

### احسان عوض پور

دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

### علی پور جواهری<sup>۱</sup>

استادیار، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

### محمدعلی حیدری

استادیار، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

## تحلیل مصداقی اعتبار ظهور عرفی خاص دعاوی باب نکاح و طلاق

### چکیده

موضوع این پژوهش تحلیل مصداقی اعتبار ظهور عرفی خاص دعاوی باب نکاح و طلاق است. اگر ظاهر مستفاد و مستنبط از قرائن و اوضاع و احوال موجود در آن موضوع باشد (که به آن ظهور عرفی می‌گویند)، فقها و حقوق دانان در تقدم این ظاهر بر اصل تردید کرده‌اند. هدف اصلی در این پژوهش تحلیل مصداقی اعتبار ظهور عرفی در دعاوی باب نکاح و طلاق به صورت مجزا و بیان آراء فقها و حقوق دانان در این رابطه ذیل مبحث تعارض اصل و ظاهر است. در این راستا سوال اصلی این است که آیا ظواهر عرفی در دعاوی باب نکاح و طلاق معتبر و حجت است؟ و در صورت تعارض آن با اصل کدام یک مقدم است؟ فقدان قاعده‌ای متقن در این مورد که بتوان در صورت تعارض یکی را بر دیگری ترجیح داد موجب سردرگمی دادرس در تشخیص مدعی از مدعی علیه خواهد شد. مشهور قائل به تقدم ظاهر بر اصل است و گروهی دیگر اصل را در این تعارض مقدم می‌دارند و هر کدام از دو گروه مدارک و مستندات خود

را ارائه کرده‌اند. از بررسی موارد تعارض اصل و ظاهر در باب نکاح و طلاق و جمع بندی اقوال فقها و حقوق دانان و همچنین با در نظر گرفتن اصل عدم حجیت ظن مطلق (با توجه به ظن مطلق بودن ظواهر عرفی)، می‌توان چنین نتیجه گرفت که در این دسته از دعاوی آن ظواهری که مؤید به شرع و قانون‌اند مسلماً معتبر و حجت هستند و بر اصل مقدم‌اند. اما پاره‌ای از «ظواهر حال، قرائن و اوضاع و احوال فاقد این تأیید» می‌توانند مستند به «ماده ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ ق.م.» مورد بررسی و تدقین قاضی و یا مجتهد قرار گرفته، در صورتی که موجبات اقناع ایشان را فراهم آورد به آن تمسک جسته، این دسته از ظواهر را بر اصول عملیه مقدم بدانند و در صورت عدم اقناع، با توجه به اصل عدم حجیت، نسبت به تقدم اصل اقدام نکنند.

این مقاله به روش توصیفی و تحلیلی در دو مبحث به بررسی مصداقی اعتبار ظواهر عرفی دعاوی باب نکاح و طلاق از نظر قائلین به حجیت و اعتبار ظواهر عرفی و قائلین به عدم حجیت آن پرداخته است.

**کلیدواژه‌ها:** ظهور عرفی، نکاح، طلاق، تحلیل مصداقی.

## مقدمه

از آنجا که حفظ کیان و بقای خانواده از جهت رشد و پویایی حیات جامعه بشری و بقای نسل در آن، حایز اهمیت بالایی در شرع مقدس اسلام است، همین امر لزوم توجه به دادرسی دعاوی باب نکاح و طلاق را دوچندان می‌کند. در جریان رسیدگی به این دعاوی مطابق قاعده عام البینه علی المدعی و الیمین علی من انکره اثبات دعوی و ارایه دلیل بر عهده مدعی است. در پاره‌ای از این دعاوی اثبات دعوی و ارایه دلیل به راحتی ممکن است و گفته‌های دو طرف دعوا با ظاهر یا اصلی برخورد نمی‌کند، مثل موردی که زوجه مبلغ معینی را به عنوان اجرت‌المثل کارهای ایام زوجیت از زوج مطالبه می‌کند و با معرفی شهود معتبر نزد مقام قضایی ادعای خود مبنی بر عدم قصد تبرع را ثابت می‌کند. منتهی در جریان دادرسی دعاوی نکاح و طلاق، همیشه دسترسی به ادله اثبات دعوا به راحتی امکان‌پذیر نیست. در برخی موارد در مقام عمل، آنچه که در دعاوی رخ می‌دهد با ارزیابی همراه است. برای روشن شدن مساله باید گفت که دلیل با توجه به حالتی که در انسان به وجود می‌آورد یقین‌آور، ظنی و یا شکی است. اعتبار و حجیت قطع و یقین ذاتی است. گاهی شارع و قانون‌گذار دلیل غیرعلمی خاصی را قائم مقام قطع قرار می‌دهد و برخی ظواهر و امارات غیرعلمی و ظنی را به این دلیل که کاشفیت از واقع دارند معتبر می‌سازد و آن‌ها را دلیل بر احکام شرعی معرفی می‌نماید. حجیت اعتبار ظواهر الفاظ، خبر واحد و شهادت شهود از این جمله است. اما برخی از ظواهر و امارات ظنی هستند که مستفاد از عرف و عادت و شواهد و قرائن، شیوع و غلبه و غیره حاصل می‌گردد که اصطلاحاً به آن‌ها ظاهر حال یا ظواهر عرفی می‌گویند که حجیت آن‌ها از طرف شرع ثابت نشده است. این دلایل ظنی اصولاً بر اساس اصل عدم حجیت ظنون فاقد اعتبار و حجت هستند، جز مواردی که به دلیل خاص از شمول اصل عدم حجیت خارج شده‌اند. این دیدگاه مبتنی بر نظریه کسانی است که باب علم و علمی را بسته نمی‌دانند و معتقد به انفتاح باب علم و علمی هستند، اما معتقدان به انسداد باب علم و علمی، ظن مطلق را معتبر تلقی می‌کنند. «در جایی که برای تعیین وظیفه‌ی مکلفان با فقدان علم و قطع از یک سو و فقدان اماره معتبر شرعی و قانونی از سوی دیگر مواجه هستیم شارع برای رفع تحیر و سرگردانی اصول عملیه یا همان دلیل شکی را معتبر ساخته است. برای اثبات احکام شرعی در صورت وجود قطع و یقین نوبت به

اماره ظنی معتبر نمی‌رسد و در صورت فقدان قطع نوبت به اماره ظنی معتبر می‌رسد که در این صورت نیز اصل عملی مورد توجه قرار نمی‌گیرد» (مظفر، ۱۴۰۳، ق، ۲، ۲۲۰-۲۲۲). و قانون گذار نیز از این روند در قانون برای اثبات امور حقوقی نیز پیروی کرده است.

با این تفاسیر در بسیاری از موارد و مصادیق دیده می‌شود که در صورت فقدان قطع و یقین و فقدان ظواهر و امارات معتبر، ظواهر عرفی با اصل تعارض نموده است. مثل تعارض ظهور عرفی پرداخت نفقه و اصل عدم در دعوی ترک انفاق. در چنین مواردی باید بررسی شود که آیا آن چه یکی از دو طرف مدعی وقوع آن است، رویدادی متعارف است که بنا به سیر طبیعی امور یا حکم غلبه ظهور در امری دارد یا نه؟ و به فرض که ظهور داشته باشد. این ظاهر عرفی، ظهور معتبری است یا خیر؟ در موارد برخورد این ظاهر با اصل عملی چگونه باید عمل کرد؟ فقها و حقوق دانان در این جا به سه گروه تقسیم می‌شوند: برخی نظر دارند که در این جا ظاهر حال مقدم بر اصل است و به عبارت معروف شیخ انصاری اشاره کرده‌اند که الاصلُ دلیلٌ حیثُ لادلیل (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ۷۷) و برخی غالباً اصل را ترجیح داده‌اند و دلایل ویژه خود را دارند (شهیدثانی، ۱۴۱۴، ۴، ۱۴۶) (بحرانی، ۱۴۲۳، ۹). و عده‌ای دیگر قائل به تفصیل شده‌اند و در برخی دعاوی جانب ظاهر را مقدم می‌دانند و در برخی دیگر اصل را مقدم می‌دانند (شهید اول، ۱۴۱۲، ۳۸۶) (محقق اردبیلی، ۱۴۱۲، ۱۱۴) (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۲۵۸) (فخر المحققین، ۱۳۷۸، ۲۷۳). ثمره‌ی تحلیل و پاسخ دادن به این سؤالات مشخص و جدا شدن مدعی از مدعی علیه است چرا که همیشه مدعی کسی است که قول وی خلاف اصل و ظاهر است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، الف، ۳۲۸).

در خصوص سابقه پژوهش حاضر باید گفت که تحقیقاتی از سوی برخی نویسندگان در خصوص اعتبار ظهور عرفی (ظاهر حال) و تعارض آن با اصل عملی در مقام عمل صورت گرفته که به صورت کلی به موضوع نگریسته‌اند و به این نتیجه رسیده‌اند که ظهور عرفی تحت قاعده حرمت عمل به ظن قرار می‌گیرد مگر این که به دلایل خاص از تحت شمول آن خارج شود و اصل را مقدم دانسته‌اند (فهیمی، ۱۳۹۰، ۱) (قنوتی، ۱۳۹۱، ۲۲). از آن جا که خانواده نهادی مقدس و دارای جایگاهی ویژه نزد شارع مقدس است و به تبع اهمیت بالایی که دادرسی دعاوی مربوطه دارد، لذا هدف اصلی در این مقاله این است که به صورت تحلیلی و توصیفی به بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر خاص دعاوی باب نکاح و طلاق از دیدگاه فقها و حقوق دانان سه گروه مذکور بپردازیم تا بررسی شود

که آیا این ظواهر نیز تحت قاعده حرمت عمل به ظن قرار می‌گیرند یا این که هر یک از این دعاوی و ظنون مربوطه جایگاه ویژه خود را دارند و دادرس باید به صورت موردی در هر کدام عمل کند؟

## ۱- مفهوم تعارض

تعارض در لغت به معنای «براز کردن»، «اظهار کردن» و «آشکار کردن» است (ابن منظور، ۱۴۰۸، ۹، ۱۳۷-۱۳۹). شیخ انصاری (ره) تعارض را از منظر مشهور اصولیین چنین معنا نموده‌اند: «تعارض تنافی مدلولی الدلیلین علی وجه التناقض او التضاد» به عقیده شیخ انصاری این تعریف مخدوش است زیرا که ظاهرش این است که تعارض اولاً و بالذات و حقیقتاً وصف مدلول‌ها و ثانیاً و بالعرض وصف خود دلیل بوده و بدان استناد داده می‌شود. لذا جناب شیخ انصاری (ره) در تعریف مشهور تصرف کرده و فرموده: «التعارض تنافی الدلیلین و تمنعها با اعتبار مدلولهما» که مستقیماً تعارض را وصف دلیلین و مستند به آن دانسته است (محمدی خراسانی، ۱۳۷۱، ۷، ۷).

به عقیده مرحوم آخوند صاحب کفایه این تعریف نیز مخدوش بوده لذا در آن تصرف کرده و فرموده است: «التعارض تنافی الدلیلین او الادله فی مقام الدلاله و الاثبات علی وجه التناقض او التضاد حقیقه او عرضاً» (آخوند خراسانی، ۱۴۱۶، ۱، ۴۹۶). یعنی تعارض، تنافی دو دلیل یا چند دلیل از نظر دلالت و مقام اثبات است. بنا بر این تعریف، تعارض از اوصاف دلیل است نه از اوصاف مدلول و در واقع با این تعریف موارد جمع عرفی از قبیل ورود، حکومت، تخصیص، تخصص و تقيید را از شمول موضوع تعارض خارج نموده است. دکتر جعفری لنگرودی در ترمینولوژی حقوق در بیان معنای تعارض می‌فرماید: «تنافی دو فکر در جهت عکس یکدیگر به طوری که جمع بین آن‌ها مقدور نباشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۱۶۱-۱۵۹). به نظر می‌رسد که در تعریف تعارض، تعارض بدوی که با جمع عرفی حل می‌شود؛ هم باید لحاظ شود و تعریف مشهور و شیخ انصاری نسبت به صاحب کفایه مناسب‌تر می‌باشد چرا که در ابتداء برخورد و تنافی در مدلول دو دلیل وجود دارد ولی به مرحله استقرار نمی‌رسد و عرف همان ابتدا آن را از بین می‌برد نه این که اصلاً برخورد و تعارضی وجود ندارد. عرف اصولیین از این که تعارض بدوی را تعارض

نمی‌دانند این است که قواعد حل تعارض مستقر نسبت به موارد تعارض بدوی اجراء نمی‌شود نه این که در موارد تعارض بدوی، تعارضی وجود ندارد.

## ۲- تحلیل مصادیق تقدم ظاهر بر اصل

با نظر و تأمل در کتب فقهی و حقوقی در خصوص دعاوی باب نکاح و طلاق مواردی یافت می‌شود که نظر فقها و حقوق دانان برجسته بر تقدم ظاهر حال بر اصل عملی است. اما قبل از بررسی مصادیق این دعاوی، ذکر چندی از اقوال فقها و حقوق دانان قائل به این قول در مبحث تعارض اصل و ظاهر، خالی از فایده نخواهد بود:

عمل به ظن، مانند عمل به علم واجب است زیرا اکثر احکام و جزئیات شرعی ظنی است و عمل به مرجوح با وجود راجح باطل است (حلی، ۱۴۱۲، ۱، ۳۲۲). شکی نیست که از ظاهر، ظن حاصل می‌گردد و ظن هم مانند علم واجب العمل است و علم هم مقدم بر اصل است فلذا ظن و ظاهر هم مقدم بر اصل است. دلیل دیگری که این گروه بیان می‌کنند این است که مراد از علم در حدیث موثقه عمار از امام صادق (ع) که می‌فرماید: «کل شیء نظیف حتی تعلم انه قدر فاذا علمت فقد قدر...»<sup>۱</sup> (حرعالمی، ۱۳۸۱، ۲، ۱۰۵۴). اعم از یقین و مطلق ظنی است که مستند به سبب شرعی باشد و یا این که مستند به سبب شرعی نباشد (بحرانی، بی تا، ۱، ۱۳۷). با این حال باید توجه داشت که قاعده کلی و اصلی بر منع عمل به ظن است و هر ظنی حجت نیست. همچنین عمل به مرجوح زمانی قبیح است که دلیل راجح ثابت شده باشد و هر ظنی دلیل و حجت نیست بلکه ظن معتبر حجت است. محقق قمی نیز همانند ابی‌الصلاح قائل بر حجیت ظن مطلق است و لکن در تقدم ظاهر بر اصل و یا برعکس قائل به تفصیل شده است و می‌فرماید: دلیل و برهانی برای قولی که اصل بر ظاهر مطلقاً مقدم است وجود ندارد بلکه باید آن را تفصیل نمود: اگر ظاهر از ادله مشهور شرعیه و امارات منصوبه از قبل شارع باشد مانند خبر واحد، شهادت و اقرار و امثال آن در تقدم ظاهر بر اصل اشکالی وجود ندارد. اما اگر ظاهر مستفاد از قرائن و عرف و عادت و غلبه و شیوع و امثال آن باشد در برخی مواقع اتفاق

۱. «هر چیزی پاک است تا زمانی که علم به نجاست آن پیدا کنیم. پس هرگاه علم پیدا کنیم آن جسم نجس می‌باشد.....»

است بر تقدم ظاهر بر اصل و در بیشتر موارد هم اختلاف است بین فقها، با این حال موارد تقدم ظاهر بر اصل در شرع فراوان است. ایشان در ادامه می‌فرمایند که با تتبع در فقه این قاعده به دست می‌آید که هر گاه ظن به وجود سبب حکم شرعی در خارج حاصل گردد ظن به حصول مسبب نیز وجود دارد که این ظن به حال از سبب یا از طریق حمل فعل مسلم بر صحت یا از غلبه در افعال و معاملات مسلمانان یا غلبه در معاملات مردم گرچه مسلمان نباشند حاصل می‌شود و یا بر اثر غلبه ظن از جهت قرائن حاصل می‌گردد. همچنین با تتبع در فقه پوشیده نیست که در بسیاری از موارد مسلمین غلبه را معیار ظهور و تقدم آن بر اصل می‌دانند و این امر از تتبع در اخبار و کلام اصحاب روشن می‌گردد که معیار در ظاهر، حصول ظن به وقوع سبب حکم مخالف اصل است (میرزای قمی، بی تا، ۲، ۳۸۴). به نظر می‌رسد که محقق بر اساس اعتقاد خود مبنی بر اعتبار ظن مطلق است که ظاهر را مقدم می‌دارد. در صورت عدم پذیرش دیدگاه او - اعتبار ظن مطلق - دلیلی بر اعتبار نظریه ایشان باقی نمی‌ماند. از جمله فقیهان دیگری که معتقد به تقدم ظاهر بر اصل شده محقق کرکی است. ایشان در تبیین دلیل تقدم ظاهر بر اصل می‌فرماید: «بحث از این که کدام یک از اصل و ظاهر هنگام تعارض بر دیگری ترجیح دارد قاعده‌ای معروف بین فقهاست و مسائل بی‌شماری بر این عقیده بنا شده است و اکثر فقها بر این باوراند که ظاهر ترجیح دارد و برای مقدم داشتن ظاهر استدلال کرده‌اند که - اولاً ظاهر ناقل و راهی به سوی واقع و اثبات‌کننده آن است و ثانياً قول صاحب ید مقدم می‌شود و مقدم شدن قول او از قبیل تقدم ظاهر است، بنابراین مقدم شدن قول او دلالت بر این دارد که در نظر شارع ظاهر قوت و ترجیح دارد (محقق ثانی، ۱۴۱۱، ۴، ۴۴۲-۴۴۰). یکی از حقوق دان‌ها نیز چنین دیدگاهی را با این عبارت بیان می‌کند: «ظهور عرفی در بسیاری از امور پنهانی تضمین مهمی برای رعایت عدالت است، ظنی است معقول که هدف قانون‌گذار را نیز تأمین می‌کند و دادرس نباید به آن بی‌اعتنا بماند. وانگهی با پذیرفته شدن اعتبار اماره قضایی در قانون - ماده ۱۳۲۴ ق.م.ا - به دشواری می‌توان در اعتبار ظهور عرفی تردید کرد حتی می‌توان گفت بر خلاف اماره

۱. ماده ۱۳۲۴ ق.م.ا: 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 ادله دیگر را تکمیل کند.

قضایی که وابسته به تشخیص قاضی در دعواست و اعتبار آن مقید بر این شده که دعوا با شهادت قابل اثبات باشد یا دلیل دیگری را تکمیل کند. اعتبار ظهور عرفی همانند ظهور قانونی مقید به هیچ مرزی نیست و در تمامی دعاوی توان اثباتی دارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۱، ۶۷).

## ۲-۱- دعاوی ترک انفاق

در مورد که زن و شوهری که با کمال مسالمت سالیانی دراز در کنار هم و در یک جا سکونت داشته و زندگی می‌کنند. شوهر کار می‌کند و اقتصاد خانواده را به دست دارد و زن عهده دار اداره خانه است. پس از چندی خاکستر کدورت بر این کانون هم دلی رخنه می‌کند و تعاون را به تخالف بدل می‌کند، زوجه به دادگاه شکایت می‌کند و دعاوی عدم پرداخت نفقه را مطرح می‌کند. و نفقه این مدت را مطالبه می‌کند و زوج مدعی پرداخت نفقه و از خود دفاع می‌کند و هیچ کدام دلیل دیگری ندارند. در این دعوا در استحقاق نفقه اختلافی نیست، دین شوهر مسلم و پرداخت آن مشکوک است. در این خصوص دو دیدگاه وجود دارد. برخی ظاهر حال را مقدم دانسته‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۷۸، ۳، ۲۷۳) و گروهی دیگر اصل را بر ظاهر ترجیح داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۰۴). به نظر می‌رسد که در این جا استمرار زندگی مشترک اماره‌ای قوی بر این است که زوج به تعهد خود مبنی بر انفاق به زوجه اش عمل می‌کند؛ در نتیجه اماره مذکور مقدم بر اصل عدم و اصل استصحاب بقای دین خواهد بود و در نتیجه این زوجه است که قول وی خلاف ظاهر است و مدعی محسوب می‌شود.

## ۲-۲- دعاوی مربوط به مهریه

یکی دیگر از موارد تعارض اصل و ظاهر در باب نکاح، اختلاف در باب مهریه است که مصادیق فراوانی دارد که بررسی آن‌ها جهت تعیین مدعی و مدعی علیه در این دعاوی حایز اهمیت خواهد بود.



## ۲-۲-۱- دعوای اعسار از پرداخت مهریه

مطابق قانون مهریه در عقد نکاح عندالمطالبه بر عهده زوج است. بنابراین هرگاه پس از عقد نکاح زوجه درخواست مطالبه مهر خود را بکند و زوج مدعی عدم توانایی و اعسار خود از پرداخت مهر باشد ظاهر بر تمکن وی از پرداخت مهر است و این ظاهر با اصل عدم تمکن در تعارض است. که در این جا در صورت تقدم ظاهر، مدیون مدعی محسوب می‌شود و تا زمان اثبات اعسار خود حبس می‌شود. این موضوع را باید در دو افق بررسی کرد: ۱- قول اول آن است که ناداری و اعسار مدیون معلوم باشد؛ که در این صورت ظاهراً همه فقیهان اتفاق نظر دارند که در صورت معلوم بودن اعسار و ناداری مدیون، حبس او روا نیست. ادله آنان در این مورد مواردی از قبیل قبح تکلیف بمالایطاق، آیه «فانظره الی میسر»<sup>۱</sup>، روایات وارد شده و غیره است (طباطبایی، ۱۳۶۲، ۴، ۲۸۵). بنابراین در این مورد تعارضی در کار نیست. افق دوم آن است که وضعیت اعسار و ایسار مدیون، مجهول باشد. فقیهان امامیه در مواجهه با این موضوع، در دو گروه جای می‌گیرند: گروه بسیاری از فقیهان امامیه، در این مورد ظاهر را مقدم دانسته‌اند و فتوا به جواز حبس مدیون مجهول الحال داده‌اند. به برخی از جمله شیخ ابن بابویه، شیخ مفید، ابوالصلاح حلبی، سلار بن عبدالعزیز، محقق حلی، علامه حلی، شهید اول، شیخ بهایی، سید علی طباطبایی، محقق خوانساری و محقق عراقی اشاره می‌شود. در قوانین موضوعه ایران نیز با توجه به ماده دو قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی<sup>۱</sup> همین نظر مورد پذیرش قرار گرفته است. روایتی از امیرالمومنین (ع) در این مورد وجود دارد که اگرچه این روایت، سنداً و دلالتاً قابل ایراد است؛ ولی به نظر می‌رسد که مستند این نظر و تقدم ظاهر باشد: از اصبع بن نباته روایت شده که «امیر المومنین (ع)، مدیون را حبس می‌فرمود تا نیازمندی و افلاسش اثبات گردد. در این صورت او را آزاد می‌کرد تا به دنبال مال برود» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۳، ۲۸). بنابراین ظاهر در این جا مستند به دلیل شرعی و معتبر

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

است و بر اصل مقدم می‌گردد. اما پر واضح است که نمی‌توان در مورد مدیون مجهول الحال با تمسک به آیه ۲۸۰ بقره<sup>۱</sup> مدعی شد که این ظهور مستند به نص این آیه است، چرا که مفاد این آیه مربوط به مدیونی است که اعسار او معلوم باشد، ولی شامل محل بحث یعنی بدهکار مجهول الحال نمی‌شود. در حقیقت، آیه بر عدم جواز مؤاخذه مدیون معلوم الاعسار تاکید دارد نه مدیون مجهول الاعسار. اما گروه دیگر، تعدادی از فقها هستند که در این مورد اصل عدم تمکن مالی را مقدم بر ظاهر دانسته‌اند که از جمله‌ی آنها ابن ادریس حلی است. البته به نظر می‌رسد که این مورد نیز مستند به شرع باشد<sup>۲</sup> (ابن ادریس، ۱۴۲۹، ۲، ۱۹۶).

#### ۲-۲-۲- دعوی مربوط به میزان مهریه

هرگاه زوجین در تسمیه مهریه با هم متفق ولی در میزان آن باهم اختلاف داشته باشند زوجه مدعی مهرالمثل و زوج مدعی کمتر از آن باشد. اصل عدم زیادی با ظاهر این که مردم غالباً عقد بر کمتر از آن منعقد نمی‌کنند تعارض می‌کند. علامه ظاهر و قول کسی که مدعی مهرالمثل است را مقدم می‌داند(حلی، بی تا، ۲، ۴۴) زیرا مهرالمثل عوض وطی بدون عقد است مانند شبهه. شهید ثانی می‌فرماید: فیه نظر: اصل در تعارض بر ظاهر مقدم است مگر در مواردی نادر که ظاهر مقدم گردد. و مهرالمثل عوض وطی بدون عقد یا در مواضع و شرایط خاص است(شهید ثانی، بی تا، ۵، ۱ و ۳۷۵-۳۷۶). دلیلی بر اعتبار این ظاهر و غلبه وجود ندارد تا بتواند بر اصل مقدم شود.

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

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

#### ۲-۲-۳- دعوای مربوط به پرداخت مهریه

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

#### ۲-۲-۴- دعوای مربوط به تحقق مهریه

هر گاه زوجین بر وقوع نکاح در دو وقت مجزای متفق باشند ولی اختلاف در این که عقد دوم تأسیسی بوده یا تاکید عقد اول است. زوج قائل به این که عقد دوم تأکید و تکراری بوده از جهت احتیاط و تصحیح در نتیجه یک مهریه باید پرداخت کند و زوجه مدعی است که هر کدام از عقود، عقد شرعی مستقلی بوده و در نتیجه استحقاق دو مهریه را دارد. قول قول زوجه است زیرا هنگامی که عقد واقع می‌شود ظاهر بر صحت آن است (طوسی، ۱۳۸۷، ۴، ۲۹۱). این ظاهر (اصل صحت) معتبر و مستند به دلیل شرعی است.

#### ۲-۳- دعوای مربوط به مواقعه

هر گاه زوج با زوجه‌ی خویش خلوت تام نموده و پس از آن در دخول و عدم دخول اختلاف نمایند، زوجه مدعی مواقعه و زوج منکر آن باشد؛ تعدادی از فقها به این دلیل که هنگام خلوت تام زوجین و عدم وجود مانع ظاهر بر مواقعه است، به تقدم قول زوجه

قائل می‌باشند (شهید اول، ۱۴۰۶، ۱۱۷) (ابن براج، ۱۴۰۶، ۲، ۲۰۴) (رشتی، بی تا، ۱، ۳۲۴). عبارت یکی از فقها در این خصوص چنین است: «زمانی که مرد با زن خویش خلوت نموده و ستر و پوشش را کنار زده باشند، سپس او را طلاق دهد، بنابر ظاهر حال بر مرد واجب است که تمام مهر را پرداخت نماید و بر حاکم است که چنین حکم کند. گرچه در واقع دخولی صورت نگرفته باشد، هرچند بر زن جایز نیست که بیش از نصف مهر را بگیرد» (طوسی، ۱۳۹۰، ۴۷۱). این امکان وجود دارد که مستند چنین حکمی روایتی باشد از امام سجاد (ع) مبنی بر این که: «هر گاه در بسته شود و پوشش‌ها کنار رود مهریه و عده واجب می‌گردد»<sup>۱</sup> (کلینی، ۱۴۱۳، ۶، ۱۱۱) (حرعاملی، ۱۳۸۱، ۱۵، ۶۷). پذیرش این نظر و عقیده به تقدم ظاهر و ثبوت تمام مهریه، مستند به دلیل شرعی بوده و در تقدم آن بر اصل تردیدی نیست. بر این اساس نمی‌توان به نحو مطلق چنین حکم داد که در فرض تعارض اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است؛ بلکه، تنها ظاهری که مستند به دلیل شرعی باشد، مقدم می‌گردد. با این وجود باید توجه داشت که این روایت با روایات دیگر تعارض دارد؛ از این جمله است روایت منقول از امام صادق (ع) مبنی بر این که «مهر ثابت نمی‌شود مگر با نزدیکی در فرج»<sup>۲</sup>. و روایت دیگری که از ایشان نقل شده است؛ بدین معنا که، «از امام صادق (ع) در مورد مردی که با زنی ازدواج نموده سؤال شد که داخل در اتاق شدند و درب را بسته و پوشش‌ها را کنار زده و او را لمس و تقبیل نموده و سپس او را طلاق داده امام در این مورد فرمودند: «بر ذمه‌ی وی چیزی جز نصف مهر تعلق نمی‌گیرد» (همو، همان، همان جا). می‌توان گفت که این روایات با روایت نخست در تعارض است؛ با توجه به مطابقت روایات اخیر با نص قرآن کریم مبنی بر این که «اگر پیش از آن که با آن‌ها نزدیکی کنید طلاقشان دهید در حالی که برای آن‌ها مهری تعیین نموده‌اید، پس نصف آنچه را که تعیین نموده‌اید به آن‌ها بدهید»<sup>۳</sup> و نیز اجماع فقهای امامیه مبنی بر این که مراد از لمس در این آیه موافقه است، مطلق لمس موجب وجوب تمام مهر نمی‌شود. این قول میان فقها مشهور است (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ۵، ۳۷۸) (شهیدثانی، ۱۴۱۶، ۳۱۳) (طباطبایی، ۱۴۱۲، ۷، ۱۶۳).

۱. «إذا أغلق باباً و أرخي سترأ و جب المهر و العده».

۲. «لا یوجب المهر إلا الوقاع فی الفرج».

۳. «و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم». (بقره، ۲۳۷)

#### ۲-۴- دعاوی مربوط به تعیین زوجه

هر گاه مردی مدعی زوجیت با زنی باشد در همان حین خواهر آن زن نیز مدعی زوجیت با آن مرد باشد، اگر هر دو بینه اقامه کنند و اگر دخول با زن مدعی صورت نگرفته باشد بینه مرد مقدم است. اما اگر دخول صورت گرفته باشد. روایات و فتوی دلالت بر تقدم بینه زن دارند گرچه اصل بر عدم زوجیت است لکن در این جا ظاهر بر اصل مقدم است (حلی، ۱۳۸۳، ۱۹۶) (شهیدثانی، ۱۴۱۶، ۳۰۷). ظاهر در این جا جزء مرجحات است نه این که حجیت مستقلاً داشته باشد مرجح بودن آن یک مسأله است و حجیت مستقل آن یک مسأله دیگری است.

#### ۲-۵- دعاوی مربوط به فقدان زوج

زنی که شوهرش مفقود شده بعد از جستجو و تفحص در مدت چهار سال با شرایط مفصلی که در روایات آمده می‌خواهد ازدواج کند. اصل بر بقای حیات زوج و ظاهر بر موت وی است و ظاهر بر اصل مقدم می‌گردد. سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا احکام موت به طور مطلق بر مفقود بار می‌شود مثلاً مالش را تقسیم کرده یا نه فقط اجازه داده که زن ازدواج کند؟ ظاهر اخبار و کلام اصحاب دلالت بر وجه دوم دارد بعد از طلاق دادن حاکم و نگه داشتن عده طلاق زن می‌تواند ازدواج نماید. اما وجه اول: حکم به موت داده شود باید عده وفات نگاه داشته شود و اگر حکم به نگه داشتن عده زن از جهت طلاقی بود که حاکم می‌دهد باید حکم به عده طلاق داده می‌شد در حالی که حکم به عده وفات داده طلاق دادن آن به خاطر احتیاط در فروج است. اما در حکم به قسمت مال او ظاهراً اکثر اصحاب توقف نموده تا زمانی که عادتاً امکان زنده ماندن او نباشد. گرچه در این رابطه اختلاف وجود دارد آن هم به خاطر اختلاف در روایات است (همو، همان، همان جا). گرچه در این جا حکم به موت همسر و تقدم ظاهر داده می‌شود ولی این ظاهر مستند به دلیل شرعی است و معتبر، در نتیجه بر اصل مقدم می‌گردد.

## ۲-۶- دعوی اجرت المثل زوجه

مطابق تبصره ماده ۳۳۶ ق.م.ا زوج می‌تواند برای کارهای ایام زوجیت مطالبه اجرت‌المثل کند. که مبنای آن استیفا از عمل غیر است. از همین رو جهت شفاف‌سازی بیشتر و برای مرتفع ساختن تردید در امکان توجیه اجرت المثل ایام زوجیت بر اساس نهاد حقوقی «استیفا از عمل غیر»، تبصره مرتبط با اجرت المثل ایام زوجیت، به ماده اختصاصی مربوط به استیفا در قانون مدنی ملحق شده است. بر اساس مفاد تبصره الحاقی به ماده ۳۳۶ ق.م.ا<sup>۱</sup> و شرایط مذکور در باب استیفا در متن ماده ۳۳۶، شرایطی را می‌توان برای استحقاق زوجه نسبت به اجرت المثل در نظر گرفت. این شرایط عبارت‌اند از: ۱- انجام کارها و خدمات منزل توسط زوجه ۲- امر زوج به زوجه برای انجام خدمات منزل ۳- اجرت داشتن کار در نزد عرف ۴- عدم قصد تبرع: زن بایستی در انجام امور منزل قصد تبرع نداشته باشد تا بتواند مطالبه‌ی اجرت المثل نماید (حاتمی، ۱۳۹۴، ۲۲-۲۱). «رسم خانواده‌های ما این است که خدمت مادر و همسر انگیزه‌ای جز فداکاری و مهربانی ندارد و سخن گفتن از حق‌الزحمه درباره اجرای این تکالیف قانونی نارواست. مدعی دست مزد نیز، بر مبنای غلبه چنین فرض می‌شود که همین منش را داشته است، مگر این که خلاف این ظاهر عرفی را اثبات کند. پس کافی نیست که بر پایه اصل عدم تبرع، شوهر را در هر حال مدعی شماریم، زیرا ظاهر اماره است و بر اصل عملی (عدم تبرع) حکومت دارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ب. ۳۷۴).

## ۲-۷- دعوی اختصاص اموال زوجین

در بیان مصادیق تعارض اصل و ظاهر فرض دیگری که متصور است، اختلاف زوجین در اموال اختصاصی هر یک از ایشان است. در این خصوص روایتی از امام صادق (ع)

<sup>۱</sup> ماده ۳۳۶ ق.م.ا: هر گاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد عامل، مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر این که معلوم شود که قصد تبرع داشته است.  
<sup>۲</sup> تبصره ماده ۳۳۶: «چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌کند.»

آمده است که «... در مورد کالای زوج یا زوجه که یکی از آنها فوت کرده و ورثه‌ی میت، مدعی آن متاع شده‌اند یا این که زوج، زوجه را طلاق داده و درباره‌ی متاع با هم اختلاف نموده‌اند، اگر متاعی باشد که اختصاص به زنان دارد، به زن داده می‌شود؛ اگر متاعی باشد که مختص مردان است، به مرد داده می‌شود، اگر متاع مشترک بین زنان و مردان باشد، بین هر دو تقسیم می‌شود. ... اگر مرد صاحب بیت است متاع کلا برای زوج است؛ مگر آن متاعی که مختص زنان است. اگر متاع از خانه‌ی زوجه به خانه زوج برده شده باشد، متاع برای زوجه است» (کلینی، ۱۴۱۳، ۷، ۱۳۱) (طوسی، بی تا، ۶، ۲۹۸) (حرعاملی، ۱۳۸۱، ۱۷، ۵۲۳-۵۲۴). از این صحیح استفاده می‌شود که اگر عادت بر این باشد که زوجه متاع و جهاز به خانه‌ی زوج می‌برد، به گونه‌ای که اگر از مرد پرسش شود نسبت به آن خبر دهند، حکم به مقتضای این عادت نموده و این ظاهر معتبر است شرعاً و در صورت تنازع حتی بر ید نیز حاکم است؛ زیرا اگر چنین عادتی وجود نداشت، در صورتی که زوج صاحب بیت باشد، حکم به نفع وی داده می‌شود؛ زیرا وی مالک بیت است و هر آنچه که داخل آن است. این گونه حکم کردن به صرف ظهور مطلق ناشی از عادت نیست؛ بلکه به دلیل قوه‌ی ظهور با توجه به منصوص العله بودن آن است (رشتی، بی تا، ۲، ۳۰۰-۲۹۹). باید توجه داشت که عرفی که متصل به عصر معصومین است و منع و ردی بر آن نیز ثابت نشده باشد، به منزله‌ی سنت است و در اخذ آن و تقدم چنین ظاهری تردیدی نیست.

## ۲-۸- دعاوی وجود حمل بعد از طلاق

در طلاق بائن، زن مطلقه مدعی حمل قبل از ظهور حمل و دعاوی او مستند به وجود امارات ظنی که زنان در عرف و عادت به آن استناد می‌کنند می‌باشد. در قبول قول او و وجوب نفقه دو قول است. ظاهر بر قبول قول زوجه مطلقه (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ۶، ۱۷۶-۱۷۷) و قول دیگر مبنی بر اصل عدم حمل، که شرط وجوب نفقه است می‌باشد. زیرا وجوب نفقه به واسطه طلاق بائن منقطع شده و وجوب آن مشروط به حمل است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۷، ۴۷۴). اگر از این امارات ظنی برای ما اطمینان به وجود حمل حاصل گردد طبق اطمینان و علم خود عمل کرده و گرنه به صرف ظن نمی‌توان آن را بر اصل

مقدم نموده و حکم به وجوب نفقه داد. مثلاً از امارات و نشانه‌هایی باشد که در علم پزشکی ثابت شده باشد.

بعد از مطالعه آراء فقها و حقوق دانان در این مورد، می‌توان دلایل تقدم ظاهر بر اصل را به دو دسته تقسیم نمود: ۱- ظاهر راهی به واقع است و اصل صرفاً برای رفع تحیر در مقام عمل است پس ظاهر مقدم است. ۲- مبنای اعتبار ظن غلبه است و ظاهر بر خلاف اصل مبتنی بر غلبه است پس معتبر بوده و بر اصل حاکم است. اصل جایی حجت است که دلیل ظنی دیگری وجود داشته باشد. «الاصل دلیلٌ حیثٌ لا دلیلٌ».

اما پس از بررسی مصادیق تقدم ظاهر بر اصل در دعوی باب نکاح و طلاق مشخص شد که با توجه به اصل عدم حجیت، همه‌ی امارات ظنی نمی‌توانند جانشین قطع شده و معتبر تلقی گردند تنها امارات ظنی که شارع و قانون گذار معتبر دانسته می‌توانند مستند احکام قرار گیرند. درست است که ظاهر حال ممکن است راهی به واقع باشد و بر خلاف اصل صرفاً برای رفع تحیر و سرگردانی نباشد ولی هر گونه دلیل ظنی مبتنی بر غلبه از اعتبار برخوردار نیست و بدون دلیل شرعی معتبر از قلمرو اصل عدم حجیت خارج نمی‌شود. با این توصیف همان گونه که برخی از فقها معتقدند نمی‌توان ظاهر را بدون هیچ گونه قرینه و دلیلی بر اصل مقدم دانست.

### ۳- تحلیل مصادیق تقدم اصل بر ظاهر

میرزا محمد تنکابنی می‌فرماید: بعضاً بین اصل و ظاهر تعارض صورت می‌گیرد. اصحاب گاهی ظاهر را به اصل و گاهی اصل را بر ظاهر مقدم می‌گردانند. مقتضی قاعده تعارض اصل و ظاهر تقدم اصل است زیرا ظاهر مفید ظن و اصل اولیه بر عدم حجیت ظن خصوصاً در موضوعات صرف است (تنکابنی، ۱۳۸۲، ۴۸). صاحب عناوین می‌فرماید: ظاهر توانایی معارضه با اصل را ندارد مگر این که روایت و نصوص بر اعتبار آن ظاهر وجود داشته باشد. و این ظاهر معتبر و دارای حجت شرعی است و بر اصل مقدم می‌گردد. ظواهری که دلیلی بر اعتبار آن‌ها وجود نداشته باشد بر اصل مقدم نمی‌گردد (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ۱، ۱۵۸). و در جای دیگر می‌فرماید: مراد از ظاهر در تعارض اصل و ظاهر، ظاهری است که دلیلی بر اعتبار آن اقامه نشده باشد مانند ظن عادی حاصل از غلبه، در این



صورت اصل مقدم است بر ظاهر، چرا که هنگامی که ظاهر به تنهایی و بدون معارضه هم قابل اعتماد و تکیه نباشد چگونه می‌توان در صورت وجود معارض بر آن اعتماد و تکیه نمود (همو، همان، ۵۹۷ و ۶۰۰). محقق ثانی در این باره می‌نویسد: ثابت نشده است که این ظن از نوع ظن معتبر است و اعتبار این گونه ظنون ثابت نشده است (محقق ثانی، ۱۴۰۹، ۲، ۲۳۸-۲۳۷). مرحوم نراقی در کتاب عوائد الایام می‌فرماید: عمل به اصل - با وجود ظنی که بر خلاف آن اصل وجود دارد و حجیت آن اثبات نشده است - اجماعی است. سپس ایشان در ادامه می‌فرمایند: همان طور که عمل به اصل قبل از ظاهر در غیر معلومات عین سیره‌ی علماست. همان طور هم عمل به اصل بعد از ظن به آن‌ها هم عین سیره علما است (نراقی، ۱۴۱۷، ۳۸۲-۳۸۱). مرحوم کاشف الغطاء در این رابطه می‌فرماید: عادت امامیه بر عدم اعتبار و عدم صلاحیت این نوع ظواهر برای اثبات احکام شرعی است (کاشف الغطاء، بی تا، ۱، ۳۱). محقق داماد در این رابطه می‌فرماید: ظاهر عرفی هر چند از امارات قضائی به حساب می‌آید ولی از اماراتی نیست که در فقه حجیت آن از ناحیه شرع ثابت شده باشد. اگر چنین بود در تعارض اصل و ظاهر، ظاهر همواره مقدم بر اصل بود. «الاصل دلیلٌ حیثٌ لا دلیلٌ» در این جا مقصود از دلیل اماره معتبر است (محقق داماد، بی تا، ۱۸۱).

همان‌طور که ملاحظه شد تمامی اقوال مبتنی بر این امر است که ظاهر مفید ظن است و از طرفی اصل بر عدم حجیت ظن است مگر مواردی که با دلیل شرعی معتبر باشند فلذا در مقام تعارض ظاهر با اصل، ظاهر تاب مقاومت و معارضه را ندارد و همواره اصل مقدم می‌گردد مگر در مواردی که حجیت این ظواهر ثابت شده باشد. که به نظر می‌رسد این قول، قول نیکو و موافق با اصول شرعیه باشد چرا که اصل بر عدم حجیت ظن است مگر با دلیل «ان الظن لایغنی من الحق شیئاً».

حال پس از آشنایی با نظرات و استدلالات این گروه از فقها و حقوق دانان به ذکر و بررسی مصدایق تقدم اصل بر ظاهر خاص دعاوی باب نکاح و طلاق خواهیم پرداخت:

### ۳-۱- دعوی میزان مهریه

اختلافاتی که در باب اقل و اکثر در باب عقود صورت می‌گیرد\_مانند اختلاف بایع و مشتری در مقدار عوضین، اختلاف زوجین در مقدار مهر، مالک و اجیر در مقدار اجرت و ... سخن سخن منکر زیادی است گر چه قول مدعی اکثر موافق ظاهر، ثمن المثل یا مهرالمثل یا اجرت المثل باشد(مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ۲، ۶۰۸). ظاهر بر این است که کمتر از ثمن المثل و مهرالمثل عقد منعقد نمی‌گردد. روایت ابی عبید از امام صادق (ع) که می‌فرمایند: «مردی که زنی را به ازدواج خویش در می‌آورد و هنوز نزدیکی با زن صورت نگرفته است زن مدعی است که صداق او صد دینار است در حالی که زوج معتقد است که مهریه او پنجاه دینار است و بینه‌ای هم موجود نباشد امام فرمودند: سخن سخن زوج همراه یمین است»(حر عاملی، ۱۳۸۱، ۱۵، ۲۸).

### ۳-۲- دعوی تحقق رضاع

تردیدی وجود ندارد که رضاع همانند نسب موجب نشر حرمت می‌گردد. قال رسول الله (ص): «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»(همو، همان، ۱۴، ۱۲۴). بحثی که این جا مطرح می‌شود این است که آیا برای نشر حرمت به حمل و لبن اکتفا شود و یا در آن ولادت شرط است؟ دو قول وجود دارد. قول دوم بنا بر قول اکثر فقهاست. اکتفاء بر حمل زمانی که زوجه مطلقه باشد و یا این که زوج فوت نموده و از او صاحب حمل و لبن گردیده سپس با فرد دیگری ازدواج نموده و از هم صاحب حمل شده و در حالی که لبن سابق بدون این که زیاد شده باشد استمرار داشته است بنا بر اصل عدم حدوث منسوب به فحل اول است. اما در صورتی که لبن افزایش یافته باشد امکان استناد به فحل دوم نیز وجود دارد اختلاف است که آیا برای فحل اول است یا فحل دوم؟ بنا بر اصل برای فحل اول و ظاهر لبن برای هر دو فحل، اصل و ظاهر با هم تعارض نموده که شهید بنا بر قولی که از شافعی نقل شده اگر چهل روز از حمل دوم بگذرد طبق عمل به ظاهر لبن برای هر دو فحل است زیرا زیادی به سبب حمل دوم است در نتیجه لبن برای هر دو فحل است سپس شهید می‌فرماید این قول و اکتفاء به حمل قول موجه است(شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۷، ۲۱۱). برخی دیگر قائل به این هستند که در مقابل اصل به ظاهر توجه و التفاتی نمی‌شود تا این که اکتفاء به حمل نماییم(آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ۳، ۱۴۶).

## ۳-۳- دعاوی واقعه

هرگاه زن باکره با شوهرش خلوت نماید و زن ادعای نزدیکی و واقعه و در نتیجه ثبوت تمام مهر را نماید و شوهر منکر واقعه و ثبوت تمام مهر گردد. قول اکثر فقهاء مبنی بر عمل به اصل عدم واقعه و تقدم قول زوج تا زمانی که خلاف آن ثابت شود (طوسی، ۱۳۸۷، ۴، ۳۱۸) (حلی، ۱۴۱۲، ۷، ۱۵۷-۱۵۵) (حلی، ۱۴۰۵، ۴۳۹) (حلی، ۱۳۸۹، ۲، ۳۳۳) (حلی، ۱۳۸۳، ۲۱۶) (طباطبایی، ۱۴۲۰، ۷، ۱۶۴-۱۶۳) (بحرانی، ۱۴۲۳، ۲۴، ۵۸۴) و شهید ثانی می‌فرماید اقوی تقدیم اصل بر ظاهر ظن است (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۷، ۲۱۱). بنابراین با تقدم قول زوج و سوگند وی بر عدم واقعه، آثاری بر آن مترتب است که عبارت‌اند از: ۱- بائن بودن طلاق (به علت وقوع طلاق قبل از نزدیکی) ۲- زوجه عده ندارد ۳- با توجه به بائن بودن طلاق، پس از طلاق نفقه‌ای به زن تعلق نمی‌گیرد ۴- تنصیف مهر و عدم استحقاق زوجه نسبت به نصف دیگر مهریه.

همان‌طور که قبلاً نیز ذکر نمودیم ادله این قول مبنی بر تقدم اصل، بر این مبنا است که ظاهر مفید ظن است و از طرفی اصل بر عدم حجیت ظن است مگر مواردی که با دلیل شرعی معتبر باشد. فلذا در مقام تعارض اصل با این ظاهر، ظاهر تاب مقاومت و معارضه را ندارد و همواره اصل مقدم می‌گردد مگر مواردی که ظاهر مستند به دلیل شرعی و معتبر باشد.

## نتیجه‌گیری

بحث تعارض اصل و ظاهر یکی از موضوعات مهم و تأثیرگذار در جریان دادرسی است. این موضوع پس از یأس و ناامیدی دارس از سایر ادله‌ی معتبر حاصل می‌شود. اگر ظاهر مستفاد و مستنبط از قرائن و اوضاع و احوال موجود در آن موضوع باشد، فقها و حقوق دانان در تقدم این ظاهر بر اصل تردید کرده‌اند. عده‌ای به دلایلی همچون طریق به واقع بودن ظواهر و اتکاء بر اغلبیت معتقد به تقدم ظاهر بر اصل هستند. و تعدادی به دلیل معتبر ندانستن ظواهر عرفی، اصل را بر چنین ظواهری مقدم می‌دانند. و عده‌ای دیگر نیز قائل به تفصیل شده‌اند و با توجه به مورد دعوا اصل یا ظاهر را مقدم می‌دارند. اما آنچه که مسلم است این است که با توجه به اصل عدم حجیت ظن مطلق، دلایل ظنی اصولاً بر اساس این اصل فاقد اعتبار و حجت هستند جز در مواردی که به دلایل

خاص از شمول این اصل خارج شده‌اند. در این پژوهش با در نظر گرفتن نظرات و اقوال فقها و حقوق دانان برجسته به بررسی دعاوی و اختلافات باب نکاح و طلاق در مقام تعارض اصل و ظاهر پرداخته شد و با جمع بندی این اقوال و همچنین با در نظر گرفتن اصل عدم حجیت ظن مطلق، می‌توان چنین نتیجه گرفت که در این دسته از دعاوی آن ظواهری که مؤید به شرع و قانون‌اند مسلماً بر اصل مقدم‌اند. اما پاره‌ای از «ظواهر حال، قرائن و اوضاع و احوال فاقد این تأیید» می‌توانند مستند به «ماده ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ ق.م.» و با توجه به آراء و نظرات و ملاک‌های اصولی و فقهی، عرف و عادت و منطق و بنای عقلانی مورد بررسی و تدقین قاضی و یا مجتهد قرار گرفته، در صورتی که موجبات اقناع ایشان را فراهم آورد به آن تمسک جسته، این دسته از ظواهر را بر اصول عملیه مقدم بدانند. بنابراین اهمیت بالای دعاوی باب نکاح و طلاق و همچنین اصل عدالت در رسیدگی قضائی اقتضاء می‌کند که در صورت تعارض اصل و ظاهر در این گونه دعاوی، دادرس به صورت موردی به این دعاوی رسیدگی کند و با توجه به اوضاع و احوال و شرایط خاص هر دعوا، در صورت اقناع، نسبت به تقدم اصل یا ظاهر و تشخیص مدعی از مدعی علیه تصمیم مناسب اتخاذ بکند و در صورت عدم اقناع، با توجه به اصل عدم حجیت، نسبت به تقدم اصل اقدام بکند.

📖 کتابنامه :

- \* قرآن کریم
- ۱- آخوند خراسانی، محمدکاظم، **کفایه الاصول**، مؤسسه نشر اسلامی ۱۴۰۶ق، قم.
  - ۲- آل بحرالعلوم، سید محمد، **بلغه الفقیه**، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق، چاپ چهارم، تهران.
  - ۳- ابن ادریس، محمدبن احمد، **السرائر**، المطبعه العلمیه، ۱۴۲۹ق، قم.
  - ۴- ابن بابویه، محمدبن علی، **من لایحضره الفقیه**، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۱۳ق، تهران.
  - ۵- ابن براج، عبدالعزیز، **المهذب**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ق، قم.
  - ۶- ابن منظور، محمدبن مکرم، **لسان العرب**، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ق، بیروت.
  - ۷- امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۵۲، تهران.
  - ۸- بحرانی، یوسف، **الحدائق الناظره**، مؤسسه نشراسلامی، بی تا، قم.
  - ۹- بحرانی، یوسف، الدرر النجفیه، **دارالمصطفی الاحیاء التراث**، ۱۴۲۳ق، بیروت.
  - ۱۰- تنکابنی، میرزاحمد، **تأسیسات در قواعد فقهی**، دارالعلم بهبهانی، ۱۳۸۲ش.
  - ۱۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، گنج دانش، ۱۳۸۰ش، تهران.
  - ۱۲- حاتمی و زبرجد، علی اصغر و سیده فاطمه، **اجرت المثل ایام زوجیت و نحله با نگرشی بر قانون حمایت خانواده اسفند ۱۳۹۱**، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، بهار ۱۳۹۴، دوره هفتم، شماره اول.
  - ۱۳- حبیبی تبار، جواد، **گام به گام با حقوق خانواده**، نشر خرم، ۱۳۸۰ش، تهران.
  - ۱۴- حرعاملی، محمدبن حسن، **وسائل الشیعه**، منشورات مکتبه الاسلامیه، ۱۳۸۱، چاپ ششم، تهران.
  - ۱۵- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، **ارشاد الاذهان الی احکام الایمان**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق، چاپ اول، قم.
  - ۱۶- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، **مختلف الشیعه**، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۲ق، چاپ اول، قم.
  - ۱۷- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، **مختصرالنافع**، منشورات مکتبه الاهلیه، ۱۳۸۳ش، بغداد.

- ۱۸- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۸۳ق، چاپ اول، قم.
- ۱۹- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، تذکره الفقهاء، مکتب المرتضویه، بی تا، چاپ سنگی، قم.
- ۲۰- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، شرایع الاسلام فی مسائل حلال و الحرام، ۱۳۸۹ق، نجف اشرف.
- ۲۱- حلی، یحیی بن سعید، جامع الشرائع، مؤسسه سیدالشهداء، ۱۴۰۵ق، قم.
- ۲۲- خوئی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق، قم.
- ۲۳- رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب تاقضاء، منشورات دارالقرآن الکریم، بی تا، قم.
- ۲۴- شهید اول، محمد مکی عاملی، اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، مرکز بحوث الحج و العمرة، ۱۴۰۶ق، تهران.
- ۲۵- شهید اول، محمد مکی عاملی، قوائد الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، تحقیق سید عبدالهادی الحکیم، منشورات مکتبه المفید، بی تا، قم.
- ۲۶- شهید اول، محمد مکی عاملی، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، جلد ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ق، قم.
- ۲۷- شهیدثانی، حسن بن زین الدین، تمهیدالقوائد، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۶ق، قم.
- ۲۸- شهیدثانی، حسن بن زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد ۲ و ۳، انتشارات داورى، ۱۴۱۰ق، چاپ اول، قم.
- ۲۹- شهیدثانی، حسن بن زین الدین، مسالک الافهام، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق، چاپ اول، قم.
- ۳۰- صفایی و امامی، سید حسن و اسدالله، مختصر حقوق خانواده، انتشارات دادگستر، ۱۳۷۶ش، تهران.
- ۳۱- طباطبایی، محمدکاظم، العره الوثقی، مؤسسه نشراسلامی، ۱۴۲۰ق، قم.
- ۳۲- طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل فی بیان احکام بالدلائل، دارالهادی، ۱۴۱۲ق، بیروت.
- ۳۳- طباطبایی، محمدحسین، دلیل المیزان فی تفسیر القرآن، بیان، ۱۳۶۲، تهران.
- ۳۴- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسین، تهذیب الاحکام، دارالتعارف، بی تا، بیروت.
- ۳۵- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسین، النهایه، دارالکتب العربی، ۱۳۹۰، بیروت.
- ۳۶- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسین، مبسوط فی فقه الامامیه، مکتبه الرضویه لاحیاء آثار الجعفریه، ۱۳۸۷، تهران.

- ۳۷- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسین، **الخلافا**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق، قم.
- ۳۸- فاضل هندی، بهاء الدین، **کشف اللثام**، جلد ۷، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ق، قم.
- ۳۹- فهیمی و زندوکیلی، عزیزالله و محمدرضا، **بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر در فقه و حقوق**، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۰ش، سال ۷۵، شماره ۷۳.
- ۴۰- فخرالمحققین، شیخ ابی طالب، **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القوائد**، جلد ۳، علمیه، ۱۳۷۸، قم.
- ۴۱- قنواتی و جعفری، جلیل و اسماعیل، **تعارض اصل و ظاهر**، پژوهش نامه اندیشه های حقوقی، ۱۳۹۱ش، دوره ۱، شماره ۲.
- ۴۲- کاتوزیان، دکترناصر، **اثبات و دلیل اثبات**، جلد ۱ و ۲، میزان، ۱۳۸۳ الف، تهران.
- ۴۳- کاتوزیان، دکترناصر، **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۴، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸ش، تهران.
- ۴۴- کاتوزیان، دکترناصر، **حقوق خانواده**، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳ب، تهران.
- ۴۵- کاشف الغطاء، محمدحسین، **تحریر المجله**، مکتبه النجاج، بی تا، تهران.
- ۴۶- کلینی، محمدبن یعقوب، **الکافی**، ناشر دارالاضواء، ۱۴۱۳ق، چاپ اول، بیروت.
- ۴۷- گیلانی قمی، ابی القاسم بن حسن، **جامع الشتات**، شرکه الرضوان، بی تا، تهران.
- ۴۸- محقق اردبیلی، احمدبن محمد، **مجمع الفائده و البرهان**، جلد ۱۲، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ق، قم.
- ۴۹- محقق ثانی، علی بن حسین الکرکی، **جامع المقاصد فی شرح القوائد**، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱ق، چاپ اول.
- ۵۰- محقق ثانی، علی بن حسین الکرکی، **رسائل محقق کرکی**، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۹ق، قم.
- ۵۱- محقق داماد، سیدمصطفی، **بررسی فقهی حقوق خانواده**، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۱ش، تهران.
- ۵۲- محقق داماد، سیدمصطفی، **مباحثی از اصول فقه**، مرکز نشر علوم اسلامی، بی تا، تهران.
- ۵۳- محمدی خراسانی، علی، **شرح رسائل شیخ انصاری**، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۱، قم.
- ۵۴- مراغه ای، میرعبدالفتاح، **العناوین**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق، قم.
- ۵۵- مظفر، محمدرضا، **اصول فقه**، دارالنعمان، ۱۴۰۳ق، بیروت.
- ۵۶- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، **مجموعه آراء فقهی در امور حقوقی (نکاح ۲)**، ۱۳۸۲ش، جلد ۴، قم.

- ۵۷- مقدس اردبیلی، احمد، **مجمع الفائده و البرهان**، چاپ جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق، قم.
- ۵۸- موسوی خمینی، روح الله، **تحریر الوسیله**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق، چاپ هفتم، قم.
- ۵۹- میرزای قمی، ابی القاسم بن حسن الجیلانی قمی، **جامع الشتات**، شرکت الرضوان، بی تا، تهران.
- ۶۰- میرزای قمی، ابی القاسم بن حسن الجیلانی قمی، **قوانین الاصول**، انتشارات علمیه اسلامی، بی تا، چاپ سنگی، تهران.
- ۶۱- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسین، **جواهر الکلام**، جلد ۳۱، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۶۶ش، تهران.
- ۶۲- نراقی، احمد بن محمد مهدی، **عوائد الایام**، مرکز نشر التابع المکتب الاعلام الاسلام، ۱۴۱۷ق، چاپ اول، قم.