

## ثبوت یا اثبات

عباس میرشکاری<sup>۱</sup>

چکیده:

در تقسیم نهادهای حقوقی از جهت علم و جهل افراد، دو جهان حقوقی ثبوت و اثبات مطرح می‌شوند. اما گاه تعیین مرز این دو از یکدیگر چنان مشکل می‌شود که سبب سردرگمی محققان در مشخص کردن ماهیت یک نهاد می‌گردد. این مقاله برآن است که در بررسی مرز این دو جهان حقوقی قدم برداشته و با استقراء در میان نهادهای مختلف، درصد تعیین ماهیت آن‌ها باشد.

واژگان کلیدی: ثبوت - اثبات - اعمال حقوقی - تصرف - جهت نامشروع.

مقدمه:

علم حقوق را براساس ملاک‌های مختلفی تقسیم کرده‌اند: گاه براساس ارتباط آن با حکومت یا مردم به حقوق عمومی یا خصوصی تقسیم می‌کنند و گاه براساس حوزه اجرا به حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۸۱ به بعد؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۶) اما آنچه این نوشتار در پی آن است، تقسیم‌بندی نهادهای موجود در علم حقوق از جهت علم یا جهل افراد می‌باشد: یعنی تقسیم علم حقوق به ثبوت و اثبات.

۱. دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

گاه در وجود مستقل هر يك از دو مرحله از دیگری تردید می‌شود: برخی ثبوت را واجد وجود حقوقی مستقل نمی‌دانند و برخی دیگر اثبات را. در این مقاله نیز سعی می‌شود از جهتی دیگر به تردیدهای فوق دامن زده و مرز مبهم میان این دو جهان حقوقی را با ذکر نمونه‌هایی نشان دهد. این فرایند با ذکر یک سؤال آغاز می‌شود: آیا ابزارهای دستیابی به (اثبات) ثبوت محدود به موارد و ابزارهای خاص می‌باشد یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا این آزادی برای یک فرد موجود هست تا از هر ابزاری برای رسیدن به واقع استفاده کند؟

این پرسش در جای خود مطرح شده و پاسخ آن داده شده است. (ننگرودی، ۱۳۸۱، ص. ۴۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص. ۲۵۶؛ شمس، ۱۳۸۴، ص. ۸۶) اما رسالت این نوشتار، جزئی‌تر کردن این سؤال و آن پاسخ به این پرسش است که اگر در یک قانون مشخص یا قراردادی خاص، امری که غالباً به‌عنوان ابزاری برای اثبات به‌کار می‌رود، ذکر شود و به سایر طرق اثباتی اشاره‌ای نشود آن طریقه مخصوص، تنها راه اثبات است یا این که امکان اثبات از سایر طرق نیز وجود دارد؛ در واقع، آن طریقه مخصوص هنوز هم ابزاری در قلمرو اثبات است و یا خیر، راهی در عالم ثبوت می‌یابد و از این پس باید به آن به‌عنوان حکمی ماهوی توجه کرد. نتیجه عملی پاسخ به این سؤال در دو نکته مفید زیر مطرح می‌گردد:

**فایده اول:** اگر آن طریق مخصوص را باز هم طریقه‌ای اثباتی بدانیم می‌توان از این نظر دفاع کرد که از سایر طرق اثباتی هم می‌توان استفاده کرد ولیکن اگر آن را حکمی ماهوی بدانیم، از سایر طرق اثباتی، فایده‌ای بر نمی‌آید.

**فایده دوم:** اگر آن طریقه اثباتی باشد خلاف آن ابزار را می‌توان اثبات کرد و با ابزار اثباتی دیگری اثبات نمود که مؤدای آن وسیله اثباتی منصوص، با واقع منطبق نمی‌باشد. نظیر این بحث را در علم اصول، می‌توان در مبحث علم طریقی و موضوعی سراغ

۱. برای دیدن فایده دیگر از لحاظ حقوق بین‌الملل خصوصی، ر.ک.: الماسی، نجاد علی، *تعارض قوانین*، نشر دانشگاهی، ۱۳۷۵، ج. ۴، ص. ۷۹؛ و برای دیدن اثر بحث حاضر در مصداق ماده ۲۲ ق.ت. در مورد تعارض قوانین ر.ک.: کاتوزیان، ناصر، *حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان*، ج. ۳، دادگستر، آبان ۱۳۷۵.

گرفت. چه علم طریقی عبارت است از علمی که هیچ‌گونه دخالتی در ثبوت اصل حکم ندارد بلکه تنها کاشف آن حکم و طریقی برای رسیدن به آن می‌باشد و علم موضوعی عبارت است از علمی که در ثبوت حکم شرعی نقش داشته باشد. (محمد رشاد، صص. ۲۳۰ و ۲۳۱؛ یزدی، ۱۴۱۵ هـ.ق، ص. ۲۰۴؛ شیرازی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص. ۲۴۹)

به هر روی، نگارنده برای پاسخ به سؤال فوق، از ارائه جواب کلی، تعمداً امتناع ورزیده و با استقراء در متون قانونی خاص، درصدد پاسخگویی به این سؤال در هر مورد خاص می‌باشد.

### مبحث اول - استقراء در متون حقوقی

#### بند اول - قانون ثبت - مالکیت اموال ثبت شده

صدر ماده ۲۲ ق.ث. مقرر می‌دارد: «همین‌که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این‌که ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت.»

به این ترتیب، اگر ملکی در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده مالک خواهد شناخت. نتیجه ثبت در دفتر املاک، داشتن سند رسمی است و به سند رسمی غالباً به‌عنوان طریقه‌ای اثباتی توجه می‌شود. حال، آیا با توجه به این ماده باز هم باید سند رسمی را طریقه‌ای اثباتی دانست یا ثبوتی؟ یعنی آیا عقد با ایجاب و قبول واقع می‌شود و ثبت تنها ناظر به مرحله اثبات این عقد است<sup>۱</sup> و یا آن‌که حکم به وجود ثبت سند از قواعد ماهوی و مربوط به مرحله ثبوت است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص. ۱۵) و به این ترتیب،

۱. «چنانچه از مفهوم و منطوق سند، رضای طرفین و ایجاب و قبول آن‌ها بر وقوع معامله مستفاد گردد فرضاً فروشنده و خریدار و مورد معامله معلوم و مشخص بوده و تمامی ثمن معامله پرداخت و مبیع تحویل و به تصرف خریدار داده شده باشد حسب مواد ۱۰، ۱۹۰ و ۲۱۹ ق.م. و مطابق شرع انور سند مرقوم مبیاعه‌نامه و مملک و نافذ است و لو عادی باشد و این امر منافاتی با مواد ۴۷ و ۴۸ ق.ث. ندارد. زیرا مواد مذکور مشعر بر این است که اسناد عادی در محاکم به‌عنوان سند مالکیت پذیرفته نمی‌شود. در صورتی که در ما نحن فیه دارنده سند یادشده آن را به‌عنوان سند مالکیت ابراز نمی‌نماید بلکه به‌عنوان دلیلی بر وقوع معامله ابراز می‌کند.» (نظریه اکثریت قضات ۱۳۶۵/۷/۱۷، به نقل از؛ نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، ص. ۲۷۷).

خرید و فروش املاک ثبت شده را از مصادیق عقود تشریفاتی قرار داد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۳۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص. ۲۵۶) طریقه اول، جانبدار اصل رضایی بودن عقود و دومی حامی نظم معاملات (جلوگیری از وقوع معاملات متعارض) است.

به نظر می‌رسد بتوان طریقه‌ای میان این دو را گرفت؛ یعنی آن که وقوع معامله را بین دو طرف فروشنده و خریدار واقع شده دانست و از اصل رضایی بودن عقود در رابطه بین این دو تخطی نکرد. اما در رابطه میان اشخاص ثالث با این معامله، ملک را هنوز در مالکیت فروشنده دانست.

اما از این نظر می‌توان این گونه انتقاد کرد که حاصل بیع، انتقال حق عینی است و حق عینی نیز مطلق و در برابر همه قابل استناد است (Immanuel kant, philosophy of law, 1887) پس چگونه ممکن است وقوع بیع را در رابطه دو طرف بپذیریم ولی حاصل آن را (حق عینی) در برابر سایرین قابل استناد ندانیم. در واقع، در این نظر، دو حق متناقض که لایجتمع و لایرتفع هستند (یعنی حق عینی و دینی) نتیجه یک معامله دانسته شده است که منطقی به نظر نمی‌رسد. به عبارت دیگر، مالکیت، جنبه نوعی و کلی دارد و نمی‌توان کسی را در برابر خواننده دعوا، مالک و در برابر دیگران، غاصب دانست. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص. ۹۴)

اما شاید بتوان این راه حل را این گونه تعدیل کرد و آن، این است که ماحصل معامله میان این دو را تعهدی طبیعی دانست «تعهدی که ... از ضمانت اجرا برخوردار نیست و متعهدله نمی‌تواند از راه‌های قانونی آن را مطالبه کند ولی قانون وجود آن را می‌شناسد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص. ۱۶۷)

شباهت تعهد فروشنده در فروش املاک ثبت شده با تعهد طبیعی در این نکته است که همان طور که طبق ماده ۲۶۶ ق.م. در تعهدات طبیعی برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد یعنی نظام حاکمه او را محق نمی‌داند طبق ماده ۲۲ ق.ث. هم دولت منتقل‌الیه را به عنوان مالک نخواهد شناخت. از این شباهت می‌توان نکته‌ای را که در ماده ۲۶۶ ق.م. مورد توجه مقنن قرار گرفته به ماده ۲۲ ق.ث. سرایت داد و آن نکته این است که

همان طور که اگر متعهد طبیعی خود اقدام به ادای دین خود نماید کسی نمی‌تواند مدعی استرداد آن حق شود. در ماده ۲۲ ق.ث. هم اگر فروشنده اقدامی در جهت شناسایی حق طرف مقابل خود - خریدار - بنماید، ملزم به شناسایی خود خواهد بود. پس اگر فروشنده اقرار به وقوع معامله بین خود و خریدار بنماید اما از نظر حکمی این اقدام را مفید ملکیت برای طرف مقابل نشناسد، دادگاه می‌تواند این اقرار را نوعی شناسایی حق طرف مقابل خود دانسته و مالکیت را انتقال یافته بداند. چنان که شعبه ۴ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۵۹۴ - ۱۹ - ۴ - ۲۷ اظهار نظر کرده است؛ «اگر خواننده اقرار به فروش ملک به خواهان در مقابل مبلغی کرده و ... استدلال بر بی‌حقی خواهان صحیح نخواهد بود». [ نظریه شماره ۷/۳۶۷۵ - ۶۲/۸/۱۱ اداره حقوقی در راستای همین عقیده است. (منتخب آراء، ید... بازگیر، حقوق ثبت، ص. ۳۴۳) و نیز نظریه ۷/۵۳۹۷، ۶۰/۱۲/۵ اداره حقوقی؛ «مفاد ماده ۴۸ ق.ث. تنها ناظر به آن است که سند ثبت شده قابل استناد در ادارات و محاکم نیست و به عبارتی دیگر، به عنوان دلیل قابل ارائه در مرجع رسمی نمی‌باشد ولی ماده مذکور محاکم و ادارات را از پذیرفتن سایر ادله و مدارک برای اثبات انجام معامله منع نکرده است.» (نیسی، سعید، مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی، ۱۳۸۵، ص. ۴۱۹) به تعبیر برخی از حقوق دانان، آنچه پذیرش آن در این ماده نفی شده است سند است نه مفاد سند. (شهیدی، ۱۳۸۴، ص. ۱۱۸) ]

پس به طور خلاصه، برای آن که بتوان این نظر تعدیل شده را اثبات کرد احراز سه مقدمه ضروری است:

**مقدمه اول -** آن که ماده ۲۲ ق.ث. را مصداقی از تعهد طبیعی (ماده ۲۶۶ ق.م.) بدانیم که شباهت این دو در «عدم شناسایی قانونی حق ایجاد شده» محرز است.

**مقدمه دوم -** اقدام اختیاری متعهد در شناسایی حق متعهدله را که در ماده ۲۶۶ ق.م. مذکور و در ماده ۲۲ ق.ث. مغفول واقع شده، بتوان به ماده ۲۲ ق.ث. سرایت داد. مشکل اثبات این مقدمه، ارتباط ماده ۲۲ ق.ث. با نظم عمومی معاملات است. با این حال، توجه به این نکته نیز لازم است که در صورتی که مالکی معاملات معارضی با افراد مختلف کرده

باشد، عدم به رسمیت شناختن کلیه انتقال‌ها، چیزی جز اقدام به نفع مالک نیست. در واقع، مالک از ثمره اقدام غیراخلاقی خود سود می‌برد. پس بهتر است برای جلوگیری از این نفع، به دادرسی اجازه ورود به مرحله ثبوت را داده و او را مجاز در تشخیص اولین معامله انتقال‌دهنده بدانیم.

**مقدمه سوم - اقرار مالک را بتوان مصداقی از عبارت «اگر متعهد به میل خود آن را ایفا نماید» دانست.**

هرگاه 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 حقوقی می‌بخشد؛ اقرار نیز همین خصوصیت را دارد. به این ترتیب، اقرار مالک را می‌باید مصداقی از عبارت «اگر متعهد به میل خود آن را ایفا نماید» مذکور در ماده ۲۶۶ ق.م. دانست.

در واقع، ایفای ارادی راهی برای نشان دادن الزام مدیون به تعهدات طبیعی خود است. پس هر طریقی (از جمله اقرار) که بتواند این پایبندی را نشان دهد، می‌تواند در حکم ایفای ارادی باشد.<sup>۱</sup>

به هر حال، آنچه گفته شد، در موارد دیگری در قوانین مختلف، پذیرفته شده است. در ذیل به سه نمونه اشاره می‌شود:

**مورد اول:** مرور زمان که عبارت است از «گذشتن مدتی است که پس از آن دعوا به شرط ایراد خواننده شنیده نمی‌شود» (شمس، ۱۳۸۴، ص. ۱۵) در این که مرور زمان مصداقی از تعهد طبیعی است، تردیدی نیست. عدم ایراد خواننده هم نوعی اقرار ضمنی (و یا فرض قانونی اقرار ضمنی) به محق بودن طرف خود است. بنابراین اقرار را هم می‌توان در حکم ایفای ارادی متعهد طبیعی به تعهد خود دانست و آن را شرط بالفعل کردن تعهد متعهد قلمداد کرد.

۱. پس تعیین وجه التزام برای دین طبیعی آن را به دین حقوقی تبدیل می‌کند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، چ. ۴، ۱۳۸۳، ص. ۲۴۴).

**مورد دوم:** طبق ماده ۱۸۳ ق.آ.د.م. در صورت غیررسمی بودن سازش خارج از دادگاه، طرفین باید در دادگاه حاضر شده و به صحت آن اقرار نمایند. در صورت عدم حضور طرفین و در نتیجه، عدم اقرار آنان به سازش، دادگاه بدون توجه به مندرجات سازش نامه، دادرسی را ادامه خواهد داد.

آنچه که از این ماده بر می آید تعهدات و گذشته‌های موجود در سند غیررسمی تنها در صورت اقرار طرفین در حضور دادگاه است که مؤثر خواهد بود. پس این اقرار است که تعهدات یک سازش نامه عادی را بالفعل می کند.

**مورد سوم:** قانون امور حسبی با ذکر شرایطی برای اثبات وصیت در فصل ششم از باب پنجم خود در تعیین ضمانت اجرای آن در ماده ۲۹۱ بیان می دارد:

*«هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این فصل واقع نشده باشد در مراجع رسمی پذیرفته نیست مگر این که اشخاص ذی نفع در ترکه به صحت وصیت اقرار نمایند.»*

بنابراین وصیت فاقد شرایط مقرر در قانون امور حسبی تنها با اقرار ذی نفع است که مؤثر واقع شده و قابل ترتیب اثر است.<sup>۱</sup>

#### **بند دوم: قانون تجارت - ظهرنویسی برات و صدور چک**

نمونه دیگری که در آن، مقنن از میان طرق اثباتی، اکتفا به یکی از طرق کرده، ماده ۲۴۶ ق.ت. است. در این ماده می خوانیم؛ «ظهرنویسی باید به امضای ظهرنویس برسد». می دانیم که ظهرنویسی برای انتقال برات، وکالت در وصول وجه برات و یا برای وثیقه گذاشتن برات<sup>۲</sup> به کار می رود. در ماده ۲۴۶ ق.ت.، مقنن اثبات ثبوتی به نام ظهرنویسی را از طریق امضای مقرر داشته است. درحالی که برای صدور برات که از لحاظ انتقال برات با ظهرنویسی شباهت دارد امضا یا مهر برات دهنده کافی است یعنی هر يك از این دو می تواند صدور برات را اثبات کند.

۱. البته نیازی به تأیید کلیه وراث نمی باشد و عدم تأیید بعضی از وراث مانع نفوذ وصیت در سهم وراثی که آن را قبول کرده اند، نمی باشد. (مستفاد از رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور حکم ۵۴، ۱۳۵۱/۱۰/۱۳، آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، فرج... قربانی، پاریسیان، ۱۳۸۶، ص. ۱۶۰).

۲. فایده ای که در نبود نص قانونی، عرف، خود، چراغ راه آن شد و نشان داد مردم، خود راهایی برای موضوعات فاقد حکم قانونی می یابند.

همچنین در ماده ۳۲۱ ق.ت. در مورد چک شاهد این نکته هستیم که حتماً باید به امضای صادرکننده برسد.

آیا اکتفا به ذکر امضا مبین این نکته است که قانون، وقوع ظهرنویسی در برات و صدور در چک را تنها از طریق امضا می‌پذیرد و آیا امضا از مرحله اثبات به ثبوت راه یافته و خود از ارکان تحقق يك پدیده به‌شمار می‌آید.

در مورد امضا در برات برای ظهرنویسی، یکی از نویسندگان حقوق تجارت به‌رغم آن که توجیهی برای تفاوت حکم دو موضوع به‌ظاهر مشابه (صدور و ظهرنویسی در برات) نیافته با این حال، نوشته است: «برخلاف مورد صدور، ظهرنویسی فقط با امضای ظهرنویس معتبر است و مهر او موجب انتقال برات نیست.» (اسکینی، ۱۳۸۱، ص. ۸۷؛ صقری، ۱۳۸۰، ص. ۱۳۱) اما به‌نظر می‌رسد که امضا و مهر هر دو دلالت بر انتساب یک عمل حقوقی به صاحب امضا و مهر و رضایت آن فرد می‌کنند؛ پس دلیل منطقی برای تفاوت حکمی میان آن دو در ظهرنویسی و صدور، مشاهده نمی‌شود. لذا بهتر است بر این عقیده باشیم که اکتفا به ذکر امضا و عدم بیان مهر نه از باب سکوت در مقام بیان بلکه از باب تسامح مقنن است. این ادعا هرچند برخلاف اصل عملی عقلایی عمل کردن مقنن است اما پیروی از این قول، تفسیری منطقی از متن قانون بدست می‌دهد که ارجح است. پس «مهر بدون امضا در سند باعث بی‌اعتباری آن نیست مگر ثابت شود که مهر را بدون اجازه او استعمال کرده‌اند» (حکم شماره ۳۰۹ / ۸۵۰ دیوان عالی کشور به نقل از: شمس، ۱۳۸۴، ص. ۱۵۱)

اما در مورد امضا در صدور چک در ماده ۳۱۱ ق.ت.، برخی معتقدند که «چک فقط در صورتی صحیح صادر شده است که به امضای صادرکننده رسیده باشد. علت این امر، آن است که با توجه به مسئولیت مدنی و کیفری مترتب بر صدور چک‌های بی‌محل قانون‌گذار خواسته است که صدور چک از طرف اشخاصی به عمل آید که آشنایی با مقررات بانکی داشته و متوجه عواقب صدور چک باشند.» (دمیرچی، ۱۳۸۴، ص. ۵۸۵) این گفته هرچند امروزه شاید بتواند توجیه‌کننده اکتفا مقنن به ذکر امضا و عدم تصریح به مهر باشد.



اما تفسیر تاریخی، نادرستی این قول را نمایان می‌سازد. در ایران قبل ۱۳۱۱، سندی به نام چک وجود نداشت اما در این سال قانون تجارت به تصویب رسید و چند ماده آن نیز به چک اختصاص یافت. در این زمان، چک به علت رواج کم، همانند برات و سفته فاقد ضمانت اجرای کیفری بود و مدتی دیگر باید انتظار کشید تا قانون‌گذار در ۱۳۱۲/۱/۸ صدور چک بلامحل را از مصادیق کلاهبرداری تلقی نماید و مدتی بعد در ۱۳۳۱/۸/۲۷ قانون چک بلامحل را تصویب کند. پس در زمان تنظیم مواد مربوط به چک، چک جنبه کیفری نداشته تا مقنن به علت مسئولیت کیفری چک، امضا را رکن چک بداند. در مورد مسئولیت مدنی هم باید گفت که همین نوع مسئولیت موجود در چک در برات هم هست. پس چرا مقنن برای صدور برات، امضا یا مهر را لازم دانسته است.

با این حال، در رأی شماره ۲۳۴۱ به تاریخ ۱۳۸۰/۷/۲۴ صادره از شعبه ۱۲۰۳ دادگاه عمومی تهران می‌خوانیم؛

«آنچه در ایجاد مسئولیت مؤثر است امضای اشخاص می‌باشد و مهر به تنهایی مثبت مسئولیت نمی‌باشد مگر این که با دلایل و قرائن قویه انتساب اثرگذاری آن از سوی صاحب آن احراز و اثبات گردد.»

#### بند سوم: قانون مدنی - تصریح به جهت نامشروع

در اهمیت اراده در ایجاد و پایبندی به تعهد تردیدی نیست (B. SHARON BYRD AND JOACHIM HRUSCHKA, 2006, p48) اما در این میان، به نقش انگیزه کمتر توجه شده است. در حالی که آنچه سازنده اراده - قصد و رضا - می‌باشد، انگیزه است و فرد به خاطر انگیزه است که اراده به انجام عملی می‌نماید.

در توضیح بیشتر، می‌توان گفت که انگیزه در نسبت با اراده، دو نقش را بر عهده دارد؛

اول: علت فاعلی آن، محسوب می‌شود. یعنی اراده را می‌سازد.

دوم: علت غایی آن است. یعنی اراده برای رسیدن به آن، به وجود می‌آید.

به خاطر نقش اول، در تفسیر عمل حقوقی باید به سراغ انگیزه رفت. چون انگیزه و به

تبع آن، اراده، خالق عقد است و بهترین راهنما در شناخت مخلوق، رجوع به خالق (انگیزه موجود در اراده) است. برای همین در ماده ۴۸۴ ق.م.، صحبت از قصد مستأجر از استیجار و در ماده ۵۶۶ ق.م. سخن از قصد جاعل است. در پی نقش دوم نیز هرگاه امکان تحقق خارجی انگیزه نرود باید در پی جبران مافات بود. برای مثال، انگیزه هدیه دادن در دوران نامزدی، ازدواج با طرف مقابل است. پس در صورت بهم خوردن نامزدی امکان تحقق این انگیزه نمی‌رود لذا باید به فرد اجازه پس گرفتن هدایا را داد یا در مواردی شخصی که طرف، علت عمده انگیزه است، اشتباه در آن یعنی عدم امکان تحقق انگیزه می‌تواند سبب ساز انحلال عقد باشد. توجه به این موارد می‌تواند تأییدکننده این نظر باشد که انگیزه نیز در چتر حمایت مقنن قرار دارد.

گاهی نیز انگیزه سبب بطلان عقد را فراهم می‌آورد؛ آن‌جا که انگیزه نامشروع است. وقتی که افراد از معامله در خلاف آنچه مقنن در نظر داشته است، استفاده می‌کنند. در ماده ۲۱۷ ق.م. شاهد این نکته هستیم که در صورت تصریح به جهت نامشروع در معامله، معامله باطل خواهد بود. این ماده مصداق مورد تردیدی دیگر از اختلاط ثبوت و اثبات می‌باشد. در این ماده، در مورد جهت گفته شده است؛ «اگر تصریح شود باید مشروع باشد و الا معامله باطل است».

استاد گرانمایه‌ای این قول را منطقی دانسته است که جهت نامشروع بودن اگر با هر دلیلی اثبات شود موجبات بطلان معامله را فراهم می‌آورد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۳۷۵) این قول برای تصریح جنبه اثباتی قائل است و تفاوت میان طرق اثباتی را ترجیح بلامرجح می‌داند. اما به نظر می‌رسد که بتوان عامل ترجیحی برای تصریح یافت و این چنین گفت که «جهت نامشروع معامله را باطل نمی‌کند بلکه این تصریح به جهت نامشروع است که معامله را باطل می‌کند»<sup>۱</sup> و در بیان حکمت اکتفای مقنن به تصریح<sup>۲</sup> نیز شاید این قول

۱. نشریه خواهان، ش. ۵، صص. ۳۹ - ۳۸.

۲. البته دلایل دیگری نیز توسط اندیشمندان حقوقی برای بیان حکمت اکتفا مقنن ذکر شده است. (رک.: کاتوزیان، عقود معین، ج. ۳، چ. ۴، گنج دانش، ۱۳۸۰، ص. ۳۷۵).

درست باشد که «هدف ماده ۲۱۷ این بود که افراد را از آشکارسازی انگیزه‌های نامشروع خود بپرهیزاند. پس دلیل ابطال معامله کیفر دادن به جهت نامشروع نیست بلکه جزا دادن به پلیدکاری است که به خود جسارت بیان انگیزه نامشروع را داده است. مفهوم مخالف ماده ۲۱۷ مؤید ثبوتی بودن تصریح می‌باشد»<sup>۱</sup> با آنکه همچنان بر انتقادات وارد بر اکتفای مقنن بر تصریح اصرار ورزیده می‌شود. اما با این حال، پذیرفتن جنبه ثبوتی برای تصریح به منظور جلوگیری از ابطال معاملات موافق اصل بوده و گسترش مفهوم تصریح در این موضع به نظر نادرست می‌رسد.

به این ترتیب، به نظر نگارنده تصریح در این ماده جنبه ثبوتی دارد نه اثباتی. یعنی تنها تصریح جهت نامشروع است که بطلان معامله را فراهم می‌آورد نه اثبات آن به هر طریقی. علت این امر هم جزا دادن به پلیدکاری است که به خود اجازه بیان انگیزه‌های نامطلوب خود را می‌دهد و از این طریق، حرمت این انگیزه‌ها را در جامعه می‌شکند. در واقع، حکم تکلیفی - حرمت بیان انگیزه نامشروع - در حکمی وضعی - صحت یا بطلان معامله - تأثیر گذاشته است.<sup>۲</sup>

#### بند چهارم - قانون مدنی - تأمین ارث حمل:

ماده ۸۷۸ ق.م. مقرر می‌دارد:

«هرگاه در حین موت مورث، حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراث دیگر می‌گردد، تقسیم به عمل نمی‌آید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچ‌یک از سایر وراث نباشد و آن‌ها بخواهند ترکه را تقسیم کنند، باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصه هر یک از وراث مراعات است تا حال حمل معلوم شود.»

۱. نشریه خواهان، همان.

۲. تأثیر این دو حکم در یکدیگر، مثال‌های دیگری نیز دارد: عدم امتثال امین از حکم تکلیفی وجوب استرداد مال امانی به محض مطالبه مالک، سبب ایجاد حکم وضعی ضمان می‌شود و حکم وضعی غصب (یا ضمان ناشی از غصب) سبب بارشدن حکم تکلیفی استرداد مال یا پرداخت خسارات یا وادار کردن سایر غاصبین به رد عین مال بر غاصب می‌شود. (برای دیدن بحثی در ارتباط با اصالت یا تبعیت حکم وضعی از حکم تکلیفی، ر.ک.: الموسوعه الفقهيہ الميسره، الشيخ محمدعلي الانصاري، ج. ۴، ص. ۲۵۲؛ الاصول العامه للفقہ المقارن، السيد محمدتقی الحکيم، صص. ۵۶ و ۵۷؛ جعفری لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ج. ۳، ۱۳۸۲، گنج‌دانش، ص. ۲۶).

توجه به ماده فوق، این سؤال را در ذهن ایجاد می‌کند که کنار گذاشتن حصه دو پسر را به عنوان یک حکم ماهیتی باید پذیرفت به نحوی که تخلف از آن امکان‌پذیر نیست و یا این که کنار گذاشتن حصه دو پسر برای حمل را از باب احتیاط دانست (محمدی، ۱۳۸۱، ص. ۱۷۷) یعنی این که در جایی که تکلیف و وظیفه معلوم است ولی در انجام یا اتمام آن تردید باشد بگوییم باید چنان عمل کرد که به یقین قطعی در مورد انجام تکلیف رسید. (همان، ۲۳۳) در این جا نیز مورد از موارد اعمال اصل عملی احتیاط است و زمانی می‌توان به یقین به انجام تکلیف - رسانیدن سهم الارث به حمل وارث - رسید که این مقدار - سهم دو پسر - را کنار گذاشت و یا این که با توجه به هدف تأمین حقوق حمل، ذکر کنار گذاشتن حصه دو پسر را از باب تکیه به حداکثر غالب بدانیم. (ر.ک.: شریع الاسلام، المحقق الحلّی ج. ۴، ص. ۸۴۵، قال الشیخ: لو كان للمیت ابن موجود و حمل، اعطى الموجود الثلث، و وقف للحمل ثلثان (۲۱۵)، لانه الاغلب فی اکثرة، و ما زاد نادر. «کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۱۰۶)

ثمره پذیرفتن یکی از این سه نظر این است که براساس نظر اول، حتی اگر از طریق سایر روش‌های حصول علم بتوان شمار و جنسیت حمل را تعیین کرد به دلیل آن که حکم مقنن ماهیتی است نتوان سهمی خلاف آنچه در ماده ۸۷۸ ق.م. ذکر شده، کنار گذاشت. اما اگر نظر دوم را بپذیریم و کنار گذاشتن را از باب اصل عملی احتیاط بدانیم با توجه به این که اصول عملی تنها در موضع شک و برای رفع تکلیف به کار می‌آیند با وجود علم به شمار و جنسیت حمل، حکم ظاهری کنار گذاشتن حصه پسر به کناری می‌رود و باید طبق آنچه برایمان اثبات شده - به آن علم داریم - عمل کنیم. نتیجه نظر سوم نیز به نظر دوم نزدیک است هرچند از آن پیش‌روتر است. در واقع، تعیین حصه دو پسر از باب غلبه - اماره - است و با وجود یافتن علم قطعی، اماره، حجیت خود را از دست می‌دهد. به هر حال، باید پذیرفت که قول دوم و سوم ارجح به نظر می‌رسد و برخی از فقهای معاصر هم با توجه به ابزار و آلات جدید برای حصول علم به حال طفل نگاشته‌اند. به این ترتیب، با حصول علم قطعی به شمار و جنسیت با ابزار و روش‌های نوین، حکم ماده مورد بحث به کنار می‌رود. (تحریر الوسیله، ج. ۲، ص. ۳۷۱، مسائل ۲۱ - ۴۳)

**بند پنجم - تصرف**

تصرف حاوی سه عنصر می‌باشد:<sup>۱</sup>

عنصر مادی: مال در تصرف مادی فرد باشد؛

عنصر معنوی: متصرف قصد اعمال حق مالکیت را داشته باشد؛

عنصر قانونی: تصرف متصرف مشروع باشد.

ماده ۳۵ ق.م. به خاطر ظهور تصرف در مالکیت<sup>۲</sup>، تصرف را اماره مالکیت دانسته است. بنابراین با روبه‌رو شدن با متصرف باید وی را مالک دانست. اما مسأله قابل طرح این است که اگر مالکیت فردی غیرمتصرف قبل تصرف احراز شود آیا بازهم اماره تصرف قابلیت استناد را خواهد داشت؟

نکته قابل ذکر آن که وجود واقعی مالکیت سابق تعارضی با مالکیت مثبت بوسیله تصرف فعلی ندارد. چه ممکن است ملکی در گذشته متعلق به دیگری باشد و اکنون از آن دیگری. بنابراین مسأله در تعارض میان مالکیت سابق استصحاب‌شده با مالکیت فعلی اثبات‌شده به‌وسیله اماره تصرف است.

در مقام ترجیح مالکیت سابق بر تصرف فعلی می‌توان به دلایل زیر استناد جست:

اول: دلالت تصرف بر مالکین برخاسته از عرف و با توجه به اوضاع و احوال است؛ عرف در صورتی که مالکیت سابق معلوم باشد، تصرف را همچنان معتبر نمی‌داند. مواد ۹۴، ۱۲۴ و ۱۲۷ ق.م. و به تعبیری ماده ۱۶۲ ق.آ.د.م. مؤید این نظر هستند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۱۹۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص. ۱۲۱)

دوم: وقتی مالکیت سابق احراز شود چون هیچ مالی بدون دلیل به دیگری منتقل نمی‌شود اصل بر بقای مال در مالکیت وی و عدم انتقال آن می‌باشد (استصحاب مالکیت

۱. در حقوق کامن لا : p55 . R . s. wright, Possession and trespass in relation to the law of theft .  
 ۲. ماده ۹۱۸ قانون لاتویا (لیتونی) مقرر می‌دارد: «هر تصرفی فرض بر این است که قانونی و با حسن نیت است تا آن زمان که خلاف آن اثبات شود».

Frederick pallack, Possession in the common law ,p3: «An owner is prima facie entitled to possession and possession is prima facie evidence of ownership».

سابق) و انتقال نیاز به دلیل دارد و در صورت شک در انتقال، اصل بر عدم انتقال است؛ به این ترتیب، متصرف باید اثبات نماید که مال به سببی ناقل به وی منتقل شده است اما اثبات وجود سبب ناقله از عهده اماره تصرف بر نمی‌آید چه اماره تصرف تنها توان اثبات مالکیت را دارد نه اثبات انتقال مالکیت را.

اما در نقد این دلیل می‌توان گفت:

اولاً، هرچند لازم است که مالکیت اثبات شده به وسیله اماره تصرف مسبوق به دلیل ناقله باشد اما اگر متصرف ملزم به اثبات سبب ناقله باشد یعنی باید مشروع بودن تصرف خود را اثبات کند لزوم اثبات مشروعیت، از کارایی اماره تصرف (جلوگیری از هرج و مرج در بعد مدنی و فوریت در آیین دادرسی مدنی) خواهد کاست. توجه به ماده ۳۶ ق.م. نیز همین نکته را نشان می‌دهد؛ چه مستفاد از این ماده این است که اصل بر این است که تصرف ناشی از ناقل قانونی است یعنی مشروع می‌باشد و آنکه ادعا می‌کند تصرف نامشروع و بدون ناقل قانونی است باید آن را اثبات کند نه متصرف. پس هرگاه مالی در ید متصرف یافت شد اصل بر این است که متصرف، مالک است و مال به سبب صحیح به وی منتقل شده و بدون کاوش در وضعیت سابقه و خواستن دلیل انتقال باید وی را مالک به سبب صحیح دانست. پس هر چند مالکیت سابق احراز شده اما با تصرف فرض بر انتقال به دلیل قانونی هم هست و متصرف نیازی به اثبات دلیل مملک ندارد. توجیه اصولی این نقد هم این‌گونه خواهد بود که اماره تصرف اثبات کننده لوازم عقلی خود نیز خواهد بود و یکی از لوازم عقلی اماره تصرف انتقال مالکیت می‌باشد.

ثانیاً، در نقد مقدم داشتن استصحاب مالکیت سابق بر اماره مالکیت می‌توان گفت که «اگر بخواهیم استصحاب را بر ید مقدم داریم دیگر موردی برای اعمال ید پیدا نمی‌شود. این امر منتهی به هرج و مرج و اختلاف روابط معاملاتی مردم می‌شود.»<sup>۱</sup>

۱. محمدی، ابوالحسن، اصول فقه، ص. ۱۹۲.

با توجه به نکات فوق این مطلب قابل برداشت است که صرف اثبات مالکیت قبلی، متصرف را وادار به اثبات سبب ناقله نخواهد کرد. اما ماده ۳۷ ق.م. که علت اصلی طرح این بحث است مقرر می‌دارد:

«اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک سابقاً مال مدعی او بوده است. در این صورت، مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر این که ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.»

آنچه از این ماده بر می‌آید این است که اگر مالکیت سابق به‌وسیله اقرار اثبات شود وجود آن استصحاب می‌شود و در این حالت متصرف نمی‌تواند به تصرف خود استناد جوید. حال نکته در این است که ماده فوق تنها صحبت از اثبات مالکیت سابق به‌وسیله اقرار می‌نماید. آیا اقرار در این جا موضوعیت دارد یا طریقت؟

اگر علم حاصله از اقرار موضوعیت داشته باشد تنها به‌وسیله اثبات مالکیت سابق به‌وسیله اقرار است که می‌توان مالکیت سابق را بر تصرف فعلی مقدم داشت. اما اگر اقرار دریچه‌ای به واقعیت باشد و بتوان آن را طریقی برای شناخت واقع محسوب کرد اثبات مالکیت سابق به‌وسیله سایر طرق اثباتی قابلیت استناد را از اماره تصرف خواهد گرفت. می‌توان در جانب کاشفیت طریقی اقرار گفت که:

«متن ماده ناظر به‌صورتی است که مالکیت سابق مدعی مورد اقرار متصرف باشد ولی چون اقرار هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی ندارد باید بر آن بود که ثبوت حقانیت سابق مدعی به هر دلیل که باشد اثر اماره تصرف را از بین خواهد برد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۱۹۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص. ۱۵۹)

اما در مقابل، می‌توان گفت که اقرار نه به دلیل اثبات مالکیت سابق بلکه من باب انقلاب دعوی است که بر تصرف مقدم دانسته شده است. به این معنی که؛ «ذوالید تا این مرحله منکر و طرف مقابل مدعی بود ولی پس از اقرار ذوالید به مالکیت سابق مدعی از حیث اثبات انتقال به ناقل قانونی ذوالید مدعی تلقی می‌شود و باید بینه اقامه کند و نمی‌تواند با وجود اقرار به ید سابق مدعی (را) به استناد ید فعلی از اقامه بینه معاف کرد»

(محقق داماد، ۱۳۶۹، ص. ۴۹؛ محمدی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹۳؛ السيد المصطفوی، ۱۴۱۷ هـ.ق، ص. ۳۲۰: الاول، ما اذا تقارنت اليد بالاقرار، كما اذا اعترف ذواليد بكون المال ملكا للمدعى، و ادعى انتقاله اليه بالبراء او الهبة، فينقلب ذواليد مدعيا و المدعى منكرا، فيحكم بكون المال للمدعى بمقتضى الاستصحاب، الا ان يثبت ذواليد انتقاله اليه».)

برای نتیجه می‌توان گفت که پذیرش استناد به اماره تصرف یعنی آنکه از تصرف دو کارکرد را انتظار داریم:

### اول - اثبات انتقال مالکیت

#### دوم - مالکیت فعلی

با توجه به این که گفته شد اثر اول از لوازم عقلی اماره تصرف<sup>۱</sup> و اثر دوم اثر اصلی این اماره است بنابراین اصل بر این است که متصرف نیازی به اثبات انتقال مالکیت به خود را ندارد بنابراین ماده ۳۷ را که متصرف را به دلیل اقرار ملزم به ارائه دلیل می‌کند را باید استثنا دانست. ظاهراً نیز دلیل این استثنا این است که در صورت اقرار اماره تصرف عرفاً دلالت خود بر مالکیت را از دست خواهد داد.<sup>۲</sup>

#### بند ششم - ثبت ازدواج

در این نکته که ثبت ازدواج به‌رغم مجازات کیفری از ارکان ازدواج محسوب نشده و تنها تشریفات می‌باشد، تردیدی نیست. اما این امر از جهت آثار اولیه ازدواج است لیکن اثر ثانویه ازدواج نظیر برخورداری از کمک ازدواج مذکور در ماده ۸۵ قانون تأمین اجتماعی موکول به ثبت آن است.<sup>۳</sup>

۱. اثبات لوازم اماره تصرف (ازجمله: سبب انتقال) به‌وسیله اماره تصرف است که برخی از فقها را در توجیه مفاد حکم ماده ۳۷، به تعجب کشانده است (ر.ک: افاضه العواید، ج. ۲، ص. ۳۲۵).

۲. المصطفوی، سید محمدکاظم، مائة قاعدة فقهية، ص. ۳۲۰: «ولا مجال للاخذ بقاعدة اليد، لعدم الدليل عليها مع اقتران اليد بالاعتراف، فان الدليل عليها هي السيرة، و رواية حفص بن غياث الدالة على الحكم، بالملكية على ما في ایدی المسلمین، المعلل بانه لولا ذلك لما قام للمسلمین سوق. اما السيرة فلم یحرز قیامها فی المقام (ای فیما اذا اقترنت اليد بالاعتراف) و اما الرواية فلا اطلاق لها یشمل المقام، اذ لا یلزم تعطیل السوق لو لم یؤخذ بها فی مثل المقام.»

۳. ماده ۸۵: «به بیمه‌شده زن یا مرد که برای اولین بار ازدواج می‌کند مبلغی معادل یک ماه متوسط مزد یا حقوق با رعایت شرایط زیر به‌عنوان کمک ازدواج پرداخت می‌شود. ۱. در تاریخ ازدواج رابطه استخدامی او با کارفرما قطع نشده باشد. ۲. ظرف پنج سال قبل از تاریخ ازدواج حداقل حق بیمه هفتصدویست روزکار را به سازمان پرداخته باشد. عقد ازدواج دائم بوده و در دفتر رسمی ازدواج به ثبت رسیده باشد.»



### بند هفتم - تفسیر قراردادها

در قراردادهای بیع معمولاً پس از توافق طرفین در مورد موضوعات اصلی قرارداد و پرداخت قسمتی از ثمن معامله این شرط آورده می‌شود که طرفین موظف‌اند پس از انجام تشریفات اداری انتقال توسط فروشنده در موقعی مشخص، در دفترخانه‌ای معین، حاضر شده و نسبت به ثبت انتقال اقدام نمایند. به این ترتیب، ملاحظه می‌شود که تعهد به حضور در دفترخانه، تعهدی قراردادی می‌باشد. معمولاً در قراردادها این شرط آورده می‌شود که: «هریک از طرفین پس از حضور در دفترخانه در صورتی که طرف مقابل حاضر نباشد باید مراتب را کتباً به سردفتر اعلام و نامه خود را در دفتر ثبت مراسلات دفترخانه ثبت کند.» (سازمان نژاد، ۱۳۷۶، ص. ۲۸۶)

به این ترتیب، گواهی سردفتر به‌عنوان وسیله‌ای برای ثبت عدم حضور یکی از طرفین تلقی می‌شود که از آن می‌توان به‌عنوان دلیل از پیش فراهم‌شده نام برد. آیا گواهی سردفتر به‌معنای تنها دلیل برای اثبات عدم حضور یکی از طرفین است به این معنی که دلیل دیگری برای اثبات عدم حضور به‌کار نمی‌آید. برای مثال، اگر خریدار در موعد معین در دفترخانه حاضر شده اما به‌رغم عدم حضور طرف دیگر از سردفتر گواهی عدم حضور نمی‌خواهد اما شاهدانی برای عدم حضور طرف دیگر می‌تواند ارائه دهد؛ آیا می‌تواند با دلیل شاهد، عدم حضور طرف دیگر را اثبات نماید؟

در حالتی که از متن قرارداد این امر برداشت شود که در تراضی طرفین هیچ دلیلی نتواند جایگزین گواهی سردفتر شود در عدم پذیرش سایر ادله نباید تردید کرد. برای مثال، در قرارداد آمده است:

«ملاك عدم حضور یکی از طرفین منحصراً گواهی سردفتر خواهد بود.»

اما در موردی که از متن قرارداد چنان حضری قابل برداشت نباشد آیا با سایر ادله هم می‌توان عدم حضور را اثبات کرد؟

در یکی از آراء می‌خوانیم: «مثال جامع علوم انسانی»

«خواسته دعوی خواهان به طرفیت آقای حسن به شرح دادخواست تقدیمی صدور حکم

۱. نقل از: «گزیده آراء دادگاه‌های حقوقی»، صص. ۸۱ - ۸۲ نشر میزان، تابستان ۱۳۷۴، به تاریخ: ۲۳/۹/۷۲ شماره دادنامه: ۵۳۵/۷۲ مرجع رسیدگی: شعبه ۲۸ دادگاه حقوقی یک تهران.

به الزام خواننده به تنظیم سند رسمی انتقال ملک و امتیاز یک رشته تلفن به نام خواهان در یکی از دفاتر اسناد رسمی می‌باشد و نظر به این که طرفین دعوی با تنظیم مبیعه‌نامه مورخ ۷۰/۸/۶ که مصون از تعرض خواننده باقی ماند با ایجاب و قبول و توافق در مبیع و قیمت آن عقد بیع را محقق نموده‌اند و نظر به این که مبیعه‌نامه مذکور مشعر بر آن است که خواننده پلاک ثبتی متنازع‌فیه و امتیاز تلفن مورد دعوی را به مبلغ یکصد و هشتاد و پنج میلیون ریال به خواهان منتقل نموده و ضمن دریافت مبلغ بیست میلیون ریال متعهد شده که در ظرف ۶۰ روز در دفترخانه مربوطه حاضر شده و در قبال دریافت باقی‌مانده ثمن معامله نسبت به امضای سند رسمی در خصوص مورد معامله اقدام نماید که چون مبیعه‌نامه مذکور که با رعایت مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ ق.م. بین طرفین تنظیم شده طبق مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ همان قانون این مبیعه‌نامه و شرایط مقرر در آن از جمله حضور در دفتر اسناد رسمی جهت تنظیم سند رسمی انتقال بین طرفین نافذ و معتبر خواهد بود و با عنایت به این که چون طبق بند "ج" شق ۳ مبیعه‌نامه تنظیمی بین طرفین ملاک عدم حضور هر یک از متعاملین در دفترخانه جهت تنظیم سند رسمی انتقال گواهی دفتر اسناد رسمی شماره ۱۶۱ بوده اگر طرفین دلیل عدم حضور در دفترخانه برای تنظیم سند را گواهی دفترخانه قرار دهند با دلیل دیگری نمی‌توانند این امر را ثابت کنند فلذا مدافعات وی مبنی بر این که در مهلت مقرر در قرارداد و حتی در مدتی بعد از آن آماده جهت امضای سند رسمی انتقال بوده ولی خواهان از حضور در دفترخانه و امضای سند خودداری نمود موجه نبوده و مؤثر در مقام نخواهد بود»

ملاحظه می‌شود که در رأی فوق دادگاه به صراحت نظر خود مبنی بر پذیرش هرگونه دلیلی غیر از گواهی سردفتر را اعلام داشته است.

#### مبحث دوم - برآیند

آنچه در مبحث اول گذشت، بررسی جزئیات مربوط به یک کلی به منظور استخراج

قاعده کلی مشترک بود یعنی استقراء<sup>۱</sup> و البته از نوع استقراء ناقص و یا بهتر بگوییم استقراء در دست اقدام (استقراء ناقصی که به استقراء تام می‌انجامد). هنوز نمونه‌های دیگری را می‌توان بر صف موارد بررسی شده افزود (نظیر ماده ۷۴۷ ق.م. در مورد کفالت،<sup>۲</sup> یا ماده ۲۰۹ ق.آ.د.م. که تنها سخن از اعتراف به وجود سند می‌کند<sup>۳</sup> یا شهادت در طلاق یا ماده ۱۷ لایحه اصلاحی قانون تجارت یا تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶) هرچند برای نتیجه‌گیری و رسیدن به قاعده کلی، فعلاً زود هنگام است اما برای بیان يك برآیند فعلاً می‌توان گفت:

اگر مقنن به ذکر ابزاری (دلیل) که غالباً به آن به‌عنوان يك ابزار اثباتی توجه می‌شود برای اثبات يك ثبوت اکتفا نماید با وجود شرایط ذیل می‌توان از سایر طرق اثباتی نیز استفاده کرد:

**شرط اول -** در برخی از قوانین به دلیل طبع خاص خود به طرق اثباتی خاص اکتفا می‌شود. در این صورت، نباید بر شمار موارد اثباتی افزود. مصداق برجسته این نوع از قوانین، قوانین جزایی است، قوانینی که برای اثبات اعمال قابل مجازات، اکتفا به دلایل خاصی کرده است؛ نظیر مواد ۶۸ و ۱۱۴ و ۱۲۸ و ۱۳۶ و ۱۳۷ ق.م.ا.

۱. الانصاری، الشیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج. ۳، ص. ۴۶۸؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ص. ۴۱۰؛ جعفری لنگرودی، منطق حقوق، ص. ۱۲۴۲؛ جعفری لنگرودی، مسائل منطق حقوق، ص. ۱۸۱؛ خوانساری، منطق صوری، ج. ۲، ص. ۳۰۲؛ «استقراء حجتی است که در آن ذهن از قضایای جزئی به نتیجه‌ای کلی می‌رسد یعنی از جزئی به کلی می‌رود و به تعبیر دیگر، از محسوس به معقول یا از واقعه به قانون می‌رسد.» برای دیدن خرده‌گیری‌هایی که بر طبع استقراء به عمل آمده است: Karl r. popper, the logic of scientific discovery, new york harper and row, 1968, pp40,41.

۲. حلی، ابن ادریس، السرائر، ج. ۲، ۱۴۱۰، مؤسسه النشر الاسلامی، ج. ۲، صص. ۷۷ - ۷۸ «و ان لم یکن ممنوعاً من تسلیمه، لزمه قبوله، فان لم یقبل، اشهد علیه رجلین، انه سلمه الیه و بری»  
 ۳. در قوانین کشورهای دیگر هم مشابه این بحث قابل طرح است؛ برای مثال، براساس ماده ۱۳ قانون کار صربستان مصوب ۱۳ دسامبر ۲۰۰۱ اشتغال به کار فرد زیر ۱۸ سال را مشروط به تأیید کتبی والدین وی می‌داند. آیا تنها بر مبنای رضایت کتبی والدین فرد زیر ۱۸ سال است که این قسم از افراد امکان استخدام را دارند و آیا اگر رضایت والدین به طریقی دیگر (برای مثال، شفاهی) احراز و سپس اثبات شود استخدام به‌عمل آمده غیرقانونی خواهد بود.

نکته قابل توجه آن که برخلاف امور مدنی که برخی از طرق اثباتی تبدیل به رکن ثبوتی يك حکم می‌شوند در امور جزایی نمی‌توان طرق اثباتی را حتی در صورت اکتفای مقنن جزو ثبوت حکم دانست. برای مثال، نمی‌توان اقرار ۴ مرتبه به جرم مذکور در باب اول از کتاب حدود در قانون مجازات اسلامی را جزو ارکان تشکیل‌دهنده آن جرم دانست. دلیل حصر ادله در امور کیفری جلوگیری از اشاعه نادرستی‌ها و عدم تسهیل در اجرای مجازات‌ها و اجرای مجازات با یقین کامل است. ملاحظه می‌شود که این سه هدف، ارتباطی با ثبوت جرم ندارد.<sup>۱</sup>

**شرط دوم -** گاهی در خود قانون، قانون‌گذار به بی‌اثربودن سایر طرق اثباتی اشاره کرده است. چنانکه در ماده ۲۹۵ ق.ت. شاهد این نکته هستیم. بدیهی است که در این موارد، نمی‌توان قائل به گسترش طرق اثباتی مذکور در قانون شد.

**شرط سوم -** نباید در طرق ذکرشده مقنن، ویژگی خاصی مد نظر باشد. چنان که در مورد واژه «تصریح» مذکور در ماده ۲۱۷ ق.م. این نکته آشکار است. در بررسی این شرط، امکان ورود به استنباط علت فراوان است.

نکته قابل ذکر آن که دیدگاه مفسر و روش تفسیر در این نکته حائز اهمیت است. اگر مفسر معتقد به «اصل عملی عقلایی بودن مقنن» باشد، با توجه به این که اکتفای مقنن به ذکر طریقه اثباتی خاص را مبتنی بر دلیلی عقلایی می‌داند با پیروی از نظر مقنن، اکتفا به همان طرق اثباتی خواهد کرد. اما اگر مفسر معتقد به ارائه يك «تفسیر منطقی از متن قانون» باشد، سعی خواهد کرد که در صورت نبود ویژگی خاصی در طریقه ذکرشده مقنن، برای اجتناب از ترجیح بلامرجه به طریقه ذکرشده مقنن اکتفا نکند.

همچنین تلقی یک نظام حقوقی به عنوان نظام ثبوت‌گرا یا اثبات‌گرا می‌تواند در این امر

۱. برای دیدن نظر مخالف، ر.ک.؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، جعفری تبار، *درآمدی بر تاریخ‌نگاری علم حقوق*، ش ۳، ص. ۹۳، جعفری تبار، *مبانی فلسفی تفسیر حقوقی*، انتشار، چ. اول، ۱۳۸۳، ص. ۱۲۹: «نتیجه انحصار ادله زنا در قانون آن است که نحوه اثبات زنا در ثبوت آن نیز دخیل باشد زنا آن است که به همان شیوه خاص احراز شود نه به شیوه دیگر.»

تأثیرگذار باشد؛ چه اگر اصل بر این باشد که يك نظام حقوقی ثبوت‌گرا است علی‌القاعده نباید حصر ادله در آن نظام امری پذیرفته شده باشد اما در نظام اثبات‌گرا حصر ادله امکان‌پذیر می‌باشد.

## منابع فارسی:

- ۱ - اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت، اسناد تجاری*، انتشارات سمت، ۱۳۸۱.
- ۲ - الماسی، نجادعلی، *تعارض قوانین*، نشر دانشگاهی، ص. ۱۷۹، چ. ۴، ۱۳۷۵.
- ۳ - بازگیر، یدالله، *رسیدگی به دلایل و احکام راجع به آنها*، گیتی، چ. اول، ۱۳۸۱.
- ۴ - .....، *حقوق ثبت*، ص. ۳۴۳.
- ۵ - .....، *تشریفات دادرسی مدنی در آینه دیوان عالی کشور*، گیتی، چ. اول، ۱۳۸۱.
- ۶ - جعفری تبار، حسن، *درآمدی بر تاریخ نگاری علم حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- ۷ - .....، *مبانی فلسفی تفسیر حقوقی*، انتشار، چ. اول، ۱۳۸۳.
- ۸ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، گنج‌دانش، چ. ۱۶، ۱۳۸۵.
- ۹ - .....، *حقوق اموال*، چ. ۴، ۱۳۷۶.
- ۱۰ - .....، *کفالت*، گنج دانش، چ. ۳، ۱۳۷۸.
- ۱۱ - .....، *دایرةالمعارف علوم اسلامی و قضایی*، چ. اول، گنج‌دانش، چ. ۳، ۱۳۸۱.
- ۱۲ - .....، *دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*، مشعل آزادی، چ. اول، ۲۵۳۷.
- ۱۳ - .....، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، گنج‌دانش، چ. ۳، ۱۳۸۲.
- ۱۴ - .....، *مسائل منطق حقوق*، ص. ۱۸۱.
- ۱۵ - .....، *منطق حقوق*، ص. ۱۲۴۲.
- ۱۶ - خوانساری، محمد، *منطق صوری*، چ. ۲، ص. ۳۰۲.
- ۱۷ - دمیرچلی، محمد و دیگران، *قانون تجارت در نظم حقوق کنونی*، میثاق عدالت، چ. ۴، ۱۳۸۴.
- ۱۸ - ساسان‌نژاد، امیرهوشنگ، *نمونه قراردادها*، انتشارات فردوسی، چ. اول، ۱۳۷۶.
- ۱۹ - شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، چ. ۳، دراک، چ. ۲، پاییز ۱۳۸۴.
- ۲۰ - شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، مجد، چ. ۴، ۱۳۸۴.
- ۲۱ - صبری، نورمحمد، *گزیده آراء دادگاه‌های کیفری*، مجد، چ. ۲، ۱۳۸۱.
- ۲۲ - صقری، محمد، *حقوق بازرگانی اسناد*، انتشار، چ. اول، چ. اول، ۱۳۸۰.
- ۲۳ - غمامی، مجید، *قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت مدنی*، انتشار، چ. اول، ۱۳۸۳.
- ۲۴ - قربانی، فرج‌الله، *آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور*، پارسیان، ۱۳۸۶.
- ۲۵ - کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، چ. اول، نشر میزان، چ. اول، زمستان، ۱۳۸۰.
- ۲۶ - .....، *اثبات و دلیل اثبات*، چ. ۲، نشر میزان، چ. ۳، بهار ۱۳۸۴.
- ۲۷ - .....، *نظریه عمومی تعهدات*، دادگستر، چ. اول، بهار ۱۳۷۹.
- ۲۸ - .....، *اعمال حقوقی*، انتشار، چ. ۱۰، ۱۳۸۴.

- ۲۹ - ..... عقود معین، ج. اول، چ. ۷، ۱۳۷۸.
- ۳۰ - ..... عقود معین، ج. ۳، چ. ۶، ۱۳۸۴.
- ۳۱ - ..... درسهایی از شفعه، وصیت، ارث، میزان، چ. ۶، ۱۳۸۵.
- ۳۲ - ..... اموال و مالکیت، میزان، چ. ۱۰، ۱۳۸۴.
- ۳۳ - ..... حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، چ. ۳، دادگستر، ۱۳۷۵.
- ۳۴ - کامیار، محمدرضا، گزیده آرای دادگاه‌های حقوقی، مجموعه چهارم، نشر حقوقدان، چ. اول، ۱۳۷۷.
- ۳۵ - کریمزاده، احمد، نظارت انتظامی در نظام قضایی.
- ۳۶ - محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۶۹.
- ۳۷ - محمدی، ابوالحسن، اصول فقه، دانشگاه تهران، چ. ۱۸، پاییز ۱۳۸۳.
- ۳۸ - ..... قواعد فقه، میزان، چ. ۷، پاییز ۱۳۸۳.
- ۳۹ - مظفر، محمدرضا، منطق، ترجمه منوچهر صانعی، نشر حکمت، چ. ۴، ۱۳۷۷.
- ۴۰ - نویخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، ص. ۲۷۷.
- ۴۱ - نیسی، سعید، مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی، ص. ۴۱۹، ۱۳۸۵.

## منابع عربی:

- ۱ - آبی، فاضل، کشف الرموز، ج. اول، مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۰۸ هـ.ق.
- ۲ - آل عصفور، الشیخ حسین، تمهة الحدائق الناصرة، ج. ۲.
- ۳ - ابن البراج، المهذب، العلمية، ج. ۲، مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- ۴ - ابن شهید ثانی، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، ج. اول، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۵ - ابن طی الفقعانی، الدر المنضود، مکتبه مدرسه امام العصر، چ. اول، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۶ - المحقق الحلّی، شرایع الاسلام، ج. ۴، ص. ۸۴۵.
- ۷ - انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج. ۳، مجمع الفكر الإسلامی، ۱۴۲۰ هـ.ق.
- ۸ - بجنوردی، سید محمد حسین، القواعد الفقهية، ج. اول، نشر هادی، چ. اول، ۱۴۱۹ هـ.ق.
- ۹ - حائری السید کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی، مجمع فکر اسلامی، چ. اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- ۱۰ - حکیم، السید محمد تقی، الاصول، العامه للفقہ المقارن، صص. ۵۷ و ۵۶.
- ۱۱ - حلّی، ابن ادریس، السرائر، ج. ۲، مؤسسه النشر الإسلامی، ج. ۲، صص. ۷۸ و ۷۷، ۱۴۱۰ هـ.ق.
- ۱۲ - خمینی، روح‌ا... (ره)، تحریر الوسیله، ج. ۲، دارالکتب العلمیه.
- ۱۳ - خمینی، سید مصطفی، تحریرات فی الاصول، ج. ۳، ۵ و ۶، مؤسسه نشر آثار امام، ۱۴۱۱ هـ.ق.
- ۱۴ - خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ج. ۳، مکتبه صدوق، چ. ۲، ۱۴۰۵ هـ.ق.
- ۱۵ - خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج. ۳، ۱۳۷۸.
- ۱۶ - \_\_\_\_\_، صلاة، ج. ۲، منشورات مدرسه دارالعلم، ۱۴۱۱ هـ.ق.
- ۱۷ - \_\_\_\_\_، أحوال التقریات، ج. ۲، مؤسسه مطبوعات دینی، ۱۴۱۱ هـ.ق.
- ۱۸ - رشاد، محمد، اصول فقه.
- ۱۹ - رشتی، بدایع الافکار، مؤسسه آل بیت قم، ۱۳۱۳.
- ۲۰ - شهید اول، لمعه دمشقیه، ج. ۲، چاپ قدس، چ. اول، ۱۴۱۱ هـ.ق.

- ۲۱ - \_\_\_\_\_، البيان، مجمع الذخائر الإسلامية.
- ۲۲ - \_\_\_\_\_، الدروس، ج.۳، مؤسسة النشر الإسلامية، ج. اول، ربيع الثاني ۱۴۱۴هـ.ق.
- ۲۳ - شهيد ثانی، تکملة العروة الوثقى، چاپ امير، ج. اول، ۱۴۱۰هـ.ق.
- ۲۴ - \_\_\_\_\_، شرح للمعه، ج.۲، مطبعة الآداب، ج. اول، ۱۳۸۷ هـ.ق. - ۱۹۶۷ م.
- ۲۵ - شیرازی، میرزا، تقریرات، ج.۳، مؤسسه آل بیت قم، ۱۴۰۹هـ.ق.
- ۲۶ - قمی، میرزا، جامع الشتات، ج. اول، مؤسسه کیهان، ج. اول، ۱۳۷۱ش.
- ۲۷ - قمی سبزواری، علی بن محمد، جامع الخلاف والوفاق، پاسدار اسلام.
- ۲۸ - قمی، شیخ المومن، تسدید الاصول، ج.۲، جامعه مدرسین قم، ج. اول، ۱۴۱۹هـ.ق.
- ۲۹ - محمدی، ابوالحسن، گزیده متون فقه، میزان، ج.۳، ۱۳۸۱.
- ۳۰ - \_\_\_\_\_، اصول فقه، ص. ۱۹۲.
- ۳۱ - مروارید، علی اصغر، الینایع الفقهیه، ج.۵، دارالتراث، ج. اول.
- ۳۲ - مشکینی، شیخ علی، اصطلاحات الاصول، دفتر نشر الہادی، ۱۳۷۱ش.
- ۳۳ - مصطفوی، سید محمد کاظم، مائة قاعدة فقهية، مؤسسة النشر اسلام، ۱۴۱۷هـ.ق.
- ۳۴ - مظفر، علامه محمدرضا، اصول فقه، ج.۲، دارالفکر، ج.۴، ۱۳۸۵.
- ۳۵ - یزدی، سید محمد کاظم، القضاء فی الفقه الاسلام.

## منابع لاتین:

1. B. SHARON BYRD AND JOACHIM HRUSCHKA, KANT ON "WHY MUST I KEEP MY PROMISE?" ,CHICAGO-KENT LAW REVIEW [Vol 81:47.p.48.
2. Christopher berry gray- The philosophy of law . an encyclopedia, garland publishing,1999.
3. cross on evidence , buttelr worths , fourth edition 1974.
4. david nichols - Interpretation in private law .scottish law commission 1996.
5. R . s. wright Possession and trespass in relation to the law of theft - oxford- 2003.