

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اصول فقه

بر اساس مطالب کتاب اصول فقه کاربردی (دوره ۳ جلدی) از
استادان حسین قافی و دکتر سعید شریعتی فرانی و مبانی
استنباط حقوق اسلامی از مرحوم دکتر ابوالحسن محمدی

ویژه داوطلبان آزمونهای ورودی

وکالت دادگستری – قضاوت
کارشناسی ارشد حقوق خانواده و الهیات
ومعارف اسلامی

مولفین: سید محمدباقر حسینی

حوریا سجادی

ویراستار: عباس تنده مروست

سرشناسه	:	حسینی، سیدمحمدباقر، ۱۳۶۱ -
عنوان و نام پدیدآور	:	اصول فقه بر اساس مطالب کتاب اصول فقه کاربردی ... ویژه داوطلبان آزمونهای ورودی وکالت دادگستری- فضاوت کارشناسی ارشد حقوق خانواده و الهیات و معارف اسلامی/ مولفین سیدمحمدباقر حسینی، حوریا سجادی ؛ ویراستار عباس تندهمروست.
مشخصات نشر	:	شیراز: گنج علم
مشخصات ظاهری	:	ص. ۳۵۴
شابک	:	۹۷۸-۶۲۲-۶۰۸۵-۴۸-۹
وضعیت فهرست نویسی	:	فیبا
یادداشت	:	کتاب حاضر بر اساس کتاب اصول فقه کاربردی (دوره ۲ جلدی) از حسین قافی و سعید شریعتی‌فرانی و میانی استنباط حقوق اسلامی از ابوالحسن محمدی است.
موضوع	:	اصول فقه
موضوع	:	Islamic law -- Interpretation and construction
شناسه افزوده	:	سجادی، حوریا، ۱۳۶۷-
شناسه افزوده	:	Sajadi, Hooria
شناسه افزوده	:	تندهمروست، عباس، ۱۳۶۳-، ویراستار
شناسه افزوده	:	قافی، حسین . اصول فقه کاربردی
شناسه افزوده	:	شریعتی، سعید . اصول فقه کاربردی
شناسه افزوده	:	محمدی ، ابوالحسن ، ۱۳۱۱- . میانی استنباط حقوق اسلامی ، یا ، اصول فقه
رده بندی کنگره	:	الف۳۹۰۶ ۳۷۹۳۱ق/۳۹۰۶
رده بندی دیویی	:	۳۱/۳۹۷
شماره کتابشناسی ملی	:	۵۵۵۹۸۵۰



انتشارات
گنج علم

اصول فقه – سید محمدباقر حسینی – حوریا سجادی

ناشر : گنج علم

ویراستار : عباس تنده مروست

صفحه آرا : لیلا بعاج زاده

طراح جلد : مریم مظفری

شمارگان : ۳۰۰۰ نسخه

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۶۰۸۵-۴۸-۹

«کلیه ی حقوق چاپ و نشر محفوظ و متعلق به ناشر است.»

آدرس : شیراز- پارامونت، ابتدای خ قصر دشت، کوچه ۱، پلاک ۱ انتشارات گنج علم

تلفن : ۰۷۱۳۲۳۰۴۰۱۷

این اثر، مشمول قانون حمایت مولفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ است. هر کسی تمام یا قسمتی از این اثر را بدون اجازه مولف (ناشر) نشر یا پخش و عرضه کند، مورد پیگرد قانونی قرار خواهد گرفت.

دانشجوی گرامی

حضور در کلاسهای موسسه آموزش عالی فاضل بدلیل حل مسائل متنوع، ارتباط زنده و دو طرفه بین دانشجو و استاد، فرار گرفتن در جو کنکور ، ایجاد انگیزه رقابت ، رفع اشکالات دانشجو و آزمونهای کلاسی که ضمن آن از میزان آمادگی خود مطلع می شوید انتخابی است که نمی توان آنرا با مطالعه یک یا چند کتاب مقایسه کرد .

شرکت در کنکورهای هماهنگ کشوری موسسه آموزش عالی فاضل به شما این امکان را می دهد که جایگاه واقعی خود را در رتبه بندی کشوری بیابید چرا که علاج واقعه قبل از وقوع باید کرد.

تقدیم بہ پدر و مادر عزیزم

بہ پاس فداکاری ہی بی دریشان... «حوریا سجاد»

به نام هستی بخش ربنا

از درد آمدی و من از خود بردم	گفتی که این جهان به جهان دگر شدم
گو شتم به راه تا که خبر می دهد ز دوست	صاحب خبر یابد و من بی خبر شدم
چون شنم او فداه بدم پیش آفتاب	مهرم به جان رسید و به عیوق بردم
گفتم سینم مگرم درد استیاق	ساکن شو بدیدم و مشتاق شدم
دستم نداد قوت رفتن به پیش یار	چندی به پای رفتم و چندی به سر شدم
تار قش سینم و کفتش بشنوم	از پای تا به سر همه سحر و بصر شدم
من چشمم از او چگونه توانم نگاه داشت	کاول نظریه دیدن او دیده و ر شدم
بیزارم از وفای تو یک روز و یک زمان	مجموع اگر نشتم و خرسند اگر شدم
او را خود التفات نبودش به صید من	من خویشتم اسیر کند نظر شدم
گویند روی سخن تو سعدی چه زرد کرد	اکسیر عشق بر مسم افاد و زرد شدم

سعدی

اثر حاضر به تزئین شعر شیخ اجل، به روح پدر مرحوم و نفس مادر مهربانم تقدیم می کنم «سید محمد باقر حسینی»

سخن مؤلفین

خدای را شاکرم که توفیق آن داد تا خدمتی ناچیز به جامعه فقهی و حقوقی کشور عرضه نمایم. علم اصول فقه از پربارترین علوم دوران اسلامی می‌باشد و در طول سالیان، تألیفاتی بسیار ارزنده در این زمینه نگارش یافته که همواره راهنمای فقها و حقوقدانان در درک مسائل فقهی و حقوقی و تقویت‌کننده قدرت استدلال آنان بوده است؛ وکلای برجسته‌ی کشور همگی متفق‌القولند که تسلط بر علم اصول فقه، اهرم قدرت و عامل پیروزی یک وکیل دادگستری در محاکم است. اشراف بر این علم می‌تواند منجر به نظم‌دهی اطلاعات حجیم و پیچیده‌ی موجود در ذهن یک وکیل دادگستری گردد و او را در سخت‌ترین شرایط یاری رساند.

همانگونه که می‌دانیم درس اصول فقه از جمله منابع اصلی آزمون ورودی پرتنش وکالت است و هرچند که ضریب این درس از سایر دروس منبع، پایین‌تر است اما دشواری مباحث و عدم تسلط اکثر شرکت‌کنندگان در آزمون نسبت به آن، اقبال قبولی کسانی را که برای یادگیری درست این علم سرمایه‌گذاری می‌کنند با افزایش تراز نهایی داوطلب، دو چندان می‌نماید.

تاکنون تألیفات بسیاری در این زمینه به رشته تحریر درآمده است اما متأسفانه اکثر این آثار بدون توجه به وضعیت خاص متقاضیان آزمون وکالت نگاشته شده است؛ لذا در این اثر سعی گردیده است که بهترین و مناسب‌ترین روش آموزش و مطالعه درس اصول فقه طراحی گردد و مباحث به اندازه‌ای ساده و روان شود که مخاطب از خواندن آن دچار خستگی ناشی از نقل مطالب نگردد. دو منبع اصلی درس اصول فقه برای آزمون ورودی وکالت یعنی کتاب‌های «مبانی استنباط حقوق اسلامی» تألیف دکتر ابوالحسن محمدی و نیز کتاب «اصول فقه کاربردی - دوره ۳ جلدی» تألیف آقایان

حسین قافی و سعید شریعتی، منابع اصلی نگارنده در تألیف اثر حاضر می‌باشد و البته پیکره اصلی کتاب حاضر در تنظیم مطالب، تقسیم بندی ها و نمودارها، کتاب اصول فقه کاربردی (دوره ۳ جلدی) است که به لحاظ اهمیت آزمونی آن، مخصوصاً در سالهای اخیر، بطور ویژه و در بیشتر موارد، عین المتن آن مورد استفاده قرار گرفته است. لکن از آنجایی که کتاب سه جلدی ارزشمند اصول فقه کاربردی به دلیل حجیم بودن و فرصت اندک، گاهی مورد استقبال متقاضیان قرار نگرفته فلذا نگارندگان با استخراج مطالب مفید و مثالهای کاربردی موجود در این اثر به غنای کتاب پیش‌رو افزوده است. نهایتاً با طراحی نمودارها و درج نکات لازم جهت آزمون وکالت از کتب فوق‌الذکر توسط نگارندگان، سعی شده که نه تنها شیوه‌ی ارائه مطالب برای خوانندگان جذاب و قابل فهم باشد بلکه رغبت و انگیزه‌ی لازم برای ادامه و استمرار یادگیری مباحث درس اصول فقه در آنان تا انتها پابرجا بماند.

آزمون اخیر یعنی سال ۱۳۹۵، تمام ۲۰ سوال مطرح شده در درس اصول فقه، با توجه به مطالب این کتاب، قابل پاسخگویی است و موفقیت خوانندگان آن با درصدهای قابل قبول در آزمون وکالت پیش رو، به لطف خداوند قادر، دست یافتنی است.

شیوهی نگارش این اثر نیز بدین ترتیب است که در ابتدای هر یک از مباحث به اقتضای ضرورت، مطالب موجود در آن قسمت بصورت خلاصه و در قالب نمودار طراحی شده تا ذهن خواننده را برای ورود به بحث آماده سازد؛ سپس مباحث اصلی بصورت ساده و روان همراه با مثال‌های قانونی و کاربردی بیان شده و نکات کنکوری و کلیدی بصورت موردی، بزرگ‌نمایی و با خط کشی، مشخص گردیده است. در انتهای هر مبحث نیز نمونه تست‌های آزمون‌های سال‌های گذشته ضمیمه گردیده تا هم مخاطب با نحوه طراحی سؤالات توسط مؤلفان آزمون آشنا شود و هم مطالب آموزش داده شده در ذهن ایشان تثبیت گردد.

امید است که نتیجه‌ی تلاش‌های نگارندگان و ویراستار در تدوین این اثر، مورد استقبال و استفاده‌ی مفید داوطلبان آزمون ورودی وکالت واقع گردد و در آینده شاهد نتایج درخور توجه و قابل قبولی در این زمینه باشیم. لازم است زحمات دوست گرامی، جناب آقای حامد کشاورز، رتبه ۱۱ آزمون ورودی کارآموزی وکالت ۱۳۹۵ در کانون وکلای فارس و کهگیلویه و بویراحمد را ارج نهیم.

و من الله توفیق

مؤلفان: حوریا سجادی و سیدمحمدباقر حسینی

ویراستار: عباس تنده مروست

(رتبه ۲۳ آزمون کانون وکلای یزد در ۱۳۹۵)

فهرست مطالب

۱	کلیات
	فصل اول: الفاظ
۳	گفتار اول: وضع الفاظ
۳	مبحث اول: تعریف وضع الفاظ
۴	مبحث دوم: اقسام وضع الفاظ
۸	مبحث سوم: اقسام لفظ از نظر وحدت و تعدد لفظ و معنا
۱۱	مبحث چهارم: حقیقت و مجاز
۱۱	بند اول: تعریف حقیقت و مجاز
۱۲	بند دوم: شرایط استعمال مجازی
۱۷	بند سوم: علامت‌های حقیقت و مجاز
۲۰	بند چهارم: اقسام حقیقت و مجاز
۲۸	مبحث پنجم: اصول لفظی
۳۴	مبحث ششم: صحیح و اعم
۳۵	مبحث هفتم: مشتق
۴۰	گفتار دوم: اوامر
۴۰	مبحث اول: معنای لغوی لفظ امر
۴۰	مبحث دوم: شیوه‌های امر کردن
۴۱	مبحث سوم: الفاظ امر
۴۲	مبحث چهارم: دلالت امر بر وجوب
۴۵	مبحث پنجم: مرّه و تکرار
۴۶	مبحث ششم: فور و تراخی
۴۷	مبحث هفتم: امر بعد از منع

- ۴۸ مبحث هشتم: امر بعد از امر
- ۴۹ مبحث نهم: حکم شرعی
- ۵۵ مبحث دهم: اقسام وجوب
- ۶۸ گفتار سوم: نواهی**
- ۶۸ مبحث اول: روش های نهی کردن
- ۷۰ مبحث دوم: وجوه اشتراک امر و نهی
- ۷۰ مبحث سوم: وجه افتراق امر و نهی
- ۷۱ مبحث چهارم: آیا نهی موجب فساد است
- ۷۴ مبحث پنجم: مسئله ضد
- ۷۵ مبحث ششم: اجتماع امر و نهی
- ۷۷ گفتار چهارم: مفهوم و منطوق**
- ۷۷ مبحث اول: تعریف مفهوم و منطوق
- ۷۸ مبحث دوم: اقسام منطوق
- ۸۰ بند اول: اقسام منطوق غیر صریح
- ۸۳ مبحث سوم: اقسام مفهوم
- ۸۴ بند اول: مفهوم موافق
- ۸۷ بند دوم: مفهوم مخالف
- ۱۱۳ گفتار پنجم: عام و خاص**
- ۱۱۳ مبحث اول: تعریف عام و خاص
- ۱۱۴ مبحث دوم: راه های شناخت عام
- ۱۱۵ مبحث سوم: اقسام عام
- ۱۱۹ مبحث چهارم: تخصیص
- ۱۲۱ بند اول: انواع مخصّص

- ۱۲۳..... بند دوم: تخصیص اکثر
- ۱۲۹..... بند سوم: اجمال مخصّص
- ۱۴۰..... بند چهارم: عمل به عام پیش از جستجوی مخصّص
- ۱۴۱..... بند پنجم: یک مخصّص بعد از چند عام
- ۱۴۴..... بند ششم: تخصیص عام بوسیله مفهوم
- ۱۴۷..... مبحث پنجم: دوران امر بین نسخ و تخصیص
- ۱۴۹..... مبحث ششم: صور تعارض عام و خاص
- ۱۵۶..... گفتار ششم: مطلق و مقید.....**
- ۱۵۶..... مبحث اول: تعریف مطلق و مقید
- ۱۵۶..... مبحث دوم: الفاظ مطلق
- ۱۶۰..... مبحث سوم: آیا جمله می‌تواند مطلق یا مقید شود
- ۱۶۱..... مبحث چهارم: فرق عام و مطلق
- ۱۶۳..... مبحث پنجم: ویژگی‌های اطلاق و تقید
- ۱۶۴..... مبحث ششم: چگونگی استفاده اطلاق از مطلق
- ۱۷۴..... مبحث هفتم: حمل مطلق بر مقید
- ۱۷۷..... مبحث هشتم: اطلاق مقامی
- ۱۸۰..... گفتار هفتم: مجمل و مبین.....**
- ۱۸۰..... مبحث اول: اقسام لفظ و تعاریف و مثالها
- ۱۸۵..... مبحث دوم: عوامل بروز اجمال در کلام
- ۱۸۶..... مبحث سوم: راه‌های رفع اجمال.....

فصل دوم: ادله استنباط احکام

- ۱۹۳..... گفتار اول: قرآن
- ۱۹۵..... گفتار دوم: سنت

گفتار سوم: اجماع ۱۹۸

گفتار چهارم: قیاس ۲۰۱

مبحث اول: تعریف و ارکان قیاس ۲۰۱

مبحث دوم: شرایط قیاس ۲۰۲

مبحث سوم: اقسام قیاس ۲۰۶

گفتار پنجم: عقل ۲۱۹

مبحث اول: دلیل عقلی ۲۱۹

مبحث دوم: اقسام دلیل عقلی ۲۲۰

مبحث سوم: قاعده تلازم بین حکم عقل و حکم شرع ۲۲۱

مبحث چهارم: مقدمه واجب ۲۲۳

بند اول: مقدمه و ذی‌المقدمه ۲۲۳

بند دوم: اقسام مقدمه ۲۲۵

بند سوم: مساله مقدمه واجب ۲۲۹

مبحث پنجم: اذن در شی اذن در لوازم آن است ۲۳۲

گفتار ششم: بررسی چند قاعده ۲۳۵

فصل سوم: دلیل، اماره و اصل

گفتار اول: تعاریف ۲۴۴

گفتار دوم: مقایسه دلیل، اماره و اصل با یکدیگر ۲۵۳

مبحث اول: مقایسه اماره با دلیل ۲۵۳

مبحث دوم: مقایسه اصل با اماره و دلیل ۲۵۳

گفتار سوم: اصل مثبت ۲۵۴

فصل چهارم: اصول عملیه

گفتار اول: اصول عملیه ۲۶۴

۲۶۶	مبحث اول: حکم واقعی و ظاهری
۲۷۳	گفتار دوم: اصل برائت
۲۷۴	مبحث اول: مقایسه اصل برائت با اصل عدم و اباحه
۲۷۴	بند اول: مقایسه اصل عدم با اصل برائت
۲۷۵	بند دوم: مقایسه اصل حظر و اصول اباحه با اصل احتیاط و برائت
۲۷۶	مبحث دوم: مجرای اصل برائت
۲۷۸	مبحث سوم: ادله حجیت اصل برائت
۲۹۳	گفتار سوم: اصل تخییر
۲۹۸	گفتار چهارم: اصل احتیاط
۳۰۰	مبحث اول: صور شک در مکلفه و حکم آن
۳۰۸	گفتار پنجم: اصل استصحاب
۳۰۸	مبحث اول: تعریف و مثال
۳۰۹	مبحث دوم: ارکان استصحاب
۳۱۶	مبحث سوم: اقسام استصحاب
۳۲۹	مبحث چهارم: استصحاب اعتبار قانون
۳۲۹	مبحث پنجم: صور تعارض بین اصول عملیه
۳۳۵	گفتار ششم: صور تعارض بین قاعده ها با استصحاب
۳۴۷	فصل پنجم: تعارض ادله

کلیات

تعریف علم اصول فقه:

فقه در اصطلاح علمی است که فقیه به وسیله آن احکام شرعی را از ادله تفصیلی (قرآن، سنت، اجماع، عقل) به دست می آورد. بدین منظور فقیه باید با یک سری قواعد و اصول آشنا باشد و با استفاده از آنها حکم شرعی را از ادله تفصیلی بدست آورد.

اصول فقه دانستن قواعدی است که برای استنباط احکام شرعی، آماده شده و بکار می رود؛ به عبارت بهتر اصول فقه مجموع قواعد، ضوابط و ابزارهایی است که فقیه را در مسیر استنباط احکام شرعی یاری می دهد.

موضوع اصول فقه:

ابزارها و منابعی که بتواند در طریق استنباط حکم شرعی مورد استفاده قرار گیرد اعم از قرآن، سنت، اجماع، عقل و هرچیز دیگری که بتوان با استفاده از آن حکم شرعی را استنباط کرد.

فایده اصول فقه:

این علم برای استنباط احکام شرعی تدوین گردیده است و بنابراین فایده، غرض و غایت آن این است که با دانستن آن، بتوانیم احکام شرعی را از ادله تفصیلی بدست آوریم.

منفعت اصول فقه:

اصول فقه همان ریاضیات حقوق است و قدرت تحلیل و استنباط قوانین را به حقوقدان می دهد. لذا در استنباط احکام حقوقی موضوعه می توان از علم اصول استفاده کرد و در شناسایی قوانین و رفع اجمال و ابهام از آنها به کار برد.

فصل اول: الفاظ

گفتار اول: وضع الفاظ

دلالت عبارت است از رهنمونی ذهن از چیزی به چیز دیگر؛ وضع، یکی از اسباب دلالت است که لفظ را دال (دلالت کننده) و معنا را مدلول (دلالت شده) می گویند؛ یعنی وقتی لفظی را شنیدیم و ذهنمان با شنیدن آن لفظ به سمت معنای آن منتقل شد، می گوئیم که آن لفظ دلالت دارد بر معنایش.

<p>دلالت عقلی ← به حکم عقل از دال به مدلول برسیم. مثل دلالت دود بر آتش سوزی</p> <p>دلالت طبعی ← به حکم طبع از دال به مدلول برسیم. مثل دلالت رنگ پریدگی بر ترس</p> <p>دلالت وضعی ← ناشی از وضع و قرارداد است</p>	<p>اسباب دلالت</p>
<p>لفظی ← دال لفظ است که ما را به مدلول یا معنا میرساند.</p> <p>غیرلفظی ← دال غیرلفظ است که ما را به مدلول یا معنا میرساند.</p>	

معنای وضع

در لغت به معنای گذاشتن و قراردادن است.

در اصطلاح اصول و منطق به معنای قراردادن لفظی در برابر معنا است.

معنا آن چیزی است که با شنیدن یک لفظ به ذهن انسان خطور می کند مثلاً ماده ۱۰۱۶ قانون مدنی : «هرگاه هم فوت و هم تاریخ فوت غائب مفقودالایر مسلم شود، اموال او بین وراث موجود حین الموت تقسیم می گردد.» وقتی لفظ غائب مفقودالایر را می شنوید، آن چیزی که با شنیدن این لفظ به ذهنتان خطور می کند (یعنی کسی که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او خبری نباشد)، معنای لفظ غائب مفقودالایر می باشد.

مبحث اول: تعریف وضع الفاظ

به قراردادن الفاظ و کلمات برای رساندن معنای و مفاهیم وضع می گویند؛ مثلاً لفظ حج برای عبادتی خاص قرار داده شده است و با شنیدن این لفظ همین معنا به ذهن می رسد.

ارکان وضع

واضع: فرد یا مرجع و مقام وضع کننده لفظ.
 موضوع: لفظی را که برای دلالت بر معنا قرار داده شده است.
 موضوع له: معنایی را که لفظ برای دلالت بر آن قرار داده شده است.

فرآیند وضع لفظ

واضع	موضوع (لفظ وضع شده)	موضوع له (معنای حقیقی لفظ)
قانونگذار	بیع	تملیک عین به عوض معلوم
قانونگذار	غصب	استیلا بر حق غیر به نحو عدوان
شهردار	امیرکبیر	خیابان

مبحث دوم: اقسام وضع الفاظ

اقسام وضع لفظ

۱. وضع تعیینی یا تخصیصی
 ۲. وضع تعیینی یا تخصیصی

صریح
 ضمنی

۱. **وضع تعیینی (تخصیصی):** قراردادن لفظی در برابر معنایی مشخص توسط واضع. وضع تعیینی، برآمده از اراده فرد یا افراد خاص است. یعنی فرد یا افرادی به صورت آگاهانه برای انتقال یک مفهوم یا اشاره به فرد، شیء یا مکان خاص، لفظی را برگزیده اند.

مثال: مواد ۲۱۱، ۱۲، ۱۸۶، ۱۸۸، ۱۱۹۴، ۱۰۰۲ ق.م، ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م، ماده ۱۰ ق.ت.

ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م: «چنانچه رای دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن بطور کلی یا جزئی باشد، حکم و در غیر اینصورت قرار است». در اینجا قانونگذار «واضع» است، حکم و قرار «لفظ یا موضوع» هستند و تصمیم دادگاه «موضوع له» می باشد.

اقسام وضع تعیینی:

الف) **وضع تعیینی صریح:** حالتی است که واضع مشخص، هنگام وضع کردن یک لفظ برای یک معنا، معنای آن لفظ را صریحاً بیان می کند. تعاریف موجود در قانون، از این قسم وضع است.

ماده ۲۱۱ ق.م.اسلامی ۱۳۹۲: «علم قاضی عبارت است از یقین حاصل از مستندات بین در امری که نزد وی مطرح می شود.»

ب) **وضع تعیننی ضمنی**: حالتی است که واضع با بیان شرایط یا آثار و احکام یا مصادیق یک لفظ، معنای لفظ را به ما بفهماند ولی صراحتاً تعریفی از لفظ ارائه نکند.

مثلاً مقنن با آوردن مصادیق معاونت در ماده ۱۲۶ ق.م.اسلامی ۹۲ به مخاطب معنای معاون جرم را می فهماند.

مواد ۷۵۲ تا ۷۷۰ قانون مدنی در معرفی عقد صلح است و می توان ماهیت این عقد را شناخت ولی صراحتاً تعریفی از عقد صلح به میان نیامده است.

۲. **وضع تعیننی (تخصّصی)**: قرار گرفتن لفظی در برابر معنایی در اثر کثرت استعمال. (به عبارت دیگر وضع تعیننی عبارت است از اینکه لفظی در معنایی دیگر غیر از معنای موضوع له با قرینه و به مناسبتی به کار رود و به اصطلاح بطور مجازی استعمال شود و به قدری این استعمال زیاد شود که وقتی پس از چندی آن لفظ بدون قرینه به کار برده می شود معنای دوم از آن فهمیده می شود).

در تعریف دیگر آمده: «لفظی در برابر یک معنا به صورت مکرر استعمال می شود بی آنکه پیشتر برای این معنا به صورت مستقیم وضع شده باشد و به تدریج در اثر کثرت استعمال، علاقه و پیوندی خاص بین لفظ و معنا در ذهن افراد ایجاد می شود به گونه ای هر گاه آن لفظ بدون قرینه به کار رود آن معنا به ذهن خطور می کند» (اصول فقه کاربردی، ج ۱، ص ۷۲).

مثال: لفظ قانون که در ابتدا به معنی «خط کش» بوده ولی به قدری آن را در معنای «مقررات مدون» بکار بردند که اکنون با شنیدن آن، معنای جدید به ذهن می رسد. یا لفظ قاجاق که قبلاً به معنای «تردستی» بوده ولی با کثرت استعمال در معنای «خرید و فروش کالاهایی که معامله آنها ممنوع است»، اکنون دیگر با شنیدن آن، همین معنای دوم به ذهن می رسد.

مثال: ماده ۱۲۰۸ ق.م: «غیررشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد.» رشید در ابتدا به معنای راه راست یافته و رستگار و دلیر و شجاع بوده است اما به تدریج عرف آنرا در معنای شخص دانا و بصیر بکار برده و از معنای لفظی خود جدا شده است و قانونگذار نیز همین معنای دوم را برای نظر خود تثبیت نموده است. پس عرف «واضع» است، غیررشید «موضوع یا لفظ» است و شخصی که عقل معاش ندارد «موضوع له» است.

نکته: مهمترین تفاوت وضع تعیننی با تعیننی در **واضع** آن است که اولی در اثر جعل و قرارداد واضع بوجود می آید و دومی در اثر کثرت استعمال محقق می گردد.

البته علاوه بر تفاوت فوق می توان گفت وضع تعیینی بصورت آنی و دفعی بوجود می آید در حالی که وضع تعیینی بصورت تدریجی پدید می آید.

اقسام دلالت وضعی لفظی:

دلالت وضعی لفظی در یک تقسیم بندی خود بر سه قسم تقسیم می شود: دلالت تصویری، دلالت تصدیقی و دلالت بر مراد جدی. این موارد از صفحات ۱۹۹ تا ۲۰۱ جلد اول کتاب اصول فقه کاربردی نقل می شود:

۱- **دلالت تصویری:** انتقال ذهن به معنا به مجرد شنیدن لفظ است. یعنی ذهن ما به محض شنیدن لفظ، به معنای آن منتقل می شود. البته شرط انتقال ذهن به معنا این است که شنونده از معنای لفظ، آگاه و به اصطلاح، عالم به وضع باشد خواه گوینده، این معنا را اراده کرده باشد یا نه. حتی اگر گوینده در حال خواب یا بیهوشی لفظی را بر زبان بیاورد شنونده با شنیدن لفظ، معنای آن را تصور می کند.

۲- **دلالت تصدیقی (دلالت تصدیقی اول):** با پایان یافتن کلام گوینده، از مجموع کلام وی با توجه به همه ی بخش ها و قیدهای جمله و نیز سایر قرائن و شواهد موجود، می توان معنای کلام وی را فهمید و به او نسبت داد و در اصطلاح اصول، ظهور کلام در معنا منعقد شده است. در این دلالت متکلم قصد فهماندن و بیان این معنا را داشته است.

۳- **دلالت بر مراد جدی (دلالت تصدیقی دوم):** مدلول تصدیقی جمله در صورتی دارای اعتبار است که بدانیم گوینده نیز واقعاً همین معنا را اراده کرده است. به بیان دیگر، معنایی که از کلام فهمیده می شود و به اصطلاح، کلام در آن ظهور دارد در صورتی قابل استناد و معتبر است که کاشف از مراد جدی و واقعی گوینده باشد. توجه کنیم که بنای عقلا بر این است که گوینده همان معنایی را که از کلام وی فهمیده می شود (مدلول تصدیقی جمله) به طور جدی اراده کرده است. به بیان دیگر با توجه به بنای عقلا و روش رایج در محاورات عرفی، اصل بر این است که مدلول تصدیقی جمله همان مراد جدی و واقعی گوینده است مگر این که قرینه ای برخلاف آن یافت شود.

نمونه تست

۱- تفاوت مهم وضع تعیننی با وضع تعینی در چیست؟ (وکالت ۸۴)

- ۱) در آثار آن است.
 - ۲) در واضع آن است.
 - ۳) در تفاوت ماهوی آن است.
 - ۴) در کثرت استعمال آن است.
- پاسخ: گزینه «۲» صحیح است.

۲- وضع تعیننی یا تخصصی چیست؟ (وکالت ۸۶)

- ۱) هر گاه واضع، لفظی را به کمک قرینه در یک معنی خاص، معین کند.
 - ۲) هر گاه واضع، لفظی را به کمک قرینه در یکی از معانی متعدد آن تخصیص دهد.
 - ۳) هر گاه واضع، لفظی را بدون استفاده از قرینه به یک معنی خاص، تخصیص دهد.
 - ۴) هر گاه لفظی در اثر کثرت استعمال در معنایی به غیر از معانی وضعی آن تثبیت شود.
- پاسخ: گزینه «۴» صحیح است.

۳- وضع تعیننی وقتی مصداق پیدا می کند که لفظ:

- ۱) بوسیله عرف در معنی مجازی استعمال شود.
 - ۲) در غیر مواضع له و در اثر کثرت استعمال به کار رود.
 - ۳) از معنای حقیقی خود جدا شده، معانی دیگری پیدا کند.
 - ۴) هرگاه در اثر کثرت استعمال عرف، یک معنی مجازی ثابت پیدا کند که بدون قرینه از لفظ فهمیده شود.
- پاسخ: گزینه «۲» صحیح است.

مبحث پنجم: اصول لفظی

نکته: بعد از دانستن معنای حقیقی و مجازی لفظ، اگر مقصود متکلم، مشکوک بود و قرینه ای بر تعیین مقصودش نداشتیم سراغ اصول لفظیه می رویم.

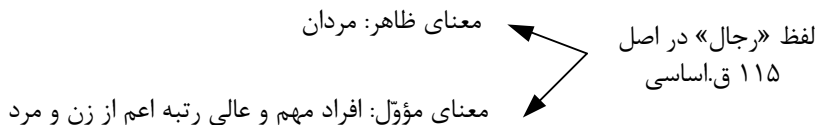
<p>اصول لفظی: اصاله الحقیقه، اصاله العموم، اصاله الاطلاق، اصل عدم تقدیر، اصل عدم نقل، اصل عدم اشتراک، اصل ظهور</p> <p>اصول عملی: اصل براءت، احتیاط (اشتغال)، اصل تخییر، اصل استصحاب</p>	}	اقسام اصول
---	---	------------

مبدأ همه اصول لفظی اصالت ظهور است و حجیت آنها تا زمانی است که با این اصل هماهنگ باشند. اصول لفظی بنا بر بنای عقلا حجت است و شرع نیز این بنا و روش عقلاء را رد نکرده و آن را پذیرفته و امضاء کرده است. (منظور از حجیت در اصول فقه، قابل استناد بودن است).

نکته: توجه نمائیم که مبنای اصول لفظیه، بنای عقلاء و خردمندان جامعه است اما اصول لفظیه در مورد سنت و ادله لفظیه (قرآن، روایات، قانون، قرارداد و ...) قابل استناد است. لذا مجرای اصول لفظیه، شک در مراد متکلم در سنت و ادله لفظیه در حالت فقدان قرینه بر تعیین مقصود متکلم است.

نکته: استناد به اصول لفظی، مقدم بر اصول عملی است.

۱. **اصل ظهور:** هرگاه لفظی داشته باشیم که احتمال چند معنا برای آن لفظ داده شود، و یکی از این احتمالات قوی (معنای ظاهر) و احتمال دیگر ضعیف باشد (معنای موول) و ما هم معنای ظاهر آن را بدانیم و هم معنای موول آن را، لیکن ندانیم که منظور و مراد متکلم کدام معنا است، براساس اصالت الظهور می گوئیم اصل بر این است که منظور متکلم از آن لفظ «معنای ظاهر» آن است مگر اینکه قرینه ای بیاورد که نشان دهد منظورش معنای موول است.



استادان قافی و شریعتی در این زمینه مثال هایی را در صفحه ۱۱۴ جلد اول کتاب اصول فقه کاربردی بیان می دارند:

مثال ۱: در ماده ۶۶۵ ق.م «وکالت در بیع، وکالت در قبض ثمن نیست». در این ماده، قانونگذار با توجه به **اصاله الظهور**، چنین حکمی را بیان کرده است زیرا وکالت در قبض ثمن، امر دیگری غیر از وکالت در بیع است.

مثال ۲: ماده ۲۲۴ ق.م: «الفاظ عقود، محمول است بر معانی عرفیه». یعنی الفاظی که متعاقدان هنگام انعقاد قرارداد به کار می برند بر معانی **ظاهر عرفی** حمل می شود. به دیگر سخن دیگر، قانونگذار فرض کرده آنچه عرف از ظاهر این الفاظ می فهمد منظور و مقصود متعاقدان بوده است و این خود، بیان دیگری از **اصاله الظهور** است.

مثال ۳: در رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور شماره ۵۳۷ مورخ ۱۳۶۹/۸/۱ بیان شده: «تبصره ماده ۳ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ رسیدگی به اعتراض بر رأی وزارت نیرو را به دادگاه صالحه محول نموده که ظهور بر دادگاه های عمومی دادگستری دارد ...». احاله لفظ دادگاه به معنای دادگاه های عمومی دادگستری نه سایر مراجعی که مجازاً دادگاه است نه حقیقتاً، بر اساس اصل ظهور است.

۲. اصل حقیقت: هرگاه متکلم لفظی را در جمله ای بیان کند و آن لفظ یک معنای حقیقی و یک معنای مجازی داشته باشد و ما، هم معنای حقیقی آن لفظ را بدانیم و هم معنای مجازی آن را؛ لیکن شک کنیم که «منظور و مراد» متکلم در آن جمله از آن لفظ، معنای حقیقی آن است یا مجازی، براساس **اصاله الحقیقه** می گوئیم اصل بر این است که منظور و مراد متکلم از آن لفظ «معنای حقیقی» آن است.

اصل در اینجا به معنای «ظاهر» است و نحوه استدلال چنین است که اگر گوینده یا نویسنده معنای مجازی را می خواست، باید قرینه ای می آورد چون نیاورده، ظاهر این است که معنای حقیقی را اراده کرده است.

مثال ۱: لفظ «مادر» در لغت برای شخصی وضع شده که فرزندی از او متولد شده است و با وی رابطه نسبی دارد. اما گاهی به زنی که فرزند دیگری را شیر می دهد و با او رابطه رضاعی دارد «مادر» نیز گفته می شود. حال اگر در متن قانون، حکمی برای مادر، بیان شده باشد و احتمال آن باشد که منظور قانونگذار، علاوه بر مادر حقیقی، مادر رضاعی هم بوده است با استناد به **اصاله الحقیقه** می گوئیم: مراد قانونگذار، تنها مادر حقیقی و نسبی است.

مثال ۲: اصل ۱۱۵ ق.اساسی: «رییس جمهور باید از **رجال** مذهبی و سیاسی انتخاب گردد.» معنای حقیقی این لفظ «مردان» و معنای مجازی آن «افراد مهم و عالی رتبه که می توانند مرد یا زن باشند»

است؛ در اینجا براساس اصله الحقیقه می‌گوییم اصل بر این است که منظور و مراد متکلم (مقنن) از لفظ رجال معنای حقیقی آن (مردان) است مگر اینکه قرینه و نشانه‌ای بیاورد و منظور معنای مجازی آن لفظ باشد.

نکته: اگر موردی هم مثال اصل حقیقت و هم مثال اصل ظهور بود و این مورد در سوال آمد در صورتی که فقط یکی از این دو گزینه در بین گزینه‌های سوال بود همان را به عنوان جواب صحیح انتخاب می‌کنیم. اما اگر هر دو گزینه در سوال بیان شده بود در صورتی که امکان جمع گزینه‌ها بود همان را لحاظ می‌کنیم اما وقتی نتوان گزینه‌ها را جمع کرد باید گزینه خاص‌تر (یعنی اصل حقیقت) را انتخاب کرد. همین مطلب در مورد هر تستی که گزینه کلی و گزینه خاص دارد صادق است.

مثال ۳: در بخشی از ماده ۶۷۵ ق.م.ا آمده است: «هر کس عمدا ... هر نوع محصول زراعی یا اشجار یا مزارع یا باغهای متعلق به دیگری را آتش بزند به حبس از دو تا پنج سال محکوم می‌شود». با توجه به اصله الحقیقه، منظور از لفظ اشجار در این ماده معنای حقیقی آن است یعنی درختهای کاشته شده، اما درختهای بریده شده هر چند ممکن است به طور مجازی اشجار نامیده شود، اما آتش زدن آنها مشمول ماده فوق نیست.

مثال ۴: در مورد جرم «تضییع محصول» موضوع ماده ۶۸۴ ق.م.ا می‌توان گفت: این ماده تنها شامل محصولی می‌شود که روییده باشد و شامل بذری نیست که در زمین پاشیده و هنوز روییده است؛ هر چند مجازا بتوان به آن محصول گفت. دیوان عالی کشور نیز در یکی از آراء خود در مورد جرم «چرانیدن محصول دیگری و تضییع آن» موضوع ماده ۲۶۲ قانون کیفر عمومی (ماده ۶۸۴ قانون تعزیرات فعلی) به این مطلب اشاره کرده است.

۳.۱ اصل عموم: اگر در کلام، لفظ عامی به کار رفته و احتمال تخصیص آن وجود داشته باشد اما دلیل و قرینه قطعی بر وجود مخصّص در کلام نباشد در این صورت در مراد متکلم شک می‌کنیم که عموم یا خصوص بوده؛ بر طبق إصالة العموم می‌گوئیم: «اصل در لفظ عام این است که از آن معنای عموم اراده شده باشد مگر اینکه قرینه قطعی بر تخصیص وجود داشته باشد». لذا عبارت متکلم، بر معنای عام، حمل می‌شود و به احتمال تخصیص، نباید اعتنا کرد (همان، ص ۱۱۴).

مثال ۱: ماده ۵ ق.م: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع داخله و خارجه، مطیع قوانین ایران خواهند بود ...». حال اگر در مورد شمول حکم ماده نسبت به افراد بدون تابعیت - که نه تابعیت ایرانی دارند و نه تابعیت خارجی، اما ساکن ایران هستند - تردید شود در اینجا با توجه به إصالة العموم می‌توان گفت:

عبارت «کلیه سکنه ایران» عام است و شامل این گونه افراد نیز می شود؛ بنابراین، این افراد نیز مشمول حکم ماده فوق هستند.

مثال ۲: ماده ۱۹۰ ق.م مقرر می دارد. «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است...» این ماده بدون تردید شامل عقود معین، مانند بیع، اجاره، نکاح و... می گردد. اما اگر در مورد شمول آن نسبت به عقود غیر معین (موضوع ماده ۱۰ ق.م) تردید شود، با توجه به اصله العموم می توان گفت ماده فوق عام است و با عموم خود عقود غیر معین را نیز در بر می گیرد و مقررات و قرینه خاصی که این دسته از عقود را استثنا کرده باشد وجود ندارد. بنابراین، حکم ماده مزبور در مورد عقود غیر معین نیز جاری است.^۲

۴. اصل اطلاق: معنای مقید مدنظر گوینده یا نویسنده نمی باشد بلکه «معنای مطلق» مدنظرش است. به عبارت دیگر هرگاه عبارت بدون قیدی بیان شود و شک کنیم که شاید شامل تمام حالات و انواع و اقسام و کیفیاتش نشود، با استناد به اصل اطلاق می گوئیم عبارت شامل تمام حالات و انواع و اقسامش می شود.

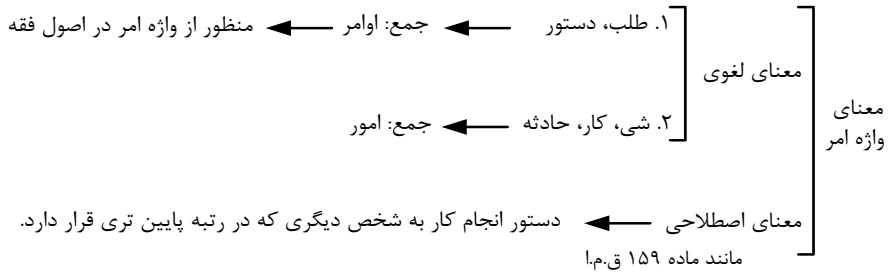
مثال: در برخی مواد قانون مجازات اسلامی مانند ماده ۲۱۴ ق.م.ا، الفاظ «مجرم»، «جرم»، «مال» و سایر الفاظ مفردی که شامل حالات و انواع مختلف و افراد یک جنس می شود بیان شده است. حال اگر شک کنیم که این حکم شامل تمام مجرمان، جرائم و اموال می شود یا برخی از ایشان را شامل می شود بر اساس اصالة الإطلاق می گوئیم معنای مطلق این الفاظ، مدنظر متکلم بوده است.

۵. اصل عدم تقدیر (اصل عدم إضمار): وقتی متکلم جمله ای را بیان می کند لیکن شک کنیم که متکلم کلمه یا کلماتی را که در جمله مورد بحث لازم است، در تقدیر گرفته یا خیر (کلمه ای را حذف کرده است یا خیر)، بر اساس اصالت عدم تقدیر می گوئیم اصل بر این است که متکلم کلمه ای را در جمله حذف نکرده است مگر اینکه قرینه و نشانه ای نشان دهد که لفظی در تقدیر گرفته شده است. به عبارت دیگر، اگر احتمال مخفی ماندن قسمتی از کلام گوینده وجود داشته باشد یعنی شنونده احتمال می دهد که قسمتی از مراد گوینده در کلام او منعکس نشده و در تقدیر است یا از کلام وی حذف شده، اما قرینه قطعی و یقینی بر این احتمال وجود نداشته باشد اصل بر عدم تقدیر است و اصل بر آن است که تنها آنچه در کلام گوینده آمده مقصود و مراد وی بوده و چیزی در تقدیر نیست یا حذف نشده است (همان، ص ۱۱۳).

^۲ قافی. شریعتی، اصول فقه کاربردی ص ۱۱۵

گفتار دوم: اوامر

مبحث اول: معنای لغوی لفظ امر



نمونه تست

۳۷- در ماده ۱۲۶۹ ق.م که مقرر می دارد: «اقرار به امری که عقلا و عاداتا ممکن نباشد.....

اثری ندارد» مراد از واژه امر چیست و جمع آن کدام است؟

(۲) دستور-اوامر

(۱) طلب-امور

(۴) شی-امور

(۳) شی-اوامر

پاسخ: گزینه «۴» صحیح است.

مبحث دوم: شیوه های امر کردن

وقتی که آمر (امرکننده) بخواهد مأمور (امرشونده) را به انجام کاری امر کند، باید اراده خود را بوسیله لفظ، نوشته یا اشاره و مانند آن ابراز کند.

نکته: هر نوع طلب و درخواستی را امر نمی گویند. بلکه فقط دستوری که از طرف مافوق به افراد زیر دست یا تحت فرمان صورت می گیرد یا به اصطلاح «طلب عالی از دانی» امر نامیده می شود. تقاضای دو شخص هم‌رتبه از یکدیگر، یا تقاضای شخصی در مرتبه پائین تر از مافوق خود، بر حسب مورد ممکن است استدعاء، التماس، تقاضا، خواهش یا درخواست نامیده شود(همان، صص ۱۲۰ و ۱۲۱).

نکته: صیغه امر یا هیأت امر در اصول فقه به هر عبارتی که بیان کننده معنای امر (یعنی طلب فعل) باشد گفته می شود اما در ادبیات، صیغه امر به خصوص فعل امر گفته می شود.

مبحث سوم: الفاظ امر (شیوه های امر کردن)

۱- امر کردن با استفاده از **ماده امر**: مقصود از ماده امر واژه امر یعنی حروف امر می باشد. یکی از راههایی که شارع و متکلم می توانند فردی را به کاری امر کنند، امر کردن بوسیله ماده امر می باشد.

مثال: «ان الله **يَأْمُرُ** بالعدل و الاحسان و ايتاء ذى القربى: خداوند به دادگری و نیکوکاری و بخشش به خویشاوندان **امر می کند**» در این آیه خداوند با استفاده از **ماده امر** انسان ها را به دادگری و نیکوکاری و بخشش به خویشاوندان امر می کند.

«**أَمَرَ** الا تعبدوا الا آياه: خداوند **امر می کند** که غیر از او را پرستش نکنید.» در این آیه خداوند با استفاده از ماده امر انسانها را به اینکه غیر از او کسی را نپرستند امر می کند.

۲- **امر کردن با استفاده از فعل امر** (صيغه امر در ادبیات): یکی دیگر از روش هایی که آمر می تواند به وسیله آن مأمور را به انجام کاری امر کند، امر کردن با استفاده از صیغه امر می باشد؛ منظور از صیغه امر «**فعل امر**» می باشد.

مثال: «او فوا بالعقود: به پیمانها وفا کنید» در این آیه خداوند با استفاده از صیغه امر انسانها را به وفا کردن به پیمان هایشان امر می کند.

«اطيعوا الله و اطيعوا الرسول: اطاعت کنید خدا را و اطاعت کنید رسول خدا را».

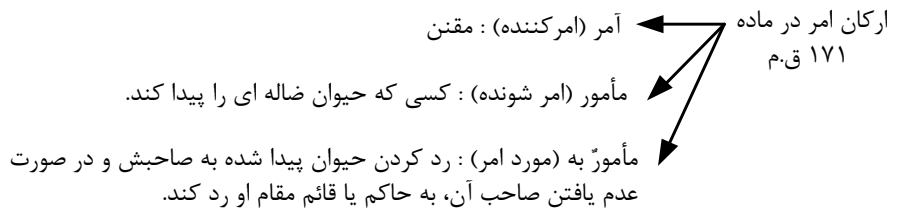
۳- **امر کردن با استفاده از جمله های خبریه با قيود الزامی**: عباراتی از قبیل باید، مکلف است، لازم است، موظف است و مواد ۱۲۴۴ و ۱۲۴۵ و ۳۱۱ و ۲۷۱ و ۱۱۷۷ قانون مدنی و اصل ۱۶۷ ق.ا. مثالی برای این قسم می باشند.

اصل ۱۶۷ ق.اساسی: «قاضی **موظف است** کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد»

۴- **امر کردن با استفاده از جمله های خبریه بدون بکاربردن قيود الزامی**: در این شکل امر، قانون گذار با لحن خبری و ملایم سخن می گوید ولی مقصودش آن است که امر کند و دستور دهد مثلاً می گوید دادگاه... رسیدگی خواهد کرد یا دادستان... مواظبت می نماید یا مواظبت مولی علیه باقیم است. مواد ۲۲۴ و ۱۲۳۵ ق.م و ۳ و ۶ از ق.م.ا و ۲۵ و ۲۷ و ۲۸ ق.آ.د.ک مثالی برای این قسم می باشد.

مثال: «المؤمنون عند شروطهم: مومنان به شرطهای خود پایبند هستند»

ماده ۲۲۵ ق.ت: «تاریخ تحریر و مبلغ برات با تمام حروف نوشته می شود» از آنجایی که معلوم شد جمله خبری یکی از روش های امر کردن است می گوئیم منظور مقنن از این ماده این است که: تاریخ تحریر و مبلغ برات باید با تمام حروف نوشته شود.



نکته: در حقوق، امر با ماده امر و صیغه امر در ادبیات (فعل امر)(شماره های ۱ و ۲ در فوق) نداریم؛ امر در مواد قانونی به صورت جمله خبری(شماره های ۳ و ۴) گفته می شود. البته خبر در مقام انشاء و نه صرف خبر. یعنی در ظاهر، جمله خبری است ولی در واقع حاکی از انشاء(ایجاد و خلق کردن) طلب فعل و دستور انجام کار می باشد. امر در قالب «جمله خبریه در مقام انشاء»، آید در افاده معنای وجوب است: به این معنا که امر به صورت خبر در مقام انشاء، تاکید کننده بر واجب بودن است و نسبت به بقیه شکل های ابراز کننده امر(مانند امر به ماده امر یا با صیغه امر در ادبیات)، امری بودن را بیشتر می رساند. تعبیر دیگر از علمای اصولدر مورد خبر در مقام انشاء، آن است که چنین شکل از امر، آید در بحث است یعنی تاکید کننده در برانگیختن مأمور جهت انجام مأموریه است.

مبحث چهارم: دلالت امر بر وجوب

مهم ترین بحث مطرح شده در مورد اوامر این است که آیا «امر» بر وجوب و الزام دلالت می کند یا خیر؟ اطاعت از امر واجب است و اگر کسی از امر او اطاعت نکند، به علت ترک واجب، مجازات می شود.

مثلاً طبق ماده ۳۲۸ ق.م: «هرکس مال غیر را تلف کند، باید مثل یا قیمتش را بدهد» آیا بر کسی که مال دیگری را تلف کرده است واجب است که مثل یا قیمت آن را به صاحب مال بدهد؟ و مأمور (کسی که مال غیر را تلف کرده است) در صورت ندادن مثل یا قیمت مالی که تلف کرده به صاحب مال، به علت ترک واجب (تخلف از دستور امر) مجازات می شود؟ در پاسخ می گوئیم که لفظ «باید» در این ماده نمونه ای از «امر کردن بوسیله عبارات امری در زبان فارسی» است که به عنوان یکی از روش های

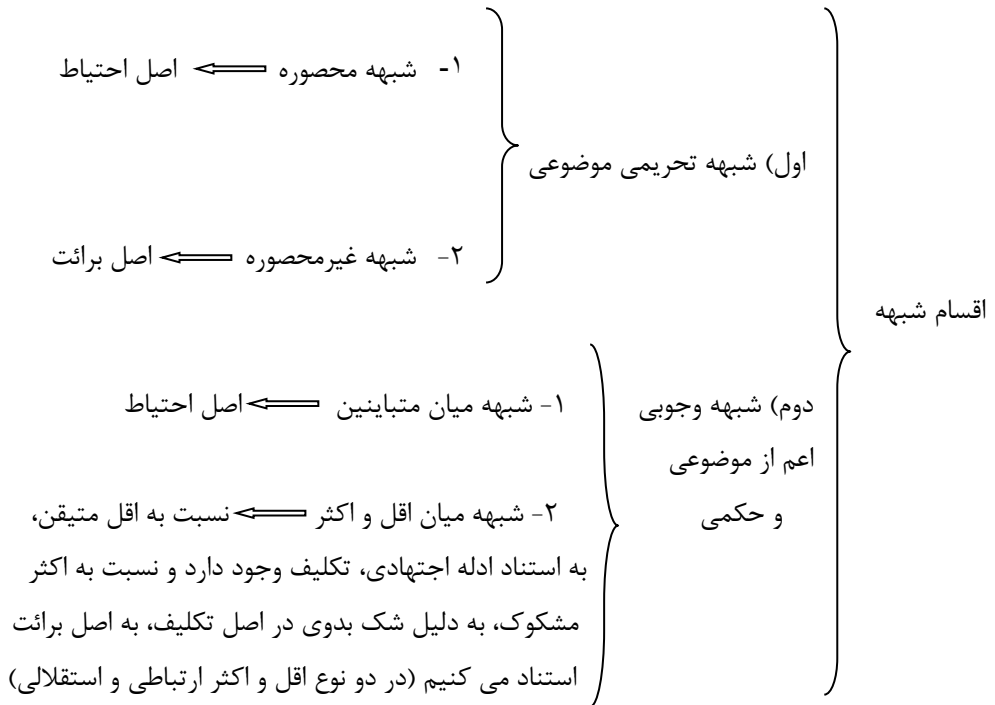
امر کردن بر «وجوب» دلالت دارد و چنانچه مأمور آن امر را ترک کند، به علت ترک امر آمر (ترک واجب) مجازات می شود.

در عالم حقوق نیز در هر موردی که امری از جانب مقام مافوق صادر شود، انجام آن عمل از طرف مأمور الزامی است. ماده ۵۴ قانون استخدام کشوری (مصوب ۴۵) در این زمینه تصریح می کند که: «مستخدم مکلف است در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر روسای مافوق خود را در امور اداری اطلاعات نماید...». همچنین ماده ۱۷ قانون بازسازی نیروی انسانی وزارتخانه ها ... مصوب ۱۳۶۰، ترمذ از اجرای دستورهای قانونی مقامات مافوق را از مصادیق خطاهای انضباطی به حساب آورده است. علاوه بر این، همه مقررات قانونی که به صورت «امر» از طرف مرجع ذی صلاح وضع و تصویب شده برای افرادی که مشمول آن هستند لازم الاجرا است.

مشهور اصولیان معتقدند که امر بر وجوب و الزام دلالت می کند؛ به عبارت دیگر ظاهر «امر» آن است که آمر به طور الزامی انجام کار مورد نظر را از مأمور خواسته و راضی به ترک آن نیست؛ پس **صیغه امر ظاهر در وجوب است** و اگر گوینده منظور دیگری داشته باشد، باید با آوردن قرینه آن را بفهماند.

«امر» معمولاً برای بیان حکم تکلیفی به کار می رود. یعنی مستقیماً به فعل شخص تعلق می گیرد و بیان کننده خواست آمر در خصوص انجام فعل است. اما گاهی حکم وضعی در قالب امر بیان می شود. مثلاً ماده ۱۰۶۴ ق.م. مقرر می دارد: «عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد». مدلول این گزاره امری این است که: «شرط صحت عقد از سوی عاقد، عاقل، بالغ و قاصد بودن وی است». یا در ماده ۴۶۸ ق.م. آمده است: «در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است». همچنین مواد ۲۱۰، ۴۷۲، ۴۷۳ ق.م. (همان، ص ۱۲۳)

مبحث اول: صور شک در مکلف به و حکم آن



اول) اقسام شبهه تحریمی موضوعی

در این حالت، حکم حرمت وجود دارد ولی نمی دانیم این حکم نسبت به کدام فرد و مصداق از مصداق موجود که در دسترس ما است تعلق گرفته است و به عبارت دیگر نمی دانیم حکم حرمت به کدام یک از اطراف شبهه تعلق گرفته است.

الف) شبهه محصوره: منظور شبهه ای است که اطراف آن شبهه محدود و به سادگی قابل

شمارش باشد؛ به عبارت ساده تر حالتی است که اطراف شک و تردید اندک و محدود است بگونه ای که عادتاً دچار شدن به مورد ممنوعه ممکن است. در شبهه محصوره، احتمالات شبهه، خیلی

زیاد و گسترده نیست. مثل یک لیوان نوشیدنی حرام در میان لیوانهای یک سینی. در این مورد

اصل احتیاط جاری است و برای احراز موافقت قطعی با تکلیف، باید از همه اطراف شبهه اجتناب

کرد زیرا علم اجمالی به حرمت یکی از لیوان ها داریم. در این مورد چون اصل وجود تکلیف قطعی

و مسلم است و اشتغال یقینی وجود دارد، مکلف باید با رعایت احتیاط و انجام همه احتمالات به

صورت قطعی از عهده تکلیف برآید و براءت یقینی حاصل نماید؛ لذا اصل احتیاط جاری می شود.

ب) شبهه غیر محصوره: در صورتی که اطراف شبهه، منحصر و محدود نباشد بلکه بسیار فراوان بوده و عادتاً در زمانی کوتاه و به سادگی قابل شمارش نباشد، آنرا شبهه غیر محصوره می نامند. مثلاً بدانیم یک بار کامیون ماهی وارد تهران شده است و یکی از ماهی های آن بار فاسد است. به نظر مشهور اصولیان در شبهات غیر محصوره اصل احتیاط جاری نمی شود و به جای آن باید اصل برائت را جاری کرد. در واقع در شبهات غیر محصوره، علم اجمالی اثر خود را از دست می دهد و دیگر منجز تکلیف نیست. برای عدم وجوب احتیاط در این مورد به قاعده نفی عسر و حرج (قاعده لاجرح) استناد شده است زیرا رعایت احتیاط در شبهات غیر محصوره معمولاً موجب عسر و حرج می شود و از این رو حکم وجوب احتیاط در این موارد برداشته می شود (اصول فقه کاربردی، ج ۳، صص ۱۱۳ و ۱۱۴).

نکته ۱: ملاک تشخیص شبهه غیر محصوره از شبهه محصوره این است که اطراف شبهه چنان فراوان و متعدد باشد که خردمندان به علم اجمالی موجود ترتیب اثر ندهند و هنگام ارتکاب هر یک از این اطراف، احتمال مصادف شدن این عمل با عنوان حرام را بسیار ضعیف و موهوم بدانند (همان، ص ۱۱۳؛ به نقل از: شیخ انصاری (ره)، فرائد الأصول، ج ۲، ص ۴۳۸).

نکته ۲: در مواردی که شک وجود داشته باشد که شبهه محصوره یا غیر محصوره است، باید اصل احتیاط را جاری دانست و از ارتکاب همه احتمالات اجتناب نمود. زیرا با وجود علم اجمالی، تکلیف ثابت می شود و اگر شک کنیم تکلیف ثابت شده، برداشته شده یا نه، باید احتیاط را مراعات کرد. استثنائاً در جایی که مسلم است شبهه، غیر محصوره است، چون خردمندان به چنین احتمالی اعتنا نمی کنند و به علم اجمالی ترتیب اثر نمی دهند تکلیف برداشته می شود (همان، ص ۱۱۵).

نکته ۳: شبهه کثیر در کثیر: در برخی موارد، اطراف شبهه بسیار متعدد است؛ ولی احتمال ارتکاب حرام نیز خیلی ضعیف نیست. مثلاً اگر شخصی یقین داشته باشد که یکصد گونی از هزار گونی برنج داخل انبار مسروقه است احتمال ارتکاب حرام، نیز ضعیف و موهوم نیست. شبهه کثیر در کثیر، از مصادیق شبهه محصوره است و در مورد آن، اصل احتیاط جاری می شود.

دوم) اقسام شبهه وجوبی (اعم از موضوعی و حکمی)

در این حالت حکم وجوب وجود دارد اما نمی دانیم حکم وجوب به کدام یک از اطراف شبهه تعلق گرفته است.

۱. **شبهه میان متباینین:** در حالتی که متعلق تکلیف، مردّد بین دو یا چند عمل مشکوک جدا از هم باشد که هیچ ارتباطی با هم ندارند.

مثال: هر گاه فردی می داند که صد هزار تومان بدهکار است و باید آن را به صاحبش برگرداند اما نمی داند بدهی او به صاحب این مغازه بوده یا صاحب مغازه مجاور آن، دوران بین متباینین واقع می شود (شبهه موضوعی). در این مثال، مکلف باید مبلغ مزبور را به هر دو نفر بپردازد یا به طریق دیگر رضایت آن دو را جلب کند. یا مثلاً شخصی می داند که خواندن نماز به سوی قبله واجب است؛ اما جهت قبله را نمی شناسد و مردّد میان چهار طرف است خواندن نماز به هر طرف متباین با اقامه نماز به سایر جهات است (شبهه موضوعی) (همان، ص ۱۱۶).

نکته: در مباحث حقوق کیفری، اگر قاضی **علم اجمالی** داشته باشد که یکی از دو متهم پرونده قطعاً مرتکب جرم شده است ولی به طور تفصیلی نداند کدام یک از آنها مجرم هستند در اینجا مسلماً نمی توان پذیرفت که به واسطه وجود علم اجمالی، قاضی مکلف است که هر دو متهم را محکوم به مجازات کند تا مجرم واقعی کیفر داده شود و قاضی به وظیفه قانونی خویش قطعاً عمل کرده باشد. بلکه باید با عنایت به اصل ۳۷ ق.ا، درباره آنها حکم به برائت صادر کرد خصوصاً اگر جرم مورد نظر از جرائم مستوجب حد باشد وقوع شبهه، موجب اجرای «قاعده درء» بوده و از این جهت نیز مجازات ساقط خواهد بود. در مواد ۴۷۷ به بعد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مقنن به مسئله علم اجمالی پرداخته است (همان، صص ۱۱۶ و ۱۱۷).

۲. **تردید بین اقل و اکثر:** میان اطراف علم اجمالی، رابطه عموم و خصوص وجود دارد و یکی از آنها نسبت به دیگری محدودتر است (همان، ص ۱۱۷). حالتی است که بر تمام اطراف شک، یک عنوان واحد صدق کند که در این عنوان واحد یک قسمت اقل متیقن داریم و یک قسمت اکثر مشکوک داریم. به عبارت دیگر، برخلاف دوران امر بین متباینین که تردید میان دو چیز جدا از هم است در دوران امر بین اقل و اکثر، تردید بین مقدار کمتر یا بیشتر از یک چیز است.

گفتار ششم: صور تعارض بین قاعده ها با استصحاب



۱. تعارض قاعده ید با استصحاب:

در اماره یا اصل بودن قاعده ید و نیز استصحاب اختلاف است اما اماره بودن قاعده ید و اصل بودن استصحاب عقیده قوی اکثر اصولین است. همانطور که سابق بر این گفته شد در صورت تعارض ظاهری اماره با اصل، اماره مقدم است زیرا اماره مبتنی است بر کشف واقع و اصل مبتنی است بر جهل به واقع. لذا قاعده ید بر استصحاب مقدم است و تعارض این دو ظاهری است نه حقیقی، به عبارت دیگر **استصحاب باید تعارض غیرمستقر دارد و ید بر آن وارد و مقدم است.**

مثلا اگر کسی متصرف مالی باشد نمی توان با استصحاب عدم مالکیت او را نفی کرد. اما اگر متصرف نسبت به مالکیت قبلی طرف مقابل اقرار نماید، در این صورت اماره ید قدرت اثباتی خود را از دست می دهد و از اعتبار ساقط می شود (مفاد ماده ۳۷ ق.م). علت این حکم، انقلاب دعوا است یعنی متصرف به وسیله این اقرار از جایگاه منکر به جایگاه مدعی منتقل می شود؛ زیرا در حقیقت، انتقال ملکیت را ادعا کرده است. بنابراین در این فرض هم نمی توان گفت که حقیقتاً اصل استصحاب بر اماره ید مقدم شده است (اصول فقه کاربردی، ج ۳، ص ۲۰۵ به نقل از: شیخ انصاری (ره)، فرائد الأصول، ج ۲، ص ۷۰۷).

نکته: در حالتی که متصرف فعلی، مال معینی را غصب یا تصرف عدوانی نموده یا به امانت گرفته سپس شک کنیم که بر اثر سبب شرعی مانند بیع یا هبه مالک شده یا نه، قاعده ید جاری نمی شود و فقط به استصحاب عمل می شود. علت عدم اجرای قاعده ید، این است که این قاعده در مورد تصرفی اجرا می شود سابقه و پیشینه آن، مجهول باشد (همان، ص ۲۰۶). توجه کنیم که در این حالت، استصحاب بر قاعده ید مقدم نمی شود بلکه قاعده ید جریان نیافته و فقط مجرای اصل استصحاب است.

نکته: مالی که سابقه وقفیت دارد و هم اکنون در ید فردی است و تصرف مالکانه دارد آیا ید او حاکی از مالکیت است یا استصحاب وقفیت جاری می شود؟ استصحاب وقفیت جاری می شود. در اینجا مورد، مشمول ید نمی شود نه اینکه استصحاب بر قاعده ید، مقدم باشد. زیرا طبع اولیه مال موقوفه، آن است که برای همیشه، غیرقابل فروش و نقل و انتقال باشد و فروش آن به پدید آمدن مجوز شرعی و قانونی نیاز دارد که آن هم فقط در موارد بسیار نادر اتفاق می افتد و اماره ید نمی تواند هم حدوث و پیدایش مجوزات فروش وقف و هم انتقال مال موقوفه به متصرف فعلی را به اثبات برساند(اصول فقه کاربردی، ج ۳، ص ۲۰۶).

۲. تعارض قاعده صحت با استصحاب:

قاعده صحت قاعده ای است که به موجب آن باید کاری را که از کسی سر می زند درست دانست، یعنی آثار کار درست بر آن بار کرد مگر اینکه خود او متهم به نادرستی در آن باشد یا خلاف آن ثابت گردد. قوی ترین دلیل حجیت قاعده صحت، بنای عقلا است که از جانب شرع اسلام نیز تایید و امضا شده است؛ پس حجیت آن حکمی است امضایی.

اصل صحت گاه به معنای جواز تکلیفی و گاه به معنای صحت وضعی به کار می رود: مفاد اصل صحت در معنای جواز تکلیفی، این است که حتی الامکان باید اعمالی که از دیگران سر می زند حمل بر صحت نمود؛ یعنی باید معتقد بود که رفتار دیگران از جهت تکلیفی مشروع و مباح است و آنان مرتکب عمل حرام نشده اند مگر اینکه خلاف آن به اثبات برسد. اجرای اصل برائت (مفاد اصل ۳۷ق.ا) در مورد متهمی که جرم او ثابت نشده، یکی از مثالهای اصل صحت به معنای جواز تکلیفی است. اصل صحت به معنای صحت وضعی به این معنا است که اعمال حقوقی دیگران را صحیح و نافذ بدانیم و تمام آثار صحت عمل را بر آن بار کنیم. ماده ۲۲۳ق.م بیانگر اصل صحت وضعی در حقوق ایران است.

طبق نظر مشهور اصولیین قاعده صحت را اماره و استصحاب را اصل عملی می دانند و قاعده صحت را بر اصل استصحاب مقدم می دانند هر چند برخی قاعده صحت را اصل عملی و استصحاب را اماره می دانند. تقدم قاعده صحت بر اصل استصحاب، از باب ورود است.

مثال: هنگامی که در صحت عقد بیعی که واقع شده، شک وجود داشته باشد از سویی، اصل صحت جاری می شود که نتیجه آن، صحت عقد و انتقال ملکیت مبیع به مشتری و انتقال ملکیت ثمن به

فروشنده است و از سوی دیگر، اصل استصحاب بقای مالکیت قبلی قابل اجرا است که نتیجه آن، فساد و بطلان عقد و عدم انتقال ملکیت است. همچنین در سایر قراردادهای مانند اجاره و نکاح و رهن و ... اصل صحت با استصحاب بقای حالت سابق، که موجب فساد عقد است در تعارض خواهد بود. در این موارد، اصل صحت بر استصحاب مقدم است حتی بر طبق نظر کسانی که اصل صحت را از اصول عملیه می دانند. زیرا اگر در این موارد، استصحاب مقدم شود فایده تشریح و قانونگذاری اصل صحت، به کلی منتفی می شود (همان، ص ۲۱۱) و قاعده ای که شارع مقرر نموده هیچ مجرای برای اجرا نمی یابد که قطعاً چنین نیست.

نکته: در برخی موارد، به سبب ویژگی خاص مورد، اجرای اصل صحت ممکن نیست و لذا اصل استصحاب بدون معارض باقی مانده و اجرا می شود. مثلاً در حالت فروش عین موقوفه و شک در تحقق مجوز بیع وقف (مانند خوف اختلاف و خونریزی یا خرابی و عدم امکان استفاده از وقف موضوع مواد ۸۸ و ۳۴۹ق.م)، و نهایتاً شک در صحت بیع موقوفه، اصل صحت جاری نشده (زیرا بنای عقلاء به عنوان دلیل اعتبار اصل صحت، شامل این مورد نمی شود) و استصحاب وقفیت جاری می گردد (همان به نقل از: شهیدی، اصول قراردادهای و تعهدات، ج ۲، صص ۲۴۱ و ۲۴۲).

همچنین در مورد شک در صحت یا فساد معامله مجنون ادواری، با لحاظ ماده ۱۲۱۳ق.م، اصل صحت جاری نمی شود. برخی اساتید مانند دکتر سیدحسن امامی، قائل به اجرای اصل استصحاب جنون بوده و برخی دیگر مانند مرحوم دکتر کاتوزیان می فرمایند صدور حکم حجر، اماره ای بر بطلان معاملات مجنون ادواری است مگر اینکه آفاقه او اثبات و احراز شود. همانطور که مشاهده می کنیم در این مثال هم اصل صحت جاری نمی شود البته نه به دلیل تقدم استصحاب بر صحت، بلکه به سبب ویژگی خاص مورد، این مورد، مجرای اصل صحت نیست.

۳. تعارض استصحاب با قاعده فراغ و تجاوز:

قاعده تجاوز: هرگاه کسی در حال انجام کاری باشد که دارای اجزایی است و پس از ورود به جزء یا اجزاء بعدی شک کند که جزء قبلی را انجام داده یا خیر، این مصداق اجرای قاعده تجاوز است. مثل اینکه در نماز باشد و در رکوع شک کند که سوره را خوانده یا خیر. چنین شکی اعتبار ندارد. قاعده فراغ: در مثال پیشین اگر کسی بعد از نماز (بعد از انجام عمل) شک کند که حمد و سوره را کامل به جا آورده یا خیر، مصداق قاعده فراغ است. چنین شکی نیز قابل اعتنا نیست. قاعده فراغ و تجاوز چون اماره هستند بر استصحاب از باب ورود، مقدمند.

۴. تعارض قاعده قرعه با استصحاب:

در مواردی که واقعیت میان دو یا چند امر مشتبه باشد و هیچ راهی برای تشخیص آن وجود نداشته باشد یا مواردی که حقوق افراد با هم مشتبه شده و قابل تشخیص نیست، راه حل عقلی و شرعی برای رفع تنازع رجوع به قاعده قرعه است.

فقها در ابواب مختلف فقهی به این قاعده استناد کرده اند؛ برای مثال هرگاه دو نفر نسبت به مالی ادعای مالکیت داشته باشند و آن مال در تحت تصرف هیچ کدام نباشد و هر دو طرف بینه اقامه کنند، به عقیده برخی فقها، قاضی باید به نفع طرفی حکم کند که بینه و شاهدان او عادل ترند و اگر از جهت عدالت مساوی هستند، باید به نفع طرفی که شهود بیشتری دارد حکم کند و در صورت تساوی شهود، قاضی باید به کمک قرعه حکم صادر کند. در حقوق موضوعه ایران نیز این قاعده به رسمیت شناخته شده و در مواد قانونی متعدد به آن تصریح شده است از جمله ماده ۱۵۷ ق.م.

اصل استصحاب بر قرعه، از باب ورود، مقدم است. همچنین تقدم قاعده قرعه بر استصحاب از باب تخصیص هم قابل توجیه است. زیرا اخبار و روایات مربوط به قرعه عام است در حالی که اخبار و روایات استصحاب، خاص است و خاص بر عام، تخصیصاً مقدم است. همچنین قاعده قرعه فقط در موردی قابل اجراست که هیچ راه دیگری جهت رفع مشکل و تعیین گزینه مناسب وجود نداشته باشد اما در صورتی که به کمک امارات یا اصول عملیه بتوان مشکل را مرتفع ساخت، نوبت به قاعده قرعه نمی رسد.

مثال تعارض قاعده قرعه با اصل استصحاب: هر گاه پدر و جد پدری - که هر دو نسبت به صغیر ولایت دارند (ماده ۱۱۸۱ ق.م) - جداگانه مال او را بفروشند کدام معامله، نافذ خواهد بود؟ سه حالت در پاسخ سوال وجود دارد: الف) اگر تاریخ هر دو معامله معلوم است معامله اول، صحیح و نافذ و معامله بعدی باطل خواهد بود. ب) اگر تاریخ هیچ کدام از دو معامله معلوم نیست و هر دو معامله از جهت میزان منافع برای صغیر، یکسان است باید به قید قرعه، یکی را صحیح و نافذ دانست. ج) اگر تاریخ یکی معلوم و تاریخ دیگری مجهول باشد نمی توان قاعده قرعه را جاری کرد. زیرا در این فرض، استصحاب عدم وقوع معامله مجهول التاریخ تا زمان وقوع معامله معلوم التاريخ(اصل تأخر حادث) سبب می شود که قراردادی که تاریخش معلوم است از جهت زمانی مقدم فرض شود و در نتیجه، صحیح و نافذ تلقی شده و با وجود این استصحاب، نوبت به اجرای قاعده قرعه نمی رسد(همان ، ص ۲۲۱ به نقل از: جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۳۵۷).

۵. تعارض ظاهر حال با استصحاب (تعارض امارات قانونی و قضایی با استصحاب)

منظور از ظاهر حال، ظاهر حال مردم است؛ مثلاً هرگاه زن و شوهر با هم زندگی می کنند ظاهر حالشان این است که زن تمکین می کند و شوهر هم نفقه می دهد. ظاهر حال حجت است و حجیت آن مبتنی بر بنای عقلا و عدم ردّ شارع است لذا ظاهر حال، اماره (از نوع قضایی) است. این ظاهر حال بر استصحاب مقدم است.

اول) در تعارض استصحاب با امارات قانونی، اماره قانونی از باب ورود، مقدم است. مانند تعارض ماده ۱۷ قانون صدور چک (اماره قانونی پرداخت وجه چک) - که دال بر برائت صادر کننده چک است - با اصل عملی استصحاب (استصحاب دین صادرکننده چک) که دال بر بقای دین صادرکننده چک می باشد (اصول فقه کاربردی، ج ۳، ص ۲۰۷). در این مثال، اماره قانونی بر اصل استصحاب، ورود دارد.

دوم) در تعارض امارات قضایی با استصحاب، قضیه دو حالت دارد:

الف) یکی قراین و شواهد و اوضاع و احوالی که باعث حصول علم و اطمینان برای قاضی می شود: این قراین از جهت شرعی حجیت دارد و قاضی می تواند طبق آن حکم کند و در صورت تعارض این گونه امارات با استصحاب، قطعاً اماره قضایی مقدم بر آن خواهد بود. زیرا با حصول علم، دیگر شکی برای قاضی باقی نمی ماند و موضوع استصحاب منتفی می شود. (همان، ص ۲۰۸ به نقل از: امامی، حقوق مدنی، ج ۶، ص ۲۶۲).

ب) قراینی که تنها مفید ظن و گمان برای قاضی باشد: ظاهر حال و اماره قضایی ظنی، معتبر و قابل استناد است و طبعاً در صورت تعارض با استصحاب، بر آن مقدم خواهد شد (همان، ص ۲۰۸ به نقل از: جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۳۴۲ و کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۲۹۵ و ۲۹۶).

مثال: بعد از طلاق درباره وقوع نزدیکی میان زوجین اختلاف وجود دارد. زوجه، با هدف دریافت تمام مهر، مدعی وقوع نزدیکی و زوج، برای خلاصی از پرداخت نصف مهر، منکر آن است. در حالتی که بین زن و شوهر، خلوت تامه (کامل) وجود داشته باشد مطابق نظر شهید ثانی (ره)، عمل به ظاهر حال اقتضا می کند که قول زوجه (وقوع نزدیکی) بر قول زوج (عدم وقوع نزدیکی) مقدم باشد. اما شهید اول با لحاظ اصل (اصل عدم یا اصل استصحاب)، قول زوج را مقدم می داند (اصول فقه کاربردی، ج ۳، ص ۲۰۸).

مرجّحات باب تزاحم

در باب تزاحم، ۴ مرجّح وجود دارد. یعنی به سبب این ۴ مورد، یک دلیل متزاحم بر دلیل متزاحم دیگر ترجیح و برتری می یابد. اگر در حالت تزاحم، مرجّحی وجود نداشته باشد مکلف، با لحاظ تخییر عقلی - که یک حکم واقعی است - در انتخاب هر یک از احکام متزاحم، مخیر است.

مهمترین مرجّحات باب تزاحم عبارت است از (اصول فقه کاربردی، ج ۳، صص ۱۴۳ تا ۱۴۷):

الف) مقدم شدن تکلیف فوری و مضیق بر واجب موسّع: در حالت تزاحم واجب موسّع با واجب مضیق، واجب مضیق ترجیح دارد و در حالت تزاحم واجب فوری با واجب موسّع یا تزاحم واجب فوری با واجب غیرفوری، واجب فوری رجحان دارد.

مثال: بر اساس ماده ۱۰۲ قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، هیئت رئیسه مجلس موظف است که طرح ها و لوایح واصله از کمیسیون ها را به ترتیب وصل، در دستور هفتگی مجلس قرار دهد. با وجود این، در مواردی که طرح یا لایحه ای دارای فوریت و اولویت باشد رسیدگی به آن باید بر طرح ها و لوایح عادی مقدم شود. مثلاً مطابق ماده ۱۶۶ آیین نامه مجلس، «طرح ها و لوایح سه فوریتی پس از تصویب کلیات، بلافاصله در همان جلسه در دستور مجلس قرار می گیرد» و مطابق ماده ۲۱۵ همین قانون، «مادام که لایحه برنامه [توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی] در صحن مجلس مورد بررسی است مجلس نطق قبل از دستور نخواهد داشت و هیچ طرح یا لایحه ای جز طرح ها و لوایح سه فوریتی در دستور قرار نخواهد گرفت...».

ب) مقدم شدن تکلیفی که از نظر زمانی (زمان امتثال یا ابلاغ یا وصول آن به مخاطب) مقدم است:

مثال ۱: به موجب تبصره یک ماده ۲۸ قانون وکالت، «... در صورتی که [وکیل] در دو یا چند دادگاه جنایی یا دیوان کیفر دعوت شده باشد حضور وکیل در هر یک از دادگاه های مذکور بر حسب تقدم تاریخ ابلاغ از طرف دادگاه خواهد بود».

مثال ۲: ماده ۱۰۲ آیین نامه داخلی مجلس مقرر می دارد: «دستور هفتگی مجلس باید به ترتیب وصول طرح ها و لوایح از کمیسیون ها، توسط هیئت رئیسه مجلس، تهیه و پس از چاپ و توزیع، بر تابلو مخصوص، نصب شود. رعایت ترتیب مذکور، الزامی است».

ج) مقدم شدن حکم فاقد بدل بر حکم دارای بدل

د) **مقدم شدن تکلیف اهم بر مهم:** ماده ۱۵۸ ق.م.ا می گوید: «علاوه بر موارد مذکور در مواد قبل، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می شود در موارد زیر قابل مجازات نیست: الف) در صورتی که ارتکاب رفتار به حکم یا اجازه قانون باشد؛ ب) در صورتی که ارتکاب رفتار برای اجرای قانون اهم لازم باشد...». مصادیقی از قاعده عقلی تقدیم اهم بر مهم عبارت است از:

۱- **مقدم بودن احکام مرتبط با حفظ اساس اسلام بر سایر احکام:** اگر کفار در جنگ با مسلمانان، عده ای از مسلمانان را اسیر گرفته و سپر دفاعی خود قرار دهند و شکست کفار جز با کشتن مسلمانان میسر نباشد کشتن مسلمانان مزبور - با اینکه حرام است - در این مورد جایز است.

۲- **مقدم بودن احکام مربوط به حفظ جان انسان ها بر حفظ مال آنان:** مثلاً اگر برای حفظ جان انسانی، آسیب رساندن به اموال او و یا حتی اموال دیگران، مانند شکستن شیشه و خراب کردن دیوار، لازم باشد در این صورت حفظ جان مقدم است. ماده ۱۵۲ ق.م.ا در زمینه اضطرار هم بیانگر همین وضعیت است.

۳- **مقدم بودن احکام مرتبط با حقوق الناس بر احکام عبادی صرف**

۴- **مقدم بودن برخی اشخاص در دریافت نفقه:** مواد ۱۲۰۲ ق.م. (تقدم اقارب خط عمودی نزولی بر اقارب خط عمودی صعودی در حالت تراحم در اخذ نفقه) و ۱۲۰۳ ق.م. (تقدم زوجه بر اقارب در حالت تراحم در اخذ نفقه) مثالهایی برای این حالت است.

۵- **مقدم بودن برخی از طلبکاران بر دیگران:** ماده ۱۲۰۶ ق.م: «زوجه در هر حال می تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوا نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور، طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس و ورشکستگی شوهر، زن مقدم بر غرما خواهد بود ولی اقارب فقط نسبت به آتیه می توانند مطالبه نفقه نمایند». تبصره یک ماده ۱۳ قانون کار، مثال دیگری در این زمینه است: «مطالبات کارگر جزء دیون ممتازه بوده...». مثال بعد، ماده ۲۲۶ ق.ا.ح در مورد ترتیب طلبکاران متوفی در قالب پنج طبقه است.

۶- **مقدم بودن دعاوی کیفری بر غیر کیفری:** ماده ۲۸ قانون وکالت: «در صورتی که وکیل در دو یا چند دادگاه اعم از جنایی و غیر آن دعوت شود و جمع بین اوقات ممکن نباشد باید حضور در دیوان جنایی و دیوان کیفر را مقدم بدارد و به دادگاه یا دادگاههای دیگر لایحه بفرستد یا در صورت داشتن حق توکیل، وکیل دیگری را اعزام بدارد...».

نکته ۱: در برخی از قوانین، تشخیص اهم و مهم در احکام متزاحم به اشخاص واگذار شده است. مثلاً در ادامه ماده ۲۸ قانون وکالت آمده است: «... در صورتی وکیل در دو یا چند دادگاه غیر از دادگاه جنایی و دیوان کیفر دعوت شود و جمع بین اوقات ممکن نباشد در دادگاهی که حضور خود را لازم می داند حاضر می شود و به دادگاههای دیگر لایحه می فرستد یا در صورت داشتن حق توکیل، وکیل دیگری را اعزام می دارد».

نکته ۲: هر گاه احتمال اهم بودن یکی از دو حکم متزاحم وجود داشته باشد عقلاً جانب احتیاط را مراعات نمود و آن را مقدم کرد؛ هر چند به صورت قطعی، اهم بودن آن مشخص نباشد.

ترجیح در باب تعارض: به معنای مرجحات است و منظور چیزهایی است که دلیلی را بر دلیل دیگر، برتری و ترجیح می دهد و تعارض را از بین می برد. مرجحات منصوصه در روایات علاجیه، عبارتند از:

۱) **صفات راوی یعنی عادل تر، باتقواتر، موثق تر، راستگوتر و فقیه تر بودن راوی (همان، ص ۱۹۰)**

۲) **شهرت:** شهرت راوی موجب ترجیح روایتی بر روایت دیگر می شود.

۳) **موافقت با قرآن:** هرگاه خبری با ظاهر قرآن موافق باشد بر دیگری مرجح است.

۴) **مخالفت عامه (مخالفت روایت با مذاهب اهل سنت):** هرگاه خبری مخالف با مذاهب اهل سنت باشد بر دیگری برتر است.

۵) **موخر بودن زمان صدور روایت**

نکته: در باب تعارض روایات و اخذ ترجیح، باید به مرجحات منصوصه اکتفا کرد و به هیچ وجه نمی توان از روایات ترجیح استفاده کرد که هر گونه مزیتی که باعث اقریبیت به واقع است مرجح می باشد. لذا در صورتی که مرجح منصوصه وجود نداشته باشد باید به راه حل تخییر مراجعه نمود (همان، ص ۱۸۷).

سوال: آیا بین مرجحات ترتیبی وجود دارد و می توان مرجحی را بر مرجح دیگر تقدم داد؟

پاسخ: از صفحات ۱۸۷ و ۱۸۸ جلد سوم کتاب اصول فقه کاربردی بیان می گردد: «در مواردی که فقط یکی از دو روایت متعارض دارای مرجح باشد، روایت مزبور ترجیح داده می شود؛ اما گاهی با دو روایت متعارض مواجه می شویم که هر یک واجد یک نوع مرجح است. برای مثال، یکی از دو روایت

متعارض مشهور است و روایت دیگر از نظر صفات راوی ترجیح دارد. این سوال مطرح می شود که در چنین مواردی تکلیف چیست و از میان دو مرجح کدام بر دیگری تقدم دارد؟
در پاسخ به این سوال دیدگاه ها و راه حل های مختلفی پیشنهاد شده است. قبل از توضیح این راه حل ها، باید به عنوان مقدمه به این نکته اشاره کرد که می توان در یک تقسیم کلی مرجحات را به سه دسته تقسیم کرد: (شیخ انصاری، فرائدالاصول، ج ۲، ص ۷۸۳؛ خویی، مصباح الاصول، ج ۳، ص ۴۱۹).

الف) مرجح صدور؛ مرجحاتی که جانب صدور یک روایت از معصوم (ع) را تقویت می کنند، مانند مشهور بودن یک روایت. بنابراین هر گاه یکی از دو روایت متعارض دارای شهرت باشد، شهرت این روایت باعث می شود که احتمال صدور آن نسبت به روایت دیگر تقویت و ترجیح یابد.
ب) مرجح جهتی؛ مرجحاتی که ترجیح دهنده جهت صدور روایت است. منظور از «جهت صدور» تشخیص این امر است که آیا روایت برای بیان حکم واقعی از سوی امام (ع) صادر شده یا به سبب مصالح و جهات مهم تری که مدنظر امام معصوم (ع) بوده، روایت بیان کننده حکمی غیر از حکم واقعی است. برای مثال، امام (ع) به جهت رعایت تقیه و برای حفظ جان خود یا حفظ جان شیعیان و راپیان حکمی خلاف واقع بیان فرموده است. به عقیده شیخ انصاری، «مخالفت عامه» یک مرجح جهتی است؛ زیرا هنگامی که یک روایت مخالف عامه باشد، این احتمال در ذهن تقویت می شود که در صدور روایت مزبور هیچ گونه تقیه در کار نبوده و روایت درصدد بیان حکم واقعی است.
ج) مرجح مضمونی؛ مرجحاتی که ناظر به مطابقت مضمون روایت با واقع و نزدیک تر بودن به حکم واقعی است، مرجح مضمونی نامیده می شود. مانند ترجیح به «موافقت کتاب»؛ زیرا اگر روایتی موافق کتاب و روایت دیگری مخالف کتاب باشد، موافقت با کتاب این احتمال را در ذهن تقویت می کند که روایت مورد نظر با واقع منطبق تر و با آن نزدیک تر است.

تعارض امارات با یکدیگر

در این قسمت، مطالبی از کتاب اصول فقه کاربردی (جلد ۳) بیان می گردد:

الف) تعارض بینات

در حقوق موضوعه ایران، هر یک از طرفین دعوا می تواند اقامه بینه نماید و این مطلب را می توان از مواد ۲۳۲ و ۲۳۴ق.آ.د.م به خوبی استنباط کرد. طبعاً در فرض تعارض میان بینه طرفین، با عنایت به ماده ۲۴۱ق.آ.د.م که مقرر می دارد: «تشخیص ارزش و تأثیر گواهی با دادگاه است» و با توجه به

اختیاری که قانونگذار به دادگاه است قاضی باید با در نظر گرفتن قرائن و شواهد و مرجحاتی که ممکن است برای بینه یکی از طرفین وجود داشته باشد بینه برتر را تشخیص داده و بر دیگری مقدم بدارد. برای نمونه اگر تعداد شاهدان یک طرف بیشتر باشد یا شاهدان یک طرف، دقت بیشتری در ذکر خصوصیات مورد شهادت داشته باشند یا از عدالت و شخصیت بالاتری برخوردار باشند بر بینه طرف مقابل مقدم خواهند شد و در صورتی که هیچ ترجیحی در میان نباشد هر دو بینه از اعتبار ساقط و باید به دنبال سایر ادله رفت.

در تعارض شهود جرح با شهود تعدیل، مرحوم صاحب عروه، در این فرض، حکم به تساقط بینه جرح و تعدیل نموده و معتقد است اگر حالت سابق شاهد یقینی بوده مثلاً عدالت یا فسق او قبلاً محرز و یقینی بوده باید همان حالت را استصحاب نمود (طباطبایی یزدی، عروه الوثقی، ج ۳، ص ۷۳). قانونگذار نیز همین نظریه را پذیرفته و در تبصره ۲ ماده ۱۷۰ ق.آ.د.ک سابق مقرر داشته: «چنانچه گواهی شهود معرفی در اثبات جرح یا تعدیل شاهد با یکدیگر معارض باشد از اعتبار ساقط است مگر اینکه حالت سابقه شاهد، احراز شده باشد».

نکته: حجیت بینه، منحصر به دعاوی نیست بلکه با توجه به روایات، بینه در مورد غیر دعاوی، برای اثبات موضوعات خارجی، از قبیل اجتهاد شخص خاصی یا اعلم بودن او یا طهارت و نجاست چیزی و ... نیز اعتبار دارد (سنگلجی، قضا در اسلام، ص ۱۸۹).

ب) تعارض بینه (شهادت) با اماره ید و تصرف

سوال: در تعارض بینه با ید، کدام یک مقدم است؟ بین دو فرض باید قائل به تفکیک شویم:

فرض اول) در تعارض شهادت با ید در اثبات مالکیت فعلی، شهادت مقدم است. مثلاً اگر دو شاهد عادل شهادت دهند که فرشی که در تصرف علی است از آن احمد است و تصرف علی در آن غیرقانونی و نامشروع است مثلاً شهادت دهند که علی فرش احمد را از او غصب کرده و تحت اختیار خود درآورده است در این صورت باید شهادت را بر اماره ید مقدم دانست (لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۳۵۱).

فرض دوم) در تعارض شهادت بر مالکیت سابق و ید بر مالکیت فعلی، ید مقدم است. مثلاً اگر شاهدان شهادت دهند که این فرش قبلاً از آن احمد بوده است از طرفی، اماره ید، مالکیت علی را

اثبات می کند و از سوی دیگر، بینه بر مالکیت احمد دلالت دارد. در این فرض، باید اماره ید را بر شهادت مقدم دانست بلکه با نظر دقیق تر، اساساً تعارضی میان آن دو وجود ندارد.

ج) تعارض اقرار و اماره ید

در تعارض اقرار به مالکیت فعلی و ید بر مالکیت فعلی، اقرار مقدم است. مثلاً اگر شخصی که نسبت به مال معینی، تصرف مالکانه دارد و ظاهر اماره ید به مالکیت او حکم می کند اقرار کند که این مال، از آن شخص دیگری است بدیهی است که در این صورت اقرار بر اماره ید برتری دارد. زیرا امارات تنها در صورتی اعتبار دارند که دلیلی برخلاف آنها نباشد (ماده ۳۲۳ ق.م) و با فرض وجود اقرار مخالف با اماره ید، این اماره از اعتبار ساقط می شود.

در تعارض اقرار به مالکیت قبلی شخص دیگر و ید بر مالکیت فعلی، مشهور فقها معتقدند اقرار مقدم است و اماره ید از اعتبار ساقط است. دلیل آن، انقلاب دعوا است (یعنی به واسطه اقرار متصرف، وضعیت متصرف از منکر به مدعی تغییر می یابد و از این به بعد، این متصرف است که به عنوان مدعی باید انتقال ملک به خودش را با دلیل اثبات کند). این انقلاب در حالت اقرار رخ می دهد و در حالت شهادت شهود به مالکیت سابق مدعی، انقلابی رخ نمی دهد برخلاف نظر مرحوم دکتر کاتوزیان که معتقدند در حالت شهادت به مالکیت سابق نیز اماره ید از اعتبار ساقط است و متصرف باید انتقال ملک به خودش از طریق ناقل صحیح را اثبات کند. به عبارت دیگر از نظر مرحوم دکتر کاتوزیان، اقرار در ماده ۳۷ ق.م، خصوصیت خاصی نداشته و طریقت دارد نه موضوعیت. لذا اگر به هر دلیلی از جمله شهادت، ملکیت سابق طرف مقابل اثبات شود اماره ید از اعتبار ساقط می شود. اما مشهور علماء، با این سخن مخالفند و انقلاب دعوا را مختص حالت اقرار می دانند.

د) تعارض اماره قانونی و اماره قضایی

اگر در موردی میان اماره قانونی و اماره قضایی تعارضی رخ داد قاضی باید به مقتضای کدام یک رأی صادر کند؟

به اتفاق نظر حقوقدانان، در این باره اماره قضایی بر اماره قانونی مقدم است و قاضی باید طبق اماره قضایی حکم کند (امامی، حقوق مدنی، ج ۶، ص ۲۲۳؛ جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ص ۶۷۰ و ج ۲، ص ۳۴۰؛ کاتوزیان، قانونمدنی در نظم حقوقی کنونی، صص ۷۸۵ و ۷۸۶؛ مدنی، ادله اثبات دعوا، ص ۲۰۸).

مثال: شخصی در دادگاه ادعا می کند کیفی که در دست طرف مقابل است از آن او است و طرف مقابل آن را برداشته است؛ اما شاهی بر این مطلب ندارد. متصرف هم با استناد به اماره تصرف، خود را مالک کیف معرفی کند. حال اگر قاضی از هر دو نفر جداگانه درباره محتویات داخل کیف سوال کند و مدعی تمام جزئیات را دقیق و صحیح پاسخ دهد؛ اما متصرف (منکر) هیچ اطلاعی از جزئیات آن نداشته باشد و پاسخ اشتباه بدهد و شواهد دیگری هم وجود داشته باشد که این کیف ارتباطی با متصرف ندارد قاضی با توجه به این اوضاع و احوال، که اماره قضایی محسوب می شود یقین می کند که کیف، مال مدعی است نه متصرف. در این صورت، هر چند اماره قانونی ید به نفع متصرف وجود دارد قاضی بر علیه او و به نفع مدعی حکم صادر می کند و اماره قضایی را بر اماره قانونی مقدم می دارد (امامی، حقوق مدنی، صص ۲۲۳ و ۲۲۴).

ه) تعارض قاعده لاضرر و قاعده تسلیط

دو قاعده فقهی لاضرر (لاضرر و لاضرار فی الاسلام): هیچ حکم ضرری در اسلام جعل و تشریح نشده است) و تسلیط (إِنَّ النَّاسَ مَسْلُوبُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ) به ترتیب در اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۳۰ قانون مدنی بیان شده است. این دو قاعده در پاره ای موارد با هم تعارض پیدا می کنند. از جهت منطقی، نسبت میان این دو قاعده، عموم و خصوص مین وجه است و طبعاً در مورد نقطه مشترک، تعارض حاصل می شود. این نقطه مشترک عبارت است از: در مورد تصرفاتی که مالک در ملک خویش انجام می دهد و موجب ورود ضرر به دیگران می شود این دو قاعده با هم تعارض دارند. به عنوان مثال، هر گاه شخصی در ملک خویش چاهی حفر کند که موجب ورود خسارت به خانه همسایه باشد یا ساختمان مرتفع و آپارتمان چندین طبقه ای بسازد که فضا و نور همسایه را بگیرد مسئله از مصادیق تعارض این دو قاعده بشمار می آید.

✓ راه حل این تعارض از نظر مرحوم بجنوردی (ره) به این صورت است که تصرفات ضرری دو گونه اند:

دسته اول، تصرفاتی هستند که برای دیگران زیان بارند و برای خود مالک هم نفعی ندارند و ترک آن هم ضرری برای مالک ندارد و مالک صرفاً به قصد اضرار به دیگران یا حتی بدون قصد اضرار، بلکه بدون جهت و بیهوده و بدون قصد انتفاع شخصی، این تصرفات را انجام می دهد. مثلاً شخصی که در ملک خویش گودال بزرگی بی جهت و بدون فایده حفر می کند که برای همسایه ضرر دارد.

در این فرض، قطعاً قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط مقدم خواهد شد و این چنین تصرفاتی ممنوع است.

دسته دوم، تصرفاتی است که هر چند برای دیگران مضر است اما برای مالک منفعتی دارد یا ترک آن، موجب ضرر مالک می شود مانند جایی که مالک در ملک خود، چاهی را برای فاضلاب حفر می کند که در عین حال برای همسایه مضر است. در این موارد، قاعده تسلیط مقدم خواهد شد و طبعاً انجام این گونه تصرفات جایز خواهد بود. در این فرض، دو قاعده لاضرر (قاعده لاضرر نسبت به دیگران و قاعده لاضرر نسبت به خود مالک) با هم تعارض می کنند و هر دو از اعتبار ساقط شده و در نتیجه قاعده تسلیط، بدون معارض باقی مانده و باید به آن رجوع کرد (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۴۲ به بعد).

✓ راه حل این تعارض از نظر قانون مدنی در فرض تعارض میان قاعده لاضرر و قاعده تسلیط، در مورد تصرفاتی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از مالک باشد قاعده تسلیط بر قاعده لاضرر مقدم خواهد شد؛ اما در مورد سایر تصرفات زیانبار، قاعده لاضرر حاکم است و این تصرفات ممنوع تلقی می شود.

نمونه تست

۲۶۸- در تعارض دو دلیل چه باید کرد؟ (وکالت ۷۴)

- ۱) جمع عرفی میان متعارضین
 - ۲) حاکم کردن قاعده و تساقط دلیلین
 - ۳) در تعارض دو حدیث، اصله التخییر و در تعارض سایر ادله، قاعده تساقط حاکم است.
 - ۴) در تعارض دو دلیل از نوع امارات، تساقط و در تعارض اصول، استصحاب بر دیگر اصول تقدم دارد.
- پاسخ: گزینه «۳» صحیح است.

۲۶۹- هرگاه دو وصیت متعارض و بدون تاریخ از متوفی ارائه شود، تکلیف چیست؟ (وکالت ۷۸)

- ۱) طبق اصله الاشتغال، ورثه مکلف به عمل به دو وصیت می باشند.
 - ۲) طبق اصله التخییر، ورثه در عمل به یکی از دو وصیت مخیرند.
 - ۳) طبق اصله الصحه هر دو وصیت لازم الاجرا می باشند.
 - ۴) تعارض موجب سقوط اعتبار هر دو وصیت می گردد.
- پاسخ: گزینه «۴» صحیح است.