

بسم الله الرحمن الرحيم

تعارض اصل و ظاهر

نگارش : شادی حسنی

دانشجوی مقطع دکتری

رشته : فقه و مبانی حقوق اسلامی

فهرست

چکیده	۴
مقدمه	۵
فصل اول : شناسایی مفاهیم	
بخش اول : تعارض	۶
مبحث اول : تعارض در لغت و اصطلاح	۶
مبحث دوم : شرایط وقوع تعارض	۶
گفتار اول : عناصر لازم برای وقوع تعارض	۶
گفتار دوم : شروط تعارض	۶
مبحث سوم : انواع تعارض	۸
بخش دوم : اصل و ظاهر	۹
مبحث اول : اصل و اقسام آن	۹
مبحث دوم : ظاهر و اقسام آن	۱۰
فصل دوم : قلمرو تعارض اصل و ظاهر در متون فقهی	
مبحث اول : دین	۱۱
مبحث دوم : عقد	۱۱
مبحث سوم : بیع	۱۱
گفتار اول : صحت عقد بیع	۱۱
گفتار دوم : خیار عیب	۱۲
گفتار سوم : قاعده ید	۱۲
مبحث چهارم : نفقه	۱۲
فصل سوم : حکم تعارض اصل و ظاهر	
بخش اول : تقدم اصل	۱۴
بخش دوم : تقدم ظاهر	۱۴
بخش سوم : نظریه تفصیل	۱۵
نتیجه	۱۶
چکیده انگلیسی	۱۷
فهرست منابع	۱۸

چکیده

تعارض اصل و ظاهر در بیشتر ابواب فقه موجود می باشد و این مسأله را ایجاد می کند که در هنگام تعیین حکم کدام یک را باید مقدم داشت ، چرا که برای بیان حکم این تعارض اختلاف نظر وجود دارد. سوالاتی مطرح می شود از جمله : تعارض اصل و ظاهر چیست ؟ و یا حکم تعارض اصل و ظاهر چیست ؟ در این مقاله می خواهیم به توضیح تعارض اصل و ظاهر و حکم آن بپردازیم. تعارض به معنای آن است که مفاد دو دلیل با یکدیگر تنافی داشته باشند و این تنافی به حد تناقض برسد. اصل به معنای پایه و ریشه است و منظور از اصل در این موضوع ، چیزی است که بدون ملاحظه کشف از واقع و صرفاً برای تعیین تکلیف در موقع شک و تردید حجت شناخته شده است اعم از اینکه مثبت حکم تکلیفی باشد یا موضوع ، و اعتبار آن تاجایی است که اماره لفظی مخالف با آن در بین نباشد . ظاهری که در اثبات موضوعات و احکام مورد بحث قرار می گیرد از قبیل ظاهر الفاظ نیست ؛ بلکه ظاهری است که به آن ظاهر حال گویند . ظاهر حال خود به دو دسته تقسیم می شود در این موضوع منظور ظاهری است که از قرائن ، عرف ، عادت و... و امثال آن فهمیده می شود و دلیل قطعی بر حجیت آن وجود ندارد . قلمرو تعارض اصل و ظاهر عمومیت نداشته و در برخی ابواب فقه همچون نکاح ، حواله ، بیع و... وجود دارد . حکم تعارض اصل و ظاهر تقدیم یکی از این دومورداست که البته در آن نیز میان علما اختلاف وجود دارد چرا که در تقدیم اصل و یا ظاهر سه نظر موجود است که عده ای اصل را به طور مطلق مقدم می دارند و عده ای از علما ظاهر را به طور مطلق مقدم می دارند و گروه سوم تفصیل قائل می شوند . در قانون های جاری کشور ، ملاک و رویه مشخصی برای ترجیح ظاهر بر اصل و یا برعکس وجود ندارد . بلکه باید با توجه به در نظر گرفتن همه اوضاع و احوال و قرائن یکی را بر دیگری ترجیح داد .

واژگان کلیدی: تعارض، اصل، ظاهر، فقه

مقدمه

الف- بیان مسأله

تعارض اصل و ظاهر در بیشتر ابواب فقه موجود است و این مسأله را ایجاد می کند که در هنگام تعیین حکم کدام یک را باید مقدم داشت . چرا که برای بیان حکم این تعارض اختلاف وجود دارد .

ب- سوالات اصلی

۱- تعارض اصل و ظاهر چیست ؟

۲- حکم تعارض اصل و ظاهر چیست ؟

ج- سوابق تحقیق

- در کتاب ها فقط به گوشه ای از تعارض پرداخته اند و کتابی که به طور جامع در بیان تعارض موجود باشد را کمتر می توان یافت . از جمله : کتاب الموجز فی اصول فقه که به طور کلی به تعارض پرداخته و تعارض اصل و ظاهر را به صورت اجمالی بیان نموده است .
- مقالات نیز هر کدام به بخشی پرداخته اند از جمله : مقاله تعارض اصل و ظاهر در متون فقه (نویسنده : علیرضا صابریان) ، در این مقاله بیشتر به بیان مصادیق تعارض اصل و ظاهر پرداخته شده و حکم تعارض را بیان ننموده اند بلکه در بیان مصادیق حکم همان مصداق بیان شده است . و همچنین مقاله مقدمه ای بر تعارض ادله (نشریه دانشکاه الهیات) نیز به صورت کلی به تعارض پرداخته شده است و به صورت خاص به تعارض اصل و ظاهر نپرداخته اند .

د- فرضیه های تحقیق

- تعارض ، اصل و ظاهر هر کدام معنا و انواعی دارد که باید بیان شود .

- حکم تعارض اصل و ظاهر تقدیم یکی از این دو مورد است .

ر- اهداف تحقیق

۱- بیان کامل تعارض اصل و ظاهر

۲- بیان قلمرو تعارض اصل و ظاهر

۳- بیان راه حل برای تعارض بین اصل و ظاهر

ز- ضرورت انجام تحقیق

این است که در بیشتر ابواب فقه تعارض موجود است . (لذا با انجام این پژوهش می توان راه رفع این تعارض را یافت).

ژ- روش تحقیق گردآوری اطلاعات

در این مقاله کتابخانه ای و ابزار گردآوری اطلاعات فیش برداری می باشد .

فصل اول : شناسایی مفاهیم

بخش اول: تعارض

مبحث اول: تعارض در لغت و اصطلاح

تعارض در لغت عبارت از : خلاف یکدیگر ورزیدن ، متعارض یکدیگر شدن ، با هم اختلاف داشتن^۱ ، یکدیگر را پیش آمدن^۲.

تعارض در اصطلاح عبارت از : هرگاه یکی از دو دلیل حکمی را اثبات کند و دیگری نفی آن را ، به طوری که جمع بین مدلول آن دو دلیل ممکن نباشد گویند بین آن دو دلیل تعارض است و آن دو را نسبت به یکدیگر متعارض گویند . چنانچه یکی از دو دلیل وجوب و دیگری حرمت عملی خاص را بیان کند . بنابراین هرگاه بتوان بین مدلول دو دلیل بنحوی سازگاری داد چنانکه مثلاً مدلول یکی از دو دلیل عام و دیگری خاص باشد یا مدلول دیگری حاکم بر مدلول دیگری یا رافع آن بود بین آن ها تعارضی نیست.^۳

مبحث دوم: شرایط وقوع تعارض

گفتار اول: عناصر لازم برای وقوع تعارض

عناصر لازم برای وقوع تعارض عبارتند از:

۱- وجود حداقل دو دلیل

۲- تنافی به گونه تناقض یا تضاد

گفتار دوم : شروط تعارض

معنای تعارض محقق نمی شود مگر با شرائط هفتگانه ای که مقومات تعارض اند . ما این

شروط را ذکر می کنیم تا حقیقت تعارض و موارد وقوع آن روشن شود:

۱. شرط اول این است که یکی از دو دلیل یا هر دو، قطعی نباشد.
۲. شرط دوم اینست که در حجیت آندو، ظن فعلی معتبر حاصل نباشد.
۳. شرط سوم اینست که باید مدلول دو دلیل ولو بنحو عرضی (و نه ذاتاً) و در بعضی جهات با هم تنافی داشته باشند، تا تکاذب بین آندو محقق گردد.
۴. شرط چهارم اینست که هر یک از دو دلیل واجد شرائط حجیت باشد .
۵. شرط پنجم اینست که دو دلیل متزاحم نباشند. چون قواعد تعارض غیر از قواعد تزاحم است.
۶. شرط ششم اینست که یکی از دو دلیل ، حاکم بر دیگری نباشد.

^۱ - معین ، فرهنگ فارسی معین ، ج ۱ ، ص ۷۷۳ .

^۲ - دهخدا، لغت نامه دهخدا ، ج ۵، ص ۶۷۹۳ .

^۳ - قرشی ، قاموس قرآن ، ج ۱، ص ۸۸ .

فصل سوم : حکم تعارض اصل و ظاهر

حکم تعارض اصل و ظاهر تقدیم می باشد اما اینکه کدام یک باید مقدم شوند نظریات مختلفی وجود دارد که باید به بررسی آن ها بپردازیم :

بخش اول : تقدم اصل

گروهی در تعارض اصل و ظاهر ، غالب اصل را ترجیح می دهند . از جمله آنان است شهید ثانی در شرح لمعه (شهید ثانی ، ج ۴، ص ۱۴۶ و ج ۵، ص ۳۷۶، ۳۷۷، ۳۷۸ و ج ۶، ص ۵۳، ۵۴) و مسالک الافهام (شهید ثانی ، ج ۷، ص ۱۰۸، ۱۰۹ و ج ۴، ص ۲۳۵، ۲۳۶ و ج ۶، ص ۱۹۱، ۱۹۲ و ج ۸، ص ۳۰۳ و ج ۱۱، ص ۱۳۵) و محقق بحرانی در حدائق الناضره (بحرانی ، ۱۴۱۲، ص ۹) و طباطبائی یزدی در ملحقات عروة الوثقی و شیخ عزالدین در العقد الحسینی (شیخ عزالدین ، بی تا ، ص ۱۶).

به عنوان مثال : هرگاه زن و شوهر در مقدار مهر اختلاف داشته باشند (زن مقدار بیشتر و شوهر مقدار کمتر) سخن شوهر بر ادعای زن مقدم می باشد ، برای اینکه شوهر نسبت به مازاد طبق (اصل برائت) برئ الذمه می باشد .^{۲۱}

بخش دوم : تقدم ظاهر

عده ای از فقها و نیز برخی از حقوق دانان به عنوان یک قاعده کلی جانب ظاهر را ترجیح داده اند. از جمله محقق کرکی در جامع المقاصد، میرزای قمی در جامع الشتات، کاتوزیان در کتاب اثبات و دلیل اثبات و قواعد عمومی قراردادها (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۷۷).^{۲۲}

کاتوزیان در کتاب خود می نویسد : اماره قضایی (عبارت از اوضاع و احوالی است که در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود) (ماده ۱۳۲۱ ق.م)؛ یعنی اماره ظاهری است راهنمای به واقع که ، به حکم عرف و غالب ، برای دادرس ایجاد ظن می کند . این دلالت ناشی از طبیعت اماره است و نیازی به امضای قانونگذار ندارد . بنابراین ، در تعارض بین ظاهر و اصل عملی ، باید حکم ظاهر مقدم باشد . آنچه در فتاوی نویسنده گان درباره حکومت اصل استصحاب بر ظاهر دیده می شود ، به دلیل آن است که یا استصحاب را نیز از امارات شمرده اند ، یا ظنی را که از این ظاهر بر اصل تردید نمی توان کرد ، چنان که محقق قمی - که از پیروان اعتبار این (ظن) و اصل بودن برائت است ، در تعارض بین اصل برائت و ظاهر ، به طور شایسته و جالبی ، ظاهر را مقدم می شمارد و حتی (اصل صحت) را نتیجه حکومت ظاهر بر اصل دانسته است . به هر حال این بحث تنها جنبه نظری ندارد و در حل بسیاری از اختلاف ها به کار می آید ، که از آن جمله است :

^{۲۱} - شیروانی ، شرح اللمعه ، ج ۵-ص ۳۷۶.

^{۲۲} - قناتی ، پژوهشنامه اندیشه های حقوقی، ص ۱۵۹.

طلبکاری برای گرفتن طلب خود به دادگاه رجوع می کند . بدهکار اصل دین را می پذیرد ولی مدعی پرداختن آن می شود و برای اثبات ادعا سند طلب را ارائه می دهد . در این اختلاف ، اصل بقای دین است لیکن ظاهر امر دلالت دارد که دین پرداخته شده است ، زیرا عادتاً طلبکار پیش از گرفتن حق خویش سند دین را به بدهکار نمی دهد و به طور معمول نیز این کار به امضای او انجام می گیرد نه به وسیله قهر و غلبه و نیرنگ .^{۲۳}

بخش سوم: نظریه تفصیل

برخی دیگر به صراحت به عنوان یک قاعده کلی اصل یا ظاهر را ترجیح نداده اند ، بلکه گاهی اصل را ترجیح داده و زمانی ظاهر را مقدم داشته اند . از جمله آنان است فاضل هندی در کشف اللثام (فاضل هندی، ۱۳۱۶، ص ۲۵۸) و نجفی در جواهر الکلام (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۰، ص ۸۹ و ج ۲۶، ص ۱۷۷ و ج ۲۸، ص ۳۳۴ و ج ۳۰، ص ۸۹ و ج ۳۵، ص ۲۷۳).^{۲۴}

^{۲۳} - کاتوزیان ، اثبات و دلیل اثبات ، ج ۲، ص ۲۷۲ .

^{۲۴} - همان ، ص ۱۶۰ .

نتیجه

در پایان می‌توان اینگونه نتیجه‌گیری کرد که:

- تعارض اصل و ظاهر به معنای اینست که هرگاه یکی از دو دلیل که حکمی را اثبات می‌کنند جمع بین دو دلیل (اصل و ظاهر حال) ممکن نباشد.
- تعارض انواعی دارد که شامل (تعارض مستقر و غیرمستقر) است. تعارض غیرمستقر خود شامل تعارض عموم و خصوص مطلق و تعارض مطلق و مقید می‌شود و تعارض مستقر شامل تعارض تباین و تعارض عموم و خصوص من وجه می‌باشد. که هرکدام خود حکمی دارند.
- برای وقوع تعارض عناصری لازم است شامل:
 - وجود حداقل دو دلیل.
 - تنافی به گونه تناقض یا تضاد.
 - برای تعارض شروطی بیان نموده اند:
 - ۱- یکی از دو دلیل یا هر دو قطعی نباشد.
 - ۲- در حجیت آن دو، ظن فعلی معتبر حاصل نباشد.
 - ۳- و
- حکم تعارض اصل و ظاهر تقدیم می‌باشد. که در این حکم ۳ نظریه وجود دارد.
 - ۱. گروهی اصل را بر ظاهر ترجیح می‌دهند.
 - ۲. گروهی ظاهر را بر اصل ترجیح می‌دهند.
 - ۳. گروهی هم قاعده کلی ندارند بلکه گاهی اصل را و گاهی ظاهر را ترجیح می‌دهند. هرکدام از صاحبان این نظریه‌ها، برای ارائه نظریه خود دلایلی با بیان می‌کنند.
- در قانون‌های جاری کشور، ملاک و رویه مشخصی برای ترجیح ظاهر بر اصل و یا برعکس وجود ندارد. بلکه باید با توجه به در نظر گرفتن همه اوضاع و احوال و قرائن یکی را بر دیگری ترجیح داد.
- امیداست که به مقصود مورد نظر دست یافته باشیم.

Abstract:

The opposition of origin and appearance is often observed in most of religious jurisprudence chapters and it raises this issue that when a sentence has to be determined which one is prior to the other, because for stating a sentence this kind of opposition exists . Some questions are propounded including:

What is the opposition of origin and appearance? what is the sentence for the opposition of origin and appearance?

In the present thesis , it has been tried to study and explain completely the opposition of origin and appearance and their sentence . Opposition means that the content of two reasons have antilogy and contradiction with each other.

There should be some elements for the occurrence of opposition such as :

1-The existence of at least two reasons.

2-Opposition in the form of antilogy or contradiction and also the seventh conditions are mentioned for opposition . Origin means base and root and , in the present subject , it is meant what is known to be reason and proof without considering the diction of event and merely for determining duty when we have doubt, whether it is a positive of duty sentence or just a subject it's reliability is to some extent that there shouldn't be an opposite discussion with it because being origin is a proof and a reason itself and there needs no other reason. An appearance that is raised for proving subjects is not just the appearance of speech and word , but it is a kind of appearance of speech and word , but it is a kind of appearance that is called appearance of present time and it is divided into two parts . In the present subject it is meant a kind of appearance which is understood by evidence , custom , habit , etc , and there is no definite reason for it's proof. The domain of opposition of origin and appearance doesn't have generality and just exist in some chapters of religious jurisprudence such as: marriage ,draft ,sale ,etc. . The sentence for opposition of appearance and origin is the prior of either of these two that of course there is a kind of difference among experts because in the priority of origin and appearance three ideas have been presented so that some experts prefer origin to appearance and consider it to be the first definitely but some others consider appearance has a priority to origin definitely and the third group believe to details (so) , that each one presents a reason for the sentence is issued , of course their reasons are measured and studied . In current regulations of our country , there is no specific policy and procedure for preferring appearance to origin or vice versa , but regarding all conditions , evidences and reasons, one is preferred to the other . It is hoped we can obtain a reasonable conclusion.

Key words :opposition , origin , appearance , religious jurisprudence .

فهرست منابع

۱. بجنوردی، محمد. (۱۳۸۷). شرح کفایة الاصول، ناشر: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول.
۲. بندریگی، محمد. (۱۳۷۶). فرهنگ بندریگی، انتشارات علمی، چاپ اول.
۳. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغت نامه دهخدا، ناشر: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم.
۴. ذهنی تهرانی، محمدجواد. (۱۳۸۰). تحریر الفصول فی شرح کفایة الاصول، ناشر: موسسه امام منتظر عجل الله تعالی فرجه الشریف، چاپ اول.
۵. زند وکیلی، محمد رضا. (۱۳۹۰). بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر در فقه و حقوق. مجله حقوقی دادگستری (علمی پژوهشی) شماره ۷۳.
۶. سمیعی، جمشید. (۱۳۸۷). ترجمه و متن کامل رسائل شیخ انصاری، ناشر: خاتم الانبیاء- چاپ چهارم.
۷. شیروانی، علی. (۱۳۸۹). اصول فقه، مؤلف: محمدرضا مظفر، انتشارات دارالفکر، چاپ هفتم.
۸. شیروانی، علی. (۱۳۸۹). شرح اللمعه، شهید ثانی، موسسه انتشارات دارالعلم.
۹. صابریان، علیرضا. (۱۳۹۰). تعارض اصل و ظاهر در متون فقه، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۱۰. صانعی، مهدی. (۱۳۷۲). قواعد فقه (ترجمه القواعد و الفوائد)، شهید اول، انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد.
۱۱. قرشی، علی اکبر. (۱۳۷۸). قاموس قرآن، ناشر: دارالکتاب الاسلامیه، چاپ ۱۳۷۸.
۱۲. قنوانی، جلیل. (۱۳۹۱). پژوهشنامه اندیشه های حقوقی، سایت: g-ghanavati@yahoo.com.
۱۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). اثبات و دلیل اثبات. انتشارات دانشگاه تهران. چاپ سوم.
۱۴. محمدی، ابوالحسن. (۱۳۹۰). مبانی استنباط حقوق اساسی (اصول فقه)، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ۴۴.
۱۵. مراغه‌ای، میرفتاح. (۱۴۱۷). العناوین، قم، موسسه نشر اسلامی.
۱۶. معین، محمد. (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی دکتر معین، انتشارات بهزاد، چاپ اول.
۱۷. نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۴۱۲). فوائد الاصول، به تقریر محمد علی کاظمینی، قم، موسسه نشر اسلامی.