

سلامی



دانشگاه پیام نور
دانشکده علوم انسانی
گروه علمی الهیات - فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان پایان نامه:

بررسی فقهی و اصولی جایگاه تعارض اصل و ظاهر در فقه اسلامی و حقوق ایران

نگارش:

امیر رضا دهقانی نیا

استاد راهنما:

حجه الاسلام و المسلمین آقای دکتر محمد صادق غلام جمشیدی

استاد مشاور:

حجه الاسلام و المسلمین آقای دکتر محمدرضا امام

پایان نامه

برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته الهیات گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

ماه و سال

مهر - ۱۳۸۹

ژانویه - ۲۰۰۱

تقدیم به :

دانشمندان بزرگ شیعی در حوزه فقه و اصول

سپاس گذاری:

تشکر و قدردانی از تمام کسانی که در به ثمر رسیدن این مجموعه اینجانب را یاری کردند که به برخی از این بزرگواران در زیر اشاره می شود:

**۱- استاد راهنما: جناب حجه الاسلام و المسلمین آقای دکتر
محمد صادق غلام جمشیدی**

**۲- استاد مشاور: جناب حجه الاسلام و المسلمین آقای دکتر
محمد رضا امام**

بسمه تعالی

دانشگاه پیام نور - واحد تهران

دانشگاه علوم انسانی

چکیده

نام واحد دانشگاهی: تهران

عنوان پایان‌نامه کارشناسی ارشد: بررسی فقهی و اصولی جایگاه تعارض اصل و ظاهر در

فقه اسلامی و حقوق ایران

نام و نام خانوادگی دانشجو: امیر رضا دهقانی نیا

شماره دانشجویی: ۸۵۷۱۰۱۹۷۲۴

استاد راهنما: جناب حجه الاسلام و المسلمین آقای دکتر محمد صادق غلام جمشیدی

استاد مشاور: جناب حجه الاسلام و المسلمین آقای دکتر محمدرضا امام

چکیده پایان‌نامه: (شامل خلاصه، اهداف، روشهای اجرا و نتایج آن)

۱- هدف پژوهش: بررسی فقهی و اصول تعارض اصل و ظاهر در فقه اسلامی و

حقوق ایران، جایگاه تعارض، آثار آن در فروع فقهی و مسائل قضایی در

جهت تشخیص و ارائه ضابطه و معیار آراء در اقوال و نظریات صحیح برای

جامعه علمی و حقوقی کشور

۲- روش نمونه‌گیری: استفاده از نظریات کاربردی با ارائه مصادیق متعدد فقهی و

حقوقی

۳- روش پژوهش: بهره‌برداری از کتابهای مرجع، قوانین، آراء صادره دیوان عالی

کشور؛ توصیفی و تحلیلی در موضوع تعارض اصل و ظاهر

۴- ابزار اندازه‌گیری: استفاده از تجارب علمی و عملی چند ساله در مشاغل قضایی

و اساتید ارجمند دانشگاهی و حوزوی

۵- طرح پژوهش: این پژوهش شامل سه فصل، یک مقدمه و نتیجه‌گیری می‌باشد.

۶- نتیجه‌گیری: پس از بررسی تعارض اصل و ظاهر در متون فقهی و اصولی با ارائه

نظریه کارشناسان ارائه طریق شده است.

فهرست

مقدمه	۱
فصل نخست: کلیات	۳
مبحث نخست: پیشینه تاریخی موضوع	۴
گفتار اول: پیشینه تاریخی موضوع	۵
گفتار دوم: اهمیت و قاعده تعارض اصل و ظاهر	۸
مبحث دوم: تعاریف	۱۲
گفتار اول: تعریف تعارض	۱۳
(الف ۱-۲-۱) معنای لغوی تعارض	۱۳
(ب ۲-۲-۱) معنای اصطلاحی تعارض	۱۳
(ج ۲-۱-۱) تفاوت تعارض و تراحم	۱۵
گفتار دوم: تعریف ظاهر	۱۸
(الف) تبیین معنای لغوی ظاهر	۱۸
(ب) معنای اصطلاحی ظاهر	۱۸
(ب - ۱) ظاهر به معنای امارات منصوص شرعی	۱۸
(ب ۲-۲-۱) ظاهر به معنای ظواهر نوعیه	۱۹
(ب ۳-۲-۲-۱) ظاهر به معنای اصل	۲۰
(ب ۴-۲-۲-۱) ظاهر به معنای عرف و غلبه	۲۰

- گفتار سوم: تعریف اصل ۲۲
- الف (۱-۲-۳) تعریف لغوی اصل ۲۲
- ب (۱-۲-۳) معنا و تعریف اصطلاحی اصل ۲۲
- ب (۱-۲-۳-۱) اصل به معنای امر راجح ۲۲
- ب (۱-۲-۳-۲) اصل به معنای قاعده ۲۳
- ب (۱-۲-۳-۳) اصل به معنای اصول عملیه ۲۳
- ب (۱-۲-۳-۴) اصل به معنای اصل استصحاب ۲۴
- ب (۱-۲-۳-۵) اصل به معنای اصل عدمی ۲۵
- ب (۱-۲-۳-۶) اصل به معنای دلیل ۲۶
- ب (۱-۲-۳-۷) اصل به معنای امر معتبر شرعی ۲۶
- فصل دوم ۲۸
- مبحث نخست: مبانی حجیت ظواهر ۲۹
- گفتار دوم: بیان آراء و اقوال درباره اعتبارمندی (حجیت) ظواهر ۳۰
- الف (۲-۱-۲) بیان اقوال و آراء درباره حجیت (اعتبارمندی) غلبه ۳۴
- الف (۲-۱-۲) بیان آراء طرفداران درباره حجیت غلبه ۳۷
- الف (۲-۲-۱) آراء و اقوال مخالفین درباره حجیت غلبه ۳۹
- الف (۲-۲-۱-۲) بررسی آراء فقها اهل تسنن ۴۰
- ب (۲-۱-۲) بیان آراء و اقوال درباره اعتبار مندی عرف و عاده ۴۱

- ب ۱-۲-۱-۲) آراء فقهای شیعه درباره مخالفت با حجیت عرف و عاده..... ۴۴
- ج ۲-۱-۲) بررسی اقوال و آراء درباره حجیت قرائن..... ۴۷
- ج ۱-۲-۱-۲) شک در تماس دهان سگ با ظرف..... ۴۷
- ج ۲-۲-۱-۲) بررسی وجوب یادآوری و ارشاد به تصحیح نمازگذار در حال نماز..... ۴۸
- ج ۳-۲-۱-۲) اختلاف زن و مردم در اسلام..... ۴۸
- ج ۴-۲-۱-۲) قاعده لوث..... ۴۹
- ۳) اقوال و آراء در اعتبار یا عدم اعتبار ظاهر به معنای قرائن..... ۴۹
- مبحث دوم: بیان آراء و اقوال اعتبارمندی (حجیت) اصول و ذکر مصادیق کاربردی آنها..... ۵۲
- گفتار اول: بیان آراء و اقوال درباره اعتبارمندی اصول..... ۵۲
- الف ۱-۲-۲-۲) بیان آراء و اقوال درباره حجیت اصل برائت..... ۵۲
- ب ۱-۲-۲-۲) بیان آراء و اقوال درباره حجیت اصل استحباب..... ۵۳
- بیان روایات درباره استحباب..... ۵۴
- توضیح صغر مذکور در باب وضو..... ۵۴
- سیره و بناء عقلا..... ۵۴
- بیان اقوال و آراء درباره حجیت اصل قاعده حلیت..... ۵۵
- اقوال و آراء در اعتبار یا عدم اعتبار اصل صحت..... ۵۵
- بیان دلایل نقلی..... ۵۶
- ب ۳-۲-۲-۲) آیات مورد استناد در عبارات اصولیین..... ۵۶

- ب ۲-۲-۲-۴) روایات مورد استاد در عبارات اصولیین ۵۶
- ب ۲-۲-۲-۵) اجماع ۵۷
- ب ۲-۲-۲-۶) عقل ۵۷
- ارزیابی ادله اصل صحت ۵۸
- فصل سوم ۵۹
- مبحث اول: شرایط موارد تقدیم اصل بر ظاهر ۶۰
- الف ۳-۱) شرایط انجام و عمل به اصل ۶۰
- الف ۳-۱) آنچه که رافع حکم اصل است باید منتفی باشد: ۶۰
- الف ۳-۱) شیوه غالب، رد اصل نباشد ۶۰
- الف ۳-۱) اصل در تعارض یا ارجح از اصل نباشد ۶۰
- گفتار اول: موارد تقدیم اصل بر ظاهر در عبارات ۶۱
- الف ۳-۱) موارد تقدیم اصل بر ظاهر در موضوع طهارت ۶۲
- الف ۳-۱) ایجاد تردید و شک در ملاقات دهان سگ با ظرف ۶۳
- ب ۳-۱) موارد تقدیم اصل بر ظاهر در موضوع روزه ۶۳
- ج ۳-۱) تقدیم اصل بر ظاهر در باب عقود ۶۳
- گفتار دوم: موارد تقدیم اصل بر ظاهر در فقه اهل تسنن ۶۵
- الف ۳-۱) عقیده رافعی از دانشمندان اهل سنت ۶۵
- ب ۳-۱) نظر ابن رجب از دانشمندان اهل سنت ۶۵

- گفتار سوم: دلایل تقدیم اصول بر ظواهر..... ۶۶
- شروط جریان ظاهر (شروط عمل به ظاهر)..... ۶۷
- (۱-۳-۱) شارع ظاهر را حجت دانسته باشد..... ۶۷
- (۲-۳-۱) تعدد سببها..... ۶۷
- (۳-۳-۱) دستیابی به یقین مقدور نباشد..... ۶۸
- گفتار اول: موارد تقدیم ظاهر بر اصل در عبادات..... ۶۹
- الف (۱-۲-۳) تقدیم ظاهر بر اصل در موضوع طهارت..... ۶۹
- ب (۱-۲-۳) ظاهر بر اصل در موضع شک در دخول وقت نماز تقدیم می شود..... ۷۰
- گفتار دوم: موارد تقدیم ظاهر بر اصل در عقود اسامی..... ۷۱
- الف (۲-۲-۳) مشتری و فروشنده در نقصان کالای خریداری شده اختلاف کنند..... ۷۱
- ب (۲-۲-۳) اختلاف در ودیعه و یا رهن بودن کالا که در دست هر دوی آنها قرار دارد..... ۷۱
- ج (۲-۲-۳) مالک و غاصب در تلف شن مالی که غضب شده اختلاف کنند..... ۷۱
- گفتار سوم) موارد تقدیم ظاهر بر اصل در نزد اهل تسنن..... ۷۳
- ج (۳-۲-۳) اخبار ثقه به دخول وقت..... ۷۳
- گفتار چهارم: دلایل تقدیم ظواهر بر اصول..... ۷۴
- مبحث سوم..... ۷۷
- مقدمه..... ۷۸

- الف ۳-۳-۱) تقدیم اصل بر ظاهر در دعاوی حقوقی در حالتی که میان زوجین درباره مهر اختلاف حاصل شود: ۷۹
- ب ۳-۳-۱) تقدیم اصل بر ظاهر در دعاوی مدنی هنگامی که شک در وکالت در طلاق ایجاد شود: ۸۰
- ج ۳-۳-۱) موارد تقدیم اصل بر ظاهر در دعاوی که مربوط به نفقه است: ۸۱
- گفتار دوم: موارد تقدیم ظاهر بر اصل در دادرسی اسلامی در موضوعات جزائی که در فقه مورد بررسی قرار گرفته است: ۸۳
- الف ۳-۳-۲) تقدیم ظاهر بر اصل درباره ادعای جهل به حرمت عمل زنا، نوشیدن خمر و ادعای جهل به وجوب نماز: ۸۳
- ب ۳-۳-۲) تقدیم ظاهر بر اصل در مسئله‌ای که در اجاره و تبرعی بودن عمل اختلاف ایجاد شود: ۸۳
- ج ۳-۳-۲) تقدیم ظاهر بر اصل هنگامی که میان زن و شوهر در تأکید یا مستقل بودن عقد دوم اختلاف حاصل شود: ۸۴
- د ۳-۳-۲) تقدیم ظاهر بر اصل هنگامی که در مالکیت مالی ذوالید است اختلاف حاصل شود: ۸۵
- هـ ۳-۳-۲) تقدیم ظاهر بر اصل در دعای مالکیت مالی که در دست کسی نیست: ۸۶
- و ۳-۳-۲) تقدیم ظاهر بر اصل در نسبت زنا به زن محصنه: ۸۶
- گفتار سوم: بیان مصادیق و تطبیق تعارض اصل و ظاهر در حقوق موضوعه: ۸۷

الف ۳-۳-۳) شرط باطل در عقد رهن ۸۷

ب ۳-۳-۳) مسئولیت خارج از حدود تقصیر یا مستند به تقصیر ۸۹

نتیجه‌گیری ۹۰

تحقیق و انصاف ۹۰

منابع و ماخذ ۹۲

مقدمه

با سپاس از خداوند بلندمرتبه و بهترین درودها و سلام بر پیامبر خاتم و اهل بیت و طهارت از امروز تا قیام منتقم این خاندان باشد.

موضوع این پژوهش درباره تعارض اصل و ظاهر در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران اسلامی است. همانطور که مستحضر هستید که علم فقه دوره‌ها و نظورات گوناگونی را سپری کرده است و آنچه که در دوره پس از شهید ثانی به صورت بسیار پررنگ مطرح شده است، موضوع قواعد فقیه و نقش آن در استنباط و قدرت دانشمندان اسامی در کشف وقایع فقهی است.

به گونه‌ای که کتب متعدد و عمیقی در این موضوع تالیف شده است که رشد چشمگیر این مبحث از مباحث فقهی از جمله نشانه‌های مهم در تأثیر آن در درک عمیق‌تر و دقیق‌تر از فقه است.

از جمله قواعد بسیار مهمی که نتایج و آثار بسیار ارزشمندی دارد و در همه موضوعات فقهی این نتایج قابل مشاهده قاعده تعارض اصل و ظاهر است.

قاعده تعارض اصل ظاهر از جمله قواعدی است که فقها در هنگام مواجهه با آن به غموض و پیچیدگی موضوع مورد تطبیق اشاره داشته و سپس عبارتی مانند این که موضوع از مصادیق آن قاعده است یا در مسئله توقف کرده‌اند و یا در نهایت با تردید به یک جانب متمایز شده‌اند. در این خصوص ابهامات، تشابهات و سئوالات بسیاری مطرح است.

آیا همیشه ظاهر بر اصل تقدیم است؟ چنانچه آنچه معهود ذهن بسیاری از فضلا و دانش‌پژوهان آن حوزه است آن است که با وجود ظاهر هرگز نوبت به اجرای اصلی نمی‌رسد از آن رو تقدیم اصل به ظاهر مجرایی ندارد در حالیکه متخصصین فن در موارد متعددی اصل را بر ظاهر مقدم داشته‌اند. از این رو در مواجهه با آن این سؤال به ذهن خور می‌کند که مراد

از «ظاهر» آیا همان معنای اماره منصوص شرعی است؟ آیا «ظاهر» معانی و کاربردی دیگر هم دارد؟ در صورت تقدیم ظاهر بر اصل در پاره‌ای از مصادیق و یا تقدیم اصل به ظاهر در موارد دیگری چه ضابطه و قانونی در این باره وجود دارد؟ با کمی دقت در این سه پرسش آشکار می‌شود که مسئله از مسائل غماض و پیچیده است و این پیچیدگی زمانی دو چندان می‌شود که قضات و جامعه حقوقی در مسائل قضایی و پرونده‌های مطروحه به آن تعارض دچار شوند؟ از سویی مسئولیت صدور حکم و کشف حقیقت و از سویی دیگر غموض خود مسئله قضایی؛ بر دشواری این مطلب در آن حوزه می‌افزاید بنابراین بررسی این قاعده و تبیین مصادیق آن ضرورتی دو چندان می‌یابد. البته لازم به ذکر است که در خصوص این قاعده کتاب مستقل فقهی از سوی فقهای عظام شیعه تالیف نشده است و این مهم سبب می‌شود که بررسی این پژوهش بیشتر از پیش متمرکز بر بررسی مصداق متمرکز شود البته از کتاب گران قدر الذخر، الفاخر قلم دانشمند محترم و برجسته جناب حجه الاسلام و المسلمین آقای بهشتی باید یاد کرد که به حقیقت راهنمایی در الگو برای این تحقیق بوده است.

با توجه به اینکه این مجموعه در مقطع کارشناسی ارشد تنظیم شده است که محدودیتهای متعددی از جمله بضاعت ناچیز علمی نگارنده از آن جمله است؛ سبب شده تا نقایص متعددی در آن پدید آید از این رو تذکر این کمبودها و خطاها به نگارنده کمک شایان و تصحیح آن خواهد داشت.

در پایان از زحمات استاد راهنما و مشاور جنابان حجج اسلام و المسلمین دکتر آقای غلام جمشیدی و دکتر آقای امام کمال تشکر را دارم. چنانچه زحمات آن عزیزان نبود این مجموعه مهیا نمی‌شد.

امیررضا دهقانی نیا

فصل نخست: کلیات

مبحث نخست: پیشینه تاریخی عنوان تعارض اصل و ظاهر در فقه اسلامی

مبحث دوم: تعاریف

مبحث نخست: پیشینه تاریخی موضوع

این مجموعه با توجه به آنکه سابقه تالیف کتاب مستقل از سوی فقهای نامی و بزرگ شیعه درباره موضوع آن وجود ندارد. دشواری پرداختن و تعمق درباره آن سبب می‌شود تا جهت شناخت بهتر آن پیشینه تاریخی موضوع مورد توجه قرار گیرد. البته لازم به ذکر است که متناسب با عنوان مورد تحقیق با محورهای مهم آن موضوع شناخت اصل و موارد کاربرد آن در فقه اسلامی و سپس شناخت ظاهر و موارد کاربرد آن در فقه اسلامی است و در نهایت موضوع تعارض بیان اصل و ظاهر مورد دقت و کنکاش قرار گرفته است اما قبل از ذکر هر عنوانی با جستجو بررسی تاریخی موضوع مورد توجه قرار می‌گیرد که تا در پرتو شناخت سابقه موضوع به شناخت و تأمل درباره ارکان تحقیق نائل شویم.

گفتار اول: پیشینه تاریخی موضوع

همانگونه که قبلاً ذکر شد؛ این عنوان به صورت مستقل در میان فقها مورد بحث نبوده است ولی بحث از آن در ذیل مصادیق خاص: از زمان فقها تا به امروز مورد کنکاش بوده است به گونه‌ای بسیاری از این بزرگان که توسعه فقه اسلامی، مدیون زحمات خاص و شبانه‌روزی آنها بوده است در احکام متعددی بر تدریج این قاعده اعتماد کرده و فتوا داده‌اند در این میان میتوان به فقیه بزرگ این چند متاخرین بعد از او تا زمان علامه حلی اشاره کرد.

آنچه به نظر می‌رسد آن است که شاید شهید اول؛ اولین کسی باشد که این عنوان را به این شکل به کار رفته و ذکر کرده است و یا آن موضوع در میان فقهای قبل از وی مطرح بوده و مورد دقت قرار گرفته است.

آنچه که می‌تواند ما را بیش از پیش با سابقه تاریخی موضوع آشنا سازد ذکر عبارت و دقایق فقهی با دانشمندان بزرگ شیعه در توضیح و ذیل مصادیق به صورت استطرادی است که به تعدادی از آنها اشاره می‌شود.

فقیهان شیعه درباره جایز بودن استعمال - آب مستعمل در طهاره از جنابه - برای وضو دو دسته شده دو نظر را ذکر کرده‌اند. عده‌ای قائل به جواز استعمال چنین آب برای طهاره شده و عده‌ای دیگر قائل به عدم جواز استعمال آن شده‌اند و در این میان از آنچه که ظاهر این آب با آن موافق است و یا اصل مطابق چه چیزی است به بحث پرداخته‌اند از آن جمله شیخ طوسی (ره): می‌فرماید:

المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۱، ص: ۱۱

والماء المستعمل علی ضربین:

احدهما: ما استعمل فی الوضوء و فی الأغسال المسنونه فما هذا حکمه یجوز استعماله فی رفع الأحداث، و الآخر ما استعمل فی غسل الجنابه و الحيض فلا یجوز استعماله فی رفع الأحداث

و إن كان طاهرا.

شیخ طوسی در کتاب المبسوط فی فقه الامامیه بیان می‌دارد:

در آب استفاده شده و باقی مانده بر دو قسمت است:

اول: آبی که پس از استعمال در وضو و غسل‌های وارده در سنت است که حکم این آب آن است که در برطرف کردن احداث قابل استفاده است و یا آبی که پس از استفاده از آن آب در غسل جنابه و حیض است تا بی‌استعمال در برطرف کردن احداث نیت اگرچه آب پاکی است.^۱»
شیخ طوسی از آراء متفاوت شیعه و اهل تسنن درباره این موضوع در کتاب «الخلافا» خود نقل می‌کند به بخشی از آن اشاره می‌شود:

«سید مرتضی درباره استعمال آب مستعمل در برطرف کردن حدث را جایز دانسته و قائل است که این آب هم پاک و هم پاک کننده است و حسن بصری و زهری نخعی... و دارد نیز قائل است که این آب پاک و پاک کننده است و تفضیل نداده است.

در این میان می‌توان به فقهای دیگری مانند محقق حلی صاحب کتاب شرائع الاسلام^۲ قاضی و ابن براج^۳ صاحب کتاب جواهر الفقه اشاره داشت.

نکته قابل ذکر این است که ظاهر آب مستعمل در غسل جنابه یا حیض این است که با نجاست مخلوط شده است و ما شک داریم در این که آیا بعد از این اختلاط طاهر شده است یا خیر؟ که نتیجه این شک عدم طهارت است همانگونه که شیخ مفید در کتاب المقنه^۴ و شیخ طوسی در کتاب المبسوط^۵ و قاضی ابن براج^۶ به آن فتوا داده‌اند در حالیکه عده‌ای دیگر از فقها قائل به

^۱ - طوسی - ابوجعفر محمد بن حسن المبسوط فی فقه الامامیه، موسسه نشر الاسلامی جامع مدرسین قم چاپ ۱: ۴۰۷

^۲ - شرائع الاسلام، ۱: ۱۶

^۳ - جواهر الفقه ۸

^۴ - المقنه ۶۴

^۵ - المبسوط ۱: ۱۱

^۶ - رک به ۲

به جواز استعمال آن شده‌اند که از آن جمله می‌توان به فقیه بزرگ موسوی بغدادی معروف به شریف مرتضی یا علم الهدی (م ۴۳۶ ق) در کتاب الناصر^۱ و یا علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام^۲ و یا محقق کرکی در کتاب جامع المقاصد^۳ اشاره داشت.

همانطور که ملاحظه می‌فرمائید در ذیل یک مساله فرعی از فروع کتاب طهاره؛ فقهای بزرگ به تفصیل و یا به صورت استطرادی به آن موضوع پرداخته‌اند.

مسائل متعدد دیگری را نیز می‌توان اشاره کرد که متناسب با هریک از مباحث و گفتارهای این مجموعه ذکر خواهد شد. این نمونه از کتاب طهاره به آن جهت ذکر شده که معلوم گردد که در یک مسئله کاملاً فرعی از فروع طهاره نیز آن قاعده مورد مذاقه و بحث بوده است.

همانطور که ملاحظه می‌فرمائید در ذیل یک مساله فرعی از فروع کتاب طهاره؛ فقهای بزرگ به تفصیل؛ به صورت استطرادی به آن موضوع پرداخته‌اند.

مسائل متعدد دیگری را نیز می‌توان اشاره کرد که متناسب با هریک از مباحث و گفتارهای این مجموعه ذکر خواهد شد این نمونه از کتاب طهاره به آن جهت ذکر شد که معلوم گردد که در یک مسئله کاملاً فرعی از فروع طهاره نیز آن قاعده مورد مذاقه و بحث بوده است.

^۱ - الناصریات ۷۷ مسئله ۶

^۲ - قواعد الاحکام ۵:۱

^۳ - جامع المقاصد ۱: ۱۲۷