

## The Conflict between Presumption of Possession and Continuity (Yad and Istishab): (Interpretation of Art. 37 of the Iranian Civil Code Based on the Islamic Jurisprudence)

**Mahmoud Kazemi**

Associate professor, Islamic and Private Law Department, Faculty of Law and Political Sciences, Tehran University, Iran.



**Article Type:**

Original Research

**Pages:** 119-144

**Received:** 2021 November 16

**Revised:** 2022 March 15

**Accepted:** 2022 May 29



### Abstract

Possession, by title of ownership, shall be taken as proof of ownership (Article 35 of Civil Code); if someone claims ownership versus a possessor, he has to prove it and illegal possession of the possessor (Zil yad). This situation is referred to as Amarah-e-Yad. If it is proved that the claimant was formerly the owner of the property, by the continuity of it (Istishab of ownership), a conflict arises between Istishab and Amarah and according to the opinion of Islamic jurists, Amarah precedes Istishab, unless the ownership of the claimant has been proved with admission of the possessor. In this case, Istishab precedes Amarah (Article 37 of the Civil Code). This issue has wondered some of the jurists who believe that the proof of the former ownership of the claimant, with any reason, invalids the Amarah; On the other hand, some believe that there is no conflict between current ownership of possessor and former ownership of the claimant and in any case, Amarah precedes Istishab, and proves the ownership of possessor. This article tries to examine the issue from a jurisprudential (Fiqhi) point of view and analyze the Article 37 of Civil Code.

**Keywords:** Proof, Presumption of possession (Amarah-e-yad), Principle of Istishab, Admission, Testimony (Bayynah)

\*Corresponding Author: [makazemy@ut.ac.irm](mailto:makazemy@ut.ac.irm)

## قلمرو اثباتی اماره ید: تحلیل ماده‌ی ۳۷ قانون مدنی ایران

محمود کاظمی

دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران.

### چکیده

هرگاه کسی به عنوان مالک متصرف مالی باشد، مالک آن بوده، مگر آن که خلاف آن ثابت شود. حجیت تصرف (ید) به عنوان اماره‌ی مالکیت، در فقه امامیه از مسلمات بوده و در ماده ۳۵ ق.م. نیز آمده است. بر این اساس اگر شخصی مدعی مالکیت مالی باشد که در ید دیگری است، باید دلیل اقامه کرده، مالکیت خود و عدوانی بودن ید متصرف را ثابت کند. اما ممکن است مدعی ثابت کند که در زمان گذشته مالک آن مال بوده؛ در این فرض آیا اماره‌ی ید همچنان معتبر و دلیل مالکیت ذی الید است، یا بر مبنای استصحاب مالکیت سابق مدعی، باید قول مدعی را مقدم دانست و ذی الید را بر آن داشت تا مالکیت خود را با دلیل ثابت نماید. ماده ۳۷ قانون مدنی ایران، ظاهراً بین فرضی که مالکیت سابق مدعی با اقرار، یا دلیل دیگر ثابت شود، تمیز قائل شده است؛ مطابق منطوق ماده هرگاه مالکیت سابق مدعی با اقرار ثابت شود، اماره ید از اعتبار افتاده و قول مدعی مقدم است، اما از مفهوم آن استنباط می‌گردد که اگر با بینه ثابت شود، اماره ید همچنان معتبر است. این تفکیک برخی استادان را متعجب کرده و آن را فاقد توجیه دانسته‌اند. این حکم مطابق با نظر مشهور فقیهان امامیه است، اما برخی بدون تفکیک بین اقرار و بینه، به طور مطلق اماره ید را بر استصحاب مقدم داشته و برخی دیگر استصحاب را بر ید مقدم دانسته‌اند و معتقدند در صورتی که مالکیت سابق مدعی با هر دلیلی ثابت شود، اماره ید از اعتبار افتاده و ذی الید به عنوان مدعی باید مالکیت خود را ثابت نماید. در این مقاله تلاش کرده‌ایم با بررسی و تحلیل موضوع بر مبنای اصولی، مبنای این حکم را تبیین کرده و ثابت کنیم که هرچند به عنوان قاعده، اماره ید مقدم بر استصحاب است، ولی در فرض اقرار ذی الید به مالکیت سابق مدعی، او از حالت مدعی به مدعی علیه، تبدیل وضع داده، باید مالکیت خود را ثابت کند.

**واژگان کلیدی:** اقرار، اماره ید، بینه، تعارض اماره و اصل، دلیل، مدعی و مدعی علیه



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۱۱۹-۱۴۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۲۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۲/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۰۸



تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

## درآمد

۱- اصول فقه یک علم آلی است که به عنوان ابزاری برای استنباط احکام شرعی که موضوع علم فقه است، بکار می‌رود (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱، ص ۴۷؛ نجفی، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۲) و باید آن را منطق فقه (حقوق اسلامی) نامید (شهید صدر، ۱۴۳۰ ق، ج ۱، صص ۴۷ و ۴۶). موضوع علم اصول، ادله‌ای است که در فقه برای استنباط احکام مورد استناد قرار می‌گیرد، از جهت میزان حجیت و سنجش اعتبار و نحوه‌ی استناد به آن (همان).

۲- موضوع فقه استنباط احکام شرعی از روی ادله‌ی تفصیلی آنست. ادله‌ی استنباط احکام در فقه امامیه بر حسب درجه‌ی علمی که برای مجتهد نسبت به واقع امر (مدلول) ایجاد می‌کند، به قطعی و ظنی تقسیم می‌شود. به این معنا که مجتهد نسبت به احکام شرعی یکی از سه وضعیت را دارد: یا نسبت به حکم قطع و یقین دارد که در این صورت، علم او به عنوان دلیل، حجت است، زیرا «قطع» فی ذاته حجت است؛ یا نسبت به آن، ظن پیدا کرده که در مواردی که شارع آن را معتبر بداند، علم ظنی نیز حجت است؛ در علم اصول از «ظن معتبر» به «اماره» تعبیر می‌کنند؛ یا مجتهد نسبت به یک حکم، نه قطع و نه ظن داشته، بلکه به خاطر فقدان دلیل، یا تعارض ادله، نسبت به آن، شک دارد (مظفر، ۱۳۸۶ ق، ج ۲، ص ۲۶۸)؛ در چنین فرضی برای رفع شک و تردید و تعیین حکم شرعی به اصول عملیه (نظیر استصحاب و...) مراجعه می‌کند (شیخ انصاری، بی تا، ج ۱، ص ۲؛ میرزای نائینی، ۱۳۶۸، ج ۲، صص ۲ و ۳). اصول عملیه را «قاعده‌ی اصولیه» یا «دلیل فقاهتی» نیز نامیده‌اند (مظفر، ۱۳۸۶ ق، ج ۲، ص ۲۶۹). بنابراین مجرای اصول عملیه، شک نسبت به حکم شرعی است و با وجود دلیل (اعم از قطعی یا ظنی) شک برطرف شده، موجبی برای رجوع به اصل باقی نمی‌ماند (شیخ انصاری، بی تا، ج ۱، صص ۳۰۹، ۳۰۸).

۳- یکی از موضوعات اصولی «تعارض ادله» است که تحت عنوان «تعادل و تراجیح» یکی از بخش‌های مهم مباحث اصولی را تشکیل می‌دهد (مظفر، ۱۳۸۶ ق، ج ۲، ص ۲۰۹ به بعد). منظور از تعارض دو دلیل، تمانع و تنافی آن دو از حیث مدلول است (آخوند خراسانی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۳۷۶). به این معنا که دو دلیل که از هر جهت

۱. معروف است که: «الاصلُ دلیلٌ حیثُ لا دلیل».

معتبر و دارای شرایط حجیت هستند، یکدیگر را تکذیب و نفی کنند (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۱۰). برای تحقق تعارض بین دو دلیل، شرایطی لازم است که عبارتند از: هیچ یک از دو دلیل قطعی نبوده، ظنّ ناشی از هر دو دلیل معتبر بوده، مدلول دو دلیل نافی هم باشند و بالاخره یکی از دو دلیل، حاکم یا وارد بر دیگری نباشد (همان، صص ۲۱۱، ۲۱۲). به علاوه، شرایطی که به لحاظ منطقی بین دو نقیض وجود دارد، باید بین دو دلیل متعارض، وجود داشته باشد.

۴- امارات (دلایل ظنی) ادله‌ی شرعی و کاشف از واقع هستند و حکم واقعی را احراز می‌کنند، هرچند به مدد تعبد شرعی؛ اما مجرای اصول عملیه فقدان دلیل شرعی و شک در حکم شرعی است و به جهت عدم دسترسی به حکم واقعی، آن‌ها صرفاً حکم ظاهری را ثابت می‌کنند. با توجه به این که «ید» جزء امارات و «استصحاب» از اصول عملیه است، در نخستین نگاه، تعارض بین «اماره ید» و «اصل استصحاب» بی‌معنا می‌نماید؛ زیرا با وجود اماره، موضوع اصل عملی؛ یعنی «شک» از بین می‌رود؛ به عبارت دیگر امارات حاکم بر اصول عملیه هستند (نائینی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۵۰۷؛ مظفر، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۲۰) در حالی که از شرایط تعارض بین دو دلیل، آن بود که یکی، حاکم بر دیگری نباشد. به علاوه اگر اماره ید حاکم بر اصل استصحاب نباشد، دیگر موردی برای جریان آن باقی نمی‌ماند، جز موارد بسیار نادر؛ زیرا در غالب موارد جریان اماره ید، اصل استصحاب بر خلاف آن جریان دارد (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۶۰۴؛ خوئی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۲۶۳؛ نائینی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۴۵۶).

۵- برای رفع این شبهه و تبیین موضوع بحث، مثالی بیان می‌کنیم؛ فرض کنید شخص «الف» مالی را در تصرف مالکانه داشته و شخص «ب» مدعی مالکیت آن می‌شود. باتوجه به اماره ید، ذی‌الید (الف) مالک مال شناخته شده و چون ادعای «ب» بر خلاف آن (خلاف ظاهر) است، او مدعی بوده و باید مالکیت خود را ثابت کند و اگر دلیلی (مانند بینه، اقرار یا هر دلیل دیگر) بر مالکیت خود ارائه کرد مال موضوع دعوی متعلق به او خواهد بود و اگر دلیلی اقامه نکرد، مالکیت ذی‌الید تثبیت می‌شود. اما ممکن است مدعی نتواند مالکیت فعلی خود را ثابت کند، بلکه مالکیت خود در گذشته را ثابت کرده و بر آن اساس، مدعی مالکیت فعلی شود؛ یعنی با اثبات مالکیت سابق خود، بر مبنای اصل استصحاب مدعی مالکیت فعلی شود. در این فرض دادگاه باید

چه کسی را مالک بشناسد؛ مدعی (ب) بر مبنای اصل استصحاب، یا ذی الید (الف)، بر بنیاد اماره ید.

۶- در نخستین نگاه ممکن است تصور شود که پاسخ روشن است و با توجه به آن چه گفته شد در این فرض «اصل استصحاب» تاب مقاومت در برابر «اماره ید» را نداشته و اماره، مقدم بر اصل است؛ بدینسان مالکیت ذی الید بدون معارض باقی می ماند! اما موضوع به این سادگی نیست. توضیح آن که اقامه بینه (شهادت) بر اثبات مالکیت سابق مدعی، ممکن است به دو صورت باشد:

گاهی مؤدای بینه، صرفاً مالکیت سابق مدعی بوده و نسبت به مالکیت حال او ساکت است؛ در این فرض، «بینه» ناظر به مالکیت سابق مدعی بوده و «اماره» ناظر به مالکیت فعلی ذی الید و بین آن ها تعارضی وجود نخواهد داشت؛ تنها به مدد استصحاب می توان مالکیت فعلی مدعی را ثابت کرد و در این صورت با مالکیت ذی الید که با «اماره ید» ثابت شده، به ظاهر معارض است، اما همان طور که گفته شد «اصل استصحاب» تاب معارضه با «اماره ید» را نداشته و «اماره ید» حاکم بر آنست.

اما گاهی مؤدای شهادت شهود به این امر که مدعی سابقاً مالک بوده محدود نمی شود، بلکه شهود بر مبنای استصحابی که در ذهن خود جاری می کنند، به طور ضمنی به مالکیت فعلی مدعی هم شهادت می دهند؛ به این معنا که شاهد نسبت به مالکیت فعلی مدعی علم و یقین ندارد، اما چون نسبت به مالکیت سابق مدعی یقین داشته با خود حساب کرده که اکنون هم مالک است، زیرا او نسبت به این که مالکیت سابق او از بین رفته باشد، یقین ندارد. بر این اساس بر مبنای قطع سابق و ظن حاصل از «استصحاب مالکیت سابق مدعی» در واقع به مالکیت فعلی او شهادت می دهد. در این فرض، بحث تعارض بین مالکیت فعلی مدعی با مالکیت فعلی ذی الید مطرح می شود. در اکثر موارد، شهادت بر مالکیت شخص از این نوع است؛ یعنی چون شاهد قبلاً دیده که مدعی، ملک را از دیگری خریده است، بر آن اساس نسبت به مالکیت فعلی او شهادت می دهد.

۷- چنانکه می دانیم شاهد باید نسبت به آنچه شهادت می دهد علم داشته باشد؛ گاهی شهادت او به مالکیت مدعی مبتنی بر قطع و یقین است؛ مانند این که شاهد خود ملک مورد نزاع را قبلاً به مدعی فروخته باشد. اما گاهی شاهد نسبت به مؤدای

شهادت خود قطع ندارد؛ مثل این که شاهد مال را سابقاً در ید مدعی دیده و بر اساس اماره ید او را مالک دانسته، به مالکیت او شهادت می‌دهد. یا همانند مورد بحث، چون او به مالکیت سابق مدعی یقین دارد، بر مبنای اصل استصحاب در ذهن خود تجزیه و تحلیل کرده و او را همچنان مالک دانسته و بر اساس ظن حاصل از جریان استصحاب، به مالکیت فعلی مدعی علم پیدا کرده و بر آن، شهادت می‌دهد. این نوع شهادت هم صحیح است. زیرا امور غیر محسوسه‌ای وجود دارد که امکان حصول قطع نسبت به آن، وجود نداشته و شاهد ناچار با تکیه بر اصل استصحاب، یا اماره ید، شهادت می‌دهد. اگر این نوع شهادت پذیرفته نشود برای عمل به بینه در امور غیر محسوسه، موردی باقی نمی‌ماند (محقق رشتی، ۱۴۰۱، ق، ج ۲، ص ۲۳۳).<sup>۱</sup> باید توجه داشت که این مورد با فرضی که شاهد به مالکیت استصحابی (یا مالکیت مستصحب) شهادت می‌دهد، تفاوت دارد. در شهادت بر مالکیت استصحابی، در واقع شهادت بر جریان استصحاب یا حکم ظاهری است؛ به عبارت دیگر، مؤدای شهادت، مالکیتی است که با استصحاب ثابت شده است، بر خلاف مورد اول که شهادت بر مالکیت است اما علم شاهد از طریق استصحاب حاصل شده است (محقق رشتی، ۱۴۰۱، ق، ج ۲، ص ۲۳۴).<sup>۲</sup>

۸- در حقیقت این تعارض، بین «بینه» و «اماره ید» است که مسامحتاً تعارض بین «اصل استصحاب» و «اماره ید» نامیده می‌شود و وجه تسمیه آن، اینست که مقوم «بینه» (یا علم شاهد به مؤدای شهادت) استصحاب است. چنانکه یکی از فقها، بعد از طرح این فرع در مقام تحلیل آن، این گونه مقرر داشته: «اگر معتقد به تقدم ید باشیم، بینه شنیده نخواهد شد و اگر استصحاب را مقدم بداریم، بر مبنای بینه حکم خواهد شد و ملک از ید ذی الید خلع می‌شود» (محقق رشتی، ۱۴۰۱، ق، ج ۲، ص ۲۵۳).<sup>۳</sup>

۱. «لأن مجاری الشهادات بل جميع إخبارات المتشرعة بموضوعات الاحكام كالوقف والنسب والملک و الزوجية، علی الاخبار بها اعتماداً علی بعض ما علیها من الامارات الشرعية و ان لم یصرح به فی حال الشهادة، بل أطلق؛ ضرورة عدم إمكان العلم الواقعي بحقائقها لعدم كونها من الأمور المحسوسة، فشهاده أحد بالملک تعویلاً علی الاستصحاب لو خرجت عن موازين القضاء و عد القضاء بها من القضاء بالاستصحاب، لم یکن لأدلة العمل بالبینة مورد في الأمور الغير المحسوسة...».

۲. «و بالجملة فرق بین تقیید نفس المشهود به بالأماره کالید أو الاستصحاب و بین إيقاع الشهادة علی الواقع بانیا و تعویلاً؛ فیه علی الاماره، فإن الثانی شهادة بالواقع و لو لم تکن عن طریق علمی و الاول بیان و اخبار بحکم ظاهری شرعی، أعنی اقتضاء الاستصحاب الملک أو دلالة الید علیه».

۳. «فان قلنا بتقدیم الید لم نسمع البینه، و ان قلنا بتقدیم الاستصحاب، قضی بتلک البینه و انتزعت العین من یده و...».

۹- مشهور فقیهان بین این فرض و فرضی که مالکیت سابق مدعی با اقرار ذی الید ثابت می‌شود تفاوت قائل شده و بر خلاف این مورد، در فرض اقرار ذی الید به مالکیت سابق مدعی، حکم به نفع مدعی مالکیت داده و از منظر آیین دادرسی ذی الید را مدعی شمرده و در صورت عدم ارائه دلیل، او را محکوم به رد ملک به مدعی کرده‌اند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳ ق، ج ۲، ص ۷۳۴).<sup>۱</sup> عده‌ای نیز به طور مطلق اماره ید را بر استصحاب مقدم دانسته و معتقدند که بین مالکیت سابق مدعی، با هر دلیلی که ثابت شود و مالکیت فعلی ذی الید، تعارضی وجود ندارد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۶، ص ۳۳۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۴۰، ص ۴۵۵؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷ ق، ج ۲، ص ۷۸۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، صص ۱۴۶-۱۴۸). برخی دیگر به طور مطلق استصحاب را مقدم بر ید دانسته، معتقدند با هر دلیلی که مالکیت سابق مدعی ثابت شود، اماره ید از اعتبار افتاده و ذی الید باید ثابت کند که مال با ناقل شرعی به او منتقل شده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۶، ص ۳۴۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۴، ص ۱۰۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۴، ص ۱۰۱؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲، ص ۱۸۵ به بعد).

۱۰- قانون مدنی ایران ظاهراً به پیروی از نظر مشهور فقیهان امامیه در ماده ۳۷، تنها به مورد اقرار ذی الید اشاره کرده و از مفهوم آن، استنباط می‌شود، در فرضی که مالکیت مدعی با بینه ثابت شود، تأثیری بر اعتبار ید نداشته و حکم به مالکیت ذی الید می‌شود. اما برخی از استادان حقوق در نقد این ماده، اظهار داشته‌اند که تفاوتی بین اقرار ذی الید و اثبات مالکیت سابق مدعی با بینه، وجود ندارد و در هر صورت با اثبات مالکیت سابق مدعی، ید از اعتبار می‌افتد؛ یعنی اصل استصحاب بر اماره ید مقدم است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ش ۲۰۴، ص ۱۹۱). برخی دیگر از استادان در نقطه مقابل، به حکم ماده انتقاد کرده و مدعی شده‌اند اقرار ذی الید به مالکیت سابق مدعی، تعارضی با اماره ید و اثبات مالکیت فعلی ذی الید ندارد و نباید تأثیری بر اعتبار ید به عنوان اماره

۱. این فقیه در کتاب خود اظهار داشته که علما نسبت به این نظر قطع دارند هر چند خودش این نظر را به اطلاقی قبول نکرده است. وی در این خصوص نوشته است: «و فی کلامهم القطع بأن صاحب الید لو أقر أمس بأن الملك له، أو شهد البینه بإقراره له أمس، أو أقر بأن هذا له أمس، قضی به له» (محقق سبزواری، ۱۴۲۳ ه، ق، ج ۲، ص ۷۲۴). فقیهان بعدی این نظر را از وی نقل کرده و خود نیز آن را نظر اکثر دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۴۰، ص ۴۵۲).

مالکیت داشته باشد؛ یعنی اماره ید به طور مطلق بر اصل استصحاب مقدم است (امامی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۵۴). برخی از استادان نیز به تبعیت از نظر مشهور در فقه امامیه، حکم ماده را منحصر به مورد اقرار دانسته اند (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۷۰).

در این مقاله تلاش کرده‌ایم این موضوع را از دیدگاه فقهی و اصولی بررسی کرده و از نتیجه حاصله در تفسیر ماده ۳۷ قانون مدنی و بیان مبانی آن، بهره ببریم. تمایز این اثر با آثار دیگران بررسی اصولی و تبیین مبانی فقهی وضع ماده ۳۷ است که تاکنون چنین تحقیقی بطور مستقل انجام نشده است. سؤال بنیادین آنست که آیا ماده ۳۷ دارای مفهوم است و باید بین اثبات مالکیت سابق مدعی با اقرار یا بینه تمیز قائل شد، یا این ماده دارای مفهوم نیست یا مفهوم آن حجیت ندارد.

### ۱- نظریه‌ی تقدم اماره‌ی ید بر اصل استصحاب

مطابق این نظر در فرض بحث، اماره ید به طور مطلق بر اصل استصحاب مقدم است؛ خواه مالکیت سابق مدعی با بینه ثابت شود، یا با اقرار ذی الید. از مهم‌ترین طرفداران این نظر از بین متقدمان باید شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۳۳۰) و از متأخران، صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۴۵)، میرزای قمی (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۷۸۳)، سید محمدکاظم طباطبایی یزدی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، صص ۱۴۸-۱۴۶) و میرزا هاشم آملی (آملی، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۲۶ به بعد) را ذکر کرد.

#### ۱-۱- مبانی نظریه‌ی تقدم ید بر استصحاب

مبانی این نظر بر اندیشه حکومت «اماره» بر «اصل» استوار است و این که بین مالکیت سابق مدعی و فعلی ذی الید تعارضی وجود ندارد؛ در این جا ادله این نظر و نقدهای وارد بر آن را بررسی می‌کنیم.

##### ۱-۱-۱- ادله‌ی تقدم ید بر استصحاب

ادله‌ی این نظر مبتنی بر اندیشه تقدم «اماره» بر «اصل عملی» است. مطابق قاعده چون اماره، دلیل و استصحاب، اصل است، اماره حاکم و مقدم بر اصل خواهد

بود؛ به عبارت دیگر با وجود اماره موضوع اصل که همانا شک نسبت به حکم شرعی است، از بین می‌رود و موجبی برای رجوع به اصل باقی نمی‌ماند (شیخ انصاری، بی تا، ج ۱، صص ۳۰۹ - ۳۰۸).

به علاوه، در اثبات این نظر گفته شده که چون در اکثر موارد جریان اماره ید، اصل استصحاب، بر خلاف مدلول آن جاری است، اگر اماره ید بر اصل استصحاب مقدم دانسته نشود، دیگر موردی برای جریان اماره ید باقی نمی‌ماند (آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۱۸۹؛ خوئی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۳۹). توضیح آن که در هر موردی که ذی الید برای اثبات مالکیت خود، به اماره ید استناد می‌کند، مال از مباحات نبوده و از غیر(از جمله مدعی) به او انتقال یافته است؛ بدینسان مفاد اماره ید با استصحاب مالکیت سابق مدعی، یا اصل عدم انتقال مالکیت به ذی الید، معارض است. در فرضی که مالکیت سابق مدعی هم ثابت نشده، اماره ید با اصل عدم حصول مالکیت ذی الید یا عدم انتقال به او معارض است؛ زیرا اماره ید خود از اسباب مالکیت نیست<sup>۱</sup> و مالکیت نیاز به سبب حادث دارد که اصل، بر عدم آنست؛ به عبارت دیگر، مالکیت ذی الید مسبوق به عدم است (آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۱۸۹).

به علاوه، طرفداران این نظر به مبانی مصلحتی که امام صادق (ع) در روایت موسوم به حفص<sup>۲</sup> برای توجیه اعتبار ید به عنوان دلیل مالکیت ذی الید بیان فرموده، استناد کرده‌اند. در این روایت امام (ع) برای توجیه اعتبار اماره ید به صورت کلی، این گونه مقرر فرموده‌اند: «اگر اماره ید معتبر نبود، بازاری برای مسلمانان باقی نمی‌ماند»؛<sup>۳</sup> یعنی دیگر کسی به مالکیت متصرف اعتماد نمی‌کرد و جرأت خرید کالا از

۱. مگر در مورد مباحات که تصرف یا حیزات شئی مباح از اسباب مالکیت است. اما وقتی از «ید» به عنوان اماره یاد می‌شود، منظور ید بر ملکی است که قبلاً مالک داشته و از آن اعراض هم نشده است؛ در این فرض ید نشانه و اماره مالکیت ذی الید است.

۲. این روایت را شخصی به نام حفص بن غیاث از امام صادق (ع) نقل کرده است و به این دلیل به «روایت حفص» معروف شده است. راوی از امام (ع) سؤال کرده: «هرگاه مالی را در ید کسی ببینم، حق دارم شهادت دهم که آن مال متعلق به اوست؟». امام (ع) ضمن پاسخ مثبت به وی، مطالبی مهم در باب اهمیت «اماره تصرف» و تأثیر آن در تنظیم معاملات و داد و ستد و قوام بازار مردم بیان کرده‌اند.

۳. «لو لم یجز هذا، لم یقم للمسلمین سوق» (برای مطالعه‌ی کامل روایت، رجوع شود به: کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ اول، دار الحدیث للطباعة و النشر، قم، ۱۴۲۹، ج ۱۴، صص ۵۸۴-۵۸۳؛ طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۶۲).

اشخاص را نداشت، چون احتمال می‌داد که او مالک نباشد. همچنین به روایاتی استناد شده که در باب جواز اعتماد به ظاهر و اعتبار اماره ید و اصاله الحلیه وجود دارد که از جمله آن‌ها روایت مسعد بن صدقه است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۷، ص ۲۲۶).<sup>۱</sup> دلیل دیگری که طرفداران این نظر به آن استناد کرده‌اند، عدم مطابقت بین مدلول دلیل و مدعی به است؛ یعنی بینه‌ای اقامه شده با مدعی به منطبق نیست. زیرا بینه برای اثبات مالکیت، یا «ید» مدعی در زمان سابق اقامه شده، در حالی که او ادعای مالکیت فعلی را دارد و «ید» ذی الید هم بر مالکیت فعلی او دلالت دارد؛ بدینسان بین مالکیت فعلی ذی الید و مالکیت سابق مدعی تعارضی وجود ندارد تا یک دیگر را نفی کرده و قابل جمع نباشند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۶، ص ۳۴۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۳، صص ۱۴۸-۱۴۶؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ ق، ج ۲، ص ۱۰۵۴). همچنین گفته شده که نباید با این احتمال که چون قبلاً مدعی، مالک یا متصرف مال بوده از ظهور ناشی از اماره ید، دست شست و از آن صرف‌نظر کرد، چون در تمام موارد اعمال اماره ید این احتمال‌ها وجود دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۴، ص ۱۰۰).

#### ۱-۲-۱- عدم تفاوت بین اثبات مالکیت سابق مدعی با بینه و اقرار ذی الید

چنانکه بعداً بررسی خواهد شد، تقدم ید بر استصحاب در فرض ثبوت مالکیت مدعی با بینه، تقریباً قول مشهور و نظراً کثر فقیهان است، اما در فرض ثبوت مالکیت مدعی با اقرار ذی الید، مشهور معتقد به تقدم استصحاب بر ید و بی‌اعتباری اماره ید هستند. اما طرفداران نظریه‌ی تقدم مطلق ید بر استصحاب، بین اثبات مالکیت سابق مدعی با بینه و اقرار ذی الید، تفاوتی قائل نشده‌اند. مشهور فقیهان معتقدند وقتی ذی الید به مالکیت سابق مدعی اقرار می‌کند از حالت مدعی علیه (منکر) خارج شده، تبدیل به مدعی می‌شود. زیرا او با اقرار خود، به طور ضمنی مدعی انتقال مال موضوع دعوی به خود شده که باید آن را ثابت نماید (شیخ انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۷۰۷).

اما به اعتقاد طرفداران این نظریه (تقدم مطلق ید بر استصحاب) اقرار ذی الید

۱. مفاد این روایت آن است که هر چیزی حلال است مگر آن که ثابت شود حرام است. اما مثال‌هایی که امام (ع) در توضیح آن بیان داشته تا حدی مربوط به بحث است. از جمله فرموده‌اند مانند لباسی که از کسی می‌خری در حالی که احتمال دارد سرقتی باشد و....

بطور مطلق موجب تبدیل او به مدعی نمی‌شود؛ زیرا اقرار وی به چند گونه می‌تواند باشد: گاهی وی به مالکیت سابق مدعی اقرار نموده و به صراحت مدعی انتقال به خود می‌شود؛ در این فرض او از وضعیت «مدعی علیه» به «مدعی» تبدیل وضع یافته و باید سبب انتقال را ثابت نماید و الا ید او از اعتبار می‌افتد (لنکرانی، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۸۹)؛ اما گاهی ذی‌الید صرفاً به مالکیت سابق مدعی اقرار کرده و نسبت به انتقال از او، نه به طور صریح و نه ضمنی ادعایی مطرح نمی‌کند؛ در این فرض اقرار او موجب تغییر وضعیت او از «منکر» به «مدعی» نمی‌گردد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۱۴۸).

شیخ انصاری به رغم این که در ابتدا نظر مشهور دائر بر تفکیک بین اقرار، و بینة را ترجیح داده، در نهایت بر مبنای روایت مربوط به فدک و استدلال امام علی (ع) در مقابل ابی بکر که از حضرت فاطمه (س) برای اثبات مالکیت خود نسبت به فدک مطالبه بینة کرده بود، در حالی که او متصرف فدک بود، دائر بر عدم جواز مطالبه‌ی بینة از ذی‌الید، نظری را که بطور مطلق ید را بر استصحاب مقدم می‌دارد، ترجیح داده است (شیخ انصاری، بی‌تا، ص ۷۰۸).

این دیدگاه مورد توجه برخی از استادان حقوق نیز قرار گرفته است. مرحوم دکتر امامی به حکم مذکور در ماده ۳۷ قانون مدنی انتقاد کرده و معتقد است اقرار متصرف به مالکیت سابق مدعی نیز اماره ید را متزلزل نکرده و از اعتبار آن نمی‌کاهد (امامی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۵۴).

## ۲-۱- نقد این نظریه

چنانکه گفته شد این نظریه بر اندیشه‌ی تقدم مطلق «اماره» بر «اصل»، استوار است. این سخن به لحاظ کبرای قضیه درست است؛ یعنی این قضیه که «امارات بر اصول عملیه حاکمند»، به نحو موجه کلیه، صادق است، اما صحبت در تشخیص صغری است؛ در این که آیا واقعاً فرض مسئله، مصداق واقعی تعارض اصل استصحاب و اماره ید است، تردید جدی وجود دارد.

شیخ انصاری در کتاب فرائد الاصول به رغم این که به طور مطلق اماره ید را بر اصل استصحاب مقدم دانسته، در راستای توجیه نظر مشهور که در فرض اقرار ذی‌الید به مالکیت سابق مدعی، اماره ید را بی‌اعتبار دانسته و معتقدند ذی‌الید برای اثبات

مالکیت خود باید ثابت کند ملک به ناقل شرعی به وی انتقال یافته، این حکم را ناشی از تقدم اصل استصحاب بر اماره ید ندانسته، بلکه آن را مبتنی بر قاعده‌ی عام «البینه للمدعی و...» دانسته، معتقد است ذی الید با اقرار به مالکیت سابق مدعی، از وضعیت «منکر» به «مدعی» تغییر وضع یافته و به عنوان مدعی باید ادعای خود را (انتقال) ثابت کند (شیخ انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۷۰۷).

به علاوه، مواردی وجود دارد که استصحاب مقدم بر ید است؛ به عنوان مثال هرگاه وضعیت سابق ید معلوم باشد و ثابت شود که ید ذی الید سابقاً به عنوان مالکیت نبوده، بلکه عدوانی بوده یا ذی الید به عنوان امین یا مستأجر متصرف بوده، همان وضعیت ید استصحاب شده و حاکم بر اماره ید است و ذی الید باید ثابت کند که ید وی به ید مالکی تبدیل شده و نمی‌تواند برای اثبات مالکیت خود به اماره ید استناد کند (نائینی، ۱۴۱۷ ق، ج ۴، صص ۶۰۴-۶۰۵). زیرا ید در موردی به عنوان اماره مالکیت است که سابقه‌ی حدوث آن مجهول باشد و ما ندانیم که ذی الید به عنوان اجاره، یا غصب و امثال آن (غیر مالکانه) متصرف بوده، یا با سبب شرعی مالک شده و به عنوان مالکیت متصرف شده است. در فرضی که حالت سابق ید معلوم بوده و مشخص است که غیر مالکانه بوده، با استصحاب آن حالت، وضعیت غیر مالکانه ید، ثابت شده و دیگر مجالی برای استناد به اماره ید و حکومت ید بر استصحاب باقی نمی‌ماند. به این دلیل در گذشته متداول بوده که در زمان انعقاد اجاره، سند اجاره نامه تنظیم می‌شده و از مستأجران اقرار گرفته می‌شده، مبنی بر این که ید آن‌ها به عنوان مستأجر است، نه مالک تا بعداً به استناد ید و تصرف، ادعای مالکیت نکنند (نائینی، ۱۴۱۷ ق، ج ۴، ص ۶۰۶؛ عراقی، ۱۴۱۷ ق، ج ۵، صص ۳۳-۳۴). در ادامه در باب تحلیل نظریه ی مخالف و بیان ادله آن، نقدهای دیگر وارد بر این نظریه آشکار می‌گردد.

## ۲- نظریه‌ی تقدم اصل استصحاب بر اماره‌ی ید

مطابق این نظر با ثبوت مالکیت سابق مدعی، اماره ید از اعتبار افتاده و ذی الید باید مالکیت خود را با دلیل ثابت کند و الا حکم به مالکیت مدعی شده، مال از تصرف او خارج می‌شود. تفاوتی نمی‌کند که مالکیت سابق مدعی با بینه ثابت شود، یا با اقرار ذی الید (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۶، ص ۳۴۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۴، ص

۱۰۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۴، ص ۱۰۱؛ گلیپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲، ص ۱۸۵). به نظر این عده ید در موردی اماره‌ی مالکیت است که وضعیت سابق ملک مشخص نباشد.

## ۲-۱- مبنا و ادله‌ی نظریه‌ی تقدم استصحاب بر ید

بخشی از ادله‌ی اثبات این نظریه از نقد ادله نظریه‌های مخالف روشن می‌شود. اما به علاوه در اثبات این نظر دلائل حلی ذیل مطرح شده است:

نخست، آن که چون استصحاب مبتنی بر یقین سابق است، وقتی مالکیت سابق ثابت شود، به مدد استصحاب، مالکیت زمان حال مدعی نیز ثابت می‌شود، بنابر این از این جهت که ید و استصحاب بر مالکیت فعلی دو نفر (مدعی و ذی الید) دلالت دارند با هم مشترکند، اما مالکیت سابق مدعی که با دلیل یقینی ثابت شده، بدون معارض است؛ زیرا ید ذی الید فقط مالکیت فعلی ذی الید را ثابت می‌کند، و دلالتی بر مالکیت سابق او ندارد، در حالی که بینه به همراه استصحاب، مالکیت سابق و حال مدعی را توأمان ثابت می‌کند. پس دلیل مالکیت سابق مدعی بدون معارض باقی مانده و مقدم بر ید است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۴، ص ۱۰۱).<sup>۱</sup>

دوم، وقتی مالکیت سابق مدعی با دلیل یقینی ثابت می‌شود، اماره ید معتبر نیست؛ زیرا اثبات مالکیت فعلی ذی الید از طریق «ید» در حقیقت مستلزم ادعای انتقال مال از مدعی به ذی الید است که اصل بر عدم آنست و ذی الید باید به عنوان مدعی آن را ثابت کند (نراقی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۷، ص ۴۱۶).

سوم، اگر چه به عنوان قاعده، اماره ید مقدم بر اصل استصحاب است ولی این یک قاعده مطلق نیست و این گونه نیست که در تمام موارد، «ید» مقدم بر «استصحاب» باشد. در مورد بحث، «ید ذی الید» مسبوق بر «ید سابق مدعی» یا مسبوق بر «مالکیت سابق» او بوده که استصحاب شده و چنین یدی از جهت دلالت بر مالکیت ذی الید، ید ضعیفی است که عقلاً به آن اعتنا نکرده و آن را دلیل مالکیت ذی

۱. «و الثاني - وهو الذي اختاره المصنف رحمه الله - : القبول، لأن اليد الحاضرة إن كانت دليل الملك، فالسابقة المستصحة أو الملك الفعلی المستصحب أولى، لمشاركتهما لها في الدلالة على الملك الآن و انفرادهما بالزمان السابق، فيكونان أرجح. و الحكم باستصحابها أوجب المطابقة بين الدعوى و الشهادة» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۴، ص ۱۰۱).

الید به حساب نمی‌آورند؛ چنین یدی تاب مقاومت در برابر استصحاب مالکیت سابق مدعی را ندارد، بلکه استصحاب، مقدم بر آنست (گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲، ص ۱۸۵). به عبارت دیگر وقتی مالکیت سابق مدعی با دلیل ثابت شود لازمه‌ی آن، اثبات مالکیت فعلی او نیز هست تا زمانی که با دلیل قطعی ثابت شود که مالکیت سابق از بین رفته، یا به غیر انتقال یافته است؛ بدینسان استصحاب مالکیت سابق مدعی، نافی هر نوع سبب مزیل یا ناقل مالکیت اوست، در نتیجه حکم به مالکیت مدعی شده و اعتبار ید از بین می‌رود (همان).

## ۲-۲- نقد این نظریه

بر این نظریه نقدهایی به شرح ذل وارد است:

در نقد دلیل نخست باید گفت افراد دلیل مدعی در اثبات مالکیت سابق او ترجیحی برای او ایجاد نمی‌کند مگر به مدد استصحاب؛ و صرف اثبات مالکیت سابق، بدون استصحاب آن تا زمان حال، حقی را به نفع مدعی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا آن چه موضوع اختلاف است مالکیت فعلی است. بر این اساس باز گشت بحث به تعارض بین اصل استصحاب و اماره ید است و با وجود ید که دلیل است استصحاب ساقط شده و وجهی برای ترجیح آن بر ید باقی نمی‌ماند (نراقی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۷، ص ۴۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۱۴۶).

اما در نقد دلیل دوم باید گفت، اماره ید که مثبت مالکیت ذی الید است، مثبت لوازم آن، یعنی انتقال مالکیت با سبب شرعی به ذی الید نیز هست (بهبهانی، بی تا، ص ۲۵۵). بنابر این «اصل عدم انتقال» یارای معارضه با آن را ندارد و با جریان اماره ید، نوبت به جریان «اصل عدم انتقال» نمی‌رسد و الا محلی برای جریان اماره ید باقی نمی‌ماند. چون در غالب موارد جریان ید، «اصل عدم انتقال» نیز جاری است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۱۴۶).

در پاسخ به دلیل سوم نیز باید گفت اعتبار ید به عنوان یک اماره که مالکیت دی الید را ثابت می‌کند منحصر به موردی که سابقه‌ی مال تحت تصرف، مجهول باشد، نیست و چنانکه در غالب موارد چنین است ممکن است مال قبلاً متعلق به غیر ذی الید بوده، ولی اکنون در ید وی باشد. بلکه اصولاً باید چنین باشد. زیرا ید از اسباب مالکیت نیست مگر در مورد مباحات، و در غیر مباحات صرفاً دلیل مالکیت ذی الید، یا

به تعبیری دلیل انتقال آن با ناقل قانونی به وی است. بر این اساس اماره ید به دلالت التزامی بر انتقال شرعی مال تحت تصرف به ذی الید نیز دلالت دارد (روحانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۷، ص ۲۷-۳۰؛ گلیپایگانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۳۲۵).

### ۳- نظریه‌ی مشهور - تفکیک بین اثبات مالکیت سابق مدعی با بینه و اقرار ذی الید

نظر مشهور در فقه امامیه آنست که در فرض تعارض بین اصل استصحاب و اماره ید باید بین فرضی که مالکیت سابق مدعی با بینه ثابت شده، با فرضی که با اقرار ذی الید ثابت می‌شود، تمیز قائل شد؛ در فرض نخست «ید» حاکم بوده ولی در صورت دوم «استصحاب» مقدم است.

تاریخچه‌ی این نظریه به زمان شیخ طوسی بر می‌گردد. ایشان در کتاب المبسوط این فرع را بیان کرده که هرگاه مالی تحت تصرف شخصی باشد و دیگری مدعی مالکیت آن باشد، اگر مدعی ثابت کند که در گذشته مالک آن بوده، در این که مال از ید وی خلع شده، به مدعی داده می‌شود یا خیر، دو دیدگاه وجود دارد: عده‌ای به نفع مدعی حکم کرده و عده‌ای اثبات مالکیت مدعی در گذشته را بر حجیت و اعتبار «ید» بی‌تأثیر دانسته و حکم به مالکیت ذی الید کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ۸، ص ۳۰۳). وی در ادامه بیان داشته که هرگاه ذی الید به مالکیت سابق مدعی اقرار کند عده‌ای این مورد را همانند فرض اثبات مالکیت سابق مدعی با بینه دانسته و حکم آن را در این مورد ثابت دانسته‌اند؛ اما عده‌ای بین دو فرض تفکیک قائل شده و در فرض اقرار دی الید، ید را بی‌اعتبار می‌دانند (همان).

### ۳-۱- ادله‌ی نظر مشهور - تفاوت قدرت اثباتی اقرار و بینه

طرفداران این نظر در فرضی که مالکیت سابق مدعی با بینه ثابت می‌شود معتقد به حاکمیت ید بر استصحاب بوده و همان دلایلی را مطرح می‌کنند که طرفداران نظریه‌ی تقدم مطلق ید بر استصحاب مطرح کرده‌اند، که در مبحث قبل به آن اشاره شد. اما در فرضی که ذی الید به مالکیت سابق مدعی اقرار می‌کند به نظر مشهور اماره ید از اعتبار می‌افتد. در توجیه این حکم گفته شده، قدرت اثباتی اقرار با بینه متفاوت

است؛ به این معنا که بینه «اخبار از روی تخمین» ولی اقرار «اخبار از روی تحقیق» است (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۴۹۰).

در توضیح آن، باید گفت مبنای شهادت شهود لزوماً قطع و یقین نسبت به مؤدای شهادت نیست، بلکه ممکن است مبتنی بر ظن و اماره ید باشد؛ یعنی شهود گاهی به مؤدای شهادت خود یقین دارند، مثل این که شاهد خودش مال مورد نزاع را در گذشته به مدعی فروخته باشد. در این فرض، شاهد به مالکیت سابق مدعی یقین دارد و بر مبنای یقین، شهادت می‌دهد. این نوع شهادت همانند اقرار، مالکیت فعلی مدعی را نیز ثابت می‌کند. زیرا اثبات سبب در یک زمان، مقتضی اثبات آن در تمام ازمنه است (محقق رشتی، ۱۴۰۱ ق، ج ۲، ص ۲۴۲). اما گاهی مؤدای شهادت یقینی نیست، بلکه ظنی است؛ یعنی شهود به این دلیل به مالکیت سابق مدعی شهادت می‌دهند که مال موضوع دعوی را در ید او دیده‌اند و مبنای علم آن‌ها به مالکیت شخص، اماره تصرف است. بدینسان از شهادت شهود ضرورتاً قطع به عدم مالکیت ذی الید در گذشته حاصل نمی‌شود، بلکه ظن به عدم مالکیت وی در گذشته حاصل می‌گردد و در نتیجه اماره ید برای اثبات مالکیت فعلی ذی الید معتبر است. بر این اساس چون بینه به دو صورت ممکن است اقامه گردد و روشن نیست که به کدام یک از دو صورت فوق بوده از این جهت وضعیت آن مبهم است و این، معنای عبارت «البینه اخبار عن تخمین»، است (محقق رشتی، ۱۴۰۱ ق، ج ۲، ص ۲۴۱).

اما در فرضی که ذی الید به مالکیت سابق مدعی اقرار می‌کند نسبت به عدم مالکیت سابق ذی الید قطع حاصل می‌شود؛ یعنی با اقرار ذی الید ما یقین پیدا می‌کنیم که او در گذشته مالک مال موضوع دعوی نبوده. زیرا مطابق قاعده «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» وقتی ذی الید به مالکیت سابق مدعی اقرار می‌کند به طور قطع او در آن زمان مالک نبوده و اقرار او به مثابه‌ی اثبات سبب مالکیت مدعی در گذشته است که مقتضی اثبات مالکیت فعلی او هم خواهد بود (همان). این نکته، بنیاد تفاوت حکم فرض اثبات مالکیت سابق با «اقرار» و «بینه» را تشکیل می‌دهد.

این استدلال را نخستین بار علامه حلی در کتاب قواعد مطرح کرده است. ایشان ذیل بحث تعارض بینات و بیان مرجحات، این فرع را مطرح کرده و پس از بحث‌های زیاد، این گونه اظهار نظر کرده است که:

«هرگاه مدعی علیه بگوید که مال [مورد نزاع] دیروز متعلق به تو بوده است، ملک از ید وی منتزع شده [و به مدعی داده می شود]، زیرا اقرار، خبر دادن از روی تحقیق [قطعی] است، پس مؤدای آن، استصحاب می شود. اما شاهد از روی تخمین [و مبتنی بر ظن] خبر می دهد»<sup>۱</sup> (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۴۹۰). پس از علامه حلی، فقیهان متأخر این استدلال را پذیرفته و در توجیه تفاوت بین دو مورد ذکر کرده اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۰، ص ۲۶۱؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷ ق، ج ۲، ص ۷۷۶؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ ق، ج ۲، ص ۱۰۳۵؛ کرمانشاهی، ۱۴۲۱ ق، ج ۲، ص ۵۰۲؛ بهبهانی، بی تا، ص ۲۴۳؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲، ص ۱۸۹). این نظریه‌ی مورد اقبال مشهور فقیهان امامیه، به ویژه متأخران قرار گرفته است (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۴۰، ص ۴۵۵؛ شیخ انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۷۰۷؛ نائینی و عراقی، ۱۴۲۱ ق، ص ۴۳۴؛ نائینی، ۱۴۱۷ ق، ج ۴، ص ۶۱۱؛ امام خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۲۷۸).

### ۳-۲- نقد ادله‌ی نظریه مشهور

این نظر اگر چه نظر مشهور فقیهان امامیه است، اما نقدهایی بر آن وارد است. ایراد اساسی، آنست که در این جا صحبت از تعارض بین «اماره ید» با «اقرار» یا «بینه» نیست تا بین «اقرار» و «بینه» تفاوت قائل شویم. زیرا اگر تعارض بین «بینه» و «اقرار» با «اماره ید» باشد بدون شک آن دو حاکم بر اماره هستند. اما صحبت از تعارض بین اماره و اصل استصحاب است. آن چه مطرح است، آنست که هرگاه مالکیت سابق مدعی ثابت شود، با استصحاب آن تا زمان حاضر، مدلول آن با مدلول اماره ید معارض خواهد بود (بهبهانی، بی تا، ص ۲۴۷). اما این که مالکیت سابق مدعی (متیقن) با بینه ثابت شده، یا اقرار ذی الید، نباید تفاوتی در حکم داشته باشد. این سخن بدین معناست که گفته شود در مجرای استصحاب اگر متیقن سابق با اقرار ثابت شود، استصحاب آن قوی تر از موردی است که با بینه ثابت شده است؛ سخنی که پذیرش آن دشوار می نماید (همان).

نکته دیگری که در نظریه‌ی تفکیک بین «اقرار» و «بینه» وجود دارد و برخی

۱. «و لو قال المدعی علیه: کان ملکک بالأمس، انتزع من یده، لأنّه مخبر عن تحقیق فیستصحب، بخلاف الشاهد فإنّه یخبر عن تخمین».

از طرفداران آن، بدان اشاره کرده‌اند، آنست که در فرض اقرار ذی الید به مالکیت سابق مدعی، چون این اقرار به نوعی متضمن ادعای انتقال از مقررله به اوست موجب از بین رفتن اعتبار ید می‌شود، و با بطلان ید، ذی الید برای اثبات ادعای خود باید بینه اقامه کند. اما در صورتی که مالکیت سابق مدعی با بینه ثابت شود، اعتبار ید از بین نمی‌رود، زیرا بینه ناظر به گذشته است و ید ناظر به زمان حال است و استصحاب مالکیت سابق هم تاب معارضه با ید را ندارد (بهبهانی، بی تا، ص ۲۴۷). اما این سخن از دو جهت قابل رد است:

نخست، آن که اعتبار اماره ید جز با ثبوت خلاف آن با دلیل شرعی، از بین نمی‌رود؛ یعنی برای این که اماره ید از اعتبار بیفتد باید با دلیل ثابت شود که مال تحت تصرف ذی الید متعلق به شخص دیگری غیر از ذی الید است؛ تفاوتی نمی‌کند که این امر با اقرار ذی الید ثابت شود یا بینه. اما ثبوت مالکیت سابق دیگری از جمله مدعی، اثری بر اعتبار اماره ید ندارد و با مدلول ید قابل جمع است. به عبارت دیگر هیچ تعارضی بین مالکیت سابق مدعی با مالکیت فعلی ذی الید وجود ندارد و اگر جز این بود، دیگر موردی برای اعمال اماره ید باقی نمی‌ماند.

توضیح آنکه «ید» دارای دو حیثیت است: حیثیت نخست، سببیت برای مالکیت است؛ یعنی ید به عنوان یکی از اسباب تملک در کنار سایر اسباب تملک مطرح است؛ حیثیت دیگر ید، آنست که دلیل و اماره اثبات مالکیت است و مالکیت ظاهری ذی الید را ثابت می‌کند (بهبهانی، بی تا، ص ۲۴۸). برای تحقق حیثیت نخستین ید، مال تحت تصرف باید از مباحات باشد تا بتوان با تصرف (حیازت)، آن را تملک کرد. اما برای تحقق حیثیت دوم، لازم نیست ملک از مباحات باشد. بدینسان حتی در فرضی که وضعیت سابق ملک معلوم است و مشخص است که ملک در گذشته متعلق به دیگری بوده، باز هم ید اماره و دلیل مالکیت ذی الید است؛ همچنین در فرضی که وضعیت سابق ملک مجهول یا مبهم است (بهبهانی، بی تا، ص ۲۴۹). بر این اساس اقرار به مالکیت سابق مدعی اگرچه با حیثیت نخستین ید معارض است، اما با حیثیت دوم ید (اماره مالکیت) منافاتی ندارد. به عبارت دیگر ید از جهت اثبات مالکیت ذی الید به منزله‌ی بینه‌ای است که برای اثبات مالکیت ذی الید ارائه شده است و با دعوای مالکیت ابتدایی و انتقالی ذی الید هر دو جمع می‌شود. بنابر این تمسک به «ید»

منافاتی با دعوای انتقال نداشته، بلکه مثبت آنست (بهبهانی، بی تا، ص ۲۵۰)؛ به این معنا که وقتی شخصی بر مالی به عنوان مالکیت استیلا دارد، «ید» نه تنها مالکیت او را ثابت کرده، بلکه انتقال آن از غیر را نیز ثابت می‌کند، و با مالکیت سابق مدعی منافاتی ندارد. به عبارت دیگر برای این که «ید» دلیل مالکیت باشد لازم نیست که سابقه‌ی مال مورد تصرف از حیث مالکیت غیر و عدم آن، مجهول باشد. در واقع دعوای انتقال از غیر (دعوای ذی الید) دعوای حقیقی نیست، چون موافق ید است و شخص مدعی علیه تلقی می‌شود، هرچند ادعای او مخالف اصل استصحاب است چه، با حاکمیت ید بر استصحاب اثر آن از بین می‌رود (همان).

دوم، اگر ادعای ذی الید مبنی بر انتقال ملک از مدعی به او منافی اماره ید بود، باید در فرضی که ذی الید نسبت به مالکیت شخصی غیر از مدعی اقرار می‌کند نیز، اعتبار اماره ید از بین برود؛ زیرا در این فرض نیز اقرار او متضمن دعوای انتقال از غیر به او است؛ در حالی که هیچ یک از فقیهان قایل به این حکم نیستند. صرف اینکه شخصی که مالکیت سابق به او نسبت داده شده مدعی ذی الید باشد، نباید موجب تفاوت حکم شود و در این فرض ذی الید را مدعی و در فرض دیگر غیر مدعی دانست (همان).

### ۳-۳- تأیید نظریه‌ی مشهور بر مبنای انقلاب دعوای

اما صرف نظر از نقدهایی که بر مبنای نظریه‌ی مشهور وارد است، به نظر می‌رسد باید آن را تأیید کرد. اما چنانکه برخی از فقیهان بیان داشته‌اند این امر که در فرض اقرار ذی الید به مالکیت سابق مدعی، اماره ید از اعتبار افتاده و ذی الید باید انتقال مال موضوع دعوی به خود را ثابت کند، به معنای حکومت اصل استصحاب بر اماره‌ی ید نیست که برخلاف قاعده تلقی شود، بلکه از باب قاعده «البیئة للمدعی والیمین علی من انکر»، است. اما توضیح این امر، منوط به بیان یک مقدمه است. در فقه «ید» از جهت دلالت بر مالکیت یا سببیت آن، دارای دو حیثیت مختلف است:

در فرضی که ید بر مباحات تعلق گیرد، با وجود شرایط از اسباب مالکیت بوده و سبب ایجاد مالکیت برای ذی الید می‌شود (بهبهانی، بی تا، ص ۲۴۸). در واقع تصرف و استیلا بر مال مباح (البته به قصد تملک) یکی از اسباب تملک است که اصطلاحاً «حیازت مباحات» نامیده می‌شود (بند ۱ ماده ۱۴۰ ق.م.).

اما در غیر مباحات، «ید» اماره‌ی مالکیت ذی الید است، تا زمانی که خلاف آن با دلیل ثابت شود.<sup>۱</sup> در موردی که «ید» اماره مالکیت است چون مال تحت تصرف، از مباحات نیست، دارای سابقه‌ی مالکیت و متعلق به دیگری بوده و لازمه‌ی اثبات مالکیت ذی الید بر آن، اثبات انتقال آن به ذی الید با ناقل شرعی هم هست. چون ید از امارات است و امارات نه تنها مؤدای خود، بلکه لوازم عقلی و عرفی آن را نیز ثابت می‌کنند؛ به عبارت دیگر امارات مثبت لوازم عقلی و عرفی مؤدای خود هستند (نائینی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۴۱۶؛ سید ابوالقاسم خوئی، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۵۱). بدینسان مجرای «ید» منحصرأ موردی که وضعیت گذشته مال موضوع تصرف از حیث تعلق آن به غیر ذی الید، مجهول باشد، نبوده، بلکه اعم از این مورد و فرضی است که سابقه‌ی آن معلوم بوده و ثابت شده که در گذشته به غیر ذی الید و حتی مدعی تعلق داشته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۴۶). بر این اساس به عنوان قاعده، بین مالکیت فعلی ذی الید و مالکیت سابق غیر او، تعارضی وجود ندارد.

در فرضی که مدعی، مالکیت سابق خود را با دلیل و بینه ثابت می‌کند، یا قاضی به مدد امارات یا قرائن به آن علم پیدا می‌کند این امر تأثیری بر اعتبار «ید» نداشته و «ید» همچنان معتبر و مؤثر بوده، مالکیت ذی الید را ثابت می‌کند؛ تفاوتی نمی‌کند که مالکیت سابق مدعی با بینه ثابت شود، یا با دلیل دیگر و از جمله اقرار ذی الید. زیرا چنانکه گفته شد در چنین فرضی با استناد به اصل استصحاب، مالکیت سابق مدعی استصحاب شده و با «ید» که مالکیت فعلی ذی الید را ثابت می‌کند به ظاهر تعارض پیدا می‌کند ولی «ید» حاکم بر آنست. زیرا علاوه بر آن که ماهیت «ید» اماره بوده و استصحاب، اصل عملی و امارات بر اصول حاکمند، حتی اگر «ید» را اماره ندانیم یا استصحاب را نوعی اماره بدانیم، باید «ید» مقدم بر استصحاب باشد و الا موردی برای اعمال «ید» به عنوان اماره‌ی مالکیت، باقی نخواهد ماند. زیرا در تمام موارد جریان اماره ید، نوعی استصحاب بر خلاف آن جریان دارد؛ یعنی «استصحاب عدم مالکیت ذی الید» یا «استصحاب بقای مالکیت سابق مدعی و عدم انتقال آن به ذی الید» (شیخ

۱. در این که ید اماره مالکیت است در فقه امامیه اتفاق نظر وجود دارد و مبنای آن علاوه بر عرف و بنای عقلا، روایتی است که از امام صادق (ع) نقل شده و به روایت حفص معروف است و فقها در صحت و اعتبار آن تردید نکرده‌اند. مطابق این روایت، ید دلیل مالکیت است.

انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۷۰۷؛ حائری یزدی، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۴). بر این اساس از این جهت نباید تفاوتی بین این که مالکیت سابق مدعی با بینه، یا با اقرار ذی الید ثابت شود، وجود داشته باشد.

اما چنانکه گفته شد در فرضی که ذی الید به مالکیت سابق مدعی اقرار می‌کند، مشهور فقیهان امامیه ذی الید را ملزم کرده تا با اثبات انتقال مال موضوع دعوی به خود، مالکیت خود نسبت به آن را ثابت نماید و اماره ید را بی اعتبار دانسته‌اند. این حکم مشهور به معنای تقدم «اصل استصحاب» بر «اماره ید» نیست تا قاعده‌ی «حکومت اماره بر اصل» نقض شود، بلکه این حکم بر مبنای قاعده «البینه للمدعی و الیمین علی من انکر» توجیه می‌شود. به این معنا که ذی الید با اقرار به مالکیت سابق مدعی از وضعیت «منکر» به «مدعی» تبدیل وضع داده و باید دلیل اقامه کرده، مدعی خود را ثابت نماید؛ یعنی ثابت کند که مال با ناقل شرعی به وی انتقال یافته است (شیخ انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۷۰۷؛ خوئی، ۱۴۱۹ ق، ج ۴، ص ۲۶۴). تا قبل از اقرار ذی الید طرف او که مدعی مالکیت بود، عرفاً مدعی تلقی می‌شد و باید برای اثبات ادعای خود دلیل اقامه می‌کرد و ذی الید منکر بود، اما بعد از اقرار ذی الید، او به وضعیت مدعی تغییر وضع می‌دهد.

توضیح آن که با اقرار ذی الید به مالکیت سابق طرف مقابل، یا او صراحتمدعی انتقال آن به خود می‌شود، در این صورت روشن است که او مدعی بوده، باید ادعای خود را ثابت نماید. اما اگر صراحتمدعی انتقال به خود نباشد، دست کم باید به طور ضمنی مدعی انتقال به خود باشد و الا یک نوع تناقض در اعمال و گفتار او وجود خواهد داشت و در واقع او خود را تکذیب می‌کند. زیرا از یک سو، او اقرار به مالکیت سابق طرف خود کرده و در حقیقت اعتراف کرده که او در گذشته مالک آن نبوده است؛ از سوی دیگر او مدعی است که اکنون مالک آن است، آیا با این وصف می‌تواند مدعی انتقال به خود نباشد؟ چه، در حالی که اقرار کرده که مال در گذشته متعلق به مدعی بوده، اگر مال از طرف مقابل به او انتقال نیافته باشد، چگونه او اکنون مالک آن است؟ آیا مالکیت او جز با انتقال شرعی و قانونی ملک به او میسر است؟ (نائینی، ۱۴۱۷ ق، ج ۴، صص ۶۱۲-۶۱۱). بدینسان او در فرض اقرار به مالکیت سابق مدعی، اگر صراحتمدعی انتقال مال به خود نباشد، دست کم به طور ضمنی مدعی انتقال به خود است.

ممکن است گفته شود که این وضعیت در فرض اثبات مالکیت سابق مدعی با «بینه» هم وجود دارد؛ وقتی ثابت شود که طرف ذی الید (مدعی) در گذشته مالک بوده و ذی الید مدعی مالکیت فعلی آن است پس مدعی انتقال به خود است؟! از این جهت چه تفاوتی بین فرض اقرار به مالکیت سابق مدعی با اثبات آن با بینه وجود دارد؟ در پاسخ باید گفت، مبنای این اختلاف را باید در نفس اقرار و ماهیت آن جستجو کرد. تغییر وضعیت ذی الید به مدعی در فرض اقرار، به دلیل اقرار وی است نه واقعیت امر که ثبوت مالکیت سابق مدعی باشد، تا در فرض ثبوت به واسطه‌ی بینه نیز این وضعیت ایجاد شود. خاصیت اقرار چنان است که شخص مقرر مأخوذ به مفاد آنست هرچند علم به خلاف مفاد اقرار ایجاد شود. مثلاً هرگاه شخص نسبت به مالکیت یک ملک که تحت ید وی است به نفع دو نفر به نحو تعاقب اقرار نماید؛ یعنی ابتدا اقرار کند که این ملک متعلق به زید است، سپس اقرار کند که متعلق به عمر است، ملک از وی خلع شده به مقررله اول (زید) داده می‌شود، به علاوه مقرر ضامن بهای آن نسبت به مقررله دوم (عمر) نیز هست و باید آن را به او بپردازد (نائینی، بی تا، ج ۴، ص ۶۱۲؛ نائینی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۴۶۰ به بعد؛ امام خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۲۸۷). این حکم به دلیل خاصیت اقرار است، هرچند امکان تعلق مال به دو نفر در آن واحد به طور کامل (به نحو مفروز) وجود ندارد.

بر این اساس بین فرضی که مالکیت سابق مدعی به واسطه‌ی بینه یا علم قاضی، ثابت می‌شود با فرضی که اقرار به مالکیت سابق مدعی از سوی ذی الید صورت می‌گیرد، تفاوت وجود دارد؛ در فرض نخست دعوی منقلب نشده و ذی الید به وضعیت مدعی تبدیل وضع نمی‌دهد ولی در فرض دوم، او به مدعی تبدیل وضع می‌دهد (همان). زیرا ملاک در تمیز بین مدعی و منکر عرف است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۸۸ به بعد؛ آملی، ۱۳۹۵ ق، ج ۴، ص ۲۲۷).

## برآمد

به عنوان نتیجه از مطالب مطرح شده باید گفت:

۱- ید و تصرف بر مال به عنوان مالکیت، دارای دو حیثیت است: در صورتی که مال از مباحات باشد، ید از اسباب تملک است که اصطلاحاً «حیازت مباحات» نامیده می‌شود؛ اما در فرضی که مال از مباحات نباشد، تصرف (ید) اماره و دلیل مالکیت ذی الید است؛ تفاوتی نمی‌کند که سابقه‌ی مالکیت آن مال، مجهول یا معلوم باشد؛ یعنی حتی اگر مشخص باشد که مال تحت تصرف ذی الید قبلاً متعلق به غیر او (حتی مدعی) بوده، باز هم «ید» به عنوان اماره، مالکیت ذی الید را ثابت کرده و لازمه‌ی آن که انتقال مال به ذی الید باشد را نیز، ثابت می‌کند؛ زیرا امارات مثبت لوازم عقلی و عرفی مؤدای خود هستند. بنابر این به عنوان قاعده بین مالکیت فعلی ذی الید و سابق مدعی تعارض ذاتی وجود ندارد. اما اگر با دلیل ثابت شود که مال تحت تصرف، متعلق به غیر ذی الید است اماره ید از اعتبار می‌افتد. همچنین، هرگاه تصرف ذی الید قبلاً به عنوانی غیر از مالکیت باشد، ید اماره‌ی مالکیت تلقی نشده و همان وضعیت سابق ید استصحاب می‌شود؛ به عنوان مثال اگر کسی به عنوان مستأجر، امین... یا هر عنوان دیگری غیر از مالکیت، مالی را در تصرف داشته باشد و بعداً مدعی مالکیت شود، برای اثبات مالکیت خود نمی‌تواند به اماره‌ی ید استناد کند، بلکه باید با دلیل، مالکیت خود را ثابت کند.

۲- هرگاه ثابت شود که مدعی سابقاً مالک مال بوده و بر مبنای استصحاب تا زمان حال مدعی مالکیت فعلی نیز باشد، اماره ید همچنان معتبر است و به عنوان دلیل مالکیت ذی الید تلقی می‌شود؛ زیرا بین مالکیت سابق مدعی و فعلی ذی الید تعارضی وجود ندارد؛ تفاوتی نمی‌کند که مالکیت سابق مدعی با بینه ثابت شود، یا با علم قاضی. اما در صورتی که ذی الید به مالکیت سابق مدعی اقرار نماید، با استصحاب مودای اقرار، اماره ید از اعتبار افتاده و ذی الید به عنوان مدعی باید مالکیت خود را ثابت نماید.

۳- در اثبات این حکم، مشهور فقیهان به تفاوت قدرت اثباتی اقرار و بینه استناد کرده و این گونه استدلال کرده‌اند که اقرار اخبار از روی تحقیق، اما بینه اخبار از روی تخمین است؛ زیرا گاهی مؤدای شهادت شاهد یقینی نیست، بلکه ظنی است؛ یعنی شهود به این دلیل به مالکیت سابق مدعی شهادت می‌دهند که مال موضوع دعوی را در ید او

دیده‌اند. بدینسان از شهادت شهود ضرورتاً قطع به عدم مالکیت ذی الید در گذشته حاصل نمی‌شود، در حالی که از اقرار ذی الید به مالکیت سابق مدعی، قطع به عدم مالکیت او در گذشته حاصل می‌شود. بر این اساس چون بین به دو صورت ممکن است اقامه شود نمی‌توان از آن، نسبت به عدم مالکیت ذی الید در گذشته یقین حاصل کرد، بر خلاف فرض اقرار. بدینسان در فرض اقرار، استصحاب مالکیت مدعی بر ید مقدم است.

۴- در تأیید نظر مشهور باید گفت که با اقرار ذی الید، او از وضعیت «منکر» به «مدعی» تبدیل وضع می‌دهد، در نتیجه به عنوان مدعی باید ادعای خود را ثابت نماید. به عبارت دیگر تفاوت مورد اقرار با غیر آن به خاطر خاصیت و ویژگی اقرار است، نه تقدم استصحاب بر ید. مقرر به مؤدای اقرار مأخوذ است هرچند مفاد آن بر خلاف واقع باشد. وقتی ذی الید به مالکیت سابق مدعی اقرار می‌کند، بطور صریح یا ضمنی، مدعی انتقال مال به خود می‌شود در نتیجه به عنوان مدعی باید آن را ثابت کند.

۵- بر این اساس باید حکم ماده ۳۷ ق.م. را مطابق با نظر مشهور فقیهان امامیه تفسیر کرد؛ بدین معنا که اگر مالکیت سابق مدعی با هر دلیلی ثابت شد (غیر از اقرار)، اماره ید همچنان معتبر است و مدعی باید مالکیت فعلی خود را با دلیل ثابت نماید. اما اگر ذی الید به مالکیت سابق مدعی اقرار نماید، دیگر اماره ید معتبر نبوده و ذی الید به عنوان مدعی باید مالکیت خود را ثابت کند.

## فهرست منابع

- آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۴۰۳ ه.ق.)، **بحر الفوائد**، جلد ۳، چاپ اول، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی.
- آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۴۲۵ ه.ق.)، **کتاب القضاء**، دو جلد در یک مجلد، جلد ۲، چاپ اول، قم، انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی.
- آملی، میرزا هاشم (۱۳۹۵ ه.ق.)، **مجمع الافکار**، (تقریرات درس اصول) مقرر: محمدعلی اسماعیل بور، جلد ۴، قم، چاپخانه علمیه.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۲)، **حقوق مدنی**، جلد ۱، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات اسلامی.
- انصاری (شیخ انصاری)، مرتضی (بی تا)، **فرائد الاصول (الرسائل)**، دو جلدی، جلد ۱ - ۲، قم، موسسه نشر اسلامی - وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- انصاری، مرتضی (۱۴۳۱ ه.ق.)، **کتاب المکاسب**، جلد ۳-۴، چاپ شانزدهم، قم، مجمع الفکر اسلامی.
- اعتمادی تبریزی، مصطفی (۱۳۶۹)، **شرح الرسائل**، جلد ۲، قم، مکتبه العلامه.
- حائزی، شیخ عبدالکریم (بی تا)، **درر الفرائد (تقریرات درس اصول سید محمد فشارکی)**، جلد ۲، قم، انتشارات مهر.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ ه.ق.)، **مصباح الاصول**، جلد ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر الفقاهه.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۹ ه.ق.)، **دراسات فی الاصول (تقریرات درس اصول)**، مقرر: سید علی هاشمی شاهرودی، جلد ۴، چاپ اول، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
- خراسانی (آخوند خراسانی)، محمدکاظم (۱۳۷۲)، **کفایه الاصول**، محشای دو جلدی، جلد ۲، چاپ هفتم، تهران، انتشارات اسلامی.
- رشتی (محقق رشتی)، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱ ه.ق.)، **کتاب القضاء**، جلد ۲، چاپ اول، قم، دار القرآن الکریم.
- روحانی، سید محمدحسین (۱۴۱۳ ه.ق.)، **منتقى الاصول**، جلد ۷، چاپ اول، قم، چاپخانه امیر.

- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ ه. ق.)، **مذهب الاحکام**، جلد ۳۰، چاپ چهارم، بیروت، مؤسسه المنار.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، **سقوط تعهدات**، چاپ نهم، تهران، انتشارات مجد.
- صدر، سید محمد باقر (۱۴۳۰ ه. ق.)، **دروس فی علم الاصول**، جلد ۲، چاپ هشتم، الحلقة الثالثة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ ه. ق.)، **تکملة العروة الوثقی**، چاپ اول، جلد ۲، قم، کتابفروشی داوری.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ ه. ق.)، **الخلاف**، جلد ۶، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۲ ه. ق.)، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (دو جلدی محشا - سلطان العلماء)**، جلد ۲، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عراقی، سیدضیاء الدین (۱۴۱۷ ه. ق.)، **نهایه الاصول**، جلد ۵، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- قمی (میرزای قمی)، میرزا ابوالقاسم (۱۴۲۷ ه. ق.)، **رسائل المیزان القمی**، دو جلد، جلد اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان.
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۷۴)، **حقوق مدنی، اموال و مالکیت**، چاپ اول، تهران، انتشارات یلدا.
- گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۰ ه. ق.)، **افاضة الفوائد**، جلد ۲، چاپ اول، قم، انتشارات دارالقرآن الکریم.
- گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ ه. ق.)، **کتاب القضاء**، جلد ۲، چاپ اول، قم، انتشارات دارالقرآن الکریم.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۶ ه. ق.)، **اصول الفقه**، جلد ۲، چاپ دوم، نجف، دار النعمان.
- موسوی (امام خمینی)، سید روح الله (۱۴۱۵ ه. ق.)، **مناهج الوصول**، جلد ۱، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- موسوی (امام خمینی)، سید روح الله (بی تا)، **القواعد الفقهیة والاجتهاد والتقليد (الرسائل للإمام الخمينی)**، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعاتی

اسماعیلیان.

نائینی، میرزا حسین (۱۴۱۷ھ.ق.)، **فوائد الاصول (تقریرات درس اصول)**، مقرر: شیخ محمد علی کاظمی خراسانی، جلد ۴، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

نائینی، میرزا حسین (۱۳۶۸)، **اجود التقریرات (تقریرات درس اصول)**، مقرر: سید ابوالقاسم خوئی، جلد ۲، قم، انتشارات مصطفوی.

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ھ.ق.)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد ۲۵ - ۳۰ - ۴۰، چاپ ہفتم، بیروت، داراحیاء التراث العربی.

نجفی، محمدرضا (۱۴۱۳ھ.ق.)، **وفایہ الاذہان**، چاپ اول، قم، مؤسسہ آل البیت. نجم آبادی، میرزا ابوالفضل (۱۴۲۱ھ.ق.)، **الرسائل الفقہیہ (تقریرات دروس، میرزا حسین نائینی و ضیاء الدین عراقی)**، چاپ اول، قم، مؤسسہ معارف اسلامی امام رضا.

ہاشمی شاهرودی، سید محمود و جمعی پژوهشگران (۱۴۲۳ھ.ق.)، **موسوعۃ الفقہ الاسلامی، طبقاً لمذہب اہل البیت (ع)**، جلد ۹، چاپ اول، قم، مؤسسۃ دائرۃ المعارف فقہ اسلامی.