

سال دوازدهم، شماره ۲۹، تابستان ۱۳۸۹

ثبوت و تردید در وجود حقوقی آن

حجت‌اله منصوری h.mansouri2005@yahoo.com

دانشجوی دکتری حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبائی

عباس میرشکاری mirshekariabbas1@yahoo.com

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۸۷/۱۲/۲۱ تاریخ پذیرش: ۸۸/۱۰/۲

چکیده

برای بررسی نهادهای حقوقی از جهت علم یا جهل افراد، علم حقوق را به دو مرحله ثبوت و اثبات تقسیم می‌کنند. ثبوت حوزه واقع است؛ حوزه‌ای که صرف نظر از علم و جهل افراد وجود دارد و تأثیرگذار است و اثبات تلاش به منظور کسب علم نسبت به عالم ثبوت است. یکی از پرسش‌های اصلی فلسفه علم حقوق پرداختن به موضوع مذکور است. در مقاله‌ای که در پیش رو دارید، به بررسی حوزه ثبوت در حقوق اسلام می‌پردازیم؛ این نهاد را می‌شناسیم و وجود مستقل آن را از عالم اثبات نشان می‌دهیم.

واژگان کلیدی: ثبوت، اثبات، دلیل، تقاض، تعهد طبیعی، اشتراک احکام.

مقدمه: ملاک تقسیم بندی در علم حقوق

علم حقوق را بر اساس ملاک‌هایی مختلف تقسیم کرده‌اند: گاه بر اساس ارتباط آن با حکومت یا مردم به حقوق عمومی یا خصوصی تقسیم می‌کنند و گاه بر اساس حوزه اجرا به حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ۸۱ به بعد؛ جعفری لنگرودی، بی تا، ۶) اما آنچه در این نوشتار در پی آن هستیم، تقسیم‌بندی نهادهای موجود در علم حقوق از جهت علم یا جهل افراد است؛ یعنی تقسیم علم حقوق به ثبوت و اثبات.

در این مقاله ابتدا به تعریف لغوی و اصطلاحی ثبوت پرداخته و آن را با مفاهیم مشابه مقایسه می‌کنیم؛ سپس با توجه به تردیدی که گاه در مورد وجود حقوقی ثبوت مطرح می‌شود به بررسی این امر می‌پردازیم که آیا ثبوت واجد هویتی مستقل از اثبات است یا خیر؟ تمرکز این مقاله در بررسی این نهاد از جهت حقوق اسلام است؛ در این بررسی پاسخگویی به دو مسئله زیر به منزله هدف طراحی می‌شود:

مسئله اول: آیا نهادی به عنوان ثبوت یا مفاهیم مشابه آن در حقوق اسلام شناخته شده است یا خیر؟

مسئله دوم: آیا حقوق اسلام برای ثبوت وجود حقوقی مستقل از اثبات قائل هست یا خیر؟ آنچه با عنوان فرضیه نگارنده می‌توان بیان داشت، این است که نهاد ثبوت (با تعابیر گوناگون) در حقوق اسلام وجود داشته و وجود حقوقی مستقل از اثبات دارد.

بند اول - تعریف و مفاهیم مشابه

الف) تعریف لغوی و اصطلاحی

۱. تعریف لغوی

در لغت ثبوت به معنای «ایستادن، بر جای ماندن، پایداری، استوار شدن و مداومت» آمده است. (سیاح، ۱۳۷۸، ۲۶۹)

۲. تعریف اصطلاحی

در این قسمت به تعاریف ارائه شده از حقوقدانان می‌پردازیم. با ذکر این نکته که حقوقدانان به‌طور عموم ثبوت و اثبات را به دنبال هم مطرح می‌کنند؛ به گونه‌ای که بین تعریف این دو ارتباطی معنوی ایجاد شده است. بنابراین نقل جداگانه تعاریف در دو قسمت جداگانه (با توجه به لطمه

دیدن آن ارتباط معنوی) به تعاریف لطمه می‌زد؛ به همین دلیل ناگزیر با آنکه عنوان بند اول تعریف ثبوت است به نقل و نقد تعاریف اثبات هم می‌پردازیم.

در تعریفی از ثبوت و اثبات آمده است:

«حق دو مرحله دارد: مرحله ثبوت و آن وجود واقعی حق است و مرحله اثبات و آن نمایاندن وجود آن در مرحله دادرسی است.» (امامی، ۱۳۶۴، ۶)

سه نکته در این تعریف ذکر شدنی است:

اول آنکه تعریف ثبوت محدود به وجود واقعی حق شده است؛ در حالی که ثبوت هر نهاد حقوقی را اعم از حکم یا موضوع و اعم از حق و غیر آن را دربر می‌گیرد.

دوم آنکه اثبات تنها محدود به مرحله دادرسی شده است؛ در حالی که اگر بپذیریم اثبات به معنای تلاش برای علم یافتن نسبت به واقع است، تحدید ایجاد علم به مرحله دادرسی نیاز به دلیل دارد.

سوم آنکه به طور لزوم این وجود یک نهاد حقوقی نیست که باید اثبات شود، بلکه به رغم مشکلاتی که بر اثبات عدم تصور شده است، گاهی فرد ملزم می‌شود که نبود شیء را اثبات نماید نه وجود آن را. بنابراین بر تعریف بالا که ظاهر آن متعلق اثبات را تنها محدود به وجود می‌نماید این ایراد وارد است.

و در تعریفی دیگر:

«منظور از مقام ثبوت، واقع و نفس الامر و عینیت خارجی است، در حالی که مقام اثبات مرحله اقامه بینه و به ثبوت رساندن ادعا است.» (محقق داماد، ۱۳۶۹، ۵۰)

علاوه بر اینکه عبارت «به ثبوت رساندن» اصطلاح درستی به نظر نمی‌رسد؛ عبارت عینیت خارجی هم با توجه به تقابل آن با امور اعتباری، تخصیص ثبوت به عالم مادی است: در حالی که به نظر می‌رسد ثبوت هم عالم اعتبار و هم عالم واقع را دربر می‌گیرد.

در تعریفی دیگر گفته شده است که:

ثبوت در اصطلاح اشاره است به وجود هر چیز در واقع و نفس الامر صرف نظر از علم و جهل انسان و مرحله علم به چیزی را مرحله اثبات آن چیز می‌نامند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ۱۸۷)

انحصار اثبات به علم، منطقی نیست؛ چه حاصل اثبات ممکن است ظن نیز باشد؛ مگر آنکه علم را اعم از قطع و ظن بدانیم. با این حال به نظر می‌رسد تلاش برای علم یافتن تعریفی مناسب‌تر برای اثبات باشد؛ حال حاصل این تلاش ممکن است علم یا ظن باشد یا جهل و شک.

با این حال به نظر می‌رسد جامع‌ترین تعریف از ثبوت، تعریف بالا باشد. از این رو ثبوت واجد ویژگی‌های زیر است:

- ماهیت ثبوت اعم است از اینکه حکم باشد یا موضوع؛ قانونی که مقنن انشاء می‌نماید یا موضوعی (عمل یا واقعه حقوقی) که در جهان خارج واقع می‌شود، ثبوت نامیده می‌شود.
- ثبوت عالم واقع است، اما واقع در اینجا تنها به معنی جهان طبیعت نیست؛ بلکه امور اعتباری و بلکه انتزاعی را نیز دربر می‌گیرد. (برای تعریف امور اعتباری ر.ک.: مظفر، ۱۳۸۵، ۹۱؛ طباطبایی، ۱۳۵۸، ۵۲؛ شهیدی، ۱۳۸۴، ۳)
- ثبوت در جهان خارج از ذهن ما قرار دارد؛ یعنی حیات ثبوت بسته به علم یا جهل ما نیست؛ ثبوت حتی اگر به آن علم پیدا نکنیم باز هم وجود دارد.
- ثبوت مقدم بر اثبات است. به این دلیل ساده که ابتدا باید امری واقع شود تا سپس دنبال علم به وقوع آن باشیم.
- اثبات را نباید جزئی از ثبوت برشمرد. ثبوت مرحله‌ای در عالم خارج است و اثبات مرحله‌ای در وجود یک فرد که به دنبال راه یافتن به مرحله ثبوت است. پس این دو مرحله جدا از هم هستند، راست است که هدف از اثبات، راهیابی به ثبوت است اما این به معنای دخول اثبات در ثبوت نخواهد بود. (میرشکاری، دی ۱۳۸۵، ۳)^۱

ب) مفاهیم مشابه

۱. عندالله

در فقه جدا از اصطلاح ثبوت،^۲ اصطلاحات دیگری می‌توان یافت که به نظر می‌رسد معادل ثبوت باشند. از جمله این اصطلاحات عبارت «عندالله» است. برای مثال علامه حلی در مبادی

۱. در پایان این قسمت خالی از فایده نخواهد بود که بگوییم قانون‌گذار مسامحه کار گویا هنوز هم متوجه موارد کاربرد این دو نشده است. برای نمونه بنگرید به موارد زیر: نمونه‌هایی که بی‌اعتباری فرض عاقل بودن مقنن را نشان می‌دهد: عنوان فصل دوم از باب اول (حد زنا) از کتاب دوم (حدود) قانون مجازات اسلامی «راه‌های ثبوت زنا در دادگاه» است در حالی که در آن فصل تنها از راه‌های اثبات جرم فوق پرداخته است؛ عنوان فصل دوم از باب دوم (حد لواط) از کتاب دوم (حدود) که نامتناسب با مواد مندرج در آن است؛ ماده ۱۲۸ همان قانون: «راه‌های ثبوت مساحقه در دادگاه همان راه‌های ثبوت لواط است.» ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی: «هرگاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل ذی‌حق بودن طرف او باشد، دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست.» ماده ۳۲۰ قانون تجارت: «دارنده هر سند در وجه حامل مالک و برای مطالبه وجه آن محق محسوب می‌شود، مگر در صورت ثبوت خلاف...»

۲. در کتب فقهی از اصطلاح ثبوت و اثبات استفاده شده است. (قوانین الأصول، میرزا قمی، ص ۸۴؛ بدایة الوصول فی شرح کفایة الأصول، الشیخ محمد طاهر آل الشیخ راضی، ج ۱، ص ۵۲؛ کتاب الحج، خوبی، ج ۲، ص ۱۵۲؛ منتهی الدرایة، شوشتری، ج ۶، ص ۴۸۴؛ معجم رجال الحدیث، خوبی، ج ۱، ص ۲۰)؛ با این حال با استقرایی که به عمل آمد مشخص شد که به کارگیری این دو اصطلاح در معنای دقیق و استفاده از آنها در مباحث مختلف در اثر یکی از فقها

الوصول در مبحث واجب تخییری عقیده‌ای را نقل و سپس نقد می‌کند به این مضمون که در واجب تخییری هم به مانند واجب عینی تنها یک واجب وجود دارد و این واجب عندالله معین است و تنها برای ما مکلفین غیرمعین است. (علامه حلی، ۱۴۰۴، ۱۰۳؛ شهید ثانی، ۱۰۱۱، ۷۲) به عبارت دیگر ثبوتاً یک واجب وجود دارد اما برای ما علم به آن وجود ندارد.

در یکی دیگر از کتب فقهی به تشابه عندالله با ثبوت بهتر می‌توان پی برد:

«إذا وجد مع زوجته رجلاً یزنی، فله قتلها (یعنی: عندالله تعالی یجوز له قتلها) و لا اثم علیه و فی الظاهر: ولكن مع عدم قدرته علی إثبات ذلك شرعاً و ظاهراً) علیه القود (أی: القصاص (الولی) ولی المقتول)» (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۹۴۰. عبارات داخل پرانتز از سیدصادق شیرازی در پاورقی کتاب مذکور است).

چنانکه ملاحظه می‌شود نویسنده فوق جواز قتل را در مورد فوق، ثبوتاً پذیرفته است و به تعبیر خودش عندالله قتل هر دو جایز است صرف نظر از اینکه بتواند مشروع بودن قتل را اثبات کند یا خیر، اما اگر نتواند اثبات کند، شرعی و ظاهری قتل مرد جایز خواهد بود.^۱

۲. حکم واقعی

از این جهت که حیات ثبوت به علم یا جهل افراد وابسته نیست؛ تعریف ثبوت به تعریف اصطلاح «حکم واقعی» نزدیک به نظر می‌رسد؛ چه «حکم واقعی عبارت است از حکم شرع در هر قضیه‌ای بدون توجه به علم و جهل مکلف که ممکن است بدان پی ببرد و ممکن است پی نبرد.» (محمدی، ۱۳۸۳، ۲۹۹؛ کاظمی، فواید الأصول، ۱۴۰۹، ۴۵۶؛ رشتی، بدایع الافکار، ۱۳۱۳، ۱۶۰) بنابراین در مورد حکم واقعی حکم در عالم واقع وجود دارد و لو آنکه مکلف به آن علم نیابد. (مظفر، علامه محمدرضا، ۱۳۸۵، ۶؛ صدر، ۱۴۱۷، ۱۵۷) توجه به این نکته لازم است که حکم ظاهری در طول حکم واقعی است و از حیث رتبه مؤخر از آن است، بنابراین با کاشف شدن حکم واقعی به کنار می‌رود.

نمود فراوانی دارد. ایشان، به کرات در کتاب خود، به مسائل مختلف از دو بعد ثبوت و اثبات نگریسته است. ر. ک.: خمینی، سیدمصطفی، (۱۳۵۶)، تحریرات فی الاصول، مؤسسه نشر آثار امام، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۲۵۰ (مبحث واجب اصلی و تبعی)؛ و نیز همان، ج ۵، ص ۱۶۳ که در دو مقام ثبوت و اثبات به بررسی حصر می‌پردازد.
۱. البته نگارنده در تطابق همیشگی عبارت مورد بحث با واژه ثبوت تردید دارد؛ برای دیدن مصداقی از این عدم تطابق به عبارات زیر توجه کنید: «ما رواه محمد بن مسلم بن الصحیح، عن الصادق... فقال: کل من سرق من مسلم شیئا قد حواه وأحرزه فهو یقع علیه اسم السارق وهو عندالله السارق، ولكن لا یقطع إلا فی ربع دینار أو أكثر» العلامة الحلی، مختلف الشیعة، مؤسسه النشر الإسلامی، ج ۱، ۱۴۱۹، ج ۹، ص ۲۱۴.

با این حال باید به این نکته توجه داشت که ثبوت عام است و شامل هر حکم یا موضوعی خواهد شد؛ در حالی که حکم واقعی تنها مختص احکام است.

۳. وجود در منطق

هر شیء از لحاظ منطقی دارای ۴ وجود است: دو وجود حقیقی و دو وجود اعتباری.

۱. وجود خارجی: مانند وجود هر کس برای خود از قبیل افراد انسان؛
۲. وجود ذهنی: عبارت است از علم ما به اشیای خارجی و مفاهیم و علوم دیگر. نقش بستن صور اشیاء در ذهن را وجود ذهنی گویند که همان علم است.
- این دو نوع وجود حقیقی اند زیرا وجود آنها قراردادی و اعتباری نیست.
۳. وجود لفظی؛

۴. وجود کتبی. (مظفر، محمدرضا، ۱۳۷۷، ۴۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۸، ۳۵۰؛ قیصری رومی، محمد داوود، ۱۳۷۵، ص ۶۶؛ شروانی وعبادی، حواشی الشروانی، ۴۴۴؛ عبد الهادی الفضیلی، خلاصه علم الکلام، ۴۶؛ شیرازی، صدرالدین محمد، ۱۹۸۱، ۵۸ - ۵۹؛ طباطبایی، ۱۴۱۲، ۳۵)

صرف نظر از دو وجود لفظی و کتبی، دو وجود خارجی و ذهنی می تواند مرادف تقریبی ثبوت و اثبات باشند. با این حال نباید این نکته را از نظر دور داشت که علمای منطق برای علم ما به اشیای خارجی، وجودی متمایز از خود وجود خارجی شی قائل شده اند، در حالی که به عقیده نگارنده برای اثبات نمی توان وجود مستقل در نظر گرفت.

۴. نومن و فنومن

به عقیده کانت واقعیات خارجی دو ساحت دارند:

۱. ساحتی از شیء که برای قوای ادراکی ما ظاهر می شود؛
۲. ساحتی از شیء که برای ما نمایان نمی شود.

بر اساس نظر کانت اگر ما شهود عقلی داشتیم می توانستیم نومن را درک کنیم، ولی هرگز ما تجربه ای از ادراک غیرحسی نداریم، اما این امر را نیز می دانیم که واقعیتهای در خارج، مستقل از ما به نام واقعیت نومن وجود دارد که علت واقعیات پدیداری است. (Stumpf, Samuel,)

(enoch, Socrates, 1998, p. 309)

بند دوم - تردید در وجود حقوقی ثبوت

در قسمت قبلی با مفهوم ثبوت آشنا شده و جایگاه آن را در کنار مفاهیم مشابه دیدیم، اما آنچه در این قسمت خواستار بررسی آن هستیم، مسئله تردید در وجود حقوقی ثبوت است. در واقع این سؤال باید مطرح و به آن پاسخ داده شود که آیا برای یک نهاد حقوقی که در عالم ثبوت به وجود آمده است، اما اثباتاً شناخته نشده، می توان وجود حقوقی قائل شد یا خیر؟ در واقع اگر نهادی اثبات نشود باز هم با صحبت از آن فایده ای بر می خیزد؟ و به عبارت بهتر آیا برای ثبوت می توان وجود حقوقی متمایز از اثبات قائل شد؟ در این قسمت از دو دیدگاه مختلف به بررسی این سؤال خواهیم پرداخت.

الف) دیدگاه اول: تردید در وجود ثبوت

ثبوت از دو جهت مورد اشکال قرار گرفته است:

اول آنکه ثبوت بدون علم بشر بی اثر است؛ چه جریان آثار نهادهای حقوقی متوقف بر این است که افراد بشر به آن علم پیدا کنند و سپس با توجه به علم به دست آمده به آن اثر بخشند.^۱ برای مثال فرض کنیم وصیتی انشاء شده است و مدتی طولانی از انشاء آن می گذرد و موصی فوت می نماید و هیچ کس از وقوع وصیت مطلع نیست، آیا از این وصیت که در عالم ثبوت شکل گرفته است اثری بر می خیزد؟ مسلماً خیر. پس می بینیم که ثبوت بدون اضافه شدن علم بشر به آن (یعنی بدون اثبات) بی اثر است.

در جواب بی اثر بودن ثبوت بدون اثبات می توان گفت که این امر به معنای بی اهمیتی خود ثبوت نیست؛ ثبوت اثر خود را خواهد داشت دلیل این امر هم این است که در همان مثال وصیت بعد علم به وقوع وصیت با توجه به ماهیت وصیت (ایقاع) آثار آن از زمان وصیت خواهد بود نه از زمان علم به تحقق وصیت. (میرشکاری، عباس، ۱۳۸۴، ۱۹)

۱. امامی، ج ۶، بهار ۱۳۶۴، ص ۳: «کسی که دعوی حقی بر دیگری می نماید هر گاه به وسیله یکی از ادله اثبات نشود آن حق ارزش خود را از دست می دهد، زیرا نمی توان حمایت از آن را از هیئت حاکمه خواست این است که می توان دلیل را تکمیل کننده حق نامید یا به عبارت دیگر گفت که ارزش حق منوط به وجود دلیل است.» در نظری پیشروتر، وجود ثبوت نادیده انگاشته شده است و تنها اثبات در معرض توجه قرار می گیرد: چنانکه برخی همین عقیده را در تفسیر متن دارند که این تفسیر متن است که وجود دارد نه خود متن: Jarkko tonnt, right and prejudice, ashgate, England, 2003. p. 39.

دوم آنکه ثبوت امری واحد محسوب نمی‌شود؛ بلکه ثبوت با توجه به افرادی که برای آنها اثبات می‌شود تعدد می‌یابد.^۱ برای بررسی این موضوع (نبود وحدت ثبوت) لازم است به دو دیدگاه متعارض در فقه توجه شود:

اولین مکتب، مکتب مصوبه است که اعتقاد داشتند که نظر هر صاحب‌نظری حکم واقعی خداست و باید طبق آن عمل شود. بنابراین اگر در یک مسئله پنج نظر مخالف وجود داشته باشد، هر پنج نظر عین صواب و واقع است. (مظفر، اصول، ج ۱، ص ۶: «و لکن هذا معناه التصویب الی المعترزله ای ان احکام الله تعالی تابعه لاراء المجتهدين...») و در واقع حکم خداوند از ظن مجتهدان پیروی می‌کند: به عبارت دیگر تصویب یعنی اعتقاد بر اینکه آنچه مجتهد به وسیله اجتهادش بدان می‌رسد همان حکم الله است. (میرزا قمی، ۱۳۷۱، ۱۳؛ محمدجواد مغنیه، ۱۳۹۹، ۸۴)

دومین مکتب تخطئه نام دارد که معتقد است در هر مسئله به فرض که از جانب صاحب‌نظران نظرهای مختلفی ارائه شده باشد، فقط یکی صواب است و باقی خطا محسوب می‌شوند. بر اساس این نظر حکم واقعی، یکی است که وجودی ممتاز از اجتهاد دارد. (مشکینی، ۱۳۷۱، ۹۸) در طرفداری از این عقیده گفته شده است که اجتهاد و استنباط حکم (اثبات) فرع بر وجود حکم (ثبوت) است، پس معقول نیست که اصل تابع فرع باشد. اغلب متکلمان طرفدار نظریه نخست و بیشتر فقهای اهل سنت و همه امامیه طرفدار نظر دوم هستند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱۷، همان، ۱۳۸۲، ۸۰)

به نظر نگارنده بحث ذکر شده در بالا قابل مقایسه با تفکرات اهل کلام در مورد عدالت الهی است. از نظر اشاعره هر فعلی در ذات خود نه عدل است و نه ظلم و به این معنی که در عالم ثبوت چیزی به منزله شر یا خیر وجود ندارد و هر فعلی از آن جهت عدل است که فعل خداست. بنابراین صفت عدل، منتزع است از فعل خداوند، بنابراین هر چه او بکند عین صوابست و محض خیر،^۲ اما

۱. داستان پیل در تاریکی در مثنوی فرا یاد می‌آید؛ پیل در آن داستان برای هر یک از افرادی که در پی شناخت آن بودند به ظاهری متفاوت جلوه‌گر می‌شد: حافظ اما بر اساس مشرب خاص خود می‌گوید:

«جنگ هفتاد و دو ملت همه را عذر بنه چون ندیدند حقیقت ره افسانه زدند»

دو نکته در این شعر مشهود است: نکته اول آنکه، حقیقت، واحد است و نکته دوم آن است که حقیقت همچون حکم واقعی است و افسانه چون حکم ظاهری که تنها سبب معذور شدن فرد از عقاب می‌گردد.

۲. به تعبیر شیخ محمود شبستری «ز نیکو هر چه صادر گشت نیکوست» مبنای قرآنی این عقیده نیز آیه ۲۳ سوره انبیاء است که می‌فرماید: «لا یستل عما یفعل و هم یسالون» برای مطالعه بیشتر ر.ک.: کیمیای سعادت، ج ۱، ص ۱۲۸-در خلاصه شرح تعرف کلابادی (ص ۱۲۱ و ۱۲۲) می‌خوانیم: نبینی که چون کشتن گوسفند بی‌گناه امر است نیکوست و کشتن جهود و ترسا و کافر مذهبی چون نهی است زشت است اینجا با جنایت کفر کشتن زشت آمد و آنجا بی‌جنایتی کشتن نیکو آمد، فرق نیست مگر امر و نهی» در شرح گلشن راز لاهیجی (به نقل از مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام ص ۱۱۹) آمده است: «هولاء فی الجنة و لا ابالی بمعصیتهم و هولاء فی النار و لا ابالی بطاعتهم»

در مقابل معتزله اعتقاد دارند که حسن و قبح اشیاء ذاتی است نه به اعتبار حکم خداوند. پس عدل در ذات نیک است و ظلم در ذات زشت است و خداوند نیز به این گونه از نوامیس پایبند است.^۱ به این ترتیب خیر و شر در عالم ثبوت وجود حقوقی مستقل دارند.

علاوه بر این دو ایراد، گاهی خود قانون گذار هم ثبوت را نادیده می‌گیرد. برای مثال عنوان فصل سوم از باب اول از کتاب اول جلد اول قانون مدنی «در اموالی که مالک خاص ندارد» است. در بیان مصادیق اموال بدون مالک، ماده ۲۸ از اموال مجهول المالک سخن می‌گوید. در حالی که می‌دانیم این نوع مال در عالم ثبوت دارای مالک است اما چون برای ما ناشناخته است و نمی‌توانیم مالک را اثبات کنیم قانون گذار عالم ثبوت را نادیده گرفته و مال مجهول المالک را در ردیف اموال بدون مالک قرار داده است. این مورد می‌تواند نشانه‌ای بر این امر باشد که از نظر مقنن آنچه اهمیت دارد اثبات است نه ثبوت.^۲

مورد دیگری که قانون گذار بی توجهی خود را به وجود عالم ثبوت نشان داده است، بند ۱ ماده ۹۷۶ قانون مدنی است. در حالی که از لحن بند ۱ به خوبی برمی‌آید که حکم آن حکمی اثباتی است در بندهای بعدی قانون گذار از احکام ناظر به عالم ثبوت سخن می‌گوید؛ یعنی قانون گذار هم تفکیک میان عالم ثبوت و اثبات را چندان محکم و دقیق ندانسته است.

در فقه نیز برخی از عقاید می‌تواند مؤید اهمیت اثبات باشد. چنانکه بر اساس نظری مشهور، هر کس که به قضات جور رجوع کند به صرف رجوع و بدون نیاز به اخذ محکوم به (محقق اردبیلی، ۱۳۶۴، ۶۸۷) جدا از آنکه از نظر عبادی عاصی و فاسق دانسته شده، از نظر فقهی نیز مستحق اخذ محکوم به نیست؛ هر چند که قاضی فوق به حقی حکم داده باشد که در عالم ثبوت نیز وجود داشته باشد (محمدسعید الحکیم، مصباح المنهاج، ۱۶۴؛ محقق اردبیلی، ۱۳۶۴، ص ۶۸۷) برای اینکه با حکم طاغوت که حق حکومت ندارد، حق خود را اخذ کرده است. (شاکری، ۱۳۱۸، ص ۱۳۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ص ۱۳؛ شهید ثانی، شرح اللمعه، ج ۳، ص ۶۶؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج ۴۰، ص ۳۱؛ شهید ثانی ۱۴۱۴، ۱۱۰؛ محقق اردبیلی، بی‌تا، ۶۸۷؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ص ۴۸۱)

۱. استاد مطهری، عدل الهی، ص ۵۰-۵۲.

۲. در مورد تبویب قانون مدنی هم به قطع و یقین نمی‌توان نتیجه گرفت که عنوان یک باب ماهیت موضوعات مندرج در آن باب را مشخص می‌سازد. از جمله مثال‌های نقض قاطعیت تبویب در تعیین ماهیات، وجود مواد ۱۱۲۸ و ۱۱۲۹ قانون مدنی با موضوع طلاق در فصلی با عنوان در موارد امکان فسخ نکاح است؛ یعنی درج مال مجهول المالک در فصل اموال بدون مالک دلالت بر این نمی‌کند که این مال واقعاً مجهول المالک است. بنابراین به قاطعیت نمی‌توان ذکر مال مجهول المالک را در فصلی با عنوان «در اموالی که مالک خاص ندارد» دلیل بر نشناختن ثبوت توسط مقنن دانست.

این نکته می‌تواند مؤید اهمیت فرایند اثبات در وجود ثبوتی نهادهای حقوقی باشد؛ به عبارت دیگر اثبات یک پدیده باید از طریق پذیرفته شده صورت بگیرد. رعایت نمودن این طریق در نهایت سبب خواهد شد که وجود ثبوتی حق نیز زیر سوال رود.

(ب) دیدگاه دوم: اعتقاد به وجود ثبوت

حقوق در پی ترتیب اثر دادن به نهادی حقوقی است که در عالم خارج ایجاد شده است. بنابراین در این مسیر نیازی نیست که به اثبات آن نهاد حقوقی اصالت داده شود. در واقع اثبات نه با عنوان یک مرحله بلکه از تبعات ثبوت تلقی می‌شود؛ چه ما با فرض ثبوت یک نهاد است که در پی اثبات آن هستیم. بنابراین ارزش اثبات تنها در حد شناخت ثبوت است: در نتیجه ثبوت مقامی فراتر از اثبات می‌یابد. به نظر نگارنده ثبوت در نظام حقوقی ایران تأثیر بیشتری داشته است تا اثبات؛ از همین رو است که معتقدیم نظام حقوقی ایران نظامی ثبوت‌گراست؛ یعنی نظامی که توجه خود را معطوف به عالم ثبوت می‌نماید. در این قسمت به بررسی دیدگاهی خواهیم پرداخت که برای ثبوت وجود حقوقی مستقل از اثبات قائل است.

(ب) ۱. نبود نیاز به اثبات برای وجود و ترتب آثار ثبوت

می‌توان مواردی را یافت که یک نهاد بدون نیاز به اثبات وجود دارد یا اجرا می‌شود. این موارد در زیر می‌آید، اما نکته مهم آنکه قصد نگارنده از این احصاء، حصر مواردی نیست که می‌توان حق را بدون نیاز به اثبات اجرا کرد.

نکته دیگر آنکه بدیهی است در موردی که طرفین یک حق در وجود آن تردید و اختلاف ندارند بدون آنکه نیازی به اثبات باشد می‌توان حق را اجرا نمود، اما از حق نمی‌توان گذشت که این مورد از عالم حقوق خارج است. زیرا فلسفه وجودی حقوق در موردی مطرح می‌شود که نتوان به صلح و سازش مسائل را حل کرد.

اول – اشتراک احکام میان عالم و جاهل

در فقه، بحث «اشتراک احکام میان عالم و جاهل» می‌تواند برای استناد در بحث حاضر مطرح نظر قرار بگیرد و به تعبیری، مدافع وجود حقوقی ثبوت باشد که در این قسمت به آن خواهیم پرداخت. یکی از قواعد مورد اجماع امامیه این است که حکم خدا برای موضوع در واقع ثابت است. خواه مکلف به حکم علم داشته باشد و خواه نداشته باشد؛ در هر حال مکلف به آن حکم

است. به این ترتیب علم مکلف نه از شرایط وجودی حکم که شرط تنجز حکم محسوب می‌شود؛ به این گونه که علم به حکم و مخالفت با آن سبب استحقاق عقاب و در صورت جهل سبب معذور بودن است. (شیرازی، ۱۴۰۹، ۷؛ خویی، ۱۴۱۱، ۱۸؛ أنصاری، ۱۴۲۰، ۳۰۹؛ روحانی، ۱۴۱۲، ص ۸۰؛ روحانی، المسائل المستحدثة، ص ۱۴۸؛ سیدالمصطفوی، ۱۴۱۷، ص ۴۵: «ان ذکر الدلیل علی اعتبار قاعدة الاشتراك كان من باب العمل بسيرة المحققين والاهذه القاعدة لا تحتاج الى الاستدلال، لانها من ضروریات الفقه»؛ عراقی، ۱۴۰۵، ص ۴۸۸؛ کاظمی، ۱۴۰۹، ۱۶۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۳؛ الموسوی البجنوردی، منتهی الاصول، ج ۲، ص ۱۴؛ نهایی الافکار، تقریر بحث آقا ضیاء، للبروجردی، ج ۳، ص ۴۸۸؛ مظفر، اصول الفقه، ج ۳، ص ۳۴، ۳۵: «قام اجماع الامامیة علی ان احکام الله تعالی مشتركة بین العالم والجاهل بها.»؛ محاضرات فی اصول الفقه، تقریر بحث الخویی، للفیاض، ج ۲، ص ۲۷۴؛ المحکم فی اصول الفقه، حکیم، ۱۴۱۴، ۳۶؛ قمی، ۱۴۱۹، ص ۱۱۷؛ روحانی، ۱۴۱۲، ص ۹۳؛ معتمد الاصول، مؤسسه نشر آثار امام خمینی، ص ۳۹۵: «دلیل اشتراك الاحکام بین العالم والجاهل هو اطلاقات الكتاب والسنة، ولا احتیاج الی التماس دلیل اخر.»؛ منتهی الدراییه، الشوشتری، ج ۱، ص ۴۷۹)

در مقابل این عقیده صاحب کفایه قرار دارد که علم را علت تامه حکم می‌داند. در این نظر حکم خدا فقط برای عالم ثابت است پس در حق کسی که علم به حکم ندارد حکمی وجود ندارد. (اصول مظفر، ج ۲، ص ۶۵، ۶۷)

دوم - تقاص

به طور اجمالی می‌توان گفت که زمانی که وصول حقی، به طور متعارف متعذر باشد هر فردی که از وجود این حق مطلع باشد، بدون محدودیت در نوع مال من علیه الحق می‌تواند احقاق حق نماید. (المحقق النراقی، ۱۴۱۹، ص ۴۶۲؛ یزدی، الغایه القصوی، ج ۲، ص ۳۹۷، ۳۹۸؛ شهید ثانی، رسائل، ص ۲۷۹، ۲۸۰؛ الکلایگان، ۱۴۱۰، ص ۳۱۰؛ ۵۲۰؛ محقق بحرانی، الحدایق الناضره، ج ۲۰، ص ۳۹۷)

حال ممکن است این عدم امکان وصول حق به دلایل مختلفی باشد از جمله آنکه طرف حق تقاص ممکن است اصل حق را انکار کند، (شهید ثانی، شرح اللمعه، ج ۴، ص ۵۳، ۵۵؛ حواشی الشروانی، الشروانی و العبادی، ج ۵، ص ۲۳۸، ۲۳۹؛ الشاهرودی، مستدرک سفینه البحار، ج ۳، ص ۴۱۴، ۴۱۵؛ محقق سبزواری، کفایه الاحکام، ج ۲، ص ۶۸۸، ۶۸۹؛ الفاضل الهندی، کشف

اللتام، ج ۱۰، ص ۹۷، ۹۸) یا آنکه به‌رغم تأیید از پرداخت و ادای آن ملاحظه نماید، (یزدی، العروۃ الوثقی، ج ۶، ص ۷۲۸، ۷۳۱؛ ابن ابی جمهور، الاقطاب الفقهیه، ص ۶۷) یا ادعای سقوط حق نماید یا آنکه صاحب حق توان اثبات حق خود را نداشته باشد. (یزدی، العروۃ الوثقی، ج ۲، ص ۲۱۴؛ گیلانی، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، ج ۲، ص ۱۹۳؛ محقق حلی، الرسائل التسع، ص ۲۵۴ - ۲۵۵)

در نتیجه شرایط بالا می‌توان نسبت به حق عینی یا دینی من علیه الحق اعمال تقاص نمود. (السیدالیزدی، لعروه الوثقی، ج ۶، ص ۷۱۵، ۷۲۱؛ ابن طی الفقعی، الدر المنضود، ص ۲۸۱) با این حال برخی اعتقاد دارند تقاص تنها در رابطه دو حق دینی امکان‌پذیر است. (محبی‌الدین النووی، روضۃ الطالبین، ج ۵، ص ۲۶۳؛ حواشی الشروانی، الشروانی والعبادی، ج ۵، ص ۲۳۸، ۲۳۹)

اگر حق، عینی باشد و گرفتن مال مورد حق بدون مشقت ممکن باشد، مالک می‌تواند مال خود را بگیرد؛ در این صورت تقاص از مال دیگری از مدیون جایز نخواهد بود، اما اگر امکان دستیابی به خود مال ممکن نباشد، تقاص از مال دیگری از مدیون ممکن خواهد بود. (یزدی، العروه الوثقی، ج ۶، ص ۷۱۵ - ۷۲۱؛ خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۳۶، ۴۳۷) برای مثال اگر (الف) مال (ب) را غصب کرده باشد و سپس مال (الف) در دست (ب) به عنوان امانت قرار بگیرد (ب) می‌تواند از مال امانت داده شده به همان مقدار مال خود به عنوان تقاص بردارد، (بهبخت، توضیح المسایل، ص ۳۷۰) اما اگر حق دینی باشد محدودیتی در نوع مال مورد تقاص وجود ندارد. برای مثال اگر فرزندی نسبت به پرداخت نفقه مادر خود اقدام نکند، مادر می‌تواند از مال فرزند خود با عنوان تقاص حق نفقه خویش استفاده کند. (شهید اول، دروس، ج ۳، ص ۱۶۹)

با دقت در شرایط بالا مشخص می‌شود که از نظر فقها وجود یک نهاد حقوقی در عالم ثبوت به این دلیل که اثبات شدنی نیست، زیر سؤال نمی‌رود. چه نسبت به حقی می‌توان اعمال تقاص کرد که آن حق در عالم ثبوت وجود داشته باشد و از لحاظ حکمی نیز تردیدی در مشروعیت آن نباشد، اما در موضوع ممکن است این حق مورد اختلاف باشد؛ برای صاحب حق دلیلی برای اثبات حق خود ندارد، (حواشی الشروانی، الشروانی والعبادی، ج ۵، ص ۲۳۸، ۲۳۹) اما اصل حق در حکم نباید مورد اختلاف باشد و نسبت به حقوقی که بدین شکل مورد اختلاف هستند نمی‌توان حق تقاص را اعمال کرد. چه این اختلاف ناظر به اصل حق باشد چه ناظر به محدوده آن. دلیل این امر این است که هدف تقاص دفاع از حق مشروع افراد است، اما حقی که نسبت به آن اختلاف حکمی وجود دارد را نمی‌توان حقی مشروع دانست. بنابراین ابتدا باید این اختلاف حکمی از بین برود تا بتوان نسبت به اعمال تقاص اقدام نمود.

جدا از مستندات و دلایل قرآنی و روایی که برای توجیه حق تقاص بیان شده است،^۱ در مقام بیان مبنا می‌توان گفت از آنجا که فقها اعتقاد دارند هر حقی صرف نظر از آنکه به اثبات برسد یا نه موجود تلقی می‌شود؛ پس نه تنها برای اجرای یک حق نیازی به اثبات نیست و در فرضی که اخذ حق با رجوع به حاکم مشروع و با دلیل کافی امکان‌پذیر باشد امکان تقاص پذیرفته شده است، (الحدایق الناضره، محقق بحرانی، ج ۲۰، ص ۱۸۵، ۱۸۷؛ الدر المنضود، ابن طی الفقاعانی، ص ۲۸۱؛ تحریر الوسيله، خمینی، ج ۲، ص ۴۳۷) حتی نسبت به حقی که در عالم ثبوت وجود داشته باشد، اما اثبات نشده است می‌توان برای استیفای آن حق اقدام به تقاص نمود. (شهید ثانی، شرح اللمعه، ج ۲، ص ۴۷ - ۵۰؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱، ص ۴۱۷، ۴۲۰؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۴، ص ۴۴۹ سؤال و جواب، یزدی، ص ۲۸۱؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۳، ص ۳۸۳ - ۳۸۵، محقق بحرانی، ج ۲۲، ص ۵۸۴ - ۵۸۷، گلبایگانی، ج ۲، ص ۸۷؛ گلبایگانی، ج ۱، ص ۵۶۴ - ۵۶۵)

با این حال ممکن است گفته شود که در فقه اعتقاد بر آن است که تقاص گیرنده باید نسبت به دو مورد زیر علم داشته باشد تا بتواند به اعمال حق تقاص بپردازد:
اول، علم به ثبوت حق خود داشته باشد.^۲

دوم: علم به نبود امکان وصول حق خود به طریق متعارف داشته باشد. (گلبایگانی، ج ۲، ص ۲۸۴) در صورتی که علم به این دو امر نداشته باشد تقاص جایز نخواهد بود.

به این ترتیب، صرف وجود یک نهاد در عالم ثبوت کافی برای تحقق تقاص نیست، بلکه علم به وجود یک حق در عالم ثبوت توسط تقاص گیرنده شرط است. به این ترتیب وجود حقی که به

۱. عروه الوثقی، یزدی، ج ۶، ص ۷۱۵ - ۷۲۱. در این مورد به سوره بقره، آیه ۱۹۴ (فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم) و سوره نحل، آیه ۱۲۶ (فاعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) اشاره شده است. در مورد اخبار نیز به صحیحه حضرتی استناد شده است که آن حضرت در مورد مدیونی که از ادای دین امتناع می‌نماید، جواز تقاص را پذیرفته است. برای مطالعه بیشتر ر.ک.: مستند الشیعه، المحقق النراقی، ج ۱۷، ص ۴۴۷ - ۴۵۱.

۲. جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۴، ص ۴۴۹ سؤال و جواب، یزدی، ص ۱۷۷، ۱۷۹؛ آنچه مسلم است این است که با علم قطعی می‌توان اعمال تقاص نمود، اما اگر علم فرد بر اثر اصول عملیه ایجاد بشود (برای مثال استصحاب وجود حق در صورت ادعای وفای به آن توسط مدیون) برخی از فقها از آنجا که ظاهر اخبار را تنها مختص به حالت علم قطعی فرد می‌دانند در حالتی که علم فرد با توسل به اصول عملیه حاصل شده باشد تقاص را جایز ندانسته‌اند. (عروه الوثقی، یزدی، ج ۶، ص ۷۲۱، ۷۲۸) البته برخی از فقها میان راه‌های حصول علم نیز تفاوت می‌گذارند به این گونه که اگر سبب علم فرد اقرار باشد و لو آنکه حاکم حکم نکند تقاص جایز است، اما در مورد بیته حتما باید حکم حاکم باشد (مستند الشیعه، المحقق النراقی، ج ۱۷، ص ۱۷۰؛ ریاض المسائل، سید علی الطباطبایی، ج ۱۳، ص ۸۳) با این حال اگر بعد تقاص خطای تقاص گیرنده (حکما یا موضوعا) اثبات شود نه تنها واجب است که ماخوذ را رد کند بلکه باید به تقاص شده خسارت نیز بپردازد. (عروه الوثقی، یزدی، ج ۶، ص ۷۲۱، ۷۲۸ توضیح المسائل، الشیخ المنتظری، ص ۵۱۸، ۵۲۰)

استناد آن تقاص اعمال می‌شود باید در نزد تقاص گیرنده به اثبات رسیده باشد. به این تعبیر صرف وجود ثبوتی یک حق کافی نبوده و اثبات آن ضروریست.

در جواب باید گفت که منظور از اثبات، تلاش برای علم یافتن به واقع توسط مرجعی بی‌طرف است. به این ترتیب علم یافتن فرد ذی‌نفع نمی‌تواند اثبات تلقی شود.^۱

همچنین در نقدی دیگر می‌توان گفت که به دلیل تغایر تقاص با اصل تسلیط مالک بر ملک خود و منع اخراج مال از تصرف مالک (محقق بحرانی، ج ۲۳، ص ۲۸۱؛ ماده ۳۱ ق.م.) در تعارض این نهاد با نظم عمومی جامعه تردیدی نیست؛ بنابراین از آنجا که حفظ نظم عمومی به عنوان یکی از مهمترین اهداف حقوق امروز تلقی می‌شود، پرداختن به نهادی متعارض با این هدف و بیان آن برای اثبات وجود مستقل ثبوت جالب نیست.

در جواب می‌توان گفت که بدیهی است وجود تقاص به منزله دادگستری خصوصی تلقی شده و با ویژگی‌های یک نظام حقوقی پیشرفته سازگار نیست، اما حتی امروزه نیز نمی‌توان وجود دادگستری خصوصی را در حقوق ایران نادیده گرفت. چه نه تنها رگه‌هایی از توجه به این نهاد حقوقی در قانون مجازات اسلامی و آرای دیوان عالی کشور یافت می‌شود؛^۲ هنوز در نظام حقوقی ما مواردی وجود دارد که دادگستری خصوصی را مشروع می‌نماید: ماده ۱۳۱ قانون مدنی از نمونه‌های همین مشروعیت بخشی است.^۳

حق حبس در معاملات نیز از بقایای تقاص تلقی می‌شود.^۴ در برخی موارد نظیر دفاع مشروع (العطار، داوود، دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام، ص ۲۶۵)، کشتن مهدور الدم یا مورد مذکور

۱. این سخن (لزوم علم مرجع بی‌طرف) با آنچه در مورد اشتراک احکام گفته شد در تضاد نیست؛ چه در بحث اشتراک احکام میان عالم و جاهل نیز، حکم (ثبوت) در عالم واقع وجود دارد و علم مکلف (که ذی‌نفع بوده و بی‌طرف محسوب نمی‌شود) در وجود حکم بی‌تأثیر است.

۲. دیوان عالی کشور برداشتن مال غیر را به قصد استیفاء حق خود و تلافی، سرقت ندانسته است و حکم به براءت داده است: دادنامه تنفیذی ۴۸۶ - ۷۰/۱۱/۲۶ و نیز حکم شماره ۲، ۳۷/۱۰/۵۷۰۲، شعبه ۸ دیوان: بازگیر، سرقت جعل و... در آرای دیوان عالی کشور؛ با این حال باید گفت که هر چند بند ۱۴ ماده ۱۹۸ ق م ا در بیان شرایط سرقت مستوجب حد مقرر داشته است: «سارق مال را به عنوان دزدی برداشته باشد»؛ اما به نظر می‌رسد عمل چنین فردی مشمول ماده ۶۶۵ قانون مجازات اسلامی باشد نه آنکه اصل براءت شامل حال وی شود.

۳. نیسی، سعید، مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی، بهنامی، ۱۳۸۵، ج اول، ص ۴۴۷: «الف) حق استفاده از حق و اختیاری که در ماده ۱۳۱ ق.م. به همسایه داده شده است محتاج به اقامه دعوی و کسب اجازه از دادگاه یا دیگر مراجع قضائی نیست. ب) در صورت استفاده همسایه از حق موضوع ماده ۱۳۱ صاحب درخت نمی‌تواند از او مطالبه خسارت کند و شکایت صاحب درخت در این خصوص مسموع نیست. ج) چون عمل همسایه در حدود ماده ۱۳۱ است مجازات کیفری نمی‌تواند داشته باشد.» اداره حقوقی در نظریه ۵۶۰۱/۷، ۷۸/۸/۳۰ بر عقیده خویش باقی است.

۴. فقها در توجیه حق حبس به تقاص اشاره کرده‌اند: الینایع الفقهیه، علی اصغر مروارید، ج ۳۵، ص ۴۶۹؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۳، ص ۴۷۸.

در ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی^۱ می توان اموری را به منصفه ظهور رسانید قبل از آنکه آن مورد اثبات شود. همچنین نظر برخی از فقها که در اعمال حق قصاص نیازی به اذن حاکم نمی بینند (شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۴، ص ۱۰۰۱ - ۱۰۰۲؛ در کنار این نکته که در توجیه حق قصاص، به تقاص استناد می شود: تحفه الاحوذی، المبارکفوری، ج ۴، ص ۵۶۲؛ تاج العروس، الزبیدی، ج ۹، ص ۳۳۸) در پاره ای از نظریات رسمی نفوذ کرده است. (نظریه شماره ۱/۲۳۳۴، ۱۳۷۸/۶/۷، اداره حقوقی)

از اینها گذشته، قصد از بیان این نمونه، قضاوت ارزشی در مورد آن نیست؛ بلکه هدف اثبات این نکته است که فقها به آثار وجود حقوقی ثبوت معتقدند، هر چند به طور آشکار متذکر آن نشده باشند.

سوم: قاعده ما لا یعلم

همان طور که می دانیم اصل بر عدم حجیت قول مدعی است، مگر آنکه وی بتواند نسبت به مدعا به، برای دادرسی ایجاد علم نماید. (هدایه المسترشدين، الشیخ الرازی، ج ۲، ص ۷۶۰) علم نیز ایجاد نخواهد شد، مگر آنکه مدعی دلیل بیاورد. به این ترتیب این امر، قاعده ای پذیرفته شده است که بار اثبات ادعا و ارائه دلیل به عهده مدعی است و منکر نیازی به ارائه دلیل بر نفی مورد ادعا نیازی ندارد. (محقق کرکی، ج ۸، شرح ص ۱۶۵ - ۱۶۷؛ طباطبایی، ج ۱۰، ص ۳۹۴؛ اشتیانی، ص ۱۲۱؛ ص ۱۸۲؛ مستمسک العروه، الحکیم، ج ۱۴، شرح ص ۴۱۳ - ۴۱۴؛ در حقوق امروز: کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۶۲؛ شمس، ۸۴، ص ۱۰۲) نتیجه بدیهی عدم ارائه دلیل به وسیله مدعی و عدم امکان اثبات، صدور حکم به نفع منکر خواهد بود. (برای نمونه ر.ک.: این آرا: ۲۳/۶۹، ۵۰۴/۹/۴، شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور نقل از: بازگیر، ادله اثبات دعوا، چ ۲، ۱۳۸۳، گیتی، ص ۳۲؛ رأی ۱۳۶۹، ۱۷۳۹/۱۲/۲۷، همان، ص ۳۸؛ رأی ۷۲/۸/۱۰، ۲۴/۵۷۷، شعبه ۲۴ دیوان، همان، ص ۳۹)

با این حال در فقه مواردی یافت می شود که در آن به اظهار مدعی بی آنکه نیازی به بینه باشد ترتیب اثر داده می شود.^۲ قاعده «لا یعلم الا من قبله» که بر اساس آن قول مدعی پذیرفته می شود از جمله این موارد است. به این ترتیب تعارض قاعده مورد بحث با قاعده مذکور مشخص است. (مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۸، شرح ص ۱۳۳، ۱۳۶؛ اشتیانی، ص ۱۸۲؛ سید محمد بحر العلوم،

۱. روایت صحیح منقول از داود بن فرقد با مضمون ماده فوق مبتنی بر نبود نیاز به اثبات به شیوه منصوص برای اقدام فرد است: شهید ثانی، مسالک، بحث حدود؛ شیخ طوسی، مبسوط، ص ۶۲۶.

۲. برای مطالعه این موارد ر.ک.: القواعد الفقهیه، سید البجنوردی، ج ۳، ص ۱۱۷ - ۱۲۳.

ج ۲، ص ۱۶۲، ۱۶۳؛ روحانی، ج ۵، ص ۴۱۹، ۴۲۱ از آنجا که رویه فقها در مقام روبه‌رو شدن با استثنائات قاعده لزوم ارائه دلیل به وسیله مدعی، تفسیر به‌طور مضیق استثناست، (محقق کرکی، ج ۸، شرح ص ۱۶۵) برای همین در تفسیر قاعده مورد بحث نیز تفسیر مضیق را انتخاب کرده‌اند. (بحر العلوم، ج ۳، ص ۳۸۰، ۳۸۲: «سماع الدعوی فی مثل ذلک انما هو للضرورة التی تتقدر بقدرها»)

این قاعده در مواردی کاربرد دارد که حصول علم نسبت به یک پدیده تنها به وسیله فردی خاص که به طور معمول ذی‌نفع هم هست امکان‌پذیر است؛ در این مورد اعلام آن فرد نسبت به آن پدیده پذیرفته می‌شود. (سید الیزدی، سؤال و جواب (فارسی)، ص ۲۶۵؛ محقق کرکی، ج ۸، شرح ص ۱۶۵، که اظهار عامل را در تعیین قصد خود در خرید برای خود یا مضارب می‌پذیرد، ولو آنکه ذی‌نفع است؛ روحانی، ج ۵، ص ۴۸۵)

امری که ادعای مدعی نسبت به آن پذیرفته می‌شود از اموری محسوب می‌شود که امکان علم یافتن به آن برای همه وجود ندارد؛ به این تعبیر که باب علم اغلب به روی دیگران نسبت به مدعی به مسدود است و نه طریقی برای اثبات وجود دارد و نه برای نفی آن^۱ یا امکان علم برای دیگران وجود دارد، اما مدعی نسبت به آن پدیده از سایر افراد اعلم است. (محقق کرکی، ج ۵، شرح ص ۱۵۵، ۱۵۶؛ ج ۸، ص ۱۶۵: در مقام تردید در قصد عامل در خرید برای خود یا برای مضاربه که عامل را به قصد خود ابصر می‌داند؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۴، شرح ص ۸۱، ۸۵؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۴، شرح ص ۳۲۸؛ نجفی، ج ۲۲، ص ۳۱۶، ۳۱۷؛ شیخ الجواهری، ج ۲۵، ص ۲۷۳، ۲۷۴؛ همو، ج ۲۷، ص ۴۳۵، ۴۳۶؛ حاشیه المکاسب، یزدی، ج ۱، ص ۱۹۰، ۱۹۱)

دلیل اصلی نبود امکان اطلاع دیگران این است که مدعی به از امور پنهانی محسوب می‌شود؛ (محقق کرکی، ج ۲، شرح ص ۱۲۴) پس انتظار علم به آن به وسیله دیگر اغلب دشوار و ممتنع (محقق کرکی، ج ۱۳، شرح ص ۲۶۱، ۲۶۲) یا متعذر است. (محقق کرکی، ج ۸، شرح ص ۳۱۳، ۳۱۶؛ ج ۳۰، ص ۳۵۴؛ کتاب الصوم، الاول، انصاری، ص ۲۱۶، ۲۱۷؛ کتاب الطهاره، انصاری، ج ۲، ص ۵۸۹؛ انصاری، ج ۵، ص ۱۶۸، ۱۶۹؛ ۲۱۵؛ بلغه الفقیه، بحر العلوم، ج ۲، ص ۱۶۲، ۱۶۳؛ ۱۰۶؛ منجزات المریض، یزدی، ص ۲۹. روض الجنان، شهید ثانی، ص ۲۲۵، ۲۲۶؛ شرح اللعنه، شهید ثانی، ج ۴، ص ۲۰۴، ۲۱۱؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۴، شرح ص ۸۱؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۴، شرح ص ۳۲۸، ۳۳۰؛ فاضل هندی، ج ۸، ص ۳۶۴؛ شرح اللعنه، شهید ثانی، ج ۴، ص ۹۵، ۹۶؛ در پذیرش اظهار مدیون در تعیین قصد وی در هنگام

۱. حتی برخی علت حکم را نیز عدم امکان اطلاع دیگران می‌دانند: حسینی المراغی، ج ۲، ص ۶۱۷.

پرداخت دین می‌نویسد: «لان الاختلاف يرجع الى قصده الذي لا يعلم الا من قبله»؛ در مقام تعیین قصد لافظ: مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۴، شرح ص ۲۲۲، ۲۲۳ واللافظ اعرف بقصده من غيره؛ شیخ الجواهری، ج ۲۶، ص ۱۷۵)

گاه در خفيه واقع شدن مدعی به، به این دلیل است که امر مورد ادعا امری روانی محسوب می‌شود، مانند ظن (مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۱۲، شرح ص ۳۶۱، ۳۶۳؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۴۳۴، ۴۳۵؛ بلغه الفقیه، بحرالعلوم، ج ۴، ص ۱۰۶)؛ نسیان (محقق کرکی، ج ۶، شرح ص ۴۶۵، ۴۶۷؛ کتاب الصلاه، تقریر بحث النابینی، للکاظمی، ج ۱، ص ۴۰۹، ۴۱۰، صلاه الجماعه، الشیخ الاصفهانی، ص ۵۵، ۵۷؛ نخبه الازهار، تقریر بحث الاصفهانی، للسبحانی، ص ۱۸۰، ۱۸۱؛ انصاری، ج ۵، ص ۲۱۵، ۲۱۶)؛ مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۱۲، شرح ص ۳۶۸، ۳۷۰ مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۱۳، شرح ص ۵۰۰، ۵۰۲، اسلام آوردن ذمی (شیخ جواهری، ج ۴۰، ص ۲۶۲)؛ نیت طلاق دهنده (کفایه الاحکام، محقق سبزواری، ج ۲، ص ۳۱۹، ۳۲۰؛ فاضل هندی، ج ۸، ص ۳۹)؛ قصد (فاضل هندی، ج ۹، ص ۱۹، ۲۰)؛ در تردید قصد وکیل در خرید مال: شیخ جواهری، ج ۲۷، ص ۴۳۵، ۴۳۶؛ در صورتی که در قصد دهنده مال تردید شود که از باب هبه بوده یا پرداخت صدق: شیخ جواهری، ج ۳۱، ص ۱۴۰؛ در قصد تبرع یا عدم تبرع استیفاشونده: شیخ الاصفهانی، ص ۳۰۲؛ السيد البجنوردی، ج ۷، ص ۱۶۶، ۱۶۷؛ در قصد پرداخت کننده‌ای که مدیون دو دین است: شیخ جواهری، ج ۱۵، ص ۳۲۲، ۳۲۳؛ کتاب المساقاه، الاول، خوبی، ص ۱۷۸، ۱۷۹؛ العروة الوثقی، السيد محمد صادق الروحانی، ج ۲، ص ۴۳۷، ۴۳۸)؛ علم فرد (شیخ حسین ال عصفور، ج ۱، ص ۴۱۲، ۴۱۳)؛ و گاه مدعی به امری عینی و خارجی است، اما عرفاً در خفا واقع می‌شود. (برای مثال احتلام: مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۱۰، شرح ص ۱۸۹، ۱۹۱؛ نهایه المرام، السيد محمد العاملی، ج ۱، شرح ص ۳۴۷، ۳۴۹؛ کفایه الاحکام، محقق سبزواری، ج ۲، ص ۲۰۵، ۲۰۶؛ شیخ جواهری، ج ۳۴، ص ۱۵؛ العروة الوثقی، یزدی، ج ۶، ص ۷۱۲، ۷۱۴؛ العروة الوثقی، یزدی، ج ۶، ص ۷۱۲، ۷۱۴؛ در مورد عده: کتاب النکاح، انصاری، ص ۴۴۲، ۴۴۳؛ محقق بحرانی، ج ۲۴، ص ۳۸۹، ۳۹۰؛ روحانی، ج ۱۰، شرح ص ۳۸۳، ۳۸۴)

به هر حال نتیجه منطقی لزوم انسداد باب علم برای دیگران، این خواهد بود که اگر نسبت به مدعی به، برای دیگران علم ایجاد شود یا امکان ایجاد علم باشد، اما مدعی مانع آن شود؛ قاعده مورد بحث مجال اجرا نخواهد داشت. نتیجه اول را فقها به طور عموم می‌پذیرند. (میرزای قمی، ج ۵، ص ۲۸۰، ۲۸۱؛ همدانی، ج ۳، ص ۱۰۱، ۱۰۲)

با توجه به ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و مواد ۱۹۷ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی تردیدی در پذیرفته نشدن قاعده در حقوق امروز وجود ندارد.^۱ با این حال ماده ۲۸۲ ق.م. می تواند یادگاری برجامانده از این قاعده تلقی گردد. (منهاج المتقین، ص ۲۶۶) به صراحت ماده فوق، تشخیص اینکه تأدیه از بابت کدام دین است با مدیون است و این نشان دهنده برتری اراده مدیون در تفسیر اجرای تعهد است. نگارنده با قائل شدن ماهیت عمل حقوقی برای ایفای موافق نیستند، اما به هر حال تفسیر تأدیه به وسیله مدیون، نشان این است که در تأدیه، قصد تأدیه کننده مؤثر است و این ایفاء را به عمل حقوقی نزدیک می سازد. برای همین، در تفسیر ایفاء باید به قصد تأدیه کننده رجوع کرد و بهترین راه تشخیص قصد مدیون، اعلام خود مدیون است. در واقع مقنن اجازه اثبات قصد تأدیه کننده از تأدیه را تنها از طریق اعلام خود وی داده است و این از مواردی است که قانون گذار فقط یک راه خاص در اثبات ثبوت را مطرح می کند.

چهارم: ثبوت مسلم الثبوت

گاه در مورد آنچه که در دلیلی از پیش فراهم شده مندرج است فرض قانونی اصابت مفاد آن با واقع جریان می یابد: در این صورت برای اجرای آن مفاد نیازی به اثبات نیست، این ثبوت را می توان ثبوت مسلم الثبوت نامید.

ایجاد ثبوت مسلم الثبوت گاه به وسیله مقنن است و گاه بوسیله نیروی اراده:

قانون: از جمله نهادهای مسلم الثبوتی که به وسیله قانون گذار خلق شده، مفاد اسناد رسمی است. به این دلیل که در محضر شاهدی رسمی (سردفتر) تنظیم شده است و از نظر مقنن، منطبق با واقع محسوب می شود. بنابراین بدیهی است که بدون نیاز به اثبات مفاد آن می توان سند را اجرایی نمود. البته به همین دلیل است که ورقه اجرائیه را فقط نسبت به موضوعاتی می توان صادر کرد که در سند منجزا قید شده باشد؛^۲ زیرا تنها امور مذکور در سند است که از نظر مقنن با واقعیت منطبق است.

۱. با این حال برخی از نویسندگان دایره شمول قاعده فوق را تا آن حد گسترش داده اند که اظهار ذوالخیار را در علم یا نبود علم به تحقق موضوعی خیار، با استناد به قاعده فوق، ملاک عمل می دانند. جعفری لنگرودی، تئوری موازنه، گنج دانش، ج ۱، ۱۳۸۱، ص ۱۷۳.

۲. تبصره دوم ماده ۴: «آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایات از عملیات اجرایی: ورقه اجرائیه را فقط نسبت به موضوعاتی می توان صادر کرد که در سند منجزا قید شده باشد.»

اراد۵: اغلب موردی که برای وصول یک حق نیاز به اثبات آن حق در دادگاه نیست در ضمانتنامه‌های بانکی مطرح می‌شود.^۱ «ضمانتنامه» قرارداد یا سندی است که به موجب آن صادرکننده «ضامن» حسب درخواست متقاضی (مضمون عنه) در مقابل ذی‌نفع (مضمون له) تعهد می‌کند بدون هیچ‌گونه قید و شرط و عندالمطالبه یا در سررسید معین، مبلغی معین وجه نقد را از بابت موضوعی خاص، که مربوط به مضمون عنه است، به ذی‌نفع یا به حواله کرد او پرداخت نماید.

در ضمانتنامه‌ها ذی‌نفع برای دریافت مبلغ مندرج در ضمانتنامه ملزم نیست که حق خود را در دادگاه اثبات نماید؛ بلکه بدون نیاز به رجوع به دادگاه می‌تواند بدون هر گونه قید و شرط حق خود را وصول نماید.

پنجم: تعهد طبیعی

در تفسیری گسترده از تعهد طبیعی می‌توان گفت که تعهد طبیعی تعهدی است که از طرف حکومت ضمانت اجرا شناخته نمی‌شود، اما هر گاه متعهد این تعهد، اراده خود را برای پایبندی به آن نشان دهد این تعهد تبدیل به تعهدی حقوقی می‌شود. (PETER VALLENTYNE, (NATURAL, P.10.

به این تعبیر می‌توان به دو عامل اصلی در تعریف تعهد طبیعی دست یافت:

عامل اول: حق از طرف حکومت ضمانت اجرا ندارد. از جمله مواردی که حقی از جانب حکومت دارای ضمانت اجرا شناخته نمی‌شود، موردی است که فرد توان اثبات حق خود را نداشته باشد. اگر صاحب حقی توان اثبات حق خود را نداشته باشد این امر به معنای معدوم شدن حق او در جهان واقع نخواهد بود؛ بلکه حق در جهان ثبوت در قالب تعهد طبیعی مستقر است و با ایفای ارادی مدیون وجود خود را نشان می‌دهد. بنابراین می‌توان این قسم را از جمله تعهدات مدنی ناقص دانست؛ یعنی تعهداتی که قانون به دلیلی حق اقامه دعوا را (از جمله نبود امکان اثبات مورد ادعا) از طلبکار می‌گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۵۰۲)

عامل دوم: هر گاه اراده متعهد به‌طور انشایی یا اخباری برای پایبندی به تعهد طبیعی احراز شود این تعهد به دنیای حقوق وارد می‌شود. بنابراین تنها ایفای تعهد نیست که به تعهد طبیعی، روحی

۱. برای بررسی ضمانتنامه‌های بانکی: اخلاقی، ۱۳۶۸.

حقوقی می‌بخشد؛ اقرار نیز همین خصوصیت را دارد. به این ترتیب اقرار مالک را باید مصدق‌ای از این عبارت دانست: «اگر متعهد به میل خود آن را ایفا نماید»، مذکور در ماده ۲۶۶ قانون مدنی. در واقع ایفای ارادی راهی برای نشان دادن الزام مدیون به تعهدات طبیعی خود است، پس هر راهی (از جمله اقرار)، که بتواند این پابندی را نشان دهد، می‌تواند در حکم ایفای ارادی باشد. در مقام مقایسه تعهد طبیعی با تقاص می‌توان گفت که در هر دو صرف نظر از اینکه یک نهاد حقوقی به اثبات برسد یا نه موجود محسوب می‌شود. (در مورد تعهد طبیعی ر.ک.: (Christopher Berry Gray, P.273).

بنابراین حقی که نتوان آن را به اثبات رساند در قالب تعهد طبیعی به حیات خود ادامه می‌دهد یا می‌توان آن را از راه تقاص وصول نمود.

نکته‌ای دیگری که تشابه این دو را کامل می‌کند این است که در هر دو، حق از جانب حکومت تضمین و تأیید نمی‌شود؛ اما در اولی با اقدام مدیون و دومی با اقدام داین هر حق در موضع خود قرار می‌گیرد. با این توضیح که در تعهد طبیعی این اقدام مدیون است که دین اخلاقی را به دین حقوقی تبدیل می‌کند؛ حقوق هم این تبدیل را می‌پسندد و بر آن صحه می‌گذارد؛ بنابراین دین ایفاء شده را استردادپذیر نمی‌داند، اما در تقاص داین به قهر و غلبه یا حیل و تزویر بر مال مدیون خود مسلط شده و به زور خواهان ستاندن حق خود است؛ اقدامی که با نظم جامعه و اخلاق سازگار نیست؛ از همین روست که حقوق نیز از آن پشتیبانی نمی‌کند. اما در فقه با توجه به اینکه قضاوت از شئون حاکم است و در فقه شیعه، حکومت از آن امام معصوم (ع) است، (مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱۳، شرح ص ۳۳۱ - ۳۳۶: «نصب القاضی علی العموم منوطه بالامام، قال الصادق علیه السلام اتقوا الحکومه، فان الحکومه انما هی للامام العالم بالقضاء العادل فی المسلمین»)^۱ بنابراین نصب قاضی تنها باید به وسیله امام صورت بگیرد. حال اگر فردی غیر از امام بر مسند حکومت بنشیند و اقدام به نصب قاضی بنماید، چون خود مشروع نیست، نمی‌تواند به قاضی منصوب خود مشروعیت بخشد. بنابراین این قاضی منصوب اختیار مداخله و تصرف در امور دیگران را نخواهد یافت.

در همین زمینه، از آنجا که در متون عبادی و فقهی مسلمانان از رجوع به حکام جور برای اجرای حقوقشان نهی شده اند،^۱ به منزله راهی جایگزین برای استیفای حق، در زمانی که من علیه الحق،

۱. در قرآن کریم آیه ۵۹ سوره نساء مومنان را به اطاعت از خدا و رسول و اولوالامر فرا خوانده و سپس در آیه بعدی از ترافع به طاغوت نهی می‌کند در تفسیر طاغوت تشتت در اراء قابل ملاحظه است: با آنکه در برخی روایات به حاکمی که برخلاف حکم خدا حکم کند طاغوت گفته شده، در برخی دیگر به هر که غیر از رسول و اولوالامر بر مسند حکومت بنشیند طاغوت گفته شده است: محمد بن جریر الطبری، ص ۵۶۷، ۵۶۸ و گمراهی از راه درست را به عنوان

خود اقدام به پرداخت دین نماید راه تقاص برای وصول حق پیش بینی شده است.^۱ (شیخ الآشتیانی، ص ۲۰؛ محقق اردبیلی، ج ۵، ص ۳۳۴؛ محقق بحرانی، ج ۵، ص ۵۰۸)

ب) ۲. نقش ثبوت در تعیین صحت و حدود اثبات (قاعده ملازمه ثبوت و اثبات)

طبق قاعده ثبوت است که تعیین کننده صحت اثبات است؛ در واقع تنها و فقط آنچه را که در عالم ثبوت است می توان اثبات کرد. به این ترتیب ثبوت برای اثبات، همانند معرف (به کسر ر) است. برای معرف (به فتح ر)؛ همان طور که درستی یک تعریف (جامعیت و مانعیت) را با تطابق آن با معرف تشخیص می دهیم؛ صدق آنچه که در عالم اثبات به آن دست یافته ایم را نیز با کمک ثبوت تعیین می کنیم.

از طرف دیگر ثبوت در تعیین حدود اثبات نیز دخیل است، به این معنی که میان وجود ثبوت و کیفیت آن با وجود اثبات و کیفیت آن تناسب وجود دارد؛ به عبارت بهتر همان طور که هر فرد حقی را نسبت به شیئی در عالم ثبوت دارد نسبت به همان شیئی در عالم اثبات حق دارد؛ وجود این حق و کیفیت وجود آن در عالم ثبوت نقشی تعیین کننده در شکل گیری حق فرد در عالم اثبات

نتیجه این اقدام تذکر می دهد «یا ایها الذین امنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول واولی الامر منکم فان تنازعتم فی شیء فروده الی الله و الرسول ان کنتم تؤمنون بالله و الیوم الآخر ذلک خیر و احسن تأویلاً» (۵۹) «الم تر الی الذین یزعمون انهم امنوا بما انزل الیک و ما انزل من قبلک یریدون ان یتحاکمو الی الطاغوت و قد امروا ان یکفروا به و یرید الشیطان ان یضلهم ضلالاً بعیداً» (۶۰)، برای بررسی شان نزول آیه: الامثل فی تفسیر کتاب الله المنزل، الشیخ ناصر مکارم الشیرازی، ج ۳، ص ۲۹۹-۳۰۳) همچنین به روایاتی نیز از معصوم (ع) در تحکیم و تفسیر آیه فوق استناد شده است. (محقق اردبیلی، ج ۱۲، ص ۸-۱۱؛ طباطبایی، ج ۱۳، ص ۳۷؛ محمد بن جریر الطبری، ص ۵۶۷؛ جامع احادیث الشیعه، سید البروجردی، ج ۲۵، ص ۱۲-۱۵؛ وسائل الشیعه، الحر العاملی، ج ۲۷، ص ۱۳، ۱۵؛ عوالی اللیالی، ابن ابی جمهور الاحسایی، ج ۲، ص ۱۶۱، ۱۶۲؛ جامع احادیث الشیعه، سید البروجردی، ج ۲۵، ص ۱۲، ۱۵)

از طرف دیگر، از جنبه اعتقادی نیز پذیرفتن قضاوت فردی غیر از معصوم به معنای پذیرش حکومت او خواهد بود. (موسوعه المصطفی و العتره ع، الحاج حسین الشاکری، ج ۹، ص ۱۳۶، ۱۳۸) امری که نتیجه ای جز شرکت در گناه حاکمان نخواهد داشت. (ریاض المسائل، سید علی الطباطبایی، ج ۱۳، ص ۵۰، ۵۲؛ موسوعه المصطفی و العتره ع)، الحاج حسین الشاکری، ج ۱۰، ص ۱۹۳؛ شیخ الجواهری، ج ۲۱، ص ۴۰۳-۴۰۵؛ منتهی المطلب، العلامه الحلّی، ج ۲؛ محقق کرکی، ج ۳، ص ۴۹۰؛ تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، ج ۶، ص ۲۱۸؛ کتاب القضاء، الشیخ الآشتیانی، ص ۲۰، ۲۱۹؛ قواعد الاحکام، العلامه الحلّی، ج ۱، ص ۵۲۶؛ ایضاح الفوائد، ابن العلامه، ج ۱، ص ۳۹۹؛ محقق کرکی، ج ۳، ص ۴۹۰؛ مسالک الافهام، شهید الثانی، ج ۳، ص ۱۱۰. می دانیم که در صورت وجود فردی که شرایط قضاوت در او جمع باشد رجوع مردم به او در اختلافات و قبول قول او واجب دانسته شده است. (کشف اللثام، الفاضل الهندی، ج ۱۰، ص ۷، ۹؛ الینابیع الفقهیه، علی اصغر مروارید، ج ۹، ص ۲۶۹؛ شرح اللمعه، شهید ثانی، ج ۳، ص ۶۶-۶۷؛ جواهر الکلام، الشیخ الجواهری، ج ۲۱، ص ۴۰۳، ۴۰۵؛ قواعد الاحکام، العلامه الحلّی، ج ۱، ص ۵۲۶؛ این حکم و جوب با حکم حرمت رجوع به دیگر مراجع، ملازمه دارد.

۱. مشروعیت نداشتن حکومت می تواند به منزله یکی از مبانی تقاص استناد گردد، اما حقیقت این است که مبانی دیگری نیز در این خصوص قابل استناد هستند که بحث تفصیلی آن موضع دیگری را می طلبد: ر.ک.: میرشکاری، نسبت ثبوت و اثبات در علم حقوق، پایان نامه به راهنمایی محسن ایزانلو، تابستان ۱۳۸۸، ص ۵۲.

دارد. (سیدمحسن الحکیم، ج ۱۴، ص ۴۱۱) در فقه از این قاعده با تعبیر گوناگون یاد می‌شود که مهم‌ترین تعبیر من ملک شیئا ملک الإقرار به است، (الموسوعة الفقهية الميسرة، انصاری، ج ۴، ص ۳۸۰، ۳۸۱) اما به تعبیری جامع می‌توان مفاد قاعده را در این عبارت خلاصه کرد که میان ثبوت و اثبات ملازمه وجود دارد. (بحر العلوم، ج ۳، ص ۳۳۱ - ۳۳۳) برای مثال در فقه این فرع مطرح شده است که اگر عبد مأذون در تجارت باشد، نسبت به آنچه مأذون در تجارت است اقرار وی پذیرفته می‌شود. (ابن ادریس الحللی، ج ۲، ص ۵۷ - ۵۸) همچنین در بررسی صحت اقرار مفلس در ابتدا این سؤال مطرح می‌شود که آیا مفلس می‌تواند نسبت به مقر به اقدامی در عالم ثبوت بنماید یا خیر؟ در صورتی که اقدام ثبوتی وی صحیح باشد، اقدام اثباتی وی نیز لاجرم پذیرفته خواهد شد. (تذکره الفقهاء، علاوه حللی، ج ۱۴، ص ۱۶۹؛ تذکره الفقهاء، علاوه حللی، ج ۲، ص ۷۱) همچنین است اختلافی که در مورد صحت اقرار صغیر وجود دارد. (مسالك الافهام، شهید ثانی، ج ۱۱، ص ۸۸، ۸۹؛ شیخ جواهری، ج ۳۵، ص ۱۰۴)

البته در اجرای قاعده جدا از تردید در صحت آن (کتاب البیع، امام خمینی، ج ۵، ص ۱۵۳، ۱۵۵)، این تردید جدی است که آیا فرد می‌تواند نسبت به آنچه پیش از این مالک بوده است، اما هم اینکه حق مالکیت خود را از دست داده، اقرار نماید یا نه؟ (بلغه الفقیه، بحر العلوم، ج ۳، ص ۳۳۱ - ۳۳۳؛ منیه الطالب، تقریر بحث النایینی، للخوانساری، ج ۲، ص ۱۷، ۱۹؛ کتاب البیع، امام خمینی، ج ۵، ص ۱۵۳؛ کتاب القضاء، شیخ الاشتیانی، ص ۲۸۷، ۲۸۸)

بدیهی است که قاعده بالا با توجه به گستره آن در فقه از نظر پذیرش مفاد اظهار فرد به نفع خود، (بحر العلوم، ج ۳، ص ۳۳۱، ۳۳۳) در حقوق امروز، معتبر نخواهد بود، اما شکل امروزی و کاربردی این قاعده در آیین دادرسی با عنوان «اصل حاکمیت اصحاب دعوا بر دادرسی» مطرح گردیده است. در تناسب و همسانی این دو می‌توان به این مختصر بسنده کرد که در قاعده من ملک برای توجیه تکتازی فرد در عالم اثبات، به مالکیت وی در عالم ثبوت استناد می‌شود، امروزه همین دلیل برای توجیه اصل حاکمیت اصحاب دعوا بر دادرسی استناد می‌گردد، چه «در دادرسی مدنی، موضوع دعوا منافع خصوصی‌ای است که طرف‌های دعوا مالک آن هستند. چنین حق مالکانه‌ای باید در سطح مذاکرات قضائی ملحوظ داشته شود.» (غمامی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۱) و در نتیجه «دادرسی در حدود آنچه از او خواسته شده و با در نظر گرفتن دلایلی که در دست دارد و به وسیله اصحاب دعوا به اثبات رسیده حکم می‌کند.» (غمامی، ۱۳۸۸، ص ۲۷۹)

نتیجه‌گیری

در این مقاله به نهاد حقوقی ثبوت پرداختیم؛ ابتدا به تعریف و شناخت حدود آن مبادرت کرده و نشان دادیم که نه تنها این نهاد در فقه بی سابقه نیست، بلکه مفاهیمی را نیز می‌توان یافت که مشابهت با آن را دارند که مهمترین آنها عبارت «عندالله» و «حکم واقعی» بود. سپس با توجه به تردیدهایی که گاه در مورد وجود حقوقی آن مطرح می‌شود، وجود حقوقی مستقل ثبوت مطرح و بررسی شد. نگارنده از میان دو قولی که در مورد وجود ثبوت مطرح است آن عقیده‌ای را نزدیک‌تر به واقع می‌بیند که برای ثبوت وجود حقوقی مستقل قائل است. برای اثبات غلبه این عقیده در فقه، مواردی بیان شد که در آنها نهادی بدون آنکه نیازی به جریان انداختن فرایند اثبات باشد اثر شناخته شده دارد؛ به‌ویژه آنکه ثبوت در تعیین حدود و صحت نهادهای حقوقی تأثیرگذار است؛ آن‌گونه که در مورد قاعده «من ملک شیئاً، ملک الاقرار به» شاهد بودیم.

منابع و مأخذ

- فارسی

- اخلاقی، بهروز، (۱۳۶۸) «بحثی پیرامون ضمانتنامه‌های بانکی»، مجله دانشکده حقوق.
- امامی، سیدحسن، (۱۳۶۴) «حقوق مدنی»، ج ۶، ابوریحان، چ ۶، تهران، بهار.
- بازگیر، یدالله، (۱۳۸۱) «رسیدگی به دلایل و احکام راجع به آنها»، تهران، گیتی.
- (۱۳۸۱) «تشریفات دادرسی مدنی در آیین دیوان عالی کشور»، تهران، گیتی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۵) «ترمینولوژی حقوق»، چ ۱۶، تهران، گنج دانش.
- «تاریخ حقوق ایران»، تهران، معرفت، بی‌تا.
- (۱۳۸۱) «دایرةالمعارف علوم اسلامی و قضائی»، ج ۱، چ ۳، تهران، گنج دانش.
- (۱۳۸۲) «مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام»، چ ۳، تهران، گنج دانش.
- خوانساری (۱۳۸۶) «منطق صوری»، ج ۲، چ ۳۲، آگاه.

- دمیرچلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن، «قانون تجارت در نظم حقوق کنونی»، چ ۴، تهران، میثاق عدالت.
 - سیاح، عبدالحمید (۱۳۷۸) «فرهنگ جامع»، چ ۳، اسلام.
 - شمس، عبدالله (۱۳۸۴) «آیین دادرسی مدنی»، ج ۳، چ ۲، تهران، دراک.
 - شهیدی، مهدی (۱۳۸۴) «تشکیل قراردادها و تعهدات»، چ ۴، تهران، مجد.
 - طباطبایی، محمدحسین (۱۳۸۵) «اصول فلسفه و روش رئالیسم»، صدرا.
 - غمامی، مجید، آذین، سیدمحمد (۱۳۸۸) «نقش متقابل دادرسی و اصحاب دعوا»، دوره ۳۹، ش ۲، فصلنامه حقوق.
 - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱) «مقدمه علم حقوق»، چ ۳۲، تهران، چاپ انتشار.
 - ----- (۱۳۸۰) «اثبات و دلیل اثبات»، ج ۱، تهران، میزان.
 - ----- (۱۳۷۹) «نظریه عمومی تعهدات»، تهران، دادگستر.
 - محقق داماد، مصطفی (۱۳۶۹) «قواعد فقه»، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.
 - محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۳) «اصول فقه»، چ ۱۸، دانشگاه تهران.
 - مظفر، محمدرضا (۱۳۷۷) «منطق»، ترجمه منوچهر صانعی، چ ۴، نشر حکمت.
 - میرشکاری، عباس (۱۳۸۵) «ثبوت یا اثبات»، شماره ۶، نشریه دادگستران.
 - ----- (۱۳۸۶) «مجمع پریشانی بحث‌هایی در باب اراده»، ش ۷، نشریه دادگستران.
 - نیسی، سعید، (۱۳۸۵) «مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی»، تهران، بهنامی.
- عربی**
- ابن شهید ثانی، «معالم الدین و ملاذ المجتهدین»، ج ۱، مؤسسه نشر اسلامی.
 - اردبیلی، محقق، «زبده البیان»، مکتب مرتضوی.
 - ----- (۱۳۶۴) «مجمع الفائدة»، ج ۴، مؤسسه نشر اسلامی.
 - أنصاری، شیخ محمد علی (۱۴۲۰) «الموسوعة الفقهية الميسرة»، ج ۳، مجمع الفکر اسلامی.
 - بحرانی، محقق، «الحدائق الناضرة»، ج ۲۳، مؤسسه نشر اسلامی.
 - بجنوردی، سیدمحمد حسین (۱۴۱۹) «القواعد الفقهية»، ج ۱، نشر هادی.

- بروجردی، شیخ بهاء‌الدین الحجتی (۱۴۱۲) «حاشیه علی الکفایه الاصول»، مؤسسه انصاریان.
- حائری السید کاظم (۱۴۱۵) «القضاء فی الفقه الاسلامی»، مجمع الفکر اسلامی.
- حکیم، سید محمد سعید (۱۴۱۴) «المحکم فی أصول الفقه»، ج ۳، مؤسسه المنار.
- حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰) «السرائر»، ج ۲، ۲، مطبعه مؤسسه نشر اسلامی.
- حلی، ابن فهد (۱۴۱۱) «المهذب البارع»، ج ۳، جامعه مدرسين.
- حلی، علامه (۱۴۰۴) «مبادئ الوصول الی علم الاصول»، ج ۳، مکتب الاعلام الاسلامی.
- (۱۴۱۰) «إرشاد الأذهان»، ج ۱، مطبعه مؤسسه نشر اسلامی.
- خوئی (۱۴۱۱) «صلاه»، ج ۲، منشورات مدرسه دارالعلم.
- خمینی «تحریر الوسیله»، ج ۲، دارالکتب العلمیه.
- (۱۴۲۱) «کتاب البیع»، ج ۵، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- سید مصطفی، (۱۴۱۱) «تحریرات فی الاصول»، ج ۳ و ۵ و ۶، مؤسسه نشر آثار امام.
- (۱۴۱۰) «تهذیب الأصول»، ج ۲، انتشارات دار الفکر.
- خوانساری (۱۴۰۵) «جامع المدارک»، ج ۳، ۲، مکتبه صدوق.
- رشتی (۱۳۱۳) «بدایع الافکار»، مؤسسه آل بیت قم.
- روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۲) «زبدۀ الأصول»، ج ۳، معاصر، مدرسه امام الصادق.
- سبزواری، محقق محمد باقر بن محمد مؤمن، (۱۴۲۳) «کفایه الأحکام»، مؤسسه نشر اسلامی.
- شاکری، حاج حسین (۱۳۱۸) «موسوعه المصطفی والعترة (ع)»، ستاره.
- شروانی و العبادی، «حواشی الشروانی»، ج ۱، دار إحياء التراث العربی.
- شهید اول (۱۴۱۴) «الدروس»، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی.
- (۱۴۱۱) «لمعه دمشقیه»، ج ۲، چاپ قدس.
- شهید ثانی، «وسائل»، منشورات مکتبه بصیرتی.
- (۱۴۱۴) «مسالك الأفهام»، ج ۵، معارف اسلامیة.
- (۱۴۱۹) «مسالك الأفهام»، ج ۱۴، پاسدار اسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- (۱۹۶۷ م) «شرح للمعه»، ج ۲، مطبعه الآداب.
- شیرازی، میرزا، (۱۴۰۹) «تقریرات»، ج ۳، مؤسسه آل بیت قم.

- صدرالدين محمد، (١٩٨١ م) «الحكمة المتعالية في الأسفار العقلية الأربعة»، ج ٢، ٣، دار إحياء التراث العربي.
- صدر، سيد محمد باقر (١٤١٧) «بحوث في علم الاصول»، ج ٢، مؤسسه دايه المعارف فقه اسلامي.
- طباطبائي، سيد محمد حسين (١٤١٢) «بداية الحكمة»، مؤسسه نشر اسلامي.
- طهراني، آقا بزرگ، «الذريعه»، ج ١، مجلس.
- عاملی، حر (١٤٠٩) «تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة»، ج ٧، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- عاملی، سيد محمد (١٤١٠) «مدارك الأحكام»، ج ٥، مؤسسه آل البيت.
- عراقی، آقا ضياء الدين (١٤٠٥) «نهاية الافكار في مباحث الالفاظ»، ج ٢، مؤسسه نشر اسلامي.
- قمی، ميرزا (١٣٧١ ش) «جامع الشتات»، ج ١، مؤسسه كيهان.
- كاظمی، الشيخ محمد علي (١٤٠٩) «فوائد الأصول»، ج ٤.
- گلپايگانی (١٤١٠) «افاضه العوائد»، ج ٢، دار القرآن الكريم.
- مشكيني، شيخ علي (١٣٧١ ش) «اصطلاحات الأصول»، دفتر نشر الهادي.
- مصطفوي (١٤١٧) «مائة قاعدة فقهية»، مؤسسه نشر اسلامي.
- مغنيه، محمد جواد (١٣٩٩) «الشيعة في الميزان»، ج ٤، دارالتعارف للمطبوعات.
- مظفر، علامه محمد رضا (١٣٨٥) «أصول فقه»، ج ٢، ٤، دارالفكر.
- مكارم، ناصر (١٤١١) «القواعد الفقيهيه»، ج ٢، مدرسه امام اميرالمومنين.
- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن بن باقر، «جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام»، ج ٢١، ٢٢، ٢٦، ٣٥، ج ٧، دار إحياء التراث العربي.
- نراقی، محقق (١٤١٩) «مستند الشيعة»، ج ٧١، ستاره قم.

– لاتين

- Berry Gray, Christopher, (1999) “The philosophy of law”. an encyclopedia, garland publishing.
- Chitty, (2004) “contract”, vol 2, 24 edition, London.