

دوخانه مقاله لازم میدانم موضوعی را هم بااستحضارخوانندگان برسانم که مقصد بیان امور دولتی درموقع طرح دعای برطبقه مردم بادقاع از دعای مردم تصور می کنند که صرف ادعای نفع دولت باید موجب مسئولیت طرف دولت گردد . در صورتی که وقتی شکایت باادگام آورده شد ملاحظاتی ازاین قبیل نباید وجود داشته باشد و اگر درامر قضاوت ملاحظاتی بیان آید دیگر جایی برای اجرای قانون و عدالت نیست در صورتی که قضات دادگستری قانونا وجداناً مکلف برهایت و اجراء صحیح قانون اند و وظیفه برای حفظ منافع دولت ندارند زیرا قوه قضائیه از قوه مجریه جدا است و اگر خدا نکرده دادرسی پیدا شود که ملاحظه نفع دولت خود را قسام مقام قوه مجریه کند نه فقط بسبب خدمت نمی کند بلکه صدمه خواهد زد زیرا خدمت یک قاضی بسبب خدمت خود فقط این است که در مقابل خود قانون و تساوی و عدالت را قرار دهد تا اگر دولت یا یکی از افراد بحق دیگری تجاوز کند مظلوم همیشه اشاره بباخ دادگستری و معکمه کند متعددی و متجاوز سر جای خود بنشینند .

در اینجا بیورد نیست حکایت آن پیرزن و قیصر آلمان را بیاد خوانندگان بیاورم که وقتی قیصر خواست آسیاب او را بفرد و او امتناع داشت و قیصر او را تهدید نمود که بزود آسیاب را خواهد گرفت و پیرزن تهدید او را رد کرد و قیصر باو گفت که باچه قدرتی در مقابل قدرت من می توانی استناد کنی آن پیرزن رو بباخ عدالت کرد و با انگشت خود کاخ عدالت را نشان داد و با نشان دادن کاخ عدالت قیصر مقتدر آلمان را بر سر جای خود نشانید و از خرید آسیاب منصرف ساخت - برای قاضی تنها حکم بر نفع دولت صادر کردن مزیت و افتخاری محمود نمی شود قاضی خوب آنست که در قضاوت ملاحظه هیچ کس را نکند و تفرقی بین دولت و مردم نگذارد و در قضاوت قانون و اصول و وجدان را تنها شناسد .

سید جعفر بو شهری

اصول

(۲) پس استصحاب در کجا حجت است؟

نظریه اول - در موردی که امری عدمی در معرض استصحاب قرار گیرد اعتماد با استصحاب جایز و در صورتی که مستصحب وجودی باشد استصحاب حجت نیست . این نظریه بدلائل زیر مردود شده است .

الف - وجود شیئی در زمان و مکان معین با عدم غیر آن در همان مختصات لازم و ملزومند چنانکه حیات از عدم موات و مالکیت از عدم مالکیت غیر منک نیست پس اگر استصحاب وجود شیئی بنا بر نظریه بالا متصور باشد استصحاب نفی آن که محققا امری عدمیست بلاشکال و ناگفته پیداست که نتیجه قهری و فاسد این مقدمه قبول حجت استصحاب است بطور اطلاق .

ب - اگر اعتبار استصحاب امر عدمی از این جهت است که اساساً مدهی وجود شوبتی مکلف با تیان دلیل و اثبات تحقق حادث است پس در امر وجودی نیز مدهی ظهور موجبات ارتفاع یقین مازم با ثبات ادعای خویش میگردد و لذا از لحاظ حجیت بین استصحاب امر وجودی و عدمی فرقی نیست .

نظریه دوم - فرق است بین اینکه مستصحب ذاتاً دارای دوام باشد و یا اینکه استهرا آن منوط با امر خارجی .

در صورت اول - مانند آثار و احکام مترتبه بر فقد نکاح که طبیعتاً ابدیت مگر آنکه بطلاق منجر گردد و لذا حکم در طلاق و یا در طلاق مشکوک موجب حکم بارتفاع عقد نکاح نیست .

در صورت دوم - چرسان اینکه از سرچشمه آن اطلاعی در دست نیست چون در معرض شک قرار گیرد بقاء آن با استصحاب قابل اثبات نخواهد بود زیرا علت وجودی آن منوط بتجدد امر دیگر است خارج از ذمه مستصحب

نظریه سوم - تفصیل بین امور خارجی و حکم شرعی و عقیده بر عدم حجیت استصحاب در مورد اولی

نظریه چهارم - تفریق حکم شرعی کلی از غیر آن و حکم بعدم اعتبار استصحاب در اولی

نظریه پنجم - تفصیل میان آنچه با جماع اثبات شده است و غیر آن با اعتماد بطلان تسک با استصحاب در اولی .

اقوال و نظریات دیگری نیز نقل می‌شود همچو مورد انتقاد قرار گرفته ناچار کسانی در قبول یا رد استصحاب توقف اختیار و محدودی بهیه حکم کلی را مستفاد از حجیت استصحاب را بنظر مجتهد با توجه باوضاع و احوال مقام واگذار کرده‌اند

اما به عقیده استصحاب را در صورتی که مقید بشروط زیر باشد معتبر دانسته‌اند .

الف - بقاء موضوع استصحاب .

ب - عدم مباحث .

ج - وجود تفحص و تحقیق .

الف - بقاء موضوع - و مراد از آن بقاء موضوع استصحاب است پس کسی که در

زمان پیش دانشجو بوده اگر دانشجو بودن او در زمان لاحق مورد تردید قرار گیرد در صورتی می‌توان حالت سابقه را استصحاب کرد که در حیات آنکس یعنی موضوع استصحاب شک و شبهه نباشد . مستفاد از این شرط عدم اعتبار استصحاب است در جواهر که وجود مستقل دارند و انحصار حجیت استصحاب است در موارد و اوصاف

تسک طرفداران این تفصیل باینست که استصحاب جز یک حکم ظاهری نیست که شمول آن بوجود یا عدم در اثراتی که بر عدم وجود جوهر در عالم خارج مترتب است حقیقت امر را تغییر نخواهد داد . از طرفی یک حکم طبیعی و حقیقی که در نفس الامر بذات جوهر حمل و از طرف دیگر حکمی ظاهری بنوان استصحاب و مبتنی بر شک که در تماس میان این دو حکم جانی برای حجیت استصحاب نیست .

و اما آنچه که از قبیل مواردند - چون در ماه مهرش آنها یقین حاصل است تا زمانی که اثرات انتراع عوارض آشکار نکرد حکم با بقاء آنها اولست .

ب - عدم مهارض - شك نیست که استصحاب بر اصول دیگر یعنی بر ائمه - احتیاط و تغییر مقدم است ولی قدرت استصحاب در تمارض با قاعده‌های بده - تجاوز - فراغ و همچنین تمارض با استصحاب دیگر بشرح زیر مورد کفایت و قرار گرفته است .

قاعده یث - بوجوب این قاعده مشرف مال مالک است مگر خلاف آن اثبات گردد (با قاعده علی‌البد ماخوذ از علی‌البد ماخذت حتی تودی اشتباه نشود) تمارض استصحاب با این قاعده باین نحو است .

جامه‌ایکه تعلق آن بزید تا دیروز معر زبوده امروز بشن عمرو مشاهده می‌کنیم این جامه از طرفی بحکم استصحاب محکوم بملکیت زید و از طرف دیگر برطبق قاعده ید متعلق بعمرو است . در چنین موردی و نظائر آن قاعده ید را حاکم بر استصحاب دانسته و چنین استدلال کرده اند .

حیث استصحاب محدود و منحصراً بواجبیت که امکان خروج ازشک منتع و در نتیجه روزنه‌های امید مسدود باشد در حائقی که قاعده ید اماره و چون موجودن است بر استصحاب یعنی حکم مشکوک تقدم دارد .

قاعده فراغ - شخص مکلف پس از اداء تکلیف و فراغ از آن اگر در صحت افعال خود شك کند طبق این قاعده شك او معتبر نیست .

قاعده تجاوز - مأمور در صورتی که ضمن اجراء حکم در درستی چیزی از افعال و هنگامی که از آن گذشته و وارد جزء دیگر شده است شك کند بر شك او اثری باری نیست .

ظاهراً و بر طبق اصل استصحاب اعمالی که صحت آنها مورد تردید قرار گیرد چون از پیش وجودی نداشته‌اند تا آثاری بر آنها مترتب گردد و سپس هم چون مشکوک یا بر صه گذاشته‌اند مشاهده آثار وجودی نتوانند بود پس تا زمانی که وجودشان محقق نگردد حکم پیش یعنی عدم ترتب آثار قابل استصحاب و از این جهت موردی برای قاعده فراغ نیست . و اما تجاوز این راست است که سایر اجزاء تکلیف بدرستی تحقق یافته و بنا بر این لا اقل آنچه که بصحت اجرا گردیده بایستی نافذ و معتبر تشخیص گردی از آنجا که انتفاء امر کب با انتفاء جزء اوست همه تکلیف مورد اداء بملت تردید در صحت جزء آن مشکوک و غیر معتبر گشته است اما با وجود دلایل فوق قاعده فراغ و همچنین تجاوز بر قدرادران بسیاری داشته که باده ارببه (کتاب - سنت - اجماع - عقل) متسک و متجدله مصالح فرد و اجتماع را در آنها دانسته‌اند .

میگویند عدم اعتماد باین دو قاعده ثبات و اعتماد بنفس را متزلزل و زشتی آن هنگامی آشکار می‌گردد که در انجام يك تکلیف پای شك بر شك و در نتیجه تکرار بر تکرار بیان آید . خلاصه اینکه استصحاب با اصل صحت قدرت تمارض را نخواهد داشت .

زائد نیست گفته شود اصل صحت و عدم امکان تمارض استصحاب با آن محدود با افعال انجام دهنده تکلیف بوده و مشمول آن بدینگران محل تردید قرار گرفته است .

تعارض با استصحاب دیگر - در اینجا سخنان فراوانی گفته شده و اقسام بسیاری برای تعارض دو استصحاب یاد گردیده است که شقوق زیر از آنها است .

تعارض دو استصحاب ممکن است از اعراض موضوع باشد یا از اعراض حکم و با مختلف و در هر حال

یا دو استصحاب وجودی هستند یا عدمی و با مختلف و در هر صورت .
تعارض با ذاتی و مربوط بعدم امکان اجتماع طبیعت دو استصحاب است و با منوط بامر خارجی و همچنین .

شك در يك استصحاب ممكن است موجب شك در ديگرى بوده و با شك در هر دو مستند بامر ثالث .

اما چون اقسامى كه - برائى تمارض دو استصحاب يادگريده اگر مشمول دو عنوان اخير نباشند بر انشاءشان اثرى مترتب نيست از اين جهت بحث خود را بهمين دو عنوان اختصاص داده گوييم:

اول - اگر در دو استصحاب متعارض بين دو شك آنها رابطه سببیت موجود باشد اعتبار استصحاب حالت سابقه شك سببى مقدم و در نتيجه صرفنظر از حالت سابقه شك مسببى ضرورى است. مثلا

مالکیت زيد نسبت بهالى معرّض وای هنگام فروش آن عمرو مورد تردید است - پس اگر هیچ دلیلى از خارج برای انتساب مال بيكى از آن دو موجود نباشد تکلیف چیست .

از يك طرف مى توان مالکیت سابق زيد را تا هنگام عقد استصحاب و در نتيجه بصحت بيع بدون توجه بشديد در مالکیت او حکم کرد و عمرو را مالك شناخت - از طرف ديگر حرمت تصرفات عمرو نیز قابل استصحاب و عدم انتقال مال بنا بر اين بسوجب هقدى مشکوک مورد توجه تواند بود .

در اینجا چون شك در مالکیت سبب از برای شك در صحت انتقال مال شده است حالت سابقه شك سببى يعنى مالکیت زيد معتبر و در نتيجه بيع مقرون بصحت است .

دوم - شك در هر دو استصحاب متعارض مستند بامر ثالثى است - در اینجا ممکنست عمل بهردو استصحاب باهلم اجمالى منافات داشته يا چنين باشد در صورت دوم دلیلى شرعى بر عدم امکان عمل بهر دو استصحاب وجود دارد يانه .

شکل اول - عمل بهردو استصحاب باهلم اجمالى منافات دارد - زيد بفتح دونفر اقرارى بدین نحو نموده که معقلا بيكى از آنها و مبلغى مديون است درحالى که هیچگونه قرينه دال بر ترجیح يکى بر ديگرى نيست در اینجا حالت سابقه هر يك از دو مدعى که استصحاب گردد نتيجه عدم اشتغال ذمه زيد است بآنها که باهلم اجمالى استفاد از اقرار نمايراست . در چنين موردی و نظائر آن حکم بعارض و تساقط هر دو استصحاب توصيه شده است .

شکل دوم - دلیلى شرعى بر عدم امکان عمل بهردو استصحاب وجود دارد .

شکل سوم - برای اعتبار هر دو استصحاب معنی نيست .

امثله ايکه در ترجیح دو شکل اخير يادگريده همگی چون بیاب عبادات مرتبط است از بحث تفصیلى در آنها خوددارى ميگردد .

ج - لزوم نفس و تحقیق - مجتهد که مشور استنباط حکم از قوانین الهی است براهی نیل بحق ملزم بصرف همه قوای فکری و عقلی است. دادرس مذهبی بدلیل اعتقاد بجهان ديگر اگر ناسرحد استطاعت معنوی خویش نکوشد - صرفنظر از عواقب نارواى که ممکنست برا حکام اوبار گردد - بضاظر همین بی مبالائی ماخوذ و مستول است . بنا بر این تسك باستصحاب يعنى يك حکم ظاهرى که احتمال خلاف نیز در آن هست محدود بواردیست که پس از جستجوی فراوان دست مجتهد از ادراك حقیقت براسنى کوتاه گردد و در غیر همچو صورتی اعتماد باستصحاب هرگز جایز نيست .