

تعارض اصل و ظاهر*

دکتر جلیل قنواتی
استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، پردیس قم
اسماعیل جعفری
دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی پردیس قم

چکیده

بحث تعارض اصل و ظاهر یکی از موضوعات مهمی است که در جریان دادرسی کاربرد فراوانی دارد. چون در جریان دادرسی همیشه دسترسی به ادله اثبات دعوی براحتی امکان‌پذیر نیست، درپاره‌ای از موارد و در مقام عمل آنچه که در دعاوی رخ می‌دهد با ارزیابی همراه است. در چنین مواردی باید بررسی شود آیا آنچه که یکی از طرفین دعوی 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 ظهور عرفی «ظاهر» معتبر است یا خیر؟ در موارد برخورد این ظاهر با اصل عملی چگونه باید عمل شود؟

بنابراین، در این مقاله دو اصطلاح اصل و ظاهر تعریف و جایگاه و کاربرد آن دو مشخص و آنگاه مبحث تعارض اصل و ظاهر از دیدگاه فقها و حقوقدانان و رویه قضائی مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی:

اصل، ظاهر، تعارض اصل و ظاهر، قرائن، ظن، غلبه.

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۱/۶/۶

* تاریخ دریافت مقاله: ۹۰/۱۲/۲۱

نشانه پست الکترونیکی نویسنده: j_ghanavati@yahoo.com

مطابق قاعده البینه علی المدعی و الیمین علی من انکره اثبات دعوی و ارائه دلیل بر عهده مدعی است. درپاره‌ای از دعاوی اثبات ادعا و ارائه دلیل براحتی ممکن است و گفته‌های دو طرف دعوا با ظاهر یا اصلی برخورد نمی‌کند، مثل موردی که شخصی مبلغی را بعنوان طلب از طرف مطالبه می‌کند و با ارائه سند دین به آسانی موضوع مورد ادعای خود را ثابت می‌کند. منتهی در جریان دادرسی، همیشه دسترسی به ادله اثبات براحتی امکان‌پذیر نیست. در برخی موارد در مقام عمل، آنچه که در دعاوی رخ می‌دهد با ارزیابی همراه است. بعنوان مثال زن و شوهری در نهایت صلح و صفا سالیان متمادی با هم زندگی می‌کنند، شوهر کار می‌کند و زن عهده‌دار اداره امور داخلی خانواده است. پس از مدتی بین زوجین اختلاف پیش می‌آید. زن علیه شوهر شکایت می‌کند و نفقه این چند سال را مطالبه می‌کند و شوهر ادعا می‌کند که نفقه این ایام را پرداخته است و هیچکدام دلیل محکمه پسندی ارائه نمی‌کنند، نظر به علقه زوجیت دائمی و تمکین زن ارکان استحقاق نفقه زن محرز، دین شوهر مسلم و پرداخت آن مشکوک و خلاف اصل است و مطابق ماده ۱۹۸ ق. ا.د. م در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. در این دعوی ادعای شوهر خلاف اصل است و باید خلاف آن را ثابت کند.

از سوی دیگر دادرسی فردی است با وجدان و آگاه و در می‌یابد که هیچ شوهری از همسر خود در برابر پرداخت نفقه رسید نمی‌گیرد و مردم را به گواهی نمی‌طلبند و او با بررسی پرونده متوجه می‌شود در ایام زندگی مشترک شوهر به کار مشغول بوده و اداره خانواده هم بر عهده زن بوده است و هزینه زندگی و نفقه زن در این مدت تأمین شده است و زن هم هیچ گونه اعتراض و شکایتی نداشته است. آیا مجموعه این قرائن و اوضاع و احوال که "ظاهر" و "ظهور عرفی" هم نامیده می‌شود باعث نمی‌شود که دادرسی چنین نتیجه‌گیری کند که شوهر نفقه را پرداخته است؟

در چنین مواردی باید بررسی شود آیا آنچه که یکی از دو طرف مدعی وقوع آن است، رویدادی متعارف است که بنابه سیر طبیعی امور یا حکم غلبه ظهور در امری دارد یا نه؟ و به فرض که ظهور داشته باشد. این ظهور عرفی، ظاهر معتبر است یا خیر؟ در موارد برخورد این ظاهر با اصل عملی چگونه باید عمل شود؟ در متون فقهی و حقوقی و رویه قضائی ما رویه و حکم قاطع و مشخصی در این زمینه وجود ندارد. در پاره‌ای موارد ظاهر را بر اصل ترجیح داده‌اند و در بعضی موارد به عکس عمل کرده‌اند.

در یک نگاه کلی آنچه از آراء و نظرات فقها و حقوق دانان و رویه قضائی در باب تعارض اصل و ظاهر بدست می‌آید این است که چنانچه ظاهری حجت شرعی باشد مقدم بر اصل است و اگر حجت شرعی نبوده بلکه مستندش عرف و عادت غالب و غلبه و یا قرائن ظاهری و مانند آن باشد در این موارد گاهی به اصل عمل کرده‌اند و آن را بر ظاهر مقدم داشته‌اند و گاهی بعکس عمل نموده‌اند.

به منظور توضیح بیشتر و به تعبیری دیگری می‌توان گفت: اعتبار وجحیت قطع ذاتی است. قطع به خودی خود طریق به واقع است و این طریقت اثباتاً و نقیاً قابل جعل نیست (شیخ انصاری، ۱۴۱۹: ۲۰). ضرورت ندارد شارع و قانون گذار آن را حجت بدانند و معتبر کند همچنان که قانونگذار و شارع نمی‌تواند اعتبار آن را سلب نماید. اما گاهی شارع و قانون گذار دلیل غیر علمی خاصی را قائم مقام قطع می‌کند. برخی امارات غیر علمی و ظنی را به این دلیل که کاشفیتی از واقع دارند معتبر می‌سازد و آنها را دلیل بر احکام شرعی معرفی می‌نماید. وجحیت و اعتبار ظواهر الفاظ، خبر واحد و شهادت شهود از این جمله است. بنابر این همه امارات ظنی معتبر نیستند و تنها امارات خاصی که قانون گذار تعبد نسبت به آنها را تأیید می‌کند از این ویژگی برخوردارند به تعبیر دیگر، وجحیت دلیل قطعی ذاتی است اما نسبت به سایر دلایل اصل عدم وجحیت جاری می‌شود. بنابراین دلایل ظنی اصولاً براساس این اصل فاقد اعتبار و وجحیت هستند جز مواردی که به دلیل خاصی از مشمول این اصل خارج می‌شوند. ظواهر الفاظ، قول دانشمندان خبره لغوی، اجماع منقول، شهرت فتوایی و خبر واحد از ظنون خاصی است که به دلیل خاص از مشمول اصل عدم وجحیت خارج شده‌اند. این امارات به دلیل خاص به قائم مقامی از قطع و کاشف از واقع معتبر تلقی می‌شوند. اما ظنونی غیر از موارد مذکور از اعتبار برخوردار نیستند. محقق نائینی در تعبیری می‌گوید: " ان الظن لیس کالعلم حجیته من جمله و من مقتضیات ذاته بل لابد وان تکون حجة بحمل شرعی " (نائینی، ۱۴۱۲: ۳۱).

این دیدگاه مبتنی بر نظریه کسانی است که باب علم و علمی را بسته نمی‌دانند و معتقد به انفتاح باب علم و علمی‌اند. اما معتقدان به نظریه انسداد باب علم و علمی، ظن مطلق را معتبر تلقی می‌کنند. در جایی که برای تعیین وظیفه مکفان با فقدان علم و قطع از یک سو و فقدان اماره معتبر قانونی و شرعی از سوی دیگر مواجه هستیم، شارع برای رفع تحیر و سرگردانی گردانی اصول عملی را معتبر ساخته است. شیخ انصاری در این خصوص می‌گوید: در زمانی که مکلف به حکم شرعی التفت پیدا می‌کند یا برای او شک حاصل می‌شود یا قطع پیدا می‌کند و یا ظن به حکم می‌یابد. بنابر این سلسله مترتب دلایل و مستندات احکام شرعی عبارتند از:

۱- علم و قطع ۲- امارات ظنی معتبر ۳- اصول عملیه . برای اثبات حکم شرعی در صورت وجود قطع نوبت به اماره ظنی معتبر نمی رسد و در صورت فقدان قطع و وجود اماره ظنی معتبر ، اصل عملی مورد مورد توجه قرار نمی گیرد (شیخ انصاری، ۱۴۱۹: ۲۱). اکنون این پرسش مطرح می شود که جایگاه ظاهر حال به عنوانی دلیلی برای اثبات احکام شرعی در میان سلسله دلایل و مستندات احکام چیست؟ باید توجه نمود در صورتی که ظاهر حال مستند به حکم شارع و دستور قانونگذار باشد همانند امارات ظنی معتبر از حیث رتبه مقدم بر اصل عملی خواهد بود در واقع آن ظاهری اعتبار دارد و استناد کننده را از اثبات بی نیاز می کند که شرع آن را معتبر و جحت شناخته باشد و به هر ظاهری نباید اعتماد کرد .

پرسش اساسی در موردی است که ظاهر حال بدون پشتوانه ای از شرع و قانون در تعارض با اصل عملی باشد . آیا در این صورت باید از اصل عملی رفع ید نمود و ظاهر حال را مقدم دانست؟ برخی از حقوق دانان در حکمی کلی ظاهر حال را بطور کلی (اماره قانونی و قضایی) مقدم بر اصل دانسته و به عبارت معروف شیخ انصاری اشاره نموده اند که الا صل دلیل حیث لادلیل (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۵۰).

با عنایت به مراتب مذکور و اهمیت بحث لازم است قبل از ورود به مبحث تعارض اصل و ظاهر ابتدا، هر یک از دو اصطلاح اصل و ظاهر تعریف و شناسایی و آنگاه آرای فقیهان و حقوق دانان و رویه قضائی مورد مطالعه قرار گیرد و سپس مصادیقی از موارد برخورد اصل و ظاهر بررسی شود.

الف) تعریف اصل

منظور از اصل در این مبحث، عبارت از چیزی است که بدون ملاحظه کشف از واقع و صرفاً برای تعیین تکلیف در موقع شک و تردید حجت شناخته شده است اعم از اینکه مثبت حکم تکلیفی باشد یا موضوع و اعتبار آن تا جایی است که اماره لفظی مخالف با آن در بین نباشد چون الاصل دلیل حیث لا دلیل له (نک به: محمدی، ۱۳۸۰: ۲۶۹).

موضوع اصول عملیه شک است (نائینی، ۱۴۱۲: ۱۱۰) و فحص و جستجو برای پی بردن به حکم واقعی و مایوس شدن از کشف ادله و امارات معتبر شرط اجرای هر یک از اصول عملی است. اهمیت کاربرد اصول عملیه هم در آغاز دادرسی آشکار است و هم در پایان آن. در آغاز برای شناختن مدعی از منکر و مطالبه دلیل از مدعی، و در پایان صدور حکم علیه کسی که بر خلاف اصل سخن می گوید و دلیلی برای اثبات ادعای خود ارائه نمی دهد.

ب) تعریف ظاهر

می توان ظاهر را در یک تقسیم بندی به دو قسم تقسیم نمود:

۱ - ظاهری که در مبحث الفاظ مورد بحث قرار می گیرد و از مصادیق مسلم اما رات معتبره شرعی است. اصاله العموم ، اصاله الاطلاق ، اصاله الحقیقه و مانند آن از این قبیل اند و مراد از آن عبارت است از کلمه یا کلامی که معنای آن معلوم باشد و احتمال معنای دیگر هم داشته باشد ولی این احتمال ضعیف و مرجوح باشد و اصطلاحات مقابل آن عبارتند از نص، مجمل . آنچه اصولیین در مباحث الفاظ گفته اند همه برای تعیین ظواهر کلمات یا جملات است (مظفر، ۱۴۰۳: ۱۲ و ۱۳).

۲ - ظاهری که در اثبات موضوعات و احکام مورد بحث قرار می گیرد و از قبیل ظاهر الفاظ نیست ؛ که در اصطلاح به آن ظاهر حال میگویند. این قسم از ظاهر نیز بر دو قسم است، ظاهری که دلیل شرعی و قانونی بر اعتبار و حجیت آن وجود دارد و دیگر ظاهری که از قرائن و عرف و عادت و شیوع و غلبه و... فهمیده می شود و دلیل قاطعی بر حجیت آن وجود ندارد.

ظاهری که دلیل شرعی بر اعتبار و حجیت آن وجود دارد، مانند بینه و اقرار. به اتفاق علماء ظاهری که مستند به ادله و امارات معتبره باشد در مقام تعارض اصل و ظاهر بر اصل مقدم می شود و اختلافی در آن نیست (میرفتاح، ۱۴۱۷: ۵۹۷).

اما در حجیت و اعتبار ظاهری که از قرائن ؛ عرف و عادت ، شیوع و غلبه و امثال آن فهمیده می شود و دلیل قطعی بر حجیت آن وجود ندارد (میرزای قمی در این زمینه می گوید: « فانهم عدوا من اقسام الظاهر ما كان مستنده العرف او العادة الغالبة او القرائن او غلبة الظن ، فلا بد ان يكون مرادهم في مسألة تعارض الاصل مع الظاهر تعارضها مع قطع النظر عن المعاضد والمعاند " (جامع الشتاب ، ص ۹۵) میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد و روبه قضائی قطعی نیز در این زمینه وجود ندارد . محور بحث ما در موضوع تعارض اصل و ظاهر در همین قسم است.

برخی از فقیهان در بررسی موضوع ، با بیان اینکه دلیلی بر تقدم اصل بر ظاهر وجود ندارد قائل به تفصیل شده و گفته اند اگر ظاهر، مستفاد از ادله شرعی و اماراتی باشد که از طرف شارع مقدس حجت شناخته شده همانند شهادت و اقرار، تردیدی در تقدم این ظاهر بر اصل نیست ولی اگر ظاهر از قرائنی همانند عرف و عادت و شیوع و غلبه فهمیده شود در اعتبار برخی مصادیق آن مانند مقدم داشتن ید لاحق بر ملکیت سابق و یا حکم به صحت معاملات مسلمین تردیدی وجود ندارد . به نظر می رسد دلیل تقدم ظاهر حال در این مورد نیز آن است که چنین ظاهری از پشتوانه دلیل شرعی دیگری برخوردار است اما در مواردی که اصل و ظاهر معارضه نموده و دلیل خاصی بر تقدیم یکی بر دیگری

وجود نداشته باشد پذیرش تقدم ظاهر حال بر اصل بطور جدی مورد تردید است. با وجود این، پاره ای از فقیهان معتقدند در برخی موارد ظاهر حال بدون پشتوانه شرعی بر اصل مقدم می شود. (میرزای قمی ، ۱۳۷۸ : ۲۷ به بعد).

فقیهان و حقوق دانان در موارد عدیده ای سعی در شناساندن مفهوم "ظاهر حال" نموده اند ، از جمله نویسنده کتاب جامع الشتات می گوید: «لازم است در معنی ظاهر تحقیقی به عمل آید تا به صورت قاعده کلی در موارد معارضه با اصل قابل متابعت باشد. از تتبع در فقه این قاعده فهمیده می شود که با ظن به حصول سبب، ظن به حصول مسبب می آید و این ظن از چند راه ممکن است پیدا شود». به تعبیر دیگر ظاهر حال ظن آواراست و این ظن به یکی از راههای زیر حاصل می شود :

اول- یا سبب در حصول این ظن لزوم حمل فعل مسلم بر صحت است یعنی کاری که مسلمان در زندگی خود انجام می دهد محمول بر صحت است و عنوان معصیت و تخلف از مقررات دینی را ندارد.

دوم- یا غالب کارها و معاملات مسلمین و یا معاملات نوع مردم ولو غیر مسلمان بر صحت است. به بیان دیگر، اصل صحت کارها و معاملات مسلمان بلکه غالب مردم براساس غلبه نهاده شده است.

سوم- غلبه ظن به خاطر قرائن و اوضاع و احوال (میرزای قمی ، ۱۳۷۸ : ۲۸).
با ملاحظه عبارت میرزای قمی در بند یک و دو، نامبرده صریحاً یا تلویحاً غلبه را اساس ظن قرار داده و ظاهر را بر غلبه متکی ساخته است. بنابراین در نظر او ظاهر حال اعم از امارات قانونی و امارات قضائی به مفهومی است که در قانون مدنی ایران آمده است. در بند ۳ موضوعی را که قانون مدنی در ماده ۱۳۲۴ ق.م. تحت عنوان اماره قضائی مطرح نموده بیان کرده است و اماره قضائی را هم مانند اماره قانونی مفید ظن دانسته است. فقیه مذکور در بخش دیگری از کتاب خود در تعریف ظاهر می نویسد :
ظاهر عبارت است از هر امری که موجب ظنی بر خلاف مقتضای اصل گردد و مراد از اصل در این جا عبارت است از وضع حقوقی و حکمی که قبلاً دلیلی بر آن اقامه شده باشد و فقها، استصحاب را از همین اصل قرار داده اند. (میرزای قمی ، ۱۳۷۸ : ۹۴).

حقوق دانان نیز در ظاهر حال را در تعابیر متفاوتی تعریف کرده اند. در یک تعریف گفته شده است : در زبان حقوقی مجموع این قرائن (قرائن ویژه هر دعوی) و استنباط ناشی از آن را ظاهر یا ظهور عرفی هم می نامند که در زمره دلایل است. (کاتوزیان ، ۱۳۸۳ : ۸۵).

حقوق دان دیگری می‌نویسد: ظاهر هر گاه در مقابل اصل استعمال شود عبارت است از هر امریکه بطور ظنی دلالت بر چیزی در قلمرو زندگی قضائی نماید خواه اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع به آن استناد نمایند یا نه، و اعم از اینکه قابل استناد برای اصحاب دعوی در مقام مزبور باشد یا نه بنابراین: اولاً: ظاهر اعم از دلیل مذکور در ماده ۳۵۲ قانون آئین دادرسی مدنی سابق است. ثانیاً: ظاهر اعم از اماره قانونی و اماره قضائی مذکور در ماده ۱۳۲۱ ق. م. است؛ زیرا به سبب این ماده و با توجه به ماده ۱۳۲۴ ق. م. اماره قانونی باید مصرح در قانون باشد و اماره قضائی بسیط نمی‌تواند باشد و حال اینکه اماراتی وجود دارند که بطور بسیط دلالت بر امری می‌نمایند و مصرح در قانون هم نیستند مانند صدور چک که دلالت بر مدیونیت صادر کننده چک دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ش ۳۴۶۴).

با عنایت به مراتب مذکور در یک جمع بندی کلی میتوان گفت؛ ظاهر عبارت است از امری که موجب ظنی بر خلاف مقتضای اصل گردد. خواه آن امر از عرف، عادت، شیوع و غلبه فهمیده شود یا از اوضاع و احوال و قرائن ویژه هر دعوی و امثال آن.

ج) اماره در اصول فقه

اماره آن است که شارع و قانونگذار به قائم مقامی از قطع، کاشف از واقع و معتبر قرار می‌دهد. حجیت ظواهر الفاظ (اصالة العموم، اصالة الاطلاق - اصالة الحقیقه و غیره)، حجیت خبر واحد و اعتبار شهرت فتوایی از این قبیل اند. بنابر این تمام دلایلی که به دلیل خاص از سوی شارع و قانون گذار معتبر نشده اند، هر چند مفید ظن باشند قابل استناد و اعتبار نمی‌باشند. بر اساس این تعریف، ظواهر حال هر چند مفید ظن باشند از امارات معتبره شرعی تلقی نمی‌شوند و تنها در جایی که دلیل شرعی و قانونی خاصی بر اعتبار ظاهر وجود داشته باشد ظاهر حال به استناد آن دلیل شرعی و قانونی معتبر می‌گردد.

روشن است که ظن ذاتاً حجت نیست ولی قابلیت آن را دارد که معتبر و حجت شناخته شود. پس آنچه از ظنون توسط شارع معتبر شناخته شود دارای حجیت است و ظاهر حال نیز تنها در صورتی که دلیل معتبر شرعی بر حجیت آن اقامه شود از حجیت برخوردار می‌گردد. البته در صورتی که حجیت ظن مطلق از باب انسداد باب علم و علمی پذیرفته شود - آن جنان که محقق قمی معتقد است - مطلق ظنون از جمله ظاهر حال از اعتبار و حجیت برخوردار خواهند بود. بنابر آنچه گفته شد منظور از ظاهر حال در مبحث تعارض اصل و ظاهر آن است که:

اولاً: در اثبات موضوعات و احکام مورد بحث و استفاده قرار می‌گیرد.

ثانیاً: دلیل شرعی و قاطعی بر حجیت آن وجود نداشته باشد. به بیان دیگر محل بحث، عبارت از ظاهری است که از قرائن، عرف و عادت، شیوع، غلبه و قرائن و اوضاع و احوال ویژه هر دعوی و امثال آن فهمیده می شود و به آن ظهور عرفی غیر مستند به دلیل شرعی هم گفته می شود.

همانطور که بیان شد، در متون فقهی و حقوقی و همینطور رویه قضائی، رویه قاطع و مشخصی در این زمینه وجود ندارد. قوانین کنونی ما نیز به صراحت متعرض آن نشده اند. در یک جمع بندی کلی آنچه از بررسی اقوال فقها و عالمان علم حقوق بدست می آید این است که سه نظریه در تعارض اصل و ظاهر مطرح شده است:

(د) آرای سه گانه

۱- گروهی در تعارض اصل و ظاهر، غالباً اصل را ترجیح می دهند. از جمله آنان است شهید ثانی در شرح لمعه (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۴۶ و ج ۵، ص ۱۳۲ و ۳۷۶ و ۳۷۷ و ۳۷۸ و ج ۶، ص ۵۶ و ۵۳) و مسالک الافهام (شهید ثانی، ج ۷، ص ۱۰۸ و ۱۰۹ و ج ۴، ص ۲۳۵ و ۲۳۶ و ج ۶، ص ۱۹۲ و ۱۹۱، ج ۸، ص ۳۰۳ و ج ۱۱، ص ۱۳۵) و محقق بحرانی در حدائق الناضره (بحرانی، ۱۴۱۲، ص ۹) و طباطبائی یزدی در ملحقات عروة الوثقی و شیخ عزالدین در العقد الحسینی (شیخ عزالدین، بی تا، ص ۱۶).

۲- برخی دیگر به صراحت و به عنوان یک قاعده کلی اصل یا ظاهر را ترجیح نداده اند بلکه گاهی اصل را ترجیح داده و زمانی ظاهر را مقدم داشته اند. از جمله آنان است شهید اول در کتاب الدروس (شهید اول، ۱۴۱۲، ص ۳۸۶) و لمعه دمشقیه و محقق اردبیلی در مجمع الفائدة والبرهان (محقق اردبیلی، ۱۴۱۲، ص ۱۱۴)، فاضل هندی در کشف اللتام (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ص ۲۵۸) و نجفی در جواهر الکلام (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۰، ص ۸۹ و ج ۲۶، ص ۱۷۷ و ج ۲۸، ص ۳۳۴ و ج ۳۰، ص ۸۹ و ج ۳۵، ص ۱۷۰) و فخر المحققین در ایضاح الفوائد (فخر المحققین، ۱۳۷۸، ص ۲۷۳).

۳- عده ای از فقهاء و نیز برخی از حقوق دانان به عنوان یک قاعده کلی جانب ظاهر را ترجیح داده اند. از جمله محقق کرکی در جامع المقاصد، میرزای قمی در جامع الشتات، کاتوزیان در کتاب اثبات و دلیل اثبات و قواعد عمومی قراردادها (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۷۷).

برای روشن شدن بیشتر موضوع و آشنایی با استدلال های فقیهان و دانشمندان علم حقوق چند مورد از موارد تعارض اصل با ظاهر حال بررسی می شود.

(ه) بررسی برخی مصادیق تعارض اصل و ظاهر

۱- از جمله مواردی که محل بحث و گفتگوی فقیهان و حقوق دانان قرار گرفته ، مربوط به جایی است که حواله مورد قبول محال علیه قرار نگیرد و محتال برای وصول موضوع آن به محیل رجوع کند تا طلبی را که بحواله نگرفته است از مدیون بگیرد و محیل دفاع کند که دینی به محتال نداشته و می خواسته است بدین وسیله او را وکیل در وصول طلب خود سازد یا به او وام دهد. در این دعوی اگر هیچ یک از طرفین دلیلی نداشته باشند گفته کدامیک را باید ترجیح داد و چه کسی را باید مدعی بحساب آورد و به دیگر سخن، آیا صدور حواله به تنهایی اماره و کاشف از اشتغال ذمه محیل به محتال است یا وجود دین نیاز به اثبات دارد؟

همچنین موردی که محتال مورد حواله را از محال علیه می گیرد و سپس محیل برای استرداد آن به محتال رجوع می کند، به این ادعا که به او وکالت در وصول یا وام داده است و اکنون در پی باز پس گرفتن امانت یا وام است و محتال ادعا می کند که محیل دین خویش را پرداخته است و حقی بر او ندارد. در اینجا اگر یکی از دو طرف دلیلی بر صحت ادعای خود اقامه نکند، گفته کدام یک را باید مقدم داشت، گفته محیل را که بر برائت خود تکیه دارد یا گفته محتال را که به ظاهر صدور حواله استناد می کند؟

در این موارد، که در واقع اختلاف درباره وجود دین محیل به محتال است برای ترجیح دادن گفته محیل ممکن است به اصل برائت و اصل عدم وقوع حواله استناد و از محتال خواسته شود تا ثابت کند آنچه واقع شده حواله بوده است و محیل نیز مدیون محتال است. درباره اصل وقوع حواله قانون مدنی حکمی ندارد و بین فقهاء و حقوق دانان نیز اختلاف شده است.

جمع کثیری اعتقاد دارند حواله وسیله متعارف و قانونی انتقال دین و طلب است. پس هر کسی که این وسیله را بکار برد، ظاهر این است که در معنای حقیقی و متعارف آن بکار برده است و به بیان دیگر، ظاهر از مفاد توافق طرفین حواله پرداخت دین است و این ظاهر بر اصل بقاء طلب محیل و اصل بقاء حق محتال بر او حکومت دارد. (عاملی، ۱۳۲۶، ص ۴۲۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۶۰ و ۲۶۱؛ نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۶، ص ۱۷۵ تا ۱۸۰؛ محقق کرکی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۲۴؛ یزدی، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۳۴۱).

گروهی دیگر بر این اعتقادند که باید گفته محیل را مقدم شمرد و محتال را مدعی شمرد، زیرا او بیش از هر کس دیگری به قصد خود آگاه است. باضافه، چون اختلاف در این است که آیا حق محتال بر ذمه محیل به محال علیه انتقال یافته است و طلب محیل از محال علیه از بین رفته است یا همه روابط بجای خود باقی است که در این صورت اصل بقای طلب محیل و بقای حق محتال بر ذمه اوست و کسی که خلاف اصل را ادعا

می کند باید دلیل ارائه دهد و اگر قادر به ارائه دلیل نباشد محکوم می شود. (شیخ طوسی، خلاف، ج ۲، ص ۱۳۱؛ عاملی، ۱۳۲۶، ص ۲۴۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ص ۱۴۶). به نظر می رسد که در فرض مسأله، چون تردید در وجود دین محیل است دیگر استناد به اصل بقای دین موردی ندارد ولی، در اینکه آیا صدور حواله را باید دلیل بر اشتغال ذمه محیل دانست یا به اصل برائت استناد کرد محل اختلاف است. یکی از حقوق دانان در این زمینه به دفاع از نظریه اول پرداخته و می گوید: « پاسخ این است که ظاهر ناشی از صدور حواله که راهی است به واقع بی گمان بر اصل عملی برائت حکومت و ترجیح دارد. بدین بیان که، هر گاه کسی وسیله ای را که قانون و عرف برای وفای به عهد فراهم آورده است برگزیند و مالی به دیگر بدهد، ظاهر این است که او نیز بدین وسیله دین خود را می پردازد. از تعریف ماده ۷۲۴ ق. م. نیز چنین بر می آید که حواله وسیله ایفای دین است. پس انتخاب این وسیله در پرداخت مالی به دیگری نشانه قصد طرفین بر ایفای دین است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. قانون مدنی نیز در مقام بیان همین ظاهر است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴۱۸).

۲- مورد دیگری که محل بحث و اختلاف قرار گرفته ماده ۲۶۵ ق. م. است. در ماده مذکور آمده است: « هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است. بنابراین، اگر کسی چیزی به دیگری بدهد. بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می تواند استرداد کند". در اینکه، آیا دادن چیزی به دیگری اماره وجود دین به او است و پرداخت کننده باید دلیل برائت ذمه بدهد تا بتواند آن را استرداد کند، یا اصل برائت است و مدعی اشتغال ذمه باید دلیل بیاورد و گرنه محکوم به رد چیزی است که گرفته است.

عده ای از حقوق دانان معتقدند با ملاحظه عبارت ماده ۲۶۵ و ظهور عدم تبرع و نیز بعضی از اصول نظیر اصل عدم مدیونیت (یا اصل برائت) تسلیم کننده به گیرنده می توان گفت آنچه بر عهده تسلیم کننده قرار دارد اثبات این است که او مال را به گیرنده تسلیم کرده است و این گیرنده مال است که برای امتناع از رد آنچه گرفته است باید مدیونیت دهنده و استحقاق خود را نسبت به مال تسلیم شده اثبات کند. اما با در نظر گرفتن قاعده ید و تصرف گیرنده که از تسلیم مال به او حاصل شده و اماره بودن آن نسبت به مالکیت متصرف، با لحاظ مواد ۳۵ و ۳۶ ق. م. باید گفت گیرنده متصرف به عنوان مالکیت، بی نیاز از اقامه دلیل بر استحقاق خود می باشد و دهنده مال باید برای استرداد آن مالکیت و استحقاق فعلی خود را اثبات کند (شهیدی، ۱۳۷۳: ۲۹).

در تعبیر دیگری گفته شده است: « باید پذیرفت که در حقوق ما پرداخت اماره بر وجود دین است و این قاعده ریشه بسیاری از احکام حقوقی قرار گرفته است. اصل برائت تا

جائی اعتبار دارد که با اماره و ظاهر تعارض پیدا نکند و اقدام به تأدیه ظاهری است که برائت را از اعتبار می‌اندازد. (کاتوزیان ، ۱۳۶۰ ، ص ۷۷). مرحوم مصطفی عدل ، در این زمینه می‌نویسد: " پس اگر کسی مالی به دیگری بدهد ظن غالب بر این است که قصد تبرع نداشته و با دادن آن مال قرض خود را به طرف مقابل اداء می‌کند. چنانکه همین حکم را ماده ۲۶۵ مقرر داشته است". (عدل، ۱۳۸۵: ۱۶۴). بدین ترتیب حقوق دان مذکور که از تهیه کنندگان قانون مدنی یوده است از نخستین شرحی که بر قانون مدنی نیز نوشته، جمله "ظاهر در عدم تبرع است" را به معنای ظاهر در وفای به عهد تفسیر نموده است.

در مقابل عده‌ای از حقوق دانان بر خلاف نظریه بالا براین اعتقادند: « در صورتی که دهنده مال در دادگاه اقامه دعوی استرداد آنچه را که پرداخته است بنماید دادگاه حکم برد آن مال به دهنده خواهد داد. مگر اینکه خواننده دعوی اثبات نماید وجه مزبور در مقابل دینی بوده که قبلاً خواهان به او داشته است و آن را ثابت کند. در این صورت خواهان محکوم به بیحقی خواهد شد (امامی ، ۱۳۷۸: ۳۱۴).

۳- مورد دیگر از تعارض اصل و ظاهر در جائی است که زن و شوهر در کنار هم و در یک جا سکونت داشته و زندگی می‌کنند. پس از مدتی بین آنها در پرداخت و عدم پرداخت نفقه اختلاف بوجود می‌آید. شوهر مدعی پرداخت نفقه و زن منکر آن می‌شود. فخرالمحققین براین باور است که این اختلاف از تعارض اصل (عدم انفاق) و ظاهر حال (وقتی زوجه در منزل زوج حضور دارد و مدتی با تفاهم و کمال آرامش زندگی کرده اند ظن غالب این است که شوهر نفقه زوجه و هزینه معیشت وی را پرداخت نموده است) نشأت می‌گیرد (فخرالمحققین، ۱۳۷۸: ۲۷۳). در این مسأله نیز دودیدگاه وجود دارد. برخی ظاهر حال را مقدم داشته (شیخ طوسی در خلاف، به نقل از ایضاح) و گروهی اصل را (ابن ادریس به نقل از ایضاح) بر ظاهر ترجیح داده اند.

۴- موضوع دیگری که مورد بحث و اختلاف فقیهان قرار گرفته مربوط به جائی است که مشتری در عقد بیع، مبیع را قبض نموده و سپس ادعا نماید که مبیع نقصان دارد و در نتیجه بین متعاملین اختلاف به وجود آید. در اینجا دو فرض مطرح می‌شود. در صورتی که مشتری هنگام وزن نمودن مبیع حضور نداشته باشد قول او مقدم است چون اصل عدم وصول حق مشتری به وی است و اگر حضور داشته باشد قول بایع مقدم خواهد شد. در فرض اخیر با اینکه همچنان اصل عدم وصول حق مشتری وجود دارد اما قول بایع بخاطر عمل به ظاهر حال ترجیح داده می‌شود، زیرا، وقتی مشتری هنگام وزن کردن مبیع حضور داشته باشد در استیفای حق خود احتیاط می‌کند و مبیع را به مقدار حقش وزن

می‌کند. و این ظاهر حال مرجح و تقویت کننده قول بایع و معارض با اصل است در نتیجه قول او مقدم می‌شود (محقق بحرانی، ۱۴۱۲، ج ۱۹: ۱۹۵). با وجود این محقق بحرانی پس از بیان این مطلب، تعلیل مزبور را برای تقدم ظاهر بر اصل ناتمام می‌داند، زیرا در این مسأله اصل مرجح دیدگاه مشتری و ظاهر مرجح جانب بایع است و مقتضای تعارض این دو تساقط هر دو است مگر اینکه مرجحی برای هر یک از اصل و ظاهر وجود داشته باشد که در خصوص مورد این مرجح وجود ندارد (محقق بحرانی، ۱۴۱۲، ج ۱۹: ۱۹۵).

۵ - مورد دیگری که در عبارت فقیهان مطرح شده مربوط به جایی است که شخص مقرپس از اقرار ادعا نماید که اقرار وی از روی شوخی یا اشتباه و سهو و امثال آن بوده و یا شخص مقر پس از بلوغ مدعی شود که اقرار او قبل از بلوغ بوده است یا ادعا کند در حال دیوانگی اقرار کرده است. در این موارد ممکن است ادعا شود که باید به مقتضای اصل عمل نموده و قول مقر مقدم گردد (یعنی اصل برائت و عدم اشتغال ذمه مقر) یا به ظاهر عمل شود و قول مقرله مقدم گردد؛ زیرا ظاهر حال انسان هنگام تکلم آن است که در سخنان خود جدی است و متوجه و ملتفت سخنانش می‌باشد و سهو و اشتباهی در کلام او رخ نداده است. (شهیید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶: ۳۸۵ به بعد).

ز) تعارض اصل و ظاهر در رویه قضائی

اختلافی که در آرای فقیهان و حقوق دانان دیده شد در رویه قضائی نیز وجود دارد و هنوز رویه قطعی در ترجیح یکی از اصل و ظاهر هنگام تعارض وجود ندارد و بنظر می‌رسد که رویه قضائی پس از مدتها تردید به این نتیجه تمایل دارد که در مقام برخورد اصل و ظاهر، ظاهر را مقدم بدارد و تمایل دارد که پرداخت کننده را مدیون شمارد و در مقام استرداد و اختلاف در مبنای پرداخت او را مدعی بحساب آورد. برای روشن شدن بیشتر موضوع چند نمونه از آراء صادره بیان می‌شود.

۱- حکم شماره ۶۸۴ / ۱۴ شعبه ۱۴ دیوان کشور مورخ ۶۵ / ۱ / ۲۹ در پرونده ۱۵۳۳ / ۱۸: شخصی بخواسته مبلغ دو میلیون ریال بطرفیت دیگری اقامه دعوی می‌کند و توضیح می‌دهد که مبلغ خواسته را بنا به درخواست خوانده به حساب او واریز نموده است و قرار بر این بوده که عندالمطالبه آنرا برگرداند و اکنون، با وجود ابلاغ اظهار نامه رسمی، از پرداخت پولی که به وام گرفته امتناع دارد؛ دادگاه عمومی قائم شهر ضمن دادنامه شماره ۹۵۰ / ۶۴ خوانده را به پرداخت پولی که گرفته بوده است محکوم می‌کند. خواننده از این حکم فرجام می‌خواهد، وکیل خواهان نیز از این جهت که در حکم خسارت دادرسی و تأخیر تأدیه موضوع رسیدگی قرار نگرفته است، از حکم فرجام تبعی می‌خواهد و دیوان چنین رأی می‌دهد. با توجه به مندرجات، ایراد فرجامخواه وارد بنظر

می‌رسد، چه واریز وجه بحساب فرجامخواه اعم از استقراض است بلکه ظهور در طلب فرجامخواه می‌باشد دلیلی بر استقراض ارائه نشده تا بدهکار محسوب و عندالمطالبه تأدیه نماید زیرا مدیون بودن نیاز به دلیل اثباتی دارد و برخلاف اصالت برائت ذمه می‌باشد. بنا به مراتب دادنامه نقض و پرونده جهت رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه حقوقی یک ارجاع می‌شود در مورد فرجام تبعی با نقض دادنامه موضوع آن منتفی خواهد شد.

در این دادنامه، دادرسان به ذوق سلیم و اصول کلی روی آورده‌اند و به قانون استناد نکرده‌اند، با وجود این، درباره پرداخت بصراحت گفته شده است که ظهور در طلب فرجامخواه (گیرنده) می‌باشد و درباره وضع گیرنده آمده: دلیلی بر استقراض ارائه نشده تا بدهکار محسوب و عندالمطالبه تأدیه نماید زیرا مدیون بودن نیاز به دلیل اثباتی ندارد و بر خلاف برائت ذمه می‌باشد.

در رأی مذکور اگر اماره مدیون بودن پرداخت کننده مستند به ماده ۲۶۵ قانون مدنی باشد، اماره قانونی است و اگر به اوضاع و احوال و ظهور عرفی مربوط شود، اماره قضائی است در نتیجه، در فرض نخست، قانون پرداخت کننده را مدیون می‌داند مگر اینکه خلاف آن ثابت شود و در راه اثبات عنوانی که برائت او را برساند مدعی همیشه او است ولی در مورد اماره قضائی، موضوع به اوضاع و احوال و نظر دادرس بستگی دارد و ابهام در این مسأله بسیار مهم باقی می‌ماند. همچنین حکم شماره ۴۱ / ۷ / ۳ - ۱۹۹۷ هیأت عمومی دیوان کشور، نیز در این راستا می‌باشد.

۲- در رأی شماره ۴۶ / ۴ / ۱۶ - ۷۱۶ شعبه ۴ دیوان کشور آمده است: مستفاد از موارد ۳۱۲، ۳۱۰، و ۳۱۴ قانون تجارت این است که صادره کننده چک وجوهی را که نزد دیگری دارد می‌تواند بموجب آن شخصاً مسترد دارد و یا به دیگری واگذار کند و در هر صورت صادره کننده آن واگذار کننده وجه چک شناخته می‌شود و مسئول تأدیه وجه در صورت استتکاف محال علیه از پرداخت آن می‌باشد و از مجموع مواد استفاده می‌شود که چک در وجه حامل مثبت انتقال وجه آنست که صادر کننده مدیون دارنده آن بوده و ضامن پرداخت وجه چک می‌باشد. در این صورت، عنوان استحقاق صادر کننده چک با ستراد وجه آن از دارنده چک بر خلاف مستفاد از مواد مزبور خواهد بود.

و در همین زمینه، حکم شماره ۲۸ / ۷ / ۲۰ - ۱۳۲۶ شعبه ۳ دیوان عالی کشور اعلام می‌کند. « حکم به استرداد وجه چک علیه گیرنده آن در صورتی صحیح است که استحقاق صادر کننده در استرداد وجه چک بر دادگاه ثابت گردد. استناد به اصل برائت و همچنین استناد به ماده ۲۶۵ قانون مدنی برای اثبات امر مزبور کافی نخواهد بود. » (متین دفتری، مجموعه رویه قضائی حقوقی: ۱۳۳)

البته رأی شماره ۱۷ / ۲ / ۱۴ - ۲۶۲ شعبه ۴ دیوان عالی کشور بر خلاف دو رأی اخیر می باشد و در رأی مذکور آمده است: مطابق ماده ۲۶۵ قانون مدنی، هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است. بنابراین، حکم به اینکه مالی که داده شده است تبرعی یا بابت قرض یا محاسبه یا عنوان دیگری که موجب اشتغال ذمه گیرنده نباشد بوده، محتاج بوجود دلیل یا اماره و قرینه است نه اشتغال ذمه گیرنده مال» (متین دفتری، مجموعه رویه قضائی حقوقی: ۱۱۷).

مطابق این نظر کسی که مالی را از دیگری می گیرد متعهد است که آن را بازگرداند مگر اینکه ثابت کند به جهتی اشتغال ذمه ندارد و برای مثال طلب خود را گرفته است. بدین ترتیب اگر کسی بوسیله چک پولی به دیگری بدهد، می تواند آن را پس بگیرد و گیرنده چک باید وجود دین صادر کننده را اثبات کند.

۳- در حکم شماره ۱۳۲۵ / ۶ / ۲۵ - ۱۰۴۵ شعبه یک دیوان کشور آمده است: مطابق ماده ۷۲۴ قانون مدنی، محیل مدیون محتال است، مگر خلاف آن ثابت شود (متین دفتری، مجموعه رویه قضائی حقوقی: ۱۱۸).

و حکم شماره، ۳۹ / ۹ / ۱۱ - ۲۷۸۶ شعبه دیوان کشور صدور حواله را دلیل بر اشتغال ذمه دانسته است (متین دفتری، همان: ۱۱۹).

۴- حکم شماره ۳۰۱ / ۱ / ۲۲ - ۴۵ شعبه ۳ دیوان کشور که در آن آمده است: حواله به تنهائی حکایت از دین نمی کند مگر اینکه اوضاع و احوال و یا دلیلی دیگری بر مدیون بودن محیل وجود داشته باشد والا طبق ماده ۷۲۶ قانون مدنی احکام حواله بر آن جاری نخواهد بود.

با وجود اختلاف آرای قضائی، یکی از حقوق دانان در خصوص تمایل و نگرش رویه قضائی می نویسد: به نظر می رسد که رویه قضایی نیز پس از مدتها تردید به این نتیجه تمایل دارد که پرداخت کننده را مدیون شمارد و در مقام استرداد و اختلاف در مبنای پرداخت او را مدعی بحساب آورد». (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۷۷). همچنین حقوق دان مذکور در کتاب دیگر خود می نویسد: «به نظر می رسد که رویه قضایی متمایل بر این است که پرداخت کننده و مدعی استرداد موظف به آوردن دلیل برای اثبات عنوانی است که باز پس گرفتن مال را توجیه می کند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ذیل ماده ۲۶۵).

(ح) استدلال فقیهان در ترجیح اصل یا ظاهر

در کتب فقهی بحث مبسوط و جامعی پیرامون مبحث تعارض اصل و ظاهر و دلایل ترجیح یکی از آن دو در مقام تعارض بعمل نیامده و نوعاً فقها موضوع را بنحو اجمال حین مواجهه با موارد برخورد اصل با ظاهر مطرح و بررسی نموده اند و همانطور که گفته

شد عده‌ای قائل به ترجیح اصل بر ظاهر و برخی قائل به ترجیح ظاهر بر اصل شده و گروهی دیگر صراحتاً ابراز عقیده ننموده و صرفاً به نقل قول سایر علماء اکتفا نموده‌اند. از جمله فقیهانی که معتقد به تقدم ظاهر بر اصل شده محقق کرکی است. ایشان در بحث از موردی که زوجین، حین ازدواج مسلمان نبوده ولی قبل از زناشوئی اسلام آورده‌اند و سپس در تقدم و تأخر اسلام آوردن آنها و بقای نکاحشان اختلاف شده ظاهر را بر اصل مقدم دانسته است. ایشان در تبیین دلیل تقدم ظاهر بر اصل می‌گوید: بحث از اینکه کدامیک از اصل و ظاهر هنگام تعارض بر دیگری ترجیح دارد قاعده‌ای معروف بین فقهاست و مسائل بی شماری بر این عقیده بنا نهاده شده است و اکثر فقها بر این باورند که ظاهر ترجیح دارد و برای مقدم داشتن ظاهر استدلال کرده‌اند که { اولاً } ظاهر، ناقل و راهی بسوی واقع و اثبات کننده آن است و { ثانیاً } قول صاحب ید (هنگام اختلاف) 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.

فقیه دیگری که معتقد به ترجیح ظاهر بر اصل شده میرزای قمی است. وی در بحث مفصلی از تعریف ظاهر و جایگاه آن و تعارض بین اصل و ظاهر سخن گفته و اعتبار و ارزش ظاهر را ناشی از ارزش ظن ناشی از غلبه دانسته است.

ایشان می‌گویند: « در مقام تعارض اصل و ظاهر باید معلوم شود وجه ظهور کدام است؟ و چه ظهور یا از آن جهت است که کار مسلمان باید حمل بر صحت شود، زیرا حال مسلمان این اقتضا را دارد که کارش را بر وجه صحیح انجام دهد و یا از آن جهت است که معاملات در اغلب موارد بطور صحیح واقع می‌شود. پس در مورد فرد مجهول هم طبق قاعده "الظن یلحق الشیء بالاعم الاغلب" باید آن را بر اعم اغلب حمل کرد و این گونه اعتماد و تکیه بر غلبه جایز است و معیار در غلبه این است که ظن در مورد خاص به اعتبار حکم در اغلب موارد حاصل شود و چون اشخاص از نظر حالات و شئونات مختلف‌اند و به همین دلیل غلبه در برخی اشخاص به اعتبار بعضی از شئونات حاصل می‌شود که در برخی دیگر حاصل نمی‌شود، باید با ملاحظه افرادی که حکمی به دلیل شئونات و حالات بر آنها واقع شده بررسی نمود که آیا شخص مورد نزاع نیز دارای همان شأن و حالت هست تا حکم آن اشخاص بر او هم جاری گردد یا خیر؟ فقیهان مواردی را که مستند آنها عرف یا عادت غالب یا قرائن و غلبه ظن باشد از موارد ظاهر شمرده‌اند و بدون تردید منظور آنها از تعارض اصل با ظاهر، تعارض آن دو بدون در نظر گرفتن قرائنی له یا علیه است به گونه‌ای که اگر یکی از آن دو به دلیل قرینه بر دیگری ترجیح داده شود آن ترجیح به دلیل همان قرینه خواهد بود. بنا بر این معیار در بحث تعارض

اصل و ظاهر ، ملاحظه خود ظاهر یا اصل است. به همین دلیل در تعارض بین دو اصل نیز هرگاه ظاهر با یکی از آن دو موافق باشد اصل موافق ظاهر ترجیح خواهد یافت و همین امرگویای این واقعیت است که در نظر علماء ظن مجتهد مطلقاً معتبر است (میرزای قمی، ۱۳۸۰، ص ۸۹ به بعد). این فقیه اضافه می کند که با توجه به مراتب مذکور در مقام اجرای اصل یا ظاهر و تقدیم هر یک بر دیگری باید چنین تفصیل داد که اگر ظاهر، مستفاد از ادله مشهوره شرعی و اماراتی باشد که از طرف شارع دارای حجت و اعتبارشناخته شده مانند خبر واحد، شهادت و اقرار، تردیدی در تقدیم این ظاهر بر اصل نیست. اما اگر ظاهر از قرائنی همانند عرف و عادت و شیوع و غلبه فهمیده شود، در بعضی از موارد آن اتفاقی است که این ظاهر بر اصل مقدم است. همانند مقدم داشتن ید لاحقه بر ملکیت سابق، یعنی اگر شخص، مالک چیزی بوده و الان همان چیز در تصرف دیگری است. در این جا نمی گوئیم اصل، عدم انتقال از مالک اول به فرد دوم است بلکه ید و تصرف او (که اماره است) بر اصل عدم انتقال مقدم است. به اعتقاد ما تعارض اصل و ظاهر زمانی محقق است که ظاهر شرعاً حجت بوده و از نظر شرع قابل اعتماد باشد و الا چگونه می توان گفت دلیل شرعی با غیر دلیل شرعی معارض می شود؟ در فقه مواردی وجود دارد که ظاهر بدون آنکه پشتوانه حجیت شرعی داشته باشد بر اصل مقدم گشته است. به همین دلیل لازم است در معنی ظاهر تحقیقی به عمل آید تا به صورت قاعده کلی در موارد معارضه با اصل تبعیت شود. از تتبع در فقه این قاعده فهمیده می شود که با ظن به حصول سبب ، ظن به حصول مسبب لازم می آید و این ظن از چند راه ممکن است پیدا شود. یا سبب در حصول این ظن لزوم حمل فعل مسلمان بر صحت است و یا چون غالب کارها و معاملات مسلمین و یا معاملات نوع مردم و لو غیر مسلمان بر صحت است و یا ظن غالب به جهت قرائن چنین است. با تتبع در فقه موارد بسیاری مشاهده می شود که فقها غلبه را معیار ظهور دانسته و آن را بر اصل مقدم داشته اند. با این استدلال که معیار حصول ظنی است که در مورد غلبه حاصل می شود و این ظن سبب حکمی می گردد که مخالف اصل است و دلیل تقدم غلبه بر اصل، اجماع و یا دلیل خاصی نیست، بلکه تنها به دلیل حصول ظن به سبب حکمی است که مخالف اصل است و یا به دلیل نفس ظنی است که از غلبه به دست می آید (میرزای قمی، ۱۳۸۰ : ۲۷ به بعد).

یکی از حقوق دانان نیز چنین دیدگاهی را با عبارت زیر بیان می کند : « ظهور عرفی در بسیاری از امور پنهانی تضمین مهمی برای رعایت عدالت است، ظنی است معقول که هدف قانونگذار را نیز تأمین می کند و دادرس نباید به آن بی اعتنا بماند. وانگهی با

پذیرفته شدن اعتبار اماره قضائی در قانون (ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی) به دشواری می‌توان در اعتبار ظهور عرفی تردید کرد. حتی می‌توان گفت بر خلاف اماره قضائی که وابسته به تشخیص قاضی در دعواست و اعتبار آن مقید بر این شده که دعوا به شهادت قابل اثبات باشد یا دلایل دیگری را تکمیل کند اعتبار ظهور عرفی همانند ظهور قانون مقید به هیچ مرزی نیست و در تمام دعاوی توان اثباتی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۷).

آنچه از تعبیر محقق قمی استفاده می‌شود این است که وی بر اساس اعتقاد خود مبنی بر اعتبار ظن مطلق، در هر صورتی ظاهر را بر اصل عملی مقدم می‌داند. از این رو در صورت عدم پذیرش این دیدگاه (اعتبار ظن مطلق) دلیلی برای اعتبار نظریه ایشان باقی نمی‌ماند.

از مطالعه مجموع آرای فقیهان و حقوق دانان می‌توان دلایل تقدم ظاهر بر اصل را به شرح زیر بیان نمود:

۱- ظاهر در زمره دلایل با واسطه و راهی غیر مستقیم به واقع و اثبات کننده آن است و اصول عملیه ناظر به واقع نیستند و صرفاً برای رفع سرگردانی و زدودن شک و تردید در مواقعی که دلیلی برای دسترسی به واقع نیست وضع شده‌اند و تا جایی معتبر هستند که دلیل خلافی وجود نداشته باشد به همین جهت تاب مقاومت با هیچ دلیلی از جمله ظاهر را ندارد.

۲- ظاهر در بسیاری از امور پنهانی تضمین مهمی برای رعایت عدالت است و ظنی است معقول که هدف قانونگذار را در اجرای عدالت تضمین می‌کند و دادرس نباید از آن غافل بماند.

۳- ظاهر از قبیل قاعده ید است. همانگونه که در مقام اختلاف قول صاحب ید مقدم می‌شود در مقام تعارض نیز ظاهر بر اصل مقدم می‌شود. چون در ظاهر کسی که مالی را بعنوان مالکیت در تصرف دارد، مالک آن مال شناخته می‌شود. در نتیجه کسی که ادعای خلاف دارد باید دلیل ارائه نموده و ادعای خویش را ثابت نماید هر چند سابق بر این مدعی، متصرف مال مورد نظر بوده باشد و در چنین مواردی استصحاب بقای مالکیت مدعی و اصل عدم انتقال را جاری نمی‌شود در سایر موارد نیز همین معیار اجرا می‌گردد.

اگر چه اصل یک دلیل عقلی است و فرضی خلاف واقع نیست بلکه در پیش بینی آن نیز قانونگذار سیر طبیعی امور و بنای عقلا را (مثل آنچه در ظاهر و اماره قانونی و قضائی وجود دارد) در نظر می‌گیرد اما هدف اصلی

از اصل عملی کشف واقع نیست بلکه هدف فصل خصومت و رها ساختن دادرس از تردید و دو دلی است، تا در آخرین مرحله اثبات و فقد دلیل، اگر شک برای وی باقی بماند با تمسک به آن خود را از سرگردانی رها سازد بر خلاف ظاهر که راهی غیر مستقیم به کشف واقع است و ظن غالب بر اصابت به واقع در آن متصور است و در مقام تعارض اصل را از اعتبار می اندازد.

۵- با عنایت به ویژگی و گستردگی قلمرو و اعتبار اماره قضائی (م ۱۳۲۴ ق.م) که محدود به حکم قانون نیست بلکه به استنباط دادرس از شرایط اوضاع و احوال ویژه هر دعوی بستگی دارد که نتیجه معینی را به ذهن دادرس القاء می کند و دادرس به اعتقاد استنباطی که از واقع و نشانه های دعوی می کند به موضوع اختلاف پی می برد و در خصوص مورد حکم صادر می نماید به دشواری می توان در اعتبار ظهور عرفی تردید کرد و در مقام تعارض با اصل بر آن مقدم نداشت.

۶- همانطور که گفته شد فقهاء مواردی را که مستند آنها عرف یا عادت غالب یا قرائن و غلبه ظن باشد از مورد ظاهر شمرده اند و بدون تردید منظور ایشان از تعارض اصل با ظاهر تعارض آن دو بدون در نظر گرفتن قرائن له یا علیه است. در بررسی اقوال فقهاء معلوم گردید که در برخی موارد ظاهر را بر اصل مقدم داشته اند بدون اینکه دلیلی شرعی بر حجیت آن وجود داشته باشد (میرزای قمی - جامع الشتات، ۱۳۸۰: ۸۹ به بعد) و همین امر خلاف نظر برخی از فقهاست که معتقدند به هر ظاهری نباید اعتماد کرد و ظاهری معتبر است که دلیل شرعی به اعتبار آن وجود داشته باشد (طباطبائی ملحقات عروه الوثقی، ج ۳ ص ۳۷) و بیان گردید که این قبیل از ظواهر از محل بحث ما خارج است.

۷- با تعاریفی که از ظاهر شد اساس ظن غلبه است و ظاهر متکی بر غلبه می باشد و اعتماد بر غلبه هم جایز است. معیار در غلبه هم این است که ظن در مورد شخص خاص به اعتبار حکم در غالب افراد حاصل می شود. حاصل آنکه دلیل تقدم غلبه ظاهر بر اصل، اجماع یا دلیل خاص نیست بلکه تنها به دلیل حصول ظن به سبب حکمی است که مخالف اصل است و یا به دلیل نفس ظنی است که از غلبه بدست می آید.

در بیان ترجیح اصل هم استدلال شده است که، اصل یک دلیل عقلی است و به اجماع حجت می باشد و از طرفی بیشتر موارد خلاف ظاهر آشکار می شود. در نتیجه در مقام تعارض اصل با ظاهر، اصل مقدم می شود (شیخ عزالدین، العقد الحسینی: ۱۵-۱۷). (اذا تعارض الاصل الظاهر قدم الاصل الا فی مواضع یسیرة الان الاصل دلیل عقلی و حجة بالا جماع و الظاهر کثیراً ما یخرج الامر بخلافة فلیس حجة و علی ذلک فرع العلما طهارة الطریق و

ثباب الصبيان والخمارين و القصابين و من لا يتجنب النجاسة و ثياب الكفار و اوانيهم حتى يعلم عرض النجاسة لذلك ؛

..قد يقدم الظاهر في موارد منها اذا شك في فعل شئ بعد تجاوز محله او بعد خروج وقته فان الظاهر انه فعله اذ الغالب من حال المومن فعل الشئ في محله و الاصل عدم فعله فيقدم الظاهر على الاصل و لكن لا طريق للعلماء في ذلك الا النص لان الاصل دليل قوي لا يجوز العدول عنه الا بدليل اقوى منه كالنص ... و اقول ثانياً يمكن تعليل ذلك ايضا بلزوم الحرج لان الانسان لا يمكن ان يذكر انه فعل جميع العبادات الماضية كل عبادة بخصوصها بجميع شرائطها فلو و جب عليه قضاء ما لا يعلم وقوعه و وقع في حرج لا تخلص منه ابداً .) اين استدلال بر اثبات اين ادعا كفايت نمي كند زيرا اصابت به واقع اصل نيز احتمالي است و همانگونه كه بيان گرديد هدف غائي اصل عملي فصل خصومت است نه اثبات واقع و صرفاً براي رفع تحيّر و زدودن شك و ترديد در مواعيقي كه دليلي براي دسترسي به واقع وجود ندارد بكار مي رود. در نتيجه در موارد عديده اي خلاف اصل نيز آشكار مي شود. همچنين در تقدم اصل بر ظاهر گفته شده است كه اصل به اتفاق و اجماع علماء حجت است و ظاهر حال در جائي كه مستند به دليل شرعي نباشد داراي حجيت نيست و توان مقابله با اصل عملي را ندارد.

با ملاحظه دلايل مزبور مي توان دلايل ترجيح ظاهر بر اصل را به دو دسته تقسيم كرد :

۱- ظاهر راهي به واقع است و اصل عملي صرفاً براي رفع تحيّر در مقام عمل است . پس ظاهر مقدم است .

۲- مبناي اعتبار ظن غلبه است و ظاهر بر خلاف اصل مبتني بر غلبه است . پس معتبر بوده و بر اصل حاكم است . اصل جايي حجت است كه دليل ظني ديگر وجود نداشته باشد.

با توجه به آنچه كه پيش از اين گفته شد با توجه به اصل عدم حجيت ، همه امارات ظني نمي توانند جانشين قطع واقع شده و معتبر تلقي گردند . تنها امارات ظني كه شارع و قانون گذار آنها را حجت و معتبر دانسته ، مي توانند به عنوان مستند احكام قرار گيرند . درست است كه ظاهر حال ممكن است راهي به واقع باشد و بر خلاف اصل عملي صرفاً براي رفع سرگرداني و تحيّر نباشد ولي هرگونه دليل ظن مبتني بر غلبه از اعتبار برخوردار نيست و بدون دليل شرعي معتبر از قلمرو اصل عدم حجيت خارج نمي شود . با اين توصيف همانگونه كه برخي فقيهان معتقدند نمي توان ظاهر حال را بدون هيچگونه قرينه و دليلي بر اصل عملي مقدم دانست .

در اینجا برخی نکات مذکور در مقاله ای را بررسی می کنیم که اخیرا با عنوان تعارض اصل و ظاهر نگاشته شده (زراعت، عباس، ۱۳۸۵: ۹۵)، که - از جمله - از جهات زیر قابل انتقاد است.

نویسنده در بخشی از مقاله می گوید: "تقسیم بندی مشهوری که در کتاب های اصولی و حقوقی برای ادله اثبات دعوا وجود دارد اساس درستی ندارد و همین تقسیم بندی موجب اختلاف آرا شده است. بر اساس این تقسیم بندی، دلیل بر حسب قطع یا ظن یا شک به واقع، به دلیل خاص، دلیل ظنی و اصل عملی تقسیم می شود و آن گاه رتبه هر یک از این دلایل نسبت به یکدیگر تعیین می شود یعنی گفته می شود که تا دلیل به معنای خاص آن وجود داشته باشد نوبت به دلیل ظنی نمی رسد و تا دلیل ظنی و ظاهر وجود دارد نوبت به اصل عملی نمی رسد در حالی که ممکن است در مواردی اماره قضایی بر اقرار یا سند مقدم شود یا اصل عدم بر ظاهر مقدم شود".

به نظر می رسد بحث تعارض اصل و ظاهر در دو مورد مطرح می شود:

۱- تعارض اصل و ظاهر به معنای ظاهر لفظی

۲- تعارض اصل و ظاهر به معنای ظاهر حال

در مورد اول هیچ تردیدی در تقدم ظاهر بر اصل وجود نداشته و مخالفی هم ملاحظه نمی شود.

در مورد دوم - که محل بحث نیز همین است - با توجه به ترتیب دلایل (قطع ، ظن معتبر ، اصل عملی که در این سلسله ، ظاهر حال وجود ندارد)، باید اصل را مقدم بر ظاهر حال دانست .

بنابراین آنچه نویسنده مقاله مزبور اظهار داشته و تقدم اصل بر ظاهر را در برخی موارد دلیل بر نقصان ترتیب مزبور دانسته مخدوش به نظر می رسد؛ زیرا نتیجه ترتیب مزبور نیز این است که اصل عملی بر ظاهر حال مقدم دانسته شود و معلوم نیست نویسنده به چه دلیلی تقدم اصل بر ظاهر را دلیل ضعف تقسیم بندی مزبور دانسته است.

همچنین نامبرده تقدم اماره قضایی بر سند و اقرار را دلیل بر نقصان ترتیب دلایل به نحو مذکور دانسته و به همین دلیل به ارائه سیستم دیگری مبادرت نموده است .

این مطلب نیز قابل انتقاد است؛ زیرا اماره قضایی نیز نوعی دلیل ظن آواراست و در صورتی که شارع یا قانون گذار آن را معتبر قرار داده باشد می تواند در مواردی بر سایر دلایل ظنی مقدم شود. از این رو منافاتی با تقسیم بندی مشهور ندارد.

نویسنده مزبور در عبارت دیگری می گوید: "بهتر است به جای این استدلال چنین گفته شود که دلیل یک حالت و معنا بیش تر ندارد و آن وسیله ای است که ما را از معلوم به

مجهول می رساند اما این وسیله گاهی مورد تأیید شارع و قانون گذار است مانند کتاب وسنت و اجماع و عقل برای استنباط احکام شرعی و مانند قانون و رویه قضایی برای استنباط احکام حقوقی و مانند سند و اقرار و شهادت شهود برای اثبات دعوا؛ و گاهی اعتبار آنها صرفاً به دلیل ظن آور بودن آنهاست که مبنای ظن هم معمولاً غلبه یا طبیعت امور است مانند اماره قانونی و قضایی و قرعه و اصل عملی و فرض حقوقی و... بنابر این ما در واقع چیزی به نام اصل عملی نداریم و آن چه که به این نام مشهور شده است مانند استصحاب و برائت ، دلایل ظنی هستند یعنی در صدد بیان واقع هستند و تا خلاف آنها اثبات نشده است دلالت بر واقعیت دارند . حتی دلیل قرعه ولایعلم الامن قبله نیز که ضعیف ترین دلایل می باشند دلایل ظنی هستند. بنابر این، اینکه دیده می شود فقها در مواردی اصل را بر خلاف نظر مشهور بر ظاهر مقدم می دارند به خاطر آنست که در مواردی ممکن است دلالت اصل بر واقع قوی تر از دلالت ظاهر بر واقع باشد ...

این دیدگاه نیز از جهات گوناگون مخدوش است :

اولاً : در یک متن حقوقی که موضوعی اصولی بررسی می شود استفاده از واژه " بهتر " است فاقد وجاهت علمی است .

ثانیاً : اگر منظور نویسنده این است که دلیل ما را به علم می رساند، چه لزومی دارد شارع و قانونگذار آن را تأیید کند. حجیت علم ذاتی است و نیاز به اعتبار شارع و مقنن ندارد و اگر منظور این است که دلیل ما را به ظن و گمان می رساند نه علم، در این صورت قطعاً نیازمند به اعتبار شارع و مقنن است و الا از نظر عقل و عقلا نمی توان به آن استناد نمود؛ زیرا خروج از قلمرو اصل عدم حجیت نیازمند دلیل شرعی و قانونی است. از مثالهای نویسنده مزبور فرض اخیر استنباط می شود .

ثالثاً : دلیل نیازمندی به تأیید شارع و قانون گذار چیزی جز ظنی بودن مستند نیست. در غیر این صورت هیچ دلیل عقلی و عقلایی برای تأیید شارع وجود نخواهد داشت . اگر دلیل ما را از مجهول به معلوم برساند نیاز به تأیید شارع امری لغو و بی اساس خواهد بود. بلکه از آنجا که حجیت علم و قطع ذاتی است و غیر از آن نمی تواند دلیلی داشته باشد، شارع و قانون گذار با توجه به مصالحی برخی ظنون را جایگزین قطع و علم قرار می دهد و غیر از این استدلال هیچ توجیه و مبنایی برای تأیید شارع باقی نمی ماند.

رابعاً: بدون دلیل نویسنده مبنی بر اینکه " ما در واقع اصل عملی نداریم و استصحاب و برائت دلایل ظنی هستند یعنی در صدد بیان واقع هستند "، نیز سخنی عجیب است ، زیرا اگر آنچه به اصول عملی معروف شده است ظن آور باشد این ظن یا

ظن قائم مقام علم و قطع است که مورد تأیید شارع است و در صورت تعارض با سایر اصول لفظی نباید محکوم مورود آنها واقع شود و اگر ظن مورد تأیید شارع نباشد هیچگونه اعتباری نخواهند داشت. بطور کلی بنظر می رسد ظاهرا نویسنده محترم بدون توجه به مبانی استدلال و مبتنی بر استحسانات ذهنی به نگارش چنین مطالبی مبادرت نموده است.

نتیجه گیری

حجیت و اعتبار دلیل علمی و قطع مطابق اصل است؛ زیرا اعتبار قطع ذاتی است. سائر دلایل در قلمرو اصل عدم حجیت قرار دارند. بنابراین تمام دلایل ظن آور در صورتی از اعتبار و حجیت برخوردار می شوند که به موجب دلیل شرعی و قانونی معتبری از قلمرو اصل عدم حجیت خارج شوند.

ظاهر حال از جمله دلایل ظن آوری است که تنها در صورتی که مستند به دلیل شرعی باشد از شمول اصل عدم حجیت خارج می شود. بنابراین این، ظاهر حالی که مستند به دلیل نباشد - که مورد بحث نیز همین ظاهر حال است - هر چند ظن آور است، اعتبار و حجیتی ندارد. در نتیجه در صورت تعارض بین این نوع ظهور ر حال و اصل عملی با توجه به اعتبار اصل و عدم اعتبار ظهور، اصل عملی مقدم خواهد بود.

بر خلاف آنچه برخی حقوق دانان گفته اند (کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۲، ص ۱۵۰)، آنچه در زبان فقیهان معروف شده که می گویند الاصل دلیل حیث لا دلیل به این معناست که اگر قانون گذار دلیل ظن آوری را معتبر و حجت قرار دهد این دلیل با توجه به اعتبار قانونی بر اصل عملی مقدم می شود؛ زیرا در چنین فرضی دلیل ظنی راهی به سوی واقع است که موضوع اصل عملی (شک و تردید) را زائل می سازد. اما این وضعیت در مورد دلیل ظنی (مانند ظاهر حال) که توسط شارع و قانون گذار معتبر دانسته نشده و راهی غیر معتبر به واقع است جاری نمی شود و به همین دلیل این اماره ظنی بر اصل عملی مقدم نمی شود.

فهرست منابع:

۱. امامی، سید حسن. (۱۳۷۸)، «حقوق مدنی»، تهران، اسلامیه، ج ۱.
۲. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۹)، «فرائد الاصول»، قم، مجمع الفکر الاسلامی.

۳. جعفری لنگرودی ، محمد جعفر (۱۳۸۰)، «ترمینولوژی حقوق»، تهران: گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی ، محمد جعفر (۱۳۴۸)، «دانشنامه حقوقی»، تهران، ابن سینا، ج ۱.
۵. زراعت، عباس. (۱۳۸۵)، «تعارض اصل و ظاهر»، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، شماره ۱۴.
۶. شهیدی ، مهدی. (۱۳۷۳)، «سقوط تعهدات»، تهران، کانون وکلای دادگستری .
۷. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، «ملحقات عروة الوثقی»، قم: داوری، بی تا، ج ۳.
۸. العاملی، زین الدین بن علی الجعفی (شهید ثانی). (۱۴۱۴)، «الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة»، قم، داوری ، دوره ۱۰ جلدی، ج ۶، ۵، ۴، ۳ و ۷.
۹. العاملی، زین الدین بن علی الجعفی (شهید ثانی)، (۱۴۱۴)، «مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام»، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ج ۸، ۷، ۶، ۴ و ۱۱.
۱۰. عاملی، سید محمد جواد. (ه. ق ۱۳۲۶)، «مفتاح الكرامة»، مصر، ج ۵.
۱۱. العاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (۱۴۲۰ ه.ق)، «اللمعة الدمشقیة قم»، امیر.
۱۲. العاملی، محمد بن مکی (شهید اول). (۱۴۱۲)، «الدروس الشرعیة فی فقه الامامية»، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۳.
۱۳. عدل، مصطفی، «حقوق مدنی»، تهران، چاپ چهارم.
۱۴. عز الدین، شیخ حسین، «عقد الحسینی»، گلبهار یزد، بی تا.
۱۵. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن الحسن بن محمد الاصفهانی. (۱۴۱۶ ه.ق)، «كشف اللثام»، قم، مؤسسه نشر اسلامی. ج ۷.
۱۶. فخر المحققین، شیخ ابی طالب، محمد بن الحسن بن یوسف بن المطهر الحلی. (۱۳۷۸ ه.ق)، «ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد»، قم: علمیه، ج ۳.
۱۷. کاتوزیان، دکتر ناصر. (۱۳۸۳)، «اثبات و دلیل اثبات»، تهران، میزان، ج ۱ و ۲.
۱۸. کاتوزیان، دکتر ناصر (۱۳۶۸)، «حقوق مدنی قواعد عمومی قرار دادها»، تهران، انتشارات بهنشر، ج چهارم.
۱۹. کاتوزیان، دکتر ناصر. (۱۳۷۶)، «حقوق مدنی، عقود اذنی - وثیقه های دین» ، عقود معین، تهران، شرکت انتشارات با همکاری شرکت بهمن برنا ، انتشارات مدرس، ج ۴.

۲۰. کاتوزیان، دکتر ناصر. (۱۳۷۹)، «قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی»، تهران، نشر دادگستر.
۲۱. متین دفتری، دکتر احمد، «آئین دادرسی مدنی و بازرگانی»، تهران بانک ملی، بی تا، ج ۲ و ۳.
۲۲. متین دفتری، دکتر احمد. (۱۳۳۴)، «مجموعه رویه قضائی حقوقی»، از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰ شامل نظریات دیوان عالی کشور، تهران، ۱۳۳۴.
۲۳. محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۲ ه. ق.)، «مجمع الفائدة و البرهان، قم، مؤسسه نشر اسلامی»، ج ۱۲.
۲۴. محقق بحرانی، شیخ یوسف. (۱۴۱۲ ه. ق.)، «الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة»، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۲۳، ۱۹، ۱.
۲۵. محقق کرکی، الشیخ علی بن الحسن الکرکی. (۱۴۱۸ ه. ق.)، «جامع المقاصد فی شرح القواعد»، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، ج ۱۲.
۲۶. محمدی - دکتر ابوالحسن. (۱۳۸۰)، «مبانی استنباط حقوق اسلامی»، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم.
۲۷. مراغه‌ای، میر فتاح. (۱۴۱۷ ه. ق.)، «العناوین»، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۲.
۲۸. مظفر، شیخ محمد رضا. (۱۴۰۳ ه. ق.)، اصول الفقه، بیروت، ج ۱ و ۲.
۲۹. میرزای قمی - حاج میرزا ابوالقاسم جیلانی. (۱۳۸۰)، «جامع الشتات»، تهران، دانشگاه تهران (دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، ج ۳.
۳۰. نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۴۱۲ ه. ق.)، «فوائد الاصول»، به تقریر محمد علی کاظمینی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۳.
۳۱. نجفی، شیخ محمد حسن. (۱۳۶۷ ه. ش.)، «جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام»، قم، دارالکتب الاسلامیة، ج ۴۱، ۴۰، ۳۵، ۳۰، ۲۸، ۲۶.
۳۲. نجم آبادی، المیرزا ابوالفضل. (۱۴۱۲ ه. ق.)، «کتاب القضاء»، تقریرات درس آقا ضیاء الدین عراقی، قم، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام.