

بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر در فقه و نظم حقوقی کنونی

دکتر رضا مقصودی

چکیده:

دو واژه اصل و ظاهر در محاورات عرفی فقیهان و حقوقدانان اسلامی مصادیق متعدد و معانی متفاوت یافته اند. گرچه کثرت بکارگیری و همراهی این دو اصطلاح مهم و پرکاربرد در فقه پژوهی و اندیشه ورزی حقوقی معنای واحدی را به ذهن متبادر می کند و گمان وحدت معنایی را می رساند ولی دارای دو مدلول متفاوت بوده و دو مقوله ی جداگانه اند که در برخی موارد تعارض هم پیدا می کنند. برای دانستن جایگاه تعارض اصل و ظاهر، ابتدا باید با استقراء و بررسی مواضع برخورد اصل و ظاهر، به تبیین جایگاه تعارض یا تحریر موضع نزاع پرداخت و روشن ساخت که در فرض تعارض، عرف و رویه عملی فقها جانب کدام یک از اصل و ظاهر را ترجیح داده است؟ آیا می توان قاعده کلی از موضوع بدست آورد تا در حل یکی از پیچیده ترین مباحث فقهی، حقوقی راهگشا بوده و مخاطب را در بدست آوردن میزان و معیار درستی از تقدم یکی بر دیگری در موازین و رویه های قضائی دلیل و رهنمون گردد؟

سپس، تبیین ثمره عملی این مباحث و نقش و بازتاب آن در ابواب و فصول مختلف و متعدد و متنوع فقهی از یک سو و بر موازین قضائی و عرف و رویه رسیدگی در محاکم و نظرات مشورتی و نشست های حقوقی از طرف دیگر؛ جایگاه و اثر کاربردی موضوع حاضر و نقش و اهمیت آن را ممتاز و برجسته ساخته و کلید حل یکی از مسائل پیچیده در حقوق اسلامی و حقوق موضوعه در جریان دادرسی و ادله اثبات دعوی را به مخاطب و دانش پژوه می دهد.

واژگان کلیدی: اصل، ظاهر، تعارض، مصادیق، فقه، حقوق اسلامی

مقدمه:

یکی از تکنیک های حل مسایل فقهی که در همه ی مکتب های فقه و حقوق اسلام به آن استناد می شود و از مهمترین قواعدی که اصولیین با توجه به ملاکات و مبانی علمی پذیرفته شده خود و فقهاء در ابواب مختلف فقهی و به مناسبت بحث از موضوع اصلی بدان پرداخته و در مقام احتجاج و استدلال کاربرد فراوان یافته است، دو مقوله ی مهم اصل و ظاهر است.

هر چند در مبانی استنباط فقه پژوهشی، "اصل"، بعنوان دلیل فقهاتی مورد اتفاق و قبول فقیهان قرار گرفته و موضوع آن را فقدان، جهل، شک و یا تعارض نصوص و عجز از دسترسی به حکم واقعی قلمداد کرده اند؛ اما از آنجا که هر یک از دو نهاد "اصل" و "ظاهر" در بیانات و تعبیر فقهاء و اصولیین معانی و کاربردهای متعدد یافته اند، گزینش معنای مراد از اصل و ظاهر و تعریف مفهوم منتخب از هر یک در مقام برخورد و تعارض و تبیین وجوه برتری و تقدم و ترجیح یکی بر دیگری از مباحث مهم و اساسی بوده که اشتباه در تشخیص آن می تواند به ارکان اساسی قضاوت هنگام تعارض آسیب رسانده، فقیه و دادرس

را در مقام نظر و عمل دچار تزلزل و تشویش آراء نماید. این مهم بخصوص در اصطلاح "ظاهر" نمود و بروز بیشتری دارد، زیرا مبانی استدلال در کلام فقهاء و در ابواب و مباحث مختلف فقهی متفاوت، متشتت و حتی مضطرب بوده و اختلافات فاحشی را در اعتبار بخشی و حجیت به ظاهر فراهم آورده و لذا تفاوت در انتخاب معیار و مناط تمسک و اخذ به ظاهر و تقدم آن بر اصل، حداقل دو مکتب متقابل را در فقه ایجاد کرده است. بدون شناخت و تمیز این مبانی و دلایل آن، پژوهشگر در نظر و دادرسی در عمل هنگام تعارض اصل و ظاهر نمی تواند قضاوت منصفانه و عادلانه ای در تقدیم و ترجیح یک بر دیگری داشته باشد.

از طرفی، دو نهاد "اصل" و "ظاهر" در ادبیات فقهی و اصولی در معانی متعددی بکار رفته و در بیان فقیهان کاربردهای فراوان یافته اند. هر گاه این دو اصطلاح در حالت منفرد بکار روند، ممکن است از آن معنای متفاوتی اراده شود، اما هنگام برخورد و تعارض این دو مفهوم و آنجا که اصل در برابر ظاهر یا بالعکس قرار می گیرد، ابتداء می بایست معنای مراد از هر یک باید به دقت معلوم شده و به این پرسش پاسخ داد که: از بین معانی متعدد این دو واژه در اصطلاح و محاورات فقهی، کدام معنا در مسأله تعارض مراد و مورد توجه و اراده فقیهان قرار گرفته، احکام و عقائد استدلالی خود را بر آن مترتب می سازند؟

الف) : معنای منتخب از اصل

در مواجهه با این مشکل که مقصود از "اصل" در عبارات و تعبیر فقیهان آنگاه که از تعارض این مفهوم با "ظاهر" سخن می گویند، چیست و کدام یک از معانی اصل، منظور است، عده ای گفته اند مراد، اصل عملی است. این اصل کاشف از چیزی نیست و مجهولی از مجهولات قضائی را کشف نمی کند، صرفاً دستورالعملی است از عرف یا قانونگذار که در بحث تعارض اصل و ظاهر در شناخت مدعی از منکر و دیگر مسائل اهمیت دارد. «جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۱۳۸۱، ص ۴۳۹/۱)

ب): معنای مراد از ظاهر

این ظاهر همچنانکه از بیانات میرزای قمی استفاده شد اعم است از امارات قانونی (ظهور ناشی از غلبه) و امارات قضائی (ظهور ناشی از اوضاع و احوال) و بلکه دایره شمول آن گسترده تر از این دو (تأثیر ظن بر ضمیر انسان) نیز می گردد. (میرزای قمی، ۱۳۷۱ ه. ش، ص ۹۵)

در مقابل نظریه فوق که حدود و قلمرو و دایره شمول ظاهر معتبر را وسعت قابل ملاحظه ای بخشیده اند، مشهور فقهاء معتقدند حجیت ظاهر نه از باب مطلق ظهور بلکه بواسطه ی افاده ظن نوعی که مورد اعتنا و امضای شارع قرار گرفته و صاحب آنرا از تحصیل علم و قطع بی نیاز ساخته است؛ حجت معتبر دانسته شده است. لذا، بعنوان قاعده ثابت و عام در مورد تعارض اصل و ظاهر می توان گفت:

همواره مدلول اصل بر معنای ظاهر مقدم است جز در مواردی که دلیلی خاص ظاهر را حجت شناخته و اعتبار بخشیده باشد. پس، در تقابل با اصل، ظاهر بما هو ظاهر و فی نفسه با قطع نظر از عنایت و تأیید شارع فاقد اعتبار، امتیاز و مرجح است. علت آنکه ظاهر در برخی موارد حجت شناخته شده، به پشتوانه دلیل خاصی است که ظن حاصل را با شرائطی معتبر شناخته است و اماره بودن ظاهر فی نفسه و بطور مطلق و مستقلاً مورد قبول و اعتنا نیست. چرا که اگر ظاهر را از باب دلالت بر ظهور و بما هو ظاهر معتبر بدانیم، به علت وسعت دایره شمولش و با توجه به قاعده: الاصل دلیل حیث لا دلیل علی الخلاف؛ جایی برای اعمال اصل باقی نمی ماند.

بخش اول: عقود و ایقاعات

۱-: در بیع

۱-۱-: از جهت صحت یا فساد بیع

هرگاه متبایعین در صحت یا فساد بیع با یکدیگر اختلاف نمایند، قول مدعی صحت مقدم است زیرا اصالة الصّحّة به جانب اوست و اصل در این مقام مقدّم و مرجح است.

یکی از آثار اجرای اصل صحت، حکم به صحت قراردادهای مشکوک الصّحّة است. از این جهت هر گاه در صحت عقدی شک شود که آیا واجد چیزی است که احتمال مانعیت دارد (مثل صحت عقد معلق) یا فاقد عنصری است که احتمال شرطیت آن می رود (مثل شک در صحت عقدی که فاقد علم به عوضین است)؛ در چنین زمینه هائی با اجرای اصل صحت، حکم بر درستی عقد می کنیم.

۱-۲-: از جهت لزوم یا جواز بیع

در فرض اختلاف طرفین عقد در اینکه آیا عقد جائز است یا لازم، قول کسی که مدعی لزوم است ترجیح داده می شود. بدلیل اصالة اللزوم و اینکه اصل، اقتضای لزوم را دارد.

مبنای این ترجیح، استصحاب بقای لزوم عقد و دلیل استناد به استصحاب برای اثبات لزوم و نفوذ عقد این است که هر گاه پس از عقدی که نمی دانیم لازم است یا جایز شک کنیم که آیا با اظهار فسخ و پشیمانی یکی از دو طرف عقد (البته در غیر موارد خیارات شرعی) اثر حاصل شده به وسیله عقد رفع می شود یا نه، بقای اثر حقوقی حاصل از عقد مزبور، استصحاب می شود.

«نتیجه استصحاب آنست که عملاً عقد مزبور به صورت یک عقد لازم درمی آید. بر همین اساس است که اصل استصحاب را از مدارک اصالة اللزوم در عقود شمرده اند.» (جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ۱۳۴۰، ص ۱۱۳)

قانون مدنی نیز اصل لزوم در عقدها را پذیرفته است و در مواردی، از جمله ماده ۱۰ و ۲۱۹، بدان تصریح کرده است.

۳-۱-: از جهت مقدار ثمن و مبیع

الف)- اگر در زیادتى یا نقصان ثمن اختلاف نمایند و یکی از آنها دارای بینه بود، مطابق ادعای ذوالبینه حکم می شود. اما چنانچه هر دو بینه بر درستی ادعای خود اقامه کردند، قول کسی که ادعایش با اصل عدم زیادتى ثمن سازگار است، شنیده می شود. اما شافعی گفته بینه هر دو طرف قبول می شود که در این صورت برخی از باب تعارض بینین قائل به تساقط شده و در نتیجه گوئی هیچ یک بینه ای نداشته اند و عده ای به ظهور و شاهد حال رجوع کرده و ظاهر را بر اصل مقدم داشته اند. «حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۱۴ ه ق، ج ۱۲، ص ۸۳»

اما اگر هیچ یک بینه ای از ابتدا نداشتند یا در فرض اقامه بینه از هر دو طرف و قبول آن، با اجرای تعارض و تساقط فرض کالعدم نمودیم؛ چنانچه کالا تلف شده باشد، قول مشتری مقدم است و در صورت باقی بودن مبیع ادعای بائع پذیرفته می شود. علت آن اجرای اصل عدم زیادتى ثمن از مقدار مورد ادعای مشتری می باشد. «سبزواری، سید عبد الأعلى، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۲۷، ص: ۱۶۵»

نظر دیگر آنست که از آنجا که وجود ثمن معین یکی از ارکان اساسی عقد بیع را تشکیل می دهد، اختلاف در مقدار ثمن در واقع به اختلاف در خود عقد برمی گردد و عقد بیع بخلاف سایر عقود قوام و اعتبارش به وجود عوضین و متعاملین است که هیچ یک بر دیگری رجحان ندارد. سپس در فرض مورد بحث جانب قول مشتری را ترجیح داده چونکه مشتری به حال ثمن آگاه تر است. «عاملی، ۱۴۱۹ ه ق، ج ۱۸، ص ۷۳۵»

ب)- علامه در تذکره الفقهاء در فرض اختلاف متعاقدين در مقدار مبیع که آیا از آنچه توافق کرده اند بیشتر است یا کمتر؛ جانب قول بائع را ترجیح داده است. زیرا مشتری تعهد به پرداخت ثمن معینی را قبول کرده، النهایه ادعا می کند چنین ثمنی در مقابل دو مبیع یا بیشتر بوده است و بائع زیاده بر یک مبیع را منکر است. سپس قول بائع مقدم است. «حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۱۴ ه ق، ج ۱۲، ص ۸۷»

برخی دیگر از فقهاء قائل شده اند که بنابر اصل عدم وقوع بیع بر اکثر، قول مدعی کمتر مقدم می شود. «سبزواری، سید عبد الأعلى، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۲۷، ص: ۱۶۵»

۴-۱-: از جهت نوع عقد (بیع، هبه، اجاره، عاریه، ودیعه)

اگر در نوع عقد اختلاف شود که آیا بیع بوده است یا هبه؟ بدین گونه که ناقل مال ادعای بیع کند و منتقل الیه مدعی هبه شود، گفته اند قول مدعی هبه مقدم داشته می شود بدلیل اصل عدم اشتغال ذمه منقول الیه از عوضی که مورد ادعای ناقل است. «سبزواری، سید عبد الأعلى، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۲۷، ص: ۱۶۰»

در ابواب فقهی مختلف، برخی فقهاء به اختلاف در نوع عقود که ماهیتی نزدیک به یکدیگر دارند، تحت عنوان "التقاط" اشاره کرده و نوشته اند هر گاه مالک علیه ذوالید ادعا کند که مال را به عاریه سپرده و ذوالید مدعی اجاره آن شود، قول مالک مقدم

است، زیرا اصل برائت ذمه مالک از مقتضای اجاره به جانب اوست. و اگر هر یک بر مدعای خود اقامه دلیل نمایند، حکم تعارض بینه داخل و خارج جاری و بینه اجنبی (غیر مالک) - که بینه داخل است - مقدم شمرده می شود. «میرزا حبیب الله رشتی، کتاب القضاء، ۱۴۰۱ ه ق، ج ۲، ص ۲۵۰»

دسته ای دیگر از فقهاء موضوع را از باب "تداعی در املاک" مورد بررسی و کنکاش قرار داده اند. بدین وجه که تداعی در اموال گاهی بین مالک و اجنبی است. (عین مال در ید اجنبی است و یکی ادعا می کند که آن مال اجاره است و دیگری جهت تصرف را عاریه یا ودیعه می داند.) و یا تداعی میان دو بیگانه است و سپس فروض مربوط به هر قسمت را مورد کنکاش علمی قرار داده اند. «همان، ص ۱۰۵۳»

۲-: اختلاف در اجاره

هرگاه بین متصرف و مالک اختلاف حاصل شود که آیا ملک بصورت اجاره در دست قابض بوده یا تحت عقد تبرعی دیگری همچون عاریه؛ موضوع، از مصادیق تعارض اصل و ظاهر می باشد. گاهی مردی پس از ازدواج در منزل پدری زن چندین سال زندگی می کند و در مورد نحوه تصرف (اجاره یا تبرعی بودن سکونت بعقدی مثل عاریه) بین مالک و قابض سکونت اختیار می شود، سپس با ایجاد شقاق و اختلاف بین زوجین مبنای سکونت نیز تبدیل به موضوع مورد نزاع شده، پدر زوجه مطالبه ی اجاره بها و زوج مدعی تبرعی بودن سکونت خود می شود. در فرض مسأله دو وجه قابل تصور است:

۱- اجرای اصل برائت ذمه ی متصرف و عدم اجاره که مقتضی نفی ضمان است. در اینجا ممکن است گفته شود بین دو اصل عدم اجاره و عدم عاریه تعارض حادث شده، از باب تعارض و تساقط اصلین، به اصالة البرائه تمسک جسته و ضمان را ساقط کرده، قول منکر ضمان را مقدم می داریم. «حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ ه ق، ج ۹، ص ۱۲۸»

۲- قول مشهور که طبق ظاهر و با استناد به قاعده ید، قاعده اتلاف و قاعده احترام مال مسلم مبتنی بر ضمان و ثبوت اجرت المثل است.

۳-: اختلاف در وکالت

اختلاف وکیل و موکل را در سه حالت مورد ابتلاء بررسی می کنیم:

۱-۳-: از جهت اصل وکالت

هر گاه شخصی در ملک دیگری با ادعای وکالت تصرف و مالک این عنوان را انکار نماید یا عامل کالائی را خریداری و دیگری ادعا کند آن کالا را با وکالت برای او خریده ولی مشتری وکالت را انکار و بگوید برای خودم خریده ام؛ مقتضای اصل عدم آنست که قول منکر وکالت مقدم داشته شود. زیرا وکالت امر حادثی است که در هنگام شک در وقوع، اصل عدم وکالت و اصل عدم اذن حاکمیت می یابد.

برخی فقهاء بحسب ظاهر انکار وکیل را بی معنا دانسته اند، زیرا موکل حقی برای ادعای وکالت دیگری از خود ندارد تا انکار عامل تحقق یابد، مگر آنکه صورت مسأله را چنین فرض کنیم که وکالت ضمن عقد لازم خارج درج و چنین شرط شود که مورد وکالت در زمان معین مثلاً روز جمعه انجام گیرد. آنگاه بعد از انقضای زمان معین اختلاف حاصل شود. موکل ادعا کند عمل را در ظرف زمان معین انجام داده تا عقد اصلی را منجز و تمام سازد و موکل منکر انجام عمل در زمان مقرر گردد تا عقد را متزلزل و خود را مسلط بر فسخ سازد. «بحرانی، ۱۴۰۵ ه ق، ج ۲۲، ص: ۱۰۳»

۲-۳: از جهت تعدی و تفریط

ممکن است موکل ادعای تعدی یا تفریط و تصرف در موضوع وکالت و خارج شدن از حدود اذن و متعارف را داشته باشد. در این صورت گفته شده از آنجا که وکیل امین است و بنابه قاعده "لا یتهم من ائتمن" و ادعای تعدی یا تفریط اتهام است، قول منکر (وکیل) مقدم می شود. این هم یکی دیگر از موارد تقدیم ظاهر بر اصل است.

برخی گفته اند مستفاد از اخبار اینست که با اطلاق صفت امانت جائز نیست که مؤتمن (موکل)، مؤتمن (وکیل) را در معرض اتهام قرار دهد و این هنگامی است که موکل شک در تفریط وکیل داشته باشد اما چنانچه موکل ادعای اطمینان و قطع به تفریط نماید، صفت امانت زائل و حاکم می تواند وکیل را متهم به تفریط کرده و از او دلیل بخواهد مگر آنکه گفته شود همچنانکه ایراد اتهام عدم امانتداری از سوی موکل روا نیست از طرف حاکم نیز نارواست! «خوانساری، ۱۴۰۵ ه ق، ج ۳، ص ۴۸۹»

۴-: اختلاف در امانت

همانطور که پیشتر اشاره شد یکی از موارد تقدیم و ترجیح ظاهر بر اصل در عقود امانی و قبول قول امانت است. بر اساس قاعده فقهی "تصدیق الأمین فیما ائتمن علیه" از آنجا که امین جز در صورت تعدی یا تفریط، ضامن نقص یا تلف مال مورد امانت نیست؛ وظیفه صاحب مال است که قول امین را بپذیرد مگر آنکه تعدی یا تفریط را اثبات کند. قاعده تصدیق امین با قاعده صحت و حمل قول مسلم بر صحت متفاوت است. زیرا ادعای عدم تفریط در امانت، مربوط و متعلق به مال دیگری است، لذا تصدیق به معنای پذیرفتن ادعای مربوط به کیفیت مال دیگریست. در هر حال، قاعده تصدیق امین در فرض عدم معارض جاری شده و شنیدن و تصدیق قول امین بطور مطلق حاکم نبوده، منوط به عدم تعدی و تفریط است. لذا درست است که در این مقام ظاهر بر حجیت قول امین دلالت داشته و بر اصل مقدم است اما اگر ظهور قوی تری در معارضه بر این ظاهر حاکم و حاکی از تعدی یا تفریط باشد، قاعده موصوف از حجیت ساقط و حکم بر ضمان امین داده می شود. «المصطفوی، ۱۴۳۶ ه ق، ص ۹۷»

خلاصه آنکه طبق قاعده "لا یتهم من ائتمن" و "ما علی المحسنین من سبیل" قول کسانی که امین بوده و این صفت با تعدی یا تفریط از آنان زائل نشده مقدم است و اختیار مبنای مخالف، مشمول عنوان "اتهام مؤتمن" می شود که مورد نهی قرار گرفته است.

برای تبیین و تشریح بیشتر موضوع برخی مصادیق و موارد تعارض اصل و ظاهر را در عقود امانی (غیر از وکالت که بصورت مستقل بررسی شد) تحقیق می‌کنیم:

۴-۱- اختلاف در عاریه

عاریه به اتفاق فقهاء امامیه یکی از عقود امانی است. عمل مستعیر احسان و مشمول قاعده: "ما علی المحسنین من سبیل" می‌شود. لذا در صورتی که معیر ادعای تلف مال یا تعدی و تفریط مستعیر را داشته باشد؛ طبق ظاهر حال در عقد امانی، جانب قول مستعیر ترجیح داده می‌شود.

برخی از فقهاء دو مبنای متفاوت را در موضوع اختلاف در تفریط و اختلاف در رد برگزیده، در اولی قول مستعیر و در دومی قول معیر را اعتبار بخشیده‌اند. «خوانساری ۱۴۰۵ ه ق، ج ۳، ص ۴۴۹»

۴-۲- اختلاف در رهن

۴-۲-۱- از جهت قصد وفاء دین

اگر شخصی دیون مختلفی داشته و برای هر دین رهنه خاصی سپرده باشد، سپس با ایفای یکی از دیون بدون نام بردن، قصد آزاد کردن رهنه خاصی را نماید و اختلاف حاصل شود که قصد دافع فک کدام رهنه بوده، قول رهن مقدم است زیرا او به نیت و قصد خود آگاه تر از طلبکار است. همچنین در حالتی که یکی از دیون بدون رهن و دیگری با رهنه باشد و رهن ادعا کند که قصد اداء دین با رهنه را داشته، ادعایش پذیرفته می‌شود. زیرا قصد دائن ملاک و مورد از مصادیق "لا يعلم الا من قبله" است. «عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۴، ص ۹۵»

۴-۲-۲- از جهت احتیاط و تفریط

آنجا که رهن مدعی تفریط مرتهن در نگه داری از رهنه است و مرتهن ادعا دارد حزم و احتیاط لازم را بجا آورده و هیچ یک بینه ای بر اثبات ادعای خود نداشته باشند، قول مرتهن مقدم است. زیرا مرتهن امینی است که بنابر ظاهر مورد تأیید شارع و نهی از اتهام به امین، قولش مقدم داشته می‌شود. «حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ ه ق، ج ۲۰، ص ۸۴»

۴-۲-۳- از جهت هلاک رهن

رهنه در دست مرتهن امانت است. پس اگر بدون تفریط هلاک شود، تلف از مال رهن است و دینی بر ذمه مرتهن نیست. لذا اگر مرتهن ادعا کند که رهنه تلف شده است، قولش پذیرفته می‌شود، خواه عامل تلف امری ظاهری مانند غرق شدن در آب یا سوختن در آتش باشد یا عاملی باطنی مثل سرقت خفی (تَلَصُّص) یا غارت و یغما (نَهَب). «کیدری، ۱۴۱۶ ه ق، ص ۲۸۹»

مالک (امام مالکی ها) بر این نظر است که هرگاه ادعای هلاک مستند به امر ظاهری باشد، قول مرتهن قبول شده، پس از قسم ضمانی بر عهده وی نیست و در فرضی که عامل تلف امری خفی باشد، محتاج بینه است و الا ضمان بر عهده اش مستقر

می شود. «سبزواری، ۱۴۲۱ ه ق، ص ۲۹۸» اما عقیده امامیه بر عدم ضمان مطلق مرتهن در ادعای مفروض استوار است و حتی بر این حکم ادعای اجماع شده است. «حلبی، ۱۴۱۷ ه ق، ص ۲۴۶»

۳-۴-: اختلاف در ودیعه

ودیعه از عقود امانی و مودع در مال مورد ودیعه امین است. لذا مادامی که تعدی یا تفریط نکرده باشد به اقتضای ظاهر قولش مبنی بر تلف یا نقص در ودیعه قبول می شود، هر چند او مدعی و اصل عدم تلف و عدم حدوث عیب علیه اوست. این تقدم و برتری ظاهر بر اصل، مستند به برخی روایات است که دلالت دارند بر اینکه قول مودع حتی بدون یمین پذیرفته می شود. این روایات را همچنین می توان شاهد، مؤید و مثبت نظر کسانی دانست که حجیت ظواهر را نه فی نفسه بلکه به لحاظ اعتبار و امضای شارع، ملاک و معتبر می دانند. بعکس، آنگاه که مال در دست مودع بواسطه تعدی و تفریط تلف یا معیوب شود، ضامن بوده و جانب اصل ترجیح داده می شود.

در این خصوص، یکی از موارد مبتلا به در رویه قضائی، اختلاف راجع به ماهیت عقد و به این شکل است که گیرنده ادعا می کند مال نزد او بعنوان به ودیعه سپرده شده و مالک ادعای قرض دارد. در این فرض از شیخ در نهایت نقل شده که قول صاحب مال مقدم است و کسی که مال دستش است می بایست برای اثبات ودیعه بودن دلیل آورد در صورت عجز از اثبات و مطالبه صاحب مال، ملزم به رد آنست و اگر در این حالت، مال در دست او تلف شود ضامن است. «بحرانی، ۱۴۰۵ ه ق، ج ۲۱، ص: ۴۷۲»

۴-۴-: اختلاف در وصایت

وصی امین است و جز در صورت مخالفت با شرط وصیت یا تعدی و تفریط، ضامن نیست پس اگر دین موصی را از مال وی استیفا نماید، قول او در اداء دین و قضاء دیون صبی یا انفاق (به صبی و محجور) و مقداری که انفاق نموده (بقدر متعارف) و ایفاء شرط وصیت و نیز در تلف شدن مال بدون تفریط و در خیانت نکردن در بیع یا کارهائی که مأمور به انجام آن بوده، بدون نیاز به یمین پذیرفته می شود. «حلی، فخر المحققین، ۱۳۸۷ ه ق، ج ۲، ص ۶۲۹»

پذیرش قول امین در امور موصوف بدلیل ترجیح ظاهر معتبر و مورد تنفیذ شرع و تقدم آن بر اصل است و لذا در غیر موارد منصوص، اصل، حاکمیت و برتری دارد. مثلاً گفته شده اگر صبی با وصی در مورد تاریخ فوت پدرش نزاع کند و ثمره آن در زیادتی انفاق یا لزوم سپردن مال وصی به صبی بعد از بلوغ باشد، قول صبی مقدم داشته می شود. «همان»

۵-۴-: اختلاف در سایر عقود امانی

تعارض اصل و ظاهر در مواضع مشابه در سایر عقود امانی نیز ملاک یکسانی دارد. مصادیقی که در آنها، تقدیم ظاهر بر اصل بدلیل مستند شرعی پذیرفته و ترجیح داده شده است. از آنجا که این موارد در موضوع حاضر دارای وحدت ملاک بوده و از قاعده یکسانی تبعیت می کنند و از طرفی جهات حدوث اختلاف و موضوعات محل تعارض اصل و ظاهر در آنها محدود و واحد است؛ تحت یک عنوان و بنحو اختصار اشاره می شود:

عامل در عقود جعاله، مضاربه، مزارعه و مساقات امین است و چنانچه مورد امانت در دست او بدون تعدی و تفریط تلف شود، ضامن نبوده، قولش پذیرفته و مقدم داشته می شود.

در مضاربه گفته شده عامل، امین بوده و جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن نیست. خواه عقد صحیح باشد یا فاسد. بنابراین، ادعای او در مقدار سرمایه و تلف آن و عدم تفریط و ورود خسارت و اینکه خرید را برای خود واقع ساخته یا برای تحقق موضوع مضاربه و میزان سود حاصل و... با قسم پذیرفته می شود. «حلی، فخر المحققین، ۱۳۸۷ ه ق»، ج ۲، ص ۳۳۰»

شهید ثانی نیز درباره مزارعه و مساقات می گوید: «اگر در موضوع خیانت عامل نزاع واقع شود، عامل قسم می خورد، زیرا او امین است، پس در ادعای عدم خیانت حرفش با قسم پذیرفته می شود. در اینجا اصل عدم نیز بنفع عامل جاری می شود». «عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۴، ص ۳۱۷»

در جعاله نیز بر همین مبنا و با استدلالی مشابه عامل را ضامن نمی دانند. «فقعانی، ۱۴۱۸ ه ق، ص ۱۵۰»

۵- اختلاف در حواله

۱-۵- نزاع بین محال علیه و محیل

بعد از آنکه محیل حواله داد محتال را و محال علیه هم مبلغ حواله شده را به محتال پرداخت نمود، آنگاه چنانچه محال علیه به محیل رجوع کند و مبلغی را که به محتال پرداخته از محیل مطالبه نماید ولی محیل بگوید آن مبلغ را از تو طلب داشتم و به سبب اینکه به من بدهکار بودی حواله دادم که به محتال پردازی، اما محتال انکار کرده و بگوید آن مبلغ را از من طلب نداشتی و با این وجود حواله نمودی و حواله موصوف حواله بر بری الزمه بوده است؛ آنگاه اگر حواله بر بری الزمه را درست بدانیم، حکم مسأله آنست که چنانچه محیل بینه بر اثبات درستی ادعای خود نداشته باشد، قول محال علیه با قسم مقدم و پذیرفته می شود و در نتیجه به محیل رجوع کرده، آنچه را که به محتال داده است، از محیل می گیرد. دلیل آن از یک سو اصل برائت است که اقتضا دارد ذمه محال علیه از مدیون بودن به محیل بری باشد، و از سوی دیگر ظاهر حال اقتضا می کند که ذمه ی محال علیه مدیون به محیل باشد، زیرا بحسب ظاهر اگر ذمه اش مدیون نبود، حواله نمی شد. (زیرا غلبه ظاهر در بیشتر موارد این اقتضا را دارد) در اینجا اصل برائت و ظاهر حال با یکدیگر تعارض کرده و فقهاء در چنین مواردی غالباً مقتضای اصل را بر مدلول ظاهر مقدم داشته و ترجیح می دهند، مگر در موارد نادری که به جهت وجود دلیل خاص، مقتضای ظاهر بر مقتضای دلیل مقدم می شود. «عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۴، ص ۱۴۶ و قاروبی، ۱۴۳۰ ه ق، ج ۱۴، ص ۱۲۸-۱۲۹»

۲-۵- نزاع بین محیل و محتال

هر گاه فردی دیگری را حواله دهد و محال علیه نیز حواله را قبول نماید، آنگاه اختلاف شود، محیل بگوید که مقصود از لفظ حواله، وکالت در وصول بوده ولی محتال ادعا نماید حواله در معنای حقیقی خود محقق شده است، اصل، مقتضای برائت ذمه

ی محیل به محتال است و ظاهر لفظ حواله بر درستی ادعای محتال و تحقق حواله دلالت دارد. «حلی، محقق، ۱۴۰۸ ه ق، ج ۲، ص: ۹۵»

مرجع این اختلاف آنجاست که لفظ حواله هر چند در استعمال بین هر دو معنا (حواله و وکالت) مشترک است اما در مقام حاضر آیا از آن، همان معنای متعارف که حواله است اراده شده یا وکالت؟ زیرا وکالت از عقود جائز است و منحصر در لفظ خاصی نیست بلکه هر آنچه که دلالت بر اذن نماید، در تحقق آن کفایت می کند و لفظ حواله نیز صلاحیت بر این معنا را دارد. لذا، نزاع در صلاحیت دلالت لفظ حواله بر وکالت نیست بلکه اختلاف در مدلول و مقصود از لفظ حواله است. در اینجا، چون لفظ (محیل) از قصد مدلول لفظ انشائی خود آگاه تر است و دلالت لفظ بر معنای مراد جز از طریق وی میسر نیست؛ پس قول وی مقدم است. این مبنا را اصل بقاء حق محیل بر مال مورد حواله (محال به) و اصل بقاء حق محتال بر محیل تقویت می کند. از طرفی، استعمال لفظ حواله بطور مطلق دلالت بر معنای متعارف دارد و اراده وکالت از آن محتاج قرینه و اصل عدم آنست. «عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۴، ص: ۲۲۲، ۲۲۳»

۶- اختلاف در نکاح

۶-۱- از جهت اصل نکاح

هر گاه در عقد نکاح مدت ذکر نشود و زوجین در ماهیت نکاح اختلاف نمایند، مثلاً زوجه بگوید نکاح دائم بوده و زوج مدعی منقطع بودن باشد یا بالعکس، برخی از فقهاء گفته اند زوجیت در هیچ یک از دو وجه ثابت نمیشود و عقد باطل است زیرا حقیقت دو نکاح متباین بوده و عقد ظهوری در هیچ یک ندارد. اما عده دیگری قائلند که نکاح دائم و موقت دارای طبیعت یکسانی هستند جز اینکه در بعضی خصوصیات با هم تفاوت دارند و عدم ذکر مدت موجب بطلان عقد نبوده بلکه عقد، منصرف به نکاح دائم است. چرا که اصل آنست که عدم ذکر مدت مخصوص نکاح دائم است هر چند ظاهر حال به موقت بودن عقد گواهی دهد. «سبزواری، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۲۷، ص ۱۶۲»

۶-۲- از جهت آثار و توابع نکاح

۶-۲-۱- در سکوت دختر باکره

هر گاه شخص اراده خود را به وسیله ای که شارع آن را معتبر شناخته بیان کند، آن وسیله حجت بوده و قابل تمسک و استناد است. لذا، هرگاه سکوت ساکت بطور جزم یا اطمینان نفسانی ناشی از ظن معتبر، دلالت بر رضا نماید، حجت و قابل اعتماد است، حتی اگر تصریح بر رضا موجود نباشد. به شرطی که قرینه ظن آوری بر عدم رضایت نباشد. اما اگر ظاهر و شاهد حال دلالت بر عدم رضا داشته باشد، بر این سکوت نمی توان حکم اجازه بار نمود و آنرا حجت دانست.

یکی از موارد بارز در این زمینه، سکوت دختر باکره است. در اینکه آیا سکوت دختر باکره دلیل بر اذن به ولی جهت تزویج است یا آن که سکوت اعم از رضاست و نمی توان از اعم (سکوت) اخص (رضا) را استنباط نمود، اختلاف است.

یکی از قواعدی که بر سکوت حاکم است، قاعده: «لاینبس الی ساکت قول و لکن السکوت فی معرض حاجة، بیان" می باشد. «رشتی، میرزا حبیب الله، ص ۱۶۴» این قاعده که در اجتهاد احکام بدان استناد می شود، بیانگر آنست که از سکوت ساکت هیچ قول یا فعلی قابل استناد نیست، اما در قسمت دوم اشاره می کند که بصورت استثناء و در برخی موارد که مقام، مقتضی بیان مطلبی است؛ به دلالت شاهد حال و با اماره قضائی می توان از سکوت اظهار و نظر و بیان عقیده استفهام نمود.

در برخی نصوص شرعی تعابیری وجود دارد که فقهاء از بیان شارع دلالت سکوت را بر اظهار اراده استنباط کرده اند. یکی از موارد بارز این نصوص، سکوت دختر باکره است.

در این تعابیر شرعی، سکوت دختر باکره دلیل بر رضایش تلقی شده است. به این سکوت، سکوت معبر از اراده گفته می شود که شرائط و انواع آن بطور مبسوط در متون فقهی بیان شده است. فقهاء در این مقام به عنوان قرینه موجود عنوان کرده اند که حیا و شرم دختر باکره در نکاح برای اولین بار مانع از بیان صریح می گردد و این خود قرینه ایست همراه سکوت که دال بر رضایت می باشد و شاید به خاطر همین علت است که باکره در خواندن صیغه عقد، وکالت می دهد.

در این مورد، هرچند اصل، بر عدم رضایت دختر برای ازدواج دلالت می کند اما، با توجه به ظاهر حال و عرف که از تعبیر به وجود حیا و آزر در باکره فهمیده می شود، سکوت را به منزله نطق محسوب کرده و بر اصل مقدم می دارند. به تعبیر دیگر، شریعت از دختر باکره رفع حرج و عسرت در بیان و اظهار اراده اش نموده است.

هر گاه اراده ساکت از ظاهر حال و قرائن و اوضاع و احوال فهمیده شود، بدان "سکوت ملابس" گفته می شود. «دراز، رمزی محمدعلی، ۲۰۰۴، ص ۳۵۷» زیرا سکوت در پوششی از قرائن و اماراتی که اراده ساکت از آنها بدست می آید، پنهان شده است. این قرینه همان ظاهر حالی است که پیشتر به تفصیل بیان شد و اعم از اماره قانونی و قضائی است.

۲-۲-۶-: در نفقه

در صورتی که زوجه مدعی عدم پرداخت نفقه و زوج ادعای پرداخت آن را داشته باشد، اختلاف شده است که جانب کدام یک را بایستی ترجیح داد؟

قبل از بررسی موضوع بیان چند مقدمه لازم است:

اول آنکه: وجود رابطه زوجیت، مثبت حق زوجه بر مطالبه نفقه است؛ به شرط آنکه نشوز زن ادعا نشده و یا در صورت ادعا، به اثبات نرسیده است. لذا برای رسیدگی به موضوع، فرض تمکین و یا عدم اثبات نشوز زوجه شرط لازم است.

دوم آنکه: طبق ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی که مبتنی بر اصل اشتغال ذمه است؛ «در صورتی که حق یا دینی برعهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است مگر این که خلاف آن ثابت شود».

سه دیگر آنکه: در امور خانوادگی و روابط زوجین اصل اعتماد و عدم اطلاع اغیار حاکم است. به این معنا که مسائل و اختلافات خانوادگی غالباً مکتوم و از منظر و مرعی و دید و نظارت دیگران پنهان است. لذا، کانون خانواده که مأمّن و مأوی اعضا و کانون مهر و محبت و گذشت است، بر مسامحه و اغماض و اعتماد استوار بوده و لذا در فرض اختلاف، غالباً امکان استناد و ارائه دلایل اثباتی همچون شهادت شهود، دشوار است.

با توجه به مقدمات فوق در فرض حدوث اختلاف، بایستی به ظاهر حال و اوضاع و احوال حاکم توجه کرد و ملاحظه نمود که غلبه ظاهر به جانب کدام طرف است:

- آنگاه که کانون خانواده محل نزاع و کشمکش و اختلاف بوده و سوء معاشرت بر روابط زوجین حاکم گردد، طبق ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و با توجه به اینکه اصل، عدم وفای به عهد (پرداخت نفقه) است و بار اثبات دعوی بعهده مدعی ایفاء تعهد است، مدعی، شوهر بوده و در نتیجه، اثبات پرداخت نفقه زوج، با اوست.

- از سوی دیگر آنگاه که شاهد حال دلالت بر حسن معاشرت و تفاهم و یکدلی و صمیمیت بین زوجین داشته است، ظاهر حال شهادت می دهد که در چنین حالتی، زوج از همسر خود در برابر نفقه رسید و یا سایرین را شاهد نمی گیرد. در زندگی مشترک که بر مبنای وفاق، تعامل و حسن معاشرت استوار است بخصوص هنگامی که زوجین زیر سقف مشترکی زندگی با حسن معاشرت می کنند، زن وظائف خانه داری را تکفل نموده و مرد وظیفه تأمین معیشت و مخارج زندگی را عهده دار است و زوجین بی مزد و منت در کنار یکدیگر بدنبال آرامش و سکون هستند. لذا با توجه به مجموعه ی این قرائن و امارات (اعم از قانونی و قضائی یا شاهد حال)، ظاهر بر اصل مقدم است و زوج برای اثبات عدم پرداخت نفقه محتاج دلیل است.

۳-۲-۶-: در مهریه

۱-۳-۲-۶-: از جهت اصل مهریه و میزان آن

صاحب شرائع برای این مسأله تقسیماتی شمرده اند. از عبارت شرایع چهار صورت استفاده می شود که در سه صورت قول مرد مقدم می شود و آن سه عبارتند از:

۱- اختلاف در اصل مهریه و قبل از مقاربت باشد

۲- اختلاف در اصل مهریه و بعد از مقاربت باشد.

۳- اختلاف در مقدار و وصف مهریه باشد.

و در يك صورت قول زن مقدم می شود و آن جایی است که مرد ادعا کند که مهریه را پرداخته است و زن انکار کند. «حلی، ۱۴۰۸ ه ق، ج ۲، ص ۲۷۷»

شهید ثانی در در توضیح این فراز از کلام علامه می نویسد: «اگر زن و شوهر در اصل مهر اختلاف نمایند، به این صورت که زن بگوید: من از تو مهر طلبکارم و شوهر آن را نفی کند و بگوید: تو از من اصلاً مهری طلب نداری، بدون آنکه در این نزاع، سخن از مقدار مهر یا تعیین مهر یا تفویض در وقت عقد، به میان آورند؛ در این صورت اگرچه عده ای از فقهاء نظر داده اند به اینکه قول زوج با قسم پذیرفته می شود و اطلاق کلامشان شامل وقوع نزدیکی و عدم آن می شود، اما در این حالت نیز مانند صورت نزاع در مقدار مهر، اگر تفصیل داده شود میان فرض دخول و عدم دخول، شایسته تر خواهد بود. یعنی در صورت دخول، قول زن پذیرفته می شود و مرد باید به اندازه مهرالمثل به او بپردازد. دلیل آن همان دلیلی است که در صورت نزاع در مقدار مهر گفته شد که اصل عدم تسمیه و ظاهر حال، بر آن دلالت دارند و در صورت عدم دخول بدلیل اصل برائت و اصل عدم تسمیه قول مرد مقدم می شود». «عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ ه ق، جلد ۸، ص ۲۹۱» و سپس در اختلاف بعد از تمکین خاص، جانب اصل و ظاهر را تا حد مهرالمثل (نه کمتر یا بیشتر از آن) به نفع زوجه دانسته، چرا که به اقتضای اصل در عقد دائم، اگر مهریه ذکر نشود، به مهرالمثل منتقل می شود. از طرفی ظاهر آنست که مهریه به کمتر از مهرالمثل بسته نمی شود. «همان، ص ۲۹۳»

لذا اگر زوجین در مقدار مهریه با هم اختلاف نمایند و زوجه ادعای ثبوت مهریه بیش از مهرالمثل را داشته باشد، قول زوج مقدم است. اما در صورتی که ادعای زن به وجود مهریه طبق مهرالمثل یا کمتر از آن و بعد از دخول باشد، او را وادار به تعیین می کنند و صرف اظهار وجود مهریه کفایت نمی کند.

برخی از فقهاء نیز قائلند به اینکه نمیتوان در مسأله ظاهر را در همه موارد بنفع زوجه تعبیر و تفسیر کرد. بلکه در هر مورد بسته به عرف جاری و اوضاع و احوال حاکم، ممکن است ظاهر حال بر ترجیح قول زوج یا زوجه دلالت کند. مثل اینکه آیا تزویج به مهر بصورت سری و در خفا و سپس علنی کردن آن مرسوم و شائع است؟ آیا در عرف بلد نکاح بدون شهود عادل صورت می گیرد تا عمل به استحباب در اشتهار و علنی کردن آن مصداق پیدا کند؟ لذا در هر مورد باید به قرائن مفید اطمینان یا ظن غالب اعتماد و توجه نمود. «تبریزی، جعفر سبحانی، ج ۲، ص ۲۸۷»

۲-۳-۲-۶: از جهت پرداخت مهریه

این اختلاف به دو صورت ممکن است حادث شود:

اول: در اصل پرداخت

در صورتی که زوج مدعی پرداخت مهریه و زوجه ادعای عدم پرداخت مهریه را نماید، چنانچه زوجه تمکین نکرده باشد، قول او در عدم پرداخت مرجح است، زیرا اصل عدم و استصحاب بقای دین به جانب اوست. اما اگر اختلاف پس از تمکین

خاص باشد، موضوع اختلافی است. برخی از فقهاء عادت و عرف بلد را ملاک دانسته و معتقدند چنانچه عادت جاریه در شهر بر پرداخت کل مهریه پیش از آمیزش باشد، قول زوج مقدم است (طوسی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۱۱۶) لذا بنابر عقیده این دسته از محققین عرف در موضوعات بعنوان ظاهر حال ملاک و مناط اعتبار بوده و عمل به آن مرجح است. چنانچه در قدیم عادت و سیره بر قبض کل مهر قبل از آمیزش قرار داشته و مسأله را از باب ترجیح ظاهر بر اصل تحلیل نموده اند. «فاضل لنکرانی، ۱۴۲۸ق، کتاب النکاح، ص ۴۴۹»

دوم: در جهت پرداخت

در پاسخ به این پرسش که در صورتی که مرد وجوهی را به زن بپردازد و بعد بین آنها اختلاف حاصل شود و مرد بگوید بابت مهریه بوده و زن ادعا کند که به او هبه شده است، بار اثبات دلیل بر عهده کیست؟، فقهاء در تحقیقات خود نظرات مختلفی بیان داشته اند. اما بنابر قول صائب و مشهور قول زوج مقدم داشته میشود. زیرا زوج به نیت خود واقف و بصیرتر است و در وفاء دین نیت دافع لحاظ می شود نه قابض. علاوه بر آن، طبع پرداخت مال اقتضای ضمان و ادای دین دارد و و مدعی تبرعی بودن آن، محتاج دلیل است. «تبریزی، جعفر سبحانی، ج ۲، ص ۲۸۳»

همچنین مطابق ماده ۲۶۵ قانون مدنی: «هر کس مالی به دیگری بدهد، ظاهر در عدم تبرع است.»، بنابراین زوجه که ادعای وی خلاف ظاهر است باید اثبات کند که وجوهی که به وی داده شده هبه بوده و بابت مهریه نبوده است.

اما تقدیم قول زوج در صورتی است که قرینه و شاهد و ظاهر حال بر خلاف آن گواهی ندهد؛ بلکه در مواردی که موضوع اعطاء، اموالی چون لباس، طلاجات، زیورآلات، لوازم آرایش و اموریست که عرفاً مرد بعنوان نفقه یا جلب رضایت و تألیف قلبی زوجه برای او تأمین می کند، ظاهر امر مفید تبرعی بودن و هدیه است و لذا ظاهر بر ترجیح قول زوج دلالت دارد.

ثمره و فائده نزاع در تعیین جهت اعطاء آنست که اگر مال مقبوض هبه محسوب شود در صورت بقاء عین، برای زوج حق رجوع به مابذل (آنچه بخشیده است) وجود دارد بخلاف قول به صدق که قابل رجوع نیست. هر چند ظاهر کلام مذکور از محقق آنست که نیت دافع (زوج) ملاک و معتبر است نه قابض (زوجه).

اما اگر مالی با صیغه و لفظ هبه به قبض زوجه درآید و زوج ادعا کند خلاف ظاهر لفظ را اراده کرده است و مراد و مقصود او از لفظ هبه صدق و مهر بوده و زوجه بگوید منظور همان ظاهر لفظ هبه بوده است، تقدیم قول زوج دور از ذهن نیست زیرا قول او موافق ظاهر صیغه انشائی است. «فاضل لنکرانی، ۱۴۲۸ق، کتاب النکاح، ص ۴۵۳»

۴-۲-۶: در مواقع

چنانچه در موقعه یا عدم موقعه بین زوجین اختلاف حاصل شود، بار اثبات دلیل به عهده کیست؟ اختلاف غالباً چنین حادث می شود که زوجه ادعای موقعه و زوج منکر آنست. اگر ظاهر حال بر تقدم قول زوج گواهی ندهد، مثلاً زوجین در مکانی خلوت کرده و امکان موقعه وجود داشته است، آنگاه بنابر یک تقسیم، سه فرض مطرح است:

۱- زوجه ای که مدعی موقعه است، قبلاً باکره بوده و امکان اثبات باکره بودن فعلی توسط زوج وجود دارد.

۲- زوجه ای که مدعی موقعه است، قبلاً باکره بوده است، اما امکان اثبات باکره بودن توسط زوج نیست.

۳- زوجه قبل از خلوت، ثبیه بوده است نه باکره.

در صورت اول، گفته شده پس از اثبات بکارت زوجه، قول زوج مقدم و پذیرفته می شود. اما بعکس، شهادت و اثبات بر ثبیه بودن، موجب تقدم قول زوج نیست. زیرا ممکن است بکارت بجهتی غیر از موقعه زائل شده باشد.

اما حالت دوم و سوم از قبیل تعارض اصل و ظاهر است. چرا که ظاهر حال (وجود زمینه، انگیزه، خلوت با حلال، قدرت و انتفاء صارف) دلالت بر موقعه دارد و اصل، خلاف آنست.

به نظر بعضی از فقهای عظام، بار اثبات دلیل به عهده مدعی دخول است. در صورت عدم اقامه بینه بر دخول منکر سوگند داده می شود. در صورت اتیان سوگند وی، دخول ثابت نشده و حکم بر رد ادعای مدعی آن صادر می شود. «تبریزی، جعفر سبحانی، ج ۲، ص ۲۸۲» البته عده دیگری معتقدند که در صورتی که زوجین با هم زندگی کنند ظاهر بر دخول می باشد و آنکه مدعی عدم دخول است باید دلیل بیاورد. یعنی، اصل بر دخول است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود؛ چون در اینجا ظاهر (اماره) با اصل (اصل عدم دخول) تعارض دارد و در تعارض اماره با اصل، اماره مقدم است، بنابراین، آنکه مدعی عدم دخول است باید بینه بر آن اقامه نماید و آلا با سوگند منکر عدم دخول ادعای مدعی عدم دخول ثابت نگردیده و دادگاه باید با توجه به ثابت بودن دخول حکم مقتضی را صادر نماید.

برخی از فقهاء نیز از آنجا که ملاک در تشخیص مدعی از منکر را عرف می دانند نه اصل یا شاهد حال و چون عرف در فرض مسأله زوجه را مدعی می داند، بار اثبات دعوی را بعهدہ وی گذاشته اند. «فاضل لنکرانی، ۱۴۲۸ق، کتاب النکاح، ص ۴۴۶»

۵-۲-۶:- در اختصاص اموال

فقهاء امامیه بر اساس مدارک و مستندات قطعی (۱) در مورد روابط مالی زوجین، اصل «استقلال مالی زوجین» یا همان افتراق کامل دارایی های زن و شوهر را برگزیده و در آن جای هیچ گونه تردید و اختلافی باقی نگذاشته اند. قانون مدنی هم در ماده ۱۱۱۸ خود به متابعت از فقه شیعه این اصل را پذیرفته است و مطابق آن زن در مسائل مالی و اقتصادی، از استقلال و آزادی کامل برخوردار بوده و می تواند بدون اذن شوهر در اموال شخصی خود هر گونه دخل و تصرفی نماید.

اما مسأله مهم در این خصوص، درباره نزاع اموال در زندگی مشترک و نسبت به اثاث البیت مشترک است که در زمان زوجیت مورد استفاده هر دو طرف بوده است. از آنجا که زن و شوهر در طول زندگی مشترک اشیاء و لوازمی فراهم آورده و به حکم قاعده ید هر دو بر آن لوازم و اموال تصرف و سلطه مالکانه داشته، ممکن است در تشخیص متصرف و مالک واقعی نزاع حاصل شود. لذا باید با استفاده از امارات و ظاهر امر یا استناد به اصول حکم قضیه را روشن ساخت و به نزاع خاتمه داد.

قانون مدنی در این خصوص حکم روشنی ارائه نداده است. در فقه مسأله اختلافی و بر اساس حاکمیت و تقدم اصل بر ظاهر یا بالعکس راه حل های متفاوتی پیشنهاد شده است.

نظریه اول: تمام اموال متعلق به زوجه است مگر آنکه زوج بر اثبات مالکیت خویش دلیل اقامه کند.

نظریه دوم: این نظریه در نقطه مقابل نظر قبلی و مبتنی بر آنست که زوجه در منزل شوهر به منزله مهمان بوده و همانطور که اگر مهمانی ادعای مالکیت بر کالای صاحبخانه کند، از وی دلیل می خواهند، در فرض ادعای زوجه نیز، قول زوج مقدم است.

۱- عموم قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم» (کلینی، ۱۴۲۹ ه ق، ج ۱۰، ص: ۴۷۸) و روایت «لا یحلّ مال امرء مسلم إلا بطیب نفسه» (بجنوردی، اول، ۱۴۱۹ ه ق، ج ۵، ص ۲۲۰) و آیه «للرجال نصیب مما اکتسبوا و للنساء نصیب مما اکتسبن» (نساء/۳۲)

- دو نظریه فوق بر اساس تقدم و ترجیح اصل بر ظاهر پیشنهاد و برگزیده شده اند.

نظریه سوم (قول مشهور): اموالی که مخصوص و مورد استفاده و استعمال توسط مردان است، باید به زوج داده شود و اموال مختص زنان در اختیار زوجه گذاشته شود و اموالی که مورد استفاده مشترک هستند،

طبق قواعد مربوط به باب تداعی بین هر دو به طور مساوی تقسیم گردد. «عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۱۴، ص ۱۳۷»

نظریه چهارم: این نظریه میزان در تشخیص مالک اثاثیه مورد نزاع را عرف و عادت مسلم محل اقامت زوجین دانسته و بر این باور است که دادگاه می بایست بر مبنای رویه و عادت و رسوم معمول عمل کند. در محلی که مسئولیت تهیه و تأمین اثاث البیت زوج است، به وقت نزاع، قول او مقدم است و زوجه مدعی محسوب و می بایست مالکیت خود را اثبات کند. بعکس، هر گاه رویه معمول و متعارف آن باشد که اثاثیه و لوازم منزل را زوجه بعنوان جهاز از منزل پدری می آورد، اثاث متعلق به وی بوده و بار اثبات خلاف آن بدوش شوهر است. بنابر این رأی، باید بین شهرها و عادات و رسوم تفاوت گذاشت. یعنی اگر در شهری عادت بر این است زن جهیزیه بیاورد اموال و اثاثیه خانه از آن اوست هر چند در سلطه و تصرف

مرد باشد. در غیر این صورت ید، حاکم است. اما اگر عرف و عادت مسلمی در قضیه وجود نداشته باشد، بایستی اموال بالسویّه بین طرفین تقسیم شده و هر يك را مالك نصف اثاث مورد نزاع دانست.

- مطابق دو نظریه اخیر؛ یعنی چه کالا اختصاصی باشد و یا عرف و عادت بر تعلق آن به شخص خاص دلالت کند، ظهور نوعی یا عرفی حاکم شده و جانب ظاهر حال بر اصل مقدم داشته می شود. برخی از بزرگان فقه تمسک به این ظهور (مستند به عادت) را در رتبه ای متأخر از اماره ید و اصل اختصاص اموال دانسته اند و در فرض نبود اماره ید، آنرا معتبر دانسته و ترجیح داده اند. «حائری، اول، ه ق، ج ۲، ص ۴۱۷» برخی دیگر از محققین نیز برای حل مسأله قائل به تفصیل و تفکیک در موضوع مورد نزاع شده و با نوعی رتبه بندی به ترتیب اولویت ابتدا قاعده ید و سلطه و تصرف مالکانه هر یک را معیار در تعلق اموال شمرده و چنانچه مال مورد نزاع در تصرف خصوصی هیچ یک از طرفین نباشد، عرف و عادت محل را مبنای قضاوت دانسته اند. در خصوص اموالی نیز که نه تصرف شخصی در آنها وجود دارد و نه عرف و رویه مسلمی؛ طرفین باید بر اساس مقررات باب تداعی سوگند یاد کنند و پس از سوگند مال بین آنان متساویاً تقسیم می شود. «محقق داماد، ۱۳۹۴ ش، ج ۱، ص ۵۶»

۶-۲-۶: در قاعده فراش

مطابق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی و قاعده فراش؛ اگر فرزندی در فراش متولد شود و جمیع شرایط الحاق نسب او در جمع باشد، آن فرزند به صاحب فراش منتسب می گردد. حال، اگر مردی زنش را طلاق دهد و آن زن بعد از نگه داشتن عده بدون مواقعه یا وطی به شبهه با دیگری، فرزندی بیاورد یا در زمانی که در حباله نکاح کسی است، مرد اجنبی با وی زنا کند و از طرف دیگر همه شرایط تحقق نسب به شوهر زن نیز وجود داشته باشند و آن زن فرزندی بیاورد که هم امکان الحاق کودک به شوهر وجود داشته باشد و هم امکان الحاق او به مرد اجنبی، مثل این که هر دو با زن نزدیکی کرده باشند و بچه ای در فاصله بین شش ماه تا ده ماه از نزدیکی آنان متولد گردد، در این صورت براساس حدیث: «الولد للفراش و للعاهر حجر» ولد ملحق به صاحب فراش می شود و به طور کلی قاعده فراش ناظر به چنین مواردی است. لذا با تحقق نزدیکی و گذشت اقل مدت حمل و عدم تجاوز از اکثر مدت، نفی ولد جائز نیست، بدینجهت فقهای ما، برای الحاق ولد مدت زمان خاصی را شرط کرده و معتقدند مدت حمل می بایست از اقل مدت حاملگی کمتر و از اکثر مدت آن بیشتر نباشد؛ یعنی اگر از زمان آخرین آمیزش شوهر با همسرش کمتر از شش ماه یا بیشتر از دوازده ماه طی شده باشد، و فرزندی به وجود آید، چنان فرزندی ملحق به فراش نیست. «نجفی، صاحب الجواهر، ۱۴۰۴ ه ج ۳۱، ص ۲۳۶»

چنانچه زوجین در اصل نزدیکی که موجب الحاق نسب است، اختلاف نمایند یا با وجود اتفاق نظر، در ولادت فرزند از زوجه اختلاف حادث شود و شوهر ادعا کند که فرزند حاصل مقاربت آن دو نیست؛ در هر دو مسأله باستناد اصل عدم، قول مرد را مقدم شمرده اند. اما در صورتی که در مواقعه یا اصل ولادت اتفاق نظر داشته و در مدت بارداری اختلاف نموده، زوج مدعی باشد دوره حاملگی کمتر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه بوده و زوجه منکر شود؛ در این جا، برخی فقهاء جانب قول زوجه را باستناد غلبه در قاعده فراش و اصل عدم زیادتی مدت ترجیح داده اند اما به نقل از عده ای قول زوجه، موافق اصل

دانسته شده زیرا اختلاف در اقل مدت حمل، به اختلاف در وقوع نزدیکی برمی گردد؛ در واقع زوج مدعی است زمان واقعه کمتر از مدت شش ماه بوده است. (همان، ص ۲۳۳)

اما برخی از اعاضم فقهاء معتقدند قاعده فراش مانند اماره ید حجت شرعی است، پس قول کسی که گفته اش با مقتضای این قاعده سازگارتر است، مقدم داشته می شود. (همان، ص ۲۳۴)

با پذیرش این مبنا دلیل تقدم و ترجیح قول موافق قاعده ید همانا غلبه ظاهر حال بر اصل است، چرا که مبنای اماره بودن ید را خواه قاعده غلبه بدانیم و بگوئیم غلبه ید مالکانه بر ید عدوانی، دلیل و نشانه مالکیت است و «الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب» و چه قائل شویم طبیعت و اقتضای اولیه و اصلی این است که وجود شیء در ید شخص، دلیل بر سلطه و مالکیت آن شخص بر شیء است، (در هر دو صورت)؛ قاعده ید از امارات موضوعی و بلحاظ کاشفیت و طریقت به واقع، از باب ظاهر معتبر شرعی حجت و بر اصل مقدم است. با استفاده از وحدت ملاک بین این اماره با قاعده فراش، همین استدلال در اماره فراش جاری است. لذا در صورت وجود شرائط الحاق، قبول قول مدعی الحاق بدلیل ترجیح جانب ظاهر و شاهد حال بر اصل است. همچنین از آنجا که غلبه و کاشفیت نوعی ید، در مقام معارضه و برخورد با اصول است و لذا اگر دلیل یا اماره قوی تری در تعارض با آن قرار گیرد، بر اماره ید مقدم می شود.

همچنین، حجیت و اماره بودن قاعده فراش نیز تا آنجاست که اماره ای که ظن قوی ایجاد کند بر خلاف آن گواهی ندهد؛ مثلاً هر گاه شوهر در مدتی که بتوان طفل را به او نسبت داد، غایب بوده و به مسافرت رفته باشد. یعنی از هنگام نزدیکی شوهر تا ولادت طفل بیش از ده ماه طول کشیده باشد؛ در این صورت اماره ظن آور قوی تری بر اماره فراش غلبه کرده و آنرا از اعتبار و حجیت می اندازد. در نتیجه، فرزند به شوهر تعلق پیدا نمی کند. «عاملی، ۱۴۱۱ ه، ج ۱، ص ۴۴۱»

بخش دوم: تعارض اصل و ظاهر در دکترین حقوقی و موازین قضائی

اختلاف آراء و نظراتی که در بین فقهاء و در برگزیدن جانب یکی از اصل و ظاهر بر دیگری وجود دارد، در دکترین حقوقی و رویه قضائی نیز حکمفرماست. نظرات حقوقدانان و نیز عرف قضائی در این باب مضطرب بوده و هنوز رویه قطعی در ترجیح یکی از اصل و ظاهر بر دیگری هنگام تعارض وجود ندارد. اما از استقراء و فحص در باورهای حقوقی و آراء و نظریات قضائی روشن می شود که حقوقدانان و رویه قضائی بیشتر به این نتیجه تمایل دارند که در مقام برخورد اصل و ظاهر، جانب ظاهر را مقدم بدانند.

برای نمونه و و بیان کاربرد اصول و قواعد پیش گفته در نظرات حقوقی و رویه قضائی به چند نمونه از این نظرات و آراء اشاره می شود:

اول: دکترین حقوقی

نظراتی که حقوقدانان در تفسیر برخی مواد قانونی ارائه داده اند، مبنا و ملاک منتخب ایشان را در ترجیح هر یک از دو نهاد اصل و ظاهر بر دیگری نمایان می سازد. از جمله ی این نظرات اختلافی، عقاندی است که ذیل تفسیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی بیان شده است.

در تفسیر ماده یاد شده دو نظر متفاوت در بین حقوقدانان مطرح شده است؛ برخی از حقوقدانان به استناد اصل عدم تبرع و اصل برائت بر این باورند برای استرداد، همین اندازه که خواهان دعوی بتواند اثبات کند که مال را به خواننده داده است، کافی است و خواننده باید مدیون بودن خواهان و استحقاق خود را نسبت به مال تسلیم شده اثبات کند. «شهیدی، ۱۳۹۲، ص ۲۲» اما برخی دیگر از حقوقدانان، پرداخت خواهان را مستند به اماره قضائی (ظاهر ناشی از اوضاع و احوال)، ظهور در دین دانسته و آن را بر اصل مقدم دانسته و ترجیح داده اند و لذا، خواهان استرداد را مکلف شمرده اند تا عدم استحقاق خواننده را اثبات کند. بنابر این از این دیدگاه، عبارت "ظاهر در عدم تبرع است" در ماده ۲۶۵ ق.م، ظاهر در وفای به عهد است، تفسیر می شود. «کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۷۲»

به نظر می رسد با توجه به گرایش رویه قضائی، نظر دوم بیشتر قابل دفاع و مطلوب طبع دادرسان است.

دوم: نشست های قضائی:

۱- «...از آنجا که مطابق ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد» (نظریه کمیسیون نشست قضائی دادگستری شهرضا، خرداد ۸۴، ص ۶۰۷)

- در این نظریه امارات از جمله شهادت و بیّنه که از مصادیق ظاهر معتبر شرعی هستند بر اصل مقدم شمرده شده اند.

۲- «طبق ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی دلایل اثبات دعوی از قرار زیر است:

۱- اقرار. ۲- اسناد کتبی. ۳- شهادت. ۴- امارات. ۵- قسم

وسایل اثبات دعوی عبارتند از تحقیق محلی، معاینه محل و جلب نظر کارشناس. تقاضای ارجاع امر به کارشناس یا صدور قرار معاینه محل و تحقیق محلی و سائلی است که خواهان به کمک آنها می خواهد ادعای خود را ثابت کند. لکن اطلاعاتی که در نتیجه این وسایل تحصیل می شود، اماره قضائی بوده و دلیل محسوب می شود. ماده ۲۵۵ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز مرید این نظر است...» (نظریه کمیسیون نشست قضائی دادگستری شهرکرد خرداد ۸۳ ص ۴۸۶)

- در نظریه بالا، امارات قضائی از جمله قرار ارجاع امر به کارشناس و معاینه و تحقیق محلی که دادرس برای کشف حقیقت صادر می کند، بعنوان ظاهر حال که ظن غالب ایجاد می کند؛ معتبر شناخته شده است. اما همانطور که به تفصیل بیان شد بر اساس نظریه مشهور فقهاء امامیه این گونه امارات که از ظواهر حال و ناشی از غلبه ظن هستند، مورد تأیید و تنفیذ شارع نبوده و تاب مقاومت در مقام معارضه با اصل را ندارند.

۳- «اگرچه در ماده ۲۴۱ قانون آئین دادرسی مدنی گفته شده ارزش و تدثیر گواهی با تشخیص دادگاه است و دادرس دادگاه بدوی به استناد گواهی گواهان و تأثیر شهادت آنان انشای رأی کرده و به همین جهت حکم مورد اعتراض واقع شده

است، دادرسان دادگاه تجدیدنظر با توجه به مقررات کاده ۳۵۶ و بند (ب) ماده ۳۴۸ قانون آئین دادرسی مدنی در صورتی که احراز کنند شرائط قانونی شهادت شهود وجود نداشته و دادرس دادگاه بدوی در این مورد دچار غفلت شده می توانند به گواهی گواهان ترتیب اثر نداده و با نقض دادنامه بدوی، حکم مقتضی صادر کنند. (نظریه کمیسیون نشست قضائی دادگستری شهرکرد دی ۸۴ ص ۵۰۹)

- نظریه قضائی فوق دلیل محکمی بر تأیید و تبعیت از رأی فقیهانی است که ظاهر را تنها از جهت اعتبار معتبر شرعی و با لحاظ خصوصیات و شرائط منصوص و در موارد خاص حجت و دانسته و بر اصل ترجیح می دهند. لذا شهادت که از مصادیق ظاهر است بدون وجود شرائط معتبره فاقد حجیت است هرچند تولید ظن کند.

سوم: آراء قضائی

۱- حکم شماره ۶۸۴ / ۱۴ شعبه ۱۴ دیوان کشور مورخ ۶۵/۰۱/۲۹ در پرونده شماره ۱۸/۱۵۳۳:

شخصی بخواسته مبلغ دو میلیون ریال بطرفیت دیگری اقامه دعوی کرده، توضیح می دهد که مبلغ خواسته را بنا به درخواست خواننده 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 ۶۴ / ۹۵۰ خواننده را به پرداخت پولی که گرفته بوده است محکوم می کند. خواننده از این حکم فرجام می خواهد، وکیل خواهان نیز از این جهت که در حکم خسارت دادرسی و تأخیر تأدیه موضوع رسیدگی قرار نگرفته است، از حکم فرجام تبعی می خواهد.

دیوان چنین رأی می دهد: «با توجه به مندرجات، ایراد فرجامخواه وارد بنظر می رسد، چه واریز وجه بحساب فرجامخواه اعم از استقراض است بلکه ظهور در طلب فرجامخواه می باشد. 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 می باشد. بنا به مراتب دادنامه نقض و پرونده جهت رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه حقوقی يك ارجاع می شود در مورد فرجام تبعی با نقض دادنامه موضوع آن منتفی خواهد شد».

در این دادنامه، به ظاهر حال استناد شده و واریز وجه را ظاهر در طلب فرجامخواه دانسته است و درباره گیرنده وجه گفته شده: «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 می باشد.

۲- در رأی شماره ۷۱۶-۱۶/۴/۴۶ شعبه ۴ دیوان کشور آمده است: «مستفاد از موارد ۳۱۲، ۳۱۰ و ۳۱۴ قانون تجارت این است که صادره کننده چك و جوهی را که نزد دیگری دارد می تواند بموجب آن شخصاً مسترد دارد و یا به دیگری واگذار کند و در هر صورت صادره کننده آن واگذار کننده وجه چك شناخته می شود و مسئول تأدیه وجه، در صورت استتکاف محال علیه از پرداخت آن می باشد و از مجموع مواد استفاده می شود که چك در وجه حامل مثبت انتقال وجه آنست که صادر

کننده مدیون دارنده آن بوده و ضامن پرداخت وجه چک می باشد. در این صورت، عنوان استحقاق صادر کننده چک به استرداد وجه آن از دارنده چک بر خلاف مستفاد از مواد مزبور خواهد بود».

رای مذکور نیز بر مبنای ظاهر حال، صادر کننده چک را مسئول پرداخت وجه آن دانسته و صدور چک را ظاهر در مدیونیت صادرکننده و طلب دارنده سند شناخته است.

نتیجه:

در این پژوهش، به بیان مصادیق و مواضع تعارض اصل و ظاهر در ابواب مختلف فقهی و در هر باب به موارد قابل فرض و تحقق برای تعارض این دو مفهوم و ارائه راه حل و نظرات فقیهان و حقوقدانان اسلامی در ترجیح جانب یکی از اصل یا ظاهر بر دیگری پرداخته شد.

عده ای از فقیهان نیز جز در موارد منصوص که ظاهر از باب شهادت بیّنه (دارای شرائط معتبر)، قاعده ید و خبر ثقه تعبداً و به حکم شارع حجت شناخته شده است، جانب اصل به معنای حکم استصحاب شده را ترجیح داده و مقدم داشته اند. دلیل دیگر این برتری آنست که مبنای ترجیح در مقام تعارض اصل و ظاهر ظنون اجتهادیه است و در این مقام قوّت ظن با اصل است.

برخی دیگر جانب ظاهر را بر اصل ترجیح داده و برای ظاهر دایره شمولی فراتر و وسیع تر از امارات قانونی (غلبه ظن) و امارات قضائی (اوضاع و احوال) قائل هستند.

این اختلاف و تشّت آراء فقهی بازتاب و اثر محسوسی در رویّه و موازین قضائی و بر تهافت آراء و احکام دادگاهها و نظرات دادرسان داشته است به نحوی که منجر به صدور احکام و نظرات متفاوت در رسیدگی به موضوعات حقوقی شده است.

بنظر می رسد رویّه قضائی کارکرد و برخورد دوگانه ای در موضوع تعارض اصل و ظاهر داشته است بنحوی که اختلاف نظر حقوقدانان و فقهاء بازتاب و اثر چشمگیری در موازین قضائی و بر تهافت آراء و احکام دادگاهها و نظرات دادرسان داشته، بلکه سرنوشت رسیدگی به مسأله تعارض اصل و ظاهر در مقام عمل را دچار نوعی تشویش، اضطراب و سردرگمی آشکار نموده است. دادرسان در برخورد با اماراتی نظیر بیّنات که مستظهر به تأیید و تنفیذ شارع اند، به تأسی از نظر مشهور فقهاء، ظاهر را در معنای ظن خاص و مضیق یعنی همان ظن معتبر شرعی حجت دانسته و بر مظنه مطلق فی نفسه و و بما هو ظاهر، شأن و رتبه ای در تقدم قائل نیستند، اما سیری در آراء و نظرات صادره بیانگر آنست که مصادیقی بارزی از امارات قانونی (غلبه ظن) یا قضائی (اوضاع و احوال) یا فراتر از آن تأثیر ظن بر ضمیر انسان؛ مورد استناد و شناسائی دادرسان قرار گرفته است و حال آنکه در لسان شرع بر چنین ظنونی اعتبار و تأییدی وارد نشده است. به همین سبب می توان گفت طبع قضائی دادرسان بخلاف نظر مشهور فقهاء؛ بیشتر به ترجیح جانب ظاهر بر اصل گرایش و غلبه دارد.

همچنین در نظم حقوقی کنونی، تعریف و مبنای علمی روشن، دقیق و درست و یکسانی از دو واژه اصل و ظاهر و تمیز معنای مراد، تمایز و تفکیک هر معنا از دیگری و سرانجام تحریر محل نزاع، چنانکه در این تحقیق آورده شد، به چشم نمی خورد. این اشکال خود باعث تشّت، تهافت و تغایر دکترین حقوقی در تفسیر مواد قانونی و آراء و احکام صادره در موضوعات یکسان از سوی مراجع متفاوت گشته است. لذا، خلأ وجود قانون مصوّب یا رأی وحدت رویّه و حداقل نظرات مشورتی صائب که اطراف و جوانب موضوع را روشن و ممتاز کرده، دادرسان را از فروافتادن در اشتباه و اختلاط موضوعات مصون داشته و عدالت قضائی را در مسیر اجرای یکی از پرکاربردترین و دقیق ترین مفاهیم فقهی، حقوقی یاری بخشد؛ به وضوح احساس می شود.

پژوهش حاضر همچنین در ارائه قاعده جهت تشخیص مواضع تعارض و ملاک تقدیم یکی از اصل و ظاهر بر دیگری اهتمام داشته است. بعنوان مثال می توان به ملاک در شناخت ظاهر معتبر از منظر مشهور فقهاء اشاره کرد که ظهور را نه فی نفسه و بما هو ظاهر بلکه از جهت تأیید و امضای شارع بصورت بارز و شاخص در بیّنات (شهادات با شرائط خاص شرعی)، اماره ید، خبر ثقه و در عقود امانی به جهت اعتبار و ترجیح قول امناء در بیانات شرعی و بر اساس قواعد "لا یتهم من ائتمن" و "ما علی المحسنین من سبیل" که دلالت بر پذیرش قول کسانی دارد که امین بوده و این صفت با تعدی یا تفریط از آنان زائل نشده است؛ حجت می دانند.

فهرست منابع:

- ۱- بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، «القواعد الفقهية» (للبجنوردي، السيد حسن)، ۷ جلد، نشر الهادي، قم - ایران، اول، ۱۴۱۹ ه ق
- ۲- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، «الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة»، ۲۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۵ ه ق
- ۳- تبریزی، جواد بن علی، «القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد» (دروس في مسائل علم الأصول)، ۳ جلد، دار الصديقة الشهيدة سلام الله عليها، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ ه ق
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «تأثير ارادة در حقوق مدنی»، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۳
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «مبسوط در ترمینولوژی حقوق»، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۱
- ۶- حائری، سید کاظم حسینی، «فقه العقود»، ۲ جلد، مجمع اندیشه اسلامی، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۳ ه ق
- ۷- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، «تذكرة الفقهاء» (ط - الحديثة)، ۱۴ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۴ ه ق

- ۸- حلی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، «المهذب البارع في شرح المختصر النافع»، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۷ ه ق
- ۹- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، «مختلف الشيعة في أحكام الشريعة»، ۹ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۳ ه ق
- ۱۰- حلی، فخر المحققين، محمد بن حسن بن یوسف، «ایضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد»، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، اول، ۱۳۸۷ ه ق
- ۱۱- حیدری، علی نقی، «اصول الاستنباط»، دارالسیره، بیروت-لبنان، ۱۴۱۸ ه ق، ص ۱۷۸
- ۱۲- خوانساری، سید احمد بن یوسف، «جامع المدارك في شرح مختصر النافع»، ۷ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۵ ه ق
- ۱۳- دراز، رمزي محمدعلي، «السكوت و أثره علي الأحكام في الفقه الإسلامي»، دارالجامعة؛ الجديدة للنشر، اسکندریه، ۲۰۰۴
- ۱۴- سبحانی، جعفر، «نظام النکاح في الشريعة الإسلامية الغراء»، دو جلد، قم - ایران، اول، ه ق
- ۱۵- سبزواری، سید عبد الأعلى، «مهذب الأحكام» (للسبزواری)، ۳۰ جلد، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، قم - ایران، چهارم، ۱۴۱۳ ه ق
- ۱۶- شهیدی، مهدی، «سقوط تعهدات»، انتشارات مجد، چاپ هفتم، ۱۳۹۲
- ۱۷- الصلاحين، عبدالمجيد محمود، «الاصل و الظاهر»، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية.
- ۱۸- رشتی، حاج میرزا حبیب الله، «كتاب القضاء»، ج ۲، ص ۴۹
- ۱۹- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسین، «الخلاف»، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸
- ۲۰- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، «الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية» (المحشى - کلاتر)، ۱۰ جلد، کتابفروشی داورى، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ ه ق
- ۲۱- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، «مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام»، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه ق
- ۲۲- فاضل لنکرانی، محمد، «تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة»، مرکز فقه الاثمة الاطهار، قم، ۱۴۲۸ ه ق

- ٢٣- فقہانی، علی بن علی بن محمد بن طی، «الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقات و العقود»، در یک جلد، مکتبة إمام العصر (عج) العلمية، قم - ایران، اول، ١٤١٨ هـ ق
- ٢٤- قاروبی، شیخ حسن، «النضید فی شرح روضة الشهيد»، انتشارات داوری، قم، ١٤٣٠ هـ ق
- ٢٥- قمی، سید صادق حسینی روحانی، «فقه الصادق علیه السلام» (للروحانی)، ٢٦ جلد، دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ١٤١٢ هـ ق
- ٢٦- کاتوزیان، ناصر، «حقوق مدنی-قواعد عمومی قراردادها»، شرکت سهامی انتشار، تهران، ١٣٨٠
- ٢٧- کیدری، قطب الدین، محمد بن حسین، «إصباح الشيعة بمصباح الشريعة»، در یک جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ١٤١٦ هـ ق
- ٢٨- محقق بحرانی، شیخ یوسف، «الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة»، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٢ ق، قم
- ٢٩- محقق داماد، مصطفی، «مباحثی از اصول فقه»، مرکز نشر علوم اسلامي، تهران، ١٣٦٢
- ٣٠- المصطفوی، سید محمد کاظم، «القواعد»، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤٣٦ هـ ق، قم
- ٣١- معاونت آموزش قوه قضائیه، «مجموعه نشست های قضائی»، ٧ جلد، انتشارات جاودانه، تهران، اول، ١٣٨٧ ش
- ٣٢- میرزا یا محقق قمی، ابوالقاسم مولى، «جامع الشتات فی أجوبة السؤالات»، انتشارات کیهان، تهران، ١٣٧١ هـ ش
- ٣٣- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، «جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام»، ٤٣ جلد، دار إحياء التراث العربي، بیروت - لبنان، هفتم، ١٤٠٤ هـ ق