان اثر وجودی بر آن مترتب می‌شود. این اصول را که در واقع مابین اصل محض و اماره هستند می‌توان اصول میانی یا اصول برزخی نامید.

قبل از اینکه درباره هر یک از این اصول صحبت کنیم باید از باب مقدمه و به‌منظور روشن شدن اذهان چند مطلب را بیان کنیم و این مقدمات عبارت‌اند از: اول: شک در یک چیز، به اعتبار حکمی که در آن أخذ شده است به دو گونه تقسیم می‌شود:

۱. محقق داماد سید مصطفی، (۱۳۸۷) اصول عملیه و تعارض ادله، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پنجم، ص ۲۲.

۱. اینکه شک به‌عنوان موضوع برای حکم واقعی اخذ شده باشد مانند شک در تعداد رکعات نماز، چراکه چنین شکی در برخی از حالت‌ها موجب می‌شود که حکم واقعی به رکعات جدا از هم و خواندن نماز احتیاط تبدیل شود؛ نظیر شک بین سه و چهار، که موضوع وجوب خواندن نماز احتیاط، شک بین سه و چهار است.

۲. اینکه شک به‌عنوان موضوع برای حکم ظاهری اخذ شده باشد؛ و منظور ما از بحث در علم اصول همین قسم است و قسم اول مربوط به مسائل فقه است که فقیه باید بررسی کند.

دوم: شک در یک چیز به اعتبار متعلق آن، یعنی شیء مشکوک‌فیه، به دو گونه تقسیم می‌شود:

۱. متعلق شک، یک موضوع خارجی باشد؛ یعنی منشأ شبهه امور خارجی باشد، مانند شک در مورد طهارت این آب معین که آیا پاک است یا نجس؟ یا شک در مورد اینکه آیا این مایع معین، سرکه است یا شراب؟ و در چنین حالتی این شبهه را «شبهه موضوعیه» می‌نامند.

۲. متعلق شک یک حکم کلی باشد، مانند شک در حرمت استعمال دخانیات، یا اینکه آن از جمله مبطلات روزه است یا نه؟ یا شک در مورد نجاست عصاره انگور وقتی که بجوشد و قبل از آن که دوسوم آن از بین برود که آیا پاک است یا نجس؟ و در چنین حالتی این شبهه را «شبهه حکمیه» می‌نامند.

بنابراین در شبهه حکمیه، شک و تردید در اصل تکلیف است و در شبهه موضوعیه، مفهوم چیزی مورد تردید نیست؛ اما موضع خارجی آن در مورد شک و تردید است.

سوم: از مطالب گذشته دانسته شد که تنها پس از فحص، بررسی و ناامید شدن از دستیابی به اماره بر حکم شرعی در مورد شبهه می‌توان به اصول عملیه رجوع کرد و معلوم می‌شود که با وجود امید و مجال برای فحص و جست‌وجو، اجرای اصول عملیه و اکتفا کردن به آن‌ها در مقام عمل، وجهی ندارد بلکه فحص و جست‌وجو لازم است تا زمانی که مکلف مأیوس شود؛ زیرا وجوب شناخت و یادگیری در خصوص ادله و حجت‌های ثابت‌کننده احکام و تکالیف الزامی، همین

امر را اقتضا می‌کند. بنابراین اگر به واسطه عمل کردن به اصول عملیه - مخصوصاً از قبیل اصل برائت با تکلیف واقعی - مخالفت پیش آید نسبت به تکلیف واقعی عذرآور نخواهد بود.

بند اول: اصل برائت

برائت در لغت به معنای رهایی، خلاصی و وارheidگی از گناه و عیب و شبهه، بیزاری از چیزی، پاک‌شدن از عیب و تهمت و خلاص شدن از قرض است.^۱ برائت افراد در حقوق نیز با معنای لغوی انطباق کامل دارد و در همین معانی استعمال می‌شود؛ زیرا هرگاه در علم حقوق از برائت ذمه یا برائت کیفری بحث می‌شود، مراد خلاص شدن و رهایی است.

اما معنای اصطلاحی برائت در اصول فقه، عبارت است از حکم شارع به عدم تکلیف فعلی یا حکم به اباحه و جواز نسبت به یک فعل یا ترک فعل در زمانی که مکلف در حکم واقعی یک موضوع (بعد از جست‌وجوی ادله) شک و تردید می‌کند. یعنی اگر مکلف در تکلیف واجب یا حرامی شک کند و دلیلی شرعی و عقلی بر جواز آن به دلیل فقدان نصّ یا اجمال آن در دست نباشد، آن تکلیف بر عهده وی ثابت نمی‌شود. بدین معنا که در شبهه وجوبیه ترک آن جایز است و در شبهه تحریمییه ارتکاب آن عقابی ندارد.^۲

در ترمینولوژی حقوق آمده است: «اصل برائت در اصطلاحات فقهی عبارت است از گرایش به طرف نفی الزام قانونی و عدم تعهد و تکلیف و آزادی اراده در موقع برخورد با شک در تکلیف».^۳

بند دوم: اصل تخییر

تخییر در لغت از ماده «خیر» و در باب تفعیل، به معنای واگذار کردن اختیار، دادن حق انتخاب به دیگری و ترجیح دادن چیزی بر چیز دیگر است.^۴

۱. جرخلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه طبیبان، انتشارات امیرکبیر، ماده برء - علی اکبر دهخدا، لغت نامه، جلد یازدهم، چاپخانه دانشگاه تهران، ص ۷۸۶

۲. آخوند خراسانی، کفایة الأصول، منبع پیشین، ص ۳۳۸.

۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ص ۱۰۷.

۴. اسماعیل بن حماد جوهری، الصحاح، جلد دوم، مصحح: احمد عبدالغفور عطار، دارالعلم للملایین، چاپ اول.

معنای لغوی «تخیر» در برخی ابواب علم اصول به کار می‌رود. از جمله در مباحث تعارض ادله، تراحم و واجب تخیری. در اصطلاح اصولیان متأخر امامیه اصل تخیر که یکی از اصول عملیه چهارگانه به شمار می‌رود، عبارت است از حکم عقل یا شرع به اختیار داشتن مکلف میان انجام دادن کاری و ترک آن یا انجام دادن یکی از دو کار در مواردی که احتیاط امکان ندارد. براین اساس، تخیر حکمی عقلی یا شرعی و به صورت کلی است که دارای موضوع و محمولی است. موضوع آن دو امری است که یکی بر دیگری ترجیح ندارد و احتیاط نیز ناممکن است و محمول آن نیز جواز اختیار هر یک از آن دو امر است.^۱

اصل تخیر در دو صورت می‌تواند اجرا شود: شک در تکلیف و شک در مکلّف به (مصدق تکلیف). شک در تکلیف آن است که شخص مکلف، به وجود تکلیفی الزامی در مورد کاری معین علم اجمالی داشته باشد؛ ولی مردد باشد که وظیفه او انجام دادن آن کار است یا ترک آن. مثال رایج در این خصوص، نماز جمعه در عصر غیبت امام عصر (عج) است که قطعاً در مورد آن حکمی وجود دارد؛ حال اگر شخص مکلف بین وجوب خواندن یا وجوب ترک آن مردد باشد، اصل تخیر را اجرا می‌کند.

شک در مکلّف به نیز هنگامی تحقق می‌یابد که مکلف نسبت به دو کار معین که یکی از آن دو واجب و دیگری حرام است، علم داشته باشد؛ اما نداند کدام واجب و کدام حرام است. مانند علم به وجوب یکی از دو نماز ظهر و جمعه و حرمت دیگری و شک در مصداق واجب و حرام. در فرض اخیر، از آنجا که وانهادن هر دو کار موجب مخالفت قطعی با حکم وجوبی می‌شود و انجام دادن هر دو منجر به مخالفت قطعی با حرمت می‌گردد، عقل حکم می‌کند که مکلف یکی از دو کار را به اختیار خود برگزیند و عمل کند.^۲

ص ۶۵۲- ابن منظور، لسان العرب، جلد چهارم، مصحح: احمد فارس صاحب الجوانب، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع- دارالصادر، چاپ سوم، ص ۲۶۵.

۱. علی مشکینی، منبع پیشین، ص ۵۰.

۲. شیخ مرتضی انصاری، منبع پیشین، جلد دوم، ص ۴۴۳. علی مشکینی، منبع پیشین، ص ۵۰-۵۱.