

بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر در فقه و حقوق

عزیزالله فهیمی^۱

محمدرضا زند و کیلی^۲

چکیده

یکی از مسائل پیچیده در ادله‌ی اثبات دعوا در حقوق اسلامی و حقوق موضوعه، مسأله‌ی تعارض اصل و ظاهر است؛ هرگاه ظاهر از ادله‌ی مشهور شرعیه و امارات منصوب از سوی شارع باشد، مانند خیر واحد، شهادت و اقرار، در تقدم آن بر اصل تردیدی نیست؛ اما اگر ظاهر مستفاد از قرائن، عرف و عادت، غلبه و شیوع و امثال آن باشد، میان فقها و حقوق دانان در تقدم ظاهر یا اصل اختلاف است. به نظر می‌رسد مشهور فقها در مقام تعارض اصل و ظاهر، ظاهر را بر اصل مقدم می‌دانند؛ با این وجود مصادیقی یافت می‌شود که در آن اصل بر ظاهر مقدم است. علت این است که بسیاری از فقها صرفاً به ظاهری که مورد تأیید شارع است، اعتماد می‌نمایند. در این نوشتار با بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر، تقدم اصل بر ظاهر نتیجه می‌شود.

واژگان کلیدی:

اصل، ظاهر، تعارض، تعارض اصل و ظاهر، فقه، حقوق.

۱. دکتری حقوق خصوصی، استادیار دانشگاه قم.

۲. کارشناس ارشد فقه و حقوق.

درآمد

همواره در جریان دادرسی ممکن است فروضی مطرح شود که محل جریان اصل و همچنین ظاهر است؛ با توجه به حجیت هر دوی آن‌ها در برخی موارد اصل بیان‌کننده‌ی یک مطلب و ظاهر مبین مطلب مخالف آن است؛ در واقع، در چنین فروضی مسأله‌ی تعارض اصل و ظاهر مطرح می‌شود. پرسش این است که دادرس به هنگام مواجهه با این‌گونه مصادیق باید کدام را برگزیند؛ به اصل تمسک کند یا به ظاهر؟ آیا قاعده‌ی کلی در این رابطه وجود دارد؟ آیا ظاهر همیشه بر اصل مقدم است یا آن‌که اصل بر ظاهر مقدم است؟ یا این‌که باید موردی و مصادیقی بحث نمود؟ این نوشتار در دو بخش تنظیم شده است. ابتدا مصادیق تقدم ظاهر بر اصل آمده و آن‌گاه مصادیق تقدم اصل بر ظاهر معرفی شده است؛ در پایان نیز نتایج حاصل از مباحث پیشین آمده است.

۱. معنای اصل

اصل در لغت به معنای پی، پایه و ریشه می‌باشد و جمع آن اصول است؛ (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۱: ۱۵۵؛ فیومی، ۱۴۰۵، ج ۱: ۱۶) همچنین به معنای اصل هر چیزی به کار می‌رود؛ مانند آن‌که پدر را اصل ولد می‌دانند؛ چرا که ولد مستند و وابسته به پدر است (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۱: ۱۵۵؛ فیومی، ۱۴۰۵، ج ۱: ۱۶). معانی اصطلاحی که برای واژه‌ی اصل آمده، بسیار است؛ می‌توان مهم‌ترین این معانی را به شرح زیر برشمرد:

الف) اصل در برابر فرع، مانند: «الخمر اصل النبیذ»؛ یعنی حکم نبیذ از خمر گرفته شده است. موضوع حکم ثابت از طرف شرع را اصل و موضوع دیگری را که ثابت نیست، فرع گویند (جبعی عاملی، ۱۳۷۴: ۲۲۳)؛

ب) دلیل، مانند «اصل فی هذه المسأله الكتاب و السنه»؛

ج) قاعده، مانند اصل در بیع، اصاله اللزوم؛ اصل در تصرفات مسلم، صحت و اصل در اشیاء، اباحه است (بحرانی، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۵۵؛ حکیم، ۱۹۹۶: ۳۹؛ ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۱۱۵؛ قاضی، بی تا: ۹۵)؛

د) استصحاب حالت سابقه «بقاء حکم ما کان»^۱ (بحرانی، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۵۶؛
 جمعی عاملی، ۱۴۱۶: ۳۲)؛

ه) عدم که در واقع از مصادیق استصحاب است؛^۲
 (و) اصل گاهی در معنای عام‌تری به کار می‌رود و شامل اصول لفظیه مانند
 اصاله الإطلاق و اصاله العموم و نیز امارات مانند اصل صحت و اصل ید نیز می‌شود.
 ز) چیزی که به آن تکیه و اعتماد می‌شود و از نظر شرع معتبر است؛ اعم از
 آن که به آن برای نفی رجوع شود مانند اصل برائت، استصحاب عدم، اصل عدم و یا
 آن که رجوع به آن برای اثبات امری مانند استصحاب وجود و اصل صحت در عقود و
 ایقاعات باشد (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۹۷؛ رشتی، بی‌تا، ج ۲: ۹۳؛ نجفی تبریزی،
 بی‌تا: ۵۱۸).

با توجه به معانی متفاوت ابرازی از سوی فقها در خصوص اصل، به نظر
 می‌رسد مراد از اصل در بحث تعارض اصل و ظاهر معنای اخیر آن باشد نه صرف
 استصحاب.

۲. معنای ظاهر

ظاهر از ماده‌ی ظهر است که به معنی خلاف بطن آمده و جمع آن أظهر و
 ظهور مانند فلس و أفلس و فلوس است (فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۲: ۸۴). ظهور به معنی
 ظفر و دست‌یابی و اطلاع از چیزی آمده است «فأصبحوا ظاهرين»^۳ (فیومی، ۱۴۰۵،
 ج ۲: ۳۸۷؛ ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۸: ۲۷۹-۲۷۳؛ فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۲: ۸۴).
 ظاهر در لغت به معنای پیدا و در مقابل نهان به کار می‌رود و یکی از اسماء الهی است
 (طریحی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۹۹).

ظاهر در کلام فقها و حقوقدان‌ها در معانی زیر به کار رفته است:

الف) مراد از ظاهر، ظواهر ادله‌ی مشهور شرعیه و امارات منصوصه از کتاب

۱. ماده‌ی ۱۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «در صورتی که حق یا دینی بر
 عهده کسی ثابت شد اصل بر بقای آن است مگر این که خلاف آن ثابت شود».

۲. ماده‌ی ۱۲۸۵ قانون مدنی: «هر کس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند». می‌توان گفت به نوعی قاعده‌ی
 مهم «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» از اصل عدم اخذ شده است (زراعت، ۱۳۸۵: ۱۰۳؛ دیانی،
 ۱۳۸۱: ۱۳۴).

۳. صف: ۱۴.

و سنت در احکام و بینه و ید در موضوعات می‌باشد (گیلانی قمی، بی‌تا، ج ۲: ۳۸۴؛ مکی عاملی، بی‌تا، ج ۱: ۱۴۱-۱۴۰). به عبارت دیگر مقصود از ظاهر، آن چیزی است که بر اعتبار آن دلیل اقامه شده است؛ مانند بینه در موضوعات و کتاب و سنت در احکام (مراغه‌ای، ۱۴۱۷: ۵۹۲)؛

(ب) برخی ظاهر را به معنی ظاهر نوعیه استعمال نموده‌اند؛ اعم از این که ظاهر شرعاً معتبر یا غیرمعتبر باشد (رشتی، بی‌تا: ۹۵-۹۴، آشتیانی، ۱۴۰۴: ۳۳۳)؛ (ج) ظاهر به معنی ظهور شخصی، به اعتبار فرد خاص که امارات مختلف از جمله قرائن حالیه یا مقالیه به حسب مقامات مانند عدالت مدعی و وثاقت او ضمیمه‌ی آن شده است (آشتیانی، ۱۴۰۴: ۳۳۳)؛

(د) اصولیین ظاهر را گاهی در معنای ظاهر الفاظ به کار می‌برند. در این معنی این پرسش مطرح می‌شود که آیا لفظ عام ظهور در عموم دارد؟ آیا لفظی که دارای معنای حقیقی و مجازی است، ظهور در معنای مجازی دارد یا حقیقی؟ در این معنی، در اصطلاح به آن اصالة الظهور اطلاق می‌شود (زراعت، ۱۳۸۵: ۹۷)؛

(ه) هر لفظ و علامت و یا پدیده‌ای که نوعاً در اولین برخورد با آن ایجاد ظن و گمان کند، این خاصیت آن لفظ و علامت یا پدیده را ظهور و ظاهر نامند؛ مانند آن که گفته شود عبارات و الفاظ آن ماده از قانون ظاهر در آن معنا است؛ خلوت کردن عروس و داماد ظاهر در تحقق نزدیکی و استقرار تمام صداق است و نیز زندگی زوجین در یک خانه، ظاهر در تأدیه‌ی نفقه و حصول تمکین است (صابریان، ۱۳۸۴: ۳۹-۳۴)؛

(و) ظنی که از راه اماره‌ی قضایی به دست می‌آید؛^۱ برخی بر این نظر چنین خدشه کرده‌اند که در حال حاضر با حذف ماده‌ی ۱۳۱۰ قانون مدنی و نظریه‌ی شورای نگهبان در خصوص ماده‌ی ۱۳۰۹ این قانون، شهادت اعتبار نامحدود یافته است و اماره‌ی قضایی نیز دارای ارزش اثباتی است؛ اماره‌ی قضایی ایجاد ظن نمی‌کند و اعتبار آن به دلیل ظن بودنش نیست، بلکه بدین جهت معتبر است که مفید اطمینان است و علم عادی در جهای از علم است نه ظن (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴: ۶۹۹).

۱. ماده‌ی ۱۳۲۴ قانون مدنی: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند».

در این که اماره‌ی قضایی، دلیل به معنای واقعی آن محسوب نمی‌شود و در مرتبه‌ای بعد از دلائل مانند سند و اقرار و شهادت قرار دارد، تردید نیست؛ همچنین در این موضوع تردیدی نیست که اماره‌ی قضایی بدین دلیل دارای اعتبار است که برای قاضی، ظن به واقع ایجاد می‌کند؛ بدین معنی که قاضی از امر معلومی به صورت ظنی پی به امر مجهولی می‌برد (زراعت، ۱۳۸۵: ۹۸).

بنابراین، اماره‌ی قضایی، یک دلیل ظنی است و یکی از مصادیق ظاهر می‌باشد؛ قاضی باید در مقام اثبات دعوا ظن به واقع پیدا کند و ادله‌ی اثبات نیز فقط وسیله‌ای برای حصول ظن می‌باشند.

ز) به اوضاع و احوالی که از عرف و عادت، شیوع و غلبه، ظاهر حال و قرائن به دست می‌آید، ظاهر گفته می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۳۰۱؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۹۷؛ بحرانی، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۵۶؛ نجفی تبریزی، بی‌تا: ۵۱۸).

می‌توان ظاهر را بر دو گونه تقسیم‌بندی نمود: نخست، ظاهری که در مبحث الفاظ مورد بحث قرار می‌گیرد و از مصادیق مسلم امارات معتبر شرعی است، اصاله العموم، اصاله الإطلاق، اصاله الحقیقه و مانند آن از این قبیل‌اند یا ظاهری که در اثبات موضوعات و احکام مورد بحث قرار می‌گیرد و از قبیل ظاهر الفاظ نیست. این قسم از ظاهر نیز بر دو گونه است: ظاهری که دلیل شرعی و قانونی بر اعتبار و حجیت آن وجود دارد مانند بینه و اقرار در موضوعات، کتاب و سنت در احکام، به اتفاق علما ظاهری که مستند به ادله و امارات معتبر است، در مقام تعارض اصل و ظاهر بر اصل مقدم می‌شود و اختلافی در آن نیست (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۹۷؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۶: ۳۰۱-۳۰۰). و دیگری، ظاهری که از قرائن و عرف و عادت و شیوع و غلبه و ... فهمیده می‌شود و دلیل قطعی بر حجیت آن نبوده و به آن ظهور عرفی غیرمستند به دلیل شرعی یا ظاهر حال نیز اطلاق می‌شود (گیلانی قمی، بی‌تا، ج ۲: ۳۸۴).

مراد از ظاهر - در تعارض اصل و ظاهر - همین نوع از ظاهری است که دلیل قطعی بر حجیت آن وجود ندارد.

۳. معنای تعارض

تعارض در لغت به معنای «ابراز کردن»، «اظهار کردن» و «آشکار کردن» است (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۱۳۹-۱۳۷)؛ زیرا، هر یک از متعارضین بر دیگری اظهار وجود کرده و خود را به او نشان می‌دهد و مانع می‌شود از این که او به درجه‌ی حجیت فعلیه برسد؛ دیگری نیز این‌گونه عمل می‌کند.

در بیان معنی اصطلاحی تعارض، یکی از فقها آن را وصف دلیلین و مستند به آن دانسته است^۱ (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۴: ۱۱).

یکی دیگر از فقها این تعریف را مخدوش دانسته و با تصرف در آن تعارض را تنافی دو یا چند دلیل از نظر دلالت و مقام اثبات دانسته است^۲ (آخوند خراسانی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۴۹۶).

به موجب این تعریف، تعارض از اوصاف دلیل است نه از اوصاف مدلول؛ در واقع با این تعریف موارد جمع عرفی از قبیل ورود، حکومت، تخصیص، تخصص و تقیید از شمول موضوع تعارض خارج شده است.

۴. مصادیق تقدم ظاهر بر اصل

با تأمل در متون فقهی می‌توان مصادیقی از تقدم ظاهر بر اصل را به شرح زیر برشمرد:

۴-۱. رهن

اگر دو نفر در مورد یک کالا که در ید هر دو آن‌ها است، اختلاف کنند؛ یکی آن را ودیعه و دیگری رهن بداند؛ ظاهر این است که رهن باشد و اصل بر عدم رهن است. اصل و ظاهر تعارض می‌کنند و ظاهر بر اصل غلبه می‌کند (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۷: ۳۷۳-۳۶۵). این تقدم ظاهر به استناد روایتی از امام صادق (ع) است که قول مدعی رهن را مقدم می‌دانند؛ مگر آن که مدعی ودیعه بودن آن، شاهد اقامه کند (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۳۶، ج ۴).

تقدم ظاهر بر اصل مستند به دلیل شرعی است؛ این ظاهر را شارع معتبر

۱. «التعارض تنافی الدلیلین و تمنعها باعتبار مدلولهما علی وجه التناقض أو التضاد».

۲. «التعارض تنافی الدلیلین أو الأدله فی مقام الدلاله و الإثبات علی وجه التناقض أو التضاد حقیقه أو عرضاً».

دانسته، در تقدم آن بر اصل تردیدی نیست.

۴-۲. نکاح

یکی از موارد تعارض اصل و ظاهر که محل بحث فقها و نویسندگان حقوق قرار گرفته است، باب نکاح است. در این خصوص پرسش‌های بسیاری مطرح است. آیا سکوت دختر باکره ظاهر بر رضایت اوست؟ آیا زندگی مشترک زن و شوهر در منزل مشترک ظاهر بر پرداخت نفقه است؟ چنین تعارضاتی در خصوص نکاح به شرح آتی بررسی می‌شود.

۴-۲-۱. سکوت دختر باکره

در این‌که آیا سکوت دختر باکره بر رضای او به عقد نکاح و دادن اذن به ولی دلالت دارد و یا آن‌که این امر از عدم رضایت او حکایت دارد، دو وجه است؛ اصل بر عدم رضایت او، و ظاهر و عرف و عادت بر رضایت دلالت دارد. در این مورد ظاهر بر اصل مقدم است؛ زیرا، حیاء دختر باکره مانع از نطق او می‌شود و عرف و عادت بر این دلالت دارد که سکوت نشانه‌ی رضایت است (حلی، ۱۴۱۲، ج ۷: ۱۲۹-۱۲۸؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۴۶۴؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۱۸۳؛ طوسی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۵۵). این ظاهر به پشتوانه‌ی روایت مشهوری از امام صادق (ع) معتبر بوده^۱ و در تقدم آن بر اصل تردیدی نیست؛ لذا، نمی‌توان به نحو اطلاق ظاهر را معتبر و بر اصل مقدم دانست (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۳۹۵؛ صدوق، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۵۱ ح ۱۹۶؛ طوسی، بی‌تا، ج ۷: ۳۸۶).

۴-۲-۲. نفقه

در فرض طرح دعوی شکایت عدم انفاق از سوی زوجه‌ای که با همسرش در منزل مشترک زندگی می‌کند و رد این ادعا از سوی زوج و فقدان دلیل دیگری بر این ادعا و انکار، در استحقاق نفقه اختلافی نیست؛ دین زوج مسلم و پرداخت آن مردد است؛ از یک سو، مطابق ماده‌ی ۱۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی

۱. قال الصادق (ع): «فإن سکت فهو إقرارها».

و انقلاب در امور مدنی، «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شده، اصل بر بقای آن است، مگر این که خلاف آن ثابت شود»؛ از سوی دیگر ظاهر حال بر این است که هیچ مردی از همسر خود در برابر پرداخت نفقه رسید نمی‌گیرد و مردم را به شهادت نمی‌خواند. زن به خانه‌داری مشغول بوده و شوهر کار می‌کرده و درآمد داشته است. هزینه‌ی زندگی مشترک در این مدت تأمین شده و زن تاکنون اعتراضی نداشته است. با توجه به مجموعه‌ی این قرائن ظن غالب بر این است که زوج، نفقه‌ی زوجه و هزینه‌ی معیشت وی را پرداخت نموده است.

در این خصوص دو دیدگاه وجود دارد. برخی ظاهر حال را مقدم دانسته‌اند^۱ (فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۳: ۲۷۳)؛ گروهی دیگر اصل را بر ظاهر ترجیح داده‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۶: ۳۰۴).

به عقیده‌ی برخی فقها هرگاه این اختلاف پیش از تمکین زوجه باشد، ثمره‌ای در بر ندارد؛ زیرا چیزی به زوجه تعلق نمی‌گیرد. اما اگر اختلاف پس از تمکین زوجه باشد، در خصوص قبض مهر یا نفقه، قول زوج (ظاهر) مقدم بوده و زوجه باید بینه اقامه کند (طوسی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۱۶).

این نظر مستند به روایت و دلیل شرعی است؛ لذا، در این فرض ظاهر شرعاً مستند و معتبر بوده و بر اصل مقدم است؛ هر چند در این خصوص نظر مخالف نیز وجود دارد (ابن ادریس، ۱۴۱۷، ج ۲: ۶۵۶ - ۶۵۵؛ حلی، ۱۴۱۲، ج ۷: ۱۹۰)؛ بر این اساس نمی‌توان به نحو اطلاق در تعارض اصل و ظاهر، ظاهر را مقدم دانست.

۳-۲-۴. مهریه

گاهی نیز در اختلاف زوجین، در خصوص مهریه بحث تعارض اصل و ظاهر مطرح می‌شود.

۱-۳-۲-۴. اختلاف در اصل مهریه

اگر زوجین در اصل مهریه با هم اختلاف نمایند، به این صورت که زوجه مدعی مهر بوده و زوج اشتغال ذمه‌ی خود را انکار کند؛ بدون این که هر دو متعرض

۱. برخی نویسندگان حقوق نیز این عقیده را پذیرفته‌اند: (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۳۰؛ صابریان، ۱۳۸۴: ۴۲).

میزان مهریه یا تسمیه و عدم تسمیه‌ی آن شوند، اصل بر برائت ذمه‌ی زوج و تقدم قول او است (محقق حلی، ۱۳۸۳: ۲۱۶؛ محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۳۳؛ مکی عاملی، ۱۴۰۶: ۱۱۷؛ جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۳۷۷)؛ در حالی که ظاهر و عرف بر تقدم قول زوجه است؛ زیرا طبع آمیزش و استمتاع مقتضی عوض است و در نظر عرف استمتاع و ادعای عدم استحقاق با هم جمع نمی‌شوند (حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۶؛ حلی، بی‌تا، ج ۲: ۳۲؛ گیلانی قمی، بی‌تا، ج ۲: ۳۸۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۶۹؛ مؤمن سبزواری، بی‌تا: ۱۸۵).

این مسأله از مصادیق تعارض اصل و ظاهر نیست، بلکه از مصادیق تعارض دو اصل ثبوت عوض بضع محترم و بقای آن و اصل عدم تسمیه و اصل برائت است و ظاهر تنها آن را تقویت می‌کند. همان‌گونه که یکی از فقها نیز به آن اشاره نموده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۶: ۳۱۲).

۲-۳-۲-۴. اختلاف در پرداخت مهریه

ممکن است زوجین در پرداخت و عدم پرداخت مهریه با هم اختلاف کنند؛ به نحوی که زوج مدعی پرداخت و زوجه مدعی عدم پرداخت مهریه باشد؛ هرگاه اختلاف پیش از تمکین خاص زوجه باشد، قول وی مقدم است؛ زیرا، اصل بر عدم پرداخت و استصحاب بقای دین است و خلافی در آن نیست. اما اگر اختلاف پس از تمکین خاص زوجه باشد، برخی از فقها بر این عقیده‌اند که اگر عادت جاریه در شهر این باشد که پیش از آمیزش کل مهر قبض شود، قول زوج مقدم است و زوجه باید بینه اقامه کند (طوسی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۱۶؛ مکی عاملی، بی‌تا، ج ۱: ۱۵۲؛ جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۳۷۶؛ اصفهانی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۹۳؛ نجفی، بی‌تا، ج ۳۱: ۱۳۳ و ۱۳۹). زیرا، ظاهر بر پرداخت پیش از تسلیم است. یکی از فقها در این خصوص معتقد است که جایز است تغییر احکام با تغییر عادات؛ همان‌گونه که نقود متداول، اوزان متداول و نفقات زوجات و اقارب از عاداتی که در آن زمان وجود دارد، تبعیت می‌کنند، اختلاف در صدق پس از آمیزش نیز از آن جمله است؛ با توجه این که گذشتگان عادت بر دریافت مهریه پیش از آمیزش داشته‌اند، قول زوج مقدم است. اما در زمان کنونی شایسته است که قول زوجه مقدم و آنچه که پیش از آمیزش داده می‌شود، مهرالمثل

تلقی شود. (مکی عاملی، بی تا، ج ۱: ۱۵۲-۱۵۱) این قول، سخن نیکویی است؛ زیرا عرف در موضوعات مرجح است.

۴-۲-۴. مواضعه

هرگاه زوج با زوجه‌ی خویش خلوت تام نموده و پس از آن در دخول و عدم دخول اختلاف نمایند، زوجه مدعی مواضعه و زوج منکر آن باشد؛ تعدادی از فقها به این دلیل که هنگام خلوت تام زوجین و عدم وجود مانع ظاهر بر مواضعه است، به تقدم قول زوجه قائل می‌باشند (مکی عاملی، ۱۴۰۶: ۱۱۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲: ۲۰۴؛ رشتی، بی تا، ج ۱: ۳۲۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۸۶). عبارات یکی از فقها در این خصوص چنین است: «زمانی که مرد با زن خویش خلوت نموده و ستر و پوشش را کنار زده باشند، سپس او را طلاق دهد، بنا بر ظاهر حال بر مرد واجب است که تمام مهر را پرداخت نماید و بر حاکم است که چنین حکم کند. گرچه در واقع دخولی صورت نگرفته باشد، هرچند بر زن جایز نیست که بیش از نصف مهر را بگیرد» (طوسی، ۱۳۹۰: ۴۷۱). این امکان وجود دارد که مستند چنین حکمی روایتی باشد از امام سجاد (ع) مبنی بر این که، «هرگاه در بسته شود و پوشش‌ها کنار رود مهریه و عده واجب می‌گردد»^۱ (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۱۱۱، ج ۷: حرعاملی، ۱۳۸۱، ج ۱۵: ۶۷، ج ۲). پذیرش این نظر و عقیده به تقدم ظاهر و ثبوت تمام مهریه، مستند به دلیل شرعی بوده و در تقدم آن بر اصل تردیدی نیست. بر این اساس نمی‌توان به نحو اطلاق چنین حکم داد که در فرض تعارض اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است؛ بلکه، تنها ظاهری که مستند به دلیل شرعی باشد، مقدم می‌گردد.

با این وجود باید توجه داشت که این روایت با روایات دیگر تعارض دارد؛ از این جمله است روایت منقول از امام صادق (ع) مبنی بر این که «مهر ثابت نمی‌شود مگر با نزدیکی در فرج»^۲ (حرعاملی، ۱۳۸۱، ج ۱۵: ۶۶-۶۵، ج ۲: طوسی، بی تا، ج ۷: ۴۶۴، ج ۱۸۵۹) و روایت دیگری که از ایشان نقل شده است؛ بدین بیان که، «از امام صادق (ع) در مورد مردی که با زنی ازدواج نموده سؤال شد که داخل در اتاق شدند و درب را بسته و پوشش‌ها را کنار زده و او را لمس و تقبیل نموده و سپس او را طلاق

۱. «إذا أفلق بآباً و أرحى سترأ و جب المهر و العده».

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

داده در این مورد امام فرمودند، «بر ذمه‌ی وی چیزی جز نصف مهر تعلق نمی‌گیرد» (حر عاملی، ۱۳۸۱، ج ۱۵: ۶۶-۶۵، ح ۵).

می‌توان گفت که این روایات با روایت نخست در تعارض است؛ با توجه به مطابقت روایات اخیر با نص قرآن کریم مبنی بر این که «اگر پیش از آن که با آن‌ها نزدیکی کنید طلاقشان دهید درحالی که برای آنان مهری تعیین نموده‌اید، پس نصف آنچه را که تعیین نموده‌اید (به آنان بدهید)»^۱ و نیز اجماع فقهای امامیه مبنی بر این که مراد از لمس در این آیه واقعه است، مطلق لمس موجب و جوب تمام مهر نمی‌شود. این قول میان فقها قول مشهور است (جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۳۷۸؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۶: ۳۱۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۷: ۱۶۳).

۳-۴. وکالت

برای تعارض ظاهر و اصل در عقد وکالت می‌توان این فرض را مطرح کرد که هرگاه فرد «الف» زوجی فرد «ب» را با ادعای وکالت از او در حضور جمعی از معروفین شهر طلاق داده، سپس با اتمام عده با او در همان شهر ازدواج کند و فرزند پدید آورند؛ در حالی که «الف» شوهر خواهر «ب» نیز باشد و پس از ازدواج «الف» با مطلقه «ب»، خواهر «ب» را طلاق داده باشد، منشأ عداوت و خصومت شده و پس از پنج سال از تاریخ طلاق مذکور، «ب» علیه «الف» طرح دعوا کرده و مدعی شود که وکالت به او نداده و زن را هنوز زوجی خود می‌داند و «الف» نیز دلیلی بر وقوع وکالت نداشته باشد، آیا بر بقای زوجیت باید از «ب» دلیل خواست، یا آن که برای حدوث وکالت باید از «الف» مطالبه‌ی دلیل نمود (گیلانی قمی، بی‌تا، ج ۲: ۲۹)؟

ادعای داشتن وکالت در طلاق از سوی «الف» مؤید به ظاهر و مستفاد از اماره‌ای قضایی است؛ اماره‌ای که مشتمل بر این قرائن است: وقوع طلاق در حضور معروفین شهر؛ گذشت پنج سال از ازدواج وکیل با زوجی موکل بدون اعتراض موکل با وجود دوستی بین وکیل و موکل و این که وکیل شوهر خواهر موکل نیز بوده است و سرانجام طلاق خواهر موکل از سوی وکیل، که موجب و انگیزه‌ی خصومت و دعوا است.

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

نتیجه آن‌که، در دعوای مذکور قول مدعی، خلاف ظاهر است؛ لکن موافق اصل استصحاب بقای زوجیت و اصل عدم وکالت است؛ در این مسأله عقد نکاح و کیل با زوجه‌ی موکل مؤید است بر اماره‌ی قضایی مزبور و مؤید است بر اصله الصحه موضوع ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی. در حقیقت این نکاح توسط اماره‌ی قانونی و نیز اماره‌ی قضایی تأیید شده است. لذا، استصحاب بقای نکاح مدعی، تاب معارضه با ضرورت قانونی و اماره‌ی مذکور را ندارد. زیرا، در تعارض استصحاب با قاعده‌ی صحت، این قاعده مقدم است و اظهار وکیل بی‌نیاز از استدلال و موافق با ظاهر است و ادعای موکل بر خلاف ظاهر است، لذا باید برای دعوای خود دلیل ارائه دهد (صابریان، ۱۳۸۴: ۴۳).

نتیجه آن‌که، تعارض استصحاب با اصل صحت، تعارض دو اصل است و نه تعارض اصل و ظاهر؛ دیگر آن‌که، بر فرض که بپذیریم تعارض این‌ها اصل و ظاهر است، با این وجود تقدم قاعده‌ی صحت بر اصل استصحاب دارای دلیل شرعی و مستند به شرعیات بوده و در تقدم چنین ظاهری تردیدی نیست. لذا نمی‌توان به نحو اطلاق بر این باور بود که در تعارض اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است.

۴-۴. اختصاص اموال زوجین

در بیان مصادیق تعارض اصل و ظاهر فرض دیگری که متصور است، اختلاف زوجین در اموال اختصاصی هر یک از ایشان است. در این خصوص روایتی از امام صادق (ع) آمده است که «... در مورد کالای زوج یا زوجه که یکی از آنها فوت کرده و ورثه‌ی میت، مدعی آن متاع شده‌اند یا این که زوج، زوجه را طلاق داده و درباره‌ی متاع با هم اختلاف نموده‌اند، اگر متاعی باشد که اختصاص به زنان دارد، به زن داده می‌شود؛ اگر متاعی باشد که مختص مردان است، به مرد داده می‌شود، اگر متاع مشترک بین زنان و مردان باشد، بین هر دو تقسیم می‌شود. ... اگر مرد صاحب بیت است متاع کلاً برای زوج است؛ مگر آن متاعی که مختص زنان است. اگر متاع از خانه‌ی زوجه به خانه‌ی زوج برده شده باشد، متاع برای زوجه است» (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۷: ۱۳۱، ح ۱؛ طوسی، بی‌تا، ج ۶: ۲۹۸، ح ۸۳؛ حر عاملی، ۱۳۸۱، ج ۱۷: ۵۲۳ و ۵۲۴، ح ۱). از این صحیح‌ه استفاده می‌شود که اگر عادت بر این باشد که زوجه

متاع و جهاز به خانهای زوج می‌برد، به گونه‌ای که اگر از مردم پرسش شود نسبت به آن خبر دهند، حکم به مقتضای این عادت نموده و این ظاهر معتبر است شرعاً و در صورت تنازع حتی برید نیز حاکم است؛ زیرا اگر چنین عادتی وجود نداشت، در صورتی که زوج صاحب بیت باشد، حکم به نفع وی داده می‌شود؛ زیرا وی مالک بیت است و هر آنچه که داخل آن است.

این گونه حکم کردن به صرف ظهور مطلق ناشی از عادت نیست؛ بلکه به دلیل قوه‌ی ظهور با توجه به منصوص‌العله بودن آن است (رشتی، بی‌تا، ج ۲: ۳۰۰-۲۹۹). باید توجه داشت که عرفی که متصل به عصر معصومین است و منع و ردی نیز بر آن ثابت نشده باشد، به منزله‌ی سنت است و در اخذ آن و تقدم چنین ظاهری تردیدی نیست.

۴-۵. بیع

در عقد بیع نیز مصادیقی از تعارض ظاهر و اصل به شرح زیر قابل توجه است:

۴-۵-۱. صحت بیع

اگر متعاقدين در بعضی از شرایط صحت بیع اختلاف نمایند، مانند این که بایع مدعی باشد که صبی بوده یا اذن در فروش نداشته است و یا مدعی عدم صلاحیت یکی از عوضین باشد؛ مانند آن که مبیع را خمر بداند و در مقابل، خریدار عقیده به سرکه بودن آن داشته باشد؛ به رغم آن که اصل بر عدم اجتماع شرایط است، به لحاظ رعایت عمل به ظاهر حال مسلم که عقد را با رعایت شرایط صحت منعقد می‌کند، قول مدعی صحت مقدم است (محقق ثانی، ۱۴۱۱، ج ۴: ۴۵۲ - ۴۵۱؛ گیلانی قمی، بی‌تا، ج ۲: ۳۸۴؛ طباطبایی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۷۹). باید توجه داشت تمامی مصادیق ذکر شده از موارد تعارض دو اصل است: اصل صحت و اصل عدم اجتماع شرایط و نه از موارد تعارض اصل و ظاهر؛ دیگر آن که، ظاهر - اصل صحت - دارای پشتوانه و مستند شرعی است و در تقدم چنین ظاهری بر اصل تردیدی نیست.

۲-۵-۴. خیار غبن

شرط استفاده از خیار غبن آن است که شخص مغبون نسبت به قیمت واقعی کالا و شرایط قرارداد اطلاعی نداشته باشد و گرنه مطابق ماده‌ی ۴۱۸ قانون مدنی علم مغبون به قیمت واقعی مورد معامله، موجب سقوط خیار غبن است. حال اگر در فرض اعمال خیار غبن از سوی یکی از متعاقدين، طرف مقابل دلیلی بر آگاهی مدعی غبن ارائه ندهد، از یک سو اصل لزوم قرارداد مقتضی تقدم سخن طرف مقابل است که مدعی عدم غبن می‌باشد؛ تا این جا اختلاف چندانی وجود ندارد، اما هرگاه مدعی غبن از اهل فن و خبره باشد، ظاهر آن است که نسبت به قیمت کالا اطلاع کافی داشته است. بنابراین، اصل عدم اطلاع با ظاهر تعارض می‌یابد؛ مشهور فقها در این فرض ظاهر را بر اصل مقدم می‌دانند؛ برخی نیز در آن تردید کرده‌اند (محقق ثانی، ۱۴۱۱، ج ۴: ۴۴۰-۴۴۲؛ بحرانی، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۳۷). به نظر می‌رسد این مورد نیز از موارد تعارض دو اصل است. اصل عدم اطلاع و اصل لزوم قرارداد که جانب لزوم قرارداد با توجه به ظاهر ترجیح داده می‌شود.

۳-۵-۴. خیار عیب

یکی از فقها در فرض اختلاف بایع و مشتری در حدوث عیب و ادعای مشتری مبنی بر سبق عیب و انکار بایع نسبت به آن، معتقد است که تفاوتی نمی‌کند که اختلاف در حدوث عیب پیش از قبض و یا بعد از آن باشد؛ بایع سوگند یاد می‌کند؛ اما اگر شواهد و قرائن به نفع مشتری باشد و برای مشتری افاده‌ی قطع کند، دیگر جایی برای اتیان سوگند نیست (مکی عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۲۸۹).

یکی دیگر از فقها پس از نقل این قول معتقدند؛ قرائنی که موجب ظن است و اعتبار آن ظن از سوی شارع ثابت نشده باشد، قابل اعتماد نیست؛ در نتیجه تنها باید به قرائنی که مفید قطع و یقین هستند، اعتماد نمود؛ مانند شیاعی که به درجه‌ی تواتر رسیده و مفید قطع است (محقق ثانی، ۱۴۱۱، ج ۴: ۳۵۵).

مشابه این مطلب از برخی فقهای دیگر نیز نقل شده است (حلی، ۱۴۰۵: ۲۶۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۸: ۴۳۷؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۳: ۲۸۶؛ کاشف الغطاء، بی‌تا، ج ۴: ۱۴۲). از آن جا که در این فرض ظاهر افاده‌ی علم و یقین نموده و حجیت

علم و یقین ذاتی و بر اصل مقدم است، در تقدم این نوع ظاهر تردیدی نیست.

۴-۶. اجاره

هرگاه مردی با زنی ازدواج و در خانه‌ی پدری آن زن چندین سال زندگی نمایند، در حالی که در خصوص اجاره بودن یا مجانی بودن سکونت، موضع سکوت اتخاذ شود، چنانچه با بروز اختلاف میان زوجین، پدر زوجه مطالبه‌ی اجاره‌ی این مدت را نموده و زوج مدعی تبرعی بودن آن باشد، در تقدم قول یکی از ایشان دو وجه است.

احتمال دارد با توجه به اصل برائت ذمه‌ی زوج و اتفاق هر دو بر مباح بودن منفعت خانه، قول زوج با سوگند پذیرفته شود.

وجه دوم آن‌که، با توجه به ظاهر اقتضاء ید بر ضمان، قول مالک پس از سوگند بر عدم تبرعی بودن سکونت پذیرفته شده و به ثبوت اجرت‌المثل حکم داد (حلی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۱۹۴-۱۹۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۲: ۱۳۴-۱۳۳). به هر حال این ظاهر مستفاد از قاعده‌ی ید و مستند به دلیل شرعی است و نمی‌توان به نحو مطلق گفت که در تعارض اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است. تنها ظاهری که مستند به دلیل شرعی است، مقدم می‌گردد. لذا، باید به دلیل احترام مال مسلم و منفعتی که مورد استفاده قرار گرفته است، به ثبوت اجرت‌المثل حکم دارد؛ این نتیجه مورد تأیید برخی فقها (طباطبایی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۷۴-۱۷۳) و نیز قانون مدنی^۱ قرار گرفته است.

۴-۷. قاعده‌ی ید

اگر نسبت به مالی که در ید فردی است ادعای مالکیت شود، به دلیل حمل افعال و اقوال مسلمین بر صحت به مالکیت صاحب ید حکم می‌شود؛ بدون آن‌که از او طلب بینه و یمین شود؛ هرچند اصل بر عدم مالکیت است (حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۴۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۱۲: ۱۱۱). در این‌جا ظاهر مستفاد از اماره‌ی ید است. لذا، مستند به دلیل شرعی است؛ به چنین ظواهری که مستفاد از قاعده‌ی ید است، می‌توان اعتماد نمود.

۱. ماده‌ی ۳۳۷ قانون مدنی: «هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند، صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود مگر معلوم شود اذن در انتفاع مجانی بوده است.»

۸-۴. امانت

یکی از موارد تقدم ظاهر بر اصل، قبول قول امانا و کسانى است که قول آنها در تلف شدن آنچه که نزدشان امانت است، پذیرفته می‌شود. برای مثال، هرگاه مستودع مدعی تلف شدن ودیعه یا حادث شدن عیب در آن شود و مالک منکر این امر باشد، با وجود اصل عدم تلف و عدم حادث شدن عیب، قول مستودع با یمین و بدون نیاز به بینة مقدم است؛ چرا که ظاهر بر عدم خیانت امین است. برای تبیین بیشتر موضوع برخی مصادیق تعارض اصل و ظاهر در باب امانت را بررسی می‌نماییم.

۱-۸-۴. ودیعه

مودع نسبت به ودیعه امین است و قولش نسبت به تلف و حدوث عیب مورد قبول است و وی را ملزم به چیزی نمی‌کند؛ مگر آن که در حفظ و نگهداری تعدی و تفریط نموده باشد. لذا اگر مودع ادعای تلف شدن داشته باشد، اعم از آن که سبب تلف را ذکر کند و یا آن که ذکرى از آن به میان نیاورد و نیز اعم از آن که، سبب آشکار باشد مانند سیل و حریق و یا خفی باشد مانند سرقت و امثال آن، و مالک منکر این امر باشد؛ در صورت عدم بینة، قول مودع همراه با سوگند مقدم است؛ هر چند او مدعی است و مخالف اصل عدم تلف و حدوث عیب سخن می‌گوید (محقق حلی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۱۶۷؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۷: ۱۴۸-۱۴۷؛ حلی، ۱۴۱۲، ج ۶: ۳۱؛ بحرانی، ۱۴۲۳، ج ۲۱: ۴۵۵؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲: ۶۱۲؛ مؤمن سبزواری، بی‌تا: ۱۳۴). زیرا ظاهر بر این است که او امین است و امین خیانت نمی‌کند؛ ضمن آن که، تکلیف نمودن امانا به بینة در دعوای تلف، به کم‌رغبتی مردم در پذیرش امانت منجر می‌شود. تقدم این ظاهر مستند به برخی روایات است؛ مبنی بر این که حتی یمینی بر عهده‌ی امین نیست؛ اعم از آن که در موضع تهمت باشد و یا آن که چنین نباشد^۱ (صدوق، ۱۴۱۵: ۳۸۶؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۴۳۶؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۷۵؛ صدوق، ۱۴۱۵: ۳۸۶؛ حر عاملی، ۱۳۸۱، ج ۱۳: ۲۲۸، ح ۷). ظاهر - پذیرش قول امانا - به این

۱. از این جمله است روایت مرسله‌ای که از امام صادق(ع) نقل شده است: «عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال، نعم و لا یمین علیه»؛ هم‌چنین است صحیح‌ه‌ی حلی‌ی از امام صادق(ع) قال: «صاحب الودیعه و البضاعة مؤتمنان» (حر عاملی، ۱۳۸۱، ج ۱۳: ۲۸۸، ح ۱).

علت که مستند و معتبر به دلیل شرعی است، بر اصل مقدم گردیده است، بنابراین، نمی‌توان گفت در تمام موارد ظاهر بر اصل مقدم است. تنها ظواهری که مستدل و مستند بر دلیل شرعی باشند، توان معارضه و تقدم بر اصل را دارند.

۲-۸-۴. عاریه

فقه‌های امامیه در امانی بودن عاریه در دست مستعیر و عدم ضمان وی اتفاق دارند؛ به عقیده‌ی ایشان چنانچه عاریه به غیر تعدی و تفریط تلف شود، ضمانی بر عهده‌ی مستعیر نیست؛ مگر آن که شرط ضمان شده باشد، یا این که مال مورد عاریه طلا و نقره باشد (صدوق، ۱۴۱۵: ۳۸۶؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۴۹؛ محقق حلی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۱۷۴؛ مکی عاملی، بی‌تا، ج ۲: ۲۷۲؛ فخر المحققین، ۱۳۸۸، ج ۲: ۱۲۹؛ بحرانی، ۱۴۲۳، ج ۲۱: ۵۰۴؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۷: ۱۶۳).

هرگاه میان معیر و مستعیر اختلاف شود، مستعیر مدعی تلف بدون تعدی و تفریط و مالک منکر آن باشد، قول مستعیر با سوگند مقدم است؛ هر چند او مدعی بوده و مخالف اصل سخن می‌گوید.^۱ زیرا، ظاهر حال این است که او امین بوده و قولش نسبت به آنچه که امین شده پذیرفته می‌شود^۲ (صدوق، ۱۴۱۵: ۳۸۶؛ حلی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۱۹۴؛ فخر المحققین، ۱۳۸۸، ج ۲: ۱۳۴؛ محقق ثانی، ۱۴۱۱، ج ۶: ۹۳؛ بحرانی، ۱۴۲۳، ج ۲۱: ۵۲۴؛ مغنیه، ۱۹۷۷، ج ۴: ۲۱۷؛ طباطبایی، بی‌تا: ۱۳۳).

۳-۸-۴. رهن

رهینه نزد مرتهن امانت است؛ مطابق قول مشهور فقهای امامیه، مرتهن امین است و در صورت تلف ضامن نمی‌باشد؛ مگر در فرض تعدی و تفریط. بر این حکم برخی فقها ادعای اجماع نموده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۲۴۶؛ همو، ۱۴۱۸، ج ۳:

۱. ماده‌ی ۶۴۰ قانون مدنی: «مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌شود مگر در صورت تعدی و تفریط».
 ۲. از جمله روایاتی که به این امر اشاره دارند، روایت محمد بن مسلم از امام صادق (ع) است: «پرسش نمودم از امام درباره‌ی عاریه‌ای که انسان می‌گیرد و سپس از بین رفته یا به سرقت برده می‌شود. فرمودند، اگر امین باشد، غرامت و ضمانتی برعهده‌ی او نیست.» (کلینی، ج ۵: ۲۴۰، ح ۴) هم‌چنین است صحیح‌ی حلی از امام صادق (ع): «ضمانی بر عهده‌ی گیرنده‌ی عاریه نیست و صاحبان عاریه و ودیعه امین هستند» (طوسی، بی‌تا، ج ۱۸۲، ۷، ح ۷۹۸) و صحیح‌ی عبدالله بن سنان از امام صادق (ع): «گیرنده‌ی عاریه اگر امین بوده باشد، در صورت از بین رفتن عاریه غرامتی بر عهده‌ی او نیست» (کلینی، ج ۵: ۲۴۰، ح ۵).

۲۴۵). در همین خصوص تعدادی از فقها به روایت اسماعیل بن مسلم از امام صادق (ع) استناد کرده‌اند که در فرض اختلاف راهن و مرتهن نسبت به مقدار رهن، امام می‌فرماید: «سخن مرتهن را تصدیق نموده تا هنگامی که علم به مقدار ثمن پیدا کنیم. زیرا او امین است.» (صدوق، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۹۷، ح ۸۹۵؛ حرعاملی، ۱۳۸۱، ج ۳: ۱۳۸، ح ۴)؛ ایشان روایات مخالف را بر تعدی و تفریط حمل نموده‌اند (طوسی، بی‌تا، ج ۷: ۱۷۱، ح ۷۶۱؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۱۵۹؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۵: ۱۶۷). در این فرض به این علت که ظاهر مستند و معتبر به دلیل شرعی است، بر اصل مقدم شده است.

۴-۸-۴. وکالت

در صورت حدوث اختلاف میان وکیل و موکل، بدین نحو که وکیل مدعی تلف مالی شود که موکل به او تسلیم نموده و موکل منکر آن باشد و یا آن که پس از اقرار موکل به وکالت وکیل در قبض ثمن، وکیل مدعی تلف شدن ثمنی شود که قبض نموده و موکل منکر تلف باشد، قول وکیل مقدم است؛ زیرا او امین است؛ هر چند پذیرش این امر خلاف قاعده‌ی اصل عدم تلف است، اما با دلیل خاص از این قاعده‌ی کلی خارج می‌شود؛ زیرا، بناء عقلا بر قبول قول وکیل است نسبت به موضوع وکالت (طباطبایی، ۱۳۷۷: ۳۹۲ - ۳۹۱)؛ همچنین هرگاه موکل مدعی شود که از وکیل، رد مال را طلب نموده و او با وجود امکان رد امتناع نموده است و وکیل منکر آن باشد، قول وکیل مقدم است؛ زیرا اصل بر امانت وکیل است و نه خیانت وی (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۷۶).

۴-۸-۵. دلالی

دلالت کسی است که در مقابل اجرت واسطه‌ی انجام معاملاتی شده و یا برای کسی که می‌خواهد معاملاتی نماید، طرف معامله پیدا می‌کند. اصولاً قرارداد دلالی تابع مقررات راجع به وکالت است.^۱ بر این اساس در صورت تلف مال موضوع دلالی در يد دلالت، وی ضامن نیست؛ هر چند اصل بر عدم تلف مال است (حلی، ۱۴۱۰، ج ۱:

۱. ماده‌ی ۳۳۵ قانون تجارت.

۳۸۴؛ مکی عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۱۴۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۸: ۵۴۰؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۲۸). برخی فقها در همین خصوص به روایتی از امام هادی (ع) استناد می‌کنند که ایشان در پاسخ به سؤالی در خصوص حکم تلف مال در ید مأمور به خرید کالا، تلف را از مال آمر می‌دانند (کلینی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۳۱۴؛ طوسی، بی‌تا، ج ۷: ۲۲۵؛ حر عاملی، ۱۳۸۱، ج ۱۲: ۳۹۳، ح ۱). در این جا ظاهر به این علت که مستند و معتبر به دلیل شرعی است، بر اصل مقدم شده است.

۶-۸-۴. جعاله

جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از این که طرف معین باشد یا غیرمعین.^۱ فقهای امامیه، عامل را امین دانسته و به برخی اخبار وارده در این خصوص استناد می‌نمایند^۲ (مکی عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۰۰).

در این میان برخی از فقها به صراحت ید عامل را به مانند ید وکیل می‌دانند^۳ (حلی، بی‌تا، ج ۲: ۲۸۹).

چنانچه عامل مدعی تلف بدون تعدی و تفریط و مالک منکر آن باشد، قول عامل با سوگند مقدم است (طوسی، ۱۳۹۰: ۴۴۷؛ طوسی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۵۰۱؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۴۱؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۱: ۴۸۹-۴۹۰؛ ابن ادریس، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۷۰؛ محقق حلی، بی‌تا، ج ۲: ۱۸۶-۱۸۲؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۴: ۳۴۴-۳۴۲؛ طباطبایی، ۱۴۲۰، ج ۵: ۱۲۱؛ حکیم، ۱۹۹۱: ۴۳۰-۴۲۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۵۳۶).

بر این اساس، بار اثبات تعدی و تفریط بر عهده‌ی مالک است.

تعدادی از فقها افزون بر استناد به برخی روایات،^۴ به نقل از صاحب غنیه در

۱. ماده‌ی ۵۶۱ قانون مدنی.

۲. غیاث بن ابراهیم از امام صادق (ع) از امیرالمومنین (ع) روایت می‌نماید در خصوص مردی که عبدی را گرفته و سپس از دست او فرار می‌کند؛ امام (ع) می‌فرماید، «چیزی بر عهده‌ی او نیست.» (حرعاملی، ج ۵۳ و ۵۴، ح ۱ و ۳)

۳. «أقوی این است که ید عامل نسبت به آن چه که به دست آورده تا زمان رد به سوی مالکش امانی است و ضمانی بر عهده‌ی او نمی‌باشد... و ید عامل مانند ید وکیل است.»

۴. از جمله می‌توان به روایت خالد بن حجاج از امام صادق (ع) اشاره نمود، از ایشان در خصوص ملوانی پرسیدم که طعام را حمل نموده؛ و آن را در مقصد، ناقص تحویل داده است. امام (ع) فرمودند، «اگر امین بوده است ضمانی بر عهده‌ی او نیست.» هم‌چنین روایت دیگری از ایشان با این بیان آمده است که: «إن کان مأموناً فلیس

حکم این قضیه ادعای اجماع نموده‌اند (نجفی، بی‌تا، ج ۲۷: ۳۴۲).
 قانونگذار ایران نیز در ماده‌ی ۵۶۹ قانون مدنی بر این حکم تصریح دارد که
 «مالی که جعاله برای آن واقع شده است، از وقتی که به دست عامل می‌رسد تا به
 جاعل رد کند در دست او امانت است».

۷-۸-۴. وصایت

وصی امین و مالی که در ید او است، امانت است؛ بنابراین، در صورت تلف
 بدون تعدی و تفریط ضامن نیست و قول او در انفاق و آنچه که شرعاً و قانوناً نسبت
 به آن مأمور بوده، در صورتی که اسراف‌ی نموده باشد، پذیرفته می‌شود.

در صورتی که پس از بلوغ و کمال صبی و محجور، وصی مدعی انفاق و صبی
 منکر آن باشد؛ قول وصی مقدم است. ضمانی بر عهده‌ی او نیست. چرا که مطابق
 ظاهر، وصی امین است، هر چند قادر به اقامه‌ی بینه نباشد (محقق حلی، بی‌تا، ج ۲:
 ۲۰۵؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۷۲؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۷: ۴۳۳؛ حلی، بی‌تا، ج ۱: ۳۶۱؛
 محقق ثانی، ۱۴۱۱، ج ۸: ۳۱۷؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۸۲؛ موسوی خمینی،
 ۱۴۱۷، ج ۲: ۹۲ و ۹۴، مسأله‌ی ۴۸ و ۵۸).

باید توجه داشت که روایاتی که بر ضمان وصی دلالت می‌کند مربوط به
 حالتی است که وصی، وصیت را از حالت خود تغییر داده باشد^۱ (بجنوردی، ۱۴۱۹،
 ج ۶: ۳۵۴).

تمامی این موارد از مصادیق تعارض اصل و ظاهر است؛ مصادیقی که در
 آن‌ها ظاهر - پذیرش قول ائمه به این علت که مستند و معتبر به دلیل شرعی است،
 بر اصل مقدم شده است؛ بنابراین، نمی‌توان گفت در تمام موارد ظاهر بر اصل مقدم
 است. تنها ظواهری که مستدل و مستند به دلیل شرعی باشند، توان معارضه و تقدم
 بر اصل را دارند.

علیه شیء» (طوسی، بی‌تا، ج ۷: ۲۱۷، ج ۹۴۷ و ص ۲۱۸، ح ۹۵۱) همچنین صحیحی معاویه بن عمار از امام
 صادق (ع) قال: «سألته الصباغ و القصار؟ قال، ليس يضمنان» درباره‌ی رنگرز و شوینده‌ی لباس سؤال نمودم. امام
 (ع) فرمودند، «آن دو ضامن نیستند» (همان، ۲۲۰، ح ۹۶۴).

۱. «إذا كانت في حق غيرها فهو ضامن». ماده‌ی ۸۵۸ قانون مدنی: «وصی نسبت به اموالی که بر حسب وصیت
 در ید او می‌باشد حکم امین را دارد و ضامن نمی‌شود مگر در صورت تعدی و تفریط». همچنین حکم ماده‌ی
 ۶۳۱ قانون مدنی جنبه‌ی تمثیلی داشته و قابل تسری به فرض وصی نیز می‌باشد.

۵. مصادیق تقدم اصل بر ظاهر

با مذاقه در متون فقهی می‌توان فروزی را یافت که در مقام تعارض اصل و ظاهر، اصل بر ظاهر مقدم می‌شود؛ این مصادیق به شرح آتی بررسی می‌شود:

۱-۵. صحت بیع

شخصی که اکثر معاملات او فاسد است، در صحت و فساد معامله‌ی وی باید تردید نمود؛ ظاهر غلبه‌ی شخصی‌ه‌ی فرد اقتضای فساد معامله دارد؛ این در حالی است که اصل بر صحت معامله است. برخی از فقها در این مسأله و شبیه آن به نحو اطلاق اصل را بر صحت دانسته (کاشف الغطاء، بی‌تا، ج ۱: ۳۳) و معتقدند که در مقابل اصل صحت به این نوع ظاهر اعتنا و توجهی نمی‌شود. اگر مدعی فردی باشد غیرمعصوم اما در غایت عدالت، ادعای بیع، شراء، دین و یا غضب نماید و از طرفی مدعی‌علیه فردی باشد، در غایت تقلب و ظلم؛ فقهای امامیه بر تقدم اصل - عدم بیع و عدم شراء - بر ظاهر - ظاهر حال انسان عادل، تصدیق قول وی و ظاهر حال ظالم، تکذیب اوست - اجماع دارند (مکی عاملی، بی‌تا، ج ۱: ۱۴۱ - ۱۴۰). نتیجه آن که، ظاهری بر اصل مقدم می‌شود که مورد تأیید شارع باشد، این ظواهر مستند به دلیل شرعی نیستند و از این رو توان مقابله و مقدم شدن بر اصل را ندارند.

۲-۵. موافقه

هرگاه زن باکره با شوهرش خلوت نماید و زن ادعای نزدیکی و در نتیجه ثبوت تمام مهر را نماید و شوهر منکر آن باشد، اکثر فقها به اصل عدم نزدیکی و تقدم قول زوج تا زمانی که خلاف آن ثابت شود، عقیده دارند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۳۱۸؛ حلی، ۱۴۱۲، ج ۷: ۱۵۷ - ۱۵۵؛ حلی، ۱۴۰۵: ۴۳۹؛ محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۳۳؛ محقق حلی، ۱۳۸۳: ۲۱۶؛ جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۳۷۸؛ طباطبایی، ۱۴۲۰، ج ۷: ۱۶۴-۱۶۳؛ بحرانی، ۱۴۲۳، ج ۲۴: ۵۸۴؛ بحرانی، ۱۳۷۷، ج ۳: ۱۹۳). برخی نیز تقدیم اصل بر ظاهر ظنی را اقوی می‌دانند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۳۰۳) و یا ظاهری را بر اصل مقدم می‌دانند که مورد تأیید شارع باشد (نجفی، بی‌تا، ج ۳۱: ۱۴۲).

۳-۵. تردید در حیات مفقودالاثار

فرض دیگری که برخی از فقها آن را مطرح نموده‌اند، آن است که کشتی‌ای که به سوی مقصدی معین در حال حرکت است، دچار طوفان شده و غرق شود، با توجه به شیاع و قرائن موجود که قسمتی از دکل‌های کشتی در سواحل یافت شده یا برخی از افراد در سلامت کامل نجات یافته و برخی دیگر نیز غرق شده‌اند، آیا می‌توان با توجه به این که ظاهر این قرائن دلالت بر هلاکت مفقودین دارد، حکم به هلاکت آن‌ها داد و یا آن که نمی‌توان چنین حکم کرد؟

ظاهر کلام اصحاب این است که میان شهادت قرائن به موت و غیر آن تفاوتی نیست؛ استصحاب بقای حیات او مقدم است بر این ظاهر و تا هنگامی که یقین به موت حاصل نشود، به این قرائن اعتنایی نمی‌شود (محقق ثانی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۳۷ - ۲۳۶). اصل بر عدم حجیت است؛ تمام امارات ظنی نمی‌توانند جانشین قطع شده و معتبر تلقی شوند. لذا، هرگونه ظاهری از اعتبار برخوردار نیست و بدون دلیل شرعی معتبر از قلمرو اصل عدم حجیت خارج نمی‌شود. بنابراین، به این نوع ظواهر اعتنایی نکرده و اصل استصحاب را بر این ظواهر مقدم می‌داریم.

۴-۵. حواله

تعارض اصل و ظاهر در عقد حواله و تقدم اصل بر ظاهر در فروض زیر متصور است:

۱-۴-۵. اختلاف میان محیل و محتال

هرگاه فردی به فرد دیگری بگوید که تو را حواله دادم به سوی فلان شخص و او نیز مورد حواله را قبول نموده باشد؛ در صورت بروز اختلاف میان محیل و محتال و ادعای محیل مبنی بر این که مقصود، وکالت در وصول بوده و محتال تحقق حواله را مدعی شود، اصل بر اقتضای براءت ذمه‌ی محیل نسبت به محتال است و ظاهر لفظ بر حواله دلالت دارد. گرچه اطلاق آن می‌تواند بر وکالت نیز دلالت کند؛ زیرا وکالت از عقود جایز است و آنچه که دلالت بر اذن در آن نماید، کفایت می‌کند و لفظ حواله صلاحیت دلالت بر اذن در وکالت را دارد.

در تقدم قول محیل و محتال اختلاف است. برخی معتقدند که حواله وسیله‌ی متعارف و قانونی انتقال دین و طلب است؛ پس هر کس این وسیله را به کار برد، ظاهر این است که در معنای حقیقی و متعارف آن به کار برده است (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۵: ۴۲۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۲۶۱ - ۲۶۰؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۶: ۱۸۰-۱۷۵؛ محقق ثانی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۲۴؛ طباطبایی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۳۴۱).

مشهور به تقدم قول محیل - اصل برائت ذمه - قائلند و این که او آگاه‌تر به قصد خویش است. همچنین از آن‌جا که اختلاف در انتقال حق محتال از ذمه‌ی محیل به ذمه‌ی محال‌علیه و یا بقای روابط پیشین است، اصل بر بقای طلب محیل و بقای حق محتال بر ذمه‌ی اوست و کسی که خلاف اصل ادعا می‌کند، باید دلیل آورد (حلی، ۱۴۱۷: ۹۵؛ طوسی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۳۱؛ جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۴: ۱۴۶).

به نظر می‌رسد از آن‌جا که تردید در وجود دین محیل است، استناد به بقای دین موردی ندارد. با توجه به این که حواله وسیله‌ی ایفای دین است، انتخاب این وسیله در پرداخت مال به دیگران نشانه‌ی قصد طرفین برای ایفای دین است؛ مگر آن‌که خلاف آن ثابت شود. هم‌چنان که قانون مدنی نیز در مقام بیان همین ظاهر است.^۱

۲-۴-۵. اختلاف میان محیل و محال‌علیه

هرگاه محال‌علیه پس از پرداخت وجه حواله به محیل رجوع کرده و وجه پرداختی را مطالبه نماید و منکر بدهکار و مدیون بودن به محیل شود، در صورتی که حواله را بر بری الذمه صحیح بدانیم، میان اصل - برائت ذمه‌ی محال‌علیه از دین محیل - و ظاهر - مشغول‌الذمه بودن وی - تعارض است؛ پرسش این است که اگر فرد مشغول‌الذمه نباشد، چرا حواله را پذیرفته است؟

غالباً در مواردی که تعارض میان اصل و ظاهر پیش می‌آید، اصل مقدم است؛ لذا محال‌علیه سوگند یاد کرده و رجوع می‌کند (محقق حلی، بی‌تا، ج ۲: ۱۱۳؛ حلی، بی‌تا، ج ۲: ۱۰۷؛ جبعی عاملی، بی‌تا، ج ۴: ۱۴۷-۱۴۶). زیرا دلیلی بر اعتبار این ظاهر وجود ندارد.

۱. ماده‌ی ۷۲۴ قانون مدنی: «حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد...».

با این وجود برخی به تقدم ظاهر بر اصل معتقد هستند؛ ایشان چنین استدلال می‌کنند که اولاً، ظاهر ناقل و راهی به سوی واقع و اثبات‌کننده‌ی آن است؛ ثانیاً، قول صاحب ید مقدم می‌شود و مقدم شدن او از قبیل تقدم ظاهر است؛ بنابراین، مقدم شدن قول او دلالت بر این دارد که در نظر شارع ظاهر قوت و ترجیح دارد (محقق ثانی، ۱۴۱۱، ج ۴: ۴۴۲-۴۴۰).

با توجه به آنچه گفته شد، اصل بر عدم حجیت است، همه‌ی امارات ظنی نمی‌توانند جانشین قطع شده و معتبر تلقی گردند؛ تنها امارات ظنی که توسط شارع و قانون‌گذار معتبر دانسته شده‌اند - همانند قاعده‌ی ید - می‌توانند مستند احکام قرار گیرند.

درست است که ظاهر حال ممکن است راهی به واقع باشد و برخلاف اصل صرفاً برای رفع سرگردانی و تحیر نباشد، اما هر گونه ظاهر مبتنی بر غلبه از اعتبار برخوردار نبوده و بدون دلیل شرعی معتبر از قلمرو اصل عدم حجیت خارج نمی‌شود. بر این اساس هم‌چنان که برخی از فقها معتقدند نمی‌توان ظاهر را بدون هیچ گونه قرینه و دلیلی بر اصل مقدم دانست، لذا محال‌علیه می‌تواند به محیل رجوع کند.

برآمد

همواره این احتمال وجود دارد که میان اصل و ظاهر تعارض حاصل شود؛ چنانچه ظاهر مستفاد از ادله‌ی شرعی و اماره‌ای باشد که از سوی شارع و قانون‌گذار حجت شناخته شده است، همانند بینه و اقرار در موضوعات و کتاب و سنت در احکام، در تقدم این ظواهر بر اصل تردیدی نیست؛ اما اگر ظاهری باشد که مستفاد از عرف و عادت و شیوع و غلبه، قرائن و شواهد و در اصطلاح ظاهر حال باشد؛ اگر چنین ظاهری به اجماع یا روایت بر اصل مقدم باشد، در تقدم آن بر اصل تردیدی نیست؛ حتی اگر اجماع و روایتی نیز در میان نباشد، اما از این ظواهر برای دادرسی و فقیه علم و اطمینان حاصل شود؛ به سبب همین علم و اطمینان حجت بوده و بر اصل مقدم می‌گردد. اما اگر از این ظواهر علم حاصل نشده و صرفاً ظن حاصل گردد، با توجه به اصل عدم حجیت ظن، چنین ظنی نمی‌تواند جانشین قطع شده و معتبر تلقی شود؛ تنها ظنی که شارع و قانونگذار آن را معتبر دانسته، می‌تواند جانشین قطع شده و مستند حکم قرار گرفته و حجت تلقی شود؛ با توجه به این که ظن حاصل از ظاهر حال از اعتبار برخوردار نیست، بدون دلیل شرعی معتبر حجت تلقی نمی‌شود. بر این اساس، نمی‌توان ظاهر را بدون هیچ قرینه و دلیلی بر اصل مقدم دانست؛ لذا، با توجه به حجیت اصل، اصل بر ظاهر مقدم می‌شود.

نتیجه آن که، قاعده‌ی کلی در مصادیق تقدم اصل و ظاهر بر تقدم اصل مبتنی است؛ مگر آن که حجیت ظاهر ثابت شود.

فهرست منابع

- ۱- آشتیانی، محمدحسن، *کتاب القضاء*، منشورات دارالهجره، قم، ۱۴۰۴.
- ۲- آخوند خراسانی، محمدکاظم، *کفایه الاصول*، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۶.
- ۳- ابن براج، عبدالعزیز، *المهذب*، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۶.
- ۴- ابن حمزه طوسی، ابی جعفر محمدبن علی، *الوسیله الی نیل الفضیله*، شیخ محمد الحسون، مکتبه آیه‌الله العظمی المرعشی النجفی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۸.
- ۵- ابن منظور، محمدبن مکرم، *لسان العرب*، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۸.
- ۶- اصفهانی، محمد (فاضل هندی)، *کشف اللثام*، انتشارات آیت‌الله مرعشی، چاپ سنگی، قم، ۱۴۰۵.
- ۷- انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، مجمع الفکر الإسلامی، قم، ۱۴۲۸.
- ۸- بجنوردی، محمدحسن، *قواعد الفقهیة*، نشر الیهادی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹.
- ۹- بحرانی، یوسف، *الدرر النجفیة*، شرکه دارالمصطفی لاحیاء التراث، بیروت، ۱۴۲۳.
- ۱۰- جبعی العاملی، حسن بن زین‌الدین، *تمهید القواعد*، مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۱۶.
- ۱۱- جبعی العاملی، حسن بن زین‌الدین، *الروضه البهیة فی شرح اللعمه الدمشقیة*، دارالعلم، بیروت، بی‌تا.
- ۱۲- جبعی العاملی، حسن بن زین‌الدین، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، مؤسسه‌ی معارف اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳.
- ۱۳- جبعی العاملی، حسن بن زین‌الدین، *معالم الدین فی الاصول*، دارالفکر، قم، ۱۳۷۴.
- ۱۴- گیلانی قمی، ابی القاسم بن‌الحسن، *جامع الشتات*، ناشر شرکه الرضوان، تهران، بی‌تا.
- ۱۵- حر عاملی، محمدبن الحسن، *وسائل الشیعه*، منشورات المکتبه الاسلامیه، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸۱.
- ۱۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد چهارم، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- ۱۷- دیانی، عبدالرسول، «ترتیب دلایل»، مجله‌ی کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره‌ی ۸، شماره‌ی پیاپی ۱۷۷، ۱۳۸۱.

- ۱۸- زراعت، عباس، «تعارض ظاهر و اصل»، مجله‌ی دانشکده‌ی علوم انسانی دانشگاه سمنان، سال پنجم، شماره‌ی ۱۴، تابستان ۱۳۸۵.
- ۱۹- حسینی عاملی، سیدمحمد جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه*، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ۲۰- حکیم، محمدتقی، *الاصول العامه للفقہ المقارن*، انتشارات دارالاندلس، ۱۹۹۶م.
- ۲۱- حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروه الوثقی*، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۹۱.
- ۲۲- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، *ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، ناشر مؤسسه‌ی نشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۰.
- ۲۳- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، *تذکره الفقہا*، مکتب المرتضویه، چاپ سنگی، قم، بی تا.
- ۲۴- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، *مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ*، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیہ، چاپ اول، قم، ۱۴۱۲.
- ۲۵- حلی، حسن بن یوسف بن علی المطهر، *قواعد الاحکام*، منشورات الرضی، چاپ سنگی، قم، ۱۴۱۷.
- ۲۶- حلی، یحیی بن سعید، *جامع الشرائع*، مؤسسه‌ی سیدالشهدا العلمیہ، قم، ۱۴۰۵.
- ۲۷- حلی، محمد بن منصور بن احمد (ابن ادریس)، *السرائر*، مؤسسه‌ی نشر الاسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه، قم، ۱۴۱۷ هـ ق.
- ۲۸- رشتی، میرزا حبیب‌الله، *کتاب القضاء*، منشورات دارالقرآن الکریم، قم، بی تا.
- ۲۹- صابریان، علی رضا، «تعارض اصل و ظاهر در متون فقہ»، مجله‌ی تخصصی فقہ و حقوق دانشگاه آزاد واحد بابل، سال دوم، شماره‌ی ۲، ۱۳۸۴.
- ۳۰- صدوق، محمد بن علی بن الحسین بابویه قمی، *المقنع*، مؤسسه‌ی الامام الهادی (ع)، چاپ ششم، قم، ۱۴۱۵.
- ۳۱- صدوق، محمد بن علی بن الحسین بابویه قمی، *من لا یحضره الفقیه*، ناشر دارالکتب الاسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۰.

- ۳۲- طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالذلائل*، دارالهادی، بیروت، ۱۴۱۲.
- ۳۳- طباطبایی، محمدکاظم، *العروه الوثقی*، دارالمعارف الاسلامیه، تهران، ۱۳۷۷.
- ۳۴- طباطبایی، محمدکاظم، *العروه الوثقی مع تعلیقات عدّه من الفقهاء*، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۰.
- ۳۵- طباطبایی، محمد بن علی، *المناهل*، مؤسسه‌ی آل‌البیت، چاپ سنگی، قم، بی‌تا.
- ۳۶- طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، جلد دوم، دفتر نشر و فرهنگ اسلامی، تهران، ۱۴۰۸.
- ۳۷- طوسی، ابی‌جعفر محمدبن حسین، *تهذیب الاحکام فی شرح المقننه*، ناشر دارصعب، دارالتعارف، بیروت، بی‌تا.
- ۳۸- طوسی، ابی‌جعفر محمدبن حسین، *الخلافا*، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸.
- ۳۹- طوسی، ابی‌جعفر محمدبن حسین، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، دارالکتب العربی، بیروت، ۱۳۹۰.
- ۴۰- طوسی، ابی‌جعفر محمدبن حسین، *مبسوط فی فقه الامامیه*، مکتبه الرضویه لاحیاء آثار الجعفریه، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۷.
- ۴۱- فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف المطهر الحلّی، *ایضاح الفوائد فی شرح القواعد*، چاپ اول، قم، ۱۳۸۸.
- ۴۲- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحیط*، دارالجلیل، بیروت، بی‌تا.
- ۴۳- فیومی، احمدبن محمد، *مصباح المنیر*، جلد اول، دارالهجره، بیروت، ۱۴۰۵ ق.
- ۴۴- قاضی، محمدبن علی، *کاشف اصطلاحات الفنون*، مکتبه الرضویه لاحیاء آثار الجعفریه، تهران، بی‌تا.
- ۴۵- کاتوزیان، ناصر، «ماهیت و اثر اماره حقوقی»، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، تهران، شماره‌ی ۶۴، تابستان ۱۳۸۴.
- ۴۶- کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحریرالمجله*، ناشر مکتبه النجاح، تهران، بی‌تا.
- ۴۷- کلینی، محمدبن یعقوب، *الکافی*، ناشر دارالاضواء، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۳.
- ۴۸- مجلسی، محمدتقی، *روضه المتقین*، بنیاد فرهنگ اسلامی، چاپ هشتم، ۱۴۰۶.

- ۴۹- محقق ثانی، علی بن الحسین الکرکی، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، مؤسسهی آل البیت، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۱.
- ۵۰- محقق ثانی، علی بن الحسین الکرکی، **الرسائل**، انتشارات آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۹.
- ۵۱- محقق حلی، ابی القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن الحلی، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، مطبعه الآداب فی النجف الاشرف، بی تا.
- ۵۲- محقق حلی، ابی القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن الحلی، **المختصر النافع فی فقه الامامیه**، منشورات المكتبه الأهلّیه، چاپ دوم، بغداد، ۱۳۸۳.
- ۵۳- مراغه‌ای، میر عبدالفتاح، **العناوین**، مؤسسهی نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷.
- ۵۴- مغنیه، محمدجواد، **فقه امام جعفر صادق (ع)**، جلد ششم، دارالعلم، بیروت، ۱۹۷۷.
- ۵۵- مقدس اردبیلی، احمد، **مجمع الفائده و البرهان**، جامعہی مدرسین، قم، ۱۴۱۶.
- ۵۶- مکی العاملی، محمد، **الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه**، ناشر مؤسسهی نشر اسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۷.
- ۵۷- مکی العاملی، محمد، **غایه المراد فی شرح نکت الاِرشاد**، قم، مرکز الأبحاث الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۴.
- ۵۸- مکی العاملی، محمد، **قواعد الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه**، تحقیق سید عبدالهادی الحکیم، منشورات مکتبه المفید، قم، بی تا.
- ۵۹- مکی العاملی، محمد، **اللمعه الدمشقیة فی فقه الامامیه**، مرکز بحوث الحج و العمره، تهران، ۱۴۰۶.
- ۶۰- ملکی اصفهانی، مجتبی، **فرهنگ اصطلاحات اصول**، جلد دوم، انتشارات عالمه، تهران، ۱۳۷۹.
- ۶۱- موسوی خمینی، روح الله، **تحریر الوسیله**، مؤسسهی نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷.
- ۶۲- مؤمن سبزواری، محمدباقر، **کفایه الاحکام**، چاپ سنگی، بی تا.
- ۶۳- نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، دارالاحیاء التراث، چاپ هفتم، بیروت، بی تا.
- ۶۴- نجفی تبریزی، شیخ راضی، **تحلیل الاحکام فی شرح قضاء شرائع الاسلام**، انتشارات دارالنشر، قم، بی تا.