

الكتاب: ادله اثبات دعوى (فارسي)
المؤلف: علي اكبر محمودي دشتي
الجزء:
الوفاء: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ١٣٧٣ ش
المطبعة: باقري - قم
الناشر: مجمع الفكر الإسلامي - قم
ردمك:
ملاحظات:

ادله
اثبات دعوی
علی اکبر محمودی دشتی

(۱)

قم - ص. پ. ۳۶۵۴ / ۳۷۱۸۵
تلفن: ۷۳۷۱۱۷
نام کتاب: ادله اثبات دعوی
مؤلف: علی اکبر محمودی دشتی
ناشر: مجمع الفکر الإسلامي - قم
نوبت چاپ: اول
حروفچینی: مجمع الفکر الإسلامي - قم
لیتوگرافی: مؤسسه الهادی - قم
چاپ: باقری - قم
تاریخ انتشار: دی ماه ۱۳۷۳
تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه
کلیه حقوق برای مجمع الفکر الإسلامي محفوظ است

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

(۳)

در روزگاری که قرآن و معارف اسلام غریبانه به گوشه عزلت و فراموشی سپرده شده بود و فاصله فرهنگی مسلمانان از اسلام عمیق تر میشد، و در دورانی که غرب گرایان افکار الحادی را در میان جوانان و بویژه طبقات روشنفکر و تحصیل کرده ترویج میکردند، آری در اوج غربت اسلام و قرآن احیاگر بزرگ دین و روح و جان مسلمین حضرت امام خمینی (قدس سره) برخاست و بزرگترین نهضت دینی را در دوره

غیبت کبری رهبری نمود.

در میان ثمرات گوناگون این نهضت مبارک بی شك بازگشت شریعت مقدسه اسلام به صحنه زندگی اجتماعی مسلمانان، پر ارج ترین آن بود. و در این میان دانش استوار فقه حضوری ملموس تر از سایر علوم اسلامی را دارا میباشد. چرا که علم فقه عهده دار پاسخ گوئی به مشکلات و نیازهای اجتماعی مسلمانان است. لذا طرح و تبیین ابعاد فقه بالنده شیعی بویژه مباحثی که در ارتباط با اداره نظام مقدس جمهوری اسلامی است از ضرورت کامل برخوردار است. با نظر به همین ضرورت و نیاز، جناب حجة الاسلام والمسلمین حاج شیخ علی اکبر محمودی، مبحث " ادله اثبات دعوی " را که از موضوعات مهم نظام

قضائی است مورد کنکاش و بحث علمی قرار داده و در باره مسائل مختلفی که در زمینه راهها و ادله اثبات دعوی مطرح است به تحقیق پرداخته است. در این رساله پس از بحث در باره کلیاتی پیرامون موضوع مورد بحث از دلیل سند و اقرار سخن به میان آمده است. و مبنی و متن مباحث مزبور نیز قانون مدنی است که با توجه به قواعد و آراء فقهی مورد تحقیق واقع شده است. امید که حاصل این تلاش قدمی در جهت تبیین نظام قضائی اسلام بوده و مقبول نظر ارباب علم و فضیلت قرار گیرد.

والحمد لله اولاً و آخراً
گروه فقه

مجمع الفكر الإسلامی

۷۳ / ۹ / ۲۰

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.
الحمد لله الذي أنعمنا بالولاية وألهمنا طريق الهداية وعلمنا شرائع الإسلام عن طريق العترة الطاهرة. والصلاة على أشرف الأنبياء محمد (صلى الله عليه وآله) وعلى آله خير البررة.

در وقتی که تهاجم فرهنگی از هر سو علیه اسلام و ارزشهای اسلامی وارد میدان شده و مبانی اسلام را به باد انتقاد گرفته بر علماء اسلام لازم است - به حکم لزوم دفاع از اسلام و ارزشهای اسلامی - که از حریم اسلام دفاع نموده. و احکام مترقی اسلام را به مردم عرضه کنند.

زمانی که قلم به دستهای مزدور از هر سو وارد میدان شده و احکام اسلام را به باد مسخره بگیرند و آن را منافی با تمدن بدانند وظیفه دانشمندان و علماء اسلام است که از اسلام دفاع کنند و مبانی فکری اسلام را برای مردم روشن کنند. در دورانی که قلم به دستهای جاهل با عنوان روشنفکری احکام اسلام را مخالف تمدن دانسته و آن را محدود به زمان صدر اسلام بدانند وظیفه عالمان دین آن است که در حد توان خود از اسلام دفاع کنند و احکام نورانی اسلام و قرآن را برای مردم بیان کنند.

امروز که بیداری اسلامی فراگیر شده و در جای جای کشورهای اسلامی مردم به پا خواسته اند و خواهان پیاده شدن احکام اسلام هستند این وظیفه علمای اسلام است که احکام و مفاهیم اسلام را از انزوا بیرون آورده و با سبکی نو و متناسب با مقتضیات زمان احکام نورانی اسلام را برای مردم بیان کنند.

در عصری که مردم سرخورده از فرهنگ های الحادی و مادی روی به اسلام آورده و حقیقت را تنها از فرهنگ اسلام جویا میشوند، لازم است علمای اسلام با جدیت تمام احکام مترقی اسلام را به مردم ارائه داده و آنها را با مفاهیم قرآن و سنت اهل بیت (علیهم السلام) آشنا سازند.

بر این اساس اینجانب وظیفه خود دانستم که در تلاشی محدود بخشی از احکام قضاء یعنی ادله اثبات دعوی و آئین دادرسی را بر مبنای فقه امامیه مورد بحث قرار داده و آن را با قوانین نظامهای قضائی دیگر مورد مقایسه قرار دهم.

مباحث رساله حاضر بر مبنای قانون مدنی که متخذ از متون فقهی امامیه میباشد تدوین شده است.

ربنا تقبل منا إنك أنت سميع الدعاء

علی اکبر محمودی دشتی

قم - مهر ماه / ۱۳۷۳

فصل اول

بحتهایی پیرامون ادله اثبات دعوی

- ۱ - تعریف دلیل و بینه
- ۲ - محل تدوین ادله اثبات
- ۳ - حجیت و اعتبار علم قاضی
- ۴ - متعلق دلیل اثبات
- ۵ - مسئولیت اقامه دلیل

۱ - تعریف دلیل وینه
در باره ادله اثبات دو واژه و اصطلاح به کار رفته است یکی واژه " دلیل " و دیگری
واژه " وینه ". لذا این بحث در دو مطلب خلاصه مگردد: مطلب اول: در تعریف
" دلیل " و مطلب دوم: در تعریف " وینه " میباشد.

۱ - تعریف دلیل:

" دلیل " در لغت به معنای راهنما میباشد. و در اصطلاح، حقوقدانان برای آن
تعریفهای مختلفی بیان داشته اند:
تعریف اول: عبارت است از آنچه که در قانون آیین دادرسی مدنی آمده است.
قانون آیین دادرسی مدنی، در ماده (۳۵۳)، دلیل را چنین تعریف میکند:
" دلیل، عبارت از امری است که اصحاب دعوی برای اثبات دعوی یا دفاع از دعوی
به آن استناد منمایند ".

این تعریف، دلیل را به آنچه که اصحاب دعوی بدان استناد میکنند منحصر
کرده. اما آنچه را که قاضی و حاکم بدان استناد میکند دلیل ندانسته است، و این
اصل مبنای قانونگذاری در آیین دادرسی مدنی قرار گرفته و بر همین مبنا ماده

(۳۵۸) قانون آیین دادرسی مدنی، قاضی را از تحصیل دلیل منع نموده و تصریح میکند که:

"هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوی، تحصیل دلیل کند بلکه فقط به دلایلی که اصحاب دعوی تقدیم یا اظهار کرده اند رسیدگی میکند".
و در این مسیر، قانونگذار برای فرار از تناقض، تحقیقات و معاینات محلی را که دادگاه، خود اقدام به تحصیل آن منماید اصلاً دلیل ندانسته. و در ذیل ماده (۳۵۸) قانون آیین دادرسی مدنی تصریح میکند که: "تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری در خلال دادرسی لازم بداند از معاینه محل و تحقیقات از گواه ها و مسجلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال اینها تحصیل دلیل نیست". و به همین جهت تأمین دلیل را که صراحت به دلالت دارد دلیل ندانسته است.

و در ماده (۳۲۲) قانون آیین دادرسی مدنی، تصریح میکند که: "تأمین دلایل برای حفظ آن است و به هیچ وجه دلالت نمیکند بر این که دلایلی که تأمین شده، معتبر و در دادرسی، مدرک ادعای صاحب آن خواهد بود". پس با ملاحظه مجموع مواد گذشته، مشخص میشود که قانون آیین دادرسی تنها آنچه که اصحاب دعوی به آن استناد میکنند "دلیل" دانسته و غیر از آن و آنچه که قاضی و حاکم بدان تمسک میکند، دلیل ندانسته است.

نقد و بررسی:

اولاً: منحصر کردن دلیل به آنچه که اصحاب دعوی به آن استناد میکنند، مدرک فقهی و حقوقی ندارد.

ثانیاً: مواردی هست که فقها و حقوقدانان به طور اتفاق عقیده دارند که قاضی میتواند به علم خود قضاوت کند. مثلاً در مواردی که قاضی بر اساس معلومات

تاریخی و جغرافیایی بدانند که ملك مورد نزاع، " وقف " یا از اراضی " موات " و یا " مفتوحة العنوة " و یا " ملك دولت " میباشد، قاضی میتواند به علم خود عمل کند و ملك را به جهت مربوطه مسترد کرده و یا دعوی را رد نماید. پس اگر دلیل را به آنچه که اصحاب دعوی بدان استناد میکنند منحصر نماییم، باید در این مورد بگوییم که قاضی بدون دلیل رأی داده است، چرا که دلیل وی مورد استناد اصحاب دعوی نبوده است.

ثالثاً: تعریف فوق با مواد قانون مدنی منافات دارد، چرا که در ماده (۱۳۲۱) امارات قانونی را دلیل دانسته و تصریح میکند: " (اماره) عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته میشود ". و در ماده (۱۳۲۲) مگوید: امارات قانونی، اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکوره در این قانون از قبیل: مواد (۳۵)، (۱۰۹)، (۱۰۰)، (۱۱۵۸) و (۱۱۵۹) و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر که با

مراجعه به آن مواد تصریح شده ملاحظه میکنیم که بعضی از امور به عنوان دلیل در قانون آمده است و دلالت آن مطلق است و مقید به صورتی که مورد استناد دعوی قرار گرفته باشد نیست. بلکه بعضی از امارات را در اختیار قاضی گذارده است که باید به نظر وی دلیل بر امری باشد. مثلاً مواد مربوط به بحث " ید " و " تصرف " موضوع ماده (۳۵) قانون مدنی به بعد که " ید " و " تصرف " را اماره و دلیل بر مالکیت

شناخته است هر چند که مورد استناد اصحاب دعوی قرار نگرفته باشد.

تعریف دوم: تعریفی است که دانشمند معروف عرب دکتر عبد الرزاق سنهوری در کتاب " الوسیط " خود بیان داشته است، وی دلیل اثبات را چنین تعریف کرده: " الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها

القانون علی وجود واقعة قانونية ترتب آثارها " (۱).
" (اثبات) عبارت است از اقامه دلیل در برابر محکمه - به کیفیتی که قانون معین کرده - بر وجود يك واقعه قانونی که آثاری بر او مترتب است " و شرح این تعریف مستلزم بیان چهار مقدمه است:

مقدمه اول: اثبات در باب قضا از جهاتی با اثبات به معنای عام فرق دارد، زیرا:
اولا - اثبات به معنای عام کلمه، مقید به امر خاصی نیست، بلکه در هر علمی روش مشخص و خاصی برای اثبات وجود دارد، مثلا: تاریخ نگار با روش معینی حقایق تاریخی را اثبات میکند. و در علوم تجربی نیز برای اثبات واقعیتها و قوانین طبیعت راهها و شیوه های دیگری به کار میبرند. فقیه نیز در استنباط حکم شرعی طریقه خاص خود را دنبال میکند. اثبات در باب قضا هم کلی و عام نبوده بلکه محدود به راه های خاصی است. از این رو قاضی نمیتواند به صرف شهادت يك فرد، قضاوت نماید - هر چند که وی عادل باشد - بلکه او میتواند تنها با شهادت دو

نفر یا اقرار یا ارائه يك سند، حکم قضایی را صادر نماید. در حالی که در همین زمینه مبینیم که مجتهد میتواند تنها با استناد به يك خبر واحد حکم شرعی را استنباط نموده و بپذیرد.

ثانیا - قاضی پس از اثبات در محکمه، موظف است که طبق دلیل اثباتی مقرر در قانون حکم نماید و گرنه متخلف از قانون عدالت محسوب میگردد و این بر خلاف اثبات در سایر موارد است زیرا: شخص مستنبط ملزم نیست به مؤدای ادله اثبات خود عمل نماید.

(۱) الوسيط ۲: ۱۲.

ثالثاً - حکم صادره بر مبنای ادله اثبات در باب قضا غیر قابل نقض میباشد ولی نظریه های علمی در هر حدی که بوده باشد ممکن است در قرآن با ارائه دلیل مخالف، دچار نقض شود.

مقدمه دوم: از آنجایی که متعلق دلیل اثبات طبق تعریف ذکر شده عبارت از واقعه و حادثه قانونی است پس صحیح نیست که متعلق دلیل اثبات خود حق مورد نزاع باشد، بلکه باید متعلق دلیل یکی از منابع حقوق باشد. مثلاً شبه جرم (عمل غیر مشروع) يك حادثه مادی است که قانون این عمل مادی را منشأ تعهد و حق دانسته یا فوت مورث يك حادثه مادی است که به موجب قانون، منشأ حق برای ورثه مگردد، و همچنین عقد، يك تصرف قانونی است که به موجب قانون، منشأ حق مگردد و دلیل اثبات باید به منشأ حق، تعلق گیرد، نه به خود حق.

مقدمه سوم: در تعریف دلیل آمده است که ادله اثبات باید در محکمه و در نزد قاضی ارائه شود، چرا که ممکن است حادثه مورد نزاع در محکمه، مورد انکار قرار گیرد، مثلاً در مورد اقرار و یا شهادت اگر در خارج از محکمه صورت گرفته و در محکمه انکار شود در این صورت اقرار و شهادت ارزشی ندارد.

مقدمه چهارم: بنابر تعریف مذکور، اقامه دلیل در محکمه به کیفیتی که قانون تعیین کرده است بر وجود يك واقعه قانونی که آثاری بر او مترتب است، ممکن است دلیل يك حقیقت قضایی را اثبات نماید که با واقعیت و نفس الامر مخالف باشد چرا که حقیقت قضایی با واقعیت فرق دارد ممکن است حاکم به موجب ادله اقامه شده و محتویات پرونده به مالکیت ملك مورد نزاع به نفع " خواهان " حکم کند

ولی در واقع و نفس الامر ملك " خوانده " باشد.

نقد و بررسی:

اولاً - این تعریف، دلیل را به آنچه که اصحاب دعوی در مقام اثبات دعوی یا دفاع از آن در محکمه اقامه میکنند، منحصر دانسته است و شامل آن اماراتی که دادگاه بدان استناد میکند نیست.

ثانیاً - در مقدمه دوم آمده است که: دلیل اثبات باید به منشأ حق تعلق گیرد نه به خود حق. و حال آن که این مسأله به طور مطلق قابل قبول نیست. مثلاً در باب شهادت، فقها بحث کرده اند که آیا شاهد میتواند به خود حق شهادت داده یا آن که باید به منشأ حق که امر حسی است شهادت بدهد. در این مورد عده ای از فقها از جمله حضرت آیه الله خوئی در "تکملة المنهاج" مفرماید:

" لا تجوز الشهادة إلا بالمشاهدة أو السماع أو ما شاكل ذلك " (۱).

" جائز نیست شاهد، به امری شهادت بدهد مگر آن که آن را دیده یا شنیده و یا برای او محسوس باشد ".

و استدلال کرده است به اینکه شهود به معنای حضور است، یعنی احساس کردن واقعه مورد شهادت. و این همان معنی را مرساند که دلیل اثبات در باب قضا باید به منشأ حق تعلق گیرد، نه به خود حق. البته این اصل مورد انتقاد قرار گرفته و جمعی از فقها آن را قبول ندارند.

حضرت آیه الله امام خمینی (قدس سره) در "تحریر الوسيلة" مفرماید:

" الضابط في ذلك العلم القطعي واليقين، فهل يجب أن يكون العلم مستندا إلى الحواس الظاهرة فيما يمكن... أم يكفي العلم القطعي بأي سبب، وجهان، الأشبه

(۱) مباني تکملة المنهاج ۱: ۱۱۱، المسألة ۹۵.

الثاني " (۱).

" معيار در باب شهادت آن است که از روی علم و يقين باشد و آيا واجب است که علم، به یکی از حواس ظاهره مستند باشد يا خير - در جواب مفرماید - شرط نیست بلکه شهادت کافی است که از روی علم و يقين باشد از هر راهی که به دست

آمده باشد "

در باب " اقرار " نیز فقها اتفاق دارند که اقرار، ممکن است به خود حق تعلق بگیرد و شرط نیست که حتماً به منشأ حق، اقرار شود. و در قانون مدنی نیز شرط نشده است که متعلق شهادت، منشأ حق باشد (۲).

بنابر این مبنای مقدمه دوم تعريف - یعنی این که اثبات و دليل باید به منشأ حق تعلق گیرد نه به خود حق - اصل مسلمی نبوده و قابل قبول نیست. ثالثاً - در مقدمه سوم آمده است که دليل و اثبات باید در محکمه صورت بگیرد. چرا که دليل اگر خارج از محکمه مطرح شود و در محکمه مورد انکار قرار گیرد، آن

دليل ارزشی نخواهد داشت. و لکن این اصل نیز قابل نقد است، زیرا دليل هر چند که در خارج از محکمه صورت گرفته و در محکمه انکار شود ولی صحیح نیست بگوئیم این دليل فاقد ارزش قانونی است. البته دليل خارج از محکمه با دليلی که در محکمه ارائه شده فرق میکند و اقرار و شهادت در محکمه با اقرار و شهادت در خارج از محکمه تفاوت دارد ولی نه بدان معنا که دليل در خارج از دادگاه اصلاً

(۱) تحرير الوسيلة ۲: ۴۴۵، المسألة ۱.

(۲) در ماده (۱۳۱۵) قانون مدنی مگوید: شهادت باید از روی قطع و يقين باشد نه به طور شك و تردید.

اعتبار نداشته باشد و او را دلیل نگوئیم. پس اقراری که در خارج از محکمه صورت گرفته باشد دلیل و قابل بررسی است هر چند که در محکمه مورد انکار قرار بگیرد. همچنین شهادتی که در خارج از دادگاه بیان شده دلیل و قابل بررسی در محکمه است هر چند که در محکمه انکار شود. پس این تعریف نیز به جهت اشکالات وارده قابل قبول نیست.

تعریف سوم تعریفی است که محقق لنگرودی بیان داشته است، ایشان در تعریف دلیل اثبات، چنین گفته است: " در تعریف دلیل اثبات دعوی... میتوانیم بگوئیم رهنمای اندیشه به يك مجهول قضایی در مقام اثبات یا دفاع دلیل اثبات دعوی است " (۱).

نقد و بررسی:

اولا - مطلق رهنمای اندیشه، دلیل اثبات نیست. مثلا شهادت يك نفر ممکن است رهنمای اندیشه به يك مجهول قضایی باشد و حال آن که دلیل اثبات قانونی بر آن صدق نمکند، زیرا دلیل اثبات قانونی را " بینه " نیز مگویند ولی شهادت يك نفر را بینه نمگویند.

ثانیا - در تعریف، اندیشه مطلق بیان شده است و حال آن که دلیل اثبات قانونی رهنمای اندیشه، خاص است و تنها اندیشه قاضی ملاك میباشد. اما به هر حال این تعریف با اصلاحات و تغییرات لازم بهترین تعریف است و باید آن را بدین گونه تعریف نماییم:

دلیل اثبات عبارت است از راهنمای اندیشه دادرس برای کشف موضوع قضایی

(۱) دائرة المعارف ۱: ۳۹.

به طریق و کیفیتی که قانون تعیین کرده است و موضوع قضایی عبارت است از حادثه و واقعه مادی که به موجب قانون منشأ حق مگردد و یا تصرف قانونی که به موجب قانون منشأ حق مگردد و شرح آن نیز در سابق گذشت.

بنابر این تعریف، سوگند و قسم جزو مصادیق دلیل اثبات نمباشد و حق هم همین است. چرا که سوگند و قسم کشف از حقیقت نمکند بلکه دعوی را فیصله و قطع میکند. و لذا در روایات و اخبار ما سوگند در مقابل دلیل وینه قرار گرفته است و آنچه که در قانون مدنی در ماده ۱۲۵۸ آمده که قسم را در عداد ادله اثبات آورده صحیح نبوده و اشتباه به نظر می‌رسد.

۲ - تعریف بینه:

کلمه " بینه " در قرآن و روایات ما ذکر شده و فقها و متشرعین نیز این کلمه را در موارد بسیاری به کار می‌برند. و این کلمه در لغت به معنای مطلق و ضوح میباشد و در این باره " قاموس اللغة " در ماده " البین " مگوید: " وبان بیاننا: إتضح فهو بین "

و در " لسان العرب " مگوید: " وبان الشئ بیاننا: إتضح فهو بین "، یعنی آنچه که واضح شده است " بین " مگویند. و در " فرهنگ معین " چنین آمده است: " بینه به معنای دلیل روشن و آشکار و برهان واضح است ". در قرآن نیز این کلمه چندین بار آمده است و راغب اصفهانی در کتاب " مفردات " بینه را چنین معنا میکند: " والبینه، الدلالة الواضحة عقلية كانت أو محسوسة "، بینه به معنای دلالت واضح و روشن است عقلی باشد و یا حسی. در " قاموس قرآن " در باره کلمه بینه چنین مگوید: " بینه مؤنث بین، دلیل روشن و واضح ". و در روایات ما نیز به معنای حجت و دلیل روشن و واضح استعمال شده است. در همین مورد حضرت آیه الله خوئی در

تقریراتش چنین مفرماید: برای بینة، حقیقت شرعیة و یا متشرعی ثابت نشده است بلکه در قرآن و روایات به همان معنای لغوی که به معنای دلیل روشن و واضح است آمده است. معنای روایت معروف از پیغمبر اسلام که مفرماید: "إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان" (۱)، آن است که بین شما مردم تنها به بینة دلیل و سوگند قضاوت مکنم. و هدف از این گفتار آن است که پیغمبر و ائمه (علیهم السلام) به

استثنای حضرت قائم در مخاصمات و مرافعات به علم وجدانی خود که از وحی یا الهام سر چشمه گرفته باشد قضاوت نمکنند، بلکه به دلیل، حجت و سوگند استناد مکنند خواه آن که مطابق با واقع بوده و یا مخالف آن باشد. و بالأخره این معنا که در ذهن فقها متداول است که بینة را به معنای شهادت دو نفر عادل دانسته اند اصل و منشائی ندارد بلکه در روایات ما به همان معنای لغوی استعمال شده است (۲). و مؤلف المجله - مجموعه قوانینی که در استامبول برای دانشجویان تدوین شده است - در فصل "بینات" در باره اصطلاحات فقهی در ماده ۱۶۷۶

چنین مگوید: "البينة هي الحجة القوية"، بینة عبارت است از حجت و دلیل قوی. ابن القيم جوزیه مگوید: "البينة في كلام الله ورسوله و كلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق، فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين" (۳).

"بینة در کلام خدا و رسول و اصحاب پیغمبر به معنی هر چیزی است که حق را

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۶۹، باب ۲ از ابواب کیفیة الحكم، حدیث ۱.

(۲) تنقیح العروة الوثقی ۲: ۲۸۵.

(۳) اعلام الموقعین ۱: ۹۰.

روشن میکند. بنابر این، مفهوم آن اعم از مفهومی است که فقها از این کلمه دارند چرا که فقها بینه را به شهادت دو نفر عادل یا شهادت يك نفر به انضمام یمین اختصاص داده اند."

تفصیل و حق مطلب آن است که: قاضی برای به دست آوردن مجهول قضایی گاهی به علم خود استناد کرده و گاه نمکند، اگر به علم خود استناد کند پس برای هر دلیل و مدرکی که موجب علم شود میتواند اعتبار قائل شود، و اما اگر علم خود را مدرک قضاوت قرار ندهد حال یا برای آن که به علم نرسیده یا به هر سبب دیگری پس در این مورد ادله اثبات قانونی او را موظف میکند که بر طبق آن به مجهول قضایی رسیده و به استناد آن ادله قضاوت نماید. اما مشروط به آن که قاضی علم به خلاف نداشته باشد. مثلاً شهادت دو نفر عادل هر چند که موجب تحصیل علم برای قاضی نباشد ولی چون قانون و شرع این امر را دلیل اثبات دانسته قاضی موظف است بر اساس آن قضاوت نموده و نمیتواند به بهانه عدم تحصیل علم از قضاوت شانه خالی کند بنابر این، در تعریف بینه و دلیل میتوان چنین گفت: بینه و دلیل عبارت است از راهنمای اندیشه قاضی برای کشف امر مورد نزاع یا به گونه ای که برای قاضی علم آور باشد و یا آن که قانون آن را دلیل دانسته باشد.

۲ - محل تدوین ادله اثبات

غالباً قانون نویسان در دو مورد از ادله اثبات بحث میکنند یکی در قانون مدنی و دیگری در آیین دادرسی مدنی، زیرا ادله اثبات دارای دو جنبه است یکی جنبه مادی و دیگری جنبه تشریفاتی. جنبه مادی آن عبارت است از خود عناصر ادله اثبات و راه های آن و مقدار ارزش هر کدام. و جنبه تشریفاتی آن عبارت است از این که ادله اثبات به چه کیفیت و شکلی باید ادا شود. و آیا باید به شکل کتابت یا به شکل دیگری عرضه شود. با ملاحظه این دو جنبه، حقوقدانان و قانونگذاران اختلاف نظر دارند. يك دسته معتقدند که هر دو جنبه ادله اثبات را باید در آیین دادرسی گنجانید که قانونگذاران آلمان و سوئیس از این دسته هستند. و دسته دوم تفصیل قائل شده اند و جنبه مادی آن را در قانون مدنی تدوین، و جنبه های تشریفاتی و صوری آن را در آیین دادرسی تدوین نموده اند که قانونگذاران فرانسه و کشورهای لاتین و به تبع آن قانون نویسان ایران از این دسته هستند.

دکتر احمد متین دفتری در کتاب آیین دادرسی، جلد ۱ به این دسته انتقاد کرده و میگوید: برخی از مصنفین به این شیوه قانونگذاری خرده گرفته اند و گفته اند که این تفرقه، هم از حیث نظری و هم از حیث عملی موجب زحمت میباشد. سپس

مگوید: این وضع مربوط به دوره استبداد فرانسه و مربوط به سالهای ۱۶۶۷ میلادی است که پادشاه وقت فرانسه دستور داد دادگاههای فرانسه باید تشریفات دادرسی را رعایت نمایند و بعد از انقلاب نیز از همان فرمان اقتباس شد. بعد اضافه میکند که دانشمندان فرانسوی خود معترفند که قانون آنها در قسمت ادله از همه بیشتر کهنه و مندرس شده و تشریفات زائدی در بر دارد... با این حال متأسفانه ما راجع به ادله از قانونگذاری فرانسه تقلید کرده ایم.

گروه سوم هر دو جنبه ادله اثبات را يك جا و به طور مستقل تحت عنوان " ادله اثبات " یا " ادله بینات " تدوین نموده اند که قانون نویسندگان انگلستان و سوریه از این روش پیروی کرده اند.

۳ - حجیت و اعتبار علم قاضی

فقها و حقوقدانان در حجیت علم قاضی اختلاف نموده و نظریه های مختلفی را مطرح کرده اند که آن نظریات بدین شرح است:
نظریه اول:

قاضی میتواند به علم خود از هر جا و به هر کیفیت که به دست آورده باشد عمل کند به شرط اینکه علم وی منشائی متعارف داشته باشد. مشهور فقهای امامیه این رأی را اختیار نموده و قانون کشورهای آلمان، سوئیس، انگلستان و آمریکا نیز تا اندازه زیادی از این نظریه تبعیت کرده است.

نظریه دوم:

قضاوت مقید به ادله قانونی میباشد و قضاوتی حق است که بر طبق ادله اثباتی که قانون آن را تعیین کرده انجام گرفته باشد و قاضی نمیتواند از حدود ادله که قانون برای کشف حقیقت قضایی تعیین نموده تجاوز نماید. جمعی از فقهای اسلام طرفدار این نظریه میباشند.

مقایسه ای بین این دو نظریه:

با دقت در کتب حقوقی به دو نکته برخورد میکنیم که هر کدام نتیجه ای مخالف نتیجه دیگری دارد و آن دو نکته عبارت است از:

۱ - آزاد گذاشتن قاضی در مقام قضاوت تا از هر راه معمول و متعارف و به هر کیفیت، تحصیل علم و باور نماید. این مسأله موجب آفت بزرگ استبداد و تک روی قاضی شده و گاه ممکن است منجر به تضییع حق مدعی یا متهم گردد.

۲ - گاه مشود که حقیقت قضایی با واقعیت و نفس الامر مطابقت پیدا نمکند. مثلاً ادله ای که قانون آن را تعیین نموده ایجاب میکند که رأی به قاتل بودن متهم، صادر شود در حالی که واقعیت بر خلاف آن است در این صورت اگر بنا باشد قاضی

ملزم به دلیلی باشد که قانون آن را تعیین نموده و از آن حد تخطی نکند این امر مستلزم آن است که قاضی بر خلاف واقعیت، قضاوت نموده و رأی ظالمانه ای را صادر نماید. اما اگر نظریه اول را پذیرفته و گفتیم که قاضی در مقام قضاوت آزاد است تا از هر طریق و به هر کیفیت تحصیل علم نماید در این حال قاضی بر مبنای علم خود و نه طریق و دلیل قانونی، رأی خواهد داد و اگر دلیل قانونی بر خلاف واقعیت نتیجه دهد قاضی موظف به تبعیت از آن نیست چون ملاک و معیار در این مورد علم قاضی است، اما - چنانچه گذشت - این نظریه هم قاضی را به استبداد میکشاند. و اگر طرفدار قضاوت محدود شده و گفتیم که قاضی موظف است از دلیلی که قانون آن را برای کشف حقیقت تعیین نموده پیروی کند در این صورت گرچه قاضی از خطر تک روی و استبداد مصون مماند ولی مواجه با خطر محور شدن بی چون و چرای دلیل شده و نتیجتاً قاضی را از واقعیتها دور خواهد ساخت.

نظریه سوم:

گروهی بین دو نظریه سابق تلفیق کرده اند بدین صورت که در بعضی موارد معتقد به نظریه قضاوت آزاد شده و در بعضی موارد دیگر نظریه قضاوت محدود و مقید به طرق قانونی را پذیرفته اند. پیروان این نظریه معتقدند که در امور جنایی، قاضی آزاد است از هر راه و به هر کیفیت تحصیل علم نماید. ولی در امور مدنی و تجارت، قاضی را مقید و ملزم به تبعیت از ادله قانونی دانسته اند. قانون مصر به تبعیت از کشورهای لاتین، فرانسه، ایتالیا و بلژیک این نظریه را پذیرفته است. اما این نظریه مشکل گذشته را حل نمکند. چرا که بر فرض، قاضی در امور جنایی آزاد باشد که از هر راه و از هر قرینه و شهادتی تحصیل علم نماید ولی جنایی بودن قضیه، قاضی را از استبداد باز نمدارد و یا اگر او را در امور مدنی و تجاری مقید بدانیم قاضی به حقیقت و واقعیت نزدیک نمیشود چرا که دلیل قانونی برای قاضی تحصیل علم نمینماید بلکه تنها موجب ظن و گمان میباشد.

" محقق لنگرودی " در زمینه حل مشکل مزبور، تمام ادله قانونی را علم آور مداند و مگوید: " به نظرم روح مشترك ادله اثبات دعوی و پایه همگی آنها علم عادی یا قطع متعارف که نام اطمینان هم به خود گرفته است، علمی است که متعارف

مردم در برخورد با قضایا و حوادث پیدا میکنند " (۱).
ملاحظه میکنید که جناب آقای دکتر لنگرودی خواسته است با مبنای این که همه ادله اثبات قانونی، موجب علم عادی و اطمینان میباشد، مشکل تضاد بین حجیت و اعتبار علم قاضی و حجیت و اعتبار ادله قانونی را حل کند، ولی این مبنا

(۱) دائرة المعارف ۱: ۴۴.

خود ادعایی است بدون دلیل خصوصا این که بعضی از ادله قانونی ممکن است با قطع نظر از تنازع و خصومت، موجب اطمینان باشد ولی با توجه به ادعای مقابل و فرض خصومت، موجب اطمینان نباشد. مثلاً قاعده " ید " و " تصرف " را که دانشمند محترم مگوید: " بر اساس غلبه موجب اطمینان میباشد " ممکن است با صرف نظر از خصومت و تنازع موجب اطمینان باشد ولی با توجه به فرض خصومت، ممکن است صفت اطمینان بخش بودن خود را از دست بدهد. اما با دقت و توجه بیشتری روشن میشود که بین نظریه اول و دوم هیچ گونه تضاد و تنافی وجود ندارد و میتوان گفت که قاضی در راه به دست آوردن مجهول قضایی میتواند به هر وسیله ای که ممکن است برای او ایجاد علم کند متوسل شود. و اگر تحصیل علم برای وی میسر نشد آنگاه موظف به استفاده از ادله قانونی خواهد شد، خواه آن که ادله قانونی، وی را به واقع و حقیقت به طور جزم و یقین برساند و یا آن که تنها مفید ظن و گمان باشد اما در هر حال اعتبار ادله قانونی منحصر در مواردی است که قاضی علم به خلاف آن نداشته باشد و گرنه آن ادله ارزش و اعتبار خود را از دست خواهد داد. برای توضیح این نظریه لازم است اموری را متذکر شویم:

۱ - در علم اصول، علم را به " طریقی " و " موضوعی " تقسیم کرده اند و گفته اند که: علم طریقی عبارت است از علمی که هیچ گونه 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، مثلاً گاه مگوید اگر به بازگشت مسافر علم پیدا کردید یکصد تومان صدقه بدهید، در این مورد وجوب تصدق متوقف بر علم به بازگشت مسافر میباشد و علم در این جا

موضوعی است. اما اگر گفت چنانچه مسافر بازگشت یکصد تومان به فقیر صدقه دهید، در این جا علم به بازگشت مسافر موضوعی نبوده بلکه طریقی است یعنی آن که وجوب تصدق مربوط به بازگشت مسافر است و علم به بازگشتن وی، نقشی در ثبوت حکم ندارد.

بر مبنای این توضیحات باید گفت که: علم قاضی در مقام قضاوت موضوعی است، چون در لسان دلیل و شرع گفته شده است که قاضی باید بر اساس علم خود قضاوت کند و یا در باره شاهد گفته شده است که وی باید از روی قطع و یقین شهادت بدهد.

۲ - شکی نیست که علم حجت است و مقصود از حجیت و اعتبار علم آن است که شخص عالم مکلف است که بر طبق علم خود عمل کند البته این امر در موردی است که متعلق علم تکلیفی، لازم الاطاعة باشد یعنی آن تکلیف از سوی مقامی صادر شده باشد که اطاعت او بر انسان واجب باشد و گر نه هر تکلیفی از هر منبعی هر چند که انسان بدان علم بیابد واجب الاطاعة نیست.

۳ - حجیت و اعتبار علم منحصر به علم منطقی که هیچ گونه احتمال خلاف در آن نباشد نیست، بلکه علم عادی در حد اطمینان را نیز شامل میشود. این موضوع با دلایلی چند قابل اثبات است:

دلیل اول: بنای عقلا در طول تاریخ بر آن بوده است که به اطمینان و علم عادی عمل کنند و اگر کسی به حکم و تکلیفی اطمینان پیدا کرد و بدان عمل نماید مورد تحسین عقلا واقع میشود و چنانچه بر طبق اطمینان خود عمل نکند مورد ملامت و سرزنش عقلا قرار میگیرد. و اگر اطمینان به نفی تکلیف پیدا کرده بر آن مبنا عمل نماید او را ملامت نمکنند و منعی از طرف شرع و قانونگذاری نسبت به این رویه

صادر نشده است بلکه بنابر آنچه که خواهیم گفت خود اهل شرع نیز همواره به این رویه عمل مکرده اند.

دلیل دوم: در قرآن کریم در سوره ممتحنه کلمه علم به معنای اطمینان آمده است آن جا که مفرماید: * (فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار) * (۱)،

جریان از این قرار بود که: برخی از زنان، به پیغمبر ایمان آورده و از مکه فرار کرده به

سوی مدینه هجرت نمودند، شوهران آنها از پیغمبر درخواست کردند تا بر اساس صلحنامه حدیبیه تقاضای پناهندگی زنان مزبور را رد کرده و آنان را به مکه باز گرداند. در این باره وحی آمد که این دسته از زنان را امتحان نمایید اگر معلوم شد که

آنان برای حفظ ایمان خود هجرت کرده اند آنها را به کفار باز نگردانید. که در این آیه

علم به معنای اطمینان است، زیرا آزمایش آنان از طریق "قسم" بوده و قسم هم علم و قطع نمآورد. پس آیه فوق، دال بر آن است که پیامبر به "اطمینان" عمل مکرده است و عمل پیامبر هم معتبر و ملاک حجیت است.

بنابر این، تمام ادله براءت و رفع تکلیف و استصحاب، محدود به موارد جهلی است که خالی از اطمینان باشد و مفهوم این قضیه چنین میشود که علم عادی در حد اطمینان، موضوع اصل براءت، استصحاب و بقیه اصول را از بین میبرد. دلیل سوم: باز هم تمسک به آیات قرآن است که علم و ظن را در مقابل هم قرار داده و صریحا با اشاره به کفار اعلام میکند که اینها (کفار) علم ندارند و تنها به ظن و گمان تکیه میکنند. این آیات به شرح زیر است:

(۱) سوره ممتحنه، آیه ۹.

- ۱ - * (ما لهم به من علم إلا اتباع الظن) * (۱).
- ۲ - * (ما لهم بذلك من علم إن هم إلا يخرصون) * (۲).
- ۳ - * (و ما لهم بذلك من علم إن هم إلا يظنون) * (۳).
- ۴ - * (و ما لهم به من علم إن يتبعون إلا الظن) * (۴).

مفهوم این آیات آن است که ظن و گمان و حرص، حجیت نداشته و علم، حجیت دارد و اینها (کفار) باید دنبال علم باشند. و مفهوم علم اختصاص به علم منطقی صد در صد ندارد بلکه علم عادی و عرفی را نیز شامل میشود. اما این سه دلیل اگر در حد قطع، قانع کننده باشند میتوانند حجیت و اعتبار اطمینان را اثبات کنند و اما اگر در حد افاده علم عادی و اطمینان باشند نمیتوانند اعتبار علم عادی را ثابت نمایند، زیرا نمیتوان حجیت اطمینان را با اطمینان ثابت نمود و مثل آن است که حجیت علم را به واسطه خود علم ثابت نماییم.

دلیل چهارم: حجیت و اعتبار علم عادی و اطمینان، همچون اعتبار علم قطعی بدیهی است مانند اذعان به واقعیت خارجی و وجود محسوسات در جهان عینی. و در مقام توضیح باید گفت: قسمت اعظم علوم و دانستیهای بشر به نحو اطمینان است. مثلاً علم تاریخ، علم تفسیر، علم اخلاق، علم فقه، علم اصول و علوم تجربی و ... کلاً بر مبنای اعتبار علم عادی و اطمینان استوار است و اگر بنا باشد که اطمینان

(۱) سوره نساء، آیه ۱۵۷.

(۲) سوره زخرف، آیه ۲۰.

(۳) سوره جاثیه، آیه ۲۴.

(۴) سوره النجم، آیه ۲۸.

فاقد ارزش و اعتبار باشد قسمت اعظم این علوم باید از مجموعه علوم و فرهنگ بشر حذف شود. چرا که مثلاً "علم تاریخ" که علم به حوادث گذشته و تجزیه و تحلیل آن و فهم عوامل مؤثر در آن است اکثراً بر پایه منقولات است و منقولات هم اگر مفید علم باشند تنها در حد علم عادی و اطمینان فایده خواهند داشت. همچنین "علم تفسیر" که علم به ظهورات قرآن کریم است و ظهور الفاظ هم برای انسان علم یقینی نیاورد بلکه نهایتاً میتواند اطمینان بخش باشد. و نیز "علم فقه" با استثنای ضروریات آن که به طور قطع و یقین ثابت است بقیه احکام آن

تنها در حد اطمینان ثابت است.

و همین طور "علم اصول" که عبارت است از علم به قواعد خاصی که مجتهد در مقام استنباط احکام به طور مستقیم از آن استفاده میکند، حجیت اکثر قواعد آن تنها در حد علم عادی معلوم میشود. در "علوم تجربی" نیز بنابر تحصیل اطمینان است. دانشمند وقتی در موردی پس از تجربه‌ها و بررسیهای مکرر نظریه‌ای را به دست می‌آورد حد اقل در آغاز کار تنها به آن نظریه اطمینان خواهد داشت و نه قطع منطقی. پس با توجه به شمول و گسترش عمل به علم عادی در جامعه بشری، میتوان بدیهی بودن حجیت و اعتبار اطمینان را پذیرفت. لذا محقق نراقی در کتاب "عوائد" چنین مگوید:

"إعلم أن العلم الذي هو الحجة في الشرعيات من غير احتياج إلى دليل و برهان هو العلم العادي" (۱).

یعنی: "علمی که در مسائل شرعی حجت و معتبر است و حجیت و اعتبار آن

(۱) عوائد الایام: ۱۵۳.

محتاج به دلیل و برهان نمباشد همان " علم عادی " است. ملاحظه میشود که محقق نامبرده حجیت و اعتبار علم عادی را بدیهی دانسته و لذا آن را محتاج به دلیل و برهان نمداند.

۴ - آیا علم موضوعی حجت و موجب ترتیب اثر است یا خیر؟
جواب: باید گفت که علم موضوعی هم مثل علم طریقی، حجت است و همان طور که علم طریقی محرك و باعث انسان به عمل است همچنین علم موضوعی حجت است و باید به مقتضای آن عمل نمود و همان دلیلی که حجیت علم طریقی را اثبات میکند همان دلیل حجیت علم موضوعی را نیز اثبات منماید. با این فرق که حجیت علم طریقی قابل تقیید نیست و نمیتوان گفت که در فلان مورد، علم طریقی حجت است و در جای دیگر حجت نیست لذا در مورد علم طریقی مگوییم که از هر راه و کیفیتی به دست بیاید حجت است و این امر قابل تقیید نیست ولی علم موضوعی قابل تقیید است چون علم موضوعی همان طور که گفتیم عبارت است از علمی که در متن دلیل و قانون قید شده باشد بنابر این، مقام قانونگذار میتواند علمی را که از منشائی خاص به دست آمده باشد حجت بداند لا غیر. مثلا در باب شهادت که علم در آن موضوعیت دارد برخی معتقدند شهادتی قابل ترتیب اثر است که علم شاهد منشائی حسی داشته باشد و این همان تقیید نمودن علم موضوعی به طریق حسی است. بعضی دیگر اعتقاد بر آن دارند که قاضی نمیتواند به استناد علم خود حکم نماید بلکه باید طبق ادله قانونی قضاوت کند که در این جا علم قاضی نیز مقید به طرق خاص قانونی شده است.

۵ - آیا قاضی میتواند به علم خود قضاوت نماید یا خیر؟
جواب: چنانچه یاد آور شدیم طبق نظر برخی از فقها قاضی موظف است بر

اساس ادله قانونی قضاوت نموده و نمیتواند به استناد علم خود حکم نماید. اما مشهور فقهای امامیه بر آنند که قاضی در قضاوت خود آزاد است و از هر طریق و به هر کیفیت که تحصیل علم نمود میتواند قضاوت کند. با توجه به ادله ای که در فقه مطرح شده است رأی مشهور صحیح و قابل قبول است. ادله نظر مشهور بدین شرح است:

الف - آیه شریفه: * (وَإِذَا حُكِمَ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) * (۱)، اگر بین مردم

قضاوت مسکنید پس باید به عدالت قضاوت نمایید. مفاد آیه آن است که آنچه برای قاضی لازم است، حکم به عدالت میباشد و پر واضح است که قاضی اگر به علم خود عمل کند حکم او بر طبق عدالت خواهد بود. البته تمامیت این دلیل متوقف بر آن است که دلیلی مبنی بر این که قضاوت باید طبق ادله قانونی باشد در دست نباشد و گرنه با وجود آن دلیل، تنها عدل در قضاوت کافی نبوده بلکه باید بر مبنای ادله قانونی باشد.

ب - قاضی اگر به علم خود عمل نکند یا باید بر خلاف علم خود و طبق ادله قانونی حکم کند که این خود فسق و گناه بزرگی بوده و بر خلاف عدالتی است که پایه و اساس قضاوت بر آن استوار است و یا آن که قضاوت را متوقف نموده و این خود نکول محسوب میشود. در این زمینه مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی مگوید:

" مشهور فقهای امامیه بر آنند که حاکم و قاضی میتواند به علم خود - حتی بدون بینة و اقرار - هم در حق الناس و هم در حق الله قضاوت نماید. وعده ای از فقها

(۱) سوره نساء، آیه ۵۸.

مانند شیخ طوسی (رحمه الله) و غیره بر این نظر دعوی اجماع نموده اند ". و بعد اضافه

مکند: " اقوی همان رأی مشهور است، زیرا اگر قاضی مقید به بینه و اقرار (ادله قانونی) باشد و بر خلاف علم خود قضاوت نماید یا باید بر خلاف عدالت قضاوت نماید که این خود فسق و گناه بزرگی است و یا باید قضاوت را متوقف نموده که این

هم بر خلاف مصالح عامه میباشد " (۱).

اما مخالفان با قضاوت آزاد و طرفداران تقیید قضا نیز دلایلی ارائه داده اند:

دلیل اول - اگر قاضی مجاز باشد تا از هر طریق و به هر کیفیتی که تحصیل علم نمود قضاوت نماید طبعا در معرض اتهام قرار خواهد گرفت و بالأخره یکی از متداعیین که حکم بر علیه او صادر شده قاضی را متهم به عدم رعایت بی طرفی میکند و ممکن است که قضاوت وی زیر سؤال قرار بگیرد.

جواب: باید گفت که طبیعت قضا چنین اقتضا میکند و غالبا قاضی حتی اگر به عدالت رفتار کند و یا به ادله قانونی عمل کند ذینفع او را ستایش نموده و محکوم علیه او را متهم ننماید.

دلیل دوم - روایاتی است که راه قضاوت را به ادله قانونی منحصر میکند، مثل: " البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر ". یعنی تنها راه قضاوت، شهادت است که به عهده مدعی است و راه دیگر سوگند است که به عهده منکر میباشد. و روایت منقول از پیغمبر (صلی الله علیه وآله) که مفرماید: " إنما أفضي بینکم بالبینات

والأیمان " (۲)، تنها راه قضاوت من بینه و قسم میباشد. و یا روایاتی که مگوید: تنها

(۱) عروة الوثقی ۳: ۳۱.

(۲) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۶۹، باب ۲ از ابواب کیفیة الحكم، حدیث ۱.

راه اثبات حق چهار چیز است: شهادت دو مرد عادل و یا یک مرد و دو زن و یا شهادت یک مرد به ضمیمه قسم مدعی (خواهان) و یا سوگند مدعی علیه (خوانده) (۱). مفهوم این روایات آن است که تنها راه قضاوت، ادله قانونی است و قاضی نمیتواند به علم خود عمل کند.

اما این استدلال نیز باطل است، چون طبق گفته فقها حصر در این روایات حصر حقیقی نیست بلکه حصر اضافی است یعنی زمانی که قاضی به علم دسترسی ندارد از میان ظنون فقط شهادت و سوگند (ادله قانونی) میتواند مدرک قضاوت قرار بگیرد. علاوه بر این، مقصود از بینه همان طور که گفته شد خصوص شهادت دو

نفر عادل نیست بلکه مقصود از بینه مطلق دلیل میباشد. پس بنابر این، باید گفت که قاضی میتواند به علم خود که از هر منشأ متعارف و به هر کیفیت که به دست آورده باشد قضاوت نماید و این قاعده فقط یک استثنا دارد و آن در موارد حدود الهی است که در بحث اقرار توضیح خواهیم داد که قاضی در این موارد نمیتواند به علم خود عمل کند بلکه موظف است طبق ادله قانونی حکم نماید.

۶ - آیا حجیت ادله قانونی و طرق تعیین شده به موجب قانون و دلیل شرعی، مطلق است یا مقید؟ یعنی حجیت و اعتبار ادله قانونی مانند شهادت دو نفر عادل، مطلق است هر چند که قاضی بر خلاف آن علم داشته باشد یا آن که مقید به صورتی است که قاضی علم بر خلاف نداشته باشد؟

جواب: باید گفت که حجیت و اعتبار ادله قانونی مقید است به صورتی که علم بر خلاف نداشته باشیم چون بنابر آنچه که در علم اصول تحقیق شده است اصولاً

(۱) عروة الوثقی ۳: ۳۲.

اعتبار و ارزش امارات اختصاص به فرض جهل و شك دارد و آنچه که از دلیل اعتبار
بینه مثلا ظاهر مشهود آن است که چون پیغمبر (صلی الله علیه وآله) و یا قاضی به
خود واقعه علم

نداشته و در جریان واقعه نبوده و نیست و لذا شارع و قانونگذار امارات را برای او
حجت قرار داد. پس بنا بر این، امارات چه به نحو طریقی یا به نحو موضوعی باشند
حجیت و اعتبار شان منحصر در موردی است که علم به خلاف آن نداشته باشیم.
بدین وسیله تضاد موهومی را که حقوقدانان پنداشته اند نفی خواهد شد، و حجیت
و اعتبار علم قاضی با ادله قانونی کمال سازگاری را خواهد داشت.

پس از طرفی قضاوت آزاد را پذیرفته و مگوییم که قاضی آزاد است از هر طریق
متعارف و به هر ترتیب، تحصیل علم نماید و از طرف دیگر قضاوت مقید نیز در
مورد خود قابل قبول است، زیرا در صورتی که قاضی موفق به تحصیل علم نشود
میتواند به ادله قانونی شناخته اعتماد نماید. در این زمینه میتوان روایاتی را که در
مورد قضاوت‌های علی (علیه السلام) نقل شده است به عنوان شاهد یاد آور شد:
مثلا در موردی شخصی ادعا میکند که پسر فلان زن است و زن مزبور، منکر این
ادعا شده و حدود چهل نفر به نفع آن زن شهادت دادند در عین حال علی (علیه
السلام) به

شهادت آن شهود اعتنا ننمود و چون علم به خلاف داشت بر اساس شهادت آنان
که از ادله قانونی است حکم ننمود. بلکه با توسل به شیوه زیرکانه ای آن زن را
وادار

به اقرار نمود حضرت فرمود: حال که چنین است باید زن و مرد مزبور با یکدیگر
ازدواج نمایند. آن زن به محض مواجه شدن با این دستور، اقرار به فرزندگی آن فرد
منماید (۱). وقوع این جریان شاهد صریحی بر ادعای گذشته ماست.

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۲۰۷، باب ۲۱ از ابواب کیفیت قضا، حدیث ۲.

۷ - گرچه ما طرفدار قضاوت آزاد بوده و قاضی را از این جهت در محدوده خاصی قرار ندهیم اما يك نکته را نباید از نظر دور داشت و آن این که منشأ علم وی باید عادی و متعارف باشد. آنچه که سبب علم قاضی بوده است باید برای مردم متعارف یعنی غالب انسانها علم آور باشد. بنابر این اگر منشأ علم او علوم غریبه یا رؤیا یا علم غیب و یا قرائن ظنیه ای بود که برای عموم و نوع مردم تنها موجب حصول ظن میباشد وی نمیتواند به آن علم استناد کرده و بر اساس آن قضاوت نماید. مرحوم سید محمد کاظم یزدی در این باره چنین مگوید:

" نعم یمکن أن یقال: إن الجواز مختص بالعلم الحاصل من الأسباب العادية " (۱)،
متوان گفت که جواز قضاوت قاضی بر اساس علم، منحصر در مواردی است که علم وی منشائی متعارف و معمول داشته باشد.

و شاید این که حضرت امیر المؤمنین (علیه السلام) گاهی در قضاوتهای خود حيله به کار

مبرددند به همین دلیل بوده است. مثلاً در مورد قضیه گذشته احتمالاً علی (علیه السلام)

خود به واقعیت امر آگاه شده ولی چون علم وی بر مبنای معمول و عادی نبوده است آن حيله را به کار بسته و حکم به ازدواج بین آن زن و مرد میکند و آن زن هم ناچار به اقرار میشود. نظیر این قضیه در قضاوتهای منقول از علی (علیه السلام) به طور مکرر به چشم میخورد.

شیوه صحیح در قضاوت نیز همین است، زیرا گاه میشود که قاضی از کیفیت اقامه دعوی و برخورد طرفین با دعوی علم به موضوع پیدا میکند ولی منشأ آن علم، قابل طرح در پرونده و انعکاس آن برای دیگران نیست. این گونه علم فاقد

(۱) عروة الوثقی ۳: ۳۲.

حجیت و اعتبار میباشد، زیرا اولاً اگر قاضی در قضاوت خود به مدارك غير متعارف متوسل شود قاضی و منصب قضاوت مورد اتهام و سؤال قرار خواهد گرفت.

ثانياً بر اساس حدیث: "إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان" (۱)، - بنابر این که "بینات" به معنای مطلق دلیل و آنچه که موجب وضوح است باشد -، باید آن بینة و دلیل به نظر عرف موجب وضوح و علم باشد. بنابر این، مفهوم حدیث آن است که بینة و دلیلی در قضاوت حجت است که در نظر عرف و عموم مردم موجب علم و یقین باشد.

۸ - بنابر آنچه گفته شد قاضی نمیتواند به ادله ای که به نفع یکی از اصحاب دعوی است توجه کرده و به ادله دیگری توجه نکند. در این جهت حتی اگر قاضی را در قضاوت خود آزاد دانسته و او را مقید به ادله قانونی ندانیم در عین حال هر دلیلی را که یکی از اصحاب دعوی اقامه میکند باید مورد توجه قرار گیرد و حتی دلیلی که خود دادگاه ارائه میدهد باید در معرض اطلاع طرف دعوی قرار داد تا اگر وی نیز مدرک مخالف یا رد آن دلیل در اختیار داشته باشد ارائه نماید در غیر این صورت دادگاه متهم به عدم رعایت بی طرفی خواهد شد. به همین جهت ماده ۱۴۴ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح میکند در صورتی که دادخواست کامل باشد يك نسخه از دادخواست و پیوستها را با تعیین روز و ساعت جلسه دادرسی برای مدعی علیه ارسال میشود تا اگر دلیل یا سندی یا ردی داشته باشد ارائه نماید و حتی میتواند از دادگاه تأخیر جلسه را بخواهد.

(۱) وسائل الشیعة، ۱۸، باب ۲ از ابواب کیفیت حکم، حدیث ۱.

قسمت اخیر ماده ۱۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز چنین مگوید: در صورتی که مدعی علیه به واسطه کمی مدت یا دلایل دیگر نتوانسته باشد اسناد خود را حاضر کند حق دارد تأخیر جلسه را بخواهد. مدعی حتی میتواند برای بررسی ادله طرف، تجدید جلسه را بخواهد در این رابطه ماده ۱۴۷ همان قانون چنین مگوید: مدعی نیز میتواند تجدید جلسه را بخواهد در صورتی که مدعی علیه اقامه دلایل کند که دفاع از آن برای مدعی مقدور نباشد مگر با ارائه اسناد جدید، در این صورت

برای حاضر کردن اسناد جدید، جلسه دیگری معین میشود. در موقع تحقیقات محلی نیز تصریح شده است که باید با حضور اصحاب دعوی باشد. و ماده ۴۲۹ قانون مزبور در این رابطه است: دادگاهی که تحقیقات را اجرا میکند باید وقت و محل تحقیقات را معین کرده و قبلاً به طرفین اطلاع دهد. ماده ۴۲۷ نیز مگوید: هر گاه قرار تحقیق به درخواست یکی از طرفین صادر گردد طرف دیگر نیز میتواند در موقع تحقیقات مطلعین خود را در محل حاضر نماید. همچنین بر اساس ماده ۴۳۸ قانون آیین دادرسی مدنی پس از معاینه محل، صورتی از آن نوشته شده و به امضای مأمور دادگاه و اصحاب دعوی میرسد. حتی در صورت غائب بودن مدعی علیه در شرع و قانون به او حق وخواهی داده شده و گفته شده: " الغائب علی حجتة ". با ملاحظه مواد فوق و دیگر مواد چنین به نظر میرسد که قاضی در کیفیت قضاوت محدودیت داشته و دادگاه باید ادله هر يك از اصحاب دعوی را به نظر دیگری برساند.

۹ - هر چند که ما طرفدار قضاوت آزاد بوده و قاضی را مجاز بدانیم که در مقام قضاوت که از هر راه و به هر کیفیت متعارف تحصیل علم نموده و علم او حجت باشد. اما این مسأله يك استثنا دارد و آن در مورد حدود الهی است. مثلاً در باب زنا

یا شرب خمر و غیره که موجب حد میباشند اجرای حدود آنها تنها تحت شرایط خاص و با ادله خاص به خود ممکن است و قاضی در آنجا نمیتواند به علم خود عمل کند چرا که با توجه به آنچه که در آینده خواهیم گفت بعضی از اقسام حدود مثل زنا و لواط با چهار مرتبه اقرار یا چهار شاهد و بعضی دیگر با دو مرتبه اقرار یا دو

شاهد ثابت میشود. و این خود نشانه آن است که قاضی نمیتواند در اجرای حدود، به علم خود عمل کند زیرا معنا ندارد از طرفی بگوییم که قاضی در اجرای حدود میتواند به علم خود استناد کند و از طرفی دیگر بگوییم که برخی حدود چهار مرتبه اقرار و در چهار جلسه یا چهار شاهد ثابت میشود و اگر علم قاضی کافی باشد معمولاً با یک مرتبه اقرار متهم، قاضی علم پیدا میکند. از همین رو در قضاوت حضرت علی (علیه السلام) مبینیم که در موردی متهم اقرار به زنا میکند و در عین

حال امام (علیه السلام) از وی رو بر مگرداند و حد را جاری نمیکند و تنها بعد از چهار

مرتبه اقرار و در چهار جلسه، حد زنا را جاری مسازد. فقها نیز در فتوای خود به طور اتفاق تصریح میکنند که اقرار کمتر از حد نصاب (چهار مرتبه یا دو مرتبه) موجب حد نیست بلکه تنها موجب تعزیر است.

و دیگر این که در مورد جرم مشهود، فقط امام معصوم (علیه السلام) اختیار اجرای حد را

دارد و غیر از امام معصوم نمیتواند حد جاری نماید. شیخ طوسی در نهایتاً مفرماید: "وإذا شاهد الإمام من يزني أو يشرب الخمر كان عليه أن يقيم الحد عليه ولا ينتظر مع مشاهدته قيام البينة ولا الإقرار وليس ذلك لغيره بل هو مخصوص به، و غيره وإن شاهد يحتاج أن يقوم له بينة أو إقرار من الفاعل على ما بيناه" (۱).

(۱) النهایة، کتاب الحدود: ۶۹۱.

یعنی: " اگر امام معصوم (علیه السلام) دید کسی را که زنا یا شرب خمر میکند بر اوست که بر او حد جاری نماید و منتظر قیام بینه و اقرار (ادله قانونی) نماند، و این حق برای غیر امام معصوم (علیه السلام) نیست که غیر امام (علیه السلام) اگر به چشم خود کسی را که در حال زنا یا شرب خمر است دید نمیتواند حد جاری نماید بلکه باید منتظر بماند تا بینه و اقرار (ادله قانونی) به همان کیفیت مخصوص اقامه شود ".
پس با توجه به ادله فوق قاعده حجیت علم قاضی در حدود الهی استشنا داشته و قاضی در آن موارد باید با استناد به طرق مشخص قانونی اقدام نماید.

۴ - متعلق دلیل اثبات

خود حق نمیتواند متعلق دلیل قرار گیرد بلکه باید متعلق دلیل را منشأ پیدایش حق، قرار داد. منابع حق اعم از حقوق شخصی یا حقوق عینی یا یک تصرف قانونی است مانند عقود و ایقاعات، و یا یک حادثه قانونی است مانند فوت مورث و از آنجایی که دلیل به منظور اثبات دعوی اقامه میشود پس باید با دعوی مطابقت داشته باشد و چون در دعوی باید نکاتی که موجب حق شده است به طور روشن ذکر شود لذا دلیل اقامه شده هم باید به سبب و منشأ حق تعلق بگیرد نه به خود حق.

قانون آیین دادرسی مدنی در مورد نکاتی که باید در دادخواست ذکر شود در بند ۴ از ماده ۷۲ مگوید: تعهدات یا جهات دیگری که به موجب آن مدعی خود را مستحق مطالبه مداند به طوری که مقصود، واضح و روشن باشد و در صورت عدم رعایت ماده فوق چنین نیست که دادخواست توسط مدیر دفتر یا قرار ابطال توسط دادگاه صادر شود بلکه باید دادخواست را قبول نمود و برای توضیحات و تکمیل، وی را به دادگاه یا به دفتر دعوت نمود و چنانچه مبنای خواسته روشن نشد قرار رد دادخواست توسط مدیر دفتر صادر میشود. و در ماده ۸۴ نیز چنین

مگوید: در موارد زیر درخواست قبول میشود ولی برای این که به جریان افتد باید تکمیل شود:

۱- ...

۲- وقتی که فقرات ۲، ۳، ۴، ۵ و ۶ ماده ۷۲ و مقررات مواد ۷۴، ۷۵، ۷۶ و ۷۷

رعایت نشده باشد. پس بنابر این، اگر مدعی (خواهان) رعایت بند ۴ از ماده ۷۲ را نکرده باشد دادخواست او رد نمیشود بلکه قبول شده ولی باید آن را تکمیل نمود و چنانچه با دعوت و اخطار جهت تکمیل دادخواست حاضر به تکمیل نشد در آن صورت مدیر دفتر دادخواست را رد میکند.

در همین رابطه در ماده ۸۵ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح میکند که: در موارد ماده قبل، مدیر دفتر دادگاه در ظرف دو روز نقایص دادخواست را کتبا به طور تفصیل به مدعی اطلاع داده و از روز ابلاغ، پنج روز با رعایت مسافت به او مهلت میدهد که نقایص را رفع کند و در صورتی که در موعد (مقرر) رفع ننمود دادخواست به موجب قراری که مدیر دفتر و در غیبت مشار الیه جانشین او صادر میکند رد میشود.

این مسأله در فقه نیز مطرح شده است، مرحوم سید محمد کاظم یزدی در این مسأله چنین مگوید:

" لازم نیست در استماع دعوی، مدعی سبب استحقاق و منشأ، کیفیت و خصوصیات حق خود را در دادخواست بیان کند بلکه میتواند دعوی خود را به طور مطلق و بدون ذکر سبب طرح کند اعم از این که مدعی به (خواستہ) حق عینی باشد یا دین یا عقد و حتی عقد نکاح. البته عده ای از فقها ذکر سبب را در استماع دعوی شرط دانسته اند."

و بعد منفرماید: " الأقوی عدم الإشتراط و كفاية الإجمال في السماع. نعم، للحاکم... "، اقوی آن است که در استماع دعوی ذکر سبب خواسته، شرط نیست ولی حاکم میتواند از خواهان توضیح بخواهد و اگر جزئیات امر برای دادگاه معلوم نشد دعوی او شنیده نمیشود (۱).

از این جا روشن میشود که مواد ۷۲، ۸۴ و ۸۵ با يك تفاوت مختصر با موازین فقهی منطبق است، البته حکم فقهی اختیار رد دادخواست را به دادگاه و حاکم داده ولی در مواد فوق به مدیر دفتر یا جانشین او سپرده شده است و با توجه به این که قرار صادره از مدیر دفتر قابل اعتراض در دادگاه میباشد فرق مهمی محسوب نخواهد شد.

نتیجه: از بحث گذشته استفاده شد که باید برای دادگاه روشن شود منشأ حق و موجب آن چیست؟ و دلیل هم باید به همان چیزی تعلق بگیرد که دعوی در مورد آن صورت گرفته است یعنی دلیل باید به موجب حق تعلق بگیرد نه به خود حق.

تکمیل: در پایان این بحث تذکر يك نکته ضروری است و آن این که لازم نیست متعلق دعوی همواره امر وجودی باشد بلکه گاهی امری وجودی و گاهی عدمی است و گاهی میشود که متعلق دعوی صفت قانونی باشد. البته در هر سه مورد متعلق دعوی، خود حق نیست بلکه یا تصرف قانونی است مثل عقود و ایقاعات - اعم از این که حق عینی باشد یا شخصی - یا يك حادثه مادی مانند فوت مورث که

در تمام موارد، مدعی موظف است که آن را اثبات نماید.

(۱) عروة الوثقی ۳: ۳۹.

اما مثال قسم اول روشن است مثل این که مدعی ادعا کند که مبلغ معینی را از شخصی طلب دارد که در این مورد متعلق دعوی امر وجودی است و باید منشأ حق را نیز بیان کند. مثال قسم دوم آن است که مدعی علیه در مثال فوق در قبال ادعای مدعی ادعا کند که دین و طلب او را پرداخت نموده است که در این صورت دعوی مدعی علیه دعوی متقابل محسوب میشود و نیاز به اثبات دارد. و یا کسی ادعای حق شخصی مانند حق انتفاع یا حق ارتفاق بکند و در مقابل مدعی علیه ادعا کند که این حق به موجب عقدی از عقود زایل شده است که در این مورد متعلق

دعوی امری عدمی است ولی در عین حال ادعا است و مدعی آن باید دلیل اقامه کند و در تمام صور متعلق دعوی را نمیشود خود حق قرار داد بلکه باید منشأ آن را بیان کرد.

در موارد گذشته خواسته (مدعی به) گاه وجود حق و گاه زوال حق بود اما گاه میشود که خواسته نه وجود حق است و نه زوال حق بلکه يك صفت قانونی است که یا به حادثه مادی ملحق میشود و یا به تصرف قانونی. اما آن صورتی که "خواسته" ملحق به حادثه مادی و قانونی است مثل آن که مدعی علیه در مقابل مدعی قتل ادعا کند که علت ارتکاب جرم آن بوده که وی در مقام دفاع از نفس یا مال و یا عرض خود بوده است که این دعوی بر ثبوت حق است نه بر زوال آن که به موجب قانون منشأ اثر مگردد، ولی ملحق به حادثه قانونی است و مسئولیت اثبات آن به عهده اوست.

و اما آن صورتی که ملحق به تصرف قانونی است مثل آن که مدعی ادعا کند وقوع عقدی را و از محکمه بخواهد که مدعی علیه را ملتزم به آن عقد نماید و در مقابل مدعی علیه ادعا کند بطلان یا فسخ عقد را که در این مورد متعلق این دعوی

صفتی است قانونی و ملحق به تصرف قانونی است. پس متعلق دعوی و اثبات آن منحصر در دو مورد است یکی تصرف قانونی، مانند عقد و ایقاع و آنچه که به او ملحق میشود نظیر فسخ و ابطال، و دیگری حادثه مادی قانونی است مثل فوت مورث و یا قتل و آنچه که به او ملحق میشود مانند دعوی این که علت ارتکاب جرم دفاع از نفس بوده است و در هر حال مدعی باید به تناسب دعوی، یکی از این دو امر را اثبات کند.

۵ - مسئولیت اقامه دلیل

به عهده کدام يك از طرفین دعوی میباشد؟

قاعده فقهی: "البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر" مگوید: کسی که مدعی امری شود موظف است که بینه و دلیل اقامه کند و آن کس که منکر است بر انکار خود سوگند یاد میکند. ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی نیز مگوید: هر کس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هر گاه در مقام دفاع مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر به عهده اوست.

بررسی چند امر در این مسأله ضروری به نظر می‌رسد:

۱ - "سیر تاریخی قاعده":

با مطالعه تاریخ اسلام این نکته به دست می‌آید که در دوران قدیم، قاضی و دادگاه از مدعی مطالبه دلیل نمیکرده است بلکه به صرف ادعای مدعی، حکم به نفع خواهان صادر میشد. در قرآن جریان قضاوت حضرت داوود (علیه السلام) را

چنین

بیان میکند که: عده ای برای قضاوت نزد حضرت داوود (علیه السلام) رفتند يك

طرف ادعا

کرد که خصم من ۹۹ میش دارد و من يك میش دارم و او آن را هم میخواهد از من بگیرد. حضرت داوود (علیه السلام) بی درنگ حکم نمود که بر تو ظلم شده است و از او

مطالبه دلیل نمود:

* (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة فقال أكفلنيها وعزني في الخطاب قال لقد ظلمك بسؤال نعجتك إلى نعاجه وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض...) * (۱).

در این زمینه ابو الصلت هروی از امام رضا نقل میکند که امام فرمود: " حضرت داوود (علیه السلام) در قضاوت شتاب نمود و بدون مطالبه دلیل و بینه به نفع مدعی حکم

نمود و این اشتباه در رویه قضاوت بوده است " (۲). از این روایت چنین استنباط میشود که روش قضاوت در آن زمان بر آن بوده که قاضی سخن مدعی را بدون دلیل میپذیرفته است.

مؤلف " الوسيط " در پاورقی کتاب خود به نقل از استاد پیدان و پرو نقل کند که: قاعده مزبور در تمام دورانهای تاریخ ثابت و مسلم نبوده است بلکه این قاعده در فقه روم وقتی ظاهر شد که " پریتر " خواست از مالکیت و تسلط افراد حمایت کند

آن وقت قاعده ای تأسیس نمود مبنی بر این که هر کس مدعی امری بر خلاف ظاهر شود موظف است دلیل اقامه کند.

در قانون قدیم فرانسه مسئولیت اثبات و اقامه دلیل به عهده مدعی علیه بوده است نه مدعی. و نیز با ملاحظه سندهایی که مربوط به قرون وسطی است چنین استنباط میشود که اگر مدعی، مدعی علیه (خوانده) را متهم به تجاوز و استیلاي غیر مشروع نماید مدعی علیه موظف است مشروعیت حیازت و قانونی بودن

(۱) سوره ص، آیه ۲۳ و ۲۴.

(۲) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۵۹، حدیث ۵.

تصرف خود را اثبات نماید. پس از گسترش قانون روم و بر اثر نفوذ کلیسا، قانون فرانسه نیز کاملتر شده و مدعی را موظف به اقامه دلیل دانست. نویسنده مزبور اضافه میکند که مؤسس این قاعده " فقه اسلامی " بوده است، زیرا در زمانی اسلام این قاعده را ابتکار نمود که در اروپا اثری از آن نبود.

۲ - " دلایل قاعده ":

برای اثبات قاعده مزبور دلایل متعددی بیان شده است:

دلیل اول: " اصل براءت " است. یعنی اصل عدم اشتغال ذمه منکر است. بنابر این ادعای اشتغال ذمه طرف بر خلاف اصل است و نیاز به اثبات دارد و ماده ۳۵۶ ق آ - د - م مگوید: اصل، براءت است. بنابر این اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند و الا مطابق این اصل حکم به براءت مدعی علیه خواهد شد. در مقابل این ماده، ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی فرانسه مگوید: هر کس که از محکمه تنفیذ تعهدی را بخواهد موظف است که آن را اثبات کند و آن کس که ادعای وفای به عهد میکند موظف است که وفا را اثبات کند یا آن که اثبات کند عمل و تعهدی را که به موجب آن تعهد قبلی منقضی شده است.

اما دلیل مزبور قابل تردید و مناقشه است، زیرا چنان که اصل براءت در مورد منکر جاری است. اصل صحت نیز در مورد مدعی صادق است یعنی اصل آن است که مدعی، ادعایی بر خلاف واقع و حقیقت نداشته بلکه دعوی او صحیح و صادق است. و ترجیح اصل براءت بر اصل صحت، ترجیح بلا مرجح است.

دلیل دوم: " سیره عقلا " است. با این توضیح که در میان تمام اقوام و ملل رسم و سنت بر این است که اگر شخصی ادعایی بر علیه شخص دیگری بنماید عقلا

مدعی را موظف به اقامه دلیل بدانند. مثلاً شخصی در خانه ای سکونت دارد و خانه در ید و تحت استیلاي اوست حال اگر کسی مدعی شود که خانه مزبور ملك وی میباشد و طرف، آن را به طور غیر مشروع متصرف شده است. در این مورد عقلاً او را موظف بدانند که دعوی خود را - چون بر خلاف وضع طبیعی است - با دلیل اثبات نماید، زیرا وضع طبیعی و اصل آن است که هر کسی هر چیزی را حیازت نموده و تحت تصرف اوست از راه مشروع به دست آورده باشد. لذا وقتی که وارد منزل کسی مشویم با شخصی که خانه در تصرف اوست به عنوان مالکی که مالکیتش به نحو مشروع میباشد برخورد میکنیم و از وی سؤال نمکنیم که آیا منزل را از راه مشروع به دست آورده است و یا این که چگونه آن خانه را مالك شده است؟

این دلیل نیز مورد اشکال و مناقشه است چرا که عقلائی بودن این قاعده با توجه به سیر تاریخی آن و این که در بعض ادوار تاریخ مدعی علیه موظف به اقامه دلیل بوده است، موجب تردید است.

دلیل سوم: "ضعف احتمال در ادعای مدعی و قوت احتمال در انکار منکر است" با این بیان که اگر ادعای مدعی را که بر خلاف اصل و ظاهر میباشد در يك طرف قضیه قرار داده و انکار منکر را که موافق با اصل و یا ظاهر میباشد در طرف دیگر آن، این دو طرف از نظر احتمال در يك سطح و درجه نیستند چرا که انکار منکر با توجه به این که اصل یا ظاهر او را تأیید میکند دارای ارزش اثباتی بیشتری است ولی ادعایی که بر خلاف اصل و ظاهر میباشد دارای ارزش اثباتی ضعیف تری است. مثلاً اگر حسن ادعا کند خانه ای را که محمد در آن سکونت دارد

از آن من است و در مقابل، محمد نیز ادعا کند که خانه از آن من است این دو ادعا از

نظر اثباتی در يك درجه نیستند چرا که ادعای حسن بر خلاف ظاهر و اصل میباشد و از نظر احتمال، ضعیف تر از احتمال ادعای محمد میباشد لذا چون ادعای مدعی ضعیف تر است پس باید این ضعف با قوت بینه و دلیل جبران شود (۱).

دلیل چهارم: روایات وارده از ائمه (علیهم السلام) و اجماع، مقبولیت و مسلم بودن آن

نزد فقهای اسلام در حدی است که برای هر شخص صاحب بصیرتی موجب یقین و قطع میشود. اما این مطلب بدان معنا نیست که مطالبه بینه از مدعی، و قسم از منکر يك حکم مولوی و تعبدی صرف باشد بلکه نکته عقلایی نیز دارد که بر اساس آن مدعی موظف به اقامه بینه و مدعی علیه موظف به قسم یاد کردن است و شاید آن نکته همان مطلب است که سابقا بیان شد که چون ادعای مدعی بر خلاف اصل و ظاهر میباشد لذا ارزش اثباتی و احتمالی آن ضعیف تر از اثبات و احتمال موجود در مطلب مدعی علیه است از این رو عقلا مدعی را موظف به اقامه بینه دانسته و مدعی علیه را از آن معاف میدانند.

۳ - " تشخیص مدعی و منکر ":

این بحث از مهمترین مباحث باب قضا میباشد چرا که تشخیص مدعی و منکر در تشخیص حق مؤثر است و در بسیاری از حالات، مسیر دعوی تغییر یافته و مدعی علیه مبدل به مدعی میگردد و حکم دعوی متوقف بر تشخیص مدعی و منکر خواهد شد. فقها در تعریف مدعی و منکر اقوال مختلفی دارند: قول اول: مدعی کسی است که اگر دعوی خود را ترك و رها کند خود وی نیز

(۱) بلغة الفقیه ۳: ۳۷۶.

رها خواهد بود و محکمه او را تعقیب نخواهد کرد این قول را محقق حلی در " شرایع " (۱) و شهید اول در " لمعه " (۲) اختیار نموده اند. قول دوم: مدعی کسی است که ادعای وی بر خلاف اصل یا ظاهر باشد. قول سوم: تشخیص مدعی و منکر موکول به نظر عرف میباشد. این قولها را صاحب جواهر اختیار نموده و چنین مگوید: " وعلی کل حال فالمرجع فیهما العرف علی حسب غیرهما من الألفاظ التي لم تثبت لها حقيقة شرعية " (۳).

یعنی: " مرجع تشخیص مدعی و منکر، عرف است مثل سایر الفاظی که برای آنها حقیقت شرعی ثابت نشده است " .

ولی با ملاحظه ادله قاعده، حق آن است که بگوییم: " مدعی " کسی است که سخن او بر خلاف اصل باشد و مقصود از اصل، اصلی است که از نظر شرع معتبر شناخته شده است مثل استصحاب، براءت، اصل عدم و اصالة الصحة در عقود و ایقاعات و اصالة الصحة در اعیان خارجی در آن مواردی که اختلاف در عین خارجی باشد مثل این که آیا دارای عیب بوده است یا خیر؟ و مثل اماره مالکیت و سایر قواعد مقرر در فقه.

با توجه به تطبیقات و مصادیق قاعده مشخص میشود که مدعی، کسی است که دعوی او بر خلاف اصول فوق الذکر باشد و اوست که باید بین اقامه نماید

(۱) شرایع الاسلام ۴: ۱۰۶.

(۲) الروضة البهیة ۳: ۷۶.

(۳) جواهر الکلام ۴۰: ۳۷۱.

و اوست که اگر دعوی را رها نماید نزاع فیصله میابد. و چون ادعای وی بر خلاف اصل و ظاهر میباشد لذا ارزش اثباتی و احتمالی آن ضعیف تر از احتمال موجود در طرف منکر است.

لازمه این سخن آن نیست که برای لفظ مدعی و منکر معنا و مفهوم دیگری غیر از مفهوم لغوی و عرفی آن ادعا کنیم و برای آن حقیقت شرعی یا متشرعیه قائل شویم، چرا که لفظ مدعی و منکر همان معنای لغوی خود را دارا میباشد ولی چون در مورد قضا وارد شده است و در باب فصل خصومات کسی که ادعا میکند میخواهد مطالبی را به عهده طرف خود القا نماید که با توجه به تطبیقات و مصادیق قاعده چنین به دست میآید که " مدعی " کسی است که دعوی او بر خلاف اصل باشد، و منکر کسی است که سخن او مطابق با اصل میباشد.

۴ - " موارد اشتباه و عدم تشخیص مدعی و منکر ":

در صورتی که دادرس نتواند مدعی را از منکر تشخیص بدهد میتواند یکی از این سه راه را اختیار کند. اول آن که: هر دو دعوی در اثر تعارض و عدم تشخیص مدعی و منکر تساقط نموده و در نتیجه دعوی هم ساقط شود. دوم آن که: قاضی به صلح متوسل شود. خواه متعلق سازش و صلح، حق مورد ادعای طرفین باشد یا معاف نمودن یکی از اصحاب دعوی از اقامه دلیل باشد. سوم آن که: به قرعه متوسل شود. چرا که در حدیث است برای هر مجهولی میتوان به قرعه تمسک نمود (۱).

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۸۹، باب ۱۳ از ابواب کیفیة الحکم، حدیث ۱۱.

۵ - " شرایط استماع دعوی "

فقها و حقوقدانان برای استماع دعوی چند شرط بیان داشته اند که بعضی از آنها مربوط به " مدعی " و بعضی دیگر مربوط به خود " دعوی " است و برخی مربوط به مدعی (خواسته) و برخی دیگر مربوط به مدعی علیه میباشد:

شرط اول: اهلیت مدعی یا به تعبیر فقهی آن کمال مدعی، به بلوغ و عقل، بنابر این، دعوی مجنون و غیر بالغ هر چند مخیر باشد قابل استماع نیست. دلایلی هم برای اعتبار این شرط ذکر شده است:

۱ - اجماع فقهای اسلام.

۲ - دادگاه به علت آن که غیر بالغ و مجنون شرایط تکلیف را ندارند نمیتواند

آنها را ملزم کند و آنها نیز ملزم به تبعیت از احکام دادگاه نیستند.

۳ - روایاتی که از ائمه اطهار (علیهم السلام) وارد شده است. تمام ادله فوق، مبنی بر این

است که اعمال صبی و غیر بالغ، نافذ نیست.

ادله فوق منحصر در مواردی صادق است که احکام دادگاه موجب تصرف در اموال شود که مجنون و غیر بالغ، ممنوع از تصرف میباشند. اما در مواردی که آن احکام مربوط به تصرفات ممنوعه نباشد مثلاً در موردی که مجنون یا صبی مدعی شود که شخصی علیه او مرتکب جنایتی شده است و یا از او سرقت نموده است در این گونه موارد مقتضای عموم ادله قضاوت به قسط و عدل، ایجاب میکند که به دعوی رسیدگی شود ولی اموال در اختیار آنها قرار نگیرد.

شرط دوم: " رشد مدعی ". بنابر این اگر مدعی ابله یا سفیه باشد دعوی او قابل استماع نیست. دلیل بر اعتبار این شرط، اجماع فقها میباشد. البته اعتبار این شرط نیز مخصوص به مواردی است که دعوی وی مربوط به تصرفات مالی باشد اما در

غیر موارد تصرف مالی مثل قذف، جنایت و نکاح، دعوی وی قابل استماع خواهد بود.

شرط سوم: دعوی مدعی باید مربوط به خود وی یا موکل او یا کسی که بر او ولایت یا وصایت و یا قیمومیت یا حکومت داشته باشد، مثل مدیر شرکت و امثال او. پس دعوی بر مال غیر، بدون روابط فوق قابل استماع نیست، زیرا ادله و جوب قضا مخصوص به مورد متخاصمین است و در مورد دعوی بر مال غیر مدعی علیه طرف و خصم مدعی نیست.

در همین رابطه ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی مگوید: هیچ دادگاهی نمیتواند به دعوایی رسیدگی کند مگر این که شخص یا اشخاص ذینفع رسیدگی به دعوی را مطابق مقررات قانون درخواست نموده باشند.

شرط چهارم: مدعی به (خواسته) باید ممکن باشد. پس دعوی بر امر محال قابل استماع نیست. البته مقصود از امکان، منحصرأ امکان عقلی نیست بلکه اعم از امکان عقلی، عادی و شرعی است.

در مورد امکان عادی میتوان گفت که اگر مثلاً شخص فقیر و بی بضاعتی دعوی کاخ گرانبهایی را بنماید چنین دعوایی به علت عدم امکان عادی آن قابل رسیدگی نیست.

و مقصود از امکان شرعی آن است که خواسته از نظر شرعی و قانونی جایز و قابل تملك باشد. بنابر این مالی که قابل تملك نباشد اعم از این که بر خلاف اخلاق حسنه یا محل نظم عمومی باشد یا نباشد، طرح دعوی در مورد آن صحیح نیست. مثلاً گاه میشود "خواسته" عبارت از مالی است که از راه قمار یا خرید و فروش مشروبات الکلی به دست آمده است که این خواسته بر خلاف اخلاق

حسنة و منخل به نظم طبيعى نمبأشد ولى بر خلاف قانون است. ماده ۱۰ قانون مدنى مگويد: "قراردادهاى خصوصى نسبت به كسانى كه آن را منعقد نموده اند در صورتى كه مخالف صريح قانون نباشد نافذ است". مفهوم اين قانون آن است كه قراردادى كه بر خلاف صريح قانون باشد نافذ نيست. و گاه مشود كه خواسته بر خلاف اخلاق حسنة است، مثل آن كه شخصى از محكمه تنفيذ قرارداد منزلى را بخواهد كه براى فحشا و منكرات خريدارى شده است، اين دعوى به علت آن كه بر خلاف اخلاق حسنة است قابل استماع نيست. و گاه مشود كه خواسته موجب اخلال نظم عمومى است مثل آن جابى كه مدعى از محكمه مطالبه تنفيذ قراردادى بكند كه مربوط به خريد اسلحه است و براى بر هم زدن نظم عمومى، خريدارى شده است چنين دعوابى نيز قابل رسيدگى نيست. ماده ۶ قانون آيين دادرسى مگويد: "عقود و قراردادهابى كه منخل نظام عمومى يا بر خلاف اخلاق حسنة است در دادگاه قابل ترتيب اثر نيست". شرط پنجم: دعوى بايد به نحو قطع و يقين باشد به اين معنا كه مطلب مورد ادعا بايد در نظر مدعى قطعى باشد، پس اگر اعتقاد او به نحو شك يا ظن باشد مصداق مدعى در اين قاعده نمشود، چون كلام منكر وى، مطابق با اصل مباشد و از اين اصل نمىتوان دست برداشت مگر آن كه يقين بر خلاف آن باشد پس بايد مدعى كه ادعاى او مخالف با اصل است نسبت به ادعاى خود قطع داشته باشد و گرنه با اصل مىتوان ادعاى او را نفى نمود. شرط ششم: مدعى به (خواسته) بايد از نظر جنس، مقدار و كيفيت معلوم باشد و ادعا بر امر مجهول پذيرفته نيست. در بند ۲ ماده ۷۲ قانون آيين دادرسى مدنى تصريح شده است كه خواسته و بهابى آن بايد معين باشد متقدمين از فقهاى اماميه

مانند شیخ طوسی، ابو الصلاح، ابن زهره، ابن حمزه، ابن ادریس، علامه در تذکره و شهید اول در دروس، بر این عقیده اند که: مدعی به باید معلوم باشد و اگر به کلی مجهول باشد دعوی بر آن قابل استماع نیست. و بر این مطلب چنین استدلال کرده اند که دعوی بر امر مجهول بی فایده است زیرا نمیتوان حکم به مجهول صادر نمود.

اما متأخرین از فقها نظر قدما را رد کرده و گفته اند در برخی موارد دعوی بر مجهول فایده دارد و آن در صورتی است که دعوی کلاً مجهول نباشد در این صورت

اگر طرف دعوی نیز اقرار به مجهول کرد نخست میتوان او را وادار به تفسیر و توضیح نمود و چنانچه بیان نداشت میتوان او را به مقدار متیقن محکوم نمود. شرط هفتم: یکی از متداعیین باید اثبات نموده و دیگری نفی کند و متعلق اثبات باید همان متعلق نفی باشد یعنی آنچه را که مدعی اثبات میکند همان را منکر نفی نماید، چون دعوی و نزاع صدق نمکند مگر آن که یکی اثبات و دیگری نفی کند پس اگر هر دو اثبات کرده و یا آن که متعلق اثبات غیر از متعلق نفی باشد دعوی تحقق نمیابد. مثلاً اگر یکی بگوید: صد هزار تومان از طرف طلب دارم و دیگری بگوید: من به وی گندم بدهکار نیستم. چون در این صورت متعلق اثبات غیر از متعلق نفی است لذا دعوی تحقق نمیابد چرا که بین این دو سخن تنافی وجود ندارد.

شرط هشتم: دعوی باید بگونه ای باشد که اگر مدعی علیه آن را بپذیرد " مدعی " سودی ببرد. اما اگر دعوی طوری باشد که نفی و اثبات در آن مساوی بوده و نفعی عاید مدعی نشود در آن صورت آن دو را مدعی و منکر نمنامند. مثل آن که یکی ادعا کند که این سنگ از آن منطقه کوه افتاده و دیگری این ادعا را انکار کند در این

صورت گرچه یکی اثبات کرده و دیگری نفی میکند و از نظر مفهوم لغوی یکی مدعی و دیگری منکر نامیده میشود ولی با توجه به قرینه مقامیه موجود و آن این که: "البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر" در باب قضاوت وارد شده است، این قاعده اختصاص به موضوع قضائی خواهد داشت و موضوع قضائی عبارت است از مطلبی که اگر منکر آن را اثبات کند به نفع مدعی خواهد بود. اما يك موضوع علمی محض و یا مطلبی که اثری بر او مترتب نیست هر چند که در آن اختلاف کنند چون موضوع قضائی نیست مطالبه بینه و یمین در آن معنا ندارد و مصداق قاعده نمیشود.

شرط نهم: مدعی علیه باید در دعوی معین باشد. بنابر این اگر دعوی بر علیه اشخاص به نحو تردید باشد مثلاً بگوید: مبلغ صد هزار تومان از یکی از این دو نفر طلب دارم یا زید یا عمرو. و یا بگوید: قاتل پسر من یکی از این دو نفر میباشد. چنین دعوایی پذیرفته نمیشود چون فایده ای ندارد چرا که اگر فرضاً دعوی او به بینه یا به اقرار به نحو تردید ثابت شود اثری بر او بار نمیشود. اما محقق حلی مفرماید: "متوان در دعوی قتل بر علیه دو نفر به نحو تردید اقامه دعوی نمود و چنین دعوایی پذیرفته میشود، زیرا متوان دو متهم را قسم داد و به وسیله آن، قاتل مشخص مگردد" (۱).

جماعتی نیز از جمله علامه حلی از این قول تبعیت کرده اند. بلکه علامه حلی در مورد غصب و سرقت نیز گفته است که دعوی بر علیه اشخاص به نحو تردید قابل

(۱) شرایع الاسلام ۴: ۲۱۷، کتاب القصاص.

استماع میباشد ولی در معاملات مثل قرض و بیع پذیرفته نمیشد (۱).
۶ - " تطبیقات قاعده "

برای تحقیق بیشتر در قاعده بجاست فروعی از آن که در ابواب متفرقه فقه مطرح است و مربوط به قاعده میشود ذکر نماییم این مسائل به سه دسته تقسیم میشود: يك دسته مربوط به موارد اختلاف متداعیین در مالکیت یا حق میباشد. دسته دوم: مربوط به مواردی است که اختلاف در عقد یا صحت و فساد آن باشد.

دسته سوم: مواردی است که قول مدعی بدون بینه قبول میشود. این مسائل را ضمن سه مبحث بیان خواهیم داشت:

(۱) قواعد ۲: ۲۹۲، کتاب القصاص، فی طریق ثبوتہ و کیفیتہ استیفائہ.

موارد اختلاف در حق و مالکیت

مسأله اول: گاهی مدعی دین در محکمه به مدعی علیه تغییر یافته و جای منکر را مسگیرد و آن در صورتی است که مدعی علیه در جواب مدعی، دین را پذیرفته ولی بگوید که من دین را ادا نموده و مدعی وفای به دین شود. در این صورت مدعی وفای به دین هر چند که در مقام دفاع میباشد ولی دعوی او مبنی بر وفای دین، دعوی مستقلی است و بر اوست که این دعوی را اثبات نماید. لذا در ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی آمده است که: مدعی علیه هر گاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر بر عهده اوست.

مسأله دوم: اگر مدعی علیه در مقام دفاع ادعا کند که دارای حق ارتفاق یا حق رهن میباشد بر اوست که این حق ادعایی را اثبات نماید. چون حق ارتفاق یا حق رهن يك پدیده جدید و بر خلاف وضع ثابت است، زیرا اصل در مالکیت چیزی آن است که شخص دیگری در آن حق نداشته باشد و وجود حق ارتفاق یا حق رهن به معنای محدود کردن مالکیت مالك است و این تحدید بر خلاف مقتضای مالکیت میباشد.

مسأله سوم: اگر مدعی علیه در مقام دفاع از خود در مقابل مدعی دین دعوی "اعسار" کند یعنی ادعا کند که دارائی او کفایت به پرداخت دین نمکند در این صورت نیز مدعی علیه که مدعی اعسار است هر چند که در مقام دفاع میباشد موظف است که دعوی خود را اثبات نماید.

ماده ۲۳ قانون اعسار مصوب ۲۰ آذر ۱۳۱۳ چنین مگوید: مدعی اعسار باید شهادت کتبی لا اقل چهار نفر از اشخاصی که از وضع معیشت و زندگانی او مطلع باشند به عرض حال خود ضمیمه نماید.

شهید اول مفرماید: "ویحبس لو ادعی الإعسار حتی یثبته" (۱)، یعنی: "شخص مدیون در صورت دعوی اعسار دعوی او پذیرفته نمیشود و او را در زندان بازداشت میکنند تا آن که دعوی خود را اثبات نماید".

شهید ثانی نیز در شرح عبارت فوق مفرماید: بینه که شهادت بر اعسار مدهد باید از باطن امر مطلع باشد و شهود معرفی شده باید با مدعی معاشرت داشته باشند و باید شهادت آنها متضمن اثبات باشد. مثلا بگویند که: مدعی معسر است و تنها قوت روزانه و پوشاک مخصوص خود را دارا میباشد.

روایتی در این زمینه از حضرت امیر المؤمنین علی (علیه السلام) نقل میکنند که: حضرت در مورد دین، مدعی اعسار را بازداشت مکرد تا آن که اعسار او ثابت شود. ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی مصوب ۱۱ تیر ماه ۱۳۵۱ نیز چنین مگوید: "جز در موارد مذکور در ماده ۱ و ۲ در هر مورد دیگری که بازداشت

اشخاص در قبال عدم پرداخت دین، مستند به حکم یا سند لازم الاجراء تجویز

(۱) لمعه ۱: ۳۰۱، طبع قدیم، کتاب الدین.

شده مدیون به نسبت هر ۵۰۰ ریال يك روز بازداشت، و در هر حال مدت بازداشت از دو سال تجاوز نخواهد کرد و مدیون نسبت به مجموع بدهی های خود تا قبل از بازداشت در حکم معسر تلقی و آزاد خواهد شد، ولی هر موقع مالی از مدیون به دست آید طلبکاران حق استیفای طلب خود را از آن خواهند داشت ". ولی این ماده با تصویب ماده واحده به عنوان قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی مصوب ۲۲ آبانماه ۱۳۵۲ لغو شد. ماده واحده چنین مگوید: " از تاریخ اجرای این قانون جز در مورد جزای نقدی، هیچ کس در قبال عدم پرداخت دین و محکوم به تخلف از انجام سایر تعهدات و الزامات مالی توقیف نخواهد شد و کسانی که به این جهات در توقیف میباشند آزاد میشوند ".

لازم به ذکر است که حکم فقها بر حبس مدعی اعسار مخصوص به موارد محکومیت های مالی و عدم پرداخت دین است. در این زمینه شهید ثانی مفرماید: " وإنما یحبس مع دعوی الإعسار قبل إثباته لو كان أصل الدين مالا كالقرض، أو عوضا عن مال كضمن المبيع، فلو انتفى الأمران كالجناية والإتلاف قبل قوله في الإعسار بیمينه لأصالة عدم المال " (۱).

یعنی: " حبس مدعی اعسار منحصر در مواردی است که دین مورد ادعا، قرض یا ثمن مبیع باشد. و اما اگر دعوی اعسار در موارد کیفری باشد مثل جنایت و اتلاف، دعوی او با قسم پذیرفته میشود، زیرا اصل، نداشتن مال است و مالکیت و دارا بودن همچون سایر صفات عارضه از صفاتی است که بر انسان حادث

(۱) لمعه ۱: ۳۰۲.

مشود و سابقه عدم دارد لذا اصل، با دعوی اعسار، مطابقت دارد. تحقیق در این مسأله توضیح بیشتری را طلب میکند. در این زمینه باید گفت که: در صورتی که حال مدعی اعسار معلوم نباشد وضعیت وی به سه صورت میتواند باشد:

صورت اول: آن که سابقا معسر بوده است پس به استصحاب، حکم به اعسار وی میشود و طبق آیه شریفه: * (فَنظَرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) * (۱) به او تا وقت تمکن مهلت داده میشود و بر مدعی است که موسر بودن مدعی اعسار را اثبات کند. صورت دوم: آن که سابقا موسر و متمکن بوده است که در این صورت با استصحاب، به موسر بودن او حکم میشود و بر اوست که معسر بودن خود را اثبات کند و در این صورت میتوان او را به جرم عدم پرداخت دین خود، محکوم به زندان نمود، زیرا پیامبر (صلی الله علیه وآله) مفرماید: "الواجد بالدين يحل عرضه وعقوبته" (۲)، شخص متمکن و موسر در صورت امتناع از پرداخت دین خود، سزاوار عقوبت میباشد.

صورت سوم: آن که حالت سابقه او مشخص نباشد که آیا معسر یا موسر بوده است. در این صورت حکم به حبس او بر خلاف عدالت میباشد چون مجازات بدون سبب مشخص ظلم محسوب میگردد، و در این فرض جرم مدعی اعسار محرز نگردیده است، در این زمینه روایتی است از زرارة از امام محمد باقر (علیه السلام) که مفرماید: "امیر المؤمنین علی (علیه السلام) در مورد دین فقط سه دسته را

(۱) سوره بقره، آیه ۲۸۰.

(۲) وسائل الشیعة ۱۳: ۹۰، باب ۸ از ابواب دین و قرض، حدیث ۴.

زندانی منمود: دسته اول غاصبین. دسته دوم کسانی که مال یتیم را ظالمانه
مخوردند. دسته سوم کسانی که در امانت خیانت مورزیدند. و باقی را زندانی
نمنمود " (۱).

اما در مقابل این روایت، روایاتی دیگر با مضمونی مغایر مطرح است. در روایت
از امام باقر (علیه السلام) است که مفرماید: " حضرت علی (علیه السلام) مطلقاً در
دین، حکم به

زندانی شدن مدیون مداد و اگر معلوم مشد که معسر است او را رها
مساخت " (۲). يك روایت نیز از " اصبع بن نباته " است که: " علی (علیه السلام)
شخص

مدیون را حبس منمود و اگر معلوم مشد که مفلس است او را رها مساخت " (۳).
ولی نسبت روایات دسته دوم به روایت فوق، عموم و خصوص مطلق میباشد چرا
که روایات دال بر حبس مدیون مطلق است و شامل تمام اقسام دین میباشد. ولی
روایت زراره از امام باقر (علیه السلام) مخصوص به سه دسته از اقسام دین است پس
روایت

زراره روایات دسته دوم را تخصیص مزند و جواز حبس، منحصر در همان سه
دسته خواهد بود و بنابر این حکم حبس نسبت به شخص مدعی اعسار با فرض
جهل به حال او صحیح به نظر نمیرسد.

ولی سؤال قابل بررسی در این مورد آن است که آیا دعوی اعسار از چنان کسی
پذیرفته میشود یا خیر؟

جواب: باید گفت که این دعوی مقبول نخواهد بود، زیرا اولاً اعسار، يك امر

-
- (۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۸۱، باب ۱۱ از ابواب کیفیت الحکم، حدیث ۲.
 - (۲) وسائل الشیعة ۱۳: ۱۴۸، باب ۷ از ابواب احکام الحجر، حدیث ۱ و ۳.
 - (۳) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۸۰، باب ۱۱ از ابواب کیفیت الحکم، حدیث ۱.

وجودی است چون اعسار عبارت است از ضیق و تنگدستی و آن حالتی است که بر انسان عارض میشود و صرف نداشتن مال نیست.

ماده يك قانون اعسار مصوب ۲۰ آذر ۱۳۱۳ چنین مگوید: " معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود قادر به تأدیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد "

شیخ طوسی نیز در تفسیر آیه: * (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) * (۱) مفرماید: " والإعسار الذي يجب فيه الإنظار. قال الجبائي (رحمه الله) التعذر بالإعدام أو

بكساد المتاع ونحوه. وروي عن أبي عبد الله (عليه السلام) هو إذا لم يقدر على ما يفضل عن

قوته وقوت عياله على الإقتصاد " (۲). پس ملاحظه میشود که اعسار، صفتی است که در اثر عدم دارایی و نداشتن درآمدی زاید بر قوت روزانه فرد و عیال او پیش میآید و این حالت يك امر وجودی است و با اصل عدم مال نمیتوان امر وجودی را اثبات نمود چرا که این " اصل مثبت " است و اصل مثبت در علم اصول مورد انکار محققین میباشد.

ثانیا به فرض این که اعسار يك امر عدمی باشد ولی با استصحاب عدم مال در ابتدای تولد یا در دوران کودکی نمیتوان اعسار مدعی را ثابت نمود زیرا قطعا زمانی که مدعی به سن رشد رسیده و وارد معامله و داد و ستد گردیده و دارای مال شده از آن اعسار اول خارج شده است. بنابر این، دعوی اعسار به هر حال احتیاج به اثبات دارد و مسئولیت اثبات به عهده مدعی علیه میباشد هر چند که وی در

(۱) سوره بقره، آیه ۲۸۰.

(۲) تفسیر التبیان ۲: ۳۶۹.

مقام دفاع باشد.
مسأله چهارم: اگر موجر با مستأجر اختلاف نموده و موجر ادعا کند که مستأجر وجه اجرت را نپرداخته است در این فرض مسئولیت اثبات پرداخت اجرت، به عهده مستأجر است هر چند که خود وی مدعی علیه و در مقام دفاع میباشد. چرا که دعوی عدم پرداخت اجرت مطابق با اصل است و اصل عدم، اقتضا میکند که مستأجر وجه را نپرداخته باشد، پس چون سخن مدعی مطابق با اصل است لذا از مسئولیت اثبات آن معاف میباشد بلکه وی در موضع مدعی علیه قرار گرفته و میتواند به واسطه قسم در صورت عدم اقامه بینه توسط مستأجر به خواسته خود نایل گردد.

مسأله پنجم: اگر بایع و مشتری اختلاف کنند و بایع ادعا کند که مشتری " ثمن " را پرداخت نکرده است در این فرض همچون مسأله سابق مدعی علیه در موضع مدعی قرار گرفته و اثبات پرداخت ثمن به عهده اوست چرا که مسأله پرداخت ثمن حادثه و پدیده ای است که مسبوق به عدم میباشد، و با اصل عدم پرداخت ثمن بایع به منکر مبدل گشته و فقط بر اوست که اصل تحقق بیع و کیفیت و صحت آن را

اثبات نماید اما اثبات پرداخت ثمن به عهده مشتری است.
مسأله ششم: اگر مدعی علیه اقرار کند که ملك تحت تصرف و استیلائی او، سابقا ملك مدعی بوده است در این فرض مدعی علیه در موضع مدعی قرار گرفته و مسئولیت اثبات و اقامه دلیل به عهده اوست. و بر اوست که اثبات کند ملك به

سبب ناقل صحیح به او منتقل شده است. به همین جهت ماده ۳۷ قانون مدنی مگوید: اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملك سابقا، ملك مدعی او بوده است در این صورت مشار الیه نمیتواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر این که ثابت نمایند ملك به ناقل صحیح به او منتقل شده است.

این مسأله مورد بحث فقها قرار گرفته و آن را مورد نقد و بررسی قرار داده اند و فقهای مانند محقق اردبیلی و محقق سبزواری بر این نظر اشکال کرده اند که اقرار به ملکیت سابق چه تأثیری در ملکیت فعلی میتواند داشته باشد و چگونه آن را خدشه دار نموده و از دلالت و اماره بودن ساقط نماید؟ چرا که تصرف فعلی دلیل ملکیت فعلی میباشد و ملکیت فعلی با ملکیت سابق مدعی تعارضی ندارد، لذا آن دو بزرگوار گفته اند که اقرار به ملکیت سابق نافذ و معتبر نیست. همچنین در صورت اقامه بینه توسط مدعی بر ملکیت سابق خود اشکال، مستحکمتر و قویتر میشود. بعضی از فقها مانند شیخ طوسی در مبسوط و خلاف و نیز اسکافی گفته اند که این بینه نمیتواند تصرف فعلی مدعی علیه را متزلزل سازد، چرا که اولاً تصرف فعلی دلیل ملکیت فعلی است و این دلالت به صرف احتمال ناشی از بقای ملکیت سابق که با بینه ثابت شده از بین نمرود. ثانياً شهادت و بینه با مورد دعوی تطابق ندارد چون شهادت مربوط به ملکیت سابق است و دعوی مربوط به ملکیت حال میباشد و استصحاب ملکیت سابق به واسطه تصرف فعلی که اماره ملکیت فعلی است، نقض و قطع میشود. ولی اکثر فقها و رأی مشهور میان آنها و حتی خود شیخ طوسی در یکی از دو قول خود بر آنند که بینه همچون اقرار به ملکیت سابق، مدعی تصرف فعلی را متزلزل

میکند. چرا که تصرف در صورتی دلیل مالکیت میباشد که معارض با استصحاب
وبینه و شهادت شهود نباشد. ولی صحیح آن است که به پیروی از محقق اردبیلی
و سبزواری بگوییم: اقرار به ملکیت سابق همچون بینه نمیتواند ملکیت فعلی را
خدشه دار نماید، چرا که تصرف فعلی طبق ماده ۳۵ قانون مدنی اماره است
و دلالت بر ملکیت فعلی دارد و استصحاب نمیتواند آن را نقض کند چون اماره
مقدم بر استصحاب است. اما اگر مدعی علیه ادعا کند که مال تحت ید وی به عقد
خاصی به او منتقل شده است و مدعی منکر آن عقد شود در این صورت مدعی
علیه در موضع مدعی جای مگیرد و مسئولیت اثبات عقد ناقل به عهده اوست.
مسئله هفتم: اگر مالك زمین با شخص دیگری در مورد بنا یا درختی که در زمین
وی واقع است اختلاف کنند و مالك زمین ادعا کند که بنا یا درخت از آن اوست
و آن شخص، متقابلاً ادعا کند که بنا یا درخت ملك وی میباشد، در این صورت
اگر آن شخص بنا را در تصرف خود نداشته باشد پس قول مالك زمین مقدم است،
چون بنا یا درخت در زمین تابع زمین میباشد. ماده ۳۹ قانون مدنی در همین رابطه
مگوید: هر بنا و درخت که در روی زمین است و همچنین هر بنا و حفری که در
زیر

زمین است ملك مالك آن زمین محسوب میشود مگر این که خلاف آن ثابت شود.
اما اگر وی بنا را در تصرف خود داشته باشد پس قول او نسبت به بنا مقدم بر
ادعای مالك زمین است و قاعده ید اقتضا میکند که قول صاحب ید را مقدم
بداریم.

ماده ۳۵ قانون مدنی نیز مگوید: تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است
مگر این که خلاف آن ثابت شود. و بدین جهت مفاد ماده ۳۹ قانون مدنی مقید به

صورتی است که مدعی، درخت یا بنا یا حفر را در تصرف خود نداشته باشد.

مسئله هشتم: اگر دو نفر در مورد مالی نزاع کنند و هر کدام دعوی مالکیت آن را بنمایند این مسئله و این نزاع دارای چند فرض است:

فرض اول - هیچ کدام بینه و دلیلی بر مالکیت خود ندارند و مال هم در تصرف یکی از دو میباشد.

فرض دوم - هیچ کدام بینه و دلیلی بر مالکیت ندارند و مال هم در دست هیچ کدام نیست.

فرض سوم - همان فرض سابق است به اضافه آن که مال در دست شخص ثالث باشد.

فرض چهارم - همان فرض اول با تغییر این که مدعی بر مالکیت خود دلیل و بینه اقامه کند.

فرض پنجم - همان فرض اول با تغییر این که هر دو طرف بر دعوی خود بینه اقامه نمایند.

فرض ششم - عین فرض دوم با تغییر این که هر دو طرف دعوی، بر دعوی خود بینه اقامه نمایند.

فرض هفتم - آن که مال در دست شخص ثالث باشد و هر دو طرف دعوی، بر دعوی خود بینه و دلیل اقامه نمایند.

فرض هشتم - آن که مال در تحت تصرف و استیلا هر دو بوده و هر دو بر دعوی خود دلیل اقامه نمایند.

فرض نهم - آن که مال در دست هر دو بوده و هیچ کدام بر مالکیت خود دلیلی

ندارند.

اما فرض اول، از مصادیق قاعده مدعی و منکر میباشد و آن که مال در دست دارد منکر محسوب میشود، زیرا ادعای او مطابق با اماره - تصرف مالکانه - است و طرف دیگر، مدعی خواهد بود، زیرا فاقد بینه است و بنابر این، دعوی او قابل استماع نیست.

اما در فرض دوم که مال در تصرف هیچ کدام نبوده و هیچیک هم دلیلی بر دعوی خود ندارند، دو دعوی با هم تعارض و تساقط نموده و در نتیجه دعوی هیچ کدام مقبول نخواهد بود.

اما در فرض سوم که مال در دست شخص ثالث بوده و هیچیک از طرفین دلیلی بر ادعای خود ندارند. در این صورت اگر شخص ثالث قول یکی از دو طرف را تصدیق نماید، قول او مقدم خواهد بود اما اگر هیچ کدام را تصدیق ننماید در این صورت نیز دو دعوی تعارض و تساقط میکند و در نتیجه سخن هیچ کدام حجت نخواهد بود.

و اما در فرض چهارم که مال در تصرف یکی از متداعیین بوده و طرف دیگر بینه و دلیل بر مالکیت خود اقامه نماید. در این فرض قاعده مدعی و منکر تطبیق میشود.

اما در فرض پنجم که مال در تصرف یکی بوده و هر دو بر مالکیت خود دلیل اقامه نمایند. این فرض مورد اختلاف فقها قرار گرفته است، برخی معتقدند که این مورد از مصادیق قاعده مدعی و منکر میباشد و بینه خارج یعنی بینه آن کس که مال در تصرف او نیست و مدعی است مقدم است. برخی دیگر معتقدند بینه داخل یعنی آن کس که مال در تصرف اوست مقدم است.

نظر برخی از اساتید آن است که: در این صورت بینه داخل مقدم است و او پس از ادای سوگند، صاحب مال شناخته میشود، ایشان بر این رأی خود به روایت معتبره اسحاق بن عمار از امام صادق (علیه السلام) استدلال نموده است: "قیل فإن کانت

فی ید أحدهما وأقاما جميعا البينة؟ قال: أقضي بها للحالف الذي في یده" (۱). راوی از امام در مورد مالی سؤال میکند که در دست یکی از متنازعين بوده و هر دو بینه اقامه نموده اند امام مفرماید: "حکم به سود کسی میشود که مال در تصرف اوست و او پس از ادای سوگند مالک مال خواهد بود".

اما روایتی که مگوید: بینه بر مدعی و قسم بر مدعی علیه است مخالف مفاد روایت فوق نیست، زیرا استنباط برخی از فقها از روایت اخیر صحیح نیست که گفته اند این روایت دال بر آن است که از مدعی تنها بینه پذیرفته میشود و از مدعی علیه بینه مقبول نیست بلکه فقط قسم از او پذیرفتنی است لذا در مورد تعارض بینات به تقدیم بینه خارج حکم داده اند ولی شاید این روایت تنها در صدد بیان این مطلب است که از مدعی باید مطالبه بینه نمود و از مدعی علیه مطالبه قسم، نه آن که بینه مدعی علیه مقبول نیست.

ولی روایت دیگری وجود دارد که مفاد آن با معتبره اسحاق بن عمار منافات دارد. و آن روایتی است که ابراهیم بن هاشم از محمد بن حفص از منصور از امام صادق (علیه السلام) نقل میکند که در آن مورد امام صادق (علیه السلام) مفرماید: "بینه مدعی را قبول میکنم و بینه صاحب ید را نمیپذیرم" (۲).

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۸۲، باب ۱۲ از ابواب کیفیت الحکم، حدیث ۲.
(۲) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۸۶، باب ۱۲ از ابواب کیفیت الحکم، حدیث ۱۴.

ولی این روایت، ضعیف به نظر می‌رسد چرا که محمد بن حفص که در سند این روایت آمده مجهول است و آن "محمد بن حفص" که وکیل ناحیه مقدسه و از اصحاب امام حسن عسکری (علیه السلام) است این شخص نباشد، زیرا آن محمد بن حفص از اصحاب امام حسن عسکری (علیه السلام) است و ابراهیم بن هاشم که از اصحاب امام رضا و امام جواد (علیهما السلام) میباشد نمیتواند از او روایت کند و همچنین او که از اصحاب امام عسکری (علیه السلام) است نمیتواند از "منصور" که از اصحاب امام صادق (علیه السلام) است روایت نقل کند. و بدین جهت روایت قابل استناد نبوده و فاقد حجیت است.

وجه دیگر آن است که با صرف نظر از روایات وارده در مورد تعارض بینات بگوئیم: بینه‌ها با یکدیگر تعارض نموده و در نتیجه تساقط میکنند و بعد به قاعده ید و اماره بودن آن رجوع میکنیم و دعوی آن کس که مال در دست اوست مقدم خواهد بود. چرا که تصرف و استیلا او دلیل بر مالکیت است و دعوی معارض ندارد.

ممکن است این سؤال به ذهن بیاید که وقتی بینه‌های طرفین و اماره ید با یکدیگر تعارض کردند، هر سه تساقط میکنند و جایی برای رجوع به اماره ید نخواهد ماند.

در پاسخ باید گفت که: اصولاً دلالت اماره ید نسبت به دلالت بینه ضعیف‌تر است و بینه قوی با اماره ضعیف تعارض نخواهد کرد، بنابر این فقط دو بینه تعارض و تساقط کرده ولی اماره ید به عنوان مرجع نهایی باقی خواهد ماند. اما در فرض ششم که مال در تصرف هیچکدام از متنازعین نبوده و هر دو مدعی مال باشند و هر دو نیز بر مالکیت خود نسبت به آن مال، دلیل و بینه اقامه نمایند. در

این مورد نیز بینه‌ها تعارض و تساقط میکنند و به مقتضای قاعده عدل و انصاف به تنصیف مال میان آن دو حکم میشود.

روایت معتبره " غیاث بن ابراهیم " نیز بر این مطلب دلالت دارد. در ضمن این روایت آمده است که: " وقال لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين " (۱) یعنی از امام (علیه السلام) پرسیدم که اگر مال در دست متنازعین نبوده و هر دو نیز بینه و دلیل اقامه

کرده باشند. امام (علیه السلام) در جواب مفرماید: مال را میان آن دو نصف میکنم. اما در فرض هفتم که مال در اختیار شخص ثالث بوده و هر دو نفر نیز بر مالکیت خود بینه اقامه نمایند. در این صورت بینه‌ها تعارض و تساقط میکنند و اگر ذو الید اقرار کند که مال متعلق به یکی از دو مدعی میباشد مقرر له نیز تصدیق کند پس به استناد این اقرار، حکم به نفع مقرر له خواهد بود و مال از آن او میشود. از شهید اول در دروس نقل شده است که ایشان مفرماید: ذو الید کسی است که شخص ثالث او را تصدیق کند.

در اینجا لازم است که به نقص قانون مدنی اشاره کنیم چرا که در قانون مدنی نسبت به حکم اقرار ذو الید ذکر نیامده است مگر آن که به عموم ماده ۱۲۷۵ قانون مزبور استناد کنیم که مگوید: هر کس اقرار به حقی برای غیر کند ملزم به اقرار خود خواهد بود. اما اگر ذو الید اقرار به ملکیت یکی از آن دو نکند، حال یا به علت آن که مالک را نمشناسد یا آن که ادعا کند که مال متعلق به هر دو میباشد در این صورت بینه‌ها تعارض و تساقط میکنند و مال مورد نزاع میان آن دو نفر تقسیم میشود.

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۸۲، باب ۱۲ از ابواب کیفیت الحکم، حدیث ۳.

اما در فرض هشتم که مال در تصرف و استیلاهی هر دو باشد و هر دو نفر نیز بر مالکیت خود بینه بیاورند. در این مورد نیز بینه ها تعارض و تساقط میکنند و به قاعده ید رجوع میکنیم. و چون تصرف و استیلاهی آنها عملاً در نصف مال میباشد، زیرا مال در اختیار هر دو میباشد علی هذا دلالت آن نیز بر مالکیت در همان حد خواهد بود یعنی تصرف هر يك، دلیل بر مالکیت نسبت به نصف مال میباشد.

اما این مطلب در صورتی صحیح است که علم به استقلال مالکیت هر کدام نداشته باشیم. اما اگر بدانیم که مال تماماً ملك یکی از دو نفر میباشد در این صورت دلیل فوق نمیتواند مرجع قرار گیرد بلکه باید به قرعه عمل نمود، زیرا از طرفی علم داریم که مال تماماً ملك یکی از دو نفر میباشد و از طرف دیگر دلیلی بر تعیین مالك نداریم لذا چاره ای جز مراجعه به قرعه نیست.

اما در فرض نهم: که مال در تصرف هر دو بوده و هر دو دعوی مالکیت تمام آن را بنمایند و دلیل هم بر دعوی خود نداشته باشند در این صورت دو دعوی با هم تعارض و تساقط نموده و تنها دلیل ید ممانند که آن هم فقط دلیل بر مالکیت نصف میباشد و در نتیجه حکم به اشتراك آن دو در آن مال میشود.

این حکم هم مخصوص به موردی است که علم به استقلال در مالکیت نداشته باشیم و گرنه باز هم مورد قرعه خواهد بود.

مسأله نهم: اگر شخصی مدعی مالی شود که در تصرف و استیلاهی کسی نباشد، مشهور بین فقها آن است که در این حال مال اختصاص به مدعی خواهد داشت. البته مقصود از قاعده فوق آن است که در وقت ادعای مال، در تصرف کسی نباشد

هر چند که قبلا در تصرف شخص معین یا مجهولی باشد. قاعده فوق مصداق يك قاعده کلی تر میباشد و آن قاعده عبارت است از قبول دعوایی که معارض نداشته باشد خواه موضوع دعوی حق مالی یا غیر آن باشد. فقها برای اثبات این قاعده به روایت " منصور بن حازم " از امام صادق (علیه السلام) استدلال

کرده اند: در این روایت امام (علیه السلام) در مورد کیسه ای که حاوی هزار درهم و در میان ده

نفر بوده و همه بجز يك نفر منکر مالکیت آن کیسه شدند مفرماید: کیسه از آن کسی است که آن را ادعا نمود (۱).

لازم به ذکر است که این مسأله خارج از مبحث قضا میباشد، زیرا اولاً قضا عبارت از فصل خصومت است که طبعاً اختصاص به ترافع و تنازع دارد و مفروض مسأله آن است که دعوی منازع و معارضی ندارد. ثانیاً: اگر حکم به مالکیت در مسأله مزبور قضاوت باشد باید از اعتبار امر مختوم و تمام شده برخوردار باشد و اگر کسی بعداً آن مال را برای خود ادعا کرد و برای دعوی خود بینه و دلیل بیاورد، باید این دعوی چون در مورد امر مختوم و تمام شده است قابل استماع نباشد در حالی که چنین نیست و این دعوی مسموع است. بنابر این، باید گفت که مقصود از کلمه " قضی " در روایت، قضای اصطلاحی نیست بلکه مقصود آن است که دعوی او پذیرفته و مورد قبول است و آثار ملکیت بر آن مترتب میگردد. و اگر کسی بعداً آن مال را ادعا کند دعوی او با دعوی مدعی سابق معارضه میکند و اگر دعوی او همراه با دلیل و بینه باشد حکم میشود که مال متعلق به اوست و چنانچه فاقد بینه و دلیل باشد پس مدعی سابق که ذو الید است و به اصطلاح منکر میباشد پس از

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۲۰۰، باب ۱۷ از ابواب کیفیت الحکم، حدیث ۱.

ادای سوگند صاحب مال خواهد بود. این مسأله در قانون مدنی بیان نشده است. مسأله دهم: اگر دو نفر بر سر دیواری که بین ملکشان قرار گرفته است اختلاف نمودند و هر کدام دعوی مالکیت آن را بنمایند در این مورد فقهای امامیه و به تبع ایشان قانون مدنی گفته اند که اگر قرینه ای یا اماره ای بر اختصاص آن دیوار به یکی از

دو نفر وجود داشته باشد پس از ادای سوگند حکم میشود که دیوار از آن اوست. مثلاً اگر دیوار مورد نزاع به نحو ترصیف (۱) داخل در بنای یکی از دو نفر باشد یا این که

دیوار روی پایه ای که اختصاص به یکی از آن دو دارد بنا شده باشد و یا پنجره یا طاقچه ای که اختصاص به یکی از آن دو دارد در آن دیوار بنا شده باشد در این صورت دیوار از آن همان شخص خواهد بود. ماده ۱۱۰ قانون مدنی چنین مگوید: " بنا به طور ترصیف و وضع سر تیر از جمله قرائن است که دلالت بر تصرف و اختصاص میکنند ".

و دلیل این اختصاص، قاعده ید و تصرف مالکانه - موضوع ماده ۳۵ قانون مدنی - میباشد: و روایتی نیز به سند صحیح از " منصور بن حازم " در این مورد میباشد که مگوید: از امام صادق (علیه السلام) سؤال کردم در خانه هایی که از " نی "

درست شده، دیواری که بین دو خانه واقع است متعلق به چه کسی است. امام (علیه السلام)

فرمود: " دیوار اختصاص دارد به صاحب طنابی که دیوار را گره زده است " (۲).

(۱) " ترصیف " در بنا عبارت است از: پیوست بودن قسمتی از بنا به قسمت دیگر چنانچه آجرها با یکدیگر به صورت قفل و بست قرار بگیرند.

(۲) وسائل الشیعة ۱۳: ۱۷۲، باب ۱۴ از ابواب احکام الصلح، حدیث ۱.

و بدیهی است که امام (علیه السلام) به مالکیت صاحب گره از آن جهت حکم نموده است

که طناب، قرینه است بر اختصاص آن دیوار به آن گره و چون آن گره تحت ید و استیلا میباشد پس دیوار نیز به تبعیت آن گره در تحت استیلا و ید میباشد. و لذا صاحب طناب، مالك آن دیوار شناخته میشود. البته این در صورتی است که آن قرینه معارض با قرینه دیگری نباشد. مثلا اگر روی آن دیوار سقفی بنا شده باشد که مربوط به منزل دیگری غیر از صاحب طناب است در این صورت این دو قرینه با هم تعارض میکنند. قرینه سقف اقتضا میکند که دیوار اختصاص به صاحب سقف داشته باشد و قرینه طناب و گره اقتضا میکند که دیوار اختصاص به صاحب طناب داشته باشد و با تعارض این دو قرینه، حکم به اشتراك دیوار میان دو نفر داده خواهد شد. لذا ماده ۱۰۹ قانون مدنی مگوید:

" دیواری که ما بین دو ملك واقع است مشترك ما بین صاحب آن دو ملك محسوب میشود مگر این که قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد ".
البته این حکم اختصاص به دیوار ندارد بلکه در همه موارد جاری است مانند درخت، چاه و غیر آن. لذا ماده ۱۳۵ قانون مدنی چنین مگوید: " درخت و حفیره و نحو آنها که فاصل ما بین املاك باشد در حکم دیوار ما بین خواهد بود ". همچنین در مورد سقفهای آپارتمانی و غیره اصل آن است که سقف منصوب بر دیوار از آن کسی است که در زیر آن سکونت داشته و بر آن ید دارد مگر آن که روی آن سقف غرفه یا طبقه دیگری ساخته شده باشد و شخص دیگری بر آن تصرف و استیلا داشته باشد که در این صورت تصرف مالکانه صاحب طبقه تحتانی و صاحب طبقه فوقانی نسبت به سقف، تعارض کرده و در نتیجه سقف ما بین، مشترك بین آن دو نفر محسوب میشود.

ماده ۱۲۶ قانون مدنی مگوید: " صاحب اطاق تحتانی نسبت به دیوارهای اطاق و صاحب فوقانی نسبت به دیوارهای غرفه بالا اختصاص و هر دو نسبت به سقف ما بین اطاق و غرفه بالاشترک متصرف شناخته میشوند ".
مسأله یازدهم: اگر موجر با مستأجر بر سر مالی که در خانه است اختلاف کرده و هر کدام مدعی مالکیت آن بشوند، در این مورد مرحوم علامه در قواعد فرموده است که: " اگر مال مورد نزاع منقول باشد، دعوی مستأجر پذیرفته میشود و اگر غیر

منقول باشد دعوی مالك (موجر) مقدم است " (۱).

این تفصیل را مرحوم سید یزدی در عروه مورد انتقاد قرار داده و مفرماید که: " در این گونه موارد دو استیلا و دو ید وجود دارد یکی استیلا و ید مالك و موجر. و دیگری استیلا و ید مستأجر میباشد و از آن جایی که استیلاي مستأجر بالفعل میباشد لذا دلالتش بر اختصاص و ملکیت قویتر از دلالت استیلاي مالك است. بنابراین، در هر مورد که شك کنیم و ندانیم که آیا مال متعلق به مستأجر یا موجر است حکم میکنیم که مال مورد نزاع متعلق به مستأجر است. خواه آن مال، منقول یا غیر منقول باشد مثل درب یا ناودان مخصوص، اگر مورد اجاره طی مدتی طولانی در دست مستأجر باشد " (۲).

اما صحیح آن است که در این گونه موارد " عرف " حکم قرار گیرد چرا که در بعضی موارد خانه را با اثاثیه آن اجاره مدهند مثل بعضی از خانه های سازمانی که

(۱) قواعد ۲: ۲۲۳.

(۲) عروة الوثقی ۳: ۱۶۴.

در اختیار کارکنان دولت و غیره قرار مدهند. در این گونه موارد قرینه اختصاص ایجاب میکند که اموال منقول هم ملك موجر باشد. اما در بعضی موارد منزل مسکونی به مدت یکسال اجاره داده میشود که در این گونه موارد بعید است مستأجر با هزینه خود اقدام به تعمیر و نصب لوازم خانه بنماید. در این حال بعید نیست که رأی مرحوم علامه و تفصیل وی بین اموال منقول و اموال غیر منقول صحیح باشد.

اما در بعضی از موارد عرف و عادت بر آن است که مورد اجاره به مدت طولانی در اختیار مستأجر قرار بگیرد مانند محل‌های کسب و تجارت که در این گونه موارد رویه بر آن است که خود مستأجر اقدام به تعمیر و نصب لوازم مربوط به محل اجاره ننماید. اگر در چنین مواردی بین موجر و مستأجر اختلاف شود طبق کلام سید یزدی حکم میشود که مال مورد نزاع متعلق به مستأجر است اعم از این که مال منقول باشد یا غیر منقول.

در بعضی از موارد هم، عرف و رویه بر وضع خاصی نیست که در این موارد قرینه اختصاص به نفع هیچ يك نخواهد بود. و جان کلام آن است که در بعضی از موارد عرف قرینه اختصاص را به نفع موجر و در بعضی موارد آن قرینه را به نفع مستأجر مبیند. و در برخی موارد دیگر قرینه اختصاص را در اموال منقول به نفع مستأجر و در اموال غیر منقول به نفع موجر میابد.

اما اگر در جایی عرف و عادت بر وضع معینی نبود و در نتیجه قرینه اختصاص تحقق نیافت در این حال ید مستأجر و موجر با هم تعارض و تساقط میکنند و مال مورد نزاع آن دو، مشترك خواهد بود. چون هر دو بر آن مال ید دارند و ید مستأجر هر چند فعلی است ولی این امر موجب ترجیح نمیشد.

مسأله دوازدهم: اگر زن و شوهر بر سر مالی که در خانه مشترك آنها میباشد اختلاف نموده و هر کدام مدعی مالکیت آن مال شوند، مرحوم سید کاظم یزدی در عروة الوثقی اقوالی را در باره این مسأله نقل فرموده است:

قول اول: اموالی که مخصوص استفاده مردان است مانند سلاح، مال شوهر میباشد و آنچه که مخصوص استفاده زنان است مانند وسائل آرایش، مال زن میباشد و آنچه که مورد استفاده مشترك زنان و مردان میباشد مال مشترك بین آن دو محسوب میگردد مگر آن که خلاف آن ثابت شود.

ماده ۶۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ نیز به تبعیت از این رأی چنین مگوید: " از اموال منقول موجود در محل سکونت زوجین آنچه معمولاً و عادتاً مورد استفاده اختصاصی زن باشد متعلق به زن و آنچه مورد استفاده اختصاصی مرد باشد متعلق به شوهر و بقیه از نظر مقررات این قانون مشترك بین آنان محسوب میشود مگر این که خلاف آن ثابت شود "

شیخ طوسی (رحمه الله) در کتاب نهاییه و خلاف و اسکافی و علامه حلی نیز این قول را

پذیرفته اند و بعضی از فقها این قول را به مشهور، و ابن ادریس و شیخ در خلاف آن را به اجماع نسبت داده اند (۱). مدرک این قول هم روایات است از جمله صحیحه

رفاعه که در آن آمده است: " اگر زن ادعا کند که اثاث خانه متعلق به من میباشد و مرد در مقابل او ادعا کند که مال من است آنچه که مخصوص استفاده مردان میباشد مال مرد، و آنچه که مخصوص استفاده زنان میباشد مال زن، و آنچه که مورد استفاده مشترك هر دو است مال مشترك محسوب شده و بین آن دو تقسیم

(۱) عروة الوثقی ۳: ۱۴۱.

میشود " (۱).

قول دوم: تمام اثاث موجود در منزل مال زن است مگر آن که شوهر خلاف آن را ثابت نماید. و این قول را شیخ طوسی در کتاب استبصار و تهذیب و کلینی در کافی و برخی دیگر از فقها اختیار کرده اند (۲). و به روایت عبد الرحمان بن حجاج بجلی

استدلال کرده اند که ضمن آن امام علی (علیه السلام) از کیفیت قضاوت ابن ابی لیلی سؤال

مکند و او در جواب میگوید که: وی در يك مسأله به چهار شکل قضاوت نمود و آن در مورد زنی که شوهر او مرده باشد و خویشان مرد یا خویشان زن در اموال موجود در منزل اختلاف کنند. ابن ابی لیلی نخست بر طبق رأی ابراهیم نخعی حکم داد که آنچه مخصوص استفاده مردان میباشد مال مرد و آنچه که مخصوص استفاده زنان میباشد مال زن و آنچه که مورد استفاده هر دو است بالاشترک بین آن دو تقسیم شود. پس از آن رأی دیگری را اختیار کرده و گفت که: زن حکم میهمان را

دارد و تمام اموال موجود مال مرد است مگر آن که زن خلاف آن را ثابت نماید. بعدا رأی دیگری اظهار نمود و گفت که: تمام اموال موجود در خانه مال زن است مگر آن که شوهر خلاف آن را ثابت نماید. و در مرحله چهارم از تمام آراء سابق عدول نمود و فقط رأی اول که همان رأی ابراهیم نخعی است اختیار نمود. امام (علیه السلام) در پایان این حدیث رأی سوم را اختیار نموده و فرمود: تمام اموال مال

زن است مگر آن که مرد خلاف آن را ثابت نماید (۳).

(۱) وسائل الشیعة ۱۷: ۵۲۵، باب ۸ از ابواب میراث الأزواج، حدیث ۴.

(۲) عروة الوثقی ۳: ۱۴۱.

(۳) وسائل الشیعة ۱۷: ۵۲۳، باب ۸ از ابواب میراث الأزواج، حدیث ۱.

قول سوم: هر چه مورد استفاده مخصوص مردان است مال مرد و آنچه که مخصوص استفاده زنان یا مشترك میباشد مال زن خواهد بود مگر آن که مرد خلاف آن را اثبات نماید. این قول به شیخ صدوق نسبت داده شده است (۱).
قول چهارم: هر دو تمام ااث منزل اموال مختص و مشترك را بالاشترك مالك میباشد این قول را علامه در قواعد اختیار نموده است (۲).

قول پنجم: نسبت به اموال مختص، طبق قرینه اختصاص، حکم نماییم به دین ترتیب که اگر مالی مخصوص استفاده مردان است مال مرد خواهد بود مگر آن که زن خلاف آن را ثابت نماید. و اگر مخصوص استفاده زنان میباشد از آن زن خواهد بود مگر آن مرد خلاف آن را ثابت نماید. و نسبت به اموال مشترك، اگر زن دلیل بیاورد که خود، اقدام به بردن ااث به منزل شوهر نموده، اموال مشترك از آن زن خواهد بود و بر مرد است که اثبات کند که تمام اموال موجود مال زن نیست بلکه خود نیز برای خانه، ااث خریده است. این قول را بعضی از اساتید فرموده اند و برای اثبات آن به روایت عبد الرحمن بن حجاج استدلال کرده اند (۳).
قول ششم: امر را به عرف و عادت موکول نماییم اگر در جایی عرف و عادت بر آن باشد که مال معینی مخصوص به مرد میباشد، آن مال مختص مرد خواهد بود و اگر عرف و عادت بر آن باشد که مال مخصوص زنان میباشد پس مال اختصاص به زن پیدا میکند. این قول را به علامه در مختلف و به تبع وی شهیدین وعده ای از

(۱) عروة الوثقی ۳: ۱۴۳.

(۲) قواعد ۲: ۲۲۳.

(۳) مبانی تکملة المنهاج ۱: ۷۰.

متأخرین نسبت داده اند (۱).

حق آن است که رأی اخیر را انتخاب نماییم چرا که مال تحت تصرف مرد و زن يك وضع استثنایی ندارد بلکه حکم سایر اموال مورد نزاع را دارد خواه اطراف نزاع هر دو مرد یا هر دو زن یا یکی مرد و یکی زن باشد. پس اگر عرف و عادت ایجاب کند که مال موجود در خانه را زن به منزل شوهر بیاورد پس تمام اموال موجود در خانه ملك زن خواهد بود مگر آن که مرد خلاف آن را ثابت نماید، و اما اگر عرف و عادت ایجاب کرد که زن مالی به منزل شوهر نمبرد بلکه این مرد است که اموال و اثاث منزل را تهیه منماید پس اموال موجود در خانه از آن مرد است و زن حکم میهمان را دارد، مگر آن که زن خلاف آن را ثابت نماید. لذا مبینیم امام صادق (علیه السلام)

در روایت عبد الرحمان بن حجاج استدلال میکند و مفرماید: اگر از اهل مکه جويا شوید به شما خواهند گفت که اثاث منزل را علنا زن به خانه شوهر مبرد، پس امام (علیه السلام) به عادت و رویه اهل مکه استناد منماید. بنا بر آنچه گفته شد فرقی بین اموال مخصوص استفاده مردان یا اموال مخصوص استفاده زنان نخواهد بود، زیرا چه بسا بنا به اقتضای عرف گاهی تمام اثاث حتی اموال مخصوص استفاده مرد را زن تهیه و به منزل شوهر مبرد در چنین مواردی باید همه اموال را به زن اختصاص دهیم. و اما اگر عرف و عادت بر آن باشد که زن تنها قسمتی از اموال را به خانه شوهر مبرد و اموالی که مختص مردان است از مسئولیت زن خارج است. در این صورت این قسم از اموال ملك مرد خواهد بود مگر آنکه زن خلاف آن را ثابت نماید.

(۱) عروة الوثقی ۳: ۱۴۳.

اما اگر عرف و عادت بر وضع خاصی نباشد یا آن که عرف و عادت تنها مختص وقت ازدواج باشد، اما بعد از گذشت سالیانی چند از ازدواج، زن بنا به اقتضای عرف ملزم به خرید لوازمی برای خانه نیست در این صورت اگر احتمال تملك زن را بدهیم اموال موجود در خانه، مشترك خواهد بود مگر آن که خلاف آن ثابت شود. اما اگر احتمال تملك زن را بدهیم در این صورت اموال موجود حتی اموال مخصوص استفاده زنان، مال مرد بوده و زن به منزله میهمان میباشد. اما اگر زن و مردی بر سر مالی اختلاف کردند بدون آن که میان آنها رابطه زوجیت برقرار باشد در این صورت میتوان گفت که آنچه مخصوص استفاده مردان میباشد به علت قرینه اختصاص مال مرد محسوب و آنچه که مخصوص استفاده زنان میباشد مال زن خواهد بود. و آنچه که مشترك بین زن و مرد است مال مشترك آن دو میباشد.

مسأله سیزدهم: اگر میهمان و میزبان بر سر مالی که در خانه است اختلاف کنند پس قول صاحب خانه مقدم است چون او بر خانه استیلا و ید دارد و مال هم به تبع خانه، مال صاحب خانه میباشد ولی میهمان هیچ گونه سلطه و تصرفی نسبت به خانه ندارد لذا مسئولیت اثبات به عهده میهمان میباشد و هیچیک از فقها در این مسأله مخالفت ننموده است.

اختلاف متداعیین در عقود

اختلاف متداعیین در عقود دارای صور مختلفی میباشد و آن صور در ضمن مسائلی چند بیان میشود.

مسأله اول: اگر موجر و مستأجر در زیادی و نقصان اجرت یا ملك مورد اجاره اختلاف کنند مثلاً موجر بگوید که اجاره منزل ده هزار تومان است و مستأجر بگوید که اجاره و قرارداد بر پنج هزار تومان بوده است هیچ کدام هم بینه بر دعوی خود نداشته باشند این مسأله مورد اختلاف فقها واقع شده است. شیخ طوسی در مبسوط مفرماید که: " هر دو مدعی بوده و بنابر این، از مصادیق قاعده مدعی و منکر نمیشد. چرا که عقد مثلاً بر ده هزار تومان غیر از عقد بر پنج هزار تومان میباشد و با هم تباین داشته و قدر مشترکی در بین نیست در این صورت اگر بینه و دلیلی در دست نباشد هر دو سوگند یاد کرده و عقد به حکم حاکم منفسخ میگردد و در صورت استیفای منفعت توسط مستأجر حکم به پرداخت اجرة المثل

مشود " (۱). وعده ای از متأخرین نیز از رأی شیخ تبعیت نموده اند. اما مشهور فقها بر آنند که در صورت عدم وجود بینه و دلیل، قول مدعی کمتر مقدم است چون دعوی او مطابق با اصل است و اصل عدم زیاده کلام او را تأیید میکند. صاحب جواهر مفرماید: اگر مورد دعوی، خود عقد باشد که آیا عقد مثلاً بر ده هزار تومان واقع شده یا بر پنج هزار تومان در این صورت قول صحیح آن است که مورد از مصادیق تداعی بوده و هر دو مدعی میباشند (۲).

ولی حق آن است که حتی در صورت مزبور نظر مشهور فقها صحیح است چرا که بالأخره اختلاف موجر و مستأجر در حقیقت در مقدار ثمن میباشد و تردید در ثمن به نحو اقل و اکثر بوده و از موارد جریان اصل عدم زیاده میباشد. همچنین اگر اختلاف آنها در مقدار عین مستأجره باشد مثلاً موجر بگوید که اجاره بر يك اطاق بوده است و مستأجر بگوید که بر تمام خانه بوده است. در این حال قول موجر که مدعی اقل میباشد مقدم است چرا که اکثر، با اصل عدم زیاده منتفی میگردد.

اما اگر در صورت اختلاف در ثمن متداعیین هر کدام بر دعوی خود بینه اقامه کند در این صورت از موارد تعارض بینات خواهد بود و اگر گفتیم که بینه خارج مقدم است پس بینه موجر مقدم است و اگر گفتیم بینه داخل مقدم است پس قول مستأجر مقدم است. اما مرحوم سید محمد کاظم یزدی بر آن است که: " باید به قرعه تمسك جست " (۳).

(۱) المبسوط ۸: ۲۶۳.

(۲) جواهر الکلام ۴۰: ۴۵۸.

(۳) عروة الوثقی ۳: ۱۶۸.

ولی حق آن است که مورد از موارد تعارض بینتین است و در آن جا گفتیم که بینه ها با هم تعارض و تساقط میکنند پس از تعارض بینه ها نوبت به " اصل " مرسد و اصل عدم زیاده ایجاب میکند تقدیم قول مدعی اقل را و این اصل در تمام عقود و ایقاعات - به استثنای بیع در صورت اختلاف در ثمن - جاری است و يك اماره قانونی محسوب میگردد.

مسأله دوم: اگر موجر با مستأجر بر سر تعیین مال الاجاره یا عین مستأجره اختلاف کنند. مثلاً موجر بگوید که کرایه مورد عقد عبارت از صد دلار است و مستأجر ادعا کند که کرایه مورد عقد عبارت از هشتصد تومان است یا آن که

موجر بگوید که اجاره بر فلان واحد مسکونی واقع شده و مستأجر بگوید که واحد دیگری مورد اجاره واقع شده است. در این حال عده ای از فقها گفته اند که در صورت عدم

وجود بینه طرفین دعوی، قسم یاد میکنند و پس از تحالف حکم به تنصیف دو مال میشود، بدین ترتیب که هر دو مال بالمناصفة بین آن دو تقسیم میشود. اما اگر موجر و مستأجر هر دو بینه اقامه نمایند در این صورت بینه ها با هم تعارض کرده و بعضی فرموده اند که حکم به تنصیف دو مال مورد نزاع میشود.

ولی حق آن است که در این صورت به قرعه عمل شود چون بینه ها با هم تعارض کرده و وجه جمعی در بین نیست و از طرفی هم طرفین بر وقوع عقد اتفاق نظر دارند و اختلافشان فقط در تعیین مال الاجاره یا عین مستأجره است و بنابر این راهی جز توسل به قرعه نمماند.

مسأله سوم: اگر بایع و مشتری در مقدار ثمن اختلاف کنند مثلاً بایع بگوید که

مبلغ ثمن ده هزار ریال و مشتری بگوید پنج هزار ریال میباشد پس مشهور فقها بر آنند که در صورتی که مبیع به عینه در دست مشتری یا بایع باقی باشد و تلف یا تصرفی در آن نشده باشد قول مالك که مدعی بیشتر است، مقدم است و صاحب " غنیه " بر آن دعوی اجماع نموده است (۱).

از ابن ابی نصر بزنطی نیز در این زمینه روایت شده است که امام (علیه السلام) مفرماید:

" اگر مشتری یا بایع در مقدار ثمن اختلاف کنند و مشتری مبلغی کمتر از مبلغ مورد ادعای بایع تعیین نماید امام مفرماید: قول بایع مقدم است در صورتی که مبیع باقی باشد " (۲). بنابر این در این مورد قاعده: " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " استثنا مخورد چون قول بایع که بر خلاف اصل است مقدم میشود. اما این قول قابل اعتماد نیست چرا که روایت از نظر سند مرسله میباشد و شهرت این فتوا در میان فقها با توجه به این که احتمال دارد که از روایت سر چشمه گرفته باشد قابل اعتماد نیست و ضعف سند را جبران نمکند. لذا شهید ثانی در کتاب روضه مفرماید که: " قول قوی آن است که حرف مشتری را مقدم بداریم اگر اجماع بر خلاف آن ثابت نشود " (۳)، و علامه حلی نیز در تذکره فرموده است که: " قول به تقدیم

مشتری قوی است " .

در هر حال اصول و قواعد معتبره ایجاب میکند که قول مدعی کمتر را به جهت اصل عدم زیاده مقدم بداریم و اصل براءت ذمه مشتری از مبلغ بیشتر مورد ادعای

(۱) عروة الوثقی ۳: ۱۷۱.

(۲) وسائل الشیعة ۱۲: ۳۸۳، باب ۱۱ از ابواب احکام عقود، حدیث ۱.

(۳) الروضة البهیة ۱: ۳۹۵، کتاب المتاجر.

بایع، جاری است. بنابر این، اصل عدم زیاده يك اماره قانونی است و در تمام عقود و ایقاعات جاری است و استثنای بیع از این اماره غیر صحیح به نظر می‌رسد. مسأله چهارم: اگر متعاملین در نوع عقد اختلاف کنند بدین ترتیب که: مثلاً ناقل بگوید به نحو " بیع " بوده و منقول الیه بگوید به نحو " هبه " بوده است. در این حال

اگر غرض آنان اثبات نوع عقد باشد و هر دو بینه داشته یا هیچ کدام بینه نداشته باشند بنابر این از موارد تداعی میباشد و هر کدام نسبت به دیگری مدعی میشود و پس از تساقط دو دعوی و قسم هر دو، مال به صاحب قبلی آن بر میگردد. اما اگر مورد دعوی اشتغال ذمه به ثمن باشد و ناقل مدعی شود که مال را فروخته و درخواست ثمن آن را بنماید و منقول الیه بگوید که مال به طور هبه به وی منتقل شده است و مشغول الذمه ثمن نیست، پس در این صورت قول منقول الیه (مدعی هبه) مقدم است چرا که او منکر اشتغال ذمه بوده و گفته او مطابق با اصل است. مسأله پنجم: اگر طرفین دعوی نسبت به اذن در تصرف، توافق داشته باشند ولی اختلاف کنند در این که اذن صادره آیا به طور مجانی یا با عوض بوده است. مثلاً مالک، خانه را در اختیار شخص دیگری قرار داده و به او اذن تصرف میدهد و بعداً طرفین اختلاف کنند که آیا اذن صادره به طور مجانی یا با عوض بوده است، صاحب خانه بگوید که اذن داده شده بر اساس عوض بوده، متصرف بگوید که بدون عوض بوده است، در این صورت مرحوم سید محمد کاظم یزدی مفرماید که:

" این مسأله مبنی بر آن است که اصل در تصرف را بر ضمان بدانیم یا بر عدم

ضمان اگر اصل آن باشد که شخص متصرف ضامن است مگر آن که ثابت نماید که اذن صادره بلا عوض بوده است پس شخص متصرف ضامن منافع میباشد اما اگر این اصل را نپذیریم پس شخص متصرف، ضامن نیست مگر آن که ثابت شود که اذن صادره در مقابل، عوض بوده است، و ظاهراً اصل ضمان در تصرف ثابت میباشد، زیرا مال مسلمان محترم است و بنابر این، شخص متصرف ضامن است مگر آن که ثابت شود که اذن صادره به نحو مجانی بوده است " (۱).

ماده ۳۳۷ قانون مدنی نیز به تبعیت از این اصل چنین مگوید: " هر گاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر، استیفای منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر این که معلوم شود اذن در انتفاع مجانی بوده است ". بنابر این، اصل عدم تبرع و مجانی بودن از امارات قانونی به حساب خواهد آمد. ولی با ملاحظه و دقت در ادله فقهی، منشائی برای اصل ثبوت ضمان و عدم تبرع به نظر نمرسد و قاعده احترام مال مسلم، ناظر به موارد اختلاف و تعیین اماره قضایی نمیشد. لذا در مورد فرع سابق نیز سید یزدی پس از اشاره به دلیل قاعده احترام مال مسلم، آن را مورد انتقاد قرار داده و مفرماید:

" تملیک مجانی منافات با احترام مال مسلم ندارد چرا که تصرف در مال غیر به حساب نمآید بلکه تصرف در مال خود میباشد ".

ولی حق مطلب آن است که در بعضی از موارد میتوان به علت غلبه و عرف و عادت ادعا نمود که اصل عدم تبرع ثابت است. مثلاً در فرض مزبور اگر میان مالک خانه و شخص متصرف هیچ گونه رابطه نسبی یا سببی نبوده و جهتی که

(۱) عروة الوثقی ۳: ۱۷۳.

موجب مجانیت باشد در بین نباشد، در این حال با استناد به عرف و عادت متوان عدم تبرع و مجانیت را به عنوان يك اصل پذیرفته و قول مدعی عوض را مقدم داشت. و اگر چنین عرف و عادت نباشد هر دو دعوی با هم تعارض کرده و تساقط میکنند و هیچ يك از دو دعوی ثابت نمیشود و مال به صاحب آن بر میگردد، و نسبت به ضمان متصرف چون اختلاف در اشتغال ذمه متصرف است پس به استناد اصل براءت ذمه، قول متصرف، مطابق با اصل میباشد و به همین جهت قول او مقدم است.

مسألة ششم: اگر متعاملین در این مورد اختلاف کنند که نقل و انتقال به نحو اجاره یا عاریه بوده است پس اگر عرف و عادت و قرینه ای بر تعیین نوع عقد نباشد و منظور اثبات نوع عقد باشد مورد از موارد تداعی بوده و هر کدام نسبت به دیگری مدعی میباشد و هر کدام که بینه اقامه نماید گفته او مقدم است، و اگر هر دو بینه داشته باشند و یا هیچ کدام بینه نداشته باشند دعوی ساقط میشود و مال به مالک بر میگردد چه قبل از استیفا یا در اثنای آن باشد.

اما اگر مورد دعوی، مطالبه اجرة المسمی باشد مثلاً مالک مدعی شود که: منزل را به عقد اجاره در اختیار متصرف گذاشته ام و بدین جهت مطالبه اجرة المسمی را بکنند، ولی متصرف مدعی شود که: منزل به عقد عاریه در اختیار وی گذاشته شده است و لذا موظف به پرداخت اجرة المسمی نیست، در این صورت بعضی از فقها فرموده اند که: قول متصرف مقدم است، زیرا او ذو الید است و قول ذو الید مقدم است. اما این سخن مورد اشکال است چرا که قول ذو الید در صورتی مقدم است که معارض نداشته باشد و در این جا قول او با قول ذو الید دیگر یعنی

مالك، معارض میباشد و وجهی بر تقدم و ترجیح قول یکی از دو ذو الید بر دیگری نیست و تنها وجهی که موجب تقدیم قول متصرف میباشد اصل برائت است و بدین جهت قول او مقدم است. پس در حدود مطالبه اجرة المسمى مطابق قاعده مدعی و منکر عمل میشود و قول متصرف از امارات قانونی محسوب میگردد. مسأله هفتم: اگر متعاملین در مال تلف شده اختلاف نمایند و مالك بگوید: معامله به نحو " بیع " بوده و در نتیجه مطالبه عوض کند و متصرف بگوید که: معامله

به عنوان " ودیعه " بوده است و در نتیجه وی ضامن عوض نمیشود. در این صورت اگر مقصود اثبات بیع یا ودیعه بودن عقد است مسأله از موارد تداعی میشود و هر کدام نسبت به دیگری مدعی خواهد بود و پس از سوگند هر دو، بیع بودن معامله و ودیعه بودن آن نیز منتفی میگردد. اما اگر منظور اثبات ضمان نسبت به عین تلف شده باشد در این صورت قول متصرف مبنی بر عدم اشتغال ذمه به عوض، مطابق با اصل بوده و قول او مقدم است و جز امارات قانونی خواهد بود. مسأله هشتم: اگر مالك و قابض در مال تلف شده اختلاف کنند و مالك ادعا کند که مال را به عنوان قرض واگذار نموده و در نتیجه قابض موظف است عوض مال تلف شده را بپردازد، و در مقابل، قابض مدعی شود که مال تلف شده را به طور ودیعه تحویل گرفته است و لذا موظف به پرداخت عوض نیست. مقتضای قاعده آن است که بگوییم قول قابض مبنی بر عدم اشتغال ذمه به عوض مقدم است. اما با توجه به روایت اسحاق بن عمار که از نظر سند معتبر میباشد قابض ضامن بوده و قول مالك مقدم است.

روایت بدین مضمون است که شخصی از امام رضا (علیه السلام) سؤال میکند که: هزار

درهم به عنوان " ودیعه " در اختیار شخصی میباشد و بعدا آن مبلغ تلف میشود و بین مالک و قابض اختلاف میشود مالک میگوید که: به نحو قرض واگذار نمودم و قابض بگوید که به نحو ودیعه در اختیار داشته ام. امام (علیه السلام) در جواب مفرماید

که: " قابض ضامن است مگر آن که ثابت نماید که مال را به نحو " ودیعه " در اختیار

داشته است " (۱). بنابراین در مورد اختلاف مالک و قابض در خصوص عقد قرض و ودیعه، قول مالک از امارات قانونی است و این يك استثنا به حساب میآید. البته جمعی از فقها این حکم را به سایر موارد نیز سرایت داده و در هر جا که بین مالک و قابض اختلاف باشد به تقدیم قول مالک نظر داده اند ولی از آن جا که مورد روایت

بر خلاف قاعده میباشد - زیرا قاعده اقتضا میکند که قول قابض و متصرف که مطابق با اصل است مقدم باشد - لذا روایت در خصوص مورد مذکور محدود میشود.

مسأله نهم: اگر مالک و قابض در رهن بودن یا ودیعه بودن مال اختلاف کنند و مالک بگوید که: مال را به طور ودیعه واگذار نموده و قابض و متصرف بگوید که:

مالک مال را به عنوان رهن و در قبال دین واگذار نموده است. پس اگر یکی از آن دو

بینه داشته باشد گفته او مقدم است و اما اگر هیچ کدام بینه نداشته یا هر دو بینه اقامه نمایند. در این صورت مشهور فقهای امامیه بر آنند که قول مالک مقدم است و حق هم همین است چون قول او مطابق با اصل است چرا که مدعی رهن دعوی

(۱) وسائل الشیعة ۱۳: ۲۳۲، باب ۷ از احکام الودیعة، حدیث ۱.

اضافه بر دعوی ودیعه دارد چون مدعی رهن، مدعی دین هم میباشد و اصل، عدم اشتغال ذمه مالك نسبت به دین است. روایت صحیحه محمد بن مسلم نیز بر آن دلالت دارد. در این روایت آمده است اگر متعاملین در مال سپرده شده اختلاف نمایند و مالك بگوید که به نحو " ودیعه " بوده است و قابض بگوید: به نحو " رهن "

بوده است امام (علیه السلام) مفرماید: کلام مالك مقدم است (۱). بعضی دیگر از فقها قول قابض را مقدم دانسته اند و به دو روایت استدلال کرده اند، یکی روایت ابن ابی یعفور از امام صادق (علیه السلام) که مفرماید: باید مدعی

ودیعه بینه اقامه نماید و اگر بینه نیاورد قول مدعی رهن مقدم است. و روایت دیگر از عباد بن صهیب (۲) است که مضمون آن مطابق با روایت ابن ابی یعفور است. در هر

حال چنانچه روایت صحیحه محمد بن مسلم به علت قوت سند و مطابقت آن با قواعد، مقدم بر دو روایت فوق نباشد باید حکم به تعارض و تساقط نموده و به اصول و قواعد اولیه مراجعه نمود. و مقتضای اصول اولیه آن است که کلام مالك مقدم است، زیرا وی منکر دین مورد ادعا است و مقتضای اصل هم برائت ذمه وی از آن دین است.

مسأله دهم: اگر زن و شوهر در نوع عقد اختلاف نمایند. شوهر ادعا نماید که عقد ازدواج به نحو انقطاع بوده و در نتیجه خود را ملزم به پرداخت نفقه نمیبیند و در مقابل زن ادعا کند که عقد نکاح به نحو دائم بوده و شوهر مکلف به ادای نفقه

(۱) وسائل الشیعة ۱۳: ۱۳۶.

(۲) وسائل الشیعة ۱۳: ۱۳۶.

مباشند. و یا آن که در همین مورد اختلاف بین ورثه زوجین باشد، در این مسأله مختار مشهور فقها بر آنند که در صورت اختلاف، قول مدعی دوام مقدم است. چرا که نزاع و اختلاف در حقیقت بر سر آن است که آیا مدت در عقد ذکر شده یا خیر؟ اصل آن است که مدت در عقد ذکر شده است و در نتیجه قول مدعی دوام مقدم میشود چون قول او مطابق با اصل است ولی عده ای از فقها از جمله آیت الله خوئی بر این عقیده اند که گفته مدعی انقطاع، مقدم است (۱).

اختلاف در این مسأله ناشی از اختلافی است که در عقد نکاح مطرح است. به این ترتیب که اگر در اجرای عقد متعه، ذکر مدت معین فراموش شود مشهور فقها بر آنند که این عقد به عقد دائم مبدل میشود. و برخی دیگر از فقها فتوی به بطلان عقد مزبور داده اند. مشهور فقها برای اثبات نظر خود به روایت معتبره ابن بکیر از امام صادق (علیه السلام) استناد کرده اند که امام (علیه السلام) مفرماید: " هر عقد نکاحی که مدت

و اجل در آن ذکر شده باشد آن نکاح موقت و انقطاعی میباشد و اگر اجل و مدت در آن ذکر نشده باشد آن عقد دائم خواهد بود " (۲).

اما فقهای دیگر از جمله شهید ثانی و فاضل هندی که نظر بر بطلان عقد داده اند استدلال به این روایت را رد نموده و مگویند که این روایت در مقام بیان قانون نکاح است و میخواهد بگوید: عقد دائم آن است که مدت در آن ذکر نشده باشد و عقد متعه آن است که مدت در آن ذکر شده باشد. اما اگر کسی قصد اجرای عقد متعه را داشته و اتفاقاً ذکر مدت را فراموش کند، این روایت متصدی بیان آن نیست.

(۱) مبانی تکملة المنهاج ۱: ۵۸.

(۲) وسائل الشیعة ۱۴: ۴۶۹، باب ۲۰ از ابواب متعه، حدیث ۱.

بنابر این اگر در این مسأله قول مشهور را بپذیریم و قول به انقلاب را اختیار نماییم باید در فرض اختلاف قول مدعی دوام را مقدم بداریم، چون دعوی او مطابق با اصل است و این اصل به ضمیمه قول به انقلاب نکاح از صورت منقطع به دائم ایجاب میکند که عقد به صورت دائم واقع شده باشد. اما اگر قول به انقلاب عقد را رد نمودیم، نمیتوان قول مدعی دوام را مقدم داشت. چرا که عقد منقطع و دائم دو حقیقت متضاد میباشند و هر کدام دارای قصد و انشا و اثر مخصوص میباشد و مسأله از موارد تداعی خواهد بود نه از مصادیق مدعی و منکر.

بنابر این، در صورتی که هیچ کدام بینه نداشته باشند یا هر دو بینه داشته باشند و متعارض باشند دو دعوی تعارض کرده و تساقط میکنند و در نتیجه شك میکنیم که آیا زن از زوج ارث میبرد یا خیر. و یا آن که نفقه زن بر زوج واجب است یا خیر؟

و به مقتضای اصل عدم ارث و اصل عدم وجوب انفاق نتیجتاً دعوی مدعی انقطاع ثابت میشود پس اگر در مسأله نکاح قائل به انقلاب شدیم قول مدعی دوام، اماره قانونی است. و اگر قائل به انقلاب نشدیم قول مدعی انقطاع، اماره قانونی میباشد. ولی استصحاب بقای زوجیت مقتضی بقای عقد است و در نتیجه مقتضی دوام عقد میباشد، زیرا در ابتدای عقد، اصل زوجیت ولو به مقدار انقطاع متیقن و مورد توافق طرفین میباشد و زائد بر آن مشکوک است و با استصحاب بقای زوجیت استمرار و ادامه آن اثبات میشود و در نتیجه قول مدعی دوام مطابق با اصل خواهد بود. اما این اصل مورد مناقشه بعضی استاتید قرار گرفته و مگویند استصحاب بقای زوجیت از جمله موارد استصحاب در شبهات حکمیه است که استصحاب بقای مجعول با استصحاب عدم جعل زاید، تعارض و تساقط میکنند. و در مسأله مورد بحث نیز استصحاب بقای زوجیت با استصحاب عدم اعتبار زوجیت نسبت به زمان

زاید و مشکوک، تعارض و تساقط میکنند و در نتیجه قول مدعی انقطاع چون یقینی و مورد توافق طرفین است مقدم میباشد (۱).

ولی با همه این بیانات ممکن است کسی ادعا نماید که عقد منقطع و دوام دو حقیقت نیستند بلکه يك حقیقت میباشند و مرجع اختلاف در ذکر مدت و عدم آن میباشد. و اصل عدم ذکر مدت، ایجاب میکند که قول مدعی دوام مقدم شود. مسأله یازدهم: اگر خریدار و فروشنده در مورد نحوه پرداخت ثمن اختلاف کنند و خریدار مدعی شود که باید ثمن را در اجل معین پرداخت کند و فروشنده ادعا کند که باید آن را فوراً پرداخت کند. در این حال قول فروشنده که مطابق با اصل است مقدم میباشد. چرا که اصل عدم شرط تأخیر ثمن، مؤید قول فروشنده میباشد. پس دعوی بایع، اماره قانونی محسوب میگردد.

مسأله دوازدهم: اگر متعاملین در صحت و فساد معامله اختلاف کنند یکی بگوید که معامله به نحو صحیح انجام گرفته و دیگری بگوید که به نحو باطل صورت

گرفته است. در این مورد مشهور فقهای امامیه از جمله شیخ انصاری (قدس سره) بر آن است

که قول مدعی صحت در تمام موارد مقدم است. ماده ۲۲۳ قانون مدنی در این زمینه تصریح میکند: "هر معامله ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر آن که فساد آن معلوم شود".

ولی عده ای از فقها از جمله علامه حلی و محقق کرکی شمول و اطلاق این

(۱) مبانی تکملة المنهاج ۱: ۵۸.

اصل را نپذیرفته اند، زیرا دلیل این اصل اجماع و سیره عقلا میباشد و بنابر آنچه که در جای خود ثابت و مقرر شده است، اجماع و سیره دلیل غیر لفظی است و دلیل غیر لفظی (لبی) اطلاق ندارد و ممکن است در بعضی از موارد اصل مزبور تطبیق نشود. مثلا اگر یکی از متعاملین ادعا کند که در موقع معامله اهلیت نداشته است، در این مورد نمیتوان با اصل صحت، دعوی وی را رد نموده و او را مدعی تلقی نمود. و یا اگر یکی از متبایعین ادعا کند که ثمن یا مثنی در معامله معین نشده است در حالی که طبق ماده ۳۴۲ قانون مدنی، مقدار، جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد. و بر این اساس، وی مدعی فساد معامله باشد. در این صورت هم با "أصالة الصحة" نمیتوان قول مدعی صحت را مقدم داشته و قول مدعی فساد را رد نموده و او را مدعی تلقی نماییم.

بعضی از فقهای امامیه جریان اصل صحت را به صورتی اختصاص داده اند که اصل موضوعی مخالف در مورد دعوی نباشد. مثلا اگر مدعی فساد ادعا کند که در وقت معامله بالغ نبوده و به این جهت مدعی بطلان معامله بشود. در این صورت نمیتوان با اصل صحت، ادعای او را رد نمود چرا که دعوی او مطابق با اصل موضوعی عدم بلوغ و استصحاب آن میباشد. بنابر این میتوان او را منکر تلقی نمود. و یا اگر ادعا کند که معامله به طور مبهم و بدون تعیین ثمن و مثنی صورت گرفته است. در این مورد هم نمیتوان با اصل صحت، او را مدعی دانسته و مخالف او را منکر تلقی نمود. چرا که قول مدعی فساد مطابق با اصل عدم تعیین میباشد. تحقیق آن است که با ملاحظه سیره و رویه عقلا - که مهمترین دلیل اصل صحت میباشد - و با توجه به روح و ملاك آن، قول به تعمیم قاعده به تبعیت از شیخ انصاری (قدس سره) اقرب به صواب است. چرا که مبنای اصل صحت آن است که غالباً

شخص عاقل و بالغ، اعمال جدی خود را صحیح انجام مدهد و احتمال غفلت یا اشتباه در شرط و یا جز عمل را عقلاً منتفی بدانند و این نکته در تمام موارد شك در صحت و فساد جاری است. توضیح بیشتر این بحث در کتب مفصل فقهی آمده است.

مسأله سیزدهم: اگر راهن با اجازه مرتهن عین مرهونه را بفروشد. پس از آن اختلاف کنند و مرتهن ادعا کند که از اذن خود رجوع کرده و در نتیجه معامله به نحو

فضولی و بدون اذن صورت گرفته است و راهن منکر آن باشد در این صورت با فرض عدم بینة، قول راهن که منکر رجوع است مقدم میباشد چون اصل آن است که مرتهن بر اذن خود باقی بوده و از آن عدول ننموده است.

اما اگر طرفین، اصل رجوع مرتهن را از اذن خود قبول داشته و بین طرفین مسلم باشد، ولی اختلاف در تقدم و تأخر آن داشته باشند که مرتهن مدعی است رجوع قبل از بیع صورت گرفته و در نتیجه بیع راهن محکوم به بطلان است. و در مقابل راهن ادعا دارد که رجوع بعد از بیع صورت گرفته و در نتیجه معامله او صحیح میباشد.

در این صورت مشهور فقهای امامیه بر آنند که قول مرتهن مقدم است چون اصل عدم تقدم بیع با اصل عدم رجوع تعارض نموده و تساقط میکنند و استصحاب بقای حق رهن بدون معارض باقی خواهد بود.

برخی دیگر از فقها، با استناد به اصل صحت در رجوع، حکم به فساد معامله نموده اند. ولی حق آن است که اصل صحت در این مورد نمیتواند ثابت کند که معامله بعد از اذن یا بعد از رجوع واقع شده است. چون اصل صحت، صحت

موضوع خود را اثبات کرده و موضوع مرکب را اثبات نمکند مگر بنابر اصل مثبت. به همین دلیل مگوییم که اگر بین مالک و عاقد در اذن و فضولی بودن معامله اختلاف شد، نمیتوان با اصل صحت، صحت معامله را اثبات نمود چون اصل صحت اذن یا عقد ثابت نمکند که عقد با اذن مالک، واقع شده است. چرا که این امر موضوعی مرکب است. لذا اگر شخصی به عنوان وکالت اقدام به عقدی مانند بیع یا ازدواج نمود و بعدا مالک یا دختر، منکر وکالت شود و اعلام نماید که عقد فضولی بوده است، در این صورت نمیتوان با اصل صحت، عقد را صحیح دانست چرا که اصل صحت عقد یا اذن، ثابت نمکند که بیع با اذن مالک و ازدواج با اذن دختر صورت گرفته است.

مسأله چهاردهم: اگر شخصی با ارائه سندی مدعی دینی علیه شخص دیگری شود و شخص مدیون در مقابل با ارائه سند دیگری مدعی پرداخت آن شود. و مدعی اصلی اظهار بدارد که این پرداخت مربوط به دین دیگری بوده است و دین مورد مطالبه، ادا نشده است و شخص مدیون بگوید: سند پرداخت مربوط به همین دین مورد مطالبه است. در این مورد ماده ۲۸۲ قانون مدنی مگوید: " اگر کسی به يك نفر ديون متعدده داشته باشد، تشخيص اين كه تأديه از بابت کدام دین است با مدیون میباشد "

دکتر سید حسن امامی در شرح ماده مزبور مگوید: " این ماده در صورتی صحیح است که دیون متعدده از جنس واحد بوده باشد. اما اگر از اجناس مختلفه باشد مثلاً: هر گاه کسی یکصد لیره، یک مرتبه از دیگری استقراض نموده و مرتبه دوم، پانصد ریال. پس هر گاه پانصد ریال به دائن خود بدهد ناچار دین ریالی

خود را پرداخته است و مدیون نمیتواند آن را از بابت دین لیره ای خود احتساب نماید " (۱).

فقهای امامیه در این مسأله، اتفاق نظر داشته و استدلال میکنند به این که احتساب دین، يك امر قلبی است و از امور مخفیة میباشد و با استدلال و بینه نمیتوان آن را اثبات نمود و تنها از طریق گفتار مدیون میتوان تحصیل علم نمود. لذا پس از ادای سوگند، دعوی او پذیرفته میشود چنانچه دعوی بلوغ و حیض نیز از این قبیل است. و این امر هم یکی از امارات قانونی بشمار میآید. مسأله پانزدهم: عقدی که با نامه یا تلگراف، یا تلکس صورت گرفته است و بعد از عقد، موجب ادعا کند که قبل از رسیدن جواب قبول از طرف قابل، از ایجاب خود عدول نموده است. و قابل، منکر عدول وی شود. در این صورت ممکن است به استناد اصل صحت، حکم به تقدیم قول قابل نمود. و آن کس که مدعی عدول است موظف به اثبات و اقامه بینه میباشد.

اما این استدلال صحیح نیست چرا که جریان اصل صحت، منوط به فراغ از عمل است یعنی باید اصل عمل تحقق یافته باشد و شك یا اختلاف در صحت و فساد آن باشد. اما اگر اصل تحقق عمل مشکوک باشد، در این حال جایی برای اصل صحت نیست. و در فرض مسأله با دعوی عدول از ایجاب توسط موجب در فاصله بین ایجاب و قبول، اصل تحقق عقد - که عبارت از همان ترتب قبول بر ایجاب است - مورد تردید و مشکوک به نظر مرسد و اصل صحت نمیتواند

(۱) حقوق مدنی ۱: ۳۲۶.

صحت این عقد را به ثبوت برساند. در مقابل ممکن است کسی بگوید که: در مورد این اختلاف باید به اصل عدم عدول، تمسک نمود چون دعوی عدول از ایجاب توسط موجب مسبوق به عدم میباشد و با اصل عدم عدول، قول قابل، مبنی بر انکار عدول مقدم میشود. و اماره قانونی به نفع او میباشد و شخص موجب موظف است که با بینه و دلیل، دعوی خود را مبنی بر عدول، ثابت کند.

ولی جریان این اصل در این فرض صحیح نیست، زیرا این اصل، مثبت است و اصل مثبت در علم اصول مورد انکار قرار گرفت و حجت نمیشود. چرا که عقد عبارت است از ترتب قبول بر ایجاب و نه صرفاً ایجاب به ضمیمه قبول. بنابر این با اصل عدم عدول و استصحاب، بقای موجب بر حالت ایجابی خود، ترتب قبول بر ایجاب را نمیتوان ثابت کرد مگر به نحو اصل مثبت که آن هم حجت و معتبر نیست.

به عبارتی روشن تر باید گفت: مدعی عدول در واقع منکر تحقق عقد است چرا که حقیقت عقد عبارتست از ایجاب و قبول مترتب بر ایجاب و با ادعای عدول در فاصله زمانی بین ایجاب و قبول، ترتب قبول بر ایجاب تحقق نیافته است و کسی که منکر وقوع عقد است از مسئولیت اثبات و اقامه بینه معاف و بر مدعی عدم عدول است که صحت و تمامیت عقد را اثبات نماید.

ولی بهتر آن است که بگوییم: مسأله عدول مثل رجوع در باب طلاق از امور قلبی است که اثبات آن ممکن نیست مگر از طریق صاحب آن و این گونه امور به صرف ادعا پس از ادای سوگند پذیرفته میشود.

مسأله شانزدهم: اگر زن و شوهر در وقوع طلاق اختلاف کنند، یا زن مدعی طلاق شده و مرد منکر آن باشد و یا بالعکس، پس اگر زن مدعی طلاق بوده و مرد منکر آن باشد و بینه ای در بین نباشد طبق قاعده، گفته مرد که منکر طلاق است مقدم خواهد بود چون ادعای زن مبنی بر وقوع طلاق بر خلاف اصل استصحاب میباشد و بر اوست که دلیل و بینه اقامه نماید. اما اگر مرد مدعی طلاق و زن منکر آن شد در این حال نیز به تقدیم مرد فتوا داده شده است. و محقق قمی در کتاب جامع الشتات این قول را به جمعی از علمای معاصر خود نسبت داده است و عمده دلیل این قول قاعده "من ملك شیئا ملك الإقرار به" میباشد. یعنی کسی که بر امری سلطنت و نفوذ داشته باشد. پس اقرار و اخبار او بر آن امر نیز حجت و نافذ است و در مورد بحث، امر طلاق از نظر قانون و شرع دست مرد است پس اخبار و دعوی او بر طلاق پذیرفته میشود ولی خود محقق قمی این قول را رد کرده و شمول قاعده را نسبت به مسأله مورد بحث، مورد نقض و اشکال قرار میدهد و میگوید: قاعده "من ملك شیئا" در قاعده "ید" ظهور دارد و معنای قاعده آن است که اگر کسی مالک شیئی باشد پس اخبار و اقرار او بر ضرر خودش نافذ میباشد. و حق هم همین است. چرا که اولاً:

اصل مفاد قاعده که آیا خود، قاعده مستقلی است یا آن که مفاد آن همان قاعده "إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز" است، مورد خدشه و انتقاد میباشد. و ثانیاً: اگر قاعده را به عنوان قاعده مستقل بپذیریم شمول آن نسبت به فرض مورد بحث و اطلاق آن مورد تردید است چون عمده دلیل قاعده، اجماع است و اجماع دلیل غیر لفظی است (لبی) از این رو اطلاق نداشته و محدود به مقدار متیقن است و شامل فرض مزبور نمیشود.

مسأله هفدهم: اگر زن و شوهر در مواعده و عدم آن و در نتیجه در نوع طلاق اختلاف نمایند مثلاً: زن مدعی شود که نزدیکی و مواعده انجام گرفته، و مرد منکر آن باشد و در نتیجه مرد مدعی شود که طلاق به طور "بائن" صورت گرفته و زن مستحق نصف "مهر" میباشد. و نیز عده نداشته و حق مطالبه نفقه در ایام عده را ندارد و میتواند با لعان، فرزند را از خود نفی کند. در این حال اگر خلوت آن دو با هم در يك جا مسلم باشد پس قول زن که مدعی نزدیکی است مقدم میباشد. چون ظاهر حال صورت خلوت زن و مرد ایجاب میکند که دخول و نزدیکی واقع شده باشد و در این صورت قول زن از امارات قانونی میباشد. اما اگر خلوت آن دو مسلم نباشد، پس قول مرد که منکر است مقدم میباشد. چرا که قول او مطابق با اصل بوده و مورد از مصادیق مدعی و منکر میباشد و گفته مرد، از امارات قانونی محسوب میگردد.

مسأله هیجدهم: اگر زن و شوهر در نوع طلاق اختلاف کنند یکی ادعا نماید که طلاق به نحو "رجعی" بوده و دیگری مدعی شود که به نحو "بائن" بوده و شوهر حق رجوع ندارد. این نوع اختلاف از نوع تداعی است و هر کس نسبت به دیگری هم مدعی و هم منکر است. اما اگر اختلاف آنان در عدد طلاق باشد. یکی بگوید: دو مرتبه طلاق واقع شده و دیگری بگوید: سه مرتبه طلاق واقع شده و در نتیجه طلاق بائن است. در این حال قول مدعی عدد کمتر مقدم است. چرا که عدد اقل مقدار متیقن بوده و طلاق زائد مورد شك است و اصل، عدم وقوع آن میباشد.

مسأله نوزدهم: اگر شوهر ادعا کند که پس از طلاق رجوع نموده ولی زن منکر آن

باشد. اگر منازعه و اختلاف آنان بعد از انقضای عده باشد مسلماً گفته زن که منکر رجوع است مقدم خواهد بود. چرا که اصل عدم رجوع، قول وی را تأیید میکند. و اما اگر نزاع آنان در اثنای عده باشد بعضی از فقها فرموده اند که با استناد به قاعده

" من ملك شيئاً ملك الإقرار به " دعوی مرد مقدم است، زیرا او در وقت عده قدرت به إنشاء رجوع داشته است پس اقرار او به رجوع پذیرفته میشود. اما این نظر صحیح نیست، زیرا اطلاق قاعده، مورد خدشه و مناقشه است و قاعده " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " ایجاب منماید که قول زن چون منکر رجوع است مقدم باشد.

مسأله بیستم: اگر مرد ادعا کند که عده زن تمام شده و زن منکر آن باشد یا بالعکس زن ادعا کند که عده منقضی شده و مرد منکر آن باشد. در این صورت قاعده و اصل استصحاب، اقتضا میکند که قول مدعی بقای عده مقدم باشد. ولی به دلیل اخباری که در خصوص این مسأله وارد شده است باید قول زن را مطلقاً مقدم داشت، خواه زن دعوی خود متهم باشد یا نه و خواه وضعیت حیض او طبیعی و مستقیم باشد و یا نباشد.

در این مورد به ذکر يك روایت بسنده میکنیم: زراره در روایت صحیح از امام باقر (علیه السلام) روایت میکند که قول زن در عده و حیض تصدیق میشود (۱). پس به استناد

این روایت و دیگر روایات، قول زن مطلقاً در عده، حیض و حمل از امارات قانونی به حساب میآید. و قول او پذیرفته میشود.

(۱) وسائل الشیعة، باب ۲۴ از ابواب العدد، حدیث ۱.

مسأله بیست و یکم: شخصی علیه همسایه خود طرح دعوی نموده و ادعا میکند که همسایه وی پنجره ای به خانه او باز کرده است. در این مورد مؤلف کتاب

الوسیط مگوید: شخص مدعی (خواهان) تنها موظف است اثبات کند که همسایه او پنجره خود را به منزل او باز کرده است. و اثبات حق ارتفاق به عهده مدعی علیه (خوانده) میباشد چون اصل و طبیعت زمین اقتضا میکند که حق ارتفاق نداشته باشد (۱).

ماده ۱۳۰ قانون مدنی نیز مگوید: "کسی حق ندارد خانه خود را به فضای همسایه بدون اذن او خروجی بدهد و اگر بدون اذن، خروجی بدهد ملزم به رفع آن خواهد بود".

توضیح کامل این موضوع ایجاب میکند که در دو جهت بحث کنیم اولاً: در اصل ادعای مؤلف الوسیط مبنی بر این که اصل در زمین آن است که خالی از حقوق ارتفاقیه باشد. و ثانیاً: در مورد درب خروجی باز کردن به فضای همسایه.

اما جهت اول: باید گفت این اصل ادعائی را نمیتوان پذیرفت، زیرا طبق قاعده "الناس مسلطون علی أموالهم" هر کس میتواند در ملك خود هر نوع تصرفی بنماید مگر آن که موجب ضرر دیگری بشود. ماده ۳۰ قانون مگوید: "هر مالکی نسبت به

ما يملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد" پس آنچه که ممنوع است اضرار به دیگران است، و اما تصرف در ملك

خود طبق قانون مالکیت مجاز و بلا مانع میباشد.

اما جهت دوم: در مورد احداث درب خروجی یا پنجره که موجب اشرف به

(۱) الوسیط ۲: ۷۰.

ملك ديگرى بشود في حد نفسه حرام و منعى ندارد، زيرا طبق اصل كلى، شخص مالك ميتواند در ملك خود هر نوع تصرفى انجام دهد و فقهاى اماميه در جواز احداث پنجره به ملك ديگرى اتفاق نظر دارند و مىگويند: آنچه كه حرام است چشم دوختن و نگاه كردن به داخل منزل ديگرى است و اما احداث پنجره به منزل ديگرى اگر موجب اضرار به همسايه نباشد مانعى ندارد و شايد مقصود از ماده ۱۳۰ ق - م - منع خروجى دادن خانه به فضاى همسايه - آن است كه احداث درب

خروجى به ملك ديگرى، موجب اضرار به وى ميباشد. و ماده ۱۳۲ ق - م آن را منع كرده و مىگويد:

" كسى نمتواند در ملك خود تصرفى كند كه مستلزم تضرر همسايه شود، مگر تصرفى كه به قدر متعارف و براى رفع حاجت يا رفع ضرر از خود باشد " و احداث درب خروجى موجب تضرر همسايه و تنزل قيمت خانه ميباشد. و در نتيجه ممنوع است. البته تعيين و تشخيص اضرار به عهده كارشناسان و متخصصين فن ميباشد.

بنابر اين، در فرض مورد بحث بر مدعى است كه اثبات كند كه همسايه حق احداث درب يا پنجره به خانه او را نداشته است و اين كه اقدام همسايه موجب اضرار به او است، زيرا چنانچه گفتيم مالك حق هر گونه تصرف در ملك خود را دارد. مگر آن كه تصرف او موجب اضرار همسايه باشد. و اثبات اين كه تصرفات همسايه موجب اضرار است بر عهده مدعى است. البته قانون ميتواند به لحاظ مصالح اجتماعى ترتيبى وضع كند كه به موجب آن بعضى از تصرفات مالك از قبيل احداث درب بر ملك ديگرى ممنوع باشد. و در اين صورت مدعى از مسئوليت اثبات معاف ميباشد.

مسأله بیست و دوم: یکی از امارات قانونی، الحاق طفل به شوهر است. طفل تولد یافته تا آن جا که امکان دارد به شوهر ملحق مشود چه آن که تولد در زمان زوجیت باشد یا بعد از طلاق به شرط آن که از زمان واقعه تا زمان تولد از شش ماه کمتر و از بیشترین مدت حمل تجاوز نکرده باشد هر چند که احتمال یا ظن به خلاف داشته باشیم و هر چند که زن مرتکب زنا شده باشد و فرزند شبیه مرد زانی باشد و هیچ گونه شباهتی به شوهر نداشته باشد.

مدرك این قاعده حدیثی است که از پیغمبر اکرم (صلی الله علیه وآله) روایت شده است که

مگوید: " الولد للفراش وللعاهر الحجر " یعنی فرزند از آن شوهر است نه زانی. و شوهر تنها میتواند به وسیله " لعان " فرزند را از خود نفی کند.

ماده ۱۱۵۸ ق - م چنین مگوید: " طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است. مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از

ده

ماه نگذشته باشد "

و ماده ۱۱۵۹ ق - م مگوید: " هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد "

در مقام مقایسه بین این دو ماده باید گفت که: ماده ۱۱۵۸ مخصوص به موردی است که طفل در زمان زوجیت متولد شده که در این مورد برای اثبات نسب، لازم است اولاً: اصل زوجیت دائم ثابت شود. و ثانیاً: نزدیکی و واقعه ثابت شود. و ثالثاً: آن که از زمان واقعه تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.

البته این شرط که از زمان واقعه تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه

نگذشته باشد، مبنی بر آن است که حد اقل زمان حمل و اکثر آن همین مقدار باشد و فقها به اتفاق آرا حد اقل زمان حمل را شش ماه دانسته اند. اما نسبت به حد اکثر آن اختلاف نظر دارند. مشهور فقهای امامیه نه ماه را حد اکثر مدت حمل دانسته اند و شیخ طوسی در خلاف و مبسوط و اسکافی بر آن دعوی اجماع نموده اند و روایاتی نیز مؤید همین نظر است (۱).

اما از شیخ طوسی قول دیگری نقل شده که بیشترین مدت حمل ده ماه میباشد. محقق حلی نیز در شرایع همین رأی را اختیار نموده و مگوید: همین نظر مطابق با وجدان بوده و قول یکسال، متروک و غیر قابل قبول است. ولی شهید ثانی در مسالك مگوید: بیشترین مدت حمل یکسال میباشد. و فقهای متأخرین و معاصرین قول یکسال را به عنوان آخرین مدت حمل، اظهر دانسته اند. و سید مرتضی در انتصار هم این رأی را اختیار کرده و بر آن دعوی اجماع نموده است.

اما در مورد شرط دخول کافی است که احتمال آن را بدهیم و لازم نیست به آن علم داشته باشیم، زیرا طبق قاعده: "الولد للفراش" فرزند تا آن جا که ممکن است ملحق به شوهر خواهد بود. و در صورت شك در تحقق دخول، فرزند از شوهر نفی نخواهد شد. حال اگر مرد منکر دخول شد و زن مدعی آن شد پس طبق مباحث گذشته، چنانچه خلوت آن دو ثابت شود این خلوت اماره بر تحقق مقاربت میباشد و در نتیجه قول زن مقدم میشود. اما اگر خلوت آن دو ثابت نشود پس قول مرد که منکر است مقدم میشود. و در نتیجه شرط الحاق که دخول است تحقق نمیآید.

(۱) وسائل الشیعة ۱۵: ۱۱۵، باب ۱۷ از احکام الاولاد، حدیث ۲ و ۳.

بنابر این، گفته بعضی از حقوقدانان مبنی بر این که نکاح اماره بر دخول بوده و این امر از امارات قضائی است و به دستور ماده ۱۳۲۳ ق - م که مگوید: " مادام که خلاف آن ثابت نشده معتبر است " (۱) غیر صحیح به نظر می‌رسد. چون فرض نکاح

ملازمه ای با نزدیکی و مقاربت ندارد مگر آن که خلوت آن دو با هم ثابت بشود. و همچنین لازم است که تولد طفل از زن محرز و مسلم بین طرفین باشد. پس اگر مرد منکر ولادت فرزند از زن بشود قول او مقدم خواهد بود چرا که وی منکر است و اصل عدم تولد طفل از زن، گفته مرد را تأیید میکند و موضوع تولد از اموری نیست که در خفا واقع بشود بلکه قابل اشهاد و اثبات است.

اما اگر زن و شوهر در مدت حمل اختلاف کردند مثلاً: مرد ادعا کند که از تاریخ نزدیکی خود با زن تا زمان وضع حمل کمتر از شش ماه میگذرد، یا ادعا کند که بیشتر از ده ماه یا یکسال میگذرد. و در نتیجه مدعی است که طفل متولد شده از او نیست. و در مقابل زن ادعا کند که از زمان نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه یا

بیشتر از ده ماه یا یکسال نگذشته است. این اختلاف به دو صورت فرض میشود:

صورت اول: آن است که منشأ اختلاف مبدأ احتساب مدت حمل یعنی تاریخ واقعه باشد. مثلاً، زن ادعا کند که واقعه در تاریخی بوده است که از آن تاریخ تا زمان تولد شش ماه میگذرد و در نتیجه طفل ملحق به شوهر میباشد. و در مقابل مرد ادعا کند که واقعه در زمانهای بعد صورت گرفته و در نتیجه از آن تاریخ تا روز

تولد زمانی کمتر از شش ماه میگذرد و از این جهت طفل را از خود نفی میکند. صورت دوم: آن است که منشأ اختلاف تاریخ ولادت باشد و نسبت به مبدأ

(۱) دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ۵: ۱۶۳.

احتساب مدت حمل و واقعه، اختلافی نداشته باشند مثلاً مرد مدعی باشد که طفل در کمتر از شش ماه متولد شده و زن ادعا کند که در شش ماه متولد شده است.

اما در صورت اول: اگر زن بتواند به وسیله اجتماع و خلوت خود با شوهر که اماره واقعه و نزدیکی است دعوی خود را اثبات کند پس قول او مقدم است. ولی اگر نتواند خلوت خود با شوهر را ثابت کند در این حال باید دید اختلاف آنان در چه

مورد است، اگر اختلاف در مورد کمترین مدت حمل باشد بدین معنا خواهد بود که آیا در تاریخ شش ماه قبل دخول تحقق یافته یا خیر زن مدعی میشود که دخول تحقق یافته و مرد منکر آن است. قهراً قول مرد که منکر دخول است مقدم میباشد. اما اگر اختلاف آنان در مورد بیشترین مدت حمل باشد پس بازگشت اختلاف به آن است که آیا قبل از ده ماه (بیشترین مدت حمل) دخول تحقق یافته یا خیر؟ مثلاً مرد مدعی میشود که یازده ماه قبل از ولادت دخول تحقق یافته و در نتیجه از تاریخ دخول تا تاریخ ولادت بیشتر از ده ماه گذشته است پس فرزند ملحق به او نیست. و در مقابل زن ادعا میکند در آن تاریخ دخول تحقق نیافته است پس قول زن که منکر دخول و مقاربت است مقدم میباشد و در نتیجه فرزند ملحق به شوهر میشود.

اما صورت دوم: که اختلاف آنان در تاریخ ولادت است. اگر مرد مدعی شود که طفل در کمتر از شش ماه تولد یافته و در نتیجه فرزند ملحق به او نیست و زن منکر آن باشد پس قول زن مطابق با اصل است و استصحاب عدم ولادت طفل در کمتر از شش ماه، قول او را تأیید میکند و در نتیجه فرزند به شوهر ملحق میشود. و اما اگر مرد مدعی شود که طفل در تاریخی بیش از ده ماه تولد یافته پس قول او مطابق با اصل خواهد بود. چرا که او ادعا میکند در مدت ده ماه، ولادت صورت نگرفته

و استصحاب عدم ولادت تا آن تاریخ قول مرد را تأیید میکند و در نتیجه فرزند به شوهر ملحق نمیشود.

ولی شهید اول در کتاب لمعه مگوید: " اگر زن و مرد در تاریخ دخول تا تاریخ ولادت اختلاف کردند، در هر دو صورت قول زن مقدم میباشد " (۱). و شهید ثانی در

شرح، این حکم را با قاعده فراش توجیه نموده و مگوید: چون احتمال مرود که فرزند از آن شوهر باشد لذا ملحق به او میشود و در نتیجه قول زن مقدم است. اما ماده ۱۱۵۹ ق - م مخصوص به موردی است که طفل بعد از انحلال زوجیت در اثر فسخ یا طلاق یا فوت شوهر متولد شده باشد. در این صورت مبدأ احتساب کمترین مدت حمل و بیشترین مدت آن، تاریخ انحلال زوجیت میباشد و این صورت دارای یکی از این دو وضعیت خواهد بود.

وضعیت اول: آن که زن هنوز شوهر دوم اختیار نکرده است. و طبق ماده ۱۱۵۹ ق - م چنانچه از زمان انحلال زوجیت تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر

از ده ماه نگذشته باشد، طفل ملحق به شوهر میشود و مقصود از زمان انحلال نکاح یعنی از زمان دخولی که قبل از انحلال واقع شده است.

وضعیت دوم: آن که زن بعد از انحلال زوجیت و انقضای عده، شوهر دوم اختیار کرده و در زمان ازدواج دوم، فرزند متولد شده باشد. طبق ماده ۱۱۶۰ ق -

م که مگوید: " در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجددا شوهر کند و طفلی از او متولد گردد طفل به شوهری ملحق میشود که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن است. در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به

(۱) اللعة الدمشقية ۵: ۴۳۶.

هر دو شوهر ممکن باشد طفل ملحق به شوهر دوم است مگر آن که امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند". پس در صورتی که زن بعد از انحلال نکاح مجددا اقدام به

ازدواج کند و بعد از ازدواج دوم فرزندی از او متولد شود، مطابق ماده فوق یکی از سه فرض را دارد:

فرض اول: آن که فرزند فقط ممکن است از شوهر اول باشد. مثل آن که بعد از انحلال نکاح و انقضای عده و گذشت چهار ماه از ازدواج دوم طفل متولد شود که در این صورت ممکن نیست طفل به شوهر دوم ملحق شود. چرا که از ازدواج دوم کمتر از شش ماه گذشته است پس در این فرض فرزند فقط ملحق به شوهر اول میشود.

فرض دوم: آن که طبق محاسبات کمترین مدت حمل یا بیشترین آن فقط ممکن است فرزند به شوهر دوم ملحق شود. مثل آن که فرزند پس از گذشت ده ماه یا یکسال از ازدواج دوم متولد شود. در این صورت فرزند ملحق به شوهر دوم میشود.

فرض سوم: آن که از نظر محاسبات کمترین مدت حمل یا بیشترین آن، امکان الحاق طفل به هر دو شوهر باشد. مثل آن که فرزند پس از گذشت شش ماه از ازدواج دوم متولد شود که در این صورت ممکن است فرزند از شوهر دوم باشد، زیرا شش ماه از تاریخ ازدواج دوم گذشته است. و هم ممکن است به شوهر اول ملحق شود در صورتی که از زمان انحلال زوجیت تا زمان تولد بیشتر از ده ماه یا یکسال نگذشته باشد که در این فرض مطابق ماده ۱۱۶۰ ق - م طفل ملحق به شوهر

دوم میشود.

زراره از امام باقر (علیه السلام) روایت میکند که اگر زنی بعد از طلاق و انقضای عده

۱ - اقدام به ازدواج نمود و در مدت پنج ماه فرزندی از او متولد شد پس فرزند ملحق به شوهر اول میشود. و اما اگر در مدت شش ماه متولد شود پس فرزند به شوهر دوم ملحق میشود (۱).
اثبات خلاف اماره فراش:

بنا به صریح ماده ۱۳۲۲ ق - م اماره فراش مذکور در ماده ۱۵۸ و ۱۵۹ ق - م از امارات قانونی محسوب میگردد چرا که ماده ۱۳۲۲ ق - م میگوید:
" امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکوره در این قانون از قبیل مواد: ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰۰ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها
و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر "

اما اماره فراش به استناد ماده ۱۳۲۳ مادامی معتبر است که دلیلی بر خلاف آن نباشد. پس اگر دلیلی بر خلاف آن بود که موجب علم به خلاف بشود اماره فراش از اعتبار ساقط میشود. مثلاً اگر شوهر با دلیل اثبات کند که دخول تحقق نیافته یا آن که به وسیله گواهی پزشک یا گواهان دیگر به نحوی که موجب اطمینان شود ثابت کند که مرد " خصی " است و امکان مجامعت و مقاربت از او منتفی است. در این مورد اماره فراش جاری نمیشود. چون هم چنین شرط اماره فراش علاوه بر دخول، آن است که نطفه شوهر دارای مواد حیاتی لازم باشد.

بنابر این، گفتار سید حسن امامی در کتاب شرح قانون مدنی مبنی بر این که:
" آنچه از کتب فقهای امامیه معلوم میگردد در موردی که اماره فراش جاری شود

(۱) وسائل الشیعة ۱۵: ۱۱۷، باب ۱۷ از احکام الاولاد، حدیث ۱۱.

فقط به وسیله " لعان " میتوان نفی ولد نمود. و دلیل دیگری پذیرفته نمیشود " (۱). صحیح نیست چرا که فقها اماره فراش را تا حد شك و ظن معتبر شناخته اند و چنانچه از گفتار پزشك یا شاهدان عینی به نحو اطمینان ثابت شود که امکان تولد طفل از شوهر منتفی است اماره فراش فاقد اعتبار خواهد بود و لذا صاحب جواهر در کتاب خود در شرح عبارت متن شرایع که مگوید:

" اگر شوهر فرزند را از خود نفی کند فرزند از او منتفی نمیشود مگر به وسیله لعان. صاحب جواهر در تعلیل گفته فوق مگوید: " چون فرض آن است که تولد طفل از شوهر ممکن میباشد. و مقصود از امکان احتمال میباشد و این امر در تمام امارات جاری است. چرا که طبق مباحث گذشته مشخص نمودیم حجیت امارات در صورتی است که علم به خلاف نداشته باشیم ".
توافق بر خلاف اماره فراش:

بنا به گفته مؤلف الوسیط بعضی از امارات قانونی بر طبق قانون یکی از طرفین دعوی را بر دیگری ترجیح داده و او را از مسئولیت اثبات معاف دانسته و منکر تلقی نموده است. ولی میتوان با توافق طرفین و قرار داد، مسئولیت اثبات را از یکی از متخصصین به دیگری منتقل نمود، مگر قانون یا نصی آن را منع کند مثلاً اگر ضرری که از ناحیه حیوان به انسان وارد میشود. طبق اصل کلی شخص زیان دیده علیه نگهبان حیوان اقامه دعوی میکند و نگهبان باید اثبات کند که ضرر از ناحیه غیر حیوان بوده و سبب دیگری داشته است. ولی با توافق و قرارداد میتوان

(۱) دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی ۵: ۱۶۵.

نگهبان را از مسئولیت اثبات، معاف دانست. در جای دیگر مگوید: حقوق فرانسه معتقد به بطلان تمام قراردادهایی است که موجب جابجائی مسئولیت اثبات میشود، بدین دلیل که متخصصین نمیتوانند قوانین مربوط به حسن رویه قضا را نقض نمایند. جمعی دیگر از حقوقدانان فرانسه بر آنند که: مطلق قواعد اثبات و آنچه که مربوط به دلیل میباشد حتی آنچه که مربوط به حسن تنظیم قضا نمیشد، مانند مثال سابق نمیتوان بر خلاف آن عمل نمود. ولی قضای فرانسه در عمل، بر آن است که آنچه مربوط به نظام عام قضا میباشد نمیتوان بر خلاف آن قرارداد و توافق نمود. مانند قواعد مربوط به اثبات ولادت، وفات، زوجیت و اثبات نسب. و اما در مواردی که خارج از نظام عام قضا است - مانند مثال سابق - میتوان بر خلاف آن توافق نمود (۱). جنبه فقهی این بحث را

در مسأله آینده مورد بررسی قرار خواهیم داد. مسأله بیست و سوم: اگر حیوان خسارتی به انسان وارد کرد و مزرعه ای را تلف کرد آیا مالک حیوان مسئول خسارت وارده است یا خیر؟ بنا به صریح ماده ۳۳۴ ق - م: " مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد میشود. مگر این که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد. لکن در هر حال اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارت وارده خواهد بود "

بحث از مسئولیت تقصیری خارج از این مبحث است و نیاز به بحث مستقلی

(۱) الوسیط ۲: ۹۴.

دارد. ولی آنچه که مربوط به بحث ما میشود آن است که اولاً: آیا خسارات وارده به

عهده متضرر و یا به عهده مالك میباشد؟ ثانياً: بنا بر این که مالك در این مورد مسئول نباشد آیا از مسئولیت اثبات تقصیری معاف میشود یا خیر؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت طبق قانون، موجبات ضمان قهری چند امر است اولاً: غصب و آنچه که در حکم غصب است. ثانياً: اتلاف. ثالثاً: تسبیب. و رابعاً: استیفاء. اما عنوان غصب: پس بر این مورد منطبق نیست، چرا که غصب عبارت است از استیلائی عدوانی بر مال یا حق غیر. و در این فرض مالك حیوان قصد تعدی ندارد. و اما اتلاف: چون مباشرت شرط است و در این مورد مالك مباشرت ندارد لذا عنوان اتلاف نیز بر آن منطبق نیست. و همچنین عنوان استیفاء هم منتفی است، زیرا مالك حیوان، منافع مزرعه را استیفاء نموده است. اما عنوان تسبیب: پس انطباق آن بر مسأله مورد بحث متوقف است بر تقصیر، و تقصیر عبارت است از: اهمال و مسامحه در نگهداری حیوان. مثلاً حیوانی را که باید در جائی معین نگهداری کرد بر خلاف معمول آن را رها کرده و در نتیجه به مزرعه همسایه خساراتی وارد نماید. در این مورد مالك مسئول خسارات وارده میباشد. چون در حفظ و نگهداری حیوان تقصیر و کوتاهی نموده است. و اما در پاسخ به سؤال دوم باید گفت: مسئولیت اثبات تقصیر به عهده متضرر است، زیرا تقصیر در حفظ حیوان عبارت است از تجاوز از حدود معمول و متعارف بین مردم در حفظ و نگهداری حیوان و تجاوز از حدود معمول و متعارف بین مردم چون بر خلاف متعارف میباشد لذا نیاز به اثبات دارد و مسئولیت آن به عهده متضرر میباشد. مطلب دیگر در جابجائی مسئولیت اثبات در مخالفتهای تقصیری میباشد. و در

این مورد صاحب الوسیط مگوید: متوان با توافق و قرارداد، مسئولیت اثبات تقصیر را از متضرر به شخص مسبب منتقل نمود. این مسأله در کتب فقهی تحت عنوان مستقلی مورد بحث قرار نگرفته و برای تحقیق در این مسأله باید در دو قسمت بحث کنیم، اولاً: آیا متوان با عقد و قرارداد مسئولیت اثبات را از مدعی به منکر محول نمود یا خیر؟ و ثانیاً: در صورت امکان حدود این واگذاری و جابجائی تا کجاست و چه مقدار است؟

اما در قسمت اول باید دلیل مسئولیت اثبات را بررسی نمود. اگر از دلیل "البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر" چنین استنباط شود که تنها مدعی است که باید بینه و دلیل اقامه نماید و از منکر هیچ بینه ای پذیرفته نمیشود در این صورت نمیتوان با عقد و قرارداد مسئولیت اثبات را از مدعی به منکر محول نمود، اما اگر مفهوم این دلیل چنین مطلبی نباشد بلکه مفاد قاعده چنین باشد که: منکر در محکمه، مسئولیت اثبات نداشته و این حق اوست که از آوردن دلیل معاف باشد و این مدعی است که به حسب طبع باید دلیل ارائه کند. بنابر این طرفین میتوانند با توافق و قرارداد، مسئولیت اثبات را از مدعی به منکر واگذار نمایند.

اما در قسمت دوم و در حدود جابجائی مسئولیت اثبات باید گفت که این تحویل و جابجائی مطلق نیست و در همه جا نمیتوان به وسیله توافق و قرارداد، مسئولیت اثبات را جابجا نمود. و در نتیجه اگر در مواردی منکر، دلیل و بینه نیاورد قول مدعی بدون بینه پذیرفته شود. مثلاً در مورد اماره فراش اگر شوهر فرزند را از خود نفی کند نمیتوان با توافق و قرارداد، مسئولیت اثبات را از شوهر که مدعی است - طبق اماره فراش - به زن که منکر است منتقل نمود. چرا که این شرط و قرارداد بر خلاف کتاب و سنت میباشد. چون طبق قاعده "الولد للفراش" فرزند

از آن شوهر میباشد و این اماره شرعی است و شرط بر خلاف آن نافذ نمیشود. و همچنین در موارد "قاعده ید" و سایر موارد امارات شرعیه. و تنها در موارد اجاره میتوان جابجائی مسئولیت اثبات را به وسیله توافق و شرط پذیرفت. در این زمینه روایتی است از امام صادق (علیه السلام) که مگوید: حضرت علی (علیه السلام) به انگیزه احتیاط در حفظ اموال مردم حکم به ضمان لباسشو و زرگر منمود (۱). در حالی که مدانیم هر اجیری مانند زرگر و امثال او طبق قواعد اولیه امین است و ضامن اموال تلف شده نیست. مگر آن که صاحب مال تقصیر اجیر را اثبات کند ولی حضرت علی (علیه السلام) به جهت احتیاط در حفظ اموال مردم اصل را بر ضمان اجیر دانست مگر آن که او ثابت کند که مال به سببی غیر اختیاری تلف شده. و این حکم از طرف امیر المؤمنین (علیه السلام) حکم ولایتی و مصلحتی بوده و از احکام متغیر است.

بنابر این میتوان طبق قواعد فقه اسلامی در موارد اجاره و موارد اثبات تقصیر مسئولیت اثبات را از مدعی به منکر محول نمود. چنانچه توافق بر ضمان سبب نیز از همین قبیل است. با این توضیح که اگر مالک حیوان با صاحب مزرعه در ضمن عقد لازم شرط کند که چنانچه حیوان بر مزرعه خساراتی وارد کرد مالک حیوان ضامن خسارات وارده باشد مگر آن که ثابت کند که تقصیر و کوتاهی از ناحیه وی نبوده است. و در این فرض اگر این شرط به نحو شرط نتیجه باشد نزد عده ای از علمای امامیه مقبول میباشد و جمعی دیگر آن را بر خلاف مقتضای عقد دانسته و باطل شمرده اند.

(۱) وسائل الشیعة ۱۳: ۲۷۲.

اما اگر شرط به نحو شرط فعل باشد پس مورد قبول تمام فقها میباشد و در نتیجه مالک حیوان با این شرط ضامن خسارات وارده است مگر آن که ثابت کند که تقصیر از ناحیه متضرر است.

مسأله بیست و چهارم: شخصی مال خود را توسط شرکت حمل و نقل برای جایی ارسال مدارد و آن مال قبل از آن که به مقصد برسد تلف میشود. آیا متصدی حمل و نقل مسئول خسارات میباشد یا خیر؟ ماده ۵۱۶ ق - م مگوید: "تعهدات متصدیان حمل و نقل اعم از این که از راه خشکی یا آب یا هوا باشد برای حفاظت و نگاهداری اشیائی که به آنها سپرده میشود همان است که برای امانت داران مقرر است. بنابر این در صورت تفریط یا تعدی مسئول تلف یا ضایع شدن اشیائی خواهند بود که برای حمل به آنها داده میشود. و این مسئولیت از تاریخ تحویل اشیاء به آنان خواهد بود."

پس طبق قانون مدنی متصدیان حمل و نقل مسئول خسارات وارده نیستند مگر در صورت تعدی و تفریط و یا آن که در ضمن عقد لازم ضمان آن مال شرط شود. و طبق قاعده شخص زیان دیده موظف است که تقصیر و مسامحه کاری متصدی حمل و نقل را اثبات نماید.

اما بعضی از فقها مگویند: در صورتی که متصدی حمل و نقل متهم به عدم رعایت مقررات مربوط به امانت داری باشد میتوان وی را ضامن دانست و بر اوست که اثبات کند مقررات مربوط به امانت داری را رعایت نموده است. بنابر این، شخص اجیر در صورتی که متهم باشد ضامن است مگر آن که ثابت کند که

تمام مقررات مربوط به امانت داری را رعایت نموده است.

ولی قانون تجارت، ماده ۵۱۶ ق - م را نقض نموده و ماده ۳۸۶ قانون مزبور مگوید: " اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود. مگر این که ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره، یا مستند به تقصیر ارسال کننده یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمیتوانست از آن جلوگیری نماید. قرارداد طرفین میتواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید."

پس طبق قانون تجارت متصدی حمل و نقل ضامن هر گونه نقص و عیبی است که بر کالا وارد میشود و صاحب کالا موظف نیست که تقصیر متصدی حمل و نقل را اثبات نماید بلکه متصدی حمل و نقل، خود موظف است که ثابت کند تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده میباشد. و صاحب کالا تنها باید اثبات کند که مال التجاره را به موجب بارنامه تحویل شرکت متصدی حمل و نقل داده است و به موجب صورت مجلس تخلیه، محموله مورد نظر تلف یا گم شده است.

مسأله بیست و پنجم: اگر اتومبیلی که در پارکینگ نگهداری شده به سرقت برود آیا مدیر و مسئول پارکینگ ضامن است یا خیر؟

در قانون مدنی مصر مدیر پارکینگ را مسئول شناخته و شخص زیان دیده فقط موظف است که اصل زیان و خسارت را اثبات کند. و اما اثبات تقصیر به عهده او نمیشد بلکه مدیر پارکینگ باید اثبات کند که خسارت وارده به نحوی بوده است که قدرت رفع آن را نداشته و یا آن که خسارت، مربوط به عدم رعایت مقررات

توسط مالك اتومبيل ميباشد. اما در فقه اماميه شخص اجير چون در حكم امين است ضامن تلف يا گم شدن مال موجر نميباشد مگر در صورت تعدی و تفریط يا آن كه مالك در ضمن عقد لازم، ضمان را شرط كند.

لازم به ذكر است كه: قانون مدنی ايران در باب اجاره اشخاص، تنها متعرض مسأله ضمان متصدیان حمل و نقل شده است. اما ضمان خدمه و كارگر را متعرض نشده است تنها در مبحث دوم در تعددات امين ماده ۶۱۴ ق - م مگويد: " امين ضامن تلف يا نقصان مالی كه به او سپرده شده است نميباشد مگر در صورت تعدی يا تفریط ". و ماده ۶۳۰ ق - م مسأله مورد بحث را از موارد امانت به شمار آورده و مگويد:

" هر گاه کسی مال غير را به عنوانی غير از مستودع متصرف باشد و مقررات اين قانون او را نسبت به آن مال امين قرار داده باشد مثل مستودع است. بنابر اين مستأجر نسبت به عين مستأجره، قيم يا ولی نسبت به مال صغير يا مولی عليه و امثال آنها ضامن نميباشد مگر در صورت تعدی و تفریط ".

مسأله بيست و ششم: اگر شخص صنعتگر يا هنرمند مال مورد اجاره را در اثر انجام كار مورد اجاره تلف يا عیبی در آن وارد نمود. آیا ضامن است يا خير؟ مثلاً: شخصی پارچه ای را نزد خياط مبرد تا برای او لباس معینی بدوزد ولی خياط اشتباه آن را به شكل دیگری در مآورد. در اين فرض طبق قواعد عمومی باب اتلاف، شخص خياط ضامن است. چرا كه او مال را تلف نموده و طبق ماده ۳۲۸ ق - م هر كس مال دیگری را تلف كند، ضامن است اعم از اين كه تقصیری از

او سر زده باشد يا خير. و روایتی نیز به سند صحيح از امام صادق (عليه السلام) بر اين دلالت

مکند امام مفرماید: هر کارگری که به او مزد مدهی تا عملی را انجام داده و آن را اصلاح نماید پس اگر آن را فاسد نمود ضامن است (۱). این مسأله در قانون مدنی ایران گنجانده نشده است. و برخی از حقوقدانان بر ضمان کارگر و صنعتگر خرده گرفته و گفته اند که: اجیر به موجب قرارداد امین محسوب میشود و طبق اصول حاکم بر قراردادها، اجیر در صورتی ضامن است که تعدی و تفریط کرده باشد. پس چگونه میتوان در این فرض مسئولیت مطلق او را توجیه کرد؟ (۲). در جواب باید گفت که: مبنای انتقاد فوق خلط بین باب تلف و اتلاف میباشد و برای توضیح فرق بین این دو باید گفت که: تلف فقط در باب غصب به طور مطلق موجب ضمان است. و مقصود آن است که اگر شخصی بدون مجوز، مال کسی را در دست داشته باشد و بعدا توسط حوادث قهریه از قبیل زلزله آن مال تلف شود یا خود به اختیار، آن مال را تلف کند پس شخص غاصب مطلقا و در هر دو صورت ضامن است. اما اگر بین صاحب مال و آن کس که مال نزد او تلف شده عقد امانت برقرار شود مثل اجاره یا وکالت یا امانت در این صورت اگر مال به واسطه حوادث قهریه تلف شود شخص امین ضامن نیست، زیرا حکم به ضمان مال در صورت تلف قهری مخصوص به باب غصب است. و بنا به گفته بعضی از فقها قاعده " علی الید ما أخذت حتی تؤدی " اختصاص دارد به باب غصب و شامل باب امانت نمیشود. و اما در مورد امانت، تلف در صورتی موجب ضمان است که ناشی از تعدی و تفریط باشد. مثل آن که مال در جای غیر مناسب نگهداری شود و در اثر آن

(۱) وسائل الشیعة ۱۳: ۲۷۱، باب ۲۹ از احکام اجاره، حدیث ۱۹.
(۲) ناصر کاتوزیان، عقود معین ۱: ۴۶۶.

تلف شده یا به سرقت برود.

اما اتلاف: مطلقاً موجب ضمان است و حکم به ضمان صنعتگر و هنرمند مثل خیاط به علت آن است که او پارچه را تلف کرده و قاعده اتلاف بر آن منطبق است و مثل آن است که شخص خیاط سهواً و بدون اختیار مثلاً ته سیگار خود را روی پارچه مستأجر (مالک) بیندازد و در نتیجه پارچه دچار حریق و سوختگی شود مسلماً خیاط به موجب قاعده اتلاف ضامن است. و همچنین اگر خیاط اشتباهاً پارچه مورد اجاره را به جای این که پیراهن به اندازه معینی درست کند به اندازه کوچکتر و یا به شکل دیگری بدوزد این مورد هم اتلاف محسوب شده و حکم به ضمان اجیر میشود. اعم از این که مقصر باشد یا نباشد. از همین رو اگر مریضی در اثر عمل جراحی فوت کند حکم به ضمان طبیب میشود هر چند که وی حاذق و ماهر بوده و تمام مقررات پزشکی را نیز رعایت کرده باشد مگر آن که در ابتدا شرط عدم ضمان کند.

- ۳ - مواردی که قول مدعی بدون دلیل پذیرفته میشود
این مطلب در حقیقت استثنایی است از قاعده عمومی " البینه علی المدعی
والیمن علی من أنکر " .

مسأله اول: اگر شخصی مال خود را نزد کسی به عنوان ودیعه بسپرد و پس از
مطالبه مالك، شخص مستودع (امین) ادعا کند که آن را مسترد نموده آیا دعوی رد
از

وی پذیرفته میشود یا خیر؟

مؤلف جواهر الکلام مگوید: " و لذا یصدق لو ادعی الرد إلى المالك أو وکیله " (۱).
یعنی اگر امین ادعا کند که مال مورد ودیعه را به مالك یا وکیل او مسترد داشته
است.

قول او تصدیق میشود و این رأی مشهور فقهای امامیه است بلکه بعضی آن را از
مسلمات فقه دانسته اند.

اما طبق قاعده مدعی و منکر شخص امین که مدعی رد امانت است موظف
است بر دعوی خود بینه اقامه نماید. از همین رو حضرت آیت الله خوئی در کتاب

(۱) جواهر الکلام ۲۷: ۱۴۷.

منهاج الصالحین بر طبق همین قاعده فتویٰ به عدم قبول قول مدعی رد داده و او را موظف به اقامه بینه دانسته است (۱). ولی مشهور فقها بر خلاف قاعده مدعی و منکر

فتوا به قبول قول مدعی رد داده و در این مورد به دو دلیل استدلال شده است: دلیل اول: آیه* (ما علی المحسنین من سبیل) * (۲) (قاعده نفی ضمان از شخص محسن و نیکوکار) با این توضیح که: شخص امین و مستودع مال را به انگیزه

مصلحت مالک حفظ و نگهداری میکند پس او محسن و نیکوکار است و مطالبه دلیل و بینه از او تکلیفی است بر او که قاعده احسان آن را نفی میکند و نفی سبیل و مطالبه حجت از محسن و نیکوکار حکمی است که عقل بر آن دلالت دارد و به همین جهت آیه شریفه مگوید: * (هل جزاء الإحسان إلا الإحسان) * (۳)، جزای شخص محسن و نیکوکار جز احسان نیست.

ولی علامه وحید بهبهانی به نقل مؤلف کتاب عناوین، قاعده احسان را مخصوص به موارد دفع ضرر دانسته و مگوید: قاعده شامل موارد جلب منفعت نمیشود (۴). و چون ودیعه طبق ماده ۸۷ ق - م " عقدی است که به موجب آن يك نفر

مال خود را به دیگری مسپارد برای آن که آن را مجاناً نگاه دارد... " احسانی است که برای جلب منفعت میباشد و نه دفع ضرر. لذا قاعده احسان بر او منطبق نیست. اما این نظر مورد انتقاد قرار گرفته و گفته شده است که لفظ احسان موجود در آیه

(۱) منهاج الصالحین، ۲، کتاب الودیعة، مسأله ۶۱۹.

(۲) سوره توبه، آیه ۹۲.

(۳) سوره الرحمن، آیه ۶۰.

(۴) عناوین، سید میر فتاح: ۳۳۲.

اختصاص به دفع ضرر ندارد بلکه جلب منفعت هم از مصادیق احسان به شمار می‌آید، بنابراین این متوان شخص امین که به جهت احسان مال دیگری را نزد خود به امانت نگهداری می‌کند از مسئولیت اثبات معاف دانست.

دلیل دوم: دو روایت از قرب الاسناد به يك مضمون که امام مفرماید: شخص امین را نباید متهم نمود (۱) و مطالبه دلیل از مدعی رد در باب ودیعه مستلزم اتهام اوست. پس باید ادعای وی را بدون مطالبه دلیل پذیرفت ولی جمعی از فقها چنین استظهاری را از این دو روایت مورد تأمل قرار داده اند.

مسئله دوم: اگر متعاقدین در مورد مال تلف شده اختلاف کنند و صاحب مال مدعی شود که: مال نزد طرف به عنوان دین و قرض بوده و متصرف ادعا کند که مال به عنوان ودیعه نزد او بوده و لذا وی ضامن نیست. در این مورد بر خلاف قاعده باب تداعی، فقها حکم کرده اند به تقدیم قول صاحب مال و قول مالک را اماره قانونی دانسته اند. و دلیل آن روایتی است معتبر از اسحاق بن عمار از امام کاظم (علیه السلام) در مورد مال تلف شده اگر صاحب مال با آن کس که مال نزد او تلف شده

اختلاف کنند و متصرف بگوید که مال به رسم ودیعه نزد او بوده و صاحب مال بگوید که: قرض بوده و او ضامن است. در جواب امام (علیه السلام) مفرماید که: قول

صاحب مال مقدم است مگر آن کس که مال نزد او تلف شده بینه اقامه نماید و اثبات کند که مال نزد او ودیعه بوده است (۲).

(۱) وسائل الشیعة ۱۳: ۲۲۹، باب ۴ از ابواب احکام الودیعة، حدیث ۹ و ۱۰.

(۲) وسائل الشیعة ۱۳: ۲۳۲، باب ۷ از ابواب احکام الودیعة، حدیث ۱.

مسأله سوم: اگر مودع و مستودع در تلف مال اختلاف نمایند امین مدعی شود که مال مورد ودیعه تلف شده و صاحب مال منکر تلف شود طبق قاعده مدعی و منکر، صاحب مال منکر تلقی میشود و امین، مدعی است. چون اصل عدم تلف و استصحاب بقای مال مؤید قول صاحب مال میباشد و قول امین مبنی بر تلف بر خلاف اصل میباشد و موظف است که بینه اقامه نماید.

ولی مشهور فقهای امامیه بر خلاف قاعده مدعی و منکر بر آنند که قول امین مقدم است. در این مورد اولاً: به قاعده احسان استدلال شده است با این توضیح که شخص مودع چون مال را به خاطر مصلحت مالک نگاه داشته است پس محسن و نیکوکار محسوب میگردد. پس ادعای او هر چند که بر خلاف اصل باشد بدون دلیل پذیرفته میشود.

ثانیاً: به روایاتی که مگوید شخص امین را نباید متهم نمود (۱). مفاد این روایات آن است که اگر طرف عقد در موقع عقد به نظر مالک امین بوده پس قول او بدون دلیل مقدم است و نباید او را متهم نمود. اما اگر در موقع عقد در نظر مالک امین نبوده و متهم بوده است پس قول او بدون بینه پذیرفته نیست و چنین استنباط میشود که تفصیل مزبور در روایات فوق، مخصوص به باب "ودیعه" میباشد. بدین جهت نمیتوان قول امین را در سایر موارد باب امانت مثل عاریه، وکالت، اجاره، مضاربه، شرکت، وصیت و رهن، بدون دلیل و بینه پذیرفت. و همچنین در مسأله اول از فصل سوم در مورد ادعای رد امانت توسط امین فقط در مورد ودیعه قابل قبول است و اما در سایر امانات، ادعای رد توسط امین بدون

(۱) وسائل الشیعة ۱۳: ۲۲۹، باب ۴ از ابواب احکام الودیعة، حدیث ۹ و ۱۰.

دلیل پذیرفته نمیشود. در این زمینه صاحب جواهر میگوید: اگر مرتهن با راهن اختلاف کنند و مرتهن ادعا کند که عین مرهونه را مسترد داشته و راهن منکر آن شود

پس قول مالك مقدم است و نمیتوان آن را به باب ودیعه قیاس نمود. چرا که اولاً: قیاس در مذهب امامیه باطل است و ثانیاً: فرق است بین باب ودیعه و سایر امانات. چون که در باب ودیعه شخص امین مال را به خاطر مصلحت مالك قبض میکند و لذا او محسن است به خلاف سایر امانات (۱).

یکی دیگر از موارد استثنای قاعده مدعی و منکر، مورد "قتل" میباشد که میتوان مدعی قتل را در صورت احتمال صحت ادعای وی - مورد لوث - از مسئولیت اثبات معاف دانسته و فقط به قسم اکتفا کند. و متهم به قتل موظف است برای تبرئه خود بینه و دلیل اقامه نماید. ماده ۳۸ قانون حدود و قصاص میگوید: "در موارد لوث ابتدا از "مدعی علیه" شهود معتبر مطالبه میشود و اگر شهود نداشته باشد مدعی میتواند برای اثبات مطلب خود ۴۹ نفر از خویشان و بستگان خود را که از وقوع قتل آگاهی داشته باشند دعوت کند تا به اتفاق او جهت اثبات دعوی قسم یاد کنند...".

در این مورد ابو بصیر از امام صادق (علیه السلام) روایت میکند که: "خداوند در مورد

قتل احکامی مقرر نمود غیر آنچه که در اموال مقرر داشته است. در مورد اموال مقرر نمود که مسئولیت اقامه بینه به عهده مدعی و قسم بر عهده منکر میباشد ولی در باب قتل مقرر نمود که بینه بر عهده مدعی علیه (متهم) و قسم بر عهده مدعی

(۱) جواهر الکلام ۲۵: ۲۷۶.

(شاکی) باشد برای آن که خون مسلمانی هدر نرود " (۱). این حکم از مختصات
نظام
قضائی اسلام میباشد و در قانون قضائی غرب اشاره ای به آن نشده است.

(۱) وسائل الشیعة ۱۸ : ۱۷۱، باب ۳ از ابواب کیفیة الحکم، حدیث ۳.

فصل دوم
عناصر و ادله اثبات دعوی
۱ - مقدمه
۲ - اقرار
۳ - سند

عناصر و ادله اثبات دعوی - ۱
مقدمه

۱ - معاینات و تحقیقات محلی
معاینات فنی
۲ - قرعه

مقدمه

قبل از شروع در اصل بحث برای تحدید و توضیح موضوع بحث، مقدمات مطالبی را متذکر مشویم:

مطلب اول: معاینات و تحقیق محلی و معاینات فنی در قانون مدنی از ادله اثبات به حساب نیامده است.

معاینات محلی عبارت است از: دیدن محل و مشاهده وضعیت و قراین موجود به وسیله دادگاه که در کشف قراین و امارات و مآلا در اثبات یا نفی دعوی مؤثر است. مثلا در مورد دعوی دیوار مشترك، متوان با معاینه محلی قراین و اماراتی از قبیل: ترصیف یا وضع سر تیر را مشاهده نمود و به وسیله آن دلیل دعوی را کشف نمود و در مقابل ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی مگوید: " تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری در خلال دادرسی لازم بدانند از معاینه محل و تحقیق از گواه ها و مسجلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال اینها تحصیل دلیل نیست ". که این ماده معاینات و تحقیقات انجام شده توسط دادگاه را تحصیل دلیل ندانسته با این که در مثال فوق دستور دادگاه وجدانا تحصیل دلیل میباشد.

و اما تحقیقات محلی عبارت است از: اطلاعات اهل محل در مورد دعوی و این امر محدود به مواردی است که مطابق قانون، بدان استناد شده، ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی مگوید: " در مواردی که مطابق قانون به گواهی گواه ها میتوان استناد نمود هر گاه يك طرف یا طرفین به اطلاع اهل محل متمسك شوند. اگر چه به طور کلی ذکر کنند و اسامی مطلعین را نبرند، دادگاه تحقیق محلی منماید ".
با ملاحظه مجموع مواد مربوط به شهادت و تحقیق محلی چنین به نظر می رسد که تحقیق محلی و اطلاع مطلعین، غیر از شهادت میباشد چون شهادت شرایط ویژه دارد که در تحقیق محلی رعایت آن لازم نیست. مثلا شرایط مربوط به شخص شاهد از قبیل: وثاقت یا عدالت و رابطه وی با صاحب دعوی و مجازاتها تعیینی در صورتی که بر خلاف واقع شهادت دهد و همچنین شرایط مربوط به اصل شهادت از قبیل آن که شهادت باید مستند به حس باشد و نه حدس. و این که اگر شهادت

در
محدوده قانونی خود مورد جرح قرار نگیرد، دادگاه موظف است آن را مورد استناد قرار داده و بر طبق آن حکم نماید. مراعات هیچ يك از این شرایط در تحقیق محلی لازم نیست. بر این مبنا تحقیق محلی با شهادت فرق پیدا میکند و در شهادت رعایت شرایط خاصی لازم است که در تحقیق محلی لازم نیست.
بنابر این، گفته دکتر سید حسن امامی مبنی بر این که: " اطلاعات اهل محلی مانند شهادت است " و بر این اساس بر قانون مدنی خرده گرفته و گفته است: "

قانون

مدنی اطلاعات اهل محل را در ردیف ادله اثبات دعوی به شمار نیاورده است و حال آن که مناسب بود اطلاعات اهل محل را در کتاب شهادت یا جداگانه متذکر

مگر دید " (۱). صحیح به نظر نمرسد چرا که اطلاعات اهل محل با شهادت فرق دارد.

در هر حال اگر دلیل را به معنای خاص آن یعنی آنچه که مورد استناد اصحاب دعوی در مقام اثبات یا دفاع قرار مگيرد دانسته و آن را مقید به قانون بدانیم یعنی آنچه که قانون آن را دلیل بدانند، تحقیق محلی از عداد ادله اثبات قانونی خارج خواهد بود. و اما اگر دلیل را به معنای عام آن تفسیر کنیم یعنی آنچه که در کشف مجهول قضائی مؤثر است بنابر این تحقیق محلی " اطلاع مطلعین " جزء ادله اثبات محسوب مگردد.

اما معاینات فنی و نظر کارشناس را نیز قانون مدنی از ادله اثبات ندانسته و همچنین قانون آیین دادرسی مدنی، به دلیل بودن نظر کارشناس صراحت ندارد چنین به نظر مرسد که حقوقدانان آن را به عنوان دلیل مستقل تلقی ننموده اند ولی فقه اسلامی آن را دلیل دانسته است گرچه در مبنای اعتبار آن میان فقها اختلاف نظر میباشد. عده ای آن را از مصادیق شهادت به شمار آورده اند لذا عدالت تعدد، ذکوریت و عدم اتهام را در اهل خبره شرط دانسته اند، در این زمینه محقق ثانی صاحب جامع المقاصد مگوید: در مقوم (کارشناس تعیین قیمت) تعدد، ذکوریت، عدالت و معرفت به قیمت شرط است. و شهید اول عدم اتهام را نیز شرط دانسته است. محقق ثانی نیز نظر وی را تأیید کرده و مگوید: " وهو ظاهر فإنه شاهد فيعتبر لقبول شهادته عدم التهمة، یعنی شخص مقوم چون شاهد است باید متهم

(۱) دکتر سید حسن امامی، شرح حقوق مدنی ۴: ۲۴۳.

نباشد " (۱).

همچنین صاحب جواهر مگوید: شرط است در مقوم، عدالت، معرفت به قیمت، تعدد، ذکوریت و عدم اتهام (۲).

علامه شیخ انصاری نیز در کتاب مکاسب مگوید: " چنانچه اهل خبره از نظر و حدس خود اخبار کند، لازم است، عدالت، زیادتی معرفت و دانش در موضوع مورد اظهار نظر نسبت به وی مورد ملاحظه قرار گیرد و بر آن اساس بر او وصف اهل

خبره اطلاق مشود " (۳).

بر این اساس ماده ۲۶۰ قانون اصلاح موادی از قوانین آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۶۱ مگوید: " به طور کلی در امور کیفری و جرایم گزارش کتبی ضابطین دادگستری و اشخاصی که برای تحقیق در امور کیفری مأمور شده اند و همچنین اظهارات گواهان و کارشناسان معتبر است. به شرط آن که ضابطین، کارشناسان و گواهان لا اقل دو نفر و عادل باشند... " بنابر این ماده مزبور در مورد نظر

کارشناس، طبق رأی مشهور بین فقها تعدد را شرط نموده است. در مقابل، علامه اصفهانی در تعلیقه خود بر مکاسب مگوید که: اعتبار نظر کارشناس و اهل خبره مبنائی مستقل دارد و ربطی به شهادت ندارد و مبنای اعتبار آن رویه و سیره عقلا میباشد چرا که عقلا در موارد احتیاج به نظر و رأی اهل خبره

(۱) جامع المقاصد، کتاب المتاجر ۱: ۲۴۹، طبع قدیم.

(۲) جواهر الکلام ۲۳: ۳۹۰.

(۳) کتاب مکاسب: ۲۷۳.

مراجعه میکنند (۱).
تحقیق وافی ایجاب میکند که موضوع را در سه مبحث مورد نظر و دقت قرار
دهیم:

مبحث اول: در اصل دلیل بودن نظر کارشناس.
مبحث دوم: در مبنای دلالت و استقلال یا عدم آن.
مبحث سوم: در کیفیت دلیل بودن آن، و این که آیا حجیت ذاتی دارد یا تنها
حجیت قضائی دارد.

مبحث اول: نظر کارشناس، خود دلیل قانونی به معنی اخص میباشد چرا که اگر
آن را تنها در موارد حصول اطمینان دلیل بدانیم قاضی نخواهد توانست با استناد به
نظر کارشناس رأی بدهد مگر آن که خود اطمینان پیدا کند، و این برای قاضی در
بسیاری از موارد، غیر ممکن است چرا که نظر و رأی کارشناس بر مبنای حرفه
و تخصص است، و چه بسا قاضی در آن حرفه تخصص ندارد پس نمیتواند به
اطمینان برسد. مثلاً: اگر مدعی در دادخواستی ادعا کند که مدعی علیه به زمین
ملکی وی تجاوز نموده و حاکم نیز مسأله را به کارشناس واگذار کند و کارشناس
امور

ثبتی پس از معاینه محل و ملاحظه پرونده ثبتی، رأی به تجاوز مدعی علیه
(خوانده) بدهد. پس در این صورت اگر قاضی در رشته امور ثبتی تخصصی نداشته
باشد چطور میتواند به نظر کارشناس اطمینان پیدا کند؟!
و اگر نظر کارشناس را دلیل قانونی ندانیم، قاضی چه وظیفه ای خواهد داشت؟

(۱) حاشیه مکاسب ۲: ۱۳۶.

بنابر این نظر کارشناس را باید از ادله اثبات دانست، یا از باب حجیت شهادت - چنانچه عده ای از فقها همچون محقق ثانی آن را اختیار نموده اند - یا از باب سیره

و رویه عقلا بر رجوع جاهل به عالم در اموری که احتیاج به رأی و نظر کارشناس دارد.

مبحث دوم: مبنای حجیت و اعتبار نظر کارشناس غیر از مبنای حجیت و اعتبار شهادت میباشد. بلکه نظر کارشناس موضوعاً غیر از شهادت میباشد. چرا که گاه شخص در مقام تعیین قیمت مثلاً خبر مدهد که قیمت جنس معین در بازار این مقدار معین است، چنین اخباری شهادت محسوب میشود، چون از يك واقع معینی خبر مدهد. ولی گاه میشود که شخص در مقام تعیین قیمت در اثر کثرت ممارست و دانش مربوط به آن، طبق نظر خود تعیین قیمت میکند، چنین اخباری شهادت نبوده، بلکه اظهار نظر میباشد و مبنای اعتبار آن نیز همان سیره و رویه عقلا بر رجوع جاهل در موارد احتیاج به اهل خبره میباشد.

پس نظر اهل خبره و کارشناس، خود عنوانی مستقل و مبنای اعتبارش نیز مستقل میباشد. بنابر این شرایط مربوط به باب شهادت از قبیل تعدد، ذکوریت، عدالت و عدم اتهام در کارشناسی معتبر نیست و تنها وثاقت کارشناس معتبر میباشد، چون سیره و رویه عقلا بر آن است که شخص جاهل در اموری که احتیاج به نظر و کارشناسی دارد به اهل خبره مورد وثوق و اطمینان مراجعه کند. و شاید بتوان از مفهوم ماده ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی استنباط نمود که اگر قاضی احتمال بدهد که نظر کارشناس با اوضاع و احوال قضیه مطابقت دارد تبعیت از آن بر قاضی لازم باشد. ماده ۴۶۰ قانون مزبور مگوید: " در صورتی که عقیده کارشناس

با اوضاع و احوال محقق و معلوم مسأله موافقت نداشته باشد، دادگاه متابعت آن عقیده را ننماید " و مفهوم آن چنین است که اگر قاضی دادگاه احتمال بدهد عقیده کارشناس با اوضاع و احوال مطابقت دارد پس لازم است که از آن عقیده تبعیت نماید.

مبحث سوم: کیفیت دلیل بودن نظر کارشناس. مقدمه باید گفت که حجت و دلیل بر دو قسم است: اول: اموری که حجیت آن ذاتی است و با قطع نظر از باب قضا و فصل خصومت، خود اعتبار ذاتی دارد. مثل بینه و شهادت که اعتبار او مخصوص به باب قضا نیست. دوم: اموری که حجیت و اعتبار آن تنها در باب قضا است مثل قسم و قرعه که حجیت و اعتبارشان اختصاص به باب قضا دارد و تنها برای فصل خصومت وضع شده اند. در مورد بحث باید بگوئیم که نظر کارشناس و اهل خبره حجیتش از قسم اول و ذاتی است. و دلیل اعتبار آن - یعنی رویه عقلا بر رجوع جاهل به عالم - اقتضا میکند که حجیتش از باب کاشفیت باشد نه برای فصل خصومت.

مطلب دوم: قرعه.

" قرعه " نیز از نظر قانون مدنی و همچنین قانون آیین دادرسی دلیل شناخته نشده است ولی فقه اسلامی در موارد مشکل آن را بعنوان دلیل به معنای فصل خصومت شناخته است. در این زمینه باید در دو قسمت بحث شود.

نخست: در حدود حجیت قرعه و این که قرعه در تمام موارد مشکل و مجهول جاری میشود یا خیر؟

دوم: معنای دلیل بودن و کیفیت آن.

۱ - حدود حجیت قرعه: باید گفت که قرعه تنها در موارد خاص جاری میشود مثلاً در موارد تعارض بینات و اختلاف چند مرد بر سر فرزند متولد شده از کنیز. و موارد دیگری که شخص متتبع در فقه با آن برخورد میکند، پس به طور مطلق و عموم نمیتوان آن را دلیل دانست هر چند که حدیث شریف مگوید: "کل مجهول ففیه القرعة" (۱) چرا که فقها به چنین مضمونی فتوی نداده اند و حکم به دلیل

بودن قرعه در تمام مجهولات، نا تمام است و فقط دلیل بودن آن مخصوص به موارد خاصی است که فقها متعرض شده اند و روایات خاصی نیز در آن موارد وارد شده است.

۲ - معنای دلیل بودن قرعه: آیا معنای دلیل بودن قرعه آن است که کشف از واقع معین میکند یا خیر؟ سید میر فتاح در عناوین مگوید: از روایات چنین ظاهر میشود که قرعه همچنان که کاشف است مثبت هم میباشد و در این مورد به روایت محمد بن حکیم استدلال میکند. وی به امام عرض میکند که: قرعه هم خطا دارد و هم به صواب مرود. امام (علیه السلام) در جواب مفرماید: آنچه که خدا

حکم کند خطا ندارد (۲). و مقصود از کاشفیت آن است که آنچه خدا حکم میکند قطعاً مبین واقع است و مخالف واقع نیست و مقصود از اثبات آن است که آنچه خدا

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۱۸۹، باب ۱۳ از ابواب کیفیة الحکم، حدیث ۱۱.

(۲) همان مدرک، حدیث ۱۱.

حکم میکند پس همان صواب است. خلاصه آن که در صورتی که واقع معین در افراد مورد قرعه وجود داشته باشد قرعه کاشف از واقع است اما اگر واقع معین بین افراد مورد قرعه نباشد دلیل قرعه ابتداء جعل حکم میکند (۱).

این مبنی غیر صحیح به نظر می‌رسد چرا که با دقت در حقیقت قرعه و ادله آن چنین استنباط میشود که قرعه تنها برای فصل خصومت تشریح شده است و روایت محمد بن حکیم که مگوید: قرعه خطا نمکند برای تأکید بر حجیت قرعه میباشد، چون عمل به قرعه بر خلاف رویه معمول بین عقلا میباشد و لذا سائل در مقام رد عمل به قرعه و حجیت آن مگوید که: چگونه میتوان برای قرعه اعتباری قائل شد و حال آن که گاه به خطا مرود و گاه به صواب. امام (علیه السلام) در

جواب این طرز تفکر مفرماید: چیزی را که خدا حجت دانسته به خطا نمرود. و این همان تأکید بر حجیت قرعه میباشد و الا پر واضح است که قرعه چیزی نیست که در آن خطا نباشد مگر آن را " وحی " بدانیم و این غیر معقول به نظر می‌رسد

چرا که لازمه اش آن است که قرعه از امارات هم قویتر باشد!. پس از ذکر این مقدمات اکنون به بحث در ادله اثبات می‌پردازیم.

(۱) عناوین (العنوان الحادی عشر): ۱۱۶.

عناصر و ادله اثبات دعوی - ۲
إقرار

(۱۴۹)

تعریف و عناصر اقرار
" اقرار " در لغت به گفته صاحب اقرب الموارد در ماده " قرر " عبارت از: اذعان، تصدیق و اعتراف به حق دیگری و ضد آن است. و صاحب مصباح المنیر مگوید: اقرار به معنای اعتراف میباشد. و تعریف اصطلاحی آن در ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی چنین آمده است: " اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر، بر ضرر خود ". صاحب جواهر از کتاب وسیله نقل میکند: اقرار عبارت است از اخبار به حقی بر ضرر خود. و از دیگر فقها نیز قریب به همین مضمون را نقل میکند. و بعد مگوید اولی آن است که تعریف اصطلاحی آن را در مفهوم و مصداق، به عرف موکول کنیم (۱).

پس اقرار به حسب تعریف قانون مدنی دارای چند جزء است: الف - اخبار به حق. ب - به نفع دیگری بودن. ج - بر ضرر خود بودن. که با خلل در هر کدام از این

اجزاء صدق اقرار قانونی (آنچه که منشأ اثر میباشد) مختل میشود.
الف - شرط اخباری بودن اقرار مورد اتفاق فقها میباشد به استثنای بعضی از

(۱) جواهر الکلام ۳۵: ۲۶.

حنفی ها که قائل شده اند به اینکه اقرار " انشاء " است. و بعض دیگر گفته اند که اقرار

دو حیثیت دارد يك حیثیت اخباری و دیگری حیثیت انشائی (۱). مؤلف کتاب الوسیط نیز مگوید: اقرار از نظر مضمون و محتوی يك عمل مادی است مثل شهادت و سوگند و سایر اعمال ارادی انسان و از جهتی دیگر چون اقرار مستلزم آن است که شخص " مقرر " خود را از مخاصمه کنار زده و طرف خود را از اقامه دلیل معاف بدارد که این عمل يك تصرف قانونی است و انشاء محسوب میگردد. مثل ابراء و عتق که يك عمل ارادی است و قائم به يك طرف میباشد (۲). و مقصود از اخبار در تعریف تنها اخبار به لفظ صریح نیست. بلکه هر لفظی که دلالت بر مدعی نماید بلکه حتی اگر به اشاره باشد. ماده ۱۲۶۰ قانون مدنی مگوید: " اقرار واقع میشود به هر لفظی که دلالت بر آن نماید " چرا که گاه میشود شخص مقرر در مقام جواب میباشد و تنها با يك کلمه " بله " یا " آری " از او، اقرار محسوب میشود. و ماده ۱۲۶۱ قانون مدنی نیز مگوید: " اشاره شخص لال که صریحا حاکی از اقرار باشد صحیح است " از قید " لال " معلوم میشود که اشاره در صورتی اقرار محسوب میگردد که شخص " مقرر " عاجز از کلام صریح باشد و اگر شخص قادر به تکلم باشد

نمیتوان اشاره او را اقرار تلقی نمود.

اما چنین تقییدی وجهی ندارد چرا که انسان قادر به تکلم چنانچه با سر تکان دادن، مطلبی را اثبات نمود و لفظی به کار نبرد، عرف چنین اشاره ای را اقرار تلقی مینماید. پس اشاره شخص " مقرر " در دلالت بر اقرار مقید به عجز از تکلم نیست.

(۱) الموسوعة الفقهية: ۶، ماده اقرار.

(۲) الوسیط ۲: ۴۸۴.

و همچنین صدق اقرار و اخبار مقید به لفظ نیست بلکه اخبار در ضمن کتابت هم در حکم اقرار محسوب میشود. و ماده ۱۲۸۰ قانون مدنی نیز میگوید: " اقرار کتبی در حکم اقرار شفاهی است " و صاحب جواهر میگوید: ظاهر کلمات اصحاب در تعریف اقرار آن است که اقرار از مقوله لفظ میباشد و با تأمل در کلمات فقها چنین ظاهر میشود که حتی اشاره عملی مثل سر تکان دادن اقرار تلقی نمیشود هر چند حکم اقرار را دارد (۱).

اما حق را بعضی از حقوقدانان چنین تعریف کرده اند: حق عبارت از اختیاری است که قانون برای کسی شناخته تا بتواند امری را انجام یا ترك نماید (۲). لازم به توضیح است که مقصود از " حق " در تعریف اقرار، اعم از حق اصطلاحی است که در مقابل ملك استعمال میشود. چرا که حق موجود در تعریف، معنای عامی است که شامل ملك، حق، حکم، نسب و غیره میشود. و بدین وسیله اقرار به ملك در اعیان اقرار به حق خیار، اقرار به اسبقیت حق طرف در اوقاف عامه و مسجد و اقرار به نسب، کلا اقرار نامیده میشود. به عبارت دیگر: " حق " در تعریف شامل حق عینی و شخصی هر دو میشود چرا که " مقر به " گاه مال است و گاه حق و گاه نسب و گاه میشود که عین شخصی خارجی است و گاه میشود

به نحو کلی في الذمه میباشد.

همچنین لازم نیست که اقرار به خود حق تعلق بگیرد بلکه اگر به منشأ حق هم تعلق بگیرد اقرار بر او صدق میکند، چون شخص مقر، گاه مستقیماً به خود حق،

(۱) جواهر الکلام ۳۵: ۵.

(۲) دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی ۶: ۲۳.

اقرار می‌کند. مثلاً اقرار می‌کند به دین مورد ادعا و گاه به منشأ آن اقرار می‌کند. مثلاً اخبار می‌دهد به خسارت وارده که در اثر تصادف یا تلف به وجود آمده است. پس اقرار یا باید به خود حق تعلق بگیرد یا به منشأ آن بنا بر این اگر اقرار به امر لغوی تعلق بگیرد، تعریف بر آن صدق نمی‌کند. مثلاً اگر دو نفر در يك مطلب علمی محض نزاع کنند و بعد یکی از متنازعين حرف طرف خود را تصدیق کند تعریف اقرار بر آن صدق نمی‌کند. یا اگر دو نفر بر سر صخره ای دعوا کنند يك نفر بگوید: وزن آن يك تن میباشد و دیگری بگوید: بیشتر از يك تن میباشد. چنین نزاعی چون منشأ حق نیست پس اگر يك طرف به نفع دیگری کنار رود و حرف طرف مقابل را تصدیق کند

چنین اخباری اقرار محسوب نمی‌شود.

ب - " به نفع دیگری بودن ": در تحقق اقرار شرط است که شخص مقرر، به حقی به نفع دیگری اخبار دهد و اگر اخبار به حق به نفع خود مقرر باشد چنین اخباری اصطلاحاً اقرار محسوب نمی‌شود، بلکه این اخبار را دعوی حق منامند.

ج - " بر ضرر خود بودن ": در صدق اقرار بر اخبار مقرر، شرط است که اخبار بر ضرر مقرر باشد چرا که نکته حجیت اقرار - چنانچه در آینده خواهیم گفت - همان است که اخبار بر ضرر خود میباشد و اگر اخبار بر ضرر مقرر نبوده، و بر ضرر دیگری

باشد چنین اخباری را شهادت منامند.

گاه میشود که اخبار شخص به ظاهر، اقرار است ولی در باطن اقرار نیست. مثلاً اگر شخص دائن در عملیات اجرائی، اموال شخص مدیون را بازداشت نماید و بعداً زن به طرفیت شوهر و شخص دائن اقامه دعوا کند مبنی بر این که اموال بازداشتی از آن اوست. در این فرض اگر شوهر دعوی زن خود را تصدیق کند چنین تصدیقی اقرار محسوب نمی‌شود، چرا که این تصدیق به ضرر او نمیباشد بلکه به

ضرر غیر که شخص دائن است میباشد و چنین اقراری نسبت به شخص طلبکار اثری ندارد.

اقسام اقرار

با توجه به مباحث گذشته روشن میشود که، اقرار یا شفاهی صورت میگیرد یا کتبی و هر کدام یا در محکمه و دادگاه میباشد و یا خارج از دادگاه. هر یک از این اقسام را توضیح مدهیم:

۱ - اقرار شفاهی: عبارت از اقراری است که شفاها صادر میگردد. پس اگر در محکمه صورت گرفته باشد دارای اعتبار میباشد.

۲ - اقرار کتبی: عبارت از اقراری است که به وسیله نوشته صورت میگیرد.

۳ - اقرار در خارج از دادگاه: عبارت از اقراری است که در جلسه رسمی دادگاه یا در یکی از لوایحی که به دادگاه تقدیم میشود به عمل نیامده باشد.

۴ - اقرار در دادگاه: عبارت از اقراری است که در حین مذاکره یکی از اصحاب دعوی در دادگاه، یا در یکی از لوایحی که آنها به دادگاه داده اند به عمل آمده باشد.

طبق ماده ۳۶۶ قانون آئین دادرسی مدنی، اقرار در حین مذاکره در دادگاه، اقراری است که به وسیله یکی از اصحاب دعوی در جلسه رسمی مقام قضائی به عمل آمده است. و مقصود از مقام قضائی اعم از دادگاه و بازپرسی میباشد. چرا که بازپرس هم از نظر تحصیلات و هم از نظر تقوی باید تمام شرایط قاضی را دارا باشد

و ابلاغ او توسط شورای عالی قضائی صادر شده باشد. بنابر این، نظر شورای نگهبان مبنی بر يك مرحله بودن قضا و غیر شرعی بودن تشکیلات دادسرا غیر صحیح به نظر می‌رسد. چرا که اگر بازپرس و دادیار در حد يك قاضی باشد، نصب او به عنوان دادیار و بازپرس اشکال ندارد. و در هر حال اقرار در دادگاه چه کتبی باشد و چه شفاهی دارای اعتبار یکسان خواهد بود. اما اگر اقرار در خارج از دادگاه صورت گرفته باشد در حدود و تعزیرات کلا فاقد اعتبار میباشد. چرا که شرط حجیت اقرار در حدود و تعزیرات آن است که در دادگاه صورت گرفته باشد، اما اگر در خارج از دادگاه صورت گرفته باشد حتی اگر

به وسیله شهادت شهود و بینه و قرائن، اقرار مقرر به ثبوت برسد، چنین اقراری اعتبار ندارد.

اما در غیر حدود و تعزیرات میتوان این تقسیم را توجیه نمود. چرا که اقرار در خارج از دادگاه باید به وسایل اثبات نزد دادگاه به ثبوت برسد و چنانچه آن وسایل اثبات دارای شرایط خاصی باشد پس در حدود آن شرایط اقرار ثابت خواهد شد. مثلا اگر اقرار در خارج از دادگاه به وسیله شهادت به اثبات برسد لازم است حدود و مقررات شهادت رعایت شود و اگر شهودی را که برای اثبات اقرار مدعی علیه اقامه شده غیر عادل باشند یا مورد جرح دادگاه واقع شده باشند. آن اقرار به وسیله شهادت به اثبات نرسد لذا ماده ۱۲۷۹ قانون مدنی میگوید:

" اقرار شفاهی واقع در خارج از محکمه را در صورتی میتوان به شهادت شهود اثبات کرد که اصل دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد و یا ادله و قرائنی بر وقوع اقرار، موجود باشد ". زیرا نهایتا اثبات دعوی به وسیله شهادت شده است. مثلا اگر شخصی برای احقاق حق نسبت به منزل مورد ادعای خود در محکمه اقامه

دعوی نماید و طرف وی ساکن منزل باشد و سند رسمی هم در دست دارد و شخص مدعی در دعوی خود به اقرار طرف تمسک کند و اتفاقاً اقرار هم در خارج از دادگاه صورت گرفته باشد. چنین اقراری را نمیتوان به وسیله شهادت شهود به اثبات رساند. چرا که اصل دعوی با شهادت شهود قابل اثبات نیست چون ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی مگوید: "در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوی که مخالف با مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمگردد."

تقسیم مزبور از حقوق فرانسه گرفته شده است چرا که ماده ۱۳۵۴ قانون مدنی فرانسه مگوید:

"اقراری که دلیل بر علیه خصم میباشد، یا در دادگاه واقع میشود و یا در خارج از دادگاه". بعداً در ماده ۱۳۵۵ مگوید: "اقرار شفاهی خارج از دادگاه را در صورتی

متوان به وسیله شهادت اثبات نمود که اصل دعوی به وسیله شهادت قابل اثبات باشد (۱) " ۱.

اغلب قوانین کشورهای عربی، اقرار را به اقرار قضائی تعریف کرده اند. ماده ۴۰۸ قانون مدنی مصر

مگوید: "اقرار عبارت از اعتراف خصم در محکمه به يك عمل مادی در اثنای رسیدگی به دعوی

است". همچنین ماده ۹۳ قانون بینات سوریه اقرار را مقید کرده به آنچه که در دادگاه صورت مگیرد.

ماده ۴۶۱ قانون مدنی عراق نیز مگوید: "اقرار عبارت است از اعتراف خصم در محکمه به حقی بر

ضرر خود و به نفع غیر". و ماده ۲۱۰ قانون مدنی لبنان مگوید: "اقرار عبارت از اعتراف خصم به

امری که بر علیه او ادعا شده است و اقرار یا قضائی است و یا غیر قضائی". در هر حال آنچه که از قانون

کشورهای عربی ظاهر میشود آن است که اقرار را به اقرار قضائی تعریف کرده اند و این مطلب از قانون

مدنی فرانسه گرفته شده است. چون ماده ۱۳۵۴ قانون مدنی فرانسه مگوید: "اقراری که به آن میتوان

بر علیه خصم احتجاج نمود یا قضائی است و یا غیر قضائی" و در ماده ۱۳۵۶ مگوید: اقرار قضائی

عبارت از اعترافی است که خصم یا آن کس که از طرف او در اقرار نیابت گرفته،

در دادگاه انجام
مدهد* و شاید علت این امر آن باشد که اقرار اگر در خارج از دادگاه صورت
بگیرد احتیاج به اثبات
دارد و اگر به وسیله قرائن یا شهادت اقرار ثابت شود لازم است که شرایط شهادت
مثلا در آن رعایت
شود. (*)
الوسیط ۲: ۴۸۲. (*)

(۱) الوسیط ۲: ۴۷۶.

شرایط اقرار

با توجه به تعریف اقرار، اعتبار اقرار منوط به شرایط زیر میباشد:

الف - اقرار باید به طور جزم و منجز باشد و طبق ماده ۱۲۶۸ قانون مدنی: " اقرار معلق مؤثر نیست ". علامه حلی نیز مگوید: " ویشترط تنجیزه فلو علقه به شرط... "

لم یصح " (۱). به طور مثال اگر شخص مدعی علیه " خوانده " در محکمه بگوید که: دعوی

مدعی را قبول دارم به شرط آن که محمد شهادت بدهد. چنین گفتاری اقرار محسوب نمیشود. چون اخبار تحقق نیافته است. صاحب جواهر مگوید: همه فقها در این مورد که اقرار باید به نحو منجز باشد اتفاق نظر دارند برای آن که اقرار

به معنای اخبار به حقی است و اخبار با تعلیق منافات دارد چون اخبار، متضمن وقوع منخبر به در خارج میباشد و تعلیق خلاف آن است (۲).

ب - اقرار باید به نفع غیر و بر ضرر مقرر باشد. بنابر این، اقرار به نسب چون به نفع غیر و بر ضرر مقرر نیست، اقرار محسوب نمیشود. لذا در اقرار به نسب در مورد

(۱) قواعد الاحکام ۱: ۲۷۶.

(۲) جواهر الکلام ۳۵: ۸.

کبیر، لازم است که " مقرر له " نیز تصدیق کند. ماده ۱۲۷۳ ق - م مگوید: " اقرار به

نسب در صورتی صحیح است که اولاً: تحقق نسب بر حسب عادت ممکن باشد. ثانیاً: کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند، مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده، به شرط آن که منازعی در بین نباشد ". روشن است که اگر اقرار به نسب حقیقتاً اقرار باشد نباید تصدیق مقرر له در آن شرط شود. لذا ماده ۱۲۷۲ قانون مدنی مگوید: " در صحت اقرار تصدیق مقرر له شرط نیست... " در حالی که بر اساس ماده ۱۲۷۳ تنها در صورتی که مقرر له صغیر و تحت ید و مجهول النسب بوده و منازعی در بین نباشد. و در خصوص اقرار به فرزندی، اقرار میتواند نسب را اثبات کند. زیرا در روایت آمده است که بنوت و فرزندی صغیر تحت ید مقرر، با اقرار ثابت میشود (۱). اما اثبات نسب در غیر فرزندی به وسیله اقرار متوقف بر تصدیق مقرر له میباشد. پس در اقرار به نسب فقط آثاری ثابت میشود که بر ضرر مقرر باشد، از قبیل: وجوب نفقه. و نسب به طور مطلق به اقرار ثابت نمیشود.

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۵۶۹ و ۵۷۰، باب ۹ از ابواب میراث ولد، حدیث ۱.

مبنای اعتبار اقرار
 ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی مگوید: " هر کس اقرار به حقی برای غیر کند ملزم به اقرار خود خواهد بود " برای حجیت و اعتبار اقرار، به ادله اربعه استدلال شده است: قرآن، سنت، اجماع و عقل.

۱ - " قرآن " : مثل آیه شریفه: * (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم) * (۱)، یعنی شهادت به قسط و عدل بدهید هر چند بر علیه نفس خودتان باشد. و شهادت بر علیه نفس همان اقرار میباشد.

آیه دیگری که بدان استدلال شده است آیه شریفه: * (وليملل الذي عليه الحق) * (۲) یعنی کسی که حق بر علیه اوست اقرار کند.

۲ - " سنت و حدیث " : روایات در باب حجیت و اعتبار اقرار زیاد است، از جمله حدیث نبوی که مفرماید: " قل الحق ولو على نفسك " (۳).

(۱) سوره نساء، آیه ۱۳۴.

(۲) سوره بقره، آیه ۲۸۲.

(۳) تذکره علامه حلی ۲: اول بحث اقرار.

آیات فوق و حدیث نبوی به حسب منطوق امر است بر عدم کتمان حق و وجوب اظهار آن. بنابر این حجیت و نفوذ اقرار احتیاج به متمم و مکمل دارد و آن عبارت است از: این که دستور به اقرار ملازم است با حجیت آن. چرا که نمیشود شارع دستور ادای شهادت و اقرار بدهد در حالی که حجیت آن مشکوک باشد. پس بین امر به اقرار و حجیت و اعتبار آن ملازمه هست.

از جمله احادیثی که برای اعتبار اقرار بدان استدلال شده است حدیث نبوی معروف است که همه فقها آن را ذکر کرده اند: "إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز" (۱)،

یعنی اقرار شخص عاقل بر علیه خود نافذ است.

۳ - "اجماع": اقرار در میان تمام اقوام و ملل معتبر شناخته شده و کسی یا گروهی از مسلمین و غیر مسلمین مخالفت نکرده است.

۴ - "عقل": از آنجا که شخص عاقل بر ضرر خود دروغ نمگوید. پس اگر اخباری بر ضرر خود بدهد احتمال خلاف واقع در او راه نمیابد و ادعای او حتماً محقق است.

این نکته سبب میشود که اقرار در مقایسه با دیگر ادله مثل شهادت و بینه قویتر و محکمتر باشد لذا خود به تنهایی موضوع را ثابت میکند، و در مقام اثبات نیاز به دلیل دیگری نیست و در حقیقت مدعی (خواهان) از اقامه دلیل معاف میشود. لذا ماده ۳۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی مگوید: "هر گاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل حقانیت طرف است، خواستن دلیل دیگر برای ثبوت آن لازم نیست". ولی این مطلب در باب حدود استثنا شده است، و اقرار در آنجا به تنهایی کافی

(۱) وسائل الشیعة ۶: ۱۱۱، باب ۳ از ابواب اقرار، حدیث ۲.

نیست بلکه لازم است در بعضی موارد چهار مرتبه و در بعضی موارد دو مرتبه اقرار کند. مشهور بین فقها آن است که اقرار در حدود به منزله شهادت است. مثلاً در " حد

زنا " لازم است زانی یا زانیة چهار مرتبه اقرار کند تا بتوان بر او حد جاری نمود. مثل

شهادت بر زنا که باید چهار مرد عادل شهادت بدهند تا بتوان بر او حد جاری نمود. در این زمینه روایتی است از امام باقر (علیه السلام) به سند صحیح در باره مردی که به زن

خود نسبت زنا مدهد. امام (علیه السلام) مفرماید: فقط حد قذف بر او جاری میشود

و اما در مورد اقرار مبنی بر وقوع زنا مگوید: حدی بر زن نیست مگر آن که چهار مرتبه اقرار کرده و بر علیه خود شهادت بدهد (۱).

ماده ۸۵ قانون حدود و قصاص مگوید: " هر گاه مرد یا زنی در چهار جلسه اقرار به زنا کند محکوم به حد زنا خواهد شد و اگر کمتر از چهار بار اقرار نماید تعزیر میشود ". و همچنین در مورد حد لواط باید شخص چهار مرتبه اقرار کند تا بتوان بر او حد جاری نمود. در این زمینه روایتی است از امام صادق (علیه السلام) به سند صحیح که مگوید:

" وقتی که حضرت علی در میان انبوه اصحاب و یاران خود نشسته بود ناگهان شخصی آمد و گفت: یا امیر المؤمنین! من با جوانی لواط کرده ام مرا پاکیزه کن. امیر

المؤمنین (علیه السلام) به او مگوید: بر گرد به منزل خود شاید که هذیان مگویی. مرد

رفت و روز بعد آمد و دو باره سخن دیروز را تکرار کرد و گفت: یا امیر المؤمنین! مرا

پاکیزه کن و بر من حد جاری کن، به درستی که من لواط کرده ام. باز امیر المؤمنین (علیه السلام) به او مگوید: بر گرد به منزل خود شاید که هذیان مگویی تا سه

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۴۴۶، باب ۱۳ از ابواب الحدود، حدیث ۱.

مرتبه و در مرتبه چهارم حضرت علی (علیه السلام) حد را بر او جاری نمود " (۱). ماده ۱۴۵ قانون حدود و قصاص مگوید: " با چهار بار اقرار به لواط " حد " نسبت به اقرار کننده ثابت میشود "

در ماده ۱۴۷ همان قانون مگوید: " اقرار کمتر از چهار بار موجب حد نیست و اقرار کننده تعزیر میشود "

در مورد حد " قوادی " نیز مشهور فقهای امامیه مگویند که: اقرار يك مرتبه برای اجرای حد کافی نیست. بلکه باید دو مرتبه اقرار کند تا بتوان حد بر او جاری نمود. و بر این فتوی چنین استدلال کرده اند که اقرار، در باب حدود به منزله شهادت است. و چنانچه در باب شهادت برای اثبات " قوادی " باید دو نفر شهادت بدهند لذا

در باب اقرار نیز باید دو مرتبه صورت بگیرد تا موجب حد بشود.

ماده ۱۶۶ قانون حدود و قصاص از مجازات اسلامی مگوید: " قوادی با دو بار اقرار در صورتی که اقرار کننده بالغ، عاقل، مختار و دارای قصد باشد ثابت میشود " و همچنین است امر در مورد حد قذف، سرقت و مساحقه که با شهادت دو نفر عادل یا دو بار اقرار میتوان حد را جاری نمود.

ماده ۱۸۴ قانون حدود و قصاص مگوید: " قذف با دو بار اقرار ثابت میشود "

ماده ۲۱۶ همان قانون مگوید: " سرقتی که موجب حد است با یکی از راه های زیر ثابت میشود:..... دو مرتبه اقرار سارق نزد قاضی "

ماده ۱۵۸ مگوید: " راه های ثبوت مساحقه در دادگاه همان راه های ثبوت لواط است " یعنی یا با شهادت چهار نفر و یا چهار مرتبه اقرار.

(۱) وسائل الشیعة ۱۸: ۴۲۳، باب ۵ از ابواب حد لواط، حدیث ۱.

با توجه به مطالب فوق، نتایج زیر به دست می‌آید:

الف - قاضی و حاکم نمیتواند در "حدود" به علم خود استناد کند. بلکه باید به طرق و راه‌های اثبات قانونی استناد کند. چرا که معقول نیست علم قاضی حجت باشد و از راه‌های اثبات قانونی حد، باشد و در عین حال گفته شود که راه اثبات قانونی حد، چهار مرتبه اقرار و در چهار جلسه میباشد. چون اگر علم قاضی برای اجرای حد کافی باشد چه بسا دادرس و حاکم با یک مرتبه اقرار متهم، علم پیدا میکند. در حالی که در جریان حضرت علی (علیه السلام) با این که متهم اقرار میکند حضرت از وی روی برگردانده و حد را جاری نمیکند مگر بعد از چهار مرتبه اقرار. و در فتاوی فقها نیز تصریح شده است که اقرار کمتر از چهار بار، یا دو بار، موجب حد نیست بلکه موجب تعزیر است. لذا حجیت علم قاضی در حدود، بعید به نظر میرسد.

مؤید این مطلب جرم مشهود است که موجب علم میباشد. شیخ طوسی میگوید: در جرم مشهود که موجب حد میباشد فقط امام معصوم (علیه السلام) میتواند

حد را جاری نماید و منتظر بینه و اقرار نمیشود. و اما غیر امام معصوم، نمیتواند به مجرد مشاهده جرم حد را جاری کند بلکه لازم است به بینه و اقرار، استناد کند (۱).

فقهای دیگر نیز همین نظر را دارند. و در روایتی نیز به همین مضمون از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است (۲). بنابراین آنچه که جمعی از فقها و به تبع آن ماده ۱۵۱ قانون حدود و قصاص که

(۱) النهایة، کتاب الحدود: ۶۹۱.

(۲) وسائل الشیعة ۱۸: ۳۴۴، باب ۳۲ از ابواب مقدمات الحدود، حدیث ۳.

مگوید: " حاکم شرع میتواند به علم خود در " حق الله " و " حق الناس " عمل کند و حد الهی را جاری نماید " غیر صحیح به نظر میرسد.

ب - ارزش و اعتبار اقرار، در موارد حدود تخصیص یافته است. و قاعده " إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز " و تنفیذ اقرار به طور مطلق در موارد حدود جاری نیست بلکه اقرار، باید به کیفیت مخصوص و در چند نوبت صورت بگیرد، تا ارزش قانونی و منشأ اثر باشد. البته این مطلب به طور مطلق مسلم بین فقها نیست وعده ای از فقها آن را به حد زنا و لواط اختصاص داده اند و در غیر آن حکم به نفوذ اقرار نموده اند هر

چند يك مرتبه صورت بگیرد.

ج - از روایات مربوط به اقرار در حدود، چنین استنباط میشود که اقرار در حدود باید در دادگاه صورت بگیرد تا موجب حد بشود و اقرار در خارج از دادگاه مؤثر نمیشود.

شرایط صحت اقرار به حسب اجزای آن
اقرار دارای چند رکن میباشد: ۱ - مقرر. ۲ - مقرر له. ۳ - مقرر به.
۱ - "مقرر":

مقرر آن کسی است که به ضرر خود و به نفع دیگری اخبار بدهد. ماده ۱۲۶۲ قانون مدنی در شرایط مقرر مگوید: "اقرار کننده باید بالغ، عاقل، قاصد و مختار باشد. بنابر این، اقرار صغیر و مجنون در حال دیوانگی و غیر قاصد و مکره مؤثر نیست" با توجه به ماده بالا شرایط مقرر به شرح زیر میباشد.

الف - "بلوغ": دلیل بر اعتبار بلوغ در مقرر اولاً: اجماع است. علامه حلی در تذکره مگوید: اقرار صغیر اعم از مراهق و غیر مراهق و اعم از ممیز و غیر ممیز، حتی اگر با اذن ولی باشد نزد علمای ما مقبول نیست. هم چنین فقهاء عبارت "صبی" را فاقد ارزش و اثر شرعی میدانند خواه اقرار باشد یا انشاء. ثانیاً: میتوان گفت: دلیل نفوذ و اعتبار اقرار، اطلاق نداشته، و شامل اقرار صغیر نمیشود. و ثالثاً: میتوان به حدیث رفع قلم از صبی تمسک نمود که مفاد آن این است که گفته ها و اعمال صغیر، الزام آور نیست در نتیجه اقرار صغیر نافذ نمیشود.

ولی احمد بن حنبل و ابو حنیفه گفته اند که: اقرار صغیر ممیز، نسبت به تصرفاتی که ولی اذن داده است، نافذ میباشد (۱).
اما عده ای از فقها گفته اند: در موردی که صغیر ممیز، میتواند تصرف کند و در آن استقلال تصرف دارد مثل مورد وصیت، قبول هبه و صلح بلا عوض میتواند اقرار کند و اقرار او نافذ است. و به قاعده: " من ملک شیئا ملک الإقرار به " استدلال شده است یعنی: کسی که مالک تصرف باشد پس اقرار او در آن مورد نافذ است.
ولی مرحوم صاحب جواهر مگوید: چون قاعده: " من ملک شیئا ملک الإقرار به " مستقل و جدا از قاعده نفوذ اقرار " إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز " نمباشد، بنابر این علی رغم جواز تصرف صبی ممیز، در موارد فوق میتوان گفت اقرار در آن موارد نافذ نیست و میتوان بین قدرت و جواز تصرف در آن موارد و بین نفوذ اقرار تفکیک قائل شد (۲).

بعضی از حقوقدانان امور مربوط به کار یا پیشه که ولی یا قیم، اجازه آن را به محجور داده باشد (موضوع ماده ۸۵ ق امور حسبی) به موارد فوق ملحق نموده و در خاتمه بحث اضافه میکند و مگوید: صغیری که ولی یا قیم، به او اجازه داده است تا حدود سه هزار ریال " سیگار " از کارخانه بخرد و بفروشد و کارخانه دعوی

اقامه کند و از صغیر هزار ریال مطالبه ثمن خرید سیگار بنماید و صغیر اقرار به دین خود کند اقرار مزبور علیه صغیر معتبر است (۳).

(۱) تذکره علامه حلی، ۲، بحث اقرار.

(۲) جواهر الکلام ۳۵: ۱۰۴.

(۳) دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی ۶: ۳۰.

این الحاق غیر صحیح به نظر می‌رسد چرا که مقصود از قاعده آن است که: کسی که قدرت تصرف به نحو استقلال دارد میتواند اقرار کند و اقرار او نافذ است. و در مورد صغیر ممیز در مواردی که مستقلاً قدرت تصرف ندارد مثل امور مربوط به کار و پیشه هر چند که با اذن ولی باشد اقرار او نافذ نبوده و مشمول قاعده نمیشود، چون قدرت تصرف وی به نحو استقلال نیست. آری، این الحاق بنا بر رأی ابو حنیفه و احمد بن حنبل که قائل به نفوذ اقرار صبی ممیز در تصرفاتی که با اذن ولی میباشند قابل قبول است.

و منظور از بلوغ در پسر، اكمال سن پانزده سالگی و نه سال در دختر میباشد. در تبصره يك ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مگوید: "سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است." و تحدید بلوغ تنها به سن، غیر شرعی و بر خلاف ضرورت اسلام میباشد چرا که بلوغ از نظر شرع به یکی از سه راه ثابت میشود یا به اكمال سن پانزده سال در پسر و نه سال در دختر و یا به احتلام و یا به ظهور مو بر روی عانه، پس اگر در موردی، یکی از علامتهای سه گانه تحقق پیدا کرد

بلوغ ثابت میشود و متوقف بر اتمام سن پانزده سال یا نه سال نیست.

ب - "عقل": شرط دیگر اقرار کننده آن است که عاقل باشد، بنا بر این اقرار مجنون اعتبار ندارد و دلیل اعتبار عقل در مقر، اولاً: اجماع مسلم فقها میباشد. ثانیاً: دلیل نفوذ اقرار مخصوص عقلاً میباشد و حدیث "إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز" خاص شخص عاقل میباشد. در نتیجه اقرار شخص مجنون در حال جنون مؤثر نیست چه جنون او فراگیر و یا ادواری باشد.

ج - "قصد": یکی دیگر از شرایط شخص اقرار کننده آن است که در حال اقرار، قصد اقرار را داشته باشد. پس اگر شخص مست، بیهوش، خواب و غافل، به ثبوت

دین در ذمه خود اقرار کند اقرار او مؤثر نمیشود. مدرك اعتبار شرط فوق اولاً: اجماع مسلم فقها میباشد. ثانیاً: میتوان گفت اقرار بدون قصد، اقرار نیست چرا که طبق تعریف، اقرار عبارت از اخبار به حقی است به نفع غیر و به ضرر خود. پس باید گفتار شخص مقرر حالت اخبار و کاشفیت داشته باشد و اقرار شخص خواب یا بیهوش یا مست یا غافل چون فاقد قصد است دلالت بر اثبات مدعای طرف ندارد چون کاشفیت ندارد.

د - " اختیار ": شرط دیگر اقرار کننده آن است که در حال اقرار مختار باشد، بنابر این اقرار شخص مکره که در اثر اعمال شکنجه یا زور یا تهدید به اعمال مخالف شعون و حیثیت اشخاص صورت میگیرد فاقد ارزش و اعتبار است. اصل ۳۸ قانون اساسی میگوید: " هر گونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع، ممنوع است،

اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست. و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است... "

ماده ۱۲۶۲ قانون مدنی نیز میگوید: " اقرار مکره، مؤثر نیست " دلیل عدم نفوذ اقرار شخص مکره، اولاً: اجماع مسلم فقها میباشد. و ثانیاً: حدیث رفع قلم از نه چیز، از جمله اکراه دلالت دارد بر این که: آنچه که از روی اکراه سر زده باشد، الزام

آور نیست. اما اکراهی که موجب میشود تا اقرار و معاملات بی اثر بشود در ماده ۲۰۲ قانون مدنی، چنین تعریف شده است: " اکراه به اعمالی حاصل میشود که مؤثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان، یا مال، یا آبروی خود، تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد و در مورد اعمال اکراه آمیز، سن، شخصیت، اخلاق، و مرد، یا زن بودن باید در نظر گرفته شود ". شهید ثانی نیز در بحث اقرار میگوید: " در شخص مکره، فرق نمیکند که اقرار

او در اثر ضرب و شکنجه باشد یا در اثر تهدید به اعمال مخالف حیثیت و شئون او باشد."

ه - "آزاد بودن": یکی دیگر از شرایط مقرر آن است که باید آزاد باشد و اقرار شخص برده و کنیز چه در امور مالی یا جنایی یا حدود، مؤثر نیست و دلیل اعتبار حریت در اقرار اولاً: اجماع است، چون فقها در اعتبار آن، اتفاق نظر دارند و ثانیاً: تعریف اقرار، بر اقرار شخص برده و کنیز، منطبق نیست، چون اقرار شخص برده، در امور مالی بر ضرر خود نمیشود بلکه اقرار او، بر ضرر مولا و آقای خود میباشد. و لذا اگر مولا اقرار عبد را تصدیق کند اقرار وی، نسبت به امور جنایی و کیفری و حد الهی تنفیذ میشود. و اما نسبت به امور مالی نمیتوان عبد را محکوم نمود زیرا عبد هر چه کسب کند مالک نمیشود. و از آن مولا خواهد بود. مولا را هم نمیتوان محکوم نمود چون اقرار عبد نسبت به غیر نافذ نیست. پس باید شخص طلبکار منتظر بماند تا آن که عبد از رقیت خارج و پس از آزادی او را ملزم به اقرار نماید.

و - "رشد": یکی دیگر از شرایط اقرار کننده آن است که رشید باشد. دلیل بر اعتبار آن اولاً: اجماع فقها میباشد. ثانیاً: شخص غیر رشید محجور است و مستقلاً نمیتواند تصرف کند. پس اقرار او الزام آور نیست. و ثالثاً: میتوان گفت: مفهوم "إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز" بر شخص سفیه. و غیر رشید منطبق نیست. ابن اثیر در ماده عقل، عاقل را در مقابل احمق قرار داده و به حدیث زبرقان استشهاد میکند که مگوید: "احب صبیاننا الأبله العقول" یعنی از میان فرزندان خویش، فرزندی را بیشتر دوست دارم که ظاهرش ابله و احمق، و در باطن عاقل

باشد (۱).

صاحب مجمع البیان نیز در تفسیر آیه: * (فإن أنستم منهم رشدا) * (۲) مگوید:
اقوی آن است که رشد به معنای عقل و اصلاح در مال میباشد. چون موضوع دلیل
نفوذ اقرار " إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز " شخص عاقل میباشد و سفیه، غیر
عاقل است پس دلیل نفوذ اقرار، بر وی منطبق نیست و اگر در انطباق عاقل بر
شخص سفیه شك کنیم باز هم نمیتوان به دلیل نفوذ اقرار تمسك نمود چون
تمسك به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست.

مفهوم " رشد " عبارت است از کیفیت نفسانی یا ملکه ای در انسان که او را از
افساد در صرف مال باز مدارد و مانع میشود از صرف مال در اموری که لایق به
شئون عقلا نیست و اتصاف شخص به آن ملکه به نحوی باید باشد که به زحمت از
وی سلب شود. پس اگر شخصی تصادفا در يك معامله مغبون شد و یا در مورد
خاصی اکثر اموال خود را صرف در امور خیریه نمود، چنین شخصی را " سفیه "
نگویند چرا که ملاك در سفاقت، همان ملکه نفسانی است که موجب میشود
شخص سود و زیان خود را تشخیص ندهد و تصرفاتش در اموال و حقوق مالی
خود، عقلایی نباشد. (ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی).

بنابر این اقرار شخص غیر رشید نافذ نیست و اما اقرار یا معاملات او در مرحله
اختیار و آزمایش بعد از بلوغ (مرحله شك در رشد مقرر یا معامل) پس اگر رشد یا
عدم آن در آن معامله یا اقرار معلوم شود حکم آن معامله یا اقرار واضح است. و اما

(۱) نهاییه ابن اثیر، ۳، ماده عقل.

(۲) سوره نساء، آیه ۶.

اگر معلوم نشد در این صورت به نظر علامه حلی حکم به صحت معامله محل اشکال است. اما صاحب جواهر میگوید: در صورتی که اختبار و امتحان با اذن ولی باشد قول به صحت قوی است (۱).

و در این جا مناسب است به مشکلی که در فهم ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و تناقضی که با تبصره ۲ آن احساس میشود اشاره کنیم. چرا که ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی میگوید: "هیچ کس را نمیتوان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد، محجور نمود، مگر آن که عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد." که مفاد

آن عبارت است از این که اقرار و معاملات پسر ۱۵ ساله و بعد از رسیدن به سن بلوغ

نافذ است. و نمیتوان او را محجور نمود. مگر آن که عدم رشد او ثابت شده باشد. پس اگر شك کنیم در رشد پسر ۱۵ ساله نمیتوان او را محجور نمود.

از طرفی تبصره ۲ میگوید: "اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی میتوان به او داد که رشد او ثابت شده باشد" که مفاد آن عبارت است از این که در صورت شك در رشد پسر ۱۵ ساله نمیتوان اموال وی را به او داد چرا که اصل، عدم رشد وی میباشد. پس مفاد تبصره ۲ با مفاد ماده ۱۲۱۰ منافات دارد. و در مورد صغیری که تحت قیمومت قرار گرفته و قهرا محجور میباشد پس از رسیدن به سن بلوغ به استناد تبصره ۲ باید حکم به حجر او ادامه یابد مگر آن که رشد او ثابت شود. و به استناد ماده ۱۲۱۰ مدنی شخص پس از رسیدن به سن بلوغ نمیتوان او را محجور نمود مگر آن که عدم رشد او ثابت شود.

و همین تعارض و تناقض بین ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و ماده ۱۲۵۴ قانون مدنی

(۱) جواهر الکلام ۲۶: ۱۱۲.

احساس میشود. چرا که ماده ۱۲۵۴ ق - م مگوید: خروج از تحت قیمومت را ممکن است خود مولی علیه، یا هر شخص ذی نفع دیگری تقاضا نماید. که مفاد آن عبارت است از این که خروج صغیر بعد از بلوغ از تحت قیمومت احتیاج به اثبات رشد در دادگاه دارد. و این با مفاد ماده ۱۲۱۰ ق - م منافات دارد. چرا که ماده ۱۲۱۰ ق - م اصل را بر رشد اشخاص بعد از بلوغ قرار داده و خلاف آن احتیاج به اثبات در دادگاه دارد.

برای توضیح در مورد رفع این تناقض و همی لازم است به ذکر دو مقدمه بپردازیم.

مقدمه اول: شخص بالغ معمولی که دارای سن ۱۸ یا ۲۰ سال میباشد به مغازه ای برای خرید مراجعه میکند چنانچه صاحب مغازه بدون سابقه قبلی در جنون یا رشد خریدار شك کند آیا میتوان گفت به مجرد شك در رشد خریدار، فروشنده باید از فروش به وی امتناع کند یا خیر؟

در جواب باید گفت: فروشنده میتواند با شخص مراجعه کننده مجهول الحال معامله کند مگر آن که عدم رشد وی ثابت بشود، فقها در این مورد به سیره قطعیه بازار، عرف مردم، ظاهر حال و اصل صحت در افعال غیر استناد میکنند (۱). و این همان مفاد ماده ۱۲۱۰ ق - م است.

مقدمه دوم: در دو صورت برای غیر رشید قیم نصب میشود:

الف - در صورتی که عدم رشد وی متصل به زمان صغر نباشد.

ب - در صورتی که عدم رشد، متصل به زمان صغر باشد به شرط این که ولی

(۱) جواهر الکلام ۲۶: ۵۲ و ۵۳.

خاص نداشته باشد. ماده ۱۲۱۸ ق - م مگوید: " بر اشخاص ذیل، نصب قیم میشود:..... ۲ - برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها بوده و ولی خاص نداشته باشند. ۳ - برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها نباشد. و نصب قیم توسط دادگاه صورت مگیرد ".

و ماده ۱۲۲۳ ق - م مگوید: "... در مورد اشخاص غیر رشید نیز دادستان مکلف است که قبلا به وسیله مطلعین، اطلاعات کافی در باب سفاهت او به دست آورده و در صورتی که سفاهت را مسلم دید در دادگاه مدنی خاص، اقامه دعوی نماید و پس از صدور حکم عدم رشد، برای نصب قیم به دادگاه رجوع نماید " و همچنین ماده ۱۲۲۵ ق - م مگوید: " همین که حکم جنون یا عدم رشد يك نفر صادر و به توسط محکمه شرع برای او قیم معین گردید مدعی العموم میتواند حجر آن را اعلان نماید... " بنابر این از قانون مدنی چنین استنباط میشود که شخص غیر رشید در هر دو صورت فوق باید از طریق دادگاه حکم حجر او صادر شود. این مسأله در فقه نیز مطرح شده است.

در این زمینه عده ای از فقها و مشهور معاصرین در مورد سفاهت متصل به زمان صغر مگویند: ولایت برای پدر و جد میباشد و اگر پدر و جد نداشته باشد " وصی " عهده دار ولایت میشود و اگر وصی نبود حاکم ولی او میشود. شهید اول و دوم نیز با این رأی موافقت کرده به استصحاب استدلال میکنند چون پدر و جد، قبل از بلوغ فرزندی، ولایت داشتند و بعد از بلوغ و در زمان سفاهت شك میکنیم که آیا ولایت آنان باقی است یا خیر؟ دلیل استصحاب مگوید که ولایت آنان باقی است. ولی اکثر فقها با این رأی مخالفت کرده و گفته اند: که حجر سفیه متوقف بر

حکم حاکم است. صاحب جواهر (رحمه الله) از محقق کرکی نقل میکند که مشهور فقها بر

آنند که حجر سفیه متوقف بر حکم حاکم است (۱).

ولی با ملاحظه ادله اشتراط رشد، چنین به نظر میرسد که ثبوت حجر بر سفیهی که سفاهت او متصل به زمان صغر میباشد متوقف بر حکم حاکم نیست، چون ادله، حجر را منوط به خود سفاهت دانسته و حکم حاکم را در این مورد دخیل ندانسته است. پس دلیلی بر توقف حجر بر حکم حاکم نداریم. و از طرفی هم استصحاب بقای ولایت پدر و جد، ولایت آنان را ابقا میکند.

اما نسبت به سفاهت متجدد بعد از زمان بلوغ و با سابقه رشد، صاحب جواهر (رحمه الله) مگوید که: ولایت آن تنها برای حاکم است و حجر در این مورد از

طریق دادگاه باید ثابت شود. وی ادعا میکند که خلافتی در این مسأله نیست و نیز چنین استدلال میکند که: ولایت پدر و جد با تحقق رشد بعد از بلوغ منتفی شد و استصحاب ولایت آنان دیگر جاری نیست. و از طرفی چون حاکم بر کسی که ولی

لازم دارد و ولی نداشته باشد ولایت دارد. پس ولایت حاکم بر سفیهی که سفاهت او متصل به زمان بلوغ نباشد ثابت و مطابق با قواعد میباشد. فقهای معاصر نیز همین رأی را پذیرفته اند.

ولی صاحب ریاض در این زمینه مخالفت کرده و گفته است که: اگر ولایت حاکم بر سفیهی که سفاهت او متصل به زمان بلوغ نباشد اجماعی باشد، از آن رأی تبعیت میکنیم. و اما اگر اجماعی نباشد پس در این صورت ولایت پدر و جد مقدم است. و چنین استدلال کرده است که موضوع "حجر" خود "سفاهت" است و بس. و چیز

(۱) جواهر الکلام ۲۶: ۹۴.

دیگری دخالت ندارد و هر جا که سفاهت تحقق یافت، حجر هم تحقق میابد چه آن که متصل به زمان بلوغ باشد و یا نباشد (۱).
در هر حال آنچه که از ادله ظاهر مشهود آن است که "سفاخت" موجب "حجر" است و اما حجر توسط چه کسی صورت میگیرد، ادله در مقام بیان آن نیست. و در مورد سفاهت متصل به زمان صغر، چون ولایت پدر یا جد در زمان صغر بوده است بعد از صغر هم با استصحاب استمرار پیدا میکند. و حکم حجر، متوقف بر حکم حاکم نیست و سیره قطعیه نیز مؤید این مطلب است، چرا که اگر حجر آنها متوقف

بر حکم حاکم باشد باید تمام پدران فرزندان خود را نزد حاکم برده تا حکم حجر جاری نماید، در حالی که سیره عقلا بر این ترتیب نیست. اما سفیهی که سفاهت او متصل به زمان صغر نباشد. پس ولایت پدر و جد با تحقق رشد بعد از بلوغ زایل و منتفی شده و تجدید ولایت احتیاج به دلیل دارد. و دلیلی بر تجدید ولایت آنها نیست و چون حاکم ولی کسی است که ولی ندارد بنابر این ولی او خود خواهد بود.

با روشن شدن این دو مقدمه، مفاد تبصره ۲ واضح میگردد چرا که اموال شخص غیر رشید و محکوم به حجر را نمیتوان به وی داد مگر آن که رشد او ثابت شود. و این امر با ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی تضادی ندارد چرا که ماده مزبور چنانچه پیش از این گفتیم ناظر به افراد مجهول الحالی میباشد که سابقه حجر نداشته باشند اما تبصره ۲۰ ناظر به افرادی است که سابقه حجر داشته و حکم حجر در باره آنها صادر

شده است و روشن است که حکم حجر، در باره آنها ادامه دارد مگر آن که رشد آنها توسط دادگاه ثابت شود.

(۱) ریاض المسائل ۱: ۵۹۳.

بنابر این، رأی هیأت عمومی شماره ۳۰ مورخ ۳ / ۱۰ / ۶۴ مبنی بر این که ماده ۱۲۱۰ (ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود میباشد نه به امور مالی) غیر صحیح به نظر می‌رسد چرا که اولاً: در ماده مزبور کلمه محجور به کار برده شده است و محجور طبق تعریف فقها و ماده ۱۲۰۷ ق - م عبارت است از: " کسی که از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع میباشد " پس تفسیر کردن " محجور " به

عنوان کسی که قانوناً نمیتواند در امور مربوط به خود تصرف کند، تأویلی بیش نبوده و بر خلاف ظاهر است. ثانیاً: شخص بالغ مجهول الحال، ممنوع از تصرف نیست و میتوان با او معامله نمود و سیره قطعیه بر این امر ثابت است. ز - " عدم إفلاس ": یکی دیگر از شرایط مقرر آن است که مفلس و ورشکسته نباشد. ماده ۱۲۲۴ قانون مدنی میگوید: " اقرار مفلس و ورشکسته نسبت به اموال خود بر ضرر دیان، نافذ نیست " فقها این شرط را مورد نقد و بررسی قرار داده اند. فقهای معاصر قائل به نفوذ اقرار مفلس نسبت به دین سابق یا عین موجود میباشند. محقق حلی میگوید: " اگر شخص مفلس و ورشکسته اقرار به دین سابق نماید اقرار او قبول میشود ". صاحب جواهر به عموم حدیث " إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز " استدلال نموده که مفاد آن شامل اقرار مفلس نیز میگردد، چون اقرار مانند عقد نیست که تولید حق کند بلکه کاشف از حق میباشد و کاشفیت اقرار مشروط به دارا بودن شخص مقرر نیست (۱). شیخ طوسی نیز در مبسوط میگوید: " اگر

شخص مفلس محجور، اقرار کند اقرار او پذیرفته میشود، خواه اقرار او به عین و یا

(۱) جواهر الکلام ۲۵: ۲۸۷.

به دین باشد (۱). صاحب حدائق اصل حجر مفلس را به علت عدم وجود روایتی در این زمینه قبول ندارد (۲).

به هر حال آنچه که از ادله اقرار استظهار میشود آن است که اقرار مفلس پذیرفته میشود و مفلس بودن، مانع نفوذ اقرار نمیشود. مشکلی که ممکن است پیش آید آن است که آیا "مقر له" با غرماء شریک میشود یا خیر؟ محقق حلی در کتاب اقرار مگوید: "وفیه تردد" (۳) یعنی مشارکت "مقر له" با غرماء معلوم نیست. و در نتیجه

وی متوقف است. ولی در کتاب مفلس به طور جزم مگوید: "مقر له" با غرماء در اموال موجود شریک میشود. و شهید ثانی مگوید: "الأقوی عدم المشاركة" (۴). مشکل دیگری که ممکن است نفوذ اقرار را خدشه دار کند آن است که: از ادله اقرار و نفوذ آن چنین استنباط میشود که اقرار در حدودی معتبر است که اخبار مقر، به ضرر خود و به نفع دیگری باشد اما اگر اقرار به ضرر دیگری باشد چنین اقراری حجت نیست و در مورد مفلس چنانچه اخبار مقر، به ضرر غرماء و دیان باشد، اقرار وی حجت نخواهد بود. بنابر این حجیت اقرار مفلس محدود به مواردی است که اقرار بر ضرر شخص مقر باشد و اگر به ضرر دیان باشد حجیتی ندارد.

(۱) مبسوط ۳: ۴.

(۲) حدائق الناضره ۲۰: ۳۸۳.

(۳) جواهر الکلام ۳۵: ۱۱۶.

(۴) المسالك ۱: ۱۹۰.

۲ - " مقرر له ":

رکن دوم اقرار " مقرر له " است، و مقرر له کسی است که اقرار به نفع اوست، و اعتبار

اقرار نسبت به مقرر له منوط به شرایط زیر میباشد:

الف - " در حین اقرار مقرر له باید موجود باشد ". ماده ۱۲۶۶ ق - م مگوید: " مقرر له بر حسب قانون باید بتواند دارای آنچه به نفع او اقرار شده است بشود " بنا بر

این، چنانچه اقرار در باره حملی است که مرده به دنیا آمده است، چنین اقراری اعتبار ندارد. ماده ۱۲۷۰ ق - م مگوید: " اقرار برای حمل، در صورتی مؤثر است که زنده متولد شود " که مفهوم آن عبارت است از آن که اقرار، برای حمل در صورتی

که مرده متولد شود مؤثر نمیشود.

ب - " مقرر له اهلیت تملك و تمتع از حق خود را داشته باشد ". پس اقرار برای جماد یا حیوان مؤثر نیست. مگر آن که مقصود اقرار کننده از اقرار به نفع حیوان یا جماد، صاحب حیوان و صاحب جماد باشد که در این صورت اقرار او مؤثر خواهد بود. ممکن است اشکال شود که این شرط با صدر ماده ۱۲۶۶ ق - م منافات دارد که

مگوید: " در مقرر له اهلیت شرط نیست " برای رفع تنافی باید گفت که: مقصود از صدر ماده ۱۲۶۶ اهلیت تصرف میباشد چرا که اقرار به نفع صغیر و حملی که زنده متولد میشود و سفیه و مفلس با آن که اهلیت تصرف ندارند مؤثر میباشد، چون میتوانند بر حسب قانون دارای آنچه که به نفع آنان اقرار شده بشوند (ذیل ماده ۱۲۶۶) و مقصود از اشتراط اهلیت تملك و تمتع در مقرر له آن است که مقرر له مانند جماد یا حیوان نباشد. در هر حال اقرار به نفع ساختمان مؤثر نیست مگر در اعیان موقوفه مانند مسجد، مدرسه، مشاهد مشرفه و عتبات مقدسه، که اقرار به نفع آنها

مؤثر میباشد ولی نه به آن معنا که ساختمان مالك بشود چون ساختمان اهلیت تملك ندارد بلکه جهت و شخصیت مالك میشود، چون وقف، گاه میشود که دارای موقوف علیه است که منافع آن به موقوف علیه اختصاص پیدا میکند و گاه میشود که دارای موقوف علیه نیست. قسم دوم مثل وقف مسجد که واقف در آن منفعت خاصی را ملاحظه نمکند بلکه میخواهد عنوان مسجد محفوظ باشد و اما قسم اول که وقف دارای موقوف علیه میباشد و منافع، اختصاص به آن پیدا میکند و این مستلزم آن است که موقوف علیه مالك عین موقوفه بشود. و این ملکیت به یکی از سه شکل زیر تصور میشود:

۱ - موقوف علیه اشخاص حقیقی باشند.

۲ - موقوف علیه عنوان کلی باشد.

۳ - موقوف علیه حیثیت و جهت باشد.

اما شکل اول که موقوف علیه " شخص " باشد مثل آن که واقف مزرعه مشخصی را برای عالم معینی وقف کند. در این صورت شخص عالم مالك عین و منافع میشود و ورثه وی آن را به ارث میبرند و میتواند آن را بفروشد و زکات آن بر او واجب میشود.

و اما شکل دوم که موقوف علیه عنوان کلی و عام است. مثل آن که واقف مزرعه خود را وقف بر عنوان کلی علما و یا فقرا بنماید. در این صورت نیز عنوان عام مالك عین و منافع آن میشود. و متولی آن جهت میتواند منفعت عین موقوفه را بفروشد، اما افراد مالك آن عین نمیشوند مگر بعد از قبض و نیز به ارث منتقل نمیشود و به آن زکات تعلق نمیگیرد مگر بعد از قبض.

و اما شکل سوم که حیثیت، موقوف علیه و مالك باشد مثل وقف منزل برای

اسکان طبقه معینی و یا وقف مزرعه برای اطعام فقرا و یا صرف در تعزیه داری. در این صورت حیثیت اسکان و اطعام فقرا، مالک آن عین مشود. ولی از آنجایی که این حیثیت از نظر عقلا مالکیتش محدود و مضیق میباشد لذا به ارث منتقل نشده و نمیتواند منافع آن را بفروشد. پس مالکیت آن محدود میشود به جواز انتفاع به عین مثل اسکان و اطعام و اگر کسی آن را غصب نموده و مانع از انتفاع موقوف علیهم شد ضامن منافع مفوتہ خواهد بود.

ج - " منع قانونی و شرعی نسبت به تملك آنچه که به نفع او اقرار شده است نباشد ". ماده ۱۲۶۶ ق - م مگوید: "... لیکن بر حسب قانون باید بتواند دارای آنچه

به نفع او اقرار شده است بشود " پس اگر شخص " مقرر " اقرار کند که صد هزار تومان

به فلان شخص از بابت ربا (غیر مشروع) بدهکار میباشم. چنین اقراری مؤثر نیست چرا که مقرر له نمیتواند به حسب قانون و شرع مالک این مبلغ که به نفع او اقرار شده است بشود.

د - " مقرر له به کلی مجهول نباشد ". ماده ۱۲۷۱ ق - م مگوید: " مقرر له اگر به کلی

مجهول باشد اقرار اثری ندارد. و اگر في الجملة معلوم باشد مثل اقرار برای یکی از دو نفر معین صحیح است " .

صاحب جواهر از شهید اول در دروس و علامه در تذکره و... نقل کرده است که تعیین مقرر له در صحت اقرار شرط است و اگر مقرر له به کلی مجهول باشد، اقرار اثری

ندارد و باطل میباشد. پس از آن صاحب جواهر اشکال میکند که: شخص مقرر با اقرار خود به نفع شخص مجهول، مال را از ملك خود خارج ساخت، و آن مال حکم

مال مجهول المالك را پیدا میکند (۱).
اما علامه (رحمه الله) در کتاب تذکره ابتدا احتمال بطلان اقرار را مطرح نموده ولی
بعدا

مگوید: " والأقرب الصحة " یعنی حکم به صحت اقرار در صورتی که مقرر له
مجهول باشد به صحت نزدیکتر است. و حاکم میتواند مال را از دست " مقرر "
گرفته

و نزد خود به عنوان امانت نگه دارد تا مالک آن مشخص گردد.
ولی با دقت در حقیقت اقرار و ادله آن باید گفت: چنین اقراری اعتبار ندارد، زیرا
اولاً حجیت و اعتبار اقرار از باب کاشفیت است. و اگر مقرر له به کلی مجهول باشد
چنین اقراری، کاشفیت ندارد. البته میتوان چنین اقراری را در محاکم ثبت نمود
و آن را در صورت جلسه دادگاه منعکس نمود و به مقداری که دلالت دارد برای
آینده به آن به عنوان قرینه استدلال نمود. اما این اقرار به تنهایی دلیل بر ادعای
مدعی نمیشد.

ثانیاً: چنین اقراری عملاً در محاکم کشور قابل اعتنا نیست، چون محاکم وظیفه
دارند حق را به صاحب حق برسانند. اما آنکه مالی را از کسی گرفته و نزد خود به
امانت بگذارند از وظایف محاکم نمیشد و شرعاً نیز چنین وظیفه ای برای محکمه
ثابت نیست. چرا که معلوم نیست صاحب واقعی مال به بودن مال تحت ید مقرر
راضی باشد. و موجبی برای انتزاع مال از دست مقرر در بین نیست.
و اما اگر شخص مقرر، اقرار کند که این مالی که در دست من است از آن یکی از دو
نفر معین میباشد. پس طبق ماده ۱۲۷۱ ق - م چنین اقراری صحیح است. و در
صورت جلسه دادگاه ثبت میگردد و چنانچه یکی از دو نفر معین توانست حقانیت

(۱) جواهر الکلام ۳۵: ۱۲۰.

خود را در مقابل دیگری اثبات کند او، صاحب حق شناخته میشود. و الا اقرار مزبور در تشخیص دعوی مؤثر نخواهد بود. هم چنین اگر کسی مثلاً ادعا کند فرشی که در خانه زید است مال من میباشد و دادخواستی به محکمه بدهد. و بعد شخص دیگری وارد دعوی شده و او نیز ادعا کند که فرش مال من است، و "خوانده" در محکمه اقرار کند که این فرش را، پدرم به عنوان امانت از یکی از این

دو نفر گرفته است. چنین اقراری مؤثر واقع میشود و در صورت اختلاف بین مدعی (خواهان) و شخص ثالث، دادگاه باید به اختلافشان رسیدگی نموده و هر کدام را که مالک تشخیص داد به نفع وی حکم صادر نماید. ه - "عدم تکذیب مقرر له". یکی دیگر از شرایط آن است که مقرر له، مقرر را تکذیب نکند و اگر مقرر له مفاد اظهارات مقرر را تکذیب کند چنین اقراری مؤثر نبوده.

و مقرر ملزم به اقرار خود نیست. علامه حلی (رحمه الله) در تذکره مگوید: تصدیق مقرر له

شرط نیست ولی عدم تکذیب مقرر توسط مقرر له شرط است. ماده ۱۲۷۲ ق - م نیز مگوید: "در صحت اقرار، تصدیق مقرر له شرط نیست، لیکن اگر مفاد اقرار را تکذیب کند اقرار مزبور در حق او اثری نخواهد داشت" میتوان چنین استدلال کرد که اگر اقرار مورد تکذیب قرار گیرد کاشفیت و حکایت وی از واقع سلب میشود و مانند دو شهادت متعارض تساقط میکند. پس تکذیب مقرر له یا اقرار و اخبار شخص مقرر تعارض کرده، و تساقط میکنند.

ولی این اقرار به کلی از اعتبار ساقط نمیشود بلکه دلالت آن بر این که مال موجود تحت ید مقرر از آن او نیست پا بر جا و باقی است. بعضی از فقها گفته اند که محکمه

به این دلالت توجه کرده و مال موجود را از شخص مقرر مگیرد و نزد خود به امانت نگه میدارد... که این قول مورد قبول نیست و دلیلی بر انتزاع مال از دست مقرر

نداریم. مگر احراز شود که صاحب واقعی مال راضی نیست که مال در دست
شخص مقرر بوده باشد.

۳ - " مقرر به ":

مقرر به عبارت است از: اخبار شخص مقرر، به حقی به نفع غیر و بر ضرر خود. و مقرر به گاه مستقیماً اخبار به خود حق میباشد مثل اقرار به دین که مورد ادعای مدعی است و گاه اخبار به خود حق نیست بلکه به منشأ حق میباشد مثل اخبار به موضوع خسارت یا تلف که در اثر تصادف به وجود آمده است که این مستقیماً اخبار به حق نیست بلکه اخبار به منشأ حق میباشد و اقرار به حق یا به منشأ حق در صورتی معتبر است که دارای شرایط زیر باشد.

الف - " مقرر به عقلاً یا عادتاً ممکن باشد " چون حجیت و اعتبار اقرار از باب کاشفیت میباشد و در صورتی که مقرر به عقلاً یا عادتاً غیر ممکن باشد دلالت و حکایت وی از واقع خدشه دار و از اعتبار ساقط میگردد. مثلاً هر گاه کسی که

سی
سال عمر دارد اقرار کند بر فرزندى شخص مجهولى برای خود که دارای ۲۵ سال عمر میباشد، چنین اقراری به علت عدم امکان تولد فرزند ۲۵ ساله از شخص سی ساله اعتبار ندارد و آثاری که در باب اقرار به نسب بر علیه شخص مقرر ثابت میشود در چنین اقراری ثابت نیست.

همچنین اگر مقرر به عادتاً ممکن نباشد مثلاً شخص دست فروش علیه دست فروش دیگر مطالبه يك ميليون دلار نماید و دست فروش خوانده (مدعی علیه) به صحت ادعای دست فروش خواهان (مدعی) اقرار کند پس چون عادتاً تحقق چنین ادعایی غیر معقول به نظر برسد لذا چنین اقراری کاشفیت خود را از دست داده. و در نتیجه بی اثر میباشد.

ب - " بر حسب قانون صحیح باشد " اگر مقرر به عقلاً یا عادتاً ممکن باشد ولی بر

حسب قانون صحیح نباشد چنین اقراری اثر ندارد. مثلاً اگر شخص مقرر اقرار کند به این که زید مبلغ صد هزار تومان از او طلب دارد و این طلب از بابت خرید خمر یا بازی قمار و یا گرو بندی و یا ربا که طبق قوانین موضوعه کشوری و شرع اسلام چنین

معاملاتی باطل است و طرف، مستحق چنین مبلغی نمیشود. پس چنین اقراری اثر ندارد.

در این زمینه علامه حلی (رحمه الله) در تذکره مگوید: در مقرر به شرط است که یا مال

قابل تملك باشد و یا این که حقی قابل مطالبه باشد مثل حق شفعه، حد قذف، حد قصاص، یا به حقوق شرعی مثل حقوق ارتفاقی از قبیل حق عبور از درب خانه دیگری و جاری نمودن آب از نهر و ناودان به ملك دیگری و یا حق گذاشتن سرتیر بر دیوار دیگری. پس اگر اقرار کند به آنچه که قابل تملك نیست مثل بول، غائط و حشرات، چنین اقراری لغو و بی اثر میباشد و یا اگر اقرار کند به آنچه که از نظر قانون و شرع قابل تملك نبوده و فاقد مالیت باشد مثل خمر و خنزیر. پس چنین اقراری برای مسلمان صحیح نیست و فاقد اعتبار میباشد ولی برای کسانی که از نظر مذهبی میتوانند مالك بشوند مثل اهل کتاب اقرار او صحیح میباشد.

ماده ۱۲۶۹ ق - م نیز به مطالب فوق اشاره کرده و مگوید: " اقرار به امری که عقلاً یا عادتاً ممکن نباشد و یا بر حسب قانون صحیح نیست اثری ندارد " و آنچه که

در ذیل این ماده آمده است " یا بر حسب قانون صحیح نیست " تکرار مطلبی است که در ماده ۱۲۶۶ ق - م آمده است که مگوید: " در مقرر له اهلیت شرط نیست لیکن

بر حسب قانون باید بتواند دارای آنچه که به نفع او اقرار شده است بشود ".
ج - " به کلی مجهول نباشد " بعضی از حقوقدانان گفته اند که مقرر به نباید به کلی مجهول باشد و چنین استدلال کرده اند. که اگر مقرر به به کلی مجهول باشد نمیتوان

او را به امر مجهول محکوم نمود و به موقع به اجرا گذاشت مثلاً هر گاه کسی ادعا کند که یکصد هزار ریال از دیگری طلبکار میباشد و خوانده (مدعی علیه) اقرار کند مبلغی که مقدار آن را نمداند به او مدیون است. دادگاه نمیتواند به مقدار خواسته خواهان (مدعی) حکم نماید، زیرا به آن مقدار اقرار نشده و نمیتواند او را محکوم به مقدار غیر معین کند و یا او را ملزم به توضیح اقرار نماید، زیرا طریقی را قانون پیش بینی ننموده است. ولی هر گاه مورد اقرار فی الجمله مجهول باشد و بتوان قدر متیقن به دست آورد اقرار نسبت به آن مقدار، معتبر خواهد بود مثلاً هر گاه کسی یکصد هزار ریال از دیگری در دادگاه مطالبه منماید و خوانده بگوید که: محاسباتی با خواهان داشته ام و فقط چند هزار تومان آن باقی مانده است. در این صورت به دو هزار تومان که حد اقل جمع در زبان فارسی است اقرار، معتبر خواهد بود (۱).

مرحوم آیه الله حکیم (رحمه الله) در منهاج الصالحین میگوید: "ولو قال له علی مال الزم به" (۲) یعنی اگر شخص مقرر بگوید مبلغی از مقرر له در عهده من میباشد اقرار او

مؤثر خواهد بود، فقها نیز در این مسأله اتفاق نظر دارند شیخ طوسی در مبسوط میگوید: اگر شخص به نحو مبهم به نفع شخص دیگری به مبلغی از مال اقرار کند، اقرار وی صحیح میباشد و خلافی در این مسأله نیست سپس میگوید: از او خواسته میشود که گفته خود را تفسیر کند و چنانچه توضیح داد و توضیح او قابل قبول بود. بر طبق آن قضاوت میشود اما اگر توضیح نداد به او گفته میشود چنانچه تفسیر نکنی حکم به نکول صادر شده، و قسم به مدعی (خواهان) که مقرر له

(۱) دکتر سید حسن امامی، شرح حقوق مدنی، ۶: ۳۶.

(۲) منهاج الصالحین ۲: ۲۰۰.

مباشند محول خواهد شد و اگر مدعی (خواهان) قسم یاد کرده و مبلغ را معین نمود حکم به پرداخت مبلغ یاد شده به نفع خواهان (مدعی) خواهد شد و اگر قسم یاد نکرد دعوی باطل، و حکم به انصراف هر دو صادر میشود (۱).
بنابر نقل صاحب جواهر (رحمه الله) مشهور فقهای امامیه بر آنند که در صورت عدم تفسیر و امکان آن امر به حبس مقرر صادر میشود (۲).

لازم به ذکر است که حکم به الزام شخص مقرر، به تفسیر اقرار خود مبنی بر آن است که شخص مقرر با علم و آگاهی از مقدار و مبلغ مورد اقرار، آن را مجهول بیان کند و الا اگر خود علم به مقدار و مبلغ نداشته باشد و مدعی شده که مبلغ مورد اقرار را نمیداند. پس نمیتوان وی را ملزم به تفسیر نمود بلکه با ادای سوگند بر عدم علم به مقدار دین، دادگاه وی را به مقدار متیقن ملزم به ادا منماید.
و به عبارتی مختصر دلیل اعتبار اقرار شامل اقرار به مقدار مجهول میشود، چون اقرار او اخبار از حقی است به نفع غیر و بر ضرر خود. و جهل به مقدار آن خللی به اعتبار اقرار وارد نمیکند. و مثل آن است که اصل دین محرز شده و مقدار آن معلوم نباشد.

د - " اقرار به زیان شخص مقرر باشد " پس اگر اقرار به دین کند باید مقرر به در ذمه مقرر باشد. و اگر به عین خارجی اقرار کند، مثلاً بگوید: این منزل معین از آن شخص معین، میباشد. پس لازمه شرط مزبور در عین خارجی آن است که باید عین خارجی تحت تصرف و استیلائی مقرر باشد، و اما اگر تحت تصرف وی نبوده و تحت

(۱) المبسوط ۳: ۴.
(۲) جواهر الکلام ۳۵: ۳۳.

تصرف شخص ثالث باشد. چنین اقراری بر ضرر مقرر نبوده بلکه بر ضرر شخص ثالث میباشد. لذا چنین گفتاری اقرار شناخته نشده بلکه يك ادعا یا شهادت محسوب میگردد. در این مورد علامه حلی در تذکره میگوید: اگر قضاوت بر اساس اقرار به ملکیت مقرر به برای مقرر له باشد. پس لازم است که مقرر به تحت ید و تصرف مقرر باشد. و اما اگر اقرار کند به آنچه که تحت تصرف و استیلاهی شخص دیگری است پس حکم نمیشود به ملکیت مقرر به برای شخص مقرر له به محض اقرار بلکه این اخبار يك ادعا یا شهادت محسوب میگردد. و بعد اضافه میکند که این اقرار لغو نبوده بلکه در بعضی موارد فایده اقرار بر آن مترتب خواهد شد. و آن در صورتی است که شخص مقرر بعد از اقرار اقدام به خرید مال مقرر به بنماید و آن را به ملك خود در آورد پس به استناد اقرار سابق حکم به نفع مقرر له صادر میشود، شهید ثانی نیز از این رأی تبعیت کرده است.

تحقیق آن است که قسمت اول این کلام صحیح است، چرا که در تعریف اقرار قید شده است که مقرر به باید بر ضرر شخص مقرر باشد، و این مستلزم آن است که اگر مقرر به عین خارجی است، باید تحت تصرف و استیلاهی شخص مقرر باشد چرا که اگر مال تحت تصرف شخص ثالث بوده و تصرف او دلیل بر مالکیت وی باشد پس اقرار به آن مال به زیان شخص مقرر نیست.

و اما قسمت دوم این کلام مبنی بر این که اگر "مقرر" اقدام به خرید آن مال از شخص ثالث نمود، اقرار سابق مؤثر واقع میشود غیر صحیح به نظر میرسد، زیرا اگر گفتار شخص در موقع اقرار، اقرار تلقی نشده و ادعا یا شهادت شناخته شود بنابر این بعد از خرید نیز واقعیت از آنچه که هست تغییر نکرده و گفتار او اقرار تلقی نمیشود.

احکام اقرار

ماده ۱۲۷۵ ق - م مگوید: " هر کس اقرار به حقی برای غیر کند ملزم به اقرار خود خواهد بود " و این مطلب در اوایل بحث اقرار گذشت و گفتیم که اقرار،

حجت

است و شخص " مقرر " ملزم به اقرار خود خواهد بود. اما آنچه که در این جا باید بدان

متعرض شویم آن است که حجیت و اعتبار اقرار آیا از باب کاشفیت وی میباشد یا از باب الزام. چون بعضی از فقها گفته اند که حجیت و اعتبار اقرار به معنای الزام شخص مقرر، به گفتار خود میباشد و این مطلب صحیح نیست، زیرا معنای حجیت و اعتبار اقرار همچون بینه عبارت است از: کاشفیت و حکایت وی از واقع، چون حقیقت اقرار کاشفیت دارد، و اگر کاشفیت وی ناقص باشد پس با ادله اعتبار آن، نقص در کاشفیت جبران میشود. لذا اگر در محکمه معلوم شد که اقرار صادره بر خلاف واقع میباشد پس آن اقرار اثری ندارد و چنانچه حجیت و اعتبار اقرار از باب الزام بود باید گفت که آن اقرار هم مؤثر است. و به همین جهت ماده ۱۲۷۶ ق - م مگوید: " اگر کذب اقرار نزد حاکم ثابت شود آن اقرار اثری نخواهد داشت " .

اما فقهای که حجیت و اعتبار اقرار را از باب " الزام " میدانند چنین استدلال کرده اند که اگر شخص مقرر بعد از اقرار انکار نمود، انکار وی مسموع نیست. ماده

۱۲۷۷ ق - م مگوید: " انکار بعد از اقرار مسموع نیست " و این حکم با حجیت و اعتبار اقرار از باب الزام مناسب است. و اگر از باب کاشفیت باشد پس باید انکار با

اقرار سابق وی معارضه کرده. و در نتیجه تساقط کنند و اقرار از دلالت ساقط شود، پس غیر مسموع بودن انکار بعد از اقرار دلیل آن است که اقرار صادره از باب الزام مقرر به گفتار خویش میباشد و لذا انکار بعدی مؤثر واقع نمیشود.

در جواب از این استدلال مگوییم که حجیت و اعتبار اقرار از باب کاشفیت میباشد و انکار بعد از اقرار توان معارضه با اقرار قبلی را ندارد. چون اقرار مستحکمترین دلیل به شمار میآید چرا که شخص عاقل بر ضرر خود دروغ نمگوید و این نکته در انکار وجود ندارد بلکه شخص مقرر، در انکار خود بعد از اقرار متهم است. همچنین اگر انکار قبل از اقرار صادر شده باشد. اقرار بعدی بر انکار

قبلی مقدم میشود.

و اما اگر شخص مقرر بتواند اثبات کند که اقرار او مبنی بر اشتباه یا غلط یا اکراه بوده دیگر نمیتوان به اقرار وی تمسک نمود. لذا ماده ۱۲۷۷ ق - م مگوید: "... لیکن اگر مقرر ادعا کند اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده میشود.

همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد مثل

این که بگوید: اقرار به گرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده لیکن دعاوی مذکوره مادامی که اثبات نشده، مضر به اقرار نیست."

حدود اعتبار اقرار
در این جا دو مطلب قابل بحث و بررسی است، مطلب اول آن که: چه کسی
متواند اقرار کند و گفتار او اقرار تلقی میشود. مطلب دوم آن که: پس از صدور
اقرار از شخص واجد صلاحیت، اقرار وی تا چه حد نافذ و معتبر میباشد و آیا
مطلق است یا نسبی؟

اما مطلب اول: بعضی از فقها نفوذ اقرار را منحصر به حدود قاعده " إقرار العقلاء
على أنفسهم جائز " ندانسته و پا را فراتر نهاده و اقرار و کیل و وصی و ولی را نیز در
بعضی از موارد نافذ دانسته و استدلال کرده اند به قاعده " من ملك شيئاً ملك الإقرار
به " یعنی هر کس که حق انجام کاری را داشته باشد و مالك تصرف در شیئی باشد
اقرار او نسبت به آن کار نافذ خواهد بود و به استناد این قاعده، حجیت و اعتبار
اقرار را توسعه داده و اقرار صغیر ممیز، نسبت به صدقه، وصیت و وقف، نافذ
دانسته اند، زیرا وی بر تصرفات مزبور قدرت دارد لذا اقرار او نافذ میباشد. بنابر این
شخص و کیل، ولی و وصی چون مجاز در تصرف میباشند لذا اقرار آنها در آنچه که
متوانند تصرف کنند هر چند که به زیان آنها نبوده، بلکه به زیان دیگری است نافذ
میباشد.

صاحب جواهر (رحمه الله) در بحث اقرار، قاعده " من ملك شيئاً... " را تنها به موارد

قاعده " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز " محدود کرده، و از آن موارد تعدی ننموده است، لذا اقرار و کیل، ولی و وصی را نافذ ندانسته است (۱).

حق آن است که قاعده " من ملك شيئاً... " به عنوان مستقل به ثبوت نرسیده و دلیل خاصی بر آن نداریم و اجماع بر این عنوان نیز نداریم و تنها فقها در کتب خود در بعضی از فروع به آن قاعده استدلال کرده اند همان فروع نیز مورد اختلاف فقها میباشد. برای تفصیل بیشتر به کتب فقهی مفصل مراجعه شود.

بنابر این، اقرار فقط برای شخص مقرر و به مقداری که به ضرر او و به نفع دیگری است مؤثر خواهد بود و اقرار غیر اصیل مؤثر نمیشود. و ماده ۱۲۷۸ ق - م نیز مگوید: " اقرار هر کس فقط نسبت به خود آن شخص و قائم مقام او نافذ است و

در

حق دیگری نافذ نیست. مگر در موردی که قانون آن را ملزم قرار داده باشد". پس حجیت و اعتبار اقرار محدود است به قاعده " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز " (موضوع ماده ۱۲۵۹ ق - م) و اقرار و کیل، ولی و وصی در حق موکل و مولی علیه نافذ نیست و با بررسی قوانین موجود موردی که از حدود قاعده " إقرار العقلاء... " تجاوز نماید ملاحظه نمیشود.

صاحب الوسیط در این مورد چنین استدلال میکند که: اقرار دارای دو بعد میباشد یک بعد مادی و یک بعد حقوقی، اگر بعد مادی آن را ملاحظه کنیم پس اقرار همچون کتابت، شهادت و قسم یک عمل مادی محسوب میگردد. و اگر بعد حقوقی آن را ملاحظه کنیم پس چون مقرر شخص مقرر له را از اقامه دلیل معاف

(۱) جواهر الکلام ۳۵: ۱۰۲.

مکند بنابر این يك تصرف قانونی محسوب مگردد. پس اقرار در واقع يك عمل مادی است که محتوی تصرف قانونی میباشد و مانند حیات، استیلاء و ادای دین میباشد. وی سپس مافزاید که: چون اقرار دارای این دو بعد میباشد بنابر این برای هر يك از این دو، آثار قانونی مترتب میشود و چون عمل مادی است پس احتیاج به قبول ندارد. و بالاتر از آن، انکار بعد از اقرار او نیز مسموع نخواهد بود هر

چند مقرر له اقرار او را تصدیق نکرده باشد. و چون اقرار او محتوی تصرف قانونی است این امر سبب میشود که شخص مقرر نسبت به موضوعی که به آن اقرار نموده ملتزم شود و به همین جهت شرط میشود که مقرر باید اهلیت داشته باشد و در اراده وی خللی از قبیل اشتباه و اکراه وارد نشود و لازم است شخص مقرر بالغ و رشید باشد.

وی همچنین مگوید: چون اقرار دارای تصرف قانونی است لذا اقرار و کیل دادگستری بدون تصریح به وکالت در اقرار در وکالتنامه او اعتبار ندارد (۱) ماده

۳۶۸

و بند ۹ از ماده ۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی نیز به همین مطلب تصریح دارد. البته این نحو از توکیل در اموری صحیح است که مباشرت در آن شرط نشده باشد. اما اموری که مباشرت در آن شرط شده است، مثل حدود و تعزیرات، در این موارد اقرار شخص مباشر نافذ است، و اقرار و کیل مؤثر نیست هر چند که در وکالتنامه وی

تصریح به وکالت در اقرار شده باشد.

مطلب دوم: آیا حجیت اقرار مطلق است یا نسبی؟ به این معنا که آیا اعتبار اقرار محدود به آن مقداری است که به زیان شخص مقرر باشد و تعدی به شخص ثالث

(۱) الوسيط ۲: ۴۸۶.

ممکن یا نمکنند؟
در جواب مگوئیم که: طبق ماده ۱۲۷۸ ق - م و فقه اسلامی، اقرار هر کس فقط نسبت به خود آن شخص و قائم مقام او نافذ است و در حق دیگری نافذ نیست، پس اگر شخص مدعی علیه (خوانده) در دعوایی نسبت به منزل مسکونی خود اقرار کند که منزل از آن مدعی (خواهان) است پس این اقرار در حدود شخص مقرر نافذ و معتبر میباشد و نسبت به شخص ثالث مؤثر نمیشود. مثلاً اگر دائنی وارد دعوی بشود و منزل را از بابت دین خود مطالبه کند نمیتوان او را نسبت به این اقرار ملزم دانست بلکه او میتواند به عنوان شخص ثالث وارد دعوی بشود و ادعا کند که این اقرار "صوری" است و برای فرار از دین به عمل آمده است. و یا در دعوایی که علیه شرکا اقامه شده باشد یک نفر از شرکا اقرار کند که در ملك مشترك به نحو اشاعه تصرف منماید، پس اقرار او تنها در حدود شخص مقرر نافذ و مؤثر میباشد و به سایر شرکا تعدی نمیکند. و یا اگر یکی از ورثه به حقی در ترکه موجود اقرار کند، پس اقرار وی نسبت به خود او معتبر میباشد و به سایر ورثه سرایت نمیکند. بنابراین حجیت و اعتبار اقرار نسبی است و محدود به خود مقرر و قائم مقام اوست و به اشخاص دیگری سرایت نمیکند. - ۱

تجزیه اقرار

" اقرار " از نظر قیود و ملحقات به سه قسم تقسیم میشود:

بر اساس تقسیمی که از حقوق فرانسه گرفته شده،

۱ - اقرار ساده و بسیط.

۲ - اقرار مقید و موصوف.

۳ - اقرار مرکب.

۱ - " اقرار ساده و بسیط " مقصود از آن اقراری است که تمام مطلب مورد

ادعای مدعی را، مدعی علیه (خواننده) بپذیرد، مثل آن که مدعی (خواهان)

بگوید: " من مبلغ يك میلیون ریال بابت قرض الحسنه از مدعی علیه (خواننده)

طلب دارم " و مدعی علیه در جواب، تمام ادعای خواهان را بپذیرد. و یا آن که

مدعی ادعا کند که نصف مبلغ فوق را پرداخته و نصف دیگر آن باقی مانده است که

باید پردازد و مدعی علیه در جواب، تمام ادعای مدعی را بپذیرد و یا آن که

مدعی، بگوید: مبلغ يك میلیون ریال از مدعی علیه طلب دارد که به مدت دو سال

باید آن را پردازد و مدعی علیه تصدیق کند. پس در تمام این موارد اقرار صادره از

مدعی علیه بسیط و ساده است و قابل تجزیه و تفکیک نیست.

۲ - " اقرار مقید و موصوف " : مقصود از اقرار موصوف آن است که وصف و قید مندرج در اقرار مربوط به همان قرارداد منشأ حق مورد مطالبه مدعی باشد. مثلاً اگر مدعی ادعا کند که مبلغ يك میلیون ریال از مدعی علیه طلب دارد و مدعی علیه در جواب، مبلغ مورد ادعا را بپذیرد ولی بگوید که مقید به مدت بوده است که باید بعد از دو سال آن را بپردازد. در واقع اقرار او مقید است به مدت و این قید مربوط به همان قراردادی است که منشأ حق میباشد، و یا آن که اقرار کند سر رسید دین مشروط به شرطی بوده است مثل فروختن خانه که اگر خانه خود را فروخت دین مورد ادعا را بپردازد. در این دو مثال اقرار مقید به قید و وصفی است که مربوط به همان قرارداد میباشد، و امری است که همزمان با خود قرارداد صورت گرفته است نه قبل و نه بعد آن و مطلب مستقل و جدای از قرارداد نمیشود. علما و فقهای امامیه در اقرار مقید و موصوف اختلاف کرده اند، جمعی بر آنند که اقرار مقید، قابل تجزیه است. علامه حلی در تذکره این رأی را به ابو حنیفه و اکثر

علمای امامیه نسبت میدهد، آنان استدلال میکنند به اینکه قید مدت و اجل - مثلاً - به منزله دعوی جدید میباشد و مگویند: اقرار مقید به مدت تجزیه میشود که نسبت به اصل دین اقرار است و نافذ و نسبت به مدت و اجل ادعائی است که مدعی علیه (خواننده) موظف به اثبات آن میباشد. صاحب جواهر رأی فوق را از ابو علی و شیخ طوسی در مبسوط و ابن ادریس در سرائر و صاحب جامع الشرائع و ارشاد و شرح آن و ایضاً نقل نموده که: اقرار، به دین مؤجل تجزیه میشود و اصل دین قبول، ولی دعوی مدت تنها با اثبات

پذیرفته میشود (۱).
صاحب ریاض المسائل نیز به تبعیت از ماتن، همین رأی را پذیرفته است (۲).
شهید ثانی نیز نظر محقق حلی را چنین استنباط کرده که وی هم معتقد به رأی فوق
مباشند و مگویند که این رأی اکثر فقها میباشد (۳).
جمعی دیگر از فقها مگویند: اقرار مقید و موصوف تجزیه نمیشود و در نتیجه
اگر شخص خوانده (مدعی علیه) اقرار به دین مؤجل کند تمام گفتار او به نحو تقیید
پذیرفته و تفکیک نمیشود.
شیخ طوسی در مبسوط رأی مذکور را اختیار نموده و مگوید: "اگر اقرار کننده
بگوید: هزار درهم به فلان شخص به نحو مؤجل بدهکارم پس اصل دین ثابت
میشود، ولی مدت و اجل مورد اختلاف است. بعضی مگویند که: تأجیل و قید
هم ثابت میشود و صحیح نیز همین است" (۴).
و صاحب جواهر نیز رأی دوم را به عده ای از فقها نسبت میدهد (۵).
علامه حلی در تذکره مگوید: "ذکر اجل و مدت، مانند آن است که شخص
مقر بگوید: هزار درهم طبری یا موصلی به مدعی (خواهان) بدهکارم".
خلاصه متأخرین از فقهای امامیه رأی دوم را اختیار نموده اند و گفته اند: اقرار
مقید، قابل تفکیک نیست و اگر بنا باشد فقط به قسمت اول کلام شخص مقر استناد

(۱) جواهر الکلام ۳۵: ۲۸.

(۲) ریاض المسائل ۲: ۲۴۰.

(۳) مسالك الافهام ۲: ۱۳۲.

(۴) المبسوط ۳: ۳۵.

(۵) جواهر الکلام ۳۵: ۲۸.

نمود و کلام او تجزیه شود به شخص مقرر ضرر وارد خواهد شد چرا که گاه مشهود مدت و اجل در اقرار، طولانی است. و اگر آن را نادیده بگیریم زیان زیادی به مقرر وارد و موجب مشهود که شخص از ذکر حقیقت خودداری نماید. در کتب حدیث روایتی است از امام صادق (علیه السلام) در کیفیت قضاوت حضرت علی (علیه السلام) که مگوید: " حضرت علی (علیه السلام) در قضاوت خود گفته های

متخاصمین را تجزیه نمنمود و این طور نبود که اول گفتار شخص را قبول و آخرش را قبول نکند " (۱).

حقوقدانان نیز کلا معتقد به عدم تجزیه اقرار موصوف میباشند و مگویند: شخص دائن یا تمام گفتارهای شخص " مقرر " را میپذیرد پس اقرار آن را تجزیه نمکند و یا آن که اصلا اقرار او را قبول نمکند پس باید برای اثبات دین خود دلیلی غیر از اقرار بیاورد و مسؤولیت اثبات به عهده مدعی است. ماده (۱۲۸۲ ق - م) مگوید: " اگر موضوع اقرار در محکمه مقید به قید یا وصفی باشد، مقرر له نمیتواند آن را تجزیه کرده، از قسمتی از آن که به نفع اوست بر ضرر مقرر استفاده نماید و از جزء دیگر آن صرفنظر کند ". لازم به ذکر است که آنچه گفتیم مخصوص موردی است که قید و وصف متصل به مقرر به بوده باشد و اما اگر منفصل باشد و بین قید یا وصف و مقرر به به سکوت یا غیر سکوت فاصله بیفتد. پس بین قید و مقرر به تجزیه شده و قول به تجزیه اقرار، صحیح میباشد.

(۱) " کان أمير المؤمنين لا يأخذ بأول الكلام دون آخره "، (وسائل الشيعة ۱۸: ۱۵۸، باب ۴ از ابواب آداب القاضي، حدیث ۳).

۳ - " اقرار مرکب ": مقصود از اقرار مرکب آن است که قید یا وصف مندرج در اقرار، در واقع و نفس الامر يك أمر مستقل و جدید از قرارداد، موجب حق میباشد هر چند که مربوط به همان قرارداد بوده باشد. مثل این که شخص مدعی، ادعا کند که مبلغ يك میلیون ریال از محمد طلب دارم و محمد در جواب بگوید صحیح است و طلب مورد ادعا را تصدیق کند ولی بگوید: آن مبلغ را در تاریخ معین ادا نموده، که در این مثال قید و وصف - ادای دین - يك مطلب مستقل و جدای از قرارداد، موجب دین است هر چند که مربوط به همان قرارداد میباشد چرا که ادای دین به خود دین مرتبط میباشد. چون اگر دینی نباشد ادای دین مفهومی نخواهد داشت.

فقهای امامیه کلا قائل به تجزیه اقرار مرکب هستند. و در این زمینه شهید ثانی مگوید: " اگر کسی اقرار کند که در زمان گذشته مدیون بوده است و به نحو ماضی،

بعدا تصریح کند به سقوط دین، پس اصل دین ثابت میشود ولی ادعای سقوط دین از او پذیرفته نمیشود، چون اقرار به چیزی نموده که با کلام سابق منافات دارد " (۱).

صاحب جواهر مگوید: اگر مدعی علیه (خواننده) بگوید: " ادا کردم یا رد کردم " پس این گفتار مشتمل است بر اقرار و ادعا و اقرار او پذیرفته میشود ولی ادعای او مبنی بر رد یا ادا پذیرفته نمیشود. و مگوید: این گفتار مانند آن است که مدعی علیه بگوید: هزار درهم بدهکار بودم و پانصد درهم آن را ادا نمودم که ادعای پرداخت از او پذیرفته نمیشود و خلافتی در این مسأله نیست. و از علامه

(۱) مسالك الافهام ۲: ۱۳۲.

حلی اتفاق فقها را نقل میکند و از محقق سبزواری نقل میکند که اصحاب، به تجزیه اقرار قطع دارند (۱).

به هر حال آنچه که از اقوال فقها بر میآید تجزیه اقرار مرکب است و لذا در اقرار مقید و موصوف، آن دسته ای که قول به تجزیه را پذیرفته اند استدلال به اقرار مرکب نموده و میگویند: همچنان که اقرار مرکب تجزیه میشود در موارد تقیید و توصیف نیز تجزیه میشود و استدلال آنها به اقرار مرکب خود دلیل آن است که تجزیه نسبت به اقرار مرکب مورد اتفاق اصحاب میباشد. محقق سبزواری نیز در مورد اقرار مقید به اجل و مدت و مرکب میگوید: " اگر اجماع بر تجزیه اقرار مقید و مرکب قطعی باشد، پس لازم است قول به تجزیه را پذیرفت و گرنه، میتوان بر آن اشکال نمود " (۲). بنابر این فقهای امامیه کلاً معتقد به تجزیه اقرار مرکب هستند. اما فقه فرانسه تفصیل قائل شده و در بعضی از موارد اقرار مرکب، تجزیه را قبول و در بعض موارد دیگر، نپذیرفته است، چون اقرار مرکب بر دو قسم است: الف - قسم اول آن است که: ملحقات اقرار مربوط به واقعه مورد نزاع بوده باشد، مثل اقرار به اصل دین و وفای آن که وفای دین مرتبط و لازمه دین میباشد، چون اگر دین نباشد وفای دین تحقق نمیآید، و دیگر آن که ادای دین به حسب واقع و نفس الامر مربوط به همان دین و قرارداد میباشد. ب - قسم دوم آن است که: ملحقات و ضمائم اقرار، مرتبط و لازمه واقعه مورد نزاع نباشد، مثل آن که شخص مدعی علیه اقرار به دین کند و اضافه کند که به

(۱) جواهر الکلام ۳۵: ۷۹.
(۲) کفایة الاحکام سبزواری: ۲۳.

نحو تقاص ادا شده و یا ادعا کند که در مقابل دین جدیدی تهاتر شده است که دعوی تقاص و تهاتر، يك دعوی مستقل و غیر مرتبط میباشد چرا که تقاص و تهاتر ملازم با اصل دین نمیشد، چون ممکن است که دین از غیر طریق تقاص و تهاتر هم ادا شود.

در حقوق فرانسه نسبت به قسم دوم قائل به تجزیه اقرار شده و گفته اند که: ممکن است مدعی (خواهان) اصل دین را بپذیرد و آن را از مدعی علیه به عنوان دلیل تلقی نماید ولی دعوی تقاص و تهاتر را نپذیرد و از مدعی علیه (خوانده) مطالبه دلیل بکند، چون دین مورد ادعای مدعی، غیر از دین مورد ادعای مدعی علیه (خوانده) میباشد.

ماده (۴۰۹ ق - م) مصر نیز مگوید: " اقرار مقرر، تجزیه نمیشود مگر آن که اقرار او بر وقایع متعدد باشد و هر يك از واقعه ها مستلزم وجود واقعه دیگری نباشد " و همین ماده معیاری برای تجزیه اقرار در قانون مصر شناخته شده است. اما این مسأله در حقوق فرانسه هم چنان مورد اختلاف میباشد و در تشخیص معیار تجزیه اقرار به نتیجه نهایی نرسیده است (۱).

ولی ماده ۱۲۸۳ قانون مدنی ایران به تبعیت از فقه اسلامی قائل به تجزیه اقرار مرکب شده و مگوید: " اگر اقرار دارای دو جزء مختلف الاثر باشد که ارتباط تامی با یکدیگر داشته باشند مثل این که مدعی علیه اقرار به اخذ وجه از مدعی نموده و مدعی رد شود مطابق با ماده ۱۳۳۴ اقدام خواهد شد ". و ماده ۱۳۳۴ ق - م مگوید: " در مورد ماده ۱۲۸۳ کسی که اقرار کرده است میتواند نسبت به آنچه که

(۱) الوسیط ۲: ۵۰۹.

مورد ادعای اوست از طرف مقابل، تقاضای قسم کند مگر این که مدرك دعوی سند رسمی یا سندی باشد که اعتبار آن در محکمه محرز شده است".
پس ماده ۱۳۳۴ مگوید: در اقرار مرکب، شخص مقرر نسبت به دعوی جدید میتواند از مدعی مطالبه قسم کند و این همان تجزیه اقرار میباشد یعنی قول او نسبت به اخذ وجه، پذیرفته میشود ولی نسبت به ادعای او چنانچه با قسم مدعی روبرو شود از او پذیرفته نمیشود و این همان تجزیه اقرار است. البته عبارت ماده ۱۲۸۳ ق - م صراحت در تجزیه ندارد و بهتر آن بود که این مطلب با صراحت بیان میشد.

تحقیق آن است که در اقرار مرکب چون شخص مقرر نسبت به ثبوت حقی بر ذمه خود در زمان سابق اخبار میدهد، پس تعریف اقرار بر این جزء از کلام منطبق میباشد و اما دعوی رد - مثلا - چون دعوی مستقلى است لذا احتیاج به اثبات دارد و در حقیقت يك جزء از کلام اقرار محسوب میگردد و جزء دیگر ادعا است و بر این اساس قول به تجزیه صحیح است.

فقها برای اقرار، قسم چهارمی ذکر کرده و آن را مورد بحث قرار داده اند و آن عبارت از صورتی است که شخص اقرار کننده در پی اقرار خود کلامی بیافزاید که با اقرار او منافات دارد و این سؤال مطرح شده است که آیا اقرار وی تجزیه میشود یا خیر؟ و در زمینه بررسی این قسم، مسائل و فروعی را نیز متعرض شده اند، و ما هم به تبعیت از فقها آن مسائل را ذکر میکنیم:

مسأله اول: اگر شخص مقرر بگوید: فلان مال را که خواهان نزد من به ودیعه گذاشته بود نزد من میباشد و بلا فاصله بگوید: ولی آن مال تلف شده است، در

این مورد صاحب جواهر (رحمه الله) به تبعیت از محقق حلی مگوید: " دعوی منافی صدمه ای به اقرار نمزند و خلافی بین فقهای امامیه در این رأی نیست. همچنین اگر بگوید: ولی آن را مسترد داشتم: پس اقرار تجزیه میشود چون دعوی منافی در حکم انکار بعد از اقرار میباشد. اما اگر بگوید: مال ودعی نزد من بود (به نحو صیغه ماضی) والآن تلف شده است یا آن را مسترد داشتم. در این صورت چون دعوی دومی با دعوی قبلی منافات ندارد لذا دعوی رد و تلف از او پذیرفته میشود و در نتیجه اقرار او تجزیه نمیشود و خلافی در این رأی هم نمبینم " (۱).

ماده ۱۹۲۴ قانون مدنی فرانسه نیز در این زمینه مگوید: " در مورد ودیعه چنانچه خواننده اقرار به اخذ ودیعه و نیز مدعی رد آن گردد، اقرار او قابل تجزیه نیست و هر دو جزء را خواهان یا میپذیرد و یا رد میکند " (۲).

ولی مبنای ماده ۱۹۲۴ قانون مدنی فرانسه با مبنای فقه امامیه فرق میکند چرا که مبنای ماده مذکور - چنانچه گذشت - عدم تجزیه اقرار مرکب مرتبط میباشد. اما مبنای نظر فقهای امامیه قبول قول امین در باب ودیعه میباشد و چون وی امین است پس گفتار او مبنی بر رد یا تلف بدون دلیل تصدیق مگردد و از مسؤولیت اثبات معاف میباشد و به گفته صاحب جواهر این مسأله اجماعی است. و علامه حلی در تذکره آن را به علمای امامیه نسبت داده است.

اما بعضی از فقهای معاصر بین دو صورت مسأله قائل به فرق شده اند، صورت اول اتهام مستودع است که در این فرض وی موظف است که بر دعوی خود - مبنی

(۱) جواهر الکلام ۳۵: ۱۴۲.

(۲) سید حسن امامی، حقوق مدنی ۶: ۶۳.

بر رد، یا تلف - اقامه بینه کند. صورت دوم فرض عدم اتهام وی میباشد، که قول او بدون بینه پذیرفته مشود (۱).

در هر حال، ملاك فتوای فقهای امامیه در مورد اقرار به ودیعه و تلف یا رد آن در صورت عدم منافات، تجزیه یا عدم تجزیه اقرار مرکب نمیشد بلکه ملاك آن، قبول گفتار شخص مستودع راجع به رد یا تلف میباشد، که بحث آن پیش از این گذشت.

اما حقوقدانان جدید مگویند: قول مستودع - امین - مبنی بر رد یا تلف، بر خلاف اصل میباشد و لذا او را موظف به اقامه دلیل دانسته اند، و نیز اگر مستودع، مال ودعی را تلف نمود ضامن است مگر ثابت کند که تمام احتیاطات و اقدامات لازم مربوط به نگهداری مال را انجام داده است یا آن که ثابت کند که تلف، مربوط به سبب دیگری غیر از وی بوده است. آنان همچنین ابراز مدارند که: اگر شخص مستودع مال را گم کرد، در این صورت کافی نیست اثبات کند که تمام احتیاطات و اقدامات لازم مربوط به نگهداری مال را انجام داده است بلکه باید اثبات کند که تلف به سببی اجنبی از وی بوده است و گرنه ضامن مال گم شده خواهد بود. آنان چنین استدلال میکنند که تعهد در ودیعه مانند تعهد به رد عین میباشد. پس تعهد مستودع تعهد به نتیجه میباشد یعنی تا زمانی که نتیجه مطلوب یعنی رد عین به دست نیامده باشد نمیتوان امین را بری دانست. اما اگر تعهد او تنها در حفظ و نگهداری باشد پس کافی است اثبات کند که تمام اقدامات لازم مربوط به

(۱) آیه الله خوئی، منهاج الصالحین ۲: ۱۴۰۱.

نگهداری مال را انجام داده است (۱).

ولی این مطلب صحیح نیست چرا که تعهد به رد عین از ارکان عقد ودیعه نمیشد و تعهد مستودع تعهد به نتیجه نیست چون تعریف عقد ودیعه طبق ماده " ۶۰۷ " قانون مدنی عبارت است از: آن که مال را به دیگری بسپارد برای آن که مجاناً آن را نگهدارد. پس تعهد به رد عین در عقد ودیعه وجود ندارد و تنها وی متعهد است که مال را حفظ و نگهداری نماید.

مسأله دوم: اگر شخص، بدهکاری خود را با مبلغ معینی اقرار کرده و بعد بگوید که: این مبلغ از بابت خرید خمر یا خوک یا قمار بوده است. در این فرض اگر گفتار بعدی متصل به کلام قبلی باشد بعضی از فقها گفته اند که گفتار دوم لطمه ای به اقرار

وی نمزند و در نتیجه اقرار وی تجزیه میشود و برخی این نظر را به علمای امامیه نسبت داده اند.

در مقابل، بعضی دیگر از فقها از جمله شهید اول، و محقق اردبیلی در مسأله اظهار نظر جزمی نکرده اند. صاحب جواهر نیز از علامه حلی نقل میکند که مبنای اقرار، یقین است و احتمال خلاف هر چند که ضعیف باشد باید مورد توجه قرار گیرد (۲).

در هر حال به نظر میرسد که اگر در گفتار دوم احتمال صحت وجود داشته باشد، در این صورت اقرار وی تجزیه نمیشود و آن گفتار همه اقرار را بی اثر خواهد

(۱) الوسیط ۷: ۷۲. و حقوق مدنی، دکتر ناصر کاتوزیان ۳: ۶۳.

(۲) جواهر الکلام ۳۵: ۱۴۳.

کرد. اما اگر احتمال صحت در آن راه نیابد و بدانیم که گفتار بعدی برای فرار از دین

و اقرار میباشد، در این فرض اقرار او تجزیه میشود و گفتار بعدی صدمه ای به اقرار وی نمزند و در حکم انکار بعد از اقرار میباشد. مسأله سوم: اگر شخصی به مدیون بودن خود به مبلغ ده هزار تومان اقرار کرده و بعد بلافاصله بگوید: نه خیر بلکه نه هزار تومان. محقق حلی در این مورد میگوید که: او ملزم به پرداخت ده هزار تومان میباشد به خلاف آن صورتی که بگوید: ده هزار تومان الا هزار تومان بدهکارم که در فرض دوم استثنا و هر دو کلام يك کلام محسوب میشود (۱). پس در گفتار اول، اقرار تجزیه میشود و در گفتار دوم، تجزیه نمیشود.

حق آن است که فرقی بین کلام اول و کلام دوم به نظر نمرسد و ملاک در تجزیه و عدم تجزیه آن است که کلام اول با کلام دوم منافات داشته باشد و یا آنکه کلام دوم پس از فاصله غیر متعارف از متکلم صادر شده باشد، چون استثنا در باب محاورات يك امر طبیعی و عادی میباشد.

مسأله چهارم: اگر شخص مقرر ابتدا بگوید: این مال تحت تصرف از آن محمد میباشد و بعدا بگوید: خیر بلکه از آن علی است. در این صورت تمام فقها میگویند: مال از آن شخص اول میباشد و برای شخص دوم باید " قیمت " پرداخت کند. تنها ابو علی در این مسأله مخالفت کرده و گفته است که اگر شخص

(۱) شرایع الاسلام ۳: ۱۵۶.

مقر زنده است پس از او استفسار میشود و بر طبق تفسیرش عمل میشود و اما اگر مرده باشد این اقرار به منزله تنازع دو نفر بر سر يك مال که در دست غیر است میباشد و آن کس که صاحب بینه است مال را اخذ میکند. و در صورت عدم بینه آن کس که قسم مخورد مال را تصاحب میکند و اگر هر دو قسم بخورند مال بین آن دو تقسیم میشود.

شهادت اول مگوید: این سخن دور از صواب نیست. و بعض متأخری المتأخرین نیز نظریه ابو علی را تأیید کرده اند، بدین دلیل که انسان گاهی اشتباه کرده

و دچار سهو و نسیان میشود (۱). فقها برای اثبات نظر خود چنین استدلال کرده اند که

شخص در اقرار اول خود، ملزم به پرداخت عین، برای شخص مقر له اول میشود، اما در اقرار دوم چون با اقرار اول سبب شده است که بین مال و مالك حیلوله حاصل شود و سبب آن هم خود مقر میباشد، لذا برای مقر له دوم نیز ضامن قیمت مال میشود. مانند آن که شخص مقر مال را تلف کرده و بعدا بگوید که مال از آن فلان شخص میباشد، در این صورت هم حکم به ضمان وی به پرداخت قیمت میشود.

این نظر مورد انتقاد قرار گرفته است، زیرا اولاً: این فتوا مستلزم آن است که مال واحد دو مالك داشته باشد، که عین آن به شخص اول تعلق بگیرد و قیمت آن برای شخص دوم باشد و این بر خلاف قواعد عامه باب ملکیت میباشد.

ثانیاً: یقین داریم که شخص مقر تنها به يك نفر از این دو ذمه اش مشغول است و حکم به پرداخت عین مال به شخص اول و قیمت آن برای شخص دوم بر خلاف

(۱) جواهر الکلام ۳۵: ۱۳۰.

عدالت بوده و موجب ظلم میباشد.

مرحوم محقق همدانی (رحمه الله) برای دفع اشکال فوق مگوید که: حجیت اقرار از باب کاشفیت و طریقت نبوده بلکه به معنی الزام شخص مقرر به گفتارش میباشد و تنها مفاد حجیت اقرار، الزام شخص مقرر میباشد و چون وی در اقرار خود گفته است که مال از آن محمد است، بنابر این طبق این گفتار وی ملزم است که عین منزل را به محمد واگذار نماید و چون پس از آن مال را از آن علی دانسته و به آن اقرار کرده است لذا وی ملزم است قیمت مال را به علی پرداخت نماید و متعلق علم اجمالی هم دو واقعه مستقل میباشد، و منافات با یکدیگر ندارد (۱).

تحقیق آن است که اگر بر حکم فوق اجماعی باشد، تخطی از آن غیر ممکن است و اما اگر اجماعی در میان نباشد - و حق هم آن است که در این گونه مسائل، تحقق اجماع تعبدی به معنای مصطلح آن مشکل است - پس چنانچه شخص در کلام واحد و در يك جلسه و بدون فاصله اولاً بگوید که: این مال از آن محمد میباشد و بعداً بلا فاصله بگوید: خیر بلکه از آن علی است، در این صورت این گفتار، قابل تجزیه نبوده و يك کلام محسوب میگردد و این کلام مانند استثنا و بدل غلط میباشد چون ظهور کلام بعد از اتمام کلام استقرار پیدا میکند بنابر این باید حکم کرد که مال از آن شخص دوم است. و روایتی که در کیفیت قضاوت حضرت امیر المؤمنین علی (علیه السلام) نقل شده است مؤید همین مطلب است، در این روایت آمده است که: حضرت علی (علیه السلام) کلام متداعیین را تجزیه نمکرد و این طور نبود

(۱) مصباح الفقیه، کتاب الرهن: ۲۱۲.

که اول کلام را قبول کرده و آخر آن را نپذیرد (۱). شاید قول فقها مبنی بر پرداخت عین مال به شخص اول و قیمت آن به شخص دوم مخصوص صورتی باشد که گفتار دوم شخص مقرر با فاصله زمانی و بعد از عمل به اقرار اول صورت گرفته باشد به این معنی که شخص مقرر ابتدا اقرار کرد که مال از آن محمد است و بر طبق این اقرار عمل شد و مال را به محمد پرداخت و بعد از آن و با فاصله زمانی اقرار کرد که خیر، مال از آن علی میباشد در این صورت حکم به پرداخت عین مال برای شخص اول و پرداخت غرامت و قیمت برای شخص دوم قابل قبول میباشد.

قرائنی چند مؤید این توجیه میباشد اولاً آن که: فقها تصریح میکنند به این که شخص مقرر، ضامن قیمت مال، برای شخص دوم میباشد. اعم از آن که مال را خود شخص مقرر، به شخص اول تسلیم نموده یا آن که به حکم حاکم تسلیم شده باشد.

ثانیاً: این مسأله به باب شهادت تشبیه شده است و پس از مراجعه به باب شهادت معلوم میگردد که در باب شهادت، شاهد، در صورتی ضامن قیمت برای شخص دوم میباشد که مال به حکم حاکم، به شخص اول تحویل داده شده باشد. ثالثاً: فقها در مقام استدلال به ضمان قیمت برای شخص دوم به قاعده اتلاف استناد میکنند که او (مقرر) در اقرار اول سبب شده است که مال به شخص اول تعلق بگیرد. و شیخ طوسی (رحمه الله) در مبسوط قضیه را تشبیه میکند به موردی که

(۱) "کان أمير المؤمنين لا يأخذ بأول الكلام دون آخره"، وسائل الشیعة ۱۸: ۱۵۸، باب ۱۴ از ابواب آداب القاضی، حدیث ۳.

شخص مقرر گوسفندی را ذبح کند و بخورد و بعد از آن اقرار کند که گوسفند از آن
زید
مباشد یا آن که مالی را تلف کند و بعدا اقرار کند که مال تلف شده از آن زید
مباشد (۱).

(۱) المبسوط ۳: ۱۷.

عناصر و ادله اثبات دعوی - ۳
سند

(۲۱۵)

تعریف سند

" سند " در لغت عبارت است از آنچه که متوان آن را مدرک قرار داد مصباح المنیر در باره سند مگوید: به معنای تکیه دادن به دیوار یا غیر آن میباشد. و ابن اثیر در النهایه در ماده سند مگوید: سند به منطقه مرتفع از زمین گفته میشود و تساند به معنای تعاون است. و در اقرب الموارد مگوید: سند الیه یعنی اعتماد علیه و در فرهنگ معین مگوید: سند آنچه که بدان اعتماد کنند و مدرک و مستند را نیز سند گویند.

اما در اصطلاح حقوقی، قانون مدنی در ماده (۱۲۸۴) آن را چنین تعریف کرده است: " سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع، قابل استناد باشد " پس سند در معنای اصطلاحی دارای دو رکن میباشد اولاً: باید نوشته باشد و ثانیاً: باید قابل استناد باشد. پس اگر نوشته نباشد و یا نوشته ای باشد که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد نباشد از نظر اصطلاحی سند نیست.

از این تعریف چنین استظهار میشود که سند وسیله اثبات حق است و عامه مردم سند را با عقد اشتباه کرده و به سند که دلیل است عقد مگویند. این اشتباه از فرهنگ قانون فرانسه نشأت گرفته است چرا که در این قانون بین تصرف قانونی

(اعمال حقوقی) و وسیله اثبات آن خلط شده است و هر دو را به نام عقد (acte) نامگذاری نموده اند و این اشتباه به عامه مردم مشرق زمین سرایت کرده است و برای اسناد کتبی، کلمه "عقد" را نام گذاشته اند و عقد را به عقدنامه رسمی و غیر رسمی تقسیم کرده اند، بنابر این معلوم میشود که سند وسیله اثبات عقد است نه خود عقد، چرا که عقد عبارت است از تصرف قانونی یا اعمال حقوقی که يك نوع عمل ارادی محسوب میگردد و الفاظ مبرز آن میباشند.

ماده ۱۸۳ ق - م عقد را چنین تعریف کرده است: "عقد عبارت است از این که يك یا چند نفر در مقابل يك یا چند نفر دیگر تعهدی بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد". پس معلوم میشود که عقد عبارت است از همان تعهد که يك عمل ارادی محسوب میشود و لفظ یا کتابت مبرز آن میباشد. لذا اگر در محکمه مثلاً ثابت شود که مقصود متکلم از لفظ "بعث" اجاره بوده است یا بالعکس و اشتباهها لفظ بیع یا اجاره را به کار برده است معامله به همان معنای مقصود تفسیر میشود. البته تعریف فوق از قانون فرانسه گرفته شده است. در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه آمده است که: "عقد عبارت است از توافق و تعهد شخص یا اشخاصی به دادن شیئی یا انجام عملی و یا آنکه از عملی امتناع ورزند". احادیث ما نیز عقد را به معنای عهد گرفته است در این زمینه روایتی است به سند صحیح از عبد الله بن سنان از امام صادق (علیه السلام) در تفسیر آیه: * (أوفوا بالعقود) * که عقد را به معنای عهد

گرفته است!

اقسام نوشتار:

۱ - نوشتار رسمی که از طرف مأموران دولتی در حدود صلاحیت خود، نوشته

مشود مثل سند رسمی مدنی که عقود و ایقاعات را ثبت میکند یا مثل نوشته های قضائی مانند دادخواست و نوشته های محاضر و ثبت اسناد و املاک کشور، و صورتجلسه محاکم، و احکام صادره از آن، مانند مقررات اداری و قوانین صادره از مجلس و فرمانهای صادره از مقام رهبری، و قراردادهای دولتی.

۲ - نوشتار غیر رسمی یا عرفی که توسط افراد نوشته میشود و این بر دو قسم است:

الف: نوشته هایی که معد برای اثبات تصرف قانونی است، مثل بیع و اجاره و این نوع نوشته را " دلیل معد " مینامند که افراد بین خود در هنگام عقد برای اثبات معامله و قرارداد در موقع خصامه، آن را تنظیم میکنند.

ب: نوشته هایی که معد برای اثبات نمیشد مثل نامه، تلگراف، تلکس، فاکتور و دفاتر تجاری که هدف افراد در این نوشتارها اثبات معامله در موقع خصامه نمیشد لذا آن را " دلیل غیر معد " مینامند.

در مورد اصطلاح حقوقی سند (نوشته) لازم نیست که هدف از آن در موقع نوشتن اثبات تصرف قانونی در موقع خصامه باشد بنابر این اگر دو برادر یا دو دوست و رفیق صمیمی با هم معامله ای را انجام داده و احتمال هیچ گونه خصومتی را بین خود نمیدهند و در عین حال اقدام به نوشتن سند نمودند پس آن نوشته چون در مقام دعوی یا دفاع، قابل استناد میباشد اصطلاحاً آن را سند مگویند.

منظور از نوشته در تعریف سند، مطلق خط یا علامتی است که در روی صفحه نمایان میشود اعم از آن که خط نقش بسته از خطوط متداول یا غیر متداول باشد و صفحه ای که بر آن نقش بسته نیز اعم از این که کاغذ یا غیر کاغذ باشد، مانند

پارچه، چوب، سنگ، چرم، آجر، فلز و... و نیز خطی که نقش بسته اعم از این که به وسیله ماده رنگی یا دست نوشته شده باشد یا با ماشین کپی یا چاپ باشد. و همچنین فرق نمکند که بر صفحه حك شده باشد یا آن که به وسیله آلتی برجستگی بر صفحه ایجاد کرده باشد چون همه این اقسام در مقام دعوی یا دفاع، قابل استناد میباشد.

سند غالباً در اعمال حقوقی (تصرف قانونی) مانند عقود و ایقاعات از قبیل بیع، اجاره، نکاح، طلاق، فسخ و رجوع نوشته میشود و استثناء در اعمال مادی و وقایع خارجی مانند تولد و وفات سند تنظیم میگردد و توسط اداره آمار و ثبت احوال، ثبت میگردد.

اعتبار سند و حجیت آن

ماده ۱۲۵۸ ق - م اسناد کتبی را از ادله اثبات دانسته و به سند حجیت داده است ولی معروف و مشهور بین فقها آن است که سند فی حد نفسه اعتبار ندارد و در این زمینه میرزای قمی (رحمه الله) در کتاب جامع الشتات در بحث وقف مگوید: " و اما

ادعای صاحب وقف نامچه پس اولاً باید در صورت جزم باشد نه به مجرد ملاحظه کاغذ. پس هر گاه بنخواهد دعوی خود را از حکم حاکم پیدا کند ظاهراً صورتی ندارد و بر فرض ادعا بر سبیل جزم، مجرد همین کاغذ موصوف، حجت شرعیه نمیشود بدون شاهد حی و اما حصول علم از برای حاکم از این کاغذ بر صدق دعوی موقوف است بر این که علم به هم رساند آن آب که در وقف نامه است همین آب است و این که کاغذ، ساختگی نیست به جهت آن که مجرد بلاغت و فصاحت کلام و عبارات خوش اندام، باعث جزم به صدق مطلب نیست " (۱).
از این عبارت چنین ظاهر میشود که نظر محقق قمی بر عدم اعتبار سند و نوشته میباشد مگر آن که حاکم علم به صحت مندرجات نوشته پیدا کند و یا آن که

(۱) جامع الشتات ۱: ۳۱۴.

شاهدی زنده بر صحت آن شهادت بدهد. همچنین در کتاب القضاء مگوید:
" محض کاغذ و تمسک، حجت شرعی نیست " (۱). و در کتاب التجاره مگوید:
" مجرد کاغذ و خط، حجت شرعی نمیشود " (۲).

و در منهاج الصالحین بین نوشته ای که به عنوان وقف که بر روی کتاب یا ظرف،
نقش شده باشد و بین نوشته مستقل فرق قائل شده و گفته است: در صورت اول آن
نوشته دلیل " وقف " است ولی اگر سند و نوشته مستقلاً در اموال میت پیدا شود که
در آن سند نوشته شده باشد که فلان منزل وقف است پس آن سند، دلیل وقف
نمیشود مگر آن که انتساب آن سند به میت محرز گردد (۳).
فتوای امام خمینی (قدس سره) در تحریر الوسيله نیز قریب به همین مضمون است
(۴).

برای تحقیق در اعتبار سند لازم است به نقاط قوت و ضعف سند در مقایسه با
بینه و شهادت پردازیم.
نقاط قوت سند:

۱ - سند مکتوب دلیل اثبات مطلق وقایع است چه آن که واقعه مادی یا حقوقی
باشد، لذا سند در صدر عناصر اثبات قرار دارد در حالی که پیش از این شهادت
و بینه در صدر ادله اثبات قرار داشت، چون در قدیم کتابت رواج نداشت و غالباً

(۱) جامع الشتات، ۲: ۶۵۲.

(۲) همان مدرک ۱: ۱۴۱.

(۳) منهاج الصالحین ۲: ۲۷۴.

(۴) تحریر الوسيله ۲: ۸۶.

مردم بسواد بودند و بیشتر اعتماد مردم بر روایت و نقل بود نه بر کتابت. پس از رشد سواد و خواندن و نوشتن در میان مردم، و اختراع وسائل چاپ و... کتابت در صدر ادله اثبات قرار گرفت و بر شهادت تقدم پیدا کرد.

۲ - نقطه قوت دیگر سند آن است که میتوان آن را قبل از اثبات و در حین تولد حق برای اثبات حق آماده و معد نمود بدون آن که منتظر وقت مخاصمه شد لذا آن را دلیل " معد " منامند. به همین دلیل در بسیاری از عقود که ممکن است قبل از مخاصمه و در حین معامله، اقدام به کتابت نمود قانون آن را واجب دانسته و حکم به لزوم ثبت معامله به نحو کتابت میکند. البته این امر در خصوص اعمال حقوقی ممکن است مانند معامله مستغلات که در حین معامله ممکن است اقدام به ثبت و کتابت آن نمود، به خلاف عمل مادی مثل تصادف منجر به خسارت که گاه اقدام به ثبت آن واقعه غیر ممکن است.

۳ - نقطه قوت دیگر سند آن است که احتمال دروغ یا خلاف واقع در شهادت ممکن است چون انسان در معرض دروغ و نسیان میباشد، اما این احتمال در مورد سند راه ندارد.

نقاط ضعف سند:

۱ - نقطه ضعف اول سند آن است که صحت صدور آن از شخص منتسب الیه قابل تردید است و احتمال جعل در سند امکان پذیر میباشد، چون نوشته زبان ندارد و به مجرد ارائه سند نمیتوان حکم به صحت انتساب آن نمود، و این بر خلاف شهادت، اقرار و قرائن قانونی یا قضایی که در آن موارد انتساب آن به منتسب الیه واضح است مثلاً در شهادت وقتی که شاهد در محکمه اقدام به ادای شهادت

منماید واضح است که این شهادت از زبان شاهد برخواسته و احتمال عدم انتساب و جعل در آن راه نمیآید و این درجه از قطعیت انتساب در کتابت وجود ندارد. لذا در مورد سند عادی به مجرد آن که منتسب الیه در آن تردید یا انکار کند از اعتبار ساقط مشود و اعتبار آن منوط به اقرار و اعتراف منتسب الیه یا سکوت وی میباشد.

اما در مورد سند رسمی چون با تشریفات خاصی و از طرف يك مقام دولتی تنظیم مشود احتمال جعل در آن ناچیز است لذا به مجرد تردید و انکار صدور آن از منتسب الیه خللی به آن وارد نمیشود و تنها به ادعای جعلی بودن سند میتوان توجه نمود و مدعی جعل میتواند با اثبات آن سند رسمی را از اعتبار ساقط نماید. (موضوع ماده ۱۲۹۲ ق - م) اما در مورد سند عادی اگر طرفی که سند بر علیه اوست صدور آن را از منتسب الیه تصدیق کند آن سند، اعتبار سند رسمی پیدا میکند (بند يك ماده ۱۲۹۱ ق - م).

لذا در مورد سند عادی هر قدر قرائن صحت بیشتر باشد اطمینان به آن سند بیشتر خواهد بود. به همین جهت مردم و عقلاً نسبت به سندی که توسط علما و اشخاص موجه صادر مشود در صورتی که خط یا امضای آن شخص معروف باشد ارج و اعتبار بیشتری قائل هستند و به مجرد ملاحظه سند چنانچه خط برای بیننده آشنا باشد به صحت مندرجات آن اطمینان پیدا میکند. و باز به همین جهت است که بعضی از فقها در باب وقف مگویند: اگر بر روی کتاب یا ظرف نوشته شده باشد که این کتاب یا ظرف وقف است آن نوشته بر وقف بودن آن کتاب یا ظرف دلالت دارد و منشأ آن اطمینان به صحت نوشته میباشد و الا این نوشته با نوشته بر روی کاغذ و یا ورقه جداگانه فرقی ندارد. پس منشأ حکم

به وقفیت و دلالت نوشته بر روی کتاب یا ظرف و عدم دلالت نوشته جداگانه، همانا اطمینان و عدم اطمینان میباشد که در فرض اول انسان به صحت نوشته اطمینان مییابد و در فرض دوم چنین اطمینانی نیست. لذا مرحوم استاد شهید سید محمد باقر صدر در حاشیه خود بر منہاج الصالحین تصریح میکند که: اگر از نوشته بر روی کتاب یا ظرف، اطمینان حاصل شود که غالباً هم چنین است پس حکم به وقفیت آن کتاب یا ظرف میشود (۱).

۲ - یکی دیگر از نقاط ضعف سند آن است که: احتمال مرود نویسنده سند در مقام عبث یا تمرین مشق یا امتحان قلم خود بوده است. و در نتیجه در صدد اخبار از واقع نبوده است، و لذا دلالت سند بر واقع متزلزل میشود.

۳ - یکی دیگر از نقاط ضعف سند آن است که: ممکن است شخص نویسنده سند را به نحو انشا نوشته باشد و معامله را به نحو کتابت انشا کرده باشد که چنین سندی فاقد صفت دلالت میباشد. در این زمینه مؤلف الوسیط مگوید:
"خیلی از اوقات اتفاق مافتد که متعاملین، عقد را با کتابت ابرام میکنند و عقد را به وسیله امضا تمام میکنند و محکمه استیناف شهر اسیوط حکمی در این زمینه صادر نموده مبنی بر این که عقد به مجرد تدوین و کتابت هر چند که امضا شده باشد حاصل نمیشود بلکه باید دلیل اثبات کند که متعاملین با هم تعهد بر امری نموده و اراده کرده اند که تعهد معینی را تنفیذ نمایند" (۲).
این مسأله در فقه نیز مطرح بوده و فقها به نقد و بررسی آن پرداخته اند. عده ای از

(۱) منہاج الصالحین ۲: ۲۶۴.

(۲) الوسیط ۲: ۱۰۷.

فقها بر عدم صحت عقد بدون لفظ دعوی اجماع نموده اند. محقق ثانی به نقل علامه شیخ انصاری (رحمه الله) گفته است: در عقد لازم لفظ معتبر است بالاجماع. و بعضی بر عدم صحت عقد بدون لفظ دعوی شهرت نموده اند. علامه شیخ انصاری نیز به صحت عقد بدون لفظ تنها در صورت ضرورت رأی داده است که اگر

شخص عاجز از نطق و تکلم باشد مثل شخص لال بتواند با اشاره یا کتابت عقد را انجام دهد (۱).

مرحوم آیه الله خوئی مگوید: " انشاء " عبارت است از اعتبار معامله در افق نفس، و هر امری که صلاحیت ابراز داشته باشد میتواند مبرز آن باشد، اعم از این که آن مبرز لفظ یا فعل باشد، مثل قبض و اقباض در معاطاة یا کتابت (۲).
مرحوم آیه الله حکیم در منهاج الصالحین جواز عقد بیع به نحو کتابت را به نحو احتمال تأیید کرده است (۳).

مرحوم استاد شهید صدر نیز در تعلیقه خود بر منهاج الصالحین مگوید: اقرب آن است که انشاء عقد بیع به نحو کتابت جایز است حتی در صورت تمکن از تلفظ (۴).

قانون مدنی در این خصوص صراحت ندارد ولی میتوان از اطلاق ماده ۱۸۳ و مواد ۱۹۱ و ۱۹۳ و ۱۹۴ قانون مدنی استظهار نمود که عقد به وسیله کتابت هم

(۱) مکاسب: ۹۳.

(۲) مصباح الفقاهة ۳: ۱۴.

(۳) منهاج الصالحین ۲: ۱۵.

(۴) همان مدرک: ۲۲.

صحیح است چرا که ماده ۱۸۳ ق - م مگوید: " عقد محقق مشود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند ".
و ماده ۱۹۳ ق - م مگوید: انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد پس میتوان از مجموع مواد فوق الذکر چنین استنباط نمود که انشاء معامله به هر وسیله ای که ابراز شود صحیح بوده و موجب ترتیب اثر میباشد و عقد، اعم از این که به وسیله لفظ صورت بگیرد یا به وسیله کتابت، تحقق مییابد، چون عقد به معنای تعهد، و تطابق دو اراده میباشد و لفظ و کتابت مبرز آن میباشد. پس اشکالی در تحقق عقد و ابرام آن به وسیله کتابت به نظر نمیرسد. اما نقاط ضعف یاد شده به استثنای مورد اول، اختصاص به کتابت ندارد بلکه در الفاظ هم جریان دارد، زیرا احتمال عبث و تمرین و عدم انشا در تلفظ هم مآید و ممکن است متکلم در موقع اجرای عقد، قصد استهزا و یا قصد اخبار داشته باشد و در مقام انشاء نباشد. پس این دو نقطه ضعف در تلفظ هم هست و به همان بیان که

این دو نقطه ضعف در تلفظ قابل دفع است در کتابت هم قابل جواب است. بدین ترتیب که با ملاحظه متن کلام و کتابت و به ضمیمه اصل عقلائی " اصالة الجد " نقطه ضعف دوم را دفع میکنیم و همچنین در متن نوشته باید دقت کرد و چنانچه احتمال انشاء و عدم اخبار و احتمال این که انشای عقد با همین کتابت ابرام شده، احتمالی عقلائی باشد و در حدی که ظهور کتابت در اخبار را از بین ببرد پس آن احتمال ظهور را از بین میبرد و نوشته، از اعتبار ساقط میشود. اما اگر آن احتمال ضعیف بوده و قابل اعتنا نزد عقلا نباشد پس ظهور نوشتار در اخبار حجت است، و در نتیجه دلالتش بر مندرجات صحیح و فاقد هر گونه نقطه ضعف میباشد.

اما مورد اول یعنی احتمال عدم صدور نوشته از منتسب الیه و احتمال جعل و تزویر که نقطه ضعف عمده نیز همین امر میباشد باز هم قابل دفع است چرا که اگر احتمال جعل و تزویر در حدی باشد که عقلا به آن توجه میکنند و در نتیجه به ظهور کتابت و نوشته در اقرار یا اخبار به وقوع عقد، لطمه و خلل وارد میکند در این

صورت نوشته و سند از اعتبار ساقط میشود. و اما اگر احتمال جعل در میان نباشد و یا اگر احتمالی ضعیف باشد که عقلا بدان توجه نمکنند پس آن احتمال مانع تحقق ظهور نمیشود.

اما در مورد اصل ظهور " کتابت " و " حجیت " آن میتوان به دو دلیل تمسک نمود:

دلیل اول: سیره مستمره و روش عقلا بر عمل به مفاد نوشتار، چرا که بنای عقلا بر عمل به نوشتار بوده و بسیاری از کارهای خود را به وسیله کتابت و نوشته انجام میدهند و هیچ عاقلی وقتی که نامه ای از دوست خود مبنی بر فروش منزل یا ازدواج، دریافت میکند، در آن نامه تشکیک نمیکند مگر آن که احتمال جعل و تزویر بدهد پس اگر احتمال جعل و تزویر ندهد به مفاد نامه عمل کرده و بدان اعتبار میدهد. همچنین عمل اصحاب ائمه (علیهم السلام) در نوشتن حدیث و استفتا از

امام معصوم (علیه السلام) نشان دهنده حجیت نوشتار، در میان آنان میباشد. پس با توجه به روش عقلا و گستردگی و اعتبار آن در بین اصحاب ائمه (علیهم السلام)

روشن میشود که نوشتار حجت است.

دلیل دوم: آیه شریفه: * (یا أيها الذین آمنوا إذا تداینتم بدین إلى أجل مسمی

فاکتبوه) * (۱).

پس امر به کتابت دین، دلیل اعتبار کتابت میباشد چرا که اگر کتابت و سند حجت نباشد دستور کتابت لغو خواهد بود. همچنین دستوراتی که پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) یا ائمه (علیهم السلام) به اصحاب خود میدادند مبنی بر کتابت حدیث که اگر کتابت حجت

نباشد چنین دستوراتی لغو و بی ارزش میباشد. با توجه به مطالب گذشته، انسان قطع به حجیت و اعتبار سند و نوشته و حجیت ظهور آن پیدا میکند، مثل ظهور الفاظ، مگر در صورتی که احتمال جعل و تزویر در بین باشد که در این صورت مانع انعقاد ظهور کتابت میشود.

(۱) " ای اهل ایمان! چون به قرض و نسیه معامله کنید تا زمانی معین، سند و نوشته در میان باشد. (سوره بقره، آیه ۲۸۲).

دلالت سند به طور مستقیم
" سند " در مقایسه با ادله دیگر دلالتش بر تصرف قانونی (اعمال حقوقی) یا وقایع خارجی مستقیم نیست به این معنا که سند خود به طور مستقیم دلالت بر تصرف قانونی و اعمال مادی نمکند بلکه آنچه که سند بر آن به طور مستقیم دلالت میکند یا اقرار متعاملین بر وقوع معامله و یا شهادت مأمور رسمی دولت و یا شخص عادی بر وقوع معامله میباشد که در واقع آن اقرار و آن شهادت، دلیل بر وقوع معامله میباشد و خود سند دلیل بر دلیل میباشد لذا اگر شخص مدعی علیه که سند بر ضرر اوست اثبات کند که اقرار صادره از او و امضای منتسب به وی از روی اکراه بوده است پس سند صادره از اعتبار ساقط میشود و این دلیل آن است که سند خود به طور مستقیم دلیل بر تصرف قانونی (اعمال حقوقی) نیست.

اقسام سند

بنابر مباحث گذشته مشخص شد که سند بر دو قسم است:

۱ - سند رسمی.

۲ - سند غیر رسمی.

در این مبحث لازم است که فرق بین این دو سند را روشن نماییم. سند رسمی با غیر رسمی در سه جهت با هم فرق دارند.

الف - در شکل و مضمون.

ب - در حجیت.

ج - در قدرت اجرائی.

اما از نظر شکل و مضمون: در سند رسمی شرط است که توسط مأمور رسمی و در حدود صلاحیت و با رعایت مقررات تنظیم شود و اما در سند عادی، تنها کافی است که شخص مدیون آن را امضا کرده باشد، آن هم در صورتی که سند دلیل

معد باشد اما اگر دلیل معد نباشد امضاء هم شرط نیست.

اما در حجیت: پس طبق مباحث گذشته سند رسمی و عادی هر دو حجت و دلیل میباشند با این فرق که در سند عادی کافی است که شخص منتسب الیه

صدور خط یا امضای ذیل را از خود مورد تردید یا انکار قرار دهد، و یا صحت مندرجات در سند را مورد اشکال قرار دهد، اما در سند رسمی تنها با دعوی جعل و اثبات آن میتوان خللی در حجیت و اعتبار آن سند وارد کرد، و با تردید و انکار، و یا تشکیک در مندرجات سند نمیتوان سند رسمی را از اعتبار ساقط نمود بلکه باید اثبات کرد که مثلاً مأمور رسمی آن را از پیش خود نوشته است. اما در قدرت اجرائی: پس سند رسمی را میتوان به اجرا گذاشت و احتیاجی به حکم حاکم ندارد. ولی سند عادی پس اجرای آن متوقف بر حکم حاکم است.

برخی از مصادیق سند رسمی

۱ - حکم حاکی که توسط کتابت به حاکم دیگری ابلاغ میشود:
از جمله مصادیق سند رسمی، حکم حاکم میباشد، و در دلیل بودن آن فقها
اختلاف کرده اند بعضی از فقها مگویند: اگر قاضی به قاضی دیگر حکمی را نسبت
به فرد معینی به وسیله کتابت اعلام نمود، چنین نوشته ای دلیل نبوده و نمیتوان بر
آن ترتیب اثر نمود. و بعضی از فقها دعوی اجماع بر این مسأله نموده اند و بعضی
گفته اند حتی اگر قاضی دوم از کتابت قاضی اول علم پیدا کند باز هم نمیتواند به
این کتابت و به این علم ترتیب اثر دهد (۱). محقق حلی در شرایع مگوید: رساندن
حکم از حاکمی به حاکم دیگر به وسیله کتابت قابل اعتنا نیست چون میتوان مثل
آن نوشته را جعل نمود (۲). صاحب جواهر (رحمه الله) دعوی اجماع بر عدم اعتبار
کتابت
نموده است (۳). سکونی و طلحة بن زید از امام صادق (علیه السلام) از پدر
بزرگوار خود

(۱) تحریر الوسيلة ۲: ۴۳۳.

(۲) شرایع الاسلام ۴: ۹۵.

(۳) جواهر الکلام ۴۰: ۳۰۳.

روایت میکند که مگوید:

" حضرت علی (علیه السلام) حکم حاکمی را که به وسیله کتابت ابلاغ شده بود
تنفیذ

نمکرد نه در حدود و نه در غیر حدود و این وضع استمرار داشت تا این که بنی امیه
حکومت را به دست گرفتند پس با بینه حکم را تنفیذ مکردند " (۱).
برای تحقیق و بررسی این مسأله لازم است که نقاط ضعف ابلاغ حکم به وسیله
کتابت را بیان کنیم:

در این زمینه مقدماتا باید به کیفیت صدور حکم و ابلاغ آن اشاره کنیم.
آنچه که بین فقها در باب کیفیت صدور حکم مسلم است آن است که حکم باید
به صورت لفظ انشاء شود، چون حکم از مقوله انشاء است، و انشاء باید به صورت
لفظ اداء شود. بنابر این در ابلاغ حکم به وسیله کتابت چند نقطهء ضعف وجود
دارد:

۱ - احتمال عدم جدیت در کتابت و احتمال آن که کتابت برای منظور دیگری
بوده است.

۲ - احتمال جعل و تزویر.

۳ - احتمال صدور حکم و انشای آن به صورت کتابت نه به صورت لفظ.

شکی نیست که در فرض یکی از این سه احتمال، حکم نامه (دادنامه) معتبر
نبوده و نمیتوان بر آن ترتیب اثر داد و آن را به عنوان دلیل پذیرفت اما اگر هیچ يك
از این احتمالات در بین نبود و طرف از نوشته و حکم نامه علم به صحت مندرجات
آن پیدا کرد، پس معلوم نیست که معقد اجماع این صورت را شامل شود. به همین

(۱) وسائل الشیعة، ۱۸: ۲۱۸، باب ۲۸ از ابواب کیفیت الحکم.

جهت ابو علی (ابن جنید) بین موارد " حق الناس " و موارد " حق الله " تفصیل داده است، و در موارد " حق الله " قائل به عدم تنفیذ حکم به وسیله کتابت شده و در موارد " حق الناس " تنفیذ را پذیرفته است. محقق اردبیلی هم به نقل صاحب جواهر قائل به جواز تنفیذ شده است در صورتی که طرف علم به صدور نوشته از قاضی پیدا کرده و قصد جدی معنا را هم احراز کند. وی آنگاه اضافه میکند: و لذا عمل به مکاتبه در روایت و اخذ فتوا از مجتهد و حدیث از کتاب جایز است. از طرفی دیگر گاه ظن و گمان حاصل از کتابت بیشتر از ظن و گمان حاصل از شهادت دو نفر عادل میباشد بلکه در صورتی که انسان احتمال جعل و تزویر ندهد علم به مفاد نوشته پیدا میکند و شاید مقصود " ابن جنید " هم همین صورت باشد و شاید کسی از فقها هم مخالف این نظر نباشد و مقصود فقهای مخالف با حجیت کتابت، آن صورت است که احتمال جعل و تزویر در کتابت داده شود. صاحب جواهر نیز به تبعیت از محقق اردبیلی (رحمه الله) مگوید: در صورتی که انسان

از " کتابت " علم به صحت مندرجات پیدا کند و همچنین علم پیدا کند که قاضی قبلاً حکم را صادر کرده و این کتابت اخبار از صدور حکم میباشد در این صورت عمل به آن کتابت و نوشته جایز است. به سیره مستمره در تمام زمانها و مکانها و عمل علما در نقل اجماع و خلاف بین فقها که به وسیله کتابت و مراجعه به کتاب تحقق مییابد، استناد نموده است.

اما در مورد روایت منقول از امام صادق که حضرت علی (علیه السلام) حکم با کتابت را

تنفیذ نمکرد میتوان گفت: شاید عدم تنفیذ حکم با کتابت مخصوص آن صورتی است که احتمال جعل و تزویر مرفته است، و یا شاید مقصود عدم تنفیذ حکمی

است که به وسیله کتابت انشا شده باشد (۱).
سید محمد کاظم یزدی مگوید: در تنفیذ حکم حاکم اول توسط حاکم ثانی لازم است که حاکم ثانی علم به صدور حکم از حاکم اول پیدا کند، و تحصیل علم یا به حضور وی در مجلس حکم میباشد یا به خبر متواتر و یا خبر واحد متضمن قرائن قطعیه. و اضافه میکند: اقرار مدعی علیه بر صدور حکم در حصول علم کفایت میکند. و ظن به صدور حکم حتی با رؤیت خط، کفایت نمکند (۲). در هر حال آنچه که مسلم است آن است که: اگر حاکم دوم علم به صدور حکم از حاکم قبلی پیدا کند بر او لازم است که حکم حاکم قبلی را تنفیذ کند و کلمات مخالفین این

نظر بر صورتی حمل میشود که آن حکم موجب علم نشود و تنها ظن و گمان پیدا کند، چرا که ظن و گمان حجت نیست. و بر این اساس فتوای موجود در تحریر الوسيله مبنی بر عدم جواز تنفیذ حکم حاکم قبلی توسط حاکم دوم حتی اگر علم پیدا کند به صدور آن (۳)، غیر صحیح به نظر میرسد.

۲ - نامه ها و فرمانهای مقام رهبری:

یکی دیگر از مصادیق سند رسمی، نامه ها و نوشته ها و فرمانهای مقام رهبری است. و برای اثبات حجیت و دلیل بودن چنین نوشته هایی میتوان به نامه های پیغمبر (صلی الله علیه وآله و سلم) به رؤسا و پادشاهان زمان خود استدلال نمود که اگر نوشته و سند،

(۱) جواهر الکلام ۴۰: ۳۰۳.

(۲) عروة الوثقی ۳: ۲۷.

(۳) تحریر الوسيله ۲: ۴۳۳، مسأله ۲.

دلیل و حجت نبود حضرت مبادرت به ارسال نامه ننمود و همچنین میتوان استدلال نمود به جریان دستور حضرت در مرض وفات به اصحاب خود که دوات و بیاض برای او بیاورند تا در آن، آنچه که موجب رستگاری امت میباشد ثبت کند (۱)

و اگر کتابت حجت نمیبود چنین دستوری از پیغمبر لغو بود و همچنین میتوان به این داستان بر حجیت کتابت در وصیت استدلال نمود چرا که حضرت بر آن بود که وصیت نامه سیاسی خود را بنویسد. ولی به حسب نقل صاحب مستمسک مشهور فقها بر آنند که نوشته در باب وصیت اعتبار ندارد. اما در این زمینه صاحب جواهر مگوید: نوشته در باب اقرار و وصیت در صورتی که ظهور در وصیت و اقرار داشته باشد، حجت است، تا چه رسد به صورتی که انسان از نوشته علم پیدا کند و استدلال میکند به این که نوشته مانند لفظ است و در مرتبه دوم از وضع میباشد (۲).

هم چنین میتوان به روایاتی استدلال کرد که انسان را از خوابیدن در شب نهی میکند مگر آن که وصیت خود را زیر سر خود بگذارد (۳). و وصیتی که زیر سر باید

گذاشت عبارت است از وصیت نامه مکتوب و اگر سند و نوشته اعتبار نداشت پس دستور به نوشتن آن و زیر سر گذاشتن لغو بود. در هر حال آنچه که به نظر مرسد آن است که کتابت و نوشته در باب وصیت و اقرار معتبر میباشد. در این مورد باید به این سؤال پاسخ گفت که: آیا میتوان

(۱) الکامل فی التاریخ، ابن الاثیر ۲: ۳۲۰.

(۲) جواهر الکلام ۲۸: ۲۴۹.

(۳) وسایل الشیعة ۱۳: ۳۵۲.

این حکم را از وصیت و اقرار، به موارد دیگر از جمله نوشتن نامه از قاضی به قاضی دیگر تعمیم داد یا خیر؟

در جواب باید گفت که موارد عقود و حکم قاضی با موارد وصیت و اقرار، فرق دارد. عقود و حکم قاضی از موارد انشاء است و انشاء بنابر مبنای مشهور متوقف بر لفظ است و نمیتوان به وسیله نوشته و کتابت آن را انجام داد.

اما وصیت و اقرار لازم نیست به نحو انشاء صورت بگیرد فقها در وصیت و اقرار مگویند: " وصیت و اقرار به آنچه که بر آن دلالت کند ثابت میشود اعم از آن که لفظ یا اشاره یا کتابت باشد "

حال اگر توانستیم ملاک حجیت و اعتبار کتابت را در باب وصیت و اقرار کشف کنیم میتوان به وسیله آن ملاک قطع پیدا کنیم که فرقی بین موارد کتابت وجود ندارد اما اگر نکته اعتبار کتابت را کشف نکردیم نمیتوان حکم را به موارد دیگر سرایت داد.

در مقام کشف نکته اعتبار کتابت در باب وصیت و اقرار چنین به نظر میرسد که نکته اعتبار کتابت همان سیره و روش عقلا میباشد و از نظر عقلا هر جا که کتابت دلالت بر مقصود داشته باشد معتبر شناخته میشود و هر جا که دلالت و ظهور نداشته باشد، معتبر نیست. بنابر این کتابت در صورتی که دلالت بر مقصود داشته باشد و احتمال جعل و تزویر در آن نرود معتبر میباشد.

۳ - قولنامه:

یکی دیگر از مصادیق سند " قولنامه " میباشد و آن عبارت است از این که: متعاملین در مواردی قصد معامله دارند ولی مقدمات آن از قبیل مقررات اداری

و پرداخت مالیات هنوز فراهم نشده، و بدین جهت طرفین، قرار داد منعقد کرده و تعهد میکنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاصی انجام دهند. به سندی که در این باب تنظیم میشود "قولنامه" مگویند که از مفهوم کلمه قولنامه پیداست این قرارداد وعده قول به بیع است نه خود بیع. اما در حقوق فرانسه قولنامه اثر عقد بیع را دارد (بند يك ماده ۱۳۸۹ ق - م) و در محاکم ایران به تبعیت از رأی هیأت عمومی آن را تعهد به بیع دانسته اند (۱).

مؤلف الوسیط معاملات را این گونه تقسیم کرده و مگوید: گاه میشود که انسان به نحو بت و قطع و در يك مرحله معامله را تمام میکند، و گاه میشود که متعاملین معامله را در دو مرحله به انجام مرسانند، يك مرحله ابتدائی و يك مرحله نهائی. در مرحله ابتدائی نیز گاه میشود که متعاملین یا یکی از آنها فقط به وعده بیع اکتفا میکنند و گاه میشود که پا را از وعده فراتر گذاشته و اقدام به بیع ابتدائی میکنند و چه بسا که بیع ابتدائی همراه با پرداخت بیعانه صورت مگیرد بنابر این بیع دو مرحله ای به سه قسم تقسیم میشود هر کدام حکم مخصوص به خود دارد.

۱ - وعده بیع.

۲ - بیع ابتدائی همراه با پرداخت بیعانه.

۳ - بیع نهائی. و وعده بیع گاه از يك طرف لازم و از طرف دیگر الزامی نیست و گاه از دو طرف لازم میشود. و این گونه معاملات در زندگی روزمره مردم زیاد انجام مگیرد مثلاً شخصی در آینده احتیاج به زمینی در همسایگی منزل یا کارخانه خود پیدا میکند یا الآن بدان محتاج میباشد ولی فعلاً امکان خرید آن را ندارد،

(۱) دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، دوره عقود معین: ۵۳.

و لذا قراردادی با صاحب زمین منعقد میکند مبنی بر این که هر زمان که مشتری خواست، صاحب زمین اقدام به فروش زمین بنماید که در این صورت صاحب زمین مقید و ملتزم به فروش میباشد نه مشتری.

مثال دیگر: مستأجری اقدام به تعمیرات اساسی در عین مستأجره میکند و قبل از اقدام به تعمیر صاحب ملك به او وعده میدهد که هر وقت مستأجر خواست ملك را بخرد او اقدام به فروش ملك نماید، که در این صورت عقد یا وعده از يك طرف لازم میباشد و آن از طرف صاحب ملك است.

و گاه میشود که وعده به بیع از دو طرف لازم میشود. مثلاً اگر متعاملین خواستند ملكی را معامله کنند ولی موانعی برای عقد نهایی در بین میباشد، از قبیل مشکلات سندی یا تخلف ساختمانی و یا عوارض نوسازی و در عین حال طرفین مایلند که معامله را انجام دهند. در این صورت اقدام به قرارداد ابتدائی میکنند، و در آن هر کدام وعده میدهند که عقد نهایی را در زمان معین تنفیذ کنند، و این وعده نسبت به طرفین لازم میباشد و این گونه وعده و قرارداد ابتدائی، تنها ایجاب نیست بلکه عقد کامل و ایجاب همراه با قبول میباشد ولی واقع این عقد وعده به بیع بوده و مقدمه عقد نهائی میباشد. نویسنده الوسیط در ادامه بحث خود مگوید:

طبق بند اول ماده ۱۰۱ قانون مدنی جدید مصر چنین قراردادی که طرفین یا یکی از متعاملین وعده به ابرام عقد معینی در آینده بدهد لازم الاجرا نیست مگر آن که تمام شرایط عقد مورد وعده و مسائل اساسی آن در این قرارداد منظور گردد، از جمله آن مسائل، تعیین مدتی است که در خلال آن عقد نهائی صورت مگیرد. و رعایت آن مسائل و جوانب، شرط اساسی این قرارداد میباشد. مثلاً اگر وعده به

بیع داده شد، لازم است که طرفین بر مقدار ثمن و مثنی توافق بنمایند و اگر وعده به شرکت میباشد باید بر مقدار مال مورد شرکت توافق شود و اگر وعده به معامله پایاپای (مقایضه) باشد باید بر سر دو جنس مورد تبادل توافق بنمایند (۱). بنابراین مؤلف الوسیط هم به تبعیت از قانون مصر، قولنامه را وعده به عقد یا عقد ابتدائی دانسته و آن را لازم شمرده است.

اما از نظر فقهی، میتوان قولنامه را تحت دو عنوان مورد بحث قرارداد. عنوان اول عنوان وعده و وجوب وفای به آن و عنوان دوم عنوان شرط ابتدائی. اما در انطباق عنوان اول باید در دو جهت بحث نمود:
نخست: در حقیقت وعده.

دوم: در حکم خلف وعده و وفای به آن.

اما در مورد اول باید گفت که وعده ممکن است به سه صورت انجام بگیرد: صورت اول: آن است که شخص از ما فی الضمیر خود خبر مدهد که در آینده فلان عمل را انجام خواهد داد مثلاً بگوید که: فردا به منزل شما می‌آیم. که در این صورت صدق و کذب چنین اخباری بستگی به نیت و عزم طرف دارد اگر در موقع وعده، نیت انجام آن عمل را دارد آن اخبار صادق و گرنه کاذب است.

صورت دوم: آن است که شخص، متعهد و ملتزم میشود که در آینده فلان عمل را انجام دهد که چنین تعهدی متصف به صدق و کذب نمیشود، چون تعهد از مقوله انشاء است و انشاء متصف به صدق و کذب نمیشود، نظیر نذر. و صدق و کذب در آن، تنها منوط به انجام و وفای به تعهد میباشد.

(۱) الوسیط ۱: ۲۴۹.

صورت سوم: آن است که شخص، تنها از عملی در آینده خبر مدهد بدون آن که تعهد و التزامی در بین باشد. مثلا بگوید که فردا به منزل شما می‌آیم بدون آن که اخبار از عزم و نیت خویش کرده باشد بلکه تنها اخبار از آینده میباشد و نظرش به آینده است لا غیر.

در این صورت صدق و کذب خبر منوط به تحقق آن امر در آینده بوده و این نوع وعده متصف به صدق و کذب میشود و حرمت آن منوط به آن است که شخص در حین اخبار به نحو جزم از وقوع امری در آینده خبر بدهد و اگر در آن موقع جزم نداشته باشد یا جزم به عدم داشته باشد چنین اخباری حرام است.

اما اگر در موقع اخبار، جزم به انجام آن امر داشته باشد ولی بعدا به عللی از آن امر منصرف شد در این صورت مرتکب حرام و گناه نشده است، چون مفاد ادله حرمت کذب، حدوث و ایجاد کلام مخالف واقع میباشد. اما اگر کلام قبلا صادر شده باشد در این فرض لازم نیست در مرحله بقاء نیز آن کلام را صادق نگهدارد (۱).

اما حکم خلف وعده تحت دو عنوان قابل بررسی است:

الف - عنوان کذب بدین بیان که کذب و دروغ حرام است و خلف وعده هم مستلزم کذب میباشد پس خلف وعده حرام است.

ب - عنوان خلف وعده مستقلا.

اما عنوان کذب تنها در صورتی بر خلف وعده منطبق است که شخص در موقع وعده قصد داشته باشد که آن امر را در آینده انجام ندهد. لذا مرحوم آیت الله حکیم (رحمه الله) در منهاج الصالحین مگوید: " اگر شخص در موقع وعده قصد خلاف

(۱) مصباح الفقاهة ۱: ۳۹۲.

آن را داشته باشد، پس مرتکب حرام و گناه شده است " (۱).
اما عنوان خلف وعد با قطع نظر از انطباق عنوان کذب یا عدم انطباق آن، مشهور فقها بر آنند که این عمل مکروه است و حرام نیست. بعضی از فقها بر این مطلب ادعای اجماع کرده. و بعضی پا را فراتر گذاشته و عدم حرمت آن را مطابق با سیره قطعیه متشرعه یعنی روش و بنای متدینین بر عدم حرمت آن دانسته اند (۲).
حتی صاحب وسائل الشیعة شیخ حر عاملی این باب را تحت عنوان باب " استحباب صدق وعد " قرار داده است.

ولی با ملاحظه روایات صحیح در این زمینه که صراحت در وجوب وفای به وعد و حرمت مخالفت آن دارد حکم به کراهت خلفت وعد مشکل است. در این زمینه روایتی است با سند صحیح از امام صادق (علیه السلام) از پیغمبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) که مفرماید: " کسی که ایمان به خدا و روز جزا دارد، پس باید به وعده خویش وفا کند " (۳).

روایت دیگر از هشام بن سالم از امام صادق (علیه السلام) مگوید: وعده مؤمن به برادر

ایمانی خویش به منزله نذری است که کفاره ندارد و اگر تخلف کند به غضب خدا دچار میشود. و استشهاد به آیه شریفه میکند: * (یا ایها الذین آمنوا لم تقولون مالا تفعلون) * (۴).

(۱) منهاج الصالحین ۲: ۱۵.

(۲) مصباح الفقاهة ۱: ۳۹۳.

(۳) وسائل الشیعة ۸: ۵۱۵، باب ۱۰۹ از ابواب احکام العشرة، حدیث ۲.

(۴) وسائل الشیعة ۸: ۵۱۵، باب ۱۰۹ از ابواب احکام العشرة، حدیث ۳.

در عهدنامه حضرت علی (علیه السلام) به مالک اشتر آمده است: مبادا مرتکب خلف وعد شوی که خلف وعد موجب غضب خدا و مردم مشود و خداوند تبارک و تعالی در قرآن مگوید: * (کبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون) * (۱). محقق نراقی در کتاب عوائد مگوید: " جماعتی از فقها بر وجوب وفای به وعده مطلقا تصریح نموده و گفته اند که خلف وعد، معصیت و گناه میباشد " (۲). اما با توجه به این که مسأله از مسائل عام البلوی و محل ابتلای عموم مردم میباشد و برخورد متدینین با آن به صورت و عنوان ترک واجب نیست و مشهور فقها هم فتوا به وجوب وفای به وعد نداده اند و حتی فقهای اهل سنت نیز غالباً فتوا به استحباب آن داده اند لذا قول به وجوب هم بعید به نظر مرسد. و قول به کراهت مطابق با احتیاط میباشد.

حتی اگر چنانچه فتوا به وجوب وفای به وعده هم بدهیم نمیتوان حکم وضعی را اثبات نمود چون ادله و روایات مربوط به وفای به وعده اگر فرضاً وجوب را اثبات کند، وجوب تکلیفی را اثبات میکند و آنچه که مورد بحث است " حکم وضعی " است به این معنا که وعده بیع، حکم خود بیع را داشته، و مال از وعده دهنده به موعود له منتقل شود که این معنا با ادله فوق قابل اثبات نیست. عنوان دیگری که ممکن است بر قولنامه منطبق باشد عنوان شرط ابتدائی است و فقها به بررسی آن پرداخته اند و تحقیق در این عنوان ایجاب میکند که در دو زمینه بحث شود. نخست حقیقت شرط از نظر اهل لغت، و دیگر حکم آن.

(۱) نهج البلاغه، کتاب ۵۳، عهدنامه مالک اشتر.

(۲) عوائد الأيام: ۴۶.

حقیقت شرط: در قاموس اللغة و اقرب الموارد در ماده شرط آمده است: "الشرط إلزام الشئ والتزامه في البيع ونحوه" یعنی شرط عبارت است از تعهد به شیء در بیع و نحو آن. و بر همین اساس علامه شیخ انصاری مگوید: "شرط به معنی التزام و تعهد تبعی است که در ضمن عقد میباشد" (۱). بعضی از محققین نیز شرط را به معنی ربط بین دو شیء دانسته. و گفته صاحب قاموس و اقرب الموارد را تأیید کرده اند (۲). محقق ایروانی (رحمه الله) نیز مگوید: "شرط از نظر عرف عبارت است از تقید امری به امر دیگر یا تکوینا یا به جعل جاعل" (۳). بنابر این اقوال، شرط عبارت است از امری که متعاقدین در ضمن عقد بدان متعهد و ملتزم میشوند. از این جهت التزام و تعهد ابتدائی را شرط نمگویند: در مقابل، بعضی دیگر از لغویین "شرط" را به معنی مطلق التزام و تعهد دانسته اند. در المنجد مگوید: "الشرط" مصدر است به معنی مطلق تعهد و التزام میباشد. فرهنگ معین "شرط" را به معنی قرار، پیمان، عهد، تعلق امری به امر دیگر دانسته است. علامه شیخ انصاری در مبحث شروط مگوید: "شرط در عرف به دو معنی آمده است: الف - به معنی حدی، یعنی مطلق تعهد و التزام.

(۱) مکاسب: ۲۱۶.

(۲) مصباح الفقاهة ۲: ۱۴۲.

(۳) حاشیه مکاسب، بحث خیرات: ۶۱.

ب - به معنی چیزی که از عدم آن، عدم مشروط لازم مآید " (۱). سید محمد کاظم یزدی نیز در تعلیقه خود بر مکاسب در بحث شروط مگوید: " اولی آن است که شرط را به معنی قرار، پیمان و عهد دانست. و از الصراح نقل میکند که شرط به معنی مطلق عهد، جعل و قرار میباشد. و مقصود از قرار و پیمان، مطلق پیمان نیست بلکه پیمانی که موجب التزام و تکلیفی بر مشروط علیه بشود به طوری که عرفاً خود را ملزم به آن تعهد و وفای به آن بداند " (۲).

بنابر این

آنچه که از گفتار لغویین به دست مآید آن است که شرط، هم به معنی التزام و تعهد در ضمن عقد و هم به معنی مطلق التزام و تعهد میباشد.

حکم شرط ابتدائی: برای انطباق عنوان شرط ابتدائی بر قولنامه میتوان به دو دلیل تمسک نمود:

دلیل اول: روایاتی با این تعبیر که: " المؤمنون عند شروطهم " (۳) یعنی مؤمن به شرط خود وفا نموده و به تعهد خود عمل میکند. بنابر این اگر در بحث سابق شرط را به معنی تعهد و التزامی که در ضمن عقد میباشد بدانیم پس این حدیث شامل شرط ابتدائی نمیشود. و اما اگر گفتیم که شرط به معنی مطلق تعهد میباشد. این دلیل شامل شرط ابتدائی میشود. اما پیش از این گفتیم که کلمه شرط به هر دو معنی مطلق و مقید آمده است، لذا کلمه شرط در حدیث مجمل به نظر میرسد، لکن چون قدر متیقن بین مطلق و مقید، مقید میباشد، پس حدیث، شامل شرط

(۱) المكاسب، بحث خيارات: ۲۷۵.

(۲) حاشیه مکاسب: ۱۰۵.

(۳) تهذیب الأحكام، ط قدیم ۲: ۲۱۹.

ابتدائی نمیشود. به فرض آن که کلمه شرط شامل شرط ابتدائی هم بشود و بگوئیم شرط در حدیث عبارت است از: مطلق جعل و عهد، ولی نمیتوان از این حدیث حکم وضعی را استفاده نمود زیرا حدیث در صدد بیان وصف مؤمن میباشد و مگوید: مؤمن به شرط خود پایبند میباشد، و ممکن است این جمله به معنی آن باشد که مؤمن باید به شرط و تعهد عمل کند و در مقام بیان حکم تکلیفی یعنی وجوب وفای به شرط باشد و ناظر به جهت وضعی - حصول نقل و انتقال - نباشد. و آنچه که مهم و مؤثر است اثبات جنبه وضعی مسأله است.

دلیل دوم: آیه شریفه: * (أوفوا بالعقود) * (۱) خداوند در این آیه شریفه مؤمنین را امر میکند که به تعهدات خود وفا کنند و عقد بنابر تفسیر اهل لغت به معنی تعهد و التزام میباشد و روایاتی که در تفسیر آیه مبارکه وارد شده است نیز عقد را به معنی تعهد ذکر کرده اند و چون کلمه "العقود" جمع و دارای الف و لام است لذا مفید عموم و شمول میباشد و معنی آن این است که هرگونه تعهد و قراردادی لازم الوفا میباشد. پس آیه شریفه مطلق تعهدات را لازم الوفا دانسته و شرط ابتدائی هم به حسب لغت به معنی تعهد میباشد. بنابر این به مفاد آیه شریفه، شرط ابتدائی هم لازم الوفا میباشد. در نتیجه تنها دلیلی که میتواند شرط ابتدائی را لازم الوفا بداند همان آیه شریفه: * (أوفوا بالعقود) * میباشد. و در نتیجه شرط ابتدائی اگر به نحو تعهد و التزام باشد لازم الوفا است. لذا ماده ۱۰ قانون مدنی مگوید:

" قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که

(۱) سوره مائده، آیه ۱.

مخالف صریح قانون نباشد نافذ است".
شاید منشأ توجیه محاکم کشور نیز در مورد قولنامه مبنی بر تعهد به انتقال - به
تبعیت از رأی هیأت عمومی شماره ۵ / ۴ / ۴۷۹۳۱ دیوان کشور - بر همین مبنا
باشد که

قولنامه را شرط ابتدائی به شکل تعهد دانسته و مضمول آیه * (أوفوا بالعقود) *
دانسته است.

نتیجه مهم این بحث آن است که صریح مواد ۲۲، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد
و املاک کشور عبارت است از این که قولنامه اگر خود، سند انتقال باشد - چنان که
قانون فرانسه مگوید - بنابر این لازم است طبق مواد فوق الذکر سند انتقال را به
شکل رسمی و در محاضر ثبت نمود و سند عادی انتقال به شکل قولنامه به عنوان
سند انتقال پذیرفته نمیشود. و اما اگر قولنامه را سند انتقال ندانسته بلکه تعهد به
انتقال و آن را تعهد به بیع به نحو شرط ابتدائی بدانیم پس لازم نیست که در محضر
و بطور رسمی ثبت گردد.

بنابر این، قول صاحب الوسیط مبنی بر توجیه قولنامه به وعده بیع یا بیع ابتدائی
غیر صحیح به نظر می‌رسد، چون اگر قولنامه وعده باشد به نظر مشهور فقهای
امامیه و فقهای اهل سنت، لازم الوفا نیست، اما بیع ابتدائی اساساً غیر مفهوم به
نظر می‌رسد، چون بیع عبارت است از تملک عین به عوض معلوم، (ماده ۳۳۸
قانون مدنی) و اگر تملک عین حاصل شده دیگر مسأله تمام است و بیع به حد
نهایی خود رسیده است. و اگر تملک عین حاصل نشده پس بیع حاصل نشده است
و تقسیم بیع به ابتدائی و نهائی غیر صحیح به نظر می‌رسد بلکه امر بیع بین وجود
و عدم میباشد یا بیع تحقق یافته و یا تحقق نیافته است برای توضیح بیشتر به عقد
نکاح مثال می‌زنیم.

شخصی مثلا دختر عمومی خود را خواستگاری میکند پس از توافق طرفین بنا را بر ازدواج قرار میدهند ولی طبق قانون ازدواج، عقد باید در محضر رسمی صورت بگیرد و قانون هم برای حفظ نظم اجتماع و حمایت از خانواده، مقرراتی از قبیل: بلوغ سنی یا توافق گروه خونی وضع نموده که رعایت این مقررات غالبا در موقع ازدواج میسر نیست لذا غالبا مردم در ابتدا عقد را به طور شرعی انجام میدهند و بعدا آن را به ثبت می‌رسانند. پس در اینجا صحیح نیست بگوییم دو عقد صورت گرفته يك عقد ابتدائی و يك عقد نهائی و همچنین در باب قولنامه و بیع منزل که باید گفت يك بیع صورت گرفته است نه دو بیع. ولی با این توجیه و تحلیل که قولنامه تعهد به انتقال است، این امر منوط به اراده متعاملین میشود پس اگر نیت متعاملین در تنظیم قولنامه تعهد به انتقال باشد که بعد از آماده شدن مقدمات انتقال سند، اقدام به انتقال کنند این قولنامه تعهد به انتقال میباشد. اما اگر نیت مشترك متعاملین آن باشد که بیع با امضای همین قولنامه (سند) تحقق بیابد که شاید غالبا هم همین طور باشد پس این قولنامه سند بیع محسوب میگردد نه تعهد به انتقال و بنابر این تشخیص طبیعت حقوقی قولنامه، به تمیز اراده و قصد مشترك متعاملین بستگی دارد.

پایان