

تعارض ظاهر و اصل

عباس زراعت*

چکیده

ظاهر، معانی مختلفی دارد و یکی از معانی مشهور آن، دلیلی است که موجب ظن به حقیقت شود و منظور از اصل، دلیلی است که برای فصل خصومت و رفع سردرگمی به کار می‌رود بدون این که در صدد کشف واقع باشد و موجب ظن به آن شود. نظر مشهور بر آن است که در مقام تعارض اصل و ظاهر، ظاهر بر اصل مقدم است اما در مواردی دیده می‌شود که اصل بر ظاهر مقدم شده است مانند تقدم استصحاب بر ظاهر، آن جا که متصرف به تصرفات سابق مدعی، اقرار می‌کند و علت عمدی این اختلاف آن است که بسیاری از فقها به هر ظاهری اعتماد نمی‌کنند بلکه ظاهری را قبول دارند که مورد تأیید شرع است (ظن خاص) و یا دلالت اصل در مواردی قوی‌تر از ظاهر می‌باشد و یا قرینه‌های جنبی به کمک یکی از این دو می‌آید. احکام اصل و ظاهر در نوشته‌های اصولی، مورد بحث قرار گرفته است اما امروزه هیچ فقیه و حقوق‌دانی خود را از این بحث مستغنی نمی‌یابد به ویژه در وضعیت حقوقی ایران که علم اصول، تأثیر زیادی در استنباط احکام حقوقی دارد و یکی از مباحث مهم ادله اثبات دعوا را همین مسأله‌ی تعارض اصل و ظاهر تشکیل می‌دهد و نیاز به تحقیقی مبسوط در این زمینه و تطبیق آن با مسائل فقهی و حقوقی، می‌تواند خدمتی باشد که از سوی دانش اصول، به حقوق‌دانان ارائه می‌شود و این مقاله در صدد آن است که ضمن بررسی مفاهیم و آشنایی با مباحث اساسی آن‌ها، به این سؤال پاسخ دهد که یک حقوق‌دان یا قاضی، هنگام مواجهه با ظاهر و اصل متعارض باید کدام را برگزیند؟

کلیدواژه: ظاهر، اصل، تعارض، حکم واقعی، حکم ظاهری، اصول عملیه، استصحاب، اصل عدم، تصرف، بد، اصل صحت.

* دانشیار دانشگاه کاشان، عهده‌دار مکاتبات zeraat@kashan.ac.ir

مقدمه

یکی از مسائل پیچیده در ادله‌ی اثبات دعوا در حقوق اسلام و حقوق موضوعه، مسأله‌ی تعارض اصل و ظاهر است و این پیچیدگی، علت‌های مختلفی دارد؛ یکی از علت‌ها آن است که ادله‌ی اثبات احکام شرعی با ادله‌ی اثبات احکام حقوقی، تفاوت دارد زیرا ادله‌ای که احکام شرعی را ثابت می‌کند منحصر در قرآن، سنت، اجماع و تا حدودی عقل است اما ادله‌ی اثبات احکام حقوقی که عمدتاً از نیازهای اجتماعی سرچشمه می‌گیرد، بسیار گسترده‌تر است و دلیلی هم‌چون قیاس، عرف، رویه‌ی قضایی، دکترین و... در کنار متن قانون به‌کار می‌رود. علت دیگر، آن است که فقیه برای به‌دست آوردن احکام شرعی احتیاط زیادی می‌کند زیرا در صدد است که حکم شرعی را به خدا نسبت بدهد پس باید بسیار مواظب باشد تا سخنی را بیهوده به خداوند نسبت ندهد. علت دیگر آن است که فقیه کوشش می‌کند تا آن‌جا که ممکن است از راه علم یا علمی (ظنی که مورد تأیید شارع است) به حل قضایا بپردازد در حالی که دست یافتن به چنین خواسته‌ای بسیار دشوار است به خصوص که هر چه از عصر امامت فاصله می‌گیریم، ادله‌ی علمی پاسخ‌گوی نیازهای جامعه نمی‌باشد اما متخصص قانون و قاضی نمی‌تواند با صبر و تأمل بیش از حد، در انتظار کشف حقیقت بنشیند بلکه باید در صدد حل قضایی مشکلات و فصل خصومت باشد. البته گذشت زمان و نیازهای مردم، فقها را نیز بر آن داشت تا از تقسیم‌بندی دلایل به قطع و ظن معتبر، دست بردارند و دامنه‌ی دلایل را گسترش دهند. عده‌ای گفتند در کنار قطع و ظن معتبر، به هر ظن دیگری می‌توان استناد کرد یعنی مقدمات انسداد را دلیل اعتبار ظن مطلق قرار دادند. (درالفوائد/۳۹۹). عده‌ای با گسترش دامنه‌ی اصول عملیه موجود و ابتکار راه‌هایی دیگر سعی کردند هر چند به صورت ظاهری، احکام شرعی را به‌دست آورند یا اختلافات مردم را حل کنند. طبیعی است که فقها در این راه صرفاً به منابع شرعی توجه نداشتند بلکه به دلایل عرفی نیز که مخالفت آشکاری با منابع شرعی نداشت، استناد می‌کردند به‌ویژه که بسیاری از دلایل شرعی نیز ریشه در عرف دارد و از ابتکارات اولیه شرع اسلام نمی‌باشد. از سوی دیگر قانون‌گذار ایران در نخستین دوره‌های قانون‌گذاری که به تدوین قانون مدنی دست زد به شدت تحت‌تأثیر قواعد شرعی قرار داشت و ادله‌ی اثبات دعوا نیز که جلد سوم قانون مدنی را تشکیل می‌دهد از این قاعده، مستثنی نشد همان‌گونه که نویسندگان آشنا با قوانین خارجی از محتوای این قوانین هم غافل نماندند. نتیجه‌ی این آمیختگی میان حقوق اسلام و حقوق عرفی و حقوق خارجی که در برخی موارد با هم اختلافاتی داشتند، سبب شد نظام ادله‌ی

اثبات دعوا در پاره‌ای موارد، دچار ابهام شود. به‌عنوان نمونه اماره‌ای که در نوشته‌های اصولی مورد بحث قرار می‌گیرد کاملاً با اماره‌ای که در قانون مدنی از آن بحث می‌شود یکسان نیست زیرا اماره در میان اصولیون به معنای دلیلی است که به‌صورت ناقص، کشف از واقع می‌کند اما شارع این نقص را برطرف کرده و به آن اعتبار می‌دهد در حالی که اماره‌ی مورد نظر قانون مدنی، دلیلی است که قانون‌گذار مستقیماً برای کشف واقع، قرار داده است یا قرینه‌هایی است که قاضی به‌وسیله‌ی آن‌ها پی به واقع می‌برد. البته تقریب این مفاهیم در علم اصول و فقه و حقوق موضوعه، کاری سخت اما لازم است چرا که وابستگی آن‌ها به یکدیگر به قدری زیاد است که نمی‌توان یکی از این سه رشته‌ی علمی را به تنهایی بستر این بحث دانست و نمونه‌هایی که ارائه خواهد شد خود به خوبی گویای این مطلب است و تمایز میان اصول فقه و حقوق موضوعه، امری ناممکن است. در مورد تعارض اصل و ظاهر و تقدم یکی بر دیگری، اظهار نظرهای متفاوتی شده است، از جمله این که همیشه ظاهر بر اصل مقدم است یا همیشه اصل بر ظاهر مقدم است یا غالباً ظاهر بر اصل مقدم است و خلاف آن چهره‌ی استثنایی دارد و بالعکس و... که هیچ‌یک از این نظریه‌ها بدون تعرض نمانده است و البته بیش‌تر جنبه‌ی تئوری و نظری دارد و عالم واقع، حقیقت دیگری را بیان می‌کند که بررسی آن، بر عهده‌ی این قلم است. پس از بیان این مقدمه، ابتدا با معنای ظاهر و اصل آشنا شده و سپس به بررسی تعارض آن‌ها می‌پردازیم.

معنای ظاهر

قبل از بیان نظریاتی که در مورد معنای ظاهر، مطرح شده است ذکر این مطلب ضروری است که دانشمندان اصولی، ظاهر را گاهی در معنای ظاهر الفاظ به‌کار می‌برند به این معنا که مثلاً لفظ عام، ظهور در عموم دارد یا خیر؟ لفظی که دارای معنای حقیقی و مجازی است ظهور در معنای مجازی دارد یا حقیقی؟ که اصطلاحاً به آن (اصاله‌الظهور) گفته می‌شود. (اصول الفقه/۱۲۳) و گاهی ظاهر به معنای دلالت سبب بر مسبب است زیرا وقتی چیزی، علامت و نشانه برای چیز دیگری قرار گرفت، گفته می‌شود که دال، ظهور در مدلول دارد همان‌گونه که پدیدگی رنگ، ظهور بر اضطراب درونی دارد و این سبب، ممکن است عملی باشد که از دیگری سر می‌زند. گر چه معمولاً وقتی سخن از ظاهر به میان می‌آید، معنای دوم به ذهن خطور می‌کند اما مبنای اعتبار هر دو یکسان است بنابراین می‌توان ظاهر

را شامل ظاهر الفاظ و غیر الفاظ دانست. در مورد معنای ظاهر، میان فقها و حقوق دانان، اتفاق نظر وجود ندارد و دیدگاه‌های زیر مطرح شده است:

۱- ظاهر به معنای ظنی است که از راه اماره‌ی قضایی به دست می‌آید (اثبات و دلیل

اثبات/۲/۲۹۵) و ماده‌ی ۱۳۲۴ قانون مدنی اماره‌ی قضایی را چنین تعریف کرده است:

«اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله‌ی دیگر را تکمیل کند.» در حال حاضر که با حذف ماده‌ی ۱۳۱۰ قانون مدنی و نظریه‌ی شورای نگهبان در مورد ماده‌ی ۱۳۰۹ این قانون، شهادت، اعتباری نامحدود پیدا کرده است (۱) اماره‌ی قضایی نیز دارای همین ارزش اثباتی است. بر این دیدگاه، ایراد شده است که اماره‌ی قضایی، ایجاد ظن نمی‌کند و اعتبار آن از برای ظن‌آور بودنش نیست بلکه از آن رو اعتبار دارد که مفید اطمینان است و علم عادی در درجه‌ی ظن نیست بلکه در درجه‌ی علم است (علم عادی) بنابراین تعارض میان اماره‌ی قضایی و اصل عملی، تعارض میان دلیل و اصل است که هیچ کس در تقدم دلیل بر اصل شکی ندارد. (مبسوط در ترمینولوژی حقوق/۴/۶۹۹) در این که اماره‌ی قضایی، دلیل به معنای واقعی آن محسوب نمی‌شود و در مرتبه‌ای بعد از دلایلی هم‌چون سند و اقرار و شهادت، قرار دارد شکی نیست. (القرائن فی القانون المدنی/۱۱) و نیز تردیدی وجود ندارد که اماره‌ی قضایی از آن رو دارای اعتبار است که برای قاضی، ظن به واقع ایجاد می‌کند یعنی قاضی از امر معلومی به صورت ظنی پی به امر مجهولی می‌برد. (الوجیز فی شرح قانون الاثبات/۲۴۵) بنابراین اماره‌ی قضایی، یک دلیل ظنی است اما یکی از مصادیق ظاهر می‌باشد و این که در اثبات دعوا نهایتاً قاضی باید ظن به واقع پیدا کند و ادله‌ی اثبات دعوا نیز فقط وسیله‌ای برای حصول ظن می‌باشند به معنای آن نیست که ظاهر، منحصر در امارات قضایی و معادل آن است بلکه یکی از مصادیق آن می‌باشد.

۲- دیدگاه دیگر آن است که ظاهر به معنای مطلق اماره می‌باشد که اعم از اماره‌ی

قانونی و اماره‌ی قضایی است. (ترتیب الدلائل/۱۴۱) ماده‌ی ۱۳۲۲ قانون مدنی امارات قانونی

را چنین تعریف می‌کند: «امارات قانونی، اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده

۱: مثل امارات مذکوره در این قانون، از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر

آن‌ها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر.» منحصر کردن ظاهر در امارات قضایی و

قانونی نیز صحیح نیست زیرا ظواهر منحصر در امارات نیستند به عنوان نمونه هرگاه هیچ

دلیل و اماره و اصلی برای حل قضیه وجود نداشته باشد، گفته می‌شود باید به سخن گوینده

اعتماد کرد (لا ینعلم الا من قبله) و سخن گوینده ظهور در واقع دارد اما این ظهور حتی در مرتبه‌ای بعد از اصل عملی قرار می‌گیرد و فقط به خاطر مصلحت، به آن عمل می‌شود هر چند ممکن است این ادعا نیز مطرح شود که اعتبار این دلیل به خاطر ظهور آن نیست و گرنه در مرتبه‌ای بالاتر از اصل عملی قرار می‌گرفت. و حتی ممکن است در موردی قانون‌گذار دلیلی را به عنوان اماره معرفی کرده باشد اما در واقع اماره نباشد مثلاً ماده‌ی ۱۳۲۲ قانون مدنی، ماده‌ی ۱۰۹ قانون مدنی را از مصادیق امارات قانونی می‌داند. در این ماده می‌خوانیم: «دیواری که مابین دو ملک، واقع است، مشترک مابین صاحب دو ملک محسوب می‌شود مگر این که قرینه یا دلیلی بر شورای نگهبان در نظریه‌ی مندرج در روزنامه رسمی شماره‌ی ۱۲۷۳۴-۱۳۶۷/۸/۲۴ اعلام داشته است: «ماده‌ی ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته خلاف موازین شرع و بدین وسیله ابطال می‌گردد.» البته گروهی از حقوق دانان اعتقاد دارند شورای نگهبان مستقیماً حق ابطال مصوبات مجلس را ندارد. خلاف آن موجود باشد. «گروهی از حقوق دانان، این ماده را مصداق اماره تصرف دانسته‌اند (عدل، حقوق مدنی/۷۵) اما دیوار مشترک نه بر پایه‌ی غلبه و نه بر اساس ظن، دلالتی بر اشتراک دو همسایه در مالکیت ندارد. (مبسوط در ترمینولوژی حقوق/۶۷۳) علت این که اماره قانونی هم - در عداد ظواهر قرار گرفته است آن است که گروهی، اعتبار اماره‌ی قانونی را بر پایه‌ی ظنی استوار ساخته‌اند که از آن به دست می‌آید. این دیدگاه در میان فقها نیز شهرت دارد. (قوانین الاصول/۶۸۵) اما گروهی بر این باورند که اعتبار اماره‌ی قانونی به خاطر غلبه است و تفاوت اساسی اماره‌ی قضایی و اماره‌ی قانونی در همین است و «مقصود از غلبه در امارات قانونی این است که اکثر افراد یک رسته در یک اثر، مشترک باشند و در عین حال وجود آن اثر و خاصیت در مانده‌ی افراد و نمونه‌های آن صنف و رسته به جهتی، مجهول باشد و رفع جهل هم میسر نشود و برای تعیین تکلیف آن مجهول از نظر قضایی، ضرورتی در پیش باشد». (مبسوط در ترمینولوژی حقوق/۶۶۴). به نظر می‌رسد این دو دیدگاه حکایت از یک امر دارند و هر دو به ظنی بودن اماره، نظر دارند اما یکی مستقیماً آن را دخالت می‌دهد و دیگری غیر مستقیم؛ درست است که غالب تصرفات، دلیل مالکیت هستند (ماده‌ی ۳۵ قانون مدنی) اما تصرف، موجب ظن به مالکیت است یا درست است که بیش‌تر معاملات تجار، تجارتی است. (ماده‌ی ۵ قانون تجارت) اما معامله تاجر سبب ظن به تجارتی بودن آن می‌شود و... در هر حال امارات یکی از مصادیق ظاهر می‌باشند.

۳- ظاهر، گاهی به معنای حقیقت اعتباری و فرضی است یعنی گرچه بر پایه‌ی غلبه و اصل صحت حکم به اعتبار و صحت امری می‌شود اما آن امر را حقیقت اعتباری و فرضی تلقی می‌کنند به‌گونه‌ای که اگر عدم تطابق آن با واقعیت نیز آشکار شد کماکان معتبر فرض می‌شود. اعتبار امر قضاوت شده یکی از مصادیق این معناست که توسط ساوینی دانشمند مشهور آلمانی پیشنهاد شده است. (فلسفه حقوق/۲۵). حقیقت فرضی شبیه اماره مطلق است که خلاف آن را نمی‌توان اثبات کرد اما بر خلاف اماره که عنصر اساسی آن غلبه و ظهور است، در این‌جا غلبه و ظهور فقط انگیزه‌ی قانون‌گذار برای وضع قاعده است بدون این‌که در اعتبار حکم تأثیری داشته باشد. حکمت احکام که در زبان فقهی بیان می‌شود از مصادیق حقیقت فرضی، دانسته شده است مانند لزوم نگه داشتن سه طهر برای زنی که در عده به سر می‌برد زیرا گرچه غالب زنان در این مدت، پاک می‌شوند و سه طهر ظهور در پاکی دارد اما این یک حقیقتی است که باید رعایت شود هر چند در مواردی این چنین نباشد. (اثبات و دلیل اثبات/۸۶/۱).

۴- معنای دیگر آن که، ظاهر به معنای مطابقت با طبیعت امور است؛ اصل صحت قراردادهای، ظاهر است چون طبیعت هر قراردادی به صورتی است که به شکل صحیح انجام می‌شود. عرف، ظاهر است زیرا طبیعت کارها آن است که مطابق عرف صورت می‌گیرد. اصل لزوم قراردادهای، ظاهر است چون طبیعت قراردادهای به‌گونه‌ای است که به شکل لزوم، انجام می‌شود. قیاس، ظاهر است زیرا طبیعت امور بر آن است که هرگاه حکم کلی برای موضوعی به‌دست آمد، موضوعات مشابه نیز تابع همان حکم باشند. و...

۵- ظاهر، به معنای دلیل ظن‌آور است و ظن به معنای خروج از مرحله‌ی تردید می‌باشد اما گاهی این ظن به تأیید شارع رسیده است مانند سند، اقرار، شهادت؛ و گاهی به تأیید قانون‌گذار نرسیده است که در صورت اول، دلیل به معنای خاص می‌باشد و در صورت دوم ظاهر به معنای خاص است. ظاهر، ذاتاً ظن‌آور است و تا وقتی این ظن، باقی باشد اعتبار آن نیز باقی است بنابراین اماره نسبی تا زمانی که خلاف آن اثبات نشده است دارای اعتبار می‌باشد مگر این‌که شارع و قانون‌گذار اعتبار ظن را حتی در صورت کشف خلاف هم معتبر بدانند که امارات مطلق و اعتبار امر مختومه از این قبیل هستند.

۶- ظاهر به معنای قرینه هم به‌کار رفته است یعنی قانون‌گذار، قضیه‌ی معلومی را قرینه امر مجهولی قرار می‌دهد که این قرینه گرچه معمولاً ناظر به امارات است اما ممکن است هر یک از نمونه‌های بالا را در بر بگیرد و حتی شامل اصل نیز بشود اما باید توجه

داشت که قواعد موضوعی و حقوقی که قرینه بر امر مجهولی هستند از عداد ادله اثبات دعوا خارج‌اند مثلاً وقتی قانون‌گذار سن بلوغ را نشانه رشد کیفری و سن ۱۸ سال را قرینه‌ی اهلیت مدنی می‌داند به معنای آن نیست که این سن، اماره‌ی رشد می‌باشد بلکه یک قاعده‌ی ساده‌ی حقوقی است. (شرح احکام قانون الیینات/۱۷۶).

معنای اصل

اصل نیز معنای فراوانی دارد مانند: روایتی که مستقیماً از معصوم شنیده شده باشد، قاعده‌ای که از قانون یا شرع یا عرف و عادت به‌دست می‌آید، دلیلی که قابل استناد است، آنچه که با آن قیاس می‌شود، اصل عملی و... اما اصلی که در این‌جا مورد نظر است معنای محدودی دارد:

۱- معنای بارز و آشکار اصل، اصل عملی است؛ یعنی دلیلی که هنگام شک برای رفع سردرگمی به‌کار می‌رود. توضیح این‌که اصولیون حالت‌های شخص مکلف را در سه صورت خلاصه کرده‌اند؛ یک صورت آن است که قطع و یقین به حکم یا موضوع داشته باشد که در این صورت باید به یقین خود عمل کند هر چند مطابق با واقع نباشد و صورت دیگر آن است که ظن به واقع پیدا کند که در این حالت اصل بر بی‌اعتباری ظن است مگر این‌که از سوی شارع تأیید شده باشد. صورت سوم آن است که شک به واقع داشته باشد که در این حالت به اصولی متمسک می‌شود که او را از شک و سردرگمی خارج سازد بدون این‌که هدف او رسیدن به واقع باشد. اصل استصحاب، برائت، احتیاط و تخییر، مصادیق اصول عملیه هستند. (فرائد الاصول / ۳) اصول عملیه در دوران اخیر رواج فراوانی پیدا کرده است و فقها بر خلاف گذشته که چهره‌ی خوشی نسبت به این دلایل نداشتند به گرمی از آن استقبال می‌کنند که این تندروی مورد انتقاد است و سبب می‌شود که دلایل ظنی و معتبر دیگر هم‌چون عرف و قیاس و دلایل عقلی، متروک بماند.

۲- اصل، گاهی در معنای عام‌تری به‌کار می‌رود و شامل اصول لفظیه مانند اصله‌الاطلاق و اصله‌العموم و نیز امارات مانند اصل صحت و اصل ید نیز می‌شود. (قواعد فقه/۲۶). این اصول نیز در مقام تفسیر قانون کاربرد وسیعی دارند و به عنوان دلیل به‌دست آوردن احکام شرعی و حقوقی به‌کار می‌روند همان‌گونه که دادرس در مقام کشف اراده طرفین دعوا و به دست آوردن معنای الفاظ خود را بی‌نیاز از آن نمی‌بیند.

۳- در تعبیر دیگری می‌توان گفت: اصل هر دلیلی است که هنگام فقدان علم و ظن معتبر، به کار می‌رود اما تعداد آن‌ها منحصر در اصل برائت، استصحاب، تخییر و احتیاط نیست بلکه شامل اصولی هم‌چون اصل عدم و قاعده قرعه می‌شود و حتی مشهور اصولیون که ظن مطلق را معتبر نمی‌دانند این ظن را در حکم شک قرار داده‌اند که مجرای اصول عملیه است. (کفایه الاصول/۱۶/۲).

۴- اصل عملی، همان فرض قانونی است که تقدیر شرعیه نیز نامیده شده است. فرض قانونی که ریشه در حقوق غرب دارد چنین تعریف شده است: «یک پیش فرضی است که امری را واقعی، تلقی می‌کند بدون توجه به این‌که واقعی باشد یا نباشد. (l.b.corzon-175). تعداد اصول عملیه در این صورت بسیار زیاد می‌شود و هر جا که علم عادی و ظن معتبری نباشد باید به سراغ اصل عملی رفت مانند اصل تأخر حادث، اصل استصحاب، قرعه، اصل صحت، در حکم سند رسمی دانستن چک و... (دانش‌نامه حقوقی / ۱ / ۴۷-۴۴) اما عده‌ای میان اصل عملی و فرض حقوقی تفاوت گذاشته‌اند و اصل عملی را بر خلاف فرض قانونی، اصلی می‌دانند که مطابق طبیعت امور و بنای خردمندان باشد. البته آقای جعفری لنگرودی در کتاب مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، فرض قانونی را معادل اصول عملیه می‌داند اما در جای دیگری میان این دو، تفاوت گذاشته است: «فرض قانونی در مسیر حل مجهول نیست و یا برای شکست بن‌بست قضایی تاسیس نشده است و هیچ‌گونه جوار و همسایگی با علم عادی ندارد به عکس اصول عملیه که همسایه‌ی دیوار به دیوار علم عادی هستند زیرا اصول عملیه غالباً مانند علم عادی رو به سوی مجهولات قضایی دارند. (دائرالمعارف علوم اسلامی قضایی / ۱ / ۱۵۸). به نظر می‌رسد این تعارض ناشی از اختلاف در ماهیت انواع اصول عملیه است زیرا نمی‌توان در مورد همه‌ی اصول عملیه، چنین حکم کرد که نظر به کشف واقع دارند یا ندارند. در این صورت تفاوتی میان اصل عملی و ظاهر وجود نخواهد داشت. به طور خلاصه می‌توان گفت: اصل عملی بر خلاف ظاهر، ممکن است مطابق طبیعت امور باشد و ممکن است بر خلاف آن باشد و این وجه تمایزی است که عده‌ای برای اصل عملی و فرض حقوقی بیان کرده‌اند.

۵- فقها در مقام تمایز میان مدعی و منکر نیز سخن از اصل و ظاهر به میان آورده‌اند و مدعی را کسی می‌دانند که سخنش، مخالف با ظاهر یا اصل باشد و در این‌جا به نوعی میان اصل و ظاهر جمع شده است اما اصل را به صورت مشخص، معرفی نکرده‌اند. بسیاری از آنان به صورت مجمل از آن گذشته‌اند. (قواعد الاحکام / ۴۰۴/۱۱). گروهی نیز

اصل را به معنای اصل عدم دانسته‌اند. (الروضه البهیه/۷۶) و گروهی نیز اصل و ظاهر را به یک معنا دانسته‌اند یعنی دلیلی که مورد تأیید شارع باشد مانند اصل عدم، اصل برائت، استصحاب عدم، اصل صحت و... (عناوین الاصول ۵۹۷/۲)

تفاوت اصل و ظاهر

گرچه اصل و ظاهر، معنای روشنی ندارند اما از معانی ذکر شده فوق چنین به دست می‌آید که ظاهر به معنای ظن و علم عادی و اطمینان به واقع است که از راه‌های فراوانی ممکن است حاصل شود. منظور از علم عادی یا اطمینان، ظن معتبری است که برای هر انسان متعارفی به وجود آید، به احتمال خلاف آن توجهی نمی‌کند هر چند احتمال ضعیفی هم بر خلاف آن ظن وجود داشته باشد. ظنی که از اماره‌ی قضایی به دست می‌آید از همین نوع است و تردیدی هم در جواز، بلکه لزوم عمل به آن نمی‌باشد زیرا اگر چنین نشود بسیاری از دعای مردم، معطل می‌ماند. فقها، ظن را اساساً بی‌اعتبار می‌دانند اما از طرفی چاره‌ای جز عمل به ظن ندارند بنابراین گروهی فقط ظنی را معتبر می‌دانند که از سوی شارع مورد تأیید قرار گرفته باشد یا از این جهت که تعبداً شارع آن را معتبر دانسته است یا از این جهت که ظن، دلالت ناقصی بر واقع دارد اما شارع این دلالت ناقص را کامل می‌گرداند که اصطلاحاً ظن خاص نامیده می‌شود. گروهی دیگر که در اقلیت هستند اعتقاد دارند ظن در هر درجه‌ای که باشد، جایز است مورد عمل قرار گیرد که اصطلاحاً به آن ظن مطلق گفته می‌شود. استدلال این گروه آن است که در زمان کنونی، امکان به دست آوردن علم نیست و از طرفی انسان‌ها بدون تکلیف نیستند و امکان احتیاط هم وجود ندارد و گرنه موجب عسر و حرج در زندگی مردم می‌شود پس چاره‌ای جز معتبر دانستن هرگونه ظنی نیست. (درر الفوائد/۳۹۸). گرچه اعتبار ظن مطلق همواره به شدت مورد انکار و اعتراض فقها و اصولیون بوده و عمل‌کننده به چنین ظنونی را نکوهش می‌کردند اما امروزه گرایش فراوانی به آن پیدا شده است و خواسته یا ناخواسته دلیل‌های ظن‌آوری هم‌چون قیاس، مصالح مرسله و استحسان مورد عمل قرار می‌گیرد و ظن مطلق از هر راهی که به دست آید مورد توجه است. (الاصول العامه للفقّه المقارن / ۲۲۵). حتی بازگشت اعتبار امارات قانونی هم که بر مبنای غلبه، قرار داده شده است به ظنی بودن آن‌ها برمی‌گردد زیرا غلبه سبب می‌شود که فرد نادر بر اغلب، حمل شود یعنی وقتی اغلب افراد یک صنف دارای خصوصیت خاصی بودند و ما در مورد یکی از افراد آن صنف شک کردیم که مانند بقیه افراد است یا خیر، ظن پیدا می‌کنیم که فرد

نادر هم مانند غالب افراد است و حتی اعتبار استصحاب نیز از برای ظن است زیرا وقتی به وجود حکم یا موضوعی در گذشته یقین داشتیم و در زمان بعدی در آن شک کردیم، ظن به بقای آن پیدا می‌کنیم. پس به جای این‌که دامنه ظنون را محدود کنیم و بی‌جهت اصول عملیه را فربه‌سازیم آن‌گونه که قسمت عمده‌ی کتاب‌های اصولی به اصول عملیه، اختصاص یافته است مناسب است که بدبینی خود نسبت به ظن را محدود سازیم. با این وجود هر دلیلی که موجب ظن به حکم یا موضوعی شود، ظاهر است و هر دلیلی که موجب ظن نشود، اصل است و منظور ما در این‌جا تعارض چنین دلایلی است که تا حدودی نتیجه‌ی بحث نیز روشن می‌شود اما از آن‌جا که در مورد اصل یا ظاهر بودن برخی دلایل، اختلاف نظر وجود دارد بهتر است به جای بحث کلی پیرامون تعارض اصل و ظاهر به تعارض موارد مشکوک بپردازیم و تعارض کلی اصل و ظاهر را به صورت مختصر بیان کنیم. قبل از آن، ذکر این نکته نیز ضروری است که در نوشته‌های اصولی مرسوم است حکم را به واقعی و ظاهری تقسیم کرده و آن‌گاه دلایل را نیز دو دسته می‌دانند؛ یک دسته دلایلی که ما را به حکم واقعی می‌رساند و یک دسته دلایلی که ما را به حکم ظاهری رهنمون می‌شود و ظاهر در این صورت دلیلی است که ما را به حکم ظاهری می‌رساند و کاری با حکم واقعی ندارد و در مقابل این دو دلیل، یک دسته دلایل وجود دارد که اساساً کاری به رسیدن به حکم ندارد بلکه ما را از سردرگمی خارج می‌کند که به آن‌ها، ادله‌ی فقهاتی یا اصل عملی گویند. اما گروهی از فقها و اصولیون اعتقاد دارند که تقسیم حکم به واقعی و ظاهری، صحیح نیست و آنچه که وجود دارد فقط حکم واقعی است و در مقابل حکم، تکلیف و وظیفه وجود دارد. (علم اصول / ۲۶۲). در این صورت مرز میان ظاهر و اصل از بین می‌رود و هر دو، دلیلی می‌شوند که صرفاً برای ادای وظیفه به کار می‌روند اعم از این‌که ما را به واقع برسانند یا خیر؟

تعارض اصل و ظاهر

به صورت یک قاعده‌ی کلی، گفته شده است که هرگاه میان اصل و ظاهر، تعارضی واقع شود، ظاهر بر اصل مقدم است زیرا ظاهر، دلیلی برای کشف واقع است هر چند این کشف، به صورت ناقص باشد اما اصل چنین دلایلی ندارد (الاصل دلیل حیث لا دلیل) و صرفاً به صورت موقت برای رفع سردرگمی به کار می‌رود. البته در مورد تعارض اصل و ظاهر این اشکال مطرح شده است که ظاهر، ظنی بیش نیست و شک را از بین نمی‌برد

بنابراین با شک، در یک رتبه قرار دارد. در پاسخ به این ایراد گفته شده است که دلیل ظنی یا وارد بر دلیل اصل است یا حاکم بر آن می‌باشد. نحوه‌ی ورود به این صورت است که گرچه موضوع دلیل اصل عملی، عدم علم است اما علم به معنای واقعی آن مورد نظر نیست بلکه به معنای عدم حجت و اعتبار است برخلاف دلیل ظنی که عدم علم به معنای علم واقعی است یعنی دلیل ظنی واقعاً علم‌آور نیست اما اعتبار دارد یعنی حجیت و اعتبار، جزء موضوع دلیل ظنی است بنابراین ادله‌ی امارات ظنیه، وارد بر ادله‌ی اصول عملیه هستند. نحوه‌ی حکومت دلیل حجیت اماره بر دلیل حجیت اصل عملی هم بدین صورت است که عدم قطع به واقع، جزء موضوع ادله‌ی اصول است یعنی قطع به واقع نسبت به اصول عملیه، قطع موضوعی است به گونه‌ای که عدم قطع در موضوع اصول عملیه، مدخلیت دارد اما قانون‌گذار اماره را به منزله‌ی قطع دانسته است بنابراین هر جا دلیل ظنی بود به منزله‌ی آن است که قطع وجود دارد و دلیل ظنی حاکم بر دلیل شکی می‌باشد. (دروس فی علم الاصول/ ۴-۴۷۳).

بنابراین با توجه به این که رتبه هر دلیلی بر اساس حالتی است که در انسان به وجود می‌آورد، دلیلی که یقین‌آور است بر دلیل ظنی مقدم است و دلیلی که ایجاد ظن می‌کند بر دلیل شکی تقدم دارد. برخلاف این قاعده‌ی کلی، در موارد فراوانی دیده می‌شود که فقها اصل را بر ظاهر مقدم می‌دارند یا از این جهت که به عقیده‌ی آنان هر ظاهری قابل اعتماد نیست یا از این جهت که دلالت اصل در پاره‌ای موارد، قوی‌تر از ظاهر است یا قرینه‌هایی وجود دارد که به کمک اصل آمده و اصل را قوی‌تر از ظاهر، نمایان می‌سازد و شاید بتوان گفت در یک دعوا ممکن است، هنگام تعارض اصل و ظاهر، حکم به تقدم ظاهر بر اصل شود، در حالی که در دعوی دیگری، تعارض میان همان اصل و ظاهر، تقدم اصل بر ظاهر را در پی داشته باشد و این موضوع قبل از آن که به اختلاف نظر ذهنی و اعتقاد دادرسی مبنی بر این که اصل، قوی‌تر است یا ظاهر، برگردد به آثار مادی و خارجی برمی‌گردد. بررسی همه‌ی این موارد موضوع دهها مقاله و کتاب علمی است و در این جا فقط به چند نمونه برای تطبیق عملی آن چه گفته شد اشاره می‌کنیم تا در پایان نتیجه بگیریم که آیا قاعده‌ی ثابتی در این موضوع وجود دارد یا خیر.

تعارض اصل صحت و استصحاب

اگر استصحاب، اصل عملی باشد و اصل صحت، اماره تلقی شود بر اساس قاعده‌ی کلی فوق، اصل صحت بر استصحاب مقدم خواهد شد زیرا دلیل ظنی بر دلیل شکی، مقدم

است اما دیدگاه‌ها در مورد اصل یا اماره بودن هر یک از این دو دلیل، متفاوت است. البته عده‌ای عقیده دارند، اصل صحت در هر صورت بر استصحاب مقدم است اعم از این که اصل عملی باشد یا اماره به حساب آید زیرا اصل صحت، وارد بر استصحاب است. (اصول الاستنباط / ۳۹۸). اصل صحت را بیش‌تر اصولی‌ها جزء دلایل ظنی می‌دانند و قائل به تقدم آن نسبت به اصل استصحاب هستند. (فرائد الاصول / ۳۹۸). گرچه در برخی دلیل‌هایی که برای حجیت اصل صحت اقامه شده، تردید شده است اما از مجموع آن‌ها چنین برمی‌آید که در مقام معتبر دانستن آن به عنوان یک اماره و دلیل ظنی می‌باشند نه این که فقط آن را در حد یک اصل عملی تنزل دهند. (العناوین / ۲/ ۷۴۴ به بعد) و عده‌ای با تردید به تقدم استصحاب بر اصل صحت نظر داده‌اند. (درر الفوائد / ۶۱۲). عده‌ای هم میان اصل صحت در حقوق موضوعه و اصول فقه، تفکیک کرده‌اند؛ اصل صحت در حقوق مدنی را که بر اساس ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی استوار است، یک اماره می‌دانند که بر هر اصل و اماره‌ی دیگری که با آن تعارض کند، مقدم است اما در اصول فقه که مبنای قاعده، بنای عقلا و ضرورت نظم اجتماعی است در پاره‌ای موارد نمی‌توان اصل صحت را بر استصحاب مقدم داشت. (حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات / ۲/ ۲۳۸). اما چنین تفکیکی محل تردید است و حکم قاعده را در اصول فقه و قانون مدنی باید یکسان دانست زیرا مبنای ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی هم برپایی نظم و مصلحت است و اختلافات فقها نیز موجب این تمایز نمی‌شود. این اختلاف در مورد اصل استصحاب نیز وجود دارد؛ عده‌ای استصحاب را اماره می‌دانند؛ یا از این جهت که یقین سابق به حکم یا موضوع، اماره بر بقای آن در زمان لاحق می‌باشد. (قوانین الاصول / ۲/ ۲۵۵) و یا از این جهت که ادله‌ی شرعی قوی بر اعتبار آن وجود دارد که به آن اعتبار کاشفیت از واقع می‌دهد. (بحوث فی علم الاصول / ۶/ ۱۹۶ به بعد) عده‌ای هم که استصحاب را اصل عملی می‌دانند آن را جزء اصول محرز دانسته‌اند یعنی اصلی که هر چند کاشف از واقع نیست اما شارع، مؤدای آن را به منزله‌ی واقع دانسته است. (حقایق الاصول / ۵۳۹). البته این گروه، اصل صحت را نیز در عداد اصول محرز قرار داده‌اند که در این صورت تقدم هر یک از این دو اصل بر دیگری نیاز به دلیل دیگری خواهد داشت. یکی دیگر از عواملی که سبب ابهام در تعارض میان استصحاب و اصل صحت شده و تقدم یکی بر دیگری را دشوار ساخته است خلط میان حدود جریان اصل صحت و توان اثباتی آن است مثلاً هرگاه در قصد انشای عقد از سوی یکی از طرفین شک شود، از محدوده‌ی جریان اصل صحت خارج می‌شود و محلی برای بحث در تعارض استصحاب عدم آن و اصل صحت باقی

نمی‌ماند. (حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات/۲۳۲). بنابراین ابتدا باید مشخص کرد اصل صحت در چه مواردی جاری می‌شود و آن‌گاه از تعارض آن با استصحاب سخن گفت که البته در این زمینه هم اتفاق نظر وجود ندارد؛ برخی از فقها دامنه‌ی اعمال اصل صحت را بسیار گسترده دانسته‌اند و نسبت به تردید در وجود و عدم مانع یا شرط صحت و نیز عدم اهلیت طرفین یا عدم صلاحیت عوضین نیز اصل صحت را قابل اجرا می‌دانند. (جواهرالکلام/۱۹۴/۶) و نیز محقق حلی، این اصل را هنگام اختلاف در نوع عوضین، جاری می‌داند مانند این که فروشنده بگوید ثمن، سرکه بود اما خریدار بگوید، شراب بود. (شرایع الاسلام/۲۸۷). اما بسیاری هم دامنه‌ی اصل صحت را محدود ساخته‌اند و آن را مخصوص جایی می‌دانند که اصل موضوعی دیگری در مقابل آن وجود نداشته باشد یا شک، ناظر به ارکان اصلی عقد نباشد و... در هر صورت در مواردی که اصل صحت، قابل اجراست چنانچه استصحابی در مقابل آن وجود داشته باشد بر استصحاب مقدم می‌شود. کسانی که اصل صحت را اماره دانسته و استصحاب را اصل عملی می‌دانند جز در مواردی که اصل موضوعی در بین نباشد تعارضی میان قاعده‌ی صحت و استصحاب برقرار نمی‌بینند زیرا دلیل قاعده‌ی صحت، بنای عقلاست و عقلا در هنگام اجرای این قاعده شکی ندارند تا نوبت به استصحاب برسد. (الرسائل/۳۳۶).

تعارض قاعده ید و استصحاب

شدت اختلافاتی که در مورد اصل یا اماره بودن قاعده‌ی صحت وجود دارد، در مورد قاعده‌ی ید دیده نمی‌شود بلکه تقریباً اتفاق نظر وجود دارد که این قاعده، جزء امارات است. (قواعد فقه/۳۹). بنابراین در مقام تعارض میان قاعده‌ی ید و اصول عملیه از جمله اصل استصحاب، تردیدی در مقدم داشتن قاعده‌ی ید بر استصحاب وجود ندارد و حتی اگر اماره هم محسوب نشود باز هم بر استصحاب مقدم می‌شود زیرا در هر جایی که قاعده‌ی ید جاری می‌شود در مقابل آن استصحابی وجود دارد پس اگر استصحاب را مقدم بداریم محلی برای اجرای قاعده‌ی ید باقی نمی‌ماند و در نتیجه بازار و کسب و کار مردم معطل می‌ماند. (فرائد الاصول/۳۸۶). اما در این‌جا هم اختلافی میان فقها بروز کرده است بدین صورت که هرگاه مدعی در برابر تصرفات کنونی متصرف، مالکیت خود را اثبات کند یا متصرف به مالکیت سابق مدعی اقرار کند آیا باز هم اماره‌ی ید و تصرف کماکان او را مالک خواهد شناخت؟ در این زمینه دو دیدگاه فقهی وجود دارد؛ مرحوم سید محمد کاظم یزدی و میرزای قمی اعتقاد

دارند: در این جا هم بر اساس قاعده‌ی عمومی تقدم اماره بر اصل باید حکم اماره‌ی ید را بر استصحاب، مقدم داشت اما مرحوم میرزای نائینی و محمد علی کاظمی، خلاف آن را نظر داده‌اند و اعتقاد دارند اماره‌ی تصرف تا جایی کارایی دارد که دلیلی بر خلاف آن نباشد. (کاتوزیان، حقوق مدنی/۲۰۴). ماده‌ی ۳۷ قانون مدنی هم دیدگاه دوم را اختیار کرده است: «اگر متصرف فعلی اقرار کند که ملک، سابقاً مال مدعی او بوده است در این صورت مشارالیه نمی‌تواند برای رد ادعای مالکیت شخص مزبور به تصرف خود استناد کند مگر این که ثابت نماید که ملک به ناقل صحیح به او منتقل شده است.» مواد دیگری از قانون مدنی از جمله ماده‌ی ۹۷ و ۱۲۴ نیز بر این امر دلالت دارند که قاعده‌ی ید در صورتی دلالت بر مالکیت متصرف دارد که سابقه‌ی مالکیت معلوم نباشد بنابراین در این جا هم در حقیقت، تعارضی ساده میان قاعده‌ی ید و استصحاب وجود ندارد بلکه دلیلی در مقابل اماره‌ی تصرف وجود دارد (اقرار متصرف) و دلیل هم بر اماره مقدم می‌شود منتها استصحاب، آن چه را که با دلیل ثابت شده است به زمان کنونی وصل می‌کند. تعارض قاعده قرعه و اصل در مورد ماهیت قرعه تحقیق مفصلی، انجام نشده است اما آن چه که مسلم است قرعه‌ی نظر به کشف واقع ندارد بلکه صرفاً برای رفع سردرگمی به کار می‌رود (القرعه لکل امر مشکل) بنابراین باید آن را اصل عملی دانست. عده‌ای قرعه را از مصادیق فروض قانونی می‌دانند (مبسوط در ترمینولوژی حقوق/۴/۲۹۰۶) این قاعده در نوشته‌های فقهی و حقوقی از جمله مواد ۱۵۷ و ۵۹۸ قانون مدنی به کار رفته است. گفته شده است که قرعه، فرضی است که اثبات خلاف آن معنا ندارد (مبسوط در ترمینولوژی حقوق/۱/۶۹۷) مرحوم شیخ انصاری، قاعده‌ی قرعه را تنها در جایی قابل اجرا می‌داند که هیچ یک از اصول عملیه به جز اصل تخییر که موافق با آن است، در مقابل آن قرار نداشته باشد. (همان/۴۰۰). بنابراین در مورد قرعه باید گفت: یک اصل عملی است که از نظر درجه اعتبار در پایین‌ترین درجه‌ی نسبت به امارات و اصول قرار دارد و تنها در صورتی می‌توان از آن استفاده کرد که هیچ راه و علاج دیگری وجود نداشته باشد و طبیعی است که دست یازیدن به چنین دلیل ضعیفی باید چهره‌ی کاملاً استثنایی داشته باشد. دلیل این امر روشن است زیرا استفاده از قرعه در جایی است که شک و تردید وجود داشته باشد اما هر جا دلیلی هم‌چون استصحاب در مقابل قرعه قرار گیرد شک و تردید نیز از بین می‌رود و در نتیجه محلی برای عمل به قرعه باقی نمی‌ماند. (الرسائل/۳۵۴).

تعارض ظاهر و اصل برائت

به اعتقاد مشهور فقها و حقوق دانان، اصل برائت، یک اصل عملی است و در تقدم اماره بر آن ابهامی وجود ندارد زیرا دلیل اماره، اخص از دلیل برائت است به این بیان که اصل برائت در جایی به کار می‌رود که اماره‌ای در مقابل آن وجود نداشته باشد اما وقتی اماره‌ای بر خلاف مفاد برائت وجود داشت، موضوع برائت منتفی می‌شود. (بحوث فی علم الاصول/۳۵۰). این دلیل در مورد تعارض استصحاب با سایر اصول عملیه نیز صدق می‌کند زیرا وقتی استصحاب، امری را ثابت کرد شکی باقی نمی‌ماند تا بتوان اصول عملیه را جاری کرد و مجرای اصول عملیه جایی است که دلیل ظاهری یا واقعی برای حکم وجود نداشته باشد. (فرائد الاصول/۴۰۰). به نظر می‌رسد تنزل اصل برائت در حد یک اصل عملی صحیح نیست بلکه اصل برائت نیز قرینه‌ای قانونی است که نظر به واقع دارد یعنی مثلاً وقتی گفته می‌شود تا گناه متهمی ثابت نشده باشد اصل بر بی‌گناهی اوست معنایش آن است که واقعاً بی‌گناه است تا دلیلی بر گناه او اقامه شود و وقتی دلیل اقامه شد موضوع برائت نیز منتفی خواهد شد. (الشرعیه فی الاجرائات الجزائیه/۶۹). اما در مورد تعارض اصول عملیه با یکدیگر و به ویژه تعارض دو استصحاب، بحث‌های فراوانی وجود دارد که از محل بحث ما خارج است.

تعارض میان اصل عدم و ظاهر

بیشترین اختلافی که میان فقها و حقوق دانان در مورد تعارض ادله وجود دارد، مربوط به تعارض اصل عدم و سایر دلایل است. گرچه در مورد اصل عدم و مصادیق آن اختلاف نظرهایی وجود دارد ولی به صورت خلاصه می‌توان گفت: اصل عدم، به معنای آن است که تا دلیلی برای وجود حکم یا موضوعی نباشد اصل بر آن است که وجود نداشته باشد. (دائرالمعارف علوم اسلامی قضایی/ ۱/۱۴۴). در اکثر ابواب فقه، تعارض میان اصل عدم و ظاهر، مشاهده می‌شود و قاعده‌ی کلی در این جا آن است که ظاهر را باید بر اصل عدم مقدم کرد زیرا موضوع اصل عدم، فقدان آگاهی بر وجود چیزی است حال آن که ظاهر، حکم به وجود آن می‌کند بنابراین با تحقق ظاهر، موضوع اصل عدم منتفی می‌شود و جایی برای آن باقی نمی‌ماند. اما به رغم این قاعده‌ی کلی، اختلاف نظرهایی هم وجود دارد که در پایان بحث، اشاره به چند مورد آن بدون فایده نخواهد بود.

۱- ادعای غبن؛ ممکن است پس از انجام قرارداد، فروشنده ادعای غبن کند تا با استناد به خیار غبن، معامله را فسخ کند و از طرفی شرط استفاده از خیار غبن آن است که شخص مغبون، نسبت به قیمت واقعی کالا و شرایط قرار داد اطلاعی نداشته باشد. حال اگر

طرف معامله، دلیلی برای آگاهی مدعی غبن ارائه ندهد از یک طرف اصل عدم آگاهی مغبون، اقتضا می‌کند که سخن او مقدم باشد و از طرف دیگر اصل لزوم قرار داد، مقتضی تقدم سخن کسی است که ادعای عدم غبن می‌کند. تا این‌جا اختلاف قابل توجهی وجود ندارد اما هرگاه مدعی غبن از اهل فن و خبره باشد، ظاهر آن است که نسبت به قیمت کالا، اطلاع کافی داشته است بنابراین اصل عدم اطلاع با ظاهر تعارض پیدا می‌کند و مشهور بر آنند که ظاهر بر اصل مقدم می‌شود. (المهذب/ ۱۴۵). عده‌ای هم در آن تردید کرده‌اند. (السرائر/ ۱۴/ ۲۹۶). و مرحوم شیخ انصاری گفته است: گرچه سخن مدعی غبن به خاطر مخالفت با ظاهر پذیرفته نیست اما نهایت آن است که مدعی، محسوب می‌شود و سخن مدعی را در جایی که نمی‌تواند دلیلی بر ادعای خود بیاورد بر اساس قاعده (لا یعلم الا من قبله) باید پذیرفت. (المکاسب/ ۲۳۶).

۲- اختلاف زن و شوهر در اموال مشترک؛ این مسأله نیز مورد اختلاف فقهاست و هر یک با استفاده از قواعد تعارض، راه‌حلی ارائه داده‌اند که گرچه برخی از این راه‌حل‌ها، مستند به روایات است اما فقط به استدلال آن‌ها توجه می‌کنیم؛ مشهور فقها گفته‌اند که حکم به تنصیف می‌شود مشروط بر این‌که هر یک قسم بخورند؛ زیرا هر دو منکر هستند. مرحوم شیخ طوسی، در کتاب *خلاف*، گفته است که اموال اختصاصی مرد، برای مرد و اموال اختصاصی زن، برای زن است و آنچه که مشترک است، میان هر دو تقسیم می‌شود. دیدگاه دیگر نیز متعلق به مرحوم شیخ طوسی در کتاب *مبسوط* است که این اموال را متعلق به زن می‌داند. مرحوم علامه گفته است: اگر خانه متعلق به مرد است اثاثیه هم از آن وی خواهد بود و اگر متعلق به زن است اثاثیه از اوست. گروهی نیز عرف را ملاک قرار داده‌اند تا حسب مورد بر اساس عرف هر محل، قضاوت شود. (کتاب القضاء/ ۴۶۵). ماده‌ی ۶۳ قانون اجرای احکام مدنی و ماده‌ی ۵۶ آیین‌نامه‌ی اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا نیز نظر اول را اختیار کرده است. ملاحظه می‌شود که تمامی بحث‌ها به تعارض ظاهر و اصل برمی‌گردد زیرا نظر نخست بر این پایه استوار است که هر کس، تصرف در مالی داشته باشد ظهور در مالکیت وی دارد و نظری که اموال را متعلق به زن می‌داند در مورد محل‌هایی است که زنان، هنگام رفتن به خانه‌ی شوهر، جهیزیه و اثاثیه با خود می‌برند و تعلق اموال خانه به صاحب خانه هم به خاطر این ظهور است که اموال موجود در خانه، متعلق به صاحب خانه است. پس اگر ظهوری وجود داشت باید به آن عمل کرد و گرنه بر اساس قاعده‌ی (البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر) حکم خواهد شد.

۳- خلوت زن و مرد و ادعای نزدیکی؛ هرگاه زن باکره و شوهرش با هم خلوت کنند و زن ادعای نزدیکی کند تا تمام مهریه را بگیرد اما مرد آن را انکار کند و هیچ دلیلی برای نزدیکی و عدم نزدیکی وجود نداشته باشد، یک دیدگاه آن است که سخن مرد پذیرفته می‌شود زیرا اصل آن است که نزدیکی صورت نگرفته باشد. دیدگاه دیگر آن است که سخن زن پذیرفته می‌شود زیرا ظاهر آن است که وقتی مرد و زنی که بر یکدیگر حلال هستند در محل خلوتی قرار گرفتند با هم نزدیکی می‌کنند پس ظاهر بر اصل مقدم است. مرحوم محقق نجفی ضمن تأیید نظر نخست، تنها ظاهری را مقدم بر اصل می‌داند که مورد تأیید شرع باشد. (جواهر الکلام/۳۱/۱۴۲). به نظر می‌رسد تقدم اصل بر ظاهر که منطقی هم می‌باشد به دلیل آن است که ظاهر در این‌جا به قدری قوی نیست که بتوان بر آن اعتماد کرد زیرا این‌گونه نیست که معمولاً هر جا خلوتی باشد آن کار دیگر هم صورت گیرد.

۴- اختلاف در مهریه؛ اختلاف در مهریه نیز مصادیق فراوانی دارد که فقط به یک مورد آن اشاره می‌کنیم؛ هرگاه زن و شوهر در پرداخت و عدم پرداخت مهریه با هم اختلاف کنند به گونه‌ای که زن مدعی عدم پرداخت آن شود اما مرد ادعای پرداخت آن را بکند، یک دیدگاه آن است که سخن زن مقدم می‌شود زیرا اصل بر عدم پرداخت است اما دیدگاه دیگری بر آن است که چنانچه نزدیکی انجام شده باشد، سخن مرد پذیرفته می‌شود زیرا ظاهر آن است که قبل از نزدیکی مهریه پرداخت شده باشد. (المبسوط/۳۸، ۲۸۰/۱).

۵- هرگاه زوج و زوجه در موقت و دائمی بودن عقد نکاح با یکدیگر اختلاف پیدا کنند، یک دیدگاه آن است که سخن مدعی موقت بودن آن مقدم است زیرا اصل، عدم زیادی مدت است. دیدگاه دیگر آن است که سخن مدعی دائمی بودن آن مقدم است زیرا عقد واقع شده را هنگام شک باید استصحاب کرد یا این‌که ذکر نکردن مدت که معمولاً در عقود نکاح رعایت می‌شود ظهور در دائمی بودن آن‌ها دارد. (مبانی تکلمه المنهاج/۷۱).

نتیجه: با توجه به اختلاف نظرهایی که پیرامون موضوع ادله‌ی اثبات دعوا و تعارض اصل و ظاهر وجود دارد نتیجه‌گیری از این بحث، بسیار دشوار است اما در مجموع شاید بتوان گفت: تقسیم‌بندی مشهوری که در کتاب‌های اصولی و حقوقی برای ادله‌ی اثبات دعوا وجود دارد اساس درستی ندارد و همین تقسیم‌بندی موجب اختلاف آراء شده است. بر اساس این تقسیم‌بندی، دلیل بر حسب قطع یا ظن یا شک به واقع، به دلیل خاص، دلیل ظنی و اصل عملی تقسیم می‌شود و آن‌گاه رتبه‌ی هر یک از این دلایل نسبت به یکدیگر تعیین می‌شود یعنی گفته می‌شود که تا دلیل به معنای خاص آن وجود داشته باشد نوبت به دلیل ظنی

نمی‌رسد و تا دلیل ظنی و ظاهر وجود دارد نوبت به اصل عملی نمی‌رسد در حالی که ممکن است در مواردی، اماره‌ی قضایی بر اقرار یا سند مقدم شود یا اصل عدم بر ظاهر مقدم شود. بنابراین بهتر است به جای این استلال، چنین گفته شود که دلیل یک حالت و معنا بیش‌تر ندارد و آن وسیله‌ای است که ما را از معلوم به مجهول می‌رساند اما این وسیله گاهی مورد تأیید شارع و قانون‌گذار است مانند کتاب و سنت و اجماع و عقل برای استنباط احکام شرعی و مانند قانون و رویه‌ی قضایی برای استنباط احکام حقوقی و مانند سند و اقرار و شهادت شهود برای اثبات دعوا؛ و گاهی اعتبار آن‌ها صرفاً به دلیل ظن‌آور بودن آن‌هاست که مبنای ظن هم معمولاً غلبه یا طبیعت امور است مانند اماره‌ی قانونی و قضایی و قرعه و اصل عملی و فرض حقوقی و هر نام دیگری که به کار می‌رود. منتها قانون‌گذار بنا به مصالحی در این جا هم اثبات خلاف برخی قرینه‌ها را ممکن ندانسته است مانند اماره‌ی قضایی مطلق و فرض قانونی که البته این موارد، چهره‌ی استثنایی دارد. بنابراین ما در واقع چیزی به نام اصل عملی نداریم و آنچه که به این نام مشهور شده است مانند استصحاب و اصل برائت، دلایل ظنی هستند یعنی در صدد بیان واقع هستند و تا خلاف آن‌ها اثبات نشده است دلالت بر واقعیت دارند. حتی دلیل قرعه و لا یعلم الا من قبله نیز که ضعیف‌ترین دلایل می‌باشند دلایل ظنی هستند بنابراین این که دیده می‌شود فقها در مواردی اصل را بر خلاف نظر مشهور بر ظاهر مقدم می‌دارند به خاطر آن است که در مواردی ممکن است دلالت اصل بر واقع قوی‌تر از دلالت ظاهر بر واقع باشد. آنچه که برای یک فقیه یا حقوق‌دان یا دادرس، مهم است این که در مقام استنباط حکم شرعی یا قانونی یا فصل خصومت، اقناع وجدان و اطمینان درونی پیدا کند و این مسأله، چهره‌ی نوعی ندارد بلکه چهره‌ی شخصی دارد که ممکن است آثار متفاوتی را نزد اشخاص مختلف داشته باشد و به همین دلیل است که گفته می‌شود رأی و نظر هر مجتهدی برای خود وی و مقلدینش معتبر است و مجتهد دیگری نمی‌تواند نظر آن مجتهد را نقض کند و تا مدت زیادی در دادگاه‌های جمهوری اسلامی نیز اصل بر قطعی بودن آرای دادگاه‌ها قرار گرفته بود زیرا رأی قاضی که بر مبنای اقناع و وجدان و علم عادی او صادر می‌شود، قابل نقض توسط قاضی دیگری نیست. البته نباید این نکته را فراموش کرد که تمام بحث ما در جایی است که دلیل قطعی بر موضوعی وجود نداشته باشد و گرنه جای اختلافی باقی نمی‌ماند و هیچ کس نمی‌تواند در مقابل دلیل قطعی، نظر مخالفی بدهد بلکه بحث در جایی است که دلیل قطعی وجود ندارد و نوبت به دو دلیل ظنی (ظاهر و اصل) می‌رسد که این دو دلیل نیز با هم تعارض دارند و آن‌گاه باید دید که کدام دلیل بر

دیگری مقدم است و گرنه وقتی شارع مقدس اسلام تصریح دارد که ارث پسر دو برابر دختر است نمی‌توان به یک دلیل ظنی استدلال کرد یا وقتی قانون‌گذار می‌گوید نسبت به ائمه عصمت، سند مالکیت، دلیل مالکیت است، نوبت به دلیل‌های دیگر می‌رسد هر چند در تعارض با این دلیل قطعی باشد. یکی از نشانه‌های هم‌سنگی اصل و ظاهر، وحدت این دو در تشخیص مدعی و منکر است به گونه‌ای که گفته می‌شود، مدعی کسی است که سخن وی خلاف اصل و ظاهر باشد نه این که فقط خلاف اصل یا فقط خلاف ظاهر باشد. پس به صورت قاطع نمی‌توان گفت که همیشه اصل بر ظاهر مقدم است یا ظاهر بر اصل، مقدم می‌باشد بلکه همه‌ی دلایل، ظهور در مدلول خود دارند و این ظهور جنبه‌ی شخصی دارد مگر این که شارع و قانون‌گذار به آن جنبه‌ی تبعیدی داده باشد.

منابع

- ۱- آشتیانی، میرزا محمد حسین، *کتاب القضاء*، انتشارات هجرت، ۱۳۶۳.
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی، *فرائد الاصول*، کتاب‌فروشی وجدانی، بی‌تا.
- ۳- _____، *المکاسب*، مطبوعات دینی، ۱۳۶۶.
- ۴- الجبلی العاملی، *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه*، ج ۳، مکتبه الداوری، بی‌تا.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دانشنامه حقوقی*، ج ۱، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۲.
- ۶- _____، *دائرة المعارف علوم اسلامی قضائی*، ج ۱، گنج دانش، ۱۳۶۳.
- ۷- _____، *ترمینولوژی حقوق*، ج ۱، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- ۸- _____، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۴، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- ۹- _____، *مکتب های حقوقی در حقوق اسلام*، گنج دانش، ۱۳۷۰.
- ۱۰- الحائری الیزدی، شیخ عبد‌الکریم، *دررالفوائد*، موسسه النشر السلامی، ۱۴۰۸ق.
- ۱۱- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین*، ج ۲، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- ۱۲- حسن یوسف مصطفی مقابله، *الشرعیه فی الاجرائات الجزائیه*، رساله ماجستیر، بی‌جا، بی‌تا.
- ۱۳- حلی، محمد بن ادریس، *السرائر*، سلسله الینایع الفقهیه، علی اصغر مروراید، ج ۱۴، موسسه فقه الشیعیه، ۱۴۱۰ق.
- ۱۴- حلی، جعفر بن الحسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، انتشارات استقلال، ۱۴۰۳ق.
- ۱۵- حلی، علی بن مطهر، *قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام*، سلسله الینایع الفقهیه، ج ۱۱، همان.
- ۱۶- حکیم، محمدتقی، *الاصول العامه للفقہ المقارن*، دارالاندلس، بی‌تا.
- ۱۷- حیدری، علامه علی نقی، *اصول الاستنباط*، نشر فیض، ۱۳۷۶.

- ۱۸- خراسانی، شیخ محمد کاظم، **کفایه الاصول**، ج ۲، انتشارات امام مهدی، بی تا.
- ۱۹- خمینی، امام روح الله، **الرسائل**، ج ۱، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۸.
- ۲۰- خوئی، سید ابولقاسم، **مبانی تکمله المنهاج**، مؤسسه ایحیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ق.
- ۲۱- دیانی، عبدالرسول، **ترتیب دلائل**، مجله ی کانون و کلا، ش ۱۷۷، تابستان ۱۳۸۱.
- ۲۲- شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات**، ج ۲، عصر حقوق، ۱۳۷۹.
- ۲۳- صدر، سید محمد باقر، **دروس فی علم الاصول**، الحلقه الثانیه، مجمع الشهدید آیه الله صدرالعلمی، ۱۴۰۸ق.
- ۲۴- الطباطبایی الحکیم، **حقایق الاصول**، ج ۲، مکتبه البصیرتی، بی تا.
- ۲۵- الطرابلسی، عبدالعزیز ابن براج، **المهذب**، سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۱۳، همان.
- ۲۶- طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الامامیه**، سلسله الینابیع الفقهیه، ج ۳۸، همان.
- ۲۷- العبودی، عباس، **شرح احکام قانون الینات**، دار الثقافه للنشر و التوزیع، عمان، ۲۰۰۴م.
- ۲۸- عدل، مصطفی، **حقوق مدنی**، انتشارات امیر کبیر، ج ۷.
- ۲۹- عماد زعل عبد ربه الجعفره، **القرائن فی القانون المدنی**، الدار العلمیه الدولیه للنشر و التوزیع، عمان، ۲۰۰۱م.
- ۳۰- عصمت عبدالمجید بکر، **الوجیز فی شرح قانون الاثبات**، مطبعه الزمان، بغداد، ۱۹۹۷م.
- ۳۱- قمی، **قوانین الاصول**، چاپ سنگی، ج ۲، چاپ طاهر، بی تا.
- ۳۲- کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات**، ج ۱، نشر میزان، ۱۳۸۰.
- ۳۳- _____، **اثبات و دلیل اثبات**، ج ۲، نشر میزان، ۱۳۸۰.
- ۳۴- _____، **اعتبار امر قضاوت تسده در دعوائی مدنی**، کانون و کلا ی دادگستری، ۱۳۶۸.
- ۳۵- _____، **حقوق مدنی**، اموال و مالکیت، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- ۳۶- _____، **فلسفه حقوق**، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- ۳۷- _____، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
- ۳۸- _____، **حقوق مدنی**، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، انتشارات بهنشر.
- ۳۹- محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه**، بخش مدنی، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۰.
- ۴۰- مشکینی، میرزا علی، **اصطلاحات الاصول**، نشر الهادی، ۱۳۷۱.
- ۴۱- مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- ۴۲- موسوی بجنوردی، سید محمد، **علم اصول**، موسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۹.
- ۴۳- نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۴۱ و ۲۳، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- ۴۴- الهاشمی، سید محمود، **بحوث فی علم الاصول**، ج ۶ مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۵ق.