

حجّیت و اقسام اماره و نسبت آن با اصل عملی در اصول فقه

تألیف:

عارف و غنی اقدس

مدرس دانشگاه



انتشارات آرمین اسلام

تیریز - ۱۳۹۶

- سرنامه : فیضی اقدس، عارفه، ۱۳۵۳ -
- عنوان : آماره و اقسام اماره و نسبت آن با اصل عملی / تألیف عارفه فیضی اقدس.
- مشخصات نشر : ر: آرمان نسل نو، ۱۳۹۶.
- مشخصات ظاهری : ۱۵۹ س ۱۴/۵×۲۱/۵ س.م.
- شابک : 978-600-97774-5
- وضعیت فهرست نویسی : فیا
- یادداشت : کتابنامه: ص ۱۵۱-۱۵۹؛ همچنین به صورت زیرنویس.
- موضوع : آماره (فقه)
- موضوع : Presumptions (Islamic law)
- موضوع : آماره (فقه) -- ایران
- موضوع : Presumptions (Islamic law) -- Iran
- موضوع : حجیت (فقه)
- موضوع : * Authoritativeness (Islamic law)
- موضوع : آماره (حقوق) -- ایران
- موضوع : Presumptions-- Iran
- رده بندی کنگره : ۱۳۹۶ ج ۳ ق ۹۴ / BP۱۵۵
- رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۱
- شماره کتابشناسی ملی : ۴۶۸۴۴۸۲



حجیت راقسا، مار و نست آن با اصل عملی
نوشته مول فقه
تألیف:

عارفه فیضی اندیس

انتشارات آرمان نسل

تبریز - چهارراه بهشتی (منصور) - مجتمع تجاری اطلس - پلاک ۷

پلاک ۷

همراه: ۴۶۶ ۷۷۷۷ ۰۹۱۴

np_nashr@yahoo.com

طراحی و صفحه آرایی : هدی اسمعی

نوبت چاپ : اول - ۱۳۹۶

اندازه و تعداد صفحه : رقمی ۱۶۰ ص

چاپ و صحافی : اعظم - نوبل

تیراژ : ۱۰۰۰ نسخه

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۹۷۲۷۴-۴-۵ - ISBN: 978-600-97274-4-5

قیمت: ۱۵۰/۰۰۰ ریال

فهرست مطالب

عنوان

صفحه

۱۵

۱۸

پیشگفتار

مقدمه

فصل نخست: مهلت اماره

۲۳	مفهوم حجّت
۲۳	معنی حجّت در اصول
۲۵	حجّت در اصطلاح اصولیان
۲۵	حجّت به معنی اعم
۲۵	حجّت به معنی خاص (اماره یا دلیل)
۲۵	اقسام حجّت
۲۵	حجّت ذاتیه
۲۶	حجّت عرضیه
۲۶	ظن و حجّیت آن
۲۶	مفهوم ظن
۲۶	اقسام ظن
۲۶	حجّیت ظن
۲۶	مفهوم ظن
۲۶	اقسام ظن به اعتبارات مختلف
۲۸	حجّیت ظن
۲۸	اصل عدم عمل به ظن
۳۰	حجّیت ظنون خاص
۳۳	حجّیت خبر واحد از نظر مشهور فقها
۳۶	ادله حجّیت خبر واحد
۳۹	حجّیت خبر واحد از دیدگاه اجماع

۴۲	 اماره در اصول
۴۳	 اقسام حکم
۴۳	 اقسام حکم ظاهری
۴۸	 حجیت امارات و طرق
۵۰	 موطن حجیت امارات
۵۲	 مفهوم طریقت
۵۴	 مبانی مختلف اماره
۵۵	 حریف اصل
۵۷	 اصل
۵۷	 معرزه
۵۷	 غیر معرزه
۵۸	 واژه استصحاب
۵۹	 تعریف استصحاب
۶۱	 اقسام استصحاب
۶۲	 وجه اشتراک اماره قانونی مطلق با قضایای قضایی
۶۳	 استصحاب، اماره است یا اصل؟
۶۴	 فرق اساسی بین اماره و سایر ادله اثباتی
۶۵	 تفاوت اماره و اصل عملی در آراء فقها
۶۵	 تفاوت‌های دیگر
۶۶	 مقایسه اماره با دلیل

فصل دهم: اقسام اماره

۶۹	 اماره حکمیه و موضوعیه
۶۹	 اماره حکمیه
۷۰	 اماره موضوعیه

۷۰	 اماره شرعی
۷۱	 اماره عقلی
۷۱	 اماره عقلانی
۷۱	 تقسیم‌بندی دیگر اماره
۷۱	 اماره معتبر
۷۲	 اماره غیر معتبر
۷۳	 اقسام اماره از نگاه دیگر
۷۳	 چها بن اماره از امارات ظنیه معتبر
۷۳	 طه کلی خبر بر دو قسم است
۷۳	 اقسام اماره غیر معتبر
۷۴	 القیاس
۷۵	 اماره مصالح رسله استصلاح: دومین اماره غیرمعتبر می‌باشد
۷۶	 استحسان در لغت باره است
۷۶	 تعریف اصطلاحی آن
۷۶	 عرف
۷۷	 مفهوم لغوی عرف
۷۷	 مفهوم اصطلاحی عرف
۷۸	 عرف در اصطلاح حقوقدانان
۷۹	 اعتبار عرف در میان امامیه و اهل سنت
۷۹	 تقسیم دیگری از اماره
۷۹	 اماره مثبت تکلیف
۷۹	 اماره نافی تکلیف
۷۹	 اقسام امارات در قانون
۸۰	 اماره قانونی
۸۱	 اماره قضایی
۸۱	 قلمرو و محدوده استثنایی اماره قانونی

۸۱	اثبات اماره قانونی
۸۲	اعتبار اماره قانونی
۸۲	اقسام اماره قانونی
۸۳	اعتبار اماره قضایی
۸۳	ماهیت اماره قضایی
۸۴	محدوده اعتبار اماره قضایی
۸۵	تفاوت اماره قضایی و قانونی
۸۶	اماره تأییدی
۸۶	اماره انقضایی
۸۷	قاعده حاکمیت سوق مسلمین

فصل هفتم در رابطه با اماره

۸۹	رابطه اصل عملی و اماره
۹۳	اقسام دلیل در اصول فقه
۹۴	دیدگاه امام خمینی در مورد حکم واقعی و حکم ظاهری
۹۵	تعارض اصل و اماره
۹۵	مفهوم تعارض
۹۵	تعارض در اصطلاح اصولیون
۹۶	تفاوت تعارض و تزاحم
۹۸	مرجحات
۹۸	تعارض در دو مرحله است
۹۸	تعارض غیر مستمر
۹۸	تعارض مستمر - تعارض حقیقی و واقعی
۹۹	چرا مقتضای قاعده اولیه تساقط متعارضین است؟
۱۰۰	شرط تعارض

۱۰۰	 حکم اول در تعارض دو دلیل
۱۰۱	 توضیح حکم اول
۱۰۳	 حکم دوم
۱۰۴	 حکم سوم
۱۰۴	 حکم چهارم
۱۰۵	 نظر اخبار و احادیث در موقع تعارض
۱۰۵	 تعارض اماره با اصل عملی
۱۰۶	 درگاه دیگر
۱۰۶	 اراء برخی فقها
۱۰۷	 دیدگاه حقه‌اندان
۱۰۷	 علت تقاضای امارات بر اصول
۱۰۸	 فرقی ورودی و خروجی
۱۰۸	 فرقی حاکم و وارد در بحث تعارض
۱۰۹	 دیدگاه اصولیون
۱۱۰	 اشتباه برخی از نویسندگان
۱۱۰	 نسبت قاعده سوق مسلمین با برخی قواعد دیگر
۱۱۱	 جریان استصحاب با وجود اماره معتبر
۱۱۱	 تعارض استصحاب با قاعده بد
۱۱۲	 وجه تقدم اماره بر اصل
۱۱۲	 تقدم و تأخر اماره با اصل و علت آن از نظر امام خمینی
۱۱۳	 تعارض اماره با اماره
۱۱۱	 صور تعارض بین امارات
۱۱۴	 دیدگاه فقها در تعارض بین ادله محرز
۱۱۶	 تعارض در کلام معصوم
۱۱۶	 مراد از تعارض دلایل
۱۱۷	 تعارض امارات با یکدیگر

۱۱۷	 تعارض اماره قانونی و اماره قضایی
۱۱۹	 برخی مصادیق تعارض دو اماره
۱۲۰	 تعارض اصل با اصل
۱۲۱	 تعارض استصحاب با اصول عملیه دیگر
۱۲۱	 نظر علامه حیدری در تعارض استصحاب با اصول عملیه دیگر
۱۲۱	 نظر برخی محققان در تعارض استصحاب با اصول عملیه دیگر
۱۲۲	 نظر برخی اساتید در تعارض دو استصحاب
۱۲۲	 تخلف از شک و لاحق
۱۲۳	 تعارض دو استصحاب
	همچنین در کتاب بیان در تعارض استصحاب و برائت اضافه
۱۲۳	 می‌کند
۱۲۴	 مصادیق‌های دیگر تعارض

فصل چهارم: مصادر و مبانی مقبولی مربوط

به اماره و اصل

۱۲۵	 اماره ید و تصرف
۱۲۶	 مصادیق اماره ید
۱۲۶	 ادله حجیت اماره ید
	اماره تصرف و ید در مواد قانون مدنی از جمله مواد ۳۵ و ۹۷
۱۲۷	 ۱۲۴ و ۹۷
۱۲۷	 بحثی در مورد ماده ۳۵
۱۳۰	 بحثی در ماده ۳۵ قانون مدنی از نظر حقوق‌دانان
۱۳۱	 ماده ۹۵ قانون مدنی
۱۳۲	 از مصادیق دیگر اماره ید در ماده ۹۵
۱۳۳	 ماده ۹۷ قانون مدنی

	مورد دیگر از مصادیق اماره ید در قانون مدنی ماده ۹۷ قانون
۱۳۳	مدنی است
۱۳۳	ماده ۱۲۴ قانون مدنی
۱۳۴	برخی مصادیق دیگر اماره ید در قانون مدنی
۱۳۴	نظر دکتر لنگرودی
۱۳۵	اماره فراش
۱۳۵	توجیه اماره فراش
۱۳۷	اماره فراش در قوانین ایران
۱۳۷	ماده ۱۱۵ قانون مدنی
۱۳۷	بین زن و شاهر نزدیکی واقع شده باشد
۱۴۱	ماده ۱۱۹ قانون مدنی
۱۴۲	موردی که خط الحاق طفل به شوهر او ممکن است
۱۴۳	موردی که فقط الحاق طفل به شوهر دوم ممکن است
۱۴۳	موردی که الحاق طفل به شوهر ممکن است

فصل پنجم: دادنامه

۱۴۹	نتیجه‌گیری و پیشنهاد
۱۵۱	پیوست
۱۵۳	منابع فارسی
۱۵۸	منابع عربی

این نوشتار از سه قسمت اساسی، حجیت اماره، اقسام اماره، ارتباط اماره با اصل عمل تشکیل شده است که به طریق استدلالی از جنبه فقهی، حقوقی و اصولی به این سه قسمت پرداخته شده است. راهی که جهت رفع تردید و تعیین تکلیف مشخص شده به طور عمد عبارت است از:

الف) اصول

ب) اماره

که بر همین اساس در علم اصول فقه، از قرن پنجم هجری بحث ظن و قطع (و در واقع ارزش ظن) اساس تقسیم اصلی منابع حقوقی اسلامی و ادله اثبات دعوی قرار گرفت و با استناد به شرازی فقیه معروف در کتاب (اللمع) خود می گوید: دلیل دو گونه است.

الف) دلیل قطعی

ب) دلیل ظنی یا اماره

فلسفه جعل امارات و اصول به طور کلی این است که:

مكلف در وظیفه عبودیت و بندگی کوتاهی نکند. بنابراین چون معنا و دلیل حجیت اماره این است که اماره همانند سطح طریقی حجت بوده و واقع را نشان می دهد، پس امارات و طرق می تواند به جای قص طریقی قرار گیرند. و مانند آن واقع نمی باشند. بعضی از فقها به صورت شاذ و نادر اقرار می دارند که اماره جزء اصول می باشد. در این صورت باید معتقد باشیم که

اماره که اصل محسوب می‌شود حکم ظاهری را ثابت می‌کند نه حکم واقعی را!

در حالی که مشهور فقها قائلند که اماره غیر از اصل بوده و در مقابل آن قرار دارد.

امام خمینی نسبت به مفهوم اماره و اصل اختلافی با نظر شیخ ندارند و مانند ایشان معتقدند که اماره طریقت به واقع و جهت کاشفیت وجود دارد؛ اما در امور کاشفیت وجود ندارد.

هنگامی که مکلف مجتهد به حکمی از احکام شرعی موضوعی از موضوعات و به التفات پیدا می‌کند و درباره آن در زوایای ادله الاحکام یعنی کتاب و سنت تحقیق و اجتهاد می‌پردازد بعد از فحص و بحث برای او یکی از سه حالت نسبی، گوناگون قضیه منفصله حقیقه بروز می‌نماید:

الف) یا قطع به حکم شدیم فلان موضوع پیدا می‌کند؛ یعنی مثلاً جازم می‌شود به اینکه حکم شرعی خمر عندالله حرمت است و حتی یک درصد هم احتمال خلاف نمی‌دهد.

ب) و یا ظن به آن حکم پیدا می‌کنیم یعنی احتمال قوی و راجح می‌دهد که حکم شرعی فلان موضوع مثلاً حرمت است، ولی احتمال ضعیفی هم دارد که حکم شرعی غیر از حرمت باشد.

ج) و یا شک در آن پیدا می‌کند؛ یعنی نسبت به حکم شرعی فلان موضوع متحیر می‌شود که آیا وجوب است یا حرمت؟

اماره در لغت به معنای علامت، نشانه وقف است (دهخدا، لغت‌نامه واژه) و در اصطلاح علم اصول، به دلایلی گفته می‌شود که دارای کاشفیت نوعیه غالبیه است. و به عبارت دیگر اماره دلیلی است که جهت کشف از واقع در آن لحاظ شده است.^۱ در یک تقسیم‌بندی آنچه مکلف به آن می‌رود، یا از روی قطع و یقین است که حجیت آن ذاتی است و کاشفیت تامه دارد و به تعریف شهید صدر دارای ویژگی کاشفیت، معذرت و منجزیت است. یا کاشفیت ناقص و غیرتام دارد که آن را اماره می‌نامند. اماره در معنای کامل خود شامل ظنون خاصه می‌شود و هم شامل مواردی است که مکلف را شک بر خورده می‌کند و به مدد اصول عملیه آنها را دفع می‌نماید.

خود اماره نیز گاه معتبر است (بند خبر واحد عادل) و گاه غیر معتبر (مانند قیاس) که در جای خود مطرح خواهد شد. حجیت اماره مبتنی بر حجیت ظن است به گونه‌ای که خاطر اشکال عمده‌ای که در علم اصول مطرح شده است که با توجه به این اصل اول در ظنون حرمت است (الاصل حرمة العمل بالظن...). چرا این با کاشفیت ناقص اعتبار داده شده و این آیا نوعی تقویت مصحلت یا القاء در مفسده حساب نمی‌شود.

۱- مظفر، محمدرضا، ترجمه زراعت، مسجد سراسی، ۱۳۸۵ ص ۲۷۰، ج ۴

- این اشکال توسط بزرگانی چون مظفر و دیگران پاسخ داده شده است اما برخی معتقدند دلیل حجیت اماره بنای عقلا و سیره عقلاست یعنی حکم شارع^۱.

- بنابراین بخش مهمی از این کتاب اختصاص خواهد یافت به مسئله حجّت امارات و پاسخ به اشکالاتی که در این زمینه مطرح شده است.

- پس از تبیین مفهوم اماره و حجّت آن لازم است که اقسام اماره از حیث ... مورد بررسی قرار گیرد.

- یکی از تقسیمات اماره در کتب اصول تقسیم آن به ظن خاص و ظن مطلق است که علمای اصول سپس به اقسام ظن خاص پرداخته و در مورد ادله حجیت آن بحث کرده‌اند اماراتی مانند، خبر واحد عادل، ظواهر الفاظ قرآن و سنت، اجماع منقول و قول لغوی و واژه شناسی و ...

که جزء ظنون خاص شمرده شده‌اند.^۲ و منظور از ظن خاص، ظنی است که حجیت آن یا از طریق شرع یا از طریق بنای عقلاء ثابت شده است. تقسیمات دیگری نیز برای اماره نام برده شده مانند تقسیم اماره به حکمیه و موضوعیه وقتی حکم و قانون الهی برای انسان مجهول باشد و اماره تعیین تکلیف کند به آن اماره حکمیه گفته می‌شود. اگر در جایی شبهه موضوعی باشد و اماره آن را دفع کند. اماره موضوعی است.^۳

- گاهی اماره مثبت تکلیف و گاهی نافی تکلیف است. گاهی آن را اماره شرعی و گاهی اماره عقلی نامیده‌اند.

در قانون نیز اماره به قانونی و قضایی تقسیم شده است. طبق ماده ۱۳۲۲ ق.م. امارات قانونی اماراتی هستند که قانون آن را دلیل برای امری قرار دهد.

^۱ - فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، ۱۳۸۶، ص ۱۱۹

^۲ - حیدری، علی نقی، اصول الاستنباط (بی تا) ص ۱۸۸ به بعد

^۳ - ولایی، عباسی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۷

و اماره قضایی مطابق ماده ۱۳۲۴ اماره‌ای است که به نظر قاضی واگذار شده است. و در صورتی قابل استناد است که دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند (قانون مدنی)

بنابراین بخشی دیگر از این کتاب به مسأله اقسام اماره از نظر اصولی و حقوقی اختصاص خواهد یافت. قسمت دیگر این نوشتار رابطه اماره با اصل عملی را مشخص خواهد کرد.

اصول عملیه، نامی برای ۴ اصل است که در صورت شک مکلف و به هنگام عما، تکلیف او را روشن و از حالت تردید، خارج می‌کند.

بقی حصر عقلی اصول عملیه ۴ اصل بیشتر نیست برائت، استصحاب، احتیاط، و تفسیر. پس از اشاره مختصر به معانی آنها، تعارض و تراحم میان امارات را اصول عملیه و به طور کلی رابطه این دو بررسی خواهد شد. مثلاً در مقام تعارض، باید که اماره ملکیت است با استصحاب که اصل است کدام مقدم است و چرا؟

و اصل اماره و اصل رابطه تخصیص دارند یا تخصص؟ یا رابطه حکومت بین آنها وجود دارد یا نه؟ برخی این رابطه را حاکم بودن امارات بر اصول دانسته‌اند و برخی آن را رد کرده‌اند.^۱ و برخی اصول عملیه را در طول امارات دانسته‌اند و از لحاظ رتبه بر اصل عملیه یا ادله فقهاتی مقدم شمرده‌اند.

- در نتیجه یکی از تفاوت‌های امارات با اصول عملیه در این است که امارات نسبت به واقع کاشفیت و طریقت دارند ولی اصول عملیه هیچ گونه کاشفیتی ندارند. بلکه یک سلسله اصول تبعیدی هستند.^۲ بنابراین این

^۱ - خراسانی آخوند، کفایة الاصول ترجمه مسعود عباسی، ۱۳۹۰ ص ۲۹۴

^۲ - مظفر، محمد رضا، ترجمه زراعت، مسجد سراسی، ۱۳۸۵ ص ۲۷

رابطه و تقدم و تاخر آنها با پرداختن به مثالها و تطبیقات فقهی - حقوقی از اهمیت فراوانی برخوردار است که به آن پرداخت خواهیم نمود.

- منظور اصلی ما در این تحقیق چستی اماره و نسبت آن با اصل عملی می باشد.

- سوابق مربوط به این تحقیق را می توان اینگونه بیان کرد که: از مدیم الایام در تمامی کتب اصولی امارات و اصول مطرح و در بحثی به تعارض میان آنها پرداخته شده است. در کتاب اصول استنباط حیدری مباحثه عقلی را به قطع و ظن و شک تقسیم و در تنبیهات به تعارضات اشاره کرده است. در کفایه آخوند و رسائل شیخ نیز این بحث مطرح شده است همین سرور دبیر عالمان حقوق اقسام اماره از حیث قانونی و قضائی مورد بحث قرار گرفته (در روح قانونی مدنی) عیسی ولایی در کتاب فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول آورده است که دلیل اماره دلیل اجتهادی ولی اصول دلیل فقهائی هستند. و بنظر مؤلف در کتاب اصول فقه در مورد ارتباط اماره با اصل عملی آورده است که اصول عملیه در طول امارات قرار دارد. و از لحاظ رتبه اصول عملیه یا ادله فقهیه و عدم هستند.

- نتیجه اینکه در کتب اصولی تمامی آنها امامیه دلیل ظنی در صورتیکه با دلیل قطعی فرعی ثابت شود معتبر قلمداد می شود. به آن اماره یا دلیل اجتهادی اطلاق می شود.

اهدافی که از این تحقیق دنبال می شود عبارت خواهد بود از:

- تبیین مبنای حجیت امارات
- تبیین تفاوت های امارات حقوقی و فقهی و اصولی
- توصیف تقدم غالبی امارات بر اصول در صورت تعارض
- تبیین حجیت امارات و عدم منافات حجیت با کاشفیت ناقص.
- تبیین وجود امارات جدید با توجه به مقتضیات زمان و مکان.

- فصل دوم؛ به اقسام اماره از نظر اصولی، فقهی و حقوقی پرداخته، همچنین به تعریف آنها و کاربرد آنها پرداخته است.

- فصل سوم؛ به رابطه اصل و اماره. به اقسام دلیل در اصول فقه، تقدم و تأخر اصل و اماره در صورت تعارض و علت تقدم امارات بر اصول، همینطور به تعارض اماره با اماره و تعارض اصل با اصل پرداخته است.

- فصل چهارم؛ مربوط به مصادیق و مباحث حقوقی مربوط به اماره و اصل اماره و اصل عملی است.

پس به دنبال این اهداف فرضیه‌های ذیل را می‌توان برای این تحقیق متصور شد:

- ۱- مبنای حجیت امارات، عقل و بنای عقلاست.
 - ۲- اقسام اماره در فقه و حقوق متفاوت است.
 - ۳- در هر موردی که اماره با اصل تعارض کند، اماره مقدم نمی‌شود بلکه غالبی است.
 - ۴- کاشفیت ناقص اماره، منافاتی با حجیت آن ندارد.
 - ۵- امارات جدید را می‌توان به امارات مطرح شده در آثار اصولی اضافه کرد.
- متغیرهای این تحقیق عبارت است از:
- حجیت، اماره، اصل عملی.
- بر همین مبنا این کتاب شامل ۴ فصل می‌باشد.
- فصل اول که مهمترین بخش کتاب را تشکیل می‌دهد شامل حجیت امارات بوده و به موضوعاتی چون تعاریف و مفاهیم حجیت، اقسام حجیت، انواع و اقسام آن در فقه، اصول و حقوق پرداخته است.