

## تقدم اصل و ظاهر بر یکدیگر در فقه شیعه و حقوق موضوعه ایران<sup>۱</sup>

ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی<sup>۲</sup>

دانشیار گروه الهیات- فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران

سمیه نجفی کشکولی<sup>۳</sup>

دانش آموخته کارشناسی ارشد، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران

### چکیده

یکی از مباحث بسیار پر کاربرد و بنیادین در فقه اسلامی و به تبع آن در حقوق اسلام، مسأله تعارض اصل و ظاهر و برتری هر کدام بر دیگری می باشد. ظاهر در معنا دلیلی است که ظن بر اساس طبیعت امور را پدید می آورد که از قرینه‌هایی سرچشمه می گیرد. در برابر، اصل، دلیلی است که برای فصل خصومت و رفع سردرگمی بکار می رود، بدون این که در صدد کشف واقع بوده و ظن به آن را پدید آورد. در حل تعارض این دو نهاد فقهی و حقوقی، بسیاری از اندیشمندان از باب قاعده‌ی تقدّم امارات معتبر بر اصول، ظاهر را مقدم می دانند، برخی نیز اصول را بر امارات مقدم می دارند. حقوق نیز متأثر از فقه در قوانین موضوعه، امارات معتبر را بر اصول مقدم دانسته است که با روند تبعیت حقوق از فقه این امر کاملاً طبیعی است. این پژوهش در صدد آن است که ضمن بررسی مفاهیم مرتبط و آشنایی با مباحث اساسی آنها، کلیت این قاعده را با پرسش روبه‌رو سازد و به این پرسش پاسخ دهد که یک حقوقدان یا قاضی، هنگام مواجهه با ظاهر و اصل متعارض، باید کدامیک را بر دیگری مقدم سازد و اصل، بر برتری کدامیک بر دیگری می باشد.

**کلیدواژه‌ها:** اصل، ظاهر، تعارض، استصحاب، اصل عدم، اصل صحت.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۹/۱۳ تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۳/۵

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): alishahi@yu.ac.ir

۳. پست الکترونیک: somayenajafi92@gmail.com

## ۱. مقدمه

از مسائل پیچیده در ادله‌ی اثبات دعوا در حقوق اسلام و حقوق موضوعه مسأله‌ی تعارض اصل و ظاهر است. این پیچیدگی اصل و ظاهر دارای علت‌های مختلفی است؛ یکی از علت‌ها این است که ادله‌ی اثبات احکام شرعی با ادله‌ی اثبات احکام حقوقی، تفاوت دارد؛ زیرا ادله‌ای که احکام شرعی را ثابت می‌کنند، منحصر در قرآن، سنت، اجماع و عقل است اما ادله‌ی اثبات کننده‌ی احکام حقوقی (حقوق موضوعیه) که عمدتاً از نیازهای اجتماعی نشأت می‌گیرند، بسیار گسترده‌تر است و دلایلی هم‌چون قیاس، عرف، رویه‌ی قضایی، دکترین و... را در بر می‌گیرند که در کنار متن قانون بکار می‌روند. علت دیگر، آن است که فقیه برای بدست آوردن احکام شرعی احتیاط بسیاری می‌کند؛ زیرا می‌خواهد این حکم را به خدا نسبت دهد؛ پس باید بسیار مواظب باشد تا سخنی بیهوده به خداوند نسبت ندهد. علت سوم آن است که فقیه می‌کوشد تا حد ممکن از راه علم یا ظنی که مورد تأیید شارع است به حل قضایا پردازد در حالی که دست یافتن به چنین خواسته‌ای بسیار دشوار است. به خصوص که هر چه از عصر امامت فاصله می‌گیریم، ادله علمی پاسخگوی نیازهای جامعه نمی‌باشد. یک حقوقدان و قاضی نمی‌تواند با صبر و تأمل بیش از حد، در انتظار کشف حقیقت باشد، بلکه باید در صدد حل قضایی مشکلات و فصل خصومت باشد،<sup>۱</sup> با گذشت زمان و نیازهای مردم، فقها را بر آن داشت تا از تقسیم‌بندی دلایل به قطع و ظن معتبر، دست بردارند و دامنه‌ی دلایل را گسترش دهند. تا با گسترش دامنه‌ی اصول عملیه در ابتکار راه‌های دیگر سعی کنند تا هرچند بصورت ظاهری، احکام شرعی را بدست آوردند تا اختلاف مردم را حل کنند. طبیعی است که فقها در این راه فقط به منابع شرعی توجه نداشتند بلکه به دلایل عرفی نیز که مخالفت آشکاری با منابع شرعی نداشت، استناد کرده- اند.

۱. حایری یزدی، عبد الکریم، درر الفوائد، تقریر از محمد طباطبایی فشارکی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۹۹.

از سوی دیگر قانون‌گذار ایران در نخستین دوره‌های قانون‌گذاری که به تدوین قانون مدنی دست زد بشدت تحت تاثیر قواعد شرعی قرار داشت و ادله‌ی اثبات دعوا از این قاعده، مستثنا نبود، همان‌گونه که نویسندگان آشنا با قوانین خارجی از محتوای این قوانین هم غافل نماندند. نتیجه‌ی این آمیختگی میان حقوق اسلام و حقوق عرفی و حقوق خارجی که در برخی موارد با هم اختلاف داشتند، سبب شد نظام ادله‌ی اثبات دعوا در پاره‌ای از موارد دچار ابهام گردد که از جمله‌ی این ابهام‌ها مسئله تعارض اصل و ظاهر و تقدم یکی بر دیگری می‌باشد که در این زمینه اظهار نظرهای متفاوتی شده است که هیچ‌یک از این نظریه‌ها بدون تعرض نهاده است. و بیشتر جنبه نظری و تئوری دارد. که این اختلاف آراء منجر شده در متون فقهی و حقوقی و رویه قضایی کشور، ملاک و رویه مشخصی برای ترجیح ظاهر بر اصل و یا برعکس وجود ندارد. که بررسی آن بر عهده این قلم است که ابتدا مصادیق ظاهر و اصل را بیان و سپس به بررسی تعارض آن می‌پردازیم.

## ۲. مفهوم شناسی اصل و ظاهر

### ۲.۱. مفهوم ظاهر

ظاهر در اصل به معنای قوت و پدیداری چیزی می‌باشد که غلبه و برتری در آن است<sup>۱</sup> و در قرآن نیز در همین معنای برتری و غلبه بکار رفته است،<sup>۲</sup> ظهور در برابر چیز نهان بکار می‌رود.<sup>۳</sup>

۱. ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبد السلام محمد هارون، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ج ۳، ۱۴۰۴ق، ص ۱۷۱.

۲. فَأَيَّدْنَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَىٰ عَدُوِّهِمْ فَأَصْبَحُوا ظَاهِرِينَ: ما کسانی را که ایمان آورده بودند در برابر دشمنان تقویت کردیم، و سرانجام بر آنها غالب شدند (صف/۱۴).

۳. فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، قم، مؤسسه دار الهجرة، ج ۴، ۱۴۱۰ق، ص ۳۷.

دانشمندان اصولی گاه ظاهر را در معنای ظاهر الفاظ بکار برده‌اند؛ یعنی چیزی که دلالت آن برتری و ترجیح دارد<sup>۱</sup> پس ظهور اصلی است که حکم می‌کند هرگاه چنین لفظی به کار گرفته شد، گرچه احتمال خلاف در آن باشد لیکن تا قرینه‌ای دال بر آن یافت نشود نباید به این احتمال توجهی کرد بلکه باید لفظ را بر معنای ظاهر حمل نمود با توجه به تعریف ظاهر و کلیتی که در آن است همه اصول لفظیه را در بر می‌گیرد. مانند ظهور لفظ عام در عموم و یا ظهور لفظ در معنای حقیقی که اصطلاحاً به آن (اصاله الظهور) گفته می‌شود<sup>۲</sup> ظاهر در این معنا از اصول لفظی به‌شمار می‌آید<sup>۳</sup> و ارتباطی با اصطلاح ظاهر در برابر اصل ندارد. درباره‌ی معنای اصطلاحی ظاهر دیدگاه‌های گوناگونی وجود دارد:

اول: ظاهر به پدید آورنده‌ی گمان گفته می‌شود و بر خلاف اصل است و اصل حکمی برآیند دلیلی عقلی یا نقلی می‌باشد.<sup>۴</sup> این گمان برگرفته از چیزهایی مانند فعل و کردار مسلمان است که بر صحت و درستی بار می‌شود؛ مثل اینکه دعوا این باشد که پول کالا، شراب یا عصیر عنبی است، یا ظاهر بر صحیح انجام گرفتن معاملات بیشتر مردم است، مانند این نزاع که معامله در کدام حال از صغر یا کبر، دیوانگی یا عاقل بودن شخص واقع شده است. قرینه‌ها چنین گمانی را پدید می‌آورند، مانند حضور خریدار به هنگام وزن کالا که موجب تقدیم قول فروشنده می‌شود، مبنی بر اینکه کالا به اندازه‌ی داده شده است.<sup>۵</sup>

۱. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، قوانین الاصول، قم، چاپ سنگی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۷۸.
۲. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، قم، موسسه النشر الاسلامی، ج ۱، بی تا، صص ۷۵-۷۶.
۳. وگاهی به معنای دلالت سبب بر مسبب است؛ زیرا وقتی چیزی، علامت و نشانه برای چیز دیگری قرار گیرد، گفته می‌شود که دال، ظهور در مدلول دارد همان‌گونه که پدیدگی رنگ، بر اضطراب درونی ظهور دارد و این سبب ممکن است عملی باشد که از دیگری سر زده است. هرچند وقتی سخن از ظاهر به میان می‌آید، معنای دوم به ذهن خطور می‌کند ولی مبنای اعتبار هر دو یکسان است؛ یعنی ظاهر هم الفاظ و هم غیر آن را شامل می‌شود.
۴. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات، تحقیق از مرتضی رضوی، تهران، سازمان انتشارات کیهان، ۱۳۷۵ش، ص ۳۷۷.
۵. همان، صص ۳۲۴-۳۲۵.

دوم: ظاهر کلامی آشکار، دارای معنای مقصود متبادر است، قطعی و صد در صدی نیست بلکه احتمال خلاف ضعیفی دارد که عرف و عاقلان و اهل محاوره به احتمال خلاف تکیه نمی‌کنند، بنابراین ظاهر در اینجا در برابر نص بکار می‌رود.<sup>۱</sup>

سوم: چیزی که وقوع مقابل آن نادر و اندک است، مانند آمدن فروشنده و خریدار به همراه هم و اختلاف در تفرق پس از بیع است و زمان زیادی از معامله می‌گذرد که عدم تفرق و جدایی این دو در این زمان طولانی از امور نادر بشمار می‌آید.<sup>۲</sup>

چهارم: هر چیزی که دارای حجت فعلی باشد از این نگاه امارات (ظواهر) موضوع اصول را بر می‌دارند و آنها را از حجیت فعلی ساقط می‌کنند.<sup>۳</sup>

پنجم: ظاهر به معنای مطابقت با طبیعت امور است؛ اصل صحت قراردادها، ظاهر است، چون طبیعت هر قراردادی به صورتی است که به شکل صحیح انجام می‌شود. عرف، ظاهر است؛ زیرا طبیعت کارها آن است که مطابق عرف صورت می‌گیرد. اصل لزوم قراردادها، ظاهراست، چون طبیعت قراردادها به گونه‌ای است که به شکل لزوم، انجام می‌شود. قیاس، ظاهر است زیرا طبیعت امور بر آن است که هرگاه حکم کلی برای موضوعی بدست آمد، موضوعات مشابه نیز تابع همان حکم باشند.<sup>۴</sup>

ششم: ظاهر به معنای دلیل ظن‌آور است و ظن به معنای خروج از مرحله‌ی تردید می‌باشد، اما گاهی این ظن به تأیید شارع رسیده است، مانند سند، اقرار، شهادت، که در این صورت دلیل به معنای خاص می‌باشد. ظاهر، ذاتا ظن‌آور است و در صورت تأیید شارع اعتبار آن نیز باقی است؛ بنابراین اماره‌ی نسبی تا زمانی که خلاف آن اثبات نشده است،

۱. حایری، محمد حسین، الفصول الغریبه فی الاصول الفقہیہ، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیہ، ۱۴۰۴ق، ص ۱۸۹.

۲. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل‌البیت، ج ۷، ۱۴۱۱ق، ص ۳۷۳.

۳. یزدی، محمد کاظم، تکملة العروة الوثقی، تحقیق از محمد حسین طباطبایی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۵؛ بجنوردی، حسن، القواعد الفقہیة، تصحیح مهدی مهریزی - محمد حسن درایتی، قم، نشر الهادی، ج ۳، ۱۴۱۹ق، ص ۷۸.

۴. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۰ش، ص ۴۷.

دارای اعتبار می‌باشد مگر این‌که شارع و قانون‌گذار اعتبار ظن را حتی در صورت کشف خلاف هم معتبر بدانند که امارات مطلق و اعتبار امر مختمومه از این قبیل هستند. با وجود تفاوت در تعریف اصطلاحی ظاهر، امارات را در بر می‌گیرد، در برابر اصل عملی قرار گرفته و در مواقعی به حکم عرف و غالب، برای دادرسی ایجاد ظن می‌کند و اگر قانون‌گذار آن را معتبر دانسته باشد، حجت است.

در نگاه حقوقدانان ظاهر به معنای مطلق اماره یعنی اعم از اماره‌ی قانونی و قضایی است<sup>۱</sup> بنابراین نسبت بین اماره و ظاهر، عموم و خصوص مطلق است، هر اماره یک ظاهر است ولی هر ظاهر، اماره نیست. در اماره قانونی یک ظهور وجود دارد که از غلبه ناشی می‌شود. اما در امارات قضایی ظهوری وجود دارد که از غلبه نشأت نگرفته است. بلکه ناشی از تعاون قراین و شرایط و اوضاع و احوال است. هم چنین ظاهرهایی است که نه عنوان اماره قضایی دارد و نه عنوان اماره قانونی. ماده‌ی ۱۳۲۲ قانون مدنی، امارات قانونی را چنین تعریف می‌کند: «امارات قانونی اماراتی هستند که قانون آنها را دلیل بر امری قرار داده است. مثل امارات مذکور در این قانون از (قبیل مواد ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۵۸، ۱۱۵۹، و سایر امارات مطروحه در قوانین دیگر.)» البته منحصر کردن ظاهر در امارات قضایی و قانونی درست نیست؛ زیرا ظواهر منحصر در امارات نیستند. مثلاً هرگاه هیچ دلیل، اماره و اصلی برای حل قضیه نباشد، گفته می‌شود: باید به سخن گوینده اعتماد کرد (لا یعلم الا من قبله)<sup>۲</sup>

۱. کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ص ۱۴.

۲. یادآوری این نکته بایسته است که در فقه مواردی از این دسته شمرده شده‌اند، برای نمونه اگر رهن دهنده بدهی - های گوناگونی به شخصی داشته باشد که در برابر برخی گرو گذاشته و برخی از آنها گروی ندارند. اگر پولی بدهد و ادعا کند که برای آن بدهی است که گرو گذاشته است قولش پذیرفته می‌شود؛ زیرا در اینجا اختلاف بر سر قصد است که تنها از ناحیه‌ی او فهمیده می‌شود. شهید ثانی، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق از محمد کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، ج ۴، ۱۴۱۰ق، ص ۹۵. موارد دیگری نیز وجود دارد که از این دسته بشمار می‌آیند. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، قم، انتشارات دار المکتب اسلامی، ج ۶، ۱۳۶۷ش، ص ۱۷۶؛ ج ۱۵، ص ۳۲۸؛ ج ۲۱، ص ۱۱۷؛ ج ۲۲، ص ۲۳۷.

و سخن او ظهور در واقع دارد اما این ظهور حتی در مرتبه‌ای پس از اصل عملی قرار می‌گیرد و تنها به خاطر مصلحت به آن عمل می‌شود. البته اعتبار دلیل به خاطر ظهور آن نیست و گرنه در مرتبه‌ای بالاتر از اصل عملی قرار می‌گرفت و حتی ممکن است در موردی قانون-گذار دلیلی را به عنوان اماره معرفی کرده باشد اما در واقع اماره نباشد؛ که می‌توان آنرا «فرض قانونی» دانست. مثلاً ماده‌ی ۱۳۲۲ قانون مدنی، ماده‌ی ۱۰۹ را از مصادیق امارات قانونی دانسته و چنین آمده است: «دیواری که ما بین دو ملک، واقع است، مشترک ما بین صاحب دو ملک محسوب می‌شود مگر این که قرینه یا دلیلی بر خلاف آن موجود باشد». البته گروهی از حقوق‌دانان این ماده را مصداق اماره‌ی تصرف دانسته‌اند<sup>۱</sup> هرچند دیوار مشترک نه بر پایه‌ی غلبه و نه بر اساس ظن، دلالتی بر مالکیت دو همسایه ندارد<sup>۲</sup> علت قرار گرفتن اماره‌ی قانونی در زمره‌ی ظواهر، آن است که گروهی، اعتبار اماره‌ی قانونی را بر پایه‌ی ظنی که از آن به دست می‌آید، استوار ساخته‌اند و این دیدگاه در میان فقها نیز وجود دارد.<sup>۳</sup>

همان گونه که ذکر کردیم، اماره‌ی قانونی یک ظهوری که از غلبه ناشی می‌شود که تفاوت اماره‌ی قانونی و قضایی در همین غلبه است بنابراین در امارات قضایی چنین ظهوری وجود ندارد، بلکه ناشی از تعاون، قرائن، شرایط، اوضاع و احوال است. مقصود از غلبه در امارات قانونی این است که بیشتر افراد یک صنف در یک اثر، مشترک باشند و در عین حال وجود آن اثر در مانده‌ی افراد و نمونه‌های آن صنف و رسته مجهول باشد و رفع جهل هم میسر نشود و برای تعیین تکلیف آن مجهول از نظر قضایی ضرورتی در پیش باشد.<sup>۴</sup> به نظر می‌رسد این دو دیدگاه به ظنی بودن اماره نظر دارند اما یکی مستقیماً و دیگری غیر مستقیم آن را دخالت می‌دهد و غالب تصرفات، دلیل مالکیت هستند (ماده ۳۵ قانون مدنی). مثلاً

۱. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۱ش، ص ۷۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۱ش، ص ۶۷۳.

۳. میرزای قمی، قوانین الاصول، ص ۶۸۵.

۴. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۶۶۴.

درست است که بیشتر معاملات تجار، تجاری است (ماده ۵ قانون تجارت) اما معاملاتی تاجر سبب ظن به تجاری بودن آن می‌شود. در هر حال امارات یکی از مصادیق ظاهر می‌باشند. با توجه به معانی ذکر شده مقصود از ظاهر در اصطلاح فقهی «ظاهر حال» گفته می‌شود، آن شواهد، قرائن 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 اینجا مقصود از دلیل، اماره معتبر است و لذا هرگاه بر شخصی، سبب حصول اطمینان باشد بر اصل مقدم است.

## ۲.۲. مفهوم اصل

اصل (principle) در لغت به پایه و اساس چیزی گفته می‌شود که استوار، ثابت و دارای ریشه باشد،<sup>۱</sup> در اصطلاح، معانی گوناگونی دارد، فقها در مقام تمایز میان مدعی و منکر درباره‌ی اصل و ظاهر سخن گفته و مدعی را کسی می‌دانند که سخنش مخالف با ظاهر یا اصل باشد. در اینجا میان اصل و ظاهر به نوعی جمع شده، ولی اصل را به صورت مشخص معرفی نکرده‌اند و بسیاری از آنان به صورت مجمل از آن گذشته‌اند.<sup>۲</sup> برخی از فقیهان به اصل به گونه‌ی مختصر پرداخته‌اند، برای نمونه شهید ثانی برای اصل، چهار معنا را برگزیده است:

۱. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۱، ص ۱۰۹؛ ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر الادب و الحوزة، ج ۱۱، ۱۴۰۵ق، ص ۱۶.

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، انتشارات وابسته به جامع مدرسین حوز علمیه، ج ۳، ۱۴۱۳ق، ص ۴۰۴.

دلیل، راجح، استصحاب و قاعده<sup>۱</sup> در دیدگاهی، «فرع» هم به این معانی افزوده شده است.<sup>۲</sup> بنابراین نیاز است که معنای اصل نیز بررسی گردد:

اول: اصل بنا بر یک دیدگاه، معنای عام دارد و اصول لفظیه مانند اصالت اطلاق، عموم و امارات مانند اصل صحت و ید را شامل می‌شود.<sup>۳</sup> این اصول در تفسیر قانون کاربرد وسیعی دارند و به عنوان دلیل بدست آوردن احکام شرعی و حقوقی بکار می‌روند همان گونه که در دادرسی در مقام کشف اراده‌ی طرفین دعوا و بدست آوردن معنای الفاظ به آن نیاز می‌باشد. اصل به این معنا کاشف از چیزی نبوده و مجهولات قضا را کشف نمی‌کند؛ تنها دستورالعملی عرف یا قانون‌گذار است که در بحث تعارض اصل و ظاهر، شناخت مدعی و دیگر مسائل اهمیت دارد.

دوم: اصل به معنای راجح و ظاهر است، مثل اصل حقیقت، هنگامی که امر مردد باشد میان اینکه کلامی را بر معنای حقیقی آن یا بر معنای مجاز حمل کنند، حمل بر حقیقت اصل است یعنی ترجیح و برتری دارد و حقیقت معنای روشن و ظاهر کلام است.<sup>۴</sup> سوم: اصل همان فرض قانونی می‌باشد که «تقدیر شرعی» نیز می‌نامند. این فرض قانونی ریشه در حقوق غرب دارد و آن را چنین تعریف کرده‌اند: پیش فرضی که امری را واقعی تلقیمی کند بدون توجه به واقعی بودن یا نبودنش. بنابراین دیدگاه، تعداد اصول عملیه

۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی، تمهید القواعد الاصولیة و العربیة لتفریع قواعد الاحکام الشرعیة، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۶ق، ص ۳۲.

۲. حکیم، محمد تقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۳۹۰ق، ص ۳۹.

۳. محقق داماد، مصطفی، اصول فقه، مشهد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۰ش، ص ۲۶. در زبان امام صادق (ع) به قاعده‌ی قرعه اصل گفته شده است، در روایتی درباره تشخیص ارث فردی که جنسیت آن مشخص نیست، امام (ع) پیشنهاد قرعه می‌دهد و در پایان می‌فرماید: هیچ مورد اختلافی میان دو نفر نیست مگر اینکه پایه و ریشه‌ی آن در قرآن بازگو شده است؛ «قال: ما من امر یختلف فیہ اثنان إلا و له أصل فی کتابه الله و لکن لا تبلغه عقول الرجال». حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تحقیق مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام لاحیاء التراث، قم، مؤسسه آل‌البیت، ج ۲۶، ۱۴۱۴ق، ص ۲۹۴.

۴. تهبانوی، محمد علی، کشف الاصطلاحات الفنون و العلوم، بیروت، مکتب اللبنان الناشر، ۱۹۹۶م، ص ۹۵.

بسیار زیاد می‌شود و هر جا که علم عادی و ظن معتبر نباشد، باید به سراغ اصلی عملی رفت، مانند اصل استصحاب، قرعه و اصل صحت.<sup>۱</sup> گروهی دیگر میان اصل عملی و فرض حقوقی فرق گذاشته‌اند و اصل عملی را اصلی می‌دانند که مطابق طبیعت امور و بنای خردمندان باشد. البته نمی‌شود درباره همه اصول عملیه چنین حکم کرد که نظر به کشف واقع دارند یا ندارند؛ زیرا در این صورت تفاوتی میان اصلی عملی و ظاهر وجود نخواهد داشت. پس می‌توان گفت: بر خلاف ظاهر، اصل عملی می‌تواند مطابق طبیعت امور یا بر خلاف آن باشد و این وجه تمایزی است که عده‌ای برای اصل عملی و فرض حقوقی بیان کرده‌اند.<sup>۲</sup> احتمالاً نقطه‌ی مشترک میان معانی اصل همان اصل عملی است که قاعده‌ای کلی بوده و در شک راهنمای انسان است، در مقام عمل سودمند بوده و مجتهد یا مقلد را از سرگردانی بیرون می‌برد. کاشفیت و طریقت نسبت به واقع ندارد و واقع را نمی‌نماید. از این نگاه، اصول عملیه منحصر در چهار اصل معروف می‌باشند؛ برائت، تخییر، احتیاط و استصحاب که هم در شبهات حکمیه و هم در موضوعیه جاری می‌شوند. با توجه به معانی مختلف ابرازی از سوی فقها در خصوص اصل به نظر می‌رسد مراد از اصل در بحث اصل و ظاهر، همان اصل عملی است که معادل فرض قانونی در حقوق فرانسه است. و این اصل کاشف از چیزی نیست و مجهولی از مجهولات قضاء را کشف نمی‌کند صرف دستورالعملی از عرف یا قانونگذار است.

### ۲.۳. تشابه اصل و ظاهر

اصل و اماره، در مقام فقدان و نبود دلیل و در فصل دعوا کاربرد دارند. افزون بر این، در هر دو مصلحتی مورد نظر قانون‌گذار می‌باشد و امید اصابت و برخورد با واقع، انگیزه‌ی او قرار می‌گیرد.

۱. جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۲ش، ص ۴۴.

۲. همان.

## ۲.۴. وجوه تمایز بین اصل و ظاهر

بر پایه‌ی معانی یاد شده، ظاهر به معنای ظن و علم عادی و اطمینان به واقع است که از راه-های فراوانی بوجود آید. منظور از علم عادی، ظن معتبری است که برای هر انسان متعارفی پدید می‌آید و به احتمال خلاف آن توجهی نمی‌کند هر چند احتمال ضعیفی هم بر خلاف آن وجود داشته باشد. ظنی بدست آمده از اماره‌ی قضایی از همین نوع است و تردیدی هم در جواز، بلکه لزوم عمل به آن نیست؛ زیرا اگر چنین نشود بسیاری از دعاوی مردم، معطل می‌ماند. فقیهان شیعه ظن را اساساً بی‌اعتبار می‌دانند،<sup>۱</sup> ولی در مواردی عمل به برخی از ظنون را پذیرفته‌اند.<sup>۲</sup> هر دلیلی که موجب ظن معتبر به حکم یا موضوعی شود، ظاهر است و هر دلیلی که موجب ظن نشود، اصل است. در نوشته‌های اصولی، دلیل به ظاهری و واقعی تقسیم شده است.<sup>۳</sup>

**دلیل واقعی:** گاهی موضوع احکام، عنوان واقعی افعال و اشیا است مانند نماز، روزه و حج که عنوان واقعی خود موضوع وجوب هستند یا بیع، صلح و اجاره که عنوان واقعی آنها موضوع حکم صحت و لزوم است. بنابراین نماز به عنوان نماز واجب بوده و بیع به عنوان بیع صحیح و لازم خواهد بود. این دسته احکام را احکام واقعی و دلیل اثبات کننده‌ی آنها را

۱. مظفر، اصول الفقه، ج ۳، صص ۱۸-۱۹.

۲. گروهی ظنی را معتبر می‌دانند که از سوی شارع مورد تأیید قرار گرفته باشد یا از این جهت که تبعیداً شارع آن را معتبر دانسته است یا از این جهت که ظن دلالت ناقصی بر واقع دارد اما شارع این دلالت ناقص را کامل می‌کند که اصطلاحاً به آن ظن خاص می‌گویند. برخی معتقدند ظن در هر درجه‌ای مورد عمل قرار گیرد که اصطلاحاً به آن ظن مطلق گفته می‌شود. این گروه چنین استدلال می‌کنند که در زمان کنونی، امکان به دست آوردن علم نیست و از طرفی انسان‌ها نمی‌توانند بدون تکلیف باشند و امکان احتیاط هم وجود ندارد زیرا پدیدآورنده‌ی عسرو حرج در زندگی مردم می‌باشد؛ پس جز حجیت هر ظن چاره‌ای نیست. حایری یزدی، درر الفوائد، ص ۳۹۸. حتی بنا بر دیدگاهی اعتبار استصحاب نیز از ظن است؛ زیرا هنگامی به وجود حکم یا موضوعی در گذشته یقین و در زمان بعدی در آن شک پیدا می‌شود، ظن به بقای آن پیدا خواهد شد.

۳. موسوی بجنوردی، محمد، علم اصول، قم، انتشارات عروج، ۱۳۷۹ ش، ص ۲۶۲.

دلیل اجتهادی می‌گویند پس دلیل اجتهادی، دلیلی است که مفاد آن بیان حکم واقعی ثابت برعناوین واقعی اشیا است.

**دلیل ظاهری:** گاهی اشیاء و یا افعال نه به عنوان واقعی خود بلکه به عنوان شیء و یا فعل مجهول الحکم متعلق احکام و به اصطلاح موضوع حکم قرار می‌گیرند. برای نمونه هرگاه دانسته نشود چیزی به واقع پاک است یا نجس، یا عملی جایز است یا ممنوع، آن شیء و عمل نه به عنوان واقعی خود، بلکه به آن سبب که مجهول الحکم است موضوع احکام طهارت و رخصت قرار می‌گیرد، مثلاً اگر در منابع شرعی حکم کشیدن سیگار یافت نشود که آیا استعمال سیگار شرعاً جایز است یا ممنوع، به موجب اصل برائت، استعمال سیگار به عنوان یک موضوع مجهول الحکم جایز خواهد بود. هم‌چنین اگر دانسته نشود الکل صنعتی نجس است یا پاک به موجب قاعده‌ی طهارت این موضوع محکوم به طهارت است. ملاحظه می‌شود که در این موارد کشیدن سیگار به عنوان کشیدن سیگار و الکل صنعتی به عنوان الکل صنعتی، موضوع جواز و طهارت قرار نگرفته، بلکه به عنوان اشیاى مجهول الحکم متعلق احکام یادشده واقع شده‌اند. این دسته از احکام ظاهری و دلیل اثبات‌کننده‌ی آنها را دلیل فقاهتی می‌گویند.

اصول عملیه از مصادیق دلیل فقاهتی و مفاد آن حکم ظاهری است، اما گروهی از فقها و اصولیون باور دارند که تقسیم حکم به واقعی و ظاهری درست نیست و آنچه که وجود دارد فقط حکم واقعی است و در مقابل حکم، تکلیف و وظیفه وجود دارد. در این صورت مرز میان ظاهر و اصل از بین می‌رود و هر دو دلیلی می‌شوند که تنها برای ادای وظیفه بکار می‌روند اعم از اینکه به واقع انسان را برسانند یا خیر؟

۱. محقق داماد، اصول فقه، ص ۱۱۳.

### ۳. تعارض اصل و ظاهر و احکام آن

#### ۱.۳. مفهوم تعارض

تعارض از عرض گاهی به معنای بعدی از ابعاد سه گانه جسم است که مقابل عمق و طول می باشد و گاهی به معنای اظهار و ابراز می باشد. مثلاً کالایش را برای فروش عرضه کرد؛ یعنی اظهار و آشکار نمود و آنرا برای فروش در معرض دید همگان قرار داد. اما در اصطلاح اصولیان تعارض عبارت است از تنافی و منافات داشتن و قابل جمع نبودن دو و یا چند دلیل بر حسب مقام اثبات (دلالت نه برحسب واقع و ثبوت) آن هم تنافی بر نحو تناقض یا تضاد که یا حقیقتاً و وجداناً است و یا مجازاً و بالعرض.<sup>۱</sup>

برای تعارض عناصری لازم است: ۱- وجود حداقل دو دلیل، ولی ناگفته پیداست که عدد دو به معنای حصر نیست بلکه منصرف به حداقل می باشد؛ زیرا ممکن است گاهی بیش از دو دلیل تعارض برقرار کنند. ۲- تنافی به گونه‌ی تناقض یا تضاد باشد، یعنی ناسازگاری ولی نه به گونه‌ای ملایم بلکه به گونه‌ای شدید، که میان دلایل برقرار گردد؛ یعنی آن که هر یک دیگری را تکذیب کند.<sup>۲</sup>

#### ۲.۳. تعارض اصل و ظاهر

در مورد تعارض اصل و ظاهر دیدگاه‌های گوناگونی ارائه شده است بنا بر یک دیدگاه اگر

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ق، ص ۴۳۷.

۲. تعارض محقق نمی شود مگر با شرایط چندگانه‌ای که مقدمات تعارض اند. نخست اینکه یکی از دو دلیل یا هر دو قطعی نباشد. چون اگر یکی قطعی باشد همان برگزیده خواهد شد. دوم: در حجیت آن دو ظن فعلی، معتبر حاصل نشود. سوم: این است که باید مدلول دو دلیل ولو به گونه‌ی عرضی و نه ذاتاً در بعضی از جهات با هم تنافی داشته باشند تا تکاذب بین آن دو محقق گردد. چهارم: هر یک از دو دلیل واجد شرایط حجت باشد. پنجم: دو دلیل متزاحم نباشد، چون قواعد تعارض غیر از قواعد تزاحم است. ششم: یکی از دو دلیل حاکم و یا وارد بر دیگری نباشد. مظهر، اصول الفقه، ج ۳، صص ۲۱۱-۲۱۲.

میان این دو تعارض واقع شود اگر برای یکی مرجحی وجود داشته باشد مقدم می‌شود و در غیر این صورت تساقط می‌کنند و هر دو از حجیت می‌افتند.<sup>۱</sup>

هرگاه میان اصل و ظاهر تعارض واقع شود، ظاهر بر اصل مقدم است؛ زیرا ظاهر، دلیلی بر کشف واقع است هرچند این کشف به صورت ناقص باشد اما اصل چنین دلیلی ندارد و صرفاً به صورت موقت بکار می‌رود. در مورد تعارض اصل و ظاهر این اشکال مطرح شده است که ظاهر، ظنی بیش نیست و شک را از بین نمی‌برد؛ بنابراین با شک در یک رتبه قرار دارد.

در پاسخ به این ایراد گفته شده است که دلیل ظنی، یا وارد بر دلیل اصل یا حاکم بر آن است. ورود به این صورت که گرچه موضوع دلیل اصل عملی، عدم علم است اما علم به معنای واقعی آن مورد نظر نیست بلکه به معنای عدم حجت و اعتبار است بر خلاف دلیل ظنی که عدم علم به معنای علم واقعی است یعنی دلیل ظنی واقعا علم آور نیست اما اعتبار دارد؛ یعنی حجیت و اعتبار جزء موضوع دلیل ظنی است. پس ادله‌ی امارات ظنی وارد بر ادله‌ی اصول عملیه هستند. نحوه‌ی حکومت دلیل حجیت اماره بر دلیل حجیت اصل عملی هم بدین صورت است که عدم قطع به واقع جزء موضوع ادله اصول است یعنی قطع به واقع نسبت به اصول عملیه قطع موضوعی است به گونه‌ای که عدم قطع در موضوع اصول عملیه مدخلیت دارد. اما قانون‌گذار اماره را به منزله‌ی قطع دانسته است بنابراین هر جا دلیل ظنی بود به منزله‌ی آن است که قطع وجود دارد و دلیل ظنی حاکم بر دلیل شکی می‌باشد.<sup>۲</sup> بنابراین با توجه به این که رتبه‌ی هر دلیلی براساس حالتی است که در انسان بوجود می‌آید،

۱. بحرانی، یوسف بن احمد، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۱۹، بی تا، ص ۱۸۵.

۲. صدر، محمد باقر، دروس علم الاصول، قم، انتشارات دارالعلم، ۱۴۰۸ق، ص ۴۷۳.

دلیل که یقین آور است بر دلیل ظنی مقدم است و دلیلی که ایجاد ظن می‌کند بر دلیل شکی تقدم دارد.<sup>۱</sup>

بر خلاف این قاعده‌ی کلی، در جاهای فراوانی دیده می‌شود که فقها اصل را بر ظاهر مقدم می‌دانند، یا از این جهت که به عقیده‌ی آنان هر ظاهری قابل اعتماد نمی‌باشد یا از این جهت که دلالت اصل در پاره‌ای موارد قوی‌تر از ظاهر است، یا قرینه‌هایی وجود دارد که به کمک اصل آمده و اصل را قوی‌تر از ظاهر نمایان می‌سازد.

دیدگاه دیگر بر این پایه است که موارد تقدیم هر کدام بر دیگری متفاوت است در برخی از موارد اجماع وجود دارد که اصل بر ظاهر مقدم می‌شود مانند ادعای خرید و فروش، بدهی، غصب، هرچند مدعی در غایت عدالت باشد و منکر در تغلب و ظلم فرد شناخته شده‌ای باشد. در برخی موارد نیز اجماع بر تقدیم ظاهر بر اصل است مانند بینة‌ای که شهادت به حقی می‌دهد؛ زیرا غالباً ظهور در صدق گفتار آنها وجود دارد هرچند اصل بر برائت ذمه‌ی مشهود علیه دلالت می‌کند.<sup>۲</sup>

شهید ثانی باور دارد اصل و قاعده در تعارض نص و ظاهر بر این است که اصل مقدم شود مگر اینکه نصی وجود داشته باشد که دلالت بر تقدیم ظاهر کند اگر مردی ادعا کند که همسر خانمی است و خواهر آن خانم مدعی شود که آن مرد همسر او است اصالت عدم زوجیت با خواهر زن که مدعی شده است بار می‌شود و قول مرد که منکر زوجیت با او است مقدم می‌شود و اینکه در همین فرض اگر خواهر زن بینة آورد و مرد با او آمیزش کرده باشد

۱. یادآوری این نکته بایسته است که در همه جا این حکومت امارات بر اصول تحقق نمی‌یابد این حکومت در جایی است که موضوع اماره تحقق پیدا کرده باشد و معارضه‌ی امارات با اصول در مؤدای آنها باشد ولی اگر اصل موضوع اماره را تعبداً رفع کند و بردارد دیگر جایی برای حکومت اصل اماره بر اصل نخواهد بود مانند تقدم اصل استصحاب بر قرعه که استصحاب موضوع قرعه را (مشکل و معضل بودن) بر می‌دارد. بجنوردی، القواعد الفقہیہ، ج ۱، ص ۷۶.

۲. شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، تحقیق عبد الهادی حکیم، قم، مکتبة المفید، ج ۱، بی‌تا، صص ۱۴۰-۱۴۱؛ ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن علی، الاقطاب الفقہیہ علی مذهب الامامیہ، تصحیح از محمد حسون، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۱۰ق، ص ۴۵.

این آمیزش که ظاهر در زوجیت است سبب تقدیم قول خواهر زن می‌شود به خاطر وجود دلیل و نص که بر ظاهر مقدم می‌باشد.<sup>۱</sup>

### ۳.۳. ادله‌ی تقدیم ظاهر بر اصل

مهم‌ترین دلیلی که بر تقدیم ظاهر بر اصل آورده شده است غلبه است که گاه به این معنا است که غالب در کردار و معاملات مردم بر روش و چیزی پایه‌گذاری شده است و یا اینکه غلبه‌ی ظن به سبب وجود قرائن می‌باشد این غلبه‌ی در ظهور از استقرای در مسائل فقهی بدست می‌آید.<sup>۲</sup> در پاسخ می‌توان گفت صرف بودن غلبه نمی‌تواند دلیل بر حجیت ظاهر شود زیرا از نگاه فقیهان این غلبه در برخی موارد می‌تواند حجیت ظاهر را در بر داشته باشد برای نمونه بودن عضوی از بدن در قبور مسلمانان در جایی که اکثر مردم و غالب آنها مسلمان هستند می‌تواند ظاهر در این باشد که این توسط مسلمانان غسل داده شده است و در نتیجه پاک می‌باشد.<sup>۳</sup>

در تعارض میان اصل و ظاهر اگر ظاهر برآیند عادت باشد و این عادت افاده‌ی علم کند به گونه‌ای که علم حاصل از آن ضروری بشمار آید، در این صورت بی تردید بر اصل مقدم می‌شود.<sup>۴</sup>

در دیدگاهی دیگر اگر ظاهر از این ویژگی برخوردار باشد که اگر از مردم از حکم واقعه‌ای بپرسند آنها از موجب آن حکم خبر دهند و این خبر از تسامح و گزاف‌گویی آنها سرچشمه نگرفته باشد بلکه از روی تحقیق باشد در این صورت هر ظاهری که این ویژگی را

۱. شهید ثانی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۵، صص ۱۲۷-۱۲۹.

۲. میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۳۲۴.

۳. همدانی، رضا، مصباح الفقیه، چاپ سنگی، تهران، مکتبه الصدر، بی تا، ج ۱، ص ۵۳۹.

۴. فخر المحققین، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، تصحیح حسین موسوی-علی پناه اشتهاردی-عبد الرحیم بروجردی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۱، ۱۳۸۹ق، ص ۴۳.

داشته باشد و با اصل در تعارض قرار گیرد بر آن مقدم می‌شود. علت این مطلب تعلیلی است که از این روایت برداشت می‌شود که اگر میان زن و شوهر بر سر ملکیت اسباب منزل تنازع صورت گیرد امام می‌فرماید اگر از مردم بی‌رسی به تو می‌گویند که جهاز و کالاهای منزل آشکارا از خانه‌ی زن به منزل شوهرش آورده شده است. بنابراین زن آن کسی است که آن اسباب را آورده است و مرد مدعی بشمار می‌آید. اگر گمانش بر این است که در این خانه چیزی آورده است باید گواه بیاورد.<sup>۱</sup> در این جا اصالت ید خواهان این است که اسباب منزل مال مرد باشد و زن باید بینه بیاورد ولی ظاهر بر اصل مقدم شده است.<sup>۲</sup>

#### ۳. ۴. ادله‌ی تقدیم اصل بر ظاهر

مهم‌ترین دلیلی که می‌توان برای این دیدگاه آورد روایاتی است که امامان معصوم (ع) اصل را بر ظاهر مقدم کرده‌اند. در روایتی امام صادق (ع) می‌فرماید: عمّار بن موسی سبابی از امام صادق (ع) سؤال کرد: مردیکه در ظرف آبش موش مرده‌ای بیابد در حالی که بارها از آن ظرف وضو گرفته و از آن غسل کرده یا لباس و جامه خویش را شسته، و این موش مرده از پوستش در آمده از هم گسیخته شده حکم آن چه خواهد بود، حضرت فرمود: اگر قبل از غسل کردن یا وضو ساختن یا شستن جامه خود، آن موش را در ظرف آب دیده، سپس این کارها را انجام داده، بر او واجب است هم شستن جامه‌اش و هم هر چیزی که از این آب بدان رسیده و هم اعاده وضو و نمازهایش، و چنانچه بعد از آنکه این اعمال را انجام داده و فارغ شده موش مرده را در ظرف دیده پس دیگر به آن آب هیچ دست نزنند، و تکلیفی دیگر بر او نیست، زیرا او نمی‌داند چه وقت موش در آب افتاده، سپس فرمود: شاید همان وقت که

۱. حر عاملی، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۲۶، صص ۲۱۴-۲۱۵.

۲. رشتی گیلانی، حبیب الله، کتاب القضاء، تصحیح از احمد حسینی، قم، دار القرآن الکریم، ج ۲، ۱۴۰۱ق، صص ۳۰۰-۳۰۱.

به چشمش خورده در آب افتاده باشد.<sup>۱</sup> در این روایت اصل طهارت بر ظاهر مقدم شده است.

از ادله‌ای که در این باره آورده‌اند اینست که نمی‌توان از اصل به مجرد ظن رو برتافت زیرا در روایات آمده است که یقین تنها باید با یقین نقض شود و برای همین است که فقیهان اصل را بر ظاهر مقدم می‌کنند مگر اینکه تقدیم ظاهر شرعاً به اثبات رسیده باشد.<sup>۲</sup> صاحب جواهر نیز باور دارد اصل بر ظاهر مقدم می‌شود و تقدیم ظاهر بر اصل نیاز به دلیل دارد.<sup>۳</sup> همو در تأیید این دیدگاه در جایی دیگر باور دارد ظاهر صلاحیت تعارض با اصل را ندارد زمانی که دلیلی بر اعتبار آن از سوی شرع نرسیده باشد و به گونه‌ای نباشد که عادتاً داخل در علم شود به این اندازه که از این ظاهر طمانینه و اطمینانی برای انسان حاصل شود. شاید این توهم پیش آید که چگونه می‌شود ظاهر که ادله‌ی فراوانی بر حجیت آن ارائه شده است و فقیهان در اصول بایی با عنوان حجیت ظواهر گشوده‌اند حجیت نباشد؟ در

۱. ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، تصحیح علی اکبر غفاری، قم، جماعة المدرسین، ج ۱، ۱۴۰۴ق، ص ۲۰. «و سأل عمار بن موسی الساباطی أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل يجد في إنائه فأرة، وقد توضأ من ذلك الإناء مراراً، أو اغتسل منه، أو غسل ثيابه، وقد كانت الفأرة منسلخة؟ فقال: «إن كان رأها في الإناء قبل أن يغتسل أو يتوضأ أو يغسل ثيابه، ثم فعل ذلك بعد ما رأها في الإناء، فعليه أن يغسل ثيابه، و يغسل كل ما أصابه ذلك الماء، و يعيد الوضوء و الصلاة، و إن كان إنما رأها بعد ما فرغ من ذلك و فعله فلا يمسه من الماء شيئاً و ليس عليه شيء؛ لأنه لا يعلم متى سقطت فيه. ثم قال: لعله أن يكون إنما سقطت فيه تلك الساعة التي رأها» (و سأل عمار بن موسی الساباطی أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل يجد في إنائه فأرة، و قد توضأ من ذلك الإناء مراراً، أو اغتسل منه، أو غسل ثيابه، و قد كانت الفأرة منسلخة؟ فقال: «إن كان رأها في الإناء قبل أن يغتسل أو يتوضأ أو يغسل ثيابه، ثم فعل ذلك بعد ما رأها في الإناء، فعليه أن يغسل ثيابه، و يغسل كل ما أصابه ذلك الماء، و يعيد الوضوء و الصلاة، و إن كان إنما رأها بعد ما فرغ من ذلك و فعله فلا يمسه من الماء شيئاً و ليس عليه شيء؛ لأنه لا يعلم متى سقطت فيه. ثم قال: لعله أن يكون إنما سقطت فيه تلك الساعة التي رأها»

۲. بهبهانی، محمّد باقر بن محمد اکمل، حاشیة مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسة العلامة الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۰۳.

۳. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۳۶۳.

پاسخ می‌توان گفت آن ظاهری که دلیل بر حجیت آن وجود دارد ظاهر سخن، اقوال و گفته‌های اشخاص می‌باشد وگر نه دلیلی بر حجیت ظاهر حال وجود ندارد.<sup>۱</sup> شهید ثانی بر این باور است که اصل بر ظاهر به هنگام تعارض مقدم می‌شود مگر در موارد اندکی که ظاهر مقدم می‌شود.<sup>۲</sup>

والد شیخ بهایی در این باره می‌گوید: اصل دلیل عقلی بشمار می‌آید و همه اتفاق در حجیت آن دارند ولی ظاهر در بسیاری از موارد حقیقت بر خلاف ظاهر است. علماء راهی بسوی برگزیدن ظاهر ندارند مگر اینکه نصی وجود داشته باشد زیرا اصل دلیلی قوی بشمار می‌آید که روی برگرداندن از آن مگر به دلیلی قوی‌تر مانند نص ممکن نیست.<sup>۳</sup>

اگر کسی بگوید چگونه می‌شود ظاهر با اصل در تعارض قرار بگیرد آن‌گونه که فقیهان به آن پرداخته‌اند ولی ظاهر خودبخود حجت نباشد در پاسخ می‌توان گفت: مقصود از تعارض تنافی در مقتضی است آن‌گونه که گذشت و این دلالت نمی‌کند که پس ظاهر خودبخود حجت است و دیگر اینکه ادله‌ی حجیت اصول روشن، ثابت و معلوم است ولی دلیلی بر حجیت مطلق همه‌ی ظواهر وجود ندارد و ادله‌ای که برخی از ظواهر را حجت می‌دانند نمی‌توان مناط را بدست آورد که ظاهر بودن است زیرا افزون بر ظاهر بودن شرای دیگری را هم خواهان هستند و تنها در همان موارد خاص کاربرد دارند و به دیگر جاها سرایت داده نمی‌شوند برای نمونه شهادت که به عنوان یکی از ظواهر حجت است در همه جا حجت نیست برای نمونه شهادت بر نفی قبول نمی‌شود، کسی که عدالتش احراز نشده باشد، شهادت زنان مگر در موارد استثنا و تمام نبودن عدد گواهان، شهادت صبیان و کودکان و اهل کتاب مگر در مواردی پذیرفته نمی‌شود هرچند از شهادت اینها ظن حاصل شود و در

۱. بیارجمندی خراسانی، یوسف، مدارک العروة، نجف، مطبعة النعمان، ج ۲، ۱۳۸۱ق، ص ۱۷۰.

۲. شهید ثانی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۵، ص ۳۷۶.

۳. بهایی عاملی، حسین بن عبد الصمد، العقد الحسيني (الطهماسی)، تصحیح از جواد مدرسی، یزد، چاپ گلپهاری، بی تا، ص ۱۶.

برابر شهادت معتبر پذیرفته می‌شود هر چند ظن حاصل نشود که این دلالت می‌کند بر اینکه شارع این امارات را در موارد خاص و به گونه‌ی تعبد معتبر دانسته است؛ در نتیجه چگونگی می‌توان هر ظاهری را با هر ویژگی که دارد حجت دانست.<sup>۱</sup>

اگر گفته شود اگر ظاهر خودبخود حجت نباشد پس چه فایده‌ای داشته است که علما بحث تعارض اصل و ظاهر را مطرح کرده‌اند در صورتی که ملاک حجیت ظاهر خود ظاهر بودن نباشد؛ در پاسخ گفته می‌شود: فایده‌ی پیش کشیدن چنین بحثی آگاه کردن بر مواردی است که دلیل بر حجیت ظاهر یافت می‌شود و اینکه ظاهر به خودی خود نمی‌تواند حجت باشد و کسانی که ظاهر را معتبر می‌دانند ملاک را مطلق ظاهر بودن نمی‌دانند بلکه آن را که ظهورش ناشی از ملاحظه‌ی غالب و عادت باشد حجت می‌دانند.

یکی از مهم‌ترین ادله‌ای که بر عدم تقدیم ظاهر بر اصل اقامه شده است این است که ترجیح و برتری دادن ظاهر بر اصل بر خلاف اصل می‌باشد؛ زیرا اصل در هر ظنی عدم حجیت است مگر آن ظنی که با دلیل خارج شده باشد. بنابراین اگر در جایی دلیلی بر اعتبار ظاهری باشد در غیر آن موضوع دلیل کارساز نخواهد بود. زیرا در مواردی که بر خلاف اصل است به همان مورد دلیل اکتفا می‌شود و آنچه در مضمون اصل اخذ شده است حاصل از مقدم بودن آن بر هر ظن و ظاهر می‌باشد.<sup>۲</sup> بنابراین با توجه به این که رتبه هر دلیل بر اساس حالتی است که در انسان به وجود می‌آورد دلیل که یقین آور است بر دلیل ظن مقدم است و دلیلی که ایجاد ظن می‌کند بر دلیل شکی تقدم دارد. بر خلاف این قاعده‌ی کلی در موارد فراوانی دیده می‌شود که فقها اصل را بر ظاهر مقدم می‌دانند یا از این جهت که به عقیده‌ی آنان هر ظاهری قابل اعتماد نیست یا از این جهت دلالت اصل در پاره‌ای موارد، قوی‌تر از ظاهر است یا قرینه‌هایی وجود دارد که به کمک اصل آمده و اصل را قوی‌تر نمایان می‌سازد

۱. حایری، الفصول الغرویه فی الاصول الفقهیه، ص ۳۹۲.

۲. موسوی قزوینی، علی، رساله فی قاعده حمل فعل المسلم علی الصحه، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ق، صص ۲۵۵-۲۵۶.

و شاید بتوان گفت در یک دعوا ممکن است، هنگام تعارض اصل و ظاهر، حکم به تقدم ظاهر بر اصل شود در حالی که در دعوای دیگری تعارض میان همان اصل و ظاهر، تقدم اصل بر ظاهر را در پی داشته باشد و این موضوع قبل از آن که به اختلاف نظر ذهنی و اعتقاد دادرس مبنی بر این که اصل، قوی تر است یا ظاهر برگردد به آثار مادی و خارجی برمی-گردد. پس نتیجه می گیریم که قاعده ثابتی در این موضوع وجود ندارد.

### ۳. ۵. تعارض تقدمی اماره‌ی صحت با اصل استصحاب

دیدگاه‌ها در مورد اصل یا اماره بودن هر یک از این دو دلیل، متفاوت است. شیخ انصاری می‌گوید: اصل صحت را جزو دلایل ظنی معتبر می‌باشد بنابراین مقدم بر اصل استصحاب است.<sup>۱</sup> از مجموع ادله بر می‌آید که اصل صحت به عنوان یک اماره و دلیل ظنی می‌باشد نه اینکه فقط در حد یک اصل عملی تنزل یابد.<sup>۲</sup> برخی در هر صورت اماره‌ی صحت را بر استصحاب مقدم می‌دانند؛ زیرا اصل صحت بر استصحاب وارد است.<sup>۳</sup> دلیل دیگر تقدم اماره‌ی صحت بر استصحاب این است که اگر استصحاب مقدم شود لغویت قاعده اماره‌ی صحت لازم می‌آید زیرا در هیچ موردی از معاملات نیست مگر اینکه اصل دلالت بر فساد آن می‌کند و هم‌چنین در عبادات اصل بر اشتغال است زیرا شک در صحت ناشی از تخاف از شرط و جزء است که اصل استصحاب دلالت بر عدم اقتران عمل با آنها می‌کند.<sup>۴</sup> برخی هم میان اصل صحت در حقوق موضوعه و اصول فقه تکفیک کرده‌اند اصل صحت را در حقوق مدنی که بر اساس ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی استوار است، یک اماره می‌دانند که با هر اصل و اماره‌ی دیگر تعارض کند بر آنها مقدم است اما در اصول فقه که

۱. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق، ص ۳۲۵.

۲. حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی، العناوین، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق، ص ۷۴۴.

۳. حیدری، علی نقی، اصول الاستنباط، قم، نشر فیض، ۱۳۷۶ش، ص ۳۹۸.

۴. سبحانی، جعفر، الوسیط فی اصول الفقه، قم، مؤسسه الامام الصادق، ج ۲، ۱۳۸۸ش، ص ۱۷۶.

مبنای قاعده، بنای عقلا و ضرورت نظم اجتماعی است، در جاهایی نمی‌توان اصل صحت را بر استصحاب مقدم دانست.<sup>۱</sup> چنین تفکیکی درست نیست و باید حکم قاعده در اصول فقه و قانون مدنی یکسان باشد؛ زیرا مبنای ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی هم بر پایه‌ی نظم و مصلحت است اگر فقها با هم اختلاف داشته باشند این موجب تمایز نمی‌شود.

این اختلاف در مورد اصل استصحاب نیز وجود دارد. عده‌ای آن را اماره می‌دانند از این جهت که یقین سابق به حکم یا موضوع، اماره بر بقای آن در زمان لاحق می‌باشد.<sup>۲</sup> و عده‌ای نیز آن را اصل عملی و جزو اصول محرزه دانسته‌اند؛ یعنی اصلی که هر چند کاشف از واقع نیست اما شارع، مواردی از آن را به منزله‌ی واقع دانسته است.<sup>۳</sup> البته در این صورت تقدم هر یک از این دو اصل بر دیگری نیاز به دلیل دیگری خواهد داشت. یکی از عواملی که سبب ابهام بین استصحاب و اصل صحت و تقدم یکی بر دیگری شده است خلط میان حدود جریان اصل صحت و توان اثباتی اصل صحت است؛ مثلاً هرگاه در قصد انشای عقد از سوی یکی از طرفین شک شود از محدوده‌ی جریان اصل صحت خارج می‌شود و محلی بران بحث در تعارض استصحاب عدم آن و اصل صحت باقی نمی‌ماند.<sup>۴</sup>

بنابراین نخست باید مشخص کرد اصل صحت در چه مواردی وجود دارد و آن گاه از تعارض آن با استصحاب سخن گفت. برای نمونه محقق حلی، اصل صحت در هنگام اختلاف در نوع عوضین را جاری می‌داند مانند اینکه فروشنده بگوید ثمن، سرکه بود ولی خریدار بگوید شراب بود.<sup>۵</sup> اکثریت دامنه‌ی جواز اصل صحت را محدود ساخته و آن را مخصوص جایی می‌دانند که اصل موضوعی دیگری در برابر آن وجود نداشته باشد یا شک،

۱. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، نشر عصر حقوق، ۱۳۷۹ش، ص ۲۳۸.

۲. میرزای قمی، قوانین الاصول، ص ۲۵۵.

۳. طباطبایی، حکیم، حقائق الاصول، قم، مکتبه البصیر، ۱۴۰۷ق، ص ۵۳۹.

۴. شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ص ۲۳۲.

۵. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ص ۲۸۷.

ناظر به ارکان اصلی عقد نباشد. در هر صورت در جایی که اصل صحت در جریان است چنانچه استصحاب در مقابل آن وجود داشته باشد بر استصحاب مقدم می‌شود. کسانی که اصل صحت را اماره دانسته، استصحاب را اصل عملی می‌دانند. در مواردی که اصل موضوعی نباشد تعارض میان قاعده صحت استصحاب به وجود نمی‌آید زیرا دلیل قاعده صحت، بنای عقلاست و عقلا در هنگام اجرای این قاعده شکی ندارند تا نوبت به استصحاب برسد<sup>۱</sup> نتیجه تعارض استصحاب با اصل صحت، تعارض دو اصل است و نه تعارض اصل و ظاهر بر فرض که پذیریم که تعارض اصل و ظاهر است با وجود تقدم اماره صحت بر اصل استصحاب دارای دلیل شرعی و مستند به شریعت بوده و در تقدم چنین ظاهری تردیدی نیست لذا نمی‌توان به نحو اطلاق براین باور بود که در تعارض اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است.

#### ۴. تعارض قاعده‌ی ید و استصحاب

تقریباً اتفاق نظر وجود دارد که قاعده‌ی ید جزو امارات است؛<sup>۲</sup> بنابراین در مقام تعارض میان قاعده‌ی ید و اصولی مانند استصحاب، تردیدی در مقدم داشتن قاعده‌ی ید بر استصحاب وجود ندارد. حتی اگر اماره هم محسوب نشود باز هم بر استصحاب مقدم می‌شود؛ زیرا در هر جایی که قاعده‌ی ید جاری می‌شود در مقابل آن استصحاب وجود دارد و اگر استصحاب مقدم گردد محلی برای اجرای قاعده ید باقی نمی‌ماند و در نتیجه بازار و کسب و کار مردم معطل می‌ماند.<sup>۳</sup> در این جا در بین فقها اختلافی وجود دارد بدین صورت که هرگاه مدعی در برابر تصرفات کنونی متصرف، مالکیت خود را اثبات کند یا متصرف به مالکیت سابق مدعی اقرار کند؟ آیا باز هم اماره‌ی ید و تصرف او را مالک خواهد دانست؟

۱. خمینی، روح الله، الرسائل، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۸ش، ص ۳۳۶.

۲. محقق داماد، اصول فقه، ص ۳۹.

۳. انصاری، فرائد الاصول، صص ۳۲۲-۳۲۳.

دو دیدگاه وجود دارد، سید یزدی بر اساس قاعده‌ی تقدم اماره بر اصل، ید را بر استصحاب مقدم می‌داند ولی نائینی و کاظمی باور دارند اماره‌ی ید تا جایی کارایی دارد که دلیلی بر خلاف آن نباشد.<sup>۱</sup>

مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانون مدنی، دلالت دارند قاعده‌ی ید در صورتی دلالت بر مالکیت متصرف دارد که سابقه‌ی مالکیت معلوم نباشد؛ بنابراین در این جا در حقیقت، تعارضی میان ید و استصحاب نیست، بلکه دلیلی در برابر اماره‌ی تصرف وجود دارد و دلیل هم بر اماره مقدم می‌شود منتها استصحاب آن چه را که با دلیل ثابت شده است در زمان حال نیز ثابت می‌داند.

#### ۵. تعارض ظاهر با اصول مختلف

##### ۵.۱. تعارض ظاهر و اصل برائت

از نگاه مشهور فقیهان و حقوقدانان، اصل برائت، یک اصل عملی است و در تقدم اماره بر آن ابهامی وجود ندارد؛ زیرا دلیل اماره، اخص از دلیل برائت است به این بیان که اصل برائت در جایی بکار می‌رود که هیچ اماره و دلیلی در برابر آن وجود نداشته باشد اما وقتی اماره‌ای معتبر بر خلاف مفاد برائت وجود داشت، موضوع برائت منتفی می‌شود.<sup>۲</sup> این دلیل در تعارض استصحاب با دیگر اصول عملیه نیز کاربرد دارد؛ زیرا هنگامی که استصحاب امری را ثابت کرد شکی نمی‌ماند تا بتوان اصول عملیه را جاری کرد و مجرای اصول عملیه در جایی است که دلیل ظاهری و یا واقعی بر حکم وجود نداشته باشد.

**تطابق اصل با ظاهر:** هرچند فقیهان مسأله‌ی تعارض اصل با ظاهر را مطرح کرده‌اند ولی در برخی موارد می‌توان مشاهده کرد که نه تنها اصل با ظاهر تعارضی ندارد که این دو با هم تطابق و موافقت پیدا کرده‌اند. یکی از این نمونه‌ها در جایی است که زن و شوهر بر سر

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴ ش، ص ۲۰۴.

۲. انصاری، فراند الاصول، ص ۳۸۷.

مهریه با هم اختلاف کنند که زن مدعی مهر المثل است و مرد مهر المسمای خاصی را مطرح می‌کند و دخول و آمیزش هم صورت گرفته باشد که در این صورت قول زوجه مقدم می‌شود؛ زیرا اصل عدم نام بردن مهریه است که با آن مهر المثل ثابت می‌شود و ظاهر نیز خواهان اینست که مهریه را به صورت مهر المثل مشخص کرده باشند.<sup>۱</sup>

از نمونه‌های دیگری که فقیهان میان اصل و ظاهر با هم توافق برقرار کرده‌اند در تعریف مدعی می‌باشد. به گونه‌ای که گفته می‌شود مدعی کسی است سخنش مخالف اصل و ظاهر باشد نه اینکه فقط خلاف اصل، باید خلاف ظاهر نیز باشد.<sup>۲</sup> طبق این گفته نمی‌توان گفت: ظاهر بر اصل مقدم است و باید گفت: درباره‌ی ظاهر و اصل در شناخت مدعی و منکر و مخصوصاً در مورد مسائل حقوقی باید به عرف مراجعه شود تا در تعارض اصل و ظاهر و تقدم یکی بر دیگری هیچ مشکلی وجود نداشته باشد.

**کاربرد فقهی حقوقی برتری اصل بر ظاهر:** ۱. اگر فردی که می‌خواهد روزه بگیرد شک در طلوع فجر داشته باشد، اصل استصحاب شب بر ظواهری مانند قرائن و خبر یک نفر ثقه مقدم می‌شود و می‌تواند به خوردن و آشامیدن ادامه دهد؛ حتی اگر استصحاب با عدم فحص از طلوع فجر صورت گیرد.<sup>۳</sup> ۲. معامله با افراد ظالم از نگاه فقیهان جایز است البته در صورتی که نداند عین مال و یا پول او حرام است. اصل بر حلیت معامله‌ی با او است هرچند ظاهر این است که اموال او از راه حرام به دست آمده است که اصل بر ظاهر مقدم می‌شود.

۱. شهید ثانی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، ج ۵، صص ۳۷۶-۳۷۷؛ هاشمی شاهروری، محمود، بحوث فی علم الاصول، قم، نشر مکتب علوم اسلامی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۵.  
۲. فخر المحققین، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۴، ص ۳۲۴.  
۳. شهید ثانی، تمهید القواعد الاصولية و العربية لتفريع قواعد الاحکام الشرعية، ص ۳۰۳؛ آملی، محمد تقی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران، مؤلف، ج ۸، ۱۳۸۰ق، ص ۲۶۶؛ خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۷۳.

**کاربرد فقهی و حقوقی برتری ظاهر بر اصل: ۱. اختلاف در مهریه: اختلاف در**  
مهریه مصادیق فراوانی دارد که تنها به یک مورد آن اشاره می‌گردد، هرگاه زن و شوهر در پرداخت و عدم پرداخت مهریه با هم اختلاف کنند به گونه‌ای که زن مدعی شود پرداخت نشده است ولی مرد پرداخت آن را ادعا بکند، یک دیدگاه آن است که سخن زن مقدم می‌شود؛ زیرا اصل بر عدم پرداخت آن دلالت می‌کند. دیدگاه دیگر آن است که چنان چه نزدیکی انجام شده باشد، سخن مرد پذیرفته می‌شود؛ زیرا ظاهر آن است که پیش از نزدیکی مهریه پرداخت شده است.<sup>۱</sup>

این مورد قابل نقد است زیرا اگرچه ظاهر این است که پیش از دخول، مهریه پرداخت شده است و روایتی نیز این ظاهر را تأیید می‌کند<sup>۲</sup> و پیش از این یادآوری شد که اگر ظاهری با دلیل به تأیید برسد حجت است ولی در اینجا با توجه به اشکالاتی<sup>۳</sup> که در دلیل حجیت این ظاهر وجود دارد نمی‌توان آن را حجت دانست در نتیجه اصل که عدم تسلیم مهر به زن است، مقدم می‌شود.

۱. جعفری لنگرودی، مبسوط ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ش، ص ۲۸.

۲. عن أبي عبد الله (ع) قال: إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر وقال: قد أعطيتك، فعليها البينة وعليه اليمين. حر عاملی، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۲۱، ص ۲۵۸؛ امام صادق (ع) فرمود: اگر مرد با زن دخول کرده باشد و زن ادعا کند که مرد به او مهریه را پرداخت نکرده است ولی مرد ادعا می‌کند که پرداخت کرده است زن باید گواه بیاورد و مرد باید قسم بخورد.

۳. برخی از اشکالاتی که بر تقدم ظاهر بر اصل وجود دارد، عبارتند از: یک: روایتی که دلالت بر تقدم ظاهر بر اصل می‌کند به تصریح فقیهان ضعیف و غیر قابل استناد است. شهید ثانی، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ج ۸، ۱۴۱۳ق، ص ۳۰۱؛ محقق سبزواری، محمد باقر، کفایة الاحکام، تحقیق از مرتضی واعظی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۲، ۱۳۸۱ق، ص ۲۴۸. دو: متن این روایت مخالف با اصول و قواعد است؛ زیرا مرد مدعی و زن منکر است و در نتیجه بینه بر مرد است و نه زن. بحرانی، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۴، ص ۵۸۳. سه: بنا به تصریح فقیهان این ظاهر بر اساس عادت بوده که در زمان قبل مرسوم بوده است که پیش از دخول مهریه را پرداخت می‌کرده‌اند و این عادت دیگر نمی‌تواند در زمان حال، ظاهر بشمار آید. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۱، ص ۱۳۴.

۲. اگر کسی پس از فراغ از طهارت، نماز و مانند آن از عبادات در فعلی از افعال شک کند هرچند اصل بر انجام ندادن آن و عدم برائت ذمه‌ی مکلف نسبت به آن می‌باشد ولی ظاهر این است که مکلفان افعال خود را بر اساس وجهی که نسبت به آن امر شده‌اند انجام می‌دهند. در این فرض اصل بر ظاهر مقدم می‌شود.<sup>۱</sup> علت برتری ظاهر بر اصل روایتی است که امام صادق (ع) می‌فرماید: ای زراره! هنگامی که از فعلی بیرون و داخل در فعل دیگری شدی، شک تو در فعل گذشته معتبر نمی‌باشد.<sup>۲</sup> هم‌چنین در صورت تقدم اصل بر ظاهر در این مورد محذوری پیش می‌آید که لغویت در جعل این قاعده است؛ زیرا هر مشکوکی مسبوق به عدم و نبود است بنابراین جایی برای این قاعده در هیچ جا باقی نخواهد ماند.<sup>۳</sup>

۳. 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، 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.<sup>۴</sup> در اینجا می‌توان دلیل تقدم ظاهر را بر اصل ادله‌ای دانست که ودعی را امین می‌دانند و نهی می‌کنند از اینکه امین مورد اتهام قرار بگیرد

۱. شهید ثانی، تمهید القواعد الاصولیة و العربیة لتفریع قواعد الاحکام الشرعیة، صص ۳۰۴-۳۰۵.

۲. حر عاملی، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۸، ص ۲۳۷. یادآوری دو نکته بایسته است؛ نخست این که این ظاهر در مانند معاملات نیز حجت و مقدم بر اصل است؛ زیرا در روایت یک ضابطه کلی بیان می‌شود که در همه ابواب پیاده می‌شود. خمینی، الرسائل، ج ۱، ص ۲۸۵.

۳. سبحانی، الوسیط فی اصول الفقه، ج ۲، ص ۱۷۸.

۴. محقق داماد، اصول فقه، ص ۱۹۳.

و یا اینکه مکلف به آوردن بینه شود البته اگر اصل را برائت ذمه‌ی ودعی از ضمانت نسبت به مال دانست در این صورت حکم اصل مطابق با حکم ظاهر خواهد بود.<sup>۱</sup>

۴. زنی که شوهرش مفقود شده است پس از اعلام به حاکم و صبر و گشتن تا چهار سال می‌تواند ازدواج کند. ظاهر در این جا این است که او مرده است، هرچند اصل دلالت بر بقاء و زنده بودن او می‌کند. در این مورد نیز ظاهر بر اصل مقدم می‌شود.<sup>۲</sup> دلیل این تقدم روایاتی است که اصل را بر ظاهر برتری داده‌اند.<sup>۳</sup>

۵. هرگاه محال علیه وجه مورد حواله را پرداخت نماید و سپس به ادعای عدم سابقه‌ی دین آن را از محیل درخواست کند و محیل به ادعای وجود بدهی گذشته حاضر به پرداخت نباشد در چنین نزاعی با توجه به این که حواله بر شخص بریء الذمه نیز امکان دارد، اصل بر برائت ذمه‌ی محال علیه از دینی است که محیل بر ضد او ادعا می‌کند، ولی ظاهر این است که قبول حواله و پرداخت وجه آن به محتمل دلالت بر اشتغال ذمه‌ی محال علیه می‌کند.<sup>۴</sup> می‌توان در اینجا نیز اصل را مقدم بر ظاهر دانست؛ زیرا به هنگام تعارض اصل بر ظاهر ارجحیت و برتری دارد.<sup>۵</sup> اگر در حواله اشتغال ذمه‌ی محال علیه شرط باشد اصل صحت عقد و اصل برائت با هم تعارض و تساقط می‌کنند و با محال علیه اذن در پرداخت از سوی محیل باقی می‌ماند در نتیجه قولش مقدم می‌شود.<sup>۶</sup>

۱. طباطبایی، محمد مجاهد، المناهل الاحکام، بی‌جا، بی‌تا، ص ۲۵۳.

۲. شهید ثانی، تمهید القواعد الاصولیة و العربیة لتفریع قواعد الاحکام الشرعیة، صص ۳۰۶-۳۰۷؛ حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، تحقیق از احمد بن محمد صادق قمی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۶، ۱۳۷۵ق، ص ۴۷.

۳. همان.

۴. شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۴، ص ۱۴۶.

۵. همان.

۶. حسینی عاملی، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۵، ص ۴۱۲.

### نتیجه

با توجه به اختلاف نظریه‌هایی که درباره‌ی موضوع ادله‌ی اثبات دعوا و تعارض اصل و ظاهر وجود دارد نتیجه‌گیری در این بحث بسیار دشوار است اما در مجموع شاید بتوان گفت تقسیم‌بندی مشهوری که در کتاب‌های اصولی و حقوقی برای ادله اثبات دعوا وجود دارد اساس درستی ندارد همین تقسیم‌بندی موجب اختلاف آراء شده است بر اساس این تقسیم‌بندی دلیل، برحسب قطع یا ظن یا شک به واقع، به دلیل خاص، ظاهر (اماره) و اصل عملی تقسیم می‌شود. تا دلیل به معنای خاص آن وجود داشته باشد، نوبت به دلیل ظنی معتبر (اماره) نمی‌رسد و تا دلیل ظنی وجود داشته باشد، نوبت به اصل عملی نمی‌رسد. در حالی ممکن است در مواردی اماره‌ی قضایی بر اقرار یا سند مقدم شود یا اصل عدم بر ظاهر مقدم شود بنابراین بهتر است بگوییم که دلیل یک حالت و معنا بیش‌تر ندارد و آن وسیله‌ای است که ما را از معلوم به مجهول می‌رساند اما این وسیله گاهی مورد تأیید شارع و قانون‌گذار است مانند ادله اجتهادی و مثل قانون و رویه‌ی قضایی و گاهی اعتبار آنها صرفاً به دلیل ظن آور بودن آنهاست که مبنای ظن هم معمولاً غلبه یا طبیعت امور است مانند اماره‌ی قانونی و قضایی، قرعه، اصل عملی و فرض قانونی و هر نام دیگری که به کار می‌رود. اما گاهی خلاف نظر مشهور اصل را بر ظاهر مقدم می‌دانند به این دلیل که در مواردی ممکن است اصل واقعی‌تر از ظاهر باشد و آنچه که برای یک فقیه و یا حقوقدان یا دادرس مهم است این است که در مقام استنباط حکم شرعی یا قانونی یا فصل خصومت وجدان و اطمینان درونی پیدا می‌کند. تا مدت‌ها قبل از این در دادگاه‌ها، اصل بر قطعی بودن آراء دادگاه بود؛ زیرا رأی کافی که بر مبنای وجدان و علم عادی از او صادر می‌شود، قابل نقض توسط قاضی دیگر نبود. البته این سخن در جایی است که دلیل قطعی بر موضوعی وجود نداشته باشد و اگر دلیل قطعی بود هیچ‌کس نمی‌تواند در برابر آن مخالفت کند مثلاً هنگامی که شارع می‌گوید: ارث پسر دو برابر دختران است نمی‌توان با یک دلیل ظنی آن را استدلال کرد یا هنگامی که قانون‌گذار می‌گوید: نسبت به املاک ثبت شده فقط سند مالکیت دلیل مالکیت است، پس

در برابر آن با هیچ دلیلی نمی‌توان استدلال کرد. یکی از مظاهر همسنگی اصل و ظاهر وحدت این دو در تشخیص مدعی و منکر است مدعی کسی است که سخن او خلاف اصل و ظاهر باشد نه اینکه فقط خلاف اصل یا فقط خلاف ظاهر باشد پس به طور قاطع نمی‌توان گفت که همیشه ظاهر بر اصل مقدم است یا برعکس بلکه همه دلایل، ظهور در مدلول خود دارند و این ظهور جنبه شخصی دارد مگر اینکه شارع و قانونگذار به آن جنبه تبعیدی داده باشد.

#### منابع

- قرآن کریم.
- ابن ابی جمهور احسایی، محمد بن علی، الاقطاب الفقهیه علی مذهب الامامیه، تصحیح از محمد حسون، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، من لایحضره الفقیه، تصحیح علی اکبر غفاری، قم، جماعة المدرسین، ج ۱، ۱۴۰۴ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبد السلام محمد هارون، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ج ۱ و ۳، ۱۴۰۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر الادب و الحوزة، ج ۱۱، ۱۴۰۵ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ق.
- آملی، محمد تقی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، چاپ اول، تهران، مؤلف، ج ۸، ۱۳۸۰ق.
- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، چاپ اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، چاپ اول، تصحیح مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، قم، نشر الهادی، ج ۳، ۱۴۱۹ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۱۹ و ۲۴، بی‌تا.
- بهایی عاملی، حسین بن عبد الصمد، العقد الحسینی (الطهماسی)، تصحیح از جواد مدرسی، یزد، چاپ گلپهار، بی‌تا.

- بهبهانی، محمّد باقر بن محمد اکمل، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، چاپ اول، قم، مؤسسه العلامة الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ق.
- بیارجمندی خراسانی، یوسف، مدارک العروة، چاپ اول، نجف، مطبعة النعمان، ج ۲، ۱۳۸۱ق.
- تهانوی، محمد علی، کشف الاصطلاحات الفنون و العلوم، چاپ دوم، بیروت، مکتب اللبناش، ۱۹۹۶.
- جرجانی، علی بن محمد، کتاب التعریفات، چاپ دوم، انتشارات آبیاری، ۱۴۰۵ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۱ش.
- همو، دانشنامه حقوقی، چاپ دوم، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۲ش.
- همو، دایرة المعارف علوم اسلامی قضایی، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۳ش.
- همو، مبسوط ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ش.
- حایری یزدی، عبد الکریم، درر الفوائد، تقریر از محمد طباطبایی فشارکی، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۸ق.
- حایری، محمد حسین، الفصول الغرویه فی الاصول الفقہیہ، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیہ، ۱۴۰۴ق.
- حرّ عاملی، محمّد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تحقیق مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، قم، مؤسسه آل البيت، ج ۲۶، ۱۴۱۴ق.
- حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه، تحقیق از احمد بن محمد صادق قمی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۶۵، ۱۳۷۵ق.
- حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی، العناوین، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- حکیم، محمد تقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، چاپ دوم، قم، موسسه آل البيت، ۱۳۹۰ق.
- حیدری، علی تقی، اصول الاستنباط، چاپ دوم، قم، نشر فیض، ۱۳۷۶ش.
- خمینی، روح الله، الرسائل، چاپ اول، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ج ۱، ۱۳۶۸ش.
- خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، ج ۱، ۱۴۱۰ق.
- رشتی گیلانی، حبیب الله، کتاب القضاء، چاپ اول، تصحیح از احمد حسینی، قم، دار القرآن الکریم، ج ۲، ۱۴۰۱ق.
- سبحانی، جعفر، الوسیط فی اصول الفقہ، چاپ چهارم، قم، مؤسسه الامام الصادق، ج ۲، ۱۳۸۸ش.
- شهید اول، محمّد بن مکی، القواعد و الفوائد، تحقیق عبد الهادی حکیم، قم، مکتبه المفید، ج ۱، بی تا.

- شهید ثانی، زین الدین بن علی، تمهید القواعد الاصولية و العربية لتفريع قواعد الاحكام الشرعية، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- همو، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، چاپ اول، تحقیق از محمد کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، ج ۴ و ۵، ۱۴۱۰ق.
- همو، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ج ۸، ۱۴۱۳ق.
- شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران، نشر عصر حقوق، ۱۳۷۹ش.
- صدر، محمد باقر، دروس علم الاصول، چاپ سوم، قم، انتشارات دارالعلم، ۱۴۰۸ق.
- طباطبایی، حکیم، حقائق الاصول، چاپ دوم، قم، مکتبه البصیر، ۱۴۰۷ق.
- طباطبایی، محمد مجاهد، المناهل الاحکام، چاپ اول، بی جا، بی نا، قطع رحلی. بی تا.
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۱ش.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، انتشارات وابسته به جامع مدرسین حوز علمیه، ج ۳، ۱۴۱۳ق.
- همو، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، تصحیح از حسین پیشنماز احرایی، قم، چاپخانه حاج احمد آقا و حاج محمود آقا، ۱۳۳۳ق.
- فخر المحققین، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ اول، تصحیح حسین موسوی، علی پناه اشتهازدی، عبد الرحیم بروجردی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۱ و ۴، ۱۳۸۹ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، چاپ دوم، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، قم، مؤسسه دار الهجرة، ج ۴، ۱۴۱۰ق.
- کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۰ش.
- همو، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، چاپ اول، تهران، نشر کانون وکلای دادگستری، ۱۳۶۸ش.
- همو، حقوق مدنی اموال و مالکیت، چاپ دوم، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴ش.
- همو، فلسفه حقوق، چاپ دوم، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ش.
- محقق داماد، مصطفی، اصول فقه، مشهد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۰ش.

- محقق سبزواری، محمد باقر، کفایة الاحکام، چاپ اول، تحقیق از مرتضی واعظی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۲، ۱۳۸۱ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ اول، قم، مؤسسة آل البيت، ج ۷، ۱۴۱۱ق.
- مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، قم، موسسه النشر الاسلامی، ج ۱ و ۳، بی تا.
- موسوی بجنوردی، محمد، علم اصول، چاپ اول، قم، انتشارات عروج، ۱۳۷۹ش.
- موسوی قزوینی، علی، رساله فی قاعدة حمل فعل المسلم علی الصحة، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات، چاپ اول، تحقیق از مرتضی رضوی، تهران، سازمان انتشارات کیهان، ج ۴، ۱۳۷۵ش.
- همو، قوانین الاصول، چاپ اول، قم، چاپ سنگی، ۱۴۰۸ق.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ سوم، قم، انتشارات دار المکتب اسلامی، ج ۲ و ۶ و ۱۵ و ۲۱ و ۲۲ و ۳۱، ۱۳۶۷ش.
- هاشمی شاهروری، محمود، قم، بحوث فی علم الاصول، نشر مکتب علوم اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- همدانی، رضا، مصباح الفقیه، چاپ سنگی، تهران، مکتبه الصدر، ج ۱، بی تا.
- یزدی، محمد کاظم، تکملة العروة الوثقی، تحقیق از محمد حسین طباطبایی، بی جا، بی تا، ج ۲، بی تا.