

ضابطه شناخت مدعی در رویه قضایی (۲)

فاطمه احرار

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی تهران، تهران، ایران.
Fatemeh.ahrar@gmail.com

چکیده

شناخت مدعی برای بکار بردن صحیح قاعده بار اثبات دلیل در دعاوی از اهمیت بالایی برخوردار است. بدلیل فقدان صراحت در مواد قانونی برای شناخت مدعی، بررسی سه ضابطه مشهور لوترک، خلاف اصل یا ظاهر و خلاف حجت فعلیه که در فقه معرفی شده و در رویه قضایی نیز قضات بکار می‌گیرند، هدف اصلی پژوهش حاضر است. در رویه قضایی، مدعی کسی است که خلاف ظاهر یا اصل صحبت می‌کند. اما از آنجاییکه ما در بسیاری از مواقع با این مشکل مواجه هستیم که خود اصل و ظاهر گاه با هم متعارض هستند، یا در پی تعارض دو اصل، اصل حاکم کدام است، باید در پی حل این تعارض باشیم. و قضات در هر مورد با توجه به ویژگی‌های خاص و اوضاع و احوال و عرف حاکم در هر پرونده بدین گونه تشخیص دهند که بهترین ضابطه اصل است یا ظاهر، و در مورد تعارض دو اصل، کدام اصل حاکم است. و دیگر اینکه طبق گفته فقها، ضابطه لوترک به خلاف اصل و ظاهر بر می‌گردد. پس می‌توان بدین گونه، نتیجه گرفت که بهترین و نزدیکترین ضابطه به عرف خلاف حجت فعلیه است.

واژگان کلیدی: مدعی، ضابطه لوترک، ضابطه خلاف اصل یا ظاهر، ضابطه خلاف حجت فعلیه.

مقدمه

قاعده «بار اثبات دلیل»، بعنوان قاعده مهم و مشهور فقهی که در اکثر دعاوی کاربرد دارد، بسیار مورد توجه پژوهشگران محترم و توانا قرار گرفته است. اما متأسفانه پژوهشگران محترم فقط به بررسی ادله و مستندات قاعده، مبانی و منابع و قلمرو قاعده پرداخته و نهایتاً ضوابط بکار رفته در فقه رو فقط ذکر کرده و به بررسی تفصیلی آن نپرداخته‌اند. برخی دیگر از پژوهشگران فقط ضابطه شناخت مدعی در دعاوی خاصی را مورد بررسی قرار داده و از معرفی ضابطه کلی که در تمام موارد کاربرد داشته باشد، خودداری کرده‌اند. اهمیت ارائه ضابطه‌ای کلی که در تمام موارد کاربرد داشته باشد، نگارنده را واداشت تا به بررسی این موضوع به طور خاص بپردازد. در مقاله‌ای با عنوان ضابطه شناخت مدعی در رویه قضایی که در هشتمین دوره کنفرانس توسط نگارنده ارائه شد، سه ضابطه مشهور خلاف اصل، خلاف ظاهر و خلاف عرف مورد بررسی قرار گرفتند، و به این نتیجه رسیدیم که بهترین ضابطه برای شناخت مدعی عرف می‌باشد (ر.ک. احرار، ۱۴۰۲). از آنجایی که نگارنده با این ایراد از سوی پژوهشگران محترم قرار گرفت که منظور از ضابطه عرف چیست؟ لازم دید سه ضابطه مشهور دیگر یعنی لوترک، خلاف اصل یا ظاهر و خلاف حجت فعلیه و همچنین ضوابط غیر مشهور را نیز برای تکمیل بحث مورد بررسی قرار دهد. در پژوهش حاضر ابتدا با توجیه فلسفی بحث و پس از آن ارائه ضوابط مشهور همراه با توجیه اقتصادی و ضوابط غیر مشهور به توجیه هر چه بیشتر بحث پرداخته می‌شود، و فرضیه ما این است که ضابطه خلاف حجت فعلیه در واقع بهترین و نزدیکترین ضابطه به عرف است که قضات باید در آراء خود آن را مدنظر قرار دهند.

۱. توجیه فلسفی موضوع

۱-۱. دیدگاه برابری گرایان دیالکتیکی^۱ در برابر بنیادگرایان دیالکتیکی^۲

در این مقاله جا دارد که اندکی در مورد مناقشه بین بنیادگرایان دیالکتیک و برابری خواهان که در طول تاریخ فلسفه تکرار می شود توضیح دهیم. بنیادگرایان دیالکتیک ادعا می کنند که برخی از گزاره های ادعا شده نقش ممتازی در استدلال ما با یکدیگر دارند و به عنوان مقدمات «پیش فرض» عمل می کنند. و فقط به این دلیل که طرف مقابل آنها را به چالش می کشد نیازی به دفاع ندارند. گوینده این گزاره ها با ادعای چنین گزاره ای بار اثبات را به طرف مقابل خود انتقال می دهند، برای مثال گزاره های ریاضی. برابری خواهان دیالکتیک ادعا می کنند که همه گزاره های مطرح شده نیاز به دفاع دارند، زمانی که به چالش کشیده شوند. و وجود این گزاره های «پیش فرض» را انکار می کنند. بحث بین بنیادگرایان دیالکتیک و برابری خواهان بر اساس آنچه سلرز آن را «بازی دادن و درخواست دلیل» می نامد، فعالیتی است که از طریق آن گزاره ها را با ارائه استدلال و استدلال مخالف به یکدیگر ارزیابی عقلانی می کنیم. به این فعالیت با نام گفتمان مستدل یاد می کنند. گفتمان مستدل تحت هنجارهای سازنده قرار می گیرد. و تنها زمانی به درستی وارد گفتمان مستدل می شوید که از آن هنجارها پیروی کنید. هدف اساسی گفتمان مستدل، جداسازی مقدمات قابل قبول دو جانبه مرتبط با صدق گزاره های مورد مناقشه است. مقدمات قابل قبول متقابل پایه شواهد بی طرف را برای داوری اختلافات فراهم می کنند. پایگاه شواهد بی طرف ممکن است یک اختلاف را به طور کامل حل نکند، اما در رسیدن به زمینه های مشترک نقش دارند. مبنای گرایان دیالکتیک غالباً موضع خود را با شهودهای قانع کننده حمایت می کنند. برای مثال شخصی که به گل سرخ روی میز اشاره می کند، و به طرف مقابل می گوید گل سرخ روی میز است و این غیرقابل رد است. برابری خواهان می توانند توضیح دهند بسیاری از شهود کاملاً رضایت بخش هستند. در هر صورت، برابری طلبی به پدیدارشناسی اثر متقابل زبان شناسی روز وفادارتر است (Rescorla, 2008, 31). از دیدگاه نگارنده نیز از آنجایی که علم هر روز پیشرفت می کند و ممکن است امور بدیهی پذیرفته شده هم رد شود. دیدگاه برابری خواهان قابل تأیید است.

۱-۲. مغالطه

مغلطه نهادن بار اثبات دلیل بر دوش طرف مقابل موقعی اتفاق می افتد که شخصی ادعایی مطرح کند که به مدرک نیاز دارد، اما بعد از طرف بحث بخواهد در راستای رد ادعای او مدرک ارائه کند. بار اثبات (Burden of Proof) مفهومی قضایی و فلسفی است و در هر دو حوزه تفاوت هایی دارد. در بحث های روزمره، بار اثبات عموماً بر دوش کسی است که ادعا را مطرح می کند، اما گاهی هم بر دوش کسانی است که حقایق و نظریات پذیرفته شده و بدیهیات را رد می کنند. مثل همه ی مسائل دیگری که مطلقاً سیاه و سفید نیستند، در بعضی موارد چنین کاری واضحاً مغلطه آمیز است و در بعضی مواقع مغلطه آمیز بودن آن مشخص نیست (Bunnin, 2008, 208). مغالطات یا استدلال هایی که درست به نظر می رسند اما درست نیستند. بحث سابقه طولانی دارد. مثال مغالطه کلاسیک که به جان لاک برمی گردد، به اصطلاح استدلالی از جهل یا (argumentum ad ignorantiam). ارواح وجود دارند، زیرا هیچ کس ثابت نکرده است که وجود ندارند. این استدلال ضعیف بنظر می رسد؛ با این حال، استدلال های دیگر از شواهد منفی در گفتمان علمی و روزمره امری عادی است و قابل قبول بنظر می رسد: مثلاً این دارو بی خطر است، زیرا هیچ کس هیچ عارضه جانبی پیدا نکرده است. آیا باید از همه استدلال های ناشی از شواهد منفی اجتناب شود، مسلماً خیر. با این حال مغالطه (استدلال از جهل) بعنوان ابزار توضیحی برای انتقال بار اثبات کافی نیست. دلیل آن این است که استدلال ناشی از جهل می تواند به عنوان تلاشی نامشروع برای جابه جایی بار اثبات تنها زمانی که شخص مدرکی را برای اثبات ندارد، تلقی شود. با توجه به اینکه شواهد منفی

¹ . Dialectical Egalitarianism.

² . Dialectical Foundationalism.

می‌تواند، شواهد خوبی باشد، و حتی در مواردی می‌تواند قوی‌تر از شواهد مثبت باشد، با این حال جابه جایی غیرقانونی بار اثبات ممکن است یک عملکرد یا پیامد استدلال ضعیف ناشی از جهل باشد. و عامل ضعف این نوع استدلال است (Hahan, 2007, 57). با توجه به دو مطلب اخیری که بررسی شد از دیدگاه نگارنده اگر ممکن است، استدلالتان را با مدرک بیان کنید، حتی اگر بار اثبات بر دوش شما نیست. تنها شرایطی که در آن توصیه نمی‌شود چنین کاری انجام دهید، شرایطی است که در آن ادعا یا اتهام مطرح شده آنقدر مضحک و بی‌ربط است که جدی گرفتن آن به هر نحوی باعث اعتبار بخشیدن به آن می‌شود.

۲. ضوابط مشهور موجود در فقه

در فقه سه ضابطه مشهور لوترک، خلاف اصل یا ظاهر و خلاف حجت فعلیه مطرح شده است. که ما هر یک را به تفصیل بررسی می‌کنیم.

۲-۱. مدعی کسی است که اگر از ادعای خود صرف نظر کند، دعوا پایان می‌یابد.

در بعضی کتب فقهی آمده است که: المدعی هو الذی یترک لو ترک الخصومۃ یعنی مدعی کسی است، که اگر از ادعای خودش صرف نظر کند، کسی با او کاری ندارد و دعوا کان لم یکن تلقی می‌گردد (ترک لو ترک)، و مدعی علیه در مقابل او است، دعوا را رد نموده، اشتغال ذمه خویش را به خواسته مدعی منکر می‌گردد. به عبارت دیگر، مدعی کسی است که وجود عین یا دینی را بر طرف مقابل ادعا می‌نماید و از دادگاه الزام او را به خواسته خویش می‌خواهد و مدعی علیه در مقابل اوست (اژدری، ۱۳۹۱، ص ۱۲). از دیدگاه مذاهب حنفی، حنبلی و جعفری مدعی شخصی است که اگر دعوا را رها کند، دعوا خاتمه یابد. چون حق طرح و طلب آن برای او است، پس اگر از دعوا انصراف دهد، هیچ جبر و فشاری بر وی وارد نمی‌باشد (ابوحیب، ۱۴۰۸، ص ۱۳۱).

این ضابطه از فحواي مواد ۱۹۷ و ۱۹۸ آیین دادرسی مدنی قابل استنباط است (اژدری، ۱۳۹۱، ص ۱۲).

۲-۱-۱. ایرادات فقهی: ضابطه فوق که در آثار صاحب نظران در حوزه‌های فقه و حقوق، بعنوان ضابطه اصلی در نظر گرفته شده است، از ایراد و اشکال مصون نمانده و ایرادات آن توسط فقها و حقوقدانان بدین ترتیب مطرح شده است:

- از آنجایی که این تعریف تابع احوالات درونی و شخصی افراد می‌باشد، نمی‌تواند ملاک دائمی به شمار آید. به این معنا که غالباً مدعی مرافعه را ترک نمی‌کند و بر آن اصرار می‌ورزد و اگر درجه‌ای از زهد در وی باشد، از آن اعراض می‌نماید و این اعراض ناشی از مناسبات شخصی است. بنابراین، تردیدی نیست که دعوا متعلق به کسی است که اگر دعوا را رها کند، مخاصمه خاتمه می‌یابد. اما اگر صاحب دعوا آن را رها نکند و بر آن اصرار ورزد، دلیلی برای تشخیص مدعی وجود نخواهد داشت (صدر، ۱۳۹۳، ص ۱۱۰). از دیدگاه نگارنده ایراد مذکور، نمی‌تواند ایراد متقنی باشد، زیرا برای تشخیص مدعی بوسیله این ضابطه نیازی نیست که مدعی حتماً دعوا را ترک کند و صرف تصور ترک دعوا از جانب هر یک از طرفین برای تشخیص مدعی کافی است.

- از دیگر ایرادات وارد بر این تعریف از این قرار است که این تعریف از مدعی و ملاک تشخیص آن بر «عدم» استوار شده است و عدم، مفروض عنه آن قرار گرفته است و چنین تعریفی درست نیست. به این معنا که برای اینکه ما مدعی را بشناسیم، باید فرض کنیم که دعوا رها شده است و این در حالی است که واقع امر اینگونه نیست (نجفی، ۱۳۶۲، ص ۵۶۴). بنظر این ایراد، ایراد محکمی به شمار نمی‌آید، چرا که صرف تصور ذهنی، مشکلی در عالم خارج ایجاد نمی‌نماید.

- همچنین بیان شده است که در مورد معیار ترک دعوا اشکال و اجمال وجود دارد؛ زیرا مقصود روشنی از ترک دعوا وجود ندارد و نمی‌توان آن را به معنی عدم مطالبه تفسیر کرد؛ زیرا مستلزم دور است؛ یعنی باید ابتدا مدعی را شناخت تا بتوان از ترک دعوا سخن گفت. این تعریف در نهایت به همان اصل و ظاهر باز می‌گردد و به این سبب سخن از ترک خصومت است که اگر منکر باشد، حرف او در دعوا اثری ندارد، اما اگر مدعی باشد، با ترک دعوا، او را به حال خود می‌گذارند. اگر گفته شود که معنای ترک دعوا آن است که کسی متعرض مدعی نمی‌شود می‌توان ایراد کرد که با این تفسیر، بسیاری از موارد قابل توجیه نیستند؛ زیرا در این موارد، اصل

صحت جاری می‌شود، و در صورتی که دو شخص، مدعی صحت یا فساد عقد باشند، مورد تعرض دیگری قرار می‌گیرد؛ در حالی که اظهار شخصی که ادعای صحت را دارد مقدم است و در مقام منکر قرار می‌گیرد (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلام، ۱۳۸۹، ص ۱۶۵).

- همچنین ایراد دیگر از این قرار است که این تعریف به قول اهل منطق، جامع نیست و در تمام موارد کاربرد ندارد: «الایراد علی الاول، بالنقص فی نحو مدعی الاعسار و الوفاء بالامانه و رد المغصوب و الودیعه و غیرها مما لا تترك المطالبه بها، حتی لو تترك الدعوی بذلک...» (نجفی جواهری، ۱۳۶۲، ص ۳۷۲). از دیدگاه نگارنده ایراد فوق می‌تواند، بعنوان ایراد مهمی در نظر گرفته شود، زیرا در این موارد در واقع انقلاب دعوا پیش می‌آید به این معنا که مثلاً شخصی ادعای ودیعه نهادن مال خود را دارد و مستودع ادعای رد آن را دارد، در اینصورت اگر مستودع ادعای خود را ترک کند. مطالبه مال ودعی از جانب مدعی سلب نمی‌شود.

مشابه ایراد فوق از این قرار است: این تعریف در مورد دعوی دوم که ناشی از دعوی اول است صادق نمی‌باشد، پس اگر مردی ادعای دینی بر ذمهٔ مرد دیگری را داشته باشد، پس مرد دوم بگوید که دین را ادا کرده‌ام، او نسبت به قضاء دین مدعی محسوب می‌شود و اگر ادعای خود را پس بگیرد، دعوی ترک نمی‌شود (سبحانی، ۱۳۷۶، ص ۴۳-۴۴).

- همچنین ایراد می‌شود که این تعریف در مورد دعوی حق بر غیر بطور خاص صدق می‌کند، اما در مورد دعوی سقوط آن (حق) بر غیر صحیح نمی‌باشد. پس اگر دعوی سقوط دین از عهده خود را ترک کند، از او دین مطالبه می‌شود.

و شاید نتوان بیان کرد که آنچه در تعریف مدعی ذکر شد ناظر به تمایز دعوا از برخی جهات است و گرنه در واقع دعوی دیگران واقعیت حقوقی ندارد بلکه دعوا معنای لغوی عرفی خود را دارد، که عبارت است از اطلاعات قطعی که شامل حقی است که او بر دیگران دارد یا ضایع شدن آنچه متعلق به دیگران علیه او بوده است.

و ممکن است اینگونه پاسخ داده شود که مراد از ترک دعوا این است که ممکن است ترک دعوی عدم مطالبه شی از یک جهت با مطالبه از جهت دیگر مثل ثبوت مال بر عهده غیر منافاتی نداشته باشد. و در تعریف مدعی در مقابل منکر، منکر کسی است که دعوا ترک نمی‌شود زمانی که انکار را ترک کند و به معنی عدم ترک مطالبه حق بر علیه غیر است، پس قطعاً از آنچه که از تعریف مذکور ذکر کردیم، پی می‌بریم، که ضابطه مناسبی برای تشخیص مدعی نیست (تبریزی، ۱۴۲۷، ص ۳۰۴).

- همچنین امکان دارد ایراد شود که این ملاک شامل بسیاری از ابواب تداعی نیست؛ مثل زمانی که با بایع و مشتری در ثمن مبیع با هم موافقت داشته باشند و اختلافشان در خصوص مبیع باشد، و یکی بگوید مبیع گاو بوده و دیگری بگوید مبیع اسب بوده است (سجادی، بی تا، ۱۷۲۳).

۱-۲-۱-۲. **ایرادات حقوقدانان:** این ملاک در همهٔ موارد، نمی‌تواند درست باشد چرا که اولاً: چنانچه منظور از خصومت، مطلق اختلاف نباشد و بلکه دعوی مدنظر باشد، محدودهٔ اعمال ملاک تنها در جایی است که دعوی مطرح شده باشد و طرفین دعوی یعنی مدعی و مدعی علیه تبدیل به خواهان و خوانده شده باشند. بنابراین اگر دعوی مطرح نشده باشد، نمی‌توان مدعی را از مدعی علیه کاملاً تمییز داد (کریمی، ۱۳۸۶، ص ۱۸). که از دیدگاه نگارنده ایراد متقنی نیست، زیرا با تصور وقوع دعوا می‌توان مدعی را از مدعی علیه تمییز داد. ثانیاً: این ملاک حتی در همهٔ مواردی که دعوی مطرح می‌باشد نیز صادق نیست. مصادق بارز این مورد جایی است که قلب یا انقلاب دعوا اتفاق می‌افتد. توضیح اینکه با دقت به مفاد و محتوای ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی، اگر بخواهیم معیار ترک دعوا را برای شناخت مدعی اعمال کنیم، باید با استرداد دعوا از ناحیه مدعی دعوی اخیر (خوانده دعوا) دعوا ترک شود، در صورتیکه به هیچ عنوان چنین اتفاقی نمی‌افتد. مثلاً اگر خوانده دعوا در پاسخ به ادعای خواهان اقراری مرکب دایر بر اینکه اخذ وجه کرده و آن را مسترد کرده است، کند، این موضوع او را در خصوص ادعای رد وجه، در جایگاه مدعی قرار داده و باید به اثبات ادعای خود یعنی (رد وجه) بپردازد. پس با وجود اینکه مدعی است، اگر این ادعای خود را پس بگیرد و دعوا را رها کند، دعوا ترک نمی‌شود و او می‌بایست پاسخ گوی دعوی مطرحه به طرفیت خویش باشد. امکان دارد بیان شود منظور این است که در مورد ادعای رد وجه رها می‌شود، اما این توجیه، توجیه کامل و مناسبی نیست. زیرا مقصود از ترک خصومت، خاتمه دعوا است و حال آنکه چنان که می‌بینیم

این امر در اینجا اتفاق نمی‌افتد و وی هنوز باید در مورد ادعای رد وجه که به طرفیت او مطرح شده است، پاسخگو باشد (هاشمی، ۱۳۹۸، ص ۲۲). و علاوه بر آن قول او خلاف اصل است، زیرا اصل بر عدم تأدیه دین است. که از دیدگاه نگارنده ایراد فوق وارد است و نمی‌توان ضابطه لو ترک را بعنوان ملاک و ضابطه‌ای کامل در نظر گرفت. (از دیدگاه نگارنده، ایرادات حقوقدانان تقریباً همان ایرادات فقها است).

ایرادی که از دیدگاه نگارنده بر این ضابطه وارد است از این قرار است که مبنای این ضابطه کشف از واقع نیست. و صرفاً فقها به یکی از صفاتی که مدعی ممکن است، داشته باشد، اکتفا کرده‌اند.

علی‌رغم ایراداتی که بر این ضابطه وارد شده است، نباید کاربرد و فواید آن را نادیده گرفت. با اینکه در رویه قضایی، رأیی که به صراحت به این ضابطه برای تشخیص مدعی استناد کرده باشد، یافت نشد. اما از فحوای بند «ب» ماده ۱۰۷ آیین دادرسی مدنی^۲، می‌توان این ضابطه را استخراج کرد. و آرای در رابطه با این ماده نیز می‌تواند مثال‌های مناسبی باشد. و همچنین مواردی که دعوا از مرحله‌ای به مرحله دیگر می‌رود، و جای طرفین دعوا عوض می‌شود و شخصی که در مرحله قبل مدعی بوده در مرحله بعد چون مدعی نیست نمی‌تواند دعوا را مسترد کند نیز می‌تواند مثال‌های خوبی باشند.

برای مثال دادنامه منتشر شده از شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور^۳ تهران از این قرار است: در این مرحله زوج تجدیدنظرخواه نمی‌باشد تا بتواند دادخواست خود را مسترد نماید بلکه زوجه تجدیدنظرخواه است که دادخواست خود را مسترد ننموده است. بعلاوه وکیل زوج طی لایحه ثبت شده به شماره ۷۹۹-۱۳۹۳/۷/۵ با این عبارت «لذا استدعا دارد دستور فرمایید نسبت به استرداد دعوی مطروحه اقدام بایسته به عمل آید» ملاحظه می‌شود صرفاً استدعای اقدام بایسته است ولی استرداد دعوا نیست. چون که در این مرحله وی مدعی نیست و در مرحله بدوی هم رأی صادر شده و جای استرداد دعوا نمی‌باشد به ویژه اینکه در استرداد دعوی طبق بند ب ماده ۱۰۷ قانون یاد شده قرار رد دعوی صادر می‌شود نه قرار سقوط دعوی و بند ج ماده مذکور در زمانی اعمال می‌شود که پس از ختم مذاکرات اصحاب دعوی باشد و این در حالی است که دادگاه احدی از طرفین را جهت رسیدگی و اعلام مشخصات خودروی زوج دعوت کرده است.

در این رأی به راحتی می‌توان ضابطه لو ترک را استخراج کرد زیرا آمده زوج در این مرحله مدعی نیست که بتواند دعوی خود را استرداد کند. پس مدعی باید بتواند دعوی را مسترد کند که همان ضابطه لو ترک است. این رأی علاوه بر اینکه براساس بند ب ماده ۱۰۷ که از استرداد دعوا توسط مدعی سخن می‌گوید، صادر شده است. از آن جاییکه دعوا با تجدیدنظرخواهی خوانده از مرحله بدوی به مرحله تجدیدنظر رفته است و دیگر خواهان دعوی بدوی در اینجا مدعی نیست، نمونه کامل از اجرای ضابطه لو ترک است. و از دیدگاه نگارنده رأی قابل تأیید است.

در مورد تحلیل اقتصادی ضابطه باید گفت که از آنجاییکه به طور کلی در دعاوی مدنی بار اثبات دلیل بر عهده مدعی است. و مدعی باید هم بار تهیه یا پیش بردن دلیل را بر عهده بگیرد و هم بار متقاعد کردن یا ریسک متقاعد نشدن را متحمل شود. پس باید به انتخاب ضابطه‌ای اقدام کنیم که توجیه اقتصادی داشته و ما را بیشتر به حقیقت نزدیک کند. که هم مانع جستجوی مضاعف ادله شود و هم هزینه‌های اجتماعی را کاهش دهد. لو ترک از آنجایی که در رویه قضایی خیلی کاربردی ندارد و مبنای آن هم کشف حقیقت نیست، بنظر از لحاظ اقتصادی خیلی کارآیی ندارد.

^۲ . ماده ۱۰۷ آیین دادرسی مدنی: ب: خواهان می‌تواند مادامی که دادرسی تمام نشده دعوی خود را استرداد کند. در این صورت دادگاه قرار رد دعوا صادر می‌نماید.

^۳ . دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۸۰۲۰۲۳۰۰۹۷۶ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۴/۲۴ - عضو معاون و مستشار شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور: محمد ربانی نژاد، جعفر الهی. برای مشاهده نمونه مشابه می‌توان به دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۱۵۷۹ در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۸ منتشر شده از شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. رئیس شعبه: ذکایی - مستشار: حمیدی مراجعه کرد.

۲-۲. مدعی کسی است که قولش خلاف ظاهر یا اصل باشد.

در کتب فقهی آمده است: المدعی هو من قوله مخالف للظاهر أو للاصل: بر طبق این تعریف، مدعی کسی است که قول او مخالف ظاهر یا اصل است، و در مقابل، منکر کسی است که قولش موافق ظاهر یا اصل باشد، و مراد از ظاهر، هر ظاهری اعم از ظاهر غیر معتبر یا اصول اولیه یا قواعد شرعیه است، اما مراد از آن همواره ظاهر نوعی است نه ظاهر شخصی؛ زیرا ظاهر شخصی قابل اعتماد نیست. مثلاً اگر شخص، صالح و متقی باشد، ظاهر به سود او نخواهد بود (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۱۶۴).

در نگاه حقوقدانان ظاهر به معنای مطلق اماره یعنی اعم از اماره قانونی و قضایی است (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ص ۱۹۲). بنابراین نسبت بین اماره و ظاهر، عموم و خصوص مطلق است، هر اماره یک ظاهر است ولی هر ظاهر، اماره نیست. در اماره قانونی یک ظهور وجود دارد که از غلبه ناشی می‌شود. اما در امارات قضایی ظهوری وجود دارد که از غلبه نشأت نگرفته است. بلکه ناشی از تعاون قراین و شرایط و اوضاع و احوال است. همچنین منظور ظاهری است که نه عنوان اماره قضایی دارد و نه عنوان اماره قانونی. ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی، امارات قانونی را چنین تعریف می‌کند: «امارات قانونی، اماراتی هستند که قانون آن‌ها را دلیل بر امری قرار داده است. مثل امارات مذکور در این قانون از قبیل مواد ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و سایر امارات مطروحه در قوانین دیگر» (علیشاهی قلعه جوقی، ۱۳۹۶، ص ۱۹۲).

همچنین بیان شده است که، مقصود از اصل، اصلی است که از نظر شرع معتبر شناخته شده است مثل استصحاب، برائت، اصل عدم و اصالة الصحه 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. (مواد ۱۱۹۷. آ. م.، ۳۷ق.ا به اصل برائت و ماده ۲۲۳ قانون مدنی به اصل صحت و ماده ۱۹۸ به اصل استصحاب اشاره دارد).

با توجه به تطبیقات و مصادیق قاعده بینه^۵ مشخص می‌شود که مدعی، کسی است که دعوا او بر خلاف اصول فوق الذکر باشد و اوست که باید بینه اقامه نماید، و اوست که اگر دعوا را رها نماید نزاع فیصله می‌یابد. لذا ارزش اثباتی و احتمالی آن ضعیف‌تر از احتمال موجود در طرف منکر است (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۲۱۸).

در مقام تقویت ضابطه خلاف اصل یا ظاهر در جایی می‌خوانیم: 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 شرعیه 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 مطلبی را به عهده طرف خود القا نماید که با توجه به تطبیقات و مصادیق قاعده چنین به دست می‌آید که مدعی کسی است که دعوا او بر خلاف اصل باشد، و منکر کسی است که سخن او مطابق با اصل می‌باشد.

مثال ضابطه زمانی است که فردی علیه دیگری مدعی طلبی یا مدعی مالکیت مالی باشد که دست دیگری و تحت تصرف او است. در اینجا، سخن مدعی خلاف اصل و ظاهر است؛ چون اصل در مثال اول، برائت ذمه آن فرد از بدهی است؛ چنان که ظاهر در مثال دوم مالکیت او نسبت به مالی است که تحت تصرف دارد (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۲۱۷).

۲-۲-۱. ایرادات فقها: ایرادی که از نظر فقها بر این ضابطه وارد است از این قرار است که ضوابط اصل و ظاهر در بعضی موارد با هم تعارض دارند. یعنی اینکه ممکن است قول یک شخص از طرفی موافق اصل باشد و از طرفی مخالف ظاهر باشد یا بالعکس. این مسئله را می‌توان از مثال‌هایی که در کتب فقهی بیان شده فهمید. که عبارتند از:

در صورتی که زن و شوهری قبل از نزدیکی مسلمان شوند و زوج بگوید که ما در زمان واحدی مسلمان شدیم و تقدم و تاخری در اسلام ما نبوده است پس نکاح ما به قوت خود باقی است. اما زوجه بگوید ما مسلمان شدیم اما به صورت تعاقبی و زمانی که یکی از ما مسلمان شد دیگری مسلمان نبود، بنابراین صحت عقد نکاح باطل است در این مورد مطابق ضابطه اول (ترک دعوا) و دوم (خلاف

^۵ . البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر.

اصل) زوجه مدعی است. زیرا اگر او ترک دعوا کند خصومت و اختلافی نخواهد بود و همچنین اصل بر عدم تقدم یکی از دو حادثه بر دیگری است. پس مطابق ضابطه اول و دوم مرد قسم می خورد و نکاحی که وقوع آن معلوم است استمرار می یابد. اما مطابق ضابطه سوم این زوج است که مدعی می باشد زیرا آنچه که مورد ادعا است خلاف ظاهر است چون ظاهر این است که نوعا عمل دو نفر کاملا مقارن نمی باشد و معمولا مقداری فاصله زمانی بین آن ها وجود دارد. بنابراین تقارن اسلام زوجین خلاف ظاهر است، پس بنا بر ضابطه سوم زن قسم می خورد و نکاح منفسخ است (شهید ثانی، ۱۳۹۷، ص ۷۷).

در جایی دیگر در مورد این مثال آورده شده است که «شناختن مدعی و مدعی علیه نیز از مسائل اجتهادیه است زیرا که بعضی گفته اند که: مدعی هر کسی است که قولش مخالف اصل باشد، و بعضی گفته اند: کسی است که قولش مخالف ظاهر باشد، و بعضی گفته اند که: کسی است که هر گاه ساکت شود به حال خودش، واگذارند. و ثمره نزاع ظاهر می شود در زوجینی که مسلمان شوند قبل از دخول، پس زوج ادعای معیت کند تا نکاح باقی ماند و زوجه ادعای تعاقب نماید تا عقدش منفسخ شود، پس بر قول اول هر دو مدعی اند، و بر ثانی زوج مدعی است زیرا که اصطحاب نادر، و تعاقب غالب است، و بر ثالث زوجه مدعی است زیرا که: زوجش را سکوت نمی گذارند، پس تعیین هر یک از این سه معنی به اجتهاد بر می گردد، و به تقلید در مرافعات حکم نمی توانند کرد، نه به بینه و نه به قسم هر چند که مقلد، مجتهد حی باشد به اجماع کل علمای امامیه، حتی بعضی از متأخرین که توهم تجویز تقلید اموات در مسائل عبادات کرده زیرا که او هم تصریح کرده است به اینکه: حکم و قضا مخصوص مجتهد حی است و به تقلید اموات یا مجتهد حی دعاوی را طی نمی توان نمود اجماعا، پس مهما ممکن کسی که مجتهد نباشد متعرض محاکمه نشود، و در حال ضرورت بنای خصمین را بر مصالحه گذارد، و اگر به عنوان احتمال و شاید؛ بر ایشان برساند که قسم بر کیست؛ تا راضی به مصالحه شوند، شاید بد نباشد، و به محاکمه غیر مجتهد - هر چند به شهود و قسم طی شود - دعوا طی نمی شود و باقی خواهد بود به اجماع کل فقها زنده و مرده، مگر آنکه به مصالحه و تراضی طرفین طی شود، والله العالم» (بهبهانی، بی تا، ۲۹۶). از دیدگاه نگارنده اگر شناخت مدعی را از مسائل اجتهادی بدانیم، و برای یافتن پاسخ کوشش نکنیم، در واقع پاک کردن صورت مسئله است و حل مسئله ای به این مهمی را رها کرده ایم.

- مثال دیگر زمانی است که زن و شوهر سال ها کنار هم با آرامش زندگی می کنند و بعد از گذشت سال ها زن می گوید که مرد تا کنون نفقه نداده ولی مرد می گوید نفقه داده است اگر ملاک را ضابطه خلاف اصل قرار دهیم، مرد مدعی است زیرا اصل عدم انفاق می باشد. ولی اگر ضابطه را خلاف ظاهر ملاک قرار دهیم، زن مدعی است زیرا قول او خلاف ظاهر است. زیرا ظاهر یک زندگی آرام این است که مرد نفقه می دهد. اما بعضی فقها این تعارض را اینگونه حل می کنند که اگر مراد از ظاهر اعم از حجت شرعی و غیر آن باشد تعارض بین تعاریف ظاهر می شود، اما اگر منظور از ظاهر فقط حجت شرعی باشد تعارض از بین می رود و دلیل تنها منحصر به اصل می شود و چون در این مثال و سایر مثال های شبیه به آن ظاهر از امور ظنی است، و حجت شرعی نیست پس مدعی انفاق که مرد است و قول او خلاف اصل می باشد، باید دلیل بیاورد (سبحانی، ۱۳۷۶، ص ۴۳-۴۴). نگارنده این قول را مردود می داند و معتقد است حداقل در این مثال باید قرائن دیگر از جمله زندگی مشترک طرفین یا غیر از آن در نظر گرفته شود.

اما در مقام جمع بندی ضابطه اخیر استاد علی اکبر سیفی مازندرانی می فرماید: اول، ما برای اینکه منکر یا مدعی علیه را تعیین کنیم ضابطه داریم و آن اینست که: «من کان قوله موافقا للاصل او لظاهر الحال یتعین المدعی علیه» در ارتکاز عقلا، سیره عقلاء و در عرف عام، هر کسی که قولش موافق ظاهر حال باشد، او منکر یا مدعی علیه تعیین می شود. اما در صورتی که این ظاهر حال معارض با استصحاب باشد، پس چرا منکر کسی است که ظاهر حال با او موافقت کند؟ چون عقلای عالم با وجود ظاهر حال اعتنایی به استصحاب نمی کنند چون اصلا شک نمی کنند و ظاهر حال موجب علم و اطمینان است، فلذا وقتی در بازار می بینید کسی می خواهد مالی را بفروشد یا بخرد شک نمی کند که شاید مال برای شخص نباشد. همانطور که امام (ع) فرمود، وقتی که ظاهر حال باشد ترتیب اثر می دهند و عقلای عالم اعتنایی به اصل استصحاب نمی کنند، این یک تقریب اجمالی ساذج بسیط بود.

«این که مدعی علیه و منکر را چه کسی باید تعیین کند؟ بدون شک این از مخترعات شرع نیست بلکه از عناوین عرفیه است، و مرجع تعیینشان عرف و متفاهم عرفی است، پس ما باید به عرف عام عقلا رجوع کنیم و ببینیم مدعی علیه را چه تعریف می‌کنند و فقها هم که مدعی علیه و منکر را تعریف کردند فقط به عرف رجوع کردند.

عرف می‌گوید: آن متخاصمی که قولش موافق ظاهر حال باشد منکر می‌شود، یا اگر ظهور حالی در بین نباشد مثل ید، منکر آن کسی است که قولش موافق اصل باشد، اما اگر یکی موافق اصل و دیگری ظاهر حال باشد، عقلا مدعی علیه را کسی می‌دانند که قولش موافق ظاهر حال باشد.» (بخشی از درس خارج فقه استاد علی اکبر سیفی مازندرانی در تاریخ ۹۶/۱۰/۲۵ که در سایت مدرسه فقهت به آدرس eshia.ir موجود می‌باشد).

۲-۲-۱. ایرادات حقوقدانان: حقوقدانان نیز مانند فقها به صراحت متذکر تعارض اصل و ظاهر نشده‌اند. اما از بررسی دقیق نوشته‌های آن‌ها می‌توان به این امر پی برد. برای مثال جناب استاد عباس کریمی در کتاب ادله اثبات خود می‌فرمایند: به دلیل ایراداتی که بر این دو ملاک (خلاف اصل و لو ترک) وارد است سعی شده نقص آن‌ها جبران گردد. گروهی با توسل به مفهوم «ظهور حال» و به عبارت دیگر اوضاع و احوال خارجی که حاکم بر دعواست و زیر عنوان «امارات قضایی» در حقوق امروز شناخته می‌شود، در صد تکمیل بحث بر آمده‌اند. بنابراین هر کس برخلاف اصل یا اماره یا ظهور صحبت می‌کند مدعی است. با وجود این، ظهور در موارد خاصی با امارات قانونی در تعارض است و این ملاک را دچار ابهام می‌کند (کریمی، ۱۳۸۶، ص ۲۰). و همچنین در مواردی اصول با امارات در تعارض هستند (کریمی، ۱۳۸۶، ص ۱۹). اگر اماره را به معنای ظاهر در نظر بگیریم، متوجه می‌شویم حقوقدانان نیز تعارض اصل و ظاهر را مدنظر داشته‌اند. (ایرادات حقوقدانان نیز همان ایرادات فقها است).

از دیدگاه نگارنده، این ضابطه در واقع ترکیبی از ضوابط خلاف اصل و خلاف ظاهر است. پس اگر دادرس با توجه به عرف حاکم در مورد آن پرونده بتواند به درستی تشخیص دهد که از کدام ضابطه برای شناخت مدعی استفاده کند. کامل‌تر از دو ضابطه خلاف اصل و خلاف ظاهر هر کدام به تنهایی است و توجیه اقتصادی بیشتری دارد. همانطور که در مورد ماده ۲۶۵ قانون مدنی (اختلاف در تبرع و عدم تبرع در دادن مال)، اختلاف زوجین در واقعه و نزدیکی، اختلاف در قبض مهر، تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی (در خصوص اجرت المثل زوجه)، تمکین و پرداخت نفقه، اختلاف در دائم یا موقت بودن عقد نکاح، اختلاف در اثاث منزل یا جهیزیه، دعوی اعسار و عدم تمکن موضوع ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، در رویه قضایی اختلاف وجود دارد و سایر حقوقدانان محترم مقالات بیشماری در این موارد نگارش کرده‌اند، و بحث در این مقال چیزی جز اتلاف وقت و تکرار مکررات نیست. با این وجود آرای که بر طبق ضابطه خلاف اصل یا ظاهر در رویه قضایی وجود دارد کمتر توسط حقوقدانان بررسی شده است را بررسی می‌کنیم.

مثال اول: واقعه و نزدیکی

دادنامه شماره ۱۰۴۷/۲۲۰۲۰۹۹۷۰۹۳۰ در تاریخ ۱۳۹۳/۰۶/۱۷ صادره از شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که در مورد باکره بودن زوجه است، می‌تواند مثال مناسبی باشد. در خانواده‌های ایرانی هم ظاهر باکره بودن دختر است و هم باکره بودن دختر استصحاب می‌شود. اما ممکن است نتیجه آزمایش پزشکی قانونی حاکی از باکره نبودن دختر باشد. در این پرونده با اینکه زوج اقرار می‌کند با زوجه همبستر شده اما بدلیل حدوث بیماری زگیل تناسلی با خواسته شک در باکره بودن اقامه دعوا می‌کند اما دادگاه با این استدلال که بعد از ازدواج، عدم باکرگی زوجه منتسب به شوهر است بار اثبات را بر دوش زوج می‌داند. و مهمتر از آن این که خواسته با شک و تردید همراه است و منجز نیست که این خود دلیل بر عدم صدور حکم به نفع زوج است. در این مورد دادگاه‌ها از ضابطه خلاف اصل یا ظاهر استفاده می‌کنند، زیرا در خانواده‌های ایرانی باکره بودن دختر در هنگام عقد نکاح استصحاب می‌شود. و ظاهر نیز در خانواده‌های ایرانی باکره بودن دختر است. چون فرض بر این است که دختر ایرانی مرزها را رعایت می‌کند و اینکه زوج اقرار کرده است که با زوجه همبستر شده که این خود براساس ظاهر و اصل باکره نبودن را منتسب به شوهر می‌کند.

متن رأی از این قرار است: در خصوص دادخواست تقدیمی از طرف آقای الف.ر. فرزند ع. به طرفیت خانم م.خ. با وکالت آقای الف.ن. به خواسته تقاضای فسخ نکاح (تدلیس در ازدواج طبق ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی) شک در باکره بودن که دچار بیماری ویروسی و مقاربتی شده است دادگاه با ملاحظه اوراق و محتویات پرونده صرف نظر از اینکه عقد نکاح در تیرماه ۱۳۹۲ صورت گرفته و فوریت در فسخ رعایت نگردیده است و در تاریخ ۹۳/۲/۲ دادخواست تقدیم دادگاه گردیده است و از همه مهم تر اینکه خواهان نیز خواسته خود را شک در باکره بودن مطرح نموده که دعوی وی منجز نمی‌باشد و همچنین اینکه به موجب دادنامه ۵۰/۹۳ مورخ ۹۳/۱/۲۵ شعبه ۲۳۹ اقرار و اذعان نموده است در برج شش ۹۲ با زوجه همبستر شدم و در برج هفت سال ۹۲ بیماری پیدا شد و با عنایت به اینکه در این پرونده مدعی عدم بکارت زوجه در هنگام عقد نکاح گردیده ولی مدرکی جهت صحت اظهارات خویش ارائه ننموده است و با توجه به اینکه بعد از وقوع عقد نکاح اصل عدم بکارت منتسب به زوج است؛ لهذا دادگاه با توجه به مطالب معنونه فوق دعوی خواهان را وارد تشخیص نداده و مستنداً به ماده ۱۱۳۱ و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی حکم به رد دعوی خواهان صادر و اعلام می‌نماید... (شعبه ۲۳۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران). شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با تأیید استدلال دادگاه بدوی رأی را مورد تأیید قرار داده است.

مثال دوم: سند سفید امضا

در حقوق ایران در مورد سند سفید امضا نظر داده شده است که «... تسلیم سند سفید امضا به دیگری به منزله دادن نمایندگی برای تنظیم سند است و عرف این نمایندگی ضمنی را درک می‌کند و می‌پذیرد...». بنا بر این نظر برای بی اعتبار ساختن سند سفید امضا، خواننده باید نه تنها سفید امضا شدن سند را اثبات نماید، بلکه باید اثبات نماید که «... از این امضا سوء استفاده شده است: یعنی امین و نایب امضا کننده بر خلاف اختیار و مصلحت موکل دست به اقدامی فضولی زده و سند را مخالف تباری مبنای آن تنظیم کرده است». در تأیید این نظر به ماده ۶۷۳ ق.م.ا.ت. مصوب ۱۳۷۵ که سوء استفاده از سفید مهر و سفید امضا را جرم می‌داند و به قاعده «لیس علی الامین الا الیمین» نیز استناد شده است (کاتوزیان نقل از شمس، ۱۳۹۶، ص ۹۱).

بنابراین نظر آراء منتشر شده در رویه قضایی از این قرار است:

در رأی منتشر شده از شعبه ۱۷۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران آمده است که: «..... و با فرض سفید امضا بودن سند مذکور خواننده با امضای برگه سفید عملاً اختیار و وکالت تحریر و درج هر نوع تعهد و درج هر مبلغی را به خواهان واگذار کرده خلاصه رأی منتشر شده از شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران از این قرار است: سند سفید امضا فاقد اعتبار و ارزش اثباتی نیست و امضا کننده سند سفید ملتزم به مراتب مرقوم در متن سند است چرا که صادره کننده دارنده سند را مختار و نایب قرار می‌دهد تا به مقصود و منظور خود مطالب لازم را در سند درج کند.

خلاصه رأی منتشر شده از شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران از این قرار است: قوام و وجود چک به امضا آن است؛ بنابراین تحریر متن آن به وسیله دارنده و یا ثالث از موجبات نقص و یا مخدوش بودن این سند تجاری نیست.

همچنین بنا بر نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه؛ دادن سفته سفید امضا ظهور در تفویض اختیار پر کردن آن به دارنده سند است. بنابراین وقتی شخصی سفته‌ای را بدون تاریخ به شخصی می‌دهد عرفاً به معنی آن است که صادر کننده سفته اختیار گذاشتن تاریخ یا قید عندالمطالبه را به دارنده داده است که هر وقت مایل به وصول وجه آن بود تکمیل نماید و وجه آن را مطالبه

^۱. شماره دادنامه قطعی ۱۰۰۶۸۵/۲۱۰۱۰۶۹۸۰۹۲ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۵/۳۱ - رئیس شعبه ۱۷۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران: حسین پور.

^۲. شماره دادنامه قطعی ۱۰۳۰/۴۰۱۰۳۰/۲۷۰۹۹۷۰۹۳ در تاریخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۹ - رئیس و مستشار شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: موسوی-نوروزی.

^۳. شماره دادنامه قطعی ۰۰۲۰/۲۹۲۰۲۹۸۰۹۳ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۴/۲۰ - مستشاران شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: سید فرخ مرتضوی -

مجتبی شفیع.

^۴. شماره نظریه ۷/۹۵/۲۵۱۶ - شماره پرونده ۹۱۷ - ۱۱۷ - ۹۵ در تاریخ ۱۳۹۵/۱۰/۰۵.

کند و پس از تکمیل سفته از سوی دارنده که اختیار این کار را دارد، سفته واجد همه شرایط شکلی لازم می‌باشد. شایسته ذکر است که با توجه به وصف تجریدی اسناد تجاری، تاریخ مقرر در قرارداد منشأ نمی‌تواند ملاک عمل باشد.

همچنین نمونه آراء مشابه زیادی در رویه قضایی وجود دارد که دادن سند سفید امضا را ظهور در اعطاء نوعی نمایندگی و وکالت به دیگری در تکمیل مفاد سند می‌دانند، اما باید این را ذکر کرد که در رویه قضایی نیز گاهی این امر با تشتت آراء همراه می‌شود و عده‌ای از قضات نیز با نظریه نمایندگی در سند سفید امضا موافق نیستند. در این زمینه استاد بزرگوار دکتر شمس می‌فرماید: اما باید پذیرفت که اگر هم دادن سفید امضا به مفهوم دادن نمایندگی باشد، نمی‌توان در تمام موارد دارنده سفید امضا را در نوشتن هر چه در سند آمده نماینده دانست، بلکه چون نماینده باید نمایندگی خود را در اعمال تعهدآوری که به نمایندگی از موکل انجام داده اثبات نماید، بار دلیل اثبات مطابقت آنچه در سند سفید امضا آمده با آنچه ادعای نمایندگی آن می‌شود بر دوش نماینده است. در نتیجه قرائنی باید بر اثبات چارچوب و موضوع نمایندگی ارائه شود. برای نمونه در اسنادی مانند چک و سفته که محلی برای نوشتن تاریخ در آن وجود دارد، هر گاه امضاکننده آن را بی آنکه تکمیل نماید به دارنده داده باشد، می‌توان نمایندگی دارنده را در تکمیل این قسمت پذیرفت. همچنین در اسنادی مانند سفته که مبلغ اسمی چاپی مشخص دارند، صرف امضای آن توسط صادر کننده به منزله تعهد پرداخت حداکثر مبلغی است که در آن چاپ شده است. بنابراین، دفاع از دیدگاهی که سند سفید امضا را در تمام موارد معتبر دانسته و همواره امضا کننده را مدعی مخالفت متن سند با نیابت ادعایی استناد کننده به سند می‌داند، دشوار است (شمس، ۱۳۹۶، ص ۹۱). به هر حال در رویه قضایی نظریه نمایندگی حداقل در مورد چک و سفته پذیرفته شده است.

10

مثال سوم: اختلاف در دائم یا موقت بودن نکاح

از جمله مسائل دیگری که در رویه قضایی مطرح هست و با توجه به اینکه از کدام ضابطه استفاده کنیم جای خواهان و خوانده عوض می‌شود بحث اختلاف زوجین در خصوص ماهیت نکاح می‌باشد که آیا نکاح واقع شده ماهیت دائم دارد یا موقت. با توجه به ضابطه اصل عدم، اصل بر عدم ازدواج دائم هست. پس بر اساس این ضابطه کسی که می‌گوید نکاح دائم است مدعی محسوب می‌شود، و باید خلاف اصل عدم را ثابت کند. اما بر اساس ضابطه خلاف ظاهر و عرف، ظاهر بر دائم بودن نکاح است و کسی که بر خلاف ظاهر و عرف می‌گوید که نکاح دائم نیست و موقت است مدعی است و باید دلیل بر موقت بودن نکاح بیاورد. که با توجه به آراء دادگاه‌ها غلبه بر قبول ضابطه خلاف ظاهر و عرف است. و استفاده از ضابطه خلاف ظاهر و عرف ما را بیشتر به حقیقت نزدیک می‌کند و صرفه اقتصادی بیشتری نیز دارد.

مثلاً رأی زیر کاملاً با توجه به عرف و ظاهر ازدواج‌های جامعه ایرانی صادر شده است. و تا زمانی که عرف و ظاهری آنقدر قوی و جا افتاده وجود دارد، نیازی به مراجعه به اصل که فقط برای رفع خصومت از جانب شارع تجویز شده نیست. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۶۲۳ در تاریخ ۱۳۹۳/۰۶/۰۸ منتشر شده از شعبه ۸ دیوان عالی کشور به این شرح می‌باشد: «فرجام خواهی آقای م.س. نسبت به دادنامه شماره ۲۱۵۰-۹۲ که در جهت تأیید رأی بدوی متضمن حکم بر اثبات زوجیت دائم فی مابین فرجام خواه و فرجام خوانده انشاء گردیده وارد و موجه نمی‌باشد زیرا زوج (فرجام خواه) در اظهارات خود در مراحل دادرسی وجود رابطه زوجیت فی مابین خود و فرجام خوانده را مورد تأیید و اذعان قرار داده النهایه مدعی شده که رابطه زوجیت فی مابین به صورت نکاح منقطع بوده که مدت آن منقضی گردیده و چون نامبرده هیچ دلیل و مدرکی بر صحت و درستی مراتب ادعایی خود در خصوص مورد اقامه و ابراز نموده و از طرفی هم متداعین بر اصل رابطه زوجیت فی مابین خود اتفاق نظر داشته و اختلاف آنان فقط در دائم یا موقت بودن نکاح بوده و در عرف جامعه هم اصل بر دائم بودن نکاح بوده و در صورت اختلاف در دائم یا موقت بودن نکاح، اصل

۱۱. برای نمونه به رأی به شماره دادنامه قطعی ۹۲۰۹۹۸۰۲۲۹۲۰۰۳۴۷ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۹/۲۴ - رئیس و مستشار شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: محمد حسن امی - علی مداح، رأی به شماره دادنامه قطعی ۹۳۰۹۹۸۰۲۱۳۸۰۰۷۲۹ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۵/۲۸ - رئیس و مستشار شعبه ۶۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: سید قاسم بنا خسروی - یوسف یعقوبی محمود آبادی و همچنین دیگر آراء موجود در رویه قضایی مراجعه کنید.

مذکور جاری و مطابق آن نکاح فی مابین زوجین دائم خواهد بود لذا به لحاظ عدم اثبات ادعای فرجام خواه بر منقطع بودن نکاح فی مابین، نکاح فی مابین طرفین با لحاظ اصل مذکور نکاح دائم محسوب بوده از این رو دادنامه‌های بدوی و فرجام خواسته مطابق قانون صادر شده فلذا ضمن رد فرجام خواهی فرجام خواه مستندا به ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه فرجام خواسته ابرام می‌گردد». در رأی حاضر کاملا به عرف مسلم جامعه توجه شده است و قابل تأیید است.^{۱۱}

مثال چهارم: ادعای اعسار

در رویه قضایی معمولا دادگاه‌ها براساس ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی رأی صادر می‌کنند که قابل تأیید است. مثلا دادنامه شماره ۹۳۰۶۴۷ مورخ ۳/۱۰/۱۳۹۳ صادره از شعبه ۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران از این قرار است: در خصوص دادخواست تقدیمی ح. س. ی. با وکالت آقای م. ع. بطرفیت ع. الف. با وکالت آقای ع. ح. به خواسته اعسار از پرداخت هزینه دادرسی به مبلغ ۱/۱۵۵/۰۰۰/۰۰۰ ریال با استناد به شهادت شهود و مطلعین و استشهادیه محلی پیوستی توجها به کلیه اوراق و محتویات پرونده و استماع اظهارات شهود و مطلعین به شرح اوراق جداگانه استطلاع و امعان نظر در مندرجات پاسخ استعلامات واصله از بانک‌ها و عدم تکافوی حساب و فاقد موجودی بودن حساب‌های اعلامی از زمان تقدیم دادخواست و نظر بر اینکه وجوه پرداختی به خواهان توسط خوانده مربوط سال ۱۳۹۲ و اوایل سال ۱۳۹۳ می‌باشد و ملاک اعسار یا تمکن مالی زمان تقدیم دادخواست می‌باشد که در این ایام خواهان توان مالی برای پرداخت هزینه سنگین دادرسی تشخیص داده می‌شود لذا ضمن رد اظهارات و دفاعیات وکیل خوانده و مستندا به مواد ۵۰۴ و ۵۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به پذیرش اعسار موقت خواهان از پرداخت هزینه دادرسی صادر می‌نماید و لیکن در آینده در صورت صدور حکم قطعی به نفع خواهان مکلف به پرداخت هزینه دادرسی قبل از اجرای حکم خواهد بود .. از رأی مذکور به شرح زیر تجدیدنظر خواهی شده است:

دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۲۱۶۸۵۰۰۵۰۷ تاریخ ۹۳/۱۱/۲۸ منتشر شده از شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای علی الف. به طرفیت آقای سید ح. س. ی. با وکالت آقای م. ع. نسبت به دادنامه شماره ۹۳۰۶۴۷ مورخ ۳/۱۰/۱۳۹۳ صادره از شعبه ۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن حکم معافیت موقت تجدیدنظرخوانده از پرداخت هزینه دادرسی ضمن مطالبه وجه چک به مبلغ سی و هشت میلیارد و پانصد میلیون ریال صادر شده است با بررسی پرونده از مستندات دعوی اصلی و اظهارنامه ارسالی و اظهارات گواهان به شرح صورت مجلس دادرسی مبنی بر اینکه تجدیدنظرخوانده به خرید و فروش سهام اشتغال داشته و قبلا وضع زندگی و مالی خوبی داشتند تجدیدنظرخواهی از این حیث وارد است که دلیل مثبت تبدیل وضعیت مالی از جمله ضبط و فروش اموال از سوی بانک ابراز نگردیده است لذا طبق ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته با رعایت اصل حکم به بطلان دعوی نخستین به خواسته صدور حکم اعسار از پرداخت هزینه- دادرسی صادر می‌شود رأی قطعی است.....

مطابق رأی دادگاه تجدیدنظر گرچه ملاک احراز اعسار از هزینه دادرسی، زمان تقدیم دادخواست می‌باشد اما در مواردی که وضعیت سابق مدعی اعسار دال بر تمکن وی باشد، باید دلیل مثبت تغییر وضعیت مالی احراز شود. و دادگاه تجدیدنظر با در نظر داشت این قسمت از ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی: «در مواردی که وضعیت سابق مدیون دلالت بر ملائت وی داشته باشد ... اثبات اعسار بر عهده او است». رأی بدوی را نقض کرده است. و در واقع با توجه به وضعیت سابق مدیون در مورد ملائت و عدم ملائت رأی صادر کرده است که موافق قوانین و ظاهر و عدالت می‌باشد.

^{۱۱} . همچنین می‌توان در تأیید دیدگاه نگارنده به نظر هیئت عالی در نشست قضایی دادگستری با موضوع تشخیص نوع عقد در صورت تبدیل عقد موقت به دائم، استان اصفهان/شهر نجف آباد، ۱۳۸۶/۰۲/۰۵. همچنین دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۰۶۵۵ در تاریخ ۱۳۹۲/۰۴/۲۹ منتشر شده از شعبه ۴۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران رئیس شعبه: اصلانی - مستشار: نحوی. همچنین دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۷۱۹ در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۳ منتشر شده از شعبه ۸ دیوان عالی کشور رئیس: عباسیان - مستشار: ناصح - عضو معاون: کریمپور نطنزی. مراجعه کرد.

خلاصه رأی منتشر شده از شعبه ۴۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران از این قرار است: در دعوی اعسار از پرداخت هزینه دادرسی، اختیار وکیل از ناحیه خواهان، دلیل بر ملائت وی بوده و موجب رد دعوی اعسار می‌شود. رأی برابر ظاهر صادر شده و صحیح است. چون چگونه ممکن است شخصی هزینه حق الوکاله را داشته باشد اما معسر باشد.

همچنین خلاصه رأی منتشر شده از شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران از این قرار است: سفرهای گوناگون خواهان دعوی اعسار به خارج از کشور نشانه ملائت وی بوده و موجب رد دعوی اعسار می‌شود. رأی برابر ظاهر زندگی شخص صادر شده و صحیح است.

خلاصه رأی منتشر شده از شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران از این قرار است: در دعوی مطالبه مهریه عندالاستطاعه، اصل بر عدم استطاعت زوج است و زوجه، باید تمکن مالی وی را اثبات نماید. شاید بتوان اینگونه استدلال کرد که وقتی که شخصی مهریه عندالاستطاعه مشخص می‌کند در واقع ملی نیست و رأی صحیح است.

با توجه به آراء مذکور و نقد رویه قضایی متوجه می‌شویم، ضابطه اصل در موارد خاصی و ضابطه ظاهر در اکثر دعاوی ما را به آستانه اقناع‌کنندگی می‌رسانند. این ضابطه که در واقع ترکیبی از دو ضابطه قبل است از دیدگاه نگارنده اگر که دادرسی با توجه به عرف حاکم در مورد آن پرونده بتواند به درستی تشخیص دهد که از کدام ضابطه برای شناخت مدعی استفاده کند. کامل‌تر از دو ضابطه خلاف اصل و خلاف ظاهر است و توجیه اقتصادی بیشتری دارد (ر.ک. احرار، ۱۴۰۲).

۲-۳. مدعی کسی است، که قولش خلاف حجت باشد.

در برخی کتب فقهی آمده است: المدعی هو من قوله مخالف للحجة. مطابق این تعریف کسی که قول او با حجت فعلیه مخالف باشد، مدعی است، گر چه قولش با حجت غیر فعلیه مثلاً با «اصل» موافق باشد، منظور از حجت فعلی اصل شرعی و امارات است (شکری و شیرازی، ۱۳۹۳، ص ۱۵). مانند آنکه شخصی ادعا نماید گوشتی که در بازار است مطابق با شرع ذبح (تذکیه) نشده است و در نتیجه مدعی فساد معامله با فروشنده آن گردد، این شخص اگر چه قولش با اصل عدم (اصالة عدم التذکیه یا استصحاب عدم ازلی تذکیه) موافق است، معذک مدعی است، زیرا بازار، بازار مسلمین است و بودن گوشت در سوق المسلمین اماره بر ذبح شرعی (تذکیه) است. و با وجود اماره دیگر تعبداً موضوعی برای اجرای اصل باقی نمی‌ماند؛ به عبارت دیگر اماره حاکم بر اصل است، یعنی این اماره سوق است که حجت فعلی می‌باشد نه اصل عدم تذکیه، بنابراین، مدعی فساد معامله به دلیل عدم تذکیه، چون قولش مخالف حجت فعلیه (اماره سوق المسلمین) است، مدعی محسوب می‌گردد، بنابر معیار مزبور، مدعی فساد در معاملات اگر چه قولش موافق با اصل عدم نقل و انتقال است؛ مع ذلک مدعی است، زیرا ادعای فساد معامله مخالف با اصالة الصحة است و حجت فعلیه، اصالة الصحة است زیرا اصالة الصحة حاکم بر اصل عدم نقل و انتقال است (محقق داماد یزدی، ۱۳۸۱، ص ۱۱۰).

از دیدگاه نگارنده این ضابطه نزدیکترین ضابطه به ضابطه عرف است. یعنی با توجه به اوضاع و احوال و عرف باید دید حجت فعلی در یک پرونده خاص اماره است یا اصل عملی.

۲-۳-۱. ایرادات فقها: فقها فقط به توضیح مختصر ضابطه پرداخته‌اند و بیش از آن مطلبی در مورد این ضابطه وجود ندارد (ر.ک. سبحانی، بی تا، ص ۴۰؛ محقق داماد یزدی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۹).

^{۱۲} . دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۷۰۲۲۲۰ تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۰ - رئیس و مستشار شعبه ۴۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: سید داود معنوی - عارفه مدنی کرمانی.

^{۱۳} . دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۲۱۶۸ تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۰ - رئیس و مستشار شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: آل حبیب - علیخانی.

^{۱۴} . دادنامه شماره 9309970222400562 تاریخ 1393/04/08 - رئیس و مستشار شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: مرادی هرندی - روحانی. همچنین مؤید این مطلب، نظر هیئت عالی در نشست قضایی دادگستری با موضوع ملائت زوج توسط زوجه در مطالبه مهر عندالاستطاعه، استان مازندران/شهر بهشهر، ۱۳۹۱/۰۳/۱۵ است.

۲-۳-۲. ایرادات حقوقدانان: حقوقدانان حتی در کتب خود نیز به این ضابطه استناد نکرده‌اند. شاید دلیل آن این باشد که آن را بعنوان یک ضابطه مناسب برای شناخت مدعی نمی‌شناسند. و یا شاید به دلیل اینکه آن را جدای از ضابطه عرف نمی‌دانند (ر.ک. شمس، ۱۳۹۷، ص ۴۰؛ صدرزاده افشار، ۱۳۸۷، ص ۶۰).

در رویه قضایی نیز رأی مطابق با این ضابطه یافت نشد. اما از آنجایی که این ضابطه، نزدیک به ضابطه عرف است. در مواردی که دادرس با توجه به عرف در مقام تعارض ظاهر و اصل یا دو اصل، به انتخاب ضابطه مناسب اقدام می‌کند. می‌توان گفت از این ضابطه استفاده کرده است. اختلاف در مورد مجنون ادواری (موضوع مواد ۱۲۱۳ قانون مدنی، ۷۰، ۷۱، ۷۲ قانون امور حسبی) و اختلاف در صحت یا فساد معامله یعنی در واقع اختلاف در اصل صحت یا استصحاب، که از موارد تعارض دو اصل هستند، می‌تواند مثال مناسبی برای استفاده از این ضابطه باشد. و چون مقالاتی در این مورد ارائه شده است، از بررسی مجدد بحث خودداری می‌کنیم. از دیدگاه نگارنده در مورد این ضابطه، از آنجایی که باید تشخیص داد، در این مورد خاص حجت فعلی اصل است یا اماره، که دادرس را به آستانه اثبات لازم برساند، اگر دادرس توانایی شناخت حجت فعلی را در مورد آن موضوع داشته باشد. از توجیه اقتصادی بالایی برخوردار است. چون بر حسب مورد و عرف حاکم بر پرونده قاضی می‌تواند انتخاب کند که از ضابطه خلاف اصل استفاده کند یا خلاف اماره (ظاهر).

در مقام جمع بندی باید گفت: همانطور که بیان شد منظور از حجت فعلیه، اصل و اماره (ظاهر) است، که در مورد تعارض اصل و اماره باید تشخیص داد که حجت فعلی برای شناخت مدعی اصل است یا اماره، یا در تعارض دو اصل، کدام اصل، اصل حاکم است. پس تا حدودی نزدیک به ضابطه خلاف اصل یا ظاهر است. و چون ما در اکثر موارد در رویه قضایی در پی حل مشکل تعارض اصل و ظاهر و یا دو اصل هستیم، همچنین بنابر قول فقهای که معتقدند ضابطه لوترک نیز در آخر به ضابطه خلاف اصل یا ظاهر بر می‌گردد، بهتر است، ضابطه خلاف حجت فعلیه را بهترین ضابطه برای شناخت مدعی در نظر بگیریم. زیرا در واقع نزدیکترین ضابطه به عرف می‌باشد و دیگر با این ایراد از جانب استادان بزرگوار برخورد نمی‌کنیم که منظور از ضابطه عرف چیست.

۳: ضابطه‌های غیر مشهور: تعاریف (شاذ) دیگری نیز در کتب فقهی وجود دارد و ما بصورت مختصر به آنها اشاره می‌کنیم عبارتند از:

۳-۱. مدعی کسی است که در صدد اثبات ادعای خود بر دیگری است.

در مجمع البحرین ذیل کلمه مدعی آمده: المراد بالمدعی من یكون فی اثبات قضیه علی غیره (طریحی، ۱۳۶۲، ص ۱۴۳). یا در قواعد الفقیه آمده: المدعی من یرید اثبات امر علی خصمه (بجنوردی، ۱۳۷۷، ص ۷۸): یعنی مدعی کسی است، که در صدد اثبات چیزی بر طرف مقابل است. چه آن چیزی که در صدد اثبات آن است، اشتغال ذمه طرف مقابلش باشد، یا اینکه آن چیزی که در صدد اثبات آن است، بررسی کردن ذمه خودش باشد، از آنچه ذمه‌اش به آن اشتغال پیدا کرده، به ضرر طرف مقابل باشد، یعنی در صدد این باشد که آنچه را که بر ذمه خودش قرار گرفته، بر ذمه طرف مقابل اثبات کند (بجنوردی، ۱۳۷۷، ص ۷۸).

از دیدگاه نگارنده این ضابطه بسیار کلی است زیرا مشخص نیست آن چیزی که مدعی در صدد اثبات آن است خلاف ظاهر است یا خلاف اصل یا است. و البته شاید با توجه به آنجا که جناب شیخ جعفر سبحانی برای حمایت از ضابطه عرف و تدوین ماهیت مدعی بصورت کلامی می‌فرمایند: «مدعی کسی است که اثبات حق یا اسقاط حق ثابتی را ادعا می‌کند، پس کسی است که چیزی از حق را ادعا می‌کند» (سبحانی، ۱۳۷۶، ص ۴۶)، ضابطه فوق را منطبق بر ضابطه عرف دانست.

۳-۲. مدعی کسی است که از او بینه مطالبه می‌شود.

جناب شیخ جعفر سبحانی در کتاب قضا و شهادت خود می‌فرمایند: المدعی، من تطلب منه البینه (سبحانی، ۱۳۷۶، ص ۴۶) و در ادامه در قسمت استدلال خود برای حمایت از ضابطه عرف، برای تدوین ماهیت مدعی به صورت کلامی، می‌فرمایند: «و شاید این تعریف

از تمام تعاریف کامل‌تر باشد، که مدعی کسی است که از او بینه طلب می‌شود» (سبحانی، ۱۳۷۶، ص ۴۶)، و بدین گونه می‌توان استدلال کرد که ضابطه مذکور همان ضابطه عرف است.

۳-۳. مدعی کسی است که امر خفی و پنهانی را ادعا می‌کند.

در بعضی کتب فقهی می‌بینیم: مدعی هو الذی یدعی امرا خفیا (اسدی حلی، ۱۴۰۷، ص ۴۸۱). که این تعریف اخص از تعاریف گذشته است. جناب شیخ جعفر سبحانی در کتاب قضا و شهادت خود پس از بیان این ضابطه و بعد از توضیح سه ضابطه مشهور (لو ترک، خلاف ظاهر و خلاف اصل) می‌فرماید: «تعریف چهارم ضعیف‌ترین تعریف از مدعی است، که در آن ادعای امر پنهان را معیار تشخیص مدعی قرار می‌دهد، در حالیکه هیچ تفاوتی بین پنهان و آشکار وجود ندارد، یعنی معلوم نیست معیار آشکار و پنهان چیست» (سبحانی، ۱۳۷۶، ص ۴۲). از دیدگاه نگارنده این ضابطه همان ضابطه خلاف ظاهر است. زیرا در سایر کتب فقهی می‌بینیم، که این ضابطه بگونه‌ای با ضابطه خلاف ظاهر ترکیب شده است، بدون اینکه فقها قصد داشته باشند مورد خاصی را از شمول ضابطه خلاف ظاهر خارج کنند. برای مثال مولی احمد نراقی در کتاب مستند الشیعه خود می‌فرماید: «إن المدعی هو الذی یدکر امرا خفیا بحسب الظاهر، أی خلاف الظاهر بحسب المتعارف و المعتاد» (نراقی، بی تا، ص ۱۳۹). مدعی کسی است که امر پنهانی را بر حسب ظاهر، یعنی بر خلاف ظاهر بر حسب عرف و متعارف ذکر کند. و در ادامه همان توضیحات ضابطه خلاف ظاهر را ذکر می‌کند (نراقی، بی تا، ص ۱۳۹).

همچنین شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد خود می‌فرماید: «أن المدعی من یدعی أمرا خفیا یخالف الظاهر» (مکی عاملی، بی تا، ص ۴۰۸). یعنی مدعی کسی است که امر پنهانی را ادعا می‌کند، که خلاف ظاهر است. که از دیدگاه نگارنده در تمام این موارد منظور از امر پنهان همان ضابطه خلاف ظاهر است.

۴-۳. مدعی، طرف اثبات و منکر، طرف نفی است.

همچنین در بعضی کتب فقهی در تعریف مدعی آمده است: ان المدعی هو طرف الإثبات و المنکر هو طرف النفی أو الطرف النافی، و یقول آخر: إن المدعی من قال: نعم. والمنکر من قال: لا (صدر، ۱۳۹۳). از دیدگاه نگارنده این وجه را نمی‌توان به عنوان یک قاعده پذیرفت. زیرا ضابطه فوق در واقع صفات مدعی و منکر را بیان می‌کند. و مشخص نمی‌کند که مدعی چه چیزی را باید اثبات کند.

۵-۳. مدعی کسی است که در دعوی و پیگیری آن بر خلاف منکر اجباری بر وی وارد نیست.

و همچنین در کتب فقهی می‌بینیم: المدعی: من لا یجبر علی الخصومة و المدعی علیه: من یجبر و فی «دستور العلماء»: اسم الفاعل من إذا ترک دعواه ترک: أی لا یجبر علی الخصومة إذا ترکها، لأن له حق الطلب، فإذا ترک لا سبیل علیه و اسم المفعول: هو الذی ادعاء رجل فیطلب الدلیل علیه، و لذا یسمى مطلوباً، و المدعی و المطلوب و نتیجه متحده بالذات و متغایرة بالاعتبار» (عبدالرحمان، بی تا، ص ۲۴۶)، ضابطه فوق همان ضابطه لو ترک است و نیازی به توضیح اضافه نیست.

۶-۳. مدعی کسی است که با دعوایش چیزی را طلب می‌کند که در اختیار و تصرفش نمی‌باشد.

جناب صنعانی مدعی را اینگونه تعریف کرده است: المدعی هو الذی یطلب بدعواه شیئا لم یکن له، و لا ثبتت یده علیه (الحسین الصناعی) (ابوالحبیب، ۱۳۷۶، ص ۱۳۱). از دیدگاه نگارنده ضابطه فوق را نمی‌توان بعنوان معیاری کامل پذیرفت. زیرا شاید بتوان برای مثال گفت: اگر مستأجر ادعای مالکیت ملک تحت تصرف خود را داشته باشد. ادعای ایشان خلاف اصل عدم نقل و انتقال است هر چند ملک در تصرفش می‌باشد.

۷-۳. مدعی کسی است که ترک می‌کند و سکوت می‌کند.

علامه حلی در تعریف مدعی می‌گوید: المدعی هو الذی یخلی و سکوته (حلی، بی تا، ص ۱۸۸). از دیدگاه نگارنده جناب علامه حلی همان ضابطه لو ترک را مدنظر داشته‌اند. زیرا پس از بیان آن بعنوان اولین ضابطه، به سراغ تعریف‌های خلاف اصل و ظاهر رفته‌اند (حلی، بی تا، ص ۱۸۸). و همچنین جناب حائری پس از بیان ضابطه لو ترک می‌فرماید: و یعطى نفس المعنى ما قد يقال: من أن

المدعی هو الذی یخلى و سکوته (حائری، ۱۳۸۱، ص ۲۵۵) و ضابطه فوق را در واقع همان ضابطه لو ترک می دانند که از دیدگاه نگارنده نیز صحیح است.

۳-۸. مدعی کسی است که خلاف حکم ثابت یا فعل ثابت را ادعا می کند.

صاحب وسیط مدعی را اینگونه تعریف می کند: من يدعی خلاف ما هو الثابت حکما أو فعلا (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۴-۱۵۳). و در ادامه برای توضیح این ضابطه آمده است: منظور از حکم ثابت، اصل ثابت است همانطور که در حقوق شخصی، اصل براءت از حق جاری می شود. یا منظور ظاهر است، همانطور که در حقوق عینی براساس ظاهر قضاوت می شود. مانند وقتی که مالی در تصرف شخصی است، ظاهر این است که مال متعلق به او است که در فقه قاعده ید نامیده می شود، یا فرض، همانطور که در قرائن قانونی که اصل در آنها اعتبار دارد. اصل آن چیزی است که قانون اصالتا در نظر می گیرد، و ممکن است با قول مدعی موافق باشد، و مصداق آن جنایت حیوان است که قانون اصل را بر قصور صاحب آن در محافظت نکردن حیوان می داند. و فعل ثابت، چیزی است که طرف مقابل از طریق قانونی دلیل بر آن اقامه می کند. مثل آنکه سند بدهی را نشان داده است یا تلویحا مثل اینکه مدعی علیه با پرداخت یا تسویه، مدعی به را پرداخت کرده است (مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۴-۱۵۳). ضابطه فوق نیز اعم از ضوابط مشهور اصل و ظاهر است و مطلب جدیدی را اضافه نمی کند.

۳-۹. مدعی کسی است که ادعایش از مرجح (غیر از شهادت) خالی باشد.

همچنین تعریف دیگری از مدعی عبارت است از: المدعی: «من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة، و المدعی علیه: من اقترنت دعواه به» (عبدالرحمان، بی تا، ص ۲۴۶). از دیگر ضابطه های تمیز این دو می توان بیان داشت که مدعی کسی است که ادعایش از مرجح (غیر از شهادت) خالی باشد و قولش مخالف اصل و ظاهر باشد. و در مقابل، مدعی علیه (منکر) کسی است که ادعایش دارای مرجح بوده و قولش موافق اصل و ظاهر باشد. ضابطه فوق نیز اعم از ضوابط خلاف اصل و ظاهر است، و امر جدیدی را بیان نمی کند.

نتیجه

در این مقاله در پی بررسی تفصیلی سه ضابطه مشهور لو ترک، خلاف اصل یا ظاهر و خلاف حجت فعلیه و همچنین ضوابط غیر مشهور موجود در فقه به نکات زیر دست یافتیم:

- در واقع ضابطه لو ترک در نوشته های فقها و بعضی از حقوقدانان بعنوان ضابطه اصلی معرفی می شود، و گاه با آنچه که عرف از آن می فهمد، موافق است و عقل نیز می پذیرد آن که با رها نمودن مخاصمه توسط وی، دعوا خاتمه می یابد، مدعی و دیگری مدعی علیه باشد، و همچنین در رویه قضایی نیز مثل زمان تغییر مرحله دعوا و یا استرداد دعوا ضابطه مناسبی برای شناخت مدعی است. اما هم فقها و هم حقوقدانان ایراداتی بر آن وارد کرده اند، که مهمترین ایرادات آن از دیدگاه نگارنده از این قرار است که این ضابطه در همه موارد کاربرد ندارد و مثال بارز آن انقلاب دعوا است. و دیگر اینکه باید توجه داشت که مبنای آن کشف از واقع نیست.
- ضابطه خلاف اصل یا ظاهر چون ترکیبی از دو ضابطه مشهور است، نسبت به ضابطه لو ترک از قوت بالاتری برخوردار است. اما باز در هنگام تعارض اصل و ظاهر، استفاده از آن برای تشخیص مدعی سخت می شود. در مورد بحث تعارض اصل و ظاهر باید گفت که، ظهور تقدم و رجحان دارد. اما تا زمانیکه ظاهری معتبر در میان باشد، در غیر اینصورت اصل به خودی خود راهگشا خواهد بود. در نتیجه می توان در مورد این ضابطه چنین گفت، که اگر دادرس بتواند در پرونده ای که اصل و ظاهر تعارض پیدا کرده اند، به خوبی تشخیص دهد کدام ضابطه تقدم دارد، و بگونه ای ضابطه را درست اجرا کند. این ضابطه می تواند در رویه قضایی، بسیار مفید باشد.

- ضابطه خلاف حجت نیز از نظر نگارنده نسبت به سایر ضابطه‌ها به ضابطه خلاف عرف نزدیکتر است، چون خلاف حجت یعنی خلاف اصل و امارات. و از آنجایی که بیشتر دعاوی از مصادیق تعارض اصل و ظاهر هستند، و یا حتی در مواردی، تعارض دو اصل هستند. اگر دادرسی بتواند با توجه به عرف تشخیص دهد در یک مورد خاص حجت فعلی اصل است یا اماره (ظاهر)، یا حتی کدام اصل حاکم است، از ضابطه خلاف حجت فعلیه استفاده کرده است. و حتی می‌توان، ادعا کرد که این ضابطه بسیار شبیه به ضابطه خلاف اصل یا ظاهر است.

خلاصه اینکه در رویه قضایی، مدعی کسی است که خلاف ظاهر یا اصل صحبت می‌کند. اما از آنجاییکه ما در بسیاری از مواقع با این مشکل مواجه هستیم که خود اصل و ظاهر گاه با هم متعارض هستند، یا در پی تعارض دو اصل، اصل حاکم کدام است، باید در پی حل این تعارض باشیم. و قضات در هر مورد با توجه به ویژگی‌های خاص و اوضاع و احوال و عرف حاکم در هر پرونده بدین گونه تشخیص دهند که در هنگام تعارض اصل یا ظاهر بهترین ضابطه اصل است یا ظاهر، و در مورد تعارض دو اصل، کدام اصل حاکم است. و دیگر اینکه طبق گفته فقها، ضابطه لوترک به خلاف اصل و ظاهر بر می‌گردد. به علاوه از بررسی ضوابط غیر مشهور نیز به این نتیجه رسیدیم که هر کدام در آخر به ضوابط مشهور برمی‌گردد. پس می‌توان بدین گونه، نتیجه گرفت که بهترین ضابطه خلاف حجت فعلیه است.

امید است قضات در هنگام بررسی دعاوی و صدور رأی دقت لازم برای شناخت مدعی را داشته باشند، و قانونگذار محترم به تعیین ضابطه مناسب در دعاوی در قانون اقدام کند.

منابع

فارسی

- اژدری، علی، «بار اثبات دلیل در فقه و امور مدنی». فصلنامه علمی - پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره پنجم، شماره دوازدهم و سیزدهم، ۱۳۹۱، ۱-۲۳.
- بهبهانی، شیخ محمدعلی، بی تا، **مقام الفضل**، جلد نخست، بی جا.
- سجادی، جعفر، بی تا، **فرهنگ معارف اسلامی**، جلد دوم، تهران: انتشارات کومش.
- شکری، فریده، شرف الدین شیرازی، آمنه، «نحوه تشخیص مدعی، به منظور تحمل بار اثبات در دعاوی خانوادگی»، فصلنامه عالی حقوق، دوره ششم، شماره هشتم، ۱۳۹۳، ۷-۳۶.
- شهید ثانی، **شرح اللمعه**، ۱۳۹۷، ترجمه محمد مسعود عباسی زنجانی و علی شیروانی، تهران: انتشارات دارالعلم.
- شمس، عبدالله، **ادله اثبات دعوا**، ۱۳۹۶، چاپ بیست و هفتم، تهران: انتشارات دراک.
- علیشاهی قلعه‌جوقی، ابوالفضل، نجفی کشکولی، سمیه، «تقدم اصل و ظاهر بر یکدیگر در فقه شیعه و حقوق موضوعه ایران»، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره دهم، شماره نوزدهم، ۱۳۹۶، ۱۸۷-۲۱۹.
- کریمی، عباس، **ادله اثبات دعوا**، چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد.
- محقق داماد یزدی، سید مصطفی، ۱۴۰۶ ه ق، **قواعد فقه**، جلد سوم، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
- مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، **فصلنامه فقه اهل البيت عليهم السلام**، مدیر مسئول: سید محمد بحرینی قمشه. قم: مؤسسه اهل البيت عليهم السلام، دوره هفتم، شماره بیستم، ۱۳۸۹، ۶۳-۷۸.
- مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، **فقه اهل بيت عليهم السلام**، مدیر مسئول: سید محمود هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴، دوره نخست، شماره نخست، ۱۵۰-۲۱۷.
- نجفی جواهری، شیخ محمد حسن، ۱۳۶۲، **جواهر الکلام**، جلد چهارم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- هاشمی، لیلیا، ۱۳۹۸، **کتاب طلایی ادله اثبات دعوا**، چاپ سوم، تهران: نشر طلایی پویندگان دانشگاه.

آراء:

دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۸۰۲۰۲۳۰۰۹۷۶ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۴/۲۴ - عضو معاون و مستشار شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور: محمد ربانی نژاد، جعفر الهی. برای مشاهده نمونه مشابه می‌توان به دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۱۵۷۹ در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۸ منتشر شده از شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. رئیس شعبه: ذکایی - مستشار: حمیدی مراجعه کرد.

شماره دادنامه قطعی ۹۲۰۹۹۸۰۲۱۰۱۰۰۶۸۵ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۵/۳۱ - رئیس شعبه ۱۷۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران: حسین پور.

شماره دادنامه قطعی ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۰۳۰ در تاریخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۹ - رئیس و مستشار شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: موسوی - نوروزی.

شماره دادنامه قطعی ۹۳۰۹۹۸۲۹۲۰۵۰۰۰۲۰ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۴/۲۰ - مستشاران شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: سید فرخ مرتضوی - مجتبی شفیعی.

برای نمونه به رأی به شماره دادنامه قطعی ۹۲۰۹۹۸۰۲۲۹۲۰۰۳۴۷ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۹/۲۴ - رئیس و مستشار شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: محمد حسن امی - علی مداح، رأی به شماره دادنامه قطعی ۹۳۰۹۹۸۰۲۱۳۸۰۰۷۲۹ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۵/۲۸ - رئیس و مستشار شعبه ۶۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: سید قاسم بنا خسروی - یوسف یعقوبی محمود آبادی و همچنین دیگر آراء موجود در رویه قضایی مراجعه کنید.

شماره نظریه ۷/۹۵/۲۵۱۶ - شماره پرونده ۹۱۷ - ۱۱۷ - ۹۵ در تاریخ ۱۳۹۵/۱۰/۰۵.

17

عربی

ابوحیب، سعدی، ۱۴۰۸ ه ق، **القاموس الفقهي لغة و اصطلاحات**، دمشق، دارالفکر.

بجنوردی (آیت الله)، سید محمد حسن، ۱۳۹۷، **القواعد الفقيهه**، جلد سوم، قم: نشر الهادی.

تبریزی، میرزا جواد، ۱۴۲۷ ه ق، **اساس قضا و شهادت**، قم: دفتر مؤلف.

حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، بی تا، **تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة**، مشهد: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.

سبحانی، شیخ جعفر، ۱۳۷۶، **نظام القضاء و الشهادت فی الشریعة الاسلامیه الغراء**، جلد دوم، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

طریحی، فخرالدین، بی تا، **مجمع البحرين**، جلد نخست، تهران: انتشارات مرتضوی.

عبدالرحمان، محمود، بی تا، **معجم المصطلحات و الفاظ الفقيهه**، جلد سوم، بی جا.

مکی عاملی، شمس الدین محمد، بی تا، **القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه**، تحقیق سید عبدالهادی الحکیم، جلد نخست، قم: منشورات مکتبه المفید.

نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۶۲، **جواهر الکلام**، جلد چهارم، بیروت دار احیاء التراث العربی.

النراقی، أحمد بن محمد مهدی، بی تا، **مستند الشیعة**، جلد سوم. بیروت: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لإحياء التراث.

انگلیسی

Bunnin, Nichols and Yu, Jiyuan (2008), **The Blackwell Dictionary of Western Philosophy**.
Hahan, Ulrik and Oaksford, Mike (2007), **The Burden of Proof and Its Role in Argumentation**, Springer.
Rescorla, Michael, (2008), **Shifting the burden of proof**, Journal compilation.

پایگاههای اینترنتی