

بررسی مبناشناسی بحث تعارض اصل و ظاهر و موارد کاربردی آن در خصوص مهریه و نفقه

احسان عوض پور^۱
علی پورجواهری^۲
محمدعلی حیدری^۳

چکیده

بحث اعتبار و تقدم اصل یا ظاهر بر دیگری در صورت تعارض موضوعی بحث برانگیز و دارای جنبه علمی و کاربردی است. گاهی ظاهر مورد تأیید شرع و قانون گذار است که به آن اماره قانونی می‌گویند و گاهی ظاهر از آن نظر که موجب علم و اطمینان دادرس می‌شود، آن را اماره قضایی می‌نامند و هر دو این نوع ظواهر و امارات حجت و معتبر هستند. اما اگر ظاهر مستفاد و مستنبط از قراین و اوضاع و احوال موجود در آن موضوع باشد بدون اینکه مورد تأیید شرع یا موجب علم و اطمینان دادرس گردد (که به آن ظهور عرفی می‌گویند)، فقها و حقوق‌دانان در تقدم این ظاهر بر اصل تردید کرده‌اند. مشهور قائل به تقدم ظاهر بر اصل است (کلینی، طوسی، شهید ثانی و کاتوزیان و...) و گروهی دیگر اصل را در این تعارض مقدم می‌دارند و هر کدام از دو گروه مدارک و مستندات خود را ارائه کرده‌اند. لذا هدف اصلی در این پژوهش مبناشناسی اعتبار ظهور عرفی و اصل از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان و بررسی موارد کاربردی این مبحث در جریان دادرسی (ویژه دعاوی مهریه و نفقه) است تا مشخص شود که دادرس در هنگام برخورد با چنین مواردی در هنگام دادرسی کدام را بر دیگری ترجیح می‌دهد.

واژگان کلیدی: اصل، ظاهر، مهریه، نفقه.

۱. دانش‌آموخته دکتری، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی نجف آباد، نجف آباد، ایران
ehsanavazpoor@gmail.com
۲. استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی یاسوج، یاسوج، ایران (نویسنده مسئول)
a.pourjavaheri@gmail.com
۳. استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی نجف آباد، نجف آباد، ایران
mal.heidari@yahoo.com

مقدمه

بحث اعتبار و تقدم اصل یا ظاهر بر دیگری در صورت تعارض موضوعی بحث برانگیز و دارای جنبه علمی و کاربردی است. از دیدگاه علم حقوق ظواهر به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ ظواهری که مورد تأیید شرع و قانون‌گذار است که به آن‌ها امارات قانونی می‌گویند و ظواهری که موجب علم و اطمینان دادرسی می‌گردد که به آن‌ها امارات قضایی گفته می‌شود که هر دو نوع این امارات شرعاً و قانوناً معتبر و دادرسی بر طبق آن‌ها فصل خصومت می‌کند. اما نوع دیگری از ظواهر وجود دارند که از عرف نشئت گرفته‌اند بدون اینکه مورد تأیید شرع و قانون‌گذار باشند و یا اینکه موجب علم و اطمینان دادرسی گردند که اصطلاحاً به آن‌ها ادله عرفی و یا ظواهر عرفی گفته می‌شود. بحث اصلی تعارض میان این نوع ظواهر با اصول عملی است که در هنگام شک و جهت رفع سردرگمی به کار می‌روند. به هنگام رویارویی با این موارد، دادرسی کدام‌یک را باید بر دیگری ترجیح دهد؟ کاربرد اصلی این بحث در تشخیص مدعی از مدعی‌علیه به هنگام دادرسی خواهد بود. در این مورد قاعده مسلمی وجود دارد که بیان می‌دارد: «البینه علی من ادعی»؛ به این معنا که بار اثبات و ارائه دلیل بر دوش کسی است که ادعا می‌کند. مدعی نیز در اصطلاح حقوقی به کسی گفته می‌شود که چیزی را از دادگاه به ضرر دیگری می‌خواهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۶۳۱) و به‌طور معمول مدعی کسی است که دادخواست می‌دهد و رد مال یا انجام کاری را می‌خواهد، ولی گاه در جریان دعوا نیز طرف او برای دفاع از خود، امری را ادعا می‌کند که خلاف اصل یا ظاهر است که باید اثبات نماید. به عبارت دیگر، هرکسی که گفته‌اش خلاف اصل عدم، براءت و استصحاب و سایر اصول حقوقی و اماره‌ها و فرض‌های قانونی و یا خلاف ظاهر و جریان طبیعی و متعارف امور باشد (نه اینکه فقط خلاف اصل یا ظاهر باشد) «مدعی» است و موظف به اقامه دلیل برای اثبات مدعای خود می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ۳۳۷؛ امامی، ۱۳۵۲، ۵، ۱۳). بنابراین، اعتبار و تقدم هرکدام از اصل یا ظاهر بر دیگری در تشخیص مدعی از مدعی‌علیه کارساز خواهد بود. در این مورد فقها و حقوق‌دانان به دو گروه تقسیم شده‌اند؛ یک گروه با توجه به مستندات جانب ظاهر را مقدم می‌دارند و گروهی دیگر با توجه به اصل عدم حجیت ظنون مطلق جانب اصل را مقدم می‌شمارند.

در این پژوهش به روش توصیفی و تحلیلی در راستای مسئله اصلی به دنبال بررسی مبانی اعتبار هر کدام از اصل و ظهور عرفی از دیدگاه فقها و حقوق دانان خواهیم بود تا مشخص شود که حقوق دان و دادرس در هنگام رویارویی با چنین مواردی با توجه به مبانی کدام را معتبر و بر دیگری مقدم دارد.

اما برای بررسی جنبه موردی و کاربردی بحث در جریان دادرسی به مطالعه چند نمونه از دعاوی رایج در خصوص نفقه و مهریه از دیدگاه فقهی، حقوقی و رویه قضایی خواهیم پرداخت که از نظر حقوقی و اجتماعی از اهمیت زیادی برخوردارند.

۱. بررسی مبانی اعتبار ظنون و ظواهر عرفی از نظر فقها و حقوق دانان

۱.۱. قاعده غلبه

فقها به خوبی توجه داشته اند که یک رشته از قواعد حقوقی بر پایه غالب نمونه ها ساخته و پرداخته می شود. آن ها عقیده دارند که تتبع وضعیت اغلب افراد یک صنف (یک گروه یا یک دسته) اگر ما را به یک اثر مشترک میان آن ها رهنمون سازد، بی درنگ این ظن در ما پدید می آید که آن اثر بین تمام افراد آن صنف مشترک است و ما به این ترتیب می توانیم آن اثر مشترک را به همه افراد آن گروه سرایت دهیم. این معنی را با این عبارت آورده اند: «الظن يلحق الشيئ بالاعم الاغلب» و یا «الظن يلحق الفرد المجهول بالاعم الاغلب»؛ یعنی گمانی که از تتبع اغلب افراد یک گروه برانگیخته می شود موجب می شود که باقی افراد آن گروه را از حیث اثر مشترک (بین اغلب افراد) دارای همان اثر بدانیم که اغلب افراد گروه دارای آن اثر بوده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۸، ۶۵۴).

نویسنده کتاب قوانین در اهمیت این نظریه عبارتی به این صورت دارد که حکایت از توجه او به عمق این نظریه می کند:

«ولو بقى لك شك فى موضع فالحقه بالغالب، لان الظن يلحق الشيئ بالاعم الاغلب. و هذه قاعده نفسیه مبرهن علیها بالعقل و العرف و الشرع قد حرم عن فوائدها من لم یصل الی حقیقتها»؛ «یعنی اگر در موردی دچار تردید شدی آن را ملحق به اغلب کن چون گمان، فرد مجهول را به اغلب معلوم، ملحق می کند و این قاعده بسیار ارزشمند است که عقل و عرف

و شرع پشتیبان آن است و کسی که به باطن آن نرسیده از بهره‌های آن محروم مانده است» (محقق قمی، ۱۳۹۰، ۹).

محقق قمی در کتاب دیگر خود می‌نویسد:

«الاعتماد علی الغلبه و ان کان مما یجوز ان یعتمد علیه علی التحقیق خلا فالبعض من لم یتأمل تاملاً تاماً فی حقیقته و وجه الاضطرار الیه و جواز الرکون الیه لکن لا بد من التأمل فی معناه و موقعه و مناطه فاعلم ان المناط فی حصول الظن فی الشخص الخاص بملاحظه حصول الحکم فی اغلب الاشخاص ولا یخفی ان الاشخاص باعتبار بعض الشئون دون بعض...»؛ یعنی «اعتماد به غلبه هرچند رواست (برخلاف نظر بعضی که به آن اعتماد نکرده و دقت کافی نداشته و رمز نیاز به آن را ندانسته‌اند)، لکن باید جای این‌گونه اعتماد را دانست و ملاک آن را باید تشخیص داد. ملاک آن، پیدایش ظن است در مورد معین از حیث اینکه اغلب موارد مشابه آن مورد به‌خصوص نیز وجود داشته باشد... (بی‌تا، ۶۵۵).

در مورد حجیت و عدم حجیت غلبه دو وجه وجود دارد:

وجه اول، حجیت غلبه است که احتمال دارد در این حجیت از مطلق ظن استفاده شود، زیرا بیشتر احکام و شرعیات بر اساس ظن بنا شده است. همچنین قبیح است ترجیح مرجوح بر راجح، همان‌گونه که از ابی‌الصلاح نقل شده است (شهیدثانی، ۱۴۱۶، ۳۱۰).

در مورد ضرورت عمل به ظن گفته شده است به دلیل اینکه عمل به ظن خاص و علم در بیشتر مواقع کفایت در امتثال تکالیف نمی‌کند و متکی بودن بر ظن خاص و علم صرفاً سبب اهمال آن‌ها می‌گردد؛ بنابراین، عمل به ظن ضروری می‌شود.

محقق قمی می‌گوید:

«در تقدم ظاهر بر اصل اختلاف وجود دارد، در تقدم ظاهر در صورتی که ظاهر، ظاهری باشد که شرعاً معتبر باشد و اگر نه معنی در معارضه بین دلیل شرعی و غیرشرعی وجود ندارد. چاره‌ای نیست مگر تحقیق در معنای ظاهری... که از تتبع کلام فقها بدست می‌آید که حصول ظن به سبب حکم شرعی در خارج سبب حصول ظن در مسبب می‌گردد و این ظن یا از فعل مسلم که محمول بر صحت است یا از غالب افعال و معاملات مسلم یا غالب

ناس گرچه مسلمان نباشند حاصل می‌گردد و یا از جهت غلبه ظن که قراین است حاصل می‌گردد... پوشیده نیست که در تتبع در کلام فقها، موارد بسیاری غلبه را معیار ظهور و آن را بر اصل مقدم داشته‌اند و در ادامه می‌فرمایند: ظاهر در شریعت و فتوی این را می‌رساند که غلبه حجت است» (بی‌تا، ۲، ۳۸۴).

به نظر می‌رسد که محقق قمی از آن نظر که جزء انسدادیون است قائل به حجیت و اعتبار این نوع ظواهر است. در صورت عدم پذیرش دیدگاه وی در خصوص انسداد، دلیلی بر پذیرش قول وی وجود نخواهد داشت.

فقها در برخی موارد غلبه را بر اصل مقدم نموده‌اند (شهید اول، ۱۴۰۰، ۱، ۱۳۸؛ محقق ثانی، ۱۴۰۹، ۲، ۲۳۷) و علامه حلی در نهایت عمل به ظن غالب را عمل به ظاهر می‌داند (۱۴۰۶، ۱، ۲۵۳).

می‌دانیم که دلیلی بر حجیت ظن مطلق در شریعات وجود ندارد، باین حال اگر دلایل انسدادیون را تمام بدانیم این مورد در احکام است نه موضوعات. اما در مورد قبح ترجیح مرجوح باید گفت، در ترجیح مرجوحی که به واسطه اصل و اماره حجت باشد، قبحی نیست، بلکه خود آن راجح است.

ناصر کاتوزیان در خصوص غلبه و استقرا می‌گوید:

«در علم حقوق، اعتبار استقراء مبتنی بر این فرض است که قانونگذار هدف معین دارد و در وضع قواعد همیشه آن را دنبال می‌کند. در نظرش، نیز علت معین در هر حال آثار یکسانی دارد و به همین دلیل بر تمام قواعد حقوق نوعی هماهنگی و نظم حکم فرماست. بنابراین اگر با جستجو در متون قوانین ملاحظه شود که قانونگذار در موارد گوناگون از یک مینا پیروی کرده است، ذهن می‌تواند بر مینای حکم غلبه، از آن احکام جزئی قاعده‌ی کلی استنباط کند و در موارد مشابه به کار ببرد؛ زیرا انسان متعارف به ظن قوی اعتماد می‌کند و از بیم گمراهی در پیچه‌ی معرفت را به روی خود نمی‌بندد» (۱۳۷۷، ۱۵۸). بر این اساس برخی حقوق دانان گفته‌اند: «مادامی که ما می‌توانیم بر مینای غلبه و با بررسی احکام جزئی قاعده‌ی کلی استنباط کنیم که عرف نیز آن را تأیید می‌کند، چرا باید به اصول عملیه‌ی

متمسک شویم که تنها یک حکم ظاهری به وجود می‌آورد. از نظر این دسته حقوقدانان استناد به اصل عملی در صورتی ممکن است که هیچ راهی برای استنباط روح قانون موجود نباشد و دلیل دیگری در کشف اراده‌ی قانونگذار به نظر نرسد، درحالی که ما با تفحص و بررسی در قوانین می‌بینیم که قانونگذار در موارد گوناگون از یک مبنا متابعت کرده است و ذهن می‌تواند بر مبنای حکم غلبه، از آن احکام جزئی قاعده‌ای کلی استنباط و در موارد مشابه به کار ببرد و این اماره‌ای که از دل قوانین بر می‌آید می‌تواند راه‌گشای قضات، وکلا و حقوقدانان در بسیاری از مواردی که دلیل قطعی و یقینی وجود ندارد، باشد. برخی حقوقدانان در همین مورد تصریح کرده‌اند که استناد به اصل آخرین راه نجات است و آنان که، به دلیل شتابزدگی یا ناتوانی از دستیابی به روح قانون، به استصحاب یا سایر اصول عملی استناد می‌کنند، راهی خطا می‌روند» (همان، ۲۴۴).

البته باید پا را فراتر نهاد و گفت اینکه بیشتر اوقات می‌گویند اماره قانونی به وسیله استقرایی که دادرس از روی قراین موجود به عمل می‌آورد حاصل می‌شود، درست نیست، زیرا در این صورت استقرا در غیر مورد خود به کار رفته است؛ چراکه استقرا استدلالی است که به وسیله آن از امور جزئی به امور کلی پی می‌برد. ولی روش دادرس در رسیدگی به دعاوی چنان نیست، زیرا او از روی قراین ساده موجود در پرونده به حقیقت می‌رسد و روش کار دادرس بیشتر استدلال از راه استنتاج است تا از راه استقرا. او می‌داند که برابر قواعد کلی وجود پاره‌ای امور با پاره‌ای دیگر ملازمه دارد و با احراز آن امور در دعاوی مطروحه، وجود امور دیگر را استنتاج می‌کند (صدرزاده افشار، ۱۳۷۰، ۱۸۲).

وجه دوم، عدم حجیت غلبه است (نجفی، ۱۳۶۶، ۴۳، ۲۲؛ کاشف الغطاء، بی تا، ۱، ۳۳). این گروه ظن و غلبه را مانند شکی می‌دانند و به عدم اعتبار غلبه و ظن حکم داده‌اند، چراکه قاعده اولیه را در ظن عدم حجیت آن می‌دانند: «ان الظن لایغنی من الحق شیئاً» و برای خروج از قاعده اولیه نیاز به دلیل است؛ دلیلی بر حجیت غلبه یافت نمی‌شود تا توان معارضه با اصل را داشته باشد.

۲.۱. عرف و عادت

عرف واژه‌ای است عربی به معنای معرفت، شناخته‌شده و نیکو، و در اصطلاح هر رسم و شیوه عملی یا قولی را گویند که در میان بیشتر مردم متداول شده و طبایع ایشان آن را پذیرفته است و از آن پیروی می‌کند.

عرف در اصول جزء ادله اثبات احکام و موضوعات به‌شمار می‌رود و در شرع به آن توجه خاصی شده است و بیشتر موارد آنچه مورد نظر عرف بوده، امضا شده است. بدیهی است روش‌ها و اماراتی که بین مردم متعارف است و به آن عمل می‌کنند، از مخترعات شرع نیست، بلکه از عرف‌های متداول میان آنان است که هنگام اثبات مقاصد خود از نظر آنکه مانند علم تا اندازه‌ای محرز و کاشف است به آن تمسک می‌جویند. شرع مقدس نیز این امارات را امضا کرده است (سنگلجی، ۱۳۳۹، ۵۲ و ۵۳).

عرف و عادت عقلا و جامعه از قدیم‌الایام بر این بوده که به ظواهر عمل می‌کرده‌اند و مؤید آن هم شکل‌گیری امارات مختلف (همچون اماره ید و اماره صحت) است که در طول تاریخ و بر اساس ظن و ظاهر شکل گرفته‌اند.

یکی از عوامل مهم در روند شکل‌گیری عرف، در عمل به ظواهر نیازها و ضرورت‌های اجتماعی است. در توضیح آن می‌توان گفت:

برای مثال در سیر تکامل ظاهر مالکیت در اماره ید نیازها و ضرورت‌های اجتماعی این اقتضا را داشته است که شخصی که مالی را در تحت ید خود دارد مالک شناخته شود تا بتواند در آن با آسودگی خاطر تصرف کند.

محقق داماد در سیر تکامل قاعده ید چنین می‌گوید:

«در ادوار نخستین حضور بشر بر روی کره ارض روابط اجتماعی بسیار ساده بوده و انسان‌ها با وسایل و ابزارهای ابتدایی و اولیه به جمع‌آوری و استفاده از نعمت‌های خداداد پیرامون خود می‌پرداختند. در این مرحله، انسان‌ها دارای تفکراتی ساده و بسیط نسبت به پدیده‌های طبیعی بودند و به علت نازل بودن سطح آگاهی و فراوانی مجهولات و موهومات، برخوردشان با اشیای مادی پیرامونشان، انفعالی و کم‌اثر و ساده و فیزیکی بود و

قدرت مختصر انبای بشر فقط در محدوده بسیار کوچکی اجازه اعمال تصرف بر اشیاء را می‌داد. مشخصه مالکیت در این دوره غالباً وضع ید و اعمال استیلاء به صورت تصرفات فیزیکی بوده است. انسان‌ها در این دوره با وسایل ابتدایی به شکار حیوانات و جمع‌آوری میوه‌ها و محصولات موجود در طبیعت می‌پرداختند و در حد بسیار نازل از مواد حاصل از کشت و زرع بهره می‌بردند و چون مجموعه این اعمال در اغلب موارد با دست صورت می‌گرفت، در سیر تاریخی تسلط بشر بر اشیاء، این‌گونه تصرفات تحت عنوان «ید» و بررسی فقهی و حقوقی آن به صورت «قاعده ید» شهرت یافته است (۱۳۹۱، ۲۵).

بنابراین این نیاز و ضرورت اجتماعی در عمل به این ظاهر که وقتی شخصی مالی را در دست دارد مالک شناخته می‌شود، وجود دارد و امروزه نیز هرچند تعاملات و روابط حقوقی افراد و جامعه تحول و پیشرفت کرده و دگرگون شده است، ولی همان نیاز و ضرورت اجتماعی در عمل به ظاهر مالکیت برای حفظ حقوق افراد وجود دارد. یا برای نمونه نیاز و ضرورت اجتماعی اقتضا می‌کند که بشر پایبند به ظاهر ناشی از اصل صحت باشد، چراکه در غیر این صورت لازم است مثلاً در مراسم عبادی روزانه، با شک صحت در قرائت امام جماعت، از اقتدا به او خودداری کنیم یا هنگام خرید گوشت از بازار با تحقیق در مقدمات تهیه گوشت بخواهیم احراز کنیم که آیا ذبح به صورت شرعی واقع شده است یا نه؟ (همان، ۱۹۹). بنابراین جلوگیری از اختلال در نظام حیات اجتماعی و اقتصادی روزمره مردم این عرف را پدید آورده است که به ظاهر حال مسلم پایبند باشند.

دادگاه‌ها نیز به استناد ماده ۳ ق.آ.د.م حق دارند اماراتی را که متکی به غلبه هستند و در عرف و عادت وجود دارند، ولی در متون قوانین ذکر نشده‌اند مورد استفاده و اسباب کار خود برای فصل خصومت قرار دهند؛ چنان‌که دیوان کشور ما چنین کاری را کرده و در حکم تمیزی شماره ۲۲۰ مورخ ۱۲ اردیبهشت ۱۳۱۸ مقرر داشته است صدور چک دلیل اشتغال ذمه صادرکننده است و این درس صحیح را به دیگران آموخته است و حتماً باید دادرسان برای این‌گونه آرا ارزش فراوان قائل شوند و از آن‌ها به آسانی نگذرند؛ زیرا این‌گونه آرا در کویر زندگی قضایی مانند ستون‌هایی هستند که راه را به کمک آن‌ها می‌توان شناخت (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۸، ۱، ۶۷۷ و ۶۷۸).

اساسی‌ترین بحث در مورد عرف به‌عنوان مبنایی بر اعتبار ظواهر، بحث در حجیت و نیز اعتبار و ارزش فقهی آن است. برای اثبات حجیت عرف روش‌های گوناگونی مطرح شده است:

الف) دیدگاه اول، ذاتی بودن حجیت عرف

محمدحسین اصفهانی در نه‌هایه الدراییه (۱۴۱۵، ۲، ۹۱)، شریف العلماء مازندرانی در ضوابط الاصول (بی‌تا، ۳۹۹) و علامه طباطبایی در حاشیه الکفایه (بی‌تا، ۲، ۱۸۸ و ۲۰۵ و ۲۰۶) به این دیدگاه گرایش دارند. در این دیدگاه، حجت و اعتبار عرف، ذاتی و بی‌نیاز از امضای شارع است؛ چه اینکه صاحبان این دیدگاه، حکم عرف را مستند به فطرت و برخاسته از بایسته‌های زندگی اجتماعی می‌دانند که ناسازگاری با آن به‌منزله ناسازگاری با نیازهای زندگی اجتماعی، مصالح و ازهم گسستن نظام اجتماعی است؛ حال آنکه شارع هیچ‌گاه از نگه‌داشت مصالح، حفظ نظام و پرهیز از فروپاشی آن فروگذار نکرده، بلکه همواره احکام را بر پایه همین مهم نهاده است.

دیدگاه دوم، حجیت عرف بر اساس بنای عقلا

در این دیدگاه اعتبار عرف در عقل عقلا که بر پایه حسن و قبح حکم می‌کند، قرار دارد. طرف‌داران این دیدگاه، عرف را مرتبه‌ای از مراتب عقل می‌دانند و بر این باورند که اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد. از این‌رو، به‌وسیله قاعده ملازمه بر آن شده‌اند که شرعی بودن عرف را ثابت کنند و دلیل اعتبار عرف را در کاشف بودن آن از حکم عقل می‌بینند؛ به بیانی دیگر، عرف را زیرمجموعه مباحث مستقلات عقلیه و حداقل غیرمستقلات عقلیه می‌دانند.

شیخ انصاری در مطارح الانظار (۱۴۱۵، ۱۵۱)، محمدحسن آشتیانی در بحر الفوائد (۱۴۰۳، ۱، ۱۷۱ و ۳، ۵۳-۵۲)، آیت‌الله بروجردی در نه‌هایه الاصول (۱۳۷۵، ۲، ۴۷۱) از معتقدان به این دیدگاه هستند.

دیدگاه سوم، حجیت عرف بر اساس امضای شارع

طرفداران این دیدگاه، اعتبار و حجت بودن عرف را موکول به موافقت و امضای شارع می‌دانند و بر این باورند که تنها هنگامی عرف و بنای عقلا اعتبار دارد و درخور استناد است که از سوی شارع امضا شده باشد. به نظر طرفداران این دیدگاه، امضای شارع می‌تواند به یکی از شیوه‌های زیر کشف شود:

- عدم ردع. اعتبار و حجت بودن عرف و بنای عقلا نیاز به امضای صریح شارع ندارد، بلکه همین که ثابت شود آن را باز نداشته، کاشف از امضای شارع است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۶، ۳، ۱۹۳ و ۲۸۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۶، ۴، ۳۸۲؛ حکیم، ۱۳۹۰، ۱۹۸). آیت‌الله بروجردی می‌گوید: «عدم الردع مرتبه من التصدیق» (۱۴۱۲، ۲، ۱۲۴). امام خمینی این‌گونه می‌آورد: «انه لایحتاج فی اعتبار الطریقه العقلائیة الی امضاء صاحب الشرع لها و التصریح باعتبارها، بل یکفی عدم الردع عنها فان عدم الردع عنها مع التمكن منه یلزم الرضاء بها و ان لم یصرح بالامضاء» (همان، ۲، ۲۰۲-۲۰۱).
- ثابت نشدن ردع. ثابت نشدن بازداری شارع، کاشف از امضای اوست و برای حجت بودن و اعتبار عرف و بنای عقلا کافی است؛ چراکه شارع، خود از عرف و عقلا بلکه رئیس آنان به‌شمار می‌رود و در مسلک با عرف یگانگی دارد. بنابراین، در صورت ناسازگاری و یگانه نبودن مسلک او با عرف، بر اوست که به دلیل شارع بودن، با بازداشتن، اختلاف و دوگانگی مسلک خود را با عرف بشناساند (آخوند خراسانی، ۱۴۱۶، ۴، ۳۰۳؛ مظفر، ۱۴۰۳، ۲، ۱۲۷؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۵، ۳، ۲۵۰ و ۳۰).
• سکوت شارع. سکوت شارع برای کشف امضا، کافی و دلیل بر اعتبار و حجت بودن عرف و بنای عقلا است (فضلی، ۱۴۲۰، ۱، ۹۸ و ۲۳۴ و ۲۴۷ و ۲۵۰ و ۲۶۶ و نیز ۲، ۱۱۴؛ صدر، ۱۳۹۵، ۱۶۹).

امام خمینی درباره حجیت عرف و بنای عقلا دیدگاه سوم را می‌پذیرد و بر این باور است که تنها هنگامی عرف و بنای عقلا اعتبار دارد که از سوی شارع امضا شده باشد و عرف و سیره‌های عقلایی که امضای آن‌ها ثابت نشده است، بی‌اعتبارند (همان، ۲، ۲۰۱). ایشان در میان روش‌های ارائه‌شده برای کشف و به‌دست آوردن امضای شارع، گویا این روش را

برگزیده است که باید باز نداشتن شارع ثابت شود: «فمجرد بناء عقلاء علی العمل بقولهم لا ینتج الا ان ینضم الیه عدم ردع الشارع الکاشف عن رضاه» (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ۱، ۲۵۰). تنها وجود بنای عقلا بر عمل طبق نظر آنان فایده‌ای در پی ندارد؛ مگر اینکه باز نداشتن شارع - که کاشف از رضای شارع است - با آن همراه شود.

۳.۱. بنای عقلا

عبارت است از بنای عملی همه عقلائی عالم از هر دین و مسلکی که باشند بر انجام یا ترک کاری؛ مانند اینکه همه عقلائی عالم به خبر واحدی که به راست‌گویی آورنده آن اطمینان داشته باشند، ترتیب اثر می‌دهند. اصولیان متأخر از سیره عقلائی، بیشتر به بنای عقلا تعبیر می‌کنند (مظفر، همان، ۲، ۱۵۳).

به‌طور خلاصه می‌توان گفت عامل اصلی شکل‌گیری بنای عقلا بر عمل به ظواهر نیازهای تکوینی و اضطراری است که اصل بقا و تعامل اجتماعی بشر بر آن‌ها استوار است. برای توضیح بیشتر مطلب باید گفت:

احکام عقل عملی از جنبه‌های گوناگونی قابل تقسیم‌اند. یکی از آن‌ها، تقسیم به حسب اضطرار و عدم اضطرار انسان در عمل به آن است؛ یعنی برخی از احکام عقل عملی مربوط به اموری از زندگی و حیات فردی یا اجتماعی بشر است که بدون تن دادن به آن، زندگی تقریباً ناممکن است. این ضرورت و دشواری آشکارا محسوس و قابل درک است و نیازی به تأمل و تفکر ندارد. چنین احکامی که به‌نوعی در سطح زندگی مادی نیز مطرح‌اند، افراد را به کرنش وادار می‌کنند. از این‌رو انسان‌ها از هر دین و آیین یا رنگ و ملتی که باشند، ناگزیر از تمکین‌اند. برای نمونه، به اضطرار انسان‌ها در خوردن و آشامیدن می‌توان اشاره کرد؛ این دو از احکام عقل عملی هستند، اما از احکامی به‌شمار می‌آیند که بقای حیات انسان ضرورتاً به آن وابسته است و چون این ضرورت به زندگی مادی متعلق است، همه انسان‌ها با همه باورها را شامل می‌شود. نمونه دیگر، خبر ثقه است؛ انسانی که در عالمی مادی زندگی می‌کند، به روشنی و به ضرورت در می‌یابد که دستیابی به علم در اغلب موارد ممکن نیست و متوقف ساختن حرکت‌ها و سکون‌ها بر علم، باعث اختلال سریع در زندگی شده، آن را به

بن بست می‌کشاند. از این رو، همه ناچار به تمکین از خبر غیرعلمی بوده، به احتمال خطا و لغزش‌هایی که در طبیعت عمل به خبر غیرعلمی وجود دارد، اعتنا نکرده، آن را در برابر مصلحت حفظ نظام زندگی به‌شمار نمی‌آورند. این مطلب مورد توجه علمای اصول هم بوده است و در موارد متعددی به آن استدلال کرده‌اند. شیخ انصاری در مطرح الانظار، این اضطرار را عامل اصلی تن دادن به امارات ظنی از سوی عقلا می‌داند: «همانا مواردی که از آنها حال عقلا در اکتفا به ظن در امور مربوط به معاد و معاش‌شان استفاده می‌شود، این است که عمل به ظن تنها به خاطر انسداد طرق علمی برای آنهاست. به گونه‌ای که اگر به منافع و مضار قطعی اکتفا کنند، نظام زندگی‌شان مختل می‌شود» (انصاری، همان، ۲۴۹).

محمدرضا مظفر نیز در تعلیل سیره عقلا در عمل به اخبار غیرقطعی، از این اضطرار نام می‌برد و می‌نویسد:

«و بر این سیره عملیه، زندگی مردم برپا شده و زندگی بشر نظم یافته است و اگر آن نبود، زندگی اجتماعی‌شان از هم پاشیده شده و بی‌قرار می‌شد، زیرا اخباری که از نظر سند و متن موجب قطع شوند، ناچیزند» (همان، ۲، ۹۱).

امام خمینی نیز اضطرار را دلیل شکل‌گیری سیره‌های عقلایی می‌داند و از این رو شارع را جاعل این احکام و سیره‌ها نمی‌داند:

«بی‌شک اماراتی که در زبان اصحاب محقق ما رواج دارد، همه از امارات عقلائیه‌ای هستند که عقلا به آنها در معاملات و سیاست‌ها و تمام امورشان عمل می‌کنند. به گونه‌ای که اگر شارع از عمل به آن منع کند، نظام مجتمع از هم پاشیده و چرخ زندگی اجتماعی از حرکت باز می‌ایستد و چیزی که چنین شأنی دارد، قابل جعل حجیت نیست» (همان، ۱، ۱۰۵).

در مقابل، برخی دیگر از احکام عقل عملی وجود دارد که با وجود اذعان و اقرار عمومی نسبت به آن‌ها، در عمل کمتر به آن ملتزم می‌شوند، زیرا اول اینکه عدم التزام، آثار خود را سریعاً نشان نمی‌دهد، و دوم، اصل بقا و دوام انسان متوقف بر آن نیست، و سوم، التزام به آن‌ها اغلب باعث ازدست دادن منافع نقدی از شخص به نفع دیگران است؛ گرچه آثار مثبت

آن در آینده به خود شخص نیز باز خواهد گشت. همه این عوامل باعث می‌شود تا افراد به آن تن ندهند، مانند عدالت.

برای اینکه بناهای عقلایی قابلیت دلیل بودن را بیابند لازم است که حجیت داشته باشند. اما پرسش اصلی این است که بنای عقلا در چه مواقعی و با چه شرایطی حجیت داشته است؟

از دیدگاه فقها و اصولیان، حجیت بنای عقلا به هیچ‌روی مطلق نیست و مشروط به شروطی است، اما این شروط چیست؟

الف) احراز عدم مخالفت شارع

مشهور و اکثریت قریب به اتفاق فقها و اصولی‌های شیعه بر این باورند که اساس حجیت بنای عقلا، سنت است. یعنی سیره‌های عقلایی زمانی می‌توانند منبع حکمی شرعی واقع شوند که به سنت تکیه کرده، از تأیید و امضای شارع بهره‌برند. بنای عقلا تنها جنبه کاشفیت و طریقیّت داشته و آنچه در واقع منشأ حجیت است، چیزی جز گفتار، کردار و یا تقریر معصوم (ع) نیست. به نظر بسیاری از ایشان برای حجت بودن بنای عقلا، اثبات امضا و تأیید صریح و خاص شارع ضروری نیست، بلکه صرف احراز عدم منع (ردع) شارع از یک سیره عقلایی، بیانگر رضایت و امضای اوست.

یعنی دسته اول از این گروه معتقدند که قواعد عرفی و عقلایی در صورتی حجیت دارد که در زمان شارع وجود داشته و در صورت مخالف بودن شارع با آن، امکان اظهار مخالفت برای او باشد و شارع آن قواعد عقلایی را امضا کرده یا لاقلاً با آن مخالفت نکرده باشد.

اما دسته دوم از طرفداران این نظر، ثبوت عدم مخالفت شارع را هم لازم ندانسته و عدم احراز منع و مخالفت را برای اثبات حجیت بنای عقلا کافی شمرده‌اند. بنابراین برای حجت بودن بنای عقلا اثبات امضا و تأیید صریح و خاص شارع ضروری نیست، بلکه صرف عدم منع (ردع) شارع از یک سیره عقلایی، بیانگر رضایت و امضای شارع نسبت به آن است (آخوند خراسانی، همان، ۲، ۹۹-۹۸ و ۲۸۰). علامه نائینی احتمال داده است که در باب معاملات، نیاز به تصریح شارع نسبت به امضای بنای عقلایی باشد (همان، ۳، ۱۹۳).

ب) عدم احراز ردع

جمعی دیگر از فقها در بازگرداندن حجیت بنای عقلا به سنت با مشهور اصولی‌ها اتفاق نظر دارند. به باور این دسته نیز سیره‌های عقلایی حجیت ذاتی نداشته، محتاج تأیید شارع‌اند. اما اینان در کیفیت کشف رضایت شارع و تأیید یا موافقت او نظر دیگری دارند.

به نظر این‌ها سیره عقلا گرچه به امضا و تأیید نهایی شارع نیاز دارد، ولی بنا به جهات و دلایلی باید بر آن بود که اصل در سیره‌های عقلایی بر امضا و موافقت شارع است؛ مگر اینکه خلافش اثبات شود.

درواقع تفاوت اصلی دو نظریه معطوف به این امر است که دسته اول از فقها برای بنای عقلا اعتباری قائل نیستند؛ مگر آنکه نصی از شارع به‌طور صریح آن را تأیید نموده، یا دست‌کم از عدم مخالفت شرع با آن سیره اطمینان حاصل شده باشد. اما بر اساس نظریه اخیر، شارع مقدس علی‌القاعده با بناهای عقلایی موافق است و نیازی به جستجو و کشف عدم مخالفت او نیست. این به آن معناست که در مواجهه با سیره عقلا، باید بنا را بر تأیید شارع گذاشت، زیرا نظر شارع بنا بر طبع اولی با نظر عقلا یکی است؛ مگر اینکه به طریقی عدم رضایت وی بر ما معلوم و مسلم شود.

بنابراین این افراد حتی ثبوت عدم مخالفت شارع را هم لازم ندانسته و عدم ثبوت مخالفت را برای اثبات حجیت بنای عقلا کافی شمرده‌اند. مظفر به تبع استاد خود، اصفهانی، بر آن است که اگر شارع با عقلا هم‌مسلك باشد، از آنجا که وی از عقلا و بلکه رئیس عقلاست، برای حجیت بنای عقلایی، صرف عدم ثبوت مخالفت کافی است، زیرا اگر شارع منع کرده بود، از آن آگاه می‌شدیم. اما اگر برای هم‌مسلك بودن شارع با عقلا مانعی وجود داشته باشد، در این صورت عدم ثبوت مخالفت دلیل حجیت سیره عقلایی خواهد بود که عمل به آن بنای عقلایی نسبت به امور شرعی معلوم و قطعی باشد، وگرنه بنای عقلایی یادشده حجت نیست (مظفر، همان، ۲، ۱۲۷-۱۲۶ و ۱۵۵-۱۵۳؛ اصفهانی، ۱۳۷۴، ۳، ۱۸۴-۱۷۹ و ۲۵۵-۲۴۸).

ج) حجت بالذات بودن سیره عقلا

برخی از اصولیان معتقدند حجیت سیره عقلا حکم بدیهی عقل است که در کنار کتاب و سنت یکی از منابع استنباط احکام به‌شمار می‌آید.

آیت‌الله بروجردی از قائلان این نظریه است: «ایشان در خلال بحث از حجیت ظواهر عمده‌ترین دلیل حجیت آن‌ها را سیره و بنای عقلا می‌دانند و سپس می‌افزایند که عقل هر یک از ما به‌تنهایی می‌تواند حجیت تمسک به ظواهر را درک نماید و دلیل این امر هم این است که بازگشت این حکم به احکام ضروریاتی است که برای هر عقل قابل درک است که همان حسن و قبح عقلی است. مثلاً اگر عبدی با ظاهر امر مولایش مخالفت نماید از نظر عقلا باید عقوبت شود دلیل آن هم این است که عقل این عقوبت را حسن می‌داند همان‌گونه که در صورت عمل به ظاهر امر مولا، عقوبت وی را قبیح می‌شمرد» (منتظری، ۱۴۱۵، ۴۱۷).

آنچه از ظاهر سخنان آیت‌الله بروجردی بر می‌آید تحلیل و تبیین سیره و بنای عقلا بر اساس درک حسن و قبح یک عمل است و عقلا اگر به سیره‌ای اتفاق می‌کنند، به این دلیل است که آن را حسن می‌بینند و از طرفی حسن و قبح عقلی مبحث عمده دلیل عقل به‌عنوان چهارمین منبع استنباط است.

میرزای آشتیانی (همان، ۱۷۱) و علامه طباطبایی (همان، ۲۰۶) نیز از قائلان به این دیدگاه هستند.

۴.۱. قاعده عدالت

در اصطلاح در اندیشه اسلامی دو تعریف از عدالت ارائه شده است: عدالت به معنای «دادن حق به هر صاحب حقی» و «قرار دادن هر چیزی سر جای خود» (طباطبایی، ۱۳۶۲، ۱، ۳۷۱).

برخی از استادان گستره اجرای قاعده را زمانی مجاز و صحیح دانسته‌اند که موردی از موارد سکوت یا تعارض یا اجمال و نقص قانون وجود داشته باشد. ایشان گفته‌اند تا وقتی که

اصول و ضوابط حقوقی قادر به حل مجهول باشد، نوبت به استناد به عدل و قاعده عدالت نمی‌رسد، زیرا مفروض این است که عدل در همان اصول و ضوابط حقوقی تجلی کرده است. در ماورای اصول و ضوابط مسلم حقوقی، به جستجوی عدالت پرداختن، نوعی خودکامگی حقوقی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۴۲۱).

در شرع و حقوق به قاعده عدالت توجه خاصی شده است و مبنای بسیاری از احکام و قوانین به‌شمار می‌رود. برای مثال، محقق نجفی، صاحب جواهر، در خصوص عدم لزوم اجازه «ولی» در ازدواج دختر باکره و رشیده، با عنایت به تعارض روایت‌ها می‌گوید: «شاید، اعتبار و توجه (دقت عقلی)، گواه بر سقوط ولایت (پدر) باشد، زیرا اجبار دختر عاقل و کامل سبب ظلم و ستم بر او می‌گردد» (نجفی، همان، ۲۹، ۲۰۸).

همچنین صاحب جواهر در مباحث مربوط به تفاوت قیمت کالای سالم و معیوب (ارش) و در موقعی که کارشناسان در قیمت‌گذاری اختلاف نظر دارند، ضمن اینکه آرای فقیهان را بیان می‌کند و میانگین قیمت‌های متنوع را عادلانه می‌شمارد، می‌نویسد:

«مقتضای عدالت فراگیر، بین حقوق مشتری و بایع همان چیزی است که اصحاب بیان کرده‌اند» (همان، ۲۳، ۲۹۴).

ناصر کاتوزیان در مورد مبنا بودن عدالت بر اعتبار ظواهر می‌گوید:

«ظهور عرفی در بسیاری از امور پنهانی تضمین مهمی برای رعایت عدالت است، ظنی است معقول که هدف قانون‌گذار را نیز تأمین می‌کند و دادرس نباید به آن بی‌اعتنا بماند. وانگهی با پذیرفته شدن اعتبار اماره قضایی در قانون - ماده ۱۳۲۴ ق.م. - به دشواری می‌توان در اعتبار ظهور عرفی تردید کرد حتی می‌توان گفت برخلاف اماره قضایی که وابسته به تشخیص قاضی در دعواست و اعتبار آن مقید بر این شده که دعوا با شهادت قابل اثبات باشد و یا دلیل دیگری را تکمیل کند. اعتبار ظهور عرفی همانند ظهور قانونی مقید به هیچ مرزی نیست و در تمامی دعاوی توان اثباتی دارد» (۱۳۸۳، ۱، ۶۷).

همچنین وی در جای دیگر می‌فرماید:

«آیا به‌واقع عدالت جوهر حقوق است؟ یا این سخنان تنها برای دانشگاه و بحث‌های

نظری خوب است و برای ما که قاضی هستیم باید همه چیز را از دل قوانین بیرون بکشیم؟ آیا زمینه‌ای هم در قوانین داریم که نشان دهد عدالت جوهر حقوق است؟ نگاهی اجمالی به سرتاسر قوانین کافی است که آشکار سازد تا چه اندازه راه‌حل عادلانه در قوانین پیش‌بینی شده است: ما در عصر علم زندگی می‌کنیم و زندگی در عصر علم این تعلیم را به همگان می‌دهد که استقراء و مشاهده پایه علم است. یعنی از مجموع احکام جزئی و پراکنده‌ای که در زمینه‌های مختلف به دست می‌آوریم ذهن می‌تواند قاعده بسازد. مگر عالم فیزیک یا طبیعی‌دان یا پزشک چه می‌کند؟ آنچه در جلوی چشمان او قرار می‌گیرد یا مورد آزمایش قرار می‌دهد موضوعی خاص است، ولی از تکرار حکمی که بر این موضوعات خاص حکومت می‌کند یک نتیجه‌گیری کلی در ذهن او ایجاد می‌شود و آن را به عنوان قاعده به کار می‌برد. کسانی که آمار می‌گیرند چه می‌کنند؟ از شما می‌پرسند که فلان کار را باید کرد یا نه، و یک علامت می‌گذارند، اما تکرار این ضربدرها قاعده ایجاد می‌کند و می‌توانند بر مبنای غلبه بر آن تکیه بکنند. حالا ما هم استقرایی کوچک در قوانین می‌کنیم، چون آقایان همه اهل دانش و فضل‌اند و لزومی ندارد که من توضیح زیادتری دهم» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۹).

آنچه به قطع و یقین قابل بیان است، اینکه عدالت مقصد و هدف شریعت بوده و در تمام احکام از سوی شارع مقدس به عنوان ملاک تشریح لحاظ شده است و به عنوان یک اصل در تمام شئون مذهب ظهور دارد. ولی اینکه مکلفان بتوانند به حکم عقل و یا با الهام از عرف و بدون توجه به شرع یا بعضاً در تعارض با شرع، مصادیق عدالت را استخراج و بر اساس آن عمل نمایند، محل تأمل است.

پس وجود «عدالت» به عنوان یک اصل در فقه، غیرقابل انکار است، اما تشخیص مصادیق آن، خارج از فقه و با توسل به حکم عرف در مواردی که شرع حکم قطعی در آن مورد دارد، قابل پذیرش نیست.

۲. بررسی اقوال فقها در مورد مبانی اعتبار و تقدم اصل بر ظاهر

صاحب عنوان می‌فرماید:

«مراد از ظاهر در تعارض اصل و ظاهر، ظاهری است که دلیلی بر اعتبار آن اقامه نشده

باشد، مانند ظن عادی حاصل از غلبه، در این صورت اصل مقدم است بر ظاهر، چراکه هنگامی که ظاهر به تنهایی خودش بدون معارضه هم که باشد قابل اعتماد و تکیه نباشد چگونه می‌توان در صورت وجود معارض بر آن اعتماد و تکیه نمود» (مراغهای، ۱۴۱۷، ۱، ۵۹۷ و ۶۰۰).

محقق ثانی در این باره می‌نویسد:

ثابت نشده که این ظن از نوع ظن معتبر است و اعتبار این گونه ظنون ثابت نشده است (۱۴۰۹، ۲، ۲۳۸-۲۳۷).

از کلام صاحب جواهر نیز می‌توان این گونه استنباط کرد که وی هم معتقد به تقدم اصل بر ظاهر است. چنانچه می‌فرماید:

«دلیلی بر اعتبار و رجحان ظهور بر اصل وجود ندارد. ثانیاً در صورت عدم حجیت چگونه می‌تواند با اصل معارضه نماید» (نجفی، همان، ۳، ۱۷۷). همچنین وی در جای دیگر می‌آورد: «هرگاه دلیل شرعی بر حجیت ظاهر وجود نداشته باشد تعارضی با اصل ندارد و این امر واضحی است» (همان، ۳۱، ۱۵۵). در نتیجه باید در هر حال بر اصل عمل نمود به خاطر عدم ثبوت حجیت ظواهر ذکر شده (همان، ۴۳، ۲۲).

سید محمد کاظم طباطبایی، صاحب عروه، در عدم حجیت این گونه ظواهر با صاحب جواهر هم عقیده است (۱۴۲۰، ۲، ۳).

سید بحر العلوم بیان می‌دارد:

«به ظاهر در مقابل اصل التفات و توجه‌ای نمی‌شود» (۱۴۰۳، ۳، ۱۴۷).

میرزا محمد تنکابنی در این خصوص می‌گوید:

«برخی موارد بین اصل و ظاهر تعارض حاصل می‌شود که در اغلب موارد اصل مقدم بر ظاهر است و مقتضی قاعده بر تقدم اصل بر ظاهر است، زیرا ظاهر مفید ظن و اصل بر عدم حجیت ظن خصوصاً در موضوعات است» (۱۳۸۲، ۴۸).

نراقی در کتاب عوائد الایام می‌نویسد:

«عمل به اصل- با وجود ظنی که برخلاف آن اصل وجود دارد و حجیت آن ظن اثبات نشده است- اجماعی است». سپس ایشان در ادامه می‌گویند: «همان‌طور که عمل به اصل قبل از ظن در غیر معلومات عین سیره علماء است. همان‌طور هم عمل به اصل بعد از ظن به آنها هم عین سیره علماء است» (۳۸۲-۳۸۱).

مرحوم کاشف الغطاء در این خصوص می‌فرماید:

«عادت امامیه بر عدم اعتبار و عدم صلاحیت این نوع ظواهر برای اثبات احکام شرعی است» (همان، ۱، ۳۱).

صاحب مناهل درباره نزع محیل و محال علیه می‌گوید:

«اگر محال علیه آنچه را که به سوی او حواله داده شده است قبول و پرداخت نماید و سپس مدعی براءت ذمه‌اش نسبت به محیل گردد و برای بازپس‌گیری وجه پرداخت شده به او رجوع کند و از طرفی محیل مدعی اشتغال ذمه محال علیه باشد به استناد این که ذمه او مشغول بوده است که من به سوی او حواله داده‌ام. قول قول محال علیه است در صورتی که حواله دادن بر بری‌الذمه را صحیح بدانیم، زیرا اصل براءت ذمه محال علیه از دینی است که محیل مدعی آن است و محال علیه حق رجوع به محیل را دارد. برخی می‌گویند اصل مذکور با ظاهر- اگر مشغول‌الذمه نبود چرا به سوی او حواله داده شده است- معارض است. فیه نظر، اولاً این ظهور ثابت نیست. چراکه ممکن است حواله بر مشغول‌الذمه و هم بر بری‌الذمه صادر شود. و اغلیبیت اول ثابت نشده است. هنگام تعارض اصل و ظاهر اولویت با تقدم اصل است. همان‌طور که در لمعه و شرح لمعه بیان شده است. و خارج شدن برخی موارد از این قاعده با دلیل مانعی بر حجیت این قاعده به‌وجود نمی‌آورد. اگر این‌گونه نباشد تمامی اصول شرعی ساقط می‌گردند» (طباطبایی، بی‌تا، ۱۵۸)، زیرا در مقابل هر اصلی می‌توان ظاهری یافت.

همان‌طور که ملاحظه شد، ادله این قول مبنی بر تقدم اصل بر این مبنا است که ظاهر مفید ظن است و از طرفی اصل بر عدم حجیت ظن است؛ مگر مواردی که با دلیل شرعی معتبر باشد. به این ترتیب، در مقام تعارض اصل با این ظاهر، ظاهر تاب مقاومت و معارضه را ندارد و همواره اصل مقدم می‌شود؛ مگر در مواردی که ظاهر مستند و معتبر به دلیل شرعی باشد (نجفی، همان، ۳، ۱۵۵؛ محقق ثانی، همان، ۲، ۲۳۸؛ تنکابنی، همان، ۴۸).

۳. بررسی موارد کاربردی و رایج تعارض اصل و ظاهر در عقد نکاح

۱.۳. دعوی ترک انفاق

در موردی که زن و شوهری با کمال مسالمت سالیان دراز در کنار هم و در یکجا سکونت دارند و زندگی می‌کنند؛ شوهر کار می‌کند و اقتصاد خانواده را به دست دارد و زن عهده‌دار اداره خانه است. پس از چندی خاکستر کدورت بر این کانون همدلی رخنه می‌کند و تعاون را به تخالف بدل می‌سازد؛ زوجه به دادگاه شکایت می‌کند و دعوی عدم پرداخت نفقه را مطرح می‌نماید و نفقه این مدت را مطالبه می‌کند. از طرف دیگر زوج مدعی پرداخت نفقه است، ولی هیچ کدام دلیلی بر مدعی خود ندارند. در این دعوا در استحقاق نفقه اختلافی نیست؛ دین شوهر مسلم و پرداخت آن مشکوک است. در این خصوص دو دیدگاه وجود دارد: برخی ظاهر حال را مقدم دانسته‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۷۸، ۳، ۲۷۳) و گروهی دیگر اصل را بر ظاهر ترجیح داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۰۴). به نظر می‌رسد در اینجا استمرار زندگی مشترک اماره‌ای قوی است که زوج به تعهد خود مبنی بر انفاق به زوجه‌اش عمل می‌کند؛ در نتیجه اماره یادشده مقدم بر اصل عدم و اصل استصحاب بقای دین خواهد بود و به این ترتیب، این زوجه است که قول وی خلاف ظاهر است و مدعی محسوب می‌شود. اما با بررسی نظریات فقها و حقوق دانان در مورد شرط استحقاق نفقه، نتایج متفاوتی به دست می‌آید و تشخیص مدعی از مدعی‌علیه متفاوت خواهد بود:

۱.۱.۳. عقد نکاح شرط استحقاق نفقه

تعداد اندکی از فقها بر این نظرند که استحقاق نفقه هم‌زمان با عقد به وجود می‌آید، اما همین نظر در رویه قضایی جاری و حاکم است (رای شماره ۲۶۱۴ دیوان عالی کشور مورخ ۲۸ بهمن ۱۳۱۶). طرفداران این نظر با استناد به ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی معتقدند با انعقاد عقد نکاح، تکالیف زوج مبنی بر انفاق به زوجه بر ذمه وی مستقر است، لذا ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی که زن ناشزه را مستحق نفقه نمی‌داند، استثنایی بر آن بوده و در نتیجه این زوج است که در صورت اختلاف در پرداخت نفقه می‌بایست نشوز زوجه را که مانع استقرار نفقه است، ثابت نماید؛ لذا با استفاده از لحن مواد ۱۱۰۲ قانون مدنی به بعد، بر این عقیده‌اند (کاتوزیان،

همان، ۱۸۶؛ امامی، همان، ۲، ۲۶۵) که تمکین، شرط استحقاق زوجه بر نفقه و به عبارتی شرط وجوب نفقه نیست، بلکه این نشوز زوجه است که بر سر الزام مرد به انفاق زوجه به صورت مانعی قرار می‌گیرد (صفایی، ۱۳۷۶، ۱۴۶). بنابراین در این فرض در دعوی ترک انفاق، اصل بر استحقاق زوجه و عدم پرداخت نفقه است و این زوج است که باید خلاف آن، یعنی نشوز زوجه، را برای عدم استحقاق ثابت کند.

در میان فتاوی فقهای معاصر می‌توان به فتاوی صادره از آیت‌الله موسوی اردبیلی اشاره کرد که در این مورد بیان داشته است: «بعد از عقد، نفقه زوجه به عهده زوج است» (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۲، ۴، ۹۶).

۲.۱.۳. تمکین شرط استحقاق نفقه

مشهور فقهای شیعه بر این نظرند که وجوب نفقه، مشروط به تمکین کامل زوجه است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵۲؛ عاملی، ۱۳۹۰، ۲، ۴۶۵). طرفداران این نظر اذعان می‌دارند که نفقه با وجود تمکین اصولاً وجوب پیدا می‌کند و بر ذمه زوج مستقر می‌گردد، لذا چنانچه زوجین در موضوع نفقه نزاع داشته باشند، این زوج است که برای استحقاق خود مبنی بر دریافت نفقه باید تمکین خود را ثابت کند (حبیبی‌تبار، ۱۳۸۰، ۲۴۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۱، ۲۹۷). بنابراین با تمسک به اصل عدم، عدم تمکین اصل بوده و خلاف آن را زوجه باید اثبات نماید. برای نمونه، محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام بیان می‌دارد: «و فی وجوب النفقه بالعقد او بالتمکین تردد، اظهره بین اصحاب و قوف الوجوب علی التمکین» (محقق حلی، ۱۳۸۹، ۳۴۷). و در میان فقهای معاصر نیز مشاهده می‌کنیم که اغلب ایشان قائل به این نظر هستند؛ برای نمونه، آیات عظام امام خمینی (ره)، میرزا جواد تبریزی، بهجت و صافی گلپایگانی در فتاوی خود به اینکه تمکین، شرط وجوب نفقه بر ذمه شوهر است اذعان نموده‌اند (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، همان، ۹۷-۹۶). اما در این فرض حضور زوجین در کنار یکدیگر و ادامه زندگی مشترک نیز اماره‌ای مبنی بر تمکین زوجه است (فرض پذیرش نظر دوم)؛ لذا در حالت پذیرش نظر دوم، در این اوضاع و احوال نیز تکلیف اثبات عدم تمکین با زوج است، چراکه ادعای وی خلاف اماره می‌باشد؛ در نتیجه، به نظر می‌رسد که به سبب تعارض دو اماره (اماره انفاق و اماره تمکین مبنی بر زندگی مشترک) در

مقابل یکدیگر، هر دو ساقط خواهند شد و اماره استمرار زندگی مشترک نیز راهی برای برون‌رفت از این وضعیت حقوقی نخواهد بود.

در این راستا با ملاحظه آرای دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران شاهد دوگانگی در تصمیمات هستیم. برای نمونه در آرای شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۰۰۱۸۰۴ مورخ ۱۵ بهمن ۱۳۹۱ و ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۰۰۰۴۳۲ مورخ ۲۵ خرداد ۱۳۹۲ صادره از شعبه ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مبنای صدور رأی این است که «زندگی مشترک زوجین، دلالت و ظهور در پرداخت نفقه دارد، زوجه بایستی بینة شرعی اقامه نماید که زوج نفقه نداده است و صرف اصل عدم پرداخت نفقه بر ظهور پرداخت نفقه ترجیح ندارد، به دلیل این که ظهور جزء امارات بوده و در مرتبه مقدم بر اصول است». همین‌طور است دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۷۰۲۲۲۱ مورخ ۱۷ بهمن ۱۳۹۱ صادره از شعبه ۴۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

از سوی دیگر، آرای مشاهده می‌شود که اصل را بر لزوم پرداخت نفقه دانسته و به عبارتی، زندگی مشترک را اماره‌ای بر تمکین زوجه تلقی نموده است و نه اماره‌ای بر دریافت نفقه. در این خصوص می‌توان به دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۰۶۷ مورخ ۱۴ شهریور ۱۳۹۱ صادره از شعبه ۲۴ (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۱، ۱۵۷) و نیز دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۰۳۶ مورخ ۱۳ شهریور ۱۳۹۱ شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۱، ۱۵۳).

۲.۳. دعوای ترک انفاق در عقد منقطع

فقه‌ها عقد انقطاعی را شرط وجوب نفقه زوجه در طول مدت عقد و استقرار آن بر ذمه زوج نمی‌دانند، مگر در صورتی که شرط شود (نجفی، همان، ۳۱، ۳۰۳) و اساساً یکی از شرایط نفقه را عقد دائمی بر می‌شمارند. در همین باره به صراحت ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی، زن حق نفقه ندارد، مگر اینکه شرط شده یا عقد مبنی بر آن جاری شده باشد؛ لذا التزام شوهر بر دادن نفقه ریشه قراردادی دارد. حال در صورت عدم تمکین زوجه نفقه قراردادی چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ از آنجا که تکلیف مرد به دادن نفقه در مانحن‌فیه قرارداد خصوصی

میان زن و شوهر است، لذا ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی در خصوص زن ناشزه، درباره آن قابل اجرا نیست. این نکته دارای اهمیت است که در این گونه موارد می‌بایست به سراغ کشف اراده واقعی طرفین رفت که به نظر می‌رسد غالباً التزام شوهر به طور ضمنی، مقید به تمکین می‌باشد. اما در این دعوا بار اثبات برعهده چه کسی است؟ در اینجا دو فرض متصور است:

۱. شرط در ضمن عقد. از آنجا که این تعهد ریشه قراردادی دارد، اثبات عدم ایفای تعهد از ناحیه زوج بر دوش زوجه است و زوجه در این حالت مدعی محسوب می‌شود.

۲. عدم تصریح شرط در قرارداد. در این فرض نیز زوجه ادعایش خلاف اصل عدم (عدم مسئولیت و تعهد) بوده و باید آن را اثبات کند. اما گاهی اوقات اوضاع و احوال، مدت نکاح، سکونت مشترک، داشتن فرزند و سایر قرائین، ظاهر بر وقوع تراضی و حاکی از بنای دو طرف است که در اینجا با اصل عدم در تعارض است و از آنجا که این ظاهر مستند به قرائین قابل قبول می‌باشد، موجب علم قاضی است و در نتیجه بر اصل مقدم است. بنابراین در این حالت این زوج است که اگر خلاف این اماره را ادعا نمود باید آن را اثبات کند.

۳.۳. دعوی مربوط به پرداخت مهریه

ممکن است زوجین در پرداخت و عدم پرداخت مهریه با هم اختلاف کنند؛ به نحوی که زوج مدعی پرداخت و زوجه مدعی عدم پرداخت مهریه باشد. هرگاه اختلاف پیش از تمکین خاص زوجه باشد، قول وی مقدم است، زیرا اصل بر عدم پرداخت و استصحاب بقای دین است و خلافتی در آن نیست. اما اگر اختلاف پس از تمکین خاص زوجه باشد، برخی از فقها بر این عقیده‌اند که اگر عادت جاریه در شهر این باشد که پیش از آمیزش کل مهر قبض شود، قول زوج مقدم است و زوجه باید بینه اقامه کند (طوسی، ۱۴۱۸، ۵، ۱۱۶؛ شهید اول، همان، ۱، ۱۵۲)، زیرا ظاهر بر پرداخت پیش از تسلیم است. یکی از فقها در این باره معتقد است که تغییر احکام با تغییر عادات جایز است؛ همان‌گونه که نقود متداول، اوزان متداول و نفقات زوجات و اقارب از عاداتی که در آن زمان وجود دارد تبعیت می‌کنند، اختلاف در صدق پس از آمیزش نیز از آن جمله است. با توجه به اینکه گذشتگان عادت بر دریافت مهریه پیش از آمیزش داشته‌اند، قول زوج مقدم است. اما در زمان کنونی شایسته است که قول زوجه مقدم و آنچه که پیش از آمیزش داده می‌شود، مهرالمثل تلقی شود (شهید اول،

همان، ۱۵۲-۱۵۱). این قول سخن نیکویی است، زیرا عرف در موضوعات مرجح است.

این اختلاف زمانی که زوج در ایام زندگی مشترک مبلغی به زوجه پرداخت می‌کند و عنوان آن پرداخت مشخص نیست و مدرکی برای آن وجود ندارد هم می‌تواند مطرح باشد؛ به این صورت که زوج مدعی پرداخت به‌عنوان مهریه باشد و زوجه منکر آن.

اما رویه قضایی در مدعی و منکر دانستن زوج یا زوجه در فرض حدوث چنین اختلافی، متفق‌القول نیست. برخی از قضات به صرف پرداخت مبلغی از سوی زوج به زوجه، وی را تا سقف مبلغ یادشده از دین مهریه بری دانسته، اثبات خلاف امر را برعهده زوجه می‌دانند. در مقابل، برخی با احراز اشتغال ذمه زوج بر مهریه، وجود دین را استصحاب نموده، زوج را مدعی پرداخت به‌عنوان مهریه و ملزم به ارائه دلیل می‌دانند.

در ادامه به ذکر دو رأی می‌پردازیم که با وجود داشتن موضوعی واحد، بنا به رویکردهای پیش‌گفته، به صدور دو حکم متضاد در شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر منجر شده‌اند. در هر دو پرونده، زوج مدعی است مبلغی در دوران زندگی مشترک به زوجه پرداخته است که مابه‌ازای مهریه قرار می‌گیرد. زوجه با وجود تأیید دریافت مبالغ پرداخت‌شده، مدعی است که چنین وجهی از بابت مهریه پرداخت نگردیده، اما موجب دیگری که پرداخت را بتوان منتسب به آن دانست نیز ارائه نکرده است. در رأی نخست، قاضی دادگاه بدوی با نظر به اینکه دینی به‌جز مهریه بر ذمه زوج نبوده است، با نظر به اماراتی چون شاغل نبودن خواهان و نبود روابط معاملی میان طرفین، قول زوج را مقدم دانسته است (رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۲۲۱۰۱۰۱۹۳ مورخ ۲۶ آذر ۱۳۹۳ شعبه یک دادگاه عمومی حقوقی نهاوند). اما دادگاه تجدیدنظر با لحاظ قطعیت استقرار دین مهریه بر ذمه زوج، اشتغال ذمه وی را استصحاب نموده، با حکم به بقای دین، زوج را مدعی انتساب وجه پرداخت‌شده دانسته و بار اثبات ایفای دین از این طریق را برعهده او قرار داده است (رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۰۹۳ مورخ ۳۰ فروردین ۱۳۹۴ شعبه دو دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

در رأی دوم، دادگاه بدوی در مرحله واخواهی پس از استماع ادعای زوج به پرداخت مبلغی در جهت ادای دین مهریه، زوجه را به ارائه دلیلی خلاف این مدعا ملزم دانسته و به

لحاظ نبود دلیل، حکم به برائت زوج از پرداخت مهریه تا سقف مبلغ اعلامی صادر نموده است (رای شماره ۹۳۰۹۹۸۲۱۶۴۹۰۰۱۴۳۷ مورخ ۳ دی ۱۳۹۳ دادگاه خانواده مجتمع قضایی شهید مفتاح). دادگاه تجدیدنظر نیز با تأیید نظر دادگاه بدوی و نظر کارشناسی مندرج در رأی اصلاحی مبنی بر نحوه تهاتر مبالغ پرداختی و سکه‌های موضوع مهریه، ادعای تجدیدنظرخواه درباره اختصاص مبالغ پرداختی به هزینه‌های زندگی و سایر روابط حقوقی را نپذیرفته است (۱۵۴۳/۲۰۲۲۰۲۲۰۹۹۷۰۹۴ مورخ ۱۵ آذر ۱۳۹۴ شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

۴.۳. دعوی اعسار از پرداخت مهریه

مطابق قانون در عقد نکاح مهریه عندالمطالبه برعهده زوج است. بنابراین هرگاه پس از عقد نکاح، زوجه مهر خود را مطالبه کند و زوج مدعی عدم توانایی و اعسار خود از پرداخت مهر باشد، ظاهر بر تمکن وی از پرداخت مهر است و این ظاهر با اصل عدم تمکن در تعارض است که در اینجا در صورت تقدم ظاهر، مدیون مدعی شمرده می‌شود و تا زمان اثبات اعسار خود حبس می‌شود. این موضوع را باید در دو افق بررسی کرد: ۱. افق اول آن است که ناداری و اعسار مدیون معلوم باشد که در این صورت ظاهراً همه فقیهان اتفاق نظر دارند که در صورت معلوم بودن اعسار و ناداری مدیون، حبس او روا نیست. ادله آنان در این باره، مواردی از قبیل قبح تکلیف بمالایطاق، آیه «فانظره الی میسره»، و روایات وارد شده است (طباطبایی، همان، ۴، ۲۸۵)؛ بنابراین در این مورد تعارضی در کار نیست.

۲. افق دوم آن است که وضعیت اعسار و ایسار مدیون مجهول باشد. فقیهان امامیه در مواجهه با این موضوع در دو دسته جای می‌گیرند: دسته اول، بسیاری از فقیهان امامیه‌اند که در این مورد ظاهر را مقدم دانسته و فتوا به جواز حبس مدیون مجهول‌الحال داده‌اند؛ شیخ ابن بابویه، شیخ مفید، ابوالصلاح حلبی، سلاربن عبدالعزیز، محقق حلبی، علامه حلبی، شهید اول، شیخ بهایی، سید علی طباطبایی، محقق خوانساری و محقق عراقی از آن جمله‌اند. در

قوانین موضوعه ایران نیز با توجه به ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی^۱ همین نظر پذیرفته شده است. روایتی از امیرالمومنین (ع) در این مورد وجود دارد که اگرچه این روایت سنداً و دلالتاً قابل ایراد است، ولی به نظر می‌رسد که مستند این نظر و تقدم ظاهر باشد: از اصبعین نباته روایت شده است که «امیرالمومنین (ع)، مدیون را حبس می‌فرمود تا نیازمندی و افلاسش اثبات گردد. در این صورت او را آزاد می‌کرد تا به دنبال مال برود» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۳، ۲۸). بنابراین، ظاهر در اینجا مستند به دلیل شرعی و معتبر است و بر اصل مقدم می‌شود. اما پر واضح است که نمی‌توان در مورد مدیون مجهول الحال با تمسک به آیه ۲۸۰ بقره^۲ مدعی شد که این ظهور مستند به نص این آیه است، چراکه مفاد این آیه مربوط به مدیونی است که اعسار او معلوم باشد، ولی شامل موضوع بحث یعنی بدهکار مجهول الحال نمی‌شود. درحقیقت، آیه بر عدم جواز مؤاخذه مدیون معلوم الاعسار تأکید دارد، نه مدیون مجهول الاعسار.

اما دسته دیگر، تعدادی از فقها هستند که در این مورد اصل عدم تمکن مالی را مقدم بر ظاهر دانسته‌اند که از جمله آن‌ها ابن ادریس حلی است. البته به نظر می‌رسد که این مورد نیز مستند به شرع باشد^۳ (ابن ادریس، ۱۴۲۹، ۲، ۱۹۶).

اما رویه قضایی به تبعیت از ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در دعوای مطالبه مهریه، ظاهر حال معسر بودن مدیون را پذیرفته است:

قانون‌گذار در ماده یادشده چنین بیان می‌دارد: «در مواردی که وضعیت سابق مدیون

۱. ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی: «هرکس محکوم به پرداخت مالی به دیگری شود چه به صورت استرداد عین یا قیمت یا مثل آن و یا ضرر و زیان ناشی از جرم یا دیه و آن را تأدیه ننماید دادگاه او را الزام به تأدیه نموده و چنانچه مالی از او در دسترس باشد آن را ضبط و به میزان محکومیت از مال ضبط شده استیفا می‌نماید در غیر این صورت بنا به تقاضای محکوم‌لهم، ممتنع را در صورتی که معسر نباشد تا زمان تأدیه حبس خواهد کرد».

۲. آیه ۲۸۰ سوره بقره: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ».

۳. چراکه روایاتی وجود دارد که به گونه‌ای حصری حبس افراد را جز در سه مورد منصوص روا نمی‌دانند. از جمله آن‌ها روایتی است که زراره از امام باقر (ع) نقل می‌کند که «امیرالمؤمنین علی (ع) درباره دین، کسی را حبس نمی‌کرد مگر سه دسته را: غاصب، خورنده مال یتیم از روی ظلم و کسی که در امانت، خیانت کند و امانت را بفروشد چه صاحب مال، حاضر باشد یا غایب» (حر عاملی، همان، ۲۷، ۲۴۸). از این روایت استفاده می‌شود که حاکم حق ندارد افراد را در غیر موارد سه‌گانه حبس کند؛ البته مدیون توانگر با ادله دیگر و اجماع، از این حکم استثنا شده است.

دلالت بر ملائت وی داشته یا مدیون در عوض دین، مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد اثبات اعسار بر عهده اوست، مگر این که ثابت کند آن مال تلف حقیقی یا حکمی شده است در این صورت و نیز در مواردی که مدیون در عوض دین، مالی دریافت نکرده یا تحصیل نکرده باشد هر گاه خواننده دعوی اعسار نتواند ملائت فعلی یا سابق او را ثابت کند یا ملائت فعلی یا سابق او نزد قاضی محرز نباشد ادعای اعسار با سوگند مدیون مطابق تشریفات مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی پذیرفته می‌شود».

ماده ۷ موصوف را می‌بایست به دو قسمت تفکیک کرد:

قسمت اول، راجع به دیونی است که در مقابل عوضی قرار گرفته‌اند، مانند دینی که در اثر قرض حاصل شده است؛ بنابراین در این موارد بار اثبات معسر بودن مدیون مطابق قاعده با خود وی خواهد بود.

قسمت دوم این ماده راجع به دیونی بوده که در مقابل عوضی ایجاد نشده است. به عبارت دیگر، مدیون آن دین در مقابل آن چیزی دریافت نکرده است؛ مانند مهریه و دیه که طلبکار در این دیون بابت طلب خود چیزی به مدیون نداده است که طلب در مقابل آن قرار گیرد. در این مورد و برخلاف قاعده، مدیون یا همان مدعی اعسار نیازی به اثبات معسر بودن خویش ندارد. در دعوی مطالبه مهریه ظاهر حال معسر بودن مدیون پذیرفته شده، بنابراین زوجه به اثبات عدم اعسار یا به عبارتی ملائت زوج ناگزیر است.

نتیجه

با توجه به اختلاف نظریات و دیدگاه‌هایی که در مورد اعتبار ظنون و ظواهر و بحث تعارض اصل و ظاهر وجود دارد، نتیجه‌گیری کردن بدون تعرض از این بحث دشوار خواهد بود. با توجه به بحث و بررسی‌هایی که در این پژوهش در مورد مبانی اعتبار ظواهر و اصول عملی انجام شد، می‌توان چنین اظهار نظر کرد که در صورت عدم پذیرش دیدگاه انسدادیون (مبنی بر بسته بودن باب علم و علمی و در نتیجه حجیت ظن مطلق) و با توجه به اصل عدم حجیت ظن مطلق که یک اصل قطعی و مورد پذیرش و اتفاق فقها و اصولیین است، نمی‌توان برای اثبات اعتبار و حجیت ظنون عرفی به هر کدام از مبانی یادشده استناد کرد؛

زیرا علاوه بر اینکه مدلول این مبانی، خود ظنی مطلق است که مورد تأیید شارع نیست و صرفاً در موضوعاتی که شرع ساکت یا ادله نقلی ضعیف هستند، توسل به عرف یا بنای عقلا بی‌اشکال است؛ آن‌هم نه به‌عنوان منبع مستقل، بلکه به دلیل کاشفیت نظر شارع حجیت دارد، چراکه عرف و بنای عقلا تنها هنگامی اعتبار دارد که از سوی شارع امضا شده باشد و عرف و سیره عقلائی که امضای آن‌ها از سوی شارع ثابت نشده است، بی‌اعتبارند (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ۲، ۲۰۱)؛ درحالی که در این مورد ادله نقلی و شرع دال بر عدم حجیت ظنون مطلق‌اند، مگر اینکه به تأیید شرع رسیده باشند.

پس از بررسی اختلافات مطرح‌شده در دعاوی مربوط به نفقه و مهریه، مشخص شد که با توجه به اصل عدم حجیت، همه امارات ظنی نمی‌توانند جانشین قطع شده، معتبر تلقی شوند و تنها امارات ظنی که شارع و قانون‌گذار معتبر دانسته‌اند، می‌توانند مستند احکام قرار گیرند. درست است که ظاهر حال ممکن است راهی به واقع باشد و برخلاف اصل صرفاً برای رفع تحیر و سرگردانی نباشد، ولی هرگونه دلیل ظنی مبتنی بر غلبه از اعتبار برخوردار نیست و بدون دلیل شرعی معتبر از قلمرو اصل عدم حجیت خارج نمی‌شود. با این توصیف همان‌گونه که برخی از فقها معتقدند نمی‌توان ظاهر را بدون هیچ‌گونه قرینه و دلیلی بر اصل مقدم دانست. همچنین مشخص شد اختلافی که در آرای فقیهان و حقوق‌دانان مشاهده می‌شود در رویه قضایی نیز وجود دارد و هنوز در ترجیح یکی از اصل و ظاهر بر دیگری هنگام تعارض رویه‌ای قطعی وجود ندارد.

منابع و مأخذ

* قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۶ق)، *کفایه الاصول*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲. آشتیانی، محمدحسن (۱۴۰۳ق)، *بحر الفوائد فی شرح الفرائد*، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۳. آل بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۳ق)، *بلغه الفقهیة*، چاپ چهارم، تهران: مکتبه الصادق.
۴. ابن ادریس، محمدبن احمد (۱۴۲۹ق)، *السرائر*، قم: المطبعة العلمیه.
۵. ابن بابویه، محمدبن علی (۱۴۱۳ق)، *من لایحضره الفقیه*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۶. اصفهانی، محمدحسین (۱۳۷۴)، *نهایه الدرایه فی شرح الکفایه*، قم: انتشارات سیدالشهدا.
۷. امامی، سید حسن (۱۳۵۲)، *حقوق مدنی*، جلدهای ۲ و ۳ و ۵، تهران: کتابفروشی اسلامی.
۸. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، *مطالع الانظار*، قم: مؤسسه الهادی.
۹. بروجردی، حسین (۱۳۷۵ق)، *نهایه الاصول*، به قلم حسین علی منتظری، نشر تفکر.
۱۰. بروجردی، حسین (۱۴۱۲ق)، *حاشیه علی کفایه الاصول*، تقریر توسط بهاء‌الدین حجتی بروجردی، قم: مؤسسه انصاریان.
۱۱. تنکابنی، میرزا محمد (۱۳۸۲ق)، *تأسیسات در قواعد فقهی*، دارالعلم بهبهانی.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۸ق)، *دانش نامه حقوق*، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، *واژه‌ی عدل*، تهران: گنج دانش.
۱۵. حبیبی تبار، جواد (۱۳۸۰)، *گام به گام با حقوق خانواده*، تهران: نشر خرم.
۱۶. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۸۱ق)، *وسائل الشیعه*، چاپ ششم، تهران: منشورات مکتبه الاسلامیه.

۱۷. حکیم، محمدتقی (۱۳۹۰ق)، *الاصول العامه للفقہ المقارن*، قم: مؤسسه آل البيت.
۱۸. سنگلجی، استاد علامه محمد (۱۳۲۹)، *آئین دادرسی در اسلام*، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۹. شهید اول، محمد مکی العاملی (۱۴۰۰ق)، *قوائد الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه*، تحقیق سید عبدالهادی الحکیم، قم: منشورات مکتبه المفید.
۲۰. شهیدثانی، حسن بن زین الدین (۱۴۱۶ق)، *تمهید القوائد*، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۲۱. صدر، محمدباقر (۱۳۹۵ق)، *المعالم الحدیده للاصول*، تهران: مکتبه النجاح.
۲۲. صدرزاده افشار، سید محسن (۱۳۷۰)، *ادله اثبات دعوا در حقوق ایران*، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۲۳. صفایی، سید حسن و امامی، اسدالله (۱۳۷۶)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: انتشارات دادگستر.
۲۴. طباطبایی، محمدکاظم (۱۴۲۰ق)، *العروه الوثقی*، قم: مؤسسه نشراسلامی.
۲۵. طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۶۲ق)، *دلیل المیزان فی تفسیر القرآن*، تهران: بیان.
۲۶. طباطبایی، سید محمدحسین (بی تا، ب)، *حاشیه الکفایه*، بنیاد علمی فرهنگی علامه طباطبایی.
۲۷. طباطبایی، سید محمدحسین (بی تا، الف)، *المناهل*، قم: مؤسسه آل البيت.
۲۸. طوسی، ابی جعفر محمدبن حسین (۱۴۱۸ق)، *الخلاف*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۹. عاملی، بهاءالدین (۱۳۹۰)، *حبل المتین فی احکام الدین*، چاپ اول، قم.
۳۰. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۰۶ق)، *نهایه الاحکام فی معرفه الاحکام*، بیروت: دارالاضواء.
۳۱. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۳۲. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۵ق)، *نهایه الدرایه، مؤسسه آل البيت (ع)*.
۳۳. فخرالمحققین، شیخ ابی طالب (۱۳۷۸)، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القوائد*، جلد ۳، قم: علمیه.
۳۴. فضلی، عبدالهادی (۱۴۲۰ق)، *دروس فی اصول فقه امامیه، مؤسسه ام القرى*.
۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد ۱ و ۲، تهران: نشر میزان.
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق*، تهران: انتشارات سهامی انتشار.
۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، «*سهم عدالت در قضاوت*»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲
۳۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۹. کاشف الغطاء، محمدحسین (بی تا)، *تحریر المجله*، تهران: مکتبه النجاح.
۴۰. مازندرانی، شریف العلماء (بی تا)، *صوابط الاصول*، تحقیق محمدشریف، بی جا.
۴۱. محقق ثانی، علی بن حسین الکرکی (۱۴۰۹ق)، *رسائل محقق کرکی*، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی.
۴۲. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفرین حسن (۱۳۸۹ق)، *تشریح الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلدهای ۱ و ۲، نجف اشرف.
۴۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۱)، *قواعد فقه بخش مدنی مالکیت مسئولیت*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱)، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۵. مراغه ای، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، *العناوین*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۶. مظفر، محمدرضا (۱۴۰۳ق)، *اصول فقه*، بیروت: دارالنعمان.

۴۷. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه (۱۳۸۲)، *مجموعه آراء فقهی در امور حقوقی (نکاح ۲)*، جلد ۴، قم.
۴۸. محقق قمی، ابی القاسم بن حسن الجیلانی قمی (بی تا)، *جامع الشتات*، تهران: شرکت الرضوان.
۴۹. محقق قمی (۱۲۹۰ق)، *قوانین الاصول*، جلد اول، انتشارات عبدالرحیم.
۵۰. منتظری، حسین علی (۱۴۱۵ق)، *نهایه الاصول*، قم: نشر قدس.
۵۱. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۶)، *الاجتهاد والتقلید*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۵۲. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۱۰ق)، *کتاب البیع*، چاپ چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۳. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۲)، *انوار الهدایه*، تحقیق: مؤسسه امام خمینی.
۵۴. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۶۸)، *تهذیب الاصول*، نگارش جعفر سبحانی، جلد ۲، قم: دارالفکر.
۵۵. نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسین (۱۳۶۶ق)، *جواهرالکلام*، جلد ۳۱، تهران: کتابفروشی اسلامی.
۵۶. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق)، *عوائد الایام*، چاپ اول، قم: مرکز نشر التابع المکتب الاعلام الاسلام.