

قائلی که می‌گوید: «و الاطمینان یقوم مقام العلم» و - قاعدتا - از اطمینان، اراده حالت سوم می‌کند، نباید بین اطمینان به وفاق با اطمینان به خلاف تفاوت بگذارد؛ این عدم تفاوت، به اقتضای دلیل مزبور است.

لکن کسی که در راستای اثبات اعتبار آن، به بنای عقلا، چنگ می‌زند، بدون این که به اصل کلی «انه یقوم مقام العلم» اشاره کند، می‌تواند بین اطمینان به وفاق و اطمینان به خلاف تفاوت بگذارد؛ با این بیان که در اطمینان به وفاق، در واقع به اطمینان به عنوان یک اماره نگاه می‌شود که عقلا آن را پذیرفته و شارع مقدس هم آن را امضا فرموده است،¹ پس معتبر است، لکن در اطمینان به خلاف، باید آن را به جنگ یک اماره قانونی برد و این در حالی است که دلیل اعتبار اماره قانونی، گاه از چنان اطلاق یا عمومی برخوردار است که حتی فرض اطمینان به خلاف را نیز می‌گیرد.

به نظر می‌رسد اقتضای جعل اشیایی به عنوان امارات قانونی، وحدت رویه و فصل خصومت می‌طلبد که به مانعیت اطمینان به خلاف اماره قانونی رأی ندهیم، مگر دلیل خاصی دلالت بر مانعیت کند؛ پس اصل: عدم مانعیت اطمینان به خلاف است.

نسبت به جریان و عدم جریان قاعده درآ و تاثیر امکانی آن در انتخاب گزینه در مساله نیز نباید غافل بود. با این توضیح:

با پذیرش قاعده درآ²، هر گاه اطمینان بر خلاف، در واقع اطمینان بر نفی باشد، مثلا اقرار بر ارتکاب عمل است و اطمینان بر نفی است، در این جا قاعده جاری است؛ مگر این که چنین فرضی را مصداق شبهه ندانیم.

لکن می‌توان گفت: قدر متیقن از شبهه داره، چنین شبهه ای است. لکن اگر اطمینان برخلاف، اطمینان بر اثبات باشد، مثل این که بینه دال بر عدم ارتکاب جرم است و اطمینان بر ارتکاب است، در این جا برای اطمینان اثری نیست و ربطی هم به قاعده درآ ندارد.

موقعیت قضایی علم³

مفهوم‌شناسی علم

منظور از «علم» در متون و زبان فقه، همان حالت اول و دوم است که در گذشته مورد اشاره قرار گرفت. بنابراین به نظر می‌رسد نسبت مصداقی آن با آن چه در ماده 211 قانون مجازات اسلامی (مصوب 92) آمده است، نسبت عام و خاص مطلق باشد. در ماده 211 چنین می‌خوانیم:

«علم قاضی، عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح است.»

1. البته ما در گذشته این بیان را به طور کلی و عام نپذیرفتیم.

2. پذیرش قاعده محل بحث است و حق عدم آن است و اگر نکته‌ای هست، سخت‌گیری ویژه در راستای اثبات متعلق قاعده (حدود، قصاص و تعزیرات) است و این غیر از پذیرش قاعده است.

3. عطف بر ص 367. این بحث نیز در ادامه مساله 12 می‌آید؛ با این که افراد آن نیز موجه است.

البته قانون گذار در ماده 105 ق. م. اسلامی مصوب 1370 "علم" را به قید مزبور مقید نکرده بود لکن در ماده 1335 ق. م. مصوب 1370/08/14 مقید کرده است.

نسبت به این دو رفتار با ماهیت و مفهوم شناسی علم در ادامه داوری خواهیم کرد. فامل.

موقعیت علم در قانون و آرای فقیهان

در قانون

نسبت به تعیین اول، قبلاً⁴ گفتگوی مختصری با اشاره به ماده 211، تبصره آن و ماده 212 صورت گرفت⁵ و مجال تکرار آن در این جا نیست.

در فقه (مقدمه)

برخی از نویسندگان، قبل از ورود به صلب بحث، تذکراتی را داده اند که بیان آن‌ها خالی از نکته نیست؛ هر چند نسبت به برخی از آن‌ها، ملاحظاتی وجود دارد. توجه کنید:

«اولاً؛ بدون شک حکم دادن بر خلاف علم جایز نیست و برخی از فقها بر آن ادعای اجماع کرده‌اند.

ثانیاً؛ بدون شک، قاضی معصوم می‌تواند به علم خودش قضاوت کند و آن چه محل اختلاف است این است که آیا قاضی غیر معصوم می‌تواند به استناد علم شخصی خودش حکم کند یا خیر.

ثالثاً؛ منظور از جواز و توانستن، مشروعیت وضعی است نه تخییر. منظور مشهور که معتقدند قاضی در همه ابواب، می‌تواند به علمش عمل کند این است که در صورت علم، واجب است به مفاد علم حکم کند نه آن که مخیر است. برخی از فقها توهم عدم حجیت علم قاضی را نیز بعید می‌دانند و نوشته‌اند:

«چگونه عاقلی توهم می‌کند که حکم کردن مطابق با ظن صحیح است ولی حکم کردن مطابق با علم باطل است؟!».

رابعاً؛ عمده بحث و اختلاف بر سر علم شخصی قاضی است و غالب کسانی که علم قاضی را معتبر نمی‌دانند، منظورشان علم شخصی قاضی است و غالباً معتقدند علم نوعی معتبر است و می‌تواند مستند رای قرار بگیرد.⁶

ادامه بیان اقوال و ادله، موقعیت این مقدمات را - حداقل تا حدودی - روشن می‌سازد.

آرای فقیهان

در مساله آرای متعددی وجود دارد که گاه به پنج رأی اشاره شده است؛ هر چند آرای موجود بیش از این عدد است.

4 ص 366.

5.مراجعه شود.

6. ادله اثبات، در دعاوی حقوقی و کیفری، ص 173 و 174.