

قیاس اصولی در قلمرو احکام قوانین موضوعه

یا

اجتهاد در تحصیل روح قانون

مقدمه

قوه مقننه که وضع قوانین را در حدود قانون اساسی در جوامع پیشرفته عهده‌دار است، در داخل مرز وحد قانون مذکور بانجام وظایف محوله مبادرت مینماید. در اینجا سئوالی متبادراً مطرح میشود، که آیا قوه مقننه با توجه به رعایت قانون اساسی که وظیفه وضع انواع قوانین را در جهت صیانت مسائل انسانی اعم از اقتصادی و سیاسی و قضائی و غیره عهده‌دار است قادر میباشد که تمام موارد را در برآوردنیاز عمومی در قالب قوانین موضوعه پیش‌بینی نماید؟ قدر مسلم خیر. در تمام ادوار تاریخی بشر ثابت شده است که قانونگذاران نه تنها چنین ادعائی نداشته‌اند، بلکه امکان تصور چنین مطلبی از محالات عقلی است. زیرا مسائل اجتماعی و انسانی در قالب حد و حصر و پیش‌بینی نمی‌گنجد در حالیکه قوانین هرچه و بهر میزان و کیفیتی که باشند محدود و محصور بودندشان از صفات ذاتی آنها است. بهمین ملاحظه است که یکی از علمای بزرگت قرن پنجم هجری ایران بنام شمس‌الدین سرخسی در یکی از تصنیفات ارزنده خود بنام *المبسوط* که آنرا در زندان نگارش نموده و حدود سی و دو جلد نیز میباشد در موضوعی که تحت عنوان *ادب القاضی* در جلد شانزدهم آن کتاب بحث میکند میگوید: «... ابتلی بحادثه لایجدلها فی الکتاب والسنه ذکراً فالنصوص معدوده و الحوادث ممدوده فعندذالك لایجدبدا من التأمل و طریق تأمله ما اشار الیه فی الحدیث فقال اعرف الامثال الاشباه وقس الامور عندذالك فهو دلیل جمهور الفقهاء و رحمهم الله علی ان القیاس حجه فان الحوادث کلمها لا تجد فی الکتاب والسنه... یعنی... قوانین قابل احصاء و شمارش است در حالیکه مسائل و قضایای انسانی غیر قابل حصر بوده... و بهمین دلیل است که جمهور فقها در حقیقت قیاس اصولی را حجت دانسته‌اند. زیرا حکم تمام مسائل قضائی در نصوص قانونی پیدا نمیشود...» مرحوم عبدالوهاب خلاف عالم مصری در کتاب *علم اصول الفقه* ص ۵۸ میگوید «ان

نصوص.... محدود و متناهی، و وقائع الناس واقضیتهم غیر محدود و لامتناهی... یعنی در حقیقت نصوص قانونی دارای حد و حصر بوده و درحالیکه امور مردم و اتفاقات جاریه بین آنها بی حد و بی انتهای است لذا محال است که نصوص قانونی محدود و متناهی بتواند جوابگوی مسائل نامحدود و نامتناهی باشد. بنابراین در اینجا قیاس اصولی است که نشان دهنده حکم قانونی برای وقایع جدید بوده و آن حکم را نمایان میسازد....»

ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی ایران میگوید «دادگاههای دادگستری مکلفند بدعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتیکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم، قضیه را قطع و فصل نمایند» و از ترکیبی روح قوانین که در ماده مذکور مشهود است در سیر تحول تاریخ حقوق از لحاظ نحوه استفاده و استنباط در نظر علما و نویسندگان، مکتب دوگانه‌ای داشته و لذا میتوان به دو مکتب یا دو نظر گاه توجه نمود. منتسکیو عالم و حقوقدان شهیر قرن هیجدهم فرانسه در یکی از کتب با ارزش خود بنام روح القوانین این واژه را برای آن کتاب نامگذاری نموده و تحت عنوان *Esprit Des Lois* میتوان گفت ماهرانه استقراء جالب منطقی در قوانین تاریخ بشر نموده و مهمترین نکته‌ای که از مطالعه مجموعه کتاب روح القوانین استنباط میشود اینست که این دانشمند عالیقدر بعقل ایجاد قوانین و تالی حسن و تالی فاسد آن که در ادوار تاریخی ابناء بشر اجراء شده توجه داشته است. مثلاً منتسکیو در کتاب خود چند جا به پلیدی روح قانون زمان هانری هشتم در انگلستان اشاره مینماید و از اینکه واضعین و مجریان قانون زور از عواقب وخیم آن مصون نخواهند ماند بحثها میکند و همچنین اشاره منتسکیو بقانون سیروس در لیدی باعنایت بتاریخ جالب توجه است. در قرآن کریم کراراً از این نوع موارد ذکر شده (سوره شعراء آیه ۲۲۷... و سيعلم الذين ظلموا ای منقلب ینقلبون).

گذشته از این منتسکیو واضع اصطلاح روح القوانین نیست بلکه قبل از وی دانشمند دیگری بنام دوما (Domat) در یکی از فصلهای کتاب خود این اصطلاح را بکار برده و منتسکیو در رساله دفاعیه راجع به کتاب روح القوانین از دوما نام میبرد مقصود دوما از استعمال این واژه تحصیل نیت و قصد مقنن بوده ولی منتسکیو منظورش یافتن علت ایجاد قوانین و نتایج و توالی آن در سیر تاریخ است.

دومین مکتب یا نظرگاه توجه به کاوشهای علمای اسلام در تحصیل روح قوانین از دیدگاه مکتب قضائی است که بحث در این زمینه بسیار گسترده و مبسوط میباشد و در تاریخ حقوق دنیا در هیچیک از سیستمهای حقوقی نه تنها چنین بحثهایی در خاطرها خطور نکرده بلکه مواردیکه بعنوان استنباط احکام متصور باشد اولاً درقبال مسائل استنباط احکام که مورد بحث علمای اصول بوده در خور توجه و اهمیت نیست ثانیاً غالب حقوقدانان غربی در تحلیل روح قانون از دیدگاه قضائی فقط با تغییر

الفاظ و عبارات و با انتحال معانی تحت عنوان تفسیر قانون و غیره تالی بی ارادت اصول فقه اسلام آنهم بطور ناقص و نادرست بوده اند که بحث در این مقال مقدور نیست. و در واقع علم اصول منطق و ابزار و وسائل عقلی کامل عیاری است در استنباط احکام مجموعه قوانین و کسبیکه واقف بر موز علم اصول باشد مجتهد و صاحب نظر متبحری است در استنباط احکام انواع قوانین و فتوایش برای همه کسانیکه باقانون سروکار دارند میتواند حجیت داشته باشد که متأسفانه این علم بعلت بدی تدریس و نحوه نوشتن کتابهای غیر متجانس در دانشکده حقوق و از طرفی عدم وقوف بعضی از تحصیل کنندگان علم حقوق در مقدمات، دچار وقفه و اشکال از نظر تعلیم و تعلیم شده است. من هرگز ادعا نمیکنم که در این مقاله رموز علم اصول را بگویم بلکه تدوین و تألیف مسائل اصول بچندین جلد کتاب قطور نیازمند است در این مقاله فقط بطور مختصر و در محدوده قیاس اصولی که یکی از ابواب عدیده علم اصول است با اشاره بقوانین موضوعه بحث کوتاهی مینمایم این مطلب یادآور شود که قواعد و ضوابط علم اصول از جهت استنباط احکام قانونی بهیچوجه تابع زمان و مکان و نوع قانون خاص نیست بلکه ابزار است متین و مستحکم که همه جا و همه وقت میشود از آنها بنحو احسن استفاده شایان نمود مثال: آیا میشود مدعی شد که موضوعات ناسخ و منسوخ، عام و خاص، مطلق و مقید، وارد مورد غالب و غیره که از موضوعات اصولی است امروزه موضوع بحث قانونی نیست و یا در آینده نخواهد بود و یا این بحثها مربوط به مکانهای معینی در دنیای قانونگزاری است؟ خیر. این بحثهای اصولی تا وقتیکه قانونگزاری وجود دارد هست و خواهد بود. در فقه اسلام علما تحت عنوان اصطلاح روح القوانین مطالب را واریز نکرده و شاید این واژه مورد نظر نبوده است بلکه دانشمندان مقتدر و بی نظیری چون امام محمد غزالی و علامه و محقق و دیگران در فحوص و کاوشهای علل وضع قوانین اجتماعی و قضائی اصول و پایه ها و نظریات علمی متقنی طی چند قرن تدوین نموده اند که هر پایه و نظریه مورد خاصی برای خود در موارد شناخته شده جهت یافتن روح قانون دارا میباشد مانند تخصیص عموماً قانون بوسیله مفاهیم قانونی یا بحث مانع و مقتضای قانونی که در حقیقت از ابزار یافتن روح قانون میباشد.

همانطور که معروض شد در این مقاله در حد امکان بنحومختصر فقط از یکی از ابزار یافتن روح قانون در علم اصول تحت عنوان قیاس اصولی یا اجتهاد در قانون بحث میشود و پایه این گفتار غالباً بر نظریات حجت الاسلام ابو حامد امام محمد غزالی طوسی یا بعبارت دیگر فخر عالم انسانیت میباشد که در جلد دوم کتاب مستصفی از مصنفات آن بزرگوار قرار دارد بحث میشود اگر نواقصی و ابهاماتی در این گفتار باشد صرفاً بعلت بی بضاعتی اینجانب است و شبهه ای در گفتار آن عالیقدر نیست. قبل از ورود در موضوع ارکان قیاس بدو بمنظور روشن شدن مطلب چند مسئله قضائی را از باب قیاس مورد بحث قرار میدهم:

قیاس

در منطق ارسطو در باب حجت قیاس عبارتست از: توسل بحکم کلی برای یافتن حکم جزئی و این قیاس ارتباط و مشابهتی با قیاس اصولی که علمای اسلام وضع نموده‌اند ندارد منطق ارسطو آنطوریکه فلاسفه مدعی نفوذ آن در قلمرو فلسفه میباشند در پهنه علم حقوق اظهار وجودی ننموده و هیچ منطقی نظیر ابزار علم اصول نمیتواند در پهنه علم حقوق حکومت نماید در زمینه قیاس اصولی علما تعاریف متعددی نموده‌اند که همگی با اختلاف الفاظ تقریباً وحدت معنی دارند غزالی در تعریف قیاس فرماید «وحده انه حمل معلوم علی معلوم فی اثبات حکم لهما... یعنی دو قضیه معین و معلوم قضائی که یکی معلوم الحکم است و دیگری مسکوت الحکم لذا چه از لحاظ اثبات حکم یا وصف و چه از لحاظ نفسی آنها بجهت وجود علت واحد در هر دو قضیه حکم قضیه معلوم الحکم بر قضیه مجهول الحکم جاری و ساری میشود...» ابوالمعالی جوینی امام الحرمین عالم بی بدیل قرن پنجم هجری ایران میگوید: «القیاس فهوردالفرع الی الاصل بعلمه تجمعهما فی الحکم... قیاس عبارتست از ارسال و احاله قضیه مسکوت الحکم بسوی قضیه معلوم الحکم بمنظور یافتن حکم قضیه مسکوت الحکم بعلمت اینکه آندو از جهت حکم میتوانند اجتماع نموده و یک حکم در مورد هر دو قضیه جاری باشد. و اقسام قیاس عبارتند از: قیاس علت، قیاس دلالت و قیاس شبه...»

محقق فرموده است «اگر قانونگذار در قانون علت وضع آنرا تصریح نماید و قرینه حالیه نیز وجود داشته باشد که دلالت نماید بر اینکه قانونگذار توجهش فقط بهمان علت درج شده در قانون بوده لذا اگر در قضایای مسکوت الحکم نیز آن علت وجود داشته باشد حکم قضیه معلوم را بر قضایای مسکوت الحکم باید سرایت داده و جاری ساخت.»

علامه در کتاب نهاییه میگوید «هرگاه قانونگذار در قانون علت امری را تصریح نماید معلوم میشود که آن علت سبب و باعث ایجاد حکم آن قانون شده است در نتیجه هرگاه در قضایای مجهول الحکم آن علت یافت شود حکم قضیه معلوم الحکم بر آن قضایا سرایت نموده و جریان می‌یابد...»

پس در خصوص قیاس اصولی میگوئیم کسیکه به قانون میپردازد هرگاه در اجرای آن به قضیه‌ای برخورد نماید که فاقد حکم قانونی است ولی ماده‌ای در مجموعه قوانین وجود دارد که حکم آن مشخص بوده و علت وضع آن حکم نیز معین بوده یا میشود در حالیکه همین علت در قضیه فاقد حکم وجود دارد در اینجا او میبایست بجهت وحدت علت یا وحدت ملاک دو قضیه دارای حکم قانونی و فاقد حکم قانونی، حکم قضیه دارای حکم قانونی را در مورد قضیه فاقد حکم قانونی اجرا نماید.

مثال: آیه نود از سوره مائده در قرآن کریم چنین است «یا ایها الذین آمنوا انما الخمر والمیسر و الانصاب و الازلام رجس من عمل الشیطان فاجتنبوه لعلکم تفلحون - ای مؤمنان همانا خمر و تحصیل اموال غیر مشروع و بتها و تیرهای ازلام پلیدیمنائی

است از عمل شیطان از این پلیدیها دوری کنید شاید رستگار شوید» در اینجا از احتجاج فقها در خصوص حصر و شمول سکر صرفنظر میشود و به نتیجه میپردازیم. در نظر اکثر فقها هرچیزیکه مستکننده باشد بعلت اینکه به عقل و روح لطمه میزند حرام است میسر در آیه شریفه مصدر میمی است از یسر و در لغت بمعنای آسانی است مراد از میسر هر عملی است که موجب تحصیل ثروت از راه فریب دادن یا اضرار مردم باشد و با توجه به کتاب حدود مجازات سنگین برای آن تعیین شده است مراد اینستکه چون شارع با وجه صیغه امر (فاجتنبوه) شرب خمر را حرام نموده آیا این حرمت بچه علت موجب سرایت در سایر مسکرات است؟ علت در حرمت خمر سکر است و شارع بعلت وجود سکر در خمر آنرا حرام نموده و از نظر فقها چون سکر عقل را می پوشاند لذا حرمت خصوصیتی در خمر ندارد پس هرچیزیکه موجب پوشانیدن عقل انسان باشد با توجه بعلت حرمت در آیه مذکور حرام است. این اجتهاد را قیاس علت یا تحقیق مناط گویند پس قیاس باین صورت است که خمر بعلت وجود سکر حرام است پس نوشابه ها و مواد دیگری نیز غیر از خمر وجود دارد که سکرآور است ولی نصی در مورد حرمت آنها نیست میگوئیم چون علت حرمت خمر وجود سکر و در نتیجه پوشانیدن عقل است پس نوشابه ها و مواد دیگری که خاصیت سکر در آنها باشد با توجه به قیاس علت حرام است.

و اما مثال قانونی جهت توضیح بیشتر مطلب:

ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی میگوید «دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال میشود» پس هرگاه کسی فوت شود و دین یا دیونی مدت دار بهر نحو و کیفیتی برعهده داشته باشد بلافاصله طبق حکم قانون دیون مؤجل تبدیل به دیون حال میگردد یعنی تمام دینهای ماده مذکور سررسیدش بلافاصله پس از مرگ متوفی است مسلم است وقتیکه شخص در زمان حیات برای دیون خود مدت هائی را تعیین مینماید یقیناً مدت قبل از زمان سررسید منافع اقتصادی را برایش در بر دارد و از جهت بازامبادلات و ارزش پول این فاصله زمانی بفتح بدهکار مؤثر است لذا تخفیفات مقتضیه در خصوص تبدیل شدن قروض مدت دار به قروض حال در مورد دیون چنین متوفی باید رعایت شود ولی چگونه رعایت شود و بچه مجوز قانونی؟ زیرا قانون در مورد حکم چنین قضیه ساکت است آیا اصولاً صحیح است که با سکوت قانون تعدی از نص قانون شود و حکمی که نص قانون بیان نکرده اعمال شود؟ در اینجا فقط اجتهاد از طریق قیاس وسیله و ابزار رسیدگی مجری قانون بمنظور یافتن قصد قانونگذار در تعیین تکلیف این قضیه است یا بعبارت دیگر تحصیل روح قانون است که جوابگو میباشد.

مجری قانون باید با توجه بماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی که باب اجتهاد در قانون را مفتوح نموده و در اینخصوص با توجه به قسمت آخر این ماده که میگوید «... دادگاه های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه... قضیه را حل و فصل نمایند» در این خصوص باید در مجموعه قوانین موضوعه جهت تحصیل حکمی که رعایت تخفیفات مقتضیه یا نظیر آنرا اجازه دهد با توجه بسوحدت علت

کنکاش نماید مسلم است که پس از جستجو ماده ۴۲۱ قانون تجارت را از مجموعه قوانین می‌یابد. این ماده می‌گوید «همین‌که حکم ورشکستگی صادر شد قروض مؤجل بر رعایت تخفیفات مقتضیه نسبت بمدت بقروض حال مبدل میشود.»

وفق این ماده بمحض صدور حکم ورشکستگی تاجر ورشکسته حجر مالی پیدا میکند و ممنوع‌المداخله در کلیه اموال و دارائی خود میگردد و دیون مدت‌دار چنین شخص از تاریخ صدور حکم مذکور بدیون حال تبدیل میگردد قانونگذار بدلائلی که قبلاً ذکر شد رعایت تخفیفات را با توجه به حذف مدت‌های سررسید قرض در میزان بدهی چنین تاجر نصاً مقرر نموده است، از نظر فلسفه تشریح با انسداد ممارست مبرهن میشود که علت وضع این ماده و منظور قانونگذار رعایت تخفیفات مقتضیه بنفع تاجر ورشکسته است و اما با دقت در خصوص این ماده معلوم میشود که رعایت تخفیفات مقتضیه نباید خصوصیتی از نظر قانونگذار در ماده مذکور داشته باشد. از جهت تحصیل روح قانون مقنن در این ماده میخواهد بگوید که در هر موردی قانوناً دیون مدت‌دار بدیون حال مبدل شود رعایت تخفیفات مقتضیه بنفع بدهکار يك حکم حتمی و مسلم است. پس در خصوص قضیه مسکوت‌الحکم که با فوت شخص دیون مؤجل به حال مبدل میشود حکم ماده ۴۲۱ ق.ت. را در خصوص رعایت تخفیفات مقتضیه در مورد آن اعمال و اجرا مینمائیم و می‌گوئیم که با حال شدن دیون رعایت تخفیفات مقتضیه نیز حتمی است.

مثال دیگر، ماده ۸۵۴ ق.م. می‌گوید «موصی میتواند يك یا چند نفر وصی معین نماید در صورت تعدد، اوصیاء باید مجتمعاً عمل بوصیت کنند مگر در صورت تصریح باستقلال هر يك» لذا وفق این ماده در صورت تعدد اوصیاء تمام آنان باید بنحو اجتماع در عمل بوصیت اقدام نمایند و عدم مداخله یکی از اوصیاء در عمل بوصیت موجب فقدان نفوذ آن عمل خواهد بود قانونگذار در باب وصیت پیش‌بینی نکرده است که در صورت فوت یکی از اوصیاء تکلیف وصی یا اوصیاء دیگر چه خواهد بود و آیا اقدام وصی یا سایر اوصیاء موجب جهت نفوذ بامر وصیت دارد؟ مسلماً با قید مجتمعاً در ماده مذکور مبرهن است بتعداد اوصیائی که در وصیت تعیین گردیده عمل بوصیت نافذ خواهد بود و لاغیر لذا برای پرنمودن این خلأ باید باجتهاد و تحصیل روح قانون از نظر وحدت علت و تنقیح مناط دست زد، با تفحص در مجموعه قوانین موضوعه ماده‌ایکه از لحاظ مناط و علت و ملاک با ماده مذکور اتحاد سبب داشته باشد قسمت دوم ماده ۷۷ ق.م. است این ماده می‌گوید «هرگاه واقف برای دو نفر یا بیشتر بطور استقلال تولیت قرار داده باشد هر يك از آنها فوت کند دیگری یا دیگران مستقلاً تصرف میکنند و اگر بنحو اجتماع قرار داده باشد تصرف هر يك بدون تصویب دیگری یا دیگران نافذ نیست و بعد از فوت یکی از آنها حاکم شخصی را ضمیمه آنکه باقیمانده است مینماید که مجتمعاً تصرف کنند» لذا با توجه بروح این دو ماده از قانون و با توجه به وحدت مناط وقف و وصیت و نظر به فقدان وجود فارق یا فارقه‌های مؤثر بین دو تأسیس حقوقی بنام وقف و وصیت جهت قیاس که هر دو

تقریباً جنبه خیر و مصلحت‌اندیشی دارند لذا خلا یکی از اوصیاء را بسبب فوت باستناد اتحاد مناهات مادتین ۸۵۴ و ۷۷ ق.م. وسیله حاکم (مراجعه بدادگستری) پر مینمایند این چند مثال که فوقاً گفته شد از نوع قیاس مساوات بوده است.

قیاس اولویت

در خصوص قیاس اولویت که بنامهای قیاس بطریق اولی و قیاس جلی نیز گفته میشود بین علمای اصول در طریق استفاده از این قیاس از لحاظ لفظ اختلاف بوده ولی از جهت معنی نظریاتشان متحد است علامه در کتاب تهذیب و جمعی از علمای عامه تحت عنوان قیاس جلی بحث مینمایند ولی محقق و جمعی دیگر این عنوان را مفهوم موافق نامیده و مورد بحث قرار میدهند و بین مفهوم موافق و قیاس اولویت بحثهایی میشود که بیانش در این مقال گنجایش ندارد مثلاً کسانی که بجای قیاس اولویت به مفهوم موافق قائلند میگویند قضیه معلوم الحکم با قضیه مجهول الحکم از جهت ایجاب و سلب موافقت دارد و قضیه مجهول الحکم با توجه به مهمتر بودن این قضیه از قضیه اول از لحاظ حکم مورد غفلت مقنن نبوده که بعلت غفلت به قیاس مبادرت شود بلکه با توجه بدو قضیه معلوم و مجهول الحکم باید از باب مفهوم موافق یا دلیل الخطاب حکم قضیه مجهول بدست آید» در هر حال چون نتیجه بیان از جهت معنوی همانطوریکه اشاره شد چه در مفهوم موافق و چه در قیاس اولویت در این خصوص وحدت دارد لذا تحت عنوان قیاس اولویت بحث خواهد شد.

قیاس اولویت باین عبارت است که در دو قضیه قضائی در حالیکه علت در هر دو قضیه واحد است حکم قضیه اول معلوم و معین بوده در صورتیکه حکم قضیه دوم مورد سکوت قانون قرار گرفته و از طرفی دو قضیه طوریکه با قدری ممارست در آن بوضوح معین میشود که با وجود فقد حکم در قضیه دوم نظر مقنن در ایجاد حکم در این قضیه خیلی شدیدتر و تأکیدش بی اندازه بیشتر از ایجاد حکم در قضیه اول است.

مثال: در قرآن کریم آیه ۲۴ سوره الاسراء چنین است «وقضى ربك الاتعبدوالالاياه وبالوالدين احساناً اما یبلغن عندك الکبر احدهما او کلاهما ولا تقل لهما اف..... یعنی خداوند فرمان میدهد که نپرستید جز او را بوالدین خود نیکی کنید و زمانیکه هر یک از آنها یا هر دو شان سالخورده و ناتوان شدند زنهار از کلمه ای که رنجیده خاطر شوند مگوئید» در این آیه باوجه صیغه نهی (لاتقل) گفتن حتی کلمه ای که موجب رنجش خاطر پدر و مادر شود با عنوان (اف) ممنوع گردیده است ولی در مورد قضایای رفتار فرزندان نسبت بوالدین منع افعال شدیدتر و قبیح تر در قرآن عنوان نگردیده مثلاً در قرآن حکمی که ضرب و جرح و قتل والدین را منع نماید موجود نیست.

لذا با فقدان نص در خصوص عناوین اخیر نمیشود حکم به تجویز انجام این افعال نمود و باید گفت در جائیکه موضوعی بی نهایت ضعیف با قید نهی مؤکداً مورد منع شارع قرار گرفته بطریق اولی موضوعات بسیار مهم نیز مورد منع حکمی شارع

یا قانون‌گزار می‌باشد و قتیکه شارع ایجاد رنجیدگی خاطر را از طرف فرزندان نسبت بوالدین منع مینماید مسلماً و صددرصد افعال ضرب و شتم و قتل را نیز علیه والدین نهی و منع نموده است و این نوع نتیجه‌گیری از قضایا را عده‌ای قیاس اولویت مینامند و عده‌ای نیز قضیه مسکوت‌الحکم را از جهت تحصیل حکم، مفهوم موافق قضیه معلوم‌الحکم میدانند. غزالی می‌گوید «وهو الاسبق الی فهم السامع فهنا مفهوم من لحن القول و فحواه» ص ۲۷۴ مستصفی. و اما مثال از قوانین: ماده ۲۲۵ قانون آئین دادرسی مدنی می‌گوید «مدعی میتواند قبل از تقدیم دادخواست یا ضمن دادخواست راجع باصل دعوی یا در جریان دادرسی در موارد زیر از دادگاه درخواست تأمین خواسته نماید و دادگاه مکلف بقبول آنست:

۱- دعوی مستند بسند رسمی باشد.

۲- خواسته در معرض تضییع یا تفریط باشد.

۳- مدعی خساراتی را که ممکن است برطرف مقابل وارد آید نقداً به صندوق دادگاه بپردازد تعیین میزان خسارت بنظر دادگاهی است که درخواست تأمین را پذیرفته است در صورتیکه قرار تأمین اجرا شده و مدعی در اصل دعوی بموجب رأی نهائی محکوم به بی‌حقی شد وجه تودیع شده بابت خسارت تأمین بمحکوم له پرداخت شود.

۴- در سایر موارد که بموجب قانون مخصوص دادگاه مکلف بقبول درخواست تأمین باشد.

تبصره: من باب جمله معترضه باید گفت قید وصف مخصوص در شق چهارماده فوق از نظر قانون‌نگزار نوعی مسامحه بوده و مقصود از قید قانون مخصوص اینستکه مقنن با توجه بمواد ۷ و ۶ قانون الحاقی بآئین دادرسی مدنی و مجموع ماده ۲۲۵ آئین دادرسی مدنی سایر قوانین را از جهت تکلیف قبول تأمین از طرف دادگاه در نظر داشته است نه قانون خاص والا قانون مخصوص بمعنی قانون خاص باتوجه بمواد اشاره مورد نخواهد داشت که بشرح ذیل بحث میشود:

قانون تجارت ایران در باب چهارم فصل اول مبحث نهم و فصل دوم و سوم همان باب مواد ذیل را بیان میدارد - ماده ۲۹۲ می‌گوید «پس از اقامه دعوی محکمه مکلف است بمجرد تقاضای دارنده براتی که بعلت عدم تأدیه اعتراض شده است معادل وجه برات را از اموال مدعی علیه بعنوان تأمین توقیف نماید»

مواد ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون مذکور حکم ماده ۲۹۲ را راجع به تکلیف محکمه به توقیف اموال بدهکار در خصوص سفته و چک و اخواست شده (اعتراض شده) جاری ساخته است با توجه بمواد مذکور خاصه ماده ۲۹۲ معلوم است که در مورد اسناد یاد شده با قید (اعتراض شده - و اخواست شده) قانون دادگاه را مکلف نموده که بمحض تقاضای خواهان بدون تودیع وجهی بعنوان خسارات احتمالی اموال خوانده را بمیزان خواسته توقیف نماید. ماده ۷ قانون مواد الحاقی بقانون آئین دادرسی مدنی با اشاره بماده ۶ آن قانون عدم نیاز بتودیع سپرده در مورد ماده ۲۹۲ قانون تجارت را تذکر

داده است.

شق ۳ ماده ۲۲۵ قانون آئین دادرسی مدنی با احتمال امکان ایراد خسارت بخواننده تودیع خسارت احتمالی را از طرف خواهان تذکر داده ولی نگفته است که هر مدعی مکلف است لامحاله خسارات را بپردازد. وضع کلمه (ممکن) در شق ۳ ماده ۲۲۵ - انصراف به کیفیت و ارزش مدرک مستند دعوی خواهان دارد این به نظر دادگاه واگذار شده که با ملاحظه مستند دعوی خواهان ودقت نظر در آن بررسی کند که آیا مدرک مستند دعوی اساساً طوری است که دادگاه بتواند مخیر بقبول یا عدم قبول در صدور قرار تأمین بدون تودیع باشد یا اینکه کلاً مکلف به صدور قرار تأمین اموال بدون تودیع خسارت احتمالی است؟ و با توجه باینکه ماده ۶ قانون مواد الحاقی بقانون آئین دادرسی مدنی من باب تذکر صریح لزوم تودیع خسارت احتمالی را در صورتیکه مدرک دعوی خواهان سند عادی باشد یادآور شده است قانون باحصر عنوان اسناد تحت عنوان اسناد عادی خواسته است بگوید که این اسناد عادی است که لزوم بتودیع سپرده دارد و متعرض بمدارک و اسناد دیگری نشده است. پس تکلیف اسناد عادی معین است و نیز تکلیف چک و سفته و برات اعتراض شده معلوم است چیزیکه در این میان باقی مانده مدارکی است که خارج از شمول مواد ۲۹۲ و ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون تجارت و مواد الحاقی بآئین دادرسی مدنی است که اولاً از جنبه ثبوتی قضیه بحقانیت خواهان بمراتب اولی شایسته تر و والاتر از برات و چک و سفته اعتراض شده میباشد ثانیاً با توجه بمواد یادشده و نظر به شق ۳ ماده ۲۲۵ قانون آئین دادرسی مدنی معلوم میشود که عدم لزوم تودیع خسارت احتمالی منحصر و محدود به مدلول مواد ۲۹۲ و ۳۰۹ و ۳۱۴ ق. ت. نیست که از لحاظ قانون خاص بطریق قیاس دچار اشکال شود. ثانیاً نظر قانونگذار و علت و مناط وضع سه ماده مذکور قانون تجارت ارزش دادن به اسنادی است که بعلت اعتراض مرجوع شده زیرا اگر همین اسناد سه گانه فاقد صفت اعتراض یا واخواست باشند جز اسناد عادی چیز دیگری نیستند. پس اهمیت در نوع سند نیست بلکه اهمیت در کیفیتی است که در نظر قانونگذار قابل توجه بوده و آن کیفیت همان قید (اعتراض شده) میباشد چون این قید اعتراض شده در اسناد سه گانه بنظر قانونگذار حق مدعی را از جهت اثبات حقانیت بطور تقریبی و نسبی به جنبه ثبوتی نزدیک ساخته و تزلزلش را از اسناد عادی کمتر نموده است لذا قانون بعلت ارزشمندی نسبی که جنبه ثبوتی آن بیش از اسناد عادی است خواهان را معاف از تودیع سپرده بعنوان خسارات احتمالی نموده است با توجه بتوضیحات و عرایض فوق جهت ورود در قیاس اولویت از یکی از مدارک مستند دعوی بحث میشود که ارزشمندی و جنبه ثبوتی آن از بدیهیات قانونی و عقلی است و نیازی باستدلال ندارد و آن حکم قطعی صادره از دادگاه صلاحیتدار است مثال: شخصی بنام زید ملک ارزشمندی دارد که بعلت سهل انگاری در اداره آن، کلاه برداران و چالین حرفه ای بالطائف الحیل، علیه وی مبادرت بساختن وکالتنامه رسمی معمول، در دفتر اسناد رسمی باتبانی سردفتر مینمایند، مبنی بر اینکه شخص

ثالثی از طرف زید وکیل تام‌الاختیار و بلاعزل در خصوص کلیه نقل و انتقال ملك در وکالتنامه مجعول مذکور میباشد و با این وسیله ملك او را بفروش میرسانند و ردپائی نیز از خود باقی نمیگذارند. زید ناچار بدادگستری مراجعه میکند و علاوه بر تعقیب کیفری، دادخواست حقوقی نیز مبنی بر دعوی بطلان وکالتنامه بعلت مجعول بودن آن باستناد ماده ۳۹۰ ق. آ. د. م. علیه وکیل وکالتنامه مجعول بدون اینکه ضمن دادخواست دعوی بطلان وکالتنامه، ابطال معاملات بعدی را نیز بخواهد بدادگاه تقدیم میدارد و دادگاه نیز پس از طی تشریفات قانونی مبادرت بصدور حکم بجعلیت و بطلان و بی‌اعتباری وکالتنامه مذکور مینماید و حکم پس از طی تشریفات بمرحله قطعی میرسد. موضوع این است که زید باستناد این حکم قطعی میخواهد دادخواستی بدادگاه صالحه مبنی بر درخواست صدور حکم بر اعلام بطلان معاملاتی که باستناد وکالتنامه مجعول انجام شده تقدیم دارد و ملك خود را باز ستاند در اینجا مستند دعوی زید (خواهان) بر اعلام بطلان معاملات بعدی، حکم قطعی صادره از دادگاه بر مجعولیت و بی‌اعتبار بودن وکالتنامه ایست که اساس معامله بعدی قرار گرفته بود. آیا در صورت تقاضای تأمین و توقیف ملك ضمن دادخواست تقدیمی دادگاه میتواند بخواهان تکلیف تودیع سپرده بمنظور خسارات احتمالی را بنماید؟ مسلماً خیر. زیرا با توجه به مجموع ماده ۲۲۵ قانون آ. د. م. و با توجه بمواد ۷ و ۶ مواد الحاقی بقانون مذکور و با توجه به مواد ۲۹۲ و ۳۰۹ و ۳۱۴ ق. ت. باعنایت بعرایض قبلی و قتیکه قانونگذار اعتبار موضوع ضعیف‌تر را قبول دارد یعنی برای اسناد سه‌گانه مذکور تجاری که از مدارك اثباتی بوده با قید (اعتراض شده) حقانیت تقریباً محتوم برای دارنده آن قائل است چگونه برای دعوی که مدرک و مستند آن از مدارك ثبوتی یعنی حکم قطعی دادگاه بوده و بمراتب از هر مدرک و سندی بالاتر و والاتر است حقانیتی برای خواهان قائل نباشد؟ یقیناً دادگاه باید بطریق اولی و بقیاس اولویت بدون تردید قرار توقیف ملك مذکور را بدون تودیع سپرده از طرف خواهان، صادر نماید. این چنین قیاس را در علم اصول قیاس اولویت می‌نامند که نوعی تحصیل روح قانون است. مثال دیگر:

متهمی در دادگاه جزائی محکوم میشود و حکم قطعیت می‌یابد در حالیکه متضرر از جرم یا شاکی بعنوان مدعی خصوصی در موعد قانونی دادخواست ضرر و زیان بدادگاه جزا تقدیم نداشته است البته احکام جزائی را از جهت معیار تعیین ضرر و زیان میتوان بدودسته تقسیم نمود دسته اول احکامی هستند که ضرر و زیان مادی آن صراحتاً معین است در حالیکه ضرر و زیان معنوی را دادگاه باید تعیین نماید مانند کلاهبرداری یا امینی که بمیزان يك میلیون تومان وجه کلاهبرداری یا خیانت نموده و شاکی بموقع عرضحال ضرر و زیان بدادگاه تسلیم نداشته و دادگاه فقط از جنبه کیفری متهم را محکوم نموده و حکم نیز قطعی گردیده است.

دسته دوم: احکامی هستند که ضرر و زیان آن تقریباً بطور اغلب جنبه معنوی دارد و ضرر و زیان مادی در قبال ضرر و زیان معنوی چندان محسوس نیست مانند:

اعمال منافیات عفت و غیره. در مورد احکام دسته اول که حکم دادگاه با تعیین کیفر تلویحاً مؤید ضرر و زیان مادی و معنوی نیز میباشد اگر متضرر از جرم با استناد این نوع از احکام بدادگاه حقوق دادخواست ضرر و زیان تسلیم بدارد در صورت تقاضای صدور قرار تأمین خواسته دادگاه نسبت به تقاضای وی از جهت جنبه ضرر و زیان مادی (یک میلیون تومان) بنا بقیاس اولویت بدون تودیع سپرده از طرف متضرر از جرم بعنوان خسارات احتمالی، باید بصدور قرار تأمین اموال مجرم (خوانده) مبادرت بنماید ولی نسبت به ضرر و زیان معنوی احکام دسته اول و دسته دوم که موکول برسیدگی است صدور قرار تأمین بدون تودیع خسارات مورد نخواهد داشت.

ارکان قیاس

هر قیاس اصولی متشکل از چهار رکن است و آنها عبارتند از:

- ۱- اصل: و آن عبارتست از قضیه‌ایکه حکمش را نص قانون معین نموده و بنام‌های مقیس علیه، محمول علیه و مشبه به نامیده میشود.
 - ۲- فرع: و آن عبارت از قضیه‌ایست که قانون نسبت به حکم آن ساکت یا مجمل است و بنام‌های مقیس و مشبه نامیده میشود.
 - ۳- حکم اصل: و آن حکم قانونی است که طبق نص قانون در مورد اصل وجود دارد و با اجتهاد این حکم را در فرع سرایت میدهند.
 - ۴- علت: عبارت از وصفی است که حکم اصل بر آن بنامیشود، شناخت قیاس اصولی موکول به شناسائی همین علت است که در این مقاله بشرحی که بعداً خواهد آمد مختصراً بحث خواهد شد، علت را جامع نیز میگویند.
- دو رکن از چهار رکن فوق یعنی همان اصل و فرع دو امر قضائی هستند که حکم یکی را نص قانون معین نموده درحالیکه قانون در خصوص دیگری از جهت حکم دلالتی نداشته ساکت یا مجمل است لذا کوشش میشود که بطریق قیاس اصولی حکم دومی را در قبال سکوت یا اجمال قانون پیدا نمایند و این دو رکن یعنی دو قضیه اصل و فرع مشروط بشرائطی نیز میباشدند. شرائط اصل در بحث علت روشن خواهد شد. فعلاً در خصوص اصل فقط این نکته را یادآور میشود که حکم اصل باید به نص قانون معین شده باشد. بنابراین هرگاه بطریق قیاس حکمی برای فرع بدست آید این فرع دیگر صلاحیت آنرا ندارد که بعنوان اصل پایه قیاس دیگری قرار گیرد و همچنین آرائی نیز که از احکام قانون استخراج میشود نمیتواند بعنوان اصل پایه قیاس قرار گیرد. لذا حکم اصل باید منصوص بقانون بوده باشد شرایط بقیه ارکان بشرح ذیل است:

شروط فرع (قضیه مسکوت‌الحکم)

- ۱- علتی که در قضیه اصل وجود دارد باید در قضیه فرع نیز موجود باشد بهمین جهت است که میگویند وحدت علت یا وحدت ملاک.
- ۲- وجوه فراق مؤثری در فرع نباشد که مانع جریان حکم اصل بآن باشد. مثلاً

اگر قضیه فرع امری باشد در خصوص وقف و قضیه اصل امری باشد در مورد بیع در صورت وجوه فراق مؤثر، قیاس جاری نمیگردد. این مطلب نیز در بحث علت روشن خواهد شد.

۳- حکم فرع باید تماماً با توسل به قیاس بوسیله نص قانون معین و روشن شود.

۴- در مورد قضیه فرع باید محرز شود که هیچ نص قانونی حکم آنرا بیان ننموده است لذا بعد از احراز کامل موارد فوق در فرع بقیاس مبادرت میشود والا اجتهاد در مقابل نص بوده و آن موردی ندارد.

حکم اصل

سومین رکن قیاس حکم اصل (حکم قضیه معلوم الحکم) است. این حکم که بطریق قیاس به فرع (قضیه مسکوت الحکم) تعدی و سرایت مینماید دارای شرایطی است لذا هر حکم منصوص قانونی که مربوط به موضوع باشد و جاهت و شایستگی ندارد که با توسل به قیاس در موضوع دیگر سرایت نماید بلکه حکم منصوصی که میخواهد به قضیه مسکوت الحکم (فرع) بطریق قیاس سرایت نماید باید شرایطی را حائز باشد و آن شرایط مختصراً بشرح ذیل است:

۱- حکم باید قانونی بوده و عملاً بنص قانونی ثابت و مشخص بوده باشد تا در مورد قضیه مسکوت الحکم بتواند اعمال و اجراء شود. لذا همانطوریکه در مورد اصل گفته شد حکمی که در نتیجه قیاس بدست آید یا حکمی که از روی استدلال و استنباط قضائی تحت عنوان آراء هیئت عمومی بدست می آید که آنهم اغلب بطریق قیاس است نمیتواند از نظر علم اصول پایه قیاس قرار گیرد و خود بفرعی دیگر سرایت نماید زیرا خلاف طریق قیاس خواهد بود و بحث چرایی را در این خصوص باید در مقالات تفصیلی بیان نمود نه در این مختصر و خلاصه آراء تحصیل شده از قوانین نمیتواند بعنوان اصل پایه قیاس قرار گیرد.

۲- حکم اصل نباید از احکام منسوخه باشد یعنی قبلاً قانونگذار حکم اصل را صریحاً یا تلویحاً نسخ نکرده باشد این بعهده صاحب نظر است که برای قیاس در مجموعه قوانین تفحص کند تا دریابد که حکم منسوخ گردیده یا خیر. لذا حکم منسوخ نمیتواند پایه قیاس قرار گیرد.

۳- حکم اصل باید از مواردی باشد که عقلاً بتوان علت آن حکم قانون را ادراک نمود پس هرگاه عقل عاجز بدرك علت حکم باشد حمل و سرایت آن حکم بطریق قیاس در فرع ممکن نیست زیرا پایه و اساس قیاس درك و شناسائی علت حکم اصل بوده و سپس ادراک وجود آن علت در فرع ولاغیر.

۴- حکم اصل نباید از احکام خاص باشد مثلاً حکم ماده ۲۴ قانون روابط مالک و مستأجر مخصوص موارد قانون مالک و مستأجر سال ۳۹ بوده و حکم خاصی است که باتوجه بهمان نص ماده ۲۴ مربوط بهمان چندماده میباشد و خارج از شمول روابط

مالك و مستأجر مستغلات شهری تعدی و سرایتی ندارد زیرا خاص است. این موضوع در بحث علت خواهد آمد پس حکم اصل باید دارای مفهوم عام باشد تا بتواند مصادیق عدیده‌ای را دربرگیرد.

تبصره: صرف گفتن اینکه قوانین مربوط به فلان مسئله یا مسائل، قانون خاص است صحیح نیست خاص بودن حکم نص قانون را باید در خود همان ماده جستجو کرد مثلاً صرف اینکه بگوئیم قانون تجارت خاص است، درست نیست چون در چند صد ماده قانون تجارت موادی یافت میشود که جنبه خاص یا مخصوص ندارد یا صرف اینکه بگوئیم قانون مدنی عام است صحیح نیست چون بسیاری از مواد در قانون مدنی است که جنبه خاص دارد. این موضوع مربوط بشناخت خاص و عام اصولی است.

۵- حکم اصل نباید موقت باشد مثلاً اگر قانون‌گزار اعتبار اجرای حکم قانونی را برای مدت سه سال یا بیشتر معین نماید چنین حکم قانونی از جریان قیاس خارج است و نمیتواند بعنوان قضیه معلوم‌الحکم مورد استفاده بطریق قیاس قرار گیرد زیرا حکم اصل باید ثابت باشد نه موقت.

تعریف علت

علت عبارتست از صفتی که در قضیه معلوم‌الحکم موجود بوده و حکم آن قضیه نیز بر مبنای همین صفت ایجاد شده است و بوسیله همین صفت (علت) متوجه میشویم که حکم قضیه معلوم‌الحکم باید در قضیه مسکوت‌الحکم اجرا شود.

مثال: وفق ماده ۴۷۵ ق.م. علت تسلیم عین مستأجره مشاع، اذن شریک یا سایر شرکاء است پس اذن سایر شرکاء وصفی است در خصوص اجاره مشاع و بوسیله همین وصف معلوم میشود که قانون‌گزار در مورد هرائتقال منافع مال مشاع و تصرف دادن آن بمنتهل الیه این وصف (اذن شریک یا سایر شرکاء) را در نظر داشته است در نتیجه در قضیه مسکوت‌الحکمی مثلاً در خصوص رهن مشاع که قانون ساکت است تسلیم مال مرهون بمرتبهن نیز منوط به اذن سایر شرکاء است این مطلب در بحث تنقیح مناط بشرح آتی روشن خواهد شد. پس علت باین نحو منظور و مقصود علمای اصول است که میگویند:

«العله هی المعرف للحکم و تسمى العله، یعنی آنچه که معرف حکم قضیه باشد علت نامیده میشود و آنرا مناط حکم، سبب حکم و ملاک حکم و اماره حکم نیز میگویند». غزالی فرماید: «انا نعنی بالعله فی الشرعیات مناط الحکم..... همانا دقت نظر ما در علت وضع قوانین، مناط و ملاک حکم است و اجتهاد در علت یا در تحقیق مناط حکم است یا در تنقیح مناط حکم و یا در تخریج مناط حکم و استنباط آن» ص ۲۳۰ مستصفا جلد دوم».

حکمت

در خصوص وضع قوانین همه علمای اسلام اتفاق عقیده دارند که هدف، مصلحت انسانی و اجتماعی است و این مصلحت بمنظور جلب منفعت و دفع مضرت از مردم است پس جلب نفع و دفع ضرر باعث وضع قوانین است و این باعث موجد قوانین، غایت و مقصود قانون بوده که فقها آنرا حکمت حکم قانونی نامند چنانچه استحقاق حق شفعه در قانون مدنی برای شفیع حکمتی است بخاطر دفع ضرر از او یا لزوم اجرای حکم ماده ۱۷ قانون مجازات عمومی حکمتی است بخاطر صیانت حیات مردم. پس حکمت هر حکم قانونی رعایت مصالح اجتماعی و دفع مفاسد آن است و حکمت حکم قانون در حقیقت اساس و پایه يك قانون معین است و آن نیز دارای اقسامی است.

حکمت نامحسوس: با وجود این مراتب چیزیکه متبادر بذهن میگردد، بنای هر حکم بر پایه حکمتی قرار داشتن است، و وجود حکم قانونی به وجود حکمت آن نیز وابسته است با محو آن حکمت، آن حکم نیز معدوم میشود و این چیز است که مقنن را بوضع آن برمی انگیزد ولی گاهی مشاهده میشود که حکمت در وضع بعضی از احکام قانونی مخفی و مستور است و امکان تحقق وجود یا عدم آن میسر نیست مثلاً مقدمه ثبوت نسب، زوجیت است و حکمت این امر قانونی (ارتباط بین مقدمه و ذوالمقدمه) این است که حمل در زمان زوجیت وفق ماده ۱۱۵۸ ق.م. ملحق بشوهر است و این يك حکمت حکم قانونی است ولی تحقق وجود یا نفی این حکمت ممکن نیست در اینجا میگوئیم این يك حکمت مخفی و غیر ظاهر است.

حکمت تقدیری یا غیر منضبط: گاهی حکمت حکم قانونی امریست غیر منضبط یعنی حکم قانون هیچ ربطی نفیاً و اثباتاً با حکمت آن قانون ندارد مثلاً استحقاق حق شفعه برای شفیع حکمتش دفع مضرت از شفیع بوده و این امر غیر منضبط است. زیرا انضباط حکم میکند که مالك ملکش را بهر کس که میخواهد بفروشد. پس گاهی حکمت وضع بعضی از احکام قانونی غیر منضبط و تقدیری است و وجود و عدم حکم قانون ارتباطی با وجود و عدم آن حکمت ندارد.

حکمت ظاهر یا منضبط: حکمت ظاهر یا منضبط عبارتست از اینکه حکم قانون برای آن حکمت بنامیشود و وجود و عدم این حکم قانون بستگی به وجود و عدم آن حکمت خواهد داشت و در اینجا میگوئیم حکم قانون با حکمت قانون تناسب دارد پس حکمت احکام اغلب مواد ق.م.ع. يك حکمت ظاهر و منضبط قانونی بوده که آن حفظ انتظام جامعه است.

فرق بین حکمت قانونی با علت حکم قانونی: حکمت حکم قانونی آن چیز است

که مقنن را بوضع آن حکم قانونی برمی‌انگیزد و در واقع انگیزه مقنن بوضع قانون بوده و نهایت و غایت منظور و مقصود قانونگذار است و این نهایت و غایت آن مصلحتی است که مقنن را بایجاد حکم قانون یا تکمیل حکم قانون وادار مینماید و یا اینکه ممکن است این غایت و نهایت آن مفاسدی باشد که قانون‌گذار را وادار بوضع حکم قانون یا قوانینی جهت دفع آن مفاسد یا تقلیل آن بنماید مثلاً وفق ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی حکم منع ازدواج بین زانی و زانیه در زنا محصنه، حکمی است که اساس و پایه وضع حکم ماده مذکور قرار گرفته است. ولی علت حکم قانونی يك امر ظاهر و منضبطی است که وجود و عدم حکم قانونی ارتباط کامل و مستقیم بوجود و عدم آن علت خواهد داشت مثال: علت دعوی اعتراض ثالث، حکم قطعی است لذا تا وقتی که علت (حکم قطعی) بوجود نیاید دعوی اعتراض ثالث بوجود نخواهد آمد پس وجود دعوی اعتراض ثالث بوجود حکم قطعی وابسته است و اگر حکم قطعی (علت) معدوم شود (مثلاً برائت اعاده دادرسی) دیگر معلول (دعوی اعتراض ثالث) موردی نخواهد داشت در حالیکه حکمت دعوی اعتراض ثالث حفظ حقوق مردم در روابط اجتماعی است نه حکم قطعی. مثال دیگر: استحقاقی را که قانون مدنی در خصوص حق شفعه برای شفیع قرار داده يك حکمت حکم قانونی است بمنظور دفع مضرت ولی علت حکم قانونی در مورد شفعه برای شفیع وجود شرکت است که شفیع در ملک مبیع با بیع شریک بوده است مثال دیگر: در عقود بیع و اجاره حکمت انتقال مالکیت و انتقال منافع در عوضین رفع حاجت مردم است. ولی علت انتقال مالکیت و منافع در دو عقد مذکور صیغه عقد است. پس نتیجه اینکه تمام احکام قانونی مستقیماً بر علل آن احکام استوار میباشد و نیز هرچائیکه علت حکم قانونی موجود شود حکم قانونی بوجود خواهد آمد و اگر چه این حکم خلاف حکمت خود باشد و در هرچائیکه علت منتفی گردد حکم نیز منتفی میشود اگر چه حکمت حکم وجود داشته باشد بدلیلی که قبلاً معروض شد در بعضی از احکام قانونی حکمت حکم مخفی یا غیرمنضبط است تخلف حکمت در بعضی از جزئیات در قبال اعمال تکالیف قانونی و مطرد بودن احکام مؤثر نیست بمرجهت علمای علم اصول میگویند «ان الاحکام الشرعیه تدور وجوداً و عدماً مع عللها لامع حکمهای معنی در قضاوت، احکام قانونی از نقطه نظر موجود یا مفقود بودن تابع علت‌های احکام قانونی است نه تابع حکمت‌های آن». لذا همیشه حکم قانونی در امر قضاوت برپایه علت آن قرار دارد نه برحکمت آن پس کسی که اجتهاد در تحصیل روح قانون نموده و قیاس مینماید بایستی متساوی بودن اصل و فرع را در علت حکم کاوش نماید نه در حکمت آن و در واقع معتقد بوجود وحدت علت یا وحدت ملاک در اصل و فرع گردد نه وحدت حکمت پس قاضی در قضاوت خود راجع به استنباط احکام بایستی از حکمت صرف‌نظر نموده به علت توجه نماید.

تخلف حکم از علت: گاهی در بعضی از احکام قانونی ملاحظه میشود که حکم قانون از علت حکم تخلف نماید مثال: وفق مقررات قانونی ایران هرگاه شخص بسن

هیجده سال تمام برسد کبیر شده و از تحت ولایت ولی خارج میگردد اما اگر معلوم شود که پس از ختم هیجده سال کسی که تحت ولایت بوده مجنون یا سفیه میباشد و جنون یا سفه او نیز متصل بزمان صغر باشد ولایت ولی قهری پایان نمی یابد در اینجا با وجود اینکه علت حکم که همان هیجده سال تمام باشد موجود است اما این علت تأثیری نکرده و حکم از آن علت تغلف نموده و ولایت پایان نیافته است مثال دیگر: مادتین ۲۰۳ و ۳۴۶ ق.م. معامله یا بیع مکره را نافذ نمیدانند در دو ماده مذکور علت معامله یا بیع صیغه عقد است که موجود بوده و وقتیکه علت عقد موجود باشد حکم ظاهراً باید از آن متابعت کند ولی در اینجا حکم از علت تغلف نموده و عقد بر اثر تغلف حکم از علت موجب فقد حکم قانونی (عدم انتقال مالکیت) گردیده است.

سبب

بعضی از علمای اصول بین علت و سبب فرقی قائل نیستند و میگویند که علت و سبب مترادف یکدیگر بوده و دارای معنای واحدند ولی بیشتر علمای اصول معتقدند که هر یک از سبب و علت نشانه و علامت حکم قانونی است. و قانونگذار در وضع قانون بین سبب و حکم یا علت و حکم حکمتی را منظور داشته و حکم بر پایه سبب یا علت بنامیشود. با وجود سبب یا علت حکم موجود و با عدم آنها معدوم میگردد.

فرق بین علت و سبب: آن عده از علمای اصول که بین علت و سبب فرقی قائل هستند میگویند هرگاه در ارتباط بین حکم قانون با علت حکم، مناسبتی وجود داشته باشد و انسان عقلاً بتواند آن مناسبت را درک نماید در اینصورت در چنین قضیه قانونی سبب و علت با وجود مناسبت مترادف یکدیگر بوده و دارای معنای واحد هستند ولی در صورتیکه عقل انسان نتواند بین حکم قانون و علت آن حکم مناسبتی را درک نماید بایستی علت را سبب بنامد پس بین علت و سبب رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد باین عبارت که هر علتی سبب است ولی هر سببی علت نیست بلکه بعضی از سببها علت میباشند پس ما مطلقاً میتوانیم بدون اشکال همیشه سبب را بجای علت بکار بریم و معلول را مسبب بنامیم ولی در استعمال علت وجود وصف مناسبت بین علت و حکم ضروریست مثال: در ماده ۲۲۳ قانون مجازات عمومی ایران جرم سرقت با آن کیفیت، علت و سببی است که مجازات معینه را برای سارق آن ایجاب مینماید در اینجا چون بین حکم قانون و علت حکم (جرم سرقت) مناسبت وجود دارد لذا علت و سبب در ماده مذکور بیک معنی بکار میروند یادآور میشود که حکمت ماده مذکور حفظ اموال مردم است. مثال دیگر: وفق قانون مدنی مرد در طلاق رجعی در مدت عده میتواند بزن مطلقه رجوع نماید. در اینجا بین علت حکم (طلاق رجعی) و حکم مناسبتی وجود ندارد میگوئیم طلاق رجعی سبب رجوع بزوجه مطلقه در زمان

عده است و عدم مناسبت بیشتر از این جهت است که برای یکطرف (مرد) رجوع حق است و برای طرف دیگر (زوجه) تکلیف چون این مقال گنجایش بحث بیشتری را در خصوص سبب ندارد لذا از آن صرفنظر میشود. بعداً در مقالات تفصیلی بحث مبسوطی از انواع سبب خواهد شد.

شرایط علت: قضیه معلوم الحکم قانونی که در قیاس اصولی بنام اصل نامیده میشود و حکم آنرا نص قانون معلوم و مشخص مینماید آن حکم ممکن است گاهی اوقات صفات و خصوصیات متعددی را دربر داشته باشد و نیز باید متوجه بود هر صفتی که در اصل وجود داشته باشد شایسته نیست که بمحض صفت بودن علت حکم نامیده شود بعبارت دیگر در صورت وجود تعدد اوصاف در حکم عنوان مطلق صفت، علیت را نمیرساند بنابراین بایستی آن صفتی را علت حکم اصل بدانیم که از آن تعلیل یا بیان علت شده یا علت بودن آن مدلل و مبرهن بوده باشد و اثبات اینکه در صورت متعدد بودن اوصاف حکم، کدام وصف علت حکم است باید شرایطی را رعایت کرد تا وصفی که علت است مشخص گردد لذا شرایطی از علت را بنحو مختصر که مورد قبول علمای اصول است در چهار قسمت ذیلا معروض میداریم:

۱- علت حکم قانونی باید صفتی روشن و آشکار و ظاهر باشد. منظور از روشن و ظاهر اینست که انسان بتواند بنحو وضوح آنرا درک نماید بدلیل اینکه علت آن چیز است که حکم قانونی قضیه مسکوت الحکم بوسیله آن پیدا میشود مانند یافتن حکم قانونی (رعایت تخفیفات مقتضیه) برای قضیه مسکوت الحکم ماده ۲۳۱ ق. ا. ح. (فرع) بوسیله ماده ۴۲۱ ق. ت. (اصل) بنابراین تعلیل یا بیان علت در موارد خفیه یا مواردیکه انسان از درکش عاجز باشد و جاهتی نداشته و از جهت قیاس صحت ندارد زیرا در موارد خفیه و غیر آشکار اثبات وجود یا عدم علت ممکن نیست اگر با تردید بین وجود و عدم در خصوص علت، اقدام به قیاس شود از موارد مع الفارق است. مثال: اگر کسی دعوی نسب نماید و بعنوان دلیل بگوید چون این طفل حاصل نطفه ایست از زوج در رحم زوجه و لذا نسب ثابت است یقیناً چنین دعوی با این نحو استدلال موجه نبوده یعنی علت با این نحو ادعا استنباط نمیشود زیرا ممکن است مثلاً از زمان عقد ازدواج تا زمان حمل بین زوجین تلاقی و مصاحبتی نباشد و نطفه متعلق بدیگری باشد نحوه تعلیل باید باین طریق باشد که مدعی بگوید بدلیل الولد للفراش که مدلول ماده ۱۱۵۸ ق. م. است و با استناد باصل وصف ظاهر (وجود عقد ازدواج) طفل محلق به زوج است و در اینجاست که اثبات خلاف عهده زوج خواهد افتاد. مثال دیگر: در تعلیل عقد بیع عدالت انتقال مالکیت عوضین، با تراضی طرفین عقد مشخص نمیشود، بلکه علت با استناد اصل ظاهر و روشن یعنی ایجاب و قبول بدست می آید.

مثال دیگر: در قانون مدنی علت حکم بلوغ کامل بودن عقل نیست بلکه ختم من ۱۸ سال علت بلوغ است بعبارت دیگر اگر کسی قبل از ۱۸ سال تمام رشید عقلی

گردد اصل و وصف ظاهر اینستکه وی صغیر است و علت که ۱۸ سال تمام است موجود نیست چنانچه صغیر ممیز نمیتواند مصالح یا بایع یا واهب و غیره باشد.

۲- علت حکم قانونی باید صفتی منضبط باشد: در اینجا انضباط علت باین معنی است که علت اولاً حقیقی بوده ثانیاً معین و ثالثاً محدود باشد باین دلیل این سه وصف برای علت لازم است که تحقق و وجود آن علت در قضیه مسکوت‌الحکم قانونی نیز بهمان میزان و مشخصات امکان پیدایش را داشته و یا اگر تفاوتی از جهت شدت و ضعف احساس شود مختصر باشد زیرا پایه و اساس در قیاس متساوی بودن علت در دو قضیه معلوم‌الحکم و مسکوت‌الحکم قضائی است. و این تساوی لازمه‌اش اینستکه علت محدود و حقیقی و معین یعنی منضبط باشد مثال در موردیکه حکم در دو قضیه معلوم و مسکوت‌الحکم متساویست: برابر ماده ۸۸۰ ق. م. قتل از موانع ارث است، بنابراین اگر وارث مورثش را بکشد از ارث محروم است اما در خصوص وصیت به ثلث قانونگذار نگفته است که اگر موصی‌له موصی را بکشد از موصی‌به محروم است و قتل را از موانع تصاحب موصی‌به برای موصی‌له قرار نداده و در این خصوص ساکت است. بهمان علتی که مقنن قتل را از موانع ارث دانسته مسلماً به همان علت قتل را از موانع تصاحب موصی‌به دانسته است در اینجا علت در هر دو قضیه متساویست پس شایسته است که با سکوت قانونگذار حکم ماده ۸۸۰ ق. م. را در مورد منع ارث بعلمت قتل در اینکه موصی‌له نیز موصی را بکشد از موانع تصاحب موصی‌به بدانیم.

تبصره: بحث اینکه محرومیت مجازات است و در مجازات بدلائلی که بعضی از فقها عنوان نموده و ق. م. ع. گفته است قیاس جاری نمیشود در همین مقاله راجع به قیاس جزائی در این خصوص ذکر کرده است لذا در خصوص مورد وصیت و قتیکه مجازات جرم در باره قاتل اجرا شود محرومیت از موصی‌به از احکام حتمی قانونی و عقلی است زیرا اگر موصی‌له بخاطر تصاحب موصی‌به مرتکب قتل موصی شود آیا وجدان قضائی حکم نمیکند که چنین شخص از موصی‌به محروم باشد؟ در نیجه اگر علت حکم قانونی وصفی منضبط نباشد شایسته قیاس نیست.

۳- علت حکم قانونی باید وصفی مناسب باشد: مناسبت باین معنی است که ظن و گمانی در صاحب‌نظر در خصوص محقق بودن حکمت حکم قانون پیدا شود یعنی بگمان صاحب‌نظر ارتباط حکم قانون وجوداً و عدماً با حکمت آن حکم باشد منظور اینست که نیت قانونگذار در وضع حکم قانون اعم از جلب منافع و دفع مضار محقق شود بدلیل اینکه حکمت حکم قانون انگیزه و محرك حقیقی مقنن در وضع و تشریح حکم قانون بوده و منتهای مقصود قانونگذار است و در صورتیکه این چنین حکمت در احکام قانونی آشکار و منضبط باشد بطور یقین همین حکمت علت حکم قانون محسوب خواهد شد بجهت اینکه همین حکمت مقنن را وادار بوضع حکم قانون نموده است اما چون در بعضی از احکام قانونی این حکمت ظاهر و روشن نمیگردد و نیز در بعضی از احکام قانونی دیگر این حکمت منضبط نمیباشد و لذا با این وجود حکمت در اینجا

بعنوان علت خالصاً مشخص نمیشود تا قیاس بر پایه آن قرار گیرد باین جهت اوصافی از قبیل ظاهر و منضبط و مناسب و ملائم با ظن و گمان جایگزین حکمت مذکور میشوند تا مثلاً نظر مقنن بسبب وجود وصف مناسب در حکم در حد غالب بدست آید ولی جایز نیست که این اوصاف (ظاهر، منضبط، مناسب، ملائم) بعنوان علت حکم قانونی شناخته شوند یا اینکه کاملاً جایگزین حکمت حکم شوند مگر اینکه اندیشه صاحبنظر آنرا در حد گمان بعنوان علت یا حکمت بپذیرد پس نتیجه اینکه اگر مناسبت وصف در حکم مشخص نگردد شایستگی علت را برای آن حکم نخواهد داشت.

چند مثال: وصف مسکر برای حرام بودن خمر يك وصف مناسب است زیرا فلسفه تحریم خمر حفظ عقل انسان است، قتل عمد يك وصف مناسبی است برای لزوم مجازات که حکم مجازات را قانون جهت صیانت حیات مردم وضع نموده یا در خصوص مادتين ۲۰۳ و ۳۴۶ ق. م. صیغه عقد با وجود وصف اکراه. مناسبت و صلاحیت علت بودن را ندارد و بسبب همین عدم مناسبت و فقد صلاحیت انتقال مالکیت (معلول) صورت نمیگیرد. مثال دیگر: در صورتیکه از زمان عقد ازدواج تا زمان انعقاد نطفه در رحم هیچگونه ملاقاتی بین زوجین صورت نگرفته باشد در نتیجه عقد ازدواج نمیتواند بعنوان علت مناسب برای ثبوت نسب پذیرفته شود همچنین اگر حلول سن ۱۸ سال تمام با جنون همراه باشد لذا ۱۸ سال تمام مناسبتی برای زوال ولایت ولی ندارد میگوئیم علت (۱۸ سال تمام) مناسب نیست غزالی در کتاب مستصفی جلد دوم مناسب را سه قسمت تقسیم میکند و میگوید: (المناسب ینقسم الی مؤثر و ملائم و غریب.....).

۴- علت نباید يك صفت خاص باشد: علت حکم معلوم الحکم بایستی صفتی باشد که بتواند مصادیق زیادی را در بر گیرد یعنی علت نباید منحصر و مختص به حکم معلوم الحکم بوده باشد و باید بتواند علاوه بر علت بودن برای حکم اصل در قضایای مسکوت الحکم نیز یافت شود زیرا فلسفه مشخص نمودن علت حکم اصل اینست که حکم اصل قابلیت تعدی و حل به فرع را داشته باشد لذا اگر مشخص شود که علت در خارج از محدوده حکم اصل وجود و تأثیری ندارد امکان ندارد که پایه قیاس قرار گیرد. مثال: وفق ماده ۴۵۶ ق. م. خیار حیوان و خیار مجلس و خیار تأخیر ثمن مخصوص بیع است لذا در عقد اجاره و سایر عقود نمیتوان بعنوان قیاس از حکم مواد ۳۹۷-۳۹۸-۴۰۲ ق. م. استفاده نمود و این خیارات را در سایر عقود جاری ساخت مثال دیگر: ماده ۲۴ قانون روابط مالک و مستأجر میگوید «کلیه طرق مستقیم یا غیر مستقیمی که طرفین بمنظور جلوگیری از اجرای مقررات این قانون اتخاذ مینمایند پس از اثبات بلااثر و باطل اعلام میشود» مثلاً اگر موجر بعنوان تضمین تخلیه از مستأجر مستغلات شهری وجوه یا اسنادی اعم از چک یا غیره اخذ نماید و مقرر شود که در صورت عدم اقدام به تخلیه در رأس یا ظرف مدت معین وجوه تضمینی یا وجوه مقیده در اسناد تضمینی متعلق بموجر خواهد بود بلاشک چنین قیود و عناوین را قانون وفق ماده ۲۴ مذکور طرق نامشروع شناخته و از درجه اعتبار ساقط کرده است لذا عقد اجاره صحیح ولی شرط باطل است و مورد تضمین باید بمستأجر برگردد

و تخلیه نیز وفق مواد ۸ و ۹ قانون مذکور امکانپذیر است نه بر وفق شرط اما اگر شخصی يك باغ خارج از محدوده شهری را بدیگری اجاره دهد و مقرر شود که چنانچه در رأس یا ظرف مدت معین با اطلاع صاحب ملك مستأجر باغ را تخلیه نکرده و تحویل ندهد يك میلیون ریال بعنوان تضمین تخلف از شرط پردازد این تضمین کاملاً موجه بوده و مستأجر در صورت تخلف نمیتواند با استناد ماده ۲۴ قانون مالك و مستأجر تضمین را باطل نماید زیرا ماده ۲۴ با قید «.... بمنظور جلوگیری از مقررات این قانون...» حکم این ماده را مخصوص مستغلات محصوره ماده يك قانون روابط مالك و مستأجر سال ۳۹ نموده لذا علت حکم ماده ۲۴ قانون مذکور بسبب خاص بودن مناسب نبوده و قیاس بر مبنای آن معالفارق است.

اقسام علت

در بحث شرایط علت یادآور شده‌ایم که صرف وجود صفتی در اصل (معلوم-الحکم) شایستگی علت حکم آنرا دارد و تعلیل و بیان علت در يك صفت بصرف اینکه در اصل وجود دارد درست و موجه نیست مگر اینکه آن وصف بشرح بحث قبلی روشن و منضبط و مناسب و غیرمختص باشد مسئله معتبر بودن وصف مناسب برای علت حکم در قضیه معلومالحکم آن اعتباریست که از نظر مقنن برای علت حکم وجود دارد و در صورتیکه از نظر قانونگذار صفت موجود در اصل معتبر نباشد لذا مناسب نبوده و شایسته قیاس نیست و از آن بعنوان قیاس بایستی احتراز شود. غزالی صفت مناسب را سه قسم تقسیم کرده ولی سایر علمای اصول این وصف را بچهار قسمت تقسیم نموده‌اند و آنها عبارتند از: مناسب مؤثر - مناسب ملایم - مناسب مرسل - مناسب ملغی.

۱- مناسب مؤثر: مناسب مؤثر عبارت از وصف مناسبی است که قانونگذار حکم قضیه قانونی را موافق آن وصف مناسب (علت) تثبیت و تأیید مینماید در اینمورد باتوجه بنص قانون ثابت میشود که در صورت وجود همین وصف مناسب در قضیه مسکوت-الحکم بایستی حکم قضیه اصل را در مورد قضیه مسکوتالحکم اجرا نمایم بنابراین حکم قضیه باید با وصف (علت) آن توافق و تناسب داشته باشد مثال: آیه ۶ از سوره نساء در قرآن کریم چنین است «وابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم.... یعنی یتیمان را آزمایش کنید تا هنگامیکه بالغ شده و تمایل به نکاح پیدا کنند آن وقت اگر آنان را آگاه بدرک مصالح زندگانشان یافتید اموالشان را بایشان باز دهید». حکم تثبیت و تأیید شده در این نص قرآن عبارتست از «در صورتیکه مولی علیه از جهت عقل به کمال و رشد تمام نرسیده باشد ولی در حفظ اموال مولی علیه ثابت و باقی می ماند». اجماعاً ثابت شده است که علت ثبوت ولایت ولی بر مولی علیه در حفظ اموال او همانا صغر است در نتیجه وصف صغر برای ثبوت ولایت بر اموال صغیر يك وصف مناسب مؤثر است. مثال

دیگر: وفق ماده ۸۸۰ ق. م. قتل از موانع ارث است. در این نص قانون، حکم ثابت عبارتست از منع قاتل از بردن ارث در اینجا عبارت ماده قانون دلالت و اشاره بر این دارد که علت منع ارث قتل است پس این قتلی که مانع ارث بردن گردیده، يك وصف مناسب مؤثر است (علت مناسب مؤثر).

۲- مناسب ملایم: غزالی میگوید «الملائم فعباره عما لم یظهر تأثیره عینه فی عین ذلك الحكم.... جلد دوم مستصفی ص ۲۹۷» پس مناسب ملائم عبارت از اینستکه علت حکم قضیه معلوم الحکم تأثیر عینیت یا مشابَهت ندارد بلکه دارای تأثیر جنسیت است یعنی حکم قضیه معلوم الحکم با توجه بموافق بودن آن با علت از موضع و محل خود نقل مکان ننموده و بر قضیه مسکوت الحکم دیگری که عین یا شبیه آن قضیه باشد حمل نمیگردد بلکه فقط در محدوده قضایائی که از جنس قضیه همان معلوم الحکم باشد قابل تعددی و حمل است نه بر عین یا شبیه همان قضایا و این عدم اعتبار سرایت در قضایای مشابه و وجود اعتبار بر تعدی حکم در جنس قضیه با اجتهاد در نص قانون معین میشود با امثله این مطلب را روشن میکنیم. مثال: ماده ۱۰۴۲ ق. م. میگوید: «بعد از رسیدن بسن ۱۵ سال تمام نیز اناث نمیتوانند مادام که به ۱۸ سال تمام نرسیده‌اند بدون اجازه ولی خود شوهر کنند» در این ماده علت ثابت بودن ولایت در تزویج دختر دوشیزه برای پدر، صغر است. علی الظاهر حکم ثبوت ولایت وفق دوشیزه بودن و صغر دختر است. اما نص ماده مذکور دقیقاً دلالت ندارد باینکه کدامیک از دوشیزه بودن یا صغر علت ثبوت ولایت ولی است اما با توجه به نص ماده بعدی یعنی ماده ۱۰۴۳ ق. م ثابت میشود که صغر علت ولایت در تزویج صغیر است و ختم ۱۸ سال تمام ولایت در تزویج را زائل نموده و فقط جنبه استصوابی غیر مؤثر آن باقی است همانطوریکه وفق قانون ولی ولایت بر اموال صغیره دارد ولایت وی بر وجود صغیره نیز محرز است پس ولی دارای انواع ولایت بر صغیره است و ولایت در تزویج نیز یکی از انواع ولایت است لذا علت ثبوت ولایت ولی بر صغیره دوشیزه همانا صغر است نه دوشیزه بودن زیرا اگر دختر در زمان قبل از اتمام هیجده سال تمام مطلقه شود برای ازدواج مجدد وفق مفاد دو ماده مذکور بر مبنای قیاس ولایت ولی بر تزویج مشارالیه باقی است (مستصفی جلد دوم ص ۲۹۳ و ۳۲۱) زیرا علت ولایت صغر است نه دوشیزه بودن نتیجه این بحث اینکه حکم ولایت در تزویج، در محدوده قضیه خود (ولایت بر صغیره) و با توجه بوحدت جنس قضیه (صغیر اعم از صغیره دوشیزه و صغیره بیوه) اعمال شده و تعدی پیدا کرده است و از محل و موضع خود خارج نشده است. و این يك وصف مناسب ملائم است. مثال دیگر: در خصوص قرار ابطال و قرار رد دادخواست: ماده ۱۹ قانون ثبت میگوید: «در صورتیکه در جلسه مقرر برای محاکمه یا رسیدگی، معترض یا وکیل او حاضر نشود و مطابق مقررات آئین دادرسی مدنی به تقاضای مستدعی ثبت عرضحال او ابطال گردد تجدید عرضحال فقط در ظرف ده روز پس از ابلاغ قرار ابطال برای يك مرتبه ممکن خواهد بود در این مورد عرضحال

مستقیماً بدفتر محکمه صلاحیت‌دار داده خواهد شد».

تبصره ماده ۱۹ مذکور میگوید: «در مواردی نیز که بموجب ماده ۸۳ و ۸۴ آئین دادرسی مدنی عرضحال رد میشود مفاد این ماده لازم‌الرعايه است».

ماده مذکور که در خصوص دادخواست اعتراض به ثبت ملك حکایت دارد با توجه به متن ماده و متن تبصره آن اگر قاضی ورزیدگی اصولی نداشته باشد دچار اشتباه مهم قضائی شده و منظور قانونگذار و در واقع روح قانون را درک نخواهد نمود. موضوع این است که آیا بعد از صدور قرار ابطال و قرار رد دادخواست معترض ثبت (یعنی دوبار) برای سومین بار تجدید دادخواست امکان‌پذیر است؟ یا اینکه دو قرار ابطال و رد اجتماع ننموده و مانع‌الجمع است؟ آیا منظور قانونگذار اینست که اگر دوبار دادخواست معترض ابطال شود یا دوبار دادخواست وی رد شود دیگر حق تقدیم دادخواست ندارد و یا اینکه با وجود يك قرار رد دادخواست و يك قرار ابطال دادخواست که جمعاً بنحو غیرمتجانس دو قرار است معترض حق تقدیم دادخواست را برای سومین بار ندارد؟ اولاً با توجه بمواد ۸۳ و ۸۴ و ۱۶۵ و ۱۶۶ قانون آئین دادرسی مدنی قرار ابطال دادخواست با قرار رد دادخواست وحدت علت یا وحدت ملك ندارد و علت رد و ابطال هر کدام جداگانه است ثانیاً با توجه به متن ماده ۱۹ مذکور «..... عرضحال او ابطال گردد تجدید عرضحال.... برای یکمرتبه ممکن خواهد بود....» و نیز با توجه به تبصره ذیل ماده ۱۹ مذکور «در مواردی نیز که بموجب ماده ۸۳ و ۸۴ آئین دادرسی مدنی عرضحال رد میشود....» مستفاد میگردد که منظور مقنن تعدد محمول از علت واحد بوده نه تعدد محمول از علیت متعدد. بعبارت دیگر منظور مقنن جمع دو قرار ابطال دادخواست یا جمع دو قرار رد دادخواست بوده است که مانع تجدید عرضحال سوم خواهد شد نه اینکه يك قرار رد دادخواست با اضافه يك قرار ابطال دادخواست مانع تجدید عرضحال سوم باشد از نظر مقنن در ماده مذکور با توجه بعدم وحدت علت در قرار ابطال و قرار رد در صورت اجتماع این دو مانع موجود نخواهد شد پس نتیجه اینکه وصف مناسب ملایم در محدوده قضیه جنس خود میتواند تعدی و سرایت نماید لذا قرار ابطال دادخواست اول با اضافه قرار ابطال دادخواست دوم که جنساً واحدند مانع تجدید دادخواست سوم‌اند. بعبارت دیگر قرار ابطال دادخواست قیاس بقراری میشود که از جنس خود او باشد یعنی در اینجا حکم در محدوده خود قابل حمل است و لذا نمیتواند با توجه بوصف مناسب ملایم بقرار رد دادخواست سرایت نماید در این خصوص برآی اصراری شماره ۱۴۳۲-۲۳/۶/۴۲ هیئت عمومی دیوانعالی کشور مراجعه شود که استدلالی است از نوع مناسب ملایم اصولی راجع بماده ۱۹ قانون ثبت.

در خصوص مناسب مرسل و ملفی و غریب این مقاله گنجایش ندارد، در مقالات بعدی بحث جامع خواهد گردید.

طرق اثبات علت

طرق اثبات علت که آنرا مسالك علت گویند همان راه و طریق استخراج علت وضع حکم قانون است و دارای ضوابط علمی و متین میباشد که در اینجا مختصراً از آن بحث میشود و آنها عبارتند از:

۱- نص قانون: هرگاه نص قانون دلالتاً وصفی را علت حکم آن قانون بداند میگوئیم این وصف نصاً علت حکم قانون است و چنین نص قانونی را در اصطلاح اصول منصوص‌العله گویند و قیاسی که بر چنین نص قانونی شود در حقیقت انطباقی است با آن. دلالت نص قانون بر اینکه وصف مشخصی علت حکم است گاهی دلالت تصریحی بوده و گاهی نیز دلالت ایماً یا اشاره است:

الف: دلالت تصریحی قطعی: دلالت تصریحی قطعی باین عبارتست که لفظی در نص قانون وجود دارد که از لحاظ فرهنگ لغت یا از جهت موقعیت لغوی، آن لفظ دلالت بر علیت حکم قانون مینماید و هرگاه لفظ مشخصی در نص قانون دال بر علیت قطعی باشد احتمال اینکه آن لفظ غیر از دلالت بر علیت حکم قانون بر چیز دیگری دلالت نماید وجود ندارد مثال: آیه ۱۶۵ در سوره نساء از قرآن کریم چنین است: «رسلا مبشرین و منذرین لئلا یکون للناس علی الله حجه بعد الرسل...» و پیامبران را فرستادند که نیکان را مژده دهند و بدانرا بترسانند تا آنکه پس از فرستادن این همه رسولان مردم را بر خدا حجتی نباشد...» نص این آیه قرآن دلالت صریح قطعی بر علیت وصف معینی مینماید و آن تعلیلی است که از آن مبعث حضرت محمد (ص) مشخص میشود با توجه به کلمه رسلا و با عنایت بند و وصف جمع یعنی مبشرین و منذرین که از نظر علم نحو و ترکیب جمله حال میباشند در نتیجه مبعث مشخص میشود. مثال دیگر: ماده يك قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت مصوب شهریور ۱۳۲۲ میگوید «هر کس دستور اجرای اسناد رسمی را مخالف با مفاد سند یا مخالف قانون دانسته یا از جهت دیگری شکایت از دستور اجرای سند رسمی داشته باشد میتواند بترتیب مقرر در آئین دادرسی مدنی اقامه دعوی نماید» مطلع ماده مذکور که با کلمه ترکیبی هر کس شروع میشود از نظر دستور زبان فارسی از مصادیق مبهمات ترکیبی و از گروه کنایات ادبیات فارسی است و کنایات کلماتی هستند که معنیشان مستور بوده و درک آنها احتیاج به قرینه دارد. در خصوص اشتغال کلمه هر کس از جهت تعیین مصادیق این کلمه ممکن است در تصمیمات قضائی ابهام ایجاد کند و تبادل معانی مختلفی در اذهان بوجود آورد دادگاهی ممکن است بگوید که منظور مقنن از کلمه هر کس فقط کسانی هستند که اجرائیه مستقیماً علیه آنها صادر شده در مورد معنی اخیر (هر کس یعنی کسیکه اجرائیه علیه او صادر شده) به رأی شماره ۱۲۸-۴۲/۸/۱۵ هیئت عمومی دیوانعالی کشور مراجعه شود که هر کس را فقط بعنوان کسیکه اجرائیه علیه او صادر شده پذیرفته چون ممکن است اجرائیه علیه ضامن صادر شود و علیه متعهد صدور نیابد و رأی مذکور مضمون‌عنه را که اجرائیه علیه

او صادر نشده و علیه ضامن صادر شده است از مصادیق هر کس دانسته است اگر متعهد مستقیماً در این اجرائیه دخالت نداشته باشد بطور معمول ضامن بعداً بوی رجوع خواهد نمود پس غیرمستقیم متضرر از اجرائیه میباشد موضوع اینستکه آیا دلالت کلمه هر کس در ماده مذکور میتواند موسعاً و مصرحاً مشعر بر علیت حکم باشد بعبارت دیگر آیا دلالت کلمه هر کس این معنی را میرساند که منظور مقنن این بوده که هر شخص اعم از حقیقی یا حقوقی مستقیم یا غیرمستقیم از اجرای سند رسمی متضرر شود میتواند اقامه دعوی نماید؟ با این وجود آیا بمستفاد از کلمه هر کس منظور مقنن هر متضرر از اجرائیه مستقیماً و مع الواسطه بوده است یعنی در واقع آیا علت حکم جلوگیری از اضرار بهر کسی است که مستقیم یا غیرمستقیم از اجرائیه سند رسمی متضرر میشود خواه بدهکار یا ضامن یا هر شخصی غیر از آنها؟ البته دولت کلمه هر کس مطلق هر شخصی را که بنحوی از انحاء مستقیم یا غیرمستقیم از اجرائیه متضرر میشود دربر میگیرد و کلمه نیز دارای وسعت معنی بدلالات خود کلمه است. مثلاً شرکت بازرگانی الف که به تجارت صادرات و واردات اشتغال دارد در قبال تعهد رسمی بنفع یک بازرگان، متعهد میشود که ظرف مدت پانزده روز از ابتدای اردیبهشت ۵۴ تا پانزده اردیبهشت ۵۴ چهارصد دستگاه ماشینهای بافندگی فوکه اتوماتیک ساخت آلمان را تحویل بازرگان خریدار بنماید تاریخ تنظیم قرارداد نیمه دوم سال ۵۳ میباشد و در سند رسمی، مشروط و مقرر میشود که چنانچه شرکت متعهد تا پایان مدت تحویل ماشینهای مذکور از تسلیم آنها بهر نحوی از انحاء خودداری کند مبلغ دو میلیون تومان بعنوان تخلف بلاعوض ببازرگان خریدار بپردازد و در سند رسمی مقید میشود که دلیل امتناع شرکت فروشنده از تحویل مورد تعهد در موعد مقرر گواهی رسمی دو نفر از افرادی که در سند با مشخصات معین گردیده اند باشد و بازرگان خریدار در صورت ارائه گواهی مذکور مبنی بر امتناع شرکت فروشنده از مورد تعهد، دفترخانه باید در خصوص وجوه تخلف از شرط اجرائیه صادر نماید از طرفی چندی قبل از تنظیم قرارداد منعقد شده بین شرکت الف و بازرگان خریدار، قانون، ورود ماشینهای مورد تعهد رسمی بین طرفین را منع نموده بود شرکت فروشنده در ظرف مدت مقرر قادر بتحویل مورد تعهد نمیشود بازرگان خریدار با ارائه گواهی رسمی دو نفر مذکور در سند مبنی بر امتناع شرکت فروشنده از تحویل مورد تعهد، بدفترخانه ارائه و تقاضای صدور اجرائیه سند رسمی را در خصوص وجوه مورد تخلف از شرط (دو میلیون تومان) مینماید. اجرائیه علیه شرکت بازرگانی الف (متعهد) صادر میشود و میزان معتنا بهی از اموال شرکت توقیف میگردد در حالیکه شرکت مذکور با علم باین قضایا هیچ اقدام قانونی عمد یا غیرعمد در خصوص توقیف عملیات اجرائی نمی نماید در صورتیکه میتواند بعنوان اینکه سند تعهد برخلاف قانونی که ورود مورد تعهد را قبلاً منع نموده و اجرای سند مخالف قانون است توقیف عملیات اجرائیه را بخواهد از این کار دانسته یا ندانسته بهر تقدیر امتناع میکند در حالیکه همین شرکت بازرگانی، طلبکار مهمی نیز دارد و با این وجود

اگر شرکت وجوه مورد تعهد (دو میلیون تومان) را بپردازد ورشکسته خواهد شد و طلبکار بطلبش نخواهد رسید موضوع اینستکه اگر طلبکار شرکت بازرگانی الف از صدور اجرائیه مطلع شود و از قانون منع ورود ماشینهای مورد تعهد نیز اطلاع داشته باشد آیا میتواند تقاضای توقیف عملیات اجرائیه را بعنوان اینکه اجرائیه صادره اولاً غیرمستقیم موجب زیان غیرقابل جبران وی خواهد بود و ثانیاً اجرای مدلول و مفاد سند رسمی برخلاف موازین قانونی تنظیم گردیده وفق ماده يك مذکور تقاضای توقیف عملیات اجرائی را که متعهد و متعهدله سند غیر از وی هستند بنمایند؟ و آیا وی از مصادیق واژه هرکس که در صدر ماده است میباشد؟ با توجه به دلالت کلمه هرکس در صدر ماده اولاً با عنایت بعمایض فوق علت حکم ماده يك مذکور که جلوگیری از اضرار بغير است مبرهن میشود و ثانیاً مصداق هرکس علاوه بر بدهکار و ضامن سند مورد اجرائیه شامل تمام کسانیکه مستقیم و غیرمستقیم اجرای سند بزیان آنها منجر شود میگردد. لذا دلالت کلمه هرکس در ماده مذکور يك دلالت تصریحی قطعی است. مثلاً اصطلاح دلالت قطعی اعم از صریح قطعی یا صریح ظنی در بسیاری از احکام و آراء دیوانعالی کشور بحسب موقعیت بکار رفته است در حکم شماره ۳۳۰۴ مورخ ۲۲/۱/۲۹ شعبه ۸ دیوانعالی کشور از دلالت صریح نامبرده شده که از نوع دلالت صریح قطعی است و شعبه مذکور این دلالت را از نص قانون استنباط نموده است و نیز در رأی شماره ۷۱-۲۲/۹/۴۶ هیأت عمومی دیوانعالی کشور از دلالت صریح نامبرده شده که آن نیز از نوع دلالت صریح قطعی است منتهی دلالت مستند دعوی است نه نص قانون.

ب. دلالت صریح ظنی: اگر در بعضی موارد لفظی در نص قانون مجرداً و بدون در نظر گرفتن سیاق نص قانون مورد توجه قرارگیرد ممکن است دلالتی برعلیت نمایند در حالیکه اگر همان لفظ را با سیاق نص قانون مورد دقت قرار دهیم احتمال دارد که دال برعلیت حکم قانون باشد بنابراین دلالت این چنین لفظ را با توجه بموارد فوق دلالت صریح ظنی گویند. مثال: از قرآن کریم سوره الاسرا آیه ۷۸ «اقم الصلوه لدلوك الشمس الی غسق اللیل..... نماز را وقت زوال آفتاب تا اول تاریکی شب پیادار...» در این آیه نص دلالت برعلیت ظنیه مینماید و در آن لفظ لام که مضاف بر دلوك شده در نص دلالت برعلیت دارد بعبارت دیگر لام اضافه شده به دلوك از لحاظ نحوی لام تعلیل بوده که دال برعلیت در این آیه است.

و این لفظ (لام) همانطوریکه در بیان علت بکار میرود در غیرموارد تعلیل نیز بکار میرود چنانکه ممکن است بعنوان لام ابتدا یا لام تأکید بکار رود و لفظ اعم است از کلمه و حرف و کلام مثلاً: لفظ تصرف در صدر ماده ۳۵ قانون مدنی باتوجه به نص ماده دال برعلیت حکم همان ماده قانون است و در صورت تجرد از آن ماده ممکن است مفهوم علیتی را که لفظ تصرف در ماده مذکور دارد حائز نباشد یا مثلاً: وجود لفظ (بطوریکه) که يك قید حالیه است در قسمت آخر ماده ۱۴ ق. م دال برعلت

مؤثره بر اضرار است و مقنن بر اثر شدت اضرار در صورت نقل، اموال مشخصه‌ای را در حکم غیر منقول قرار داده است. لذا لفظ (بطوریکه) هم حالت استحکام نصب اموال مشخصه را معین می‌دارد و هم اینکه شدت اضرار را مینمایاند لذا لفظ (بطوریکه) موقعیتی را که در قسمت اخیر ماده مذکور دارد همانا مشعر برعلیت مؤثره بر اضرار است که در صورت تجرید از ماده مذکور تبادر چنین مفهومی ممکن نیست لذا دلالت‌های الفاظ تصرف و بطوریکه در مواد مذکور از باب دلالت صریح ظنی میباشد خصوصاً لفظ تصرف بلحاظ قرار گرفتن آن در صدر ماده ۳۵ قانون مدنی و قرار داشتن آن در قسمت مستثنی منه ماده مذکور بعنوان دلالت صریح ظنی شناخته شده است پس در صورتیکه ماده دارای مستثنی نمی‌بود «... مگر اینکه خلاف آن ثابت شود» لفظ تصرف بعنوان دلالت صریح قطعی شناخته میشود.

چون این مطالب احتیاج به تمرین ذهنی شدید دارد لذا باید در کتاب مفصلی تحت عنوان قیاس حقوقی بحث جامعی شود و در این مقال بیش از این نمی‌گنجد و سرایت دادن بیشتر این بحث در قوانین موضوعه و آوردن امثله ممکن است از حوصله خواننده بیرون باشد مثلاً بحث چند نوع واو مثل واو جمع واو عطف واو حالیه واو استیناف واو معیت و غیره که هر کدام در نصوص مختلفه قوانین موضوعه ایران بحد وفور وجود دارد و هر یک نیز معنی و مفهومی را در بردارد که شناسائی آنها در استنباط احکام قانونی نفیاً و اثباتاً و حکماً و موضوعاً و غیره بسیار مؤثر است امیدوارم تحت همین عنوان مقاله‌ای با در نظر گرفتن مواد مختلفه قوانین جاری بنگارم.

ج. دلالت غیر صریح: دلالت غیر صریح که بعبارت دیگر دلالت ایماء و یا اشاره و تشبیه نامیده میشود عبارتست از اینکه قانونگذار ترتب حکم را بر صفتی قرار دهد و مستفاد شود که آن وصف علت آن حکم قانون است مرحوم شیخ محمد الخضری دانشمند مصری در کتاب اصول الفقه در این مورد میگوید «و هو ترتیب الحكم علی الوصف فیفهم لفة ان الوصف علة لذلك الحكم ص ۳۵۸ کتاب مذکور» و لذا این ترتب حکم بر وصف نباید از جهت افاده معنی برای صاحب نظر استبعادی را در برداشته باشد پس وقتیکه قانونگذار قانونی را وضع مینماید وجوباً مکلف است این وصف مورد بحث را مناسب حکم قانون در نظر بگیرد والا تقنین وی عبث و بیمورد است. مثال: از حدیث نبوی «لایقض القاضی و هو غضبان» یعنی قاضی در حالیکه غضبناک است نباید بدادرسی بپردازد» در اینجا با توجه به صیغه نهی (لایقض) دلالت غیر صریح، بر این امر است که غضب علت حکم این حدیث است که بمستفاد از نص مذکور علت شناخته شده است نه بصراحت نص. مثال دیگر: شق ۴ ماده ۱۹۰ ق.م میگوید «مشروعیت جهت معامله» در اینجا بدلالت اشاره و ایماء جهت معامله موصوف است به مشروعیت مطلق که حکم قانونی آن با توجه به شرط دیگر ماده مذکور صحت معامله است مثال دیگر: ماده ۸۸۰ ق.م میگوید «قتل از موانع ارث است...» در اینجا

ایماء و اشاره ماده براین است که اگر دو نفر یا بیشتر از وراث مورث با شرکت هم وی را بکشند همه آنها از تمام ارث محروم میشوند کلمات (یا بشرکت دیگری) در آخر ماده مبهم است و ماده در خصوص کلمه دیگری صراحت قطعی ندارد که منصرف بچند وارث باشد و کلمه دیگری از جهت ایماء بغیر وارث هم اطلاق میشود.

۲- اجماع: مخصوص حقوق اسلام است و در سایر سیستمهای حقوقی دنیا وجود نداشته و ندارد و آن عبارتست از اینکه مجتهدین اسلام در دوره‌ای از ادوار بحسب ضرورت متفقاً حکم یک موضوع حقوقی را تثبیت مینمایند.

تنقیح مناط

۳- تنقیح مناط: تنقیح مصدر باب تفعیل از ریشه نقح بمعنی پاکیزه و خالص کردن است و در اصطلاح ادب بمعنی مختصر نمودن لفظ با وضوح معنی است و مناط بروزن مقام اسم مکان است از مصدر نوط یا نیاط بمعنی محل تعلیق و مجازاً بمعنی ملاک و مقصد و سبب و میزان و علت است. مناط را بروزن مشاع یعنی بضم میم هم میتوان تلفظ نمود زیرا مناط بروزن مشاع اسم مفعول است از اناطه باب افعال از ریشه نوط چنانچه مشاع اسم مفعول از اشاعه است، و لذا چون اناطه با نوط در یک معنی نیز بکار رفته‌اند تلفظ مناط بضم یا فتح میم جایز است المنجد ص ۸۴۷ و اما تنقیح مناط در اصطلاح علم اصول: غزالی فرماید «فی تنقیح مناط الحکم.... این یضیف الشارح الحکم الی سبب وینوطه به و تقترن به اوصاف لامدخل لها فی الاضافه فیجب حذفها عن درجه الاعتبار حتی یتسع الحکم.... یعنی در مورد تنقیح مناط این شرح لازمست که... مقنن حکم قانون را بر علت و سببی منوط و متکی میدارد که آن علت یا سبب حکم است در حالیکه اوصافی نیز در نص با آن علت یا سبب مقارنت دارند که آن اوصاف در حقیقت در وضع حکم قانون مؤثر نبوده و مقنن در وضع حکم بآن اوصاف توجه نداشته پس آن اوصاف غیر مؤثر بجهت بی‌تأثیری در وضع حکم قانون از نظر صاحب‌نظر یا مجتهد حذف میشوند و از درجه اعتبار میافتند در حالیکه علت موجوده حکم این نص قانون با حذف آن اوصاف غیر مؤثر منقح و مهذب و پاک و خالص و بی‌مانع میشود (در اینجا مناط بجهت تنقیح و منزّه شدن - از مخدوفات حکمش کاملاً میتواند بفرع حمل شده و سرایت نماید) جلد دوم مستصفی ص ۲۳۱».

پس تنقیح مناط در اصطلاح علم اصول منزّه و خالص کردن آن چیز است که حکم نص قانون برپایه آن استوار است یعنی حکم قانون برآن بنا میشود و آن همان علت وضع حکم قانون یا علت حکم است مرحوم عبدالوهاب خلاف دانشمند مصری در کتاب علم اصول الفقه میگوید «والمراد بتنقیح المناط، هو تهذیب مانیط به الحکم و بنی‌علیه و هو علتة یعنی مقصود از تنقیح مناط همان تهذیب چیز است که حکم مربوط و مبنی بر آنست و آن همان علت حکم است» پس تنقیح مناط درجائی

است که نص قانون دلالت برعلیت حکم دارد ولی چند وصف دیگر موجوده و غیر مؤثره در نص علی الظاهر مزاحم علت موده جهت حمل حکم آن به قضیه مسکوت-الحکم میشوند. لذا تنقیح مناط طریق پیدایش علت حکم یا طریق تعلیل حکم نیست و تعلیل حکم طریق استنباط العله است در حالیکه تنقیح مناط طریق منصوص العله است و طریقی است که علت حکم را که موجود است پاک و خالص مینماید نه اینکه علت مجهول باشد و آنرا استنباط کنند. تنقیح مناط از نوع قیاس منصوص العله میباشد و در حقیقت همان قیاسی است که وجوه فارغ غیر مؤثر در آن حذف و لغو میشود بشرحی که فوقاً گذشت لذا تنقیح مناط را باعتبار دیگر قیاس بحذف فارق نیز میتوان نامید که ذیلا در اینخصوص توضیح آن خواهد آمد.

مثال: در قانون مدنی دو قضیه داریم بنام عقد دائم و عقد غیردائم - درخصوص عقد دائم تکلیف طلاق معین است و موارد و شرایط طلاق را قانون مدنی و قانون حمایت خانواده با رعایت قانون مدنی تعیین نموده است با توجه باینکه ماده ۱۱۳۹ ق.م میگوید «طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعه بانقضاء مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج میشود» و نظرباینکه قانون حمایت خانواده نیز در خصوص اطلاق معطوف به عقد دائم است و هیچ ذکری از انحلال عقد غیردائم نمی-نماید. موضوع اینستکه اگر بین زن و مردی عقد ازدواج غیردائم مثلا بمدت بیست سال یا بیشتر بوجود آید و مرد بعلت سوءمعاشرت شدید نسبت به زن یا بواسطه داشتن امراض مسریه صعبالعلاج یا غیبت طولانی مثلا ده سال داشته باشد و زن با وجود هریک از این قیود قدرت تحمل قید زوجیت را نداشته باشد، تکلیفش چیست آیا بصرف اینکه طلاق مخصوص عقد دائم است چنین زنی باید زنده بگور شود؟ آیا این موقعیت باین نحو برای زن مخالف نظم عمومی نیست؟ و در واقع آیا منظور قانونگذار این بوده که زن بهیچوجه در عقد غیردائم در صورت عدم بذل مدت از طرف شوهر نمیتواند رهائی یابد مسلماً خیر طلاق در لغت بمعنی رهائی و انحلال عقد است و ماده ۱۱۳۹ ق.م که طلاق را وصف خاص عقد دائم دانسته در صورتی است که مرد از باب ایقاع عمل به طلاق نماید ولی اگر زن برای انحلال عقد یا رهائی از مرد بمنظور طلاق بحاکم رجوع کند دیگر عقد دائم مورد بحث نیست بلکه باید گفت در این خصوص منظور قانونگذار مطلق عقد ازدواج است چه دائم و چه غیردائم و قید طلاق برای عقد دائم تعدی بمسئله اجبار بطلاق و انحلال عقد ازدواج از طرف حاکم ندارد بعبارت دیگر طلاق در صورتی مخصوص عقد دائم است که از حقوق مرد تلقی شود یعنی حق زوج باشد که طلاق بدهد و در صورت حق بودن قید عقد دائم مرعی است ولی وقتیکه بصورت تکلیف درآید (اجبار حاکم) قید دائم با دلالت قانون معذوف است پس با توجه باینکه نفقه در عقد غیردائم نیست ولی حکم اخیر ماده ۱۱۲۹ ق.م ککه میگوید: «..... زن میتواند برای طلاق بحاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار بطلاق مینماید» و در خصوص شقوق سه گانه ماده ۱۱۳۰ ق.م و نیز مفقود شدن شوهر میتوان با تنقیح مناط حکم مذکور را در خصوص عقد

غیردائم بکار برده و حاکم عقد ازدواج را منحل کند. در اینجا تنقیح مناط باین صورت است که علت وضع حکم ماده ۱۱۲۹ ق.م. با توجه بشقوق سه‌گانه ماده ۱۱۳۰ ق.م. و قید غایب شدن شوهر، در عقد دائم، عسرت و استیصال زوجه بوده و آن قید دائم وصفی است که ظاهراً مانع تعددی حکم ماده مذکور در خصوص عقد غیردائم است یعنی وصف عقد دائم که قانون طلاق را مخصوص آن دانسته است در حالیکه اگر موارد ماده ۱۱۳۰ ق.م. در خصوص عقد غیردائم نیز بوجود آید وصف دائم وصفی خواهد بود غیرمؤثر و در نتیجه جهت حمل برای انحلال عقد ازدواج وصف دائم حذف شده و اطلاق عقد ازدواج مورد توجه قرار میگیرد و در نتیجه حکم اخیر ماده ۱۱۲۹ ق.م. در صورت وجود شرایط ماده ۱۱۳۰ ق.م. مدنی و نیز غیبت شوهر به عقد غیردائم نیز حمل شده و سرایت مینماید. در اینجا فرع (قضیه مسکوت‌الحکم، انحلال عقد غیردائم وسیله حاکم) که علل انحلال عقد در آن وجود یافته (شقوق ماده ۱۱۳۰ ق.م.) و با عقد دائم در موارد ماده ۱۱۳۰ وحدت ملاک پیدا نموده حون حکمش مسکوت است ولی علتش همان علت ماده ۱۱۳۰ میباشد لذا حکم ماده ۱۱۳۰ در خصوص عقد دائم (اصل) در مورد عقد غیردائم (فرع) اجرا میشود. پس با توجه بماده ۳ ق. آ. د. م محکمه نمیتواند بعلت سکوت قانون در خصوص رهائی زن در عقد غیردائم از رسیدگی امتناع نماید.

لذا علت در قضیه اصل (مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ ق.م.) وصفی است روشن، منضبط، متعددی مناسب، معتبر. مثال دیگر: وفق قانون مدنی در عقد رهن مال مرهون باید بقبض مرتهن داده شود اما در خصوص مال مرهون مشاع قانون ساکت است و حکمش معین نیست که آیا مال مرهون مشاع را میشود بتصرف مرتهن داد یا رعایت قیدی لازم است؟

ماده ۴۷۵ ق.م. میگوید «اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است باذن شریک» ماده مذکور میخواهد بگوید که تسلیم و تصرف دادن هر مال مشاع بغیر مانند مستأجر و مرتهن بمنظور استفاده نمودن آنها از منافع آتی - الحصول آن بدون اذن سایر شرکاء قانونی نمیباشد و قید اوصاف اجاره و عین مستأجره در ماده مذکور علت‌های حکم تسلیم نیستند بلکه علت حکم تسلیم، اذن سایر شرکاء است و چون اوصاف اجاره و عین مستأجره در این مورد مؤثر در ایجاد حکم ماده یعنی تسلیم نبوده از نظر کلی محذوف محسوب است و حکم ماده مطلق است. لذا حکم اصل (قضیه معلوم الحکم ماده ۴۷۵ قانون مدنی) بسه فرع (قضیه مسکوت‌الحکم یعنی تسلیم مال مرهون مشاع) نیز حمل شده و سرایت مینماید پس تسلیم مال مرهون مشاع موقوف باذن سایر شرکاء است.

سبر و تقسیم

۴- سبر و تقسیم: سبر به فتح یا کسر سین و سکون با بمعنی اختبار و آزمایش است و تقسیم عبارت از محصور نمودن صفاتی است خارج از نص که امکان شایستگی

علت بودن را در اصل (قضیه معلوم الحکم) دارند بعبارت دیگر محصور ساختن اوصافی است خارج از اصل بطریق احتمالات که ممکن است یکی از آن اوصاف علت حکم قانونی در قضیه معلوم الحکم باشد پس از اینکه این اوصاف خارج از اصل با احتمال شایسته بودن انتخاب و محصور و معدود گردیدند در بین همین اوصاف محصوره محتمله آن صفاتی که با مقابله نمودن با حکم مدلل شود صلاحیت علیت را برای حکم نص مذکور (اصل) ندارند حذف میشوند بعبارت دیگر استقرائی در تحقق صلاحیت اوصاف محصوره برعلیت حکم با در نظر گرفتن حکم قضیه معلوم الحکم انجام میگیرد و با امعان نظر چند مورد را در خارج بعنوان علت فرض مینمایند که یکی از این موارد، علت خواهد بود و در نتیجه اوصاف یا علل غیر صالحه منتخبه حذف میشود و بالاخره برحسب رجحان ظنیه وصفی باقی میماند که آن شایسته‌ترین وصفی است که از بین اوصاف محصوره منتخبه از خارج باقی مانده و انتخاب گردیده است و این وصف همان علت حکم قضیه معلوم الحکم (اصل) قرار میگیرد غزالی در صفحه ۲۹۵ جلد دوم کتاب مستصفی به‌بهرترین وجه این مسئله را بیان نموده است، تردید نام دیگر سبر و تقسیم است پس توسل به سبر و تقسیم در صورتی است که نص قانون در اصل دلالت برعلیت حکم آن نداشته باشد و لذا برای اثبات علت حکم آن نص، بطریق سبر و تقسیم توسل میجویند و چند علت را در خارج بعنوان علت حکم در نظر میگیرند و با حکم مقابله مینمایند و با تردید در صلاحیت علت بودن یک یک آنها بالاخره علل غیر صالحه با توجه به حکم حذف و آخرین علت باقی مانده خارج که صالح تشخیص داده شد علت حکم محسوب میشود. و در صورت یافتن همان علت در فرع (قضیه مسکوت الحکم) - حکم قضیه معلوم الحکم را در فرع سرایت میدهند. و در صورتیکه علت حکم قضیه اصل با سبر و تقسیم پیدا شود ولی آن علت در فرع یافت نگردد مسلماً حکم اصل به فرع سرایت نخواهند کرد و با سبر و تقسیم متوجه میشویم که حکم اصل میتواند به فرع سرایت نماید، یا خیر لذا با پیدا نمودن علت حکم در قضیه معلوم الحکم میتوانیم حکم آنرا در تمام موارد سکوت قانونی با توجه به وحدت ملاک اجراء نمائیم مثال: ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب اواخر سال ۵۳ میگوید «ازدواج زن قبل از رسیدن بسن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به سن ۲۰ سال تمام ممنوع است معذالک در مواردیکه مصالحی اقتضا کند استثنائاً در مورد زنی که سن او از ۱۵ سال تمام کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شهرستان ممکن است معافیت از شرط سن اعطاء شود...»

موضوع این است که برای دختری در ابتدای سن شانزده سالگی بنا بمصلحتی تقاضای معافیت از شرط سن از مرجع صلاحیتدار وفق ماده فوق گردیده و اجازه ازدواج بوی اعطاء شده است در واقع سه سال قبل از سن قانونی اجازه ازدواج را تحصیل نموده است چندی پس از ازدواج شوهر وی بر اثر حادثه فوت شده و مدت عده زن نیز پایان یافته است هنوز دو سال و چند ماه مانده است که تا وی بسن هیجده

سال تمام برسد در حالیکه مصلحت زندگی وی ازدواج مجدد را برای او اقتضا مینماید. آیا این زن برای ازدواج دوم باید مجدداً از مرجع صلاحیتدار معافیت از شرط سن را بدست آورد یا خیر؟ اولاً حکم معافیت از شرط سن در ماده ۲۳ مذکور مربوط به قسمت استثناء ماده بوده، چون حکم استثناء در اینجا خاص است و همانطوریکه در بحث حکم اصل گفته شد حکم نباید خاص باشد لذا بعلت خاص بودن نمیتواند پایه قیاس قرار گیرد و نمیتوان گفت چون یکبار اجازه داده شده این اجازه برای تمام مدت قبل از ۱۸ سال تمام میباشد زیرا اجازه استثناء فقط در خصوص همان یکبار مسئله استثناء مؤثر است. در مدلول قسمت اول ماده ۲۳ مذکور در خصوص منع ازدواج زن قبل از ۱۸ سال تمام علت حکم مشخص نیست و بین چند مورد علت مردد است و میدانیم که قانونگذار بر پایه کدام علت حکم را تعیین نموده است؟ با توسل به سبر و تقسیم علت را استنباطاً و مستفاداً مشخص میکنیم و یکی از موارد ذیل ممکن است علت حکم باشد:

۱- علت حکم قسمت اول ماده ۲۳ سن کمتر از ۱۸ سال تمام است.

۲- علت حکم قسمت اول ماده ۲۳ عدم استعداد روانی و جسمی است.

۳- علت حکم قسمت اول ماده اولین ازدواج است یا بعبارت دیگر دوشیزه بودن

است شماره‌های دوم و سوم یعنی اوصاف عدم استعداد روانی و جسمی و اولین ازدواج یا دوشیزه بودن صلاحیت علت بودن را نداشته حذف میشوند زیرا ممکن است دوشیزه‌ای مثلاً بسن بیست و دو سال رسیده و هنوز شوهر اختیار نکرده باشد علت را اگر دوشیزه بودن یا ازدواج اول بدانیم حکم منع ماده ۲۳ مذکور بایستی از آن متابعت کند در حالیکه چنین نیست یا استعداد جسمی و روانی با اتمام هجده سال تمام دیگر مورد نظر ماده مذکور نیست لذا آنها هم مشعر برعلیت نیستند پس علت حکم قسمت اول ماده مذکور شماره یک یعنی سن کمتر از هجده سال تمام است و این علت در قضیه فرع (زنی که شوهرش در حادثه فوت شده) وجود دارد و حکم ماده با وحدت ملاک مستنبطه در مورد مطلق ازدواج زن که هجده سال را تمام نکرده باشد اجرا میشود اگر چه قبلاً با اخذ معافیت ازدواج نموده باشد لذا در قضیه مسکوت‌الحکم زنی که شوهرش بر اثر حادثه فوت شده و دو سال و چند ماه باتمام هجده سال او باقی مانده و مدت عده نیز منقضی شده و مصلحت نیز ازدواج مجدد او را اقتضا دارد باید مجدداً معافیت از شرط سن را وفق ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده اخذ نماید و اجازه اولی تأثیری ندارد. معتبر دانستن اجازه اول برای ازدواج مجدد دور از احتیاط قضائی و خلاف مفاد ماده است در خصوص حکم قسمت دوم ماده ۲۳ مذکور که از ازدواج کمتر از هجده سال تمام را تجویز میکند ماده رعایت پنج شرط را ضروری دانسته اولاً شرط وجود مصلحت ثانیاً بنحو استثناء ثالثاً حداقل پانزده سال تمام رابعاً استعداد جسمی و روانی خامساً پیشنهاد دادستان و تصویب محکمه پس اگر یکی از پنج مورد با وجود شرایط دیگر مفقود باشد معافیت داده نخواهد شد شروط پنجگانه جمعاً علت تامه حکم استثناء قرار گرفته‌اند اینستکه نمیشود

معافیت قبلی را معتبر دانست زیرا ممکن است تمام شروط موجود باشد ولی استعداد روانی بعد از ازدوج اول مفقود گردیده باشد یا بعد از ازدواج اول مصلحت اقتضا نکند این طریق همان طریق اثبات علت است بنحو استنباط از راه سبب و تقسیم.

فرق بین تنقیح مناط و سبب و تقسیم

راجع به تنقیح مناط بطوریکه علمای اصول و خصوصاً غزالی بشرح قبلی فرموده: موردیست که نص قانون دلالت برعلیت حکم دارد یعنی از نص قانون علت حکم معلوم میشود ولی آن علت غیرمهدب و ناخالص است بجهت مقارنت آن با اوصافی که آن اوصاف در وضع حکم قانون تأثیری نداشته‌اند و مقنن در وضع حکم نظری از جهت ایجاد حکم بآنها نداشته است و لذا حذف میشود خون غیرمؤثرند پس تنقیح مناط منصوص‌العله میباشد. اما سبب و تقسیم در جائی مورد بحث است که از نص قانون نمیتوان علت و مناط حکم آن قانون را بدست آورد و لذا برای بدست آوردن علت حکم چنین نص قانونی در خارج از محدوده آن نص چند علت بحساب احتمالات در نظر گرفته میشود و از بین آن علل منتخبه و محتمله خارج از نص آنهاییکه با تفحص و مطابقه آنها با حکم قانون، صلاحیت علیت را ندارند حذف میشوند و در پایان علتی که صالح میباشد باقیمانده و همان علت حکم است و این طریق را طریق استنباط علت گویند و آن حکم را مستنبط‌العله گویند که شرح هرکدام قبلاً گذشت.

تبصره: تعداد کمی از محققین اخیر در تشخیص بین سبب و تقسیم و تنقیح مناط دچار اشتباه شده و هر دو را یکی فرض کرده‌اند و گاهی هم نظر خود را به غزالی نسبت داده و تنقیح مناط را از قیاس مستنبط‌العله فرض کرده‌اند در حالیکه غزالی در بحث تنقیح مناط در صفحه ۲۳۳ جلد دوم کتاب مستصفی قسمت آخر همین بحث میگوید: «... المقصود هذا تنقیح المناط بعد ان عرف المناط بالنص لا بالاستنباط...» یعنی منظور این است که این موضوع، بحث تنقیح مناط است که مناط در این مورد به نص شناخته شده است نه با استنباط...» لذا غزالی تنقیح مناط را از قیاس منصوص‌العله میدانند و نیز مرحوم شیخ محمد خضری در کتاب اصول الفقه ص ۳۶۶ میگوید: «... و يفهم من ذلك ان تنقیح المناط انما يكون بعد ان يعرف المناط بالنص لا بالاستنباط...» یعنی از این بحث فهمیده میشود که در تنقیح مناط، مناط به نص قانون شناخته میشود و شناخت مناط با استنباط نیست...» هرچند نامبرده پایه نظریاتش از غزالی است ولی نظرش صائب است. مرحوم عبدالوهاب خلاف در کتاب علم اصول الفقه همین عقیده را اظهار میدارد البته اگر کسی تنقیح مناط را با سبب و تقسیم اشتباه کند بعبارت دیگر تنقیح مناط را همان سبب و تقسیم بداند آنرا مستنبط‌العله می‌شناسد در حالیکه سبب و تقسیم از قیاس مستنبط‌العله بوده و تنقیح مناط از قیاس منصوص‌العله است با شرحی که قبلاً گذشت و آنها دو موضوع اصولی کاملاً مجزا از یکدیگرند.

قیاس در امور کیفری

در مسئله قیاس راجع بامور کیفری بین مذاهب مختلفه اسلام اختلاف نظر وجود دارد و هر کدام دلائلی را بیان میدارند که در جای خود قابل تأمل است آنهاییکه قیاس را در جزائیات قبول ندارند با توجه باصل برائت و با توجه باصطلاح الحدود تدرء بالشبهات (هرگاه در اجرای مجازات شبهه‌ای بوجود آید یعنی تردید شود در اینکه عمل ارتكابی متهم جرم است یا خیر مجازات منتفی است) قیاس را در مسائل کیفری وارد نمیکنند ولی بعضی از مسائل بدیهی وجود دارد که جاری ساختن قیاس را در امور کیفری حقاً روا میسازد فرضاً هرگاه مجازات اصل جرم را قانون در مورد مجرم اعمال نماید محروم نمودن مجرم نیز در خصوص رسیدن بهدش که جرم صرفاً بخاطر رسیدن بآن هدف انجام گرفته و قانون نیز ساکت است از بدیهیات قانونی و عقلی است و بکار بردن قیاس در اینگونه موارد لازم بنظر میرسد.

مثال: شخصی وصیت میکند ثلث اموالش که معادل پانزده میلیون تومان است پس از مرگش متعلق بهزید گردد ولی زید بخاطر اینکه ممکن است موصی از وصیت منصرف شود یا اینکه عمر موصی ممکن است طولانی باشد بمنظور رسیدن هرچه زودتر بموصی به مبادرت به قتل موصی مینماید وقتی که قانون موضوعه دستورا اجرای مجازات قتل عمد را در خصوص این مجرم میدهد از بدیهیات عقلی است که باید بوحدت ملاك منصوصه ماده ۸۸۰ ق.م. او را از موصی به نیز محروم دانست زیرا قانون در مورد اینکه هرگاه موصی له با توجه به کیفیات فوق موصی را بکشد از موصی به محروم خواهد بود، ساکت است عدالت و انصاف و روح قوانین موضوعه حکم نمیکنند که چنین شخصی از موصی به محروم نگردد و صرفاً بگوئیم وفق قانون مجازات این محرومیت وجاهت ندارد و مخالف قانون است یقیناً نظر قانونگذار این بوده که حکم ماده ۸۸۰ ق.م. راجع به محروم ساختن وارث ازارث در خصوص موصی له قاتل که با نیت پلید موصی را کشته است اعمال شود. مسلم است که توجه به عنصر قانونی جرم از ضروریات مسائل انسانی و اجتماعی است ولی در این اعمال بیش از اندازه خشك مقدس بودن خود نوعی بی‌عدالتی است.

