

بررسی دلیل از حیث کاشفیت آن

عباس میرشکاری*

چکیده:

بازیگر اصلی مرحله اثبات، دلیل است که با دلالت خود در واقع، رهنمای ثبوت است. به این ترتیب، دلیل در هر دو مرحله ثبوت و اثبات، نقش ایفا می‌کند. از طرف دیگر، مهم‌ترین اثر دلیل، کاشفیت آن است. در مقاله پیش رو، به بررسی این ویژگی دلیل، خواهیم پرداخت.

مقدمه:

بازیگر اصلی مرحله اثبات، دلیل است که با دلالت خود بر واقع، رهنمای ثبوت است. به این ترتیب، دلیل در هر دو مرحله ثبوت و اثبات، نقش ایفا می‌کند. پس از استفاده از دلیل به‌عنوان وسیله‌ای برای اثبات ثبوت، بررسی جریان یا عدم جریان دو اثر زیر از اهمیت برخوردار است:^۱

اثر اول، متابعت و میزان متابعت از دلیل ارائه‌شده، است. به این تعبیر که آیا به‌محض به‌کارگیری يك دلیل؛ اولاً؛ در هر صورت باید از آن تبعیت کرد و لو آن که حکمی از جانب شارع یا مقنن مبنی بر تبعیت از دلیل نرسیده باشد یا حکمی مبنی بر عدم تبعیت از آن

*. دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

رسیده باشد. ثانیاً: تا چه میزان از دلیل ارائه شده باید تبعیت کرد. به عبارت دیگر، وقتی که به کارگیری دلیلی، ثبوتی به اثبات می‌رسد آیا باید تمام آثار آن ثبوت (اعم از مستقیم و غیرمستقیم و شرعی و عقلی) را به جریان انداخت و پذیرفت و یا آن که در میزان متابعت از دلیل، در حیطه آثار ثبوت نیز باید حدودی را رعایت کرد؟

اثر دوم، اثر منفی دلیل است؛ به این توضیح که تمام تلاش از به جریان انداختن اثبات، رسیدن به ثبوت بود. حال که با به کارگیری دلیل به ثبوت دست یافته‌ایم، آیا باید به تمام تلاش‌ها پایان داد و به دنبال دلیل دیگری نگشت یا آن که با استفاده از دلیل نیز تلاش برای رسیدن به واقع (= فرایند اثبات) ادامه دارد؟

مسئله منطقی خواهد بود که در جواب تردیدهای فوق از دادن پاسخ کلی امتناع ورزیم و با توجه به میزان کاشفیت دلیل در صدد پاسخ‌گویی باشیم. به این ترتیب، خواهیم گفت: زمانی که در صدد اثبات يك نهاد هستیم متوجه خواهیم شد که براساس میزان دلالت دلیل بر ثبوت از جهت علم به آن پدیده، علم یا ظن و یا شک برای ما حاصل خواهد شد.^۲

نکته‌ای که ذکر آن در مقدمه، ضروری به نظر می‌رسد، بررسی کاشفیت ادله است. توضیح آن که ادله در نظام حقوقی ما عمدتاً از جهت انکشاف آن‌ها از واقعیت، مورد توجه قرار می‌گیرند نه از سایر جهات.^۳ در همین زمینه، سوگند و قسم چون تنها برای رفع اختلاف‌اند و کاشفیتی از واقع ندارند، دلیل محسوب نمی‌شوند^۴ و حتی به مواردی که دلیلی مانند اقرار از جهتی غیر از کاشفیت و از باب الزام مقرر به مؤدای اقرار، حجت دانسته می‌شود با دیدی انتقادی نگریسته می‌شود.^۵ کمیسیون تعیین لغات و اصطلاحات قضایی اداره حقوقی وزارت دادگستری نیز در همین راستا اصول عملیه را جزو دلایل ندانسته و طبق صورت‌مجلس مورخ ۴۳/۳/۲۷ در نظریه مشورتی خود اعلام داشته است: «خاصیت دلیل این است که برای اثبات دعوی به کار می‌رود و بنابراین اصل برائت و اصل استصحاب که خاصیت اثباتی ندارد و صرفاً دستورالعمل برای حالت شک و تردید می‌باشند عنوان دلیل را ندارند هرچند که تمسک به آن‌ها مانند تمسک به دلایل در مقام ترافح ثمربخش است. دلیل به معنی مذکور در فوق در هر مورد که حجت باشد به لوازم مدلول‌علیه هم حجت است. این خاصیت دلیل است و استصحاب و برائت این خاصیت را ندارند.»

اما به گمان نگارنده، به نظر نمی‌رسد لزومی به این نکته باشد که دلیل حتماً باید موجود علم عادی و لزوماً کاشف حقیقت باشد. بنابراین غیرمنطقی نیست اگر برخی از ادله را کاشف از واقع ندانیم. به عبارت دیگر، دلیل مسلماً بر مدلول خود دلالت دارد اما لزوماً این دلالت به خاطر کاشفیت دال از مدلول نمی‌باشد؛ بلکه ممکن است قانون یا شرع امری را دال بر امری دیگر قرار دهد ولو آن که کاشف آن نباشد. به این ترتیب، ادله را از جهت کاشفیت آن‌ها از واقع، به دو دسته کلی می‌توان تقسیم کرد: یعنی آن دسته از ادله که از واقع کاشفیت دارند و به این اعتبار حجت شناخته شده‌اند و ادله‌ای دیگر که کاشف از واقع نمی‌باشند. با این حال، نمی‌توان انکار کرد که ادله‌ای که از واقع کاشفیت دارند در دادرسی اهمیت والاتری دارند. مؤید این امر این است که در نظام حقوقی ما، هدف از دادرسی ایجاد علم برای دادرس و کشف حقیقت است؛^۶ از همین رو است که به دادرس اجازه داده می‌شود که در کلیه امور حقوقی، علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام بدهد. (ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی)^۷

از این هدف، شش نتیجه قابل استنباط است:

نتیجه اول: از آنجا که هدف دادرسی کشف حقیقت معرفی شده است، مسلم است وسیله‌ای که در رساندن دادرس به این هدف رساتر است؛ ادله کاشف از حقیقت می‌باشند نه ادله غیرکاشفه؛

نتیجه دوم: ارزش ذاتی برای ادله وجود ندارد و اجازه استفاده از هر نوع دلیلی به دادرس داده می‌شود؛ چه هدف، ایجاد علم برای وی و کشف حقیقت است. پس نباید او را محدود به استفاده از طرقی خاص برای راه‌یابی به واقع کرد.^۸ مهم این است که دلیلی بتواند برای دادرس علم‌آور باشد. بنابراین یک طبقه‌بندی نوعی که بدون توجه به حالات مختلف پیش آمده، ادله را از حیث آثار مترتبه تقسیم می‌کند، قابل پذیرش نخواهد بود. تحت تأثیر همین نوع تفکر حقوقی است که مواد ۱۳۰۶ به بعد قانون مدنی که ارزش سند را به مراتب بالاتر از شهادت معرفی می‌کردند در اصلاحات ۱۳۶۱/۱۰/۸ و ۱۳۷۰/۸/۱۴ نسخ و به تعبیر بهتر، حذف شدند.^۹

نتیجه سوم: حصر ادله، معنایی نخواهد داشت. چه حصر دلیل یعنی عدم استفاده از دیگر ادله و این امر مانعی در جهت کشف حقیقت تلقی می‌شود. پس اگر در قانونی، مقنن به ذکر ادله‌ای خاص اکتفا کرده، این به معنای منع استفاده از ادله دیگر، نخواهد بود.

نتیجه چهارم: در میان ادله، تقدم با دلیلی خواهد بود که با واقع ارتباطی ولو در حداقل ممکن داشته باشد. برای مثال، در توجیه تفوق استصحاب بر سایر اصول عملیه، استدلال‌های گوناگونی ارائه شده است.^{۱۰} اما آنچه به ذهن نگارنده می‌رسد این است که در استصحاب^{۱۱} واقعیتی در جهان خارج وجود دارد که احراز می‌شود و نسبت به آن یقین هم می‌یابیم^{۱۲} و سپس از این یقین اولیه به واقعیتی دیگر می‌رسیم؛ بنابراین استصحاب ریشه در جهان واقع دارد. زیرا از واقعیتی محرز به واقعیتی مفروض می‌رسیم در حالی که در سایر اصول هیچ‌گونه واقع محرز وجود ندارد^{۱۳} بلکه تنها حکمی برای مرحله عمل وجود دارد بی آن که ارتباطی با واقع بیابد. برای مثال، به رأی زیر توجه شود: «درخصوص دعوی خواهان بانو ... به طرفیت آقای ... به خواسته مبلغ ... با ملاحظه فتوکپی مصدق سفته‌های مدرکیه نظر به این که وجود اصل سفته‌ها در ید خواهان و اثر انگشت خوانده در ذیل سفته‌ها دلالت بر طلب‌کاری خواهان و تعهد خوانده به پرداخت وجه سفته‌ها دارد نظر به این که با احراز مدیون بودن خوانده مشارالیه دلیلی که رفع اشتغال ذمه وی را مدلل نماید به دادگاه ارائه نکرده است دادگاه در نتیجه با استصحاب بقای دین دعوی خواهان را محمول بر درستی تمییز داده، بنابراین به استناد مادتين ۱۹۸ و ۵۰۲ از قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۰۷ از قانون تجارت حکم بر الزام خوانده به پرداخت مبلغ ... صادر می‌نماید.»^{۱۴}

همان‌طور که ملاحظه شد دادگاه، ابتدا واقعیتی به نام مدیون بودن خوانده را احراز می‌کند و سپس این واقعیت اثبات‌شده را استصحاب می‌کند.

در برتری اماره نیز بر اصل عملی باید گفت که در اماره واقعیتی اثبات می‌شود و از آن واقعیت امر دیگری استنباط می‌شود^{۱۵} اما برای اجرای اصل عملی، نیاز به اثبات واقع‌های

دیگر نمی‌باشد. بنابراین اماره ریشه در واقعیت دارد در حالی که اصول عملیه (غیر از استصحاب) با واقعیت ارتباطی ندارند.^{۱۶}

نتیجه پنجم: از توجه به واقع می‌توان نتیجه گرفت که در نظام حقوقی ما هر وسیله‌ای که راه رسیدن به واقع را مسدود کند، طرد می‌شود.^{۱۷} برای همین فرض قانونی مورد استقبال قرار نخواهد گرفت. چه اگر رسیدگی به دعوی برای کشف واقع و حقیقت باشد؛ نپذیرفتن دلیلی برای اثبات واقعیت مطلوب نخواهد بود. بر همین اساس است که با ساخت فروض قانونی توسط اندیشه‌های حقوقی مخالفت می‌ورزیم.

این نتیجه پاسخ مسایل دیگری را نیز مشخص خواهد کرد. برای مثال، در مورد ماهیت دیه، این سؤال مطرح است که آیا دیه فرض قانونی میزان خسارت وارده به صدمه‌دیده (قربانی جرم) است به طوری که فرض بر این است که بیش از مقدار دیه خسارتی به زیان‌دیده وارد نشده است و زیان‌دیده حق اثبات میزان واقعی خسارت وارده به خود را ندارد یا آن که «قانون‌گذار میزان حداقل ضرر ناشی از این جرایم را تعیین کرده است تا به‌عنوان مجازات مرتکب^{۱۸} و تشفی خاطر قربانی به او داده شود.»^{۱۹}

پذیرفتن کشف حقیقت به‌عنوان هدف دادرسی این نتیجه را در پی خواهد داشت که راه وصول به واقع (میزان خسارت زیان‌دیده) با عدم تلقی دیه به‌عنوان فرض مقطوع خسارت باز باشد.

نتیجه ششم: با توجه به این که هدف از فرایند اثبات، دستیابی به ثبوت است، انسداد این فرایند پذیرفته نخواهد شد. در نظام حقوقی ما، مراحل دادرسی برای افزایش احتمال اصابت حکم صادره به واقع تا حد امکان فزونی یافته است؛ به این امید که با قراردادن مکانیزم‌های مختلف تجدیدنظر بر آراء دادگاه‌ها، احتمال عدم تطابق حکم با واقع را کاست. بر همین اساس است اگر به سلسله مراحل تجدیدنظر در آراء به‌طور وسواس‌واری افزوده می‌شود تا از اصابت حکم به واقع اطمینان حاصل شود. وسواسی که از جمله منتج به صدور رأی زیر از هیئت عمومی دیوان عالی کشور شد: رأیی که آراء مراجع غیردادگستری را هم قابل بررسی مجدد در دادگاه‌های عمومی می‌داند.

«قانون‌گذار برای آراء صادره از مراجع غیردادگستری نوعاً مرجعی را برای رسیدگی به اعتراضات و رفع ایشباهات احتمالی تعیین نموده است. در حالی که برای رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری که ابتدائاً رسیدگی می‌نماید چنین مرجعی پیش‌بینی نشده است. بنا به مراتب، همان‌طور که به‌موجب اصل یک‌صد و هفتاد و سوم قانون اساسی و ماده ۳۱ قانون دیوان عدالت اداری مردم می‌توانند اعتراضات خود را در دیوان عدالت اداری مطرح نمایند، سازمان‌های دولتی نیز می‌توانند برای رفع هر نوع تخلف احتمالی از قانون، در صدور آراء کمیسیون ماده ۷۷ از حیث نقض قوانین یا مقررات و مخالفت با آن‌ها، به مراجع دادگستری که مرجع تظلم عمومی است، مراجعه نمایند و به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در حدی که با این نظر تطابق داشته باشد، صحیح تشخیص می‌گردد».^{۲۰}

در نظام حقوقی ما، اعتبار امر مختومه اهمیت پیشین خود را از دست داده است. احتمال عدم تطابق حکم دادگاه با ثبوت سبب‌شده امکان واریسی چند باره آراء مجاز باشد: واریسی‌های مجددی که با اعتبار امر مختومه ناسازگار به نظر می‌رسد (ماده ۱۸ سابق قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب). با این حال، در وضعیت کنونی با نسخ ماده فوق به نظر می‌رسد دوباره می‌توان به بازگشت اعتبار امر مختومه معتقد بود.

مبحث اول: علم

علم در دو معنا به کار می‌رود:

معنای اول: مجموعه‌ای از اطلاعات که حول موضوعی خاص به صورت سامانه‌ای منظم تنظیم گشته است مانند علم حقوق (= science).

معنای دوم: به معنای تك تك معلوماتی است که هر فرد دارا می‌باشد. در این معنا، علم فاقد سامانه‌ای است که در تعریف اول ذکر شد (= knowledge^{۲۱}).

آنچه در این نوشتار از علم مدنظر است معنای دوم علم است که خود بر دو نوع تقسیم می‌شود: علم یقینی و علم عرفی.^{۲۲ و ۲۳}

بند اول: علم یقینی

علم یقینی گاه مخلوق محسوسات خود فرد است و گاه محصول حکم مقنن. به این ترتیب، علم نوع اول را علم یقینی واقعی و دومی را علم حکمی می‌نامیم.

الف - علم یقینی واقعی^{۲۴}

هرگاه در تطابق آنچه در اثبات به آن دست یافته‌ایم با واقع، نتوان کوچک‌ترین تردیدی

کرد؛ می‌توان گفت که به قطع، به واقع دست یافته‌ایم.^{۲۵} به نظر می‌رسد قطع جنبه شخصی دارد تا جنبه نوعی؛ یعنی انسان عموماً به آنچه که خود حس کرده می‌تواند یقین داشته باشد نه آنچه توسط دیگران واگویی می‌شود.^{۲۶} از همین نکته می‌توان به یکی از عمده دلایل طرفداران اعتبار علم دادرسی رسید. برای مثال، وقتی دادرسی خود شاهد استقراض فردی از دیگری بوده و در مورد مدیون بودن فردی به یقین رسیده چگونه می‌تواند با شهادت افرادی مبنی بر عدم مدیون بودن آن فرد علم خود را نادیده بگیرد و مطابق مؤدای شهادت شهود حکم دهد که حاصل آن علم عرفی است و در آن تردیده‌ها فراوان.^{۲۷}

در مورد اثر مثبت علم یقینی باید با توجه به موقعیت عالم، قضاوت نمود. بدیهی است اگر فردی که برای او علم حاصل شده است در مقام دادرسی قرار نداشته باشد تردیدی در حجیت علم وی برای خود وی و عنداللزوم زمانی که اقدام به اخبار از مؤدای علم خود می‌نماید برای مرجع دادرسی نخواهد بود. اما در مورد حجیت علم دادرسی اختلاف نظرها فراوان است. در مقدمه بحث، می‌توان گفت که هدف از اثبات، دستیابی به ثبوت است؛ حال هر طریقی که با آن احتمال دستیابی به ثبوت افزایش یابد از اهمیت بیشتری برخوردار خواهد بود. از همین رو، علم دادرسی باید حجت تلقی شود. چه با علم دادرسی، به یقین، به ثبوت دسترسی پیدا کرده‌ایم، درحالی که از سایر ادله حداکثر علمی عرفی به دست می‌آید که احتمال اصابت آن با واقع کمتر از یقین است.^{۲۸} بر همین اساس، طبق قوانین جزایی ایران دادرسی به‌رغم اطلاق بند ۳ ماده ۱۹۹ ق.م.ا.، با توجه به مواد ۱۰۵ و ۱۲۰ همان قانون می‌تواند تنها بر مبنای علم خود حکم دهد و در این مورد، فرقی میان حق‌الله و حق‌الناس نیست.^{۲۹} منتها سبب علم وی باید متعارف باشد^{۳۰} (ماده ۱۲۰) و باید مستند علم خود را نیز ذکر کند^{۳۱} (ماده ۱۰۵).

آیا در پرونده‌های حقوقی می‌توان صرفاً استناد به علم قاضی نمود؟ در نظریه حقوقی اداره حقوقی به شماره و تاریخ ۱/۸۲۷۰-۱۳۷۳/۱۲/۱۶ بیان شده است: «باتوجه به ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی علم قاضی فقط در موارد مشخص امور کیفری مؤثر است و در امور حقوقی تأثیری ندارد و دادگاه باید براساس ادله حکم بدهد.»^{۳۲}

اما به نظر می‌رسد جواز این امر با توجه به ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م. قابل استنباط است؛ چه وقتی دادرس مجاز به هرگونه تحقیقی باشد، نتیجتاً علم حاصل از این تحقیقات نیز باید معتبر تلقی گردد.

با این حال، در مقام تعدیل این دو نظر افراطی و تفریطی می‌توان گفت که از توجه به ماده ۱۳۳۵ ق.م. که علم قاضی را منحصر در علم ناشی از امارات و اسناد نموده است، مشخص می‌گردد که علم حسی قاضی و علم حاصل از طرق غیرمتعارف مورد قبول قانون‌گذار در امور مدنی نمی‌باشد.^{۳۳}

بررسی حیطة اثرگذاری علم دادرس، منوط به پذیرش اثر مثبت علم دادرسی است. به این توضیح که اگر علم دادرس حجت تلقی شود به نظر نمی‌رسد امساک در حیطة اثرگذاری آن قابل پذیرش باشد؛ بالعکس، با عدم پذیرش حجیت علم، بحث پیرامون میزان اثرگذاری آن، بی‌فایده خواهد بود.

در مورد اثر منفی علم دادرس یعنی ختم جریان اثبات، ذکر عقیده دو مکتب تخطئه و مصوبه پیرامون مطلب اجزاء، مفید به نظر می‌رسد. بنابر نظر تخطئه وقتی که قاضی یا مفتی پی به خطای خود در حکم برد باید از خطای خود برگردد و حکم را نقض کند. این امر به معنی عدم اجزاء است. به این معنی که پس از کشف خطا آنچه که پیش از کشف خطا صورت گرفته است، باید جبران شود و اعمال سابق باید مطابق نظر اخیر دوباره صورت گیرد. پس اعمالی که قبل از کشف خطا، انجام شده، کافی و منجز نیست.^{۳۴} دلیل این امر این است که قوانین شریعت بر محور مصالح خاصی دور می‌زند. وقتی که حکمی از دادگاهی صادر شود یا مفتی فتوایی دهد سپس معلوم گردد که در حکم یا فتوا خطا رخ داده آن مصلحت فوت شده است. برای وصول به آن مصلحت باید جبران مافات شود. لازمه جبران مافات در احکام دادگاه‌ها، نقض حکم و در مورد فتوا، نقض آن است.^{۳۵} اما در مقابل، طرفداران نظریه اجزاء معتقدند که عدم اجزاء سبب مضیقه و حرج و برهم خوردن نظم قضایی می‌باشد.

در نظام حقوقی ما، فرض بر این بود که حکم صادره توسط دادگاه، حاصل علم دادرس است. پس اگر دادرس به اشتباه خود پی می‌برد به او اجازه درخواست نقض رأی خود داده می‌شد. (ماده ۳۲۷ سابق قانون آیین دادرسی مدنی) درخواستی که به نظر می‌رسد با اصول دادرسی نیز ناسازگار بود؛ چرا که درخواست رسیدگی باید از طرف اشخاص ذی‌نفع مطرح شود (ماده ۲ همان قانون) و به نظر نمی‌رسد قاضی را بتوان ذی‌نفع به حساب آورد. اما هم اینک با توجه به حذف ماده فوق، نظام حقوقی ما از عقیده اجزاء پیروی کرده است. به این ترتیب، با حکم دادگاه، فرایند اثبات حداقل از جانب خود دادگاه و به موجب قاعده فراغ مسدود می‌شود و بررسی سایر دادگاه‌ها و شروع مجدد فرایند اثبات توسط آن‌ها بستگی به قابلیت اعتراض به رأی در سایر مراجع دارد.

ب - علم حکمی

در مورد تصویب قوانین دو شیوه می‌تواند مطرح باشد: شیوه اول این است که احکام بر موضوعاتی که در جهان خارج واقع است، بار شود. در این موارد آنچه مورد توجه می‌باشد واقعیت است نه امری دیگر. مثالی از این شیوه، حکم تملك ترکه است که تنها با احراز وارث‌بودن فرد (موضوع) جریان می‌یابد. شیوه دوم به این گونه است که مقنن واقع را نادیده می‌گیرد و امری دیگر را جایگزین واقع می‌کند و سپس حکم را بر آنچه که جانشین واقعیت کرده است، حمل می‌کند.

این جانشینی به درجات مختلفی می‌تواند باشد: گاهی جانشین واقعیت تنها برای رفع سرگردانی یا بر مبنای ظهور عرفی است که در این صورت، به ترتیب، با اصل عملی و اماره روبه‌رویم. خصوصیت مشترک این دو این است که قائم مقامی آن‌ها از واقعیت تنها در مقام اثبات است نه ثبوت.^{۳۶} به همین لحاظ، فایده عملی آن‌ها در تغییر بار اثبات است. پس فردی که اماره یا اصلی برخلاف منافع او است می‌تواند خلاف این دو را اثبات کند و از بار سنگین آن رهایی یابد. برای مثال، ماده ۳۵۶ ق.م. اراده عرفی را جایگزین اراده واقعی طرفین معامله در تعیین مبیع ساخته است. در این مورد، مقنن به آنچه در واقع است (اراده

طرفین) توجهی نکرده است؛ به طوری که حتی جهل طرفین به عرف هم مانع جریان حکم ماده نخواهد شد اما اجازه اثبات وجود اراده‌ای خلاف حکم ماده ۳۵۶ ق.م. را به طرفین داده است.

گاهی نیز جانشینی واقعیت در مرحله ثبوت مطرح است: یعنی مقنن واقعیت را از صحنه حقوق حذف می‌کند و امری دیگر را جانشین آن (نازل منزل) فرض می‌کند: در این مورد با فرض قانونی روبه‌رو هستیم. برای نمونه، ماده ۱۶۲ ق.م. اجازه تملک مال لقطه را به فرد پیداکننده می‌دهد. با یک دید اجتماعی می‌توان گفت مالی با این ارزش، سزاوار صرف وقت و هزینه برای یافتن صاحب آن نیست. لذا قانون، پیداکننده را مجاز به تملک آن می‌بیند اما از لحاظ حقوقی، این توجیه کافی نیست؛ چه زمانی این تملک منطقی خواهد بود که مال از ملکیت فرد قبلی خارج شده باشد. پس می‌گوییم که در این گونه اموال، با توجه به ارزش کم آن، فرض بر این است که مالک اصلی و اولیه از مال خود اعراض نموده و حتی به مالک اجازه اثبات خلاف این امر داده نخواهد شد^{۳۷} و چون با اعراض ملک جزء مباحات می‌شود، یابنده اجازه تملک آن را می‌یابد. در واقع، ممکن است مالک اولیه به هیچ وجه اراده اعراض نکرده باشد اما یافتن مالی کم ارزش بدون مالک از نظر قانون، فرض اعراض را موجه می‌سازد.

به این ترتیب، به نظر نگارنده، محصول فرض قانونی علم یقینی حکمی است. برای مثال، ماده ۱۷ ق.م. برخی از اموال منقول را از جهاتی خاص، غیرمنقول دانسته است؛ قانون‌گذار نه تنها وجود این واقعیت بلکه علم ما را نیز به این واقعیت حکمی، فرض می‌کند. به این ترتیب، ما حکماً به غیرمنقول بودن این اموال، یقین پیدا خواهیم کرد؛ یقینی که خلاف آن هم اثبات‌شدنی نخواهد بود.

مصدافی دیگر، فرض بقای اهلیت تمتع میت است؛ به این توضیح که می‌دانیم هر فردی در طول زندگانی خود دارای دو شخصیت است: شخصیت مادی و شخصیت اعتباری. شخصیت اعتباری فرد همراه با حیات وجودی وی برای فرد امکان تمتع از حقوق

را فراهم می‌کند؛ با پایان یافتن حیات مادی فرد، حیات اعتباری را استصحاب (از نوع کلی) می‌کنیم و فرد را همچنان متمتع از حقوق می‌دانیم. البته این فرض بقای وجودی اعتباری میت تنها برای تمتع از حقوق و تکالیف است و باید به قدر متیقن اکتفا کرد. یکی از آثار عملی پذیرش این فرض قانونی، استفاده از آن در مورد دیه فوت است. چه می‌دانیم فرد با فوت اهلیت تمتع خود را از دست می‌دهد پس دیه که با فوت فرد مستقر می‌شود نمی‌تواند از آن مقتول باشد. چه به فرض، در زمان تحقق این حق، فرد شخصیت خود را از دست داده است اما فقها با توجه به این عقیده که دیه در درجه اول از آن خود متوفا است برای فائق آمدن بر مسأله خاتمه اهلیت فرد، شخصیت او را به صورت مجازی ادامه داده و یک فرض قانونی ساخته‌اند. به این ترتیب، متوفا همچنان بعد از فوت هم اهلیت تمتع خود را حفظ می‌کند. لذا می‌تواند از حق دیه برخوردار گردد. از همین رو است که مفاد این عبارت در فقه مشهور شده است که دیه حکماً (و نه واقعاً) جزو اموال متوفا محسوب می‌شود.^{۳۸}

در فقه، قول فراگیر این است که دیه را باید به عنوان مال متوفا تلقی کرد و جز معدودی که با احتساب دیه به عنوان مال متوفا از آن جهت که مستلزم زنده تلقی کردن متوفا است مخالفت کرده‌اند، سایرین صریحاً یا ضمناً این نظر را پذیرفته‌اند.^{۳۹} به نظر می‌رسد عقیده مشهور در فقه را بتوان به عنوان نظری مقبول در حقوق امروز نیز پذیرفت؛ به دلایل زیر:

دلیل اول: مواد ۱۲۶۷^{۴۰} و ۲۹۱ ق.م.^{۴۱} می‌تواند مؤید پذیرش فرض شخصیت حقوقی متوفا باشد.

دلیل دوم: تبصره ماده ۴۹۴ ق.م.ا. در مورد دیه جنایت بر میت مقرر می‌دارد: «دیه مذکور در این ماده به عنوان میراث به ورثه نمی‌رسد بلکه مال خود میت محسوب شده و بدهی او از آن پرداخت می‌گردد و در راه‌های خیر صرف می‌شود.»^{۴۲}

ظاهراً با قیاس اولویت می‌توان دیه فوت را نیز جزو ماترک متوفا محسوب کرد؛ چه وقتی دیه صدمه وارد بر متوفا، جزو ماترک وی محسوب می‌شود، دیه صدمه وارد بر او قبل از فوت (یا همزمان با فوت او) را به طریق اولی باید جزو ماترک او تلقی کرد.

در ماده ۷۱۰ ق.م.ا. مرتکب هرچند معاونت در جرم انجام داده اما از نظر مجازات، مباشر فرض شده است. یعنی موضوعاً در عالم واقع، تصرفی روی نداده است اما حکماً، قانون گذار او را فقط از جهت اعمال مجازات، مباشر فرض کرده است. این ماده مقرر می‌دارد:

«اشخاصی که در قمارخانه‌ها یا اماکن معد برای صرف مشروبات الکلی موضوع مواد (۷۰۱) و (۷۰۵) قبول خدمت کنند یا به نحوی از انحا به دایرکننده این قبیل اماکن کمک نمایند، معاون محسوب می‌شوند و مجازات مباشر در جرم را دارند ولی دادگاه می‌تواند نظر به اوضاع و احوال و میزان تأثیر عمل معاون، مجازات را تخفیف دهد.»

آیا می‌توان اعتقاد داشت که فرض قانونی تنها مختص امور مادی است نه امور اعتباری؟ می‌دانیم که فرض قانونی، دروغ مقنن است؛ دروغ زمانی مطرح می‌شود که در آنچه حق تصرف نیست، تصرف شود و حقیقت، دیگرگونه جلوه‌گر شود؛ امور اعتباری، عرصه مختص مقنن است جایگاهی که مقنن حق تصرف در آن را دارد. بنابراین تصرفی که در آن می‌کند عین حقیقت است نه حقیقت دگرگون شده. اما امور مادی در حیطة اختیار مقنن نیست. پس اگر در این امور تصرف کند و چیزی را جایگزین واقعیت بنماید، در واقع، دروغ گفته است. پس تبصره ۲ ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی که سن واقعی فرد را نمی‌پذیرد یا ماده ۱۰۲۴ ق.م. که به حیات و ممات (که از امور مادی‌اند) توجه دارد، مصداق دقیق فرض قانونی محسوب می‌شوند. هم‌چنین است تبصره یک ماده ۱۶۵ ق.م.ا.

با این حال، در منابع مورد مطالعه، این‌گونه تفکیک موضوعی ملاحظه نشد. اگر چنین تفکیکی را نپذیریم؛ ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی^{۴۲} نیز از مصداق فرض قانونی محسوب می‌شود. در این ماده، کلیه مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به صورتی غیر از وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد شده و اداره می‌شوند مکلف شده‌اند حداکثر ظرف مدت یک‌سال از تاریخ اجرای این قانون با رعایت مقررات مربوط وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی فوق تطبیق دهند.^{۴۳} ضمانت اجرایی که در صورت عدم تطبیق ظرف مدت یک‌سال در نظر گرفته شده این است که با انقضای مدت آن مؤسسات، مؤسسه دولتی محسوب می‌شوند. احتساب مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به تکلیف خود عمل نکرده‌اند به‌عنوان مؤسسه دولتی یک فرض قانونی به حساب می‌آید.

با توجه به ثبوت گرابودن نظام حقوقی ما و با توجه به این که کشف حقیقت هدف اصلی دادرسی محسوب می‌شود، فرض قانونی، نهادی استثنایی است؛ چه اصل بر توجه به واقعیت‌ها است و این که امری بتواند جایگزین واقعیت شود نیاز به دلیل دارد، به ویژه آن که در مورد فرض قانونی، دستیابی به آنچه در عالم ثبوت وجود دارد، ممنوع می‌شود. استثنایی محسوب شدن این نهاد، از دو جهت است؛

اولاً - در مرحله ایجاد امری می‌تواند به عنوان فرض جانشین واقعیت شود که توسط مقنن خلق شده باشد؛

ثانیاً - حیطه اثرگذاری فرض نیز توسط مقنن بیان می‌شود. در این میان باید به آثار متیقن و منصوص اکتفا کرد.

به این دو ویژگی در دو بند جداگانه خواهیم پرداخت:

ب - ۱: استثنایی بودن فرض در مرحله ایجاد

برای توضیح بیشتر در مورد استثنایی بودن فرض و نیاز آن به حکم قانون در مرحله ایجاد، می‌توان از ماده ۹۹ قانون استخدام کشوری شروع کرد. ماده فوق مقرر می‌دارد:

«ملاک تشخیص سن مستخدمینی که در تاریخ تصویب این قانون در خدمت دولت هستند شناسنامه‌ای است که در تاریخ سوم تیرماه هزار و سیصد و سی و هفت در دست داشته‌اند و در مورد مستخدمینی که بعد از تصویب این قانون به استخدام دولت پذیرفته می‌شوند شناسنامه‌ای است که در بدو استخدام ارائه خواهند کرد.»^{۴۴}

همان طور که می‌دانیم ملاک شمول قوانینی از قبیل قانون استخدام کشوری نسبت به فرد باید سن واقعی فرد باشد؛ در حالی که ماده فوق، سن مندرج در شناسنامه‌ای که فرد در اول استخدام ارائه داده است را جانشین واقعیتهای به نام سن واقعی نموده است و تغییر سن فرد را ولو آن که با واقع منطبق باشد، نمی‌پذیرد. به این ترتیب، سن مندرج در شناسنامه فرض قانونی سن واقعی فرد است. وجود قانونی از این دست، سبب شد تا برخی سازمان‌ها در نبود قانونی که صراحتاً عدم پذیرش تاریخ تولد تغییر یافته را مجاز بداند اقدام به تصویب آیین‌نامه‌هایی مبنی بر این امر بنمایند. نمونه‌ای از این عدم پذیرش، آیین‌نامه

شماره ۲۶۱ - ۴۰۲۹ مورخ ۱۳۸۰/۲/۲ مسابقات فوتبال می‌باشد که ملاک سن را همان تاریخ اولیه مندرج در شناسنامه دانسته بود. این آیین‌نامه در دیوان عدالت اداری مطرح گردید. شاکای طی دادخواست تقدیمی عدم پذیرش شناسنامه‌های رسمی ثبت احوال را سبب تضییع حق دانسته بود. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شرح زیر صادر شد:^{۴۵}

«نظر به اعتبار احکام قطعی مراجع قضایی از جمله در مورد اصلاح یا تغییر تاریخ تولد و ابطال شناسنامه اشخاص و لزوم تبعیت از احکام مذکور و اجرای مدلول آن‌ها، جز در مواردی که به حکم قانون مستثنی شده باشد، تبصره ماده ۲ آیین‌نامه مسابقات فوتبال مشعر بر عدم پذیرش تغییر تاریخ تولد و ابطال شناسنامه افراد مذکور در آن آیین‌نامه خلاف حکم قانون‌گذار در باب ضرورت اجرایی احکام قطعی مراجع قضایی تشخیص داده می‌شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ ابطال می‌گردد.»

این رویه در مورد سازمان تأمین اجتماعی نیز تکرار شد: قبل از ۱۳۷۹/۸/۸ مقرراتی در خصوص عدم پذیرش حکم دادگاه مبنی بر تغییر تاریخ تولد در قانون تأمین اجتماعی وجود نداشت و سازمان تأمین اجتماعی (همان «صندوق تأمین اجتماعی» فعلی) با صدور بخشنامه شماره ۴۵۱۸/ق/۷۱۰۰ مورخ ۱۳۷۶/۵/۲۲ رأی مراجع قضایی را راجع به تغییر تاریخ تولد اشخاص نمی‌پذیرفت. این بخشنامه در دیوان مطرح گردید. مدیرعامل سازمان فوق، در نامه ۷۱۰۰/د/۳۲۶۱ مورخ ۱۳۷۸/۳/۹ در بیان دلایلی برای توجیه این بخشنامه به تعدی پاره‌ای از بیمه‌شدگان به حقوق جامعه و بیمه‌شدگان، اغماض و ارفاق دادگاه‌های عمومی نسبت به درخواست کبر سن بیمه‌شدگان و نهایتاً دچار شدن سازمان به مشکلات مالی اشاره کرد. با این حال، رأی هیئت عمومی با این استدلال که در قانون تأمین اجتماعی حکمی در خصوص اعتبار سن افراد بیمه‌شده براساس اولین شناسنامه ارائه‌شده وضع نگردیده است و نفی اعتبار آرای قطعی لازم‌الاجرای مراجع قضایی هم جز در موارد مصرح در قانون مجوزی ندارد، نظر به ابطال آیین‌نامه پیش‌گفته داد.^{۴۶}

هر چند در آراء پیش‌گفته دیوان عدالت به لزوم تبعیت از آراء مراجع قضایی استناد کرد نه ناتوانی آیین‌نامه در ایجاد فرض قانونی؛ با این حال، استثنایی بودن فرض قانونی از نتیجه آراء فوق قابل برداشت است. علاوه بر این که آیین‌نامه در ساخت فرض ناتوان است این ناتوانی را در مورد اندیشه‌های حقوقی^{۴۷} و قرارداد نیز می‌توان سراغ گرفت.

بنابراین اگر عبارتی در قرارداد موهم فرض قانونی باشد در هنگام تفسیر باید تا حد امکان این توهم را به کنار زد. حال فرض کنیم در قرارداد اجاره‌ای آمده باشد:

«موجر و مستأجر هر یک مکلف به پرداخت نیمی از هزینه آب‌بها می‌باشند»

آیا این ماده قراردادی خالق فرض قانونی است یعنی آن که بدون توجه به میزان واقعی مصرف آب؛ هر یک مکلف به پرداخت نیمی از هزینه آب می‌باشند؟ به نظر پاسخ منفی می‌رسد؛ اگر مستأجر بتواند اثبات نماید که در چندین ماه به علتی قابل اثبات مثل مسافرت امکان استفاده نداشته باشد نباید او را مکلف به پرداخت دانست.

ب - ۲: استثنایی بودن فرض در مرحله اثرگذاری

در مقام اثرگذاری نیز قابل ذکر است که فرض قانونی نمی‌تواند تمامی آثار متعلق خود را اثبات کند بلکه با توجه به استثنایی بودن آن تنها در حد نص می‌توان به آن مجال داد.^{۴۸} در این باره چند مثال را ذکر می‌کنیم:

۱ - ماده ۶۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت مقرر می‌دارد: «...کاهش سرمایه شرکت در نتیجه زیان‌های وارده که منتهی به تقلیل مبلغ اسمی سهام و یا تقلیل عده سهام بشود شامل سهامی نیز که دارندگان اوراق قرضه در نتیجه تبدیل اوراق خود دریافت می‌دارند می‌گردد و چنین تلقی می‌شود که این‌گونه دارندگان اوراق قرضه از همان موقع انتشار اوراق مزبور سهام‌دار شرکت بوده‌اند.» تلقی دارندگان اوراق قرضه به عنوان سهام‌دار از همان موقع انتشار اوراق یک فرض قانونی است؛ اما آیا تمام آثار ناشی از سهام‌دار بودن را می‌توان بر دارندگان اوراق قرضه بار کرد؟ به نظر جواب منفی می‌رسد و باید دارندگان اوراق قرضه را تنها از جهت کاهش سرمایه شرکت در نتیجه زیان‌های وارده که منتهی به تقلیل مبلغ اسمی سهام و یا تقلیل عده سهام بشود سهام‌دار دانسته از سایر جهات از جمله بهره‌بردن آن‌ها از حقوق ناشی از سهام.

۲ - ماده ۹۵ ق.ت. مقرر می‌دارد: «در اسم شرکت باید عبارت (با مسئولیت محدود) قید شود و الا آن شرکت در مقابل اشخاص ثالث شرکت تضامنی محسوب و تابع مقررات آن خواهد بود. اسم شرکت نباید متضمن اسم هیچ‌یک از شرکا باشد و الا شریکی که اسم او در اسم شرکت قید شده در مقابل اشخاص ثالث حکم شریک ضامن در شرکت تضامنی را خواهد داشت.» فرض تضامنی بودن شرکت یا ضامن بودن شریک تنها در مقابل اشخاص ثالث معتبر است نه در رابطه میان شرکا.

۳ - مثالی دیگر را می‌توان در بحث مسئولیت مدنی از تقصیر در حکم عمد سراغ گرفت. تقصیری که در دید عرف به احتمال فراوان به نقض قرارداد یا ایراد ضرر منتهی می‌شود هرچند که قصد اضرار احراز نشود. تقصیر سنگین در حکم تقصیر عمد است اما نه از همه جهات. بنابراین می‌توان بر این عقیده بود که تقصیر سنگین در مورد شرط عدم مسئولیت و محدودکننده آن از حیث مخالفت با نظم عمومی در حکم عمد است اما بیمه تقصیر سنگین را برخلاف بیمه عمد باید نافذ دانست.^{۴۹}

۴ - اگر فرضی بودن شخص حقوقی را بپذیریم؛ نتیجتاً وجود و حدود شخص حقوقی بسته به حکم قانون‌گذار خواهد بود.^{۵۰}

۵ - مثالی دیگر از ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست (۱۳۵۳/۱۲/۲۹)؛ براساس ماده ۱۱ قانون فوق وظایف و تکالیف سرپرست طفل و طفل از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر حقوق و تکالیف اولاد و والدین خواهد بود.^{۵۱} به نظر می‌رسد رابطه سرپرست و طفل در حکم رابطه اولاد و والدین است. به نظر نگارنده، این امر از مصادیق فروض قانونی است. حال این سؤال جای طرح دارد که آیا از سایر جهات هم - نظیر حرمت نکاح - آثار سرپرستی همچون آثار ولایت است؟ برخی نویسندگان، به‌رغم بیان مشکلات ناشی از عدم شناسایی حرمت نکاح، معتقدند که شناخت آثار دیگر برای سرپرستی مجوز قانونی ندارد.^{۵۲} هرچند بنا بر اصل عدم اثبات آثار توسط فرض قانونی، نگارنده نیز این قول را منطقی می‌داند اما با توجه به حساسیت موضوع بر آن است که عدم شناسایی حرمت نکاح با فلسفه وضعی سرپرستی که برای تأمین منافع مادی و معنوی طفل می‌باشد (ماده ۲) مغایرت دارد.

۶ - مثالی دیگر: ماده ۱۳۹ ق.م. مقرر می‌دارد: «حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست و بنابراین کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایز است.» در حکم ملک بودن حریم تنها از جهت ممنوع بودن تصرف منافی با آن است نه این که حریم واقعاً ملک صاحب حریم تلقی شود. برای همین تصرفاتی که به ضرر صاحب حریم نباشد، مجاز است.

۷ - ماده ۷۴۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرکس شخصی را از تحت اقتدار ذی‌حق یا قائم‌مقام او بدون رضای او خارج کند در حکم کفیل است و باید آن شخص را حاضر کند و الا باید از عهده حقی که بر او ثابت شود برآید.»^{۵۳}

به گمان نگارنده، ماده فوق از مصادیق فروض قانونی است؛ چه فرد فوق در واقع کفیل نمی‌باشد اما قانون‌گذار او را کفیل فرض کرده است. این امر نه تنها از لحن ماده بر می‌آید (در حکم کفیل) بلکه با توجه به لزوم توافق برای انعقاد کفالت و نبود توافق در فرض فوق، نبود واقعی کفالت بدیهی است. حال این سؤال جدی مطرح می‌شود که آیا احکام کفالت به‌طور کامل بر فرد فوق مجرا خواهد بود؟ برای مثال، می‌دانیم که با فوت مکفول (طرف مقابل کفیل) طبق ماده ۷۴۶ ق.م. کفیل بری می‌شود آیا در مورد کفالت قهری هم با تحقق مورد فوق تعهد کفیل از بین خواهد رفت؟^{۵۴}

۸ - ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی (۱۳۶۳/۷/۲۹) سن مشمولان و افراد تحت تکفل آنها را از لحاظ خدمت وظیفه عمومی و یا معافیت از آن تابع مندرجات اولیه شناسنامه می‌داند و هرگونه تغییر بعدی را از لحاظ وظیفه عمومی معتبر نمی‌داند مگر آن که اختلاف بین سن واقعی مشمول و سن مندرج در شناسنامه اولیه بیش از ۵ سال باشد که در آن صورت طبق نظر شورای پزشکی عمل خواهد شد. فرض قانونی فوق تنها در مورد سن مشمول مجال اجرا دارد؛ لذا تعمیم آن به سایر مندرجات شناسنامه، منطقی به نظر نمی‌رسد. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تأیید همین نتیجه مقرر می‌دارد:^{۵۵}

«حکم مقرر در ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۷/۲۹ مصرح در عدم تأثیر تغییر تاریخ تولد مشمولین خدمت وظیفه عمومی است و تعمیم آن به اصلاحات و تغییرات سایر مندرجات شناسنامه براساس احکام قطعی و لازم‌الاجرا مراجع قضایی جواز قانونی ندارد» تبصره ۲ ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی نیز تنها «برای برخورداری از مزایای قانون تأمین اجتماعی» شناسنامه ابتدایی را می‌پذیرد نه برای مواردی که قانون فوق، تکلیفی را بر بیمه‌شده بار می‌کند. با توجه به این که ماده فوق فرضی قانونی محسوب می‌شود لذا گسترش آثار این فرض، به تکالیف بیمه‌گر قابل قبول نمی‌باشد.

۹ - در مثال اشاعه در طلب، در صورتی که بپذیریم ابراء توسط یکی از طلب‌کاران نسبت به سهم خود وی نافذ است.^{۵۶} انجام ابراء، حق رجوع را برای طلبکار دیگر به‌وجود

نمی‌آورد. چون بنا به فرض ابراء‌کننده چیزی دارا نشده است. در واقع، ابراء در حکم و به‌منزله قبض طلب است از آن جهت که موجب سقوط طلب می‌گردد اما از سایر جهات نباید ابراء را واقعاً به معنی قبض طلب و دارا شدن طلبکار ابراء‌کننده دانست.^{۵۷}

۱۰ - براساس ماده ۶۸۰ ق.م. در فاصله میان عزل وکیل و عدم اطلاع وی، تمام اقدامات وکیل در حدود وکالت نسبت به موکل نافذ است. به‌نظر می‌رسد که این ماده، تنها به نافذبودن اقدامات وکیل اشاره دارد نه بقای حقوقی خود عقد وکالت. به این ترتیب وکالت، حکماً فرض شده است و در واقع خود عقد وکالت، با صرف اعلام اراده موکل از بین می‌رود و این فقط نفوذ اقدامات وکیل است که منوط به آگاهی وی می‌باشد. بنابراین اجرت وکیل بعد از اعلام عزل بر مبنای اجرت‌المثل باید باشد نه اجرت‌المسمی. زیرا، اولاً ظاهر مواد ۶۷۸ و ۶۸۰ این نکته را به ذهن متبادر می‌کند که اگر مقنن برای انحلال وکالت، علاوه بر عزل، اطلاع وکیل را نیز لازم می‌دانست، در بند نخست ماده ۶۷۸ تنها «عزل» را ذکر نمی‌کرد و علاوه بر آن، به شرط اطلاع وکیل نیز اشاره می‌کرد؛ درحالی‌که چنین امری رخ نداده است. پس ظاهر ماده این را می‌رساند که خود وکالت به صرف عزل، مرتفع می‌شود ولی «اقدامات وکیل» نافذ است. ثانیاً غرض از وضع این ماده جلوگیری از وقوع یک معامله فضولی به‌عنوان ضرر بوده است. پس همین که اقدام وکیل را نافذ بدانیم، کافی است و نیازی به ابقای خود وکالت نیست.

از استقراء در متون قانونی مذکور در فوق، به‌خوبی این نکته قابل برداشت است که خود مقنن نیز تمایلی به گسترش آثار فرض‌های قانونی ندارد، چه علاوه بر آن که خود به تبیین آن با واقعیت آگاه است و گاه به آن اذعان دارد،^{۵۸} دلیل اصلی ساخت فرض، مصلحت مستتر در آن است؛ گسترش آثار آن به مواردی که نیازی به کاربرد فرض در آن‌ها نیست، منطقی نمی‌باشد.

در مورد اثر منفی علم حکمی نیز قابل ذکر است که امری که جایگزین واقع می‌شود از نظر مقنن در حکم ثبوت است. پس باید به تمام تلاش‌ها برای رسیدن به واقعیت خاتمه داد؛ چرا که از نظر مقنن فرض قانونی همانند یقین به واقعیت اصابت دارد. بنابراین طرق

دستیابی به ثبوت اصلی بسته محسوب می‌شود. برای مثال، براساس تبصره ۲ ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی سن فرد برای برخورداری از مزایای قانون تأمین اجتماعی سن مندرج در شناسنامه اولیه است و تغییر بعدی آن و لو به حکم دادگاه پذیرفته شده نیست. این فرض قانونی است و حتی اثبات این که فی الواقع سن حقیقی فرد همان سن مندرج در شناسنامه اولیه نیست تأثیری در حکم ماده نخواهد داشت. بنابراین با وجود فرض قانونی فرایند اثبات خاتمه می‌یابد و این معنای اثر منفی فرض خواهد بود. از همین جهت، فرض قانونی از اصل عملی و اماره متمایز می‌شود؛ چه در این دو مقنن امری را جایگزین ثبوت نکرده و به عبارت دیگر، در عالم ثبوت دخل و تصرفی نکرده بلکه در عالم اثبات بار دلیل آوری را تغییر داده؛ پس بدیهی است که می‌توان خلاف اماره و اصل عملی را اثبات کرد اما در فرض قانونی با آن که تباین آن با واقع، روشن است، راه وصول به ثبوت بسته شده، محسوب می‌شود. بنابراین به نظر نمی‌رسد ماده ۵ قانون مرتکبان قاچاق (اصلاحی خرداد ۱۳۱۹) را بتوان فرض قانونی دانست. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه مال موضوع درآمد دولت و یا ممنوع‌الصدور و یا ممنوع‌الورود به توسط مکاری یا اتومبیل و یا سایر وسایط نقلیه و یا به وسایل دیگری حمل شود و حامل نتواند ارسال‌کننده و یا صاحب اصلی آن را تعیین و اثبات نماید علاوه بر ضبط مال و در صورت نبودن مال، رد بهای آن، باید شخصاً از عهده پرداخت جریمه مقرر در این قانون برآید.»

مقرره فوق، دارنده وسیله نقلیه‌ای که کالای قاچاق با آن حمل شده را مسئول پرداخت جریمه می‌داند اما این امکان را به دارنده داده است که با اثبات هویت ارسال‌کننده یا صاحب اصلی کالا از مسئولیت برهد.^{۵۹} همین امکان اثبات خلاف مبین این نکته است که ماده فوق نمی‌تواند مصداق فرض قانونی باشد.

بند دوم - علم عرفی

علم عادی یا قطع متعارف یا اطمینان به معنای علمی است که متعارف مردم در برخورد با قضایا و حوادث پیدا می‌کنند.^{۶۰} هرچند احتمال تطابق این علم با واقع بسیار است و کامل‌ترین نوع ظنون به حساب می‌آید اما به قطع نمی‌توان اصابت آن به واقع را پذیرفت.^{۶۱} در بیان مصادیق علم عرفی می‌توان به حاصل شهادت استناد جست: آنچه در اثر شهادت برای دادرسی اثبات می‌شود، علم قطعی نیست. به این معنی که نمی‌توان گفت حتماً

موضوع شهادت با واقع منطبق است. علم حاصله از حکم دادگاه هم به نظر نمی‌رسد چیزی جز ظن متاخم یا همان علم عرفی باشد. در تأیید این سخن می‌توان به ماده ۲۲۳ ق.آ.د.م. استناد کرد: «خط، مهر، امضا و اثر انگشت اسناد عادی را که نسبت به آن انکار یا تردید یا ادعای جعل شده باشد، نمی‌توان اساس تطبیق قرارداد، هرچند که حکم به صحت آن شده است.» به این صورت که اگر حکم دادگاه بر صحت سند عادی با واقع منطبق است چرا نمی‌توان در محکمه‌ای دیگر آن سند را اساس تطبیق قرار داد. همین امر نشان‌دهنده امکان وجود اشتباه در رسیدگی دادگاه و نتیجتاً احتمال عدم اصابت حکم دادگاه به واقع است. علم حاصله از نظر کارشناس هم جزو علوم عرفی است^{۶۲} چه وقتی شهادت مفید علم عرفی باشد کارشناسی به طریق اولی مفید چنین علمی خواهد بود؛ به دو دلیل:

۱ - در تخصص و تعهد اخلاقی کارشناس کمتر می‌توان تردید کرد؛ در حالی که در شهادت تردید فراوان‌تر است.

۲ - با توجه به ماده ۲۴۱ ق.آ.د.م. عدول از شهادت نیاز به دلیل خاص ندارد بلکه در این مسیر اقناع وجدانی دادرس ملاک می‌باشد، در حالی که عدول از نظر کارشناس نیاز به اثبات عدم تطابق آن با اوضاع و احوال محقق قضیه دارد. این نکته در کنار لزوم عدم علم دادرس به موردی که به کارشناس ارجاع می‌دهد نشانه سختی عدول از نظر کارشناس می‌تواند باشد. با این حال، رویه دادگاه‌ها به شکلی دیگر است.^{۶۳}

اثر مثبت: چون علم کاشف از واقع است متابعت از آن واجب است؛^{۶۴} چه انسان فطرتاً عمل به معلومات خود را می‌پسندد.^{۶۵} در فقه، عقیده بر این است که در پیروی از قطع، نیازی به اعتبار بخشی شرع نیست؛ به عبارت بهتر، قطع، قابلیت جعل شارع را اثباتاً یا نفیاً ندارد.^{۶۶} بنابراین نه تنها شارع مجاز به نهی از عمل به قطع نیست^{۶۷} بلکه حق تصرف در آن را نیز ندارد. پس شارع نمی‌تواند قطع فردی را معتبر و قطع دیگری را غیرمعتبر بداند یا در قطع از جهت زمان یا متعلق آن تصرف نماید.^{۶۸} اما توجه به این نکته لازم است که در صدق لزوم تبعیت از قطع ولو با وجود مخالفت شارع یا قانون‌گذار تردید است؛ چه می‌دانیم

فرض قانونی و معادل‌های فقهی آن حتی در موردی که فرد نسبت به واقع علم دارد نیز جریان می‌یابند. همچنین است قطع موضوعی؛ که در آن، شارع یا مقنن، تنها قطع حاصل از طریقی خاص را حجت می‌داند. به این ترتیب در قطع تصرف کرده و نوع خاصی از قطع را معتبر نمی‌داند.

از طرف دیگر، با یقین به وجود يك نهاد حقوقی تمام آثار آن نهاد حقوقی (اعم از مادی یا اعتباری) را می‌توان به جریان انداخت.^{۶۹} برای مثال، با علم به فوت يك فرد با شهادت عده‌ای می‌توان تمام آثار حاصله از فوت را بار کرد. بنابراین قدر متیقنی در اثر بخشی یقین وجود ندارد.

اثر منفی: تمام تلاش اثبات، رسیدن به واقعیت بود. حال که با علم عرفی به ثبوت دست یافته‌ایم دیگر می‌توان به تلاش‌ها پایان داد و دنبال دلیل دیگری برای اثبات نگشت. مبنای اعتبار امر مختومه شاید همین امر باشد.

مبحث دوم: ظن

قبل از پرداختن به ظن، مطالعه اماره لازم است. در توضیح می‌توان گفت که از استقراء ذهن در میان جهان خارج، در می‌یابیم که امری در جهان خارج غالب است و امری دیگر نادر. در این مورد، ذهن در صدد بر می‌آید که مورد نادر را نادیده بگیرد^{۷۰} و مورد غالب را تعمیم دهد و یک قاعده را استخراج کند.^{۷۱} به این ترتیب، غلبه^{۷۲} که ممکن است مرجع تشخیص‌دهنده آن قانون‌گذار یا قاضی باشد، مبنای اماره می‌باشد^{۷۳} و آنچه از اماره به دست می‌آید، ظن است. بنابر این رابطه اماره و ظن، رابطه علت و معلول است.^{۷۴}

اماره دلیلی است که مستقیماً وجود یک نهاد حقوقی را اثبات نمی‌نماید بلکه امری را اثبات می‌کند که معمولاً با پدیده‌ای که در پی اثبات آن هستیم ملازمه وجود دارد.^{۷۵} درجایی که دلیل مستقیم بر وجود یک پدیده وجود ندارد مدعی باید واقعیتی اصلی و پایه را اثبات کند که نتیجتاً واقعیتی دیگر به حکم قانون از وجود واقعه اول استنباط می‌شود اما همواره می‌توان با اثبات نبود پدیده دوم، خلاف اماره را اثبات نمود. برای مثال، فرض کنید که الف می‌خواهد اثبات نماید که ب مالک قانونی یک اتومبیل می‌باشد، او می‌تواند دلیلی

فراهم نماید که به‌طور مستقیم بر مالکیت ب دلالت نماید؛ حال اگر او فاقد چنین دلیلی باشد، باید امری را اثبات نماید که به‌طور نزدیکی با مالکیت ارتباط داشته باشد نظیر تصرف.

مثالی دیگر از حقوق کیفری: براساس قانونی در ایالت کالیفرنیا جرم رانندگی در حال مستی سه عنصر دارد: رانندگی وسیله نقلیه، در معبر عمومی، تأثیر الکل. علی‌القاعده مرجع تعقیب موظف به اثبات وجود هر سه عنصر فوق است اما به‌منظور تسهیل اثبات برای مرجع تعقیب، همان قانون مقرر داشته است که اگر به‌موجب آزمایش شیمیایی خون متهم، سطح الکل در خون وی ۱/۱۰ درصد یا بیشتر تشخیص داده شود فرض بر این است که وی تحت تأثیر الکل در زمان جرم اعلام‌شده، بوده است. وجود درصد فوق، از لحاظ علم پزشکی نشان‌دهنده این است که وی تحت تأثیر الکل بوده است؛ این امر می‌تواند اماره محسوب شود.^{۷۶}

براساس تبصره ماده ۱۶۰ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی ایران اگر میزان الکل موجود در خون فرد بیش از ۵۰ سانتی‌گرم در هر لیتر باشد راننده مست تلقی می‌گردد. این مثال اماره مطلق است.

با توجه به این که با اماره به‌طور مستقیم به واقع دست نمی‌یابیم، حاصل آن نمی‌تواند یقین باشد بلکه حاصل آن، ظن است. به این ترتیب، اماره را می‌توان کاشف ظنی از واقع دانست. به این توضیح که کاشف‌بودن جنس است و ظنی‌بودن آن، فصل آن. کاشفیت، آن را از سایر ادله از جمله فروض قانونی و اصل عملی متمایز می‌سازد و ظنی‌بودن آن فصل اماره از شهادت و سند است که کاشفیت آن‌ها از واقع به‌صورت علم عرفی است. ظن در مرتبه‌ای میان قطع و شك قرار دارد.

اثر مثبت ظن: در حجیت یا عدم حجیت ظن اختلاف است و قسم عمده این اختلاف میان دو مکتب اصولی و اخباری ظاهر می‌گردد؛ چه اصولی‌ها بر این عقیده‌اند که در جایی که دسترسی به علم به واقع نیست باید از ظن مجتهد پیروی کرد و ظن مجتهد هم چون

متکی بر ادله علمی و آیات و روایات اهل بیت می‌باشد به منزله علم است ولی اخباری‌ها معتقدند که ظن مجتهد و غیر او فرقی ندارد و باید در تمام موارد علم قطعی به واقع پیدا کرد.^{۷۷}

توجه به این نکته لازم است که در هر دو دسته برای ظن وجود مستقل معتبر قائل نیستند. چه در حالی که اخباری‌ها با معتبر دانستن علم قطعی، ظن را در هر حال بی‌اعتبار می‌دانند؛ اصولی‌ها ظن را فی‌نفسه معتبر ندانسته و آن را در زمانی معتبر می‌دانند که حکمی از شارع بر اعتبار آن مبنی بر تتمیم کاشفیت ناقص ظن رسیده باشد. به این ترتیب، براساس این عقیده نیز ظن واجد وجود مستقل نمی‌باشد. اگر حکمی از جانب شارع بر تأیید آن رسیده باشد^{۷۸} در حکم قطع خواهد بود و اگر حکمی نرسیده باشد در حکم شک.^{۷۹} براین اساس، ظن، خود، هویت مستقلی نخواهد داشت.^{۸۰}

با توجه به نکات فوق مشخص می‌شود که حتی در عقیده اصولی‌ها نیز مقتضای قاعده بی‌اعتباری ظن است^{۸۱} لیکن اگر با دلیلی یقینی ثابت شود که شارع گمان خاصی را که از سبب مشخصی حاصل شده حجت بر احکام خود در نظر گرفته^{۸۲} در این صورت این ظن از مقتضای آن قاعده اولی بیرون می‌رود اما اعتبار ظن در این مورد به خاطر ظن بودن آن نیست، بلکه بدین جهت است که اعتبار این (نوع) ظن‌ها معلوم است و حجیت آن‌ها بطور قطعی ثابت شده است. پس گویا استناد به ظن در حقیقت استناد به قطع و یقین است نه به ظن و حدس و گمان.^{۸۳} به‌طور خلاصه آنکه ظن تنها در صورتی قابل استناد است که در نزد شارع اعتبار آن مسجل باشد.

با این حال، برخی از فقها برای ظن اعتبار قائل‌اند و ظن مجتهد را بعد از انسداد باب علم، حکم ظاهری می‌دانند.^{۸۴} آخوند خراسانی در کفایة‌الاصول دلیل انسداد را برای حجیت ظن به شرح زیر نقل و نقد می‌کند:

«اولاً؛ علم اجمالی به ثبوت تکالیف داریم؛ ثانیاً؛ باب علم بر ما مسدود شده است؛

ثالثاً؛ اهمال و عدم اهتمام بر اطاعت از احکام بر ما جایز نیست؛ رابعاً؛ پناه‌بردن به اصول

از جمله احتیاط در توان نمی‌باشد؛ **خامساً**؛ ترجیح مرجوح بر راجح قبیح است. پس عقل به لزوم اطاعت مبتنی بر ظن از تکالیف حکم می‌کند.^{۸۵}

با این حال، صرف نظر از این اختلاف نظرها، در حقوق موضوعه، اصل را باید بر اعتبار ظن گذارد؛ چه مبنای اصلی بی‌اعتباری ظن، انتساب حکم (به‌ویژه حکم اعتقادی در اصول عقاید^{۸۶}) مظنون به خالق است (: افتری) در حالی که در حقوق موضوعه این تردید نمی‌رود.^{۸۷} با این حال، تردید در انتساب قول به مقنن جایگزین تردید فوق می‌شود.

در مورد محدوده اثرگذاری ظن نیز قابل ذکر است که در اجرای اماره با يك معلوم و با يك مجهول روبه‌رویییم: واقع معلوم (مانند تصرف) از نظر قانون دلیل ظنی بر واقع مجهول (مانند مالکیت) می‌باشد و سپس ذهن آثار واقع مجهول فرض شده را بر آن بار می‌کند. بنابراین اماره می‌تواند آثار شرعی و عقلی و طبیعی خود را اثبات کند؛ زیرا به عنوان وسیله‌ای در جهت احراز واقع به کار می‌رود.^{۸۸}

اثر منفی: با اماره نمی‌توان به تلاش خود برای رسیدن به ثبوت پایان داد؛ چراکه اصابت اماره به واقع محتمل است و به یقین نمی‌توان مدلول اماره را مطابق با واقع دانست. توضیح بیشتر آن که از ظن چیزی جز حکمی ظاهری حاصل نمی‌شود. لذا هرگاه آنچه واقع است اثبات شود حکم ظاهری به کنار می‌رود. بنابراین از آنجا که آنچه با یقین به دست می‌آید اصابت به واقع دارد؛ در حالی که اصابت ظن به واقع محتمل است لذا ظن نمی‌تواند یقین را از بین ببرد. برای همین، این جمله مشهور است که: «لا یترک الیقین بالظن».^{۸۹ و ۹۰}

مبحث سوم: شك

وقتی که مسأله‌ای مطرح باشد و ذهن در مقابل آن بین دو یا چند احتمال قرار گیرد و گرایش به طرف یکی از احتمالات پیدا نکند حالت شك وجود دارد.^{۹۱} شك زمانی است که می‌توان اصل عملی را به کار برد.^{۹۲}

برای اثبات لزوم توسل به اصول عملیه استدلالاتی مطرح شده که به نقل یکی از آنها از کتاب اصول فقه شیخ محمدرضا مظفر می‌پردازیم.^{۹۳}

این استدلال بر پایه مقدماتی استوار است:

مقدمه اول: علم اجمالی بر وجود تکالیف از جانب شارع برای مکلفان وجود دارد.

مقدمه دوم: عالم و جاهل در احکام مشترک می‌باشند.

مقدمه سوم: برائت ذمه از تکالیفی که به علم (و لو اجمالی) بر ذمه فرد مستقر شده نیاز

به دلیل دارد.

مقدمه چهارم: مکلف موظف است تمام تلاش خود را به کار گیرد تا از وجود احکام

به صورت علم تفضیلی آگاه شود. حال اگر تمام تلاش خود را به کار گیرد و با این حال به

علم تفضیلی نرسد و با وجود آن علم اجمالی به شك و تحیر برسد که آیا واقعاً تکلیفی

وجود دارد یا خیر، آیا باید خود را آسوده بداند؟

اینجا شارع یک سری قواعد قرار داده تا در موقعی که فرد جستجوی کافی کرد و به

علم نرسید از آن اصول استفاده کند. حکمی که از این اصول حاصل می‌شود جایگزین

حکم اصلی است اما تنها از این جهت که مکلف از عقاب مصون شود نه این که وضعاً هم

حکم حاصله از اصل، حکم واقعی باشد.

تردیدی در این که زمان اجرای اصول عملی پس از فحص و یأس از یافتن دلایل

یقینی است، نمی‌باشد اما مسأله قابل طرح این است که آیا اصول عملی محصور در چهار

اصلی هستند که در کتب اصولی مطرح می‌شود و به عبارت دیگر، آیا اصول عملی در مقام

اثرگذاری نیازمند به حکم شارع هستند یا خیر؟

جواب این سؤال در اصول مشخص است: در کتب اصولی بر حصری بودن آن تأکید

شده است.^{۹۴} برخی از نویسندگان هم تأسیس شارع را از عناصر هر اصل عملی می‌دانند.^{۹۵}

اما آیا واقعاً نیازی به این حصر می‌باشد؟ چرا اصولی را که می‌تواند در مقام تحیر راه‌گشا

باشد، محدود کنیم و مجال استفاده از آن‌ها را از خود بگیریم. به‌ویژه آن که اصول عملی

تنها در مقام اثبات و برای رفع تکلیف به کار می‌روند و جایگزین کامل، واقع نمی‌شوند و به

افراد اجازه اثبات خلاف آن داده می‌شود.^{۹۶}

در صورتی که بتوانیم حصر اصول عملیه را نادیده بگیریم یکی از اصولی که نگارنده پیشنهاد می‌کند اصل عملی عقلایی عمل کردن مقنن است.^{۹۷}

معمولاً در تفسیر قوانین اصطلاح فرض عاقل بودن مقنن به کار می‌رود اما با توجه به این که اصطلاح فرض معمول در مواردی است که امکان اثبات خلاف یک امر نیست و با توجه به این که باید بتوان در تفسیر اجازه اثبات صدور عملی غیرعقلایی از مقنن را به مفسر داد، نگارنده اصطلاح اصل عملی عقلایی عمل کردن مقنن را پیشنهاد می‌کند.^۱ به این توضیح که هرگاه هنگام تفسیر با دو نوع تفسیر روبه‌رو شویم که یکی مقنن را عاقل جلوه می‌دهد و دیگری قانون‌گذار را مسامحه‌کار، در این تردید با توجه به این اصل آن تفسیری را باید برگزید که مقنن را عاقل نشان بدهد مگر آن که خلاف آن اثبات شود.

اصل عملی، تنها می‌تواند آثار شرعی بدون واسطه خود را اثبات کند و از عهده اثبات آثار با واسطه عقلی و عادی خود بر نمی‌آید؛ چه با اصل عملی آنچه در عالم ثبوت است واقعاً احراز نمی‌شود بلکه تعبداً برای معذور ساختن مکلف، اثبات می‌گردد؛^{۹۸} پس در حیطة اثرگذاری اصل باید به قدر متیقن اکتفا کرد و قدر متیقن نیز اکتفا به آثار قانونی است.^{۹۹ و ۱۰۰}

۱. توضیح ماهنامه «کانون»: به نظر می‌رسد می‌توان با نظر یادشده مخالفت نمود و بیان داشت که احیاناً ضرورت دارد یادآوری شود که اصل در معنای مورد بحث به معنی دستورالعمل شارع نسبت به افراد در حالات شک و تردید است بدون این که در دستور مزبور جهت کشف از واقع، ملحوظ باشد. اصل به این معنی در مقابل ظاهر و دلیل و اماره به کار می‌رود. چنان که گفته‌اند؛ اصل موقعی حجت است که دلیل نباشد (الاصل دلیل حیث لا دلیل). اصل به این معنی را در حقوق جدید، فرض قانونی گویند و در فقه، آن را اصل عملی می‌گویند که برائت، استصحاب، تخییر و اشتغال، اصول عملیه است که خط مشی و شیوه عمل کسی را که دچار تردید شده، معین می‌کند. در خصوص موضوع، بعید است حقوق‌دانی در مقام تفسیر قانون، دچار شک و تردید شود که قانون‌گذار عاقل است یا مسامحه‌کار؟! این مهم، اصل نیست بلکه امری است بسیار بدیهی. و امور بدیهی نیاز به دلیل عقلی و استدلال منطقی ندارد. توجه به این نکته حائز اهمیت است که در فقه، اصولی را اصول عقلی گویند که دارای مشخصات ذیل باشد؛ الف - در قلمرو شک باشد نه ظن و یقین. ب - ضابطه‌ای را قانون برای شک مذکور معین کرده باشد. در حالی که عاقل بودن قانون‌گذار و عقلایی عمل کردن مقنن، امری است کاملاً یقینی و غیرقابل تشکیک. و از طرفی، در صورت پذیرش چنین استدلالی، اساساً امکان اثبات غیرعقلایی عمل کردن قانون‌گذار، نیست! (ر.ک.: ترمینولوژی حقوق، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، کتابخانه گنج دانش، چ. ۵، زمستان ۱۳۷۰، تهران، ش. ۳۵۱، ص. ۴۸ و ش. ۴۱۲، ص. ۵۵)

در مورد اثر منفی اصل عملی نیز نکته قابل ذکر این است که اصل، از واقع کاشفیتی ندارد. لذا با استفاده از آن راه رسیدن به واقع (فرایند اثبات) خاتمه نخواهد یافت. بنابراین با وجود اماره و دلیل موجد علم، راه استفاده از اصول مسدود خواهد شد.^{۱۱}

پی‌نوشت‌ها:

۱. قابل ذکر است که محقق نایینی در بیان آثار دلیل، نکاتی را ذکر کرده‌اند که ذکر اجمالی آن خالی از لطف نیست. ایشان چهار اثر را برای علم برمی‌شمارند: اولین اثر، حالت نفسانی است و آن اعتقاد شخصی عالم به مؤدای علم خود است. دومین اثر کاشفیت علم حاصله از واقع است؛ سومین اثر، تحریک مکلف به انجام متعلق علم خود و چهارمین اثر، منجز و معذربودن علم حاصله است. وی اثر اول را تنها مختص به علم و اثر دوم را مختص علم و ظن و اثر سوم را مربوط به علم و ظن و اصل می‌داند. اثر چهارم را نیز مشترک بین هر سه. (به نقل از: انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعه الفقهیه المیسره، ج. ۳، صص. ۵۰۱ - ۵۰۲).

۲. آنچه در متن آورده شد در اصول فقه ریشه دارد. شیخ مرتضی می‌نویسد: «ان المكلف اذا التفت الى حکم شرعی فاما ان يحصل له الشك فيه القطع او الظن ...» (انصاری، فراید الاصول، ج. اول، مجمع فکر اسلامی، چ. اول، ۱۴۱۹، ص. ۲۵)؛ اقا ضیاء عراقی نیز (تنقیح الاصول، حیدریه، ۱۳۷۱، ص. ۱۹) حالت فرد نسبت به واقع را به سه دسته علم، ظن و شک و سپس ظن را به دو دسته معتبر و غیرمعتبر تقسیم می‌کند و ظن غیرمعتبر را در حکم شک می‌داند. میرزای شیرازی بعد از شرح اصطلاحات شیخ در تقریرات خود (ج. ۳، مؤسسه ال بیت قم، ۱۴۰۹، ص. ۲۲۳) حالات مکلف را به حصر عقلی در این سه منحصر می‌داند و می‌نویسد: «اما أن یرجح فی نظره ثبوت ذلك المحمول للفعل المتصور او انتفاؤه عنه او لا یرجح شی منهما اصلا و الثانی هو الشك و علی الاول: اما ان یکون الرجحان فی نظره مانعا من احتمال النقیض او لا یکون الاول هو القطع و الثانی هو الشك». تعابیر شیخ در آثار دیگران نیز مشاهده می‌شود (از جمله: امام خمینی، سید روح... انوار الهدایه، ج. ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، چ. اول، ۱۴۱۴، ص. ۱۱). اما کامل‌تر از همه عبارات زیر است: «ان المكلف اذا التفت الى الحکم فاما ان یکون قاطعا به اول و علی الثانی فاما ان یکون له طریق منسوب من قبل الشارع او لا و علی الثانی اما ان یکون له حاله سابقه ملحوظه او لا و علی الثانی اما ان یکون الشك فی حقیقه التکلیف او فی متعلقه و علی الثانی اما ان یتمکن من الاحتیاط او لا ...» (سبحانی، تهذیب الاصول، ج. ۲، دارالفکر، بی‌تا، ص. ۲۰۳ و نیز: سبزواری، وسیله الوصول الی حقایق الاصول، مؤسسه نشر اسلامی، چ. اول، ۱۴۱۹، ص. ۴۳۶)؛ برای بررسی نقد رأی شیخ در تقسیم حالات مکلف و این که آیا این تقسیم، تقسیم شی به خود و غیر خود است یا نه؟ ر.ک. به: منتظری، نه‌ایه الاصول، قدس، چ. اول، ۱۴۱۵؛ هم‌چنین این نقد نیز بر تقسیم فوق شده که احکام بعضی از اقسام مختص به مجتهد است نه مکلف: گلپایگانی، افاضه العوائد، ج. ۲، دارالقران الکریم، ۱۴۱۰، ص. ۴؛ هم‌چنین توجه به عدم تعبیه «حالت جهل» در بین حالات فوق، قابل توجه است. صاحب تحریرات فی الاصول (ج. ۶، ص. ۱۵) جهل را مرادف با شك دانسته است اما احتمال غفلت را هم مطرح کرده و آن را در تضاد با «التفت الی الحکم...» دانسته است که چگونه ممکن است غافل به

حکمی ملتفت باشد لذا دو راه پیشنهاد کرده‌اند: «لا بد و ان یندرج فی الثلاثه تقدیراً او یکون قسماً رابعاً».

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایرةالمعارف علوم اسلامی، ج. اول، ص. ۴۳؛ در سایر نظام‌های حقوقی هم عمدتاً همین نظر مستقر است. (Glucksberg, Sam, The Discovery of Truth in Context, Brooklyn Law Review, 2008, Vol. 73:3, p.1104). چنان‌که در ماده ۶ به بعد قانون ادله نیوزلند ۴ هدف به‌عنوان اهداف دادرسی مطرح شده است: هدف اول: یافتن واقع مبتنی بر منطق و استدلال، هدف دوم: دستیابی به انصاف شکلی، هدف سوم: حمایت از محرمانه‌بودن ارتباطات در دادرسی و هدف چهارم: بهبود کارایی هم از لحاظ زمان و هم از لحاظ هزینه. ملاحظه می‌شود که یافتن واقع بر مصالحتی نظیر صرفه‌جویی در زمان و هزینه تقدم داده شده است. (and commentary, vol 2, p29 Evidence code) در حقوق ادله کالیفرنیا نیز هدف از ارائه دلیل، ایجاد درجه‌ای از یقین در ارتباط با یک واقع در ذهن دادرسی دادگاه تلقی شده است: (Donald n. boubofer, steven l. ching, the burden of proof in California, environmental nuisance cases, davis, vol9, University of California, p.681, berry gray, Christopher, The philosophy of law. an encyclopedia, p 272.) در تعاریف ارائه‌شده از "دلیل" نیز هدف و کارکرد دلیل کشف حقیقت دانسته شده است:

(Allen, Christopher, Practical Guide To Evidence, Cavendish Publishing Limited, Second Edition, London, 2001, p.8)

۴. محمودی دشتی، علی‌اکبر، ادله اثبات دعوا.

۵. به نظر می‌رسد که یکی از مبانی ماده ۲۳۵ ق.م.ا.، صرف نظر از روایت حسن بن صالح از امام صادق (ع) و اجماع (نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شریعت الاسلام، ج. ۲۲، ص. ۲۰۶) این است که مقرر با اقرار، خود را پایبند به مقرب‌به می‌کند؛ برای همین از جهت این‌که خود را ملزم ساخته، باید پایبند باشد نه از این جهت که اقرار وی کاشفیت از واقع دارد. برای همین در مصداقی که ماده مورد بحث مطرح می‌کند با آن‌که به نظر می‌رسد در چنین فرضی احتمال این‌که هر دو قاتل باشند بعید به نظر می‌رسد، قانون‌گذار از این جهت که مقرر خود با اقرارش، خود را پایبند نموده است ولی دم را مختار در رجوع به هر یک از مقررین دانسته است (برای مطالعه بیشتر: طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتاب العربی، ج. ۲، ص. ۷۳۴؛ محقق حلی، شریح، ج. ۴، ص. ۹۹۳؛ شهید اول، لمعه دمشقیه، ج. ۲، قدس، ج. اول، ۱۴۱۱، ص. ۲۲۹) این امر از چند جهت قابل انتقاد است: اولاً؛ گفتیم که هدف اصلی ادله باید کشف واقعیت باشد، در مصداق ماده فوق مسلم است که بیش از یک قاتل وجود ندارد و موضوع شرکت منتفی است (اقایه‌نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص، میزان، تابستان ۱۳۸۴، ج. اول، ص. ۱۹۳) پس اختیار ولی دم در قصاص یک‌ی از این دو، با توجه به این‌که هر دو قاتل نمی‌باشند یعنی آن‌که اقرار از جهت کاشفیت مورد توجه قرار نگرفته است. ثانیاً؛ مرجع تشخیص اعتبار اقرار، قاضی است، واگذاری تشخیص این امر به اختیار ولی دم، فاقد منطق حقوقی است. ثالثاً؛ به نظر می‌رسد مورد مذکور در ماده فوق از مصادیق بند ۲ ماده ۲۷۲ ق.آ.د.ک. (اعاده دادرسی) است. رابعاً؛ هنوز بر سر این نکته که آیا فرد می‌تواند با اراده خود، خود را پایبند نماید در حقوق مدنی اختلاف است (مقاله مجمع پریشانی: بحث‌هایی در باب اراده، نشریه دادگستران، ش. ۷، اردیبهشت ۱۳۸۶)

حال چگونه می‌توان در حقوق جزا این اعتبار را برای اراده فرد قائل شد، جای بحث دارد.

۶. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج. ۶، ص. ۲۱۳؛ برای مطالعه رویه قضایی در این مورد آراء زیر که کشف حقیقت را هدف دادرسی می‌دانند، توصیه می‌شود: رأی ۶۳/۶/۳۱، ۲۲/۴۶۷، شعبه ۲۲ (نقل شده از:

بازگیر، ید...، رسیدگی به دلایل و احکام راجع به آنها، گیتی، چ، اول، ۸۱، ص. ۹۴؛ رأی ۷۳/۵/۳۱، ۷۳/۳۰/۱۸، شعبه ۱۸ دیوان (همان، ص. ۱۵۰).

۷. با این حال، از معایب تلقی کشف حقیقت به عنوان هدف دادرسی نمی توان گذشت: در رأی محکمه عالی انتظامی قضات حکم به شماره: ۳۱۳۷ به تاریخ ۳۱ مرداد ۱۳۱۹ می خوانیم: «حاکم دادگاه به عنوان این که علم به بی حقی مدعی و حقانیت مدعی علیه داشته و برای احتراز از این که حکمی برخلاف حق نداده باشد رعایت مقررات قانونی را ننموده متخلف است. زیرا رعایت اصول محاکمات در جریان قضایا اولین تکلیف دادرس است و گرنه ممکن است که هر دادرس مطابق ذوق و سلیقه خود دعاوی را جریان داده و حل و فصل کند و بدیهی است که معایب این کار به قدری است که قانون گذار از آن احتراز جسته و نخواست است که زمام امور قضایی به اراده و دلخواه دادرس افتد و درست است که همه این مقدمات برای فصل خصومت و احقاق حق بوده ولی نظر به منافع نوعی و این که تمایل بی جایی به نام رعایت وجدان پیش نیاید برای احقاق حق طریقی معین کرده و دادرس را مکلف به رعایت آن نموده و انحراف از آن را تجویز نکرده است» (به نقل از: شهیدی، موسی، مجموعه موازین قضایی محکمه عالی انتظامی قضات، چاپ خانه علمی، چ، ۲، ۱۳۳۰، ص. ۷۰) برای همین تلاش هایی در جهت تعدیل حکم ماده صورت گرفته است: (کریمی، عباس؛ پوراستاد، مجید، استجواب در دعاوی مدنی، مجله دانشکده حقوق، ش. ۷۴، زمستان ۱۳۸۵، ص. ۳۴۳).

۸. به تاریخ: ۱۳۷۱/۹/۱۶، پرونده: ۷۰/۷۴۹ و ۶۹/۳۹۲، شماره دادنامه: ۷۶۰ و ۷۵۹، مرجع رسیدگی: شعبه ۴۴ دادگاه حقوقی ۲ تهران: «...اینکه دادگاه شهادت شهود خوانندگان را استماع نموده نه به دلیل قابلیت تعارض اظهارات آنان با سندی است که در حکم سند رسمی می باشد بلکه از حیث احراز واقع امر و به عنوان طریقی برای وصول به علم قاضی به همراهی سایر قراین و امارات بوده است. شکی نیست که علم قاضی هم از جهت ذاتی بودن حجیت آن و هم از حیث دلالت سیاقی ماده ۱۲۷۶ قانون مدنی، معتبر و حجت است. لیکن چنین علمی برای دادگاه ثابت نگردد و مفاد شهادت شهود که صرفاً ۲ نفر بوده اند، طریقت خود را با توجه به نحوه و کیفیت آن، از دست داده است.» (به نقل از: کامیار، محمدرضا، غزیده آرای دادگاه های حقوقی، مجموعه چهارم، نشر حقوق دان، چ. اول، ۱۳۷۷).

۹. برای بررسی اندیشه فوق تا به حدی است که دلیلی غیر از دلیل کتبی در مورد اثبات محتوای يك سند نیز پذیرفته نمی شود:

Srein, Alex, Foundations of evidence law, Oxford, 2005, P.4.

گسترش اندیشه فوق تا به حدی است که دلیلی غیر از دلیل کتبی در مورد اثبات محتوای يك سند نیز پذیرفته نمی شود:

Mary I. grad, Michael w. prairie, best evidence rule, davis, university of California, vol9, p.257.

۱۰. تبریزی، الاصول المهنده، بی ناشر، بی تا، ص. ۱۲۷؛ گلپایگانی، افاضه العواید، ج. ۲، ص. ۳۲۸.

۱۱. نکته قابل ذکر این است که نهادی مشابه با اصل استصحاب در حقوق آمریکا وجود دارد که با عنوان "CONTINUATION OF CONDITIONS" از آن نام برده می شود. براساس نهاد اخیرالذکر که در قالب "presumption" دسته بندی شده است فرض بر این است که وجود شرایط مفروض است تا خلاف آن اثبات شود. نکته جالب تر این است که تردیدهایی که در مورد استصحاب قهقرایی در فقه وجود دارد، در حقوق آمریکا نیز قابل ردیابی است:

John E. Durst, JR, New York Courtroom Evidence, Lexis Law Publishing, 2004, P.327.

۱۲. شیرازی، تقریرات، ج. ۳، ص. ۲۲۲: « فان لوحظ الى الحاله السابقه عليه فهو مورد الاستصحاب ...» (حلی، علامه، مبادئ الوصول الى علم الاصول، ص. ۲۵۲).

۱۳. أنصاری، شیخ محمد علی، الموسوعه الفقهيہ الميسره، ج. ۳، ص. ۴۹۸: «الاصول العمليه المحرزہ، هي التي فيها نوع احراز للواقع، فهي تشبه الامارات من هذه الجھه، و لذلك يقال لها: الاصول التنزيليه ايضا، لان مؤداهما منزل منزله الواقع، او ان الاصل نفسه منزل منزله العلم بالواقع. و هذا النوع منحصر في الاستصحاب، لان فيه نوعا من احراز الواقع و الكشف عنه كما في الامارات، لكن بدرجه اضعف منها، فلذلك قالوا: الاستصحاب عرش الاصول و فرش الامارات.»؛ حکيم، سيد محمد تقی، الأصول العامه للفقہ المقارن، مؤسسہ آل البيت، ج. ۲، ۱۹۷۹، ص. ۴۴۹: «فقد اعتبر في لسان جعله عدم نقض اليقين بالشك، فهو من ناحيه فيه جنبه نظر الى الواقع.»

۱۴. شماره پرونده: ۱۲۸، ۴/۸۲، شماره حکم: ۱۲۱، ۱۳۸۲/۲/۱۰، شعبه ۴ دادگاه حقوقی اردبیل: برای دیدن مثال فقهی: مفید، المقننه، مؤسسہ نشر اسلامي، ۱۴۱۰، ص. ۵۰: «و من كان على يقين من الطهاره، و شك في انتقاضها فليعمل على يقينه، و لا يلتفت الى الشك، و ليس عليه طهاره الا ان يتيقن الحدث.»

15. Garrett Clark Dailey, Rebuttable Criminal and Civil Presumption California Statutory Dichotomy, Davis, Vol 9, University of California, p.647; Ellis Wild, Susan, Webster's New World Law Dictionary, Wiley, 2006, p.205.

در کتب فوق اماره به این شکل تعریف شده است: « اماره عملیاتی حقوقی است که به وسیله آن واقعیاتی اثبات شده (basic fact :BF) به منظور اثبات واقعیاتی دیگر که اثبات نشده است (Presumed Fact :PF) به کار می‌رود. البته بدیهی است تعریف فوق نمی‌تواند مطابق با اماره در نظام حقوقی ما باشد؛ چه اماره در نظام حقوقی ما (واقعیت مبنایی) است نه عملیاتی که رابط میان واقعیت اثبات شده و واقعیت فرض شده است. درحالی که در تعریف فوق اماره «عملیاتی حقوقی است که به ...».

۱۶. همین امر سبب شده است که استصحاب را برزخ میان اصل عملی و اماره بدانند: گرجی، ابوالقاسم، اصل صحت عمل غیر، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۱، ص. ۹۲.

۱۷. شاید از همین جهت است که در فقه این تمایل مشهود است که برخی از ادله که به نظر هیچ‌گونه کاشفیتی از واقع ندارند در دسته ادله کاشف از حقیقت قرار داده شوند: مثالی از این ادله، قرعه می‌باشد. در ماهیت قرعه اختلاف است؛ چه در حالی که به مانند اصول عملیه در مقام تساوی دو احتمال به کار می‌رود (بهبایی، عاملی، کتاب الجامع العباسی، فراهانی، ص. ۲۵۱) برخی اعتقاد دارند از واقعیت نیز کاشفیت دارد (حسینی مراغه‌ای، السید میر عبدالفتاح، عناوین، ج. اول، مؤسسہ نشر اسلامي، ج. اول، ۱۴۱۷، ص. ۳۵۱: «ان کل مقام فرض فيه اختلاف فی شی اذا اقرع فيه فعلى الله ان یبین فيه الواقع و یحکم بالعدل») برخی از فقهای متأخر هم ظاهر بسیاری از روایات را موافق قوی می‌دانند که برای قرعه ماهیت اماره قائل است، اماره‌ای که گاهی حتی هیچ‌گونه تخلفی از واقعیت ندارد. (مکارم، ناصر، القواعد الفقهیه، ج. اول، مدرسه الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱، ص. ۳۶۳) در حالی که می‌دانیم اماره باید ریشه در واقعیت داشته باشد و ظاهر برخی از روایات هم موافق با کاشفیت قرعه نمی‌باشد (همان، ص. ۳۶۳) به نظر نگارنده، قرعه، فرض قانونی است. زیرا در مورد فقد دلیل و اماره و اصل عملی به کار می‌رود. بدیهی است با توجه به مورد اجرای قرعه، قرعه فرض قانونی خواهد بود. برای دیدن

نظری که قرعه را اصل عملی می‌داند؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دایرة المعارف علوم اسلامی*، ج. ۲، ص. ۹۶۶.

نکته مفرح در نحوه استفاده از قرعه این است که همان‌طور که می‌دانیم قرعه برای ارائه راه حل در هنگام مشکل به کار می‌رود؛ با این حال، برخی از تفاسیر از اصطلاح مشکل در طول تاریخ جالب توجه است. برای نمونه قطب‌الدین نیریزی نویسنده طب الممالک همزمان با یورش افغان‌ها و ملاحظه درگیری خاندان صفوی با یکدیگر در تعیین جانشین پیشنهاد کرد که «اختلاف در سخن کنار گذاشته شود و با قرعه شاهی از سلسله بزرگوار صفوی انتخاب شود.» وی مشکل ناشی از درهم ریختگی ایران را از مصادیق قاعده «القرعه لكل امر مشکل» می‌داند. برای مطالعه بیشتر، *رک: طباطبایی، سیدجواد، دیباچه‌ای بر نظریه انحطاط ایران*، نشر نگاه معاصر، چ ۲، ۱۳۸۱، ص. ۴۲۶.

۱۸. یکی از دلایل طرفداران مجازات‌بودن دیه، تعیین مقدار آن است و چون این مجازات‌ها هستند که معین‌اند پس دیه هم مجازات است و حکم مجازات‌بودن را برای دیه اثبات کرده‌اند. *(برای مطالعه بیشتر: بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، انتشار، چ. اول، ۱۳۸۴، ص. ۳۳۲)* حال آن که مثال نقض آن، خسارت تأخیر تأدیه در ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق است که مقطوع بود اما در ماهیت مسئولیت مدنی آن اختلافی وجود نداشت. همان‌طور که عدم مقطوع‌بودن مجازات و وابسته‌کردن مقدار آن به معیارهای مختلف ماهیت مجازات را تغییر نمی‌دهد. مانند نهاد structured fines در حقوق امریکا: جریمه‌ای که میزان آن براساس ثروت یا درآمد مجرم تعیین می‌شود. (H. Koenig, Thomas, Blending U.S. Criminal and Tort Law For Civil Punishment, Belgrade Law Review, 3/2008, p.141).

تردیدها در حقوق خارجی نیز وجود دارد. برای نمونه:

Baron, Jonathan, Intuitions about penalties and compensation in the context of tort law, August 25, 2003, Department of Psychology, University of Pennsylvania.

۱۹. کاتوزیان، ناصر، *ضمان قهری*، ج. اول، ص. ۶۷.

۲۰. رأی شماره ۹۹۶ - ۶۸۳۱/۳/۲۲ به تاریخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ وحدت رویه هیئت عمومی.

۲۱. جان جمله علم‌ها این است این تا بدانی من کیم در یوم دین (مثنوی، دفتر سوم، ص. ۱۷۰)

«علم» در مصراع اول در معنای اول و (بدانی من کیم) در مصراع دوم در معنای دوم علم آمده است.

۲۲. برای مطالعه معنای اول: گرجی، ابوالقاسم، *رابطه حقوق و فقه*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۵، ص. ۷۲.

۲۳. برخی از فقها علم را بر دو دسته می‌داند و می‌نویسد: «احدهما: مقطوع علی انه علم ضروری ... کالعلم بالمشاهدات ... و القسم الثانی: مشکوک فیه ... کالعلم بمخبر الاخبار عن البلدان و الحوادث الکبار».

به نقل از: سید مرتضی، *الذریعه*، ج. اول، دانشگاه تهران، ۱۳۴۶، ص. ۲۱.

۲۴. به تعبیری در اوج: علم یقین؛ چنانکه حافظ گفت:

نه حافظ را حضور درس و خلوت نه دانشمند را علم یقینی

برای بررسی این تعبیر: نصر، سیدحسین، *معرفت و معنویت*، ترجمه ان شاءالله رحمتی، چ. ۲، بهار ۸۱؛

خرمشاهی، بهاء‌الدین، *حافظ‌نامه*، بخش دوم، علمی و فرهنگی، چ. ۱۱، ۱۳۷۹، ص. ۱۲۲۶.

۲۵. شیخ طوسی (عده الاصول، ج. اول، چاپ ستاره، ج. اول، ۱۴۱۷، ص. ۴۶) در مورد علم سه تعریف از دانشمندان منطق، متکلمان و اصولی‌ها نقل می‌کند و تعریف اصولی، علم را برابر یقین می‌داند. سید مرتضی در الذریعه (ج. اول، ص. ۲۱) در تعریف علم می‌گوید: «اعتقاد للشی علی ما هو به مع سکون النفس» و محقق حلی نیز (معارج الاصول، مؤسسه آل بیت، ج. اول، ۱۴۰۳، ص. ۴۳) می‌نویسد: «و العلم: هو اعتقاد المقترضی سکون النفس»، با این حال آن را بی‌نیاز از تعریف می‌داند.
۲۶. چنان که در داستان ابراهیم (ع) آمده است: «فلیس الخبر کالمعاینه». به نقل از: میبدی، ابوالفضل رشید الدین، کشف الاسرار و عده الابرار، ج. اول، ترجمه علی اصغر حکمت، امیرکبیر، ج. ۳، ۱۳۵۷، ص. ۷۱۲.
۲۷. افتخارزاده، یحیی، کشف علمی جرایم، هنر پخش، ص. ۴۴.
۲۸. برای مطالعه بیشتر در مورد اعتبار علم دادرسی: حلی، محقق نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج. ۶، ص. ۸۶۶؛ حائری، السید کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی، مجمع فکر اسلامی، ج. اول، ۱۴۱۵، ص. ۱۸۹؛ کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج. اول، ص. ۴۲؛ شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج. ۳، ص. ۱۱۵؛ برای بررسی تقدم علم دادرسی بر سایر ادله از حیث تاریخی: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تاریخ حقوق ایران، معرفت، بی‌تا، ص. ۱۹۶.
۲۹. برای تعریف این دو اصطلاح: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایرة المعارف علوم اسلامی، ج. ۲، ص. ۱۳۸۱، ۵۳۸؛ همان نویسنده، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ص. ۶.
۳۰. رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۷۸/۱/۳۱ به پرونده کلاسه ۴۴۷/۳۳/۱۵ به ردیف ۲۳/۷۷: «با توجه به این که مستند محکومیت متهمین حصول علم است و مستندات متعارفاً علم آور نیست و حکم صادره با اوضاع و احوال قضیه و قراین و امارات موجود در پرونده قابل تطبیق نمی‌باشد، اعتراض وارد است».
۳۱. در رأی شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات به تاریخ ۱۳۷۰/۷/۱۳ می‌خوانیم: «در حکم صادره منشأ علم قاضی باید قید و تصریح گردد. در غیر این صورت، تخلف محسوب است». به نقل از: کریم‌زاده، احمد، نظارت انتظامی در نظام قضایی، ص. ۹۵. عموماً در آرای دادگاه‌ها از اوضاع و احوال قضیه به‌عنوان مستند علم آور یاد می‌شود. در دادنامه شماره ۳۲/۱۳۰۶۱ به تاریخ ۱۳۷۷/۸/۳ سابقه متهم و وضعیت ظاهری و جسمانی به‌هم‌ریخته وی از مستندات علم قاضی به استعمال مواد مخدر دانسته شده است. (مظفری، احمد، نظرات قضایی در جرایم مواد مخدر، ص. ۱۴۸؛ صبری، نورمحمد، گزیده آراء دادگاه‌های کیفری، مجلد، ۱۳۸۱، ج. ۲).
۳۲. شهری، غلامرضا؛ ستوده تهرانی سروش؛ صمدی اهری، محمد هاشم، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در رابطه با قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، گنج دانش، ج. اول، زمستان ۱۳۷۴.
۳۳. کریمی، همان، ص. ۱۹۷؛ برای دیدن نظری که علم قاضی را تنها در صورتی که از راه تمسک به ادله قانونی و در چارچوب اصول دادرسی حاصل شده باشد، معتبر می‌داند: غمامی، مجید؛ محسنی، حسن؛ اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی، مجله دانشکده حقوق، ش. ۷۴، زمستان ۱۳۸۵، ص. ۲۷۲؛ برای دیدن نظری که در صورت تطبیق علم قاضی با "متد علمی"، آن را با حقوق مدرن و عقلانی سازگار می‌داند. رک: جعفری تبار، حسن، درآمدی بر تاریخ‌نگاری علم حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش. ۶۰، تابستان ۸۲، ص. ۹۵.

۳۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دایرة المعارف علوم اسلامی و قضایی*، ج. اول، ص. ۱۸.
۳۵. همان، ص. ۱۹.
۳۶. میرشکاری، عباس، *ثبوت یا اثبات*، نشریه دادگستران، ش. ۶ ص. ۳.
۳۷. میرشکاری، مجمع پریشانی *بحث‌هایی در باب اراده*، نشریه دادگستران، اردیبهشت ۱۳۸۶، ش. ۷، ص. ۵.
۳۸. حلی، محقق، *المختصر النافع*، ص. ۲۵۷: «الديه كاموال المیت»: حلی، محقق، *تسوانع الإسلام*، ج. ۴، ص. ۸۱۶: «الديه فی حکم مال المقتول»: حلی، العلامة، *تحریر الأحکام*، ج. ۵، مؤسسه الإمام الصادق (ع)، ج. اول، ۱۴۲۲، ص. ۶۲؛ حلی، ابن فهد، *المهذب البارع*، ج. ۴، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲، ص. ۳۵۱؛ شهید ثانی، *مسالك الأفهام*، ج. ۱۳، ص. ۴۱؛ مروارید، علی أصغر، *الینایع الفقہیہ*، ج. ۲۲، دار التراث، ج. اول، ۱۴۱۰، ص. ۳۹۰؛ خوانساری، *جامع المدارک*، ج. ۵، مکتبه الصدوق، ۱۳۶۴، ص. ۲۹۵ - ۲۹۶: «اما كون الديه كاموال المیت فهو المعروف و يدل عليه قول الصادق عليه السلام...».
۳۹. ابن طی الفقہانی، *الدر المنضود*، ص. ۲۷۱: «لانه يستلزم الحياه بعد الموت، و هو محال».
۴۰. جعفری لنگرودی، همان، *دانشنامه حقوقی*، ج. اول، ص. ۵۷۸.
۴۱. جعفری لنگرودی، *ضمان عقدي در حقوق مدنی*، گنج‌دانش، ج. اول، ۱۳۸۶، ص. ۲۳۹؛ کاتوزیان، *عقود معین*، ج. ۴، انتشار، ج. ۴، ۱۳۸۲، ص. ۲۷۸.
۴۲. «از تاریخ تصویب این قانون ایجاد یا تشکیل سازمان دولتی با توجه به مواد ۲ و ۳ و ۴ این قانون منحصرأ به صورت وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی مجاز خواهد بود. کلیه مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به صورتی غیر از وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد شده و اداره می‌شوند، مکلف‌اند حداکثر ظرف مدت یک‌سال از تاریخ اجرای این قانون با رعایت مقررات مربوط وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی فوق تطبیق دهند و الا با انقضای این فرصت مؤسسه دولتی محسوب و تابع مقررات این قانون در مورد مؤسسات دولتی خواهند بود.»
۴۳. مصدقی از واجب تخییری؛ مخیرکردن مؤسسات موضوع ماده به انتخاب یکی از سه قالب مطرح در قانون. خضری بیگ، محمد، *اصول فقه*، بی تا، بی تا، ص. ۵۶: «الواجب المعین ما طلبه الشارع عینا و المخیر ما طلبه الشارع میهما فی واحد من امور معینة».
۴۴. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تاریخ: ۱۳۸۱/۴/۲ شماره دادنامه: ۱۲۰ کلاسه پرونده: ۷۳/۸۰: «طبق ماده ۹۹ قانون استخدام کشوری ملاک تشخیص سن مستخدمین مشمول قانون مذکور از لحاظ بازنشستگی شناسنامه‌ای است که در بدو استخدام ارائه نموده‌اند و در نتیجه تغییرات بعدی در تاریخ تولد مستخدمین مزبور از حیث بازنشستگی مؤثر در مقام نیست...». قوانین دیگری نیز مفاد ماده فوق را تکرار کردند از جمله: ماده ۳۸ مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی موضوع بند (پ) ماده ۲ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۵۲/۳/۵ کمیسیون استخدام مجلسین؛ ماده ۳۸ آیین‌نامه استخدامی بیمه مرکزی ایران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۹ کمیسیون استخدام مجلسین؛ ماده ۱۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵؛ ماده ۴۰ آیین‌نامه استخدامی کارکنان مجلس شورای اسلامی؛ ماده ۴۵ قانون مقررات استخدامی نهضت سوادآموزی جمهوری اسلامی ایران؛ ماده ۸۱ قانون مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلات جهاد سازندگی.

۴۵. شماره ۳۵۱/۷۹/هـ - ۱۳۸۰/۳/۱۷ تاریخ ۱۳۸۰/۲/۲ شماره دادنامه ۲۷ کلاسه پرونده ۳۵۱/۷۹. ۴۶. تاریخ ۱۳۷۹/۳/۲۹، شماره دادنامه ۱۲۳، کلاسه پرونده: ۴۳۳/۷۸، شماره ۴۳۳/۷۸ هـ/ ۱۳۷۹/۶/۱۰؛ به هر روی در تاریخ ۱۳۷۹/۸/۸ متنی با عنوان تبصره ۲ ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی به تصویب رسید؛ در این متن می‌خوانیم:

«ملاک تشخیص سن برای برخورداری از مزایای قانون تأمین اجتماعی شناسنامه‌ای است که در بدو بیمه‌شدن به سازمان تأمین اجتماعی ارائه شده یا می‌شود و هرگونه تغییراتی که پس از آن در شناسنامه به عمل آید برای سازمان یادشده معتبر نخواهد بود. افراد تحت تکفل بیمه‌شده نیز مشمول این حکم خواهند بود» مصدق‌ای از جانشین‌های واقع در تبصره فوق مطرح شد؛ به این توضیح که سن واقعی فرد باید ملاک در برخورداری از حقوق و تکالیف مذکور در قانون باشد اما در تبصره مورد بحث مقنن سن واقعی فرد را نمی‌پذیرد. به این صورت که ملاک در برخورداری از مزایای قانون تأمین اجتماعی همان سن مندرج در شناسنامه اولیه است و تغییر تاریخ تولد هرچند که با واقع منطبق باشد، پذیرفته شده نیست؛ در این موارد، امری غیر از واقع، جایگزین واقع، شده است. (میرشکاری، تغییر تاریخ تولد، فصلنامه قوانین و مقررات تأمین اجتماعی، سال سوم، ش. ۷، تابستان ۱۳۸۶، ص. ۱۱۹).

۴۷. برای دیدن نظر مخالف: کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج. ۲، نشر میزان، چ. ۳، بهار ۱۳۸۴، ص. ۱۵۹؛ در نظریه مشورتی به شماره و تاریخ: ۷/۴۵۸۹، ۱۳۷۶/۱۲/۱۴ شاهد نمونه‌ای از فرض قانونی هستیم. در این نظریه می‌خوانیم: «سهام شرکت در حکم عین است و وقف آن‌ها براساس مواد ۵۵ و ۵۸ ق.م. صحیح است». به نقل از: نیسی، سعید، مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی، ص. ۴۴۵.

۴۸. در یکی از کتب فقهی (بجنوردی، سید محمد حسین، القواعد الفقهیه، ج. ۳، ص. ۵۳) در مقابل ثبوت حقیقی و تکوینی، صحبت از ثبوت تعبدی شده است که به نظر می‌رسد دومی را بتوان معادل فرض قانونی دانست. نویسنده فوق در اثربخشیدن به ثبوت تعبدی امساک می‌نماید. چنان که در مورد اقرار معتقد است که اثر اثباتی آن تنها ناظر به اثبات وجود تعبدی مقرب است نه وجود واقعی آن. لذا اقرار تنها می‌تواند آثاری را که علیه مقر است، اثبات کند و از اثبات اثر به نفع مقر ناتوان است. به نظر می‌رسد از توجیهات فقهی که در مورد عدم حجیت آثار عقلی و عادی اصول عملیه شده است بتوان در مورد فروض قانونی نیز استفاده کرد. چه در مورد اصول عملیه گفته می‌شود که این اصول، خود موضوع را به منزله واقع قرار می‌دهند و نه لوازم عقلی آن را. توجیهی که در مورد فرض نیز قابل استفاده است. برای بررسی بیشتر: أنصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية المیسرة، ج. ۳، ص. ۵۰۱.

۴۹. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، بهمن، چ. ۴، ۱۳۸۳، ص. ۱۷۸. ۵۰. صفار، محمدجواد، شخص حقوقی، نیل، چ. اول، ۱۳۷۳؛ مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، شخصیت حقوقی، تحولات حقوق خصوصی، ۱۳۷۱.

۵۱. لف و نشر مشوش. ۵۲. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدا...، مختصر حقوق خانواده، میزان، چ. ۷، ۱۳۸۳، ص. ۲۷۵.

۵۳. مفید، المقننه، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰، ص. ۸۱۵ - ۸۱۶: «و من خلی غریما لرجل من یده قهرا و اکراها کان ضامنا لما علیه. فان خلاه بمساله او شفاعه لم یکن علیه ضمان، الا ان یضمن ما علیه»؛

طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، دار الکتب العربی، ج. ۲، ۱۴۰۰، ص. ۳۱۶؛ حلی، محقق، *شرائع الإسلام*، ج. ۲، ص. ۳۶۴: «و من اطلق غریما من ید صاحب الحق قهرا، ضمن احضاره او اداء ما علیه. و لو کان قاتلا، لزمه احضاره او دفع الیه»؛ حلی، ابن ادریس، *السرائر*، ج. ۲، ص. ۷۷: «من خلی قاتلا من ید ولی المقتول، بالجبر و الاکراه، کان ضامنا لیه المقتول، الا ان یرد القاتل الی ولی و یمکنه منه.»؛ حلی، العلامه، *تحریر الأحکام*، ج. ۵، مؤسسه الإمام الصادق (ع)، ج. اول، ۱۴۲۰، ص. ۵۶۹.

۵۴. برای دیدن نظری که معتقد است که با تحقق فوت مکفول تعهد کفیل قهری ساقط نمی‌شود: جعفری لنگرودی، *کفالت*، گنج‌دانش، ج. ۳، ۱۳۷۸؛ برای دیدن نظر مخالف: الفاضل الابی، *کشف الرموز*، ج. اول، ص. ۵۶۱: «و من خلی غریما من ید غریمه قهرا لزمه اعادته او اداء ما علیه، ولو کان قاتلا اعاده او یدفع الیه، و تبطل الکفاله بموت مکفول عنه».

۵۵. تاریخ ۱۳۷۹/۹/۲۰ شماره دادنامه ۲۷۲ کلاسه پرونده ۴۴۲/۷۸.

۵۶. برخی از فقها بر این اعتقاد هستند که ابراء توسط هر يك از طلبکاران تنها نسبت به سهم خود وی نافذ است و برای تحقق اثر آن نیازی به اعلام رضایت از جانب طلبکار دیگر نمی‌باشد. (ر.ک.: سرخسی، ج. ۲۱: «ابراء من نصیبه کان صحیحا» «ابراء الغریم من حصته جازت البرایه»؛ *جوهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج. ۲۶، ص. ۳۳۳: «و ابراء احدهما الغریم او الصلح معه بشیء یمحض الباقی للشریک الاخر، فان البراء یتعلق بالمشاع علی اشاعته، و کذا الصلح، فمع فرض حصولهما و عدم تصور ملک الشخص علی نفسه لیمحض الباقی للشریک الاخر».) برای مطالعه بیشتر: ایزانلو، محسن؛ میرشکاری، عباس، *نقد مفهوم آثار طلب مشاع، فصلنامه حقوق*، دوره ۳۹، تابستان ۱۳۸۸، ش. ۲، ص. ۱۰۱.

۵۷. *تذکره الفقهاء*، ص. ۲۲۸: «و لو ابرا احد الشریکین الغریم من حقه بریء منه لانه بمنزله قبضه منه و لیس لشریکه الرجوع علیه بشیء لانه لم یقبض شیئا من حق الشریک».

۵۸. گاهی خود مقنن به خلاف واقع بودن حکم خود تصریح می‌کند: *ماده ۲۱۷ ق.م.ا.*: «هرگاه جراحی که نفر اول وارد کرده مجروح را در حکم مرده قرار داده و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال، دیگری کاری را انجام دهد که به حیات او پایان بخشد اولی قصاص می‌شود و دومی تنها دیه جنایت بر مرده را می‌پردازد.» با آن که در متن فوق از مجروحی بحث است که آخرین رمق حیات در وی باقی مانده اما مقنن او را در حکم مرده قرار داده است.

۵۹. برای دیدن نظر مخالف: آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، ج. ۲، انتشارات سمت، ج. ۵، تابستان ۱۳۸۴، ص. ۲۵۰.

۶۰. جعفری لنگرودی، *دایرة المعارف علوم اسلامی و قضایی*، ج. اول، ص. ۴۴.

۶۱. در فقه عبارت معادل علم عرفی، ظن متاخم (شهید ثانی، *شرح اللمعه*، ج. ۳، ص. ۱۳۶: «مشتق من تاخم یتاخم فهو متاخم و معناه الاتصال و المقاربه ای یقارب الظن العلم فی افادته الاطمینان») یا ظن غالب (جعفری لنگرودی، *ترمیمولوژی*، ص. ۴۳۷) است. به عبارت پایانی ماده ۱۸۰ ق.آ.د.ک. توجه شود: «رأی صادره پس از ابلاغ ظرف ده روز قابل واخواهی در همان دادگاه می‌باشد. در حقوق ا... رسیدگی غیابی جایز نیست. دادگاه در صورت ظن قوی بر وقوع جرم تا دستیابی به متهم، پرونده را مفتوح می‌گذارد.»

۶۲. برای مطالعه بیشتر: کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج. اول، ص. ۳۵۰؛ شمس، عبدالم... آیین دادرسی منی، ج. ۳، ص. ۲۱۱.
۶۳. بازگیر، یدالم... مسایل پیرامون چک در آرای قطعیته یافته دادگاهها، ج. اول، تابستان ۱۳۷۸، دادنامه ۴۷۸۰/۸۱۸۲ تاریخ: ۷۴/۱۱/۲۶: «شهادت از دلایل اثبات و قاطع دعوی است و نظریه کارشناسان از امارات محسوب است و از بین آن دو، اولویت با شهادت شهود است.»
۶۴. عراقی، آقا ضیاء الدین، نهاییه الافکار فی مباحث الافاظ، ج. ۲، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵، ص. ۶: «لا شبهه فی وجوب متابعه القطع عقلاً»؛ قمی، شیخ المؤمن، تسدید الاصول، ج. ۲، جامعه مدرسین قم، ج. اول، ۱۴۱۹، ص. ۶.
۶۵. عراقی، تنقیح الاصول، ص. ۱۹.
۶۶. فراید، ج. اول، ص. ۲۹: اصول الاستنباط، ص. ۱۷۹ و نیز: گلیپگانی، افاضه العوائد، ج. ۲، ص. ۷: شیرازی، تقریرات، ج. ۳، ص. ۲۳۵: «فلا یكون قابلاً للجعل لا نفیاً لفرض امتناع نفی هذه الصفة عنه و لا اثباتاً لكونه تحصيلاً للحاصل»؛ سبزواری، وسیله الوصول الی حقایق الاصول، ص. ۴۶۵: «ان طریقیه القطع الی الواقع ذاتیه و حجیته من جعله، و لیست قابله للجعل، و کذا الظن الاطمینانی الذی لا یعتنی العقلاء باحتمال خلافه، بل یطلقون علیه العلم عرفاً»؛ غروی اصفهانی، شیخ محمد حسین، نهاییه الدراییه فی شرح الکفایه، ج. ۲، ص. ۳۱: نجفی اصفهانی، شیخ ابی محمد رضا، وقایه الاذهان، ص. ۴۴۶: کاظمی خراسانی، شیخ محمد علی، فواید الاصول، ج. ۳، ص. ۶: انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعه الفقهیة المیسره، ج. ۳، ص. ۴۷۱.
۶۷. همان، ص. ۳۱: آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ص. ۲۵۸؛ مظفر، اصول، ص. ۴۰: «ان حجیته منبعثه من نفس طبیعه ذاته فلیست مستفاده من الغیر و لا تحتاج الی جعل من الشارع و لا الی صدور امر منه باتباعه بلا العقل هو الذی یكون حاکماً بوجوب اتباع ذلك الشیء و ما هذا شأنه لیس هو الا العلم»؛ حکیم، سید محمد سعید، المحکم فی اصول الفقه، ج. ۳، ص. ۲۲.
۶۸. کاظمی خراسانی، شیخ محمد علی، فواید الاصول، ج. ۳، ص. ۶۴؛ مظفر، اصول فقه، ج. ۲، ص. ۵۱.
۶۹. اصفهانی، وسیله الوصول الی حقایق الاصول، ص. ۴۳۷.
۷۰. «النادر کالمعدوم».
۷۱. به تعبیری که در متن مذکور افتاد میان طریق استقراء و قاعده الحاق الشیء بالاعم الاغلب تناسب دیده می شود به نحوی که دومی با به کارگیری اولی قابل استفاده خواهد بود. با این حال، برای دیدن مفارقت های این دو: انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعه الفقهیة المیسره، ج. ۳، ص. ۴۶۹.
۷۲. منظور نگارنده از معرفی غلبه به عنوان مبنای اماره حصر این نکته نمی باشد.
۷۳. همین مبنا سبب تمایز اماره از نهادهای حقوقی مشابه می گردد. برای مثال، در تمایز اماره از فرض می توان گفت که فرض قانونی لزوماً در غلبه ریشه ندارد. بنابراین به فرض پذیرش اماره مطلق در حقوق ایران (در حقوق ایران ماده ۲۳۰ ق.م. در تعیین وجه التزام را اماره خلاف ناپذیر ورود خسارت به طلبکار دانسته اند: غمامی، مجید، قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت مدنی، انتشار، ج. اول، ۱۳۸۳، ص. ۵۸؛ هم چنین برخی از استادان، قصد انشاء اظهار شده را اماره مطلق برخواست قاصد دانسته اند: جعفری لنگرودی، رمز و صلح، گنج دانش، ج. ۳، ۱۳۷۸، ص. ۴۰؛ برخی نیز اعتبار امر مختومه را اماره غیرقابل رد حقیقت می دانند:

صدرزاده افشار، سید محسن، *نگاهی به قوه قضائیه و لزوم توجیه رأی در دادگاه‌های بلژیک*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۲، ص. ۱۰. تفاوت آن با فرض قانونی در همین نکته خواهد بود. به نظر نگارنده، اماره خواه مطلق، خواه نسبی، ریشه در غلبه دارد، برخلاف فرض که ارتباطی با واقع ندارد. به همین دلیل اگر نهادی که در تردید در مورد ماهیت آن می‌باشیم ریشه در غلبه داشته باشد و خلاف آن قابل اثبات نباشد باید آن را اماره مطلق نامید. برای مثال، ماده ۲۲۵ ق.ت. مقرر می‌دارد: «تاریخ تحریر و مبلغ برات به تمام حروف نوشته می‌شود. اگر مبلغ بیش از یک دفعه به تمام حروف نوشته شده و بین آن‌ها اختلاف باشد مبلغ کمتر مناط اعتبار است. اگر مبلغ با حروف و رقم هر دو نوشته شده و بین آن‌ها اختلاف باشد مبلغ با حروف معتبر است»؛ ترجیح مبلغ کمتر بر مبنای اصل عملی عدم زیاده و اکتفا به قدر متیقن است اما ترجیح مبلغ حروفی بر عددی به این دلیل است که افراد در نوشتن مبلغ حروفی دقت بیشتری دارند تا مبلغ عددی؛ از همین رو، قانون‌گذار با نادیده گرفتن مبلغ عددی، مبلغ حروفی را ترجیح داده است و به اقتضای ماهیت تجارتی برات به نظر می‌رسد اثبات خلاف آن امکان‌پذیر نباشد. اما ماده ۱۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «امضا ورقه تعهد سهم به خودی خود مستلزم قبول اساس نامه شرکت و تصمیمات مجامع عمومی صاحبان سهام می‌باشد.» ریشه در غلبه ندارد یعنی نمی‌توان گفت که غالباً امضاکنندگان ورقه سهم اساس نامه و تصمیمات مجامع را قبول دارد. بنابراین دلالت امضا بر قبول فرض قانونی است نه اماره مطلق.

۷۴. در الذریعه (ج. ۱، ص. ۲۳) می‌خوانیم: «و ما يحصل عنده الظن یسمى اماره»؛ به نکته‌ای که در متن به آن اشاره شد عمدتاً در متون فقهی و قانونی، توجه کافی نشده است. برای مثال نویسنده سرائر (ج. ۲، ص. ۳۷۷) می‌نویسد: «فان افطر لا عن اماره و لا ظن فیجب علیه القضاء و الکفاره» در حالی که با توجه به رابطه علی اشاره شده در متن رابطه اماره و ظن طولی خواهد بود نه عرضی. پس نمی‌توان تصور حالتی را کرد که اماره باشد و ظن نباشد و یا بالعکس. تسامح قانون‌گذار در ماده ۲۲۸ ق.م.ا. که گویی اماره را چیزی جدا از ظن و احتمال می‌داند نیز قابل انتقاد به نظر می‌رسد. این ماده مقرر می‌دارد: «مدعی باید نسبت به مورد دعوی جازم باشد و با احتمال و ظن نمی‌توان علیه کسی اقامه دعوی کرد لیکن با وجود اماره و آثار جرم دعوی بدون جزم نیز مسموع است.» تسامح دیگر در مورد نقش اماره، عدم دقت در مورد محصول اماره است. همان‌طور که در متن گفته شد حاصل اماره، ظن است نه علم. در حالی که برای مثال، آنچه از تعریف محقق حلی در معارج الاصول (ص. ۴۸) برداشت می‌شود این مفهوم را نمی‌رساند: «و الاماره: هی ما النظر الصحیح فیها یفضی الی العلم» و نیز بنگرید به: مظفر، اصول فقه، ج. ۲، ص. ۱۴؛ عدم دقت قانون‌گذار نیز در بیان محصول اماره از تأمل در ماده ۲۵۵ ق.آ.د.م. مشخص می‌گردد. این ماده مقرر می‌دارد: «اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد.» ملاحظه می‌شود که با وجود آن‌که اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب شده، حاصل آن، علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن دانسته شده و این یعنی که حاصل اماره می‌تواند علم یا اطمینان باشد.

۷۵. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج. ۶، ص. ۱۲؛ ملازمه مفهومی کلی و قابل تردید در اعمال مصادیق است. در حقوق امریکا ضابطه رابطه معقول در مورد رابطه واقعیت مبنایی و واقعیت فرض شده، مطرح

است. در ۱۹۴۳ در پرونده‌ای موسوم به Tot v. united states متهم قانون اسلحه‌های گرم فدرال را به چالش کشید که براساس آن اسلحه گرم موجود در تصرف فردی که سابقاً به جرم خشونت‌آمیز محکوم شده است دلالت می‌کند که آن اسلحه از طریق تجارت بین ایالتی حمل شده است. دادگاه در تأیید بی‌اعتبار دانستن قانون فوق مقرر داشت: «یک اماره قانونی نمی‌تواند معتبر باقی بماند اگر هیچ‌گونه ارتباط معقولی میان واقعیت اثبات‌شده و واقعیت نهایی فرض‌شده وجود نداشته باشد به این معنی که استنباط یک امر از دلیلی دیگر به علت فقدان ارتباط میان آن دو در تجربه عموم خودخواهانه است». در دعوی موسوم به PEOPLE V. STEVENSON دادگاه عالی کالیفرنیا (۱۹۶۴) در توضیح رابطه معقول به‌عنوان ضابطه بیان داشت که: «براساس دانش تجربی واقعیت اثبات‌شده نشانه نهایی واقعیت فرض‌شده باشد». در دعوی موسوم به (leary V. united states 1969) متهم قانون کنترل مواد مخدر مصوب ۱۹۵۶ را به چالش کشید. براساس این قانون تصرف ماری‌جوانا دلالت بر این می‌کند که متصرف آن به ورود غیرقانونی مواد فوق علم دارد. دادگاه چنین استنباطی را غیرعقلایی، مستبدانه و نتیجتاً خلاف قانون اساسی دانست و به‌عنوان دلیل بیان داشت که: «برای معتبر دانستن استنباط فوق باید اثبات شود که اکثریت متصرفین ماری‌جوانا یا به رشد بالای واردات ماده فوق علم دارند یا به تولید ماری‌جوانای در تصرف در خارج از کشور علم دارند». برای دیدن بحثی در مورد اماره در حقوق کامن لا:

cross on evidence, butter worths, fourth edition 1974, p.109.

76. Garrett Clark Dailey, Rebuttable Criminal and Civil Presumption California Statutory Dichotomy, University of California. Davis, Vol 9, P.666.

۷۷. محمدی، ابوالحسن، اصول فقه، ص ۲۰؛ گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقه، سمت، ج ۷، ۱۳۸۵، ص ۲۵۰.

۷۸. کاظمی، شیخ محمد علی، فرائد الاصول، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶، ص ۳۱.

۷۹. انصاری، فرائد الاصول، ج ۲، مجمع فکر اسلامی، ج ۱، اول، ۱۴۱۹، ص ۹: «و قد عرفت: ان القطع حجه فی نفسه لا بجعل جاعل، و الظن یمكن ان یعتبر فی متعلقه، لانه کاشف عنه ظنا، لکن العمل به و الاعتماد علیه فی الشرعیات موقوف علی وقوع التعبد به شرعا، و هو غیر واقع الا فی الجملة»؛ همان، ص ۱۱: «ثم ان الظن الغير المعتبر حکمه حکم الشک كما لا یخفی»؛ سبزواری، وسیله الوصول الی حقایق الاصول، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱، اول، ۱۴۱۹، ص ۴۳۵؛ کاظمی، شیخ محمد علی، فرائد الاصول، ج ۳، ص ۴۰؛ فیاض، محمد اسحاق، تعالیق مبسوطه، محلاتی، ج ۲، بی تا، ص ۱۲.

۸۰. عراقی، آقا ضیاء‌الدین، تنقیح الاصول، صص ۱۹ و ۲۰: «و اما الظن فحیث لا یغنی من الحق شیئا و یحتاج اعتباره الی جعل و اعتبار فلا حکم للعقل فیه بل هو تابع لجعل الطریقه فیه و اعتبار من ینتبت له الحجیه و ینفیه». در مذمت پیروان ظن از دیدگاه شرع: مظفر، اصول فقه، ج ۲، ص ۱۶؛ نویسنده این کتاب با استناد به همین روایات، قاعده را بر بی‌اعتباری ظن قرار می‌دهد و حتی موارد اعتبار ظن را تخصصاً از قاعده بی‌اعتباری ظن خارج می‌کند. ر.ک.: اصول استنباط، ص ۱۷۷.

۸۱. کاظمی، شیخ محمد علی، فرائد الاصول، ج ۳، ص ۴۲: «الاصل یقتضی حرمة التعبد بکل اماره لم یعلم التعبد بها من قبل الشارع»؛ انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية المیسرة، ج ۳، ص ۴۷۱.

۸۲. اختلاف است در این امر که اقدام شارع در حجت در نظر گرفتن ظن (به تعبیر کاظمی در فواید الاصول، ج ۳، ص ۷: «تتمیم کاشفیت ظن») تأسیس است یا امضا: ر.ک.: جعفری لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ص ۳۵.

۸۳. مظفر، اصول فقه، ج. ۲، ص. ۳۷۰.
۸۴. قمی، میرزا ابوالقاسم، قوانین الاصول، بی ناشر، بی تا، ص. ۸۰.
۸۵. خراسانی، آخوند محمد کاظم، کفایة الاصول، مؤسسه آل بیت، بی تا، ص. ۳۱۰؛ اصول الاستنباط، ص. ۲۰۳.
۸۶. اصول استنباط، ص. ۱۸۷: نویسنده ظاهر را نهی از ظن در اصول عقاید می بیند. با این حال نتیجه‌ای دیگرگونه می گیرد.
۸۷. برای دیدن نظر مخالف: جعفری لنگرودی، دایرة المعارف علوم اسلامی و قضایی، ج. اول، ص. ۱۵۶.
۸۸. أنصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج. ۳، ص. ۴۹۶.
۸۹. قمی سبزواری، علی بن محمد، جامع الخلاف والوافق، پاسدار اسلام، بی تا، ص. ۳۲؛ چنان که علامه حلّی در منتهی المطلب (ج. اول، ص. ۷۴) می نویسد: «رجوعاً عن المتیقن الی المظنون و هو باطل».
۹۰. با توجه به وجود دو نوع اماره و احتمال تعارض آن دو، باید جانب کدامیک را گرفت؟ در طرفداری از تفوق اماره قضایی می توان گفت که با توجه به این که حاصل اماره قضایی، علم شخصی و حاصل اماره قانونی، علم نوعی است و نظر به این که علم شخصی بر علم نوعی غلبه دارد و به واقع نزدیک تر است، جانب اماره قضایی را باید گرفت.
- اما می توان در بیان نظر مخالف گفت که قانون گذار بر حسب میزان احتمال اصابت دلیل به واقع حدود دعاوی را که آن دلیل می تواند به کار رود، مشخص می کند. بنابراین اگر احتمال اصابت دلیلی به واقعیت کم باشد قانون گذار آن را تنها در مورد دعاوی کم ارزش و محدود می پذیرد. قانون گذار در حدود اماره قضایی در ماده ۱۳۲۴ ق.م. مقرر نموده است: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی درخصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند.»
- ملاحظه می شود که قانون گذار اعتبار اماره قضایی را به احکام شهادت احاله داده است. ماده ۱۳۰۶ ق.م. هم در مقام بیان حدود اعتبار شهادت می نویسد: «جز در مواردی که قانون استثنا کرده است هیچ یک از عقود و ایقاعات و تعهدات را که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد نمی توان فقط به وسیله شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد ولی این حکم مانع از این نیست که محاکم برای مزید اطلاع و کشف حقیقت به اظهارات شهود رسیدگی کنند.»
- ماده فوق در اصلاحات ۱۳۶۱/۱۰/۸ و ۱۳۷۰/۸/۱۴ حذف شد. حال این سؤال جای طرح دارد که آیا با توجه به این که قانون احاله داده شده از اعتبار ساقط شده و در نتیجه اعتبار شهادت کامل گشته؛ اعتبار اماره قضایی هم مطلق خواهد شد؟
- قبل از پاسخ به این سؤال لازم است در مورد احاله اندکی توضیح دهیم. گاهی یک قانون عموماً من باب اختصار در بیان و تکمیل مفاد خود، توضیح امر یا اموری را به قانونی دیگر ارجاع می دهد، این ارجاع، احاله نامیده می شود. مشکل، زمانی پدید می آید که اعتبار قانون احاله گیرنده به پایان می رسد. حال مسأله این خواهد بود که در مورد امر مورد احاله واکنش مفسر قانون چه باید باشد؟ گاهی خود قانون احاله دهنده این مشکل را پیش بینی می کند (مانند ماده ۲۴۲ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت) گاهی نیز قانون جایگزین قانون احاله گیرنده این مشکل را پیش بینی می کند (مانند ماده ۲۹۹ همان لایحه). به هر حال در غیر این موارد

می‌توان به‌عنوان حکم کلی گفت که پس از انقضای اعتبار قانون احاله‌گیرنده، مفاد آن قانون را در مورد امر مورد احاله باید معتبر دانست گویی که متن قانون احاله‌گیرنده دوباره در متن قانون احاله‌دهنده تکرار گردیده؛ با بی‌اعتبار شدن قانون احاله‌گیرنده تنها مفاد آن در قسمت قانون احاله‌گیرنده بی‌اعتبار شده نه متنی که در قانون احاله‌دهنده اعتباراً درج گردیده است.

اما در مورد بحث اماره نیز به نظر نگارنده با توجه به نظر شورای نگهبان در ابطال ماده ۱۳۰۶ ق.م. که ناظر به شهادت می‌باشد نه اماره قضایی (مجموعه قوانین، ۱۳۶۷، ص. ۶۳۶)، لذا تنها شهادت اعتبار خود را بازیافته است نه اماره و محدودیت اماره قضایی هنوز پابرجا است. به همین دلیل با توجه به محدودیت اماره قضایی و اعتبار گسترده اماره قانونی، تفوق دومی بر اولی را باید پذیرفت.

۹۱. جعفری لنگرودی، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، ص. ۳۹۲. در این طرز تلقی اصولی، شك در تقابل با یقین است. با این حال برخی از اهل ذوق با دیدگاهی کلام‌گونه شك را در ساختمان یقین دخیل می‌دانند: خرمشاهی، بهاء‌الدین، *از شك تا یقین*، دفتر نشر معارف، چ. اول، ۱۳۸۴، ص. ۲۹.

۹۲. گاهی شك سبب حکم واقعی می‌گردد: شهید ثانی، *قواعد و فواید*، ص. ۳۶.

۹۳. مظفر، شیخ‌محمد رضا، *اصول فقه*، ج. ۲، ص. ۲۳۳.

۹۴. انصاری، *فوائد الاصول*، ج. اول، ص. ۲۵؛ مظفر، علامه محمد رضا، *اصول فقه*، ص. ۲۳۶؛ *اصول الاستنباط*، ص. ۲۰۶: «ولکن لم یثبت بحسب الاستقراء من العقل و الشرع الا اصول الاربعه المهمه»؛ انصاری، *الموسوعة الفقهية المیسرة*، ج. ۳، ص. ۴۹۹؛ روزدری، علی، *تقریرات آیه الله المجدد الشیرازی*، ج. ۴، مؤسسه آل‌البتیت (ع)، چ. اول، ۱۴۱۴، ص. ۱۴؛ بهسودی، محمد، *مصباح الاصول*، ج. ۲، علمی، چ. ۵، ۱۴۱۷، ص. ۲۴۸.

۹۵. آل‌الشیخ راضی، شیخ محمد طاهر، *بدایة الوصول فی شرح کفایة الاصول*، ج. ۵، ص. ۲۰۶؛ سبزواری، *وسیله الوصول الی حقایق الاصول*، ص. ۴۶۴؛ جعفری لنگرودی، *دایرة المعارف علوم اسلامی*، ج. اول، ص. ۸۳.

۹۶. برخی از فقها نیز تنها اصول عملیه عمده در مورد شك در احکام و نه موضوعات را اصول ۴گانه می‌دانند: کاظمی، شیخ محمد علی، *فوائد الاصول*، ج. ۳، صص. ۳۲۵ - ۳۲۶.

۹۷. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی در دایرة المعارف علوم اسلامی (ج. اول، ص. ۱۶۰) با ذکر اقسام مهم اصول عملیه افزون بر اصول مرسوم به‌طور ضمنی حصر این اصول را نپذیرفته است. در جلد دوم همان کتاب (ص. ۱۹۶) نیز انصاف را به‌عنوان اصل عملی معرفی می‌کند. دکتر محسن ایزانلو نیز به استناد ماده ۱۵۳ ق.م. از اصل برابری (تساوی) در مصداقی نوین (سهم خسارت مادی و معنوی در میزان دیه) استفاده می‌کند. برای مطالعه بیشتر: ایزانلو، محسن، *استرداد مزایای تأمین اجتماعی از محل دین مسئولیت مدنی*، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، ش. اول، بهار ۱۳۸۷، ص. ۴۵.

۹۸. خراسانی، آخوند محمد کاظم، *کفایة الاصول*، ص. ۴۱۵؛ در فقه از این مورد در فرع اصل مثبت یاد می‌شود: یزدی، *سؤال و جواب*، مرکز نشر علوم اسلامی، چ. اول، ۱۳۷۶، ص. ۱۵؛ روحانی، سید محمد صادق، *زبدة الاصول*، ج. ۲، مدرسه الإمام الصادق، چ. اول، ۱۴۱۲، ص. ۳۲۹؛ همان، ج. ۳، ص. ۱۶۵؛ همان، ج. ۴، همان، ص. ۱۱۷؛ انصاری، *الموسوعة الفقهية المیسرة*، ج. ۳، ص. ۴۹۶.

۹۹. سبزواری، *وسیله الوصول الی حقایق الاصول*، ص. ۷۵۸؛ مظفر، *اصول فقه*، ج. ۲، ص. ۱۱۵.

۱۰۰. برخی عمده مبنای استصحاب را اخبار شریفی می‌دانند که نهی‌کننده از نقض یقین به وسیله شک است. این مبنا تنها بر لزوم ترتب آثار شرعی برای مستصحب دلالت می‌کند نه آثار عقلی و عادی. برای بررسی بیشتر: اصول المهدیه، ص. ۲۴؛ با این حال برخی (جعفری لنگرودی، دایرة المعارف علوم اسلامی، ج. اول، ص. ۱۶۰) با توجه به هدف تسهیل و راهگشایی موجود در اصول عملیه، اقتضا را در آن می‌بیند که اصل نسبت به لوازم خود نیز حجت باشد با این حال با توجه به «اصل عدم ارزش اثباتی دلیل» اثبات لوازم را محتاج دلیل می‌دانند. (همان، ص. ۱۶۱)

۱۰۱. أنصاری، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج. ۳، ص. ۴۹۶.

منابع:

الف: فارسی:

- ۱ - اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی، مجله دانشکده حقوق، ۱۳۶۸.
- ۲ - امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج. ۶ انتشارات ابوریحان، چ. ۶ بهار ۱۳۶۴.
- ۳ - بازگیر، یدالله، رسیدگی به دلایل و احکام راجع به آن‌ها، گیتی، چ. اول، ۱۳۸۱.
- ۴ - _____، تشریفات دادرسی مدنی در آیین دیوان عالی کشور، گیتی، چ. اول، ۱۳۸۱.
- ۵ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج‌دانش، چ. ۱۶، ۱۳۸۵.
- ۶ - _____، تاریخ حقوق ایران، معرفت، بی‌تا.
- ۷ - _____، دایرةالمعارف علوم اسلامی و قضایی، ج. اول، گنج‌دانش، چ. ۳، ۱۳۸۱.
- ۸ - _____، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، گنج‌دانش، چ. ۳، ۱۳۸۲.
- ۹ - خوانساری، محمد، منطق صوری، ج. ۲، آگاه، چ. ۳۲، ۱۳۸۶.
- ۱۰ - دمیرچلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، میثاق عدالت، چ. ۴.
- ۱۱ - سیاح، عبدالحمید، فرهنگ جامع، نشر اسلام، چ. ۳، ۱۳۷۸.
- ۱۲ - شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج. ۳، دراک، چ. ۲، پاییز ۱۳۸۴.
- ۱۳ - شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، مجد، چ. ۴، ۱۳۸۴.
- ۱۴ - طباطبایی، محمدحسین، اصول فلسفه و روش رئالیسم، صدرا، ۱۳۵۸.
- ۱۵ - غمامی، مجید؛ آذین، سیدمحمد، نقش متقابل دادرسی و اصحاب دعوا، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، ش. ۲، ۱۳۸۸.
- ۱۶ - کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ انتشار، چ. ۳۲، ۱۳۸۱.
- ۱۷ - _____، اثبات و دلیل اثبات، ج. اول، نشر میزان، چ. اول، زمستان ۱۳۸۰.
- ۱۸ - _____، نظریه عمومی تعهدات، دادگستر، چ. اول، بهار ۱۳۷۹.
- ۱۹ - محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۶۹.
- ۲۰ - محمدی، ابوالحسن، اصول فقه، دانشگاه تهران، چ. ۱۸، پاییز ۱۳۸۳.
- ۲۱ - مظفر، محمدرضا، منطق، ترجمه منوچهر صانعی، نشر حکمت، چ. ۴، ۱۳۷۷.
- ۲۲ - میرشکاری، عباس، ثبوت یا اثبات، نشریه دادگستران، ش. ۶ دی ماه ۱۳۸۵.
- ۲۳ - _____، مجمع پریشانی بحث‌هایی در باب اراده، نشریه دادگستران، ش. ۷، اردیبهشت ماه ۱۳۸۶.
- ۲۴ - نیسی، سعید، مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی، بهنامی، چ. اول، ۱۳۸۵.

ب: عربی:

- ۱ - حسن بن زین الدین (صاحب معالم)، ابن شهید ثانی، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، ج. اول، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۲ - اردبیلی، محقق، زبدة البیان، مکتب مرتضوی، بی تا.
- ۳ - _____، مجمع الفائدة، ج. ۴، مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۳۶۴.
- ۴ - انصاری، شیخ محمدعلی، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج. ۳، مجمع الفكر الإسلامي، ۱۴۲۰.
- ۵ - بحرانی، محقق، الحدائق الناضرة، ج. ۲۳، مؤسسة النشر الإسلامي.
- ۶ - بجنوردی، سید محمدحسین، القواعد الفقهية، ج. اول، نشر هادی، ج. اول، ۱۴۱۹.
- ۷ - بروجردی، شیخ بهاء الدین الحجتی، حاشیه علی الکفایه الاصول، مؤسسه انصاریان، ج. اول، ۱۴۱۲.
- ۸ - حائری، السید کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی، مجمع فکر اسلامی، ج. اول، ۱۴۱۵.
- ۹ - حکیم، سید محمد سعید، المحکم فی اصول الفقه، ج. ۳، مؤسسة المنار، ج. اول، ۱۴۱۴.
- ۱۰ - حلّی، ابن إدريس، السرائر، ج. ۲، مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي، ج. ۲، ۱۴۱۰.
- ۱۱ - حلّی، ابن فهد، المهذب البارع، ج. ۳، جامعه مدرسین، ۱۴۱۱.
- ۱۲ - حلّی، علامه، مبادئ الوصول الى علم الاصول، مکتب الاعلام الاسلامی، ج. ۳، ۱۴۰۴.
- ۱۳ - حلّی، علامه، ارشاد الأذهان، ج. اول، مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۰.
- ۱۴ - خویی، سید ابوالقاسم، صلاة، ج. ۲، منشورات مدرسه دارالعلم، ۱۴۱۱.
- ۱۵ - امام خمینی، سید روح...، تحرير الوسیله، ج. ۲، دارالکتب العلمیه.
- ۱۶ - _____، کتاب البیع، ج. ۵، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی، ج. اول، ۱۴۲۱.
- ۱۷ - _____، تهذیب الاصول، ج. ۲، انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۰.
- ۱۸ - خمینی، سید مصطفی، تحریرات فی الاصول، ج. ۳ و ۵ و ۶، مؤسسه نشر آثار امام، ۱۴۱۱.
- ۱۹ - خوانساری، جامع المدارک، ج. ۳، مکتبه صدوق، ج. ۲، ۱۴۰۵.
- ۲۰ - رشتی، بدایع الافکار، مؤسسه آل بیت قم، ۱۳۱۳.
- ۲۱ - روحانی، سید محمدصادق، زبدة الاصول، ج. ۳، معاصر، مدرسه الإمام الصادق، ج. اول، ۱۴۱۲.
- ۲۲ - سبزواری، محقق محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحكام، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳.
- ۲۳ - شاکي، حاج حسین، موسوعة المصطفى والعترة (ع)، ستاره، ج. اول، ۱۳۱۸.
- ۲۴ - شروانی و العبادی، حواشی الشروانی، ج. اول، دار إحياء التراث العربی.
- ۲۵ - شهید اول، الدروس، ج. ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ج. اول، ربیع الثانی ۱۴۱۴.
- ۲۶ - _____، لمعة دمشقیه، ج. ۲، چاپ قدس، ج. اول، ۱۴۱۱.
- ۲۷ - شهید ثانی، رسائل، منشورات مکتبه بصیرتی، بی تا.
- ۲۸ - _____، مسالك الافهام، ج. ۵، معارف اسلامی، ج. اول، ۱۴۱۴.
- ۲۹ - _____، مسالك الأفهام، ج. ۱۴، پاسدار اسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ج. اول، ۱۴۱۹.
- ۳۰ - _____، شرح المعه، ج. ۲، مطبعه الأدب، ج. اول، ۱۳۸۷ - ۱۹۶۷ م.
- ۳۱ - شیرازی، میرزا، تقریرات، ج. ۳، مؤسسه آل بیت قم، ۱۴۰۹.
- ۳۲ - شیرازی، صدرالدین محمد، الحکمه المتعالیه فی الأسفار العقلیه الأریهه، ج. ۲، دار إحياء التراث العربی، ج. ۳، ۱۹۸۱ م.

- ٣٣ - صدر، سيد محمد باقر، *بحوث في علم الاصول*، ج. ٢، مؤسسه دايره المعارف فقه اسلامي، ١٤١٧.
- ٣٤ - طباطبائي، سيد محمد حسين، *بداية الحكمة*، مؤسسه النشر الإسلامي، ١٤١٢.
- ٣٥ - طهراني، آقا بزرگ، *التريعه*، ج. اول، مجلس.
- ٣٦ - عاملي، حر، *تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة*، ج. ٧، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ج. اول، ١٤٠٩.
- ٣٧ - عاملي، سيد محمد، *مدارك الأحكام*، ج. ٥، مؤسسه آل البيت، شعبان ١٤١٠.
- ٣٨ - عراقي، آقا ضياء الدين، *نهاية الافكار في مباحث الالفاظ*، ج. ٢، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤٠٥.
- ٣٩ - ابوالقاسم بن محمد حسين القمي (ميرزاي قمي)، *جامع الشتات*، ج. اول، مؤسسه كيهان، ج. اول، ١٣٧١، ش.
- ٤٠ - كاظمي، الشيخ محمد علي، *فرائد الأصول*، ج. ٤، ١٤٠٩.
- ٤١ - گلپايگاني، سيد محمد رضا، *افاضة العوائد على درر الفوائد*، ج. ٢، دارالقران الكريم، ١٤١٠.
- ٤٢ - مشكيني، شيخ علي، *اصطلاحات الأصول*، دفتر نشر الهادي، ١٣٧١ ش.
- ٤٣ - مصطفوي، محمد كاظم، *مائة قاعدة فقهية*، مؤسسه النشر الإسلامي، ١٤١٧.
- ٤٤ - مغنيه، محمد جواد، *الشيعة في الميزان*، دارالتعارف للمطبوعات، ج. ٤، ١٣٩٩.
- ٤٥ - مظفر، علامه محمد رضا، *اصول فقه*، ج. ٢، دارالفكر، ج. ٤، ١٣٨٥.
- ٤٦ - مكارم، ناصر، *القواعد الفقهية*، ج. ٢، مدرسه الامام اميرالمومنين، ١٤١١.
- ٤٧ - نجفي، صاحب الجواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*، ج. ٢١، ٢٢، ٢٦، ٣٥، دار إحياء التراث العربي، ج. ٧.
- ٤٨ - نراقي، محقق، *مستند الشيعة*، ج. ٧، ستاره قم، ١٤١٩.