

### **The flow of the principle of correctness in the unilateral obligation**

#### **Abstract:**

The channel of the principle of correctness in contracts such as contracts is a situation, so the flow of the principle mentioned in these legal acts causes their non-corruption. Whether the principle of correctness applies to rites or not? Most jurists believe in the principle of correctness in taqiyat. The well-known Imami jurists, who sometimes claim that there is a consensus, believe that the principle of correctness is valid in taqiyat. Or other reasons to claim that the agreement is invalid, his claim will not be accepted without documentation and reason. Also, in cases where the fulfillment of which requires special formalities, such as divorce, after the validity of the contract, the claim of non-fulfillment of formalities and conditions is not accepted. The principle of correctness precedes both types of legal and thematic approval, and in case of their conflict, the effects of the principle of correctness will appear. If the contract is concluded on the basis of a contract, then it turns out that the contract is void, the said invalidity does not disturb the validity of the contract. The principle of correctness only affects the rhythm itself and does not affect the affairs that follow.

**Key words:** unilateral obligation, principle of correctness, conditions of correctness, effects, realm of rule. Divorce, intercession

### جریان اصل صحت در ایقاعات

تاریخ دریافت: ۱۹/۱۲/۱۴۰۰

سید ابراهیم نجفی گهرآز<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۸/۵/۱۴۰۱

مظفر باشکوه<sup>۲</sup>

علیرضا لطفی دودران<sup>۳</sup>

#### چکیده:

مجرای اصل صحت در ایقاعات مانند عقود، وضعی است، بنابر این جریان اصل مذکور در این اعمال حقوقی موجب عدم فساد آنها می‌گردد. در اینکه آیا اصل صحت در ایقاعات جریان دارد یا خیر؟ اکثر حقوقدانان معتقد به جریان اصل صحت در ایقاعات هستند، مشهور فقهای امامیه نیز که گاهی ادعای اجماع شده، بر این است که اصل صحت در ایقاعات جاری است، با جاری نمودن اصل صحت در ایقاعات، اگر شخصی به دلیل وجود اکراه یا فقدان قصد و یا دلایل دیگر ادعا کند که ایقاع باطل است، ادعای وی بدون مستند و دلیل پذیرفته نمی‌شود. همچنین اگر در ایقاعاتی که تحقق آن مستلزم تشریفات خاصی باشد، مانند طلاق، بعد از جاری شدن ایقاع، ادعای عدم تحقق تشریفات و شرایط پذیرفته نیست. اصل صحت بر هر دو نوع استصحاب حکمی و موضوعی مقدم بوده و در صورت تعارض آنها، آثار اصل صحت نمایان می‌شود. در صورتی که ایقاع مبتنی بر عقدی منعقد گردد، سپس معلوم شود که عقد باطل بوده، بطلان مذکور اختلالی به صحت ایقاع ایجاد نمی‌کند. اصل صحت فقط بر خود ایقاع موثر بوده و بر امور مترتب از آن، موثر نیست.

کلید واژه: ایقاع، اصل صحت، شرایط صحت، آثار، قلمرو قاعده. طلاق، شفعه، ابراء، فسخ، رجوع، وصیت

<sup>۱</sup> گروه تخصصی حقوق، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران [Gmailebnj1349@gmail.com](mailto:Gmailebnj1349@gmail.com)

<sup>۲</sup> گروه تخصصی حقوق، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران (نویسنده مسئول) [mozaffarbashokuh@gmail.com](mailto:mozaffarbashokuh@gmail.com)

<sup>۳</sup> گروه تخصصی حقوق، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران [Lotfi1346@yahoo.com](mailto:Lotfi1346@yahoo.com)

یکی از بهترین و مناسب ترین راه‌ها و روش های استنتاج مطالب، استقرا است، بنابر این برای اینکه معلوم شود که آیا اصل صحت در ایقاعات جریان دارد یا خیر و به این مطلب معرفت علمی پیدا کنیم هر یک از ایقاعات مورد مطالعه قرار می‌گیرد تا نتیجه گیری کلی حاصل شود.

در یک تقسیم بندی انواع ایقاعات به دو گروه ایقاع معین و ایقاع غیر معین تقسیم می‌شوند. بسیاری از فقها در کتابهای خود موارد ذیل را در زمره ایقاعات می‌دانند؛ طلاق، خلع، مبارات،ظهار، ایلاء، لعان، عتق، تدبیر و مکاتبه و استیلاء، اقرار، جعاله، ایمان و نذر. با توجه به اینکه بسیاری از نویسندگان حقوق جعاله را در زمره عقود تقسیم بندی می‌کنند و از آنجا که برخی از موارد ذکر شده فوق، در حقوق امروزه کاربرد عملی نداشته، لذا از بحث در آن باره خودداری می‌کنیم. در مبحث اول این فصل؛ اصل صحت در طلاق و وصیت عهدی مطالعه می‌شود، در مبحث دوم نیز اصل صحت در اعراض و ابراء و فسخ مورد بررسی قرار می‌گیرد و بالاخره در مبحث سوم اصل صحت در حق شفعه و دیگر ایقاعات مطالعه می‌گردد.

### مبحث اول- اصل صحت در طلاق و وصیت عهد

طلاق و وصیت دو مورد از ایقاعاتی است که با نظم عمومی جامعه در ارتباط هستند. شاید به دلیل اهمیت بیش از حد این دو عمل حقوقی در روابط بین انسان‌ها، امور مذکور به صورت ایقاع صورت می‌پذیرند. جریان اصل صحت در این دو ایقاع نیز از اهمیت قابل توجهی برخوردار می‌باشد. در گفتار اول این مبحث اصل صحت در طلاق را بررسی نموده و در گفتار دوم نیز جریان اصل صحت به وصیت عهدی را مطالعه می‌نماییم.

### گفتار اول- اصل صحت در طلاق

از جهت فلسفی و با در نظر گرفتن آثار مثبت و منفی مقررات؛ از آنجا که اخلاق و سلامتی افراد جامعه در گروه کانون خانواده است، نباید اموری مانند طلاق و نکاح در معرض احتمالات قرار گیرند. اگر مردی زن خود را طلاق دهد، نباید بتواند به بهانه‌های واهی صحت طلاق را زیر سوال برده و از آن برگردد. طی دو بند؛ بعد از بیان ماهیت طلاق و رجوع، به بررسی جریان اصل صحت در این ایقاعات می‌پردازیم.

### بند یک-ایقاع طلاق و رجوع

در باره ماهیت ایقاعی طلاق و رجوع در بین فقها اختلاف چندانی وجود ندارد، با وجود این به نظر می‌رسد که دو مقرره ملی و بین المللی بر نهادهای مذکور تاثیر داشته‌اند. مقررات مذکور عبارتند از؛ الف- کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ مطابق با ۱۳۵۸/۹/۲۸ و همچنین قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ و ۱۳۵۴ بود. این مقررات طلاق را فقط با اجازه دادگاه مجاز می‌دانند. به موجب کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان نیز جنسیت نمی‌تواند هیچگونه برتری بین زن و شوهر ایجاد کند. در هر حال در این بند بعد از بررسی ماهیت طلاق به بررسی رجوع خواهیم پرداخت.

### یک- طلاق

در معنای طلاق گفته‌اند: «رها شدن زن از قید نکاح، رها شدن زن از عقد نکاح، رها کردن، فسخ کردن عقد نکاح، سراح، بیزاری، ..... || بضع || گشاده زبانی. تیزی زبان || گشاده رویی. گشادگی... || روانی. آزادگی. || نشاط.» در اصطلاح یکی از موجبات انحلال ازدواج است. در تعریف آن گفته‌اند: «عبارت از پایان دادن بنکاح دائم از طرف شوهر» و آن را به طور موسع به ترتیب ذیل تعریف نموده‌اند: «پایان دادن زناشویی بوسیله یکی از زن یا شوهر می‌باشد.» در فقه امامیه طلاق از جمله ایقاعات است. در این باره نیز اختلافی وجود ندارد، با وجود این نویسنده‌ای با توجه به آیات مختلف قرآن به این نتیجه رسیده است که طلاق در اسلام صرفاً با تایید حکم (داور) یا به حکم دادگاه امکان پذیر است. البته نظر اخیر یک نظر شاذ بوده و هیچکدام از فقهای امامیه به نظر اخیر تمایل ندارند. براساس نظر اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان نیز طلاق ایقاع تشریفاتی است که به اراده شوهر صورت می‌پذیرد. حتی در صورتی که طلاق توسط دادگاه صورت می‌پذیرد، طلاق را شوهر یا نماینده قضایی او انشاء می‌کند و رضای زن در ماهیت عمل حقوقی اثر ندارد و به تعبیر دیگر طلاق ایقاع است.<sup>۵</sup> البته برخی از نویسندگان نسبت به ایقاع بودن مصادیق مختلف از طلاق تردید نموده‌اند:

الف- به استناد ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی در صورتی که شوهر چهار سال بدون هیچ اثری غیبت کند، در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم می‌تواند همسر وی را طلاق دهد. آنچه که از ظاهر قانون برمی‌آید این است که طلاق با تصمیم دادگاه صورت پذیرفته و در نتیجه ایقاع صورت پذیرفته نیز در قلمرو حقوق عمومی است. البته رویه قضایی این دیدگاه را قبول نداشته و صیغه طلاق از طرف نماینده دادگاه و به نیابت از سوی غایب انشاء می‌شود.<sup>۶</sup>

ب- در لایحه دادگاه مدنی خاص بیان شده است: «... در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست...»<sup>۷</sup> آنچه که از ظاهر قانون برمی‌آید این است که توافق طرفین نسبت به طلاق یک نوع عقد است، این در حالی است که منظور قانونگذار، توافق مقدماتی بوده که جانشین اذن دادگاه می‌گردد. بنابر این در این شق نیز طلاق، یک نوع ایقاع است.<sup>۸</sup>

طلاق با توجه به اعتبارهای مختلف، تقسیم بندی‌های متعددی دارد. از جمله این تقسیم بندی‌ها به اعتبار امکان برقراری مجدد روابط زناشویی است که به دو دسته طلاق رجعی و بائن تقسیم می‌شود.

الف- طلاق بائن: طلاق است که به وسیله آن رابطه زوجیت قطع می‌گردد. در این نوع طلاق برای شوهر حق رجوع وجود ندارد. (ماده ۱۱۴۴)

موارد زیر طلاق بائن می‌باشد:

- ۱- طلاق که قبل از نزدیکی واقع شود.
- ۲- طلاق یائسه.
- ۳- طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع بعوض نکرده باشد.

۱ - دهخدا، علی اکبر؛ پیشین، ص ۲۳۴

۲ - دیانی، عبدالرسول؛ بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۲۵

۳ - امامی، حسن؛ حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۶، ص ۵

۴ - مدنی تبریزی؛ یوسف؛ منهاج الاحکام فی النکاح و الطلاق، دفتر آیت الله مدنی تبریزی، ۱۴۲۹، ص ۴۹۰

۵ - کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، بهمن برنا، ۱۳۸۲-۱۳۸۳، ج ۱، ش ۱۲ و ۱۲ به بعد

۶ - کاتوزیان، ناصر؛ پیشین، شماره ۲۲۰

۷ - ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸

۸ - کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، ایقاع، ص ۱۳۷

۴- سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی بعمل آید، اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید.<sup>۹</sup>

برخی از نویسندگان دو طلاق زیر را نیز به طلاق‌های بائن اضافه نموده‌اند.<sup>۱۰</sup>

۱- طلاقى که بوسیله حکم دادگاه شوهر به آن اجبار می‌گردد.

۲- طلاقى که زن در اثر شرط وکالت خود را می‌دهد.

در اینجا لازم است بگوییم که در طلاق خلع و مبارات، رجوع زن به عوض ایقاع بوده و نیازی به موافقت شوهر و اعلام به او نیست، با وجود این برای آنکه شوهر بتواند به طلاق رجوع کند، باید از رجوع همسر خود به بذل آگاه باشد. همچنین با رجوع زن به عوض طلاق خلع و مبارات به طلاق رجعی تبدیل می‌شود.

ب- طلاق رجعی: طلاقى که شوهر می‌تواند در مدت عده بطلاق رجوع کرده و نکاح را به حالت اول برگرداند، طلاق رجعی می‌گویند. مدت عده با توجه به وضعیت زن متفاوت است، گاهی سه طهر و گاهی سه ماه و اگر زن حامله باشد تا وضع حمل ادامه پیدا می‌کند.

و وضعیت طلاق رجعی یک وضعیت غیر متعارف است، چرا که براساس اصول با انشاء صیغه عمل حقوقی باید اجرا شود. به تعبیر دیگر صیغه باید موجب جدایی زن و شوهر شود، این در حالی است که اینگونه نیست، لذا دو تحلیل صورت می‌پذیرد؛

۱- در این نوع طلاق، نکاح منحل می‌شود، ولی به جهات اجتماعی احکام زوجیت در مدت عده بین زن و شوهر جاری است. لذا گفته می‌شود مطلقه رجعی در حکم زوجه است.

۲- طلاق رجعی، به تنهایی موجب انحلال نمی‌شود، بلکه انحلال زوجیت به وسیله طلاق و انقضای مدت منحل می‌شود، آنهم به شرطی که شوهر در مدت عده به آن رجوع نکرده باشد.<sup>۱۲</sup>

دو- رجوع شوهر از طلاق: در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع وجود دارد<sup>۱۳</sup> در این ایقاع، تشریفاتى وجود ندارد و به هر لفظ یا فعلی حاصل می‌شود که دلالت بر رجوع کند، مشروط بر اینکه مقرون به قصد رجوع باشد.<sup>۱۴</sup>

سه- رجوع زن به فدیه: بند سه ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی بیان داشته است: «طلاق خلع و مبارات، مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد.» لذا زن می‌تواند تا پایان عده، به فدیه رجوع کرده و تملیکی را که به نفع شوهر انجام داده، برهم بزند. این اقدام فقط به اراده وی صورت می‌پذیرد، لذا یک نوع ایقاع می‌باشد.<sup>۱۵</sup>

در باره اصل صحت در رجوع گفته‌اند: اگر شوهری زن خود را طلاق رجعی دهد، و بعد ادعا کند که در زمان عده رجوع نموده است و زن نیز ادعا کند که رجوع بعد از ایام عده بوده است، ادعای مرد به دلیل اصل صحت مقدم خواهد بود.

<sup>۹</sup> - ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی

<sup>۱۰</sup> - امامی، حسن؛ پیشین، ص ۴۴

<sup>۱۱</sup> - ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی

<sup>۱۲</sup> - امامی، حسن؛ پیشین، ص ۶۷

<sup>۱۳</sup> - ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی

<sup>۱۴</sup> - ماده ۱۱۴۹ ق. م.

<sup>۱۵</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ ایقاع، ص ۱۳۸

## بند دو- جریان اصل صحت در رجوع و طلاق

از بررسی فتاوی مختلف در باره طلاق استنباط می‌شود که فقها، اصل صحت را در طلاق جاری می‌دانند. در زیر مجاری مختلفی از طلاق که اصل صحت در آنها جاری است، مورد مطالعه قرار می‌گیرد؛

الف- طلاق جاری می‌شود، تردید حاصل شود اینکه طلاق صحیح بوده است یا خیر؟ در اینجا اصل را بر صحت طلاق گذاشته‌اند.

به همین ترتیب اگر مومنی اعلام کند که طلاق شرعی را جاری نموده ولی ما در تحقق شرایط طلاق شک کنیم، اصل صحت جریان پیدا می‌کند.

ب- جریان اصالة الصحت نسبت به اخبار متعارض زوجه: یکی از شرایط طلاق، لزوم وقوع طلاق در حال پاکیزگی زن است، که قانون بیان داشته است؛ طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست. همچنین طلاق در طهر موقعه صحیح نیست،<sup>۱۷</sup> بنا بر این اگر زوجه‌ای بیان کند که در طهر موقعه و همچنین در زمان عادت و نفاس نیست، زوج او را طلاق دهد، ولی سپس بیان کند که در طهر موقعه و یا در عادت و نفاس است، براساس اصل صحت، طلاق وی صحیح است. همچنین اگر مردی زنی را طلاق دهد، زن بعد از انقضای مدت عده با مردی دیگر ازدواج کند، شوهر اول اظهار می‌کند که طلاق وی از روی اکراه بوده و بنا بر این ازدواج مرد دوم با وی صحیح نیست؟ گفته شده که اگر شوهر اول احساس کراهت خود را بعد از ازدواج زن با مرد دوم بیان نموده باشد، مسموع نیست، مگر اینکه ثابت کند که واقعاً مجبور بوده، در این صورت عقد دوم باطل است، چرا که اصل بر صحت طلاق است.<sup>۱۸</sup>

ج- جریان اصالة الصحة نسبت به طلاق در شک به عادل بودن شهود: قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه بیان داشته است: «طلاق باید بصیغه طلاق و در حضور لاقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.»<sup>۱۹</sup> سوالی که مطرح می‌شود این است که اگر صیغه طلاق جاری شود، و بعد در عدالت شهود، شک باشد، آیا طلاق صحیح است یا خیر؟ در اینجا نیز علما اصل را بر صحت طلاق گذاشته‌اند.

همچنین اگر در باره حائض بودن زن در زمان طلاق تردید ایجاد شود، اصل بر صحت آن است.

د- ادعای فقدان قصد و یا اکراه در طلاق: از اتفاق‌هایی که ممکن است به کرات رخ دهد این است که مردی زن خود را طلاق دهد، بعد ادعا کند که طلاق وی به اکراه صورت پذیرفته است و یا اینکه وی در جاری نمودن طلاق قاصد نبوده و اراده جدی و حقیقی نسبت به طلاق نداشته است. بیشتر فقها در هر یک از دو مورد فوق، اصل صحت را جاری نموده‌اند.

ه- شخصی از دست همسر خود عصبانی بوده، به شخصی نامه نوشته و به وی وکالت می‌دهد همسر وی را طلاق دهد، وکیل نیز به محض وصول نامه، همسر وی را طلاق داده و به شخص دیگری تزویج می‌کند، فقها در باره جاری شدن اصل صحت به آن بیان داشته‌اند: «با شرائط صحت واقع شد اگر زن مطلقه یا ئسه یا غیر مدخول بها باشد عده

۱۶- ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی

۱۷- ماده ۱۱۴۱ قانون مدنی

۱۸- میرزای شیرازی، جامع الشتات به نقل از عرفانی، توفیق؛ مقالات حقوقی: «اصالة الصحة» یا اصل صحت قراردادها در حقوق

ایران، کانون، شهریور و مهر ۱۳۸۳، شماره ۵۲ ص ۲۱

۱۹- ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی

ندارد و از ازدواج او در همان مجلس طلاق با مرد دیگر مانع ندارد و اگر یائسه و غیر مدخول بها نباشد باید عده نگه دارد و ازدواج او با مرد دیگر در عده باطل است.»<sup>۲۰</sup>

و- همچنین اگر شخصی که سواد کافی و عربی نداشته باشد، و صیغه طلاق همسر خود را، خود از روی رساله جاری نموده باشد، و حال تردید وجود دارد اینکه طلاق وی صحیح است یا خیر؟ حکم صحت بر آن جریان پیدا می‌کند.<sup>۲۱</sup> لازم به ذکر است که در موارد ذیل اصل صحت جاری نیست:

۱- اصالة الصحة در طلاق نیز مانند دیگر اعمال حقوقی صرفاً به خود صحت طلاق اعمال می‌شود، اما اینکه بر آثار مترتب از آن نیز اصل صحت جاری باشد، جای تامل است.

۲- وقتی در صحت طلاق از این جهت که آیا مرد طلاق دهنده اهلیت و شرایط آن را دارد یا خیر، تردید کنیم آیا می‌شود به اصل صحت حکم کرد یا خیر؟ در این باره اکثر علماء معتقد هستند به اصل صحت حکم نمی‌کنیم مگر اینکه یک دلیل خاصی باشد، چرا که عقلاء در این مورد به اصل صحت حکم نمی‌کنند. به نظر ما در این باره عقلاء اتفاق نظر ندارند، عقلاء از شخصی که ادعای بطلان را دارند، دلیل می‌خواهند. اصل صحت نیز غیر از این نیست.

۳- فرع دیگری که در باره اصل صحت در طلاق باقی می‌ماند در باره طلاق عمه و خاله است. اگر عمه و خاله طلاق داده شود، اگر طلاق آنها بائن باشد، زوج آنها می‌تواند با دختر برادر یا دختر خواهر آنها به مجرد طلاق ازدواج کند، اگر طلاق رجعی باشد، بدون اذن آنها صحیح نیست، مگر اینکه عده خاله و عمه تمام شود. حال سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر زوج و یا زوجه ادعا کنند که اجازه عمه و یا خاله را اخذ نموده و بعد نکاح جاری نموده‌اند، ولی آنها منکر آن باشند، آیا اصل صحت جاری است یا خیر؟ در اینجا بیان شده است که نه اصل صحت جاری نیست، چرا که اصل صحت در نهایت نسبت به عقدی که بین دو نفر منعقد شده، جریان دارد در حالی که اینجا امر مربوط به شخص سوم (عمه و خاله) نیز می‌باشد.<sup>۲۲</sup>

۴- اصالة صحت در طلاق در صورتی جاری می‌شود که بر وقوع طلاق یقین داشته باشیم ولی در این تردید داشته باشیم که آیا طلاق به درستی واقع شده یا خیر؟ اما اگر بین دو عمل شک کرده باشیم مثلاً اینکه شخصی تردید کند بر اینکه آیا وی زن خود را در ست طلاق داده است و یا خانه خود را به طور فاسد اجاره داده، در اینجا اصل صحت جریان پیدا نمی‌کند.

۵- اصل صحت بر صحت واقعی حمل می‌شود نه صحت به نظر فاعل. اما سوالی که در اینجا مطرح می‌شود در باره شرایط عدالت گواه طلاق است. به عنوان مثال برای تحقق صفت عادل، به زعم شوهر ترک کبائر برای شاهد کافی باشد، بعد متوجه شود که ترک صغائر (گناهان صغیره) نیز لازم است. آیا طلاق که داده صحیح است تا زن بتواند با دیگری ازدواج کند یا خیر؟<sup>۲۳</sup>

۲۰ - گلپایگانی، سید محمدرضا، مجمع المسائل، ج ۲، دار القرآن الکریم، چاپ چهارم، ۱۳۷۲، ص ۲۴۲، سوال ۶۸۸

۲۱ - شیرازی، مکارم، مجموعه استفتائات جدید، ج ۱، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)، قم، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۲۵۲، ص ۹۰۴

۲۲ - مکارم شیرازی، ناصر؛ انوار الفقاهة فی احکام العترة الطاهرة (کتاب النکاح)، قم، دار النشر الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۹۰، ج ۲ ص ۲۷۶

۲۳ - طباطبایی حکیم، محمد؛ الکافی فی اصول الفقه، بیروت، دار الهلال، جلد دوم، ۱۴۲۸، ص ۵۱۷

۶- از جمله مواردی که بین فقها اختلاف نظر وجود دارد این است که شخصی همسر خود را که حامله است، طلاق می‌دهد، بعد به وی رجوع کرده و می‌خواهد به نحو طلاق سنت از وی جدا شود، ظاهراً شیخ طوسی بر این عقیده است که طلاق مذکور جایز نیست ولی ابن ادریس معتقد به جواز آن است.

۷- زنی همسر زید بود، حال می‌بینیم عمر با وی ازدواج نموده است، سوالی که در اینجا پیش می‌آید این است که آیا اصل بر صحت ازدواج عمر و لذا طلاق زید است، یا اصل بر استصحاب زوجیت زید با این زن است. پاره‌ای از علما گفته اند؛ که در اینجا اصل حلیه جاری می‌شود. برخی دیگر نیز معتقد هستند به اینکه استصحاب مذکور در مقابل اصالة الصحة (اصل صحت نکاح دوم) نمی‌تواند دوام بیاورد، چرا که اصل صحت از قبیل امارات بوده ولی استصحاب از اصول عملیه است. در بین فقهای متقدم، در این باره اختلاف بود اینکه آیا شخصی که حاضر است، دیگری را وکیل کند تا همسر وی را طلاق دهد یا خیر؛ شیخ طوسی به استناد حدیثی از امام صادق (ع) که فرموده است: «لا يجوز الوکالة فی الطلاق» برای جمع احادیث وی جواز را حمل بر حاضر نموده، و آن را صحیح ندانسته است، ولی ابن ادریس به آن اجازه داده و علت آن را اصالة الصحة دانسته است.<sup>۲۴</sup>

۸- اگر ادعا شود که طلاق از وکیل صادر شده است، زوج منکر وکالت شود، گفته وی مقدم است و طلاق فاسد است مگر اینکه وکالت ثابت شود، به عبارت دیگر در اینجا اصل صحت جاری نمی‌شود.

به نظر می‌رسد که در رجوع نیز مانند طلاق اصل صحت جریان دارد، البته شاید رجوع دارای ویژگی منحصر به فرد نسبت به موارد مذکور باشد، و آن ویژگی نیز مربوط به این است که رجوع مرد با فعل نیز امکان پذیر است، بنابر این اگر مردی، همسر مطلقه رجعی خود را ببوسد، این بدان معنی است که وی رجوع نموده است. بنابر این اگر بین زن و مرد در باره طلاق رجعی اختلاف صورت پذیرفته باشد، شوهر منکر طلاق بوده و زن ادعای طلاق کرده باشد. قول شوهر مقدم دانسته می‌شود، البته در اینجا به اصل صحت اختلال وارد نمی‌شود، بلکه فقها، انکار طلاق را رجوع می‌دانند. برخی گفته‌اند که رجوع در صورتی صحیح است که بتواند بعملی که برای غیر شوهر جایز نیست، محقق شود، و الا هر گاه تحقق رجوع احتیاج به اراده داشته باشد، انکار اگرچه کذب آن معلوم باشد، نمی‌تواند رجوع شناخته شود. برخی گفته‌اند انکار اقوی از رجوع است چرا که انکار دلالت بر رفع طلاق و عدم آن در گذشته و حال و آینده دارد، در حالی که رجوع صرفاً دلالت بر ارتفاع طلاق نسبت به زمان حال و آینده می‌کند لذا انکار اقوی از رجوع است

#### گفتار دوم - اصل صحت در وصیت

حقوقدانان وصیت را به دو گروه تقسیم می‌کنند؛ الف- وصیت عهدی. ب- وصیت تملیکی. قول مشهور بر این است که وصیت عهدی ایقاع و وصیت تملیکی، عقد می‌باشد. به نظر می‌رسد که اصل صحت بر هر یک از وصیت های عهدی و تملیکی جریان دارد. با وجود این در بند یک این گفتار ماهیت وصیت عهدی مورد بررسی قرار گرفته و در بند دوم نیز جریان اصل صحت در وصیت عهدی مطالعه می‌گردد.

#### بند یک- ایقاع وصیت عهدی

بین اهل لغت در باره ریشه و صیت اختلاف نظر وجود دارد؛ از آنجا که وصیت کننده، تصرف در امور و اموال خود را به بعد از موت خود پیونده داده و وصل می‌کند، برخی وصیت را ثلاثی مجرد از وصی، یصی به معنای وصل و پیوند بین دو شیء دانسته‌اند.<sup>۲۵</sup> برخی آن را از اوصی، یوصی یا وصی دانسته‌اند که یک فعل رباعی بوده و به معنی عهد

۲۴ - صیمری، مفلح بن حسن؛ غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دارالهادی، ج ۲، ص ۳۴۶

۲۳ - الطریحی، فخر الدین؛ مجمع البحرین، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، بی تا، ج ۴، ص ۵۱۱



است. این معنی به اعتبار عهدی است که موصی آن را میپذیرد. در این صورت اسم آن «وصایت» به فتح و کسر «و» خواهد بود.<sup>۲۶</sup>

قانون مدنی وصیت را به دو گروه عهدی و تملیکی تقسیم می‌کند؛ در تعریف وصیت تملیکی بیان داشته است: «عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند.» و در تعریف وصیت عهدی نیز بیان داشته است: «عبارت است از این که شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌نماید»<sup>۲۷</sup> سئوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا وصیت عقد است یا ایقاع؟ در این باره به ویژه در انواع وصیت، اختلاف نظر وجود دارد. علمای متقدم بدون اینکه به تقسیم بندی مذکور وارد شوند، وصیت را عقد دانسته و ایجاب و قبول را برای آن ضروری می‌دانستند، یکی از محققین بیان داشته است که علمای متقدم بین وصیت تملیکی و عهدی تفاوت قائل نشده‌اند، وی بعد از بیان شواهدی از علمای پیشین به این نتیجه رسیده است که منظور آنها از وصیت همان وصیت تملیکی است.<sup>۲۸</sup> شاید اولین شخصی که وصیت را به عهدی و تملیکی تقسیم نمود، سید محمد کاظم یزدی بود، وی معتقد است که در ایقاع بودن و وصیت عهدی تردیدی نیست، بلکه آنچه که در آن باره اختلاف وجود دارد، وصیت تملیکی است که قول مشهور، قبول را برای آن ضروری دانسته ولی خود معتقد است که در وصیت تملیکی قبول معتبر نیست ولی رد می‌تواند مانع تملیک شود.<sup>۲۹</sup> در هر حال اکثریت متاخرین معتقد هستند که وصیت عهدی ایقاع است و در باره وصیت تملیکی پنج نظر به ترتیب ذیل ابراز شده است:

- ۱- قبول جزء وصیت و بدون آن وصیت باطل است.
- ۲- قبول شرط ناقل است.
- ۳- قبول شرط کاشف است.
- ۴- قبول هیچ گونه اعتباری ندارد بلکه رد مانع است.
- ۵- قبول هیچگونه اعتباری ندارد و رد نیز در آن دخالتی ندارد و وصیت از عوامل انتقال قهری است. به نظر می‌رسد که از بین پنج نظریه فوق، فقط نظریه اول است که وصیت را عقد دانسته است، بقیه نظریات وصیت را ایقاع می‌داند. قانون مدنی نیز در وصیت عهدی قبول را شرط ندانسته و آن را در زمره ایقاعات قرار داده است.<sup>۳۰</sup> قانون همچنین در باره وصیت تملیکی بیان داشته است: «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.» بیشتر به حقوقدانان از این نتیجه گرفته‌اند که قانون مدنی وصیت تملیکی را عقد تلقی نموده است، با وجود این پاره‌ای از صاحب نظران بیان داشته‌اند که با توجه به نظریات فقهای امامیه نمی‌توان از این ماده استنباط نمود که به پندار نویسندگان قانون مدنی وصیت تملیکی عقد است، به نظر ایشان ماده (۸۲۷) فقط بیان کرده که تحقق وصیت منوط به قبول موصی له است. ولی در باره اینکه قبول جزء شرط کاشف یا شرط ناقل است اظهار نظری ننموده است.<sup>۳۱</sup>

۲۴- الجوهری، ابونصر؛ الصحاح تاجر اللغة و صحاح العربیة، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۵۲

۲۵- ماده ۸۲۶ قانون مدنی

۲۷- محقق داماد، مصطفی؛ بررسی فقهی و حقوقی وصیت، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۷۸، ص ۳۴

۲۸- محقق داماد، مصطفی، پیشین، ص ۳۵، به نقل از؛ یزدی، محمد کاظم؛ تهران، چاپ حروفی، العروة الوثقی، کتاب الوصایا، مسئله ۱

۳۰- در وصیت عهدی، قبول شرط نیست لیکن وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد (ماده ۸۳۴ قانون مدنی)

- محقق داماد، مصطفی؛ همان ۳

به نظر ما با توجه به طرز بیان ماده (۸۲۷) قانون مدنی که تحقق وصیت را منوط به قبولی دانسته و همچنین قول مشهور علمای امامیه، استنباط شارحین قانون مدنی صحیح بوده و براساس قانون مدنی وصیت تملیکی عقد محسوب می شود. به نظر می رسد که این دیدگاه حقوق اطراف وصیت را نیز بهتر تامین نموده و مطابق اصل آزادی اراده ها می باشد.

در هر حال با وجود اینکه بسیاری از حقوقدانان ماهیت وصیت تملیکی را عقد می دانند، برخی دیگر نیز اصرار می کنند که ماهیت آن ایقاع است.<sup>۳۲</sup>

### بند دو- جریان اصل صحت در وصیت

در اینجا برخی از مباحث مربوط به صحت و فساد وصیت را که مورد توجه علما بوده است را بیان می کنیم. با توجه به اینکه به نظر برخی از محققین وصیت تملیکی نیز ایقاع است، گاهی مصادیقی از جریان اصل صحت به وصیت تملیکی نیز ذکر شده است.

الف- یکی از سؤالی که در وصیت عهدی مطرح است، اینکه موصی خود مثلاً پنجاه سال ندارد، ولی وصیت می کند که نماز پنجاه سال را برای وی به جای آورند، آیا اینگونه وصیت ها، صحیح است یا خیر؟ در جواب گفته اند که صحیح است، در این صورت قصد قربت صورت می گیرد، ممکن است براساس احتیاط نمازهایی هم که خوانده درست نبوده، و یا اینکه وی قصد نماز مستحبی را داشته است.<sup>۳۳</sup>

ب- فرموده اند که وصیت کردن برای کافر ذمی اگرچه بیگانه باشد، صحیح است، مبنای آن را نیز اصل صحت و آیه و روایت دانسته اند. وصیت کردن به کافر حربی حتی اگر از خویشاوندان موصی نیز باشد، وصیت به وی صحیح نیست؛ نه به جهت اینکه، وصیت مستلزم دوستی با کفار حربی است که مورد نهی واقع شده است، زیرا چنین ملازمه ای وجود ندارد بلکه از آن جهت که صحت وصیت مستلزم ترتیب اثر دادن به آن است که از جمله آثار صحت وصیت، وجوب وفاء است که وصیت متعلق به او و جزء اموال او محسوب می شود حال آنکه اموال کافر حربی در واقع فیء مسلمین است و دادن آن به کافر واجب نیست و این حکم با صحت و وصیت به معنای اینکه ترتیب اثر داده شود و دفع آن به موصی له واجب باشد، منافات دارد بر خلاف کافر ذمی. سوالی که در اینجا مطرح می شود این است که اگر طی وصیت عهدی، کافر ذمی وصی قرار گیرد آیا وصیت مذکور نیز صحیح است یا خیر؟ به نظر می رسد که اینگونه وصیتها به موجب قاعده «نفی سبیل» باطل بوده باشد.

ج- اگر شخصی فوت کند، تردید حاصل شود که وصیتی داشته است یا خیر؟ اصل بر عدم آن می باشد. لذا در اینجا اصل صحت جریان پیدا نمی کند، چرا که تردید در وجود وصیت است.

د- هرگاه کسی به قصد خود کشتی خود را مجروح کند، و پس از آن وصیت کند، در صورت فوت موصی، وصیت مذکور باطل است، (ماده ۸۳۶) در اینجا سوالاتی مطرح می گردد.

اولین سوالی که در باره این ماده مطرح می شود این است که آیا ماده ۸۳۶ مضمول وصیت عهدی نیز می شود یا خیر؟ در این باره اختلاف نظر وجود دارد، گرچه ملاحظه تاریخی مبنای این ماده نشان دهنده مضمول ماده بر وصیت تملیکی است، ولی اطلاق ماده اقتضای مضمول بر وصیت عهدی را نیز دارد.<sup>۳۴</sup>

- حسینی، سید محمد باقر؛ ماهیت حقوق وصیت تملیکی، نشریه دادرسی، مرداد و شهریور ۱۳۹۰، شماره ۸۷، ص ۵۱۳ تا ۵۱۴

- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ جامع اشتات فی اجوبه السوالات، کیهان، ۱۳۷۱، جلد اول، ص ۱۰۵۳

- کاتوزیان، ناصر؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۸، ص ۵۱۵

سوال دیگری که در اینجا مطرح است، اینکه شخصی به خود آسیب زده و دیگری را نیز وصی قرار داده است، ورثه در دادگاه ادعا می‌کنند که «موصی» پس از ارتکاب اعمال مذکور، آنهم به قصد خود کشی، اقدام به وصیت نموده و در پی آن نیز مو صی فوت نموده است، چنانچه تنها نفس اعمال مزبور را به اثبات برسانند، مثلاً اثبات کنند که وی فلان داروی مهلک را خورده است، حتی اگر آن نیز برای دادگاه محرز شود، ولی قصد خود کشی برای دادگاه احراز نشود، دادگاه باید به استناد اصل صحت، حکم به صحت وصیت بدهد.<sup>۳۵</sup>

ه- یکی از سوالات مبتلا به امروزه، وصیت نسبت به اعضای بدن است، اینکه شخصی وصیت می‌کند بعد از مرگ وی برخی از اعضای وی را به افرادی که نیاز دارند، هدیه شود. مثلاً کلیه‌اش به فرد دیالیزی که به کلیه نیاز دارد، هدیه شود؟ در این باره برخی از فقها فرموده‌اند صحت و نفوذ و صایا نسبت به اعضایی که جدا کردن آنها از جسد میت موجب حرمت او محسوب نمی‌شود، بعید نیست و عمل به وصیت در این موارد مانعی ندارد. همچنین در جواب این سوال که آیا مجازیم جسد مسلمانی را که وصیت کرده بعد از وفاتش او را تشریح کنند، تشریح نماییم؟ جواب داده‌اند اگر جسد کافر یافت نشود و حفظ جان مسلمانان در آینده بر آن متوقف باشد حتی در صورت عدم وصیت نیز جایز است؛ و در غیر این فرض صحت وصیت مذکور محل اشکار است.<sup>۳۷</sup>

و- وصیتی نسبت به امری صورت پذیرفته است که احتمال از صراف آن به حلال و حرام وجود دارد، در اینجا بیان شده است که اگر لفظ منصرف به هیچکدام از معانی نباشد، وصیت را باید حمل بر صحت نمود. البته اگر لفظ منصرف به یک معنی باشد، باید آن را به معنای مذکور حمل نمود.

ز- شخصی یک نفر را بعنوان ناظر در امور وصیت قراردادده و بدون اطلاع او اموری انجام شده باشد، آیا این عمل صحیح است یا خیر؟ فرموده‌اند چنانچه وصی طبق وصیت عمل کرده باشد، اموری که انجام گرفته، صحیح است. ولی در امور بعدی لازم است عنوان نظارت را رعایت کند.<sup>۳۸</sup>

### مبحث دوم - اصل صحت در اعراض و ابراء و فسخ

برخی از حقوقدانان اعراض را نیز جزء ایقاعات می‌دانند، در این مبحث به بررسی اصل صحت در اعراض، ابراء و فسخ خواهیم پرداخت. در گفتار اول این مبحث به بررسی اصل صحت در اعراض و ابراء پرداخته و در گفتار دوم نیز جریان اصل صحت در ابراء و فسخ مطالعه می‌شود.

#### گفتار اول- اصل صحت در اعراض و ابراء

اعراض و ابراء از جهات مختلف شبیه به هم هستند، لذا در این گفتار به بررسی آن دو پرداخته‌ایم. از جمله اینکه؛

- ۱ - عمل حقوقی و ایقاع هستند.
- ۲ - در هر دو اسقاط حق صورت می‌پذیرد.
- ۳ - صاحب حق در هر دو از حق خویش صرف نظر می‌کند.<sup>۳۹</sup>

- محقق داماد، مصطفی؛ قواعد فقه؛ جلد ۱، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳، ص ۲۰۹

۳۶- دیدگاه آیت الله العظمی فاضل لنکرانی به نقل از؛ قاسمی، محمدعلی؛ دانشنامه فقه پزشکی، مرکز فقهی ائمه اطهار(ع)، قم،

۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۶۴

- منتظری، حسینعلی، رساله استفتائات، ج ۲، تهران، نشر سایه، ۱۳۸۳، ص ۳۸۱

- فاضل موحدی لنکرانی، محمد؛ جامع المسائل؛ جلد اول، بی جا، ۱۳۸۳، ص ۳۴۳

- امید توکلی کیا؛ بهرامی احمدی، حمید؛ فقه و مبانی حقوق اسلامی سال پنجاهم بهار و تابستان ۱۳۹۶، شماره ۱، ص ۳۶۳

## بند یک- اصل صحت در اعراض

در معنای اعراض نوشته‌اند: «[ع.۱]- (مص ل.) روی گردانیدن. ۲- برگشتن. ۳- نفرت داشتن. ۴- (امص.) نفرت، کراهت.»<sup>۴۰</sup> همچنین در معنای آن نوشته‌اند؛ ترک یا رها سازی یا صرف نظر کردن. منظور از آن در اصطلاح حقوقی که از معنای لغوی اقتباس شده عبارت است از اعراض و انصراف از مالکیت یا تصرفهای مالکانه در اموال منقول است.

۴۱

ظاهراً بین فقهای امامیه در این باره که اعراض از ملک موجب تملیک می‌شود یا خیر اختلاف نظر وجود دارد.<sup>۴۲</sup> البته بین اعراض یعنی قطع رابطه مالکیت شیء و رها نمودن آن با چشم پوشی تنها از انتفاع آن باید قائل به تفاوت بود. نوع اخیر اعراض به معنای واقعی نیست. همچنین باید متذکر شویم که برخی از عناوینی که تحت عنوان اعراض بیان شده است، مانند نثار نقل، پول و غیره بر سر عروس را نمی‌توان اعراض دانست، بلکه با توجه به نیت مالکان آنها مورد تملیک عام قرار می‌گیرند. همچنین به نظر ما گاهی شخص نمی‌تواند مال خود را حمل کند در نتیجه آن را متروک می‌گذارد، به عنوان مثال به علت کولاک نمی‌تواند گوسفند، الاغ و غیره را حمل کند لذا آن را رها می‌کند، به نظر می‌رسد که این موارد نیز نمی‌تواند اعراض به معنای واقعی خود باشد.<sup>۴۳</sup> بلکه تنها در صورتی اعراض تحقق پیدا می‌کند که یک فرد با اراده خود ملکی را رها ساخته و آن را از مالکیت خود خارج نماید. به تعبیر دیگر در این صورت نه تنها از انتفاع آن چشم پوشی می‌شود، بلکه نسبت به سلب مالکیت از آن نیز اعراض می‌شود. در این صورت مال تنها متروک نمی‌شود، بلکه شخص تصمیم می‌گیرد که دوباره از آن استفاده نکند.

بیشتر محققین معاصر اعراض را موجب نقل مال از مالک به دیگری که آن را تصرف نموده، نمی‌دانند.<sup>۴۴</sup>

با توجه به اینکه در اصل اعراض اینکه آیا موجب نقل مال از مالک به دیگری می‌شود یا خیر؟ اختلاف وجود دارد لذا در باره اصل صحت در اعراض مباحث جدی صورت نگرفته است. چرا که بفرض که اعراض به طور صحیح واقع شود، در اینکه آثاری بر آن بار است یا خیر؟ اختلاف وجود دارد.

با وجود این گاهی مصادیقی از جریان اصل صحت در آن نیز مشاهده می‌شود. به عنوان مثال سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر به مالی دسترسی پیدا کنیم که قرائن و شواهد حاکی از آن باشد که مالک آن مال، از آن اعراض نموده است، می‌توانیم از آن استفاده کنیم و یا اینکه نه باید مطمئن شویم که مالک از آن اعراض نموده است. گفته‌اند؛ اگر قرائن دلالت بر این کند که مالک از مالش اعراض نموده، می‌توان از آن استفاده نمود.

## بند دو- اصل صحت در ابراء

ابتدا به بررسی ماهیت ابراء و سپس به بیان جریان اصل صحت در آن می‌پردازیم.

- معین، محمد؛ پیشین، ص ۱۳۷

- محقق داماد، مصطفی؛ اعراض از ملک، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۶۹، شماره ۸، ص ۷۴

۴۲ - ها شمی شاهرودی، محمود؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب

اهل بیت علیهم السلام، مرکز پژوهشهای فارسی الغدیر، ج ۱، ص ۵۷۳

- محقق داماد، مصطفی؛ بخش تحقیق: اعراض از ملک، تحقیقات حقوقی پاییز و زمستان ۱۳۶۹، شماره ۸، صص ۱۷۱-۱۴۴

۴۷ - شهابی، محمود؛ قواعد فقه، دانشگاه پهلوی، ۱۳۸۶، ص ۸۵۰ - محقق داماد، مصطفی، پیشین

الف- معنا و مفهوم اصطلاحی ابراء:

در معنای لغوی ابراء گفته‌اند: «(ا) [ع. - (مص م.) ۱- بیزار کردن، بری کردن. ۲- شفا دادن. ۳- صرف نظر کردن بستانکار از طلب خویش. ۴- رها کردن. ۵- تراشیدن قلم. ۶] قانون مدنی ایران ظاهراً به تبعیت از قانون مدنی فرانسه در تعریف ابراء گفته‌است: «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرفنظر کند.»<sup>۴۶</sup> برخی از اساتید به این تعریف خرده گرفته و بیان کرده‌اند که از این تعریف معلوم نیست ابراء ایقاع است یا عقد، همچنانکه در حقوق فرانسه ابراء به اشکال مختلف وجود دارد. بنابر این در تعریف ابراء گفته‌اند: «ابراء ایقاعی است رایگان که به موجب آن طلبکار از حق خویش می‌گذرد.»<sup>۴۷</sup> در هر حال در مبانی ابراء اختلاف نظر وجود دارد. اینکه آیا ایقاع عقد است یا ایقاع. همچنین ابراء اسقاط است یا تملیک. با وجود این بیشتر محققین ابراء را اسقاط و ایقاع دانسته‌اند.<sup>۴۸</sup> از مهمترین ویژگی های ابراء عبارتند از:

۱- ابراء عمل حقوقی تبعی است: به تعبیر دیگر اعتبار آن تابع وجود دین است. به همین دلیل اگر پیش یا پس از دین صورت پذیرد بی تاثیر است، مثلاً پس از پرداخت دین، ذمه کسی ابراء شود و یا هنوز سبب دین ایجاد نشده است، شخصی به دیگری بدهکار است، وارث طلبکار به اعتبار اینکه سپس طلبکار می‌شود، ذمه طلبکار را ابراء کند، این نیز صحیح نیست.<sup>۴۹</sup>

۲- ابراء به اراده طلبکار واقع می‌شود، لذا در شمار ایقاعات است.

۳- ابراء ویژه اسقاط حق دینی است، بنابر این حق عینی به وسیله ابراء صورت نمی‌پذیرد.

۴- ابراء انشاء رایگان سقوط طلب است: در اثر ابراء بدهکار هیچ چیز بدست نمی‌آورد، بلکه رها می‌شود. طلبکار نیز از طلب خود بدون عوض می‌گذرد. آن را با تملیک رایگان حق یا بخشش آن یکی دانست.<sup>۵۰</sup>

نکته مهم دیگری که باید در باره ابراء گفته شود این است که ابراء یک ایقاع رضائی است. در حالی که به موجب قانون ثبت، برای هبه نامه باید سند رسمی نوشته شود،<sup>۵۱</sup> برای ابراء ضرورتی به نوشتن سند رسمی وجود ندارد.

برای صحت ابراء لازم است که ارکان آن محقق شده باشد؛ به نظر فقهای امامیه اگر ابراء کننده اهل ابراء نبوده و یا دین یا حقی بر عهده آن نباشد و همچنین اگر مورد ابراء عین باشد، ابراء باطل بوده و هیچ اثری نخواهد داشت. بنابراین دیون و دیگر امور مربوط به ابراء فاسد به همان حالت قبل از ابراء باقی می‌ماند.<sup>۵۲</sup>

ب- بررسی مسائلی از صحت و فساد ابراء

پیشتر متذکر می‌شود فقها بر جریان اصل صحت و اصل لزوم در ابراء تصریح فرموده‌اند. علاوه بر آن فقها در کتابهای خود مصادیقی از صحت و فساد ابراء مورد بررسی قرار داده‌اند که مورد مطالعه قرار می‌گیرد:

- معین، محمد؛ پیشین، ص ۱۰۳۴

- ماده ۲۸۹ قانون مدنی ۴

- کاتوزیان، ناصر؛ ایقاع، ص ۳۵۲

- باقری، احمد؛ ماهیت ابراء، مطالعات اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۷۹، شماره ۴۹ و ۵۰، ص ۳۷۴

- عظیمی گرکانی، هادی؛ بررسی فقهی، حقوقی ابراء، مجله فقه و تاریخ تمدن، بهار ۱۳۸۷، شماره ۱۵، ص ۸۴۶۹۹

- کاتوزیان، ناصر؛ پیشین، ص ۳۵۸

۵۲- دائرة المعارف فقه اسلامی، ابراء، مجله فقه اهل بیت، تابستان ۱۳۸۵، شماره ۴۶، ص ۲۱۴

۱ - اگر در ضمن عقدی مانند بیع، ابراء شرط می‌شود، سپس معلوم می‌شود که بیع باطل بوده است، سوالی که در اینجا مطرح نموده‌اند این است که آیا ابراء نیز باطل است یا خیر؟ در این باره اکثر علما این نظر را تایید نموده‌اند که ابراء صحیح است. آنها بیان داشته‌اند که عقودی مانند بیع، فقط داعی بر ابراء بوده و با توجه به اینکه ابراء یک ایقاع است، لذا بطلان بیع ربطی به ابراء ندارد. به تعبیر دیگر اطلاق ادله صحت ابراء شامل ابراء مذکور نیز می‌گردد.<sup>۳۳</sup> به این نتیجه گیری ایراد گرفته و گفته‌اند اگر براءت ذمه به صورت شرط نتیجه در ضمن بیع گنجانده شود، بطلان بیع به شرط مذکور نیز سرایت خواهد نمود. به تعبیر دیگر در اینجا ادله صحت ابراء به صحت آن تاثیر ندارد، بلکه آنچه که موثر است، وجوب وفای به عهد است، با بطلان بیع، ابراء به عنوان شرط ابتدایی باقی خواهد ماند، که بنابر قول مشهور لزومی ندارد. <sup>۳۴</sup> اگرچه این قول به نظر ما صحیح است ولی استدلال مذکور جای تامل دارد، امروزه بسیاری از صاحب نظران شرط ابتدایی را نیز الزام آور می‌دانند.<sup>۳۵</sup>

در ضمن اگر ابراء به صورت شرط فعل گنجانده شود، و طلبکار نیز بدهکار را ابراء کند، باز ابراء صحیح نخواهد بود، چرا که ابراء مشروط به بیع صحیح صادر شده است.

۱ - برخی از فقها فرض دیگری را مطرح نموده‌اند و آن فرض این است که مردی همسر خود را طلاق می‌دهد و زن نیز ذمه شوهر خود را از مهریه ابراء می‌کند بعد معلوم می‌شود که طلاق صحیح نبوده است، اکثر فقها در اینجا نیز همان استدلال قبلی را آورده و بیان داشته‌اند که ابراء صحیح است، چرا که طلاق فقط به عنوان یک داعی و انگیزه برای زن مطرح بوده و تاثیری در ابراء ندارد، به تعبیر دیگر طلاق در اینجا صحیح است. <sup>۳۶</sup> با توجه به اینکه ابراء در اصل و بر اساس قاعده رایگان است، اگر در مثال‌های فوق عقد بیع و طلاق در برابر ابراء قرار گرفته باشد، به نظر می‌رسد که ابراء به معنای واقعی نبوده و تبدیل تعهد است،<sup>۳۷</sup> نتیجه اینکه در هر یک از دو مثال فوق با بطلان عقد، ابراء نیز باطل می‌شود. نه اگر ابراء در مقابل عقود ذکر شده قرار نگرفته باشد، ابراء صحیح خواهد بود و این امر نیز از اراده و قصد طرفین مشخص می‌شود.

۲ - بین دو نفر نسبت به وجود دینی بر گردن دیگری دعوی صورت می‌پذیرد، دعوا نزد حاکم برده می‌شود، منکر وجود دین، سوگند یاد می‌کند. حاکم به استناد سوگند وی، به عدم ثبوت حق یا دین حکم می‌کند. سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا مدعی که معتقد است منکر به وی بدهکار است، می‌تواند منکر را ابراء کند یا خیر؟ برخی از فقها این نوع ابراء را با پاره‌ای از روایات در تعارض دیده و آن را نمی‌پذیرند. برخی دیگر نیز ابراء را صحیح تلقی نموده‌اند. برخی نیز به دلیل اجماع و یا شهرت روایت، تامل نموده ولی ابراء را مطابق اصول می‌دانند.

۱ - شخصی میزان بدهی فردی را به وی نمی‌داند، با وجود این طلب خود را ابراء می‌کند، سوالی که در اینجا مطرح است، اینکه آیا این ابراء صحیح است یا خیر؟ به نظر می‌رسد دیدگاه ما در اینجا منوط به دیدگاه ما در اسقاط یا تملیک بودن ابراء است، اگر ما ابراء را اسقاط محض بدانیم، ابراء صحیح و اگر تملیک بدانیم مانند هبه، ابراء باطل خواهد بود، از آنجا که مشهور ماهیت ابراء را اسقاط می‌دانند، ابراء مذکور نیز صحیح خواهد بود. به نظر می‌رسد که این مورد

۵۳ - نجفی، محمد حسن بن باقر؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲، ج ۲۵، صص ۲۲۱-۲۲۳

۲۲۳

۵۴ - دایرة المعارف فقه اسلامی، پیشین، ص ۲۱۴

- روشنعلی شکاری، شرط ابتدایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۷، شماره ۳۹، صص ۱۵۷۰-۱۵۷۱

- نجفی، محمد حسن؛ همام

- کاتوزیان، ناصر؛ پیشین، ص ۳۷۸/۵

از مصادیق ماده «۲۱۶» قانون مدنی باشد.<sup>۵۸</sup> فقهاء نیز در باره توکیل برای ابراء اگر موکل بگوید فلانی هرچه به من بدهکار هست، بخشیدم، علم موکل را شرط نمی‌دانند. همچنین اگر شخصی معتقد باشد که وی طلبی نداشته است، ابراء وی نیز صحیح است.

۲- اگر طلبکار، بدهکار را نشناسد آیا می‌تواند وی را ابراء کند یا خیر؟ در این باره امامیه معتقد هستند که اینگونه ابراء نیز صحیح است ولی بسیاری از اهل سنت آن را صحیح نمی‌دانند، فقط حنابله آن را صحیح می‌دانند.

۳- آیا با عباراتی مانند: «من مهر خود را حلال کردم به تو مثل شیر مادر»، ابراء صحیح است یا خیر؟ برخی از فقها با تمسک به اصالت الصحت حکم به صحت ابراء داده‌اند.

در پایان متذکر می‌شود؛ مسئله دیگری که در اینجا مطرح است، اینکه فردی مدعی این است که فلان شخص به وی بدهکار است. فرد اخیر نیز ادعا می‌کند که مدعی ذمه مرا ابراء نموده است، سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که ادعای کدام یک از این دو نفر پذیرفته می‌شود. اکثر فقها معتقد هستند که مدعی دوم یعنی شخصی که ادعا می‌کند طلبکار، طلب خود را ابراء نموده، مدعی واقعی بوده و مدعی اول در حقیقت منکر هست. بنابر این قول وی صحیح به نظر می‌رسد. به همین ترتیب وی باید سوگند یاد کند.

### گفتار دوم - اصل صحت در فسخ قرارداد «خيارات»

فسخ که یکی از طرق انحلال عقد بوده، یکی از ایقاعات است. به نظر می‌رسد که در صورت تردید در صحت فسخ نیز باید اصل صحت را در آن جاری نمود. در این گفتار ضمن بررسی این امر، در بند یک ماهیت حق فسخ و در بند دوم نیز جریان اصل صحت به فسخ را بررسی خواهیم نمود.

#### بند یک- ماهیت خيار فسخ

فسخ در لغت به معنای «زایل گردانیدن دست کی را از جای، تباہ گردانیدن رای را، شکستن|| جدا جدا کردن.|| ویران ساختن|| برانداختن بیع و آهنگ و مانند آنرا.|| تباہ گردیدن.|| سست گردیدن|| کهنه و پاره شدن جامه و جز آن|| نادان گردیدن.|| سست خورد. ضعیف العقل|| آنکه به حاجت خود نرسد و برای حاجت بیرون نگرود و اصلاح امری نتواند...»<sup>۵۹</sup>

در اینکه خيار فسخ از ایقاعات باشد، اختلاف چندانی وجود ندارد. خيار حقی است که قانونگذار یا بر اساس توافق، به دو طرف قرارداد و یا به یکی از آنها و حتی ممکن است به شخص ثالث داده شود، تا اختیار فسخ قرارداد را داشته باشد.<sup>۶۰</sup>

اختیار فسخ در زمره حقوق بوده، به همین خاطر شخصی که دارای حق بوده، می‌تواند تا موعده قانونی آن را معطل گذاشته و یا آن را ساقط نماید. همچنین حق خيار قابل انتقال بوده و به میراث می‌رسد.<sup>۶۱</sup>

#### بند دو- جریان اصل صحت در خيار فسخ

خيار فسخ نیز مانند ديگر ایقاعات از قواعد عمومی ایقاعات پیروی می‌نماید، لذا اصل صحت در این اعمال حقوقی نیز جریان دارد.

۵۸- کاتوزیان، ناصر؛ ایقاع، ص ۳۷۸

- دهخدا، علی اکبر؛ پیشین، ص ۴۳۷۵

- کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی- اعمال حقوقی (قرارداد- ایقاع)، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، ص ۳۴۷

- ماده ۴۴۸ قانون مدنی ۶

- ماده ۴۴۵ قانون مدنی ۶

در اینجا چندین مسئله از احکام مربوط به صحت و فساد فسخ مورد مطالعه قرار می‌گیرد؛

الف- اگر در جریان اصالة الصحة در فسخ نزاع حاصل شود، یکی از طرفین ادعا کند که فسخ صحیح بوده و لذا موثر است، دیگری بگوید که فسخ فاسد و غیر موثر می‌باشد، اگر در صحت عقد تردید حاصل شود، در این صورت بر صحت عقد حمل می‌کنیم، لذا حکم می‌کنیم که فسخ مشتری صحیح بوده است. اما اگر در مورد فسخ به وسیله خیاراتی مانند مجلس و حیوان باشد و اختلاف نیز در این باره باشد که فسخ قبل از انقضاء مدت و یا بعد از آن صورت پذیرفته در این باره اختلاف نظر وجود دارد.

برخی از علما گفته‌اند ظاهر این است که هیچ اشکالی در جریان این اصل در فسخ نیست، همچنانکه در جریان اصل مذکور در عقود تردید نیست، در این حالت آثار فسخ واقعی واجد تمام شرائط بر آن مترتب می‌شود.

ب- در خیار غبن، شخصی فکر می‌کند که مغبون شده، لذا بیع را فسخ می‌کند، بدون اینکه نسبت به فسخ یقین حاصل کرده باشد، بعد معلوم شود که ظن وی درست بوده است، فسخ وی صحیح می‌باشد.

ج- اگر شخصی در معامله‌ای خیار فسخ داشته باشد، اگر بعد از گذشت وقت خیار، ادعا کند که در وقت خیار، از اختیارش استفاده نموده و معامله را فسخ نموده است، ادعای بر وقوع فسخ (ایقاع) پذیرفتنی نیست.<sup>۶۳</sup>

د- اگر بین دو نفر در تاخر فسخ اختلاف صورت پذیرد، اینکه یکی از آنها بگوید، فسخ تاخیر داشته است تا بگوید عقد کماکان باقی است و دیگری بگوید که فسخ زودتر صورت پذیرفته است، به دلیل اصالت صحت فسخ دو قول وجود دارد؛

گفته می‌شود کسی که مدعی صحت فسخ است، قول وی صحیح است، البته تصریح شده است نه به دلیل اصالت الصحة الفسخ، چرا که جریان اصالت الصحة موقوف به ثبوت حق است و در مورد مذکور زمان فسخ معلوم نیست و ممکن است واقعاً بعد از گذشت زمان خیار باشد، بلکه من باب استصحاب بقاء حق خیار تا زمان فسخ.

#### مبحث سوم- اصل صحت در حق شفعه

یکی از مهمترین ایقاعات، اجرای حق شفعه است، در این مبحث ضمن بررسی ماهیت حق شفعه، امکان جریان اصل صحت در آنها بررسی خواهیم نمود.

#### بند یک- ایقاع شفعه

شفعه به ضم فاء و کسر یا فتح عین لاجرم معنای جفت قراردادن چیزی را با چیز دیگر گویند. و در اصطلاح حقوقی عبارت است از تملک حصه فروخته شده شریک، به وسیله شریک دیگر است.<sup>۶۵</sup> همچنین در تعریف آن گفته‌اند: «حقی است که به یکی از دو شریک ملک قابل تقسیم داده می‌شود، تا بتواند، در برابر پرداخت قیمتی که خریدار حصه شریک سابق به او داده است، آن را تملک کند.»<sup>۶۶</sup>

حق شفعه از جمله احکام استثنائی است، چرا که براساس قاعده هیچ کس نباید بتواند ملک دیگری را بدون موافقت وی تملک کند، در حالی که در حق شفعه اینگونه است. البته برای تحقق حق شفعه باید شرایطی موجود باشد. این شرایط به قرار زیر می‌باشد؛

۶۳- انصاری، مرتضی؛ فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، اول ۱۴۱۹ه.ق، ج ۳، ص ۳۴۴

- معین، محمد؛ پیشین، ص ۴۰۷<sup>۶۴</sup>

- امامی، حسن؛ حقوق مدنی جلد سوم، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۷، ص ۱۵<sup>۶۵</sup>

- کاتوزیان، ناصر؛ پیشین، ص ۲۱۴<sup>۶۶</sup>



الف- غیر منقول بودن مال: حق اخذ به شفعه در موردی برای شریک ثابت است که مال غیر منقول است.<sup>۶۷</sup> البته منظور از غیر منقول، غیر منقول ذاتی است، غیر منقولی که به وسیله عمل انسان غیر منقول شده، فقط به تبع عرصه می‌تواند مورد حق شفعه قرار گیرد.<sup>۶۸</sup> البته بسیاری از متقدمینی از فقها مانند شیخ طوسی در نهایتاً، ابن ادریس و اسکافی معتقد هستند که حق شفعه در اموال مادی نیز جریان دارد.<sup>۶۹</sup>

ب- مشاع بودن مال غیر منقول: این امر به خوبی از ماده ۸۰۸ قانون مدنی قابل استنباط است که بیان داشته است: «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد...» یکی از شرایط پیدایش حق شفعه، مشاع بودن مال غیر منقول است.

ج- قابل تقسیم بودن مال غیر منقول: منظور از قابل تقسیم این است که آن را به گونه‌ای تقسیم نمود که ضرر فاحشی متوجه شرکاء نگردد.<sup>۷۰</sup>

د- دو نفر بودن شرکاء: این امر نیز به خوبی از ماده (۸۰۸) بر می‌آید گویا این عقیده، قول مشهور فقهای امامیه است، قول دیگری نیز به شرکاء بیش از دو نفر نیز این اجازه را می‌دهد که دیگران نسبت به فروش سهم وی، حق مذکور را اجرا نمایند.

ه- انتقال سهم مشترک به وسیله بیع: این امر نیز در ماده (۸۰۸) تصریح شده است. لذا اگر شریک سهم خود را به سببی از اسباب دیگر مانند معاوضه، صح، هبه و یا مهریه در نکاح منتقل کند، شریک دارای حق شفعه نخواهد بود. البته برخی از فقهای شیعه و بسیاری از فقهای اهل سنت، حق مذکور را در هبه نیز جاری می‌دانند.

و- شریک تمام حصه خود را انتقال دهد: اگر شریک برخی از سهم خود را واگذار کند حق اخذ به شفعه ایجاد نمی‌شود، زیرا اخذ به شفعه خلاف قاعده است و در مورد تردید، باید اصل عدم را جاری نمود.<sup>۷۱</sup>

ز- سهم مشترک مبیع قرار گیرد؛ گفته شده که اگر سهم مشترک به عنوان ثمن قرار گیرد مشمول حق شفعه نمی‌شود، اگر چه فرق بین مبیع و ثمن و عوض و معوض اعتباری است.<sup>۷۲</sup>

ح- قدرت شفیع بر تادیه ثمن: حق شفعه برای رفع ضرر تاسیس شده است، لذا اعمال آن نباید موجب ضرر خریدار باشد، بنابر این وی باید از عهده پرداخت ثمن برآید. همچنین مشتری ملزم نیست که به جای ثمن المثل مال دیگری یا ضامن بپذیرد، و یا آنکه رهن قبول کند.<sup>۷۳</sup>

در پایان متذکر می‌شود که اخذ به شفعه حالت خاصی از ایقاع است، به تعبیر دیگر این عمل حقوقی، یک ایقاع تبعی الحاقی است. منظور از تبعی این است که نفوذ آن منوط به درستی معامله بین مشتری و فروشنده است.<sup>۷۴</sup> منظور از ایقاع الحاقی نیز این است که نقش اراده شفیع در اخذ به شفعه چندان پررنگ نیست، به تعبیر دیگر شفیع در این نوع

- ماده ۸۰۸ قانون مدنی<sup>۶۷</sup>

- ماده ۸۰۹ قانون مدنی<sup>۶۸</sup>

- امامی، حسن؛ پیشین، ص ۱۱<sup>۶۹</sup>

- ماده ۸۰۸ قانون مدنی<sup>۷۰</sup>

- کاتوزیان، ناصر؛ پیشین، ص ۳۱۵

- امامی، حسن؛ پیشین، ص ۱۸۷

- محقق داماد، مصطفی؛ ایقاع اخذ به شفعه، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۴۷۷

- عقاد، خواص شیخ؛ الشفعه فی قانون المعاملات المدنیة لسنة ۱۹۸۴ م مقارناً بالفقه الاسلامی، بیروت، ۱۹۹۳، ص ۸۴۷

ایقاع مانند قرارداد الحاقی دو راه بیشتر ندارد، یا اینکه اخذ شفعه را با تمام احکام قانونی آن بپذیرد و یا اینکه آن را رها کند.<sup>۷۵</sup>

### بند دو- جریان اصل صحت در شفعه

اصل صحت در شفعه نیز مانند دیگر ایقاعات جریان دارد. نکته ای که در جریان اصل صحت در شفعه مانند بسیاری از ایقاعات از جمله رجوع باید گفت این است که از آنجا که این ایقاعات با صرف اراده یک نفر تحقق پیدا می‌کند، لذا زمام تحقق آنها نیز در دست یک نفر بوده و این امر اجازه طرح دعاوی چندانی را به طرفین نمی‌دهد. براساس قول فقهای امامیه برای اخذ به شفعه حتی نیاز به انشای لفظی نیز نیست، در حالی که برخی از شافعیان معتقد هستند که اخذ به شفعه نیاز به انشای لفظی هست.<sup>۷۶</sup>

باید توجه داشت که اصل صحت بر شرایط تحقق ایقاع شفعه جریان پیدا نمی‌کند. به تعبیر دیگر اگر تردید حاصل شود اینکه آیا وجود فلان امر برای تحقق حق شفعه ضرورت دارد یا خیر؟ در اینجا اصل بر این است که شرط مذکور برای تحقق حق شفعه لازم است. در علت این امر گفته اند که اخذ به شفعه از احکام استثنائی بوده و لذا باید به قدر متیقن اکتفا نمود.<sup>۷۷</sup> به تعبیر دیگر حق شفعه خلاف اصل بوده و در مواردی که به هر انگیزه منطقی، در وجود آن تردید حاصل شود، باید به مقتضای اصول و قواعد حاکم عمل نمود و شفعه را ساقط دانست.<sup>۷۸</sup> به عنوان مثال چنانچه ثمن معامله از اشیای قیمتی مانند حیوان، فرش و غیره باشد، آیا حق شفعه وجود دارد یا خیر؟ گرچه در این باره اختلاف نظر وجود دارد، ولی بسیاری از علمای متقدم به استناد روایتی حق شفعه را در آن صحیح نمی‌دانند.<sup>۷۹</sup> علمای موخر نیز به قاعده خلاف اصل بودن اخذ به شفعه استناد نموده و اخذ به شفعه را در آن صحیح نمی‌دانند.<sup>۸۰</sup> به همین منوال در اینکه آیا اخذ به شفعه در اموال منقول نیز جریان دارد یا خیر بین علما تردید وجود دارد، ولی به علت استثنائی بودن و خلاف قاعده بودن آن، قانون مدنی آن را در اموال منقول جاری نمی‌داند. همچنین اینکه آیا شرکاء بیش از دو نفر باشد نیز حق شفعه جریان دارد یا خیر؟ به همین خلاف اصل بودن استناد شده و در مواردی که شرکاء بیش از دو نفر هستند، اخذ به شفعه را جاری نمی‌دانند.<sup>۸۱</sup> اگر سهم مشاعی به ثمن قرار گیرد آیا حق شفعه وجود دارد یا خیر؟ به دلیل جریان قاعده فوق، اخذ به شفعه جاری نمی‌گردد.

در اینجا چندین مسئله از احکام حق شفعه را که ممکن است اصل صحت بر آنها جریان پیدا کند مورد بررسی قرار می‌دهیم.

- کاتوزیان، ناصر؛ پیشین، ص ۲۶۷

- محقق داماد، مصطفی؛ پیشین، ص ۱۵۱<sup>۷۶</sup>

- امامی، حسن؛ پیشین، ص ۱۰<sup>۷۷</sup>

- محقق داماد، مصطفی؛ ایقاع اخذ به شفعه، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۴۸<sup>۷۸</sup>

- وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۲۴<sup>۷۹</sup>

- محقق داماد، مصطفی؛ پیشین، ص ۴۷<sup>۸۰</sup>

- ماده ۸۰۸ قانون مدنی<sup>۸۱</sup>

- امامی، حسن؛ پیشین، ص ۴۸<sup>۸۲</sup>

الف- معامله‌ای صورت گرفته است، در صحت شفعه تردید وجود دارد، تردید نیز از اینجا ناشی شده است که ما نمی‌دانیم سهم مشاع مبیع قرار گرفته است یا ثمن، در اینجا به موجب اصل صحت و با عنایت به رویه عرف، ظاهر این است که سهم مشاع مبیع قرار گرفته و در نتیجه اخذ به شفعه، صحیح می‌باشد.<sup>۸۳</sup>

ب- شفیعی می‌تواند حق شفعه را با دریافت عوض و یا بدون دریافت عوض ساقط کرده و اجازه دهد که معامله‌ای صورت پذیرد، سوالی که در اینجا مطرح است، اینکه اگر شفیعی مالی را برای اسقاط حق شفعه اخذ کند، ولی آن را اسقاط نکند و اخذ به شفعه کند، آیا اخذ به شفعه وی صحیح است یا خیر؟ برخی از فقها در این باره گفته‌اند گرچه وی گناهکار است ولی اخذ به شفعه نیز صحیح است، و از آنجا که متعلق مال اخذ شده نیز تحقق پیدا نکرده، لذا وی مستحق مال نخواهد بود.<sup>۸۴</sup> البته قانون مدنی این نظر را قبول نداشته و بیان داشته است: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود.»<sup>۸۵</sup>

ج- شخصی نسبت به ثمن معامله علم ندارد، اخذ به شفعه می‌کند، بعد معلوم می‌شود که نسبت به ثمن معامله اطلاع نداشته است، آیا در اینجا اخذ به شفعه وی صحیح است یا خیر؟ در این باره اختلاف نظر وجود دارد، با وجود که جمعی از فقها علم شفیعی به ثمن، و برخی حتی علم وی را به ثمن و ثمن را شرط می‌دانند، در مقابل پاره‌ای دیگر آن را شرط صحت اخذ می‌دانند.<sup>۸۶</sup>

د- به موجب ماده (۸۲۱) قانون مدنی حق شفعه فوری است، این دیدگاه، قول مشهور فقهای امامیه است که گاهی ادعای اجماع شده است.<sup>۸۷</sup> با وجود این اگر شخصی به حق شفعه و یا فوریت آن تردید داشته باشد، حق اخذ به شفعه ساقط نمی‌شود.<sup>۸۸</sup> حال شفیعی مدت‌ها بعد از بیع، اخذ به شفعه نموده و ادعا کند که نسبت به حق شفعه و یا فوریت آن جاهل بوده است، حال آیا اخذ به شفعه صحیح است یا خیر؟ شاید ادعا شود که در اینجا اصل عدم جاری بوده و لذا حکم به عدم عذر شفیعی داده شده و از شفیعی درخواست دلیل می‌شود، ولی فقها این استدلال را قبول ندارند و اکثر آنها معتقد به صحت اخذ به شفعه هستند و در اینجا مشتری را مدعی شناخته و از آن دلیل می‌خواهند، البته آنها بیان می‌کنند حق شفعه به صورت مطلق برای شفیعی ثابت بوده لذا تا معلوم نشود که شفیعی بدون عذر موجه اخذ به شفعه را به تاخیر انداخته، حق وی ثابت است.<sup>۸۹</sup>

ه- در پایان متذکر می‌شود که؛ اولاً دعوی اخذ به شفعه در عمل چندان مطرح نمی‌شود. ثانیاً؛ استثنائی بودن قواعد تملک قهری و اختلاف فتاوی فقها موجب شده است که دعاوی اندکی نیز در این باره در دادگاه‌ها مطرح شده، معمولاً بنا به بهانه‌های مختلف اخذ به شفعه را رد نمایند.

- شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۹۲<sup>۸۳</sup>

<sup>۸۴</sup> - حیدری، کمال؛ الفتاوی الفقهیه؛ موسسه الهدی للطباعة و النشر، ۱۴۳۷، ص ۳۱۳- روحانی، محمد صادق؛ منهاج

الصالحین (لروحانی)، مکتب آیه الله العظمی السید روحانی، ۲۰۰۷، ج ۲، ص ۱۳۴

- ماده ۸۲۲ قانون مدنی<sup>۸۵</sup>

- هاشمی شاهرودی، محمود؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۴، ۱۳۸۹، ص ۶۹۲<sup>۸۶</sup>

- محقق حلی، پیشین، ص ۳۷۴<sup>۸۷</sup>

- امامی، حسن؛ پیشین، ص ۲۸<sup>۸۸</sup>

- محقق داماد، مصطفی؛ پیشین، ص ۱۳۱<sup>۸۹</sup>

درباره جریان اصل صحت به ایقاعات دو نظر وجود دارد. اکثر حقوقدانان و مشهور فقها که ادعای اجماع شده معتقد است که اصل صحت در ایقاعات نیز جریان دارد، تعداد کمی از فقها و حقوقدانان جریان اصل صحت در ایقاعات را نمی‌پذیرند. آنهایی که معتقد به عدم جریان اصل صحت در ایقاعات هستند از جمله دلایلی که بیان می‌کنند این است که قانون مدنی و دیگر قوانین نسبت به جریان اصل صحت در ایقاعات ساکت است. از آن گذشته در ایقاعات به اعلام اراده نیازی نیست، لذا اصل صحت که مبتنی بر اعلام اراده است در ایقاعات جاری نیست. همچنین ضرورتی به استفاده از اصل صحت در ایقاعات دیده نمی‌شود.

به نظر می‌رسد که سکوت قانون مدنی را نمی‌توان دال بر عدم جریان اصل صحت در ایقاعات دانست، چرا که به دلیل اصل موجد نویسی قوانین، امکان تبیین تفصیلی آنها نیست، همچنانکه قانون مدنی خیلی از قواعد عمومی قراردادها را در ضمن عقد بیع بیان نموده است و آنگهی قانون مدنی در ماده ۲۲۳ عنوان معاملات را بکار برده است که به نظر می‌رسد این عنوان مفهومی فراتر از عقود دارد، چرا که فقها در زمان تدوین قانون مدنی و پیش از آن مباحث فقهی را تحت دو عنوان عبادات و معاملات مورد بررسی قرار می‌دادند، همچنین قانون مدنی در جاهای متعدد از عبارت «عقود و معاملات» استفاده کرده است که نشان دهنده این است که آن دو دقیقاً به یک معنی نبوده عقود فراتر از معاملات می‌باشد.

از جمله آثار جریان اصل صحت در ایقاعات این است که اگر بعد از اجرای ایقاع، شخصی بیان کند که وی اکراه داشته و بر آن کار مجبور گشته است، وی مدعی شناخته می‌شود، و ادعای وی بدون دلیل پذیرفته نمی‌شود. همچنین اگر شخصی ادعا کند که قصد و اراده واقعی نداشته، ادعای وی بدون دلیل پذیرفته نمی‌شود.

در ایقاعاتی که تحقق آن مستلزم تشریفات خاصی است، مانند طلاق، اگر شخصی مدعی شود که تشریفات و یا شرایط آن به درستی صورت پذیرفته است، لذا ایقاع باطل است، ادعا پذیرفته نیست و اصل بر صحت ایقاع می‌باشد.

گاهی در تردید اموری، اصل بر صحت ایقاع گذاشته می‌شود. به عنوان مثال در طلاق، در عدالت شاهد تردید حاصل می‌شود، لذا اصل صحت جریان پیدا کرده و حکم به صحت ایقاع گذاشته می‌شود، صحت مذکور به عدالت شاهد تسری پیدا نمی‌کند. بنابر این با استناد به اصل صحت نمی‌توان به شاهد مذکور به عنوان شخص عادل اقتدا نمود.

- ۱- امامی، حسن؛ حقوق مدنی جلد اول، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۶
- ۲- امامی، حسن؛ حقوق مدنی، جلد سوم، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۶
- ۳- امید توکلی کیا؛ بهرامی احمدی، حمید؛ فقه و مبانی حقوق اسلامی سال پنجاهم بهار و تابستان ۱۳۹۶، شماره ۱
- ۴- انتظاری نجف آبادی، علیرضا؛ مرتضایی، روح الله؛ بررسی اعتبار اصل صحت در ایقاعات، مجله پژوهش های فقهی، تابستان ۱۳۹۷، دوره چهاردهم، شماره ۲
- ۵- اوبر، ژان لوک؛ فرانسوا کولار، دوتیول، حقوق تعهدات، قراردادها، تهران، میزان، ۱۳۹۰
- ۶- بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آیین آراء دیوان عالی کشور، ج ۲، انتشارات فردوسی، چاپ سوم، ۱۳۸۴
- ۷- باقری، احمد؛ ماهیت ابراء، مطالعات اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۷۹، شماره ۴۹ و ۵۰
- ۸- بهجت، محمد تقی؛ جامع المسائل، دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت، ۱۳۸۵، ج ۳
- ۹- پارسا پور، محمد باقر؛ پژوهش های فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۸۳، سال اول، شماره ۳-۴، بهار و تابستان، ابراء در حقوق ایران و انگلیس، ص ۳۲
- ۱۰- تبریزی، جواد؛ ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، ج ۴، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶، ص ۴۸۷ جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ الفارق، (دائرة المعارف عمومی حقوقی)، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ جلد اول،
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ وسیط در ترمینولوژی، گنج دانش، ۱۳۸۹
- ۱۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ دانشنامه حقوقی، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۳، ج ۱،
- ۱۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، گنج دانش، ۱۳۵۷
- ۱۴- حائری شاه باغ، علی؛ شرح قانون مدنی، ۱۳۸۲، جلد یک، ۲۷۴
- ۱۵- حسینی، سید محمد باقر؛ ماهیت حقوق وصیت تملیکی، نشریه دادرسی، مرداد و شهریور ۱۳۹۰، شماره ۸۷، ص ۴۸ الی ۵۱
- ۱۶- حسینی نژاد، [حسینقلی]، طلاق مطابق قرآن با قاضی است یا با یکی از زوجین، مجله کانون وکلا، مرداد و شهریور ۱۳۴۴، شماره ۹۷
- ۱۷- دائرة المعارف فقه اسلامی، ابراء، مجله فقه اهل بیت، تابستان ۱۳۸۵، شماره ۴۶،
- ۱۸- دهخدا، علی اکبر؛ لغتنامه، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۲، جلد اول، ذیل واژه ایقاع
- ۱۹- دیانی، عبدالرسول؛ بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷،
- ۲۰- دیدگاه آیت الله العظمی فاضل لنکرانی به نقل از؛ قاسمی، محمد علی؛ دانشنامه فقه پزشکی، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، قم، ۱۳۹۵، ج ۳،
- ۲۱- روشنعلی شکاری، شرط ابتدایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۷، شماره ۳۹، صص ۷۰-۸۱
- ۲۲- سامت، محمد علی؛ اعمال حقوقی «صغیر ممیز»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، علمی پژوهشی، مقاله ۵، دوره ۲، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰
- ۲۳- سلمان زاده، جعفر؛ عباسی، مصطفی؛ تاثیر اکرهه در ایقاع، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۰، شماره ۱۸، بهار و تابستان ۱۳۹۶
- ۲۴- شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۳،

- ۲۵- شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، مجد، ۱۳۸۰
- ۲۶- شهیدی، مهدی؛ سقوط تعهدات، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۳
- ۲۷- صفایی، حسین؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، میزان، ۱۳۹۵
- ۲۸- صفایی، حسین؛ شرح و نقدی بر ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاح موادی از قانون مدنی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۶۹، شماره ۲۵، صص ۱۰۳-۱۴۳
- ۲۹- طالب احمدی، حبیب؛ ماهیت حقوقی و وصیت تملیکی در فقه و حقوق ایران؛ مطالعه فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۴، تابستان ۱۳۹۰
- ۳۰- طباطبائی، محمد صادق؛ مطالعه تطبیقی مفهوم اصل صحت در تفسیر قراردادها، نشریه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۰، سال هفدهم، شماره ۸۸، ج ۷، شماره ۲، زمستان
- ۳۱- عبداللهی، عبدالکریم، قواعدی از فقه، بوستان کتاب قم، ۱۳۸۸
- ۳۲- عبده بروجردی، محمد؛ حقوق مدنی، تهران، نگاه، بینه، ۱۳۸۹
- ۳۳- عظیمی گرکانی، هادی؛ بررسی فقهی، حقوقی ابراء، مجله فقه و تاریخ تمدن، بهار ۱۳۸۷، شماره ۱۵، ص ۶۹
- ۸۴
- ۳۴- فهیمی، عزیز الله- زند و کیلی، محمدرضا؛ بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر در فقه و حقوق، مجله حقوقی دادگستری، سال ۱۳۷۵، شماره ۷۳، بهار ۱۳۹۰، ص ۸۳
- ۳۵- قلی پور گیلانی، مسلم؛ تلخیص فرائد الاصول، انتشارات قدس، ۱۳۸۸
- ۳۶- قلی پور گیلانی، مسلم؛ تلخیص کتاب الخیارات، انتشارات قدس، ۱۳۸۸
- ۳۷- قلی زاده، احمد؛ واژه شناسی اصطلاحات اصول فقه، بنیاد پژوهش های علمی فرهنگی نور الاصفیاء، تهران، ۱۳۷۹.
- ۳۸- کاویار، حسین؛ اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ ایزدی فرد، علی اکبر؛ ماهیت ایجاب، آموزه های فقه مدنی، بهار و تابستان ۱۳۹۶، شماره ۱۵
- ۳۹- کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین، جلد یک، بیع، معاوضه، اجاره، قرض، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶
- ۴۰- کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳
- ۴۱- کاتوزیان، ناصر؛ دوره حقوق مدنی، حقوق خانواده، گنج دانش، ۱۳۹۷
- ۴۲- کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، مفهوم، انعقاد و اعتبار قراردادها، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵
- ۴۳- کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۵، ج ۲
- ۴۴- گلپایگانی، سید محمدرضا، مجمع المسائل، ج ۲، دار القرآن الکریم، چاپ چهارم، ۱۳۷۲
- ۴۵- گلستانی، اسماعیل؛ اعمال حقوقی و وقایع حقوقی، مجله کانون وکلا، بهار ۱۳۵۵، شماره ۱۳۴
- ۴۶- لطفی، اسدالله؛ بررسی قاعده اصالة الصحة، فصلنامه مشکوة، شماره ۶۲-۶۵
- ۴۷- محقق داماد، مصطفی؛ ایقاع اخذ به شفعه، مرکز نشر علوم اسلامی، بی تا
- ۴۸- محقق داماد، مصطفی؛ بررسی فقهی و حقوقی وصیت، مرکز نشر علوم اسلامی، بی تا
- ۴۹- محمدی، ابوالحسنی؛ قواعد فقه، نشر میزان، ۱۳۸۲

- ۵۰- محمدی، سمیه؛ بررسی شرایط اساسی صحت معاملات در ایقاعات، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق، موسسه آموزش عالی غیر دولتی غیر انتفاعی کار، دانشکده علوم انسانی، ۱۳۹۱
- ۵۱- معین، محمد، فرهنگ فارسی معین؛ انتشارات فرهنگ نما، سال ۸۷
- ۵۲- ملکشاهی، حامد؛ تحلیل فقهی و حقوقی ایقاع مشروط؛ پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه قم، ۱۳۹۱
- ۵۳- ملکی اصفهانی، مجتبی؛ فرهنگ اصطلاحات اصول، قم، عالمه، ۱۳۷۹
- ۵۴- منتظری، حسینعلی، رساله استفتائات، ج ۲، تهران، نشر سایه، ۱۳۸۳
- ۵۵- موسوی اردبیلی، عبدالکریم؛ رساله توضیح المسائل با تجدید نظر و اضافات، محل نشر قم، نجات، ۱۳۸۸
- ۵۶- میرزای شیرازی، جامع الشتات به نقل از عرفانی، توفیق؛ مقالات حقوقی: «ا صالۃ الصلۃ» یا اصل صحت قراردادهای در حقوق ایران، کانون، شهریور و مهر ۱۳۸۳، شماره ۵۲ ص ۲۱
- ۵۷- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ جامع اشتات فی اجوبه السوالات، کیهان، ۱۳۷۱، جلد اول