

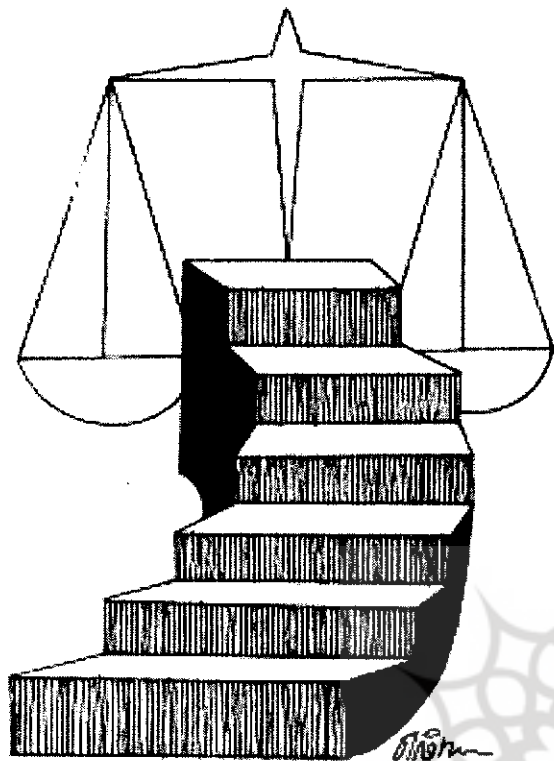
ترتیب دلایل بین مستندات حکم قاضی



قسمت اول

دکتر عبدالرسول دیانی

(عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی)



وجه راجح معتبری وجود نداشته و قاضی در مقام شک و تردید مطلق قرار گیرد، به اصولی تحت عنوان اصول عملیه و یا اصول عقلیه پناه می‌جوید که عملاً تکلیف قاضی و اصحاب دعوی را مشخص می‌کنند؛ یعنی موجب فیصله دعوی شده، دادرسی را از حیرانی درمی‌آورند. ما این دلایل را به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. اصول عملیه

بحث اصول عملیه یکی از مباحث مهم علم اصول فقه است که مورد مطالعه دقیق فقهای بزرگ اسلام قرار گرفته و درباره آن‌ها و حدود دلالتشان کتاب‌ها نوشته شده است. به هر حال، ممکن است مستند حکم قاضی یکی از اصول عملیه باشد که هم به عنوان ادله حکمی و هم در شکل دلیل موضوعی کاربرد فراوان دارد. مجرای اصول عملیه، مقام «شک مطلق» است؛ یعنی درموقعی به این اصول استناد می‌شود که امر دایر باشد بین دو مورد و هیچ یک از آن دو بر دیگری ترجیح یا غلبه نداشته باشد. در چنین صورتی، بنا به حکم عقل، یکی از دو وجه، بر وجه دیگر ترجیح و

اگر بخواهیم ادله‌ای که مستند حکم قاضی برای صدور حکم قرار می‌گیرند را از جهت دلالت آن‌ها بر واقع تقسیم‌بندی کنیم، می‌توانیم آن‌ها را بر سه نوع بدانیم. بنابراین، «قالب» دلیل حکمی و یا موضوعی از یکی از این سه حالت فراتر نمی‌رود:

۱. اصول عملیه یا اصول عقلیه (fictions)

۲. امارات (presumptions)

۳. دلایل به معنای اخص (بینه)

اجمالاً این که اگر علم عادی از طریق بینه شرعیه، مثل شهادت شهود وجود داشته باشد، دادرسی طبق آن عمل می‌کند و علمی که بدین ترتیب برای قاضی پیدا می‌شود، حجت است و حجیت آن هم معمول نیست، ولی در هنگام نبودن چنین علمی، چنانچه ظنی در نزد دادرسی وجود داشته باشد، در صورتی که قانونگذار برای چنین ظنونی اعتبار قائل شده باشد، دادرسی موظف است طبق آن عمل کند؛ یعنی مبنای حجیت چنین حکمی، «کاشف بودن ظن از واقع به طور نوعی» است و البته شارع نیز این نوع ظن را در برخی موارد حجت دانسته است. (۱) ولی اگر هیچ‌گونه دلیل و یا

ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی دلایل اثبات دعوا را پنج امر دانسته است. همچنین آیین دادرسی مدنی از اصول عملیه مثل استصحاب و برائت نیز در بین دلایل حکمی سخن به میان آورده است و در قسمت دلایل موضوعی یا ادله اثبات دعوا، تحقیق محلی، معاینه محل و کارشناسی را نیز به ردیف دلایل افزوده است. این در حالی است که هیچ‌گونه ترتیبی بین مجموعه این دلایل، چه در قانون مدنی و چه در قانون آیین دادرسی مدنی مقرر نشده با این که ارزش اثباتی این دلایل یکسان نیست. ما در این مقاله از کلیه دلایلی که می‌توانند مستند حکم قرار گیرند، «دلیل به معنای عام» یاد می‌کنیم. البته هر چند تقسیم‌بندی دلایل به اصل و اماره و دلیل به معنای اخص در خصوص دلایل استنباط احکام که از موضوعات علم اصول است نیز دیده می‌شود، ولی در این بررسی بر تقسیم‌بندی ادله اثبات دعوا که بیش‌تر از موضوعات آیین دادرسی و حقوق مدنی است تأکید داریم و منظور ما از دلیل عمدتاً آن دلیلی است که برای اثبات حق و یا دعوا مورد استفاده قرار می‌گیرد.

شناخته نمی‌شود، مگر این که جرم او در دادگاه صالح اثبات گردد. در حقوق فرانسه و قوانین بین‌المللی که به نحوی از اصل برائت سخن به میان می‌آورند از واژه «اماره» استفاده شده است. با این حساب، برائت در امور کیفری بیش‌تر به اماره شبیه است و در حقوق فرانسه نیز تحت همین عنوان از آن یاد می‌شود؛ (۶) در حالی که در حقوق ما بدون وجود تفاوت بین امور کیفری و امور مدنی در هر دو مورد نوعی اصل عملی محسوب گردیده است. در فرانسه برخی حقوقدانان آن را یک اصل کلی دادرسی دانسته (۷) و عده‌ای آن را یک اماره قانونی واقعی قلمداد کرده‌اند (۸).

البته به نظر می‌رسد اصل برائت در امور مدنی و امور کیفری یکسان اجرا نشود. در امور مدنی، صورت علم اجمالی به وجود تکلیف، مجرای اصل برائت نیست، در حالی که در امور کیفری این اصل در تمامی مراحل آیین دادرسی حاکم است. در امور کیفری مجرم چه در حال ارتکاب جرم مشاهده شود چه بعداً دستگیر شود، بدون توجه به این که جرم چقدر بزرگ است باید به گونه‌ای با مجرم عمل شود که اعمالش از نظر حقوق جزا، بدون ایراد باشد (۹) البته مشروط بر این که اماره مجرمیتی، بار اثبات دلیل را بر عهده مجرم نیندازد.

ب) اصل استصحاب

اصل استصحاب نیز موضوع مواد بسیاری در قوانین موضوعه کشور ما است. مثلاً در تبصره ۳ ماده ۱۵۵ آ.د.ک. جدید در مورد کسی که فسق او قبلاً محرز شده و توبه کرده ولی تردید داریم آیا عدالت سابقه‌وی عود کرده یا خیر، مقتضی تمسک به اصل استصحاب این است که تا احراز تغییر در اعمال او و اطمینان از صلاحیت و عدالت وی، شهادتش پذیرفته نشود. همچنین در ماده ۱۹۸ آ.م.ج. جدید آمده است: در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است، مگر این که خلاف آن ثابت شود. بعضی از اصولیین برای استصحاب ارزش بالاتری نسبت به اصل

در امور کیفری، اصل بر برائت متهم است مگر این که دلیل قاطع بر مجرمیت وی موجود باشد. لذا برای مجرم قلمداد کردن فرد باید دلیل قاطع وجود داشته باشد.

دانسته‌اند (۵) موارد استناد به این اصل هم در امور مدنی و هم در امور کیفری به چشم می‌خورد. در اصل ۳۷ قانون اساسی آمده است: اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد. بر مبنای همین اصل، در اصل ۱۶۶ قانون اساسی دادگاه‌ها موظف به صدور احکام مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی که بر اساس آن حکم صادر شده، گردیده‌اند.

در امور مدنی در ماده ۱۹۷ آیین دادرسی مدنی جدید آمده است: اصل برائت است. بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر علیه دیگری باشد باید آن را اثبات کند...

در امور کیفری، اصل بر برائت متهم است مگر این که دلیل قاطع بر مجرمیت وی موجود باشد. لذا برای مجرم قلمداد کردن فرد باید دلیل قاطع وجود داشته باشد. الزام به قطعیت داشتن دلایل در حقوق جزا، در حقوق مدنی و تجارت به این شدت وجود ندارد؛ زیرا در امور کیفری، حیثیت، آزادی و چه بسا جان افراد مورد تهدید واقع می‌شود. یک دلیل غیرموجه می‌تواند فرد را به چوبه دار بفرستد و یا مجرم خطرناکی را از مجازات برهاند. در این باره، اصل ۳۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: اصل برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم

غلبه می‌یابد. از همین رو است که به این اصول، اصول عقلیه می‌گویند؛ زیرا مستند ترجیح یک طرف بر طرف دیگر، حکم عقل است. به این اصول، اصول عملیه نیز می‌گویند؛ (۲) زیرا در مقام عمل، ما را از شک و تردید می‌رهانند، یعنی فقط دستورالعمل هستند و صرفاً در عمل تکلیف مسائل قضایی را روشن می‌کنند. (۳) بنابراین، حکمی که شارع در مورد تردید شخص نسبت به احکام قرارداد کرده در اصطلاح فقها «حکم ظاهری» و یا «حکم واقعی ثانوی» است نه «حکم واقعی اولی». به هر حال، عمده این اصول که مبنای حکم ظاهری قرار می‌گیرند، اصل استصحاب، اصل برائت، اصل اشتغال و اصل تخییر هستند. البته اصول دیگری هم مثل اصل تأخر حادث و اصل عدم نیز وجود دارند که مآلاً به یکی از این چهار اصل برگشت می‌کنند. در موارد بسیاری قانونگذار ایران به این اصول تمسک کرده است.

ما در دنباله مطلب، چند نوع از انواع اصول را بر می‌شمیریم و مجرای هر کدام را توضیح می‌دهیم.

اجمالاً این که چنانچه در مقام جهل مطلق به وجود حکمی باشیم، و به اصطلاح فقهی مواجهه با «عدم بیان» حکم بشویم، اصل برائت را جاری می‌کنیم. اگر حالت سابقه‌ای برای حکم و یا موضوع آن متصور باشد، مجرا، مجرای اصل استصحاب خواهد بود و اگر علم اجمالی به وجود تکلیف داشته باشیم، و «احتمال عقاب» برود، اصل اشتغال یا احتیاط را جاری می‌کنیم و دو اصل تساقط و تخییر نیز راه حل‌های متصور در مقام تعارض دو دلیل در فرض «عدم رجحان» یکی بر دیگری است.

الف) اصل برائت

اصل برائت یکی از اصول عملیه مهم است که نه تنها قانونگذار ایران، بلکه قانونگذار بین‌المللی (۴) نیز در موارد بسیاری به آن تمسک کرده است.

بعضی از حقوقدانان اصل برائت و یا اماره برائت را لازمه آزادی‌های اساسی در جامعه

قائل شده‌اند. آن‌ها می‌گویند: استصحاب، فرش امارات و عرش اصول است یعنی مقامی بالاتر از اصل و پایین‌تر از اماره دارد. شاید علت چنین قولی، ظنی است که در بقاء ماکان نسبت به زوال آن وجود دارد. ایجاد یک وضعیت جدید، دلیل لازم دارد و به تعبیری: حادث، علت می‌خواهد.

ج) اصل عدم

اصل عدم یا استصحاب عدمی یکی از مصادیق همان اصل استصحاب است که در موارد مختلف قانونگذار به آن استناد کرده و در بحث ادله نیز جایگاه بسزایی دارد. مبنای تمسک به این اصل این است که همه چیز از عدم به وجود آمده و لذا برای اثبات وجود چیزی باید دلیل اقامه کرد. قاعده معروف «البیة علی المدعی و الیمین علی من انکر» نیز از همین قاعده مهم اخذ شده است. این قاعده به‌طور موجز در ماده ۱۲۸۵ ق.م.آ.مده که می‌گوید: هر کس مدعی حقی باشد، باید آن را اثبات کند....

مثال دیگر برای اصل عدم، ماده ۸۷۶ ق.م. است که می‌گوید: با شک در حیات حین ولادت، حکم وراثت نمی‌شود. دلیل عدم حکم به وراثت این است که در اصل تحقق شرط وراثت که حیات طفل باشد، تردید وارد شده است و بنابراین، حالت متیقن سابقی وجود ندارد که بتوان استصحاب را جاری نمود.

لازم به گفتن است که متعلق اصل عدم، باید امری وجودی باشد؛ یعنی نمی‌توان متعلق آن از امور عدمی مثل جهل قرار داد. لذا نمی‌توان گفت «اصل عدم جهل» بلکه باید گفت: «اصل عدم علم» هر چند مآلاً نتیجه هر دو یکی بشود. البته «اماره جهل» درست است، همان‌طور که اماره علم نیز ممکن است. اما امری که خود عدمی است، نمی‌تواند متعلق اصل عدم قرار گیرد. مثلاً در باب خیارات گفته شده ذوالخیار باید عالم به حق فسخ و همچنین عالم به فوریت آن باشد. حال اگر شخصی مثلاً در عقد نکاح پس از گذشت چندین سال مدعی شود که من به این که عن

موجبی برای فسخ نکاح است جاهل بودم، نمی‌توان به اصل عدم جهل تمسک نمود، بلکه اگر هم تمسک به اصل عدم در مثال فوق صحیح باشد، باید اصل عدم علم باشد و مقتضی آن این است که سخن مدعی جهل به حق اعمال خیار، مقدم داشته شود.

ما سخن از باب اصل را به همین جا خاتمه می‌دهیم و برای توضیحات بیشتر دانشجویان عزیز را به کتاب مبانی استنباط حقوق اسلامی آقای دکتر ابوالحسن محمدی، گفتار نهم راهنمایی می‌کنیم.

۲. امارات

دومین قالب برای مستندات حکمی و موضوعی قاضی، امارات هستند. وفق قانون مدنی، امارات بر دو نوعند: امارات قانونی و امارات قضایی. اماره از حیث دلالت بر واقع، بعد از اصل قرار دارد؛ زیرا مبنای اماره، غلبه است. یعنی یکی از دو وجه غالب، است. در علم فقه، به دلیل، «اماره» اطلاق می‌گردد. البته اماره‌ای که در بحث ادله دعوا در ردیف دلایل به شمار آمده، دلیل شرعی به معنای خاص نیست، بلکه یک نوع پیش فرض قانونی است.

در لسان حقوق فرانسه، معادل اماره کلمه presumption است که از فعل presumer گرفته شده و به معنای «پیش

وفق قانون مدنی،

امارات بر دو نوعند:

امارات قانونی و امارات

قضایی. اماره از حیث

دلالت بر واقع، بعد از اصل

قرار دارد؛ زیرا مبنای اماره،

غلبه است.

فرض قلمداد کردن» است. لذا اماره در علم حقوق به معنای «پیش فرض قانونی» است. قبل از بیان تفاوت اصل و اماره، وجوه تشابه آن‌ها را متذکر می‌شویم:

هم اصل و هم اماره، در مقام فقد دلیل به کار می‌روند (الاصل دلیل حیث مالا دلیل) و هر دو در مقام فصل دعوا کاربرد دارند. به علاوه، در هر دو مورد، اصل و اماره مصلحتی مورد نظر قانونگذار است و امید اصابت به واقع، انگیزه او قرار می‌گیرد.

اما وجوه افتراق اصل و اماره چیست؟

علی‌رغم این که در بین دلایل اثبات دعوا، اماره کم‌ترین دلالت را بر واقع دارد، ولی بر اصل عملی مقدم است. در حقیقت، حکمی که از راه اماره به دست می‌آید، حکمی واقعی است و احتمال اصابت آن به واقع بیش‌تر است، در حالی که حکمی که از راه اصل به دست می‌آید، حکمی ظاهری است و از نظر اصابت به واقع در مرتبه ضعیف‌تر از اماره قرار دارد؛ یعنی در صورتی که اماره‌ای قائم شود، موضوع اصول عملی را بر می‌دارد؛ زیرا در صورت قیام ظن معتبر، مجالی برای مورد «احتمال عقاب» که موضوع اصل اشتغال است و یا «عدم بیان» که موضوع اصل براءت است و «عدم رجحان» که موضوع تخیر است، باقی نمی‌ماند. (۱۰)

تفاوت دیگر اصل و اماره این است که گسترش حکمی که از اجرای اصل به دست می‌آید. به دلایل و آثار عقلیه، مورد تردید فقهای متأخر قرار گرفته و به اصطلاح فقها، اصل، دلیل لینی است و اطلاق ندارد. لوازم عقلی تحت عنوان اصل مثبت توسط شیخ انصاری مورد بررسی قرار گرفته‌اند که به نظر می‌رسد برای اولین بار این بحث در حوزه اندیشه علم اصول وارد شده باشد. بر این مبنا، اصل نمی‌تواند آثار و لوازم عقلی حکمی را که از این طریق ثابت می‌شود ثابت کند؛ در حالی که بر مبنای اماره می‌توان حکم را به لوازم عقلی و گاه عرفی نیز سرایت داد. البته گاه در مثال‌هایی که در فقه برای این حالت ذکر شده‌اند لوازم و آثار عقلی محض، با آثار و

لوازم شرعی آمیخته شده‌اند.

مثال اول: اگر بر مبنای اصل، حیات مردی استصحاب شود، نمی‌توان اگر زوجه این مرد در این مدت، مرتکب زنائی شده باشد، آن زنا را زناى محصنه تلقی کرد و حکم به رجم زن داد. مسئله را توضیح می‌دهیم:

اگر دو نفر که رابطه توارث باهم دارند فوت کرده باشند و تاریخ وفات یکی معین باشد، مقتضی تمسک به اصل عدم، این است که بگوییم کسی که تاریخ وفاتش مجهول است، تا زمان وفات شخص معلوم الوفات نمرده است، اما این امر یک لازمه عقلی دارد و آن این که حالا که قبل از او نمرده پس بعداً مرده است. نتیجه «پس بعداً مرده است»، لازمه عقلی «قبلاً نمردن» است. اگر اصل مثبت را حجت ندانیم، بر این لازمه عقلی، اثری از آثار را نمی‌توان مترتب کرد و لذا اگر زن کسی که تاریخ وفاتش مجهول است در مدتی که حیات وی استصحاب می‌شود مرتکب زنائی شده باشد، این زنا، زناى محصنه نیست. حداکثر چیزی که از اصل عدم (وفات) عاید می‌شود این است که فرد مجهول الوفات تا زمان وفات شخص معلوم الوفات نمرده بوده است؛ یعنی اصل استصحاب عدمی فقط تکلیف حیات فرد مجهول الوفات را تا تاریخ وفات شخص معلوم الوفات معین می‌نماید، ولی نسبت به بعد از آن تاریخ، هر چند می‌تواند بنا به حکم عقل دلالت داشته باشد، ولی بنا به اصل، دلالتی ندارد. بنابراین، اگر چه شک نیست که اگر شوهر نمرده باشد، زن او زن شوهردار محسوب می‌شود و شرایط احصان را دارد؛ ولی بنا به عدم حجیت اصل مثبت نمی‌توان اثر شرعی رجم که بر شوهردار بودن زن استوار می‌گردد را در این مثال جاری دانست.

مثال دوم: اگر کسی چیزی را در زمانی خریده و سپس قیمت آن جنس کاهش پیدا کرده باشد، اما تاریخ وقوع عقد معلوم نباشد و خریدار بخواهد با تمسک به خیار غبن، عقد را فسخ کند، در اصل وقوع کاهش قیمت و همچنین در زمان آن، بین مشتری و

فروشنده، اختلافی نیست، بلکه اختلاف در زمان وقوع عقد است. از این نظر که آیا تاریخ وقوع عقد قبل از تاریخ کاهش قیمت بوده یا

حکمی که از راه اماره به دست می‌آید، حکمی واقعی است و احتمال اصابت آن به واقع بیش‌تر است، در حالی که حکمی که از راه اصل به دست می‌آید، حکمی ظاهری است و از نظر اصابت به واقع در مرتبه ضعیف‌تر از اماره قرار دارد؛ یعنی در صورتی که اماره‌ای قائم شود، موضوع اصول عملی را بر می‌دارد؛ زیرا در صورت قیام ظن معتبر، مجالی برای مورد «احتمال عقاب» که موضوع اصل اشتغال است و یا «عدم بیان» که موضوع اصل برائت است و «عدم ریمان» که موضوع تفسیر است، باقی نمی‌ماند.

بعد از آن؟ یعنی مغبون مدعی شود که زمان وقوع عقد بعد از زمان کاهش قیمت بوده و از این رو حق خیار غبن را برای خود ثابت بداند،

ولی غابن مدعی باشد که زمان وقوع عقد قبل از تنزل قیمت بوده و لذا برای مغبون خیار غبن وجود ندارد.

راه حل در چنین موردی که تاریخ یکی از دو واقعه مسلم باشد، تمسک به همان اصل عدم است که البته نتیجه تمسک به این اصل، اعتقاد به تأخر حادث است. وفق اصل عدم یا استصحاب عدمی، می‌گوییم حادثه‌ای که تاریخ وقوعش مجهول است (امر حادث) تا زمان وقوع واقعه‌ای که تاریخ تحقق آن معلوم است، اتفاق نیفتاده بوده است. یعنی در مثال فوق، جریان اصل عدم، مقتضی این است که بگوییم «عقد» که تاریخ وقوعش مجهول است (امر حادث) بعد از «کاهش قیمت» که زمان تحقق آن معلوم است، حادث نشده است. اما این که عقد بر جنس «قیمت کاهش یافته» واقع شده باشد، لازمه عقلی تمسک به این اصل است که با اصل عدم ثابت نمی‌شود؛ یعنی این که اگر عقد قبل از کاهش قیمت انجام نگرفته باشد، حتماً بعد از آن انجام گرفته است، لازمه عقلی است، یعنی عقل اقتضا می‌کند که اگر عقد قبل از تغییر پیدا شده باشد، پس حتماً بعد از تغییر قیمت حاصل شده است. اگر ما اصل مثبت را حجت ندانیم، بر این لازم عقلی هیچ اثری مترتب نخواهیم کرد.

وفق قانون مدنی در ماده ۴۱۶ اگر عقد قبل از کاهش قیمت بوده باشد، خیار غبن وجود ندارد، زیرا ملاک در تحقق غبن، وجود غبن در حین معامله است. اگر زمانی که مشتری اقدام به خرید کرده قیمت هنوز کاهش پیدا نکرده و بعد از انعقاد عقد قیمت پایین آمده باشد، دیگر مشتری نمی‌تواند با استناد به خیار غبن عقد را فسخ نماید؛ ولی اگر اول کاهش قیمت حاصل شده و سپس عقد واقع گردیده باشد، در حقیقت عقد بر جنس قیمت کاهش یافته واقع شده و لذا در این صورت، خیار غبن برای وی ثابت است.

به هر حال، با استصحاب فقط ثابت می‌شود که در زمان کاهش قیمت هنوز عقد محقق

پی نوشتها

۱. البته چنانچه متمایزاً خواهد آمد ما معتقدیم در هر مورد که ظن نوعی حاصل شود، خود ظن فی نفسه حجیت دارد و حجیت ظن بنا به جعل شارع نیست و لذا امارات قضایی نیز می‌توانند در صورت ایجاد ظن نوعی، مستند حکم قاضی قرار گیرند.

۲. نام دیگر آن دلیل فقهاتی است. رک: محمد سنگلجی، آیین دادرسی در اسلام، ص ۳۴.

۳. دکتر لنگرودی، محمد جعفر، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، گنج دانش، چاپ دوم، خرداد ۱۳۷۰، ص ۵۷ و ۵۶.

۴. رک: اعلامیه حقوق بشر و شهروند، سال ۱۷۸۹ که می‌گوید:

... tout homme est presume innocent jusqua ce quil ait ete declare coupable.

و ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۴ عهد نامه حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل و ماده ۲-۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

Toute personne accusee dune infraction est presmee innocente jusqua ce que sa culpabilita ite ete legalement etablie

در اصل ۵۵ قانون اساسی فرانسه نیز آمده است:

Toute personne accusee dune infraction est presmee innocente jusqua ce que sa culpabilite ait ete legalement etablie

۵. منتسکیو، روح القوانین، کتاب ۱۲، بخش ۲.

6. presumption dinnocence

7. Merle et vitu, Traite de droit criminel.

tome 11 . procedure penale , 4eme ed.

1989.p.155.

همچنین رأی شماره ۶۱۷۸ دیوان عالی کشور صادر در تاریخ ۱۳۴۲/۱۰/۱۴.

8. Dr.Javad . Foroutani .Fordeau de la preuve.These de doctorat,Universite paris 11,1977.p.67.

9.Mohammed Jalal_Essaid,La presumption dinnocence,these de doctorat en droit, Universite de paris,1969,Introduction.p.1

همچنین رجوع کنید به: اصل برائت در حقوق موضوعه ایران، پایان‌نامه آقای سعید زرین قلمی، دانشگاه تهران، ۱۳۵۲، ص ۱۱۵ به بعد.

۱۰. آیین دادرسی در اسلام، ص ۲۵.

اشخاصی که بین آن‌ها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آن‌ها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تاخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد. در این ماده، ارث بردن که یک حکم شرعی است بر لازم عقلی تمسک به حکم برگرفته از استصحاب مترتب شده است؛ زیرا در اثر تمسک به استصحاب فقط معلوم می‌شود که شخص مجهول‌الوفات قبل از شخص معلوم‌الوفات نمرده است، ولی لازم عقلی «قبلاً نمردن»، «بعداً مردن» است. بر «بعداً مرده است»، قاعدتاً نباید هیچ حکم و اثر شرعی مترتب شود و لذا نباید شخص مجهول‌الوفات را وارث شخص معلوم‌الوفات بدانیم؛ ولی قانون مدنی در این مثال این ماده، اصل مثبت را حجت دانسته و مجهول‌الوفات را وراث معلوم‌الوفات دانسته است. در حقیقت، استدلال شیخ نیز بر عدم حجیت اصل مثبت قوی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اگر قرار باشد مستند اصل عملی، عقل باشد، لزوماً حکم مستند و مستنبط از اصل باید به لوازم عقلی و عرفی نیز سرایت کند.

ادامه دارد

هفتم قانون مدنی در

ماده ۱۴۱۶ اگر عقد قبل

از کاهش قیمت بوده

باشد، فیار غبن وجود

ندارد، زیرا ملاک در

تمقق غبن، وجود غبن در

مین معامله است.

نشده بوده، ولی این که بعداً واقع شده، لازمه عقلی قبلاً واقع نشدن است. اصل مثبت می‌گوید بر این لازم عقلی اثری از آثار شرعی مترتب نیست؛ یعنی اگر لازمه تمسک به این اثر عقلی این باشد که بگوییم خیار غبن برای مشتری ثابت است، نمی‌توان خیار غبن را برای وی ثابت دانست. این لازم، لازمه عقلی است و شیخ انصاری در تنبیه ششم از کتاب رسائل خود می‌گوید: اصل مثبت، حجت نیست. نتیجه این که اگر بر سر اصل تغییر قیمت و تاریخ آن اتفاق داشته باشند، با این که باید اصل عدم تقدم عقد بر تغییر که به نفع مغبون تمام می‌شود، حاکم باشد، ولی وقتی به نفع مغبون تمام می‌شود که ما لازم عقلی آن را نیز با اصل بتوانیم ثابت کنیم. این که عقد بعد از تغییر حاصل شده است، حکم عقل و لازم عقلی است و با استصحاب، نمی‌توان لوازم عقلی را اثبات کرد. بنابراین، مغبون نمی‌تواند خیار غبن داشته باشد. یعنی اگر عقدی واقع شود و ندانیم آیا قابل انحلال به واسطه خیار غبن است یا نه، اصالة اللزوم که نوعی اماره است حاکم خواهد بود.

البته ذکر این نکته لازم است که عده‌ای از فقها استصحاب را از باب اماره، حجت دانسته‌اند که وفق نظر ایشان می‌توان حکم مستند به اصل استصحاب را به لوازم عقلی نیز سرایت داد. از نظر ایشان، حجیت استصحاب، به این خاطر نیست که یکی از یافته‌های عقلی به شمار می‌رود، بلکه به خاطر این است که خود شارع آن را مستقیماً دلیل استنباط قرار داده است. البته بر نویسنده، وجه استدلال شیخ انصاری مبنی بر عدم حجیت اصل مثبت مکشوف نشده، زیرا حتی اگر مستند حکم اصول عملیه مثل اصل استصحاب، حکم عقل باشد، چرا نباید به لوازم عقلی آن نیز سرایت پیدا کند؟ وجه تمایز حکمی که مستقیم از اصل استصحاب اخذ شده با نتایج عقلی حاصل از آن چیست؟ شاید به همین دلیل قانون مدنی در ماده ۸۷۴ ظاهراً اصل مثبت را حجت دانسته است. این ماده می‌گوید: اگر