

تعارض اصل و ظاهر در متون فقهی و حقوق

چکیده

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 امارت قضایی ظهوری وجود دارد که از غلبه نشأت نگرفته است، بلکه ناشی از تعاون قراین و شرایط و اوضاع و احوال است. هم چنین ظاهرهایی است که نه عنوان اماره قضایی دارد و نه عنوان اماره قانونی. گاهی ظاهر مذکور با اصل (استصحاب، برائت، عدم و...) تعارض پیدا می‌کند. در فصل خصومت چنانچه اماره قانونی با قضایی فراهم بود قضاوت کار آسانی است اما در صورت فقدان این دو چنانچه ظاهری که از غلبه ناشی می‌شود با اصل موجود در آنجا تعارض نمود، کدام یک ترجیح بر دیگری دارد؟ در قانون‌های جاری کشور، ملاک و رویه‌ی مشخصی برای ترجیح ظاهر بر اصل و یا برعکس وجود ندارد، بلکه باید با توجه به در نظر گرفتن همه اوضاع و احوال و قراین یکی را بر دیگری ترجیح داد.

کلید واژه

اصل، ظاهر، تعارض، ظهور، ادله‌ی شرعی.

مقدمه:

شریعت اسلام به مرور زمان از صورت تعدادی دستورات شرعی ساده مبتنی بر ظواهر وحی برای جامعه‌ای بسیط، به یک سیستم حقوقی دقیق که برای مدت‌های طولانی کلیدی جنبه‌های حقوقی جوامع مختلف با ملیت‌ها، فرهنگ‌ها، تاریخ، آداب و رسوم و سنن و نژادهای متفاوت را اداره می‌کرد، تکامل یافت. با توجه به خصوصیت دینی بودنش و به علت طبیعت تغییرپذیر موضوعات مختلف، قابل توسعه بر طبق مقتضیات زمان و مکان است و هنوز نیز در حال توسعه و تطابق با زندگی امروزی و آینده می‌باشد.

نظام حقوقی ایران که براساس فقه امامیه و اندیشه‌ی فقهی فقها بنا شده که صراحت اصل چهارم قانون اساسی است با بهره‌گیری از تجارب حقوقی برخی از کشورهای اروپایی خطوط عام و قواعد و اصول کلی را ترسیم نموده که قضات و دادرسان می‌توانند در پرتو آن خطوط و اصول، حکم هر واقعه‌ای را استخراج نموده و دعوا را فیصله دهند. یکی از مواردی که در جریان دادرسی ممکن است برای دادرس پیش آید، تعارض اصل با ظاهر است. در این گونه موارد لازم است با درایت و زیرکی خاص با ترجیح اصل بر ظاهر و یا برعکس، حق را به صاحب حق بازگرداند، در این نوشتار تعارض اصل با ظاهر و موارد آن در فقه و حقوق مورد بررسی اجمالی قرار گرفته‌است.

اصل (Original)

اصل در لغت به معنای چیزی است که اشیای دیگری بر آن بنا شود. (تاج‌العروس) ماده اصل در اصطلاح خاص بر چند معنا اطلاق می‌شود. اصل در یک معنا به قاعده کلیه، اطلاق می‌شود و آن قضیه‌ای است کلی که مشتمل بر جزئیات موضوع آن است و آن احکام جزئی فروع آن هستند و استنباط آنها، تفریع نامیده می‌شود. (تهاتوی، کشف اصطلاحات الفنون/ ۹۵) اصل در معنایی دیگر دلیل دانسته شده‌است مثل این که گویند اصل در این مسأله کتاب و سنت است.

هم چنین اصل به معنای راجح و ظاهر است، مثل این که اصل حقیقت است، یعنی هنگامی که امر مردد باشد میان این که کلامی را بر معنای حقیقی آن یا بر معنای

مجازی حمل کنند، حمل بر حقیقت اصل است یعنی رجحان دارد و حقیقت معنای روشن و ظاهر کلام است. (کشاف اصطلاحات الفنون/ ۹۵)
هم‌چنین گفته شده است:

«الاصل هو ما یتتی علیه غیره. الاصول جمع اصل و هو فی اللغه عباره عما یفتقر الیه و لا یفتقر هو الی غیره و فی الشرع عباره عما ینی علیه غیره و لا ینی هو علی غیره و الاصل ما یتثبت حکمه بنفسه و ینی علیه غیره» (الجرجانی، کتاب التدریفات/ ۱۲)

در این بحث مقصود از اصل، همان اصل عملی است که معادل فرض قانونی "fiction" در حقوق فرانسه است. (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۱/ ۴۲۹)
این اصل کاشف از چیزی نیست و مجهولی از مجهولات قضا را کشف نمی‌کند، صرف دستورالعملی است از عرف یا قانون‌گذار که در بحث تعارض اصل و ظاهر در شناخت مدعی و دیگر مسایل اهمیت دارد.

زمانی که برای استنباط احکام شریعت و تعیین تکلیف بندگان، در خصوص موضوع، هیچ‌گونه دلیل معتبری از منابع چهارگانه فقهی وجود ندارد یا اصلاً دلیلی نیست یا این که دلیل هست ولی فاقد اعتبار شرعی است و یا علی‌رغم اعتبار، مجمل و یا دچار تعارض است در این گونه موارد که شخص دچار تردید می‌گردد، شرع مقدس دستورالعمل راهگشا فراروی مکلفین قرار داده تا تکلیف شرعی هر چند به طور موقت، مشخص شود. دستورالعمل مزبور عبارت است از عمل به اصولی که اصول عملیه نامیده می‌شوند.

بدین ترتیب اصول عملیه، خلاء ناشی از عدم کفایت یا سکوت دلایل موجود در منابع فقه و حقوق را جبران می‌کند. در واقع اجتهاد بدون اتکا به این اصول، پویائی و زاینده‌گی خود را از دست می‌دهد و نمی‌تواند در مقابل مشکلات روزافزونی که به مقتضای زندگی، آثار و تبعات مترتب بر آن حادث می‌شود، پاسخ شایسته‌ای ارائه کند. مجریان قانون‌های مدون به ویژه قضات و دادرسان ممکن است هنگام فصل خصومت‌ها یا اجرای مقررات جزایی با مواردی برخورد کنند که برای آنها حکم صریحی در مجموعه‌های حقوقی یافت نمی‌شود.

امروز کلیه مجامع حقوقی پذیرفته‌اند که قضات و دادرسان در این گونه بن‌بست‌ها باید به هر طریق ممکن، حکم مناسب با مورد را با استفاده از روح قوانین، رویه‌ها و سوابق نظریات حقوقی بیابند و مشکل پیش‌آمده را براساس آن حل و فصل کنند. در اصل ۱۶۷ قانون اساسی آمده‌است:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد»

ظاهر

ظاهر در لغت به معنای پیدا در مقابل نهان به کار می‌رود و یکی از اسمای الهی است (الطریحی، مجمع‌البحرین ۹۹/۲) اما در اصطلاح حقوقی واژه‌ی ظاهر زمانی به کار برده می‌شود که در مقام مقایسه با باطن یا اصل قرار گیرد اعم از این که قابل استناد باشد یا نباشد.

میرزای قمی در جامع‌الشتات در تعریف ظاهر آورده‌است:

«ظاهر به چیزی گفته می‌شود که پدیدآور گمان باشد و این گمان به هر یک از طرق زیر حاصل می‌شود:

الف: کاری که مسلمان می‌کند عنوان تخلف از مقررات دینی را ندارد یعنی سایر مسلمانان آن کار را باید درست و وفق مقررات تلقی کنند. مثلاً اگر در نوع ثمن بیع بین متعاقدين اختلاف شد و مشتری گفت که بایع یک من شراب بابت ثمن، از من طلب دارد و بایع گفت که یک من سرکه طلب دارم، ظاهر این است که بایع درست گفته‌است زیرا مسلمان ظاهر او عادتاً مصرف شراب ندارد. پس مظنون این است که ثمن بیع، سرکه بوده‌است نه شراب.

ب: اصل صحت کارها و معاملات مسلمانان، بلکه همه‌ی مردم که براساس غلبه نهاده شده‌است.

ج: غلبه‌ی ظن به علت اوضاع و احوال و قراین (میرزای قمی/ جامع‌الشتات/۴۲۰)

محقق قمی در جای دیگر می‌گوید:

«الظاهر ما یوجب الظن بخلاف ما اقتضاه الاصل و الاصل هو الحكم المنسحب عن دلیل

سابق من قول او نقل قطعی او ظنی و عدوا منه الاستصحاب.»

یعنی ظاهر به چیزی گفته می‌شود که پدیدآور گمان باشد، گمانی که برخلاف اصل است و اصل در اینجا عبارت است از یک وضع حقوقی که قبلاً دلیلی بر آن اقامه شده است (قبلاً به اثبات رسیده باشد) خواه از نقل قطعی باشد و یا ظنی و استصحاب را از این قبیل شمرده‌اند. (همان/۴۳۳) یکی از حقوق دانان معاصر در خصوص ظاهر می‌گوید: «مقصود از ظاهر که در اصطلاح فقهی «ظاهر حال» گفته می‌شود، آن شواهد، قراین و اوضاع و احوالی است که برای شخص ایجاد گمان می‌کند، گمانی که در حد اطمینان نیست. ظاهر هر چند که گاهی از امارات قضایی به حساب می‌آید ولی از اماراتی نیست که در فقه، حجیت آن از ناحیه شرع ثابت شده باشد. اگر چنین بود در تعارض با اصل، همواره مقدم بر اصل بود. «الاصل دلیل حیث لا دلیل» در این جا مقصود از دلیل، اماره معتبر است و لذا هرگاه برای شخص، سبب حصول اطمینان باشد بر اصل مقدم است. بنابراین مراد از اصل در تعارض اصل و ظاهر، اصل عملی است. در تعارض اصل و ظاهر گاهی میان مفاد این دو توافق است و گاهی تعارض.» (محقق داماد/ مباحثی از اصول فقه/ ۱۸۱)

علت این که امارات بر اصول مقدم می‌شوند و به تعبیر اصولی امارات بر اصول وارد هستند این است که مفاد امارات، حکم واقعی است. حکم واقعی حکمی است که افعال و اشیا به عنوان واقعی خود، موضوع حکم شرع قرار گرفته‌اند. مانند نماز و خمر که موضوع برای وجوب و نجاست می‌باشند و مفاد اصول، حکم ظاهری است. حکم ظاهری حکمی است که اشیا و یا افعال نه به عنوان واقعی خود بلکه به عنوان شی و فعل مجهول الحکم موضوع قرار می‌گیرند مانند مایعی که در خمر بودن آن تردید وجود دارد. با اجرای اصل برائت از حرمت، حکم بر حلیت خواهد شد. این حکم ظاهری است.

تعارض

تعارض از ماده عرض به معنای متعارض و مزاحم یکدیگر شدن، با هم خلاف کردن،

اختلاف داشتن آمده است. (عمید/ فرهنگ فارسی عمید ماده عرض) (لغت‌نامه دهخدا ماده عرض).

در کتاب «التعريفات» در باب العين، عرض «انبساط في خلاف جهة الطول» تعريف شده است. (الجرجاني، التعريفات/۶۴)

اما در اصطلاح عبارت است از منافات داشتن دو دليل در دلالت در مقام اثبات بر وجه تناقض يا تضاد خواه حقيقي و يا عرضي (الآخوند الخراساني/ كفايه الاصول، ۴۳۷/۲) هم چنين گفته شده است: تعارض تلاقي دو فكر در جهت عكس يكديگر به طوري كه جمع بين آنها مقدور نباشد. (جعفری لنگرودی/ ترمينولوژی حقوق/۱۵۹)

در جای دیگر، تعارض بدین شکل تعريف شده است: «التعارض هو تنافي مدلول الدليلين على وجه التناقض او التضاد» (انصاری، فرائد الاصول/۴۳۱)

هرگاه یکی از دو دليل حکمی را اثبات کند و دیگری نفی آن را به طوري كه جمع بين مدلول آن دو دليل ممكن نباشد. بين آن دو دليل تعارض است و آن دو نسبت به يكديگر متعارض هستند. چنان كه یکی از دو دليل وجوب و دیگری حرمت عملي خاص را بيان کند.

بعضی از محققان در تعريف تعارض، مدلول دو دليل را عنوان کرده اند، ولی پيدا است كه عدد دو به معنای حصر نیست، بلکه منصرف به حداقل است زیرا ممكن است میان بیش از دو دليل تعارض برقرار گردد. مثلاً در مورد حبوه (میراثی كه مخصوص فرزند ذکور بزرگتر است) چند دسته روایات وارد شده كه مدلول هر يك با دیگری تنافی دارد. يك دسته از روایات بر دو چیز (وسائل الشيعه/۱۷/۴۴۰) دسته‌ای بر سه چیز (همان) و دسته دیگر بر چهار چیز و دسته‌ای هم بر هفت چیز (همان/۴۳۹) دلالت دارند.

بنابراین تعارض دو يا چند دليل، معارضه و منافات بين دو دليل، يا چند دليل است به گونه‌ای كه مكلف در عمل به آنها و چگونگی جمع بين آنها دچار سرگردانی شود.

موضوع تعارض ادله از روزهای آغازین شريعت اسلام در میان مسلمانان مطرح شد. به عنوان نمونه آن گاه كه پیامبر اسلام(ص) اراده كرد سپاه اسلام را به سوی قبیله بنی قریظه روانه کند فرمود: «لا یصلین احدالعصر الا من بنی قریظه»

مسلمانان حرکت کردند اما در وقت نماز عصر به آن جا نرسیدند. اما از طرفی بارها از حضرت شنیده بودند كه حضرت فرمود: «افضل الاعمال الي الله تعالى الصلاه لوقتها»

گروهی در اول وقت قبل از رسیدن به قبیله بنی قریظه نماز خواندند و گروهی دیگر نماز را به تاخیر انداختند. پیامبر اکرم(ص) بر هیچ کدام اشکال نگرفت (ابن هشام، السیره النبویه ۲۴۵/۳) و (ابن اثیر، الکامل فی التاریخ ۸۵/۲) از این رو اصحاب ائمه(ع) شروع به تالیف آثاری در خصوص تعارض ادله نمودند که می‌توان به کتاب «اختلاف الحدیث و مسائله» تالیف یونس بن عبدالرحمان از اصحاب امام موسی کاظم(ع) نام برد. (صدر/ تأسیس الشیعه/ ۳۱۱).

نجاشی از رجالیین گذشته و آیه الله العظمی خوئی از معاصرین در کتاب رجال خود از تعدادی که از افرادی که در این خصوص آثاری را به وجود آورده‌اند، نام برده‌اند (رجال نجاشی/ ۳۸۴) و (خوئی، رجال الحدیث/ ۱۴/ ۳۳۱) در اکثر کتاب‌های اصول فقه بحثی تحت عنوان: التعادل و التراجیح، و یا تعارض الاخبار، یا اختلاف الحدیث و یا تعارض الادله و الامارات آمده‌است (ابن عبدالرحیم، الفصول فی علم الاصول)، (میرزای قمی، قوانین الاصول)، (شیخ حسن/ معالم الاصول)، (آخوند خراسانی/ کفایه الاصول)، (علامه مظفر، اصول الفقه) و ...

کیفیت ایجاد تعارض در ادله‌ی شرعی

- مهم‌ترین عواملی که باعث ظاهر شدن تعارض در ادله‌ی شرعی می‌شود عبارتند از:
- الف) چهارچوب ذهنی خاص فقیه
 - ب) تغییر کردن احکام شریعت از طریق نسخ (که این امر مختص به زمان سول خدا(ص) است.
 - ج) از بین رفتن قرینه که بر اثر تقطیع یا غفلت در هنگام نقل بوجود می‌آید.
 - د) تصرف روایت و نقل به معنا کردن روایات.
 - ه) تدرج در بیان؛ هم چنان که روش ائمه(ع) در مجامع بیان احکام شرعی و رساندن آنها به مردم، چنین بوده‌است.
 - و) تقیه؛ اکثر ائمه‌ی معصومین(ع) در شرایطی زندگی می‌کردند، که تقیه در گفتار و روش آنها واجب بوده‌است.
 - ز) ملاحظه ظرفیت و شرایط راوی. چون احکام شرعی به اختلاف حالات علم، جهل، نسیان و عذر، تغییر می‌کنند.

ح) تزویر و جعل در احادیث که از سوی بعضی از مغرضین و معاندین مذهب اهل بیت(ع) صورت می‌گرفت. (صدر/ تعارض الادله الشرعیه، ۲۸-۴۱)

تعارض ادله همان طور که در اخبار وجود دارد، گاهی میان سایر امارات هم تعارض به وجود می‌آید، مانند تعارض چند آیه با یکدیگر، تعارض ظاهر یک آیه به ظاهر خبر واحد، تعرض چند اجماع منقول، یا چند قول لغوی، یا چند شهرت فتوایی، تعارض چند بیه یا چند رجالی یا چند شهود، تعارض چند ذوالید مدعی، تعرض بینه با اقرار یا تعارض بینه با اصل صحت و یا تعارض آن با قاعده فراغ، تعارض قاعده تجاوز با بینه، تعارض بینه با اصول عملیه، تعارض استصحاب با اصل برائت، یا اصل احتیاط و اصل تخییر، یا تعارض دو استصحاب و... (شیخ انصاری، فراند الاصول/ ۴۰۹، ۴۲۴، ۴۳۰)

اقسام ظاهر

هر لفظ، هر علامت و یا هر پدیده که نوعاً در اولین برخورد ما با آن، ایجاد ظن و گمان (نه شک و تردید) کند، این خاصیت آن لفظ و علامت یا پدیده را ظهور و ظاهر نامند. مثلاً می‌گویند عبارت و الفاظ فلان ماده‌ی قانون ظاهر در فلان معنا است و یا صعود دود در بیان، ظاهر در وجود آبادی یا خیمه‌نشینان است و خلوت کردن عروس و داماد، ظاهر در تحقق دخول و استقرار تمام صدق است و زندگی زوجین در زیر یک سقف و در یک خانه، ظاهر در تادیه‌ی نفقه و حصول تمکین است.

در مورد هر ظهور، احتمال عکس هم وجود دارد، اما ضرورت زندگی قضایی و اثبات قضایا ایجاب می‌کند که به آن احتمال ترتیب اثر داده نشود و گرنه امور مردم تمشیت پیدا نخواهد کرد و صلاح جامعه مبدل به فساد خواهد شد. (جعفری لنگرودی/ دایره‌المعارف حقوق ۲۴۲/۳)

در یک نگاه ظهور را می‌توان به سه قسم تقسیم نمود:

- ۱- ظهور الفاظ
- ۲- ظهور اعمال
- ۳- ظهور اشیا و احوال

ظهور الفاظ

ظهور الفاظ هر روزه مورد استفاده‌ی مردم در محاورات است، اما اکتشاف ظهور الفاظ و اصطلاحات حقوقی از مشکلات است.

این مشکل نه تنها در علم حقوق بلکه در سایر علوم نیز وجود دارد که از دیرباز در بین دانشمندان اسلامی بحث نحوه ظهور لفظ بر معنا رواج داشته است. این بحث در میان دانشمندان غربی تحت عنوان هرمنوتیک (Hermeneutics) طرح شده است.

کلمه هرمنوتیک ماخوذ از فعل یونانی hermeneuin به معنای تفسیر کردن و معنای اسمی آن hermenei یعنی «تفسیر» است. کاربرد وصفی این واژه به صورت «hermeneutic» و «hermeneutical» است. مثلاً گفته می‌شود: نظریه هرمنوتیکی، الهیات هرمنوتیکی، واقعه هرمنوتیکی، موقعیت هرمنوتیکی.

در واقع هرمنوتیک سنت تفکر و تأملی فلسفی است که می‌کوشد مفهوم فهمیدن را روشن کند و به این پرسش پاسخ دهد که چه چیزی سازنده‌ی معنای هر چیز معنادار است این «هر چیز» می‌تواند شعر، متن حقوقی، عملی انسانی، زبان یا فرهنگ بیگانه باشد. (واعظی، درآمدی بر هرمنوتیک/ ۲۴-۳۰)

دانشمندان سه شاخه از علوم اسلامی یعنی کلام، تفسیر و فقه به هرمنوتیک نیاز مبرم دارند که این مبحث نوعاً در کتاب‌های اصول فقه (مباحث الفاظ) و در مقدمات تفسیر مطرح می‌شود. این مطالب نیز به نوبه‌ی خود هرمنوتیکی است. برای نمونه می‌توان به شیوه‌ی علامه طباطبایی در تفسیر المیزان اشاره کرد، وی با ارایه آموزه‌ی «تفسیر قرآن به قرآن» ایده‌ی تفسیری خاصی را ارایه کرد که کاملاً متفاوت با دیدگاه اخباری‌ها بود. آنها که آیات قرآنی را در دلالت بر مراد، مستقل نمی‌دانستند و قرآن را برخلاف محاورات عرفی دانسته و معتقد بودند که غرض خداوند تفهیم مراد و مقصود خویش به نفس آیات قرآنی نبوده است، بلکه تفسیر واقعی و مراد از آیات را باید به کمک روایات معصومین (ع) شناخت (انصاری، فرئندالاصول/ ۱۴۰/۱۱- ۱۴۲) این‌گونه نظریه‌پردازی که اساس تنوع شیوه‌های تفسیر قرآن را پی‌ریزی می‌کند، گونه‌ای بحث هرمنوتیکی است. تمایل برخی عارفان و صوفی مسلکان به تفسیر انفسی قرآن، عدم اکتفا به ظواهر لفظی و

گرایش به رمزی دانستن آیات نیز نوعی گرایش هرمنوتیکی است که در میان برخی محققان مسیحی نیز سابقه‌ی طولانی دارد. (واعظی، پیشین/ ۵۳)

نحوه دلالت لفظ بر معنا

از دیرباز در مورد نحوه‌ی دلالت لفظ بر معنا سه نظریه وجود داشته‌است (نصری، راز متن/ ۱۹-۲۰)

۱- نظریه‌ی ذاتی: برخی معتقدند که دلالت الفاظ بر معنا جنبه‌ی ذاتی دارد یعنی وضع و استعمال به علت مناسبت ذاتی صورت می‌گیرد. برای مثال اگر لفظ اسب بر حیوانی خاص وضع شده به دلیل آن است که میان این لفظ و معنای آن یک نوع رابطه‌ی ذاتی برقرار است. این نظریه بسیار مورد انتقاد واقع شده‌است، زیرا اولاً در هر زمانی کلماتی وجود دارد که مشترک لفظی نامیده می‌شوند. یک لفظ بر معانی متعدد دلالت می‌کند. مثل لفظ شیر در زبان فارسی که هم به یک ماده خوراکی اطلاق می‌شود و هم بر وسیله‌ای که آب از آن خارج می‌شود. ثانیاً دلایلی که برای رابطه‌ی ذاتی میان لفظ و معنا مطرح کرده‌اند دقیق نیست. برای مثال گفته‌اند که در زبان عربی به این دلیل به اسب، فرس می‌گویند که دارای فراست یعنی هشیاری است. در این جا این سؤال مطرح است که چرا واژه‌ی فراست و هشیاری به کار رفته و اصلاً میان واژه‌ی فراست و هشیاری چگونه مناسبت ذاتی برقرار است.

۲- نظریه‌ی تنزیلی: طبق این نظریه، الفاظ وجود تنزیلی معانی به شمار می‌روند. لفظ سایه معنا است و به صرف شنیدن لفظ، ذهن معنا را درک می‌کند و از همین جا است که زشتی، زیبایی، خوبی و بدی به الفاظ هم سرایت می‌کند.

این نظریه نیز قابل قبول نیست. زیرا اولاً اگر لفظ وجود تنزیلی معنا باشد، دیگر نیازی به دانستن معانی الفاظ وجود ندارد، و فرهنگ‌های لغات زاید تلقی می‌شوند. ثانیاً لفظ تغییر می‌کند و معنای ثابت می‌سازد و گاه نیز معنا تغییر می‌کند و لفظ ثابت می‌ماند. ثالثاً: خوبی و بدی، زشتی و زیبایی تنها در مورد نشانه‌های زبانی به کار نمی‌روند. در مورد سایر نشانه‌ها نیز می‌توان آنها را به کار برد و این نشانه‌ها نیز وجود تنزیلی مدلول‌های خود نمی‌باشند.

۳- نظریه قراردادی: دلالت لفظ بر معنا جنبه‌ی قرار دادی دارد. هر چند الفاظ متأثر از عواملی چند بر معانی خاص اطلاق می‌شوند. اما رابطه‌ی آنها جنبه‌ی جبری ندارد، بلکه جنبه‌ی قراردادی دارد.

قریب به اتفاق اصولی‌ها طرفدار نظریه‌ی سوم هستند. (مظفر، اصول الفقه/ مبحث الفاظ)

فرآیند فهم متن

فهمیدن، گونه‌ای شناختن است. خواندن یک متن یا شنیدن یک گفتار غیر از فهمیدن آن است. ممکن است شخصی سخنی را بشنود و یا متنی را بخواند ولی آن را نفهمد. پس از رویارویی با یک متن یا گفتار می‌توان با آن دو گونه برخورد کرد.

یک‌گونه برخورد، تبیین آن متن یا گفتار به عنوان یک پدیده است؛ در روش تبیین، ارتباطاتی را که پدیده از آن‌ها ناشی شده با «قواعد مربوط» توضیح می‌دهند و معلوم می‌کنند که این پدیده چگونه واقع شده‌است. برخورد دیگر تفسیر آن متن یا گفتار و فهمیدن آن است. با عمل تفسیر، متن یا گفتار شفاف می‌شود و معنای خود را نشان می‌دهد. تفسیر بر این پیش فرض مبتنی است که خواندن و شنیدن یک متن یا گفتار، گرچه مدلولات کلمات و جملات آن‌ها معلوم باشد آن چه را متن و گفتار در خود پنهان دارند، آشکار نمی‌گرداند و این امر پنهان را تنها با تفسیر می‌توان آفتابی و برملا کرد.

معنای هر متن یک واقعیت پنهان است که باید به وسیله‌ی تفسیر بر ملا و آشکار شود. دلالت متن بر معنا در پرتو عمل تفسیر حاصل می‌شد. در واقع متن بوسیله‌ی تفسیر به سخن می‌آید و آن چه را در درون خود دارد بیرون می‌ریزد. درست است که دلالت متن بر معنا با مکانیسم قواعد دلالت (Semantik) ارتباط دارد ولی آن اهرم که کار دستگاه دلالت را ثمربخش می‌سازد، عمل تفسیر است که از مفسر ناشی می‌شود. (مجتهد شبستری، هرمنوتیک کتاب و سنت / ۱۳-۱۵).

یکی از مشکلاتی که حقوق‌دان در مقام کشف قوانین و یا دادرسی در مقام دادرسی با آن مواجه است، مسأله تفسیر متون حقوقی است که در بعضی از موارد اظهار نظریه قطعی و یا احقاق حق تماماً به همین امر وابسته است. برای نمونه به الفاظ و تفسیر چند متن حقوقی نظری می‌افکنیم:

۱- الفاظ یک عقد:

زمین وقف ده ساله به اجاره داده شد تا مستأجر در آن، بنا بسازد و برای خود سند مالکیت بگیرد و در سند، شرط شد که هر گاه اعیان احدائی را مستأجر زمین بخواهد بفروشد، حق تقدم خرید، با اداره‌ی اوقاف است و اگر نخواهد بخرد و این امر را کتباً اعلان کند و مستأجر، اعیان را بفروشد، متعهد است، خمس ثمن را بلاعوض به موقوفه بدهد. مستأجر، اعیان را به رهن ثلاث، یا حفظ حقوق سند اجاره و اوقاف داد که به مزایده و خرید ثالث منتهی گردید. آیا شرط سند اجاره راجع به بیع اعیان، شامل بیع مزایده هم می‌شود؟

نظر: ظاهر سند از فروش، فروش اختیاری است، نه فروش قهری که حاکم ولی ممتنع انجام می‌دهد.

در ماده چهل آیین‌نامه‌ی قانون دفاتر اسناد رسمی مورخ ۱۳۱۷/۲/۱۴ هم در عبارت «معاملات» همین بحث است یعنی بعضی آن را، ظاهر در معاملات اختیاری می‌دانند نه مزایده‌ی ثبت که حاکم به عنوان ولی ممتنع می‌فروشد (جعفری لنگرودی، دایرة‌المعارف حقوق/ ۶۷۵/۴)

۲- الفاظ یک قانون

شخصی به استناد برگ حصر وراثت، مورخ ۱۳۴۰/۸/۳۰ و سند رسمی مورخ ۱۳۴۰/۱۲/۱۴ ملکی ر که ثبت نشده بود نزد بانک کشاورزی به وثیقه نهاد که منتهی به صدور اجراییه و مزایده شد. در مزایده، خریداری نبود، پس از مزایده، دادنامه‌ی دادگاه جنجه به تاریخ ۱۳۴۱/۱۰/۱۹ علیه مدیون صادر گردید که از او نفی وراثت کرده و مدیون محکوم به کیفر شده بود. به این ترتیب معلوم بود که وثیقه مستحق‌الغیر درآمده است. آیا به ماده‌ی واحده‌ی مصوب ۱۳۱۶/۱۲/۱۵ می‌توان عمل کرد؟

ماده واحده این است (در مورد املاک ثبت نشده که متصرف به عنوان مالکیت آن را وثیقه استقراض از بانک فلاحتی قرار می‌دهد، اگر پس از استقراض کشف شود که ملک متعلق به غیر و یا مورد حق غیر بوده، بانک فلاحتی می‌تواند اصل و منافع طلب خود را از اموال قرض‌گیرنده - چنان چه اموالی داشته باشد - و یا از عین یا منافع ملک مورد وثیقه استفاده نماید.)

این ماده که استیفاء طلب بانک را از مال شخص ثالث تجویز می‌کند. خلاف اصول و مبانی حقوق مدنی است. علاوه بر این عبارات ماده‌ی ۳۴ قانون ثبت که به طور عام تکلیف اسناد وثیقه را معین کرده و بانک‌ها را از آن مستثنی کرده‌است ظهور در نسخ ماده واحده‌ی مزبور دارد.

عده‌ای این استظهار را نمی‌کنند و بقای اعتبار ماده واحده را استصحاب می‌کنند، از این جا معلوم می‌شود که کشف ظهور یک قانون از عبارتش کار آسانی نیست. (همان. ۶۷۵/۴)

ظهور اعمال

مقصود از ظاهر در این مورد، ظهور عمل شخص (اعم از افراد عادی یا رسمی) است. عمل شخص آیا در راستای معینی ظهور دارد. آیا هر عملی ظهوری دارد؟ مثلاً زن و مردی که با هم در یک خانه زندگی می‌کنند، زندگی کردن در یک خانه، یک عمل است، آیا این عمل ظهور دارد که آنها زن و شوهر هستند؟ آیا دادگاه می‌تواند به این ظهور متوسل شود؟ اگر طفلی از آنها به وجود آمده باشد، می‌توان حکم به الحاق نسب کرد و به او ارث داد؟

اگر شخصی که مأمور رسمی است و صلاحیت وصول و دریافت وجوهی را دارد، زیاده‌تر از میزان مقرر، وجهی دریافت کند، این دریافت وجه که یک عمل است آیا ظهور دارد که طبق مقررات وصول می‌کند؟ و در نتیجه اگر بعداً معلوم گردد که زیادی دریافت کرده‌است، دولت مسوؤل پرداخت آن زیاده‌است؟ یا مؤدی باید با علم به مقررات راجع به پرداخت آن وجه زیادی ندهد و اگر داده‌است خود او مسوؤل است. زیرا اقدام به ضرر خود کرده‌است و جهل او به مقررات مذکور مسموع نیست؟

در زندگی اجتماعی مواردی وجود دارد که از یک طرف اعمالی واقع می‌شود که در صحت و سقم آنها تردید پیدا می‌شود و از طرف دیگر راه تحقیق از صحت و سقم مسدود است و از طرف دیگر، اگر آن اعمال را صحیح ندانیم (تا خلاف آن محرز گردد) در روابط قضایی خود دچار زحمت و مشکلاتی می‌شویم که مردم عاقل متعارف در چنین وضعی ترجیح می‌دهند که بنا بر جانب صحت بگذارند تا خلاف آن روشن شود.

فقیها در کتابها فقه، قاعده‌ای را تحت عنوان اصله الصحه در افعال غیر، مطرح نموده‌اند. (شیخ انصاری/ فراند الاصول/ ۴۳۶)

طبق این قاعده هرگاه پس از طلاق رجعی، زوج مدعی شود که رجوع در عده کرده‌است و زوجه اظهار کند که رجوع در خارج عده واقع شده‌است، قاعده صحت در رجوع به نفع زوج به کار می‌رود. رجوع از عقود و ایقاعات نیست. زیرا در رجوع قصد نتیجه (یعنی قصد رجوع) و قصد انشاء شرط نیست (نجفی، جواهر الکلام/ کتاب طلاق/ ۳۳۳) در گذشته با استناد به ظاهر عمل ساداتی که از نقطه‌ای به نقطه غریب می‌رفتند و دعوی سیادت می‌کردند و درخواست خمس می‌نمودند، به آنها خمس داده می‌شد (الجبلی القمی/ جامع الشتات/ ۲۴۸)

ظهور اشیا و احوال

همه قرائن و اوضاع و احوالی که مفید علم عادی باشد، مثال این قسم خواهد بود. مثل تعارض در علایم نری و مادگی در خنثای مشکل، مانند تعارض ریش و کروی بودن پستان در یک نفر که ریش ظهور در ذکور بودن خنثای مشکل دارد. (مراغی، المناوین/ ۱۰-۱۱) ظاهر عمل ممکن است ناشی از غلبه باشد و ممکن است ناشی از غلبه نباشد.

در هر اماره قانونی، یک ظهور وجود دارد که ناشی از غلبه است، لکن در امارت قضایی هم ظهور وجود دارد که ناشی از غلبه نیست، بلکه ناشی از قرائن و اوضاع و احوال است.

اما ظاهرهایی هست که نه عنوان اماره قضایی دارد و نه عنوان اماره قانونی؛ مثل این که زن و مرد غیرمسلمان (کتابی) هر دو مسلمان شوند بدون این که دخولی واقع شود و زوجه بگوید من قبلاً مسلمان شده‌ام، لذا نکاح منفسخ است و زوج بگوید با هم و در یک زمان مسلمان شده‌ایم، پس نکاح باقی است. (نجفی، جواهر الکلام/ ۵/ ۱۱۲)

ظاهر در این مورد، اختلاف در تاریخ مسلمان شدن است. وحدت زمان مسلمان شدن، خلاف ظاهر است. این ظهور چون ناشی از غلبه نیست، اماره‌ی قانونی نیست و چون مرکب از قرائن و اوضاع و احوال نیست پس اماره‌ی قضایی هم نیست ولی یک ظاهر است. (جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوق/ ۴/ ۶۷۶)

دانست، خلوت کردن، ظهور در دخول دارد در حالی که «اصل عدم حادث» اقتضای عدم دخول را دارد. در این جا کدام یک بر دیگری مقدم است؟

در مواردی که زن و مرد در یک خانه زندگی می‌کند و مرد ادعا می‌کند که زن تمکین لازم را ندارد، اما زندگی در یک خانه ظهور در تمکین دارد اما این ظهور با اصل عدم حادث (تمکین امر حادثی است) تعارض دارد. از آن جایی که غالب زوجین که با هم زندگی می‌کنند تمکین محقق است، در این جا جانب ظهور مقدم بر اصل است اما باید گفت اساساً ترجیح یک جانب بر جانب دیگر کار مشکلی است اگر چه برای فصل خصومت گریزی جز انتخاب یک طرف نیست.

نمونه‌ی دوم:

هر گاه زوجه از زوج طلب صدق نماید و زوج منکر تعهد به دادن صدق گردد و دخول هم صورت گرفته باشد. در این مورد اصل برائت ذمه‌ی زوج از پرداخت صدق است اما ظاهر اقتضا دارد که تعیین مهر به صورت متعارف است. پس دین بر ذمه‌ی زوج می‌باشد. در این جا می‌توان ازدو منظر به این قضیه نگریست:

۱- اصل بر ظاهر مقدم است (اصل برائت ذمه زوج) زیرا احتمال می‌رود که نکاح توسط ولی زوج در حال صغر او انجام گرفته و ولی او، مهر را در ذمه‌ی خود قبول کرده باشد و هم چنین احتمال می‌رود که زوج قبل از ازدواج از زوجه طلب داشته که با اقدام به امر ازدواج همان طلب را صدق قرار داده باشد که در این صورت زوجه مالک ما فی الذمه شده و طلبش ساقط می‌شود.

۲- ظاهر بر اصل مقدم است و احتمالات مذکر بعید و شاد بوده و غلبه و ظهور در جانب تعیین مهر به صورت متعارف است که دین بر ذمه‌ی زوج می‌باشد. بنابراین نمی‌توان به استناد احتمالات بعید، اصل برائت جاری کرد و در این جا ظاهر که مستفاد از غلبه است بر اصل ترجیح دارد.

نمونه‌ی سوم:

زوجین که در یک خانه زندگی می‌کنند و زوجه دعوی ندادن نفقه را مطرح می‌کند و زوج ادعای او را انکار می‌کند اصل در این جا به نفع زوجه است. زیرا اصل این است

که نفقه داده نشده است. این اصل همان استصحاب عدم است که حالت سابقه داد. اما این اصل با ظاهر در تعارض است. ظاهر این است که نفقه داده شده است. زیرا چگونه ممکن است زن و مردی زیر یک سقف زندگی کنند و شوهر غذا بخورد و به زوجه ندهد و لباس در اختیار او نگذارد. بنابراین ظاهر بر اصل ترجیح داده می شود.

نمونه‌ی چهارم:

در تعارض اصل با ظاهر مطلبی که در کتاب «جامع‌الشتات» آمده مورد توجه است. (الجیلانی/۲۹)

«هر گاه زید زوجه‌ی عمرو را به ادعای وکالت از او در محضر جمعی از معروفین شهر، طلاق داده، سپس خود با او در همین شهر ازدواج کند (بعد از اتمام عده زن) و پنج سال بر این وضع بگذرد و این دو زن و شوهر باشند فرزندان پدید آیند در حالی که زید مذکور، شوهر خواهر عمرو نیز باشد و بین زید و عمرو دوستی وجود داشته باشد، لکن پس از ازدواج زید با مطلقه‌ی عمرو، خواهر عمرو را طلاق داده باشد که قهراً منشأ عداوت و خصومت می شود. پس از پنج سال از تاریخ طلاق مذکور، عمرو طرح دعوی علیه زید کرده، مدعی می شود که وکالت به او نداده و طلاق از ناحیه او صورت نگرفته است و آن زن را هنوز زوجه‌ی خود می داند و زید نیز دلیلی بر وقوع وکالت ندارد، آیا دلیل بر بقای زوجیت از عمرو باید خواست؟ و یا دلیل بر حدوث وکالت از زید باید مطالبه نمود؟ دعوی وقوع وکالت در طلاق که زید کرده، مؤید به ظاهر مستفاد از اماره‌ای قضایی که مرکب از قرائن زیر است:

الف) وقوع طلاق در حضور معروفین شهر

ب) گذشتن پنج سال از ازدواج وکیل با زوجه‌ی موکل، بدون اعتراض موکل با وجود دوستی بین وکیل و موکل و این که وکیل شوهر خواهر موکل نیز بوده است.

ج) طلاق خواهر موکل از طرف وکیل، که موجب و انگیزه‌ی خصومت و دعوی است. نتیجه آن که در دعوی مذکور قول مدعی خلاف ظاهر است لکن موافق اصل است (یعنی استصحاب بقای زوجیت و اصل عدم وکالت).

در این مسأله، عقد نکاح وکیل با زوجه‌ی موکل مؤید است به اماره قضایی مزبور و مؤید است به اصالة الصحه که مفاد ماده ۲۲۳ قانون مدنی است (هر معامله که واقع

شده باشد معمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود) که از فروض قانونی است. یعنی در واقع عقد نکاح مزبور هم از طرف فرض قانونی و هم از طرف اماره‌ی قضایی تایید شده است. لذا استصحاب بقای نکاح مدعی، تاب معارضه را با فرض قانونی و اماره‌ی مذکور ندارد.

چون در تعارض استصحاب با قاعده‌ی صحت، قاعده‌ی صحت مقدم است و چون اظهار وکیل موافق با ظاهر است بی‌نیاز از استدلال است و موکل که ادعای او برخلاف ظاهر است باید دلیل ب طبق دعوی خود ارایه بدهد.

نمونه‌ی پنجم:

اگر مال مورد ودیعه تلف شود و مالک خواهان خسارت باشد و امین ادعا کند که مال بدون تعدی و تفریط تلف شده است در اینجا، مقتضای اصل و ظاهر با یکدیگر متعارض است. مقتضای اصل، عدم مواظبت و احتیاط لازم از طرف امین است که اصل مزبور به نفع مالک خواهد بود ولی ظاهر حال در باب امانات این است که امین خیانت نمی‌کند، زیرا اشخاص مال خود را بعد از تجربه و اعتماد، به دست کسی می‌دهند که امین است و غالباً امین خیانت نمی‌کند، این ظاهر به نفع امین است. (محقق داماد ۱۹۳/)

نمونه‌ی ششم:

شهید اول در کتاب لمعه دمشقیه یکی از موارد تعارض اصل و ظاهر را در کتاب حواله این گونه ترسیم می‌کند:

«ولو ادى المحال عليه و طلب الرجوع لا نكار الدين و ادعاء المحيل، تعارض الاصل و

الظاهر و الاول ارجح فيحلف و يرجع سواء كان بلفظ الحواله او الضمان.»

یعنی اگر محال علیه وجه مورد حواله را پرداخت نماید و سپس به ادعای عدم سابقه‌ی دین، آن را از محیل، مطالبه کند و محیل به ادعای وجود دین سابق، حاضر به ادا نباشد، (در چنین نزاعی با توجه به این که حواله بر شخص بری‌الذمه نیز امکان دارد.) اصل، برائت ذمه محال علیه از دینی است که محیل بر ضرر او ادعا می‌کند ولی

ظاهر این است که قبول حواله و پرداخت وجه آن به محال له، دلالت بر اشتغال ذمه‌ی محال علیه می‌کند. (شهید اول/ لسمه دمنقیه / ۱۳۷)

شبهه این مطلب در ماده ۲۶۵ قانون مدنی آمده است که ظاهر بر اصل مقدم شده است.

متن این ماده چنین است:

«هر کس مالی به دیگری بدهد، ظاهر در عدم تبرع است. بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، بدون این که مقروض آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند.»

در این جا دهنده‌ی آن مال می‌تواند علیه گیرنده‌ی آن طرح دعوی کند و مدعی در این دعوی مستظهر است به ظاهری که مستفاد از غلبه است زیرا غالباً دادن مال به دیگری به عنوان تبرع و مجانی نیست.

اما خواننده مستظهر است به اصل برائت (ماده ۳۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی) و لازمه‌ی اجرای اصل برائت با اعتراف به گرفتن آن مال این است که مال را، از طریق تبرع دریافت کرده است. پس بین نتیجه‌ی ظاهر و نتیجه‌ی اصل (برائت) تعارض وجود دارد و قانون‌گذار جانب ظاهر را ترجیح داده است به طوری که اگر مدعی علیه دفاعی نکند، دادگاه جانب ماده ۲۶۵ قانون مدنی را بر جانب ماده ۳۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی ترجیح داده و به سود مدعی حکم خواهد نمود.

نمونه‌ی هفتم:

شیخ انصاری در کتاب فرائداصول موارد زیر را از باب تقدیم ظاهر بر اصل شمرده است. کسی که عادت دارد نمازش را در اول وقت بخواند (فرادی یا با جماعت) اگر بعد از اول وقت شک کند نماز خوانده یا نه بر او واجب نیست نماز را به جا آورد. هم چنین اگر کسی عادت دارد لافاصله بعد از نماز کار خاصی انجام دهد اگر خود را در آن حالت ببیند و شک کند نماز را خوانده یا نه لازم نیست نماز را بخواند.

هم چنین کسی که عادت دارد بعد از باطل شدن وضویش با فاصله اندکی دوباره وضو بگیرد اگر بعد از این مدت شک کند که وضو گرفته یا نه، لازم نیست اعتنا کند.

نمونه‌ی هشتم:

شیخ انصاری با توجه به ظاهر حال مسلم نقل می‌کند: اگر زن و مرد، اختلاف کنند. یکی از آنها وقوع عقد در حال احرام را ادعا کند و دیگری آن را انکار کند، قول کسی که مدعی احلال است پذیرفته می‌شود، زیرا جانب صحت ترجیح دارد. شیخ انصاری از قول علامه حلی و جماعت دیگر نقل می‌کند که می‌توان با توجه به ظاهر حال مسلم، جانب احلال را ترجیح داد. (انصاری/۴۱۶)

نمونه‌ی نهم:

هم چنین در استناد به ظاهر حال بالغ از علامه حلی نقل می‌کند: ضمان صغیر هر چند که با اذن ولی باشد صحیح نیست پس اگر ضامن و مضمون له اختلاف کنند قول ضامن مقدم می‌شود، به دلیل اصالت برائت ذمه وی و عدم بلوغ او و برای مدعی صحت عقد، اصلی که به آن استناد کند و ظاهری که به آن رجوع کند، وجود ندارد به خلاف موردی که مدعی ادعای شرط فاسدی را کند. چون ظاهر این است که متعاقدين تصرف باطل نمی‌کنند و هم چنین است بحث در مورد کسی که حالت جنون وی شناخته شود. (انصاری/۴۱۷)

نمونه‌ی دهم:

اگر تکه گوشت یا پوستی در بازار مسلمین یافت شود که تذکیه آن مشکوک باشد، اصل بر عدم تذکیه است و باید از آن اجتناب کرد. اما ظاهر در بلاد مسلمین و سوق اسلام، دلالت بر این دارد که مذکی است و بنابر صحت فعل مسلمان است. شیخ انصاری دلیل این حکم را «البناء علی الصحه المستند الی ظهور فعل المسلم» می‌داند. (انصاری، فرائد الاصول/۳۳۹)

نمونه‌ی یازدهم:

اگر کسی که چیز نجس در اختیار او است بگوید آن چیز، پاک شده یا مسلمانی چیز نجس را آب کشیده باشد، اگر چه معلوم نباشد درست آب کشیده یا نه، آن چیز پاک است. (امام خمینی/ رساله توضیح المسائل/ مسئله ۲۲۳)

در این مسأله چنان چه به مقتضای اصل عمل شود (اصل استحباب) به دلیل «لا تنقض یقین بالشک» دلالت بر این دارد که آن چیز هم چنان نجس است، اما ظاهر حال و ظاهر عمل مسلمان، دلالت بر این دارد که آن را به صورت صحیح آب کشیده و در نتیجه پاک می‌باشد در تعارض اصل و ظاهر، مقدم بودن ظاهر در این خصوص مورد اتفاق است.

نمونه‌ی دوازدهم:

یکی از موارد تعارض اصل و ظاهر در شناخت مدعی و مدعی علیه به کار می‌رود، شهید اول مدعی را این گونه تعریف می‌کند:

«المدعی هو الذی یترک لو ترک و المنکر مقابله» (شهید اول/ لمعه دمشقیه/ کتاب الشهادات)

شهید ثانی در شرح این عبارت، چهار راه برای شناخت مدعی و مدعی علیه ذکر نموده‌است.

۱- مدعی کسی است که اگر دعوی را ترک کرد، خصومت خاتمه می‌یابد، مدعی علیه کسی است که با ترک وی، موضوع دعوی خاتمه پیدا نمی‌کند.

۲- مدعی کسی است که با سکوتش دعوی تمام می‌شود، مدعی علیه کسی است که با سکوتش، دعوی رها نمی‌شود.

۳- مدعی کسی است که قولش مخالف با اصل است و مدعی علیه کسی است که قولش موافق با اصل است.

مثال: زید ادعا می‌کند که عین در ید عمرو متعلق به او است. در این جا اصل، عدم تعلق عین به زید است. زید که مدعی است، گفتارش مخالف با این اصل است. در این مثال عمرو منکر تعلق عین به زید است که قولش موافق با اصل است. اما ظاهر در این جا، این است که اگر عین متعلق به زید نبود، زید ادعا نمی‌کرد که عین برای او است. در این صورت قول مدعی (زید) موافق با ظاهر است و قول مدعی علیه (عمرو) با ظاهر مخالف است.

۴- مدعی کسی است که گفتارش موافق با اصل و مخالف با ظاهر باشد و مدعی علیه کسی است که قولش مخالف با اصل و موافق با ظاهر است.

مثال: زن و شوهر کافر قبل از دخول مسلمان می‌شوند و زن ادعا می‌کند که این دو با فاصله زمانی مسلمان شده‌اند که اثر آن بطلان نکاح است و شوهر منکر آن است و می‌گوید با هم مسلمان شده‌ایم که اثر آن صحت و بقای نکاح است.

در اینجا اصل، عدم تعاقب است و ظاهر تعاقب است. زن که مدعی است قولش موافق با اصل و مخالف با ظاهر است، اما شوهر که مدعی علیه است، گفتارش مخالف با اصل و موافق با ظاهر است (شهید ثانی/الروضه البهیه ۷۶/۳-۷۷).

نمونه‌ی سیزدهم:

گاهی ممکن است ظاهر، خود به صورت اماره‌ی قضایی درآید. مانند آن جا که شخص دو دین نابرابر به یک نفر دارد که دین بیشتر دارای وثیقه است، آن گاه بدهکار مبلغی برابر با دین کوچک می‌پردازد و تصریح نمی‌کند که آن را بابت دین با وثیقه داده‌است یا بابت دین بی‌وثیقه. این پرداخت ظهور در ادله‌ی دین بی‌وثیقه دارد. در این مورد ظاهر در مقابل اصل نیست. اما گاهی اصل و ظاهر کاملاً در مقابل هم قرار می‌گیرند. مانند این که اگر کسی پس از نشر قانون دعوی به جهل قانون کند، اصل عدم علم به قانون است اما ظاهر این است که افرادی که در یک کشور زندگی می‌کنند، در اقداماتی که صورت می‌دهند تحقیق از قانون کرده، و بدون علم و آگاهی اقدامی نمی‌کنند. این ظاهر مقدم بر اصل است (جعفری ننگرودی/۱۲/۸۸۷) از نگاه دیگر اگر عطف نظر به مقام ثبوت باشد چه بسا حال افراد در تحقیق از قانون یکسان نیست.

افراد زیادی در جامعه زندگی می‌کنند که حتی به فکرشان هم نمی‌رسد که لازم است از وجود قانون در موارد لازم تحقیق کرده و یا روزنامه رسمی کشور را مطالعه نمایند و اساساً در زندگی روزانه کاری به این امور ندارند. در این گونه موارد، ترجیح ظاهر بر اصل مشکل به نظر می‌رسد.

نمونه‌ی چهاردهم:

هرگاه دباغ و عطاری راجع به پوستی منازعه کنند که در تصرف هر دو است؛ آیا ظاهر، تعلق پوست به دباغ است؟ همان طور که در اثاث البیت، آن چه از استعمالات زوجه است، ملک زوجه شناخته می‌شود؟

مزنون این است که آن پوست از آن دباغ است. اما با وجود این ظن، خفاء وجود دارد و نمی‌توان حضور این ظن را دلیل بر ظهور شمرد. به همین علت بعضی از حقوق‌دانان اسلام گفته‌اند: به این ظن نمی‌توان ترتیب اثر داد، مدعی مالکیت آن باید دلیل بیاورد. (القرافی، الفروق / ۱۵۰/۳-۱۵۱)

همان‌گونه که در موارد یاد شده اشاره شد، قاعده‌ی کلی برای ترجیح ظاهر بر اصل و یا برعکس وجود ندارد و باید با توجه به خصوصیت مورد، یکی را بر دیگری ترجیح داد. هم چنین باید توجه داشت که خیلی از ظاهرها تحت ضابطه در نمی‌آیند تا در مقام معارضه با اصل قرار گیرند. (نراقی، مستندالشعبه/۷۰۲/۲) و (شهید اول /قواعد /۶۰)

نتیجه

هر گاه نسبت به حکمی از طریق خاص معتبر قطع پیدا شد، ظاهر جریبان ندارد و قطع مقدم است هم چنین با وجود امارات معتبر، نوبت به ظاهر نمی‌رسد. چنان چه قطع و اماره نباشد و به صورت کلی دست مستنبت از ادله‌ی اجتهادی کوتاه گردد نوبت به اجرای اصول عملیه می‌رسد و از همین جا است که گاهی اصل با ظاهر در تعارض قرار می‌گیرد، البته ظاهر باید از نوع ظاهر ظنی صرف نباشد، چون چنین ظاهری در حکم شک است و حجت نیست و نمی‌تواند با اصل معارضه کند بلکه باید ظاهر مأمون و واجد شرایط حجیت باشد. توجه به این نکته ضروری است و ضرورت ندارد که در برابر هر ظاهری، اصلی مخالف با آن ظاهر وجود داشته باشد. در بعضی موارد ظاهر در مقابل اصل قرار می‌گیرد. در متون فقهی و حقوقی قاعده‌ی کلی وجود ندارد که در هنگام تعارض این دو، یکی را بر دیگری ترجیح دهد همان‌گونه که در تعارض اصل و ظاهر در دو مورد زیر، در مورد اول اصل ترجیح داده شده و در مورد دوم ظاهر مقدم شده‌است.

مورد اول: هر گاه محال علیه، وجه مورد حواله را پرداخت نماید، سپس به دلیل انکار دین، به محیل رجوع کند و وجه مذکور را مطالبه کند و محیل به ادعای وجود دین سابق، حاضر به ادای آن نباشد. در چنین نزاعی، با توجه به این که حواله بر شخص بری الذمه نیز امکان دارد، اصل برائت ذمه محال علیه از دینی است که محیل بر ضرر او ادعا می‌کند، ولی ظاهر این است که قبول حواله و پرداخت وجه آن به مال له که دلالت بر اشتغال ذمه‌ی محال علیه می‌کند. در این جا اصل و ظاهر با هم تعارض نموده‌اند شهید

اول و ثانی در این جا اصل را بر ظاهر ترجیح داده‌اند و گفته‌اند: «(والاول) و هو الاصل

(ارجح) من الثانی حیث یتعارضان غالباً» (شهید ثانی، شرح لمعه/۴/۱۴۶)

مورد دوم: کسی که پس از نشر قانون (مثلاً قانون الزام به استفاده از کمر بند ایمنی در اتومبیل) ادعای جهل به قانون کند، اصل عدم علم به قانون است اما ظاهر مأمون این است که او از قانون اطلاع دارد و با عدم استفاده از کمر بند ایمنی قانون را زیر پا گذاشته است. در این مورد حقوق دانان ظاهر را بر اصل ترجیح داده‌اند. از همین رو نمی‌توان در تعارض اصل و ظاهر به قاعده کلی دست یافت که موجب ترجیح یکی بر دیگری گردد. بلکه بایستی در این خصوص به حسب مورد با توجه به مجموعه خصوصیات و شرایط یکی از این دو را ترجیح داده و رفع تعارض نمود.

فهرست منابع و مأخذ:

۱. انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول (رسائل)، مؤسسه النشر الاسلامی، ایران، قم، ۱۳۶۵.
۲. ابن اثیر، ابوالسعدات مجدالدین المبارک، الکامل فی التاریخ، داراحیاء التراث العربی، لبنان، بیروت، ۱۹۹۶ م.
۳. ابن هشام، عبدالملک بن هشام بن ایوب الحمیری، السیره النبویه، کتابفروشی مصطفوی، ایران، قم، ۱۳۵۵ هـ ق.
۴. بهبهانی، آقا محمد باقر، الفوائد الحائریه، چاپ سنگی، بی تا، بی جا.
۵. تهنوی، الهندی، شیخ محمد علی بن شیخ علی بن القاضی، گشاف اصطلاحات الفنون، ایران، تهران.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق، چاپخانه سپهر، ایران، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۵ هـ ش.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، ایران، تهران، ۱۳۷۸.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ بنیاد استاد، ایران، تهران، ۱۳۶۳ هـ ش.
۹. جیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن الحسن، جامع الشتات، منشورات شرکه الرضوان، ایران، تهران، ۱۱۵۱ هـ ش.
۱۰. جرجانی، سید شریف علی بن محمد، کتاب التعریفات، انتشارات ناصر خسرو، تهران، ایران، ۱۳۰۶ هـ ش.
۱۱. حرعاملی، شیخ محمد بن الحسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، کتابفروشی اسلامیه، ایران، قم، ۱۳۷۸ هـ ق.
۱۲. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، مؤسسه انتشارات چاپ دانشگاه، چاپ دوم از دوره جدید، تهران ۱۳۷۷ هـ ش.
۱۳. شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی عاملی، اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، مؤسسه فقه الشیعه، لبنان، بیروت، ۱۴۱۲ هـ ق.

۱۴. شهید ثانی، زین‌الدین علی بن نورالدین الجبمی العاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، دفتر نوید اسلام، ایران، قم، ۱۴۲۲ ق.
۱۵. صدر، سید حسن، تأسیس الشیعه لعلوم الاسلام، انتشارات علمی، ایران، تهران، ۱۳۶۹ هـ.ش.
۱۶. الطریحی، شیخ فخرالدین، مجمع البحرین، انتشارات دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۱۷. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ایران، تهران، ۱۳۶۳ هـ.ش.
۱۸. القرافی المالکی، الفروق، داراحیاء الکتب العربیه، ۱۳۴۴ هـ.ق.
۱۹. مراغه‌ای، میرفتاح، العناوین، چاپ سنگی، ایران، ۱۲۹۷ هـ.ق.
۲۰. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، نشر دانش اسلامی، ایران، تهران، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۲۱. محقق خراسانی، شیخ محمد کاظم، کفایه الاصول، مؤسسه آل‌البتین علیهم السلام، قم، ایران، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۲۲. محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه، دفتر سوم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۰۱ ش، تهران، ۱۳۷۵.
۲۳. مجتهد شبستری، محمد، هرمنوتیک کتاب و سنت، انتشارات طرح نو، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۷۵.
۲۴. نراقی، ملا احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، مؤسسه آل‌البتین (ع)، ایران، مشهد، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۲۵. نجفی، شیخ محمد حسین، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ خانه‌ی آسیا، ایران، تهران چاپ چهارم، ۱۳۷۴ هـ.ش.
۲۶. نصری، عبدالله، راز متن هرمنوتیک، قرائت‌پذیری متن و منطق فهم دین، مرکز مطالعات و انتشارات آفتاب توسعه، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۱.
۲۷. واعظی، احمد، درآمدی بر هرمنوتیک، مرکز نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰.



پڙهه ښكاره علوم انساني او مطالعاتو فرېښتې
پرتال جامع علوم انساني