

## تعارض اصل و ظاهر در احکام خانواده

مهدی آبدار اصفهانی<sup>۱</sup>، احسان علی اکبری بابوکانی<sup>۲\*</sup>، محمد علی حیدری<sup>۳</sup>

### چکیده

برخی از فقها بر این باورند که در تعارض اصل و ظاهر، ظاهر بر اصل مقدم می‌شود. با توجه به اینکه در حال حاضر دادگاه‌ها رویه واحدی ندارند، برخی از قضات ارتکازاً ظاهر را بر اصل ترجیح می‌دهند و برخی دیگر اصل را بر ظاهر مرجح می‌دانند. در نوشتار حاضر که به روش توصیفی خواهد بود نگارندگان سعی دارند با توجه به مبانی نظریات مختلف فقها در وجه ترجیح اصل و ظاهر بر یکدیگر، مستدل به بیان نظریه برتر در تعارض اصل و ظاهر بپردازند. هدف اصلی در این پژوهش بررسی معانی اصل و ظاهر و همچنین دیدگاه فقها در این زمینه و نیز موارد کاربردی این مبحث در جریان دادرسی در مورد مسائل خانواده است تا مشخص شود دادرس در برخورد با چنین مواردی در هنگام دادرسی کدام را بر دیگری ترجیح می‌دهد. با توجه به کاربردهای فقها و اصولیان، روش استفاده از این مبانی و شرایط آنها در استنباط‌های فقهی به دست آمد و تا حدودی تحلیل جامع و مانعی از آن صورت گرفت.

### کلیدواژه‌ها

اصل، انسداد، تعارض اصل و ظاهر، ظاهر، ظن معتبر

- 
۱. دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی نجف آباد، اصفهان، ایران  
abdar128@gmail.com  
۲. استادیار گروه مطالعات اهل بیت دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران  
aliakbari@ahl.ui.ac.ir  
۳. استادیار گروه فقه دانشگاه آزاد اسلامی نجف آباد، اصفهان، ایران  
ma1.heidari@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲۸

## مقدمه

در مورد تعارض اصل و ظاهر دیدگاه‌های گوناگونی وجود دارد. بنا بر یک دیدگاه اگر میان این دو تعارض واقع شود و برای یکی مرجحی وجود داشته باشد مقدم می‌شود و در غیر این صورت از درجه اعتبار می‌افتند و هر دو از درجه حجیت می‌افتند/بحرانی، ۱۴۲۳هـ-ج ۱۹، ص ۱۸۵). در بحث تعارض اصل و ظاهر میان فقها اختلاف است که آیا ظاهر مقدم است یا اصل؟ با وجود این، اکثر فقها اصل را مقدم بر ظاهر می‌دانند و تعدادی، ظاهر را ترجیح می‌دهند؛ ولی آنچه همه فقها بر آن اتفاق نظر دارند، این است که فقط ظاهری می‌تواند بر اصل مقدم شود که مستند به دلیل شرعی باشد و تنها چنین ظاهری هستند که توان معارضه و تقدم بر اصل را دارند. شهید ثانی می‌گوید: قرائنی که موجب ظن است و اعتبار آن ظن از سوی شارع ثابت نشده باشد، قابل اعتماد نیست. در نتیجه تنها باید به قرائنی که مفید قطع و یقین هستند، اعتماد کرد؛ مانند شیاعی که به درجه تواتر رسیده و مفید قطع است (کرکی، ۱۴۰۹هـ-ج ۴، ص ۳۵۵)؛ به‌طور مثال اگر دو نفر در مورد یک کالا که در ید هر دوی آنهاست اختلاف کنند یکی آن را ودیعه و دیگری رهن بدانند، ظاهر این است که رهن باشد و اصل بر عدم رهن است. در اینجا اصل و ظاهر تعارض کرده و ظاهر بر اصل غلبه می‌کند (مجلسی، ۱۴۰۶هـ-ج ۷، ص ۳۶۵). این تقدم ظاهر، به‌استناد روایتی از امام صادق (ع) است که قول مدعی رهن را مقدم می‌دانند، مگر اینکه مدعی ودیعه، شاهد اقامه کند (کلینی، ۱۴۱۳هـ-ج ۵، ص ۲۳۶). با توجه به تکرر دیدگاه‌ها و آرای فقهای امامیه و عامه، ابتدا ضابطه ناظر به ملاک برای فهم تقدم ظاهر و یا اصل در مقام تعارض تبیین و سپس مبانی تعارض اصل و ظاهر بررسی و تحلیل می‌شود.

در مسائل قضایی قول به تقدم هر کدام از ظاهر و اصل باعث رسیدن به انتفاع یکی از طرفین منازعه است؛ برای مثال در منازعه بر سر پرداخت نفقه زنی که در منزل شوهر زندگی می‌کند، ظاهر، موافق با پرداخت و اصل، حاکی از عدم پرداخت است. در اینجا دادرس در مقام رسیدگی بین زوج و زوجه باید مستند به قطع و علم، رأی یا قراری صادر کند و از عمل به ظن دوری گزیند. چه آنکه در قرآن کریم از اتباع ظنون مطلق نهی شده است؛ حال دادرس در میان مندرجات ابواب فقه و مواجهه با دیدگاه‌ها و نظرهایی که

ذهنش را درگیر می‌کند، چه باید انجام دهد؟ با توجه به اختلاف نظر فقیهان امامیه و عامه در مسئله تعارض اصل و ظاهر و اختلاف در مبانی و ماهیت اصول و ظواهر و مصادیق آنها و همچنین با دقت در بحث انسداد و انفتاح باب علم، بررسی و تحلیل دوباره مبانی و ادله ترجیح هرکدام در اندیشه فقهای عامه و امامیه ضروری به نظر رسیده و شایسته پژوهشی دقیق و محکم است.

مصادیق گوناگونی از تعارض اصل و ظاهر آورده است؛ از جمله اینکه آیا سکوت دختر باکره دلالت بر رضایت او دارد یا عدم رضایت او را نشان می‌دهد؟ نظر شیخ طوسی بر این است که در اینجا ظاهر بر اصل مقدم است؛ زیرا حیاء دختر باکره مانع از اعلام رضایت او می‌شود و عرف و عادت دلالت بر این دارد که سکوت نشانه رضایت است (طوسی، ۱۳۷۸ هـ.ج، ۱، ص ۲۰۲).

این بحث یکی از موضوعات مهمی است که در جریان دادرسی کاربرد فراوانی دارد. در چنین مواردی باید بررسی شود که آیا آنچه یکی از دو طرف، مدعی وقوع آن است، رویدادی متعارف است که بنا بر سیر طبیعی امور یا حکم غلبه ظهور در امری دارد یا نه؟ و در موارد برخورد این ظاهر با اصل عملی چگونه باید عمل شود؟ در متون فقهی و حقوقی و رویه قضایی ما حکم قاطع و مشخصی وجود ندارد. در بعضی موارد ظاهر را بر اصل ترجیح داده‌اند و در بعضی موارد به عکس عمل کرده‌اند. حقوق نیز متأثر از فقه، در قوانین موضوعه، امارات معتبر را بر اصول مقدم دانسته است.

فقهای مذاهب بر این عقیده‌اند که در بحث تعارض اصل و ظاهر در صورتی که ظاهر مبتنی بر ظنی باشد که توسط شارع تأیید شده است و یا به اصطلاح دارای پشتوانه شرعی باشد (امارات)، بر اصل مقدم می‌شود، ولی در این میان فقیهانی هستند که با توجه به قاعده انسداد، معتقد به حجیت مطلق ظنی هستند که استناد شرعی ندارد؛ در نتیجه اگر ظاهری مبتنی بر ظن مطلق (عرف و عادت و قرائن) بود و نه ظن خاص، بر اصل مقدم می‌شود. در این باره می‌توان ظاهر را به دو معنا تقسیم کرد: ۱. ظاهری که در مبحث الفاظ به کار می‌رود، مثل اصالة الحقیقه و اصالة الاطلاق و اصالة العموم که از امارات شرعی به شمار می‌آید؛ ۲. ظاهری که دلیل شرعی و قانونی بر اعتبار آن وجود دارد که به اتفاق

علماء، این نوع از ظاهر، اگر مستند به ادله و امارات معتبر مانند بینه باشد، در تعارض اصل و ظاهر، بر اصل مقدم خواهد شد؛ درمقابل، حجیت ظاهری(ظاهر حال) که از قرائن و عرف و عادت و شیوع و غلبه برمی آید و یقینی برای ما ایجاد نمی کند، محل بحث فقها است و این تفاوت دیدگاه به خاطر آرای ختلف فقها در مورد حجیت ظن است.

## مفهوم شناسی مصطلحات

### ۱. تعارض

معنای تعارض آن است که یکی از دو دلیل در عرض و مرتبه دلیل دیگر قرار گیرد و در طول آن نباشد و در نتیجه مضمون دو دلیل با یکدیگر تضاد داشته باشند(حیبری، ۱۳۹۴، ص ۴۸۱).

### ۲. اصل

در بحث تعارض اصل و ظاهر، اصل چیزی است که به آن تکیه و اعتماد می شود و از نظر شرع معتبر است، اعم از آنکه به آن برای نفی رجوع شود، مانند اصل برائت و استصحاب عدم؛ و یا آنکه رجوع به آن برای اثبات امری مانند استصحاب وجود و اصل صحت باشد(مراغه ای، ۱۴۱۷هـ ص ۵۹۷).

### ۳. ظاهر

مراد از ظاهر در این مبحث، ظاهری است که از قرائن و عرف و عادت و شیوع و غلبه فهمیده می شود و دلیل قطعی بر حجیت آن وجود ندارد و به آن، ظهور عرفی غیرمستند به دلیل شرعی یا ظاهر حال نیز اطلاق می شود(قمی، ۱۴۱۷هـ ص ۳۸۴).

### ۴. انسداد

انسداد، دلیلی است که برخی از اصولی ها برای حجیت اتباع از مطلق ظن به کار می برند. آخوند خراسانی، دلیل انسداد را عبارت از مجموعه ای از مقدمات می داند که عقل

با توجه به آن مقدمات، حکم به کفایت اطاعت ظنی می‌کند(خراسانی، ۱۴۱۸هـ ص ۳۵۶).

## ۵. ظن معتبر

ظن، اسم شکی است که از اماره حاصل می‌شود و هرگاه این حالت تقویت شود، منتهی به علم و یقین می‌شود(راغب اصفهانی، ۱۳۸۷هـ ص ۵۰۶). ظن معتبر در اصطلاح اصول ظنی است که علاوه بر ایجاد حالت درونی، شارع نیز آن را تأیید کرده و عمل بر طبق آن را اجازه داده است، برخلاف ظن مطلق که چنین تأییدی ندارد(صدری، ۱۳۸۱، ص ۱۸۶).

## اعتبار اصول در فقه و مصادیق آن در خانواده

اصل در لغت یعنی پایه هر چیزی، و اصل هر شیء، چیزی است که وجودش وابسته به آن باشد، مانند پدر که ریشه فرزند است(فیومی، ۱۴۰۵هـ ج ۱، ص ۱۶). مهم‌ترین معانی اصطلاحی برای واژه اصل به شرح زیر است:

۱. اصل به معنای راجح: به این معنی که اگر کلام خالی از قرینه صارفه باشد، مخاطب آن را بر معنای حقیقی حمل می‌کند(بحرانی، ۱۴۲۳هـ ج ۱، ص ۵۵).
  ۲. اصل به معنای قاعده: مانند کلام فقها که می‌گویند اصل در بیع لزوم است، یا در تصرفات مسلمان اصل بر صحت است(حر عاملی، ۱۳۸۱هـ ج ۱۸، ص ۴۱).
  ۳. اصل به معنای دلیل: مانند: «الاصل فی هذه المسألة الكتاب والسنة» (بهشتی دامغانی، ۱۴۲۷هـ ص ۲۸).
  ۴. اصل به معنای استصحاب: یعنی باقی‌بودن بر حالت سابق شیء(بحرانی، ۱۴۲۳هـ ج ۱، ص ۱۵۶).
  ۵. اصل چیزی است که از نظر شرع معتبر باشد؛ خواه نفیاً مانند اصل برائت، خواه اثباتاً مثل اصل اشتغال ذمه(حلی، ۱۳۸۹هـ ص ۵۱۸؛ بحرانی، ۱۴۲۳هـ ج ۱، ص ۱۵۶).
- اصول عملیه در مواقعی به کار می‌رود که انسان دچار تحیر و شک شده باشد. هنگامی که انسان مأیوس از یافتن ادله و امارات معتبر باشد، به‌ناچار به این اصول تمسک می‌یابد که در دادرسی برای تمیز مدعی از منکر و مطالبه دلیل از مدعی کاربرد بسیاری

دارد. به عبارت دیگر اصول عملیه آن چیزی است که مجتهد پس از فحص بسیار در مورد حقیقت، و یأس از یافتن دلیل اجتهادی به آن متوسل می‌شود (بهشتی دامغانی، ۱۴۲۷هـ ص ۲۷). این اصول عبارت‌اند از:

### ۱. اصل استصحاب

یکی از اصول عملیه استصحاب است، ولی با وجود این، فقها آن را برتر از بقیه اصول عملیه می‌دانند و در صورت تعارض با دیگر اصول عملیه آن را مقدم می‌دارند، تا جایی که استصحاب را عرش‌الاصول نامیده‌اند و حتی برخی در اماره یا اصل بودن آن تشکیک کرده‌اند. اصولیان دیدگاه‌های مختلفی درباره حجیت استصحاب دارند. آخوند خراسانی آن را مطلقاً حجت دانسته است (خراسانی، ۱۴۱۸هـ ص ۴۳۹). در مقابل سید مرتضی حکم به عدم حجیت استصحاب داده است (بهشتی دامغانی، ۱۴۲۷هـ ص ۴۴). و برخی دیگر نظریه تفصیل را برگزیده‌اند، به صورتی که هر یک از فقها نوعی از استصحاب را حجت دانسته و در مورد نوع دیگر قائل به عدم حجیت شده‌اند؛ مثلاً شیخ انصاری فقط شک در رافع استصحاب را حجت می‌داند، ولی در صورت شک در مقتضی، قائل به عدم حجیت شده است (انصاری، ۱۴۱۱هـ ج ۲، ص ۵۶۰). یکی از دلایل حجیت اصل، بنای عقلا است. این دلیل بر این مبنا استوار است که بنای عقلا مورد تأیید شارع است و شارع در این مسئله با خردمندان همسو است.

یکی از کاربردهای اصل - در بحث تعارض اصل و ظاهر - نزد فقها، استصحاب است. آنان اصل را در معنای استصحاب به کار برده‌اند؛ اعم از اینکه استصحاب وجودی باشد یا عدمی (حلی، ۱۳۸۸هـ ج ۱، ص ۴۲؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳هـ ج ۳، ص ۱۴۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳هـ ج ۲۵، ص ۱۸۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶هـ ج ۱۲، ص ۱۱۴). به عنوان نمونه نظر مقدس اردبیلی بر این است که: «اگر زن و شوهر غیر مسلمان قبل از نزدیکی هر دو مسلمان شوند سپس شوهر به خاطر اینکه هر دو مسلمان شدند ادعای بقای زوجیت را کند و زن به علت تقدم و تأخر در اسلام آوردن ادعای عدم بقای زوجیت کند قول زوج موافق اصل است زیرا اصل، بقای زوجیت و عدم تقدم یکی بر دیگری است و قول زن موافق ظاهر است، پس اگر ظاهر، عدم

مقارنه باشد اصل با ظاهر تعارض پیدا می‌کند و در اینجا ظاهر مقدم بر اصل است زیرا ازدواج قطعاً محقق شده و جز با مثل خودش از بین نمی‌رود/مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶هـ ج ۱۲، ص ۱۱۴).

## ۲. اصل برائت

یکی از مهم‌ترین اصول عملیه اصل برائت است. مستند شرعی اصل برائت، این آیه شریفه است: «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» (اسراء، ۱۵). حدیث «رفع» نیز از مهم‌ترین روایاتی است که به‌عنوان مستند روایی این اصل ذکر، و قاعده «قبیح عقاب بلا بیان» نیز دلیل عقلی اصل برائت بیان شده است. نمونه‌های فراوانی وجود دارد که فقها اصل را در تعارض با ظاهر به اصل برائت تعبیر کرده‌اند؛ از جمله: اگر زن و شوهر در مقدار مهریه با هم اختلاف کنند و بینه‌ای نداشته باشند. در این مورد دو روایت وجود دارد: الف. قول شوهر مقدم می‌شود، زیرا او منکر و زیان‌دیده است و اصل، برائت ذمه او از مقدار زائدی است که زن ادعا می‌کند؛ ب. قول مدعی مهرالمثل پذیرفته می‌شود، زیرا موافق ظاهر است (ابن رجب، ۲۰۰۱م، ص ۳۳۳).

## ۳. اصل اشتغال

اصل اشتغال یا احتیاط در مورد شک در مکلف به کار می‌رود و برای حجیت آن به قاعده و جوب دفع ضرر احتمالی و نیز روایات استناد می‌شود؛ از جمله این روایات فرمایش امام صادق (ع) است که: «توقف کردن در مورد شبهات بهتر از هلاکت است» (حر عاملی، ۱۳۸۱هـ ج ۲۷، ص ۱۵۸). اصل در تعارض با ظاهر گاهی به این معنا نیز به کار رفته است؛ از جمله می‌توان به این مورد اشاره کرد که: اگر زن و شوهر بر سر مهریه به توافق رسیدند ولی پس از زفاف دچار اختلاف شدند؛ به‌گونه‌ای که زن مدعی شد مهریه را دریافت نکرده است، ولی شوهر ادعا کرد که مهریه را پرداخت کرده است، چنانچه عرف بر این بوده که زن در صورتی تمکین می‌کرده که شوهر تمام مهریه را به وی پرداخت می‌کرده است، تعارض بین ظاهر و اصل اشتغال ذمه است، اگرچه عادت جاریه مذکور در پرداخت مهریه

نباشد پس قول زن مقدّم می‌شود/طوسی، ۱۳۷۸هـ.ج، ص ۳۰۱؛ قرطبی، ۱۴۰۶هـ.ج، ص ۳۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳هـ.ج، ص ۱۸۲).

اصول استصحاب و برائت و اشتغال از اصول عملیه‌اند و در هنگام شک، شخص شک‌کننده را از حیرت بیرون می‌آورند و تکلیف ظاهری را به او نشان می‌دهند. البته باید خاطر نشان کرد که اصول عملیه در این موارد خلاصه نشده است، ولی چون این اصول در بیشتر ابواب فقهی کاربرد دارند، بنابراین در کتب فقهی به اصول عملیه مشهورند و گرنه اصلی مثل «اصالة الطهارة» نیز از اصول عملیه است، ولی چون به گستردگی اصول مزبور نیست، در زمره آنها قرار نمی‌گیرد.

در بحث تعارض اصل و ظاهر، اصل به معانی دیگری از جمله اصل طهارت، اصل حلیت و یا اصل صحت نیز به کار می‌رود که برای هر کدام نمونه‌های زیادی در کتب فقهی آورده شده است؛ برای مثال در فقه اسلام، اصل به معنای اصل حلیت نیز به کار می‌رود، مانند جایی که اجتناب از معامله با ظالمان و کسی که از انجام کارهای حرام ابایی ندارد، واجب است و فقها در این باره دو نظر دارند: ۱. بنابر اصل حلیت، حکم به عدم وجوب اجتناب می‌شود و به قرینه‌های ظاهر اعتنایی نمی‌شود؛ ۲. بنابر روایات، حمل به کراهت می‌شود/کرکی، ۱۴۱۱هـ.ج، ص ۱۰).

## معناشناسی ظاهر

۱. از نظر لغوی «ظاهر» به معنای ظَهر است، یعنی پشت هر چیزی. ظَهر به معنای غلبه و ظفر و دستیابی به چیزی هم آمده است؛ چنان‌که در سوره صف آمده: «فأصبحوا ظاهرين» (ابن‌منظور، ۱۴۰۸هـ.ج، ص ۲۳۷) ظاهر در برابر نهان نیز آمده که یکی از اسماء الهی است/طریحی، ۱۴۰۸هـ.ج، ص ۹۹).

۲. از نظر اصطلاحی در کلام اندیشمندان اسلامی «ظاهر» به معنای زیر به کار رفته است:

الف) مراد از ظاهر، ظواهر ادله است و در احکام، امارات منصوص از کتاب و سنت است و در موضوعات، منظور از ظاهر، بینه و ید است/قمی، ۱۴۱۷هـ.ج، ص ۲۸؛ و



به عبارت دیگر مراد از ظاهر آن چیزی است که دلیل به اعتبار آن اقامه می‌شود، مانند: بینه در موضوعات و کتاب و سنت در احکام (مراغه‌ای، ۱۴۱۷هـ ج ۲، ص ۵۹۷).

(ب) ظاهر بر چیزی اطلاق می‌شود که به واسطه عرف و عادت و شیوع و غلبه یا قرائن و احوال و غیر آن به دست می‌آید (مراغه‌ای، ۱۴۱۷هـ ج ۲، ص ۵۹۷؛ بحرانی، ۱۴۲۳هـ ج ۱، ص ۱۵۶).

(ج) ظاهر بر ظواهر نوعیه اطلاق می‌شود؛ اعم از اینکه ظاهر شرعاً معتبر باشد، مانند: اصول اولیه و قواعد شرعیه مثل ید، یا اینکه ظاهر غیرمعتبر باشد.

(د) ظاهر آن چیزی است که به واسطه اصل عقلی یا شرعی ظهور داشته باشد و به عبارت دیگر، ظاهر آن چیزی است که اگرچه در مقام دعوا نیست، قابل اعتماد است (مراغه‌ای، ۱۴۱۷هـ ج ۲، ص ۱۵۶).

مراد از «ظاهر» در این مقاله، ظاهری است که مستند شرعی ندارد و هیچ اماره و دلیل شرعی پشتوانه آن نیست که در اصطلاح به آن ظاهر حال می‌گویند. به عبارت دیگر این ظاهری است که به واسطه عرف و عادت یا قرائن و احوال به وجود آمده باشد، وگرنه مسلم است ظاهری که دارای پشتوانه شرعی باشد، یقیناً بر اصل مقدم می‌شود و جایی برای تعارض باقی نمی‌ماند. همچنانکه مراغی می‌گوید: «اگر ظاهر، به‌عنوان دلیل اقامه شود از محل بحث ما خارج است به خاطر اینکه شکی نیست که چنین ظاهری بر اصل مقدم می‌شود و عمل به آن لازم است؛ مانند بینه در موضوعات، و کتاب و سنت در احکام» (مراغه‌ای، ۱۴۱۷هـ ج ۲، ص ۵۹۷). برای مثال در سکوت دختر باکره، ظاهر بر این است که رضایت دختر حاصل شده است، درحالی‌که اصل بر عدم رضایت اوست، ولی در اینجا ظاهر به دلیل داشتن پشتوانه شرعی مقدم می‌شود و آن روایت مشهوری از امام صادق (ع) است که فرمود: «إِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِقْرَارُهَا» (کلینی، ۱۴۱۳هـ ج ۵، ص ۳۹۵).

با این وصف، نظر برخی از حقوقدانان مبنی بر اینکه منظور از ظاهر در بحث مذکور، ظاهر الفاظ است، اشتباه است؛ زیرا اصالت ظهور در مواقعی اجرا می‌شود که در به‌کاربردن لفظ شک کنیم و همان‌گونه که گفتیم اصالت ظهور یکی از اصول لفظیه است. درحالی‌که مراد از ظاهر - در بحث تعارض اصل و ظاهر - ظاهر حال است نه ظاهر لفظ؛ مانند جایی که زوجه، ادعای عدم پرداخت نفقه می‌کند، درحالی‌که مدت زیادی است که با

همسر خود زندگی مشترک دارد و زوج خوراک و پوشاک به خانه می‌آورد و این، ظاهر است، در صورتی که اصل، عدم پرداخت نفقه است. پس در اینجا اصل و ظاهر تعارض پیدا می‌کنند و همانگونه که دیده می‌شود در اینجا بحثی از لفظ نیست، بلکه منظور قرینه‌ها و شواهد موجود است و از این رو نظر برخی از حقوقدانان محل تأمل است.

## گفتاری در مورد ظن و حجیت آن

برخی از فقها قائل به تقدم ظاهر بر اصل (حلی، ۱۴۱۲هـ.ج، ص ۳۲۲؛ قمی، ۱۴۱۷هـ.ج، ص ۴۷۹) و گروهی دیگر قائل به تقدم اصل بر ظاهرند (شهید ثانی، ۱۴۱۶هـ.ج، ص ۱۴۸)، و این اختلاف نظر ناشی از آن است که قاعده انسداد را بپذیرند یا قائل به مفتوح بودن باب علم باشند. اکثر اصولیان بر این اعتقادند که آنچه از ظاهر حال به دست می‌آید، چیزی جز ظن نیست. ظن بر دو قسم است: خاص و مطلق. ظن خاص ظنی است که از راه امارات شرعی معتبر به دست آمده باشد؛ مانند خبر واحد که تمام فقها آن را مساوی قطع دانسته و عمل به آن را جایز شمرده‌اند. در مقابل این، مطلق ظن قرار دارد که بیشتر اصولیان به استناد آیه «ان الظن لایغنی من الحق شیئا» (یونس/۳۶، نجم/۲۸)، عمل بر طبق آن را حرام می‌دانند. حال گروهی از اصولیان از جمله میرزای قمی و پیروانش مطلق ظن را به استناد قاعده انسداد، حجت می‌دانند (حلی، ۱۴۱۲هـ.ج، ص ۳۲۲). قائلان به این دیدگاه معتقدند که به خاطر انسداد باب علم مطلق ظن یعنی ظنی که دارای پشتوانه شرعی نباشد (که بحث اصلی ما در این نوشتار است) حجیت داشته و عمل به آن را جایز می‌دانند. قرطبی می‌گوید: «عمل به ظن مانند علم واجب است» (قرطبی، ۱۴۰۶هـ.ج، ص ۱۴۰). ابن سبکی ظاهر ناشی از عرف را به منزله یقین می‌داند (ابن سبکی، ۱۴۲۲هـ.ج، ص ۱۹). آنچه در مورد ظن مطلق مسلم است، عدم حجیت آن است و دلایل حجیت مطلق ظن - قاعده انسداد - درست نیست، چراکه ادله معتقدان به انسداد، این است که در عصر غیبت معصوم (ع) به دلیل عدم دسترسی به ایشان باب علم بسته است؛ در حالی که با دقت در این امر می‌توان دریافت که انسداد باب علم اختصاص به عصر غیبت نداشته، بلکه در عصر حضور نیز به دلایل مختلف مانند خفقان سیاسی و دوری مسافت و عدم دسترسی همه مسلمانان به معصومان، باب علم برای همه

مسلمانان مفتوح نبوده است. همچنین اگر فرض کنیم که در عصر حضور، همه مسلمانان برای شبهات شرعی خود به امام معصوم مراجعه می‌کرده‌اند، نظام جامعه و زندگی دچار هرج و مرج می‌شد که اصلاً تصور چنین چیزی با وجود خفقان شدید سیاسی‌ای که بنی‌عباس و بنی‌امیه به وجود آورده بودند، امکان‌پذیر نیست. با این اوصاف دانسته می‌شود که اصل دلیل انسداد معتبر نیست و حکم ظن در عصر غیبت و حضور یکسان است؛ بنابراین در بحث تعارض اصل و ظاهر، همیشه اصل مقدم است، مگر اینکه ظاهر دارای مستند شرعی باشد و در غیراین‌صورت، ظاهری که برگرفته از ظن باشد، توان مقابله با اصل را نخواهد داشت.

## بررسی معانی ظاهر

مراد از ظاهر در بحث ما ظاهری است که از عرف و عادت و غلبه و قرائن به دست می‌آید پس به‌جا است تا در مورد هر کدام اشاره‌ای مختصر صورت گیرد:

### ۱. عرف و عادت

عرف به معنای معرفت و شناخته‌شده است و همچنین به هر عمل یا قولی گویند که در میان مردم رایج و شایع است. فقها در عدم التفات به عرفی که مخالف شرع و احکام ثابت تغییرناپذیر باشد، اتفاق نظر دارند و حتی نقض آنها را واجب می‌دانند، مثل عادت بر شرب خمر یا معامله ربوی؛ اما به اعتقاد فقهای امامیه، اگر عادت به صورت عرف در زمان شارع جاری شود و با وجود آنکه شارع توانایی نهی از آن را دارد، مانع این عرف نشود، این عدم منع به منزله تأیید شارع است؛ زیرا او خودش با عرف ارتباط داشته است و این عمل به عرف نیست، بلکه برگرفته از سنتی است که مشتمل بر قول و فعل و تقریر شارع است (مظفر، ۱۳۱۶ هـ.ج، ۲، ص ۱۹۴).

فقها در باب مسائل خانواده نمونه‌هایی را آورده‌اند که در آنها «ظاهر» به معنای عرف و عادت آمده است؛ برای مثال اگر مطلقه بائن پیش از اینکه حمل ظاهر شود، ادعای بارداری کند و این ادعا مستند به امارات ظنی باشد که زنان بر طبق عرف و عادت به آن

استناد می‌کنند، در قبول قول زن و وجوب نفقه برای زوج دو قول وجود دارد: ظاهر، قبول قول زن است(اصفهانی، ۱۳۸۵هـ، ج ۲، ص ۲۷۴؛ حلی، ۱۳۸۹هـ، ج ۲، ص ۳۵۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰هـ، ج ۶، ص ۱۷۶)، و اصل، عدم وجود حملی است که شرط وجوب نفقه است(فاضل لنکرانی، ۱۴۰۴هـ، ص ۵۸۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ، ج ۸، ص ۴۷۴؛ خمینی، ۱۴۱۷هـ، ج ۲، ص ۲۸۱).

با این اوصاف یکی از اساسی‌ترین مواردی که در عرف مورد بحث قرار می‌گیرد، حجیت و درجه اعتبار آن است. برخی، مانند محمد حسین اصفهانی و علامه طباطبایی، اعتبار آن را ذاتی می‌دانند(اصفهانی، ۱۳۳۲هـ، ج ۲، ص ۹۱؛ طباطبایی، ۱۳۹۲هـ، ج ۲، ص ۱۸۸). طرفداران این دیدگاه حکم عرف را برگرفته از فطرت می‌دانند و معتقدند که حجیت آن نیازی به تأیید شارع ندارد. گروهی دیگر از فقها مثل شیخ انصاری حجیت عرف را براساس بنای عقلا می‌دانند(انصاری، ۱۴۱۱هـ، ص ۱۵۱). باوجود این دو دیدگاه، نظریه سومی وجود دارد، که نظر نگارندگان نیز بر همین روال است، و آن این است که حجیت عرف براساس تأیید شارع است و در این صورت است که اعتبار دارد و این تأیید شارع به یکی از سه صورت عدم منع شارع، ثابت نشدن ردع یا سکوت شارع احراز می‌شود(خراسانی، ۱۴۱۸هـ، ج ۴، ص ۳۰۳).

## ۲. غلبه

عده‌ای از فقهای امامیه گفته‌اند: ظاهر و غلبه به یک معنا هستند(جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ، ص ۳۱۰). میرزای قمی می‌گوید: «با تتبع در فقه پوشیده نیست که مسلمانان در بسیاری از موارد، غلبه را معیار ظهور و تقدم آن بر اصل می‌دانند و این امر با بررسی در اخبار و سخنان بزرگان روشن می‌شود که ملاک در ظاهر، حصول ظن، به وقوع سبب حکم، مخالف اصل است، مثل روایاتی که در مورد ادعای زوجین نسبت به اثاث خانه وارد شده است»(قمی، ۱۴۱۷هـ، ج ۲، ص ۲۸۴).

در مورد حجیت غلبه دو دیدگاه وجود دارد:

## الف - حجیت غلبه

ممکن است برای حجیت غلبه و مطلق ظن به این استدلال شود که بیشتر احکام و شرعیات مبتنی بر ظن است و ترجیح مرجوح بر راجح قبیح است (جبعی عاملی، ۱۴۱۶هـ ص ۳۱۰). همچنین به اخباری استناد می‌شود که ظاهر آنها اکتفا به ظن و غلبه است. البته این دلایل در صورتی پذیرفته خواهند شد که ما قائل به دیدگاه انسداد باشیم. قائلان به این دیدگاه معتقدند که به خاطر انسداد باب علم، مطلق ظن یعنی ظنی که دارای پشتوانه شرعی نباشد، مانند قرائن حال حجیت دارد و عمل به آن جایز است. گروهی از فقهای امامیه مانند میرزای قمی و پیروان او به این دلیل توجه خاص داشته‌اند و در مقابل عده‌ای بر این باورند که اگر دلیل انسداد بر حجیت ظن مطلق اقامه شود، فقط در خصوص احکام شرعی است نه موضوعات خارجی مثل طهارت و نجاست.

طرفداران این دیدگاه، ظاهر را به معنای غلبه به کار می‌برند و نمونه‌های بسیاری برای آن می‌آورند؛ از جمله اینکه اگر زوجین بعد از تمکین، بر سر نفقه اختلاف کنند به صورتی که زوج، ادعای عدم نفقه و زوج، ادعای پرداخت نفقه کند، احتمال می‌رود بنابر اصل، قول زن مقدم شود و ممکن است بنابر ظاهر قول مرد مقدم شود. به خاطر اینکه زن نزد مرد بوده است و آنها با هم زندگی مشترک داشته‌اند (طی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۴۹). در اینجا براساس ظواهر، آنچه به ذهن می‌رسد این است که اگر زن از زندگی با مرد ناراضی است، پس چرا هنوز با مرد زندگی می‌کند؟ بنابراین ظن غالب بر این است که زوج، نفقه او را پرداخت می‌کند و در صورتی که ظاهر دارای حجت شرعی باشد این استدلال بهتر و قویتر است.

## ب - عدم حجیت غلبه

بعضی از بزرگان مثل سید یزدی در حاشیه مکاسب و نراقی در عوائد الایام غلبه را حجت نمی‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰هـ ج ۲، ص ۳؛ نراقی، ۱۴۱۷هـ ص ۳۸۰). و این به دلیل آن است که خداوند در قرآن می‌فرماید: «لَنْ الظَّنُّ لَا يُعْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً» (یونس، ۳۶). پس اصل

ابتدایی و قاعده اولی، عدم حجیت ظن است و خروج از اصل ابتدایی نیازمند دلیل است و بر حجیت غلبه دلیلی یافت نمی‌شود.

### ۳. قرائن

اجماع فقها بر این است که ظاهر به قرائن نیز اطلاق می‌شود و بر حجیت یا عدم حجیت آن اقوالی وجود دارد:

#### قول اول: عدم اعتبار قرینه

اگر از قرینه و ظاهر حال و شاهد حال یقین و علم حاصل شود، معتبر است و اگر از آن ظن حاصل شود، معتبر نیست. محقق ثانی می‌گوید: «اگر قرائن مفید ظنی باشد که آن را معتبر نمی‌دانند، بعید است که منظور همان قرینه مدنظر باشد و اگر از شهادت حال، علم حاصل شود، کاربرد دارد و این مورد مانند جایی است که یقین و علم حاصل شود، مانند شیاعی که به مرحله تواتر برسد و از آن یقین به دست آید/کرکی، ۱۴۰۹ هـ ج ۴، ص ۳۵۵. و از سخنان این فقها برمی‌آید که قرینه‌ای که از آن ظن به دست می‌آید، معتبر نیست.

#### قول دوم: اعتبار قرینه

صاحب جوهر با استناد به کلام بزرگانی مانند شهید ثانی قرینه را معتبر می‌داند، خواه ظاهر حال و شاهد حالی باشد که افاده قطع کند یا ظن نزدیک به علم داشته باشد/نجفی، ۱۴۰۴ هـ ج ۲۳، ص ۲۸۶. برای نمونه عده‌ای از فقها فتوا داده‌اند: «هنگامی که مرد با همسرش خلوت کامل داشته باشد و سپس بر سر دخول اختلاف شود قول زن مقدم است و این به خاطر عمل به ظاهر حال است» (عاملی، ۱۴۱۷ هـ ص ۱۱۷).

### ۴. خبر عادل و ثقه

از ظاهر - در بحث تعارض اصل و ظاهر - به إخبار عدل واحد نیز تعبیر شده است؛ برای نمونه اگر مطلقه بائنی پیش از ظاهرشدن حمل ادعا کند که حامله است و بر این امر

چند قابله مطمئن و آگاه شهادت دهند، در قبول قول زن و بر عهده مرد بودن نفقه، دو نظر وجود دارد: ۱. بنا بر ظاهر سخن زن پذیرفته می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۱۷ هـ ج ۲، ص ۲۸۱)؛ ۲. اصل، عدم حمل است تا اینکه نشانه‌های حمل در زن آشکار شود (طوسی، ۱۳۷۸ هـ ج ۶، ص ۲۶). توجه به این نکته ضروری به نظر می‌رسد که تمام این ظواهر ظنی است و در صورتی مقدم بر اصل خواهد بود که قائل به بسته بودن باب علم و در نتیجه حجیت ظن مطلق باشیم و گرنه اگر از طرفداران نظریه باز بودن باب علمی (ظن خاص) باشیم، این ظواهر در صورت عدم پشتوانه شرعی حجیت ندارد، بنابراین در صورت تعارض با اصل مقدم نمی‌شود. البته در مقابل انسدادیان گروهی به نام انفتاحیان بودند که عقیده آنها بر این بود که با وجود بسته بودن باب علم، باب علمی (ظن معتبر شرعی) باز است.

### بررسی آرای فقها در مورد تعارض اصل و ظاهر

هنگامی که دلیلی بر اعتبار ظاهر داشتیم شکی نیست که بر اصل مقدم می‌شود و باید از آن تبعیت کرد مانند بینه در موضوعات و اگر دلیلی خاص بر مقدم داشتن اصل اقامه شود پس اصل بر ظاهر مقدم می‌شود (قمی، ۱۴۱۷ هـ ج ۲، ص ۳۸۴؛ احسائی، ۱۴۱۰ هـ ص ۴۵؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷ هـ ج ۲، ص ۵۹۷) و شاهد بر آن، سخنی است که می‌گوید: «محل اختلاف در تعارض اصل و ظاهر عام نیست؛ زیرا اجماع بر تقدیم اصل بر ظاهر است» (عاملی، ۱۴۱۷ هـ ج ۱، ص ۱۴۰). این مسئله محل نزاع در تعارض اصل و ظاهر است. فقها در این مورد آرای مختلفی دارند که سه نظریه از همه مشهورتر است: ۱. تقدیم ظاهر بر اصل؛ ۲. تقدیم اصل بر ظاهر؛ ۳. تفصیل.

### نظریه نخست: تقدیم ظاهر بر اصل

طرفداران این نظریه همان‌طور که پیش‌تر در بحث ظن اشاره شد، قائل به حجیت مطلق ظن هستند و بر اساس قاعده انسداد آن را معتبر می‌دانند؛ بنابراین ظاهر را مقدم بر اصل می‌دانند. علامه حلی در نظرش بر این است که: «عمل به ظن مانند علم واجب است و این به خاطر آن است که بیشتر احکام جزئی شرعی، ظنی است و اینکه با وجود راجح، عمل

به مرجوح باطل است (حلی، ۱۴۱۲ هـ ج ۱، ص ۳۲۲). این نظر از سخن ابی‌الصلاح حلبی برداشت می‌شود، آنجا که می‌گوید: «اگر ظن به نجاست لباس داشتی سپس سهواً در آن نماز خواندی، مانند موقعی که یقین داشتی، نمازت باطل است» (حلی، ۱۴۰۳ هـ ص ۱۴۰)؛ بنابراین، حجیت مطلق ظن با استناد به قاعده انسداده اعتباری ندارد و روشن است که اگر حجیت ظن ذاتی نباشد، دلیل انسداده نمی‌تواند حجتی بر آن باشد.

### نظریه دوم: تقدیم اصل بر ظاهر

دلیل فقها بر این نظریه این است که به‌خاطر اینکه ظاهر حال ایجاد ظن می‌کند و این ظن از نظر شرع حجیت ندارد، پس اصل مقدم می‌شود؛ زیرا قاعده ابتدایی در عمل به ظن، حرمت است و خروج از آن نیازمند دلیل است (عاملی، ۱۴۰۶ هـ ص ۱۴۰ جیبی عاملی، ۱۴۱۳ هـ ج ۷، ص ۱۹۰). میرزا محمد تنکابنی می‌گوید: «در هنگام تعارض بین اصل و ظاهر نظر فقهای امامیه بر این است که اصل بر ظاهر مقدم است ولی در بعضی موارد ظاهر را بر اصل مقدم می‌دارند و مقتضای قاعده بر این است که اصل مقدم بر ظاهر است، زیرا ظاهر مفید ظن است و اصل به‌ویژه در موضوعات صرف، بر این است که ظن حجیت نیست» (تنکابنی، ۱۳۸۲ هـ ص ۴۸). در این مقاله نظر بر این است که در تعارض اصل و ظاهر حال، در صورتی ظاهر حجیت خواهد بود که همراه با اماره‌ای شرعی باشد که بتواند ما را به یقین برساند وگرنه اصل مقدم، و بر طبق آن عمل می‌شود.

### نظریه سوم: تفصیل

کلام محقق رشتی برای بیان این نظر جامع و کامل است، او می‌نویسد: «اگر ظهور قوی باشد و عادت جاری در بین مردم همان اقتضایی باشد که نزد عقلا و اهل دقت وجود دارد، به گونه‌ای که اگر از حکم واقعه‌ای از ایشان سؤال شود به موجب آن خبر می‌دهند و بر اساس تخمین و مسامحه و بدون تأمل نباشد چنین ظاهری مقدم بر اصل می‌شود، زیرا در حکم منصوص العله است و اگر ظهور، ناشی از مطلق عادت باشد که منشأ آن مسامحه و توسعه است به صورتی که اگر از عقلا و اهل دقت سؤال شود،



سکوت می‌کنند و خبر به چیزی نمی‌دهند، پس دقت در شناخت ایشان لازم است» (رشتی، ۱۴۰۱ هـ.ج، ۲، ص ۹۹).

### تحلیل دیدگاه‌های فقها در مورد تعارض اصل و ظاهر

با نگاهی دقیق به این نظریات به این نکته می‌رسیم که محل اختلاف فقها در این بحث عمل به ظاهر مبتنی بر اطلاق ظن است، وگرنه در مورد تقدم ظنی که ما را به یقین برساند (امارات)، همه مذاهب بر این عقیده‌اند که چنین ظاهری بدون شک بر اصل مقدم است و منشأ این اختلاف، انسدادی یا انفتاحی بودن مجتهد است. انسدادیان معتقد به بسته بودن باب علم (یقین) و باب علمی (ظن خاص) هستند و از این رو مطلق ظن و در نتیجه ظاهر مبتنی بر آن را حجت می‌دانند، ولی انفتاحیان هر چند قائل به بسته بودن باب علم هستند، باب علمی را باز می‌دانند و معتقدند تا زمانی که بتوان به ظنون معتبر شرعی (امارات) عمل کرد، نوبت به مطلق ظن (ظنون غیر معتبر) نمی‌رسد.

### بیان موارد تعارض اصل و ظاهر مبتنی بر مسائل خانواده

از آنجا که فقها و حقوقدانان نظرات خود را در مورد تعارض اصل و ظاهر در ذیل مصادیق متعدد بیان نموده‌اند، لذا به نمونه‌هایی از این تعارض در مسائل خانواده اشاره خواهیم کرد:

#### ۱. نفقه

اگر زن و شوهر با وجود اینکه با هم زندگی می‌کنند، بر سر نفقه اختلاف کنند، شافعی می‌گوید قول زن مقدم می‌شود؛ زیرا اصل، عدم قبض نفقه است و نظر مالک بر این است که قول شوهر مقدم می‌شود؛ زیرا غالب در عادت است و قول شوهر در پرداخت نفقه، ظاهر است (سلمی، ۱۴۱۹ هـ.ج، ۲، ص ۴۶). در این مثال ظاهر بر این است که به خاطر اینکه زن هنوز با شوهر زندگی می‌کند، پس از نفقه برخوردار است و قولش مسموع نیست؛ در حالی که بنا بر اصل، شوهر نفقه را نپرداخته است، مگر آنکه دلیل آورد.

اگر زوجین در گرفتن مهریه و نفقه اختلاف کردند، به اعتقاد بعضی، سخن زوجه پذیرفته می‌شود و به قول گروهی، قول زوج مقدم است؛ زیرا سخن او مطابق ظاهر است. پس عرف آن است که زن خود را تسلیم نکند تا مهریه بگیرد و روایات امامیه شاهد بر این مطلب است (طوسی، ۱۳۷۸ هـ ج ۶، ص ۱۶؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۱ هـ ج ۱۵، ص ۱۵).

نمونه دیگری که به آن می‌توان اشاره کرد، اختلاف در گرفتن مهریه پس از دخول است. پس روایت شده که قول زوج مقدم است، به خاطر عمل به عرف گذشته که مهریه بر دخول مقدم بوده است و همچنین اگر پیش از دخول مهریه‌ای ذکر نشده باشد، سخن زوجه پذیرفته می‌شود و بر اساس مهرالمثل محاسبه می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ هـ ج ۱، ص ۱۵۱).

در صورتی که عرف و عادت بر این باشد که مهریه ذکر شود و آنگاه زوج و زوجه بر سر پرداخت مهریه اختلاف کنند، بدین‌گونه که زوجه مدعی ذکر مهریه باشد و زوج آن را انکار کند. این تعارض اصل و ظاهر است؛ زیرا اصل، عدم تسمیه و ظاهر تسمیه است (ابن‌شاس، ۱۴۱۵ هـ ج ۲، ص ۱۲۴).

## ۲. ارتداد و اسلام زوجین

اگر زوجین غیر مسلمان پیش از دخول، اسلام آورند و زوج بگوید با هم مسلمان شدیم و سپس ازدواج کردیم، درحالی‌که زوجه می‌گوید ابتدا من مسلمان شدم و سپس شوهرم اسلام آورد و بنابراین نکاحی ایجاد نشده است؛ این مسئله دو وجه دارد: ۱. به خاطر اصل، قول زوج مقدم است؛ ۲. قول زوجه مقدم است، زیرا ظاهر با اوست و به این خاطر است که اسلام آوردن در آن واحد نادر است و ظاهر برخلاف آن است (ابن‌رجب، ۲۰۰۸ م، ص ۹۲۱). در اینجا اصل به معنای اصل برائت آمده است.

## ۳. مهریه

اگر زنی - پس از آنکه زن خود را تسلیم مرد کرد - بر سر دریافت مهریه با شوهر خود اختلاف پیدا کند، به این صورت که شوهر بگوید مهریه را پرداخت کردم و زن بگوید آن را نگرفتم، درحالی‌که عادت و عرف، گرفتن مهریه پیش از زفاف باشد، در اینجا دو

نظرو وجود دارد: ۱. اصل، عدم قبض را اقتضا می‌کند ۲. از عرف و عادت، استیفای مهر پیش از دخول برداشت می‌شود. پس اصل و ظاهر تعارض می‌کنند/طوسی، ۱۳۷۸هـ ج ۶، ص ۱۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۰۴هـ ص ۵۲؛ فاضل هندی، ۱۴۰۵هـ ج ۷، ص ۷۲؛ حلی، ۱۴۱۲هـ ج ۷، ص ۳۲۲). اگر زوجین در مقدار مهریه اختلاف پیدا کنند و بینه‌ای نداشته باشند، در این باره دو روایت وجود دارد: ۱. قول زوج مقدم می‌شود، زیرا او منکر و زیان‌دیده است و اصل، برائت ذمه او از مقدار زائدی است که زن ادعا می‌کند؛ ۲. قول کسی مقدم می‌شود که مدعی مهرالمثل است، زیرا قولش طبق ظاهر است. در اینجا ظاهر به معنای عرف و عادت آمده است. اگر مردی با زنی ازدواج کند، ولی دخولی صورت نگیرد و در این حال زن ادعا کند که مهریه او ۱۰۰ دینار است و مرد گوید مهریه زن، ۵۰ دینار بوده است و زن بینه‌ای هم نداشته باشد، بنا به روایتی از امام باقر(ع)، سخن شوهر همراه با سوگند پذیرفته می‌شود(جبعی عاملی، ۱۳۸۱هـ ج ۱۵، ص ۲۸).

#### ۴. عیوب مجوز فسخ نکاح

اگر مردی به علت یکی از عیوب مجوز فسخ نکاح امکان نزدیکی با همسر خود را نداشته باشد، خیار از زن ساقط می‌شود، پس اگر زن ادعای عدم نزدیکی مرد را داشته باشد، ولی مرد انکار کند به علت اصل صحت و سلامت عقد احتمال دارد که قول مرد مقدم شود و ممکن است بنابر ظاهر قول زن مقدم باشد؛ زیرا ظاهر، عاجز بودن مرد از نزدیکی است(حلی، ۱۴۱۲هـ ج ۲، ص ۳۰). در اینجا اصل به معنای اصل صحت است و به همین دلیل قول مرد مقدم می‌شود.

#### ۵. سکوت دختر باکره

سکوت دختر باکره در مورد اذن ولی خود برای ازدواج با مرد معین و همچنین تعیین مهریه مشخص، آیا نشانه رضایت اوست یا نه؟ در این مورد دو قول وجود دارد: اصل، عدم رضایت، و ظاهر و عرف و عادت، نشان‌دهنده رضایت است و در اینجا ظاهر بر اصل مقدم می‌شود(ابن‌رجب، ۲۰۰۸م، ص ۳۷۲؛ زرقاء، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۶۴) و روایات وارده بر این

امر دلالت می کنند از جمله روایتی که امام صادق(ع) می فرمایند: «سکوت او نشانه رضایت او است» (کلینی، ۱۴۱۳هـ، ج ۵، ص ۳۹۵؛ ابن بابویه، ۱۴۱۰هـ، ج ۳، ص ۲۵۱؛ طوسی، ۱۳۷۸هـ، ج ۷، ص ۲۸۷). در این مثال ظاهر مستند به روایتی از امام صادق(ع) است و بر اصل مقدم می شود.

## ۶. نکاح

اگر زنی ادعا کند که مردی در روزی معین با مهریه ای معین او را به ازدواج خود درآورده است و برای این امر بینه وجود دارد، سپس همان زن ادعا کند که در روز معین دیگری با مهریه معین به همراه دو شاهد با آن مرد ازدواج کرده است و آنگاه زن و مرد با هم اختلاف کنند بدین گونه که زن مدعی شود که هر دو عقد، شرعی بوده است و زوج مدعی شود که این تکرار عقد به خاطر تأکید و احتیاط بوده است، قول زوج به خاطر آوردن بینه مقدم می شود؛ زیرا قول او با ظاهر تطابق دارد (طوسی، ۱۳۷۸هـ، ج ۴، ص ۲۹۱؛ محقق طی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۳۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۶هـ، ص ۳۰۷).

اگر زوجین برای اجرای صیغه در زمان معینی وکیل بگیرند، زمانی می توانند نزدیکی داشته باشند که از اجرای صیغه توسط وکیل اطمینان حاصل کنند و در اینکه آیا این اطمینان به واسطه خبر یک نفر عادل حاصل می شود یا نه دو قول وجود دارد: ۱. به خاطر اصل عدم وقوع، قبول جایز نیست؛ ۲. قبول خبر جایز است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰هـ، ج ۵، ص ۶۲۲).

## ۷. طلاق

اگر مرد سه مرتبه صیغه طلاق را جاری کند و بگوید: «انتِ طالق انتِ طالق انتِ طالق» و از عبارت دوم و سوم تأکید را قصد نکند و همچنین قصد ایقاع هم نداشته باشد، بلکه اطلاق نیت را قصد کند، در اینکه آیا طلاق سه مرتبه انجام شده یا نه، دو وجه دارد: ۱. ظاهر آن است که به خاطر ایقاع، طلاق سه مرتبه انجام شده است؛ ۲. اصل آن است که بیش از یک صیغه الزام آور نیست؛ زیرا آن قدر متیقن است (زرکشی، ۱۹۹۳م، ج ۱، ص ۳۲۰؛ ابن رجب، ۲۰۰۸م، ص ۳۷۵).

## ۸. دخول

عده‌ای از فقها فتوا داده‌اند: وقتی که مرد با همسرش خلوت کامل داشته باشد و سپس بین زن و شوهر بر سر دخول اختلاف ایجاد شود، به این صورت که زن ادعای دخول داشته باشد، ولی مرد منکر آن شود، قول زن مقدم شود و این به دلیل عمل به ظاهر حال است (فاضل هندی، ۱۴۰۵ هـ ج ۲، ص ۱۶؛ جیبی عاملی، ۱۴۱۶ هـ ص ۱۱۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ هـ ج ۲، ص ۲۰۴). علت صدور این حکم، روایت امام سجاده (ع) است که می‌فرماید: «إِذَا أَعْلَقَ بَاباً وَ أَرَخِيَ سِتْرًا وَجَبَ الْمَهْرَ وَ الْعِدَّةَ» (کلینی، ۱۴۱۳ هـ ج ۶، ص ۱۱۱)؛ پس ظاهر، به خاطر اینکه مستند روایی دارد، بر اصل مقدم می‌شود.

فتوای شیخ طوسی آن است که: «هنگامی که مردی با همسرش خلوت کند و پوشش برداشته شود، سپس او را طلاق دهد، بنا بر ظاهر حال مهر بر او واجب می‌شود» (طوسی، ۱۴۱۸ هـ ص ۴۷۱). این فتوا بر اساس روایتی است که از امام سجاده ذکر شد. روایاتی مشابه این روایت از حضرت علی (ع) و امام باقر (ع) نیز نقل شده است. در تمام این روایات ظاهر حال بر اصل مقدم شده است، زیرا مجرد خلوت دلیلی بر قطعیت دخول نیست، بلکه ظن به آن ایجاد می‌شود و به خاطر وجود همین روایات قرینه حجت است.

## ۹. اثاث خانه

از امام صادق (ع) در باره اثاث خانه روایت شده است که: «اگر مردی همسرش را طلاق دهد درحالی که وسیله و کالایی در خانه‌اش باشد، پس وسایل مخصوص زنان، متعلق به زن است و وسایلی که بین زنان و مردان مشترک است، بین زوج و زوجه تقسیم می‌شود و اگر زن و مرد ادعای مالکیت وسیله‌ای را در خانه بکنند، اگر آن وسایل مخصوص مردان بود متعلق به مرد است و اگر مخصوص زنان بود متعلق به زن است و اگر مخصوص هر دو بود بینشان تقسیم می‌شود» (جیبی عاملی، ۱۴۲۱ هـ ج ۱۷، ص ۵۲۵).

در کتب فقهی برای این نمونه سه دیدگاه آمده است: ۱. شیخ طوسی معتقد است که به نفع کسی حکم می‌شود که بینه دارد (طوسی، ۱۳۷۸ هـ ج ۸، ص ۲۵۷)؛ ۲. صاحب شرایع بین وسایل مختص مرد و زن با وسایلی که مشترک هر دو است، فرق گذاشته و معتقد است

وسایل مختص هر کدام متعلق به خود اوست و وسایل مشترک، میانشان تقسیم می‌شود(حلی، ۱۳۸۹هـ.ج، ص ۱۱۹). این دیدگاه در بین فقهای امامیه اظهر است؛ ۳. نظر سوم این است که اثاث خانه متعلق به زن است و مرد باید بینه بیاورد که برای این نظر به بیش از یک روایت استناد شده است(کلینی، ۱۴۱۳هـ.ج، ص ۷؛ حرعاملی، ۱۳۸۱هـ.ج، ص ۵۲۳). این نظر سوم به خاطر عرفی است که زن همراه با جهاز به خانه شوهر می‌رود و ظاهر بر آن است که تمام وسایل خانه متعلق به زن است و شوهر در صورتی می‌تواند آنها را مطالبه کند که بینه داشته باشد.

### ۱۰. عادت ماهانه

زنی که به‌طور عادت، حیض می‌شده است، بنا را بر همان عادت می‌گذارد و اگر امکان تشخیص وجود نداشت بر اساس شرع و روایات عمل می‌شود؛ زیرا ظاهر، برابری زنان در حیض است و اصل، عدم انقضای مدت حیض زن است(شهید ثانی، ۱۴۱۶هـ.ص ۳۰۶).

### ۱۱. زوج مفقودالایثر

زنی که همسرش مفقود شده است، پس از گذشت چهار سال می‌تواند ازدواج کند؛ زیرا ظاهر به مرگ زوج شهادت می‌دهد، هرچند اصل بر زنده‌بودن او است. حال سؤال این است که آیا احکام مرده به‌طورمطلق بر مرد ثابت می‌شود؟ ظاهر آن است که حاکم باید زن را پس از رسیدن خبر فوت زوج طلاق دهد و زن عده نگه دارد. شهید ثانی در اینجا دو وجه می‌آورد: ۱. زن باید عده وفات نگه دارد، ولی اگر حکم به طلاق داده شد عده طلاق نگه دارد؛ ۲. ظاهر، بیشترین مدتی است که طبق عرف با زن زندگی نکرده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۶هـ.ص ۳۰۷).

### ۱۲. اختلاف زن و مرد

اگر مردی ادعای ازدواج با زنی را داشته باشد و خواهر آن زن نیز ادعا کند این مرد با او ازدواج کرده است، مرد باید قسم بخورد که با خواهر آن زن ازدواج نکرده است؛ زیرا

مرد منکر به حساب می‌آید اما مقدم‌داشتن سخن مرد در صورتی که با مدعی نزدیکی کرده باشد مشکل است؛ زیرا نزدیکی با زن سبب مقدم‌شدن دعوی او می‌شود و ممکن است در اینجا گفته شود اصل با ظاهر تعارض می‌کند و اصل مقدم می‌شود/جبعی عاملی، ۱۴۱۶هـ ص ۳۰۷.

### ۱۳. قذف زن

اگر مردی همسرش را قذف و ادعای مشاهده کند، اگر برای آنچه مشاهده کرده است، دلیلی داشته باشد برای او حدی وجود ندارد و اگر دلیلی نداشته باشد به خاطر قذفی که کرده است، حد می‌خورد و چون عادت بر این است که مرد همسرش را تا آنجا که ممکن است از فواحش نهی کند، پس سخن مرد مقدم می‌شود و به واسطه لعان، حد زنا را بر زوجه ثابت می‌کند؛ اگرچه اصل، عدم‌پذیرش قول مرد است/جبعی عاملی، ۱۴۱۶هـ ج ۲، ص ۱۸۸؛ یعنی اگر زن، مرد را لعان کند، حد از او نیز ساقط می‌شود.

### ۱۴. وصیت بر حمل

در صورتیکه کسی برای جنینی وصیت کند، باید در هنگام وصیت موجود باشد، بنابراین اگر کمتر از شش ماه از زمان وصیت به دنیا بیاید، یقین به موجود بودن آن می‌کنیم و اگر بیشتر از زمان بارداری متولد شود، یقین پیدا می‌کنیم که در زمان وصیت موجود نبوده است و اگر در بین این دو زمان به دنیا بیاید وجودش در زمان وصیت محتمل است و اگر با زوجه از زمان وصیت نزدیکی نکرده باشد، پس حکم به وجود حمل می‌شود به خاطر عمل به ظاهر که همان عدم نزدیکی است و اگر با زوجه نزدیکی کرده باشد به گونه‌ای که بعد از وصیت بتواند دوباره آن را انجام دهد به خاطر اصل تقدم، حکم به صحت آن نمی‌شود/جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ ج ۱، ص ۱۵۱.

### نتیجه‌گیری

روشن است ظاهری بر اصل مقدم می‌شود که مستند به دلایل یا روایات صادر شده از

معصومان(ع) باشد، در غیر این صورت، اگر ظاهر مستند به اوضاع و احوال و عرف باشد، اصل بر ظاهر مقدم است. البته باید توجه داشت برخی از فقیهان ظاهر حال را به سبب اینکه ظن مطلق را از باب دلیل انسداد حجت می‌دانند، بنابراین در تعارض بین اصل و ظاهر احوالی، ظاهر را مقدم می‌دانند. اصولی‌ها نیز دربارهٔ فساد این نظریه در اصول فقه به‌طور مفصل بحث کرده‌اند؛ از این رو بر اساس قول به نظریه انفتاح، نظریه برتر، ترجیح اصل بر ظاهر است، بنابراین ظاهر در صورتی که هیچ دلیل و اماره و قرینه‌ای نداشته باشد که برای ما مفید قطع قرار گیرد، به دلیل این که ظنی است و اصل اولی در عمل به ظن حرمت است، قاعدهٔ انسداد هم توان حجت‌بخشی به آن را ندارد و نمی‌تواند در مقام تعارض با اصل قرار گیرد، پس در مواقعی که اصل و ظاهر حال با هم تعارض دارند، اصل مقدم می‌شود؛ مگر آنکه ظاهر پشتوانهٔ شرعی داشته باشد.

## منابع

- ابن بابویه قمی، محمد بن علی بن حسین (۱۴۱۰هـ). *من لا یحضره الفقیه*. تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ پنجم.
- ابن رجب، عبدالرحمن بن احمد (۲۰۰۸م). *القواعد فی الفقه الاسلامی*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن سبکی، عبدالوهاب (۱۴۲۲هـ). *الاشباه و النظائر*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن شاس، عبدالله بن نجم (۱۴۱۵هـ). *عقد الجواهر الثمنیه فی مذهب عالم المدینه*. بیروت: دار الغرب الاسلامی.
- ابن منظور (۱۴۰۸هـ). *لسان العرب*. بیروت: انتشارات دار احیاء التراث العربی.
- احسائی، محمد بن علی (۱۴۱۰هـ). *الاقطاب الفقیهیه*. قم: انتشارات مکتبه مرعشی نجفی.
- اصفهان، ابوالحسن (۱۳۸۵هـ). *وسیلہ النجاه*. قم: انتشارات مکتبه مرعشی نجفی.
- اصفهان، محمد حسین (۱۳۳۲هـ). *نهایة الدرایه فی شرح الکفایه*. قم: موسسه آل‌البیت.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱هـ). *فرائد الاصول*. قم: انتشارات دهاقانی.



- بحرالعلوم، سید محمد (۱۴۰۳هـ). *بلغه الفقيه*. تهران: انتشارات مکتبه آل صادق، چاپ چهارم.
- بحرانی، یوسف (۱۴۲۳هـ). *الدرر النجفیه*. بیروت: انتشارات دار المصطفی.
- بهشتی دامغانی، ابراهیم (۱۴۲۷هـ). *النخر الفاخر فی تعارض الاصل و الظاهر*. قم: مرکز فقه ائمه اطهار.
- تنکابنی، میرزا محمد (۱۳۸۲هـ). *تأسیسات در قواعد فقهی*. تهران: انتشارات دارالعلم.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۶هـ). *تمهید القواعد*. قم: انتشارات مکتبه الاعلام الاسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۱هـ). *روض الجنان فی شرح ارشاد الانهان*. مؤسسه آل‌البیت (ع).
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳هـ). *مسالك الافهام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- حلبی، ابی‌الصلاح (۱۴۰۳هـ). *الكافی فی الفقه*. اصفهان: مکتبه الامام امیرالمومنین.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۸۱هـ). *وسائل الشیعه*. تهران: انتشارات المکتبه الاسلامیه.
- حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن (۱۳۸۸هـ). *ایضاح الفوائد فی شرح القواعد*. قم: انتشارات اسماعیلیان
- حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم‌الدین (۱۳۸۹هـ). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. نجف اشرف: انتشارات مطبوعه الآداب.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۲هـ). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*. قم: مرکز دراسات اسلامی
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۸هـ). *کفایه الاصول*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- حیدری، علی نقی (۱۳۹۴)، *اصول الاستنباط*، قم: انتشارات حقوق اسلامی، چاپ سیزدهم.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۳۸۷هـ). *المفردات فی غریب القرآن*. تهران: مکتبه المرتضویه.
- رشتی، حبیب‌الله (۱۴۰۱هـ). *کتاب القضاء*. قم: دار الهجرة.
- زرقاء، مصطفی احمد (بی‌تا). *المدخل الفقهي العام*. دمشق: دار القلم.
- زرکشی، بدرالدین محمد (۱۹۹۳م). *البحر المحیط*. مصر: انتشارات دارالکتبی.

سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳هـ). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*. قم: دارالتفسیر، چاپ چهارم.

سلمی، محمد عزالدین (۱۴۱۹هـ). *قواعد الاحکام فی مصالح الانام*. بیروت: دارالمعرفه.

صدری، سید محمد (۱۳۸۸هـ)، *اصول عملیه یا ادله فقهیه*. تهران: اندیشه های حقوقی.

عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین (۱۴۰۶هـ). *اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه*. تهران: مرکز بحوث الحج و العمره.

\_\_\_\_\_ (۱۴۱۷هـ). *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم.

طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۲هـ). *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۰هـ). *العروه الوثقی مع تعلیقات عده من الفقهاء العظام*. قم: نشر اسلامی.

طریحی، فخرالدین (۱۴۰۸هـ). *مجمع البحرین*. تهران: انتشارات دفتر نشر و فرهنگ اسلامی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۸هـ). *الخلاف*. قم: مؤسسه نشر اسلامی

\_\_\_\_\_ (۱۳۸۷هـ). *المبسوط فی فقه الامامیه*. تهران: مکتبه الرضویه

فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۰۴هـ). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*. قم: انتشارات مؤلف.

فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۰۵هـ). *کشف اللثام*. قم: انتشارات مؤسسه نشر اسلامی، چاپ سنگی.

فیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۵هـ). *المصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر*. مؤسسه دار الهجره.

قرطبی، یوسف بن عبدالله (۱۴۰۶هـ). *الکافی فی فقه اهل المدینه المالکی*. بیروت: دار الکتب العلمیه.

قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۷هـ). *جامع الشتات*. تهران: انتشارات رضوان، چاپ سنگی.

کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹هـ). *رسائل المحقق الکرکی*. قم: انتشارات مکتبه مرعشی نجفی.

- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۱هـ). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت.  
کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۳هـ). الکافی. بیروت: انتشارات دار الاضواء.  
مجلسی، محمد تقی (۱۴۰۶هـ). روضه المتقین. قم: بنیاد فرهنگ اسلامی.  
مراغه‌ای، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷هـ). العناوین. قم: انتشارات مؤسسه نشر اسلامی.  
مظفر، محمد رضا (۱۳۸۶). اصول الفقه. تهران: انتشارات معارف اسلامی، چاپ دوم.  
مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۱۶هـ). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الانهان. قم:  
مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم.  
موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۱۷هـ). تحریر الوسيله. قم: انتشارات مؤسسه نشر اسلامی،  
چاپ ششم.  
نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴هـ). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دار إحياء  
التراث العربی، چاپ هفتم.  
نراقی، احمد (۱۴۱۷هـ)، عوائد الایام، قم: النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی.