



جستارهای فقه اصول

فصلنامه علمی پژوهشی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴، بهار ۱۴۰۳

ISSN: 2476-7565 ; EISSN: 2538-3361

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم - شعبه خراسان رضوی
(مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سردبیر: حسین نصری مقدم

مدیر اجرایی: سیدمصطفی اختراعی طوسی

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، به استناد مصوبه ۳۳۷ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی به نشریات حوزوی، در تاریخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۸ تمدید اعتبار رتبه علمی پژوهشی گردید.
فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی جهان اسلام (ISC)	پرتال جامع علوم انسانی (Ensani)، پایگاه (Road)
مرجع دانش (سیوبلیکا)، CIVILICA.com	مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری (RICEST)
بانک نشریات کشور (مگ‌یران، Magiran)	پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (Journals.dte.ir)
نورمگز (Noormags.ir) و Google Scholar	سامانه جامع رسانه‌های کشور (E-rasaneh)
سازمان اسناد و کتابخانه ملی (Nl.ai.ir)	پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت‌الله خزعلی، نبش گذر آیت‌الله واعظ طبسی
دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، طبقه اول، مرکز تخصصی آخوند خراسانی

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی

کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ - تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

رایانامه: jostar.feqhi@gmail.com | سامانه الکترونیکی: jostar-fiqh.maalem.ir

چاپ: مؤسسه بوستان کتاب

قیمت: ۱۰۰/۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه «به ترتیب الفبایی»:

مجتبی الهی خراسانی (مدّرس خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه)

جواد أحمد الیهادلی (مدّرس حوزه علمیه نجف اشرف و استاد دانشگاه کوفه)

سیدفاضل الحسینی المیلانی (مدّرس علوم اسلامی در کالج علوم اسلامی انگلیس)

ابوالقاسم علیدوست ابرقویی (مدّرس خارج حوزه و استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)

احمد مبلغی (مدّرس خارج حوزه و دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)

سیدمصطفی محقق داماد (مدّرس حوزه علمیه قم و استاد دانشگاه شهید بهشتی تهران)

مهدی مهریزی طرقي (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)

حسین ناصر ی مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)



ارزیابان علمی این شماره «به ترتیب الفبایی»:

مجتبی الهی خراسانی (استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه و مدرس خارج حوزه علمیه مشهد)

فاطمه رجایی (استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار)

علی رحمانی (استادیار و مدیر مرکز تخصصی آخوند خراسانیه مشهد)

بلال شاکری (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

عباس شیخ الاسلامی (استاد تمام گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد)

سیدرضا شیرازی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد و استادیار پژوهشگاه علوم اسلامی بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی)

سیدموسی صدر (مدرس سطوح عالی و خارج حوزه علمیه مشهد)

نعمت الله صفری فروشانی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه قم)

حسنعلی علی اکبری (دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی قم)

محمدتقی فخلعی (استاد تمام گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

رضا میهن دوست (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

هادی مصباح (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

حسین ناصر ی مقدم (استاد تمام گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۲

اولویت‌های جستارهای فقهی و اصولی

۱. فلسفه فقه و اصول فقه؛ به خصوص: ساختار و روابط درونی اصول فقه، تعاملات و کارکردهای

بیرونی اصول فقه؛

۲. فقه و اصول فقه مقارن؛ به ویژه: بازشناسی و نقد فقه سلفیه، قواعد فقهی مقارن؛

۳. فقه فرهنگ و تمدن؛ با تأکید بر: فقه شهر و شهرنشینی، فقه ارتباطات فرهنگی؛

تذکر: صرفاً مقالاتی دریافت و ارزیابی می‌شود که مطابق «ضوابط مقالات» (صفحات بعد)

تدوین و ارسال شده باشد.

نقل و اقتباس از مقاله‌های فصلنامه، با ذکر منبع آزاد است.

ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

ضوابط محتوا:

۱. مقاله باید نتیجه تحقیقات نوآمد نویسنده، و برخوردار از محتوا و یافته‌های غنی علمی در یکی از انواع زیر باشد:

الف) نظریه جدید؛ ب) تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛ ج) اثبات و استدلال جدید برای یک نظریه؛ د) ارزیابی و نقد جدید از یک نظریه؛ ه) مقایسه دو یا چند نظریه؛ و) کاربرد و تطبیقات جدید برای یک نظریه.

۱. مقاله، فقط برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشد.

۲. مقاله، پیشتر یا همزمان به مجله‌های دیگر ارائه نشده باشد و نویسنده به نشر آن در جای دیگر متعهد نباشد.

۳. مسؤولیت مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده است. چنانچه مقاله‌ای چند نویسنده داشته باشد و نویسنده مسئول مشخص نشده باشد، ارائه مقاله و تمام مکاتبات و مسؤولیت مقاله با نویسنده اول است. درج نشانی الکترونیک در پایین صفحه اصلی مقاله، فقط به نویسنده اول اختصاص دارد.

ضوابط نشر:

۱. نشریه جستارهای فقهی و اصولی در زمینه مباحث اخلاقی و قانونی پژوهش از اصول و ضوابط کمیته اخلاق بین‌المللی نشر (COPE) پیروی می‌کند.

۱. نویسنده مسئول لازم است مقاله خود را از طریق پایگاه اینترنتی مجله به نشانی: jostar-fiqh.maalem.ir ارسال نماید و اطلاعات ضروری (*) را تکمیل نماید.

۲. حق قبول، رد و ویرایش مقاله برای مجله محفوظ است. هر مقاله ارسالی به مجله، به صورت ناشناس توسط دو داور متخصص، داوری هم‌تراز (peer review) می‌شود و در صورت اختلاف نظر داوران، توسط داور سوم ارزیابی می‌شود. تأیید نهایی مقاله برای چاپ در فصلنامه، پس از نظر داوران با هیئت تحریریه است.

۳. ترتیب مقالات هر شماره، بر اساس اقتضانات مورد نظر فصلنامه صورت می‌گیرد.

ضوابط نگارش:

۱. رعایت دستور خط زبان فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است.

۲. حجم مقاله حداکثر ۷۵۰۰ کلمه باشد.

۳. مقاله روی کاغذ A4 با نرم‌افزار Word فرمت Doc و متن با قلم IRZAR ۱۳، و Times New Roman برای انگلیسی، چکیده، پاورقی و منابع با همان نوع قلم‌ها در اندازه ۱۱ حروفچینی شود. همچنین صفحه‌آرایی دارای حاشیه بالا ۵cm و پایین ۳cm، چپ و راست ۲/۵cm و میان‌سطور ۱ cm باشد.

۴. هر مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های اصلی زیر باشد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۳

- **عنوان:** به طور فشرده و گویا، مسئله تحقیق را مشخص کند.

- **چکیده:** حداکثر در ۳۰۰ کلمه به طور صریح، موضوع، هدف، ابعاد، روش، و نتیجه تحقیق را بیان کند و فاقد جزئیات، جدول، شکل یا فرمول باشد. و همچنین ارائه چکیده انگلیسی الزامی است.

- **کلیدواژه:** بین ۳ تا ۷ کلیدواژه و ترجیحاً بر اساس اصطلاحنامه علوم اسلامی (به نشانی: thesaurus.islamicdoc.org) باشد.

- **مقدمه:** به ترتیب شامل بیان کلیات موضوع، خلاصه‌ای از تاریخچه موضوع و کارهای انجام شده و ویژگی‌های هر یک، بیان فعالیت متمایز مقاله و برای گشودن گره‌ها و حرکت به سمت یافته‌های نوین.

- **متن اصلی:** مشتمل بر مطالب اصلی یعنی: تعریف مفاهیم مورد نیاز، طرح مسئله، استدلال‌ات و نقدها، به صورت مرتبط و دنباله‌وار.

- **نتیجه‌گیری:** یافته‌های نهایی تحقیق و کاربردهای آن، و احیاناً طرح نکات مبهم و پیشنهاد گسترش تحقیق به زمینه‌های دیگر.

- **منابع:** فهرست کامل منابع مورد ارجاع در متن اصلی، به ترتیب حروف الفبا (ابتدا منابع فارسی و عربی، سپس انگلیسی).

۱. منابع در انتهای مقاله، به شیوه زیر (بسته به نوع منبع) درج شود:

- **کتاب:** نام خانوادگی/لقب، نام. (سال انتشار). عنوان کامل اثر شامل عنوان اصلی و فرعی (ایتالیک). نام مترجم یا مصحح. نوبت چاپ. محل نشر: نام ناشر.

- **مقاله:** نام خانوادگی، نام. «عنوان اصلی و فرعی مقاله»، نام مجله (ایتالیک)، سال نشر، جلد/ دوره / سال، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.

- **پایان نامه:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. عنوان پایان‌نامه (ایتالیک). نام دانشگاه یا سایت اینترنتی که پایان‌نامه یادشده در آن قابل دسترسی است.

- **سایت اینترنتی:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار و یا روزآمد شدن. «عنوان مطلب» (ایتالیک). آدرس سایت به صورت کامل.

- **همایش و کنفرانس‌ها:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. «عنوان مقاله» (ایتالیک و سیاه). عنوان کتاب مجموعه مقالات، محل نشر: نام ناشر.

ضوابط استناددهی:

۱. ارجاعات استنادی مطالب به کتاب یا مقاله بصورت درون متنی و در پرانتز، به ترتیب شامل: (نام مؤلف، سال انتشار، جلد / صفحه) آورده شود؛ مانند: (مطهری، ۱۳۸۸، ۲/۴۰) در صورت استناد مقاله به دو یا چند اثر از یک نویسنده با تاریخ یکسان انتشار، نام خلاصه اثر نیز آورده شود.

۲. ارجاعات توضیحی (مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن) در پانویس هر صفحه آورده شود و منابع مستند آن‌ها نیز، مثل متن مقاله روش درون متنی درج شود.

۳. در صورت تکرار ارجاع، باید مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان و پیشین خودداری گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

فهرست

- ۷ ارزیابی منشورات اصولی درباره دیدگاه امام خمینی رحمته الله علیه در حجیت سیره عقلا
امین عظیمی / سهراب مقدمی شهیدانی
- ۳۷ اصالت ماهیت عرفی در موضوعات احکام فقهی، روشی برای استنباط مسائل
مستحدثه
محمدعلی خادمی کوشا / محمدحسین ملا میرزایی / اکبر نجم
- ۶۷ حفظ میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی از منظر فقه امامیه
مجتبی عرفانیان مقبلی / مجتبی الهی خراسانی
- ۱۱۱ چالش‌های استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی
محمدتقی فخلعی / حسن حسینی یار / علیرضا عابدی سرآسیا
- ۱۳۹ امکان‌سنجی ابطال «شروط تعسفی» بر اساس منابع فقه امامیه
مهدی مفتخری / مجتبی زاهدیان / سیدمحمد مهدی قبولی درافشان
- ۱۷۷ عدم حجیت خیر واحد در حصر معاملات و قراردادهای
محمدرضا کیخا / حمید مؤذنی بیستگانی
- ۲۰۵ بازگشت مجرمان به جامعه در پرتو مکانیسم فقهی شرمساری
رحمان صبوچی / محمدعلی حاجی ده‌آبادی
- ۲۳۷ چکیده‌های عربی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۵

Analyzing the Uṣūlī Published Works about Imām Khumaynī on Authenticity of the Custom of Rational Persons¹

Amin Azimi 


Fourth-Level Student at Qom Seminary ; Qom-Iran. (Corresponding Author);
azimi.a.14@gmail.com;

Sohrab Moqaddami-Shahidani

Graduated Student of Level Four of Qom Seminary; Qom-Iran;
iranemoaser@gmail.com

Abstract

7 Undoubtedly, Imām Khumaynī (RA) has been a pioneer in using the Custom of Rational Persons (*Sīrat al-‘Uqalā*) as one of the main elements of developing jurisprudence. However, the research conducted on his uṣūlī views on this issue has various interpretations of which the purpose of this study is to criticize and analyze the presented interpretations and analyzes especially in the published works of the *Institute for Editing and Publishing the Works*

1. Azimi. A. ; (2024); “ Analyzing the Uṣūlī Published Works about Imām Khumaynī on Authenticity of the Custom of Rational Persons” ; *Jostar_ Hay Fiḡhi va Usuli*; Vol: 10; No: 34; Page: 7-35;
 10.22034/jrj.2024.66461.2659



of Imām Khumaynī (RA) in two pillars, the type of authenticity and the scope of authenticity. Researching this issue is aimed at providing a new explanation from Imām Khumaynī's point of view about the two areas mentioned in the Custom of Rational Persons, which is free from any hypertextual and selective interpretation and carried out with library search tools. Unlike other studies, each of which has chosen inherent authenticity or endorsed authenticity, the research of this study which is done by descriptive-analytical method shows that, firstly, in the issue of authentication, rational indications (*'imārāt 'uqalāī*) have inherent authenticity and non-realistic attitudes (*sīrah*) need endorsed authenticity (*hujjīyat al-imḍāī*). Secondly, the authenticity of the newly-emerged attitudes also has special conditions in his view, which are rarely fulfilled, and the absolute attribution of their authenticity to Imām Khumaynī (RA) is wrong.

Keywords: The Custom of Rational Persons, Authenticity of the Custom of Rational Persons, Published Works of the *Institute for Editing and Publishing the Works* of Imām Khumaynī (RA).

ارزیابی منشورات اصولی درباره دیدگاه امام خمینی رحمته الله علیه در حجیت سیره عقلا^۱

امین عظیمی  ID

دانش آموخته سطح سه حوزه علمیه قم، و دانش آموخته کارشناسی مؤسسه امام خمینی رحمته الله علیه قم - ایران

سهراب مقدمی شهیدانی

مدرس حوزه علمیه قم، استاد و دانش آموخته دکتری دانشگاه معارف اسلامی قم - ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۲۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۴



چکیده

بی تردید امام خمینی رحمته الله علیه در استفاده از سیره عقلا به عنوان یکی از عناصر اصلی ترقی دهنده فقه، پیشرو بوده‌اند. با این وجود تحقیقات انجام شده پیرامون آرای اصولی ایشان در این مسئله، تفسیرهای گوناگون یافته است که نوشتار حاضر بر آن است تا تفسیر و تحلیل‌های ارائه شده، به ویژه در منشورات مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه، در دو رکن نوع حجیت بخشی و حیطة حجیت را مورد نقد و بررسی قرار دهد. کاوش در این مسئله باهدف ارائه تبیینی نو از دیدگاه ایشان درباره دو حوزه گفته شده در سیره عقلا است که مصون از هرگونه تفسیر فرامتنی و گزینشی است و با ابزار جستجوی کتابخانه‌ای پیش رفته است. بررسی‌های این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی بیانگر این است که اولاً: در مسئله حجیت یابی، امارات عقلایی حجیت ذاتی دارند و سیره‌های غیر واقع‌نما به حجیت امضایی نیازمندند؛ برخلاف دیگر تحقیقات که هرکدام حجیت ذاتی یا حجیت امضایی

ارزیابی منشورات
اصولی درباره دیدگاه
امام خمینی رحمته الله علیه در
حجیت سیره عقلا
۹

۱. عظیمی، امین. و مقدمی، سهراب (۱۴۰۳). «ارزیابی منشورات اصولی درباره دیدگاه امام خمینی رحمته الله علیه در حجیت سیره عقلا». فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۱۰ (۳۴). صص: ۷ - ۳۵

را برگزیده‌اند. ثانیاً: حجیت سیره‌های مستحدثه نیز شرایط ویژه‌ای در نگاه ایشان دارد که به ندرت تحقق پیدا می‌کند و انتساب مطلق حجیت آن‌ها به امام خمینی رحمته‌الله‌علیه نادرست است. **کلیدواژه‌ها:** سیره عقلا، امام خمینی رحمته‌الله‌علیه، حجیت سیره عقلا، منشورات مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته‌الله‌علیه.

مقدمه

امام خمینی رحمته‌الله‌علیه از پیشتازان احیای عرف، بنا و سیره عقلا در بین اندیشمندان اسلامی محسوب می‌شوند و بسیاری از گره‌های اصولی و فقهی را با ارجاع به سلوک عقلا پاسخ می‌دهند. با نظر به اهمیت اندیشه فقهی و اصولی امام رحمته‌الله‌علیه در پیشبرد اهداف جامعه اسلامی، ضرورت نقد و بررسی آثار تولیدشده در مسئله کلیدی سیره عقلا در دیدگاه امام رحمته‌الله‌علیه بیش از پیش روشن می‌شود تا علاوه بر تنقیح دقیق، دیدگاه ایشان در این زمینه از خطا و تحریف مصون بماند.

مضاف بر این، گسترش استفاده از عنصر سیره عقلا در آثار فقهی و اصولی امام خمینی رحمته‌الله‌علیه تا آنجا پیش رفته است که بعضی از محققین می‌پندارند که ایشان رویکردی روشنفکرانه در دین داشته‌اند و فقه‌شان به فقه تماماً عرفی و عقلایی تمایل دارد. کسانی که تمایل فراوانی به جهانی‌سازی و تطابق فقه با قوانین غربی دارند تلاش می‌کنند که امام رحمته‌الله‌علیه را نیز در این رویکرد همراه نشان دهند.

از جمله مراکزی که به دنبال ارائه چنین چهره‌ای از ایشان بوده (مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته‌الله‌علیه) است. این مؤسسه با توسل به محققان و گویندگان خود رویکردی شبه روشنفکرانه و عرف‌مدار از امام رحمته‌الله‌علیه ارائه می‌دهد.

وجود چنین انگیزه‌هایی، ضرورت نقد و بازخوانی اندیشه امام رحمته‌الله‌علیه را در موضوع مهم سیره عقلا، مضاعف می‌کند و از این رهگذر، مشخص می‌شود که تفکر فقهی و اصولی پویای ایشان در این مسئله، همچنان که با فقه سنتی محض مرزبندی دارد، از فقه عرفی و غرب‌زده نیز فاصله پررنگی داشته است.

در راستای همین ضرورت‌ها، مسئله اصلی این نوشتار چنین است که با تکیه بر مبانی امام رحمته‌الله‌علیه در مبحث سیره عقلا به نقد مقالات، پایان‌نامه‌ها و گفته‌های نویسندگان و گویندگانی که در این موضوع تولیداتی داشتند بپردازد و خطاها و احیاناً

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۰

تحریف‌های رخ داده در آن‌ها را مورد بررسی قرار دهد. در این میان به علت پر حجم بودن تولیدات «مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته‌الله علیه» در این موضوع، توجه ویژه‌ای به آثار این مجموعه شده است و هشت مورد از آن‌ها در نوشتار حاضر مورد نقد واقع خواهد شد.

نقد نوشته‌ها و گفته‌های مورد نظر، در دو مسئله مندرج در سیره عقلا که عبارتند از نوع حجیت بخشی و حیطة زمانی حجیت سیره عقلا، انجام شده است. رفع اشکالات و فهم نقد آثار تولید شده، این مقاله را بر آن داشت که بازخوانی دقیقی از دیدگاه امام خمینی رحمته‌الله علیه و نوآوری‌های ایشان در سیره عقلا انجام دهد.

در این پژوهش بیشتر به آثار اصولی‌ای که خود امام رحمته‌الله علیه تحریر کرده‌اند توجه شده و از کتب فقهی به جهت طولانی شدن کلام، صرف نظر شده است و جای خالی این بررسی در نگاشته‌های فقهی ایشان بسیار حس می‌شود.

در ادامه، تحقیقات مهمی که از یک سو پیشینه پژوهش درباره دیدگاه امام رحمته‌الله علیه در مورد سیره عقلا هستند و از سوی دیگر برخی از آن‌ها مورد نقد مقاله حاضر قرار گرفته‌اند، نام برده می‌شود:

- ۱- «عرف از نگاه امام خمینی رحمته‌الله علیه»، سید علی جبار گل‌باغی ماسوله؛
- ۲- «تمسک به دانسته‌های عرفی بشر در توسعه و فهم عناوین فقهی در مکتب فریقین با رویکردی به دیدگاه امام خمینی رحمته‌الله علیه»، علی بهرامی نژاد و سید مصطفی موسوی بجنوردی؛
- ۳- «حقیقت مجعول در امارات»، محمد استوار میمندی؛
- ۴- «عرف و بنای عقلا از نگاه امام خمینی رحمته‌الله علیه»، سید عبدالواحد موسوی؛
- ۵- «بناء عقلا»، سید محمد اصغری؛
- ۶- «بنای عقلا»، سعید شریعتی فرانی؛
- ۷- «عرف و جایگاه آن در آثار اصولی و فقهی امام خمینی رحمته‌الله علیه و شهید صدر»، ساجده رسولی؛
- ۸- «جایگاه سیره عقلا در اندیشه و سیره امام خمینی رحمته‌الله علیه و الزامات آن در اداره جامعه»، حامد رنجبر؛
- ۹- «عرف از دیدگاه فقهی امام خمینی رحمته‌الله علیه و آیت‌الله مکارم شیرازی»، منیژه رجبی؛
- ۱۰- «بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان علیهم‌السلام»، محمدتقی فخلعی؛
- ۱۱- «تحلیل حجیت بنای عقلا با رویکردی در مسائل مستحدثه»، سیدمجتبی حسین نژاد؛
- ۱۲- «عرف عقلا»، علیرضا فیض؛

۱۳- «جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی رحمته‌الله علیه»، فهیمه ملک‌زاده و مونا احمدلو؛ ۱۴- «ظرفیت‌های مبانی امام خمینی رحمته‌الله علیه درباره بنای عقلا برای فقه سیاسی»، هادی جلالی اصل؛ ۱۵- «فقه و عرف»، ابوالقاسم علیدوست. این نوشتار از چند جهت امتیازاتی نسبت به تحقیقات گفته‌شده دارد که موجب ارتقاء فهم دیدگاه امام رحمته‌الله علیه خواهد شد:

- ۱- تبیین متفاوت از رفع تهاوت در کلمات امام خمینی رحمته‌الله علیه در مسئله ملاک حجیت سیره عقلا بر اساس امضای شرعی یا حجیت ذاتی.
- ۲- نگاه نو نسبت به دیدگاه امام رحمته‌الله علیه نسبت به حجیت سیره‌های مستحدثه.
- ۳- بررسی انتقادی نسبت به بعضی از نگاه‌ها پیرامون دیدگاه امام خمینی رحمته‌الله علیه درباره سیره عقلا.

۱. اصطلاح‌شناسی سیره عقلا

سیره در لغت معادل «طریقه» (جوهری، ۱۳۷۶ ق، ۶۹۱/۲؛ طریحی، ۱۳۷۵، ۳/۳۴۰) و عقل به معنای محافظت‌کننده قول و فعل از قبیح (ابن فارس، ۱۴۰۴ ق، ۶۹/۴؛ عسکری، ۱۴۰۰ ق، ۷۵) دانسته شده است.

سیره عقلا هرچند در جوامع اصولی متقدم، کم کاربرد بوده اما با معادل‌هایی مثل «العادة» قابل‌ردیابی است. البته موارد آن‌ها بیشتر معادل فهم عرفی قرار گرفته اما گاهی نیز در سیره عقلا استعمال شده‌اند (سیدمرتضی، ۱۳۷۶، ۳۲۵ و ۲۹؛ طوسی، ۱۴۱۷ ق، ۱/۱۷۲؛ موسوی، اسدی کوهباد و پنجه‌پور، ۱۳۹۸، ۵۳۹). بعضی معتقدند تمسک به بنای عقلا از وقتی پا گرفت که بعضی منابع مثل اجماع، اعتبار خود را از دست دادند و استفاده از این عنصر در بیانات علما بعد از شیخ انصاری مرسوم شده است (صدر، ۱۴۰۸ ق، ۲/۹۶-۹۳).

در این میان امام رحمته‌الله علیه با وجود استفاده و استعمال متعدد از سیره عقلا با تعابیر مختلف، تعریف مجزا و مستقلی از آن ارائه نداده‌اند اما در استدلال‌های اصولی خود که حاوی سیره عقلا است قیود و حدودی را برای آن مطرح کرده‌اند. از این رو، مضاف بر روش بررسی استعمالات، با بررسی مجموع این توصیف‌ها می‌توان تعریف

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۲

سیره عقلا در نگاه ایشان را استنباط کرد. ایشان در لابه‌لای این مباحث به قیود «سیره عملی» (امام خمینی، ۱۴۲۶ ق، ۶۴ و ۸۳ و ۱۲۲؛ امام خمینی، ۱۳۸۱، ۳۵۸)، «سیره همگانی» (امام خمینی، ۱۳۸۱، ۳۵۹؛ امام خمینی، ۱۴۱۸ ق، ۴/۴۰۶)، «سیره همه‌زمانی و همه‌مکانی» (امام خمینی، ۱۳۸۱، ۲۶۵ و ۳۵۸ و ۳۶۲؛ امام خمینی، ۱۴۱۸ ق، ۳/۱۲۷) و «سیره عقلایی» (امام خمینی، ۱۴۱۸ ق، ۴/۴۰۶؛ امام خمینی، ۱۴۲۶ ق، ۱۳۷؛ امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۱۰۵ و ۱۹۴) اشاره کرده‌اند. قید «مثبت حکم شرعی» را نیز باید به تعریف اضافه کرد؛ زیرا با بررسی استعمالات گفته‌شده مشخص می‌شود که سیره عقلای مدنظر ایشان سیره‌ای است که برای اثبات حکم شرعی به کار می‌رود و از این جهت با تعریف عرف که بیشتر برای تشخیص مفاهیم و مصادیق استفاده می‌شود تمایز پیدا می‌کند. پس بر اساس مواردی که امام رحمته‌الله‌علیه در کتب اصولی خود از آن‌ها به سیره عقلا تعبیر نموده و قیود و توصیفاتی از آن‌ها ارائه داده‌اند، تعریف سیره عقلا از دیدگاه ایشان چنین خواهد بود: «سیره عقلا سیره‌ای عملی است که تمامی عقلا از آن جهت که عاقل هستند، در همه زمان‌ها و مکان‌ها انجام می‌دهند و در راستای اثبات حکم شرعی قرار می‌گیرد.»

۲. حجیت بخشی سیره عقلا بر اساس تفصیل امام رحمته‌الله‌علیه

دو روش صناعی برای حجیت بخشی به سیره عقلا تصور می‌شود؛ سیره عقلا یا حجیت را از خود دارد (حجیت ذاتی) یا به‌وسیله عوامل بیرونی حجیت به آن اعطا شده است (حجیت غیر ذاتی).

امام خمینی رحمته‌الله‌علیه نیز به تبع دیگر اصولی‌ها به همین روال حجیت سیره عقلا را پیش برده‌اند. اما در این میان قائل به تفصیل مهمی هستند که نوع حجیت بخشی سیره‌ها به آن وابسته است. در دیدگاه امام رحمته‌الله‌علیه دو قسم سیره عقلا متصور است؛ سیره‌های واقع‌نما و سیره‌های غیر واقع‌نما.

بعضی از سیره‌های عقلایی ماهیت طریقت به واقع و واقع‌نمایی دارند؛ سیره‌هایی مثل اخذ به ظهورات کلام، رجوع جاهل به عالم و اعتبار خبر واحد موثق که برای کشف حقیقت (امام خمینی، ۱۳۹۲، مناهج‌الوصول، ۱/۳۱۶) در بین عقلا رواج یافته‌اند. این سیره‌های عقلایی را «امارات عقلایی» نیز می‌نامند.

بعضی از سیره‌های عقلایی برخلاف موارد پیشین، ماهیت واقع‌نمایی ندارند. این سیره‌ها مصالح و فواید دیگری را غیر از کشف واقع، دنبال می‌کنند. عقد بیع، وکالت، طلاق، قاعده سلطنت و... مصادیقی برای این سیره‌ها هستند که در ماهیت هیچ‌یک از آن‌ها واقع‌نمایی فرض نشده است (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۲/۳۲۰: امام خمینی، ۱۴۱۰ ق، ۱/۵۹). سیره‌های معاملاتی برجسته‌ترین این سیره‌ها هستند که برای رفع نیازهای بشری استفاده می‌شوند (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۳۱۵).

در بیانات امام رحمته‌الله‌علیه چنین تقسیمی در بین سیره‌های عقلا تصریح نشده است اما از تفاوت‌هایی که در نوع حجیت سیره‌های عقلا می‌گذارند و از ویژگی‌هایی که برای آن‌ها برمی‌شمارند، استنباط می‌شود که ایشان سیره عقلا را به دو نوع واقع‌نما و غیر واقع‌نما فرض کرده‌اند. این تقسیم بر اساس تحلیل‌هایی که در بخش‌های پیش‌رو وجود دارد روشن‌تر می‌شود و استنادات آن مطرح خواهد شد.

۲/۱. حجیت ذاتی سیره‌های عقلایی واقع‌نما

ذاتی بودن حجیت به این معنا است که سیره عقلا نیاز به استدلال و واسطه‌ای برای حجیت‌یابی ندارد و در حقیقت به جعل عارضی حجیت برای سیره عقلا نیازی نیست. بعضی از علما از جمله علامه طباطبایی به حجیت ذاتی سیره عقلا استدلال کرده‌اند (طباطبایی، بی‌تا، ۲/۲۰۶) و اما چون در حجیت مواردی که ماهیت واقع‌نمایی ندارند مثل برائت عقلایی، به امضای شرعی تمسک کرده‌اند، استنباط می‌شود که همچون امام رحمته‌الله‌علیه حجیت ذاتی سیره عقلا را مختص به امارات عقلایی فرض فرموده‌اند (طباطبایی، بی‌تا، ۲/۲۳۱).

امام خمینی رحمته‌الله‌علیه نیز به حجیت ذاتی سیره عقلا معتقدند و جعل حجیت برای آن را ناممکن می‌خوانند اما تأکید دارند حجیت ذاتی صرفاً برای سیره و طرق عقلایی کاشف از واقع و امارات نوعیه خلاصه می‌شود.

ایشان بر این باورند که امارات عقلایی و حجیت آن‌ها معجول شرعی نیستند و عقلا از شارع انتظار چنین جعلی ندارند. ایشان تأکید دارند که حجیت به معنای قائم‌مقام علم و طریقت و به معنای واسطه در اثبات برای امارات، جعل شرعی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۴

نشده‌اند. چراکه در ماهیت خود دارای طریقت و کاشفیت هستند و تأسیس و جعلی برای آن‌ها رخ نمی‌دهد. به تعبیر واضح‌تر، واقع‌نمایی چون از ذاتیات امارات است، تأسیس شرعی حجیت برای آن‌ها تحصیل حاصل خواهد بود. حجیت به معنای معذرت نیز چون امری انتزاعی و تبعی از احکام تکلیفی یا وضعی است، قابلیت جعل شرعی و عقلایی ندارد بلکه قابل احتجاج بودن و معذرت امارات از آثار [عقلی] طریقت آن‌ها است (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۱۹۴، ۲۰۶/۱، ۹۶/۲). ایشان اضافه می‌کنند که در این میان تنها مؤلفه قابل جعل شرعی، و جوب تکلیفی عمل به امارات است که غالباً در امارات تحقق ندارد و امکان ندارد شارع با وجود و فعلیت اماره عقلایی که حاکی از تکلیفی الهی است، اماره تعبدی متناقضی را در عرض آن صادر کند (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۲۰۴ و ۲۰۶ و ۲۰۸).

ایشان به همین جهت عدم ردع شارع و ادله‌ای را که در منابع برای تأیید امارات نوعیه عقلاییه وارد شده‌اند، ارشادی قلمداد می‌کنند و جعل طریقت و حجیت را برای آن‌ها بی‌معنا و ناممکن می‌دانند. ایشان معتقدند تأیید شارع بر امارات عقلاییه حتمی است و شارع در طرق عقلاییه تصرف نمی‌کند و صرفاً آن‌ها را با روایات مورد تأیید قرار می‌دهد (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۱۰۲ و ۲۰۴). امام خمینی رحمته‌الله علیه به همین جهت، نظریه جعل حجیت و تتمیم کشف نائینی را رد می‌کنند و جعل حجیت شرعی برای امثال خبر ثقه، اصالة الید و اصالة الصّحّه را بی‌معنا می‌دانند (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۱۰۶-۱۰۵). ایشان تنها مؤلفه‌ای را که در این میان قابل جعل می‌دانند و جوب تعبدی عمل به امارات عقلایی است که از شارع می‌تواند صادر بشود. هرچند بر این باورند که آیات و روایاتی که در مسئله امارات عقلایی وارد شده است، مثل آیه نبأ، ارشاد به وجوب عقلایی هستند (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۲۰۶-۲۰۴).

لازم به ذکر است ارشادی بودن اظهار نظر شارع نسبت به این سیره‌ها لغو نیست. امضای این سیره‌ها می‌تواند از مناقشات علمی که در اصل طریقت امارات ایجاد می‌شود گره‌گشایی کند و از سوی دیگر، ردع صریح آن‌ها تلنگری بر عقلایی نبودن سیره ادعایی است. نظیر آن در بحث «قیاس» دیده می‌شود که مورد ردع مؤکد شارع قرار گرفته است (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۱/۵۷).

ارزیابی منشورات
اصولی درباره دیدگاه
امام خمینی رحمته‌الله علیه در
حجیت سیره عقلا

۲/۲. حجیت سیره‌های عقلایی غیر واقع‌نما با امضای شارع

امام رحمته‌الله علیه همچون بزرگان دیگر (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ ق، ۳۰۳؛ نائینی، ۱۳۷۶، ۱۹۲/۳ و ۲۱۴؛ انصاری، ۱۴۱۶ ق، ۱۶۴/۱-۱۶۳) به این روش بهای زیادی داده‌اند. از نگاه ایشان، سیره‌هایی که واقع‌نما نیستند، نیاز به تأیید شرعی جداگانه دارند. اگرچه معتقدند سیره‌های غیر واقع‌نما نیز از اختراعات عقلا است و مجعول شرعی نیستند اما امکان دارد شارع در آن‌ها تصرف کند (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۲۰۸/۱). در نتیجه، تأیید شرعی ملازم همیشگی آن‌ها نیست. سرّ این تفاوت در آن است که این سیره‌ها با واقع سروکار ندارند و مانند امارات عقلایی که مؤدایشان تکلیف شرعی را نمایان می‌کند نیستند و ماهیتی جز اعتبار ارتكازی یا سیره عملی عقلا ندارند؛ بنابراین حجیت به معنای طریقت برای آن‌ها موجود نیست و ماهیتی ندارند که عقل، حکم بر حجیت به معنای معذرت شرعی آن‌ها بکند و بدین جهت نیاز به تأیید شرعی بر اعتبار عقلی این سیره‌ها وجود دارد. ایشان در موارد مختلفی به این روش اشاره کرده‌اند و علاوه بر مواردی که به صورت کلی تأیید شارع را ملاک برای حجیت این سیره‌ها قرار داده‌اند (امام خمینی، ۱۴۲۶ ق، ۶۴؛ امام خمینی، ۱۳۷۸، ۲۱۱) در اصالة الصحة^۱ (امام خمینی، ۱۳۸۱، ۳۶۶)، قاعده قرعه (امام خمینی، ۱۳۸۱، ۳۹۹)، زوجیت (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۲۰۸/۱)، اسباب طلاق (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۳۲۰/۲) و شک در اجزای نماز (امام خمینی، ۱۳۸۱، ۳۴۱) به شکل اثباتی یا سلبی حجیت امضایی آن‌ها را ارزیابی کرده‌اند. این موارد همگی نشان می‌دهد چنین سیره‌های عقلایی که از امارات محسوب نمی‌شوند قابل تضییق یا توسعه‌یابی توسط شرع هستند و با بیان یا سکوت شارع حجیت برای آن‌ها ثابت می‌شود.

البته ایشان تأکید دارند که در سیره‌های معاملاتی صرف سکوت و عدم ردع شارع کفایت می‌کند و تأکید محقق نائینی بر اینکه معاملات بشری نیاز به تصریح در امضای شرعی برای حجیت دارند را نمی‌پذیرند (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۳۱۵/۱؛ امام خمینی، ۱۴۲۳ ق، ۴۷۴/۲). در همین راستا، امضای شارع را به معنای رضایت او در نظر

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۶

۱. گفتنی است ماهیت اصالة الصحة در نوشته‌های امام رحمته‌الله علیه مردد بین واقع‌نمایی و غیر واقع‌نما است اما در نهایت، معتقدند که در غالب موارد این قاعده برای واقع‌نمایی نیست (امام خمینی، ۱۳۸۱، ۳۶۷-۳۶۱).

گرفته‌اند، نه به معنای اینکه شارع حکم مماثل یا مناسبتی با سیره عقلا وضع کرده است. در نتیجه به صرف کشف رضایت شارع، حجیت سیره عقلا تحقق پیدا می‌کند (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۲۰۵-۲۰۴، ۲/۹۶ و ۳۱۵؛ امام خمینی، ۱۳۷۵، ۱۷۵؛ امام خمینی، ۱۴۲۶ ق، ۶۳ و ۶۵).

سرانجام بررسی نکات مختلف امام رحمته‌الله علیه در حجیت بخشی سیره‌های عقلایی نشان می‌دهد که ایشان تمامی سیره‌های عقلایی را به یک شکل قضاوت نمی‌کنند. آن‌هایی که در طریق کشف واقع هستند و اماره عقلایی محسوب می‌شوند، حجیت ذاتی دارند؛ اما معاملات عقلایی و هرآنچه که اماره نوعیه و واقع‌نما نیست، نیاز به رضایت شارع دارند که با ادله نقلی یا عدم ردع او حاصل می‌شود^۱.

۲/۳. نقد دیگر پژوهش‌ها درباره نوع حجیت بخشی سیره عقلا

تعدادی از مقالات و تحقیقات مطرح در فضای علمی کشور از جمله منشورات (مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته‌الله علیه) که به پژوهش در آرای اصولی ایشان همت داشته‌اند تبیین نادرست و مبهمی از دیدگاه امام رحمته‌الله علیه در حجیت سیره‌های عقلایی ارائه داده‌اند و توجهی به تفصیل گفته‌شده در حجیت سیره‌های عقلا نداشته‌اند. برخی امام خمینی رحمته‌الله علیه را معتقد به حجیت ذاتی سیره عقلا معرفی کرده‌اند (اصغری، ۱۳۸۴، ۲۰) اما چون متوجه بودند که تعابیر ایشان در مسئله حجیت سیره مختلف است، آن را در حد تمایل مطرح می‌کنند و توضیح نمی‌دهند که امام رحمته‌الله علیه چگونه مبنای مشهور جعل حجیت و امضای شرعی را نقد می‌کنند و جعل شرعی برای آن را بی‌معنا می‌دانند. بعضی دیگر نیز چون تهافت کلام ایشان را می‌دیدند اما تفکیک گفته‌شده را متوجه نبودند حجیت ذاتی سیره عقلا را با عدم ثبوت ردع متناسب پنداشته‌اند (موسوی، ۱۳۹۶، ۱۰۸-۱۰۴).

کفه انتساب حجیت امضایی سیره عقلا به امام رحمته‌الله علیه در کتب و مقالات بیشتر از حجیت ذاتی نمود دارد و در بعضی از تحقیقات آن را تنها روش حجیت‌یابی

۱. ادله کشف رضایت شارع و نیاز به احراز و ثبوت عدم ردع جهت کشف رضایت در پایان‌نامه نگارنده با عنوان «بررسی تطبیقی تعریف و حجیت عرف و سیره عقلا در دیدگاه امام خمینی رحمته‌الله علیه و کتاب الفائق» به تفصیل بررسی شده است.

سیره عقلا عنوان کرده‌اند (علیدوست، ۱۳۹۷، ۱۷۲؛ جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۸۰؛ جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۹، ۲۲۳؛ بهرامی نژاد و موسوی بجنوردی، ۱۳۹۵، ۵۰؛ حسین نژاد، ۱۳۹۶، ۴۳ و ۵۶؛ شریعتی فرانی، ۱۴۰۰، ۲/۶۵۴).

در حقیقت در هر دو گروه خطای عدم تفکیک سیره‌های واقع‌نما و غیر واقع‌نما منجر به مطلق‌پنداری در حجیت سیره عقلا شده است؛ گروهی با استناد به بخشی از بیانات امام رحمته‌الله‌علیه حجیت ذاتی را در پیش گرفته‌اند و بعضی امضای شارع را برای حجیت لازم دیدند.

۲/۴. بررسی تهافتی در کلام امام خمینی رحمته‌الله‌علیه

به نظر می‌رسد غیر از عدم احصای کامل بیانات ایشان، مهم‌ترین عاملی که باعث شده دیگر تحقیقات به این تفصیل در دیدگاه امام رحمته‌الله‌علیه دست پیدا نکنند، برخی از سخنان امام خمینی رحمته‌الله‌علیه است که گاهی مورد استناد قرار می‌گیرد. همین امر باعث شده است بعضی از محققین حجیت ذاتی سیره‌های عقلایی را در دیدگاه امام رحمته‌الله‌علیه نفی کنند (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۸۰؛ جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۹، ۲۲۳؛ شریعتی فرانی، ۱۴۰۰، ۲/۶۵۴؛ جلالی اصل، ۱۳۹۹، ۱۶۳-۱۶۱) و بعضی دیگر با وجود اینکه عدم جعل حجیت برای سیره عقلا را به امام رحمته‌الله‌علیه نسبت می‌دهند اما امضای شرعی را نیز برای اعتبار لازم پنداشته‌اند (فیاضی، ۱۳۹۱، ۲۱۳؛ موسوی، ۱۳۹۶، ۱۰۸-۱۰۴).

یکی از متون مورد مناقشه در کتاب «الاجتهاد و التقليد» در مسئله حجیت رجوع جاهل به عالم است که همانند عمل به خبر ثقه، اصالة‌الید و اصالة‌الصحة به امضای شارع و معاصرت سیره با عصر معصوم علیه‌السلام منوط شده است (امام خمینی، ۱۴۲۶ ق، ۶۴).^۱ دومین متن در کتاب «انوار الهدایة» در مسئله حجیت قول لغوی، با فرض خبرویت لغویان، عدم ردع شارع را به دلیل متصل نبودن به عصر معصوم علیه‌السلام بی‌فایده می‌دانند. در این میان رجوع به خبر ثقه، اصالة‌الید و اصالة‌الصحة را به‌عنوان سیره‌های متصل به عصر معصوم علیه‌السلام مثال می‌زنند که عدم ردع شارع را به همراه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۸

۱. تفصیل اشکال و استدلال‌های امام خمینی جهت حجیت سیره تقلید از مجتهد در قسمت سیره مستحده اشاره خواهد شد.

دارند. از سویی دیگر به گونه‌ای تعبیر کرده‌اند که مطلق بنائات عقلا برای حجیت نیازمند عدم ردع هستند (امام خمینی، ۱۴۱۵، ق، ۱/۲۵۱-۲۵۰).

سومین متن در همین کتاب مربوط به حجیت خبر واحد است که سیره بدون امضای شارع را بی حجیت فرض می‌کنند (امام خمینی، ۱۴۱۵، ق، ۱/۲۸۰-۲۷۹).

در پاسخ به این ناهمگونی در کتاب الاجتهاد و التقلید باید گفت: جمع بندی و پاسخ اصلی و مبنایی ایشان به اشکال رجوع به مجتهد در انتهای این بحث با عنوان «فتحصل من جمیع ذلک» وارد شده است. امام رحمته الله علیه در این قسمت به مبنای خود بازگشته و واقع‌نمایی تقلید از عالم یا مجتهد را اصل قرار می‌دهند و دیگر سخنی از نیاز به امضاء و عدم ردع شارع به میان نمی‌آورند. سپس اضافه می‌کنند که این اصل ارتکازی و احتمال خلاف آن کنار گذاشته می‌شود و در صورت تبه احتمالی پی به غیر واقع‌نمایی آن برده می‌شود (امام خمینی، ۱۴۲۶، ق، ۸۳-۸۲). این پاسخ نهایی از ایشان نشان می‌دهد که اشکال و جواب‌های قبلی و مثال‌هایی که به آن اشاره شده است بر اساس مبنای شرط بودن اتصال به عصر معصوم علیه السلام و امضای شارع در حجیت سیره‌ها است یا طبق مستحدثه فرض کردن این سیره به علت اجتهاد ظنی مجتهدین در عصر غیبت بیان شده است.

درواقع حضرت امام رحمته الله علیه در ابتدای امر بدون پیش داوری درباره مبنای اتخاذشده و بر مبنای نیاز تمامی سیره‌های عقلا به امضای شارع برای حجیت‌یابی، پاسخ به اشکالات را می‌دهند. اگرچه بر اساس تقریر کتاب «تهذیب الاصول» از درس‌های امام رحمته الله علیه امکان دارد چنین برداشت شود که ایشان مستحدثه بودن سیره رجوع به مجتهد را پذیرفته‌اند اما به تبع این برداشت واقع‌نمایی آن را نیز نمی‌پذیرند (امام خمینی، ۱۴۲۳، ق، ۳/۶۲۳۵-۶۲۰). در این صورت به مبنای اتخاذی ایشان در تفصیل ذکر شده بین سیره‌های واقع‌نما که حجیت ذاتی دارند و سیره‌های غیر واقع‌نما که به امضای شارع نیازمندند خدشه‌ای وارد نمی‌شود و تهافت گفته‌شده بدین صورت برطرف می‌گردد. در مسئله حجیت قول لغوی در کتاب انوار الهدایه نیز ایشان بر اساس مبنای مشهور مستدلین بر حجیت پاسخ فرمودند، همان‌طور که خبرویت اهل لغت را نیز بنا بر فرض می‌پذیرند. به‌ویژه باید توجه کرد که در همان کتاب، قبل و بعد همین مسئله،

بی‌نیازی سیره‌های واقع‌نما را تأکید و اصرار می‌کنند (امام خمینی، ۱۴۱۵، ق، ۱/۱۰۶-۱۰۵ و ۱۹۴ و ۲۰۴ و ۲۰۶، ۹۶/۲). از جمله، عمل به خبر ثقه، قول لغوی، اصالة الید و اصالة الصحة را مثال می‌زنند و به‌نظر می‌رسد تناقض‌گویی با مبنای اتخاذی در یک کتاب در دو مرحله، امر بعیدی است. به‌هر حال باید نگاه مبنایی، محکم و مصرانه ایشان را در بی‌نیازی سیره‌های واقع‌نما از حجیت بخشی شرعی، پذیرفت و به ایشان نسبت داد و دیگر موارد را با شواهد گفته‌شده پاسخ داد.

اشکال کلی به محققین مذکور این است که به کلامی در میان اشکال و پاسخ‌های مباحث علمی امام رحمته‌الله‌علیه استناد کرده‌اند، در حالی که در آنجا بحث بر اساس مفروضات عمومی است.

در موضوع حجیت خبر واحد نیز به بیانی از حضرت امام رحمته‌الله‌علیه استناد می‌شود که در آن ایشان در مقام پاسخ مبنایی به اشکالات نیستند و در صفحات بعدی به پاسخ اصلی خود اشاره می‌کنند و تأکید می‌کنند که ادله قرآنی و روایی، هیچ جعل حجیتی و جعل طریقتی برای خبر واحد ندارند (امام خمینی، ۱۴۱۵، ق، ۱/۳۱۱). همچنین در ادامه اضافه می‌کنند، حجیت ظواهر و خبر ثقه فقط وابسته به سیره عقلا است (امام خمینی، ۱۴۱۵، ق، ۱/۳۱۴).

گذشته از پاسخ‌های قبلی اگر بیانات امام رحمته‌الله‌علیه بر مبنای دیگر مبانی در نظر گرفته نشود، می‌توان چنین استنباط کرد که از دیدگاه ایشان هر چند شارع، حجیت را به امارات به جهت ذاتی بودن آن نمی‌دهد اما اگر حجیت را از آن‌ها نفی کند، در حقیقت ارشاد به عدم طریقت لازم آن‌ها کرده است. در نتیجه از لحاظ اثباتی و کشف حجیت یا عدم حجیت می‌تواند اثرگذار باشد و تنبه دهد؛ اما از لحاظ ثبوتی، تأثیری در طریقت امارات ندارد؛ بنابراین توضیح نیز این متون با دیدگاه پیش‌گفته ایشان در تعارض نبوده و سازگار است.

۳. حیطة زمانی حجیت سیره عقلا

سیره عقلا نقش تعیین‌کننده‌ای در فقه دارد اما آیا باید در عصر حضور معصومین علیهم‌السلام باشد تا امکان امضا فراهم آید یا به سیره‌های جدید اعصار گوناگون

امتداد پیدا می کند و سکوت شارع در آن‌ها نیز نشانه تأیید شرعی خواهد بود؟
حیطه حجیت سیره‌های واقع‌نما به خاطر حجیت ذاتی‌شان محدودیتی در بر ندارد.
در مقابل، حیطه حجیت سیره غیر واقع‌نما از لحاظ مکانی و زمانی به دو صورت
قابل تقسیم است؛ اولین نوع آن سیره‌هایی است که در عصر معصومین علیهم‌السلام تحقق
داشته‌اند، دومین نوع آن، سیره‌هایی است که پس از عصر معصوم علیهم‌السلام تحقق
داشته‌اند و از آن‌ها به سیره‌های مستحدثه، تعبیر می‌شود.

۳/۱. سیره معاصر معصومین علیهم‌السلام

معاصرت سیره با عصر حضور معصومین علیهم‌السلام مقتضای امضای شارع را فراهم
می‌آورد و عدم ردع و امضای شارع به وضوح حجیت شرعی آن را به ارمغان
می‌آورد. به همین جهت امام خمینی رحمته‌الله‌علیه سیره‌هایی که معاصرت آن‌ها با عصر
معصومین علیهم‌السلام قابل احراز نیست را از دایره حجیت خارج کرده‌اند؛ همانند رجوع به
قول لغوی (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۲۵۱-۲۵۰) و وکالت فقیه به مقلدش (امام خمینی، ۱۴۲۶
ق، ۵۷). همچنین در قسمت‌های قبل به موارد متعددی از بیانات امام خمینی رحمته‌الله‌علیه
اشاره شد که ایشان قیود همگانی، فرا زمانی و فرا مکانی را در تعریف سیره عقلا
مفروض قرار داده‌اند که این قیودها، وجود معاصرت را نیز به همراه دارد و مؤید
مطالب گفته شده است.

۳/۲. سیره مستحدثه

آیا سیره‌هایی که از سویی در عصر معصومین علیهم‌السلام رواج نداشته‌اند و از سوی
دیگر، بین عقلائی همه دوره‌ها و مکان‌ها هم مرسوم نبوده‌اند، می‌توانند به امضای
شرعی و حجیت دست پیدا کنند؟ اگرچه سیره‌های مستحدثه به جهت همه‌گیر
نبودن، در نگاه امام خمینی رحمته‌الله‌علیه سیره عقلائی حقیقی نیستند اما مسئله در این است
که آیا امکان دارد ملاک حجیت سیره‌های عقلائی در سیره‌های مستحدثه نیز تحقق
پیدا کند؟ اگر چنین سیره‌هایی در طریق کشف واقع باشند، حجیت آن‌ها حتمی
است. مسئله این است که در وجود چنین سیره‌های مستحدثه‌ای تردید وجود دارد

ارزیابی منشورات
اصولی درباره دیدگاه
امام خمینی رحمته‌الله‌علیه در
حجیت سیره عقلا

و متداول شدن شیوه‌ای جدید در بین عقلا برای واقع‌یابی دور از ذهن است. امام خمینی رحمته‌الله علیه نیز در نوشته‌های اصولی خود به چنین سیره‌ای اشاره نکرده‌اند. در نتیجه از موضوع بحث این نوشتار خارج می‌شود.

اما سیره‌های مستحدثه‌ای هستند که واقع‌نمایی ندارند و صرفاً روش عملی جدیدی هستند و نزد عقلا مرسوم شده‌اند. برای نمونه می‌توان به بیمه، بازاریابی، معاملات شرکت‌های هرمی، معامله با شخصیت‌های حقوقی، بورس، حق رأی، حق سقط جنین، تساوی حقوق زن و مرد، حقوق شهروندی، بسیاری از قوانین بین‌المللی و ... اشاره کرد. برخی از این سیره‌ها مانند تساوی حقوق زن و مرد یا تشریح میت مسلمان (امام خمینی، ۱۴۲۵ ق، ۴/۴۷۵) مورد ردع شارع قرار گرفته‌اند. بعضی دیگر از این سیره‌ها نیز ریشه در سیره‌های امضا شده دارند و مصداق یکی از آن‌ها محسوب می‌شوند البته این موارد، سیره مستحدثه مصطلح نیستند و حجیتشان منوط به حجیت سیره اصلی خواهد بود؛ مانند بیمه که در دیدگاه فقهی امام رحمته‌الله علیه عقد مستقل و جدیدی از باب التزام به جبران خسارت است (امام خمینی، ۱۴۲۵ ق، ۴/۴۴۹) یا خرید و فروش رادیو، تلویزیون و مانند آن‌ها که ملحق به احکام خرید و فروش کالاهایی می‌شوند که هم استفاده حلال و هم حرام دارند (امام خمینی، ۱۴۲۵ ق، ۴/۴۴۸).

شارع نسبت به اکثر سیره‌های مستحدثه سکوت اختیار کرده است که در نگاه امام خمینی رحمته‌الله علیه به علت عدم اتصال آن‌ها به عصر معصوم علیه‌السلام و عدم امکان احراز امضای شارع حجیت نخواهند داشت اما ایشان ضمن بررسی یکی از اشکالات جواز تقلید از مجتهد، به روشی اشاره می‌کنند که اتصال موارد نادری از سیره‌های مستحدثه به عصر معصوم علیه‌السلام فراهم می‌شود. در این اشکال مطرح می‌شود که اجتهاد فقهای عصر غیبت مانند فقهای عصر ائمه علیهم‌السلام به یقین نسبت به احکام الهی ختم نمی‌شود و اجتهاد آن‌ها ظنی است. در نتیجه، سیره رجوع به مجتهد ظنی الاجتهاد متصل به عصر معصوم علیه‌السلام نمی‌شود و بر این اساس رجوع به چنین عالمی توسط شارع امضا نشده است (امام خمینی، ۱۴۲۶ ق، ۶۴). امام رحمته‌الله علیه در پاسخ اصلی به این اشکال معتقدند بفرض اگر این سیره مستحدثه باشد، رجوع به عالم ظنی الاجتهاد قابل پیش‌بینی بوده است. ایشان معتقدند، امام علیه‌السلام می‌دانستند و خبر داده بودند که عصری

پیش خواهد آمد و شیعیان نیاز به رجوع به کتب اصحاب و روایات آن‌ها خواهند داشت. به همین علت اصحاب را امر به کتابت روایات کرده بودند (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۵۲/۱). حضرات علیهم‌السلام می‌دانستند که در غیر این صورت جامعه شیعی به هرج و مرج و اضمحلال کشیده می‌شود. پس با وجود قابل پیش‌بینی بودن و حساس بودن مسئله، لازم است که ائمه علیهم‌السلام نسبت به آن توجه ویژه‌ای داشته باشند و در نتیجه سکوت آن‌ها در برابر این سیره نشان از رضایت ایشان خواهد داشت.

باید توجه داشت که رجوع به عالم مجتهد در عصر معصومین علیهم‌السلام از ارتکازات ذهنی عقلا و از امارات بوده است که به خاطر حضور ائمه معصومین علیهم‌السلام و امکان دسترسی به امام علیه‌السلام هنوز به رفتاری خارجی تبدیل نشده بود و به محض آغاز عصر غیبت، شیعیان بر اساس همین ارتکاز ذهنی به علما و کتب روایی مراجعه می‌کردند (امام خمینی، ۱۴۲۶ ق، ۸۱). امام رحمته‌الله‌علیه به این حقیقت مهم اشاره دارند که واقع‌نمایی این سیره طبیعتاً مدت‌ها بعد از غیبت وجود داشته است تا به تدریج اختلافات علما در فتاوا ظاهر گشت و واقع‌نمایی کامل این سیره زیر سؤال رفت اما ضرورت وجود این سیره جهت عدم اضمحلال احکام اسلام و اتصال و ریشه‌دار بودن آن در عصر معصوم علیهم‌السلام چنین اقتضا دارد که رضایت شارع را به همراه داشته باشد. در واقع این سیره از امارات عقلانی تبدیل به امارات شرعی می‌شود (امام خمینی، ۱۴۲۳ ق، ۶۲۵/۳).

باید خاطر نشان کرد که پیش‌بینی این سیره مستحده توسط امام علیه‌السلام و حتی دیگر اصحاب، به علم عادی بوده است و نیازی به علم غیب در اینجا نیست؛ چرا که امام علیه‌السلام مکلف به احکام ظاهری است و علم غیب تکلیفی را مترتب نمی‌کند. علاوه بر ظاهر کلمات امام خمینی رحمته‌الله‌علیه، یکی از تقریرات موجود در اصول ایشان به این مطلب تصریح دارد (امام خمینی، ۱۴۱۸ ق، ۶۲۶/۴).

گذشته از شرایط پیش‌گفته، امام خمینی رحمته‌الله‌علیه سیره مستحده را مقید به هرج و مرج و نیاز شدید کرده‌اند. در نتیجه، هر سیره مستحده‌ای را به‌صرف ایجاب و نیاز عادی به آن، نمی‌توان مورد رضایت شارع تلقی کرد.

بر اساس این تبیین، ایشان در موارد نادر و همراه با شروط سخت‌گیرانه‌ای،

- سیره‌های مستحده را دارای حجیت دانسته‌اند. در مجموع شرایطی که ایشان برای حجیت سیره‌های مستحده به واسطه ثبوت عدم ردع ارائه داده‌اند، چنین است:
- ۱- سیره‌ای که هر چند در عصر معصومین علیهم‌السلام تحقق عملی نداشته است اما به شکل ارتکاز باید در آن عصر حضور داشته باشد؛
 - ۲- نیاز به چنین سیره‌ای به علم عادی قابل پیش‌بینی بوده است و نشانه و اخباری از آن در عصر معصومین علیهم‌السلام موجود باشد؛
 - ۳- عدم تعیین تکلیف آن سیره، موجب هرج و مرج در جامعه شیعی و اضمحلال آن شود.

مسیر دیگری که به اثبات مدعای فوق کمک می‌کند، بازیابی فهرستی از مهم‌ترین سیره‌های عقلایی است که ایشان در کتاب اصولی خود نام‌برده و حجیتشان را ثابت دانسته‌اند. با نگاهی به این موارد مشخص می‌شود که سیره‌های مستحده، مورد توجه ایشان نبوده است و همه همتشان در بحث بنای عقلا در معرفی سیره‌های عقلایی همه‌گیر خلاصه می‌شود. مواردی از سیره‌های عقلایی که امام خمینی رحمته‌الله علیه حجت می‌دانند و استنادات بعضی از آنها پیش‌تر ذکر شده بود، عبارتند از: اخذ به ظواهر کلام، اصول لفظیه (امام خمینی، ۱۳۷۵، ۴۹)، اصالة الصحه، اصالة الید، رجوع جاهل به عالم (امام خمینی، ۱۳۷۵، ۴۹)، جمع عقلایی بین دو دلیل متعارض غیر مستقر (امام خمینی، ۱۳۷۵، ۳۴، ۱۸۸)، تطابق مراد استعمالی با مراد جدی متکلم (امام خمینی، ۱۴۱۵، ق، ۱/۲۴۹)، اجماع و شهرت بین همراهان رئیس که کاشف از رضایت اوست (امام خمینی، ۱۳۷۵، ۱۷۵)، طلاق (امام خمینی، ۱۳۷۵، ۵۷)، وکالت (امام خمینی، ۱۳۷۵، ۵۷)، قاعده سلطنت (امام خمینی، ۱۴۱۰، ق، ۱/۶۱)، قاعده عدم جواز تصرف در مال دیگری (امام خمینی، ۱۴۱۰، ق، ۱/۶۱) و فحص در ادله تکلیف هنگام شبهه (امام خمینی، ۱۴۱۵، ق، ۲/۴۱۲ و ۴۱۷).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳
۲۴

۳/۳. نادرستی انتساب حجیت سیره مستحده به امام خمینی رحمته‌الله علیه

بررسی‌های زیادی در تحقیقات علمی و نشست‌های حوزوی و دانشگاهی پیرامون نگاه امام رحمته‌الله علیه نسبت سیره‌های مستحده انجام گرفته است که تعداد قابل توجهی از آنها اعتبار سیره‌های مستحده را به ایشان نسبت می‌دهند و بدون

در نظر گرفتن شروط پیش گفته، چنین وانمود کردند که امام خمینی رحمته الله علیه از علمایی هستند که به سیره‌های مستحدثه بهای زیادی می‌دادند درحالی که ایشان موارد نادری را حجیت بخشیده‌اند. با نگاهی دقیق به این نوشته‌ها و اظهارنظرها مشخص می‌شود که دو روش در چنین انتسابی پی گرفته شده است. در روش اول بر اساس چارچوب علمی عمل شده اما برداشتی نادرست از نگاه‌های ایشان رخ داده است. در روش دوم، خروج از اسلوب علمی اتفاق افتاده است و تفسیر به رأی‌هایی از آرای امام خمینی رحمته الله علیه شکل گرفته که منجر به تحریف دیدگاه ایشان شده است.

تکیه اصلی هر دو گروه بیشتر بر بیانی است که امام خمینی رحمته الله علیه در مسئله رجوع جاهل به مجتهد ظنی الاجتهاد داشته‌اند. در دسته اول، به‌عنوان نمونه، جواد فاضل لنکرانی هرچند خود حجیت سیره‌های مستحدثه را نمی‌پذیرد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۶، ۲۶ فروردین ماه، جلسه ۶۶) اما معتقد است امام رحمته الله علیه حجیت سیره‌های مستحدثه را پذیرفته‌اند و دلیل آن را جامعیت دین فرض کرده‌اند البته تذکر می‌دهد که امام خمینی رحمته الله علیه حجیت را مقید به اخبار از این سیره در عصر معصومین علیهم السلام کرده‌اند اما بر این باور است که این قید در کلام ایشان موضوعیت ندارد و عملاً دیدگاه امام رحمته الله علیه را نسبت به حجیت سیره مستحدثه بدون شرط معرفی می‌کند و حتی اتصال به عصر معصوم علیهم السلام را نیز در نظر نمی‌گیرد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۶، ۲۵ فروردین ماه، جلسه ۶۵). این در حالی است که:

اولاً: مدرکی بر اینکه امام رحمته الله علیه جامعیت دین را در این مسئله دخالت داده‌اند، ارائه نشده و ایشان به این مطلب در متن مذکور اشاره‌ای نداشته‌اند و در تقریرات دروس ایشان نیز به این مطلب اشاره نشده است. تکیه اصلی ایشان در این استدلال بر ضروری بودن رجوع به عالم و جلوگیری از هرج و مرج جامعه شیعی است. از سوی دیگر بعضی از تقریرات درس امام خمینی رحمته الله علیه تصریح دارند بر اینکه منظور از علم، علم به غیب نیست (امام خمینی، ۱۴۱۸، ق. ۴/۶۲۶) در نتیجه از جامعیت دین به جهت اعمال علم غیب نیز نمی‌توان استفاده کرد.

ثانیاً: موضوعیت ندادن به اخبار از وقایع، بی‌وجه به نظر می‌رسد؛ چرا که به این

ارزیابی منشورات
اصولی درباره دیدگاه
امام خمینی رحمته الله علیه در
حجیت سیره عقلا

قید دو بار در متن ایشان اشاره شده است^۱ و موضوعیت نداشتن آن خلاف ظاهر است.

ثالثاً: اگر ایشان در این مسئله، مطلق سیره‌های مستحدثه را حجت دانسته‌اند، چرا قید اتصال به عصر معصومین علیهم‌السلام را در صدر بحثشان تصریح کرده‌اند؟ به علاوه اگر چنین شرطی در نگاه ایشان جاری نیست، چرا برای رد وکالت قاضی به مقلد و به‌ویژه رد حجیت قول لغوی به عدم اتصال به عصر معصوم علیهم‌السلام استدلال می‌کنند؟ (امام خمینی، ۱۴۱۵ ق، ۱/۲۵۱-۲۵۰). به نظر می‌رسد امام خمینی رحمته‌الله‌علیه به هیچ وجه از شرط اتصال به عصر معصوم علیهم‌السلام و دیگر شروط گفته‌شده دست نکشیده‌اند و مطالب ادعایی مضاف بر این که بدون مدرک است، موجب تناقض در آرای ایشان می‌شود. در این گروه بعضی نیز بدون توجه به قیود و شروط مطرح‌شده در کلمات امام رحمته‌الله‌علیه به گزاره‌های مبهم و غیرعلمی همچون «منزوی شدن فقه» تمسک کرده‌اند (بهرامی‌نژاد و موسوی بجنوردی، ۱۳۹۵، ۵۱) و در واقع مدعی‌اند که عدم حجیت سیره‌های مستحدثه باعث تعارض علم و دین می‌شود. بعضی از نویسندگان نیز بدون توجه به تعریف امام رحمته‌الله‌علیه از سیره عقلا، حجیت ذاتی امارات عقلایی را به سیره‌های مستحدثه تعمیم داده‌اند و همچنین، سیره‌های غیر واقع‌نما را ملحق به امارات کرده‌اند (موسوی، ۱۳۹۶، ۱۰۸-۱۰۵).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳
۲۶

بعضی از محققین از فرموده‌های ایشان چنین برداشت کرده‌اند که آگاهی ائمه علیهم‌السلام از اتفاقات عصر غیبت و اخبار آن‌ها از وقایع آخرالزمان نشان‌دهنده این است که معصومین علیهم‌السلام نسبت به وقایع غیبت واکنش داشته‌اند. پس هر سیره‌ای که رخ دهد و ردع نشود یعنی امضا شده است (فیض، ۱۳۸۴، ۱۴۵؛ مجموعه نویسندگان، ۱۳۷۴، ۲۴۶/۱۴ و ۱۷۴/۳). برخی از پژوهشگران نیز همین استدلال را به صورت اجمالی آورده و پذیرفته‌اند (رنجبر بافقی، ۱۳۸۹، ۱۵۰؛ فخلعی و ولی‌اللهی، ۱۳۸۹، ۹۸).

اما این سخنان و برداشت‌های مختلف پژوهشگران نسبت به اندیشه امام خمینی رحمته‌الله‌علیه درست نیست؛ زیرا:

۱. تعبیر «أخبروا بذلك» و «علموا وأخبروا بوقوع الناس فيه» منظور است (امام خمینی، ۱۴۲۶، ۸۱).

اولاً: ظاهر بیان امام عجل الله تعالی فرجه الشریف چنین توسعه‌ای را نشان نمی‌دهد و سخنی از روایات وقایع آخرالزمان وجود ندارد و صرفاً به هرج و مرج جامعه شیعی در غیبت طولانی امام عصر عجل الله تعالی فرجه الشریف در صورت عدم رجوع به مجتهدین اشاره دارند؛

ثانیاً: علاوه بر ظاهر کلام امام عجل الله تعالی فرجه الشریف بنا بر بعضی از تقریرات درس ایشان علم مورد استفاده ائمه اطهار علیهم السلام در اینجا علم عادی بوده است و نه علم غیب؛

ثالثاً: محققان مذکور با به میان آوردن مسئله علم غیب، اتصال تمامی سیره‌ها به عصر معصوم علیه السلام را حل شده فرض می‌کنند درحالی که همان گونه که گفته شد ایشان صراحتاً حجیت رجوع به قول لغوی و وکالت قاضی به مقلد را نپذیرفته‌اند و این شاهد دیگری بر خطا بودن این برداشت است؛

رابعاً: شرط ارتکازی بودن این سیره‌ها که در بیانات امام عجل الله تعالی فرجه الشریف به آن اشاره شده است با طرح مسئله علم غیب سازگار نیست؛ چراکه اگر حجیت سیره مستحدثه جهت اتصال به عصر معصوم علیه السلام به مرتکز بودن در آن عصر وابسته باشد نیازی به طرح مسئله علم غیب برای ایجاد این اتصال نخواهد بود.

اما گروه دوم معیارهای علمی را رعایت نکرده‌اند و مطالب غیرقابل اثباتی را به ایشان نسبت داده‌اند. برخی به جای ترجمه دقیق کلمات امام عجل الله تعالی فرجه الشریف به ترجمه آزاد پرداخته‌اند و شروط مندرج در آن را نادیده گرفته و حجیت را به تمامی سیره‌های مستحدثه تعمیم داده‌اند و حجیت سیره‌های مستحدثه را به شکل مطلق به ایشان نسبت می‌دهند (فاضل میبدی، ۱۳۹۷، ۲۳ آبان‌ماه؛ ملک‌زاده و احمدلو، ۱۳۹۱، ۵۰).

به همین روش گوینده دیگری از مؤسسه تنظیم و نشر، نسبت‌های غیرعلمی و تحریف‌آمیزی به امام خمینی عجل الله تعالی فرجه الشریف داده و می‌گوید:

«در بحث انوارالهدایه خودشان در حاشیه بر الکفایه، از این نکته استفاده می‌کنند که سیره عقلا امر اعتبار ذاتی دارد. اگر عقلا امروز در جهان می‌گویند حقوق بشر، این موضوع حجیت دارد و نیازی نیست ببینیم که آیا این مقوله در زمان پیامبر و ائمه بوده است یا خیر... یکی از بحث‌هایی که درباره آن چالش وجود دارد، کودک

۱. گوینده مذکور علاوه بر اشکال پیش گفته، به اشتباه، ارجاع به کتاب «انوارالهدایه»، جلد ۱، صفحه ۱۰۶ داده است که درواقع کتاب «الاجتهاد و التقليد»، صفحه ۸۱ صحیح است.

همسری است. ... ۱۳ سالگی و حتی ۱۵ سالگی نیز سن مناسبی برای ازدواج نیست. درحالی که ممکن است در گذشته چنین بوده باشد. امروز رشد دختر در این سنین اتفاق نمی‌افتد. عقلاً امروز سن رشد را تعیین کرده‌اند. از میان ۱۱۰ کشور، ۸۰ کشور گفته‌اند دختران باید از ۱۸ سالگی ازدواج کنند و قبل از آن سن اگر کسی زمینه و آمادگی ازدواج را دارد، باید ثابت شود وگرنه امروز ازدواج کردن یک دختر ۱۳ ساله ظلم است» (ایازی، ۱۴۰۰/۰۹/۱۳).

نویسندگان دیگری از مؤسسه تنظیم و نشر نیز چنین مضامینی را به ایشان نسبت داده‌اند (فاضل میبدی، ۱۳۹۱/۰۲/۱۹) که در نقد آن‌ها می‌توان گفت:

اولاً: برخلاف دیدگاه گوینده، امام رحمته‌الله‌علیه صرفاً حجیت ذاتی امارات عقلایی را در کتاب «انوارالهدایه» مطرح کرده‌اند و مسئله نکاح برای حجیت‌یابی نیاز به ورود شارع دارد که با ثبوت عدم ردع و اتصال به عصر معصوم علیه‌السلام به دست می‌آید.

ثانیاً: سیره‌های مستحدثه، سیره عقلایی مدنظر نیست و ذاتی بودن حجیت را که برای امارات عقلاییه ثابت است، نمی‌توان بر آن‌ها حمل کرد. به علاوه حقوق انسانی از مقوله امارات عقلایی نیستند تا حجیت ذاتی داشته باشند.

ثالثاً: روشن نیست گوینده به چه استناد و استدلالی بانیان اعلامیه حقوق بشر را عقلاً جهان می‌نامد درحالی که این اعلامیه بر اساس انگاره‌ها و مبانی اومانستی، مادی‌گرایانه و لیبرالی نگاشته شده است که مورد قبول بسیاری از اندیشمندان اسلامی نیست و هیئت حاکمه بیشتر کشورها بر اساس ملاحظات سیاسی به امضای آن اقدام کردند.

رابعاً: گذشته از اینکه اطلاق‌انگاری ظلم در ازدواج زیر ۱۸ سال جای تأمل دارد، این مسئله نه تنها عدم ردع شارع را دارا نیست بلکه به شکل ویژه جواز آن از سوی شارع ابلاغ شده است.

خامساً: متأسفانه گوینده علاوه بر استفاده مخدوش از مبانی امام رحمته‌الله‌علیه در حجیت سیره عقلاً، دیدگاه فقهی ایشان در این مسئله را که با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان است، کنار گذاشته است؛ ایشان علاوه بر فتوا به جواز ازدواج زیر ۱۸ سال (امام خمینی، ۱۳۹۲، تحریر الوسیله، ۲/۲۵۹)، به بررسی ابعاد عقلایی آن نیز پرداخته‌اند؛ ایشان در

کتاب «کشف اسرار» به چنین قوانین فسادزایی تاخته و آن‌ها را دارای اعتبار قانونی ندانسته‌اند. امام رحمته‌الله علیه در این رابطه می‌فرماید: «یک نفر جوان را در موقع غرور شهوت برخلاف سنت طبیعت که از سنن بزرگ الهی است برای تعیین بلوغ سه سال از ازدواج مشروع محروم کنند، جز کمک کاری به شیوع فحشا و فساد اخلاق توان بر آن نامی گذاشت؟ بلوغ شرعی مطابق بلوغ طبیعی است که سنت تغییرناپذیر است و حکم برخلاف آن راه انداختن فحشا و خلاف عفت و کمک کاری به امراض گوناگون تناسلی است که نسل پاک جوانان ما را برمی‌اندازد.» (امام خمینی، ۱۳۶۳ ق، ۲۹۴).

البته این بدین معنا نیست که تعیین قانونی سن ازدواج در دولت اسلامی و تحت اشراف ولی فقیه، مشروع نیست اما ارجاع به قوانین به‌ظاهر بین‌المللی و عقلایی پنداشتن آن‌ها که بدون توجه به بلوغ طبیعی و شرعی و فسادهای مترتب بر آن هست، اعتبار علمی ندارد و نمی‌توان آن‌ها را به امام رحمته‌الله علیه نسبت داد.

نتیجه‌گیری

سیره عقلا در دیدگاه امام خمینی رحمته‌الله علیه بر سیره‌های همگانی، همه‌زمانی و همه‌مکانی اطلاق می‌شود که مصالح عقلایی در آن مدنظر قرار گرفته شده و در راستای اثبات حکم شرعی است. در نتیجه دیگر سیره‌ها از جمله سیره‌های مستحدثه بدون قرینه به‌عنوان سیره عقلا استعمال نمی‌شود.

سیره عقلا در نگاه امام رحمته‌الله علیه به سیره‌های واقع‌نما و غیر واقع‌نما تقسیم می‌شوند. سیره‌های واقع‌نما به جهت اماریتشان به واقع و کشف تکلیف الهی، حجیت ذاتی دارند و تأیید شارع ملازمشان بوده و امری ارشادی است. سیره‌های غیر واقع‌نما هرچند خود معمول شرعی نیستند اما برای کسب معذرت شرعی نیاز به تأیید شارع دارند و شارع گاهی در آن‌ها تصرف می‌کند. از این رو برخلاف نظر برخی از محققین، ایشان نه حجیت ذاتی و نه امضایی سیره عقلا را به‌صورت مطلق پذیرفته‌اند. بر اساس این تبیین، تهافت ظاهری بیان ایشان در نگاشته‌هایشان رفع می‌شود.

امام رحمته‌الله علیه حجیت سیره‌های مستحدثه را با شروط سخت‌گیرانه‌ای پذیرفته‌اند؛

ارتكازى بودن آن در عصر ائمه عليه السلام، إخبار ائمه عليه السلام به علم عادى از تحقق آن‌ها، وقوع هرج و مرج در صورت عدم تعيين تكليف نسبت به آن‌ها. براين اساس تلاش محققين نامبرده و مراکزى همچون «مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى رحمه الله عليه» در انتساب حجت مطلق سيره‌هاى مستحدثه به ايشان دور از واقعيت است.

در اين ميان برخى افراد كه بيشتر گفته‌هايشان در مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى رحمه الله عليه منتشر مى‌شود از يك طرف تلاش دارند تعريف سيره عقلا از نظر امام رحمه الله عليه را از عقلای جهان شمول، به عقلای عصر حاضر، عرف و عادت‌هاى جديد دوران مدرنيته تغيير دهند و از طرف ديگر سعى مى‌كنند حجت شرعى آن‌ها را با علم غيب معصومين عليه السلام به دست آورند و به امام خمينى رحمه الله عليه نسبت دهند. اين تلاش‌ها در واقع مصادره نگاه مترقيانه ايشان به مسئله سيره عقلا است؛ نظريه امام رحمه الله عليه به وسيله ابزار مهمى چون سيره عقلا، فقه را با ضوابط فقه جواهرى به فقه پويا و پاسخگو به مسائل حكومتى و اجتماعى تبديل مى‌كند اما با چنين تفسيرى، نظريه ايشان تبديل به ماشين امضايى براى همه توصيه‌ها، قوانين، عادت‌ها، سبك زندگى‌ها، باورهاى به‌ظاهر بين‌المللى و مدرن و در واقع ديكته شده و امتداد يافته از آموزه‌هاى غربى مى‌شود.

جستارهاى
فقهى و اصولى

سال دهم، شماره پيائى ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۳۰

منابع

۱. آخوند خراسانى، محمد كاظم. (۱۴۰۹ ق). كفاية الأصول. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۲. ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ ق). معجم مقاييس اللغة. قم: مكتب الاعلام الاسلامى.
۳. اصغرى، سيد محمد (۱۳۸۴). «بناء عقلا». فصلنامه دانشكده حقوق و علوم سياسى، ۷۰ (۰)، ۱-۴۰.
۴. امام خمينى رحمه الله عليه، سيد روح الله. (۱۴۲۵ ق). تحرير الوسيلة. ترجمه: على اسلامى، چاپ بيست و يكم، قم: انتشارات اسلامى.
۵. امام خمينى رحمه الله عليه، سيد روح الله. (۱۳۶۳ ق). كشف اسرار. بي‌جا: چاپخانه اسلاميه.
۶. امام خمينى رحمه الله عليه، سيد روح الله. (۱۳۷۵). التعادل و التراجيح. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى رحمه الله عليه.
۷. امام خمينى رحمه الله عليه، سيد روح الله. (۱۳۷۸). الرسائل العشرة. قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار

امام خمینی رحمته الله علیه.

۸. امام خمینی رحمته الله علیه، سیدروح الله. (۱۳۸۱). الاستصحاب. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار

امام خمینی رحمته الله علیه.

۹. امام خمینی رحمته الله علیه، سیدروح الله. (۱۳۹۲). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار

امام خمینی رحمته الله علیه.

۱۰. امام خمینی رحمته الله علیه، سیدروح الله. (۱۳۹۲). مناهج الوصول إلى علم الأصول. چاپ چهارم،

تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

۱۱. امام خمینی رحمته الله علیه، سیدروح الله. (۱۴۱۰ ق). الرسائل. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

۱۲. امام خمینی رحمته الله علیه، سیدروح الله. (۱۴۱۵ ق). انوار الهدایة. چاپ دوم، تهران: مؤسسه تنظیم

و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

۱۳. امام خمینی رحمته الله علیه، سیدروح الله. (۱۴۲۳ ق). تهذیب الأصول. تقریر: جعفر سبحانی،

تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

۱۴. امام خمینی رحمته الله علیه، سیدروح الله. (۱۴۲۶ ق). الاجتهاد و التقليد. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر

آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

۱۵. امام خمینی رحمته الله علیه، سیدروح الله. (۱۴۱۸ ق). تنقیح الأصول. تقریر: حسین تقوی اشتیاردی،

تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

۱۶. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۶ ق). فرائد الأصول. چاپ پنجم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه

قم.

۱۷. ایازی، سیدمحمدعلی. (۱۴۰۰). پرتال امام خمینی رحمته الله علیه، ۱۳/۰۹/۱۴۰۰، لینک کوتاه:

<http://B2n.ir/p91149>

۱۸. بهرامی نژاد، علی، و موسوی بجنوردی، سیدمصطفی (۱۳۹۵). «تمسک به دانسته‌های

عرفی بشر در توسعه و فهم عناوین فقهی در مکتب فرقین یا رویکردی به دیدگاه امام

خمینی رحمته الله علیه». مجله پژوهشنامه متین، ۱۸(۷۳)، ۵۹-۳۶.

۱۹. جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی (۱۳۷۹). «عرف از نگاه امام خمینی رحمته الله علیه». نشریه فقه،

(۲۵-۲۶)، ۲۴۴-۲۱۵.

۲۰. جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی (۱۳۸۰). «عرف از نگاه امام خمینی رحمته الله علیه». مجله حضور،

(۳۵)، بی‌صص.

۲۱. جلالی، هادی (۱۳۹۹). «ظرفیت‌های مبانی امام خمینی رحمته الله علیه درباره بنای عقلا برای فقه

سیاسی». مجله فقه و سیاست، (۱)، ۱۷۹-۱۵۱.

ارزیابی منشورات
اصولی درباره دیدگاه
امام خمینی رحمته الله علیه در
حجیت سیره عقلا

۳۱

۲۲. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶ ق). **الصالح**. تصحیح: عطار احمد عبدالغفور، بیروت: دارالعلم للملایین.
۲۳. حسین نژاد، سیدمجتبی (۱۳۹۶). تحلیل حجیت بنای عقلا با رویکردی در مسائل مستحدثه. **فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی**، ۱۳(۴۸)، ۶۲-۳۷.
۲۴. رنجبر بافقی، حامد (۱۳۸۹). جایگاه سیره عقلا در اندیشه و سیره امام خمینی رحمته الله علیه و الزامات آن در اداره جامعه. **پایان‌نامه پژوهشکده امام خمینی رحمته الله علیه و انقلاب اسلامی**.
۲۵. سیدمرتضی، (علم‌الهدی). (۱۳۷۶). **الذریعة إلى أصول الشریعة**. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۶. شریعتی فرانی، سعید (۱۴۰۰). بنای عقلا. **همایش دانشنامه امام خمینی**، به کوشش سیدضیاء مرتضوی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه، (۲)، ۶۵۹-۶۵۳.
۲۷. صدر، محمدباقر. (۱۴۰۸ ق). **مباحث‌الأصول**. تقریر: سیدکاظم حسینی حائری، قم: مطبعة مرکز النشر- مکتب الإعلام الإسلامی.
۲۸. طباطبایی، سیدمحمدحسین. (بی‌تا). **حاشیة الکفایة**. قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.
۲۹. طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۳۷۵). **مجمع البحرین**. به تصحیح احمد حسینی اشکوری، تهران: مرتضوی.
۳۰. طوسی، محمد. (۱۴۱۷ ق). **العدة فی أصول الفقه**. قم: محمدتقی علاقبندیان.
۳۱. عسکری، حسن. (۱۴۰۰ ق). **الفروق فی اللغة**. بیروت: دارالافتاء الجدیدة.
۳۲. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۷). **فقه و عرف**. چاپ ششم، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۳. فاضل لنکرانی، محمدجواد. (۱۳۸۶). **خارج فقه. تارنمای آیت‌الله محمدجواد فاضل لنکرانی**، ۲۵ و ۱۳۸۶/۰۱/۲۶، لینک: <http://fazellankarani.com/persian/> و <http://fazellankarani.com/persian/lessons/513> و <http://fazellankarani.com/persian/lessons/512>
۳۴. فاضل میبدی، محمدتقی. (۱۳۹۱). **پرتال امام خمینی رحمته الله علیه**. ۱۹/۰۲/۱۳۹۱، لینک کوتاه: <http://B2n.ir/f49484>
۳۵. فاضل میبدی، محمدتقی. (۱۳۹۷). **تعامل فقها با بناهای عقلا در جهان امروز. تارنمای شبکه اجتهاد**، ۲۳/۰۸/۱۳۹۷، لینک: <http://ijtihadnet.ir>
۳۶. فخلعی، محمدتقی، و ولی‌اللهی، مجتبی (۱۳۸۹). «بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان». **مطالعات اسلامی (فقه و اصول)**، (۸۵)، ۱۰۴-۸۵.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۳۲

۳۷. فیاضی، مسعود (۱۳۹۱). ماهیت احکام امضایی (از رهگذر بررسی تطبیقی آرای مرحوم محقق اصفهانی و امام خمینی رحمتهما علیهما). فصلنامه حقوق اسلامی، (۳۴)، ۲۱۸-۱۹۳.
۳۸. فیض، علیرضا (۱۳۸۴). عرف عقلا. فلسفه تحلیلی، (۱)۲، ۱۵۵-۱۲۷.
۳۹. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ ق). الکافی. به تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ چهارم. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۴۰. مجموعه نویسندگان. (۱۳۷۴) مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی «نقش زمان و مکان در اجتهاد». تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمتهما علیهما.
۴۱. ملک‌زاده، فهیمه، و احمدلو، مونا (۱۳۹۱). «جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی رحمتهما علیهما». پژوهشنامه متین، (۵۶)۱۴، ۱۶۳-۱۳۹.
۴۲. موسوی، سید عبدالواحد (۱۳۹۶). عرف و بنای عقلا در مکتب فقهی امام خمینی رحمتهما علیهما. پژوهشنامه متین، (۷۷)۱۹، ۱۱۰-۹۳.
۴۳. موسوی، سیده فاطمه، اسدی کوهیاد، هرمز، و پنجه‌پور، جواد (۱۳۹۸). سیر تطور و تحول بنای عقلا نزد اصولی‌های شیعه. پژوهش‌های فقهی، (۳)۱۵، ۵۳۵-۵۵۲.
۴۴. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۶). فوائداصول. به تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ارزیابی منشورات
اصولی درباره دیدگاه
امام خمینی رحمتهما علیهما در
حجیت سیره عقلا

۳۳

References

1. Ibn Fārīs, Aḥmad Ibn Fārīs. 1983/1404. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughā*. Edited by 'Abd al-salam Muḥammad Harūn. Qom: Markaz Nashr Maktab al-I'lām al-Islāmī.
2. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2002/1423. *Al-Tahdhīb al-Uṣūl*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
3. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2005/1426. *al-Ijtihād wa al-Taqlīd*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
4. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2002/1423. *Kashf al-Asrār*. Chāpkhānih-yi Islāmīyah.
5. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1996/1375. *Al-Ta'ādul wa al-Tarājīh*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
6. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1999/1378. *Al-Rasā'il al-Ushrah* Qom: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
7. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2002/1381.

- Al-Isūshāb*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
8. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2013/1392. *Tahrīr al-Wasīlah*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
 9. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2013/1392. *Manāḥij al-Wuṣūl 'Ilā 'Ilm al-Uṣūl*. 4th. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
 10. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1989/1410. *al-Rasā'il*. Qom: Mu'asissih-yi Maṭbū'ātī-yi Ismā'īlīyān.
 11. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1994/1415. *Anwār al-Hidāya fī l-Ta'līqā 'alā al-Kifāya*. 2nd. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
 12. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1999/1418. *Tanqīḥ al-Uṣūl*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
 13. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2004/1425. *Tahrīr al-Wasīlah*. Translated by 'Alī Islāmī. 24th. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
 14. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1995/1416. *Farā'id al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 15. al-Kurāsānī, Muḥammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurāsānī). 1988/1409. *Kifāyat al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
 16. al-Jawharī, Ismā'il Ibn Ḥammād. 1956/1376. *al-Şiḥah: Tāj al-Lughat wa Şiḥah al-'Arabīyyah*. 1st. Edited by Aḥmad 'Abd al-Ghafūr 'Aṭār. Beirut: Dār al-'Ilm li al-Malāyīn.
 17. al-Şadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1987/1408. *Mabāḥith al-Uṣūl*. Taqrīr (written by) Kāzīm al-Ḥusaynī al-Ḥā'irī. Qom: Maktabat al-'Ilm al-Islāmī.
 18. al-Ṭabāṭabā'ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-'Allāma al-Ṭabāṭabā'ī). n.d. *Ḥāshīyat al-Kifāya*. Qom: Bunyād-i 'Ilmī wa Fikrī-yi 'Allama Ṭabāṭabā'ī.
 19. al-Turayḥī, Fakhr al-Dīn. 1995/1375. *Majma' al-Baḥrayn*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyya.
 20. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1996/1417. *al-Uddat fī al-Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Muḥammad Taqī 'Alāqībāndīyān.
 21. Al-'Askarī, Ḥasan ibn 'Abdullāh. n.d. *al-Furūq fī al-Lughah*. Beirut: Dār al-Āfāq al-Jadīdah.
 22. 'Alam al-Hudā, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Sarīf al-Murtaḍā). 1984/1363. *al-Dharī'a ilā Uṣūl al-Sharī'a*. Tehran: Dānīshgāh-i Tīhrān (Tehran University).
 23. 'Alīdūst, Abulqāsim. 2018/1397. *Fiqh wa 'Urf*. 6th. Tehran: Sāzīmān-i Intishārāt-i Pazhūhishgāh-i Farhang wa Andīshih-yi Islāmī.
 24. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407. *Uṣūl al-Kāfī*. Edited by 'Alī Akbar Ghaffārī and Muḥammad Ākhundī. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.

25. A Group of Authors. 1995/1374. *Majmū'ih-yi Āthār-i Kungirih-yi Barrasī-yi Mabānī-yi Fiqhī-yi Ḥadrat-i Imām Khumaynī 'Naqsh-i Zamān wa Makān dar Ijtihād*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
26. Al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (Mīrzā Nā'inī, Kumpānī). 1997/1376. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
27. Aṣgharī, Sayyid Muḥammad. 2005/1384. *Banā' 'Uqalā*. Faṣḥnāmih-yi Dānishkadīh-yi Ḥuqūq wa 'Ulūm-i Sīyāsī, 70, 1-40.
28. Bahrāmī Nizhād, 'Alī. 2016/1395. *Tamassuk bih Dānīstūhā-yi 'Urfī-yi Bashār dar Tawṣī'ih wa Fahm-i 'Anāwīn-i Fiqhī dar Maktab-i Barīgayn bā Rūykardī bih Dīdgāh-i Imām Khumaynī*. Majalīh-yi Pazhūhishnāmih-yi Matīn, 73, 36-59.
29. Jabbār Gulbāghī Māsūlīh, Sayyid 'Alī. 2000/1379. *'Urf az Nīgāh-i Imām Khumaynī*. Nashrīyah-yi Fiqh, 25, 26, 215-244.
30. Jabbār Gulbāghī Māsūlīh, Sayyid 'Alī. 2001/1380. *'Urf az Nīgāh-i Imām Khumaynī*. Majalīh-yi Ḥudūr, 35.
31. Jalālī, Hādī. 2020/1399. *Ẓarfīyat-hāyi Mabānī-yi Imām Khumaynī dar Bārih-yi Banā-yi 'Uqalā Barāyi Fiqh-i Sīyāsī*. Majalīh-yi Fiqh wa Sīyāsāt, 1, 152-179.
32. Ḥusayn Nizhād, Sayyid Mujtaba. 2017/1396. *Tahlīl-i Ḥujjīyat-i Banā-yi 'Uqalā bā Rūykardī dar Masā'il-i Muṣtaḥdithīh*. Faṣḥnāmih-yi Pazhūhishā-yi Fiqh wa Ḥuqūd-i Islāmī. 48, 37-62.
33. Ranjbar Bāfqī, Ḥāmid. 2010/1389. *Jāyigāh-i Sīrih-yi 'Uqalā dar Andīshīh wa Sīrih-yi Imām Khumaynī wa Ilzāmāt Ān dar Idārih-yi Jāmi'ih*. Pāyān Nāmīh Pazhūhishkadīh-yi Imām Khumaynī wa Inqilāb Islāmī.
34. Sharī'atī Farāhānī, Sa'īd. 2021/1400. *Banā-yi 'Uqalā. Dānishnāmih-yi Imām Khumaynī*. Tehran: Mu'asissih-yi Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī, Volume 2. 1st. pp. 653-659.
35. Fakhla'ī, Muḥammad Taqī. 2010/1389. *Barrasī-yi Sharḥ-i Mu'āṣirat-i Sīrih-yi 'Uqalā bā 'Aṣr-i Ma'ṣūmān*. Muṭālī'āt-i Islāmī Fiqh wa Uṣūl. 85, 85-104.
36. Fayyāḍī, Mas'ūd. 2012/1391. *Māhīyat-i Ahkām-i Imḍāyī az Rahguzar-i Barrasī-yi Taḥbīqī-yi Ārā-yi Marḥūm Muḥāqiq-i Isfahanī wa Imām Khumaynī*. Faṣḥnāmih-yi Ḥuqūq-i Islāmī, 34, 193-218.
37. Fayḍ, 'Alīriḍā. 2005/1384. *'Urf-i 'Uqalā*. Falsafīh-yi Tahlīlī. 1, 127-155.
38. Malik Zādīh, Fahīmīh. 2012/1391. *Jāyigāh-i 'Urf dar Ḥuqūq bā Rūykardī bar Andīshīh-hāyi Imām Khumaynī*. Pazhūhishnāmih-yi Matīn, 56, 139-163.
39. Mūsawī, Sayyid 'Abd al-Wāḥid. 2017/1396. *'Urf wa Banā-yi 'Uqalā dar Maktab-i Fiqhī-yi Imām Khumaynī*. Pazhūhishnāmih-yi Matīn, 77, 93-110.
40. Mūsawī, Sayyidah Fāṭimah. *Sayr-i Taṭawur wa Taḥawwul-i Banā-yi 'Uqalā Nazd-i Uṣūlī-hāyi Shī'ah*. Pazhūhish-hāyi Fiqhī, 3, 535-552.
41. <http://www.imam-khomeini.ir/fa/n155518/>

Principality of Conventional Nature in Matters of Legal Rulings: A Method of Inferring the Newly Emerged Issues¹

Mohammad-Ali Khademi Koosha 

Assistant Professor at Institute of Jurisprudence and Law, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. (Corresponding Author); khademi@isca.ac.ir;

Mohammad Hossean MollaMirzaee

Graduated Student of Level Four of Qom Seminary & Instructor of Advanced Level Studies of Qom Seminary; Qom-Iran.

Akbar Najm

Instructor of Advanced Level Studies of Qom Seminary

37 Abstract

Nowadays, there is, sometimes, an example of the title of the matter of the religious ruling (*ḥukm al-sharʿī*), which lacks its customary nature, such as the old dirham and dinar in the current era. Other times, it is the other way around, such as coins that have the customary nature of dirhams and dinars but are not examples of their titles. For jurisprudential inferences in such cases, according to

1. *Khademikosha. M. ; (2024): “ Principality of Conventional Nature in Matters of Legal Rulings: A Method of Inferring the Newly Emerged Issues” ; Jostar _ Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 10; No: 34; Page: 37-66; doi:10.22034/jrj.2023.65571.2591*



the principle of following rulings from the titles, is the validity (*ṣidq*) of the matter's titles the criterion of the ruling or their customary nature? The answer to this question can open a new way of inferring jurisprudential rulings on newly-emerged issues. By explaining the need to pay attention to the customary nature before the literal meaning, this study states that in inferring religious rulings from verbal evidence, the basic principle is to pay attention to the customary nature of the matters, which should be examined in order to find it by using conventional evidence and after despairing of knowing the conventional nature, attention should be paid to the literal meaning of the words. The principle of customary nature, which is the main innovation of the study, firstly, prevents holding on fast to the literal meaning before examining the customary nature. Secondly, it determines the will of customary nature in cases of doubt about the will of the literal meaning and customary nature. Thirdly, it is a rule in applying the principle of 'following the rulings to the titles.' The important result of the principle of customary nature is revealed in inferring the verdict of newly emerged issues. In cases where their subject matter lacks title validity (*ṣidq al-'unwānī*) but has the customary nature of rulings' matters. For example, if the customary nature of dirhams and dinars can be determined in religious rulings, today's money, which has the nature of dirhams and dinars from a customary point of view, will be subject to the rulings of dirhams and dinars. On the other hand, matters that today have the title validity but do not have the former customary nature, such as the old dirham and dinar in the current era, cannot have the former ruling.

Keywords: Rulings' Matter, Customary Nature, Newly Emerged Issues, The Principle of Following, Title Validity.

اصالت ماهیت عرفی در موضوعات احکام فقهی، روشی برای استنباط مسائل مستحدثه^۱

محمدعلی خادمی کوشا^{ID}

استادیار و مدیر گروه «دانش‌های وابسته به فقه» پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی قم؛ قم -
ایران. (نویسنده مسئول) رایانامه: khademi@isca.ac.ir

محمدحسین ملامیرزایی

دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه قم. رایانامه: mh.mir313@gmail.com

اکبر نجم

طلبه و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم. رایانامه: a.najm.talabeh@gmail.com



اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحدثه

۳۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۰۶

چکیده

امروزه گاهی مصداقی برای عنوان موضوع حکم شرعی پیدا می‌شود که فاقد ماهیت عرفی آن است مثل درهم و دینار قدیمی در عصر کنونی. گاهی نیز برعکس می‌شود مثل سکه‌هایی که ماهیت عرفی درهم و دینار را دارند اما مصداق عنوان آن‌ها نیستند. برای استنباط فقهی در این گونه موارد آیا طبق قاعده تبعیت احکام از عناوین، صدق عناوین موضوعات، ملاک حکم است یا ماهیت عرفی آن‌ها؟ پاسخ به این سؤال می‌تواند راهی نو در استنباط حکم فقهی در مسائل مستحدثه باز نماید.

این مقاله با تبیین لزوم توجه به ماهیت عرفی قبل از معنای لغوی، بیان می‌کند که در

۱. خادمی کوشا، محمدعلی و دیگران (۱۴۰۳) «اصالت ماهیت عرفی در موضوعات احکام فقهی، روشی برای استنباط مسائل مستحدثه» فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۱۰ (۳۴). صص: ۳۷-۶۶

استنباط احکام شرعی از ادله لفظی، اصل اولی توجه به ماهیت عرفی موضوعات است که باید در یافتن آن با استفاده از قرائن عرفی، فحص شود و بعد از یأس از شناخت ماهیت عرفی، به معنای لغوی الفاظ توجه شود.

اصل ماهیت عرفی که به عنوان نوآوری اصلی مقاله است اولاً: از تمسک به معنای لغوی قبل از فحص از ماهیت عرفی جلوگیری می کند؛ ثانیاً: تعیین کننده اراده ماهیت عرفی در موارد شک در اراده معنای لغوی و ماهیت عرفی است؛ ثالثاً: ضابطه‌ای در کاربرد قاعده تبعیت احکام از عناوین است.

ثمره مهم اصل ماهیت عرفی در استنباط حکم مسائل مستحدثه آشکار می شود؛ در مواردی که موضوع آن‌ها فاقد صدق عنوانی اما واجد ماهیت عرفی موضوعات احکام است. به طور مثال اگر ماهیت عرفی درهم و دینار در احکام شرعی قابل اراده باشد پول‌های امروزی که از نگاه عرفی، ماهیت درهم و دینار را دارند مشمول احکام درهم و دینار خواهند بود. در مقابل، موضوعاتی که امروزه صدق عنوانی را دارند ولی ماهیت عرفی سابق را ندارند مثل درهم و دینار قدیمی در عصر کنونی، نمی توانند حکم سابق را داشته باشند.

کلیدواژه‌ها: موضوع حکم، ماهیت عرفی، مسائل مستحدثه، قاعده تبعیت، صدق

عنوانی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

مقدمه

۴۰

مبنای مسلم در نظر فقیهان در مورد فهم معنای ادله لفظی در استنباط احکام شرعی، این است که در شناخت موضوعات احکام شرعی، فقط معنای مورد نظر در عصر شارع ملاک است (وحید بهبهانی، ۱۴۱۶ ق، ۸۶؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۵ ق، ۱۰۶؛ میرزای قمی، ۱۴۳۰ ق، ۴/۴۶۴؛ موسوی قزوینی، ۱۳۷۱ ق، ۱۸) و از سوی دیگر در استنباط از ادله لفظی، طبق قاعده مشهور و مسلم در بین فقیهان^۱ احکام شرعی تابع اسامی و عناوین موضوعات است (قاعده تبعیت = الاحکام تابعة للاسماء). با عنایت به این دو مبنای مذکور که به عنوان پیش فرض این مقاله اند، برای استنباط حکم موضوعات جدید از ادله لفظی در دو مورد از جهت رعایت دو مبنای مذکور با مشکل مواجه می شویم:

۱. در ادامه مقاله آرای فقیهان ذکر می شود.

گاهی با موضوعاتی مواجه می‌شویم که از طرفی با موضوعات احکام شرعی به همان معنای موجود در صدر اسلام، ماهیت مشترک دارند و از طرفی این موضوعات جدید مصداق عناوین آن موضوعات نیستند. مثلاً سکه‌های امروزی، اعم از طلا و نقره و غیره، وقتی با درهم و دینار مقایسه می‌شوند، مشاهده می‌شود که ماهیت مشترک با درهم و دینار دارند اما هرگز مصداق درهم و دینار نیستند.

گاهی نیز قضیه برعکس می‌شود؛ یعنی با موضوعاتی روبرو می‌شویم که عناوین موضوعات شرعی با همان معنای عصر تشریح بر آن‌ها صدق عرفی دارند در حالی که ماهیت آن‌ها امروزه تغییر یافته است مثل درهم و دینارهای قدیمی که در حفاری‌های امروزی به دست می‌آید.

با توجه به مطلب فوق روشن است که معنای لغوی موضوعات با ماهیت عرفی آن‌ها متفاوت است. در این هنگام در مورد استنباط حکم شرعی در برخی از موضوعات به یک مشکل اساسی بر می‌خوریم و آن این که در مواردی که عناوین موضوعات احکام بر آن‌ها صدق عرفی دارند اما کارکرد و ماهیتی که مصادیق آن عناوین داشتند در این موضوعات وجود ندارد حکم این موضوعات چیست؟ مثلاً دینارهای باستانی رایج در عصر پیامبر ﷺ که امروزه در حفاری‌ها به دست می‌آید به‌طور حقیقی مصداق عنوان دینار است اما کارکرد و ماهیت آن را ندارد. اکنون آیا مشمول حکم زکات می‌شود؟ برعکس موارد فوق، موضوعاتی که امروزه همان کارکرد و ماهیت را دارند اما از نظر لغوی مصداق آن عناوین نیستند مثل سکه‌های طلا امروزی و حتی اسکناس‌های رایج امروزی، در این موارد سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا مشمول حکم زکات هستند یا خیر؟

در مواجهه با مشکل مذکور در موارد فوق، سؤال اساسی این است که ملاک تعلق احکام شرعی در این موضوعات چیست؟ آیا صدق معنای لغوی ملاک است یا وجود کارکرد و ماهیت عرفی؟ قاعده تبعیت احکام از اسامی در این موارد چه جایگاهی دارد؟ پاسخ به این سؤال‌ها می‌تواند مسیری روشن برای استنباط فقهی در بسیاری از موضوعات جدید و مسائل مستحدثه فرا روی مجتهدان بازنماید.

مشکل مطرح شده به هنگام استنباط حکم شرعی از ادله لفظی؛ یعنی مقام اثبات

اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحدثه

۴۱

و کشف حکم شرعی است و به اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد که در بین بیشتر مذاهب اسلامی پذیرفته شده است (شیخ طوسی، ۱۴۱۷ ق، ۷۳۱/۲؛ محقق حلی، ۱۴۲۳ ق، ۲۵۵؛ القرافی ۱۴۱۶ ق، ۸۴۷/۲؛ القرافی، ۱۳۹۳ ق، ۴۵۳/۱؛ الصاوی، بی تا، ۴۹۷/۴) ارتباطی ندارد؛ زیرا این اصل مربوط به دلالت و اثبات نیست بلکه ناظر به واقع و مرحله جعل و مقام ثبوت احکام شرعی است در نتیجه موافقت و مخالفت با تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نمی تواند در بود و نبود مشکل مذکور تأثیری داشته باشد.

در این مقاله با تعیین جایگاه عنوان موضوع و معنای لغوی آن و تبیین ظهور اسامی و عناوین موضوعات در ماهیت عرفی می خواهیم (اعم از معنای لغوی و غیر آن) دریابیم که در تعلق احکام شرعی آنچه اصالت داشته و تعیین کننده است معنای لغوی نیست بلکه ماهیت عرفی موضوعات است که با استفاده از قرائن کلامی و مناسبات عرفی قابل دسترسی است.

این پژوهش در پی اثبات این است که در استنباط احکام از ادله لفظی نباید در ابتدای مواجهه با دلیل لفظی، بر معنای حقیقی موضوع اعتماد شود و به اصالة الحقیقه و بعد هم به قاعده تبعیت احکام از عناوین تمسک شود بلکه اصل اولی توجه به ماهیت عرفی موضوعات است که باید در یافتن آن با استفاده از قرائن عرفی، فحص شود و بعد از یأس از شناخت ماهیت عرفی، به معنای لغوی الفاظ توجه شود (همان طور که نباید قبل از فحص از مخصص به الفاظ عام عمل شود).

مطابق اصل ماهیت عرفی اگر با قرائن، اراده ماهیت عرفی معلوم شود بدیهی است که ماهیت عرفی موضوع، ملاک وجود حکم است وگرنه، دو حالت دارد؛ حالت اول: عرفاً معنایی غیر از معنای لغوی فهمیده نمی شود پس با توجه به فقدان ماهیت عرفی و نبود قرینه مخالف معنای حقیقی، اصل بر اراده معنای حقیقی است و بر اساس تبعیت، صدق عنوان موضوع، ملاک وجود حکم است. حالت دوم: ماهیت عرفی وجود دارد اما در اراده آن توسط گوینده تردید است در نتیجه هم احتمال اراده معنای حقیقی و هم احتمال اراده ماهیت عرفی است. در این حالت نیز اصل بر اراده ماهیت عرفی است؛ بنابراین اصل ماهیت عرفی که به عنوان نوآوری اصلی مقاله است علاوه بر جلوگیری از تمسک به معنای لغوی قبل از فحص از

ماهیت عرفی، در موارد شک در اراده ماهیت عرفی نیز جاری می‌شود. ثمره مهم تعیین اصل ماهیت عرفی بیشتر در مسائل مستحدثه روشن می‌شود؛ زیرا در بسیاری از مسائل مستحدثه مشاهده می‌شود که موضوع آن‌ها از جهت معنای لغوی مصداق اسامی موضوعات احکام نیست اما دارای کارکرد و ماهیت عرفی آن‌ها است. مثلاً پس از کنار گذاشتن درهم و دینار در مبادلات اقتصادی، مدت‌ها سکه‌های دیگری که تنها درصدی طلا یا نقره داشت بدون نام درهم و دینار در کشورهای اروپایی و آسیایی و غیره رایج شد و با وجود اینکه در استعمال حقیقی، مصداق درهم و دینار رایج در زمان پیامبر ﷺ نبود اما ماهیت عرفی همان درهم و دینار را گرفت و از این جهت در معرض شمول احکام درهم و دینار از قبیل زکات و صرف و ... قرار گرفت و همین‌طور پول‌های دیگر و مثال‌های دیگر که در این مقاله در مبحث کاربرد اصل ماهیت بیان می‌شود.

پیشینه تحقیق در موضوع این پژوهش، بین مکتوبات فقهی به دو بحث مهم بازمی‌گردد که فقیهان متعرض آن دو شده‌اند: یکی بحث از قاعده تبعیت احکام از عناوین و اسامی موضوعات و دیگری اسباب طهارت که مورد نظر فقیهان در تبیین استحاله و تغییر ماهیت است. در ادامه مقاله منابع اصلی فقهی در این باره ذکر می‌شود اما تحقیق پیش رو به‌طور مشخص از جهت موضوع و نتیجه در مکتوبات فقهی پیشینه ندارد و طرح ماهیت عرفی و لزوم رعایت آن قبل از عناوین موضوعات، هم از جهت موضوع و هم از جهت حکم و نتیجه مورد وصول، در این مقاله نوآورانه است.

۱. مفهوم ماهیت عرفی و صدق عنوانی و انواع آن‌ها

با توجه به اینکه عبارتهایی مثل ماهیت عرفی و صدق عرفی در متون فقهی و در این مقاله به کاررفته است لازم است در ادامه، منظور از آن‌ها به‌روشنی بیان شود.

۱/۱. ماهیت عرفی موضوعات

منظور از ماهیت عرفی موضوعات، نه ماهیت واقعی موضوعات است که در مرحله ثبوت مورد توجه شارع است و نه فقط شامل مفهوم لغوی عناوین است که در

اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحدثه

۴۳

مرحله اثبات موردتوجه فقیهان است بلکه همان‌طور که در سخن برخی از فقیهان مثل میرزای قمی در مسئله استحاله موردتوجه بوده است (میرزای قمی، ۱۴۱۷ ق، ۴۹۱/۱) معنا و حقیقتی است که واجد خواص مشترک بین مصادیق یک موضوع است که با تغییر حالت و حتی گاهی با تغییر اسم و عنوان موضوع از بین نمی‌رود. مثل حقیقتی که عرف از واژه گندم در دستور پرداخت گندم به منظور اطعام فقیر می‌فهمد که با آرد شدن یا خمیر شدن و حتی نان شدن هم از بین نمی‌رود درحالی که با سوختن و خاکستر شدن آن از بین می‌رود. درحالی که حقیقت گندم در دستور تهیه گندم برای زراعت فقط شامل دانه‌های معروف گندم با قابلیت زراعت است و شامل برخی مصادیق حقیقی مثل دانه‌های پخته‌شده هم نمی‌شود تا چه رسد به آرد و نان. معنای این مطلب این است که ماهیت عرفی یک لفظ در موارد مختلف به تناسب قرائن، مختلف است.

تفاوت بین ماهیت عرفی و معنای حقیقی در سخن وحید بهبهانی هم موردتوجه بوده است. ایشان در شرح کلام صاحب مدارک که حکم به نجاست را متوقف بر صدق عنوان دانسته است لذا با زوال عنوان از بین می‌رود، گفته است منظور از زوال اسم و عنوان، زوال ماهیت است وگرنه در بسیاری از موارد این حکم مشکل می‌شود مثل گل و آجر یا مثل خمیر و نان (وحید بهبهانی، ۱۴۱۹ ق، ۲۷۵/۲). از سخن ایشان برمی‌آید که ماهیت عرفی معنایی واحد است که می‌تواند در موضوعاتی تحقق یابد که از جهت لغت دارای اسم و مفهوم متفاوت‌اند مثل ماهیت گندم که در آرد و خمیر و نان وجود دارد.

با استفاده از سخنان فوق می‌توان گفت: ماهیت عرفی در مورد موضوعات عرفی خصوصیت مشترکی در معنونات و مصادیق هرکدام از عناوین موضوعات است که با لحاظ آن خصوصیت موردتوجه عرف قرار گرفته و حتی در کاربرد عناوین متعدد یک موضوع لحاظ شده است به گونه‌ای که گاهی با وجود تغییر اسم و حالات و عناوین خاص یک موضوع، تغییری در آن ماهیت دیده نمی‌شود. مثل ماهیت عرفی گندم در حکم وجوب پرداخت گندم برای اطعام فقیر که حتی در صورت آرد و نان شدن گندم بازهم وجود دارد.

۱/۲. صدق عنوانی

صدق عرفی عنوان که تحقق آن در برخی کتب فقهی به صراحت به عنوان ملاک شناخت برخی موضوعات واقعی دانسته شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ۲۲۳/۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ ق، ۱۰۷/۱؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷، ۷۳۱/۴؛ عاملی، ۱۴۱۱ ق، ۳۶۸/۲؛ کاشانی، ۱۴۲۹ ق، ۱۱۶/۲) به دو صورت امکان دارد:

صورت اول: کاربرد عرفی لفظ در مواردی از معنا و مصادیق؛ به این معنا که لفظ با همان معنای حقیقی که در عصر تشریح داشته است امروزه در موارد مشخص، دارای کاربرد عرفی است در نتیجه عرف امروزی به عنوان شاهدهی بر وجود مفهوم عنوان در آن موارد است.

صورت دوم: قابلیت تطبیق معنای لفظ بر موضوع. این صورت با پی بردن به تحقق معنا در موضوعات، مورد استفاده است. موضوعاتی که هنوز در بین عرف شناخته شده نیستند و الفاظ کهن در مورد آنها کاربردی ندارند اما اگر ماهیت آن موضوعات به عرف معرفی شود کاربرد عرفی نیز پیدا می کند. مثلاً واژه «پختن» در لغت به معنای روی آتش نهادن و نرم کردن است (دهخدا، ۱۳۷۷، ۵۴۲۹/۴) و در بین عرف نیز در مورد پختن با آتش کاربرد داشته است اما با ساختن «ماکروویو» که دستگاهی برای پخت غذا با استفاده از اشعه است به روشنی معلوم است که این روش به عنوان مصداق دیگری برای عنوان کلی «پختن» مطرح شده و در بین عرف، کاربرد خواهد داشت؛ زیرا ماهیت عرفی که در معنای «پختن» نهفته است در هر دو مورد وجود دارد. یا واژه «مرکب» که اهل لغت در بیان معنای مصداقی آن، حیوانات (دابه) را معرفی کرده اند (فراهیدی، ۱۴۱۰ ق، ۳۶۳/۵؛ صاحب بن عباد؛ ۱۴۱۴ ق، ۲۵۵/۶؛ حمیری، ۱۴۲۰ ق، ۲۶۰۷/۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ۴۳۱/۱) اما با اختراع اتومبیل و هواپیما نام مرکب بر آنها نیز منطبق شده و معلوم است که با شناخت عرف از آنها، واژه مرکب در مورد آنها نیز کاربرد پیدا می کند؛ زیرا کاملاً معنای لفظ بر این مصادیق منطبق است.

با توجه به مطلب فوق معلوم است که کاربرد عرفی اگرچه ملازم با تحقق معنای لفظ در خارج است اما مساوی با آن نیست؛ چرا که گاهی فعلاً کاربرد عرفی وجود ندارد اما تحقق معنا وجود دارد که از طریق تطبیق معنا بر موضوع

اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحدثه

۴۵

خارجی معلوم شده و قطع به حصول معنای لفظ حاصل می‌شود.

۱/۳. رابطه ماهیت عرفی و صدق عنوانی

با توجه به معنای ماهیت عرفی و صدق عنوانی، معلوم می‌شود که نسبت بین این دو عنوان از میان نسب اربعه، نه تساوی و نه عام و خاص مطلق است بلکه عام و خاص من وجه است؛ زیرا صدق عنوانی ناظر به معنای موضوع‌له است که معنای عرفی و لغوی لفظ است و صرفاً بیانگر «ما صدق علیه اللفظ» است اعم از اینکه ماهیت عرفی لفظ باشد یا نباشد. درحالی که ماهیت عرفی، ناظر به معنای مراد است که بر اساس قرائن موجود یا بدون قرینه و با اصل حقیقت تعیین می‌شود در نتیجه گاهی همان معنای لغوی لفظ است و گاهی غیر آن است که قبلاً مثال زدیم.

تبیین نسبت عموم و خصوص من وجه بین صدق عنوانی با ماهیت عرفی و بیان موارد افتراق این دو چنین است که ماهیت عرفی از جهتی اعم از صدق عنوانی است و شامل مواردی خارج از مصداق عنوان است همان‌طور که در مثال گندم و آرد معلوم است و آرد شامل ماهیت عرفی گندم نیز هست اگرچه صدق عنوان گندم را ندارد (افتراق اول) و از جهتی اخص است مثل موردی که صدق عنوان موضوع را دارد اما ماهیت عرفی آن را ندارد مثل دینار کشف‌شده در حفاری‌های امروزی (افتراق دوم) البته ماده اجتماع آن‌ها روشن است؛ چون در اغلب موارد صدق عنوانی با ماهیت عرفی جمع می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۴۶

۱/۴. انواع عنوان و ماهیت عرفی موضوع

با مطالعه در عناوین موضوعات احکام شرعی در کتب فقهی به این نتیجه می‌رسیم که عنوان موضوع حکم شرعی و ماهیت عرفی آن در دو سطح آشکار و غیرآشکار قابل درک است:

۱/۴/۱. عنوان مصرّح و ماهیت آشکار

گاهی عنوان موضوع در دلیل حکم شرعی صریح و روشن و بدون اشاره به معنای خاصی غیر از معنای لفظ، موضوع حکم قرار داده شده است. در نتیجه

شناخت موضوع حکم از طریق کاربرد عرفی عنوان در حالت‌های مختلف یک موضوع به دست می‌آید و در مواردی که کاربرد عنوانی مشکوک یا مجهول باشد از طریق تطبیق معنا به دست می‌آید که صورت‌های مختلفی دارد.^۱

در موارد تصریح به عنوان موضوع اگرچه کشف عنوان موضوع و مفهوم آن نیاز به تلاش مضاعف ندارد اما یافتن ماهیت عرفی مقصود از عنوان موضوع، نیازمند توجه به قرائن سخن و اعمال فهم عرفی و چه بسا نیاز به اجتهاد فقهی است و با وجود ظهور عنوان مصرح در اراده معنای آن، بررسی قرائن و ادله دیگر به جهت دستیابی به استقرار ظهور مذکور لازم است همان‌طور که فقیه در عمل به ظهور لفظ عام، مستغنی از اجتهاد در جستجوی مخصص نیست و قبل از فحص از مخصص نمی‌تواند به ظهور عام عمل کند.

با توجه به قواعد مسلم در اصول فقه مثل ظهور الفاظ در معنای خود (اصفهانی نجفی، ۱۴۲۹ ق، ۱/۲۲۱؛ حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ ق، ۲۰۹؛ ایروانی، ۱۳۷۰، ۵۹/۲؛ عراقی، ۱۴۱۷ ق، ۲۹/۴؛ شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ۴۱۳/۴؛ خویی، ۱۴۲۲ ق، ۲/۳۶۲) و ظهور ذکر موضوع در تمام الموضوع بودن آن (عراقی، ۱۴۱۷ ق، ۱/۱۱۳؛ نائینی، ۱۳۷۶، ۵۲۶/۲؛ بجنوردی، ۱۳۸۰، ۱/۶۱۰؛ بروجردی، ۱۴۲۱ ق، ۱۰۴؛ بروجردی، ۱۴۱۵ ق، ۳۳۰) در موارد وجود عنوان مصرح برای موضوع اگر فقیه با جستجو در منابع، نتواند ماهیت عرفی خاصی را به دست بیاورد باید به معنای عنوان مصرح در زمان صدور نصوص اکتفا کند و همان معنا را به عنوان ماهیت عرفی موضوع حکم شرعی تلقی کند. این به مقتضای قاعده تبعیت احکام از اسامی است.

۱/۴/۲. عنوان انتزاعی و ماهیت پنهان

در عصر اخیر اصطلاح عنوان انتزاعی در کتب فقهی به وفور دیده می‌شود (آشتیانی، ۱۴۲۶ ق، ۲/۹۱۱؛ نائینی، ۱۳۷۳ ق، ۱/۲۳۴؛ یزدی، ۱۴۰۴ ق، ۴۳؛ خویی، ۱۴۱۸ ق، ۱/۲۰۳) و در کتب اصولی نیز مورد توجه قرار داده شده است (یزدی، ۱۴۲۶ ق، ۱/۱۶۵؛ اصفهانی،

۱. برای تفصیل مطلب ر.ک: خادمی کوشا، ۱۳۹۹، ص ۷-۳۲.

۱۴۲۹ ق، ۱۰۶/۱؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ ق، ۲۶۷/۱؛ نائینی، ۱۳۷۶، ۲۳۲/۱؛ امام خمینی، ۱۴۱۸ ق، ۳۸۵/۴). منظور از آن در منابع مذکور، عنوانی است که فقیه آن را از ادله احکام برداشت کرده و در مواردی است که عنوان موضوع حکم به صراحت در دلیل حکم ذکر نشده باشد یا عنوانی که ذکر شده است تمام موضوع حکم نباشد و فقیه بر اساس روش اجتهادی دریافته است که عنوان ذکر شده، موضوع اصلی حکم نیست و موضوع حکم شرعی یک مفهومی است که در اثر تحلیل ادله حکم به دست می‌آید.

برای انتزاع عنوان موضوع، فقیه ویژگی‌های خاصی که در معنونات مورد نظر شارع است را شناسایی کرده و عنوان جامع بین آن‌ها را به دست می‌آورد تا به عنوان ماهیت اصلی موضوع در نظر گیرد. مثلاً فقیه با استفاده از روایاتی که برخی از کارها را موجب سقوط خیار در معامله بیع ذکر کرده‌اند، درمی‌یابد که هیچ کدام به عنوان خاص خود موضوعیت ندارد لذا قدر جامع بین آن‌ها را کشف کرده و عنوان تصرفات متوقف بر ملکیت را انتزاع می‌کند (رشتی، ۱۴۰۷ ق، ۲۶۱) یا مثلاً از بررسی سفرهایی که در روایات موجب شکسته شدن نماز نیست درمی‌یابد که مثلاً عنوان سفر سارق یا محارب یا همراهی سلطان جائز و ... موضوعیت خاصی ندارد بلکه موضوع حکم مذکور، سفر معصیت است (بروجردی، ۱۴۲۶ ق، ۱۱۵/۲).

در فرض فوق، عنوان موضوع حکم اشاره به ماهیت عامی است که فراتر از موضوع‌له عنوان در عصر صدور متن است در این صورت مفهوم انتزاعی بیانگر ماهیت مشترک بین مصادیقی است که به عنوان موضوع حکم در ادله احکام ذکر شده‌اند. مثل اینکه از ذکر عناوین خاصی از مایعات مسکر به انتزاع عنوان مایع مسکر بدون مدخلیت عنوان خاص آن دست‌یابیم.

از آنجا که عنوان موضوع حکم بر اساس قرائن مرتبط با کلام به دست می‌آید، بدیهی است که فقیهان در انتزاع عنوان برای موضوع حکم، صرفاً به معنای لغوی عناوین ذکر شده توجه نمی‌کنند بلکه باید ماهیت عرفی آن‌ها را مورد توجه قرار دهند و عنوانی را که منعکس کننده ماهیت عرفی مشترک در بین عناوین است را انتزاع کنند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۴۸

۲. موارد ناهماهنگی صدق عنوانی و حصول ماهیت عرفی

در مواردی که عنوان موضوع حکم و ماهیت عرفی مورد نظر با هم فرقی ندارند مثل اینکه عنوان خمر بر یک موضوع خارجی مثل شراب صدق عرفی دارد و انطباق ماهیت عرفی آن؛ یعنی مایع مسکر نیز معلوم است، همه مراحل شناخت موضوع حکم با هم سازگار و هماهنگ است و تعلق حکم شرعی به آن نیز بدون مشکلی انجام می‌گیرد اما در مواردی که صدق عنوان ذکر شده در دلیل حکم با صدق ماهیت عرفی موضوع سازگاری ندارد پی بردن به حصول موضوع و تعلق حکم شرعی مشکل است؛ زیرا جای این بحث است که تعلق حکم شرعی تابع صدق عرفی عنوان یا ماهیت عرفی موضوع است؟

برای توضیح و تبیین سؤال فوق باید توجه کرد که در استنباطات فقهی و تطبیقات احکام شرعی بر موضوعات، همواره قاعده تبعیت احکام (الاحکام تابعة للاسماء) مورد توجه فقیهان است که اصل آن، در سخن قدما بوده (علم الهدی، ۱۴۱۷ ق، ۷۰) و در بین امثال علامه حلی (علامه حلی، ۱۳۸۸ ق، ۳۶۷) و بسیاری از متأخران نیز به صراحت مورد پذیرش بوده است (حلی، ۱۴۲۸ ق، ۳۱/۱؛ کرکی، ۱۴۱۴ ق، ۱۱۶/۱ و ۱۶۷/۱؛ خوانساری، بی تا، ۶۶/۴؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ ق، ۲۰۶/۱؛ میرزای قمی، ۱۴۱۷ ق، ۳۹۳/۱؛ کشمیری، ۱۴۱۸ ق، ۱۴؛ کاشانی، ۱۴۲۸ ق، ۲۴۰/۱؛ لاری، ۱۴۱۸ ق، ۲۰۹/۱) و فقیهان زیادی بر اساس قاعده تبعیت و با توجه به حصول صدق عنوانی فتوا داده‌اند که اگر درهم و دینار از رایج بودن بیفتند، بازهم زکات دارند (شهید اول، ۱۴۱۲ ق، ۳۰۰؛ شهید اول، ۱۴۱۷ ق، ۲۳۶/۱؛ سبزواری، ۱۴۲۳ ق، ۱۷۹/۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۲/۸۹). این قاعده صریحاً بیان می‌کند که ملاک تعلق حکم شرعی بر یک موضوع، صدق عنوان موضوع است و گویای این است که احکام تابع موضوعات بوده و برای کشف حصول موضوعات باید از طریق صدق عرفی عنوان استفاده شود.

از طرفی در مورد کاشفیت صدق عرفی از وجود موضوع، باید گفت: از آنجا که موضوعات احکام در ادله، دو گونه لحاظ شده‌اند: یکی حقیقت لغوی عناوین و دیگری ماهیت عرفی موضوعات، باید توجه داشت که صدق عرفی فقط با معنای لغوی ملازمه دارد اما با ماهیت عرفی موضوعات ملازمه‌ای ندارد چنانکه در مثال

اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحتمه

دستور پرداخت گندم برای نیازمند مشهود است که وقتی با توجه به قرائن سخن، ماهیت عرفی گندم اراده شود، پرداخت نان که صدق عرفی معنای لغوی گندم را ندارد اما ماهیت عرفی گندم را دارد کفایت می‌کند؛ بنابراین صدق عرفی همیشه نمی‌تواند بیانگر وجود موضوع حکم باشد.

امروزه در پاره‌ای از موضوعات جدید، استفاده از صدق اسامی موضوعات برای اثبات حکم شرعی دچار مشکل شده است؛ زیرا پیشرفت‌های علمی توانسته است از طرفی برخی از ماهیت موضوعات را با دستاوردهای جدید در قالبی دیگر به وجود آورد بدون اینکه عنوان موضوعات کهن بر آن‌ها صادق باشد و از طرفی هم با پیشرفت‌های فناوری تشخیص وجود ماهیت عرفی موضوعات کهن در موضوعات جدیدی که فاقد صدق عنوانی‌اند، امکان‌پذیر شده است؛ در نتیجه موضوعات جدید نسبت به وجود صدق عنوانی و وجود ماهیت عرفی موضوع چند صورت دارند که حداقل در دو صورت از آن‌ها اجرای قاعده تبعیت از اسامی با مشکل روبرو می‌شود:

صورت اول: مواردی که موضوعات جدید، انطباقی با عناوین و معنای لغوی آن‌ها در عصر صدور نصوص شرعی ندارند اما ماهیت عرفی آن عناوین و معنونات بر این موضوعات، صدق عرفی دارد. امروزه کشفیات علمی و تولیدات آزمایشگاهی و پیشرفت‌های پزشکی و سایر فناوری‌ها و حتی پیشرفت‌های نرم‌افزاری در عرصه‌های تجارت و اقتصاد و بلکه آموزش و پژوهش نمونه‌های فراوانی را پیش رو قرار داده‌اند. نمونه قابل بحث که دارای ثمره بسیار در احکام مهم فقهی مثل زکات و ربا و معامله صرف و سلم و بانکداری... است عبارت است از پول‌ها و سکه‌های رایج امروزی که حتی اگر از طلا و نقره هم باشند، باز مصداق درهم و دینار نیستند درحالی که ماهیت اصلی درهم و دینار را دارند؛ زیرا اگر ماهیت عرفی درهم و دینار در احکام مربوط به اموال را مال یا به‌طور خاص طلا و نقره‌ای بدانیم که در بین عرف، بهای کالا و خدمات قرار می‌گیرد و به تعبیر دیگر واسطه مبادله و معیار سنجش ارزش است که با اعتبار همگانی دارای قابلیت ذخیره‌سازی و تبدیل است با برخی سکه‌ها یا به‌طور کلی با پول امروزی منطبق خواهد بود؛ زیرا این ماهیت عرفی همان ماهیت پول در تعاریف ارائه‌شده از آن است (حسینی بهشتی، ۱۳۶۹، ۵۱؛ مطهری، ۱۳۶۸، ۹۰-۸۹؛

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۵۰

یوسفی، ۱۳۷۷، ۷۰) خصوصاً اگر از نوع پول‌های نماینده باشند که دارای پشتوانه طلا و نقره‌اند. بالأخص اگر پول‌های امروزی به صورت پول حقیقی از طلا و نقره ساخته شوند.

صورت دوم: مواردی که موضوعات جدید با وجود اینکه از نظر عرفی مصداق معنای لغوی عناوین موضوعات احکام‌اند اما ماهیت عرفی این موضوعات در آن موضوعات جدید وجود ندارد. نمونه روشن آن وجود درهم و دینار زمان پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در این عصر است که قطع و یقین عرفی به تفاوت ماهوی آن‌ها وجود دارد؛ زیرا امروزه درهم و دینارهای عتیقه از انواع پول رایج نبوده و حتی کاربرد و ارزش آن‌ها متفاوت شده است. همین‌طور است درهم و دینار در عصر صدور روایات در صورتی که در کشوری بودند که مورد معامله نبوده و به عنوان پول رایج شناخته نمی‌شدند.

البته می‌دانیم که درهم و دینار امروزی که به عنوان واحد پولی رایج در برخی کشورها است ربطی به سخن فوق ندارد؛ زیرا این عناوین فقط یک اشتراک لفظی در اثر وضع جدید است و صدق آن عناوین ربطی به عنوان درهم و دینار در عصر صدور روایات ندارد.

اکنون سؤال این است که در دو صورت مذکور که صدق عنوانی و ماهیت لغوی با صدق ماهیت عرفی موضوع جمع نشده و باهم سازگار نیستند کدام یک از آن‌ها ملاک ثبوت حکم خواهند بود؟

۳. تأسیس اصل ماهیت عرفی

مواردی که اراده ماهیت عرفی یا اراده معنای حقیقی لفظ در آن‌ها کاملاً روشن است و یا مواردی که عرف از سخن گوینده اصلاً معنایی فراتر از معنای لغوی نمی‌فهمد، محل بحث ما نیستند. سخن درجایی است که اراده ماهیت عرفی غیر از معنای حقیقی از کلام گوینده امکان داشته باشد که در این صورت، دو حالت پیش می‌آید:

حالت اول: قبل از جستجو در مورد قرائن تعیین‌کننده ماهیت عرفی و قرائن بیانگر اراده آن از کلام گوینده. سؤال این است که آیا بدون جستجو از قرائن

اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحثة

دلالت کننده بر اراده معنای عرفی غیر لغوی می‌توانیم بر اساس اصالة الحقیقه به معنای لغوی لفظ تمسک کنیم؟

حالت دوم: بعد از جستجو در مورد قرائن و یافتن ماهیت عرفی متناسب با کلام، بدون یافتن قرائن کافی و اطمینان بخش در مورد اراده آن معنای عرفی. سؤال این است که با وجود احتمال اراده معنای عرفی غیر از معنای لغوی در کنار احتمال معنای لغوی آیا می‌توانیم به معنای عرفی تمسک کنیم و ماهیت عرفی را بر معنای لغوی مقدم کنیم؟ در واقع بین اراده معنای حقیقی لغوی لفظ با اراده ماهیت عرفی تردید شده است و اکنون سؤال از اصل و قاعده‌ای است که یک طرف را تعیین کند. برای شناخت ضابطه استنباط حکم شرعی در محل بحث باید ابتدا ببینیم در موارد تردید بین اراده معنای حقیقی و ماهیت عرفی، آیا اصالة الحقیقه جاری است یا اصل بر اراده ماهیت عرفی است و پس از اطمینان از عدم اراده ماهیت عرفی، اصل حقیقت جاری می‌شود؟

برای تعیین اصل در موارد مذکور چند مقدمه لازم است:

مقدمه اول: بسیاری از اصولیان در مورد لفظ عام، یکی از مصادیق الفاظ دلالت کننده بر معنای حقیقی، گفته‌اند که نمی‌توان بر اساس اصالت العموم به اراده معنای عموم حکم داد و به عموم عام عمل کرد مگر بعد از فحوص از مخصص و نیافتن آن (علامه حلی، ۱۴۲۵ق، ۲/۲۳۰؛ شیخ بهایی، ۱۴۲۳ق، ۳۵۰؛ نراقی، ۱۳۸۴، ۱۸۲) و حتی برخی تصریح کرده‌اند که اصل عدم مخصص کفایت نمی‌کند (شیخ بهایی، ۱۴۲۳، ۳۵۰). مطلب فوق قابل اشکال نیست گرچه علامه حلی در ادامه سخن خود به صیرفی از بین علمای اهل سنت نسبت مخالفت داده است (علامه حلی، ۱۴۲۵ق، ۲/۲۳۰). حاصل سخن مذکور این است که برای اثبات اراده معنای حقیقی لفظ عام، صرف اطلاع از معنای حقیقی و علم به فقدان قرینه متصل کافی نیست.

مقدمه دوم: نظر دانشمندان اصول در مورد عمل نکردن به ظهور در مورد لفظ عام قبل از فحوص از مخصص، اختصاص به لفظ عام ندارد بلکه هر لفظ، وقتی در یک ترکیب کلامی به کار برده می‌شود با وجود معلوم بودن معنای لغوی، معنای مراد از آن بر اساس فهم عرفی از قرائن موجود اعم از متصل و غیر متصل و اعم از لفظی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۵۲

و غیر لفظی فهمیده می‌شود که ماهیت عرفی از این سنخ است. از آنجا که غالباً هر سخنی به گونه‌های مختلف از جهت گوینده و شنونده و مقامات سخن فی الجمله دارای قرائن تأثیرگذار در معنای مراد است لذا تا شنونده از نبودن قرائنی که مانع اراده معنای حقیقی است به اطمینان نرسد، نمی‌تواند به اراده معنای حقیقی لفظ اطمینان داشته باشد.

لزوم جستجوی از قرائن، قبل از عمل به معنای لغوی لفظ حکایت از این دارد که حقیقی بودن لفظ به تنهایی تأثیری در اراده کردن آن ندارد بلکه باید اعتماد متکلم بر معنای لغوی احراز شود هر چند این احراز از طریق نیاوردن قرینه برخلاف آن حاصل شود.

نتیجه دو مقدمه فوق اثبات اصل بودن ماهیت عرفی در حالت اول (قبل از جستجو در مورد قرائن) به همراه تعیین قلمروی اول برای آن است که پاسخ سؤال طرح شده در حالت اول است. مفاد آن این است که در مورد الفاظ موضوعات احکام قبل از جستجوی لازم در مورد نفی اراده معنای عرفی متفاوت با معنای لغوی، نمی‌توان اصالة الحقیقه جاری کرد.

مقدمه سوم: با ثابت شدن عدم جواز عمل به ظهور اولی کلام قبل از فحص از قرائن، اکنون باید دید درجایی که قرائن کافی بر تعیین معنایی غیر از معنای حقیقی نباشد ولی امکان اراده ماهیت عرفی در کنار معنای حقیقی وجود داشته باشد، آیا اصل و بنای اول بر انتخاب معنای حقیقی است یا ماهیت عرفی؟

با توجه به اینکه در تفاهمات عرفی، ملاک تقدیم هر معنا بر معنای دیگر متوقف بر فهم عرفی است و از طرفی اراده ماهیت عرفی و معنایی فراتر از معنای حقیقی لفظ، بسیار زیاد است، باید گفت: بنای اولی متعارف در هر سخنی اراده ماهیت عرفی متناسب با کلام گوینده است اعم از اینکه معنای حقیقی باشد یا غیر آن؛ زیرا در کاربردهای عرفی اصلاً عرف توجه به حقیقت و مجاز ندارد بلکه تنها عرفی بودن معنا، ملاک اراده معنا از الفاظ است و این همان ماهیت عرفی است که گاهی با ماهیت لغوی و معنای حقیقی، منطبق و گاهی متفاوت است.

نتیجه مقدمه سوم در کنار مقدمات قبلی اثبات اصل بودن ماهیت عرفی در

اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحدثه

۵۳

حالت دوم (فرض وجود ماهیت عرفی متناسب بدون قرینه کافی بر اراده آن) و تعیین قلمروی دوم برای آن است که پاسخ سؤال طرح شده در حالت دوم است و مفاد آن این است که در موارد تردید بین اراده معنای لغوی و اراده ماهیت عرفی اصل بر اراده معنای عرفی (ماهیت عرفی) است؛ در نتیجه باید گفت: صرف وجود معنای عرفی و قابلیت اراده آن از لفظ برای پذیرش آن و کشف اراده ماهیت عرفی، کافی است. با توجه به مطالب فوق معلوم می شود که تقدیم اراده ماهیت عرفی در مواردی که قرائن کلامی برای تعیین آن پیدا نشده است، بر اساس کثرت اراده آن از الفاظ و رویه عرفی است که موجب تقویت احتمال فهم عرفی در برابر احتمال معنای حقیقی است؛ بنابراین فرقی نمی کند که آیا ماهیت عرفی به صورت مجازی فهمیده شود یا با وضع تعینی به عنوان حقیقت عرفی مطرح شده باشد تا در مورد آن بحث شود.

تأیید اصل بودن ماهیت عرفی در سخن برخی فقیهان بزرگ مثل شیخ انصاری وجود دارد؛ زیرا ایشان این ادعا را ممکن دانسته اند که چنانچه تغییر صوری اتفاق بیفتد حتی اگر صدق عنوانی نباشد بازهم قطعاً حقیقت موضوع و شمول حکم آن وجود خواهد داشت (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق، ۹۵/۵). وجه این سخن اصل بودن فهم عرفی در برابر اصل بودن اسم و عنوان است که مثال حکم گندم شاهدی روشن بر این سخن است؛ چرا که عرف درجایی که گندم به منظور سیر کردن گرسنه، موضوع حکم است تغییر حالاتی مثل آرد و خمیر و نان شدن را موجب تغییر ماهیت و زوال حکم نمی داند در حالی که سوختن و خاکستر شدن یا تبدیل شدن آن به فضولات حیوانات را موجب خروج از ماهیت عرفی و زوال حکم آن می بیند.

نتیجه و ثمره اصالت ماهیت عرفی در برابر اصالت عناوین موضوعات علاوه بر موارد تردید بین معنای حقیقی و ماهیت عرفی، این است که:

اولاً: در شناخت موضوعات احکام باید ابتدا به دنبال شناخت ماهیت عرفی متناسب با محتوای دلیل حکم باشیم و نباید در آغاز مواجهه با ادله احکام، معنای لغوی عنوان موضوع را ملاک حکم قرار دهیم؛ زیرا ترکیب کلام، خود یک قرینه اصلی برای معنای مقصود است در نتیجه بعد از یأس از وجود ماهیت عرفی در ترکیب کلامی و اراده آن، نوبت به ظهور لغت در معنای لغوی می رسد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۵۴

ثانیاً: اگر عناوین و معنونات آنها در اثر تغییراتی، ماهیت خاصی را که عرف از ادله حکم، فهمیده است از دست بدهند حکمشان نیز منتفی می‌شود و اگر امور دیگری که فاقد آن عناوین و متفاوت با معنونات عصر نصوص هستند دارای ماهیت مورد نظر باشند مشمول حکم شرعی می‌شوند. خلاصه اینکه آنچه در شناخت موضوعات شرعی به عنوان اصل و ملاک غیر قابل تغییر است ماهیت عرفی عناوین و معنونات است.

۴. کاربرد اصل ماهیت در فقه

ماهیت عرفی موضوعات و بررسی میزان تغییرات آن، بیشتر در دو مورد، توجه فقیهان را جلب کرده است و دارای کاربرد استنباطی است که به آن دو اشاره می‌شود.

۴/۱. مبحث استحاله

یکی در بحث استحاله و زوال حکم سابق برای یک موضوع در اثر تغییر و استحاله آن. بیشترین جلب توجه و نظر دانشمندان فقه در این مبحث است و در این باب بحث مفصلی در مورد ملاک استحاله و بقای موضوع حکم از سوی فقیهان مطرح شده است.

اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحدثه

۵۵

از سخن برخی فقیهان مثل شهید ثانی در باب استحاله چنین برمی‌آید که ملاک حکم در نظر ایشان دو چیز است: یکی دگرگونی ماهیت و دیگری تغییر اسم. ایشان مثال زده‌اند به استحاله نطفه به حیوان پاک و استحاله نجاست به خاک (شهید ثانی، ۱۴۲۰ ق، ۱۵۴). این سخن درست است ولی به نظر می‌رسد ذکر تغییر اسم به جهت طریقت عرفی نسبت به تغییر ماهیت است و استقلال و موضوعیت ندارد.

با عنایت به مطلب فوق معلوم می‌شود که منظور از سخن فقیهانی مثل صاحب مدارک که زوال اسم را به عنوان ملاک زوال حکم مطرح کرده‌اند، زوال ماهیت است همان‌طور که وحید بهبهانی در شرح سخن ایشان ضمن بیان این منظور گفته است که تغییر اسم با وجود بقای ماهیت موضوع، نمی‌تواند نقشی در تغییر حکم داشته باشد و گرنه بسیاری از موارد دچار اشکال می‌شود مثل تبدیل شدن گل به آجر یا خمیر به نان (وحید بهبهانی، ۱۴۱۹ ق، ۲/۲۷۵)؛ بنابراین، اگر ماهیت مشخصی موضوع

حکم شرعی باشد چنانچه آن ماهیت از نگاه عرفی زایل شود وجهی برای بقای آن حکم نیست؛ زیرا موضوع آن از بین رفته است.

۴/۲. موضوعات مستحذنه

مورد دیگری که در توجه به اصل ماهیت از اهمیت فراوان برخوردار است و کمتر مورد توجه و بررسی و نقد فقهی قرار گرفته است موضوعات مستحذنه و حل مسائل مستحذنه است. با عنایت به اصل ماهیت در سطح گسترده تری می توان از طریق اثبات شمول موضوعات احکام شرعی نسبت به موضوعات مستحذنه، مسائل فقهی آنها را حل کرد.

یکی از مسائل مستحذنه که جای بحث دارد مربوط به موضوع زکات در مورد درهم و دینار است؛ زیرا همان طور که قبلاً ذکر شد در نصوص شرعی عنوان درهم یا دینار به عنوان موضوع حکم زکات است اما شاید گفته شود به تناسب جهانی بودن شریعت اسلام و استمرار آن، آنچه موضوعیت دارد صرف عنوان آنها و یا معنای لغوی و صرف مصادیق خارجی آنها در آن روزگار نیست بلکه موضوع حکم، حقیقتی است که در آنها (درهم و دینار) تحقق یافته است به این معنا که درهم و دینار به جهت اینکه انحصاراً مالیت خاصی داشتند که قابل ذخیره و قابل تبدیل به اموال دیگر بودند، عنوان کردن آنها اشاره به هر چیزی است که این ماهیت را داشته باشد و این ماهیت همان گونه که در آن روزگار باید سکه های رایج در کشورهای دیگر را نیز شامل می شد امروزه هم بر معنای پول منطبق است و هر پولی در هر کشوری حکم درهم و دینار را خواهد داشت حتی اگر از پشتوانه طلا و نقره برخوردار نباشد و فقط اعتباری محض باشد.

مثال دیگر که بحث در مورد آن دارای ثمره شرعی است عبارت از مقدار حد سفر برای قصر نماز و ترک روزه است که در منابع روایی (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۴۳۸/۳؛ کوفی، بی تا، ۴۸؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳ ق، ۴۳۴/۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰ ق، ۲۲۲/۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ۲۰۷/۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ۴۵۱/۸) و کتب فقهی (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ۱۲۲/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۷ ق، ۴۶۵/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ۳۷۰/۴) با عنوان «مسیره یوم» بیان شده است.

این عنوان اشاره به مقدار مسافتی است که آن روزگار در یک روز پیموده می‌شد و ماهیت مورد اشاره در این معنونات چیزی غیر از مشخص بودن مقدار مسافت نیست و ماهیتی مثل به‌سختی و خستگی افتادن یا یک روز یکسره راه‌پیمایی کردن برای مسافر ملاک حکم نیست به همین دلیل در همان روزگار اگر شخصی با قصد مسافرت و طی آن مسافت در چند روز سفرش را شروع می‌کرد همین که از حد ترخص عبور می‌کرد نمازش شکسته می‌شد و هیچ‌کدام از ائمه علیهم‌السلام یا فقیهان امامیه که در عصر صدور نصوص زندگی می‌کردند تفصیلی ذکر نکرده‌اند.

در مثال فوق پیمودن مسافتی که امروزه در طول یک روز طی می‌شود مورد نظر نیست؛ زیرا گفتیم عنوان «مسیره یوم» در آن روزگار طبق روایاتی که توضیح داده‌اند (حرعاملی، ۱۴۰۹ ق. ۸/۴۵۱) اشاره به یک ماهیت عرفی کمی در معنوی خارجی داشته که مقدارش مشخص بوده است و به همین دلیل خصوصیت وسیله شخصی افراد نقشی در تعیین میزان مسافت نداشته است. بعد از اینکه میزان مسافت مشخص به عنوان موضوع حکم قرار گرفت، با تغییر شرایط سفر نمی‌توان از ماهیتی که موضوع حکم شده است دست برداشت.

در مسئله فوق اگر با عبارت دیگر مثل «مسیر یوم فی کل زمان بحسبه» تعبیر می‌شد در این صورت در هر زمانی به تناسب پیشرفت مسافرت‌ها متغیر می‌شد اما چنین تعبیری یا شبیه آن در هیچ‌یک از نصوص شرعی نیامده است. همان‌طور که اگر تعبیر «مسیر یوم» را اشاره به معنوی معین ندانیم و به همان معنای «مسیر یوم فی کل زمان بحسبه» بدانیم که اشاره به مفهوم متغیر متناسب با پیشرفت‌های وسایل سفر است نیاز به اثبات آن از طریق قراین و ادله لفظی است.

نتیجه‌گیری

۱- در کاربردهای عرفی در موارد زیادی معنای اراده شده از لفظ، غیر از معنای لغوی لفظ است و بیشتر ماهیت عرفی الفاظ اراده می‌شود. منظور از ماهیت عرفی، معنا و حقیقتی است که با توجه به قرائن موجود در کلام اراده شده است و در بردارنده خواص مشترک بین مصادیق یک موضوع است که با تغییر حالت و حتی

اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحدثه

گاهی با تغییر اسم و عنوان موضوع از بین نمی‌رود. مثل حقیقتی که واژه گندم در حکم و جوب پرداخت گندم به منظور اطعام فقیر دارد که با آرد شدن یا خمیر شدن و حتی نان شدن هم از بین نمی‌رود در حالی که با سوختن و خاکستر شدن آن از بین می‌رود. در مقابل، حقیقت گندم در دستور خرید گندم برای کشت فقط شامل دانه‌های معروف گندم با قابلیت کشت است و شامل دانه‌های پخته شده هم نمی‌شود تا چه رسد به آرد و نان.

۲- با توجه به وجود تسالم بر عدم اعتبار الفاظ عام در عموم قبل از فحص از مخصص و اینکه در تفاهمات عرفی ملاک تقدیم هر معنا بر معنای دیگر متوقف بر فهم عرفی است و از طرفی اراده ماهیت عرفی متفاوت با معنای حقیقی لفظ، بسیار زیاد است، باید گفت: بنای اولی متعارف در هر سخنی اراده ماهیت عرفی متناسب با کلام گوینده است اعم از اینکه معنای حقیقی باشد یا غیر آن. بر این اساس در مورد ادله لفظی نمی‌توان قبل از جستجو در مورد ماهیت عرفی به معنای حقیقت لغوی عمل کرد؛ و این قلمروی اول برای اصالت ماهیت عرفی در ادله لفظی است.

۳- بر اساس استدلال پیش گفته در موارد جستجو در مورد ماهیت عرفی و حصول شک در اراده معنای عرفی در کنار احتمال اراده معنای حقیقت لغوی باید ماهیت عرفی را به سبب رواج اراده معنای عرفی، مقدم کنیم؛ و این قلمروی دوم برای اصالت ماهیت عرفی است.

۴- با پذیرش اصل ماهیت عرفی در موضوعات احکام، بسیاری از موضوعات نو پیدا با وجود اینکه از جهت معنای لغوی مصداق عناوین موضوعات احکام نیستند اما به جهت این که کارکرد و ماهیت عرفی آن‌ها را دارند باید مصداق موضوع حکم باشند. مثلاً پس از کنار گذاشتن درهم و دینار در مبادلات اقتصادی، سکه‌های دیگر که تنها درصدی از طلا یا نقره را داشتند و بدون نام درهم و دینار رایج شدند اما به جهت این که ماهیت عرفی درهم و دینار را گرفتند باید در معرض شمول احکام درهم و دینار از قبیل زکات و صرف و ... قرار می‌گرفتند و همین طور است پول‌های دیگر و مثال‌های دیگر که در این مقاله در مبحث کاربرد اصل ماهیت بیان شده است.

منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر. (۱۴۲۶ ق). کتاب الزکاة. قم: انتشارات زهیر.
۲. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ ق). لسان العرب. بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.
۳. اصفهانی نجفی، محمدتقی. (۱۴۲۹ ق). هدایة المسترشدين. چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۴۲۲ ق). وسیلة الوصول الى حقائق الأصول. قم: جامعه المدرسين بقم.
۵. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۲۹ ق). نهاية الدراية في شرح الكفاية. چاپ دوم، بیروت: مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحياء التراث.
۶. امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۱۸ ق). تنقيح الأصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله عليه.
۷. ایروانی، علی. (۱۳۷۰). نهاية النهاية في شرح الكفاية. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۸. بجنوردی، حسن. (۱۳۸۰). منتهی الأصول. تهران: مؤسسه العروج.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. بروجردی، حسین. (۱۴۱۵ ق). نهاية الأصول. تهران: تفکر.
۱۱. بروجردی، حسین. (۱۴۲۱ ق). لمحات الأصول. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله عليه.
۱۲. بروجردی، حسین. (۱۴۲۶ ق). تبيان الصلاة. قم: گنج عرفان للطباعة و النشر.
۱۳. حائری اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۰۴ ق). الفصول الغرورية في الأصول الفقهية. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۱۵. حسینی بهشتی، سید محمدحسین. (۱۳۶۹). ربا در اسلام. تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۱۶. حلّی، نجم‌الدین جعفر بن زهدری. (۱۴۲۸ ق). ایضاح ترددات الشرائع. چاپ دوم، قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی.
۱۷. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام. بیروت: دار الفکر المعاصر.

اصالت ماهیت عرفی
در موضوعات احکام
فقهی، روشی برای
استنباط مسائل
مستحدثه

۱۸. خادمی کوشا، محمدعلی (۱۳۹۹). روش بهره‌گیری از عموماًت و مطلقاًت در حلّ مسائل مستحدّثه. **جستارهای فقهی و اصولی**، ۶(۲)، ۷-۳۲.
۱۹. خوانساری، حسین بن محمد. (بی‌تا). **مشارق الشموس فی شرح الدروس**. بی‌جا: بی‌نا.
۲۰. خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ ق). **فقه الشیعة - کتاب الطهارة**. قم: مؤسسه آفاق.
۲۱. خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ ق). **محاضرات فی أصول الفقه**. قم: مؤسسه احیاء آثار السید الخوئی.
۲۲. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). **لغتنامه دهخدا**. چاپ دوم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۳. رشتی، میرزا حبیب‌الله. (۱۴۰۷ ق). **فقه الإمامیة، قسم الخیارات**. قم: کتاب فروشی داوری.
۲۴. شریف مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۷ ق). **المسائل الناصریات**. تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الإسلامیة.
۲۵. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۲ ق). **البيان**. قم: بی‌نا.
۲۶. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ ق). **الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۲۰ ق). **المقاصد العلیة فی شرح الرسالة الألفية**. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۸. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ ق). **کتاب الطهارة**. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲۹. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۳۸۳). **مطرح الأنظار**. چاپ دوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳۰. شیخ بهایی، محمد بن حسین. (۱۴۲۳ ق). **زبدة الاصول**. قم: مرصاد.
۳۱. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ ق). **من لایحضره الفقیه**. چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ ق). **تهذیب الأحکام**. چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۳۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۷ ق). **العدة فی أصول الفقه**. قم: محمدتقی علاقبندیان.
۳۴. شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ ق). **الاستبصار فیما اختلف من الأخبار**. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۳۵. صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. (۱۴۱۴ ق). **المحیط فی اللغة**. بیروت: عالم الکتاب.

٣٦. الصاوى، ابوالعباس أحمد. (بى تا). بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوى على الشرح الصغير. بى جا: دار المعارف.
٣٧. عاملى، محمد بن على. (١٤١١ ق). مدارك الأحكام فى شرح عبادات شرائع الإسلام. بيروت: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٣٨. عراقى، ضياء الدين. (١٤١٧ ق). نهاية الأفكار. چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامى (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
٣٩. علامه حلى، حسن بن يوسف. (١٣٨٨ ق). تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٠. علامه حلى، حسن بن يوسف. (١٤١٢ ق). منتهى المطلب فى تحقيق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
١٤. علامه حلى، حسن بن يوسف. (١٤١٤ ق). تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٢. علامه حلى، حسن بن يوسف. (١٤٢٥ ق). نهاية الوصول الى علم الاصول. قم: مؤسسه اللامام الصادق عليه السلام.
٤٣. فخر المحققين حلى، محمد بن حسن بن يوسف. (١٣٨٧ ق). إيضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعيليان.
٤٤. فراهيدى، خليل بن احمد. (١٤١٠ ق). كتاب العين. قم: نشر هجرت.
٤٥. فيض كاشانى، محمد محسن. (١٤٢٩ ق). معتصم الشيعة فى أحكام الشريعة. تهران: مدرسه عالى شهيد مطهرى.
٤٦. القرافى، ابوالعباس شهاب الدين. (١٤١٦ ق). نفاثات الأصول فى شرح المحصول. محقق: عادل أحمد عبد الموجود و على محمد معوض، بى جا: مكتبة نزار مصطفى الباز.
٤٧. القرافى، ابوالعباس شهاب الدين. (١٣٩٣ ق). شرح تنقيح الفصول. محقق: طه عبد الرؤوف سعد، بى جا: شركة الطباعة الفنية المتحدة.
٤٨. كاشانى، ملا حبيب الله شريف. (١٤٢٨ ق). منتقد المنافع فى شرح المختصر النافع - كتاب الطهارة. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم.
٤٩. كشميرى، سيد مهدي. (١٤١٨ ق). رسالة مسألة الغناء. قم: نشر مرصاد.
٥٠. كلينى، محمد بن يعقوب. (بى تا). الكافي. چاپ چهارم، تهران: دار الكتب الإسلامية.
٥١. كوفى، محمد بن محمد اشعث. (بى تا). الجعفریات - الأشعثيات. تهران: مكتبة نينوى الحديثة.
٥٢. لارى، سيد عبد الحسين. (١٤١٨ ق). التعليقة على المكاسب. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
٥٣. مجلسى دوم، محمد باقر بن محمد تقى. (١٤٠٦ ق). ملاذ الأخبار فى فهم تهذيب الأخبار. قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى رحمته الله عليه.

اصالت ماهيت عرفى
در موضوعات احكام
فقهى، روشى برائى
استنباط مسائل
مستحدثه

٦١

۵۴. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۲۳ ق). معارج الأصول (طبع جدید). لندن: مؤسسه امام علی علیه السلام.
۵۵. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۷ ق). المعتبر فی شرح المختصر. قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام.
۵۶. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۷. محقق سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ ق). کفایة الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸۵. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵۹. مطهری، مرتضی. (۱۳۶۴). ربا، بانک-بیمه. چاپ هشتم، قم: انتشارات صدرا.
۶۰. موسوی قزوینی، سید ابراهیم. (۱۳۷۱ ق). ضوابط الأصول. قم: بی نا.
۶۱. میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۷ ق). غنائم الأيام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶۲. میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۳۰ ق). القوانین المحكمة فی الأصول (طبع جدید). قم: بی نا.
۶۳. نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۷۳ ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تهران: المکتبة المحمدیة.
۴۶. نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۷۶ ق). فوائد الأصول. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۵. نراقی، ملا محمد مهدی. (۱۳۸۴). تجرید الاصول. قم: سید مرتضی.
۶۶. وحید بهبهانی، محمدباقر. (۱۴۱۵ ق). الفوائد الحائریة. قم: بی نا.
۶۷. وحید بهبهانی، محمدباقر. (۱۴۱۶ ق). الرسائل الأصولیة. قم: بی نا.
۶۸. وحید بهبهانی، محمدباقر. (۱۴۱۹ ق). الحاشیة علی مدارک الأحكام. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶۹. یزدی، عبدالکریم حائری. (۱۴۰۴ ق). کتاب الصلاة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۰۷. یزدی، محمدکاظم. (۱۴۲۶ ق). حاشیة فرائد الأصول. قم: دار الهدی.
۷۱. یوسفی، احمدعلی. (۱۳۷۷). ماهیت پول. چاپ دوم، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۶۲

References

1. Āl 'Uṣfūr al-Baḥrānī, Yūsuf ibn Aḥmad ibn Ibrāhīm. 1984/1405. *Al-Ḥadā'iq al-Nādirat fī Ahkām al-'Itrat al-Tāhirah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
2. 'Alam al-Hudā, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Sarīf al-Murtaḍā). 1996/1417. *Al-Masā'il al-Nāsirīyāt*. Tehran: SāzīmānFarhanwaIrtibātIslāmī.
3. al-'Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jami' al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawa'id*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turath.
4. al-'Āmilī, Bhā' al-Dīn Muḥammad (al-Shaykh al-Bahā'ī). 2002/1423. *Zubdat al-Uṣūl Ma'a Ḥawāshī al-Muṣanif 'Alayhā*. Qom: Dār al-Mirṣād.
5. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1996/1417. *al-Durūs al-Shar'iyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
6. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 2001/1412. *al-Bayān*. Qom.
7. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1999/1420. *al-Maqāṣid al-'Illīyya fī Sharḥ Risālat al-Alfīyya*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
8. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Tahārat*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍikhṛā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'ẓam al-Anṣārī.
9. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 2004/1383. *Maṭāriḥ al-Anṣār*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
10. al-Ash'ath al-Kūfī, Muḥammad Ibn Muḥammad. n.d. *al-Ja'fariyāt al-Ash'athīyāt*. Tehran: Maktabat Naynawā al-Ḥadītha.
11. al-Āshṭīyānī, al-Mirzā Muḥammad Ḥasan. 2007/1426. *Kitāb al-Zakāt*. Qom: Intishārāt Zahīr.
12. al-Farāhīdī, Khalīl Ibn Aḥmad. 1989/1410. *Kitāb al-'ayn*. 2nd. Edited by Mahdī al-Makhzūmī and Ibrāhīm al-Sāmīrā'ī. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
13. al-Fayḍ al-Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. 2008/1429. *Mu'taṣim al-Shī'at fī Ahkām al-Shar'ah*. Tehran: Madrisih-yi 'Ālī Shahīd Muṭahharī.
14. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 2008/1429. *Nihāyat al-Dirāya fī Sharḥ al-Kifāyah*. 2nd. Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
15. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī). 1953/1373. *Munyat al-Tālib fī Ḥāshīyat al-Makāsib*. 1st. al-Maktabat al-Muḥammadīyah.
16. al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī, Mirzā Nā'inī, Kumpānī). 1984/1404. *Al-Fuṣūl al-Gharawīyat fī al-Uṣūl al-Fiqhīyah*. Qom: Dār Iḥyā' al-'Ulūm al-Islāmī.
17. Al-Gharawī al-Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī, Mirzā Nā'inī,

- Kumpānī). 1997/1376. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
18. Al-Gīlānī, Abulqāsim ibn Muḥammad Ḥassan (al-Mīrzā al-Qommī). 1996/1417. *Ghanā'im al-Ayyām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥaram*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
19. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1968/1388. *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥiyā' al-Turāth.
20. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1991/1412. *Muntahā al-Maṭlab fī Tahqīq al-Maḍḥhab*. Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmīya.
21. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1993/1414. *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥiyā' al-Turāth.
22. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 2004/1425. *Nihāyat al-Wuṣūl ilā 'Ilm al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
23. al-Ḥillī, Muḥammad Ibn asan (Fakhr al-Muḥaqqiqīn). 1967/1387. *Īdāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id*. Edited by Sayyid Ḥusayn Mūsawī Kirmānī, 'Alī Panāh Ishtihārdī and 'Abd al-Raḥīm Burujirdī. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
24. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 2002/1423. *Ma'ārij al-Uṣūl*. London: Mu'asassat al-Imām 'Alī ('A).
25. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). n.d. *Al-Mu'tabar fī Sharḥ al-Mukhtaṣar*. Qom: Mu'asassat al-Sayyid al-Shuhadā'.
26. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). n.d. *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
27. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Zahdarī. 2007/1428. *Īdāḥ Taraddudāt al-Sharā'i'*. 2nd. Qom: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
28. Al-Ḥumayrī, Nashwān ibn Sa'īd. 1999/1420. *Shams al-'Ulūm wa Dawā' al-Kalām al-'Arab min al-Kulūm*. Beirut: Dār al-Fikr.
29. al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥiyā' al-Turāth.
30. al-Ḥirawānī, 'Alī. 1991/1370. *Nihāyat al-Nihāyat fī Sharḥ al-Kifāyat*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
31. al-'Irāqī, Āqā Dīyā' al-Dīn. 1996/1417. *Nihāyat al-Afkār*. 3rd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
32. al-Iṣfahānī, al-Sayyid Abū al-Ḥasan. 2001/1422. *Wasīlat al-Wuṣūl Ilā Ḥaqāiq al-Uṣūl (ma'a Ḥawāshī al-Imām al-Khumaynī)*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
33. al-Kāshānī, Mullā Ḥabībullah Sharīf. 2007/1428. *Muntaqid al-Manāfi' fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'-Kitāb al-Ṭahārah*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
34. Al-Khawnsārī, Āqā Ḥusayn ibn Muḥammad. n.d. *Mashāriq al-Shumūs fī Sharḥ al-Durūs*.

35. Al-Kishmīrī, Sayyid Maḥdī. 1997/1418. *Risālat Masā'il al-Ghinā'*. Qom: Nashr Mīrṣād.
36. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407. *al-Kāfī*. 14th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
37. Al-Lārī, Sayyid 'Abd al-Ḥusayn. n.d. *al-Ta'līqat 'Alā al-Makāsib*. Mu'assisat al-Ma'ārif al-Islāmīyah.
38. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-'Allama al-Majlisī). 1985/1406. *Malāḍh al-Akhyār fī Fahm Tahdhib al-Akḥbār*. Edited by al-Sayyid Maḥdī al-Rajā'ī. Qum: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Mar'ashī al-Najafī.
39. al-Mūsawī al-'Āmilī, al-Sayyid Muḥammad (Shāḥib al-Madārik). 1990/1411. *Madārik al-Aḥkām fī Sharḥ Sharā'i al-Islām*. Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
40. al-Mūsawī al-Bujnurdī, al-Sayyid Ḥasan. 2001/1380. *Muntahā al-'Uṣūl*. Tehran: Mu'assasat al-'Urūj.
41. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1997/1418. *Fiqh al-Shī'at- Kitāb al-Ṭahārah*. Qom: Mu'assisat al-Āfāq.
42. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 2001/1422. *Muḥāḍirāt fī Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
43. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Sayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1997/1418. *al-Ijtihād wa al-Taqlīd, Tanqīḥ al-Uṣūl*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
44. Al-Mūsawī, Sayyid Ibrāhīm. 1951/1371. *Dawābiḥ al-Uṣūl*. Qom.
45. Al-Qarāfī, Abū al-'Abbās Shahāb al-Dīn. 1973/1393. *Sharḥ Tanqīḥ al-Fuṣūl*. Edited by Ṭāḥā 'Abd al-Ra'ūf Sa'd. Shirkat al-Ṭibā'at al-Fanīyat al-Muttaḥidah.
46. Al-Qarāfī, Abū al-'Abbās Shahāb al-Dīn. 1995/1416. *Nafā'is al-Uṣūl fī Sharḥ al-Maḥṣūl*. Edited by 'Ādil Aḥmad 'Abd al-Mawjūd & 'Alī Muḥammad Mu'awwad. Maktabat Nazār Muṣtafā al-Bāriz.
47. al-Qommī, al-Mīrzā Abū al-Qāsim (al-Mīrzā al-Qommī). 2009/1430. *al-Qawānīn al-Muḥkama fī al-Uṣūl*. Edited by Riḍā Ḥusayn Ṣubḥ. Qom: Iḥyā' al-Kutub al-Islāmīyya.
48. Al-Rashṭī, Mīrzā Ḥabībullāh ibn Muḥammad 'Alī. 1986/1407. *Fiqh al-Imāmīyah, Qism al-Khīyārāt*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
49. Al-Rāzī al-Najafī al-Iṣfahānī, Muḥammad-Taqī. 2008/1429. *Hidāyat al-Muṣtarshidīn fī Sharḥ Uṣūl Ma'ālim al-Dīn*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
50. Al-Rāzī al-Ṭabaristānī, Fakhr al-Dīn. 1997/1418. *Al-Dirāsah*. Edited by Ṭāḥā Jābir Fayyāḍ al-'Alwānī. Mu'assisat al-Risālah.
51. al-Sabzawārī, al-Sayyid Muḥammad Bāqir (al-Muḥaqqiq al-Sabzawārī). 2002/1423. *Kifāyat al-Fiqh (Kifāyat al-Aḥkām)*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
52. Al-Shāḥib ibn 'Ibād, Ismā'īl ibn 'Ibād. 1993/1414 *al-Muḥīṭ fī al-Lughah*. Beirut: 'Ālim al-Kitāb.

53. Al-Şawī, Abū al-‘Abbās Aḥmad. n.d. *Bulghat al-Sālik li Aghrab al-Masālik, al-Ma’rūf bi Ḥāshiyat al-Al-Şawī ‘alā al-Sharḥ al-Şaghūr*. Dār al-Ma‘ārif.
54. al-Ṭabāṭabā’ī al-Burūjirdī, al-Sayyid Ḥusayn. 1994/1415. *Nihāyat al-Uşūl*. Tehran: Nashr Tafakkur.
55. al-Ṭabāṭabā’ī al-Burūjirdī, al-Sayyid Ḥusayn. 2000/1421. *Lamaḥāt al-Uşūl*. Tehran: Mu’assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
56. al-Ṭabāṭabā’ī al-Burūjirdī, al-Sayyid Ḥusayn. 2005/1426. *Tibyān al-Şalāt*. 1st. Qom: Intishārāt Ganj ‘Irfān.
57. al-Ṭabāṭabā’ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 2005/1426. *al-Ḥāshiyat Farā’id al-Uşūl*. Qom: Dār al-Hudā.
58. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1970/1390. *Al-Isṭibşār fīmā Ikhtalafa min Akhbār*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
59. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Tahdhīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni’at lil Shaykh al-Mufīd*. Edited by Sayyid Ḥasan Khurāsānī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
60. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1996/1417. *al-‘Uddat fī al-Uşūl al-Fiqh*. Qom: Muḥammad Taqī ‘Alāqibandīyān.
61. al-Waḥīd al-Bihbahānī, Muḥammad Bāqir. 1994/1415. *Al-Fawā’id al-Ḥā’irīyah*. Qom: Majma‘ al-Fikr al-Islāmīyah.
62. al-Waḥīd al-Bihbahānī, Muḥammad Bāqir. 1995/1416. *Al-Rasā’il al-Uşūliyah*. Qom.
63. al-Waḥīd al-Bihbahānī, Muḥammad Bāqir. 1998/1419. *Al-Ḥāshiyat ‘alā Madārik al-Aḥkām*. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Ḥiyā’ al-Turāth.
64. Ḥā’irī Yazdī, ‘Abd al-Karīm. 1983/1404. *Kitāb al-Şalāt*. 1st. Qom: Büstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī ‘Ilmīyyi-yi Qom).
65. Ḥusaynī Bihishfī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. 1990/1369. *Ribā dar Islām*. Tehran: Daftar-i Nashr-i Farhang-i Islāmī.
66. Ibn Bābiwayh al-Qommī, Muḥammad Ibn ‘Alī (al-Shaykh al-Şadūq). 1992/1413. *Man Lā Yahḏuruh al-Faqīh*. 2nd. Qom: Mu’assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā‘at al-Mudarrisīn.
67. Ibn Manzūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-‘Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fīkr.
68. Khādimī Kūshā, Muḥammad ‘Alī. 2020/1399. *Rawish-i Bahrigīrī az ‘Umūmāt wa Muṭaliqāt dar Hall-i Masā’il-i Muṣtaḥḏithih*. Justārḥā-yi Fiqhī wa Uşūlī, 6(2), 7-32.
69. Muṭahhari, Murtaḏā (Shahīd Muṭahhari). 1985/1364. *Ribā, Bānk, Bīmih*. 8th. Qom: Intishārāt Şadrā.
70. Narāqī, Muḥammad Mahdī (Muḥāqiq al-Narāqī). 2005/1384. *Tajrīd al-Uşūl*. Qom: Sayyid Murtaḏā.
71. Yūsufī, Aḥmad ‘Alī. 1998/1377. *Māḥiyat-i Pūl*. 2nd. Qom: Pazhūhishgāh-i Farhang wa Andīshih-yi Islāmī.

Preservation of Non-Islamic Tangible Cultural Heritage from the Perspective of Imāmī Jurisprudence¹

Mojtaba Erfanian Moqbeli

Graduated Student of Level Four of Mashhad Seminary & Instructor of Advanced
Level Studies of Mashhad Seminary; mojtbaaerfanian@gmail.com;

Mojtaba Elahi-Khorasani 

Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Faculty Member of Akhūnd
Khorāsani Specialized Center; Mashhad- Iran. (Corresponding Author)
mojtba.elahi.khorasani@gmail.com;

Abstract

Part of the tangible cultural heritage in the history of Iran and other Islamic countries arises from non-Islamic culture. Sometimes, it is at a point of conflict with Islamic teachings. Such as the Chogha Zanbil ziggurat (the place of an Elamite goddess), the statue of the fertility goddess Venus and Buddha statues (idols), and Achaemenid gold cups (rhytons). Therefore, the proper preservation of this heritage has been questioned by Islamic jurists and some sects and extremists

1. *Elahi-Khorasani. M; (2024): "Preservation of Non-Islamic Tangible Cultural Heritage from the Perspective of Imāmī Jurisprudence"; Jostar_ Hay Fihi va Usuli; Vol: 10; No: 34; Page: 67-109; doi:10.22034/jrj.2024.68698.2793*



currents in Islamic countries, by holding on fast to principles such as the sanctity of misleading (*izlāl*), promoting false beliefs and cooperating on sin and enmity, demand not to pay attention to this heritage, rather they are trying to take practical action to destroy them. Using a descriptive and analytical method, this study tries to explain its ruling based on Imāmīyyah jurisprudence by examining and criticizing the proofs of the prohibition and permissibility of preserving this heritage and finding out whether the preservation of tangible non-Islamic cultural heritage and actions related to it is prohibited or permissible and rather preferred or obligatory? It is clear that in the latter case, the Islamic government will be obliged to plan and enact laws to preserve and promote these heritages, and will also be obliged to spend the public treasury for this purpose. The findings of the study show that the evidence of prohibition has no scientific justification and that the generalities and absolutes of the jurisprudential evidence and explicit proofs that order to take lessons from these heritages prove the permissibility and rather the priority and even in some cases the obligation of preserving them.

Keywords: Cultural Heritage, Tangible Heritage, Non-Islamic Heritage, Promoting Falsehood, Weakening the Right, Lesson, Imāmīyyah Jurisprudence.

حفظ میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی از منظر فقه امامیه^۱

مجتبی عرفانیان مقبلی

دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه مشهد؛ رایانامه: mojtabaerfanian@gmail.com

مجتبی الهی خراسانی 

استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله علیه و مدرس خارج حوزه علمیه مشهد (نویسنده مسئول)

رایانامه: mojtaba.elahi.khorasani@gmail.com



تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۳

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه
۶۹

چکیده

بخشی از میراث فرهنگی ملموس در تاریخ ایران و دیگر کشورهای اسلامی، برآمده از فرهنگ غیراسلامی و گاهی در نقطه تقابل با آموزه‌های اسلامی است؛ مانند: معبد چغازنبیل (جایگاه الهه ایلامیان)، مجسمه الهه باروری ونوس و مجسمه بودا (بت‌ها)، جام‌های طلایی هخامنشی (ریتون‌ها). از این رو حفظ شایسته این میراث، محل تردید فقهای اسلامی قرار گرفته است بلکه برخی از فرقه‌ها و جریان‌های تندرو در کشورهای اسلامی، با تمسک به ادله‌ای مانند حرمت اضلال، ترویج عقاید باطل و تعاون بر اثم و عدوان، خواستار عدم اهتمام به این میراث حتی درصدد اقدام عملی برای نابودی آن‌ها برآمده‌اند. این پژوهش به روش توصیفی و تحلیلی، تلاش دارد تا با بررسی و نقد ادله منع و جواز حفظ این میراث، حکم آن را بر اساس فقه امامیه، تبیین نماید و معلوم سازد که آیا حفظ میراث

۱. عرفانیان مقبلی، مجتبی و الهی خراسانی، مجتبی (۱۴۰۳). «حفظ میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی از منظر فقه امامیه». فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۱۰ (۳۴): ۶۷-۱۰۹.

فرهنگی ملموس غیراسلامی و اقدامات مرتبط با آن ممنوع یا جایز است؟ یا حتی راجح یا واجب است؟ روشن است که در صورت اخیر، حکومت اسلامی موظف به برنامه‌ریزی و وضع قوانین برای حفظ و ترویج این آثار و نیز موظف به صرف بیت‌المال برای این منظور خواهد بود. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که ادله منع، وجاهت علمی ندارد و عمومات و مطلقات و قواعد فقهی و ادله صریح آمره به عبرت‌گیری و پندپذیری از این آثار، جواز و بلکه رجحان و حتی در برخی موارد وجوب اهتمام و حفظ آن‌ها را ثابت می‌کند.

کلیدواژه‌ها: میراث فرهنگی، میراث ملموس، میراث غیراسلامی، ترویج باطل، وهن حق، عبرت، فقه امامیه.

مقدمه

بخشی از میراث فرهنگی ملموس، برآمده از فرهنگ غیراسلامی و گاهی در نقطه تقابل با آموزه‌های اسلامی است. در شریعت اسلامی نسبت به آن طرز فکر و جهان‌بینی یا از افعال متعلق به آن‌ها مانند ساخت، حفظ یا معامله با آن‌ها نهی وجود دارد؛ زیرا ممکن است که برخی از مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی، موجب اضلال، ترویج عقاید باطل و تعاون بر اثم و عدوان و مانند آن باشند. مانند: معبد چغازنبیل (جایگاه الهه ایلامیان)، بت‌هایی مانند مجسمه الهه باروری ونوس و مجسمه بودا، جام‌های طلایی هخامنشی (ریتون‌ها).

در مقابل این دیدگاه تقلیل‌گرای سلفیت و تلاش فرقه‌هایی مانند وهابیت، طالبان، داعش و آل‌سعود در نابودی این میراث‌گران بها به بهانه‌های غیراسلامی و ادعای مظهر شرک بودن و ایجاد توهم عدم مشروعیت میراث فرهنگی به صورت کلی، می‌توان از ضرورت حفظ تاریخ علمی و عینی بشر (از جمله میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی) و تأکید آموزه‌های اسلامی بر مطالعه و تحلیل تمدن‌های پیشین سخن گفت و بهانه‌ای برای متهم ساختن کشورهای اسلامی به اهمال و کنار گذاشتن تعداد فراوانی از میراث فرهنگی با پالایه (فیلتر) ایدئولوژیک، به دست نداد.

از این رو تحقیق حاضر به بازشناسی صورت مسئله و یافتن پاسخ‌های دقیق‌تر در برابر این پرسش اساسی اهتمام دارد؛ سؤال این است که حکم حفظ میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی و اقدامات حمایتی نسبت به آن، چیست؟ آیا حفظ و نگهداری

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۷۰

و مرمت و ارائه و ترویج آن‌ها، ممنوع است یا جایز و حتی راجح و دست کم در بعضی از صورت‌های مسئله، واجب است؟

در خصوص این موضوع، تحقیق مستقلی وجود ندارد. هرچند برخی از محققین معاصر به‌طور کلی درباره میراث فرهنگی از منظر فقه، تحقیقات و تألیفات مفیدی را عرضه کرده‌اند اما به چالش‌های اختصاصی میراث غیراسلامی و حل آن، اهتمام لازم را نداشته‌اند و طبعاً در پیشنهاد راه حل نیز، توفیق چندانی نیافته‌اند. این نقصان را حتی می‌توان در نگاه‌های ارزشمندی مانند: مقاله «الثراث الثقافی فی الفقه الاسلامی» (اراک، ۱۴۲۸ ق، ۸۳) و کتاب‌هایی همانند: «میراث فرهنگی بررسی فقهی - حقوقی» (فتاحی، ۱۳۹۳) و «میراث فرهنگی در ایران، سیاست‌ها برای یک کشور اسلامی» (حجت، ۱۳۸۰) و همچنین پایان‌نامه سطح سه حوزه علمیه با عنوان «فقه آثار باستانی» (عرفانیان مقبلی، ۱۳۹۵) مشاهده کرد.

پژوهش حاضر ضمن تمرکز بر چالش‌های فقهی یادشده، تلاش کرده است تا با موضوع‌شناسی دقیق، وسعت و تعمیم آن به میراث غیراسلامی در دوره اسلامی، اقسام گوناگون و کارکردهای متنوع میراث غیراسلامی را شناسایی کند. در حوزه حکم‌شناسی نیز علاوه بر استقصای تام نسبت به وجوه و ادله ادعایی حرمت و پاسخ مناسب به آن‌ها، تحول کارکرد میراث غیراسلامی در طول زمان را مورد توجه قرار داده است. همچنین این مقاله ادله جواز و رجحان (و وجوب در بعضی از صور) را در حد توان، تقریب کرده و از تأسیس اصل نیز غفلت نکرده است.

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

۷۱

۱. مفاهیم

برای تشخیص حکم هر موضوعی، نیازمند شناخت دقیق مفاهیم آن هستیم؛ بنابراین در ادامه به بررسی مفاهیم میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی پرداخته می‌شود.

۱/۱. میراث فرهنگی ملموس

میراث فرهنگی ملموس عبارت است از آثار ارزشمند مادی که افزون بر پیامی که با خود حمل می‌کنند، کاشف از هویت گذشته یا حال هر قومی هستند (فتاحی، ۱۳۹۳، ۶۵).

کلمه میراث از ریشه «ورث» است (جوهری، ۱۴۰۷/ ۱، ۲۹۵) که مفهوم انتقال از گذشته به آینده را می‌رساند و مهم‌ترین شاخصه مفهومی میراث فرهنگی است (حجت، ۱۳۸۰، ۸۱) اما برای تشخیص و تمایز انواع میراث فرهنگی، نیازمند شاخص‌های مازاد و اختصاصی هستیم (فتاحی، ۱۳۹۳، ۷۶).

میراث فرهنگی ملموس، دارای سه شاخصه «حامل پیام انسانی بودن» (شناخت موقعیت‌های مختلف علمی و مذهبی پیشینیان)، «ارزشمند بودن آثار» (اجتماعی، علمی، اقتصادی) و «شیئیت» است؛ زیرا لازمه ملموس بودن این است که وجود مادی آن‌ها با یکی از حواس پنج‌گانه مثل لمس و رؤیت، درک شود. روشن است که میراث فرهنگی غیرملموس، عنصر اخیر (شیئیت) را ندارد و لذا آداب و رسوم (مانند جشن نوروز)، گویش‌ها (مانند گویش خراسانی)، آئین‌های سنتی (مانند ورزش زورخانه‌ای) و مانند آن‌ها، میراث فرهنگی غیرملموس محسوب می‌شوند.

گرچه عدم توجه به معیار صدسال در مهم‌ترین قوانین داخلی و بین‌المللی، کاشف از عدم الزامی بودن معیار «قدمت» در معنای میراث فرهنگی است ولی وجود این قید برای اولویت‌بندی آثار برای ثبت میراث فرهنگی ملموس در فهرست آثار ملی، افزون بر محل ساخت و اهمیت اثر، لازم است (فتاحی، ۱۳۹۳، ۷۳-۴۶؛ صمدی زندی، ۱۳۸۲، ۱۳۱).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳
۷۲

۱/۲. میراث غیراسلامی

کاربرد واژه «غیراسلامی» در فقه، گاهی مربوط به بلاد (کشورهای) اسلامی و غیراسلامی است که در باب معاملات و طهارت و نجاست، کاربرد دارد (خمینی، ۱۳۸۱، ۳۱۴/۱) و گاهی در رابطه با بانکداری اسلامی و غیراسلامی است (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۱۶۵). همچنین در رابطه با دولت اسلامی و غیراسلامی نیز از آن یاد می‌شود (نوری گویجه یاران، ۱۳۸۵، ۱).

اما مراد از میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی در این تحقیق، آثاری است که حداقل در زمان پیدایش آن‌ها، در شریعت اسلامی نسبت به آن طرز فکر و جهان‌بینی یا از افعال متعلق به آن‌ها مانند ساخت، حفظ یا معامله با آن‌ها نهی وجود دارد که

برخی از مصادیق آن عبارت‌اند از: ریتون‌های طلایی هخامنشی، معبد چغازنبیل، مجسمه بودا و الهه باروری ونوس که برخی از آن‌ها در زمان گذشته برخلاف دستورات اسلامی، مورد پرستش بوده‌اند.

۲. انواع میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی

میراث فرهنگی ملموس، شامل دو قسم منقول (مانند: مجسمه‌ها) و غیرمنقول (مانند: بناهای تاریخی) می‌شود (توحیدی، ۱۳۸۸، ۹؛ مختاریان، ۱۳۹۴، ۱۵).

۲/۱. میراث منقول

برای مصادیق غیراسلامی میراث منقول، قبل از اسلام در هنر فلزکاری، می‌توان به مجسمه‌های کوچک و جام‌های طلایی مارلیک (توحیدی، ۱۳۸۶، ۳۲)، ریتون‌های طلایی هخامنشیان (جام‌هایی با شمایل حیوانی مانند شیر و بُز) با کاربرد مذهبی (آزادی، شاطری و ساریخانی، ۱۳۹۵، ۱)، مجسمه‌های کوچک مفرغی الهه‌های یونانی از دوران سلوکیان (توحیدی، ۱۳۸۸، ۷۹) و جام خسرو ساسانی که با طلا و نقاشی رقص تزئین شده است (تسلیمی و دیگران، ۱۳۹۶، ۹۸)، اشاره کرد.

همچنین برای مصادیق آن در هنر سفال‌گری می‌توان ظروف سفالین مزین به اشکال حیوانات واقعی یا افسانه‌ای، ریتون‌های پیکر آدمسان آملش و مجسمه گلی الهه باروری ونوس (توحیدی، ۱۳۸۶، ۱۲۳) و ساغرهای مینایی دوره اشکانیان که انتهای آن به شکل سر بُز کوهی است (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۰۰ و ۱۰۷) را نام برد.

مصادیق مذکور، به خاطر عدم سازگاری با دستورات اسلام مانند نهی از بت‌پرستی، مجسمه‌سازی، وهن حق و خرافه‌گرایی با جنبه‌های اساطیری و اعتقادات باطل، حرمت اسراف و تجمل‌گرایی (توحیدی، ۱۳۸۶، ۳۶) و حرمت برخی از صورتگری‌ها و نقش‌مایه‌های انسانی مانند رقص که القاء‌کننده نوعی از گوناگونی پرستی و شرک است، جزو میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی محسوب می‌شوند. گرچه در دوران اسلامی هنرهای فلزکاری و سفال‌گری دچار تحولاتی مانند گرایش به ساده‌زیستی، رواج استفاده از مس و برنز و منسوخ شدن ساخت آثار تزئینی از طلا، نقره و غیر آن، شد (توحیدی، ۱۳۸۸، ۹۳-۹۱) ولی این تحولات به معنای

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

۷۳

نفی میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی در این دوران نیست؛ زیرا برای مصادیق آن در هنر فلزکاری می‌توان مجسمه طاووس فولاد طلاکوب اصفهان (توحیدی، ۱۳۸۶، ۷۸)، سینی طلای ملیله‌کاری شده زنجان و بخوردان مفرغ مشبک‌کاری شده نقره کوب خراسان (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۵۵؛ توحیدی، ۱۳۸۶، ۵۸) را شمارش کرد و همچنین برای مصادیق آن در هنر سفال‌گری می‌توان به سفالینه‌های زرین‌فام مزین به نقش غول‌ها و پرندگان افسانه‌ای کاشان، ریتون‌های دوران اسلامی (سرفراز و دیگران، ۱۳۸۶، ۱۵۴) و تزئین ظروف به اشکال و چهره انسانی در اواخر قرن ششم و کاشی‌های نقش برجسته از اندام آدمی قرن سیزدهم (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۱۴-۱۰۹) اشاره کرد.

بسیاری از میراث فرهنگی ملموس قبل از اسلام به‌خاطر اینکه منافاتی با دستورات اسلام ندارند، جزو میراث فرهنگی ملموس اسلامی محسوب می‌شوند که برای مصادیق آن در هنر فلزکاری می‌توان زیورآلات، جنگ‌افزار فلزی و مفرغی لرستان (توحیدی، ۱۳۸۶، ۳۲)، و برای مصادیق آن در هنر سفال‌گری می‌توان به ظروف و ابزار سفالی باقیمانده از دوران قبل از اسلام؛ مانند آوند سفالین واقع در سیلک کاشان (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۰۴) و سفالینه منقوش واقع در پاسارگاد (توحیدی، ۱۳۸۸، ۹۸) را نام برد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳
۷۴

۲/۲. میراث غیرمنقول

مصادیق غیراسلامی میراث غیرمنقول قبل از اسلام در ابنیه و هنر معماری فراوانی دیده می‌شود. نمونه‌هایی مانند معبد چغازنبیل به‌عنوان جایگاه الهه ایلامیان (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۵۵؛ توحیدی، ۱۳۸۸، ۶۴)، دخمه‌های سنگی مادها که محل متلاشی شدن اجساد در کنار نقش فروهر با عقاید انحرافی بوده است (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۲۱)، تخت جمشید با تشریفات فراوان (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۶۱؛ کیانی، ۱۳۹۱، ۲۹۸ و ۹۴) و نقش حیوانات افسانه‌ای (ابوذری، تهرانی مقدم و شریف‌زاده، ۱۳۷۸، ۹۴)، کاخ‌های پاسارگاد با تزئینات خرافی و کاربرد مذهبی انحرافی (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۸۷؛ پیرنیا، ۱۳۸۴، ۶۲)، مجموعه بیستون که جایگاه خدایان و با نماد فروهر بوده است (ابوذری، تهرانی مقدم و شریف‌زاده، ۱۳۷۸، ۳۶)،

گورخانه‌های شاهی مزین به گاوهای بال‌دار، موجودهای ربانی، آدم‌هایی با تنه گاو (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۲۴)، آتشکده‌های متعدد (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۲۶ و ۱۲۴ و ۸۱)، تخت سلیمان به‌عنوان بزرگ‌ترین معبد ساسانیان (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۸۱) و کاخ دامغان با گچ‌بری گراز، طاووس و غزال به‌عنوان مظهر ایزدهای نیکوکار (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۲۸) قابل اشاره هستند. البته بسیاری از ابنیه و میراث فرهنگی دوران قبل از اسلام، به خاطر عدم منافات با دستورات اسلام، میراث فرهنگی ملموس اسلامی محسوب می‌شوند. مانند مجموعه سازه‌های آبی شوشتر مربوط به قرن سوم میلادی و شهر سوخته که مربوط به هزاره دوم (ق. م) است (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۲۸۴ و ۲۲۲).

در اوایل دوران اسلامی به‌خاطر معنویت و اعتقاد به تعالیم مذهبی در رعایت مسائل معنوی، سادگی، پرهیز از تجمل‌گرایی و حذف طاغوت، توجه به کاخ‌ها و ابنیه سلطنتی محدود شد که تجلی آن در قالب هنر معماری و تزیینات در مساجدی که جایگزین آتشکده‌های ساسانی شد (کیانی، ۱۳۹۱، ۲)، قابل مشاهده است اما به‌مرور زمان شاهد رویکردهای تجمل‌گرایانه و اسراف در ساخت بناها و حتی مساجد هستیم که زمینه پیدایش مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی را در هنر معماری دوران اسلامی نیز به وجود آورده است. به‌عنوان نمونه، عناصر معماری عظیم و تجمل‌گرایانه ایوان ساسانی در ساخت مساجد دوران اسلامی و در ایوان ورودی بنای تاریخانه دامغان، مسجد جامع یزد و مسجد جامع اصفهان، دیده می‌شود (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۲۹).

از دیگر مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی در ابنیه و هنر معماری دوران اسلامی، کاخ‌ها هستند. مانند کاخ‌های صفوی عالی‌قاپو و چهل‌ستون که شامل تالار اسراف، درب‌های بزرگ، اتاق‌هایی با تزیینات و نقش و نگارهای روغنی فراوان است (کیانی، ۱۳۹۱، ۳۰۳).

تأثیر معماری غربی بر معماری ایران در قرن نوزدهم میلادی به‌ویژه در دوره ناصرالدین‌شاه افزایش یافت که جلوه‌های آن در کاخ گلستان با حجاری نقش‌های اساطیری (کیانی، ۱۳۹۱، ۲۷۷-۲۷۵)، سرستون‌ها و تالارهای بزرگ، قابل مشاهده است (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۲۸۷؛ توحیدی، ۱۳۸۶، ۲۸۲).

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

۷۵

۳. تأسیس اصل

برای تشخیص حکم شرعی جواز یا حرمت حفظ این آثار باید ادله ممتنعین و مجوزین مورد بررسی قرار گیرد. اما پیش از آن همچون هر مسئله فقهی لازم است تا اصل عملی در مقام هم مشخص شود که اگر در مرحله استنباط حکم از آیات و روایات به نتیجه‌ای نرسیدیم به آن اصل مراجعه شود (جوادی آملی، درس خارج فقه، ۱۶/ ۱۱/ ۱۳۹۵). منظور از اصل، حکم مستفاد از ادله عامه است که بدون لحاظ ادله خاصه موجود در مسئله، برداشت می‌شود (بحرانی، ۱۴۲۶، ۱/ ۱۷).

یکی از مهم‌ترین قواعد فوقانی در تأسیس اصل، اصل موسوم به اباحه یا حلیت (آذری قمی، ۱۳۷۲، ۱۹) و به معنای تجویز و حلیت هر چیزی است که منع شرعی درباره آن نرسیده باشد. این اصل مستند به کتاب (بقره ۲۹)، سنت (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۱۷/ ۲۰، «کل شیء لك حلال...»)، اصل عقلی قبح عقاب بلایان و اصل براءت شرعی (خراسانی، بی‌تا، ۳۳۸) دانسته شده است.

در مسئله پیش‌رو، اگرچه حکم کلی ممکن است در ذیل حرمت بت‌پرستی، وهن حق و ترویج باطل قرار گیرد اما محل بحث (یعنی حکم حفظ میراث ملموس غیراسلامی در شرایط حاضر) می‌تواند شبهه موضوعیه تلقی گردد و اینگونه سؤال مطرح شود که آیا برخی از مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی که در گذشته مشمول عناوین محرمه مذکور بوده‌اند با تبدیل موضوع و تغییر زمان و مکان، هنوز مشمول حرمت حفظ و ترویج می‌شوند یا خیر؟

به خاطر تغییر موضوع به حسب تحول در ذات یا صفات و یا تغییر حالت که از ویژگی‌های عالم ماده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، دائرةالمعارف، ۱/ ۴۶۰)، در این مقام جای اجرای استصحاب (حکم حرمت) نیست.

تطبيق قاعده در محل بحث که شبهه موضوعیه به حساب می‌آید؛ یعنی هر چیزی (از موضوعات خارجی) که با وجود علم به حکم کلی، در حلیت یا حرمتش شک وجود داشت، به حلیت آن حکم می‌شود (بحرانی، ۱۴۲۶ق، ۲/ ۲۰۴؛ مشکینی، ۱۳۷۱، ۱۴۷)؛ بنابراین به خاطر وجود شک در بقاء حکم حرمت و بدون در نظر گرفتن ادله خاصه موجود در مسئله، مرجع اصل اباحه و حلیت و جواز حفظ این آثار خواهد بود (اراکی، ۱۴۲۸ق، ۱۱۰-۹۹).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۷۶

۴. ادله حرمت حفظ میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی

برای اثبات حرمت حفظ میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی، می‌توان به ادله‌ای استدلال کرد که در ادامه مهم‌ترین آن‌ها بیان می‌شود.

۴/۱. مصداق ترویج عقاید باطل

هرچند برخی از فقها مثل شیخ صدوق، حفظ خصوص کتبی را که باعث انحراف و موجب ترویج عقاید باطل می‌شود، حرام می‌دانند (صدوق، ۱۴۱۳ق، ۲/۲۳۴) اما اغلب فقها مانند سیدکاظم طباطبایی یزدی به خاطر وحدت ملاک و عدم خصوصیت مورد، معتقدند که مقتضای ادله، حرمت حفظ تمام چیزهایی است که شأنیت گمراه کردن را دارد و غرض فقها از انتخاب عنوان (کتب ضلال) به خاطر ابتلای زیاد و برای بیان مثال است نه محدود کردن موضوع (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۲۳).

در همین راستا حتی گفته شده است که مراد از عبارت «حرام محرم» در روایاتی چون «و کُلُّ بَابٍ مِنَ الْأَبْوَابِ يَقْوَىٰ بِهِ بَابٌ مِنَ أَبْوَابِ الضَّلَالَةِ، أَوْ بَابٌ مِنَ أَبْوَابِ الْبَاطِلِ، أَوْ بَابٌ يُوْهِنُ بِهِ الْحَقُّ فَهُوَ حَرَامٌ مُحْرَمٌ» (ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴ق، ۱/۳۳۲)؛ هر دو حرمت تکلیفی (حفظ) و وضعی (خرید، فروش و ملکیت) است (مددی موسوی، درس خارج فقه، ۱۶/۹/۱۳۸۴)؛ بنابراین حفظ برخی از مصادیق میراث فرهنگی ملموس که موجب ترویج عقاید باطل می‌شوند حرام خواهد بود که در ادامه به مصادیق آن اشاره می‌شود. قرآن کریم یکی از وظایف مهم انبیا را از بین بردن اعتقادات باطل می‌داند (اعراف/۱۵۷) و مبارزه با عقاید انحرافی را لازم دانسته و ترویج آن‌ها را نیز ممنوع دانسته است (یونس/۳۲؛ توبه/۳۰؛ جائیه/۱۸؛ لقمان/۶؛ نساء/۱۷۱؛ مائده/۷۲؛ اعراف/۱۳۸؛ مریم/۸۱؛ اسراء/۴۰؛ ص/۲۶؛ آل عمران/۷۹).

در احادیث معتبر نیز نسبت به نابود کردن نشانه‌های عقاید باطل و عدم ترویج آن‌ها اهتمام زیادی دیده می‌شود. مانند سفارشی که پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در هنگام فرستادن معاذ بن جبل برای تبلیغ به یمن فرمودند: «تمام نشانه‌های جاهلیت (عقاید باطل) را نابود کن»، همچنین در حدیث دیگری فرمودند: «تمام نشانه‌های جاهلیت (عقاید باطل)، زیر قدم من قرار دارد و اعتبار ندارد» (ابن هشام، ۱۳۷۵، ۳/۴۱۲). در احادیث دیگر نیز مرتکب این عمل، مشرک و بلکه کافر معرفی شده است. مانند

آنچه در وسائل الشیعه در باب اثبات کفر و ارتداد با انکار برخی از ضروریات و سایر اموری که دلیل آن مستند به نقل ثقه است، وارد شده است: «هر چه را اقرار و تسلیم به بار آورد ایمان است و هر چه را انکار و جحود به بار آورد، کفر است» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۱/۳۰).

تطبیق این دلیل در بحث حاضر به این صورت است که با توجه به شمول ترویج عقاید باطل نسبت به برخی از مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی، حفظ آن‌ها جایز نخواهد بود (اراکی، ۱۳۸۶، ۹۷). مانند کتب ضاله، اثر باستانی بیستون که جزو کوه‌های مقدس و جایگاه خدایان بوده (ابوذری، تهرانی مقدم و شریف‌زاده، ۱۳۷۸، ۳۵)، حجاری کتیبه‌ها و نگاره‌های بالای سراب بیستون که نمایان‌گر جنبه تقدس و اعتقادات باطل آنان است (ابوذری، تهرانی مقدم و شریف‌زاده، ۱۳۷۸، ۷۵)، دخمه‌های سنگی دوران مادها که نقش فروهر بر بالای این غار نشان‌گر عقاید انحرافی مذهبی مردم آن دوران است (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۲۸، ۱۲۱)، تخت سلیمان که شاهد بر پایی دو هزاروپانصدسال آئین آتش و آب در ایران و مرتبط با افسانه‌ها و مانند آن بوده است (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۸۰) و تزئینات کاخ‌های دوران ساسانی با اشکال حیوانات مختلفی مانند گراز، طاووس و غزال که امکان دارد هرکدام از این حیوانات مظهر یک ایزد نیکوکار باشد (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۲۸).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳
۷۸

۴/۲. صدق تعاون بر اثم و عدوان

فقها برای اثبات حرمت تعاون بر اثم و عدوان که مورد ن جای است که فرد یا افرادی، گنه کار را در انجام گناه، کمک می‌کنند (امام خمینی، ۱۴۱۵، مناهج، ۱۹۳؛ انصاری، ۱۴۲۲، ۱/۱۲۳؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۴/۱۷۳) به آیه ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْاِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (مائده ۲) و روایات متعددی از جمله «من مشی الی ظالم لیعینه فقد خرج عن الاسلام» (مجلسی، ۱۴۰۳، ۳۷۷/۷۲) و «من علق سوطا بین یدی سلطان جابر فیسلطها الله علیه فی نار جهنم» (مجلسی، ۱۴۰۳، ۳۶۳/۷۳) استدلال نموده‌اند.

به خاطر دلیل مذکور، حفظ برخی از مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی با مشکل روبرو می‌شود؛ زیرا در رابطه با بسیاری از آن‌ها نهی وجود دارد و لذا

حفظ آن موجب تعاون بر اثم و عدوان خواهد بود (جناتی، ۱۳۷۵، ۶۶). مانند بت‌ها، ریتون‌ها، مجموعه سلطنتی پاسارگاد، تخت سلیمان (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۷۹ و ۱۸۵) و کاخ گلستان که به‌عنوان الگوی مکتب جدید معماری غربی و غیراسلامی مطرح هستند و برخی از باستان‌شناسان آن‌ها را شایسته پیروی در معماری می‌دانند (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۲۸۳ و ۲۷۸ و ۲۷۴).

۴/۳. صدق وهن حق

فقها به‌طور ضمنی از کلیاتی مانند حرمت وهن حق یا حرمت اهانت به مقدسات و وجوب تعظیم شعائر به‌عنوان کبرای استدلال در استنباط برخی از احکام، بهره‌برداری نموده‌اند (انصاری، ۱۴۲۲، ۸/۱) و حجیت این دو قاعده را به‌عنوان پیش‌فرض در نظر گرفته‌اند (عیسوند، ۱۳۹۱، ۵۰). برای حجیت آن به کتاب (مائده/۲؛ حج/۳۲؛ حج/۳۰)، سنت («و كَذَلِكَ أَوْ بَابُ يَوْهَنُ بِهِ الْحَقُّ فَهُوَ حَرَامٌ مُحَرَّمٌ»: ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴، ۱/۳۳۲؛ «و علة تحريم الربا الا استخفافاً بالمحرّم الحرام والاستخفاف بذلك دخول في الكفر»: حر عاملی، ۱۴۱۶، ۱۲/۴۲۶)، اجماع (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۹۴/۵) و عقل (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۹۵/۵) استدلال شده است. به خاطر دلیل مذکور، حفظ برخی از مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی با مشکل روبرو می‌شود به خاطر اینکه حفظ آن‌ها، مانند موارد مذکور در تطبیق ادله حرمت ترویج عقاید باطل بر بحث حاضر، موجب وهن حق خواهد شد.

۴/۴. نقض تحریم بت و بت پرستی

برخی از فقها برای اثبات حرمت بت پرستی به براهینی مانند اینکه پرستش بت‌ها مستلزم وجود چند واجب بالذات می‌شود که با وحدت واجب‌الوجود منافات دارد (حلی، ۱۴۰۷، ۲۹۱) و اینکه فقط موجودی که برآفرینش و اعطای حیات و قدرت و مانند آن توانا باشد، شایسته پرستش است، استدلال نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰، الاقتصاد الهادی، ۴۶) و برخی از فقها حرمت آن را به خاطر وجود مفساسدی همچون خدشه‌دار شدن شخصیت انسان، خرافه پرستی، ادعای خدایی از سوی مستکبران و فساد و بی‌بندوباری می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ۱۸۷).

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه
۷۹

بت پرستی، در آیات (حج/۳۰؛ انعام/۷۴؛ عنکبوت/۲۵ و ۱۷؛ صافات/۹۵؛ انبیاء/۵۲؛ ابراهیم/۳۵؛ انبیاء/۵۷؛ شعراء/۷۷-۷۱؛ مائده/۳) و روایات (مانند: «وَالصُّلْبَانِ وَالْأَصْنَامِ وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَحَرَامٌ تَعْلِيمُهُ وَ تَعَلُّمُهُ وَ الْعَمَلُ بِهِ وَ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ»): حر عاملی، ۱۴۱۶، ۱۷/۸۴؛ ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴، ۱/۳۳۵) به صراحت مورد نهی قرار گرفته و از مصادیق بارز شرک، معرفی شده است (هود/۲۶؛ روم/۳۱؛ نساء/۴۸) و فقهای متعددی چون شیخ انصاری و امام خمینی رحمتهما اللّٰه به خاطر اینکه هیچ منفعت حلالی برای آن قابل تصویر نبوده، خرید و فروش بت را حرام دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۲، ۱/۱۰۹؛ امام خمینی، ۱۴۱۵، المکاسب، ۱/۵۹).

به خاطر دلیل مذکور، حفظ برخی از مصادیق بارز میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی با مشکل روبرو می‌شود و از جمله آن‌ها مجسمه‌های کوچک مفرغی الهه‌های یونانی در نیاوند، مجسمه گلی الهه باروری ونوس (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۲۳) و مجسمه‌های فلزی کوچک واقع درون گورهای سنگی «لرستان» که به نوعی نمایانگر اهورامزدا، اهریمن یا میترا (خدای خورشید) بوده (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۵۱) و به عنوان بت، مورد پرستش بوده‌اند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۸۰

۴/۵. حرمت مجسمه

بیشتر فقهای شیعه معتقدند: ساخت مجسمه موجودات جاندار مانند انسان و حیوان، حرام است (عاملی، ۱۴۱۳، ۳/۱۲۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، استفتاءات، ۱/۱۵۸). شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵، ۱/۱۸۹) و امام خمینی (امام خمینی، ۱۴۱۵، المکاسب، ۱/۱۶۹) علت حرمت و عذاب‌های شدید در احادیث را مربوط به قصد حکایت یا همانندی با فعل خداوند می‌دانند.

تطبیق این دلیل بر بحث حاضر به این صورت است که یکی از مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی مورد ابتلا، مجسمه‌های جانداران است مانند مجسمه‌های فلزی «لرستان» (توحیدی، ۱۳۸۸، ۱۵۱)، مجسمه طاووس فولاد طلاکوب اصفهان (توحیدی، ۱۳۸۶، ۷۸)، مجسمه‌های کوچک و جام‌های طلای مارلیک (توحیدی، ۱۳۸۶، ۳۲) و مجسمه گلی الهه باروری ونوس (توحیدی، ۱۳۸۶، ۱۲۳)؛ بنابراین

دست کم مجسمه‌ها و سردیس‌های برجای مانده از میراث غیراسلامی، محکوم به حرمت تلقی می‌شود.

۴/۶. مقدمیت برای حرام

در مسئله ثبوت ملازمه شرعی بین حکم حرام و حکم مقدمه آن، برخی از فقها قصدتوصل به حرام را لازمه حرمت مقدمات آن دانسته‌اند (نائینی، ۱۳۶۸، ۲۴۸/۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ۲/۲۸۷) و بعضی دیگر فقط مقدمات تولیدی (تسبیبی) را حرام می‌دانند (خراسانی، بی‌تا، ۱۲۸) و برخی نیز وقوع ذی‌المقدمه بعد از مقدمه را شرط سرایت حرمت می‌دانند (عراقی، بی‌تا، ۱/۳۵۶).

تطبیق این دلیل بر بحث حاضر به این صورت است که حفظ و ترویج برخی از مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی، ممکن است مقدمه ارتکاب محرمات متعددی شود که طبق آن حرمت حفظ آن‌ها اثبات می‌شود. مانند برخی از نمونه‌های مجموعه سلطنتی پاسارگاد، تخت سلیمان (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۸۵ و ۱۷۹) و کاخ گلستان که برخی از محققین آن‌ها را شایسته پیروی در معماری، نقشه و تزئینات می‌دانند و مورد اخیر را به‌طور ویژه به‌عنوان الگوی مکتب جدید معماری و هنر ایرانی الهام گرفته از غرب مطرح می‌کنند (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۲۸۳ و ۲۷۸ و ۲۷۴)؛ بنابراین برای جلوگیری از ترویج طرح‌های دوران کفر و کشورهای غربی در ساختمان‌سازی و تزئینات آن در سرزمین‌های اسلامی، امکان بهره‌برداری از حرمت مقدمه حرام در غیراسلامی دانستن این مصادیق وجود دارد.

۵. نقدهای مشترک بر ادله حرمت

نقد هر کدام از ادله حرمت، در ضمن بیان سه اشکال که به‌طور مشترک بر ادله مذکور وارد است، تبیین می‌گردد.

۵/۱. تفاوت موضوع

برخی از ادله که برای حرمت حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی به آن استدلال شده است، هیچ ارتباطی با موضوع بحث ندارد.

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

به‌طور مثال، دلیل حرمت ساخت مجسمه، موضوعی متفاوت با حفظ مجسمه‌های برجای مانده از میراث فرهنگی غیراسلامی است؛ زیرا آن دلیل ناظر به ساخت مجسمه است، نه حفظ آن. به تعبیر دیگر حفظ میراث فرهنگی، موضوعی است و ساخت آن، موضوعی دیگر.

بنابراین نقد این دلیل به این صورت است:

اولاً: حکم شرعی جواز حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی، هیچ ارتباطی با ساخت مجسمه‌ها یا تصاویر جانداران و مانند آن ندارد و فقط صرف حفظ و اقتناع آن‌ها مورد بحث است.

ثانیاً: گرچه برخی از فقها معتقد به حرمت حفظ مجسمه موجودات جاندار و کسب درآمد از آن‌ها هستند (طوسی، ۱۴۰۰، النهایة، ۳۶۳) لکن در مقابل ایشان جمع بسیاری از فقهای متقدم و متأخر و مراجع معاصر، مانند محقق کرکی (کرکی، ۱۴۱۴، ۱۶/۴)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۲، ۴۴/۲۲)، خوبی (توحیدی، ۱۳۸۸، ۳۸۲/۱) و امام خمینی (امام خمینی، ۱۳۷۲، ۲۷۵)؛ خرید، فروش و نگهداری مجسمه موجودات جاندار را جایز می‌دانند. همان‌طور که مرحوم نجفی در جواهر الکلام یکی از ادله برای جواز خرید و فروش و نگهداری (اقتناع) تصویر و مجسمه را عموماً و اطلاقات می‌داند و به اجماع فقهای شیعه نسبت می‌دهد (نجفی، ۱۳۶۲، ۴۴/۲۲).

ضمن اینکه امام خمینی حتی خرید و فروش بت را در صورتی که باعث ترویج بت‌پرستی و ابراز علاقه به آثار شرک و کفر نباشد و فقط برای حفظ عتیقه باشد، جایز می‌داند؛ چه اینکه دلایل تحریم شامل آن نمی‌شود (امام خمینی، ۱۴۱۵، المکاسب، ۱/۱۶۱)؛ بنابراین جواز حفظ این دسته از میراث فرهنگی غیراسلامی نیز از جهت شرعی جایز خواهد بود.

ثالثاً: همان‌طور که برخی از فقها تصریح کردند، هیچ ملازمه‌ای بین حرمت مجسمه‌سازی و وجوب نابود کردن آن وجود ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ۱۵۷؛ روحانی، ۱۴۱۲، ۲۴۰/۱۴) در حالی که حرمت مجسمه‌سازی، صرف نظر از این که اخص از مدعاست و همه انواع میراث ملموس غیراسلامی را در بر نمی‌گیرد و اختصاص به مجسمه‌های جانداران دارد، اساساً ناظر به ساخت آن‌هاست، نه نگهداری،

خرید و فروش و یا تعمیر آن‌ها؛ بنابراین حفظ مصادیق مذکور، مشمول ادله‌ای چون حرمت مجسمه‌سازی نمی‌شود.

شهرت مدائن به‌عنوان مصلاهی امیرالمؤمنین علیه السلام و حفظ تصاویر و گچ‌بری‌های آن و عدم وصول نهی ائمه اطهار علیهم السلام نسبت به آن (عزیزی، ۱۳۹۶، ۱۸۱)، به‌وضوح دلالت بر جواز حفظ مصادیق فراوانی از میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی مانند: مجسمه‌ها و نقوش برجسته دارد.

۲/۵. تبدیل موضوع حرمت

تغییر حکم شرعی در بسیاری از موارد، به سبب تغییر و دگرگونی موضوع آن است؛ زیرا نسبت هر حکمی به موضوعش شبیه نسبت معلول به علت خودش است؛ بنابراین تغییر موضوع، موجب تغییر حکم آن می‌گردد. به‌عنوان نمونه، صدق مالیت اموال به‌عنوان رکن اصلی صحت خرید و فروش، به‌حسب زمان‌ها و مکان‌ها متغیر است؛ زیرا ممکن است کوزه آب در کنار رودخانه مالیت نداشته باشد ولی در بیابان خشک، دارای ارزش و مالیت باشد، چنانکه مالیت یخ در زمستان و تابستان متفاوت است.

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

۸۳

همان‌طور که دگرگونی موضوعات عرفی، موجب تغییر حکم آنان می‌شود مانند حکم به عدم نجاست بخار و دود اشیای نجس، همچنین شرابی که تبدیل به سرکه شده است حتی در صورت شک در بقای نجاست این‌گونه موارد، استصحاب جاری نمی‌شود؛ زیرا با شک در بقای موضوع، استصحاب صحیح نیست حتی در صورتی که استصحاب در شبهات حکمیه مورد قبول باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، دائرةالمعارف، ۱/۴۷۱).

تغییر موضوعات نیز اقسام مختلفی دارد؛ زیرا گاهی تغییر اساسی در آن رخ می‌دهد و موجب تغییر در ماهیت آن می‌شود مانند استحاله و تبدیل آب نجس به بخار و گاهی فقط برخی از اوصاف ظاهری آن تغییر می‌کند مانند تبدیل شراب به سرکه و گاهی هیچ تغییری در ماهیت یا اوصاف ظاهری آن صورت نمی‌پذیرد بلکه برخی از ویژگی‌های اعتباری که موجب قوام آن موضوع است دچار تغییر می‌گردد

مانند خون در عصر حاضر که دارای منافع حلال بسیار گشته و مالیت پیدا کرده است. برای همین شارع مقدس در ضمن حفظ ارکان احکام اسلامی، برای حفظ جامعیت (نحل/۸۹؛ انعام/۳۸)، انعطاف‌پذیری آن‌ها را نیز در نظر گرفته («... فَأَمْرٌ وَمَا اخْتَارَ») (مکارم شیرازی، ۱۳۸۴، ۷۳۴/۱) و با توجه به دو عنصر زمان و مکان و تأثیر آن در تغییر و تبدل موضوع از جهت ذات یا صفت و بالتبع در تشخیص و استنباط احکام شرعی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، دائرةالمعارف، ۱/۲۶۹)، موجب شده تا نیازها و مسائل هر عصری را با در نظر گرفتن اوضاع و شرایط حاکم بر همان عصر، پاسخ دهد (امام خمینی، ۱۳۷۸، ۲۱/۲۸۸؛ اراکی، ۱۴۲۸، ۱۰۰ و ۱۱۰) که این مطلب مورد قبول فقهای امامیه است (اردبیلی، ۱۴۱۱، ۳/۴۳۶؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱/۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، دائرةالمعارف، ۱/۲۷۰). به‌عنوان نمونه، می‌توان به تغییر حکم و جواز خرید و فروش خون در عصر حاضر به خاطر دگرگون شدن روابط حاکم بر جامعه و تغییر برخی از صفات آن اشاره کرد.

برخی از مصادیق میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی نیز به خاطر اینکه موضوعات آن‌ها قابلیت تحول و تغییر را دارند و با تغییر موضوع، حکم شرعی آن‌ها نیز متغیر می‌شود، محکوم به حرمت نخواهند ماند. برای همین است که فقها از صدق اسامی و عناوین عام و مطلق بر موضوعات بهره‌گیری می‌نمایند؛ به‌گونه‌ای که قاعده «الاحکام تابعة للأسماء» مورد استناد مشهور فقها است (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۲/۱۳۶؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ۱/۲۰۶).

از این رو اکثر ادله‌ای که برای حرمت حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی بیان شد مانند حرمت حفظ کتب و آثار ضلال، بت‌پرستی، ترویج عقاید باطل، وهن حق، تعاون بر اثم و عدوان و مقدمه حرام به حکم تبدل موضوع، قابلیت تطبیق خود را بر اغلب مصادیق میراث فرهنگی غیراسلامی، از دست می‌دهند که در ادامه به ذکر برخی از مصادیق و عدم منع شرعی از حفظ آن‌ها پرداخته می‌شود.

به‌عنوان مثال برخی از کتب ضلال، در زمان حاضر قابلیت اضلال ندارند و لذا از حکم حرمت اضلال یا تعاون بر اثم و عدوان یا حرمت نشر باطل، خارج شده، حکم به حلیت و جواز حفظ آن‌ها می‌شود. مثال دیگر مصادیق متعددی از میراث

غیراسلامی مانند بت و مجسمه بودا (اراکي، ۱۴۲۸، ۱۰۰ و ۱۱۰)، معبد چغازنبیل و مجموعه بیستون است که اگرچه در زمان پیدایش تا مدت‌ها به‌عنوان معبود یا معبد مورد احترام بوده‌اند و به خاطر وهن حق و مانند آن جزو میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی محسوب می‌شدند اما با تغییر زمان و در عصر حاضر به خاطر از بین رفتن کاربرد و بُعد منفی آن‌ها در عرف مردم و به تبع آن عدم صدق عناوین ادله «حرمت وهن حق» و «اثم و عدوان» و مانند آن، دلایل مذکور صلاحیت اثبات حرمت حفظ آن‌ها را نخواهند داشت (اراکي، ۱۴۲۸، ۹۹).

همچنین فقیه با مطالعه طبیعت حاکم بر زمان صدور احادیث نهی از ترویج باطل درمی‌یابد که در زمان صدور نص، از آنجا که تصاویر، مجسمه‌ها و مانند آن مورد عبادت قرار می‌گرفتند، مورد نهی شدید و حکم حرمت در احادیث واقع شده‌اند اما از آنجایی که در عصر حاضر از مصادیق هنر محسوب می‌شوند و آثار فرهنگی و عقلایی بر آن‌ها مترتب است، مشمول حکم جواز می‌شوند (امام‌خمینی، ۱۴۱۵، مناہج، ۲۶۹/۱؛ صدر، ۱۴۰۶، ۳۸؛ اراکي، ۱۴۲۸، ۹۹).

از آنجا که اثبات و تطبیق دلیل حرمت مقدمه حرام نیز در رابطه با مصادیق مذکور دشوار است، حفظ مصادیق مذکور، مشمول ادله‌ای چون حرمت مقدمه حرام نمی‌شود؛ چرا که برخی از فقها به‌طور مطلق اعتقادی به حرمت مقدمه حرام ندارند (امام‌خمینی، ۱۴۱۵، مناہج، ۴۱۵/۱؛ سبحانی، بی‌تا، ۲۸۲/۱) و بعضی دیگر از آن‌ها حرمت مقدمه را مقید به قصدتوصل به حرام (نائینی، ۱۳۶۸، ۲۴۸/۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ۲۸۷/۲)، مقدمات تولیدی (خراسانی، بی‌تا، ۱۲۸) و یا وقوع ذی‌المقدمه بعد از مقدمه می‌دانند (عراقی، بی‌تا، ۳۵۶/۱).

ناگفته نماند که این مقاله درصدد توجیه حفظ تمام مصادیق مواردی فرهنگی غیراسلامی نیست بلکه حفظ میراث ملموسی که برآمده از فرهنگ بت‌پرستی بوده و تغییر زمان یا مکان، دلالت‌های فرهنگی آن را تغییر نداده است، جایز نخواهد بود. از این رو ممکن است حفظ و استفاده از نماد فروهر (در تخت جمشید و بیستون) که ترکیبی از دو نماد غیر آریایی چون گوی بالدار خورشیدی و بت مردوک است (زرین پوش، ۱۳۸۴، ۲۲) یا صلیب که نماد تثلیث است، به‌صورت گردنبد، نگین انگشتر،

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

۸۵

طرح روی فرش و مانند آن و نشر و تکثیر آن، جایز نباشد؛ چراکه در عصر حاضر هم خوف تبعیت و تأثیرپذیری از ریشه‌های عقیدتی و فرهنگی آن وجود دارد.

همچنین حفظ برخی از مصادیق میراث فرهنگی غیراسلامی غیرملموس (معنوی) که برآمده از فرهنگ شرك، اعتقادات باطل، خرافه‌گرایی و خرافه‌پرستی، وهن حق و تعاون بر اثم بوده و تغییر زمان یا مکان، دلالت‌های فرهنگی آن را تغییر نداده است، هم جایز نخواهد بود. از این رو برخی هنوز هم حفظ و ترویج سنت چهارشنبه‌سوری را نشر خرافاتی مانند جادوی زمین و نزول فروهرها و روان درگذشتگان بر زمین (پوردادوود، ۱۳۸۶، ۱۴) و منتهی به شرک (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷، ۸۴/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، استفتانات، ۱/۵۲۶)، مورد نکوهش شارح (خامنه‌ای، ۱۳۸۷؛ خامنه‌ای، ۱۳۸۵)، سنت سیئه و ظلم به فرهنگ مردم ایران (جوادی آملی، ۱۴۰۰، ۷۵۶)، شعار آتش‌پرستان و نشانه شرک و کفر (مطهری، ۱۳۸۹، ۳۸۷/۲۵ و ۱۴ و ۱۱۶ و ۲۹۶/۲۷) دانستند و به خاطر همین معتقد به عدم مشروعیت آن هستند.

۵/۳. قاعده ترجیح اهم در متزاحمین

یکی از مرجحات باب تزاحم ترجیح به اهمیت است و تمامی مسالک تزاحم در این جهت متفق هستند (شهیدی، ۱۳۹۶/۱۲/۲۶، درس خارج اصول). فقها در کتب فقهی و اصولی به این قاعده که به معنای تقدم حکم مهم‌تر در وقت تزاحم با حکم مهم است، استدلال کرده‌اند (نائینی، ۱۳۷۶، ۷۰۴). مثلاً در دوران امر بین تصرف در مال غیر یا نجات نفس محترم یا وقتی دو نفر در حال غرق شدن هستند و فقط قدرت بر نجات یکی از آنان باشد، در صورت وجود اهمیت در یکی از آنها مانند عالم بودن و مانند آن، فقط نسبت به نجات او تکلیف وجود دارد. در این صورت نجات نفس محترم و تصرف در ملک غیر لازم می‌شود و در مثال دیگر فقط نجات عالم واجب است و وجوب واجب دیگر، مقید به عدم اشتغال مکلف به واجب اهم است و وجوب ترتبی دارد (صدر، ۱۴۰۶، ۲/۲۱۵)؛ بنابراین مراد از «تزاحم بین اهم و مهم»، تدافع بین آنهاست؛ خواه این تدافع بین دو مصلحت یا دو مفسده یا یک مصلحت و یک مفسده واقع گردد که در نهایت حکم به لزوم ترجیح اهم بر مهم می‌شود (سنگ، ۱۳۹۰، ۳۳).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۸۶

فقها برای اثبات این قاعده به کتاب (بقره/۱۷۳؛ آل عمران/۱۰؛ نحل/۱۰۶؛ نساء/۱۴۸)، سنت (جواز دروغ و قسم دروغ در موارد خاص: صدوق، ۱۴۱۳، ۳/۳۶۷)، عقل (علیدوست، ۱۳۸۸، ۲۱؛ کاظمی خراسانی، بی تا، ۱/۳۳۵) و اجماع (مطهری، بی تا، ۲/۸۶) استدلال نموده‌اند (سترگ، ۱۳۹۰، ۳۳).

برخی از فقها معتقدند که قاعده اهمّ و مهم در کنار اضطرار، ضرر بر نفس، اضرار به غیر، عسر و حرج شدید جزو مهم‌ترین مصادیق عناوین ثانویه هستند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، دائرةالمعارف، ۱/۴۸۳-۴۸۱).

این قاعده کاربرد زیادی در حلّ مسائل مستحدثه دارد. مانند تراحم بین لزوم احداث خیابان‌ها (اهم) در عصر حاضر با تخریب خانه‌های مردم (مهم) که مشمول همین قاعده اهم و مهم می‌شود و لازم است به اهم عمل شود، گرچه باید اموال و املاک مسلمانان که از میان می‌رود، به‌طور عادلانه تدارک شود. همچنین در مواردی که امر دایر است بین حفظ حرمت اجساد و حفظ جان افراد زنده که متوقف بر تشریح اجساد مردگان است و واضح است که حفظ جان افراد زنده، مهم‌تر از حفظ حرمت اجساد مسلمانان است. در این جا نیز با استعانت از قاعده اهمّ و مهم مشکل حل می‌شود، گرچه لازم است به مقدار لازم اکتفا شود و از آن تعدی نشود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، دائرةالمعارف، ۱/۴۸۳ و ۴۸۱).

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

۸۷

لذا یکی از قواعدی که در حل مسائل مانند آنچه مقصود این پژوهش هست، کاربرد بسیاری دارد، همین قاعده ترجیح اهمّ است. به این صورت که در بحث حاضر، اکثر قریب به اتفاق ادله حرمت حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی با اثبات تفاوت یا تبدل موضوع، ابطال گردید (ذیل عنوان «تفاوت و تبدل موضوع») اما برفرض عدم ابطال برخی از ادله حرمت (مانند حرمت تشبه به کفار و ترویج سنن آنان)، در تراحم با ادله جواز و بلکه رجحان و حتی وجوب برخی از این آثار، به کنار خواهند رفت و ادله جواز، رجحان یا وجوب حفظ، مقدم خواهند شد؛ زیرا مطابق قاعده یادشده، در مواردی که رابطه بین دو حکم متراحم، اهم و مهم است، عمل به حکم اهم، لازم و متعین است.

تبیین این مطلب که رابطه بین ادله حرمت حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی و

جواز آن و حتی رجحان حفظ این آثار، تراحم است نه تعارض، به این صورت است که «تعارض» در اصطلاح به معنای تنافی دو دلیل در مقام جعل، به خاطر مدلول و معانی آن دو است به کیفیتی که یقین به صدق یکی و کذب دیگری حاصل شود (انصاری، ۱۳۷۷، ۱۱/۴)؛ یعنی در تعارض، تنافی بین جعلین وجود دارد برخلاف تراحم که در مقام جعل، مشکلی نیست و فقط تنافی بین مجعولین و در مقام فعلیت (تراحم فعلی) یا مقام امتثال (تراحم امتثالی) است؛ زیرا «تراحم» در اصطلاح به معنای جعل دو حکم مطلوب از نظر قانون گذار است که توجه حکم به مکلف یا اجرای آن توسط وی باهم قابل جمع نباشد (مظفر، ۱۳۸۴، ۳۷۳).

بنابراین ضابط تراحم این است که عناصر مفهومی احکام متراحم باهم مشکل و تعارضی ندارند و مثل رقبه با رقبه مؤمنه نیست که باهمدیگر مشکل دارند بلکه مثل صلوات و غضب است که جعل هرکدام از این دو باهم مشکلی ندارد و مشکل فقط در ناحیه عمل به حکم و عجز مکلف در مقام امتثال (تراحم امتثالی) است. صدر نیز تراحم ملاکی (تنافی دو ملاک موجود در یک موضوع، در مقام تشریح) را مطرح می کند (صدر، ۱۴۱۷، ۲۰۳/۴)؛ یعنی گاهی یک فعل دارای دو حیثیت است، از یک جهت مقتضی مصلحت و از جهت دیگر، مقتضی مفسده است و بین دو مقتضی، تنافی و تراحم پیش می آید. به عنوان نمونه شرب خمر چون دارای مفاسد متعدد است، مبعوض مولا هست و از طرف دیگر، به دلیل برخی منافع، دارای مصلحت و محبوبیت مولا هست و از آنجا که ملاک مبعوضیت (مفسده موجود در شرب خمر) غالب است، در تراحم بین این دو ملاک، جانب مفسده به سبب اهمیت بیشتر مقدم شده و از شرب خمر نهی شده است. بنابراین در تراحم ملاکی، مشکل در ضعف قدرت مکلف نیست بلکه مشکل در جعل شارع است و می توان گفت هیچ کدام از متراحمین به فعلیت نرسیده چون هر دو مقید به عدم ابتلای به دیگری است و بحث ترتب هم برای حل همین مشکل، آمده است؛ با این بیان که احکام مقید به عدم ابتلای به اهم یا مساوی است که یک قید عقلی است، وقتی ملاک یکی اهم بود دیگری اصلاً به فعلیت نمی رسد و در صورت عصیان اهم، نوبت به مهم می رسد.

بحث پیش‌رو نیز مشمول قواعد باب تزاحم است نه تعارض؛ زیرا مفاهیم ادله حرمت حفظ با ادله جواز حفظ باهم مشکلی ندارند بلکه مانع فقط در مقام فعلیت و امتثال پیش می‌آید؛ چراکه مشکلی بین جعل حرمت ترویج باطل و عبرت‌گیری از تاریخ که در مثل حفظ بدن فرعون یا تخت جمشید و مانند آن است وجود ندارد لکن در مقام توجه و تنجز دو حکم، تصادم و مزاحمت ایجاد می‌شود؛ بنابراین باید دید در مقام عمل، کدام‌یک از آن دو (مثلاً نشر باطل یا عبرت‌گیری) به خاطر اهمیت که مهم‌ترین قاعده رفع تزاحم است به فعلیت می‌رسد تا فقط به آن عمل شود.

علاوه بر ادله رجحان که خواهد آمد و در مجموع می‌توان اهمیت حکم و ملاک آن‌ها را بر حکم منع، اثبات کرد، ادله زیر نیز به‌طور خاص، می‌تواند این ترجیح را ثابت کند:

(۱) لزوم حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی در دوران معاصر، از جهت اقتصادی در صنعت گردشگری و جذب سرمایه (رضوانی، ۱۳۸۶، ۴۹)؛

(۲) لزوم حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی در دوران معاصر، از جهت علمی مانند کشف و اثبات بسیاری از وقایع تاریخی (حجت، ۱۳۸۰، ۷۳)؛

(۳) لزوم حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی در دوران معاصر، از جهت فرهنگی که نشان‌گر تمدن و سنت‌های فرهنگی است (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۴۷)؛

(۴) لزوم حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی در دوران معاصر، از جهت مذهبی ﴿فَكَأَيُّ مَن قَوِيَّةٍ أَهْلَكْنَاهَا... وَ قَصْرٍ مَّشِيدٍ﴾: حج/۴۵؛ ﴿كَمْ تَرَكُوا مِن جَنَّاتٍ وَعُيُونٍ...﴾: دخان/ ۲۸-۲۵؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۴۱/۲۱۳؛ از جمله: لزوم پندپذیری و عبرت‌گیری (عرفانیان مقبلی، ۱۳۹۵، ۱۴۶)، اثبات اعجاز قرآن (فتاحی، ۱۳۹۳، ۱۳۸)، اثبات فطری بودن آداب و رسوم ملی و مذهبی مانند حجاب که از اشکال حجاری شده بر ستون‌ها و دیواره‌های تخت جمشید قابل دریافت است (عرفانیان مقبلی، ۱۳۹۵، ۲۱).

جواز حفظ برخی از مصادیقی که به خاطر حرمت تشبه به کفار و ترویج سنن آنان مورد نهی قرار گرفته‌اند، به خاطر رعایت قاعده اهم و مهم اثبات می‌شود. از جمله این مصادیق می‌توان به آرامگاه کوروش به خاطر بهره‌برداری از شیوه

کلاسیک معماری یونان باستان (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۸۰)، تخت سلیمان (به خاطر ارتباط با آئین آتش و آب، افسانه‌ها و پرستشگاه زرتشتی) و کاخ گلستان به خاطر افزایش تأثیر معماری غربی (کیانی، ۱۳۹۱، ۳۰۵؛ نصراللهی، ۱۳۹۵، ۲۸۷؛ توحیدی، ۱۳۸۵، ۲۸۲) اشاره کرد.

۶. ادله جواز یا لزوم حفظ میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی

از برخی ادله خاص چنین برمی آید که حفظ میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی، مورد اهتمام و جزو مبانی دین اسلام است (عزیزی، ۱۳۹۶، ۱۸۱). از جمله آیات (حج/۴۵؛ عنکبوت/۳۸؛ هود/۱۰۰؛ ذاریات/۳۷؛ فجر/۱۳-۷؛ احقاف/۲۵؛ نمل/۵۲؛ یونس/۹۲؛ کهف/۱۹) و روایات (ابن اثیر، ۱۳۸۵، ۱/۹۳؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۴۱/۲۱۳؛ نوری، ۱۴۰۸، ۳/۴۸۴؛ قمی، ۱۳۶۳، ۷۱) آمده به عبرت که این مطلب را گوشزد می کند.

علاوه بر این، فقها معتقدند که عموماً و اطلاقات که زیر مجموعه ادله اجتهادی (امارات) شمرده می شوند، تأثیر بسزایی در استنباط حکم مسائل مستحدثه دارند (طوسی، ۱۴۲۰، ۵/۵۴۵؛ حلی، بی تا، ۲/۱۸۲). همان طور که برخی گفته اند: «اخذ حکم مسئله از عموماً، یکی از موارد اعمال اجتهاد است» (حلی، ۱۴۱۱، ۲/۴۳۳). به عنوان نمونه، فقها برای استنباط حکم عقود و معاملات متعدد مانند بیمه و انواع شرکت‌ها در عصر حاضر از عموماًتی مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده/۱) و غیر آن استفاده نموده اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، دائرة المعارف، ۲/۸۳).

در ادامه دلایل، به عموماً و مطلقاتی که دلیل بر جواز و حتی رجحان حفظ و نگهداری این میراث می شود، اشاره شده است. از جمله این دلایل می توان به اطلاقات حرمت اسراف و لزوم حفظ انفال و عموم لاضرر و لاضرار، استناد نمود.

۶/۱. اوامر عبرت‌اندوزی

عبرت‌گیری یکی از اهداف مورد اهتمام شارع است. قرآن، میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی را نیز به عنوان سند محکمی بر سرنوشت پیشینیان، مورد اهمیت قرار داده است. به عنوان نمونه، خداوند در آیه ۴۵ سوره حج پس از ذکر عاقبت قوم نوح، عاد، ثمود، ابراهیم و لوط می فرماید: «چه بسیار شهرها و آبادی‌هایی که آن‌ها را

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۹۰

نابود و هلاک کردیم... و چه بسیار قصرهای محکم و مرتفع!» (حج / ۴۵). قطعاً مراد از قصرهای باقی مانده از آن‌ها با توجه به اسراف و تجمل گرایی منهی عنه در اسلام، داخل در میراث فرهنگی غیراسلامی است. پروردگار متعال در آیات متعدد دیگری از مردم خواسته تا در زمین سیر کنند و با توجه و مشاهده آثار باقی مانده (قصرها و خرابه‌های اقوامی که دچار عذاب شدند) از پیشینیان اندیشه [کنند] و از سرگذشتشان پند و عبرت بگیرند (عنکبوت / ۳۸؛ هود / ۱۰۰؛ ذاریات / ۳۷؛ فجر / ۱۳-۷؛ احقاف / ۲۵؛ نمل / ۵۲). بدن فرعون (یونس / ۹۲) و سکه‌های اصحاب کهف (کهف / ۱۹) نیز جزو این موارد است.

از آنجایی که دعوت خداوند برای سیر در زمین و مشاهده عاقبت اقوام گذشته متوقف بر حفظ این آثار است، قول به مشروعیت حفظ بلکه رجحان حفظ آن‌ها بسیار خردمندانه خواهد بود (فتاحی، ۱۳۹۳، ۱۲۴).

کسانی که این گونه آثار را نابود می‌کنند و بدین وسیله زمینه هدایت و عبرت گیری را از بین می‌برند نیز مورد مذمت قرآن قرار می‌گیرند (نوروزی و عبودی، ۱۳۹۵، ۵۱). احادیثی نیز در مورد لزوم عبرت گیری از گذشتگان وجود دارد. مانند این جمله از امیرالمؤمنین علیه السلام که فرمودند: «و از آثار گذشتگان برایتان عبرت‌ها ذخیره کرده است» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۴، ۱۵۵/۱).

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

۲/۶. تقریر عملی معصوم علیه السلام

الف) دیدار پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از وادی هجر، سرزمین قوم ثمود و سرزمین قوم صالح که به خاطر وهن حق، کفر و شرک آن‌ها جزو میراث فرهنگی غیراسلامی محسوب می‌شود و تشویق مسلمانان به چنین سیر و سیاحتی در کتب اسلامی نقل شده است (ابن اثیر، ۱۳۸۵، ۱/۹۳).

ب) وجود این سیره در رفتار امیرالمؤمنین علیه السلام به هنگام دیدار از ایوان کسری و عدم تخریب آن نیز دیده می‌شود (مجلسی، ۱۴۰۳، ۴۱/۲۱۳). ایشان با دیدن ایوان کسری گریستند و این آیه را تلاوت فرمودند: «این خانه‌های آن‌هاست که به خاطر ظلم و ستمشان خالی مانده و در این نشانه روشنی است برای کسانی که آگاهند!» (نمل

۵۲/). از عمار ساباطی نیز روایت شده که امیرالمؤمنین علیه السلام به همراه دُلف بن مجیر وارد ایوان کسری در مدائن شدند و در آنجا نماز خواندند و طوری از احوال کسری و کاخ او خبر دادند که دلف گفت: شما چنان به این مکان‌ها آگاهی دارید که گویا شما این چیزها را در این مکان‌ها نهاده‌اید! (نوری، ۱۴۰۸، ۳/۴۸۴: قمی، ۱۳۶۳، ۷۱).
 در صدر اسلام اینگونه برخورد با میراث برجای مانده از پیشینیان با توجه به رفتار و سیره عملی پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله به خوبی پذیرفته شده بود تا جایی که سعد بن ابی وقاص که قبل از امیرالمؤمنین علیه السلام در سال ۱۶ ق به‌عنوان فرمانده اسلام به همراه سلمان فارسی به کاخ مدائن وارد شد، در ایوان خسرو نماز جمعه خواند و متعرض نقش‌های برجسته جانداران بر دیوارهای کاخ نشد (طبری، ۱۹۷۶، ۴/۱۵: ابن‌اثیر، ۱۴۱۵، ۲/۵۱۲).

همچنین امیرالمؤمنین علیه السلام پس از نبرد نهروان به سرزمین بابل آمد و سپاهیان را نسبت به سرگذشت ساکنان گذشته آن آگاه کرد و عاقبت گناه و فساد را به‌صورت عینی به آنان نشان داد. جویره بن مسهر می‌گوید: امام در سرزمین بابل از مرکب فرود آمد و گفت: ای مردم این سرزمین نفرین شده و سه بار در گذشته ویران شده است و یکی از شهرهای زیرورو شده در قرآن، همین سرزمین است (توبه/۷۰). بر پیامبر و وصی او سزاوار نیست در سرزمینی که بت پرستیده شده نماز گزارد. پس حضرت از آنجا حرکت نمودند و در مکان دیگری نماز خواندند (مجلسی، ۱۴۰۳، ۴۱/۱۷۸) که به‌روشنی بر جواز حفظ موارث فرهنگی غیراسلامی ملموس دلالت دارد (نوری، ۱۳۶۸، ۳/۴۸۴).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۹۲

۳/۶. وجوب حفظ انفال

انفال در اصطلاح، اموالی است که در اختیار رسول اکرم صلی الله علیه و آله و ائمه اطهار علیهم السلام است (همدانی، ۱۴۱۷، ۱۴/۲۳۸: عاملی، ۱۴۱۳، ۱/۴۷۳). واژه «امام» در احادیث امامیه افزون بر امام معصوم علیه السلام، در معانی دیگری نیز مانند امام جمعه و جماعت، حاکم، حاکم شرع و مانند آن به کار رفته است (فتاحی، ۱۳۹۳، ۲۴۱)؛ بنابراین دلیلی بر این که مراد از امام در احادیث باب انفال، فقط امام معصوم علیه السلام باشد، وجود ندارد (منتظری،

۱۴۱۵، ۴/ ۸۹؛ پس با استناد به تناسب حکم و موضوع و نیز با توجه به بنای عقلا در عدم اعتبار مالکیت موضوع انفال برای اشخاص، منظور از امام در این احادیث، حاکم جامعه یا نهادی است که اداره جامعه بر عهده اوست (فتاحی، ۱۳۹۳، ۲۴۵).

در هر کدام از احادیث امامیه به برخی از مصادیق انفال (زمین‌های موات و متروکه، کوه‌ها و غنایم برگزیده جنگی و مانند آن) اشاره شده است که گاهی با مصادیق مذکور در احادیث دیگر متفاوت هستند، وجود این تشبیه در متون تشریحی، با تحدید و انحصار موضوع انفال در مصادیق مذکور سازگار نیست (فتاحی، ۱۳۹۳، ۲۵۲؛ منتظری، ۱۴۱۵، ۴/ ۳۰). مناسب حکم و موضوع اقتضا می‌کند که موارد مذکور از باب نمونه و مثال‌های عصر صدور احادیث و نه از باب انحصار باشند؛ بنابراین الغای خصوصیت از مصادیق مذکور و تعمیم آن‌ها به موارد دیگر امکان دارد (امام‌خیمینی، ۱۴۱۸، ۴۱/۳)، همان‌طور که برخی از فقها معتقدند انفال برای تأمین مصالح اجتماع و منافع عامه در اختیار حاکم جامعه قرار گرفته است و منافع عامه، گستره وسیعی دارد و در هر عصر و دوره، بر اساس مقتضیات زمان و مکان، موضوعات و موارد جدیدی لازم است که تحت مدیریت کلان حکومتی، سرپرستی شود (صدر، ۱۴۲۵، ۴۳۵؛ منتظری، ۱۴۱۵، ۴/ ۳۰). به‌عنوان نمونه در عصر حاضر می‌توان به مصادیق متعددی از میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی همچون برخی از گنج‌ها (منتظری، ۱۳۶۷، ۱۳۲/۶؛ فتاحی، ۱۳۹۳، ۱۱۸)، خرابه‌های متروک (موسوی همدانی، ۱۳۷۴، ۸/۹) مانند معبد چغازنبیل، تخت جمشید، پاسارگاد، تخت سلیمان و محوطه بیستون، اشیای برگزیده و برجسته غنایم (ریتون‌های طلایی هخامنشیان) اشاره کرد که شرعاً متعلق به امام جامعه هستند و این عنوان، نقش مهمی در حفاظت از این آثار دارد (حجت، ۱۳۸۰، ۱۳۵). برخی از محققین نیز معتقدند که بخش زیادی از آثار تاریخی - فرهنگی، در حوزه انفال است (فتاحی، ۱۳۹۳، ۲۴۵).

بنابراین وظیفه حکومت است که تحت عنوان انفال برای حفظ و ترویج این آثار برنامه‌ریزی نماید. در همین راستا در اصل ۸۳ قانون اساسی این‌گونه آمده است: «بناها و اموال دولتی که از نفایس ملی باشد، قابل انتقال به غیر نیست مگر با تصویب مجلس شورای اسلامی، آن‌هم در صورتی که از نفایس منحصر به فرد نباشد».

۶/۴. اطلاعات و عمومات حرمت اسراف

روشن است که اسراف در شریعت اسلام حرام و مورد نکوهش است. خداوند متعال می‌فرماید: «اسراف نکنید که خداوند مسرفان را دوست نمی‌دارد» (اعراف/ ۳۱) و برای مرتکبین آن نیز به صراحت وعده عذاب داده است: «همانا اسراف‌کاران اهل دوزخ‌اند» (غافر/ ۴۳).

اسراف در احادیث نیز مورد نکوهش قرار گرفته است. در حدیث شرائع الدین که گناهان کبیره فهرست شده، اسراف جزو گناهان کبیره محسوب شده است (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۱۵/ ۳۳۱) و مستوجب غضب خداوند شمرده شده است (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۲۱/ ۵۵۵)، عقل و سیره عقلا نیز دلالت بر نکوهش اسراف دارند.

فقها برای کشف حکم شرعی در موارد متعددی به عمومات حرمت اسراف استدلال نموده‌اند. مثلاً ابن‌ادریس با تمسک به عمومات حرمت اسراف، حکم به کارگیری طلا و نقره در برخی موارد غیر منصوص که از مسائل مستحدثه محسوب می‌شود را استنباط کرده است (حلی، ۱۴۱۰، ۱/ ۴۴۰).

در دوران معاصر با توجه به ارزش بالا و اهمیت میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی برای جامعه از جهت اقتصادی در صنعت گردشگری و جذب سرمایه (رضوانی، ۱۳۸۶، ۴۹)، از نظر علمی در کشف و اثبات بسیاری از وقایع تاریخی (حجت، ۱۳۸۰، ۷۳)، از منظر فرهنگی در کشف تمدن و سنت‌های فرهنگی (نصراللهی، ۱۳۹۵، ۱۴۷)، از نگاه مذهبی به خاطر پندپذیری و عبرت‌گیری (عرفانیان مقبلی، ۱۳۹۵، ۱۴۶) و نیز اثبات اعجاز قرآن (فتاحی، ۱۳۹۳، ۱۳۸) و اثبات فطری بودن آداب و رسوم ملی و مذهبی (عرفانیان مقبلی، ۱۳۹۵، ۲۱)، عدم برنامه‌ریزی برای حفظ و یا تخریب و تغییر آن به صورتی که از ارزش آن کاسته شود، مشمول ادله حرمت اسراف می‌گردد.

۶/۵. تأمین مصالح عامه و نیاز جامعه

حدیثی از حضرت زهرا علیها السلام رسیده است که ایشان می‌فرمایند: «فَرَضَ اللَّهُ... الْأَمْرَ بِالْمَعْرُوفِ مَصْلَحَةً لِلْعَامَّةِ» (مجلسی، ۱۴۰۳، ۶/ ۱۰۷). از این روایت معلوم می‌شود

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۹۴

اموری که دارای مصلحت عمومی هستند، افزون بر مشروعیت و جواز، در صورتی که مصلحت مهمی در ضمن آنها باشد، حفظ و برنامه‌ریزی برای ترویج آنها راجح بلکه واجب خواهد بود.

با توجه به اهمیت میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی در دوران معاصر برای جامعه از جهات متعدد که در ادله حرمت اسراف بیان شد، افزون بر جواز، اعتقاد به رجحان و حتی وجوب حفظ این میراث ارزشمند، بسیار خردمندانه خواهد بود. استدلال به مصالح عامه راهی برای کشف حکم شرعی در موارد متعددی است، همان‌طور که برخی از محققین آیه ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَنْطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ (انفال / ۶۰) را نیز بر میراث فرهنگی تطبیق نموده‌اند؛ به خاطر اینکه حفظ و ترویج آنها افزون بر فواید مذکور، موجب تقویت پایه‌های دفاعی کشور در مقابل هجوم مادی و معنوی دشمنان خواهد شد (فتاحی، ۱۳۹۳، ۱۳۶).

یکی از نیازهای مهم بشری که در عصر حاضر اهمیت بسزایی یافته، علوم و فعالیت‌های مرتبط با میراث فرهنگی از قبیل مطالعات بوم‌شناسی، مردم‌شناسی و ... است. مطالعات و فعالیت‌های مذکور نیز با توجه به ابطال ادله حرمت حفظ موارد میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی و اثبات جواز و حتی رجحان حفظ آنها، وجوب کفائی خواهند داشت و لازمه پرداختن به این علوم و فعالیت‌های مرتبط با میراث فرهنگی غیراسلامی، جواز شرعی حفظ و ترویج آنها خواهد بود که در این فرآیند قرار دارند. این مهم از تأکیدات فراوان در احادیث متعدد مرتبط با رفع نیازها و حوائج مسلمانان، قابل برداشت است. مانند: «مَنْ أَصْبَحَ لَا يَهْتَمُّ بِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ» (مجلسی، ۱۴۰۳، ۷۱ / ۳۳۷).

۶/۶. عموم لاضرر

فقه‌ها برای اثبات این قاعده که از مشهورترین قواعد فقهی است و مستند بسیاری از مسائل فقهی واقع شده است و طبق آن هرگونه ضرر در اسلام نفی شده و مشروعیت ندارد، به روایات مختلف (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۱۸ / ۳۲؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۲ / ۲۷۶)؛ «لا ضرر ولا ضرار» و بنای عقلاء (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱ / ۱۵۱)، استدلال نموده‌اند.

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

۹۵

با توجه به اهمیت بسیار والای میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی در دوران معاصر برای جامعه که در ذیل قاعده ترجیح اهم در متزاحمین تبیین شد و با توجه به اینکه تخریب و یا عدم توجه کافی به آن‌ها موجب ایجاد ضررهای غیرقابل جبران به منافع جامعه و ملت‌هاست، طبق این قاعده، جواز شرعی حفظ و بلکه رجحان حفظ این میراث ارزشمند اثبات می‌شود.

۶/۷. حکم حکومتی

اغلب فقهای امامیه معتقدند که احکام اسلامی به دو بخش تقسیم می‌شوند؛ یکی احکام الهی که در پاسخ به نیازهای تغییرناپذیر زندگی بشر جعل گردیده‌اند و دیگری احکام ولایی که برای پاسخگویی به جنبه‌های متغیر زندگی اجتماعی صادر می‌شود. البته برخی حق وضع احکام ولایی را صرفاً برای اجرای احکام اولیه و ثانویه می‌دانند و غیر این موارد را محدود به مباحث غیراقتضایی می‌دانند و قسم اخیر را «منطقه الفراغ» نام نهاده‌اند (طباطبایی، ۱۴۲۵، ۷۲۵) اما برخی از فقها معتقدند احکام حکومتی از احکام اولیه است (امام‌خمینی، ۱۳۷۸، ۲۰ / ۴۵۷) و احکام ثانویه ربطی به اعمال ولایت فقیه ندارد (امام‌خمینی، ۱۳۷۸، ۱۷ / ۳۲۰) و الزام حکومت اسلامی به ظواهر نصوص و احکام بدون لحاظ زمان، مکان و اوضاع ویژه جامعه را مستلزم از بین رفتن تمدن جدید دانسته‌اند (امام‌خمینی، ۱۳۷۸، ۲۱ / ۱۴۹). اغلب فقهای معاصر حداقل از باب جلوگیری از اخلال در نظم و امنیت عمومی همین مبنا را پذیرفته‌اند (تبریزی، ۱۳۹۹، ۳ / ۳۸).

با توجه به ابطال ادله حرمت حفظ میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی و اثبات جواز و بلکه رجحان حفظ آن‌ها، یکی از وظائف حکومت اسلامی این است که برای حفظ و ترویج این آثار برنامه‌ریزی نماید. مانند صدور اعلامیه در همان ساعات ابتدایی پیروزی انقلاب اسلامی ایران مبنی بر عدم جواز تخریب کاخ‌ها و اشیاء ارزشمند موجود در آن‌ها توسط آیت‌الله طالقانی (فتاحی، ۱۳۹۳، ۱۰۶) و وضع قوانین حمایت از این آثار از همان اوایل انقلاب که امور میراث فرهنگی زیر نظر وزارت ارشاد انجام می‌گرفت و در طول این سالیان همواره سیر تکاملی داشته است. تا

این که در سال ۱۳۹۸ش به عنوان وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی، معرفی شد. همچنین حاکم اسلامی وظیفه دارد که برای حفظ و ترویج این آثار، از بیت‌المال هزینه نماید؛ زیرا طبق فتوای فقها و نیز با توجه به احادیث، این اموال در اختیار حکومت اسلامی است (منتظری، ۱۳۶۷، ۱/۲۰۱). همان‌طور که در تاریخ اسلام، همواره شاهد تعیین افرادی برای انجام این امور از سوی حاکم اسلامی هستیم (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، دائرةالمعارف، ۱/۵۳۶).

در خصوص لزوم هزینه کردن برای این آثار در قوانین کشور نیز در بند (ح) ماده ۸۳ مربوط به فصل ۱۷ میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی از لایحه برنامه هفتم توسعه، این گونه آمده است:

«وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی مکلف است، کل درآمد اختصاصی و کمک‌های مردمی از اماکن و محوطه‌های تاریخی و موزه‌ها را به حسابی که نزد خزانه‌داری کل کشور افتتاح می‌گردد، واریز نماید. صد درصد (۱۰۰٪) وجوه حاصله در اختیار وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی قرار می‌گیرد تا با رعایت بند (د) ماده (۲۸) قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت برای اداره، توسعه و مرمت این اماکن هزینه شود» (سایت دولت: <https://dolatir/detail/414144>).

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

نتیجه‌گیری

حکم حفظ و نگهداری میراث فرهنگی ملموس غیراسلامی مانند همه فروع و مستحدثات فقهی، نیازمند تأسیس اصل اولیه است و در این مسئله با وجود شبهه موضوعیه و شک در بقاء حکم حرمت، اصل اباحه و حلیت حکم فرماست. به‌علاوه به خاطر فاصله زمانی بسیار و تبدل قهری وضعیت اشیاء منقول و غیرمنقول و خصائص آن‌ها و شبهه عدم بقای تمام موضوع، استصحاب حرمت قابل جریان تشخیص داده نشد.

آنچه مانعین به عنوان دلیل مطرح کرده‌اند، علاوه بر اشکالات اختصاصی، با نقدهایی مشترک مواجه است: برخی از این ادله (مانند دلیل حرمت ساخت مجسمه)

به خاطر تفاوت موضوع حرمت با میراث فرهنگی مورد نظر، برخی از آن‌ها (مانند دلیل حرمت حفظ کتب و آثار ضلال، بت پرستی، ترویج عقاید باطل، وهن حق، تعاون بر اثم و عدوان و مقدمه حرام) به سبب تبدیل موضوع آن‌ها در عصر حاضر و عدم صدق عناوین مذکور نسبت به آن‌ها، قابل تمسک نیست. مابقی ادله (مانند حرمت تشبه به کفار و ترویج سنن آنان) نیز با ترجیح حکم فعلی اهم، قابل اعتنا نیست.

افزون بر اصل اولیه و عمومات اباحه، عمومات و اطلاعات ادله مختلف، جواز حفظ و بلکه رجحان و حتی وجوب حفظ میراث فرهنگی غیراسلامی از تلف و نابودی را ثابت کرد.

از این رو با توجه به ادله مذکوره در باب مسئولیت‌های حکومت اسلامی، لزوم وضع قوانین و پرداخت هزینه‌ها در رابطه با حفظ و ترویج این آثار توسط حاکمیت، اثبات گردید.

منابع

- قرآن کریم (ترجمه: مکارم شیرازی، ناصر).
- نهج البلاغه حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام، (مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۴، نهج البلاغه با ترجمه فارسی روان، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام).
- ۱. آزادی، وحید، شاطری، میترا، و ساریخانی مجید. (۱۳۹۵). تحلیل و گونه شناسی ریتون هخامنشی موزه ایران باستان. اولین کنگره بین المللی معماری هدف. (شماره ۲۲ و ۲۳ آذرماه)، ۳۹۹-۴۰۱.
- ۲. آذری قمی، احمد. (۱۳۷۲). تحقیق الاصول المفیده فی اصول الفقه. قم: دارالعلم.
- ۳. ابوذری، محمد، تهرانی مقدم، احمد، و شریف‌زاده، سید عبدالمجید. (۱۳۷۸). آشنایی با میراث هنری و فرهنگی ایران. تهران: سازمان پژوهش و برنامه‌ریزی آموزشی، شرکت چاپ و نشر کتاب‌های درسی ایران.
- ۴. ابن اثیر، ابوالحسن علی بن ابی‌الکرم محمد بن عبدالکریم شیبانی. (۱۳۸۵ق). الکامل فی التاریخ. بیروت: دار صادر.
- ۵. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی. (۱۴۰۴ق). تحف العقول عن آل الرسول صلی الله علیه و آله. تصحیح و

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۹۸

- تعلیق: علی اکبر غفاری، چاپ دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین.
۶. اراکی، محسن. (۱۴۲۸ق). «التراث الثقافي في فقه الاسلامی. مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)» (عربی)، (شماره ۴۶)، ۷۹-۱۱۵.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۱ق). مجمع الفائدة و البرهان. قم: جامعه مدرسین.
۸. انصاری، مرتضی. (۱۳۷۷). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۹. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۲ق). کتاب المکاسب. چاپ پنجم، قم: انتشارات شریعت (کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری).
۱۰. بجنوردی، سید محمدحسن. (۱۳۷۷). القواعد الفقهية. مصطلحات و مفردات فقهية، تحقیق: مهدی مهریزی، محمدحسین درایتی، قم: نشر الهادی.
۱۱. بحرانی، محمد صنفور علی. (۱۴۲۶ق). المعجم الأصولی. چاپ دوم، منشورات نقش، مطبعه عترت.
۱۲. تبریزی، جواد. (۱۳۹۹ق). ارشاد الطالب. اشراف: خوانساری، محمدکاظم، قم: مطبعه مهر.
۱۳. تسلیمی، نصرالله، مژگان اصلانی و محسن حسن پور و بشری گلبخش و معصومه مرادیپور و زهره نهاردانی. (۱۳۹۳-۱۳۹۴). آشنایی با میراث هنری و فرهنگی ایران. دوره پیش‌دانشگاهی، رشته هنر، شماره درس ۱۴۲۶، تهران: شرکت چاپ و نشر کتاب‌های درسی ایران.
۱۴. توحیدی، فائق. (۱۳۸۸). آشنایی با میراث فرهنگی (آموزش عمومی). تهران: سبحان نور.
۱۵. توحیدی، فائق. (۱۳۸۵). مبانی هنرهای فلزکاری، نگارگری، سفال‌گری، بافته‌ها و منسوجات، معماری و خط و کتابت. تهران: سمیرا.
۱۶. جناتی، محمدابراهیم. (۱۳۷۵). «هنر و زیبایی از نگاه مبانی فقه اجتهادی». کیهان اندیشه، (شماره ۶۶)، صص ۲۵-۱۰.
۱۷. جوادی آملی، عبدالله، درس خارج فقه، (۱۳۹۵). سرویس حقوق پایگاه تخصصی فقه حکومتی و مسائل، شنبه ۱۶ بهمن ماه ۱۳۹۵، شصت و یکمین جلسه درس خارج فقه در مسجد اعظم قم.
۱۸. جوادی آملی، عبدالله. (۱۴۰۰). مفاتیح الحیاة. مرکز نشر اسراء، قم.
۱۹. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷ق). الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیة. تحقیق: احمد عبد الغفور عطار، چاپ چهارم، بیروت: دارالعلم للملایین.
۲۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. تصحیح

و تحقیق محمدرضا حسینی جلالی، ۳۰ جلدی، چاپ سوم، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت علیه السلام لاحیاء التراث.

۲۱. حلی، ابن ادریس. (۱۴۱۰ق). **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**. چاپ سوم، قم: جامعه مدرسین.

۲۲. حلی، ابن فهد. (۱۴۱۱ق). **مهذب البارع**. قم: جامعه مدرسین.

۲۳. حلی، حسن بن یوسف. (بی تا)، **تذکرة الفقهاء**. (طبع حجری). قم: منشورات مکتبه مرتضویة.

۲۴. حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۰۷ق). **کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد**. قم: چاپ حسن حسن‌زاده آملی.

۲۵. حجت، مهدی. (۱۳۸۰). **میراث فرهنگی در ایران، سیاست‌ها برای یک کشور اسلامی**. تهران: سازمان میراث فرهنگی کشور (پژوهشگاه).

۲۶. خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۸۷). «**بیانات در دیدار زائرین و مجاورین حرم مطهر رضوی**». پایگاه اطلاع‌رسانی حضرت آیت‌الله‌العظمی خامنه‌ای، ۱ فروردین ۱۳۷۸.

۲۷. خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۸۵). «**بیانات در دیدار جمعی از کارگردانان سینما و تلویزیون**». پایگاه اطلاع‌رسانی حضرت آیت‌الله‌العظمی خامنه‌ای، ۲۳ خرداد ۱۳۸۵.

۲۸. خراسانی، محمدکاظم (آخوند خراسانی). (بی تا). **کفایة الاصول**. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت علیه السلام لاحیاء التراث.

۲۹. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۱۵ق). **المکاسب المحرمة**. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام امام خمینی رحمته الله علیه.

۳۰. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۱). **توضیح المسائل (امام خمینی)**. چاپ چهارم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

۳۱. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۸). **صحیفه امام (مجموعه آثار امام خمینی)**. چاپ سوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

۳۲. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۱۵ق). **مناهج الوصول إلى علم الأصول**. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.

۳۳. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۹). **کتاب الیبع**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام امام خمینی رحمته الله علیه.

۳۴. رضوانی، علی اصغر. (۱۳۸۶). **جغرافیا و صنعت توریسم**. چاپ هفتم، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۰۰

۳۵. روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق. قم، مدرسه امام صادق علیه السلام.
۳۶. زرین پوش، فرزانه. (۱۳۸۴). «فروهر نگاره بالدار زرتشتیان». مجله رشد آموزش، (شماره ۲۰)، صص ۲۶-۲۱.
۳۷. سبحانی، جعفر. (بی تا). تهذیب الاصول. تقریر بحث السید روح الله الامام خمینی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۸. سترگ، طیه. (۱۳۹۰). مبانی فقهی قاعده اهم و مهم. فصلنامه علمی تخصصی محفل، شماره چهارم.
۳۹. سرفراز، علی اکبر، بهمن فیروزمندی و حسین محسنی و محمدجعفر سروقدی. (۱۳۸۶). باستان شناسی و هنر دوران تاریخی ماد، هخامنشی، اشکانی، ساسانی. تهران: مارلیک.
۴۰. شهیدی، محمدتقی. (۱۳۹۶). دروس خارج اصول. ۲۶ اسفند ۱۳۹۶.
۴۱. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۲۵ق)، اقتصادنا. تحقیق: مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ دوم، قم: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی.
۴۲. صدر، سید محمد باقر. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول. چاپ دوم، قم: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیة.
۴۳. صدر، سید محمد باقر. (۱۴۰۶ق). دروس فی علم الاصول. چاپ دوم، بیروت: دار الکتب اللبنانی / مکتبة المدرسة.
۴۴. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه. تصحیح: علی اکبر غفاری، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۵. صمدی رندی، یونس، (۱۳۸۲). میراث فرهنگی در حقوق داخلی و بین المللی. تهران: سازمان میراث فرهنگی.
۴۶. طباطبایی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت.
۴۷. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۳۷۸). حاشیه المکاسب. تهران: دارالمعارف الاسلامیه.
۴۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). الاقتصاد البهادی الی طریق الزّشاد. تهران: مکتبة چهل ستون العامة و مدرستها.
۴۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۶۵)، تهذیب الاحکام. تحقیق سید حسن خراسان، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۵۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۲۰ق). الخلاف. چاپ دوم، قم: جامعه مدرسین.
۵۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی.

۵۲. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). **مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام**. قم: موسسه المعارف الاسلاميه.
۵۳. عراقی، ضیاء‌الدین. (بی‌تا). **نهایة الافکار**. قم: مؤسسه النشر الاسلامی (التابعة) لجماعة المدرسين.
۵۴. عرفانیان مقبلی، مجتبی. (۱۳۹۵). **فقه آثار باستانی**. پایان‌نامه سطح سه حوزة علمیة خراسان، استاد راهنما: مجتبی الهی خراسانی، مشاور: رضا دانشور ثانی.
۵۵. عزیزی، حسین. (۱۳۹۶). «**مبانی فقهی لزوم صیانت از آثار تاریخی**». پژوهش‌های تاریخی. (شماره پیاپی ۳۴)، صص ۲۰۰-۱۸۱.
۵۶. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۸). **فقه و مصلحت**. قم: فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۵۷. فاضل تونی، عبدالله بن محمد. (۱۴۱۲ق). **الوافیه فی اصول الفقه**. تحقیق: السيد محمد حسین الرضوی کشمیری، قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۵۸. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۵). **تفصیل الشریعه (المکاسب المحرمه)**. قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام.
۵۹. فتاحی، سید محسن. (۱۳۹۳). **میراث فرهنگی بررسی فقهی - حقوقی**. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶۰. قمی، شاذان بن جبرئیل. (۱۳۶۳). **الفضائل**. چاپ دوم، قم: انتشارات رضی.
۶۱. کاظمی خراسانی، محمدعلی. (بی‌تا). **فوائد الاصول**. قم: موسسه نشر اسلامی.
۶۲. کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). **جامع المقاصد**. چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم‌السلام.
۶۳. کیانی، محمد یوسف. (۱۳۷۴). **تاریخ هنر معماری ایران در دوره اسلامی**. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۶۴. کیانی، محمد یوسف. (۱۳۹۱). **معماری ایران (دوره اسلامی)**. چاپ دهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.
۶۵. گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی. (۱۴۱۳ق). **إرشاد السائل (للکلیبگانی)**. چاپ دوم، بیروت: دارالصفوة.
۶۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). **قواعد فقه**. چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۶۷. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. (۱۴۰۳ق). **بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار علیهم‌السلام**. تصحیح: محمد مهدی سید حسن موسوی خراسان، سید ابراهیم میانجی، محمد باقر بهبودی، چاپ سوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۰۲

۶۸. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. تصحیح: رجائی، مهدی، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۶۹. مختاریان، علی. (۱۳۹۴). آسیب شناسی و مرمت بناهای تاریخی. تهران، پارسیا.
۷۰. مشکینی، علی. (۱۳۷۱). اصطلاحات الاصول. چاپ پنجم، قم: نشر الهادی.
۷۱. مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۴). اصول فقه. ترجمه محسن غرویان و علی شیروانی، چاپ سوم، قم: دارالفکر.
۷۲. مطهری، مرتضی. (بی تا). دوره کامل آشنایی با علوم اسلامی. تهران: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۳. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتاءات جدید. چاپ دوم، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۷۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۹۰)، داستان یاران. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۷۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). دائرة المعارف فقه مقارن. تهیه و تنظیم: جمعی از فضلاء، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۶۷. منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۵ق). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه. چاپ دوم، قم: نشر تفکر.
۷۷. منتظری، حسینعلی. (۱۳۶۷). مبانی فقهی حکومت اسلامی. ترجمه: محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم: مؤسسه کیهان.
۷۸. موسوی همدانی، سید محمد باقر. (۱۳۷۴). ترجمه مجمع البیان فی تفسیر القرآن. چاپ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه‌ی مدرسین حوزه علمیه قم.
۷۹. نائینی، محمدحسین. (۱۳۶۸). أجود التقریرات. چاپ دوم، قم: کتابفروشی مصطفوی.
۸۰. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۶). فوائد الاصول. قم: جامعه مدرسین.
۸۱. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۸۲. نصراللهی، عبدالله. (۱۳۹۵). جهانی شدن میراث فرهنگی ملموس (پیدایی، مبانی، مصادیق). تهران: پرهان نقش.
۸۳. نوروزی، پیمان و ابراهیم عبودی. (۱۳۹۵). حقوق کیفری میراث فرهنگی. تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
۸۴. نوری، حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.

حفظ میراث فرهنگی
ملموس غیراسلامی از
منظر فقه امامیه

۱۰۳

۸۵. نوری گویجه یاران، صالح. (۱۳۸۵). *بررسی مبانی فقهی و حقوقی رابطه دولت اسلامی در عرصه سیاست با دول غیر اسلامی*. پایان نامه کارشناسی ارشد: استاد راهنما: دکتر محمدجواد حیدری خراسانی، استاد مشاور: حجت الاسلام والمسلمین محسن قدیر، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه قم.
۸۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۱۷ق). *بحوث فی علم الاصول*. چاپ دوم، قم: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامية.
۸۷. همدانی، رضا. (۱۴۱۷ق). *مصباح الفقیه*. قم: المؤسسة الجعفریة لإحياء التراث.
۸۸. فتحی، سید محسن. (۱۳۹۳). *میراث فرهنگی بررسی فقهی- حقوقی*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۸۹. حجت، مهدی. (۱۳۸۰). *میراث فرهنگی در ایران، سیاست‌ها برای یک کشور اسلامی*. تهران: سازمان میراث فرهنگی کشور (پژوهشگاه).

References

- *The Holy Qur'ān Translated by Nāṣir Makārim Shīrāzī.*
- *Nahj al-Balāghah*. 2005/1384. Translated by Nāṣir Makārim Shīrāzī. Qom: Madrasai-yi Imām 'Alī Ibn Abī Tālib.
- 1. Āzādī, Waḥīd; Shāṭirī, Mitrā; Sārīkhānī, Majīd. 2016/1395. *Taḥlīl wa Gūnih Shināsī-yi Rūṭūn Hakhāmanishī-yi Mawzih-yi Īrān-i Bāsṭān*. Awwalīn Kungirih-yi Beyn al-Milālī-yi Mi' mārī-yi Hadaf. No. 22 & 23, 399-401.
- 2. Āzarī Qommi, Aḥmad. 1993/1372. *Taḥqīq al-Uṣūl al-Mufīdat fī Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Dār al-'Ilm.
- 3. Abūdhārī, Muḥammad; Tīhrānī Moqaddam, Aḥmad; Sharī Zādih, Sayyid 'Abd al-Majīd. 1999/1378. *Ashnāyī bā Mīrāth-i Hunarī wa Farhangī-yi Īrān*. Tehran: Sāzīmān-i Pazhūhish wa Barnāmih Rīzī-yi Āmūzishī, Shirkat-i Chāp wa Nashr-i Kitābhā-yi Darsī-yi Īrān.
- 4. Ibn Athīr, Mubārak Ibn Muḥammad. 1965/1385. *al-Kāmil fī al-Tārīkh*. Beirut: Dār al-Mirṣād.
- 5. al-Ḥarrānī, Ḥasan Ibn 'Alī Ibn Shu'ba. 1983/1404. *Tuḥaf al-'Uqūl*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
- 6. Arākī, Muḥsin. 2007/1428. *Al-Turāth al-Thaqāfī fī Fiqh al-Islāmī*. Majalīh-yi Fiqh-i Ahl al-Bayt ('A), 46, 79-115.
- 7. Ardabīlī, Aḥmad. 1993/1414. *Majma' al-Fā'idat wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-'Adhhān*. Qum: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
- 8. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amīn (al-Shaykh al-Anṣārī). 1998/1377. *Farā'id al-Uṣūl*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۰۴

9. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amīn (al-Shaykh al-Anṣārī). 2001/1422. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Dhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Mīlād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
10. Mūsawī Bujnurdī, Sayyid Muḥammad. 1998/1377. *Qawā'id-i Fiqhīyyi*. Qom: Nashr al-Hādī.
11. Al-Bahrānī, Muḥammad Sanqūr 'Alī. 2005/1426. *Al-Mu'jam al-Uṣūlī*. 2nd. Manshūrāt Naqsh, Maṭba'at 'Itrat.
12. Al-Tabrīzī, al-Mīrzā Jawād. 1978/1399. *Irshād al-Ṭālib*. Qom: Maṭbi'at Mihr.
13. Taslīmī, Naṣrullāh; Aṣlānī, Muzhgān; Ḥassanpūr, Muḥsin; Gulbakhsh, Bushrā; Murādpūr, Ma'sūmih; Nahārdānī, Zuhrih. 2014-2015/1393-1394. *Āshnāyī bā Mīrāth-i Hunarī wa Farhangī-yi Īrān*. Pre-university Course, Art Field, Course No. 1426. Tehran: Shirkat-i Chāp wa Nashr-i Kitāb-hāyi Īrān.
14. Tawḥīdī, Fā'iq. 2009/1388. *Āshnāyī bā Mīrāth-i Farhangī*. 1st. Tehran: Subḥān-i Nūr.
15. Tawḥīdī, Fā'iq. 2006/1385. *Mabānī-yi Hunar-hāyi Filizkārī, Nigārgarī, Sufālgarī, Bāfīth-hā wa Mansūjāt, Mi'mārī wa Khaṭ wa Kitābat*. 1st. Tehran: Samīrā.
16. Jannāfī, Muḥammad Ibrāhīm. *Hunar wa Zibāyī az Nigāh-i Mabānī-yi Fiqh-i Ijtihādī*. Keyhān-i Andīshih, 1996/1375, 66, 10-25.
17. al-Jawharī, Ismā'il Ibn Ḥammād. 1987/1407. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughat wa Ṣiḥāḥ al-'Arabīyyah*. 1st. Edited by Aḥmad 'Abd al-Ghafūr 'Aṭār. Beirut: Dār al-'Ilm li al-Malāyīn.
18. al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1995/1416. *Tafṣīl Wasā'il al-Shi'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Shar'i'a*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-turāth.
19. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sarā'ir al-Ḥāwī li Tahṣīr al-Fatāwī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
20. Al-Asadī al-Ḥillī, Jamāl al-Dīn Aḥmad ibn Sham al-Dīn (ibn Fahad al-Ḥillī). 2000/1411. *Al-Muḥadhab al-Bārī 'fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
21. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). n.d. *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: al-Maktabat al-Murtaḍawīya.
22. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1996/1407. *Kashf al-Murād fi Sharḥ Tajrīd al-I'tiqād*. Qom: Chāp Ḥassan Zādih Āmulī.
23. Ḥujjat, Mahdī. 2001/1380. *Mīrāth-i Farhangī dar Īrān, Sīyāsathā barāy-i Yek Kishwar Islāmī*. 1st. Tehran: Sāzīmān-i Mīrāth-i Farhangī-yi Kishwar.
24. al-Ḥusaynī al-Khāminā'i, al-Sayyid 'Alī. 2008/1387. *His statement in Holy Shrine of Imām al-Riḍā ('A)*. Khamenei.ir Website.
25. al-Ḥusaynī al-Khāminā'i, al-Sayyid 'Alī. 2008/1387. His statements in a group meeting of the cinema and television directors.
26. al-Kurāsānī, Muḥammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurāsānī). n.d. *Kifāyat al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.

27. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1994/1415. *Al-Makāsib al-Muḥaramah*. Vol. 2. Qom: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
28. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2002/1381. *Tawḍīḥ al-Masā'il*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
29. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1999/1378. *Şahīfih-yi Imām*. 3rd. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
30. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1994/1415. *Manāḥij al-Wuṣūl ilā 'Ilm al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
31. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Şayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2000/1379. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
32. Riḍwānī, 'Alī Aşghar. 2007/1386. *Jughrāfiyā wa Şan'at-i Tūrīsm*. 7th. Tehran: Intishārāt-i Dānīshgāh-i Payām-i Nūr.
33. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Şadiq. 1991/1412. *Fiqh al-Şādiq*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
34. Zarrīnpūsh, Farzanih. *Furūḥar Nigārih-i Bāldār-i Zartuštīyān*. Majalīh-yi Rush-i Āmūzish. 2005/1384. 20, 21-26.
35. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. n.d. *Tahdhīb al-Uṣūl*. Taqrīrāt Buḥūth al-Sayyid Ruḥullāh al-Khumaynī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
36. Sitarg, Tayyibih. 2011/1390. *Mabānī-yi Fiqhī-yi Qā'idih-yi Aham wa Muhim*. Faşlnāmih-yi 'Ilmī-yi Takhaşūşī-yi Maḥfil. No. 4.
37. Sarafirāz, 'Alī Akbar; Firūzmandī, Bahman; Muḥsinī, Ḥusayn; Sarwqandī, Muḥammad Ja'far. 2007/1386. *Bāstān Shināsī wa Hunar-i Dawrān-i Tārīkhī-yi Mād, Hakhāmanishī, Ashkānī, Sāsānī*. 1st. Tehran: Marlīk.
38. Shahīdī, Muḥammad Taqī. 2017/1396. *Durūs al-Khārīj al-Uṣūl*. March 17, 2018.
39. al-Şadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 2005/1425. *Iqtīşādunā*. 2nd. Qom: Markaz al-Nashr al-Tābi' li Maktab al-A'lām al-Islāmī.
40. al-Şadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1996/1417. *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl*. 2nd. Qom: Markaz al-Ghadīr li Dirāsāt al-Islāmīyah.
41. al-Şadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1985/1406. *Durūs fī 'Ilm al-Uṣūl (al-Ḥalqat al-Ūlā)*. 2nd. Beirut: Dār al-Kitāb al-Lubnānī/ Maktabat al-Madrisah.
42. Ibn Bābiwayh al-Qommī, Muḥammad Ibn 'Alī (al-Shaykh al-Şadūq). 1992/1413. *Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisīn.
43. Şamadī Rindī, Yūnis. 2003/1382. *Mīrāth-i Farhangī dar Ḥuqūq-i Dākhilī wa Bayn al-Milālī*. 1st. Tehran: Sāzimān-i Mīrāth-i Farhangī.
44. al-Ṭabāṭabā'ī al-Ḥā'irī, al-Sayyid 'Alī (Şāḥīb al-Rīyāḍ). 1997/1418. *Rīyāḍ al-Masā'il*

- fī Tahqiq al-Aḥkām bī al-Dalā'il*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
45. al-Ṭabātabā'ī al-Yazdī, al-Sayyid Muḥammad Kāzim. 1999/1378. *Hāshiyat al-Makāsib*. Tehran: Dār al-Ma'ārif al-Islāmī.
46. Al-Ṭūsī al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1979/1400. *Al-Iqtisād al-Hādī ilā Ṭarīq al-Rashād*. 1st. Tehran: Maktabat Chihil Sitūn al-Āmat wa Madrisatihā.
47. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1985/1364. *Tahdhīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni'at lil Shaykh al-Mufīd*. Edited by Sayyid Ḥasan Khurāsānī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
48. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1999/1420. *Al-Khilāf*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
49. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1979/1400. *al-Nihāya fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. 2nd. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī.
50. al-Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1992/1413. *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyya.
51. al-'Irāqī, Āqā Dīyā' al-Dīn. n.d. *Nihāyat al-Afkār*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
52. 'Irfānīyān Muqbilī, Mujtabā. 2016/1395. *Fiqh-i Āthār-i Bāstānī*. Thesis of the third Level of the Khorasan Hawzah Ilmīyah. Thesis supervisor: Mujtabā Ilāhī Khurāsānī. Thesis advisor: Riḍā Dānishwar Thānī.
53. 'Azīzī, Husayn. *Mabānī-yi Fiqhī-yi Luzūm-i Šīyānat az Āthār-i Tārīkhī*. Pazhūhish-hāyi Tārīkhī, 2017/1396, 34, 181-200.
54. 'Alīdūst, Abulqāsim. 2009/1388. *Fiqh wa Mašliḥat*. Qom: Farhang wa Andīshih-yi Islāmī.
55. Al-Tunī al-Bushrūyī al-Khurāsānī, 'Abdullāh ibn Muḥammad. 1991/1412. *Al-Wāfi fī Uṣūl al-Fiqh*. 2nd. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmīyah.
56. al-Fāḍil al-Lankarānī, Muḥammad. 2006/1385. *Tafṣīl al-Sharī'a Fī Sharḥ Tahṛīr al-Wasīlah, al-Maāsib al-Muḥaramah*. Qom: Markaz Fiqh al-A'immat al-Aṭhār.
57. Fatāhī, Sayyid Muḥsin. 2014/1393. *Mīrāth-i Farhangī-yi Barrasī-yi Fiqhī-Huqūqī*. 1st. Qom: Pazhūhishgāh-i 'Ulūm wa Farhang-i Islāmī.
58. Al-Qommī, Shādhān ibn Jibrā'il. 1984/1363. *Al-Faḍā'il*. 2nd. Qom: Intishārāt Raḍī.
59. Al-Kāzīmī al-Khurāsānī, Muḥammad 'Alī. n.d. *Fawā'id al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
60. al-Āmilī al-Karakī, 'Alī Ibn al-Husayn (al-Muḥaqqiq al-Karakī, al-Muḥaqqiq al-Thānī). 1993/1414. *Jāmi' al-Maqāšid fī Sharḥ al-Qawa'id*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ihya' al-Turāth.
61. Kīyānī, Muḥammad Yūsuf. 1995/1374. *Tārīkh-i Hunar-i Mi'mārī-yi Īrān dar Dawrih-yi Islāmī*. 1st. Tehran: Sāzīmān-i Muṭālī'ih wa Tadwīn-i Kutub-i 'Ulūm-i Insānī-yi Dānishgāhā.
62. Kīyānī, Muḥammad Yūsuf. 2012/1391. *Mi'mārī-yi Īrān (Dawrih-yi Islāmī)*. 10th.

- Tehran: Sāzīmān-i Muṭāli‘ih wa Tadwīn-i Kutub-i ‘Ulūm-i Insānī-yi Dānishgāhā.
63. Al-Mūsawī al-Gulpāyīgānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. 1992/1413. *Irshād al-Sā’il*. 2nd. Beirut: Dār al-Ṣafwah.
 64. Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. 1985/1406. *Qawā’id al-Fiqh*. 12th. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulūm-i Islāmī.
 65. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-‘Allama al-Majlisī). 1982/1403. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi‘a li Durar Akhbār al-‘Imma al-Aṭhār*. 2nd. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
 66. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-‘Allama al-Majlisī). 1985/1406. *Malāḍh al-Akhyār fī Fahm Tahḍīb al-Akhhār*. Edited by al-Sayyid Mahdī al-Rajā’ī. Qum: Manshūrāt Maktabat Āyat Allāh al-‘Uzmā al-Mar‘ashī al-Najafī.
 67. Mukhtārīyān, ‘Alī. 2015/1394. *Āsīb Shināsī wa Marimmat-i Banāhā-yi Tārīkhī*. Tehran: Pārsā.
 68. al-Mishkīnī al-Ardabīlī, al-Mīrzā ‘Alī. 1992/1371. *Iṣṭilāḥāt al-Uṣūl wa Mu‘zam Abḥāthihā*. 5th. Qom: Nashr al-Hādī.
 69. al-Muzaffar, Muḥammad Riḍā. 2004/1383. *Uṣūl al-Fiqh*. 3rd. Qom: Dār al-Fikr.
 70. Muṭaḥhari, Murtaḍā (Shahīd Muṭaḥhari). n.d. *Dawrih-yi Kāmil-i Āshnāyī bā ‘Ulūm-i Islāmī*. Tehran: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
 71. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2006/1427. *Iṣṭiftā’āt Jadīd*. 2nd. Qom: Madrasi-yi Imām ‘Ali Ibn Abī Ṭālib.
 72. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2011/1390. *Dāstān-i Yārān*. Qom: Madrasi-yi Imām ‘Ali Ibn Abī Ṭālib.
 73. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2006/1427. *Dā’irat al-Ma‘ārif Fiqh Muqāran*. Qom: Madrasi-yi Imām ‘Ali Ibn Abī Ṭālib.
 74. Al-Muntazirī, Ḥussaynālī. 1991/1411. *Dirāsāt fī Wilāyat al-Faqāh wa Fiqh al-Dawlat al-Islāmīyyah*. Qum: Dār al-Fikr.
 75. Al-Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. 1988/1367. *Mabānī-yi Fiqhī-yi Ḥukūmat-i Islāmī*. Translated by Maḥmūd Ṣalawāfī & Abulfaḍl Shakūrī. Qom: Mu’assisih-yi Keyhān.
 76. Mūsawī Hamidānī, Sayyid Muḥammad Bāqir. 1995/1374. *Tarjumih-yi Majma‘ al-Bayān fī Tafṣīr al-Qur’ān*. 5th. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 77. Al-Gharawī al-Nā’īnī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Nā’īnī, Mīrzā Nā’īnī). 1989/1368. *Ajwad al-Taqrīrāt. Taqrīrāt al-Sayyid al-Khu’ī*. Qom: Maktabat al-Muṣṭafawī.
 78. Al-Gharawī al-Nā’īnī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Nā’īnī, Mīrzā Nā’īnī). 1997/1376. *Fawā’id al-Uṣūl. Taqrīrāt Muḥammad ‘Alī Kāzīmī Khurāsānī*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 79. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1362. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā’i‘ al-Islām*. 7th. Edited by ‘Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
 80. Naṣrullāhī, ‘Abdullāh. 2016/1395. *Jahānī Shudan-i Mīrāth-i Farhangī-yi Malmūsh*

- (*Peydāyī, Mabānī, Maṣādīq*). Tehran: Parhān Naqsh.
81. Nawrūzī, Peymān; ‘Ubūdī, Ibrāhīm. 2016/1395. *Huqūq-i Keyfarī-yi Mīrāth-i Farhangī*. Tehran: Intishārāt Jangal.
 82. al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1987/1408. *Mustadrak al-Wasā’il wa Muṣtanbaṭ al-Masā’il*. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
 83. Nūrī Gūyījīh Yārān, Šālīh. *Barrasī-yi Mabānī-yi Fiqhī wa Huqūqī-yi Rābiṭih-yi Dawlat-i Islāmī dar ‘Arših-yi Sīyāsāt bā Duwal-i Ghayr-i Islāmī*. Master’s thesis. Thesis Supervisor: Dr. Muḥammad Jawād Ḥaydarī Khurāsānī. Thesis Advisor: Ḥujjat al-Islām wa al-Muslimīn Muḥsin Qadīrī. Faculty of Theology and Islamic Studies of Qom University.
 84. al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 1996/1417. *Buḥūth fī ‘Ilm al-Uṣūl*. Qom: Dā’irat al-Ma’ārif al-Fiqh al-Islāmī. Markaz al-Ghadīr li Dirāsāt al-Islāmīyah.
 85. Hamidānī, Riḍā. n.d. *Miṣbāḥ al-Faqīh (Kitāb al-Šalāt)*. 1st. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
 86. Arākī, Muḥsin. 2007/1428. *al-Turāth al-Thaqāfi fī al-fiqh al-Islāmī*. Majalīh-yi Fiqh-i Ahl al-Bayt (‘A), 46, 83.
 87. Fatāḥī, Sayyid Muḥsīn. *Mīrāth-i Farhangī-yi Barrasī-yi Fiqhī-Ḥuqūqī*. Qom: Pazhūhishgāh-i ‘Ulūm wa Farhang-i Islāmī
 88. Ḥujjat, Maḥdī. 2001/1380. *Mīrāth-i Farhangī dar Īrān, Sīyāsathā barā-yi yik Kishwar-i Islāmī*. Tehran: Sāzimān-i Mīrāth-i Farhangī-yi Kis

Challenges of Referring to Weakening Religion in the Process of Jurisprudential Inference ¹

Mohammad-Taqi Fakhlaei 

Professor Department of Jurisprudence and Principles of Law, Ferdowsi University of Mashhad; Mashhad-Iran. (Corresponding Author); fakhlaei@um.ac.ir

Hasan Hoseyniyar

Ph.D student of Department of Education, Faculty of Theology, Ferdowsi University. hhoseyniyar@gmail.com

Alireza Abedi sarasiya

Assistant Professor, Department of Education, Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad; Mashhad-Iran. a-abedi@um.ac.ir


Receiving Date: 2023/06/12; Approval Date: 2024/02/14

111

Abstract

Weakening the religion, which means a ruling or behaviour that makes religion look weak and frivolous in the eyes of society's custom, is one of the titles that after the Islamic revolution was first seriously considered and cited in Imam Khumaynī's fatwās. Then, in many issues, it is the basis and proof of contemporary fatwās, so that the prohibition of weakening the religion can be mentioned as

1. *Fakhlaei. MT. ; (2024); " Challenges of Referring to Weakening Religion in the Process of Jurisprudential Inference" ; Jostar_ Hay Fihi va Usuli; Vol: 10; No: 34; Page: 111-138;*

10.22034/jrj.2024.66436.2652



This Article is distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 | <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

a principle of jurisprudence. Weakening religion as a secondary has the capacity of planning in the form of a jurisprudential principle. However, not paying attention to the challenging effects of referring to weakening the religion in the process of jurisprudential inference has caused the use of weakening the religion in the process of jurisprudential inference to be accompanied by doubts. Using the descriptive and analytical method, this study aims to correctly explain challenges such as the incompatibility of the principle of weakening the religion with the principle of stability of rulings, or the contradiction of the necessity of firmness in the implementation of religious rules by applying the rule of weakening the religion, and also by the allocation of the majority of the results of the implementation of weakening the religion. With a scientific expression, it proved the non-contradiction of weakening the religion with the mentioned cases.

Keywords: Weakening Religion, the Principle of Prohibition of Weakening, the Principle of *Iṣṭiyādī*, Primary Title, Secondary Title, Jurisprudential inference Principle.

چالش‌های استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی^۱

محمدتقی فخلعی  ID

استاد تمام گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد؛ مشهد- ایران (نویسنده مسئول)

رایانامه: fakhlaei@um.ac.ir

حسن حسینی یار

دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد؛ مشهد- ایران. رایانامه: hhoseiniyar@gmail.com

com

علیرضا عابدی سر آسیا

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد؛ مشهد- ایران. رایانامه:

a-abedi@um.ac.ir



چالش‌های استناد به
وهن دین در فرآیند
استنباط فقهی

۱۱۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۲۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۲۵

چکیده

وهن دین به معنای حکم یا رفتاری که دین و مذهب را در منظر عرف امری سست و سبک جلوه می‌دهد، از جمله عناوینی است که بعد از انقلاب اسلامی ابتدا در فتاوای امام خمینی رحمته‌الله علیه به شکلی جدی مورد توجه و استناد قرار گرفت و سپس در بسیاری از مسائل، مبنا و مدرک فتاوای معاصر واقع شده است، به گونه‌ای که می‌توان از حرمت وهن دین به عنوان یک قاعده فقهی نام برد. وهن دین به عنوان ثانوی از ظرفیت طرح در قالب قاعده فقهی برخوردار است اما عدم توجه به آثار چالش‌برانگیز استناد به وهن دین در

۱. فخلعی، محمدتقی، حسینی یار، حسن و عابدی سر آسیا، علیرضا (۱۴۰۳)، «چالش‌های استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی»، فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی، ۱۰ (۳۴): صص: ۱۱۱-۱۳۸

فرآیند استنباط فقهی، سبب شده است که به کارگیری وهن دین در فرآیند استنباط فقهی با تردیدهایی توأم شود. این نوشتار با تکیه بر روش توصیفی تحلیلی بر آن است تا چالش‌هایی نظیر ناسازگاری قاعده وهن دین با اصل ثبات احکام و یا مغایرت لزوم صلابت در اجرای احکام دینی با به کارگیری قاعده وهن دین و نیز تخصیص اکثر حاصل از اجرای قاعده وهن دین را به درستی تبیین کند و بایان علمی عدم مغایرت وهن دین را با موارد ذکر شده به اثبات رساند.

کلیدواژه‌ها: وهن دین، قاعده حرمت وهن، قاعده اصطیادی، عنوان اولی، عنوان ثانوی، فرآیند استنباط فقهی.

مقدمه

وهن در لغت به معنای ضعف و سستی است (فرایدی، کتاب العین، ۹۲/۴). از مجموع فتاوا و اظهارنظرهای فقها (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، استفتاءات، ۳/۳۶۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، الفتاوی، ۳/۳۲۳؛ سیفی مازندرانی، دلیل تحریر الوسیلة، ۲۰۹؛ سیفی مازندرانی، مبانی الفقه الفعّال، ۸۱/۲؛ امام خمینی، تحریر الوسیلة، ۱/۴۶۷؛ موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ۱۲/۲؛ فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ۵۷۸؛ خامنه‌ای، أجوبة الاستفتاءات، ۵۸/۲) چنین برمی آید که وهن دین عبارت است از وضعیتی که دین پدیده‌ای موهون جلوه کند. گفتنی است وهن دین در این نوشتار نماینده عبارات مشابه دیگر همچون هتک مذهب یا سخره گرفتن دین را نیز می‌کند. وهن دین به معنای پیش گفته در یک رویکرد فقهی، در دهه‌های اخیر بیش از هر زمان مورد توجه واقع شده است. وهن دین عنوانی ثانوی شمرده شده که با عروض آن زمینه در توقف، تعطیلی یا دگرگونی برخی احکام اولی پدید می‌آید، لیکن این رویکرد با چالش‌هایی نیز روبروست. این پژوهش بر آن است که پس از طرح و نقد چالش‌های استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی، زمینه اعتباربخشی به حرمت وهن دین در قامت قاعده فقهی را فراهم آورد.

این نگرانی وجود دارد که به کارگیری عنوان وهن دین، موجب عبور از برخی خطوط قرمز دین و شرع شود. از سویی بی‌اعتنایی بدان نیز سبب شود چهره دین و شرع نیز فراروی نگاه‌های عصری، مشوه و نامطبوع جلوه کند. در هر صورت مواجهه با عنوان وهن، بیم افراط و تفریط را برمی‌انگیزد؛ بنابراین ضروری است با بردباری

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۱۴

کافی و به دور از هیجان زدگی، با این پدیده برخورد شود. چالش‌های فرارو شناسایی شود و برای عبور از این چالش‌ها تلاش ممدوح علمی به عمل آید. این جستار با هدف طرح و نقد چالش‌های استناد به وهن دین در میدان استنباط فقهی انجام شده است تا زمینه استناد ضابطه‌مند به وهن را فراهم آورد و موانع فکری و نظری به کارگیری قاعده وهن دین را از پیش رو بردارد.

استناد به وهن دین در فتاویٰ معاصر، نمود قابل توجهی یافته است (منتظری، رساله استفتاءات، ۵۰۹/۲-۵۱۰). در برخی مقالات نیز به موضوع و ماهیت وهن دین پرداخته شده و مستندات قاعده وهن دین بیان شده است، لیکن موانع و چالش‌های آن مغفول مانده است. این مقاله که به بخشی از پژوهش وسیع در این موضوع اختصاص دارد، به چالش‌های استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی می‌پردازد و جنبه‌های دیگر بحث به موقعیت‌های دیگر موکول می‌شود.

ازجمله منابعی که به وهن دین و ماهیت در آن اشاره شده است:

کتاب «بررسی موانع و نهادهای جانشین اقامه حدود در عصر غیبت» نوشته «سید باقر محمدی» در صفحه ۱۱۳-۱۱۷ به حرمت وهن دین به‌عنوان یکی از موانع اجرای حدود در عصر غیبت در مواردی که اجرای حدی موجب وهن دین شود، اشاره شده است. در این اثر اولاً به تمایز وهن دین در عنوان اولی و دومی، اشاره نشده است. ثانیاً مستندات و مبانی وهن دین به‌طور مفصل و مبسوط مجال طرح و نقد نیافته است.

در کتاب «قمه‌زنی زخمی بر چهره تشیع» نوشته «محمدعلی افضلی» ازجمله ادله عدم جواز قمه‌زنی در عصر حاضر موجب وهن بودن و بدنام شدن مذهب، دانسته شده است. در این اثر اولاً به تمایز دو وجه وهن دین از نظر حکم اولی و ثانوی اشاره‌ای نشده است. ثانیاً در موضوع خاص بوده و تنها به فتاویٰ که ناظر به حرمت قمه‌زنی است اشاره شده و نسبت با سایر مواردی که وهن دین مستند فتوا قرار گرفته است اشاره نشده است. ثالثاً مستندات حرمت وهن دین هم مجال طرح نیافته است و نویسنده تنها به یک روایت به‌عنوان مستند وهن دین، اکتفا کرده است و دیگر مستندات روایی حرمت وهن دین هم در این اثر مجال طرح مبسوط و مستوفی نیافته است.

در مقاله «نگاهی دیگر به وهن دین و مذهب» نوشته «بلال شاکری» نویسنده به معنای وهن دین و تمایز وهن دین با برخی از واژه‌های مشابه اشاره کرده و نسبت به خلط میان وهن دین و وهن در دین هم تذکر و هشدار داده است. همچنین در این نوشتار، نویسنده به‌طور بسیار مختصر به ضابطه و دامنه وهن دین اشاره کرده و در ادامه به طرح و نقد ادله حرمت وهن دین اشاره کرده است و از میان ادله موجود یا محتمل، دلالت برخی از آیات و روایات و عقل و ارتکاز متشرعه را بر حرمت وهن دین، قابل قبول دانسته است.

مقاله‌ای دیگر با عنوان «واکاوی ادله عقلی و نقلی وهن دین» نوشته «علی اصغر هنرمند». در پیشینه تحقیق پیش روست. در این اثر نویسنده به‌طور نسبتاً مبسوط به طرح و نقد دلایل قرآنی، روایی و عقلی حرمت وهن دین و دلایل عدم حرمت وهن پرداخته و در نهایت، دلالت آیات، روایات و دلایل عقلی را بر حرمت وهن دین ناکافی و مردود دانسته و تنها دلالت ارتکاز متشرعه بر حرمت وهن دین را پذیرفتنی و قابل قبول دانسته است.

همچنین گفتمی است که هرچند در برخی منابع از جمله کتاب «اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی» اثر «رحیم نوبهار» در صفحات ۳۰۸ تا ۳۴۱ به مفسده تنفیر از دین که یکی از مفاهیم نزدیک به وهن دین است، به‌طور مبسوط پرداخته شده است، و نیز با وجود این که در برخی فتاوا به‌طور مختصر به برخی از مستندات حرمت وهن دین اشاره شده است (منتظری، بی تا، ۵۰۹/۲-۵۱۰) اما در باب روایی و ناروایی استناد به وهن دین در مقام استنباط فقهی، تحلیل مبسوطی صورت نگرفته است و نیز در باب مصادیق محتمل وهن دین نیز، داوری و قضاوتی صورت نگرفته است. همچنین در مقاله دیگری از نویسنده این مقاله با عنوان «مفهوم‌شناسی وهن دین و گونه‌شناسی حکم آن» در فصلنامه علمی «فقه و اصول»، به جنبه دیگری از وهن دین؛ یعنی مفهوم‌شناسی این اصطلاح و ماهیت‌شناسی حکم حرمت وهن دین، پرداخته شده است. گفتنی است با توجه به این که مسئله مقاله حاضر چالش‌های استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی است، هم‌پوشانی اندکی (کمتر ۱۰ درصد) میان مقاله حاضر با سایر آثار پیش گفته در محدوده برخی از مقدمات و مبادی مقاله یعنی برخی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۱۶

از مفاهیم، وجود دارد و از این رو این هم‌پوشانی خللی به بدیع بودن مقاله حاضر، وارد نمی‌کند.

چنان‌که در گزارش فوق مشاهده شد در هیچ کدام از منابع پیش گفته، اثری از طرح و نقد چالش‌های موجود و یا محتمل در مسیر استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی، اشاره نشده است. لذا این پژوهش بر آن است که این چالش‌ها را بیان کند و مورد بررسی قرار دهد:

۱. تعارض سیالیت وهن دین و اصل اولیة ثبات احکام

از جمله چالش‌های مطرح در باب استناد به قاعده حرمت وهن دین در فرآیند استنباط فقهی این است که اصل اولیه در احکام، ثبات و دوام، است در حالی که به کارگیری عنوان وهن دین خواه به تعطیلی حکم انجامد یا باعث توقف یا دگرگونی آن شود، احکام موضوع وهن را تبدیل به واقعیتهای سیال و شناور می‌کند. جمع میان آن ثبات و این سیالیت چگونه ممکن است؟

تقریر تفصیلی چالش تعارض سیالیت وهن دین و ثبات احکام این است که مقتضای خاتمیت دین اسلام و نبوت نبی اکرم صلی الله علیه و آله جاودانگی و جهان‌شمولی دین است؛ بنابراین اسلام به مکان، زمان و فرهنگ خاص اختصاص ندارد. در آیات و روایات بر این نکته تأکید شده است:

«ما تو را جز برای رحمت جهانیان نفرستادیم.» (انبیاء / ۱۰۷)

«کسی که قرآن را بر بنده اش نازل کرد تا بیم‌دهنده جهانیان باشد، زوال‌ناپذیر و

پربرکت است.» (فرقان / ۲۵)

«این قرآن چیزی جز تذکری برای جهانیان نیست.» (تکویر / ۲۷)

«در حالی که این [قرآن] جز مایه بیداری برای جهانیان نیست.» (قلم / ۵۲)

در روایات زیادی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده است: «همانا من دو چیز گران‌بها در میان شما می‌گذارم که اگر شما بر آن دو چنگ بزنید هرگز گمراه نخواهید شد و بعد از من جانشینان من اند یکی کتاب خدا و دیگری فرزندان من. این دو از هم جدا نمی‌شوند تا اینکه در کنار حوض بر من وارد شوند.» (ابن بابویه، ۱۳۷۶، ۴۱۵)

چالش‌های استناد به
وهن دین در فرآیند
استنباط فقهی

۱۱۷

و نیز زراره می گوید: «از امام صادق علیه السلام راجع به حلال و حرام پرسیدم فرمودند: حلال محمد صلی الله علیه و آله همیشه تا روز قیامت حلال است و حرامش همیشه تا روز قیامت حرام، غیر حکم او حکمی نیست و جز او پیغمبری نیاید و علی علیه السلام فرمود: هیچ کس بدعتی نهاد جز آنکه به سبب آن سنتی را ترک کرد.» (کلینی ۱۴۲۸ق، ۵۸/۱)

مطابق این روایات که تواتر اجمالی^۱ دارد، دین برای همهٔ زمان‌ها و مکان‌هاست و می‌توان گفت: اصل اولیه، شمولیت مکانی و زمانی احکام و به تعبیر دیگر اصل اولیه، دوام و ثبات احکام است و از سوی دیگر با توجه به این که وهن دین در معنایی که مقصود این نوشتار است؛ یعنی چهره سبک دین و مذهب در منظر عرف، مفهومی است به شدت متأثر از مقتضیات زمان و مکان که مصادیق آن در گذر زمان، تفاوت می‌یابند. هر چند این سیالیت در برخی از عناوین ثانویه دیگر همچون حرج و ضرر نیز وجود دارد اما به جهت سرعت و شدت تغییر و تحول نگاه عرف به موضوعات و مقولات مختلف در عصر کنونی، می‌توان مدعی شد کمتر عنوان ثانویه‌ای به این شدت سیال و متغیر است مثلاً شیوه‌های مجازات که بر اثر تغییر نگرش به قانون‌گذاری و ابزارهای مجازات، ایجاد می‌شود و تحول می‌یابد یا تحولات وسیع در نگاه عرف به مقولاتی همچون خشونت که باعث مذموم تلقی شدن برخی از مناسک عزاداری می‌شود و نیز تغییر نگاه عرف به موضوعاتی همچون اجرای علنی برخی مجازات‌ها باعث طرح جدی این چالش می‌شود که این سیالیت مفهوم وهن دین با اصل اولیهٔ ثبات و دوام احکام چطور قابل جمع است؟ آیا این سیالیت موجب نمی‌شود از آن ثبات هیچ اثری نماند؟

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۱۸

۱. متواتر اجمالی (قدر متیقن) به خبری اطلاق می‌شود که با الفاظ و مضامینی گوناگون، بر حسب سعه و ضیق دلالت، نقل شده باشد؛ به گونه‌ای که از مجموع نقل‌ها علم اجمالی به صدور بعضی از آن الفاظ از معصوم علیه السلام حاصل شود. مانند آنکه مضمون يك روايت حجيت خبر مؤمن، مضمون روايتی دیگر، حجيت خبر ثقه و مضمون روايت سوم حجيت خبر عادل باشد؛ از مجموع این سه مضمون، علم به حجيت خبر عادل، به جهت قدر متیقن بودن آن، به دست می‌آید (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۲/ ۶۴۹).

۱/۱. تأثیر عناوین ثانویه در ملاک‌های احکام اولیه

عبارات بیشتر فقهای که در باب احکام ثانویه سخن گفته‌اند، حاکی از این نکته است که پیدایش عناوین ثانویه، سبب دگرگونی در ملاکات احکام اولیه و در نتیجه موجب تغییر آن احکام است. از جمله این افراد، نائینی است که در مباحث فراوانی از علم اصول به این نکته اشاره کرده است. به عنوان نمونه هنگام تصویر دومین وجه از وجوه سببیت اماره می‌نویسد:

«وجه دوم این که، اماره سبب پیدایش مصلحتی در مؤدای خود شود که از مصلحت واقع نیرومندتر باشد. به گونه‌ای که حکم واقعی در حق شخص دارنده اماره، همان مؤدای اماره باشد. گرچه در متن واقع و بر طبق مصالح و مفاسد نفس الامریه نیز احکامی وجود دارد که عالم و جاهل در آن مشترک هستند، اما پیدایش اماره برخلاف آن احکام، از قبیل عوارض ثانویه‌ای است که بر موضوعات اولی عارض می‌شود و حسن و قبح آن‌ها را دگرگون می‌سازد، مانند عنوان‌های ضرر و حرج.» (نائینی، ۱۳۷۶: ۳/۹۵)

چالش‌های استناد به
وهن دین در فرآیند
استنباط فقهی
۱۱۹

بر این اساس نوشیدن شراب، خوردن مردار، قیمت‌گذاری اجناس و امثال این موارد از متعلقات احکام اولیه‌ای هستند که با عارض شدن عناوین ثانویه‌ای همچون اضطرار و مقدمیت برای حفظ نظام، مفسده خود را از دست می‌دهند و ارتکاب آن‌ها دارای مصلحت و جایز می‌شود.

همچنین این اندیشمندان، هنگام بحث از مفاد اخبار من بلغ، دیدگاه مزبور را با صراحت بیشتری ابراز می‌دارد:

«بعید نیست اخبار من بلغ برای بیان این نکته باشد که «بلوغ خبر» (که دلالت بر ثواب داشتن کاری می‌کند) موجب پیدایش مصلحت در آن کار و در نتیجه استحباب آن می‌شود و بدین ترتیب بلوغ، مانند عناوینی همچون ضرر و عسر و نذر و اکراه و دیگر عناوین ثانویه است که بر کارها عارض و سبب حسن و قبح و دگرگونی در احکام آن‌ها می‌شود.» (نائینی، ۱۳۷۶، ۴۱۴-۴۱۵)

فقیه مذکور در مطلبی دیگر در رد کسانی که تعلق علم به شیء را از عناوین عارضی آن شیء و موجب دگرگونی در حسن و قبح آن دانسته‌اند، می‌گوید:

«گاهی این ادعا مطرح می‌شود که تعلق گرفتن علم به چیزی، از جمله صفات و عناوینی است که بر آن شیء عارض می‌شود و جهت حسن و قبح آن را تغییر می‌دهد و در نتیجه قطع پیدا کردن به شراب بودن یک آب، موجب پیدایش مفسده در نوشیدن آن می‌شود و اقتضای قبح آن را دارد، اما اگر منصفانه به مسئله نگریسته شود، حقیقت چنین نیست؛ چرا که احراز موضوعی و قطع یافتن نسبت به آن، مصلحت و مفسده آن موضوع را دگرگون نمی‌سازد و قطع از قبیل ضرر و نفعی نیست که بر راست‌گویی و دروغ‌گویی عارض می‌شوند و حسن و قبح آن‌ها را دگرگون می‌سازند؛ زیرا روشن است که علم پیدا کردن به شراب بودن یک آب و احراز این امر، سبب دگرگونی آب از واقعیت آن و قبیح گردیدن آن نمی‌شود.» (همان: ۴۱)^۱

در مقابل دیدگاه پیش گفته نظریه کسانی است که عارض شدن عناوین ثانوی را موجب دگرگونی در ملاکات احکام اولی نمی‌دانند. امام خمینی رحمته‌الله علیه پیش از همه محققان، این نظریه را تأکید نموده است. ایشان بیان می‌کند:

«هرگاه عناوین ثانوی مانند شرط، نذر و عهد، به چیزی تعلق بگیرند، حکم آن را تغییر نمی‌دهند. به این جهت اگر کسی نذر کند نماز شب بخواند یا خواندن آن را بر کسی شرط کند، این نماز واجب نمی‌شود بلکه بر استحباب پیشین خود باقی است. آنچه در این زمینه واجب است تنها وفای به شرط است و معنای این وجوب، لزوم خواندن نماز شب به عنوان استحباب است؛ بنابراین، متعلق وجوب، یک عنوان است و متعلق استحباب، عنوانی دیگر و سرایت حکم عنوانی به عنوان دیگر، امری است نامعقول و مصداق خارجی که مورد اجتماع هر دو عنوان است، مصداق ذاتی نماز شب و مصداق عرضی نذر است و نذر، آن را متعلق حکم دیگری قرار نمی‌دهد. در

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۲۰

۱. گرچه در نگاه نخست میان آنچه از فقیه مذکور در باب اخبار من بلغ نقل شد با آنچه از وی در باب عدم تأثیر تعلق علم در دگرگونی موضوعات احکام نقل شد تعارض دیده می‌شود، اما چنانچه منظور وی از عدم تأثیر تعلق و عدم تعلق علم بر دگرگونی جهت حسن و قبح فعل، این باشد که عدم تعلق علم به موضوعات رافع حکم واقعی و موجد حکم ظاهری است در صورتی که در مورد بلوغ خبر در باب اخبار من بلغ، به جهت این که عمل به این اخبار بنا بر روایات معتبر موجب ثواب است، حُسن انجام فعل را به دنبال دارد، تعارض نخست رفع خواهد شد.

شرط نیز، مسئله به همین صورت است.)) (خمینی، ۱۴۱۸ق، ۵/ ۱۰-۱۱۱).

همچنین فقیه مذکور در مبحث «الشروط التي تقع في العقد» در ضمن مطلبی به این تعمیم تصریح می‌کند: «احکامی که برای موضوعات به دلیل‌های اولی ثابت هستند، به سبب عروض امور عارضی مانند شرط و نذر و غیر این‌ها که متعلق احکام ثانویه هستند، دگرگون نمی‌شوند.» (خمینی، ۱۴۱۸ق، ۲۶۴)

تأمل در عناوین ثانویه معروف، این حقیقت را روشن می‌کند که کلیت هر دو دیدگاه قابل مناقشه است؛ چراکه نظریه نخست تنها در مورد آن دسته از عناوین ثانوی‌ای درست است که تکلیف نمودن شخص به احکام اولیه در آن زمینه قبیح باشد. مانند عناوین اضطرار و اکراه و مقدمیت. به‌عنوان نمونه مکلف دانستن شخص مضطر به ترک نوشیدن شراب و خوردن مردار، عقلاً قبیح است و نیز مکلف دانستن حاکم اسلامی به عدم جواز نرخ‌گذاری اجناس یا عدم جلوگیری از احتکار در صورت متوقف بودن حفظ نظام بر آن دو امر، نزد عقلا امری قبیح محسوب می‌شود. به همین جهت در این‌گونه موارد باید گفت: خوردن مردار و نوشیدن شراب در حق شخص مضطر و نرخ‌گذاری اجناس و جلوگیری از احتکار برای حاکم اسلامی، فاقد مفسده بوده بلکه واجد مصلحت و در نتیجه جایز و بلکه واجب است.

ممکن است گفته شود در موارد پیش گفته، قبح مکلف دانستن مضطر نسبت به ترک شراب‌خواری و مکلف دانستن حاکم به عدم مداخله در نرخ‌گذاری، مستلزم خالی بودن این امور از مفسده نیست؛ همین‌که عروض حالات و اوصاف عارضی، موجب شود ترک این امور نسبت به انجامشان اهم محسوب شود، در قبیح بودن این افعال به دلیل ملازمت با ترک اهم، کفایت می‌کند. به‌بیان‌دیگر، آنچه شارع هنگام تزامم با حالات عارضی مانند اضطرار و اکراه تجویز نموده است، چشم‌پوشی از مهم به سبب رعایت مصلحت اهم است و این تجویز، هیچ منافاتی با باقی ماندن مفسده مهم بر حال خود ندارد.

نظریه دوم نیز تنها نسبت به آن دسته از عناوین ثانویه‌ای قابل قبول است که باقی ماندن احکام اولی در ظرف تحقق آن عناوین، خالی از قبح و محذوری باشد. مانند عناوین نذر، عهد، قسم و شرط. دلیل آن این است که امکان بقای حکم اولی این

چالش‌های استناد به
وهن دین در فرآیند
استنباط فقهی

۱۲۱

عناوین با عروض عناوین ثانوی، ولو فی الجملة و به نحو موجبه جزئیة، وجود دارد. مانند نماز شب که حتی در صورت تعلق نذر و قسم به آن، بر استحباب خود باقی می ماند و آنچه به واسطه نذر و قسم وجوب می یابد، وفای به نذر و قسم است.

بنابراین دگرگونی در ملاکات و احکام اولیه تنها بر اثر عارض شدن عناوینی است که بقای آن احکام در ظرف تحقق این عناوین، معقول نباشد، اما آن دسته از عناوینی که تحقق آن ها هیچ گونه منافاتی با بقای ملاکات و احکام اولیه ندارد، موجب هیچ گونه دگرگونی در ملاکات و احکام اولیه نمی شود.

شاید بتوان مطلب فوق را به گونه دیگری نیز ضابطه مند کرد و آن این که گفته شود دگرگونی در ملاکات در نتیجه عارض شدن عناوین ثانویه، تنها در مواردی است که میان احکام اولیه و احکام ثانویه تراحم باشد، مانند همان موارد اضطرار، اکراه و مقدمیت. عدم تحول در ملاکات نیز در مواردی است که بین این دودسته از احکام، تراحمی در کار نباشد. خصوصاً این که برخی از نصوص چنین تأثیری را ولو به نحو موجبه جزئیة، برای عناوین ثانویه تأیید می کند:

به عنوان نمونه از آیه ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَرْوَاحِكَ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (تحریم / ۱): «ای پیامبر! چرا چیزی را که خدا بر تو حلال کرده است به خاطر جلب رضایت همسرانت بر خود حرام می کنی؟! و خداوند آمرزنده و رحیم است»

در برخی منابع تفسیری در باب شأن نزول آیه فوق چنین آمده است:

«و مراد از «تحریم» در جمله ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾، تحریم از طرف خدا نبوده، بلکه تحریم به وسیله نذر و سوگند بوده است. آیه بعدی هم بر این معنا دلالت دارد؛ چون در آنجا سخن از سوگند کرده است، می فرماید: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ (تحریم / ۲) معلوم می شود آن جناب با سوگند آن حلال را بر خود حرام کرده است؛ چون خاصیت سوگند همین است که وقتی به عملی متعلق شود آن را واجب می کند و چون به ترک عملی متعلق شود آن عمل را حرام می سازد؛ پس معلوم می شود آن جناب سوگند به ترک آن عمل خورده و آن عمل را بر خود حرام کرده است، اما حرام به وسیله سوگند [بوده است].» (طباطبایی، ۱۳۹۰، ۲/۳۳۰).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۲۲

از این رو از آیه، این پیام برداشت می‌شود که انسان می‌تواند به وسیله قسم، کاری مباح و خالی از مفسده را بر خود حرام کند.

البته ممکن است گفته شود آنچه پیامبر ﷺ با این قسم بر خویش حرام فرمود، نقض قسم بود نه انجام یک کار مباح، اما ظاهر آیه شریفه و مستفاد از شأن نزول آن این است که متعلق حرمت، همان چیزی بوده است که ذاتاً حلال و خالی از مفسده بوده است.

همچنین حدیث معروف و مشهور رفع، از جمله نصوصی است که می‌توان برای اثبات تأثیر عناوین ثانوی در ملاکات احکام به آن تمسک جست؛ چرا که بر اساس این حدیث، پاره‌ای از محرمات، در ظرف تحقق اکراه، اضطرار، نسیان و مانند این امور، مباح و خالی از مؤاخذه و عقاب است. روشن است که رفع عقاب و مؤاخذه، سبب دگرگونی در ملاک و در نتیجه عروض مصلحت اهم است.

اکنون جای پرداختن به این سؤال است که عروض وهن دین بر عناوین اولیه موجب کدام یک از دو نوع تأثیر پیش گفته است؟ از دو منظر می‌توان به پرسش مذکور نگریست؛ نخست موضع روشنفکرانه که باتوجه به این که مخاطب احکام را انسان تاریخی می‌داند، اصل را سیالیت احکام و قوانین دین می‌داند (نک: سروش، اندر باب اجتهاد، مقاله فقه در ترازو، ۲۳) و دوم موضع فقیهانه که باتوجه به آیات و روایات ناظر به جاودانگی احکام، اصل اولیه را ثبات و دوام احکام می‌داند. اگر از موضع روشنفکرانه به مسئله نگریسته شود، باتوجه به این که در برخی موارد و به نحو موجب جزئیة عروض وهن دین به جهت پیشرفت‌های ناشی از رشد عقلی و علمی است در چنین مواردی عروض عنوان ثانوی وهن دین موجب دگرگونی جهت حکم و در نتیجه موجب دگرگونی ملاکات احکام اولیه خواهد بود که تعطیلی دائمی حکم اولی را در پی دارد. به بیانی دیگر از منظر روشنفکرانه تغییر ذائقه عرفی، گاه به دگرگونی جهات حسن و قبح می‌انجامد. از آنجا که ماهیت رویکرد روشنفکران، فاقد مبانی منّح است و محمل فقهی آن روشن نیست، رویکردی فقهی محسوب نمی‌شود و از این رو به لحاظ فقهی و حقوقی یک پاسخ فقهی محسوب نمی‌شود. چنانچه از موضع فقیهانه به مقوله وهن دین نگریسته شود باتوجه به این از منظر فقهی وهن، حالتی است که

چالش‌های استناد به
وهن دین در فرآیند
استنباط فقهی

۱۳۳

ناشی از نگاه و طرز تلقی ناظران است و مفروض فقیهان این است که عروض وهن بدین گونه است که جمعی یا انبوهی از مردم به دلیل اینکه به درک روشنی از حکم الهی دست نمی‌یابند و کنه و حقیقت حکم را در نمی‌یابند، وقتی با ذهنیت زمانه خود به داوری حکم می‌نشینند چه بسا آن را موهون شمارند. طبق این دیدگاه مصلحت تعطیل و یا تغییر حکم، ناشی از تغییر ذاتی متعلق حکم نیست، بلکه یک مصلحت نوعیه خارج از ذات فعل است (از قبیل مصلحت حفظ و جاهت و اعتبار دین) که در کسر و انکسار با مصلحت ذات فعل واقع می‌شود و حاصل آن غلبه مصلحت نوعیه بر مصلحت ذات فعل است و در نتیجه حکم شرعی به‌رغم برخورداری از مصلحت نفس الامری موقتاً عرصه را خالی می‌کند و به تعطیلی کشیده می‌شود و احیاناً تغییر می‌یابد. به تعبیر دیگر خواستگاه وهن، ذهنیت مردم است، بدون اینکه در ذات فعل دگرگونی در جهات حسن و قبح پدید آید. از سویی مصلحت راجحی چون حفظ و جاهت دین و آبروی شریعت در تراحم با مصلحت متعلق حکم (ذات فعل) واقع می‌شود و حاصل این تراحم، تعطیلی موقتی و مادام‌الوهن حکم اولی است؛ بنابراین تمسک به قاعده وهن دین تنها موجب دگرگونی موقت و مادام‌الوهن است و دگرگونی موقت حکم با اصل اولیه ثبات و دوام احکام منافاتی ندارد، همچنان که دگرگونی احکام موضوعات که معروض اضطرار واقع می‌شوند، منافی ثبات و جاودانگی احکام، تلقی نمی‌شوند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۲۴

۲. تعارض استناد به وهن دین با لزوم صلابت در دین

چنانچه پیش‌تر اشاره شد، وهن دین از جمله مفاهیمی است که به جهت تأثیر شدید از مقتضیات زمان و مکان و نگاه به مقولات و موضوعات، به شدت سیال است و این سیالیت این نگرانی را به دنبال دارد که انعطاف نسبت به عرف به انفعال در برابر عرف بیانجامد. از سوی دیگر بر کسی که اندک آشنایی با دین اسلام و بلکه هر دین الهی داشته باشد، پوشیده نیست که فلسفه و حکمت عمده و اصلی فرستاده شدن پیامبران و کتاب‌های آسمانی تصحیح و تربیت عرف در جهت سلامت دنیا و سعادت عقبی است. به عبارت دیگر دین برای تربیت عرف آمده است نه تبعیت از

عرف (انعام/ ۱۱۶، بقره/ ۱۲۰): بنابراین از جمله نگرانی‌های قابل توجه در باب استناد به وهن دین این است که تمسک به عنصر وهن دین برای توقف و تغییر احکام، با آموزه‌های قرآنی و روایی که در آن‌ها بر صلابت در دین و اجرای احکام و آموزه‌های دینی، تأکید شده است، منافات دارد.

۲/۱. مستندات لزوم صلابت در دین

برای لزوم صلابت در دین و اجرای احکام و آموزه‌های دینی به آیات و احادیثی استناد شده است. از جمله آیات بیانگر این موضوع می‌توان به آیه شریفه زیر اشاره کرد: «هرگز یهود و نصاری از تو راضی نخواهند شد (تا به‌طور کامل، تسلیم خواسته‌های آن‌ها شوی و) از آیین (تحریف یافته) آنان، پیروی کنی. بگو: «هدایت، تنها هدایت الهی است!» و اگر از هوی و هوس‌های آنان پیروی کنی، بعد از آنکه آگاه شده‌ای، هیچ سرپرست و یآوری از سوی خدا برای تو نخواهد بود.» (بقره/ ۱۲۰).

تقریر استدلال اینکه در این آیه، خداوند متعال به صراحت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله را از تسلیم نسبت به خواسته‌های یهودیان و مسیحیان، بر حذر داشته و بر صلابت و پافشاری بر دین، تأکید فرموده است.

از جمله روایات مؤید لزوم صلابت در دین و اجرای مناسک دینی و مذهبی نیز می‌توان به این روایت اشاره کرد:

«عبدالله حماد از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: ... حمد خداوندی را که در میان مردم کسانی را قرار داد که به نزد ما می‌آیند و ما را مدح می‌کنند و برای ما مرثیه می‌خوانند و دشمن ما را کسانی قرار داد که بر ایشان، از خویشان ما یا از غیر ایشان، طعنه می‌زنند و ایشان را تهدید می‌نماید و کارهای ایشان را زشت می‌شمارند.» (ابن قولویه، ۱۳۵۶، ۳۲۵-۳۲۶)

تقریر استدلال به این حدیث، این گونه است که در این روایت امام علیه السلام طعنه‌زنندگان و تقبیح‌کنندگان را دشمن اهل بیت علیهم السلام معرفی می‌کنند و با توجه به این که امام علیه السلام خداوند را به خاطر این که دشمنان اهل بیت علیهم السلام را طعنه‌زنندگان قرار داده است، شکر می‌کنند، روشن می‌شود اثری بر طعنه‌ای ایشان قرار داده

نمی‌شود بلکه خود فاعلِ طعنه، مورد سرزنش است.

۲/۲. نقد و بررسی مستندات لزوم صلابت در دین

بر استدلال به آیه کریمه می‌توان چنین اشکال کرد:

اولاً: آیه مورد استدلال بعد از آیه ذیل است:

«و آنان که آگاهی ندارند گفتند: چرا خدا با خود ما سخن نمی‌گوید؟ یا چرا معجزه را به خود ما نمی‌دهد؟ جاهلانی هم که قبل از ایشان بودند، نظیر این سخنان را می‌گفتند. دل‌های اینان با آنان شبیه به هم است و ما آیات را برای مردمی بیان کرده‌ایم که علم و یقین دارند.» (بقره/۱۱۸)

آیه مورد استناد، ناظر به موردی است که فرد یا گروهی در گرایش به دین به بهانه‌های موهوم متمسک شود. به عبارت دیگر آیه درصدد بیان بی‌اعتباری بهانه‌تراشی‌های موهوم برای فرار از گرایش به دین حق است.

ثانیاً: سخن این است که آیا می‌توان نسبت بهانه‌تراشی که آیه ناظر به آن است را با هر نوع نگاه منفی به احکام، تساوی دانست؟ به نظر می‌رسد نمی‌توان نسبت میان هر نگاه منفی به احکام و آموزه‌های اسلامی را با بهانه‌تراشی، تساوی دانست؛ چراکه گاهی نگاه منفی به احکام اسلامی مولود و محصول تغییر شرایط عصری و نسلی است. به عنوان نمونه این که نگرش جامعه جهانی در زمان کنونی به رجم، نگرشی منفی است، بهانه‌تراشی نیست بلکه ناشی از منسوخ شدن این نوع مجازات در نظام‌های حقوقی متعارف دنیای کنونی است؛ بنابراین آیه پیش‌گفته به دلیل عدم تساوی بهانه‌تراشی با نگرش منفی به احکام اسلامی، از محل بحث؛ یعنی وهن دین، تخصصاً خارج است.

در مورد دلالت روایت نیز می‌توان چنین اشکال کرد که اصطلاح دشمنان که در فرمایش امام علیه السلام آمده است، قرینه و نشانه‌ای است بر این که امام علیه السلام در این فرمایش تنها طعنه، ایراد و زشت شمردن یک عمل از سوی دشمن را بی‌اثر دانسته‌اند، نه این که زشت شمردن یک حکم یا عمل از سوی عرف عام را بی‌اثر بدانند؛ بنابراین این حدیث نیز از محل بحث، تخصصاً خارج است. البته مقصود از عبارت پیش‌گفته

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۲۶

مشروع بودن عرف نیست، بلکه منظور این است که فرمایش امام علیه السلام ناظر به عرف خاص نیست هر چند لزوماً به معنای تأیید هر عرف عامی هم نیست.

۳. تخصیص اکثر

از جمله دغدغه‌های جدی در باب استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی این است که باتوجه به تحولات سریع ذائقة عرف در عصر جاری، بیم آن می‌رود که روزگاری نه‌چندان دور، استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی به تخصیص اکثر بیانجامد؛ به این معنا که روزگاری حجم زیادی از احکام و آموزه‌ها و مناسک و مراسم دینی و مذهبی، اموری موهون تلقی شوند. بر این اساس این مسئله شکل می‌گیرد که برای این اشکال محتمل چه پاسخی می‌توان یافت و به عبارت دیگر چه دفعی می‌توان برای این دخل مقدر، مطرح کرد؟

باید دانست دغدغه فوق کاملاً به‌جا است و چنانچه احتیاط و تمهیدات لازم در استناد به وهن دین در فرآیند استنباط فقهی صورت نگیرد، به‌طور جدی احتمال خروج احکام کثیری از گردونه اجرا وجود دارد. بر این اساس پیشنهاد این نوشتار برای پیش‌گیری از آن اشکال و دفع آن دخل مقدر این است که اولاً می‌بایست احکام و مناسک دینی و مذهبی توسط مجتهد یا شورای اجتهاد و افتا، با دقت و احتیاط رتبه‌بندی شوند؛ یعنی باتوجه به میزان اهتمام شارع مقدس نسبت به اجرای یک حکم و باتوجه به مقاصد اصلی و عمده شریعت، وزن و قدر هر حکمی، معلوم و معین شود و احکام رکنی که مورد اهتمام شارع مقدس است و شارع مقدس به‌هیچ‌وجه توقف و تعطیلی آن‌ها را بر نمی‌تابد از احکامی که امکان انعطاف و توقف در آن‌ها وجود دارد، تمیز و تفکیک شود. ثانیاً با مشورت و رایزنی با کارشناسان حوزه‌های جامعه‌شناسی، روان‌شناسی و فرهنگی، برای کشف وجه موهون تلقی شدن یک حکم و دلیل اعراض و ادبار عمومی از آن حکم، معلوم شود. ثالثاً با انجام پژوهش‌های آماری علمی، حجم و گستردگی موهون تلقی کردن یک حکم در جامعه مشخص شود. در نهایت چنانچه مجتهد از برآیند و کسر و انکسار امور پیش‌گفته به این نتیجه رسید که اجرای یک حکم

چالش‌های استناد به
وهن دین در فرآیند
استنباط فقهی

۱۲۷

باید متوقف شود، می‌توان حکم به تعطیلی و توقف آن حکم داد. باتوجه به مطلب پیش گفته، چنانچه فرایند پیشنهادی با دقت و احتیاط کامل و کافی طی شود، این دقت و احتیاط دفع بر آن دخل مقدر است و از آن آسیب محتمل پیش‌گیری می‌کند. بنابر آنچه بیان شد، لزوم مشورت با کارشناسان حوزه‌های اجتماعی و فرهنگی و نیز تشکیل شورای افتا و بررسی جمعی موارد و مصادیق و هن دین می‌تواند موجب انضباط در تمسک به و هن دین در تغییر و تعطیل احکام باشد.

نتیجه‌گیری

می‌توان دستاوردهای این پژوهش را به طور خلاصه به ترتیب ذیل بیان نمود:
نخست: اگرچه در ابتدای امر میان ثبات و دوام احکام و سیالیت و هن دین تعارض مشاهده می‌شود اما باتوجه به این که عروض و هن دین در صورتی که به تشخیص مجتهد در حدی باشد که منشأ اثر باشد؛ یعنی به معنای همراه شدن مصلحت اجرای حکم با مفسده‌ای مهم‌تر از اجرای حکم باشد. از سوی دیگر معنای جاودانگی و ثبات احکام این است که هر حکمی وابسته به مصلحت آن است و با رخت بر بستن آن مصلحت یا همراه شدن مفسده‌ای مهم‌تر از آن مصلحت، حکم تازه متناسب با شرایط تازه، به جای حکم قبلی خواهد نشست. این سیالیت نافی آن اصل اولیه ثبات و دوام نیست.
دوم: از آنجا که احکام تابع مفاسد و مصالح هستند و بسیاری از این مصالح و مفاسد به مرور زمان و در شرایط زمانی و مکانی تفاوت می‌یابند، برای ماندن احکام در مسیری که منتهی به مقاصد شارع مقدس می‌شود، تبدل و توقف حکم به تناسب تبدل موضوع در مواردی که تبدل حکم، موجب قرین شدن مصلحت با مفسده‌ای اهم شود، ضروری می‌نماید.

سوم: باتوجه به این که این عدم ورود شارع مقدس برای تأسیس موضوع به این معنا است که شارع مقدس دست‌یابی عقلا بر ملاک‌های بسیاری از احکام معاملی را مورد تأیید قرار داده است، کشف ملاک حکم، خارج از دسترس عقلا نیست؛ در مورد احکام عبادی، به جهت دور از دسترس بودن ملاک حکم، عروض عنوان ثانوی و هن را نمی‌توان مُعَبِّر ذات موضوع دانست، اما در مورد احکام غیرعبادی،

خصوصاً احکام امضایی، عروض عنوان وهن می‌تواند مُغیّر ذات موضوع باشد که در نتیجه موجب رخت برستن ملاک حکم پیشین و آمدن ملاک جدید خواهد شد که حکم جدید متناسب با ملاک جدید را به دنبال دارد.

چهارم: چنانچه عروض وهن دین به جهت پیشرفت‌های ناشی از رشد عقلی و علمی باشد، در خصوص احکام امضایی می‌توان از دگرگونی ملاکات احکام اولیه، سخن گفت، اما چنانچه عروض وهن دین، ناشی از تحولات موضعی و مقطعی باشد، عروض وهن دین، موجب دگرگونی ملاکات احکام اولیه نمی‌شود بلکه تنها مانع اجرای این احکام و یا موجب توقف اجرای این احکام می‌شود.

پنجم: چنانچه توقف و تغییر حکم بر اثر عروض وهن دین محدود به احکامی شود که شارع مقدس جواز توقف و تغییر آن را در موارد خاص و اضطراری ولو به شکل کلی، امضا و تأیید کرده است؛ به این معنا که حکم مورد نظر به تشخیص مجتهد از جمله احکامی نباشد که شارع مقدس به هیچ‌وجه راضی به توقف و تغییر آن نیست، چنین توقف و تعطیلی حکمی با اصل اولیه لزوم صلابت در دین که در آیات و روایات متعدد مورد تأکید قرار گرفته است، متعارض نیست.

ششم: چنانچه احکام و مناسک دینی و مذهبی توسط مجتهد یا شورای اجتهاد و افتا، با دقت و احتیاط رتبه‌بندی شود؛ یعنی با توجه به میزان اهتمام شارع مقدس نسبت به اجرای یک حکم و با توجه به مقاصد اصلی و عمده شریعت، وزن و قدر هر حکمی، معلوم و معین شود و احکام رکنی که مورد اهتمام شارع مقدس است و شارع مقدس به هیچ‌وجه توقف و تعطیلی آن‌ها را بر نمی‌تابد از احکامی که امکان انعطاف و توقف در آن‌ها وجود دارد، تمیز و تفکیک داده شود و با مشورت و رایزنی با کارشناسان حوزه‌های جامعه‌شناسی، روان‌شناسی و فرهنگی، وجه موهون تلقی شدن یک حکم و دلیل اعراض و ادبار عمومی از آن حکم، معلوم شود و نیز با انجام پژوهش‌های آماری علمی، حجم و گستردگی موهون تلقی کردن یک حکم در جامعه مشخص شود و آنگاه مجتهد از برآیند امور پیش گفته به این نتیجه رسد که اجرای یک حکم باید متوقف شود، توقف و تغییر حکم بر اثر عروض عنوان ثانوی حکم، منتهی به تخصیص اکثر و یا خروج کثیری از احکام از گردونه اجرا نخواهد شد.

منابع

- قرآن کریم. ترجمه: مکارم شیرازی
- نهج البلاغه. (۱۳۸۷). ترجمه: جعفر شهیدی، تهران: انتشارات قلم.
- ۱. آمدی، عبدالواحد بن محمد. (۱۴۱۰ق)، غرر الحکم و درر الکلم. قم: بی نا.
- ۲. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷). النهایة فی غریب الحدیث و الأثر. قم: بی نا.
- ۳. ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۳۸۵)، علل الشرائع. ج ۲، قم: بی نا.
- ۴. ابن سیده، علی بن اسماعیل. (بی تا)، المحکم و المحيط الأعظم. ج ۴، بیروت: بی نا.
- ۵. ابن شعبه حسن بن علی. (۱۳۶۳ق)، تحف العقول. قم: بی نا.
- ۶. ابن شهر آشوب مازندرانی، رشیدالدین محمد بن علی. (۱۳۶۹ق)، متشابه القرآن و مختلفه. ج دوم، قم: دار الیادار للنشر.
- ۷. ابن فارس، احمد. (بی تا)، معجم مقاییس اللغة. جلد ششم، قم: بی نا.
- ۸. ابن قولویه، جعفر بن محمد. (۱۳۵۶)، کامل الزیارات. نجف اشرف: بی نا.
- ۹. ابن منظور، محمد بن مکرم. (بی تا)، لسان العرب. جلد سیزدهم، بیروت: بی نا.
- ۱۰. ازدی، عبدالله بن محمد. (۱۳۸۷)، کتاب الماء. جلد سوم، تهران: بی نا.
- ۱۱. ازهری، محمد بن احمد. (بی تا)، تهذیب اللغة. جلد هفتم، بیروت: بی نا.
- ۱۲. افضلی، محمد علی. (۱۳۹۴)، قمه زنی زخمی بر چهره تشیع. قم: مؤسسه بوستان کتاب.
- ۱۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب. جلد اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ۱۴. بجنوردی، سید محمد حسن. (۱۴۱۰ق)، القواعد الفقهیه. جلد پنجم، قم: اسماعیلیان.
- ۱۵. بحرانی، آل عصفور، حسین بن محمد. (۱۴۲۱ق)، سداد العباد و رشاد العباد. قم: کتاب فروشی محلاتی.
- ۱۶. بحرانی، آل عصفور، حسین بن محمد. (بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. جلد یازدهم، قم: مجمع البحوث العلمیه.
- ۱۷. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. جلد هجدهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۸. بدری، تحسین. (۱۴۲۸ق)، معجم مفردات أصول الفقه المقارن. تهران: بی نا.
- ۱۹. بستانی، فواد افرام. (۱۳۷۵)، فرهنگ ابجدی. تهران: بی نا.
- ۲۰. بهجت، محمد تقی. (۱۴۲۴ق)، مناسک حج و عمره. قم: انتشارات شفق.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۳۰

۲۱. تبریزی، جواد بن علی. (بی تا)، استفتاءات جدید. ج ۱، قم: بی نا.
۲۲. ثلاثی، یوسف بن احمد. (۱۴۲۳ق)، تفسیر الثمرات البانعه و الاحکام الواضحه القاطعه. ج پنجم، یمن: مکتبه التراث الإسلامی.
۲۳. جوهری، اسماعیل بن حماد. (بی تا)، الصحاح. جلد دوم، بیروت: بی نا.
۲۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه. جلد هفدهم، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۲۵. حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۶. حسینی یار، حسن. (۱۴۰۲). مفهوم شناسی وهن دین و گونه شناسی حکم آن. سایت فصلنامه علمی فقه و اصول. آماده انتشار.
۲۷. حکیم، محمد تقی بن محمد سعید. (۱۴۱۸ق)، الأصول العامة فی الفقه المقارن. قم: بی نا.
۲۸. حمیری، نشوان بن سعید. (بی تا)، شمس العلوم. ج ۱۱، دمشق: بی نا.
۲۹. حیدری، محمد. (۱۳۸۱)، معجم الأفعال المتداولة. قم: بی نا.
۳۰. خامنه ای، سید علی بن جواد حسینی. (۱۴۲۰ق)، أجوبة الاستفتاءات. ج دوم، بیروت: الدار الإسلامیة.
۳۱. خمینی، سید روح الله موسوی. (۱۴۲۲ق)، استفتاءات. جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. خمینی، سید روح الله موسوی. (بی تا)، تحریر الوسیلة. ج اول، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۳۳. خمینی، سید روح الله موسوی. (بی تا)، مناسک حج. بی جا: بی نا.
۳۴. خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. جلد سوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۵. خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی. ج اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (رحمه الله علیه).
۳۶. راسخ، عبد المنان. (۱۴۲۴ق)، معجم اصطلاحات أصول الفقه. بیروت: بی نا.
۳۷. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (بی تا)، مفردات ألفاظ القرآن. بیروت: بی نا.
۳۸. زمخشری، محمود بن عمر. (۱۳۸۶)، مقدمة الأدب. تهران: بی نا.
۳۹. زمخشری، محمود بن عمر. (بی تا)، أساس البلاغة. بیروت: بی نا.
۴۰. سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۲۵ق)، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الأساسیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۴۱. سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۲۸ق)، **دلیل تحریر الوسیله**. جلد دوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه
۴۲. شاکری، بلال. (۱۳۹۳)، «نگاهی دیگر به وهن دین و مذهب». سایت اجتهاد.
۴۳. شاهرودی، سید مرتضی موسوی. (۱۴۲۸ق)، **جامع الفتاوی**، جلد ششم، قم: نشر مشعر.
۴۴. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۲۷ق)، **مناسک زائر**. قم: شهاب الدین.
۴۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۶ق)، **تمهید القواعد**. قم: بی نا.
۴۶. صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. (بی تا)، **المحیط فی اللغة**. جلد چهارم، بیروت: بی نا.
۴۷. طباطبایی، محمدحسین. (۱۳۷۴)، **تفسیر المیزان**. جلدهای اول و دوم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۸. طبرسی، حسن بن فضل. (۱۳۸۵ق)، **مجمع البیان**. قم: بی نا.
۴۹. طبرسی، علی بن حسن. (۱۳۸۵ق)، **مشکاة الأنوار فی غرر الأخبار**. نجف: بی نا.
۵۰. طریحی، فخر الدین بن محمد. (۱۳۷۵)، **مجمع البحرین**. ج ۶، تهران: بی نا.
۵۱. طوسی، محمد بن حسن. (بی تا)، **التبیین فی تفسیر القرآن**. ج ۳، بیروت: دار احیاء تراث العربی.
۵۲. عدالت نژاد، سعید. (۱۳۸۴)، **اندر باب اجتهاد**. تهران: انتشارات طرح نو.
۵۳. عسکری، حسن بن عبدالله. (بی تا)، **الفروق فی اللغة**. بیروت: بی نا.
۵۴. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق)، **جامع المسائل**. قم: انتشارات امیر قلم.
۵۵. فاضل مقداد، ابو عبدالله مقداد بن عبدالله. (۱۳۷۳)، **کنز العرفان فی فقه القرآن**. تهران: مرتضوی.
۵۶. فراهیدی، خلیل بن احمد. (بی تا)، **کتاب العین**. ج ۳، قم: بی نا.
۵۷. فیومی، احمد بن محمد. (بی تا)، **المصباح المنیر**. ج ۲، قم: بی نا.
۵۸. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر. (۱۴۲۲ق)، **أنوار الفقاهة**. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۹. کاشف الغطاء، مهدی. (۱۴۲۳ق)، **أحكام المتاجر المحرمة**. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۶۰. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق)، **الکافی**. ج ۴، تهران: بی نا.
۶۱. کاوس روحی، برندق. آذر ۱۳۹۵، **تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران**. فصلنامه **مطالعات فقه و حقوق اسلامی**، دوره ۸، شماره ۱۵، ۲۰۱-۲۲۴.
۶۲. محمدی، سید باقر. (۱۳۹۹)، **بررسی فقهی موانع و نهادهای جانشین اقامه حدود در عصر غیبت**. قم: پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۳۳

۶۳. مرتضی زبیدی، محمد بن محمد. (بی تا)، تاج العروس. ج ۱۸، بیروت: بی نا.
۶۴. مصطفوی، حسن. (بی تا)، التحقيق في كلمات القرآن الكريم. بیروت: بی نا.
۶۵. مظفر، محمدرضا. (بی تا)، اصول الفقه. ج ۲، قم: اسماعیلیان.
۶۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق)، الفتاوی الجديدة. جلد سوم، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ناصر.
۶۷. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق)، دائرة المعارف فقه مقارن. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۶۸. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ق)، أنوار الفقاهة. قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۶۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۶ق)، مناسک جامع حج. قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۷۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق)، استفتاءات جدید. ج ۱، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۷۱. منتظری، حسین علی. (بی تا)، رساله استفتاءات. ج ۲، قم: بی نا. بی تا.
۷۲. مهنا، عبدالله علی. (بی تا)، لسان اللسان. ج ۲، بیروت: بی نا.
۷۳. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۳ق)، فقه القضاء. ج ۲، قم: بی نا.
۷۴. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی. ج ۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی رحمته الله علیه.
۷۵. موسوی قزوینی، سید علی. (۱۴۲۴ق)، ینایع الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام. ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۷۶. موسی، حسین یوسف. (بی تا)، الإفصاح. جلد اول، قم: بی نا.
۷۷. مؤمنی، عابدین. پاییز و زمستان ۱۳۹۶، «مؤلفه های تأثیرگذار در اجرای حدود». فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۹، شماره ۱۷، ۲۳۵-۲۵۶.
۷۸. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. جلد بیست و دوم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة. جلد چهاردهم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۸۰. نوبهار، رحیم. (۱۳۹۰)، اهداف مجازات هادر جرایم جنسی. قم: پژوهشگاه فرهنگ و علوم اسلامی.

۸۱. نورانی، مصطفی. (۱۳۹۲ق)، قواعد الأصول. قم: بی‌نا.
۸۲. هنرمند، علی اصغر. (۱۳۹۹)، (واکاوی ادله عقلی و نقلی وهن دین). دو فصلنامه علمی - تخصصی فقه و اجتهاد، سال هفتم، شماره سیزدهم، ۷۳-۹۸.

References

- *The Holy Qur'ān*. Translated by Āyatullāh Makārim Shīrāzī.
- *Nahj al-Balāghah*. 2008/1387. Translated by Ja'far Shahīdī. Tehran: Intishārāt Qalam.
- 1. Ibn Athīr Shībānī, Majd al-Dīn Mubārak ibn Muḥammad. 1988/1367. *Al-Nihāyat fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. Qom.
- 2. Ibn Bābiwayh al-Qommī, Muḥammad Ibn 'Alī (al-Shaykh al-Ṣadūq). 2006/1385. *'Ilal al-Shara'ī'*. Qom.
- 3. al-Mursī, Abī al-Ḥasan 'Alī ibn Ismā'īl ibn Sayyidah (ibn Sayyidah). n.d. *al-Muḥkam wa al-Muḥīṭ al-A'zam*. Volume 4. Beirut.
- 4. Al-Ḥarrānī, Abī Muḥamad al-Ḥassan ibn 'Alī al-Ḥusayn ibn Shu'bah. 1943/1363. *Tuḥaf al-'Uqūl 'an Āl al-Rasūl Allāh*. Qom.
- 5. Ibn Shahr Āshūb Māzandarānī, Rashīd al-Dīn Muḥammad ibn 'Alī. 1949/1369. *Mutashābah al-Qur'ān wa Mukhtalafah*. Volume 2. Qom: Dār al-Bīdār lil Nashr.
- 6. Ibn Fārs, Abī al-Ḥusayn Aḥmad. n.d. *Mu'jam Maqā'īs al-Lughah*. Qom.
- 7. Ibn Qūliwayh al-Qommī, Abulqāsim Ja'far ibn Muḥammad. 1977/1356. *Kāmil al-Ziyārāt*. 1st. Najaf al-Ashraf: Dār al-Murtaḍawīyah.
- 8. Ibn Manzūr, Muḥammad Ibn Mukarram. n.d. *Lisān al-'Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fīkr.
- 9. Al-Uzdī al-Şihārī, Abū Muḥammad 'Abdullāh ibn Muḥammad. 2008/1387. *Kitāb al-Mā'*. Volume 3. Tehran.
- 10. Al-Azharī, Muḥammad ibn Aḥmad. n.d. *Tahdhīb al-Lughat*. Beirut.
- 11. Afḍalī, Muḥammad 'Alī. 2015/1394. *Qamih Zanī bar Chirih-yi Tashayū'*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yī 'Ilmīyyi-yi Qom).
- 12. Al-Tamīmī al-Āmidī, 'Abd al-Wāhid ibn Muḥammad. 1989/1410. *Ghurarr al-Ḥikam wa Durarr al-Kalim*. Qom.
- 13. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Mīlād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
- 14. Mūsawī Bujnurdī, Sayyid Muḥammad. 1989/1410. *Qawā'id-i Fiqhīyyi*. Volume 5. Qom: Ismā'īliyyān.
- 15. Āl 'Uṣfūr al-Baḥrānī, Ḥusayn Ibn Muḥammad. 2000/1421. *Sidād al-'Ibād wa Rishād al-'Ibād*. Qom: Kitāb Furūshī Dāwarī.
- 16. Āl 'Uṣfūr al-Baḥrānī, Ḥusayn Ibn Muḥammad. n.d. *al-Anwār al-Lāmi' fī Sharḥ Maḡāṭih al-Sharā'ī'*. Edited by Muḥsin Āl-i 'Uṣfūr al-Baḥrānī. Qom: Majma' al-

- Buḥūth al-‘Ilmīyya.
17. Āl ‘Uṣfūr al-Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad ibn Ibrāhīm. 1984/1405. *Al-Ḥadā’iq al-Nādirat fī Aḥkām al-‘Itrat al-Ṭāhirah*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 18. al-Badrī, Taḥsīn. 2007/1428. *Mu‘jam Mufradāt ‘Uṣūl al-Fiqh al-Muqāran*. Tehran: al-Mushriq li al-Thaqāfa wa al-Nashr.
 19. Baṣṭānī, Fu‘ād Afrām. 1996/1375. *Farhang Abjadī*. Tehran.
 20. Bahjat Gīlānī Fūmanī, Muḥammad Taqī. 2003/1424. *Manāsik Ḥajj wa ‘Umrah*. 3rd. Qom: Intishārāt Shafaq.
 21. Al-Tabrizī, al-Mīrzā Jawād ibn ‘Alī. n.d. *Istiftā‘āt Jadīd*. Qom.
 22. Thalā‘ī, Yūsuf ibn Aḥmad. 2002/1423. *Tafsīr al-Thamarāt al-Yānī‘at wa al-Aḥkām al-Wāqīhat al-Qā‘i‘ah*. Volume 5. Yaman: Maktabat al-Turāth al-Islāmī.
 23. al-Jawharī, Ismā‘il Ibn Ḥammād. n.d. *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-Lughat wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabīyyah*. Edited by Aḥmad ‘Abd al-Ghafūr ‘Aṭār. Beirut.
 24. al-Ḥurr al-‘Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Wasā‘il al-Shī‘a ilā Tahṣīl al-Masā‘il al-Sharī‘a*. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā’ al-Turāth.
 25. Al-Marāghī, ‘Abd al-Fattāḥ. 1996/1417. *Al-‘Anāwīn al-Fiqhīyah*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 26. Ḥusaynī Yār, Ḥasan. 1981/1402. *Mafhūm Shināsī-yi Wahn-i Dīn wa Gūnih Shināsī-yi Ḥukm-i Ān*. Faṣlnāmih-yi ‘Ilmī-yi Fiqh wa Uṣūl.
 27. al-Ḥakīm, al-Sayyid Muḥammad Taqī. 1997/1418. *al-‘Uṣūl al-‘Āmma lī al-Fiqh al-Muqāran*. Qom.
 28. Al-Ḥumayrī, Nashwān ibn Sa‘īd. n.d. *Shams al-‘Ulūm wa Dawā‘ al-Kalām al-‘Arab min al-Kulūm*. Volume 11. Demascus: Dār al-Fikr.
 29. Al-Ḥaydarī, Muḥammad. 2002/1381. *Mu‘jam al-Af‘āl al-Mutadāwilah*. Qom.
 30. al-Ḥusaynī al-Khāmīnā‘ī, al-Sayyid ‘Alī. 1999/1420. *Ujūbat al-Istiftā‘āt*. Volume 2. 3rd. Beirut: al-Dār al-Islāmīyah.
 31. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2001/1422. *Istiftā‘āt*. Volume 3. 5th. Qom. Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
 32. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). n.d.V. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qom: Dār al-‘Ilm.
 33. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). n.d. *Manāsik al-Ḥajj*.
 34. al-Khāwansārī, al-Sayyid Aḥmad ibn Yūsuf. 1984/1405. *Jāmi‘ al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘*. Qom: Mu’assasat al-Ismā‘īlīyān.
 35. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1998/1418. *Mawsū‘at al-Imām al-Khu‘ī*. Mu’assasat Iḥyā’ Āthār al-Imām al-Khu‘ī.
 36. Al-Rāsikh, ‘Abd al-Manān. 2003/1424. *Mu‘jam Iṣṭilāḥāt Uṣūl al-Fiqh*. Beirut.
 37. Al-Rāghib al-Isfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad ibn Mufaḍḍal. n.d. *Mufradat Alfāz al-Qur‘ān*. Beirut.

38. al-Zamakhsharī al-Khārazmī, Maḥmūd Ibn ‘Umar (Jār Allāh). 2007/1386. *Muqadamat al-Adab*. Tehran.
39. al-Zamakhsharī al-Khārazmī, Maḥmūd Ibn ‘Umar (Jār Allāh). n.d. Asās al-Balāghah. Beirut.
40. al-Sayfī al-Māzandarānī, ‘Alī Akbar. 2004/1425. *Mabānī al-Fiqh al-Fa‘al fī al-Qawā‘id al-Fiqhīyat al-Asāsīyah..* Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
41. Sayfī Māzandarān, ‘Alī Akbar. 1996/1375. *Dalīl Tahṛīr al-Wasīlah*. Tehran: Mu’assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
42. Shākīrī, Balāl. 2014/1393. *Nigāhī Bih Wahn-i Dīn wa Madhhab*. Ijtihadnet.ir
43. Al-Mūsawī al-Shāhrūdī, Sayyid Murtaḍā. 2007/1428. *Jāmi‘ al-Fatāwā*. 1st. Manshūrāt Mash‘ar.
44. Shubayrī Zanjanī, Sayyid Mūsā. *Manāsik al-Zā‘ir*. 2006/1427 1st. Qom: Manshūrāt Shahāb al-Dīn.
45. al-‘Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn ‘Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1995/1416. *Tamhīd al-Qawā‘id al-Uṣūlīyat wa al-‘Arabīyah*. Qom: Maktab al-‘Ālām al-Islāmī.
46. Al-Şāhib ibn ‘Ibād, Ismā‘īl ibn ‘Ibād. *al-Muḥīṭ fī al-Lughah*. n.d. Beirut.
47. al-Ṭabāṭabā‘ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-‘Allāma al-Ṭabāṭabā‘ī). 1995/1374. *al-Mizān fī Tafṣīr al-Qur‘ān*. 5th. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
48. Al-Ṭabarsī, Abū ‘Alī Faḍl ibn Ḥassan (al-Shaykh al-Ṭabarsī). 1965/1365. *Majma‘ al-Bayān fī Tafṣīr al-Qur‘ān*. Qom.
49. Al-Ṭabarsī, Abū ‘Alī Faḍl ibn Ḥassan (al-Shaykh al-Ṭabarsī). 1965/1385. *Mishkāṭ al-Anwār fī Ghurar al-Akhbār*. Najaf.
50. al-Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn. 1995/1375. *Majma‘ al-Bahrayn*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā‘ al-Āthār al-Ja‘farīyya.
51. Al-Ṭūsī al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). n.d. *al-Tibyān fī Tafṣīr al-Qurān*. Edited by al-Sayyid Muḥammad Şādiq Āl Baḥr al-‘Ulūm. Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
52. ‘Idālat Nizhād, Sa‘īd. 2005/1384. *Andar Bāb Ijtihād*. Tehran: Inṣtishārāt Ṭarḥ Naw.
53. Al-‘Askarī, Ḥasan ibn ‘Abdullāh. n.d. *al-Furūq fī al-Lughah*. Beirut.
54. al-Fāḍil al-Lankarānī, Muḥammad. 2004/1425. *Jāmi‘ al-Masā‘il*. 10th. Qom: Amīr al-Qalam.
55. al-Siywarī al-Hillī, Miqdād Ibn ‘Abd Allāh (Fāḍil Miqdād). 1992/1372. *Kanz al-‘Irḥān fī Fiqh al-Qurān*. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya.
56. al-Farāhīdī, Khalīl Ibn Aḥmad. 1989/1410. *Kitāb al-‘ayn*. Edited by Mahdī al-Makhzūmī and Ibrāhīm al-Sāmīrā‘ī. Qom: Mu’assasat Dār al-Hijra.
57. Al-Fayyūmī, Abul ‘Abbās Aḥmad ibn Muḥammad. n.d. *Al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Sharḥ al-Kabīr lil Rāfi‘ī*. Qom.
58. Kāshif al-Ghiṭā‘, Ḥasan ibn Ja‘far. 2001/1422. *Anwār al-Fiqāha (Kitāb al-Ṭahārat)*.

- Najaf: Maṭba‘at Kāshif al-Ghiṭā al-‘Āmma.
59. Kāshif al-Ghiṭā‘, Mahdī. 2002/1423. *Aḥkām al-Matājir al-Muḥarramah*. Najaf: Maṭba‘at Kāshif al-Ghiṭā al-‘Āmma.
60. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya‘qūb (al-Shaykh al-Kulayni). 1987/1407. *al-Kāfi*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
61. Kāwūs Rūhī, Barandaq Ādhar. 2016/1395. *Tabār Shināsī ‘Urf dar Fiqh-i Imāmīyah wa Huqūq-i Īrān*. Faṣṣnāmih-yi Muṭāli‘āt-i Fiqh wa Huqūq-i Islāmī. 8, 15. 201-224.
62. Muḥammadī, Sayyid Bāqir. 2020/1399. *Barrasī-yi Fiqhī-yi Mawānī‘ wa Nihādḥā-yi Jānishīn-i Iqāmih-yi Hudūd dar ‘Aṣr-i Ghaybat*. Qom: Pazhūhishgāh-i Fahang wa ‘Ulūm-i Islāmī.
63. al-Husaynī al-Zabīdī al-Wāsiṭī, Murtaḍā Muḥammad ibn Muḥammad. n.d. *Tāj al-‘Arūs min Jawāhir al-Qāmūs*. Beirut: Dār al-Fikr.
64. Al-Muṣṭafawī, Ḥasan. n.d. *Al-Taḥqīq fī Kalamāt al-Qur‘ān al-Karīm*. Beirut.
65. al-Muzaffār, Muḥammad Riḍā. n.d. *Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Mu‘assasat Ismā‘īlīyān.
66. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2006/1427. *Al-Fatāwī al-Jadīdah*. Qom: Madrasī-yi Imām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib.
67. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2006/1427. *Dā‘irat al-Ma‘ārif Fiqh Muqāran*. Qom: Madrasī-yi Imām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib.
68. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2004/1425. *Anwār al-Fiqāhat*. Qom: Madrisī-yi Imām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib.
69. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2005/1426. *Manāsik Jāmi‘ Ḥajj*. Qom: Madrisī-yi Imām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib.
70. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2006/1427. *Istiftā‘āt Jadīdah*. Qom: Madrisī-yi Imām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib.
71. Al-Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. n.d. *Risālat Istiftā‘āt*. Qom.
72. Muhannā, ‘Abdullāh ‘Alī. n.d. *Lisān al-Lisān*. Beirut.
73. Al-Mūsawī al-Ardabīlī, Sayyid ‘Abul al-Karīm. 1987/1408. *Fiqh al-Qadā‘*. Qom: Manshūrāt Maktabat Amīr al-Mu‘minīn.
74. al-Mūsawī al-Khu‘ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1997/1418. *Mawsū‘at al-Imām al-Khu‘ī*. Qom: Mu‘assasat Iḥyā‘ Āthār al-Imām al-Khu‘ī.
75. al-Mūsawī al-Qazwīnī, al-Sayyid ‘Alī. 2003/1424. *Yanābī‘ al-Aḥkām fī Ma‘rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
76. Mūsā, Ḥusayn Yūsif. n.d. *al-Ifṣāḥ*. Qom.
77. Mu‘minī, ‘Ābidīn. 2017/1396. *Mu‘alifih-hāyi Ta‘thīr Gudhār dar Ijrā-yi Hudūd*. Faṣṣnāmih-yi Muṭāli‘āt-i Fiqh wa Huqūq-i Islāmī, 9, 17, 235-256.
78. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1983/1404. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharḥ-i‘ al-Islām*. 7th. Edited by ‘Abbās al-Qūchānī. Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
79. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1994/1415. *Muṣṭanad al-Shī‘a fī Aḥkām al-Sharī‘a*. 1st. Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt li Iḥyā‘ al-Turāth.
80. Nawbahār, Raḥīm. 2011/1390. *Ahdāf-i Mujāzāthā dar Jarāyim-i Jinsī*. Qom:

Pazhūhishgāh-i Farhang wa ‘Ulūm-i Islāmī.

81. Nūrānī, Muṣṭafā. 2013/1392. *Qawā‘id al-Uṣūl*. Qom.
82. Hunarmand, ‘Alī Aṣghar. 2020/1399. *Wākāwī Adallih-yi ‘Aqlī wa Naqlī Wahn-i Dīn*. Du Faṣlnāmih-yi ‘Ilmī Takhaṣuṣī-yi Fiqh wa Ijtihād. 7, 13, 73-98.

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.10, No.34
Spring 2024

138

Feasibility of Refutation of “Unfair Terms” Based on Imāmī Jurisprudence Sources¹

Mahdi Moftakhari

Ph.D Student of Private Law at Azad Mashhad; Mashhad-Iran.

Mojtaba Zahedian 

Associate Professor of Private Law at Azad Campus of Azad Islami University;
Mashhad-Iran. (Corresponding Author);

Sayyed Mohammad-Mahdi Qabouli-Dorafshan

Associate Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law Department
at Ferdowsi University Mashhad; Mashhad-Iran.

**Justārḡhā-ye
Fiḡhī va Uṣūlī**

Vol.10, No.34
Spring 2024


Receiving Date: 2024-02-01; Approval Date: 2024/05/02

Abstract

139

In recent decades, several new terms have been increasingly used in the laws and rules of Arab countries, all of which somehow indicate the unfairness of the contract (either in the nature of the contract or in the terms of the contract). One of these terms is “unfair condition.” The most important feature of unfair (*ta’asuḡfī*) conditions is the exploitation and abuse of the external or internal weakness of the weak party. Iranian law has addressed the imposed

1. *Zahediyan. M. (2024)*; “Feasibility of Refutation of “Unfair Terms” Based on Imāmī Jurisprudence Sources” ; *Jostar_ Hay Fiḡhi va Usuli*; Vol: 10; No: 34; Page: 139-175;

 10.22034/jrj.2024.68501.2776



This Article is distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 | <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

or unfair conditions with delay and in a more limited way. Unfair condition is not mentioned in any jurisprudential sources, but it is possible to analyze it based on jurisprudential sources. There are two possibilities in refutation and the need to adjust the unfair condition: the correctness and refutation approach. Contractual freedom and the validity of contracts, the principle of validity and the non-inclusion of an unfair condition among refutation conditions are the evidence of the first possibility. Entering into the conditions contrary to the Holy Qur'ān and the *Sunnah*, the principle of justice and fairness, the prohibition of disorder in the system, the forbidding the uncertain (*gharar*), the forbidding of consuming property wrongfully, and the unity of the criteria with similar subjects such as *al-Bay' 'alā al-Bay'*, *al-Sawm 'alā al-Sawm*, *Najsh* and *Talaqqā al-Rukbān* are evidence of the second possibility. In case of refutation of an unfair condition, it is possible to dictate the possibility of termination or modification of the contract in favour of the weaker party.

Keywords: Unfair terms, *Najsh*, *Talaqqā al-Rukbān*, *'Aqd al-Idh'ān*, Laws of Arab Countries.

امکان سنجی ابطال «شروط تعسفی» بر اساس منابع فقه امامیه^۱

مهدی مفتخری

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد؛ مشهد-ایران.

رایانامه: moftakhari.lawyer@gmail.com

مجتبی زاهدیان

استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد؛ مشهد-ایران (نویسنده مسئول)؛

رایانامه: zahedian.mojtaba@yahoo.com

سیدمحمد مهدی قبولی درافشان

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد؛ مشهد-ایران.

رایانامه: ghaboli@um.ac.ir



امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه

۱۴۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۳

چکیده

در دهه‌های اخیر در حقوق و قوانین کشورهای عربی چند اصطلاح جدید به‌طور فزاینده‌ای مورد استفاده قرار گرفته است. همه این اصطلاحات به‌نوعی بر ناعادلانگی قرارداد (چه در ذات قرارداد و چه در شروط قرارداد) دلالت دارند. یکی از این مفاهیم «شرط تعسفی» است. مهم‌ترین ویژگی شروط تعسفی، استغلال و سوءاستفاده از ضعف بیرونی یا درونی طرف ضعیف است. حقوق ایران با تأخیر و به‌صورت محدودتر به شروط تحمیلی یا غیرمنصفانه پرداخته است. در هیچ منبع فقهی، اشاره‌ای به شرط تعسفی نشده

۱. زاهدیان، مجتبی و دیگران. «امکان سنجی ابطال «شروط تعسفی» بر اساس منابع فقه امامیه» فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی، ۱۰ (۳۴)، صص: ۱۳۹-۱۷۵

است ولی امکان تحلیل آن بر اساس منابع فقهی وجود دارد. دو احتمال در بطلان و لزوم تعدیل شرط تعسفی وجود دارد (رویگرد صحت و رویگرد بطلان). آزادی قراردادی و اعتبار قراردادهای، اصل صحت و عدم اندراج شرط تعسفی در زمره شروط باطل، ادله احتمال اول است. از سوی دیگر، دخول در شروط مخالف کتاب و سنت، قاعده عدل و انصاف، حرمت اختلال نظام، نهی از غرر، نهی از اکل مال به باطل و وحدت ملاک با موضوعات مشابه مانند البیع علی البیع، السوم علی السوم، نجش و تلقی الرکبان، ادله احتمال دوم است. در صورت قول به بطلان شرط تعسفی، می توان به امکان فسخ یا تعدیل قرارداد به نفع طرف ضعیف، حکم کرد.

کلیدواژه‌ها: شرط تعسفی، شروط غیرمنصفانه، نجش، تلقی الرکبان، عقد الاذعان، حقوق کشورهای عربی.

مقدمه

در دههٔ نخست قرن بیست و یکم شاهد فعالیت‌های حقوقی قابل توجهی در زمینهٔ حمایت از مصرف‌کننده در بسیاری از نظام‌های حقوقی عربی بودیم. در بسیاری از اندیشه‌های حقوقی و قوانین ممالک عربی به‌ویژه سرزمین‌های شمال آفریقا و خاورمیانه مانند: مصر، مراکش، الجزایر، لبنان، عراق و سوریه در این باب اصطلاحاتی پا به عرصه وجود گذاشتند که قبلاً اثری از آن‌ها در نصوص و متون فقهی و حقوقی نبود. شروط تعسفی، عقود اذعان (الحاقی)، عقود استغلال، شروط آحادیه الجانب، از این جمله هستند. شروط تعسفی به‌طور خاص و رقابت غیرمنصفانه به‌طور عام، هرگونه رفتار برخلاف اصول شرافتمندانه در قراردادهای به‌ویژه قراردادهای تجاری و صنعتی است. جان‌مایه این نوشتار، چیستی‌شناسی این نهادهای حقوقی در ممالک عربی و امکان‌سنجی کاربرد «شروط تعسفی» در فقه اسلامی به‌منظور ایجاد ضمانت‌های اجرایی است.^۱ واکاوی خاستگاه این بحث در حقوق

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۴۲

۱. ذکر این نکته اساسی در تبیین موضوع لازم و ضروری است که موضوع شروط تعسفی با نظریات «انتفای قرارداد» و «انتفای هدف قرارداد» در حقوق انگلیس، نظریه‌های «فورس ماژور» و «امپرویزون» در حقوق فرانسه، نظریه «الحوادث الطارئة» در حقوق مصر، نظریه «غیرعملی شدن تجاری قرارداد» در حقوق امریکا، نظریه «گشفتس گروندلاک» در حقوق آلمان و نظریه «هاردشیپ» یا «دشواری» (صادقی مقدم، ۱۳۹۰، ۲۷۰) و همچنین نظریه

و قوانین کشورهای عربی که متأثر از حقوق اروپایی و فقه اسلامی هستند و بررسی مبانی آن در فقه اسلامی، برای قانون‌گذاران بسیار سودمند خواهد بود. پرسش اصلی این مقاله آن است که آیا می‌توان منابع و مستندات از فقه اسلامی در ارتباط با بطلان شرط تعسفی و تعدیل یا ابطال عقد استخراج کرد؟ با توجه به کامل نبودن منابع قانونی نوشته شده حقوق ایران در خصوص شروط غیر منصفانه، بایسته است نخست آن را از منظر منابع فقهی تحلیل کرد تا با رجوع به دکترین‌های حقوقی و نظریات حقوقدانان، قوانین مورد نیاز کشور تدوین شود.

در کشور ما، موضوع شروط غیر منصفانه و عدم تعادل قابل توجه یا فقدان تعادل قراردادی (نه به معنای غبن اصطلاحی و یا غبن حادث) موضوعی نسبتاً تازه است و کار زیادی، به‌ویژه در حوزه مصرف‌کننده، در خصوص آن صورت نپذیرفته است. حقوق ایران برخلاف نظام‌های حقوق عرب، با تأخیر و به صورت محدودتر به شروط غیر منصفانه پرداخته است. مهم‌ترین قانون مربوط به شروط غیر منصفانه، لایحه تجارت است که در انتظار تأیید شورای نگهبان است.

مقالات بسیاری در خصوص شروط غیر منصفانه از منظرهای مختلف، نگاشته شده است و لکن همه یا اکثر آن‌ها با سویه حقوقی و در مجلات حقوقی تدوین شده‌اند و بحث فقهی آن‌ها بسیار اندک و به صورت استطرادی است. جهاتی که پژوهش حاضر را از تحقیقات پیش‌گفته ممتاز می‌سازد، دو امر است: نخست طرح موضوع از منظر حقوق کشورهای عربی که در مبانی و منابع نظام حقوقی خود، مانند ما متأثر از فقه اسلامی هستند و دوم پرداختن عمیق‌تر به موضوع از رهگذر مدخل‌های فقهی مرتبط است.^۱

امکان‌سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۴۳

«غبن» و «غبن حادث»، علی‌رغم برخی مشابهت‌ها دارای تفاوت‌های بنیادین است. توضیح کلی بدین صورت است که، شاید بتوان گفت از ملاک و مبنای این نظریات می‌توان به‌عنوان مبنایی در جهت مقابله با شروط تعسفی بهره برد. تئوری غبن نیز صرفاً یکی از مبانی مطرح‌شده جهت مقابله با این شروط در حقوق فرانسه است؛ زیرا غبن تنها در پاره‌ای از قراردادها مؤثر است و عیبی همگانی نیست و نتیجه آن بطلان نسبی قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ۲۲۲).

۱. برخی از تلاش‌های صورت گرفته که بیشترین قرابت را ممکن است با پژوهش حاضر دارا باشند ذکر می‌شود: مطالعه تطبیقی مقابله با شروط غیر منصفانه در حقوق ایران و عراق، (قبولی درافشان و همکاران، فصلنامه مجلس و راهبرد، ۱۳۹۹ ش). (این مقاله صرفاً سازوکارهای حقوقی مقابله با شروط غیر منصفانه همانند عیوب اراده، اکراه، غبن،

۱. شرط تعسفی

چنان که اشاره خواهد شد، بهترین معادل برای تعسفی، غیر منصفانه بودن است. بر این اساس، شرط تعسفی یعنی شرط غیر منصفانه. شرط غیر منصفانه شرطی است که با حسن نیت در معاملات منافات داشته و نابرابری فاحشی بین حقوق و تعهدات طرفین و به ضرر مصرف کننده به وجود آورد و در مذاکرات مستقیم، جایی نداشته باشد (تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۲۱). برای بهتر روشن شدن مفهوم شرط تعسفی به چستی شناسی آن در لغت و اصطلاح می پردازیم.

۱/۱. شرط تعسفی در لغت

واژه «تعسّف» در لغت عرب به معنای بی راهه روی، انجام کاری بدون تدبیر و راهنمایی و طی کردن مسیری بدون هدف و غرض آمده است. عسوف یعنی ظالم (فراهیدی، ۱۴۰۹، ق، ۱/۳۳۹؛ جوهری، ۱۴۱۰، ق، ۴/۱۴۰۳) و عَسَفَ به معنای ظلم هم آمده است (ابن الاثیر، ۱۳۶۴، ق، ۳/۲۵۳). تَعَسَّفَ به معنای ظلم کرد، آمده است (ابن منظور، ۱۴۰۵، ق، ۹/۲۴۵). در استعمال های جدید عربی زبانان، واژه «تعسّف» به معانی زورگویی، خشونت، تحکّم، ظلم و استبداد کاربرد دارد (الخوری الشرتونی اللبنانی، ۱۴۳۴، ق، ۵۴۷؛ معلوف، ۱۳۸۸، ق، ۵۰۵، المغربی الفیومی، ۱۴۳۰، ق، ۳۱۷).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۴۴

۱/۲. شرط تعسفی در اصطلاح فقه و حقوق معاصر کشورهای عربی

واژه «تعسّف» و «تعسفی» در مباحث فقه و حقوق معاملات ممالک عربی در دهه های اخیر بسیار پرکاربرد بوده و در ترکیب «الشرط التعسفی» و «العقد التعسفی» و امثال آن ها به کار رفته است. معنایی که از این کلمه اراده می شود،

اشتباه، سبب تعهد، ممنوعیت سوء استفاده از حق، لا ضرر، حسن نیت، راه کارهای قضایی، را آن هم تنها در حقوق کشور عراق، به بوته تحلیل سپرده است): نحوه مقابله نظام های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان در ایران، (امینی و همکاران): مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۹. (صرفاً به راه های مقابله در نظام های حقوقی پرداخته است): مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیر منصفانگی شروط قراردادی در ایران، ایالات متحده امریکا و اتحادیه اروپا، (صفایی و همکاران): تحقیقات حقوقی، شماره ۸۶. ۱۳۹۸ش: مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیر منصفانه، (امانی و همکاران): فصلنامه قضاوت، شماره ۹۱، ۱۳۹۶ش. (بحث فقهی تنها در سه صفحه در ضمن قاعده لاضرر و اضطرار)؛ شروط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف کننده، (شمس اللهی): فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۵، ۱۳۹۷.

مرادف «ناعادلانه»، «غیرمنصفانه» و «ظالمانه» است. تنها برخی قوانین مانند بند پنجم ماده سه قانون فعالیت‌های تجاری الجزایر، به تعریف آن پرداخته‌اند (العواطف، ۲۰۱۸م، ۱۵).^۱ با مراجعه به همین ماده متوجه می‌شویم که قانون‌گذار شرطی را تعسفی می‌انگارد که یک طرف عقد، فعال اقتصادی یا تاجری حرفه‌ای (محترف/مهنی) است و طرف دیگر یک مصرف‌کننده (مستهلک) است؛ بنابراین، برای تحقق شرط تعسفی، وجود سه عنصر لازم است: (۱) در قراردادهای استهلاک (مصرف) باشد؛ (۲) مکتوب (سفارش، فاکتور (برگ خرید)، ضمانت‌نامه، رسید تحویل، اوراق قرضه یا هر سند دیگری) باشد؛ (۳) هدف یا نتیجه آن عدم تعادل قابل توجه حقوق و تعهدات طرفین باشد (العواطف، ۲۰۱۸م، ۱۵؛ البودالی، ۲۰۰۶م، ۲۴۰).

خلاصه آن که شرط تعسفی شرطی از پیش تعیین شده است که طرف حرفه‌ای قرارداد با استفاده از نفوذ اقتصادی خود، آن شرط را بر مصرف‌کننده، به نحوی که منجر به کسب امتیازی فاحش و منجر به عدم تعادل قرارداد شود، اعمال می‌کند و نقش مصرف‌کننده در آن، محدود به پذیرش یا رد است البته این امتیاز فاحش ممکن است به موضوع عقد یا یکی از آثار آن مرتبط باشد (الرفاعی، ۱۹۹۴ق، ۲۱۵؛ سی الطیب، ۲۰۰۸م، ۹۷؛ ابو عمرو، ۲۰۱۱م، ۱۷۱؛ حماد عبد، ۲۰۱۱م، ۲۴۸؛ حمدالله، ۱۹۹۷م، ۵۳). جامع همه تعاریف آن است که شرط تعسفی شرطی است که به لحاظ ماهوی سبب اخلال در تعادل و توازن معاملی می‌شود و یک طرف قرارداد، با استفاده از ضعف طرف دیگر، شروط ناعادلانه خود را بر او تحمیل می‌کند.

۲. نهادهای مشابه شرط تعسفی در نظام‌های حقوقی عربی

به جز «شروط و عقود تعسفی» در حقوق معاصر کشورهای عربی، نهادهای دیگری نیز پا به عرصه وجود گذارده‌اند که همگی در عنصر «غیر عادلانه بودن» با یکدیگر مشابهت دارند. «عقود اذعان» و «استغلال» از جمله این نهادها است.

۱. «شرط تعسفی: کل بند أو شرط بمفرده أو مشترکا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات اطراف العقد».

۲/۱. وابستگی شروط تعسفی به عقود اذعان

در میان حقوقدانان حقوق ممالک عربی رویکردی وجود دارد که بر این باور است: شروط تعسفی تنها در «عقود اذعان» تحقق می‌یابند. اذعان در لغت به معنای انقیاد، تسلیم و اقرار کردن است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ۱۰۰/۲؛ ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ۱۷۲/۱۳). اما در اصطلاح حقوق عربی معاصر، عقد اذعان به عقدی گفته می‌شود که قبول از سوی قابل، تنها اذعان و پذیرش چیزی است که موجب آن را املا می‌کند. این گونه عقد در شرکت‌های بیمه، قرارداد ترافیک، شرکت‌های گاز و آب و پست و ... جریان دارد. نخستین کسی که این گونه عقود را اذعان نامید، سنهوری است (الوسیط، بی‌تا، ۲۲۹/۱) و پیش از او این عقود را «عقود انضمام» نام نهاده بودند؛ زیرا کسی که این عقود را می‌پذیرد، بدون مناقشه به عقد، منضم می‌گردد. گاهی به جای عقود اذعان، عقود تحمیلی هم گفته می‌شود. در این گونه عقود یک طرف، شروط و مفاد و اراده خود را بر طرف دیگر تحمیل می‌کند (شهیدی، ۱۳۸۲، ۸۸). در همین زمینه، از شروط تحمیلی نیز در معنای شروط تعسفی سخن به میان می‌آید (الرفاعی، ۱۹۹۴م، ۲۱۶) اما چنانچه برخی از نویسندگان عرب تأکید کرده‌اند، به نظر می‌رسد میان عقد اذعان و شرط تعسفی، ملازمه‌ای در کار نیست (عبدالعزیز داود، ۲۰۱۴م، ۷۶).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳
۱۴۶

۲/۲. نسبت شرط تعسفی با استغلال

استغلال در قوامیس قانونی و حقوقی ممالک عربی معاصر مانند مصر و الجزایر، دارای مفهومی منفی و به معنای بهره‌کشی، به کارگیری ناعادلانه، برخورداری غیر منصفانه است.^۱ در حقوق کشورهای عربی گاهی مراد از عقد استغلال، قرارداد بهره‌برداری است که در فرانسه به آن فرانیشیز^۲ (خودپرداخت) گفته می‌شود (حشیشة شعبان، ۲۰۱۱م، ۷).

۱. در زبان فرانسه نیز واژه "L exploitation" به معنای بهره‌گیری، بهره‌کشی و استثمار آمده است و معادل انگلیسی آن "exploitation" است.

2. La franchise

۳. رویکرد حقوق ممالک عربی در مواجهه با شروط تعسفی

همان‌طور که گفته شد، شروط تعسفی غالباً یا در ضمن عقود الاستهلاک به کار گرفته می‌شوند و یا در عقود اذعان نمود پیدا می‌نمایند. در قوانین کشورهای عربی، در مواجهه با استغلال اختلاف نظر وجود دارد. سه رهیافت کلی در این زمینه وجود دارد: نخست ابطال عقد یا کاستن (تعديل) میزان تعهد، دوم ابطال عقد و سوم بر طرف ساختن معقول غبن در عقود معاوضی.

نخستین سازوکار مواجهه با استغلال مغبون، دعوای ابطال عقد است. در قوانین کشورهای مصر، سوریه، لیبی و سودان، شاهد این رویکرد هستیم. بر این اساس، عاقد مغبون می‌تواند ابطال عقد را مطالبه کند و قاضی نیز در صورتی که دریابد که اراده مغبون تا آن اندازه دچار ضعف شده که وادار به معامله گردیده است، می‌تواند این درخواست را اجابت نماید. همان‌طور که قاضی می‌تواند در صورتی که دریابد اراده مغبون در حدی نبوده که سبب ابطال قرارداد شود، حکم به کاستن (تعديل) تعهدات مغبون دهد.

بر اساس قوانین مصر (ماده ۱۲۹)،^۱ سوریه (ماده ۱۳۰)^۲ و لیبی (ماده ۱۲۹)،^۳ طرف مغبون در عقود معاوضی چنانچه قاضی آن را کافی بداند، می‌تواند دعوای ابطال اقامه کند. در قانون سودان (ماده ۱۱۵) نیز طرف مغبون در همه حال (عقود معاوضی و تبرعی) می‌تواند دعوای ابطال اقامه نماید (فرج الصدة، ۱۹۹۴م، ۳۱۰-۳۱۱). همچنین عاقد مغبون می‌تواند به جای درخواست ابطال قرارداد، دعوای کاستن از

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۴۷

۱. ماده ۱۲۹: (۱) إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينة أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد.

۲. عین مفاد قانون مدنی مصر، در قانون مدنی سوری تکرار شده است.

۳. ماده ۱۵۹: «إذا استغل شخص في آخر حاجة ملحة، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامحا، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم لمصلحته أو لمصلحة غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجري عليه من نفع مادي أو أدبي بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية. كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقاً للعدالة، ومراعاة لظروف الحالة، أن ينقص من إلتزاماته أو أن يزيد من إلتزامات الطرف الآخر أو أن يبطل العقد.»

تعهدات گزاف خویش را اقامه کند (فرج الصده، ۱۹۹۴م، ۲۸۷-۳۱۵؛ الحکیم، ۱۹۹۳م، ۴۵۵ - ۴۷۹؛ السلطان، ۲۰۰۷م، ۸۴-۸۶؛ فرج العدوی، ۲۰۰۲م، ۹۴). قانون موجبات لبنان حق مغبون در عقود معاوضی را تنها به درخواست ابطال قرارداد ناشی از استغلال، منحصر کرده است (المظفر، ۱۴۲۲م، ۱۵۲). قانون لبنان میان استغلال (سوءاستفاده) و عیوب دیگر اراده، تفاوتی قائل نشده و در همه موارد، ابطال عقد را در نظر گرفته است (غانم، بی تا، ۱۴۴).

۴. مبانی مقابله با شروط تعسفی در قوانین عربی

با رجوع به قوانین مدنی ممالک عربی درمی یابیم که قانون گذاران، از میان نظریات بسیاری که دکترین های حقوقی و فقهی مطرح می کنند (بولقواس، ۲۰۱۷م، ۵۷)، تنها به دو نظریه **عیوب اراده** و **اصل عدالت و انصاف** اکتفا کرده اند اما مبنایی که در برخی قوانین و شروح آن ها در کشورهای عربی به صورت صریح یا ضمنی برای بطلان یا لزوم تعدیل این گونه شروط و عقود ذکر شده است، مقتضای **اصل عدالت و انصاف** است. علت آن که مبنای رعایت تعدیل در شروط تعسفی توسط شارحان قانون، به مبنای «عدالت» مستند شده، آن است که به طور صریح در نصوص دینی، نامی از شروط تعسفی برده نشده است. آنچه درباره «شرط» آمده است یا لزوم مطابقت آن با کتاب و سنت یا لزوم متابعت شروط و یا بطلان شروط مخالف کتاب و سنت است (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۱۵؛ طوسی، ۱۳۶۵، ۷/ ۴۶۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ۳۵۳/۱۲). برخی از نویسندگان برای مقابله با شروط تعسفی و حمایت از طرف ضعیف در چنین عقودی، افزون بر عیوب اراده، به قواعد دیگری نیز دست یازیده اند که از جهت دکترین حقوقی قابل تحلیل و بعضاً قابل قبول است؛ اما در قوانین ممالک عربی مزبور، چندان مورد توجه و اقبال واقع نشده است (احمدزاده، ۱۳۹۷، ۲۳). نظریه سبب و علت تعهد، ممنوعیت دارا شدن بدون جهت، ممنوعیت سوءاستفاده از حق و لا ضرر، لزوم اختلال نظام، غرر و غیرمقدور بودن شرط از این جمله اند (احمدزاده، ۱۳۹۷، ۲۳؛ عزیز کریم، ۱۳۹۹، ۲۲۳-۲۳۳).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۴۸

۵. شرط تعسفی در حقوق ایران^۱

شرط تعسفی را در حقوق ایران، برابر نهاد «شرط غیرمنصفانه» می‌شناسیم. نویسندگان حقوقی عناوینی از قبیل شروط تعدی گرایانه (شهیدی، ۱۳۸۷، ۵۶)، شروط ناعادلانه (کرمی، ۱۳۹۴، ۱۱۱)، شروط اجحاف‌آمیز یا شرط گزاف (ادیب، ۱۳۹۳، ۱۲۲) را برای این شروط استعمال کرده‌اند. برخی از اساتید این اصطلاح را به شروط تحمیلی ترجمه کرده‌اند که در حقوق فرانسه معادل دقیق‌تری است؛ چراکه این عبارت مبتنی بر مفهوم سوءاستفاده است (کریمی، ۱۳۸۱، ۷۵؛ کریمی و کوشکی، ۱۴۰۰، ۲۳۱). نخستین بار در قانون تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۳۸۲ این واژه به کار گرفته شده است. در ماده ۴۶ آن چنین مقرر کرده است: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». گرچه برخی بر این باورند که مراد قانون از «عدم تأثیر» معلوم نیست که آیا «بطلان نسبی»^۲ (تقی‌زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۲۶) یا «بطلان مطلق» است (احمدزاده بزار، رضایی دوانی، قبولی درافشان، ۱۳۹۷، ۱۳) اما روشن است که حمل «عدم تأثیر» بر چنین استفاده‌ای از سوی قانون‌گذار، به معنای بی‌تأثیر بودن و بطلان مطلق است. همچنین در ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، «تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه» از مصادیق سوءاستفاده از موقعیت مسلط بوده و ممنوع اعلام شده است که مقتبس از مفاد ماده ۸۲ معاهده اتحادیه اروپا است (شیروی، ۱۳۹۹، ۲۷۱؛ پاکباز، ۱۳۹۴، ۱۱۶) و ظهور در بطلان چنین معاملاتی دارد. در ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان سال ۱۳۸۸ نیز در بند ۵ که به تعریف «تبانی» پرداخته است، چنین مقرر داشته است: «هرگونه سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات به منظور افزایش قیمت یا کاهش کیفیت یا محدود نمودن تولید یا عرضه کالا و خدمات یا تحمیل شرایط

امکان‌سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۴۹

۱. مهم‌ترین دستورالعمل در اتحادیه اروپا، دستورالعمل "EEC/۱۳/۹۳" است که اعضای اتحادیه می‌توانند قوانینی در جهت تأمین حداقلی این دستورالعمل، به تصویب رسانند (شیروی، ۱۳۸۸، ۲۶۷). "EEC" مخفف این ترکیب است:

Unfair Contract Terms and the Draft EC Directive"

۲. بطلان نسبی؛ وضعیتی است که قانون‌گذار برای نقض قواعد مربوط به حمایت از اشخاص معین در نظر گرفته که در صورت تقاضای ذی‌نفع، دادگاه قرارداد را از ابتدا باطل و بلااثر اعلام می‌کند (تقی‌زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۲۶).

غیر عادلانه بر اساس عرف در معاملات [تبانی شمرده می شود].».

تفاوت مهمی که در قوانین کشورهای عربی در ارتباط با شروط تعسفی (غیرمنصفانه) با قوانین کشورمان وجود دارد، آن است که این نهاد در آن قوانین، نقش پررنگ تری دارد به گونه ای که تقریباً همه قوانین مدنی کشورهای عربی، به آن تصریح کرده اند در حالی که جای این مفهوم در قانون مدنی ما خالی است. استفاده از قواعد فقهی همچون لاضرر به عنوان مبنای مقابله با این شروط علی رغم نظر برخی اساتید و نویسندگان (کریمی و کوشکی، ۱۴۰۰، ۲۲۹) و به عنوان یکی از مبانی فقهی صحیح است، لکن رویه قضایی و دادگاه ها با توجه به فقدان نص قانونی، کمتر بدان توجه می نمایند (عزیز کریم، قبولی درافشان و انصاری، ۱۳۹۹، ۲۴۱). آنچه در لایحه تجارت و در قالب ترجمه از حقوق فرانسه و اتحادیه اروپا در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده و استفاده از تعابیری همچون «ابطال شرط» و «کان لم یکن» نیاز به تطبیق با فقه و حقوق ایران دارد.

۶. شروط ضمن قرارداد

یکی از مباحث مهم نظریه عقود، بحث شروط ضمن قرارداد است. هر عقدی جدای از مفاد اصلی و مقصود اولی متعاقدان، ممکن است با شروطی همراه گردد. این به معنای غیر مراد بودن شروط ضمن عقد نیست، چرا که شرط نیز همانند خود عقد، مقصود و مراد است اما مقصود بودن آن تبعی و ثانوی است.

۱/۶. اصل اولیه در شروط قرارداد

اصل اولی در عقود، صحت انضمام شرط به آن ها است. از آنجا که شرط^۱ از اسم عقد خارج است و تنها ارتباط و علقه ای میان آن و عقد، ایجاد می شود، برای تصحیح آن نیاز به دلیل مستقل است. ادله مشروعیت و صحت شرط ضمن عقد عبارت است از اجماع محصل و منقول در حد استفاضه، سیره عقلا به همراه تقریر آن توسط

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۵۰

۱. برخی مانند محقق نراقی، معنای حقیقی شرط را «الزام و التزام» دانسته اند (نراقی، ۱۳۷۵، ۱۲۸) ولی به نظر می رسد این باور، با تبادر عرفی و کلام اهل لغت، ناسازگار است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲/۲۷۰).

شارع، ادله لزوم وفای به عقود و نصوص بسیاری مانند «المسلمون عند شروطهم إلا کل شرط خالف کتاب الله فلا یجوز» که بر لزوم وفای به شرط وارد شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۳۵۳/۱۲).

۲/۶. مفاد شروط قرارداد

اصحاب امامیه بر صحت شرط ضمن عقد توافق دارند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲۸۲/۲) ولی در مفاد و ثمره شرط ضمن عقد، دچار اختلاف شده‌اند. مشهور فقها معتقد به وجوب وفا و اجبار ممتنع و سپس حق فسخ هستند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۳۲۶/۲).^۲ برخی از علما وجوب وفا و خیار بین فسخ و اجبار را اختیار کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲۸۱/۲-۲۸۲). بعضی دیگر ایجاد حق خیار فسخ برای شارط در صورت فوت شرط را انتخاب نموده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۳ق، ۲۱۴/۳).^۳ اعتقاد گروه دیگری از فقها، عدم وجوب وفا به شرط و تسلط شارط بر خیار است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲۸۰/۲). نهایتاً برخی معتقد به تفصیل شده‌اند؛ تفصیل بین شروطی که عقد در تحقق آنها کافی است مانند شرط وکالت در رهن که چنین شروطی لازم هستند و اخلال به آنها جایز نیست^۴ و بین اموری که چنین نیستند مانند شرط عتق؛ چرا که عتق امری است که تحققش با حصول بیع، حاصل نمی‌شود بلکه نیازمند صیغه دیگری است و این امر متوقع، ممکن الحصول است و چون عقد بر آن معلق شده است، عقد هم ممکن می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۵۰۷/۳).^۵

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۵۱

۱. این ادله که بر لزوم وفای به عقود دلالت دارند، بر صحت شروط ضمن عقد هم دلالت می‌کنند؛ زیرا شرط یا به منزله جزء و قیدی از عقد است، که در این صورت، چون در قصد متبایعان بین آن و عقد، ارتباط برقرار شده است، وفای به عقد، مقتضی وفای به شرط است.

۲. ابن زهره در غنیه و ابن ادریس در سرائر بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۱۶. ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، السرائر ۳۲۶، ۲).

۳. «و فیه: فإن أخلّ به فلامشترط الفسخ، و هل یملک إجبارہ علیہ؟ فیه نظر.» (شهید اول، بی تا، الدرر ۳، ۲۱۴).

۴. زیرا این شروط با وقوع عقد، واقع می‌شوند و چیزی که متوقع باشند و عقد بر آنها معلق شده باشد، نیستند تا سبب تزلزل عقد شوند.

۵. این تفصیل را هم شهید ثانی به شهید اول نسبت داده است. (شهید ثانی، الروضة، ۱۴۱۰ق، ۵۰۷/۳).

۶/۳. مستثنیات شروط قرارداد

یکی از مباحثی که ذیل قاعده شروط مطرح می‌شود، مستثنیات صحت و وجوب وفای به شرط ضمن عقد است. شروط باطل چهار دسته‌اند: نخست شرطی که منجر به جهالت در یکی از عوضین گردد؛ همان‌طور که اگر یکی از عوضین مجهول باشد، معامله به سبب غرر، باطل است، شرط هم اگر در ذات خودش، مجهول باشد یا به گونه‌ای شرط شود که موجب تزلزل در عوض گردد، باطل خواهد بود. دوم شرطی که با مقتضای عقد، مخالف باشد؛ مخالفت با مقتضای عقد هم گاهی مخالفت با ذات عقد و گاهی با اطلاق عقد است. مقتضای ذات عقد، به این معناست که ماهیت عقد، بدون آن محقق نمی‌شود مانند تملیک در عقود تملیکی. مقتضای اطلاق عقد، در اموری است که مدخلیتی در قوام عقد ندارند. سوم شرط مخالف با کتاب و سنت. چهارم شرطی که محرّم حلال یا محلّل حرام باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۳/۲۵۸-۲۸۶).

۷. حکم شرط تعسفی

همان‌طور که قبلاً گفته شد، در فقه امامیه، موضوع «شرط تعسفی» مطرح نشده است. اینک که جایگاه شرط تعسفی در حقوق کشورهای عربی معلوم شد و ماهیت شرط و شروط باطل از منظر فقهی، تبیین گردید، باید دید که با الهام گرفتن از نصوص و منابع دینی چه موضعی در برابر شرط تعسفی می‌توان اتخاذ کرد. احتمالات ممکن در این خصوص از این قرار است: ۱- صحت شرط و لزوم عقد به‌طور مطلق؛ ۲- بطلان شرط و عقد به‌طور مطلق؛ ۳- بطلان شرط به‌طور مطلق و صحت عقد؛ ۴- صحت شرط و تحقق حق فسخ برای مشروط علیه؛ ۵- تخیر بین فسخ و تعدیل قرارداد (کاستن تعهدات مشروط علیه) توسط دادگاه. بررسی همه این احتمالات مجال دیگری می‌طلبد. آنچه در این نوشتار مهم است، اثبات امکان قول به بطلان فی الجمله شروط تعسفی است. به عبارت دیگر، مدعای ما، نفی صحت علی الاطلاق شروط تعسفی است که دارای دو فرد است: بطلان مطلق و بطلان نسبی (قول به تفصیل). بر این اساس در ادامه، دو احتمال کلی یعنی صحت مطلق

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۵۲

شروط تعسفی و بطلان نسبی آن‌ها بررسی می‌شود. روشن است که با مناقشه در ادله صحت مطلق شروط تعسفی نیز می‌توان بطلان نسبی آن‌ها را استنتاج کرد.

احتمال اول: صحت مطلق شروط تعسفی

احتمال اول آن است که هرچند در شروط تعسفی، یک طرف عقد به سبب قدرتی که دارد، نظر خود را بر طرف دیگر تحمیل می‌کند اما نهایتاً، طرف ضعیف، با رضایت شرط و عقد را می‌پذیرد؛ بنابراین، دلیلی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد. ادله این احتمال، همان ادله صحت و مشروعیت شروط است^۱ که ذکر گردید. همچنین وحدت ملاک این گونه معاملات با معاملات مضطر که از سوی شارع و قانون،^۲ به سبب برخورداری از قصد و رضا در زمان انعقاد قرارداد نافذ اعلام شده است (نجفی، ۱۳۶۷، ۱۵۱/۴۳). از منظر ادبیات حقوقی نیز، اصل حاکمیت اراده و برآیند حقوقی آن یعنی اصل آزادی قراردادی، حاکم است (طبرلو، ۱۳۸۷، ۱۹۱-۲۰۹). اصل آزادی قراردادی موردپذیرش همه نظام‌های حقوقی است و بر مبنای آن، اشخاص در انعقاد قراردادهای خود، آزاد هستند و هیچ فرد یا نهادی حق ندارد اراده خود را بر طرفین قرارداد، تحمیل کند. این اصل، خود از فروع اصل حاکمیت اراده است که در ماده ۱۰ قانون مدنی نیز تلقی به قبول شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱/۱۴۴). اصل آزادی قراردادی، از منظر فقیهان نیز موردقبول واقع شده است. آنان بر این باورند که بر اساس کریمه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وفای به عقد واجب است و نیز حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، بر وجوب وفای به شروط دلالت دارد و شرط، شامل عقد نیز می‌گردد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۶/۶۲). نتایج اصل آزادی قراردادی عبارت است از: افراد تحت عناوین مختلف می‌توانند، قراردادهای خود را منعقد سازند و ملزم به اجرای آن در قالب‌های رایج نیستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ۸). پس از انعقاد قرارداد، کسی

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه

۱۵۳

۱. اجماع محصل و منقول در حد استفاضه بر صحت و لزوم شروط، سیره عقلا به همراه تقریر آن توسط شارع، ادله لزوم وفای به عقود، و نصوص لزوم وفای به شرط.

۲. ماده ۲۰۶ ق.م.ا. اگر کسی در نتیجه اضطرار، اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.

حق ندارد آثار و تعهدات طرفین را تغییر دهد. اصل در عقود، رضایی بودن است (صفایی، ۱۳۸۴، ۴۸/۲). در تفسیر قرارداد، نخست باید اراده واقعی طرفین، مدنظر قرار گیرد (صفایی، ۱۳۸۴، ۴۹/۲). بر این اساس، از آنجا که شروط تعسفی با اراده آزاد طرفین، گنجانده شده‌اند، ناگزیر دارای اعتبار خواهند بود.

۱/۱/۱. نقد احتمال اول

احتمال صحت شروط تعسفی به نحو مطلق، به چند دلیل، بسیار بعید می‌نماید: **نخست:** ادله صحت و لزوم شروط، آبی از تخصیص نیستند و امکان تخصیص آن‌ها به گواه استثنائاتی که قبلاً ذکر شد، وجود دارد؛ بنابراین، در صورتی که دلیل موجهی برای تخصیص آن‌ها اقامه شود، باید حکم به بطلان یا عدم نفوذ نمود.

دوم: صحت معاملات مضطر به نحو اطلاق، وجیه نیست؛ چه آن‌که برخی از مصادیق معامله مضطر مانند «معامله با مضطر در وضعیت سوءاستفاده از اضطرار»، می‌تواند باطل یا غیر نافذ اعلام شود (سعادت مصطفوی و همکاران، ۱۳۹۶، ۱۲۷-۱۵۶).

سوم: در حقوق قرارداد، مفهوم انصاف از نظر عرفی به‌عنوان یک عنصر غیر معمولی تلقی می‌شده است. به‌عنوان مثال، در حقوق قرارداد انگلیس، قاعده کلی راجع به اهمیت انصاف در اعتبار یک قرارداد در مفهوم آزادی قرارداد منعکس شده است و با این دلیل، برای دادگاه «بی‌انصافی» نمی‌تواند یک دلیل کافی در تغییر قرارداد باشد (طجرلو، ۱۳۸۷، ۱۹۹).

چهارم: باید پرسید بر چه مبنایی قانون‌گذار کشور، در مواد مختلف که اشاره شد، شروط غیرمنصفانه را غیر مؤثر و باطل اعلام کرده است؟ بدون تردید برخی از مصادیق شروط تعسفی، با مبنای فقهی، قابل ابطال یا تعدیل هستند که در ادامه اشاره می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۵۴

۱. همچنین چنانچه اضطرار مضطر در اثر رفتار متعامل قوی باشد، می‌توان حکم به بطلان معامله داد (سعادت مصطفوی، ۱۳۹۶، ۱۴۰-۱۴۲).

۱/۲. احتمال دوم: بطلان نسبی (تفصیل بین صور مختلف شروط تعسفی)

قبلاً گفته شد که بر اساس ماده ۳ دستورالعمل «۹۳/۱۳»^۱ شرط غیرمنصفانه شرطی است که دارای سه ویژگی باشد: «عدم مذاکره مستقیم درباره شروط»؛ یعنی این شرط از قبل توسط عرضه کننده یا فروشنده تهیه شده و به مصرف کننده ارائه شده است و وی نمی‌توانسته تغییری در شروط به وجود آورد (شیروی، ۱۳۸۱، ۸)، «عدم تعادل جدی^۲ در حقوق و تعهدات طرفین»، «عدم وجود حُسن نیت»^۳.

ماده ۴ همان دستورالعمل نیز مقرر می‌دارد: غیرمنصفانه بودن شرط، مفهومی است که باید با توجه به ماهیت کالاها و خدمات، زمان انعقاد قرارداد و همه رویدادهای منجر به انعقاد آن و نیز سایر شروط یا قراردادهای وابسته، ارزیابی گردد (احمدزاده، ۱۳۹۷، ۶).

بر این اساس، ارائه حکم کلی و مطلق در خصوص همه شروط غیرمنصفانه، مطلوب و ممکن نیست. در حقیقت، شرط تعسفی و غیرمنصفانه، طیفی است که دو سر آن در حکم، یکسان نیستند. سخن در خصوص شروطی است که از ویژگی‌های فوق‌الذکر؛ یعنی پررنگ‌ترین مصادیق شرط تعسفی برخوردار باشند؛ بنابراین باید دید که شرط غیرمنصفانه‌ای که مصرف کننده اختیاری در رد و قبول آن نداشته است و به واسطه وجود شرط، تعادل حقوق و تعهدات به شدت، به سود طرف قوی، برهم خورده و طرف قوی در ایجاد شرط، فاقد حُسن نیت بوده است، چه حکمی دارد؟ نگارندگان این پژوهش بر این باورند که چنین شرطی در قرارداد که ما آن را «شرط تعسفی بین» می‌نامیم، حداقل موجب بطلان شرط می‌گردد.

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۵۵

1. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts- Main contents

۲. سخن بر سر شروطی است که منجر به عدم تعادل جدی در حقوق و تعهدات می‌شود و عدم تعادل بدوی عوضین و تعهدات، تابع بحث غبن است (شهیدی، ۱۳۸۶، ۱۴۷ به نقل از تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۱۹).

۳. اصل حُسن نیت در فقه ما و حقوق ایران، برخلاف فرانسه، به‌طور صریح مورد اشاره قرار نگرفته است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۷، ۴۵ به نقل از تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۲۰).

۱/۲/۱. ادله احتمال دوم

در احتمال دوم گفته شد، در عین حال که صحت مطلق شروط تعسفی، بر اساس معیارهای فقهی و حقوقی، ناصواب به نظر می‌رسد، نمی‌توان در مورد بطلان مطلق آن هم حکم واحدی صادر کرد بلکه قول به تفصیل، رجحان دارد. ادله این قول در پی می‌آید:

۱/۲/۱.۱. عدم انحصار شروط باطل

شروطی که به عنوان شروط باطل در نصوص، متون فقهی و قانون^۱ ذکر شده است، به اصطلاح، «احصایی» نیستند بلکه «تمثیلی» محسوب می‌شوند. با تدقیق در مبحث شروط باطل در کتب فقهی، روشن می‌شود که شروط باطل توقیفی نیستند؛ چراکه غیر از شرط مخالف کتاب و سنت و شرط محلل حرام و محرّم حلال، دو شرط دیگر، اصطیادی هستند؛^۲ بنابراین، مانعی در این که از متون شرعی، قواعد عقلی یا سیره عقلا، بر این مستثنیات افزوده گردد وجود ندارد.

۱/۲/۱.۲. امکان درج این شروط، در شرط مخالف کتاب و سنت

شاید بتوان شروط غیر منصفانه بین را در شرط مخالف کتاب و سنت، داخل نمود. در معنای «مخالفت با کتاب و سنت» اختلاف است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲۵۹/۳-۲۶۷). قول راجح آن است که مخالف کتاب و سنت؛ یعنی مخالفت شرط با «چیزی که به طور خاص از کتاب و سنت» ثابت شده است به گونه‌ای که حکم، بدون تعلق و اشتراط به چیزی، چنین است مانند این که در عرف گفته شود: پدرت را اطاعت کن مگر در آنچه مخالف شرع است؛ معنای این سخن آن است که با قطع نظر از امر آمر، خود شرع، ملاحظه می‌شود که چنانچه شارع در این واقعه، امر و نهی داشته باشد، باید اطاعت کرد ولی اگر شارع، رخصت داده یا سکوت کرده باشد، می‌توان از امر متابعت کرد. شرط نیز این گونه است که از امور الزام‌آور است مگر در صورتی که شارع حکمی الزامی مبنی بر فعل یا ترک نداشته باشد که در آن

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۵۶

۱. مواد ۲۳۲ تا ۲۳۴ ق.م.

۲. حسینی مراغی نیز شروط باطل را مستند به نص یا قاعده می‌کند (العناوین، ۱۴۱۷ق، ۲۸۸/۲).

صورت، اعتباری به شرط نیست (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲/۲۹۵). بر اساس این دیدگاه در بیان مخالفت با کتاب و سنت، شاید بتوان شرط تعسفی بین را مخالف آیات لزوم اجرای عدالت و نفی ظلم، محسوب کرد. در عبارات بعدی خواهیم گفت که مرجع این موضوع به وجود قاعده‌ای به نام «عدالت و انصاف» برمی‌گردد که مفهوماً و مصداقاً محل اشکال است.

۱٫۲٫۱٫۳. قاعده عدل و انصاف

عدل را در لغت به معنای رفتار میانه، قرار دادن هر چیزی در جای خودش، ضد جور و ظلم و امثال آن معنا کرده‌اند (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ۲/۳۹). «عدالت» به مثابه قاعده فقهی امروزه در کانون توجه محققان قرار گرفته است (مه‌ریزی، ۱۳۷۶، ۱۸۴-۱۹۷). شهید صدر بر این باور است که عنصر عدالت، یکی از مقاصد و اهداف کلان شریعت است. او در باب علم اقتصاد اسلامی چنین می‌نگارد: عدالت به عنوان یکی از اهداف کلان شریعت، چهارچوبه علم اقتصاد اسلامی است (الهی خراسانی، علی، ۱۳۹۹، ۲۳). در فقه، عدالت در دو جا مطرح می‌شود: نخست موضوع شرطیت عدالت برای برخی مناصب مانند اجتهاد و قضاوت و دوم عدالت در تقسیم حقوق و اموال مشترک که معمولاً «قاعده عدل و انصاف» خوانده می‌شود و چیزی با عنوان «قاعده عدالت» جایی در متون فقهی قدیم و جدید ندارد. باین وجود، برخی از فقیهان در اصدار فتوا گاهی به عدل و انصاف، تمسک کرده‌اند.^۱

نکته این است که تأسیس قاعده عدالت در فقه، مخالفان پرشماری هم دارد که سخنشان تا حدودی موجّه هست. به نظر می‌رسد قاعده موسوم به «عدل و انصاف» نمی‌تواند کارکرد مفیدی در فقه داشته باشد؛ زیرا اگر توان عقل را به طور مطلق پذیرفتیم، با چالش اثبات قضیه و قاعده عدالت مواجه خواهیم بود و اگر همانند

۱. عاملی در بحث قسّم، ضمن رد استدلال علامه، به عدل و انصاف، استدلال کرده است (نهایة المرام، ۱۴۱۳ق، ۴۲۴/۱). محدث بحرانی نیز وجوب مساوات میان همسران در نفقه و معاشرت را به دلیل عدل و انصاف دانسته است (الحدائق، ۱۴۰۵ق، ۲۴/۶۰۹). همچنین صاحب جواهر مکرراً در فتاوای خودش با عبارت «لانه ظلم» به قاعده مزبور استناد کرده است (صاحب جواهر، ۱۳۶۳، ۲۲۴/۲۶؛ ۲۹۴/۲۳؛ ۲۲۵/۲۶؛ ۱۸۲/۳۱).

غالب فقیهان و اصولیان امامیه، مستقلات عقلیه را صرفاً در محدوده احکام قطعی عقل پذیر فتمیم، در این صورت مصداقی برای اجرای قاعده باقی نمی ماند (پور روستایی، ۱۳۹۱، ۱۸). مراد بحث کنندگان از عدالت به عنوان یک قاعده فقهی، عدالت تشریحی است (علی اکبریان، ۱۳۸۶، ۲۴) و تعریف کلی عدالت تشریحی که مورد اتفاق همگان به ویژه طرفداران حضور آن در فقه به عنوان منبع استنباط باشد، تاکنون ارائه نشده است (پور روستایی، ۱۳۹۱، ۹).^۱

۱/۲/۱/۴. قاعده لاضرر

در شروط تعسفی، طرف قدرتمند با سوء استفاده از قدرت خود و نیاز طرف مقابل، اقدام به ارائه شروطی می کند که قطعاً به ضرر طرف ضعیف است و او یا به سبب عدم شفافیت یا نیاز، وادار به پذیرش آن‌ها می شود. قاعده لاضرر با لسان نفی حکم ضرری (انصاری، ۱۴۱۹ق، ۲/۴۶۰؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۳۸-۳۸۲)، ضرر حاصل از شرط تعسفی را رفع می کند؛ رفع آن یا با بطلان شرط یا جعل حق فسخ برای متضرر یا تعدیل قرارداد است البته این جعل خیار برای متضرر در صورتی است که لاضرر در عدمیات هم جاری شود (ایروانی، ۱۳۹۴، ۱۴۲-۱۴۶) اما با لسان نهی از اضرار به دیگران (شیخ الشریعه اصفهانی، بی تا: ۱۸-۲۳؛ امام خمینی، ۱۳۸۵، ۱/۴۰-۴۱)، می توان بر تحریم جعل شروط تعسفی در قرارداد، استدلال کرد ولی بطلان را لزوماً نمی توان اثبات کرد مگر بنا بر قولی که نهی در معاملات را موجب فساد می داند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۱۸۷). همچنین با رویکرد نفی ضرر غیر متدارک، می توان تعدیل شرط را نتیجه گرفت (فاضل تونی، ۱۴۱۲ق، ۱۹۴).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۵۸

۱/۲/۱/۵. وجوب حفظ نظام

عقل مستقلاً و نیز بنای عقلا و شرع، حفظ نظام را لازم و واجب می شمارند. مراد از نظام در این کاربرد، مجموعه به هم پیوسته اجزای جامعه به مثابه یک سیستم است که گردش امور آن بدان‌ها وابسته است. هر نظامی متشکل از خرده نظام‌های

۱. البته در پاسخ این نقد می توان گفت: بله، به طور مطلق نمی توان این قاعده را در فقه به کار برد ولی مصادیقی وجود دارد که می توانند به عنوان قدر متیقن این قاعده، پذیرفته شوند از جمله بطلان یا تعدیل شرط تعسفی.

اجتماعی است که از باب مقدمه حفظ نظام، حفظ آنها هم واجب است (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۷، ۱۳۳ و ۱۴۱). عقل به طور مستقل از شرع، به قبح اختلال نظام معیشت عمومی مردم حکم می‌کند (انصاری، ۱۴۲۰، ۱۹۶/۱؛ طباطبایی، بی تا، ۱۱۶/۲) و با قانون ملازمه، حکم شرع هم دریافت می‌شود. همچنین با سیره عقلاییه هم می‌توان بر آن استدلال کرد؛ زیرا عموم خردمندان جوامع، وجود نظم عمومی را در چرخیدن سیستم اجتماعی لازم می‌دانند (باقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۳، ۱۱۸). امام صادق علیه السلام در خصوص لزوم حفظ نظام اجتماعی اقتصادی می‌فرماید: «لو لم یَجْزِ هذا لم یقم للمسلمین سوق» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۲۷/۲۹۳). بر این اساس، عدم ضمانت اجرایی برای شروط تعسفی، منجر به اخلال در خُرده نظام‌های جامعه می‌گردد.

۱/۲/۱/۶. قاعده غرر

غرر در لغت معانی بسیاری دارد ولی محترم نراقی در عوائد الایام پس از نقل طولانی معانی غرر و مشتقات آن می‌نویسد: «همه این معانی بر این امر دلالت دارند که غرر اسم مصدر از تغیری است که به معنای تعریض به هلاکت است و غرر یعنی خطر» (نراقی، ۱۳۷۵، ۸۹). غرر به معنای خطر از اسباب بطلان است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۳۱۳). نکته حائز اهمیتی که نراقی در ادامه تعریف غرر می‌نویسد آن است که حتی اگر در معامله‌ای خطر به این صورت باشد که مطمئن نباشد که عوض موجود باشد یا به دستش برسد یا در تراز عوض دیگر باشد، بیع غرری محسوب می‌شود (نراقی، ۱۳۷۵، ۹۴)^۱ و غرر و خطر امری عرفی است (نراقی، ۱۴۱۷، ۹۵). بر اساس این تعبیر نراقی از معنای غرر، بعید نیست که معامله مقرون به شرط تعسفی را غرری بدانیم؛ زیرا به جهت فقدان تعادل عوضین^۲، در معرض خطر است.

۱. و بالجمله: المستفاد من کلام أهل اللغة و استعمالات الفقهاء: أنَّ بیع الغرر ما یدخل لأجله أحد العوضین فی محل الخطر، بأن لا یوثق بوصول العوض أو بوجوده، أو بکونه مما یقابل العوض الآخر و ضابطه: ما ذکره الشَّهید - طاب ثراه - فی شرح الإرشاد: من تحقق احتمال مجتنب عنه عرفاً، بحيث لو لم یلتفت إلیه و ترک بحاله، صار محلاً للتویخ و اللوم فی العرف من جهة تضييع المال.

۲. عدم تعادل عوضین گاهی در ناترازی عوض و معوض است و گاهی در وجود شرطی برای یکی از متعاملان که کفه معامله را به شدت به سوی او سنگین می‌کند و شروط تعسفی هم همین گونه است.

۱/۲/۱/۷. نهی از اکل مال به باطل

قرآن کریم، از اکل مال به باطل نهی می‌کند (نساء/۲۹)^۱. چنانچه همانند برخی از فقیهان، ملاک در «باطل بودن» را شرعی و عرفی^۲ بدانیم (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۰/۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۷۴/۱؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱۷۱/۱، به نقل از احمدزاده، ۱۳۹۷، ۲۲). امکان دارد بتوان شروط تعسفی و غیرمنصفانه بین را مصداق باطل دانست؛ چراکه عرف، قرار دادن شروط اجحافی علیه طرف ضعیف که به سبب قدرت شارط ممکن شده است را مصداق باطل می‌شمارد اما اگر باطل را به شرعی اختصاص دهیم (خویی، ۱۳۷۴ق، ۱۴۱/۲)، باید برای شناخت مصادیقش به نصوص شرعی رجوع کرد. روشن است که چنانچه «شروط تعسفی» مشمول «اکل به باطل» شوند، قطعاً باید حکم به بطلان آن‌ها کرد.

۱/۲/۱/۸. ممنوعیت دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت

یکی از نهادهایی که در حقوق قراردادها وجود دارد «دارا شدن ناعادلانه یا بلاجهت» است که نخستین بار در حقوق فرانسه مطرح شده و به‌طور پراکنده در قانون مدنی ما نیز قابل استنباط است. مراد از این نهاد آن است که فرد حق ندارد بدون جهت، با واردکردن زیان بر دیگری، منتفع گردد. این امر هنگامی رخ می‌دهد که استفاده، سبب مشروعی نداشته باشد (صفایی، ۱۳۹۲، ۳۷۵). استناد به منع دارا شدن ناعادلانه با چهار شرط، ممکن می‌شود: (۱) دارا شدن فرد؛ (۲) دارا شدن فرد همراه با کاهش دارایی دیگری؛ (۳) وجود رابطه سببیت قابل تبیین میان دارا شدن شخص و کاهش دارایی و زیان دیگری؛ (۴) عدم دارا شدن با مجوز قانونی یا رضایت طرف مقابل. همچنین برخی بر این باورند که نهاد «اکل مال به باطل» با نهاد «دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت» متفاوت است (علیدوست، ۱۳۹۵، صص ۱۱-۱۳).

هرچند به لحاظ ظاهر و شمول لفظی، شروط تعسفی می‌تواند مشمول برخورداری ناعادلانه قرار گیرد ولی بنا بر تعاریف و شروطی که برای این نهاد ذکر شده است،

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»

۲. برخی مراد از اکل مال به باطل را «بکل وجه یسمی باطلاً عرفاً» دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۲۰/۵).

شمول این نهاد نسبت به شرط تعسفی، بعید می‌نماید^۱.

۸. وحدت ملاک شرط تعسفی بین با موضوعات دیگر

در نصوص دینی و متون فقهی، احکامی در باب معاملات وجود دارد که می‌توان از آن‌ها به کمک وحدت ملاک، بطلان شروط تعسفی و ناعادلانه را استدلال کرد. وجه مشابهت همه این موضوعات، ناعادلانگی، عدم حسن نیت، اضرار به غیر و سوءاستفاده از حق است.

۸/۱. السؤم علی السؤم

این معامله غیر منصفانه به این صورت است که پس از توافق متعاملان بر ثمن، قبل از انعقاد عقد، فردی دیگر، پیشنهاد بهتری ارائه می‌کند و فروشنده از معامله اول منصرف می‌شود. سؤم به مرحله قبل از انعقاد بیع و پس از توافق به معامله گفته می‌شود. پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ از این معامله نهی فرموده‌اند و از ایشان روایت شده است: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنْ يَدْخُلَ الرَّجُلُ فِي سَوْمِ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۴۵۹/۱۷). شیخ طوسی این عمل را حرام دانسته است (طوسی، ۱۳۸۷ق، المبسوط، ۱۶۰/۲) ولیکن نظر مشهور فقهای بعدی کراهت است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۴۴/۱۸). مستند اصلی منع این نوع معامله در فقه شیعه روایت حسین بن زید از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام است که فرمود: رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ از داخل شدن در توافق برادر مسلمان، نهی فرمودند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۷۱/۱۵). با وجود این که اصل در نهی بر حرمت است، استدلال شهید ثانی مبنی بر کراهت (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۲۹۶/۳)، مبتنی بر وجود اصل صحّت و مشخص نبودن سند حدیث استوار است، ولی صاحب جواهر بدون بیان استدلال، روایت را در نقض عمومات کافی نمی‌داند و به کراهت رأی می‌دهد (نجفی، ۱۳۶۳، ۴۶۰/۲۲). روشن است که ملاک نهی از دخول در سوم برادر، اضرار به او و رفتار غیر منصفانه است.

۱. برای تبیین «نسبت برخورداری ناعادلانه» با «اکل مال به باطل»، بنگرید: علیدوست، ۱۳۹۸، فقه و حقوق قراردادها: ادله عام قرآنی، صص ۴۸۷-۴۹۳ و نیز: علیدوست، ۱۳۹۵، مقاله «دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت در نظام حقوقی ایران و مقایسه آن با اکل مال به باطل».

۲/۸. البیع علی البیع

در فقه اسلامی از بیع بر بیع و خرید برخید نهی شده است؛ به این صورت که بعد از اتمام قرارداد، در زمان خیار فسخ، فروشنده به علت پیشنهاد بهتری در خرید متاع، عقد را فسخ کند. اختلاف فقیهانی که به این موضوع پرداخته‌اند در خصوص کراهت یا حرمت است. متقدمان اعتقاد به حرمت این عمل دارند. برای مثال ابن ادریس حلی حرمت این معامله را پذیرفته است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ۲/۲۵۲). اما صاحب کتاب «إصباح الشریعة» با این که قائل به حرمت شده ولی بیع دوم را صحیح دانسته است (کیدری، ۱۴۱۶ق، ۲۴۳). در مقابل این نظر، محقق نراقی در کتاب «مستند الشیعه» کراهت را پذیرفته است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ۱۴/۳۱). صاحب جواهر اگرچه این عمل را معصیت می‌داند ولی معامله ثانوی را صحیح می‌انگارد (نجفی، ۱۳۶۳، ۲۲/۴۶۰). ملاک نهی در این مورد هم مانند مورد قبلی، رفتار غیر منصفانه، فقدان حسن نیت و اضرار به غیر است.

۳/۸. نجش

نجش به نون مفتوح و سکون جیم، در لغت به معنای پراکنده ساختن و فراری دادن صید است (جوهری، ۱۴۰۷ق، ۳/۱۰۲۱) و در اصطلاح فقهی، رفتاری در معاملات تجاری است که نوعی بازارسازی کاذب محسوب می‌شود و در فرایند آن شخصی که قصد خرید کالایی را ندارد، در کسوت مشتری ظاهر می‌شود و ثمن پیشنهادی بیشتری از خریدار یا خریداران ارائه می‌نماید و در نتیجه این عمل نادرست، خریداران واقعی قیمت بیشتری برای کالا می‌پردازند (علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۰۰۴/۲: شهید اول، ۱۴۱۲ق، ۳/۱۸۷؛ خوبی، ۱۳۷۴ق، ۱/۶۶۰). در خصوص حکم تکلیفی نجش، اختلاف است. شهید اول و محقق نراقی، نجش را حرام می‌دانند (شهید اول، ۱۴۱۲ق، ۳/۱۷۸؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ۱۴/۴۳). آیت‌الله سیستانی حتی اگر نجش موجب فریب نشود و تبانی بین ناچش و بایع هم نباشد آن را حرام می‌داند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۶ق، ۲/۱۲). برخی از فقهای متأخر معتقدند که نجش نه حرمت دارد و نه ضمانت اجرای وضعی و اگر مستلزم و متضمن حرام دیگری مانند کذب و فریب مؤمن نباشد، حرام نیست

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۶۲

(خوبی، ۱۳۷۴ق، ۱/۶۶۲؛ حسینی روحانی، سید صادق، ۱۴۱۲ق، ۱۴/۴۶۶). علت جعل خیار از سوی برخی فقیهان، تدلیس، عیب، غبن و ضرر اعلام شده است (ابن جنید، ۱۴۱۶ق، ۱۶۹ به نقل از شهید اول، الدروس، ۱۴۱۲ق، ۳/۱۸۷؛ طوسی، الخلاف، ۳/۱۷۱ و ۱۷۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق، مختلف الشیعه، ۵/۴۵). علامه حلی در کتاب «مختلف الشیعه» بعد از بیان نظرات مختلف فقیهان در خصوص نجش، دیدگاه خود را این گونه بیان می‌دارد: اگر نجش متضمن ضرری بر مشتری نباشد موجد خیار نیست (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، مختلف الشیعه، ۵/۴۵). روشن است که ملاک نهی از نجش، سوءنیت، اضرار به غیر و فقدان حسن نیت است.

۸/۴. تلقی الركبان

یکی دیگر از صورت‌های معامله تعسفی که در فقه اسلامی نهی شده «به استقبال رفتن کاروان‌ها» است. پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ از به استقبال رفتن کاروان‌ها نهی فرمودند و برای صاحب کالایی که اجناس خود را خارج از شهر فروخته است حق خیار قرار داد^۱ (نوری، ۱۴۰۸ق، ۱۳/۲۸۱). این روایت در هیچ‌یک از کتب معروف حدیث شیعه نقل نشده است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق، ۲/۲۸۸) ولی به وسیله فقهای متقدم مورد عمل قرار گرفته است (طوسی، ۱۴۰۷ق، الخلاف، ۳/۱۷۲). تلقی الركبان یک رفتار غیر منصفانه تجاری محسوب می‌شود؛ زیرا مبنای استفاده از این روش سوءاستفاده از جهالت اهل کاروان بر قیمت واقعی کالا در شهر است و تاجر غیر شرافتمند سودی را کسب می‌کند که رقیب شرافتمند او، آن ثروتمند را کسب نکرده است. این علت به صراحت توسط برخی از فقها از روایات مربوطه استنباط شده است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۵/۱۷۵). برخی این عمل را حرام دانسته‌اند (حلی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵ق، ۲۵۷) و بعضی قائل به کراهت شده‌اند (علامه حلی و محقق حلی، ۱/۱۲۰). فقهای امامیه علت جعل خیار را «غبن» صاحب کالا (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، تحریر الاحکام، ۲/۲۵۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، خلاف، ۳/۴۲؛ محقق حلی،

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۶۳

۱. عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ تَلْقَى الرُّكْبَانِ وَقَالَ مَنْ تَلَقَّاهَا فَصَاحِبُهَا بِالْخِيَارِ إِذَا دَخَلَ السُّوقَ»

۱۴۱۸ق، المختصر النافع، ۱۳۷۶، ۱/۱۲۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳/۲۰۳) و «لا ضرر» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳/۲۰۳) دانسته‌اند. آنچه از روایات فهمیده می‌شود خود جعل خیار است و در خصوص علت آن در روایت مربوطه مطلبی بیان نشده است و از این رو نمی‌توان با قاطعیت علت حکم جعل خیار را غبن یا لاضرر دانست (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، تذکره الفقهاء، ۱/۵۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳/۴۶۴؛ خمینی، ۱۴۰۹ق، ۱۴۱۰ق، ۱/۵۲۳؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ۱/۳۶۱؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ۲۲۴؛ محقق حلی، الشراعی، ۱۴۱۸ق، ۳/۱۱۱، شهید اول، ۱۴۱۲ق، ۳/۲۷۵؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ۳/۱۱۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۹/۴۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق، ۱۷/۱۷۲). واضح است که ملاک نهی از تلقی رکبان، یک معیار اخلاقی است؛ یعنی سوءاستفاده از جهل طرف ضعیف و این همان وجه مشابهت میان شرط تعسفی با این نوع معامله است.

۵/۸. غبن مُسْتَرَسِل

یکی از منهیات باب معاملات، غبن مسترسِل است؛ یعنی فریب و مغبون کردن کسی که به او وعده‌ای داده شده و او به ما اعتماد کرده است مانند اینکه به مشتری قول فروش ارزان‌تر داده بود ولی آن را گران‌تر از قیمت بازار به وی بفروشد. این عنوان از حدیثی از امام صادق علیه السلام گرفته شده که فرمود: غبن المسترسِل حرام است (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۷/۳۹۵). برخی آن را مکروه و صرفاً یک توصیه اخلاقی برای فریب ندادن دیگری در معامله دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۳، ۲۳/۴۲) ولی بعضی آن را تحریم کرده‌اند (به نقل از: حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۷/۳۹۶)^۱ و دسته‌ای هم چنین معامله‌ای را حرام و باطل اعلام کرده‌اند (زراقی، ۱۴۱۵ق، ۱۴/۳۹۶)^۲. وقتی محقق بزرگی چون زراقی، حکم به تحریم و بطلان چنین معامله‌ای به جهت قصد غبن یا ملزوم آن

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۶۴

۱. یکی از معانی استرسال، اعتماد کردن به دیگری است. (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ۱۱/۲۸۲). الاسترسال إلى الإنسان کالاستئناس والطمأنینة، یقال: غَبْنُ الْمُسْتَرَسِلِ إِلَيْكَ رِبًا.

۲. «إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ هَلُمَّ أَحْسِنُ نَبْعَكَ يَحْزُمُ عَلَيْهِ الرَّيْبُ. وَرَوَاهُ الشَّيْخُ يَأْتِدَادُهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ مُرْسَلًا إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: فَقَدْ حَزَمَ عَلَيْهِ الرَّيْبُ. أَقُولُ: حَمَلَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ عَلَى الْكِرَاهَةِ لِمَا يَأْتِي» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۷/۳۹۵).

۳. و لا شك أن البيع أو الشراء الصادر عن قصد الغبن والخديعة إما عين الغبن أو ملزومه، و أيهما كان يبطل البيع، لمكان النهي، فإنه يفسد المعاملة على الأقوى.

می‌کند، معلوم می‌شود نصوص و منابع فقهی ما ظرفیت بهره‌گیری از آموزه‌های اخلاقی در زمینه حقوق قراردادها را دارد و این آموزه‌ها صرفاً یک توصیه اخلاقی نیست.

در پایان، باید متذکر شد که هدف این نوشتار، امکان‌سنجی استخراج بطلان یا تعدیل شروط تعسفی از منابع دینی بود. روشن است که بررسی و تحلیل اقسام محتمل، نیازمند تحقیقی دیگر است.

پس از این بررسی‌ها و نقل قول‌ها می‌توان گفت: درست است که میان فقیهان ارجمند در موارد یادشده، نه در حکم تکلیفی و نه در احکام وضعی، اتفاق نظری وجود ندارد و مبانی آن‌ها نیز در این موارد، متفاوت و متشتت است ولی از برآیند نظرات آن‌ها حداقل می‌توان به مرجوحیت شروط تعسفی و ناعادلانه در قرارداد و جریان ضمانت اجرایی، حکم کرد. نهی پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از بیع غرری، بیع بر بیع، سوم بر سوم، نجش، غبن مسترسل و تلقی رکبان، از منظر عقلا، ملاکی جز سویه اخلاقی رعایت عدل و انصاف و حمایت از طرف زیان‌دیده نمی‌تواند داشته باشد و هرچند ما قاعده‌ای به اسم عدالت را با آن گستره، به علت ابهامات مفهومی و مصداقی، نپذیرفیم ولی توجه به این نکته هم ضروری است که اگر نتوان تطبیق احکام بر عدالت را در استنباط فقهی حتی در این اندازه پذیرفت، باید رأساً طومار آن را از ساحت فقه، برچید؛ چگونه می‌شود ممالک عربی و غربی و حتی شرقی مانند چین، شروط تعسفی را برتابند و برای آن ضمانت‌های اجرایی قوی قرار دهند ولی فقه ما باین همه ظرفیت و منبع، نتواند برای حمایت از مصرف‌کننده‌ای که در موضع ضعف قرار دارد، چاره‌ای بیندیشد! آیا بنا بر هر تفسیری که از عدالت و عدالت اجتماعی ارائه بشود، می‌توان پذیرفت شرطی که به سود طرف قوی قرارداد در برابر طرفی که فاقد خُبرویت یا برتری فنی یا اقتصادی است و منجر به عدم تعادل قراردادی می‌شود، مورد حمایت شارع است؟ از این گذشته، مبنای قانون‌گذار کشور در قوانینی که شرط تعسفی را غیر مؤثر می‌داند چیست؟ قانونی که باید بر اساس مبانی فقه اسلامی تدوین شود.

امکان‌سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۶۵

نتیجه‌گیری

۱. شاکله و نقطه عزیمت شروط تعسفی و ناعادلانه، عقود استغلال، عقود اذعان و دیگر مفاهیم پیش گفته، فقدان تعادل قراردادی به سود یکی از متعاملان در اثر ضعف ناشی از عدم خبرویت یا عوامل درونی یا بیرونی دیگر در طرف مقابل است.

۲. شروط تعسفی در فقه اسلامی با این ترکیب، وجود ندارد و احتمالاً از حقوق کشورهای اروپایی، قریب به معنای «غیرمنصفانه» وارد ممالک عربی و اسلامی شده است.

۳. کشورهای عربی قوانینی در جهت حمایت از طرف ضعیف در عقود استغلال، استهلاک و تعسفی وضع کرده‌اند که باهم تفاوت دارد؛ در برخی از این قوانین، قاضی میان ابطال عقد و انقاص تعهدات مغبون، مخیر گذاشته شده است و در بعضی، قرارداد خودبه‌خود باطل شمرده شده است.

۴. در سابقه قانون‌گذاری کشور ما اصطلاح شروط غیرمنصفانه در برخی قوانین به‌صورت پراکنده به کار رفته است لکن در هیچ‌یک از قوانین، به تعریف و تبیین مصادیق و آثار و ضمانت اجرای شروط مذکور پرداخته نشده است و صرفاً اصطلاح مذکور با الهام از ترجمه قوانین مورد اشاره و اقتباس آن از قوانین خارجی در حقوق ایران استفاده شده است.

۵. برای امکان‌سنجی ابطال یا تعدیل شرط تعسفی در قراردادهای تجاری از منظر فقهی، دو احتمال قابل‌تصور است: احتمال مخالف و احتمال موافق. احتمال مخالف معتقد است: اصل در شروط، صحت است و شرط غیرمنصفانه در هیچ منبع معتبری ذکر نشده است؛ بنابراین، نمی‌تواند جزو شروط باطل محسوب گردد. احتمال موافق بر این باور است که اگر نتوانیم از قرآن و قاعده عدل و انصاف در این خصوص استمداد جوییم، با عناوین دیگری مانند: لاضرر، وجوب حفظ نظام، حرمت غرر، حرمت اکل مال به باطل و وحدت ملاک شرط تعسفی با موضوعات مشابه در متون فقهی مانند البیع علی البیع، السوم علی السوم، نجش، غبن المسترسل و تلقی رکبان، می‌توان ابطال یا تعدیل قرارداد را مدلل ساخت.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۶۶

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث.
۲. ابن اثیر، مبارک بن محمد. (۱۳۶۴). النهایة فی غریب الحدیث. چاپ چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان للطباعة و النشر.
۳. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. ابن براج، قاضی عبد العزیز. (۱۴۰۶ق). الممهدب. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد. (۱۴۱۶ق). مجموعة فتاوی ابن جنید. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. ابن زهره، حمزة بن علی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع فی علمي الفروع و الاصول. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
۷. ابن منظور، جمال الدین بن مکرم. (۱۴۰۵ق). لسان العرب. قم: نشر ادب حوزه.
۸. احمدزاده بزار، سید عبد المطلب؛ دوانی، مجیدرضا؛ قبولی درافشان، سید محمد صادق. (پاییز ۱۳۹۷). مفهوم و جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق اروپا و حقوق موضوعه ایران، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۵، شماره ۳، صص ۱-۳۴.
۹. الهی خراسانی، علی. (۱۳۹۹). جستارهایی در مقاصد شریعت. تهران: نشر نگاه معاصر.
۱۰. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۱. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب الخیارات. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم.
۱۲. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۰ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت دویمین سالگرد ولادت شیخ انصاری.
۱۳. ایروانی، باقر. (۱۳۹۴). قواعد فقهی، ترجمه کتاب دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة. مترجم: حسین ناصری مقدم، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق عليه السلام.
۱۴. باقی زاده، محمد جواد، امیدی فرد، عبد الله. (۱۳۹۳). ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه. فصلنامه علمی پژوهشی شیعه شناسی، سال دوازدهم، شماره ۴۷، صص ۱۷۰-۲۰۰.
۱۵. بجنوردی، سید محمد حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیة. چاپ اول، قم: معاونت فرهنگی وزارت فرهنگ.

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۶۷

۱۶. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. بودالی محمد. (۲۰۰۶م). حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي). الجزائر: دار الكتاب الحديث.
۱۸. بولقواس، سارة. (۲۰۱۷م). الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الالكتروني. مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، ص ۴۵-۶۳.
۱۹. پاکباز، سیامک. (۱۳۹۴). سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط در حقوق رقابت. تهران: نشر میزان.
۲۰. تقی زاده، ابراهیم و احمدی، افشین. (۱۳۹۴). جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی. پژوهش حقوق خصوصی، دوره سوم، شماره ۱۰، صص ۹-۴۲.
۲۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۷). ترمینولوژی حقوق. چاپ نوزدهم، تهران: گنج دانش.
۲۲. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم للملایین.
۲۳. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۴ق). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام لأحياء التراث.
۲۴. حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۲۵. حسینی سیستانی، سید علی. (۱۴۱۶ق). منهاج الصالحین. قم: مکتب آیت الله العظمی السید علی سیستانی.
۲۶. حشیشة شعبان، الفة. (۲۰۱۱م). عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية: دراسة مقارنة. تونس: الهيئة الوطنية للمحامين.
۲۷. حلّی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
۲۸. امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۰۹ق). تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۲۹. امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۵). الرسائل. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۰. خوئی، ابوالقاسم. (۱۳۷۴ق). مصباح الفقاهه فی المعاملات. قم: انتشارات سید الشهداء علیه السلام.
۳۱. الخوری الشرتونی اللبانی، سعید. (۱۳۹۲ق). اقرب الموارد فی فصح العربیه و الشوارد. انتشارات اسوه.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۶۸

۳۲. سعادت مصطفوی، سید مصطفی، نورآبادی، علیرضا. (۱۳۹۶). وضعیت معاملات مضطر در حالت سوءاستفاده از اضطرار (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و اصول قراردادهای تجارت بین‌المللی). **دوفصلنامه علمی تخصصی آموزش‌های حقوقی گواه**. سال سوم، شماره دوم، صص ۱۲۷-۱۵۶.

۳۳. السنهوری، احمد عبد الرزاق. (۱۳۹۱ق). **نظریة العقد**. تهران: خرسندی.

۳۴. السنهوری، احمد عبد الرزاق. (بی‌تا)، **الوسیط فی شرح القانون المدني الجديد**. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۳۵. سی الطیب، محمد امین. (۲۰۰۸م). **الشروط التعسفية فی عقود الاستهلاك**، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير فی القانون الخاص. کلیة الحقوق، جامعة ابی بکر بلقايد تلمسان.

۳۶. شعاریان، ابراهیم، ترابی، ابراهیم. (۱۳۹۵). **حقوق تعهدات**. چاپ دوم، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.

۳۷. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۲ق). **الدروس الشرعية**. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۳۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشی - کلاتر)**. قم: کتابفروشی داوری.

۳۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). **تشکیل قراردادها و تعهدات**. چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد.

۴۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۷). **شروط ضمن عقد**. چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.

۴۱. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۹). **حقوق اقتصادی**. تهران: انتشارات سمت.

۴۲. شیروی، عبدالحسین. (۱۴۰۰). **قانون مدنی چین**. مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.

۴۳. نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن. (۱۳۶۳)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**. جلد بیست و سوم، چاپ دوم، تهران: دار الکتب الاسلامیة.

۴۴. صفایی، سید حسین. (۱۳۸۴). **قواعد عمومی قراردادها**. تهران: نشر میزان.

۴۵. طباطبایی، سید محمد حسین. (بی‌تا). **المیزان**، قم: منشورات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۴۶. طجرلو، رضا. (۱۳۸۷). «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس»، **فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران**، دوره ۳۸، شماره ۳، صص ۱۹۱-۲۰۹.

۴۷. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۳۶۵ق). **تهذیب الاحکام**. چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیة.

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۶۹

۴۸. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۷ق). **الخلافا**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۹. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۳۸۷ق). **المبسوط فی فقه الإمامیة**. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۵۰. عزیز کریم جواد، حوراء؛ قبولی درافشان، سید محمد تقی؛ انصاری، اعظم. (۱۳۹۹). «مطالعه تطبیقی مقابله با شروط غیر منصفانه در حقوق ایران و عراق»، **فصلنامه مجلس و راهبرد**، سال بیست و هفتم، شماره ۳، صص ۲۱۹-۲۴۶.
۵۱. العلامة الحلی، الحسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). **تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامية**. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۵۲. العلامة الحلی، الحسن بن یوسف (بی تا)، **تذکرة الفقهاء**، طبع قدیم، قم: منشورات المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۵۳. العلامة الحلی، الحسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). **مختلف الشیعة**. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۴. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۵). **داراشدن ناعادلانه و بلاجهت در نظام حقوقی ایران و مقایسه آن با اکل مال به باطل**. نشریه فقه، سال بیست و سوم، شماره اول، صص ۷-۱۷.
۵۵. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۸). **فقه و حقوق قراردادها: ادله عام قرآنی**. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۵۶. عواطف، محی الدین. (۲۰۱۸م). **أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة للتوازن العقدی**. **مجلة القانون العام الجزائري والمقارن**، المجلد الرابع، العدد الأول.
۵۷. غانم، اسماعیل. (بی تا). **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**. مكتبة عبد الله وهبة.
۵۸. فاضل تونی، مولی عبد الله بن محمد بشروی. (۱۴۱۲ق). **الوافية**. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۵۹. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). **كتاب العين**. چاپ دوم، قم: مؤسسه دار الهجرة.
۶۰. فرج العدوی، توفیق حسن. (۲۰۰۲م). **النظرية العامة للالتزام**. چاپ دوم، بیروت: منشورات حلبیة الحقوقية.
۶۱. فرج الصدة، عبد المنعم. (۱۹۹۴م). **مصادر الالتزام**. دار النهضة العربية.
۶۲. فرج الصدة، عبد المنعم. (۱۹۷۴م). **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**. بیروت: دار النهضة العربية للطباعة و النشر.
۶۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). **قواعد عمومی قراردادها**. چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
۶۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). **قواعد عمومی قراردادها**. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶۵. کریمی، عباس. (۱۳۸۱). **شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها**. **مجله**

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۷۰

پژوهش‌های حقوقی، دوره یکم، ش ۱، سال اول، صص ۷۵-۸۲.

۶۶. کریمی، عباس، کوشکی، مصطفی. (۱۴۰۰). شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف. فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی، دوره ۲۵، شماره ۱۰۰، صص ۲۲۹-۲۵۴.

۶۷. کیدری، قطب‌الدین، محمد بن حسین. (۱۴۱۶ق). إصباح الشيعة بمصباح الشريعة. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۶۸. محسنی، سعید و قبولی درافشان، محمد مهدی. (۱۳۸۹). مفهوم و آثار بطلان نسبی. مجله دانش و توسعه، سال هفدهم، شماره ۳۳، صص ۲۴۵-۲۷۰.

۶۹. محقق حلی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۷۰. محقق حلی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن. (۱۳۷۶). المختصر النافع فی فقه الامامیه. چاپ ششم، قم: مطبوعات دینی.

۷۱. محمد الرفاعی، احمد. (۱۹۹۴م). الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدی. مصر: دار النهضة.

۷۲. مظفر، محمود. (۱۴۲۲ق). نظریة العقد: دراسة قانونیة مقارنة باحكام الشريعة الاسلامیة. جدة: دار حافظ للنشر و التوزیع.

۷۳. ملک افضلی اردکانی، محسن. (۱۳۹۷). قاعده حفظ نظام. چاپ چهارم. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۷۴. مهریزی، مهدی. (۱۳۷۶). عدالت به مثابه قاعده فقهی. نقد و نظر، شماره ۲ و ۳، صص ۱۸۴-۱۹۷.

۷۵. موسوی عاملی، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). نهاية المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۷۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۳۷۵). عوائد الايام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

۷۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشيعة فی أحكام الشريعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۷۸. نوری، محمد علی. (۱۳۹۲). قانون مدنی مصر. چاپ دوم. تهران: انتشارات گنج دانش.

۷۹. نوری، حسین بن محمد تقی. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه

۱۷۱

References

1. AhmadZādiḥ Bizār, Majīd Riḍā; Qabūlī Durafshān, Sayyid Muḥammad Šādiq. Fall 2018/1397. *Mafhūm wa Jāyigāh-i Shurūṭ Ghayr-i Munṣifānih dar Ḥuqūq-i Urūpā wa Ḥuqūq-i Mawḍūāih-yi Īrān*. Pazhūhish-i Taṭbīqī-yi Ḥuqūq-i Islām wa Gharb, 5, 3.
2. Āl 'Uṣfūr al-Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad ibn Ibrāhīm. 1984/1405. *Al-Ḥadā'iq al-Nādirat fī Aḥkām al-'Itrat al-Ṭāhirah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
3. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1991/1412. *al-Durūs al-Shar'īyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
4. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1989/1410. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
5. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Khīyārāt*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
6. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
7. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1998/1419. *Farā'id al-Uṣūl*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
8. Al-Ḥashīshīyat Sha'bān, Ulfat. 2011. *'Uqūd al-Isṭighlāl Taḥt al-Tasmīyat al-Aṣṭīyah. Dirāsāt Muqārinat*. Tunisia: al-Hay'at al-Waṭaniyat lil Muḥāmin.
9. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1991/1412. *Mukhtalaḥ al-Shī'a fī Aḥkām al-Sharī'a*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
10. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā'ī' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat Ismā'īliyyān.
11. al-Ḥillī, Yahyā ibn Aḥmad (Ibn Sa'īd). 1985/1405. *Al-Jāmi' lil Sharā'ī'*. Qom: Dar Sayyid al-Shuhadā' li al-Nashr.
12. al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1993/1414. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Iturāth.
13. al-Ḥusaynī al-Ḥalabī, Ḥamzat Ibn 'Alī (Ibn Zuhra). 1996/1417. *Ghunyāt al-Nuzū' ilā 'Ilm al-Uṣūl wa al-Furū'*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
14. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Šadiq. 1991/1412. *Fiqh al-Šādiq*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
15. al-Ḥusaynī al-Sīstānī, al-Sayyid 'Alī. 1995/1416. *Minḥāj al-Šāliḥīn*. Qom: Maktabat Ayatollāh al-Sīstānī.
16. 'Alīdūst, Abulqāsim. 2016/1395. *Dārā Shudan Nā 'Ādilānih wa BilāJahat dar Niẓām-i Ḥuqūqī-yi Īrān wa Muqāyisih-yi Ān bā Akl-i Māl bih Bāṭil*. Nashrīyih-yi Fiqh, 23, 1, 7-17
17. 'Alīdūst, Abulqāsim. 2019/1398. *Fiqh wa Ḥuqūq-i Qarārdādhā: Adillih-yi 'Ām-i*

- Qur'ānī*. Tehran: Intishārāt-i Pazhūhishgāh-i Farhang wa Andīshih-yi Islāmī.
18. al-Jawharī, Ismā'il Ibn Ḥammād. 1989/1410. *al-Ṣiḥāh: Tāj al-Lughat wa Ṣiḥāh al-'Arabīyyah*. 1st. Edited by Aḥmad 'Abdal-Ghafūr 'Aṭār. Beirut: Dār al-'Ilm li al-Malāyīn.
 19. Al-Khūrī al-Shartūnī al-Lubnānī, Sa'īd. 2013/1392. *Aqrab al-Mawārid fī Faṣḥ al-'Arabīyat wa al-Shawārid*. Intishārāt Uswah.
 20. al-Kurāsānī, Muḥammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurāsānī). 1988/1409. *Kifāyat al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
 21. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1995/1374. *Miṣbāḥ al-Fiqāhat fī al-Mu'āmilāt*. Qom: Maktabat al-Sayyid al-Shuhadā'.
 22. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Sayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1988/1409. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qom: Dār al-'Ilm.
 23. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Sayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2006/1385. *Al-Rasā'il*. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
 24. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1984/1363. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'ī al-Islām*. 2nd. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
 25. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1994/1415. *Muṣṭanad al-Shī'a fī Aḥkām al-Sharī'a*. 1st. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
 26. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1996/1375. *'Awā'id al-Ayyām fī Bayān Qawā'id al-Aḥkām wa Muḥimmāt Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qum (Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi 'Ilmīyyi-yi Qum).
 27. al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1987/1408. *Muṣṭadrak al-Wasā'il wa Muṣṭanbaṭ al-Masā'il*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
 28. al-Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad. 2011/1390. *Nazarīyat al-'Aqd*. Tehran: Khursandī.
 29. al-Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad. n.d. *al-Wasīṭ fī Sharḥ al-Qānūn al-Madanī al-Jadīd*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
 30. al-Ṭabāṭabā'ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-'Allāma al-Ṭabāṭabā'ī). n.d. *al-Mīzān fī Tafṣīr al-Qur'ān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 31. al-Tūnī, 'Abd Allah Ibn Muḥammad (al-Fāḍil al-Tūnī). 1991/1412. *Al-Wāfiya fī Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
 32. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūt fī Fiqh al-Imāmīyya*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li 'Iḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyah.
 33. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1365. *Tahdhīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni'at lil Shaykh al-Mufīd*. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
 34. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Al-Khilāf*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 35. 'Awāṭif, Muḥyī al-Dīn. 2018. *Aḥkām al-Shurūṭ al-Ta'assufīyat Ḥimāyat lil Muṣṭahlak wa I'ādar lil Tawāzun al-'Aqdī*. Majalat al-Qānūn al-'Ām al-Jaz'arī wa al-Muqāran, 4, 1.

36. 'Azīz Karīm Jawād, Hūraā'; Qabūlī Durafshān, Sayyid Muḥammad Taqī; Ansārī, A'zam. Fall 2020/1399. *Muḥāli'ih-yi Taṭbīqī-yi Muqābilih bā Shurūṭ-i Ghayr-i Munṣifānih dar Ḥuqūq-i Īrān wa 'Irāq*. Faṣlnāmih-yi Majlis wa Rāhburd, 27, 3.
37. Bāqī Zādih, Muḥammad Jawād; Umīdī Fard, 'Abdullāh. 2014/1393. *Ḍarūrat-i Ḥifẓ-i Niḍām wa Man'-i Ikhlāl dar Ān dar Fiḡh-i Imāmīyah*. Faṣlnāmih-yi 'Ilmī Pazhūhishī-yi Shī'ih Shināsī, 12, 47, 170-200.
38. Būdālī, Muḥammad. 2006. *Ḥimāyat al-Muṣṭahlak fī al-Qānūn al-Muqāran (Dirāsāt Muqārant ma'a al-Qānūn al-Faransī)*. Algeria: Dār al-Kutub al-Ḥadīth.
39. Faraj al-'Adwī, Tawfīq Ḥassan. 2002. *Al-Nazarīyat al-'Āmat lil Iltizām*. 2nd. Beirut: Manshūrāt Ḥalabīyat al-Ḥuqūqīyah.
40. Faraj al-Ṣaddat, 'Abd al-Mun'im. 1974. *Nazarīyat al-'Aqd fī Qawānīn al-Bilād al-'Arabīyah*. Beirut: Dār al-Nihḍat al-'Arabīyat lil Ṭibā'at wa al-Nashr.
41. Faraj al-Ṣaddat, 'Abd al-Mun'im. 1994. *Maṣādir al-Iltizām*. Dār al-Nihḍat al-'Arabīyat lil Ṭibā'at wa al-Nashr.
42. Ghānim, Ismā'il. n.d. *al-Nazarīyat al-'Āmat lil Iltizāmāt. Maṣādir al-Iltizām*. Maktabat 'Abdullāh Wahbah.
43. Ibn Athīr Shībānī, Majd al-Dīn Mubārak ibn Muḥammad. 1985/1364. *Al-Nihāyat fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. Al-Maktabat al-Islāmīyyah.
44. Ibn Barrāj al-Ṭirāblusī, 'Abdulazīz. 1985/1406. *Al-Muhadhab*. n.p. Mu'assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisīn.
45. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sar'ir al-Hāwī li Tahṛīr al-Fatāwī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
46. Ibn junayd al-Iskāfī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1416. *Majmu'at Fatāwā Ibn Junayd*. Edited by 'Alī Panāh al-Ishtihārdī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
47. Ibn Manzūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-'Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fīkr.
48. Ilāhī Khurāsānī, 'Alī. 2020/1399. *Juṣṭārḥā-yi dar Maqāṣid-i Sharī'at*. Tehran: Nashr-i Nigāh-i Mu'āṣir.
49. Īrawānī, Bāqir. 2015/1394. *Qawā'id-i Fiqhī*. Qom: Intishārāt Dānīshgāh-i Imām Ṣādiq.
50. Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. 2008/1387. *Tirmīnūlūzhī-yi Ḥuqūq*. 19th. Tehran: Ganj Dānīsh.
51. Karīmī, 'Abbās. 2002/1381. *Shurūṭ Tahmīlī az Dīdgāh-yi Qawā'id-i 'Umūmī-yi Darārdādḥā*. Tehran: Majalīh-yi Pazhūhish-hāyi Ḥuqūqī, No. 1, 1.
52. Karīmī, 'Abbās; Kushkī, Muṣṭafā. 2021/1400. *Shurūṭ Tahmīlī dar Qarārdād-hāyi Mun'aqidih Bayn-i Ṣāhibān-i Ḥarf*. Faṣlnāmih-yi pazhūhish-hāyi Bāzargānī, No. 100.
53. Kātūziyān, Nāṣir. 1995/1374. *Qawā'id-i Umūmī-yi Qarārdādḥā*. 1st. Tehran: Shirkat-i Sahāmī.
54. Kātūziyān, Nāṣir. 2020/1399. *Qawā'id-i Umūmī-yi Qarārdādḥā*. 3rd. Tehran: Ganj-i Dānīsh.

55. Keydarī, Qutb al-Dīn, Muḥammad ibn Ḥusayn. 1995/1416. *Iṣbāḥ al-Shi'at bi Miṣbāḥ al-Sharī'ah*. Qom: Mu'asissat al-Imām al-Ṣādiq.
56. Mihrīzī, Maḥdī. 1997/1376. *Idālat bih Mathābih-yi Qā'idih-yi Fiqhī*. Naqd wa Nazar, 2,3, 184-197.
57. Muḥammad al-Rāfi'ī, Aḥmad. 1994. *Al-Ḥimāyat al-Madanīyat lil Muṣtaḥlik Izā' al-Maḍmūn al-'Aqdī*. Egypt: Dār al-Nihḍah.
58. Muḥsinī, Sa'id; Qabūlī Durafshān, Muḥammad Maḥdī. 2010/1389. *Mafhūm wa Āthār-i Buḥlān-i Nisbī*. Majalīh-yi Dānish wa Tawsi'ih, 17, 33.
59. Mūsawī Bujnurdī, Sayyid Muḥammad. 1998/1419. *Qawā'id-i Fiqhīyyi*. Qom: Nashr al-Hādī.
60. Muẓaffar, Maḥmūd. 2001/1422. *Nazarīyat al-'Aqd: Dirāsāt Qānūniyat Muqārinat bi Aḥkām al-Sharī'at al-Islāmīyah*. Jeddah: Dār Ḥāfiẓ li Nashr wa al-Tawzī'.
61. Nūrī, Muḥammad 'Alī. 2013/1392. *Qānūn-i Madanī-yi Miṣr*. 2nd. Tehran: Ganj-i Dānish.
62. Pākzād, Sīyāmak. 2015/1394. *Sū'-i Isṭifādih az Waq'iyat-i Iqtisādī-yi Musalaḥ dar Ḥuqūq-i Riqābāt*. 1st. Tehran: Nashr Mīzān.
63. Sa'adat Muṣtafawī, Sayyid Muṣtafā; Nūr Ābādī, 'Alfiriḍā. 2017/1396. *Waq'iyat-i Mu'āmilāt-i Muḍtar dar Ḥālat-i Sū' Isṭifādih az Iḍtirār (bā Muṭālī'ih-yi Taṭbīqī dar Ḥuqūq-i Īrān wa Uṣūl-i Qarārdādḥā-yi Tijārat-i Bayn al-Milālī*. Dufaṣṣnāmīh-yi 'Ilmī Takhaṣṣuṣī-yi Āmūzih-hāyi Ḥuqūqī-yi Guwāh, 3,2, 127-156.
64. Ṣafāyī, Sayyid Ḥusayn. 2005/1384. *Qawā'id-i 'Umūmī-yi Qarārdādḥā*. Tehran: Nashr Mīzān.
65. Sārih, Bulqiwās. 2017. *Ḥimāyat al-Madīnat lil Muṣtaḥlak min al-Shurūṭ al-Ta'assufīyat fī al-'Aqd al-Ilīkrīnī*. Majalat al-Manār lil Buḥūth wa al-Dirāsāt al-Qānūniyat wa al-Sīyāsīyat, 2, 45-63.
66. Shahīdī, Maḥdī. 2003/1382. *Tashkīl-i Qarārdādḥā wa Ta'ahudāt*. 3rd. Tehran: Intishārāt Majd.
67. Shahīdī, Maḥdī. 2008/1387. *Shurūṭ-i Dimn-i 'Aqd*. 2nd. Tehran: Intishārāt Majd.
68. Shīrūdī, 'Abd al-Ḥusayn. 2020/1399. *Ḥuqūq-i Iqtisādī*. 1st. Tehran: Intishārāt Samt.
69. Shīrūdī, 'Abd al-Ḥusayn. 2021/1400. *Qānūn-i Madanī-yi Chīn*. 1st. Mu'asissih-yi Muṭālī'āt wa Pazhūhishhā-yi Ḥuqūqī-yi Shahr-i Dānish.
70. Shu'ārīyān, Ibrāhīm; Turābī, Ibrāhīm. 2016/1395. *Ḥuqūq-i Ta'ahudāt*. 2nd. Mu'asissih-yi Muṭālī'āt wa Pazhūhishhā-yi Ḥuqūqī-yi Shahr-i Dānish.
71. Sī al-Tayyib, Muḥammad Amīn. 2008. *Al-Shurūṭ al-Ta'assufīyat fī 'Uqūd al-Isṭihlāk*. Dirāsāt Muqārinat, Mudhākirat Mājisṭir fī al-Qānūn al-Khāṣ. Faculty of Law, University of Abu Bakr Belkaid Tlemcen.
72. Ṭajarlū, Riḍā. 2008/1387. *Bardāsht-i Ti'urīk bar Dikhālat-i Dawlat dar Maḥdūd Kardan-i Āzādī-yi Qarār Dādḥā bā Rujū' bih Sīstīm-i Ḥuqūqī-yi Inglīs*. Faṣṣnāmīyi Ḥuqūq-i Dānishkadīh-yi Ḥuqūq wa 'Ulūm-i Sīyāsī-yi Dānishgāh-i Tehran. 38, 3, 191-209.

The Invalidity of *Khabar al-Wāḡhid* as Restricted to the Transactions and Contracts ¹

Mohammad-Reza Kaykha 

Associate Professor and Faculty Member, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Sistan and Baluchestan University; Zahedan-Iran; (Corresponding Author); kaykha@hamoon.usb.ac.ir

Hamid Moazzeni-Biṣteḡani

PhD Student at Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Zahedan-Iran; moazzeni62@gmail.com

Receiving Date: 2022-10-22; Approval Date: 2023/09/28

**Justārḡhā-ye
Fiḡhī va Uṣūlī**


Vol.10, No.34
Spring 2024

177

Abstract

According to the widely known viewpoint of the *Uṣūlīyūn*, *khabar al-wāḡhid* (tradition with a single transmitter) is valid as a special presumption (*ḡan al-khāṣ*). The most important reason for its validity is considered to be the intellectuals' attitude. But some others, citing the reason for obstruction (*insidād*), use *akhbār al-wāḡhid* for the absolute benefit of presumption. What needs to be discussed is whether the validity of the *khabar al-wāḡhid* is used in the same way in both parts of worship (*ibādīyāt*) and transactions.

1. Kaykha. M. ; (2024); " The Invalidity of Khabar al-Wāḡhid as Restricted to the Transactions and Contracts" ; *Joṣṡar _ Hay Fiḡhi va Usuli*; Vol: 10; No: 34; Page: 177-204;

 10.22034/jrj.2024.76082



This Article is distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 | <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Written in a descriptive-analytical method, this study shows that by proving the principle of non-devotional transaction rules, in its specific sense, the *Akhhbār al-Āḥād* of these chapters are not useful for the presumption of survival (*zan bih baqā'*). Therefore, the proof will not be valid due to obstruction. Thus, in the chapter on transactions and contracts, *Khabar al-wāḥid* cannot be considered as validation either because of a specific proof or because of obstruction. Consequently, legislation in the field of transactions and contracts is the responsibility of experts (jurisprudents) and their compliance with the general purposes of the *sharī'ah*, such as non-*ghararī* (uncertain) and non-harmful. However, the usefulness of the narrations of the mentioned chapters can be indicative of the attitude and perception of the lawmaker (*shāri'*) in setting the laws of the society. As a result, the invalidity of *akhhbār al-āḥād* will be useful for restricting transactions to contemporary transactions of *ma'ṣūm* (infallible) and the transactions approved by him.

Keywords: Obstruction Reason, Contracts, Transactions Jurisprudence, Validity of *Khabar al-Wāḥid*, Transaction in its Specific Sense.

عدم حجیت خبر واحد در حصر معاملات و قراردادهای

محمد رضا کیخا  ID

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان-ایران. (نویسنده مسئول)

حمید مؤذنی بیستگانی

دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان-ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۰۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۰۶



چکیده

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادهای
۱۷۹

خبر واحد، طبق نظر مشهور اصولیان، به عنوان ظن خاص حجت است. مهم ترین دلیل حجیت آن را سیره عقلا می دانند اما برخی دیگر به استناد دلیل انسداد، اخبار آحاد را به جهت افاده مطلق ظن، مورد عمل قرار می دهند. آنچه ضرورت دارد مورد بحث قرار گیرد این است که آیا حجیت خبر واحد به شکلی یکسان در هر دو حوزه عبادیات و معاملات، کاربرد دارد؟ این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی به نگارش درآمده نشان می دهد با اثبات اصل تعبدی نبودن احکام معاملات بالمعنی الاخص، اخبار آحاد این ابواب، مفید ظن به بقاء نیستند و لذا با استناد به دلیل انسداد هم حجت نخواهند بود؛ بنابراین در باب معاملات و قراردادهای، خبر واحد را نه مستند به دلیل خاص و نه مستند به دلیل انسداد، نمی توان حجت دانست. در نتیجه قانون گذاری در حوزه معاملات و قراردادهای، بر عهده کارشناسان (فقها) و انطباق آن ها با مقاصد کلی شریعت نظیر غرری و ضرری نبودن است

۱. کیخا، محمد رضا، مؤذنی بیستگانی، حمید. (۱۴۰۳) «عدم حجیت خبر واحد در حصر معاملات و قراردادهای» فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی، ۱۰ (۳۴)، صص: ۱۷۷-۲۰۴

اما فایده روایات ابواب مذکور، می‌تواند گویای نحوه نگرش و ذائقه شارع در تنظیم قوانین جامعه باشد. در نتیجه مفید عدم حجیت اخبار آحاد جهت حصر معاملات در معاملات معاصر معصوم علیه السلام و ممضات ایشان خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: دلیل انسداد، قراردادها، فقه معاملات، حجیت خبر واحد، معاملات بالمعنی الاخص.

مقدمه

استنباط احکام معاملات در فقه شیعه، برگرفته از سه منبع قرآن، سنت و عقل است و حجیت اجماع، صرفاً به لحاظ کاشفیت آن از سنت است. از بین سه دلیل مذکور، سنت، بیشترین سهم را در این راستا ایفا می‌کند. اغلب فروع فقهی، از سنت استخراج می‌شوند. سنت هم از طریق خبر متواتر یا خبر واحد، به دست می‌آید. از بین این دو قسم، اخبار آحاد، منبع اصلی برای استنباط احکام تلقی می‌گردند. خبر واحد از ادله ظنی و اصل بر عدم جواز تعبد به ظن است؛ لذا جواز تعبد به آن، نیاز به دلیل قطعی دارد. اصولیان، معمولاً به قرآن، سنت، اجماع، عقل و بنای عقلا برای حجیت خبر واحد تمسک می‌کنند اما به باور پاره‌ای از محققین، تنها دلیل حجیت آن، بنای عقلا است (سیحانی، ۱۳۸۷، ۲۲۶) و ادله دیگر، مورد مناقشات جدی بین علما واقع شده است و ادعای قطعیت در آن‌ها ادعای مردودی است؛ بنابراین مهم‌ترین منبع استنباط، خبر واحد و تنها دلیل بر حجیت آن سیره عقلا است.

تمسک به خبر واحد، گاه در عبادیات و گاه در معاملات صورت می‌پذیرد. معاملات و قراردادها به آن دسته از قوانین گفته می‌شود که نیازی به قصد قربت ندارند؛ چون عمدتاً اغراض اخروی در آن‌ها لحاظ نشده است بلکه دارای اغراض دنیوی و حکمت‌های معین و مشخصی هستند (بحرانی، ۱۴۲۸، ق، ۳۱۵) و غرض اصلی آن‌ها تنظیم روابط اجتماعی است (نجفی، بی‌تا، ۱۷۰) لذا اموری امضایی هستند که همگی قبل از نزول شریعت در بین اعراب آن زمان مرسوم بوده است (امام خمینی، ۱۴۲۰، ق، ۲۱۱)؛ پس واژه معامله به دو معنای اخص و اعم به کار می‌رود؛ معامله به معنای اخص بر تمام عقود و ایقاعات اسلامی اطلاق می‌شود و معامله به معنای اعم، هر حکمی را گویند که امثال آن، متوقف بر قصد قربت نباشد اعم از اینکه عقد یا ایقاع

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۸۰

یا احکام توصلی مثل شستن لباس باشد (تبریزی، ۱۴۰۳ ق، ۲۱۵).

این مقاله، ناظر به معاملات به معنای اخص است. آنچه در این میان، نیاز به عطف توجه دارد، تحلیل و پژوهشی پیرامون نسبت بین بنای عقلا و خبر واحد است تا دانسته شود وقتی سخن از پشتوانه بودن بنای عقلا برای خبر واحد به میان می‌آید آیا خبر واحد را به شکلی یکسان در هر دو حوزه عبادیات و معاملات حجت می‌کند؟ اگر ملاک، بنای عقلا است آیا عقلا در بنائات و سیره‌های خود، وحدت رویه در هر دو عرصه دارند؟ از این رو پرسش‌های تحقیق عبارتند از اینکه آیا اساساً سیره عقلا، خبر واحد را به‌عنوان ظن خاص، حجت می‌کند؟ و اگر خبر واحد را به دلیل انسداد و از باب افاده ظن مطلق پذیرفتیم آیا تفاوتی بین احکام امضایی و تأسیسی به وجود نمی‌آید؟

در خصوص خبر واحد پژوهش‌های متعدد و از زوایای مختلف انجام شده است؛ از جمله می‌توان به مقاله مصطفی فرح شیرازی و همکاران (۱۳۹۸) با عنوان «امکان‌سنجی فقهی-اصولی تبعیض در حجیت خبر» و مقاله سید عبدالرحیم حسینی و همکاران (۱۴۰۰) با عنوان «نقش عقل در حجیت خبر واحد» و همچنین مقاله «حجیت خبر واحد در امور مهمه» نوشته حسن حسینی یار و همکاران (۱۳۹۶) اشاره کرد. نوآوری پژوهش پیش‌رو، این است که حجیت خبر واحد را در فرض و جایگاه استنباط احکام حوزه معاملات و قراردادها که بسیار کاربرد دارد، مورد مناقشه قرار می‌دهد.

امروزه عمده تلاش اقتصاددانان اسلامی که روش فقهی را جهت مشروع‌انگاری معاملات در پیش گرفته‌اند، معطوف به آن است که معاملات نوظهور که گاه برای اداره جامعه بشری لازم تلقی می‌گردد را به نحوی از انحا بر معاملاتی که معاصر معصوم علیه السلام و ممضات ایشان بوده است، منطبق نمایند تا از این رهگذر مشروعیت آن معاملات اثبات گردد؛ چنانکه گویی معاملات مشروعه جهت دادوستد آدمیان منحصر در معاملات مأثوره است که عمدتاً توسط اخبار آحاد اثبات شده‌اند. رسالت پژوهش حاضر، آن است که اعتبار اخبار آحاد جهت حصر معاملات در معاملات مندرج در اخبار آحاد را مورد بررسی قرار دهد.

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها

۱۸۱

در ابتدا لازم است این مهم را یادآور شویم که این مقاله، هرگز در صدد نقل و نقد تمام آنچه پیرامون حجیت یا عدم حجیت خبر واحد گفته شده است، نیست اما اشکالات ابن قبه و رایج‌ترین پاسخ‌ها به آن را نقل می‌کنیم تا دانسته شود که عمده پاسخ‌ها از منظر خاصی صادر شده‌اند که همان صرف منجز و معذر و میرای ذمه بودن فتاواست؛ یعنی اگر روش و شکل فتوا منطبق بر اسلوب حجت انگاشته شده در دانش اصول باشد، راه صواب طی شده است ولو بلغ ما بلغ.

۱. امکان سنجی تعبد به خبر واحد در حصر معاملات و قراردادها

خبر واحد یکی از ادله ظنی است و حجیت ذاتی ندارد بلکه حجیتش، منوط به تأیید از ناحیه شارع است. حال پرسش این است که آیا اساساً امکان دارد شارع مقدس، بندگان را متعبد به ظنونی مثل خبر واحد بسازد؟

۱/۱. دیدگاه ابن قبه

ابن قبه معتقد بود که بر تعبد به خبر واحد، دو مفسده عمده مترتب می‌شود: **مفسده اول:** تلازم بین پذیرش خبر واحد در فروع و اصول دین؛ پس اگر در فروع دین که راوی از معصوم علیه السلام، خبر می‌دهد، تعبد و پذیرش خبر ظنی جایز باشد، لازم‌هاش آن است که اگر شخصی از طرف پروردگار، خبر آورد (مثلاً گفت: خدا گفته است که من پیامبر شما باشم)، تعبد و پذیرش خبر ظنی او نیز جایز باشد. **مفسده دوم:** تعبد به خبر واحد، مستلزم تحلیل حرام و تحریم حلال و در نتیجه القاء در مفسده یا تفویض مصلحت می‌شود؛ زیرا گاهی خبر واحد به خطا می‌رود؛ بنابراین تعبد به اماره، دارای مفسده است (نقل از انصاری، ۱۴۱۶ ق، ۴۰).

مهم‌ترین نقد بر دلیل اول ابن قبه، این است که مقایسه کردن اخبار عن النبی صلی الله علیه و آله با اخبار عن الله، قیاس مع الفارق است؛ زیرا اولی مربوط به فروع دین اما دومی مربوط به اصول دین است و قرار نیست اگر تعبد به خبر واحد در فروع دین جایز شد در اصول دین هم جایز باشد (انصاری، ۱۴۱۶ ق، ۴۱). به نظر می‌رسد این نقد، هرگز صحیح نباشد؛ چرا که مبتنی بر همان نگاه رایجی است که مقام فروع دین، متأخر از مقام

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۸۲

اثبات نبوت نبی در نظر گرفته شده است. لذا چنین القا می‌شود که گویا اثبات نبوت نبی درگرو برخی ادله قطعی مانند معجزات است که باید با اخبار متواتر ثابت گردد اما فروع دین، ارتباطی به اثبات اصل دین و نبوت نبی ندارد، لذا قیاس آن‌ها مع الفارق خواهد بود.

یکی از رسالت‌های این نوشتار، توجه به این نکته است که باید فروع دین را به‌عنوان بسته محتوای شریعت مورد لحاظ قرار دهیم که وجود دستورات ضعیف و غیرقابل توجیه در آن -خصوصاً در عرصه معاملات که ناظر به جهات تعبدی محض نیست بلکه ناظر به جهات عقلایی قابل ادراک برای دانشمندان است، می‌تواند اصل دین و فلسفه دین را زیر سؤال ببرد و مباحث پیرامون انتظار بشر از دین را با چالش‌های اساسی مواجه سازد. آنگاه به‌خوبی دانسته می‌شود که اهمیت فروع دین، مخصوصاً در جوامع امروزی که مکاتب حقوقی، اقتصادی، سیاسی و ... به مصاف یکدیگر رفته و متعالی بودن دستورات خود را به رخ یکدیگر می‌کشند، از اصول دین، کمتر نیست؛ زیرا یکی از راه‌های اثبات صدق نبی، استناد به محتوای شریعت اوست. اگر تعبد به ظنون، راه استکشاف احکام را به انحراف بکشاند، صدق ادعای نبی را به چالش کشانده است و لذا نقض غرض و خلاف حکمت خواهد بود. از این رو نقدی که به این قبه وارد کرده‌اند، مردود به نظر می‌رسد و قیاس مذکور را قیاس مع الفارق نمی‌دانیم؛ چراکه اهمیت فروع دین، از منظری که ارائه شد، کمتر از اصول دین نیست.

آخوند خراسانی در نقد مفسده دومی که ابن‌قبه ذکر کرده گفته است: غرض از جعل حجیت برای امارات، صرفاً این است که اگر اماره به واقع اصابت کرد، حکم واقعی، منجز گردد و اگر به خطا رفت مکلف، معذور باشد؛ بنابراین اصلاً غرض، جعل حکمی جدا از حکم واقع نیست تا مستلزم اجتماع دو حکم و یا تحلیل حرام و تحریم حلال گردد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۲۸۲). به دنبال این پاسخ، این اشکال مطرح می‌گردد که اگر خبر واحد یا هر اماره دیگر، ممکن است به خطا رود و در صورت خطا رفتنش صرفاً بحث معذرت مطرح می‌شود، مستلزم تفویت مصلحت و القاء در مفسده خواهد بود. اصولیان در پاسخ به این اشکال که به‌عنوان یک اشکال بسیار

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها

۱۸۳

دشوار از آن یاد می‌شود (مظفر، ۱۳۷۵، ۲۷)، می‌گویند: جایی که پای مصلحت غالب و اکثر در میان باشد، تقویت مصلحت حداقلی و القاء در مفسده بلااشکال است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ق، ۲۸۲).

نکته حائز اهمیت در اینجا این است که دانشمندان، عمدتاً اصل ترتب مفسده را قبول دارند اما گاه با طرح بحث «مصلحت تسهیل» (نائینی، ۱۳۵۲، ۶۵) و گاه با اختراع نظریه «مصلحت سلوکیه» (انصاری، ۱۴۱۶، ق، ۴۴)، این نظریه بعدها به شدت مورد نقد اصولیان واقع شد تا آنجا که برخی از آن به «تصویب امامیه» یاد کردند (عراقی نجفی، بی‌تا، ۱۸۹)، در مقام پاسخ برآمده‌اند. خلاصه آنکه اصولیان، وجود مفسده در تعبد به خبر واحد را منکر نمی‌شوند اما وجود مصلحت حداکثری را مطرح می‌کنند که مفسده حداقلی در برابر آن قابل ملاحظه نیست. طبق یافته‌های این پژوهش اساساً تمسک به چنین توجیهاتی، لزومی ندارد؛ زیرا اساساً در اموری که امر قانون‌گذاری به بشر واگذار شده است، بحث حکم الله و مصالح و مفاسد ذاتی و به تبع آن تقویت مصلحت و القاء در مفسده، مطرح نخواهد شد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۸۴

۲/۱. دیدگاه مشهور

در مقابل دیدگاه ابن‌قبه، نظریه مشهور را داریم که قائل به امکان تعبد به ظنون هستند و دو دلیل بر آن ارائه کرده‌اند: **دلیل اول:** در شریعت با موارد زیادی از ادله ظنی مواجه می‌شویم که از ناحیه شارع، حجت قرار داده شده‌اند و برترین دلیل بر ممکن بودن چیزی، وقوع آن است^۱ (انصاری، ۱۴۱۶، ق، ۴۱). در ادامه خواهیم گفت که هیچ دلیل ظنی از ناحیه شارع، حجت قرار داده نشده است؛ به عبارت دیگر هیچ ظن خاصی نداریم. **دلیل دوم:** هیچ مفسده‌ای بر تعبد به ظنون، مترتب نمی‌شود پس تعبد به ظنون، ممکن است (انصاری، ۱۴۱۶، ق، ۴۱). حال آنکه مدعای پژوهش حاضر آن است که تعبد بالجمله به مفاد این ظنون، مستلزم نقض غرض الهی از تأیید قوانین عرفی، از جمله در باب معاملات، است و این خود مفسده‌ای بس بزرگ خواهد بود.

۱. «ادل دلیل علی امکان شیء وقوعه»

۱. عدم وقوع تعبد به خبر واحد در حصر معاملات و قراردادهای

اصولیان، معتقدند گرچه اصل اولی درباره خبر واحد، عدم جواز عمل به آن است (انصاری، ۱۴۱۶ ق، ۴۹) لکن دلایل بسیاری از قرآن، روایات، عقل و اجماع، بر خروج خبر واحد از تحت قاعده مذکور، وجود دارد. استدلال به تمامی دلایل مذکور غیر از بناء عقلا، مورد مناقشه‌های جدی واقع شده است؛ لذا نمی‌توان آن‌ها را به‌عنوان پشتوانه‌های قطعی بر حجیت خبر واحد تلقی نمود. به جهت وجود همین مناقشات که در دلایل دیگر وجود دارد به باور برخی محققین، تنها دلیل حجیت خبر واحد، سیره عقلا است (سبحانی، ۱۳۸۷ ق، ۲۲۶).

اشکالی که در اینجا متوجه استدلال مذکور می‌شود، این است که آیا تعبد به مفاد اخبار آحاد، در تمام موارد ولو در مواردی که در مقام تأکید بنائات عقلانیه است، توسط سیره عقلا، پشتیبانی می‌شود؟ در بحث حجیت خبر واحد، می‌خواهیم مطلبی را که از معصوم علیه السلام، صادر شده و توسط وسایط بسیار زیادی به ما رسیده است را اثبات کنیم. فرض کنیم مطلبی از زید با یک واسطه به بکر برسد، حال اگر همین مطلب را با ده یا بیست واسطه به بکر رسانده شود آیا سیره عقلا در تأیید هر دو خبر، یکسان است؟ همچنین فرض کنیم خبری که قرار است ابلاغ شود خبری است که هیچ انگیزه و داعی جعل، در آن وجود ندارد نه به لحاظ محتوا و نه به لحاظ شخصیت زید که ارزشی برای دروغ بستن به وی وجود ندارد. حال فرض کنیم خبری که قرار است ابلاغ شود از جهات مختلف انگیزه جعل، داشته باشد. آیا سیره عقلا، هر دو را به‌طور یکسان پشتیبانی می‌کند؟ پاسخ منفی است.

۲.۱.۲. ادله غیر قابل اعتماد بودن خبر واحد

در اینجا به برخی دلایل خطاپذیر و غیر قابل اعتماد بودن خبر واحد اشاره می‌شود تا معلوم گردد آیا سیره عقلا، عمل به چنین دلیلی را برای دریافت معارف، معقول و موجه می‌داند یا نه؟

۲.۱.۲. خطای راوی در فهم روایات

بسیاری از روایات به لحاظ علمی، افراد فرهیخته‌ای نبودند بلکه متدینینی بودند که

با هر سطحی از دانش و چه بسا در کنار اشتغالات عدیده‌ای در زندگی روزمره خود، توفیق درک محضر معصوم علیه السلام را نیز پیدا می‌کردند و آنچه از وی شنیده‌اند را به دیگران می‌رساندند؛ از این رو بدیهی است چنین راویانی بارها و بارها در فهم خود از مطالبی که امام علیه السلام القاء فرموده بودند، دچار خطای در فهم شوند. چنانچه امروزه اگر یک سخنران در یک مسجد سخنرانی کند مطالبی که مخاطب حفظ می‌کند و به دیگران انتقال می‌دهد، معصوم از خطا نخواهد بود. آیا ضریب و درصد خطای محتمل، کم و غیر معتدبه است؟ قطعاً هر عاقلی می‌داند که ضریب خطا قابل توجه است. این مطلب نه تنها درباره مخاطبین غیر فرهیخته و غیر دانشمند، صادق است بلکه درباره افراد عالم و دانشمند نیز صدق می‌کند؛ درباره آنان نیز بسیار محتمل است آنچه از سخنان متکلم، درک کرده‌اند غیر از آنچه باشد که واقعاً متکلم در مقام بیان بوده است، بنابراین در فهم و تبلیغ آن به دیگران دچار خطا شوند. مکارم شیرازی در این باره می‌نویسد: «در بسیاری از موارد، نصوص با یکدیگر تعارض نداشته‌اند بلکه راوی در فهم کلام پیامبر صلی الله علیه و آله یا امام علیه السلام گرفتار اشتباه شده است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ق، ۱۶۹).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۸۶

۲/۲. عدم بیان تمام قرائن حالیه و لفظیه

برای فهم مقصود گوینده یکی از تأثیرگذارترین گزینه‌ها درک قرائن و شرایطی است که آن گفتار بیان شده است. این امر بسیار اهمیت دارد؛ چرا که هر سخنی باید در ظرف فضای خود مورد تفسیر قرار گیرد؛ به دلیل اینکه گاهی وجود یک قرینه حالیه می‌تواند معنای متفاوت از آن سخن را بفهماند که اگر آن قرینه نبود این فهم میسر نمی‌شد. عدم پابندی راویان به بیان تمام قرائن و شرایط در نقل حدیث، فهم دقیق آن سخنان را دچار چالش می‌سازد. به همین جهت است که گفته می‌شود: «یکی از علل وجود این همه روایت متعارض، ضایع شدن قرائنی است که در زمان صدور روایات، موجود بوده ولی برای ما نقل نشده‌اند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۱۶۹). افزون بر اینکه روش معصومین علیهم السلام بر اعتماد به قرائن منفصله بوده است و حتی گاهی تتمه یک بیان را از وقت خطاب و حتی گاه بنا به مصالحی از وقت حاجت

به تأخیر می‌انداختند (خوبی، ۱۴۱۷، ق، ۱۱۹). حال تصور بفرمایید به هر دلیلی یک روایت برای ما نقل شود لکن قرینه منفصله آن نقل نشود قطعاً فهم حدیث دچار اختلال خواهد شد.

ذیل همین دلیل، به معضل تقطیع روایات اشاره می‌کنیم؛ سیاق که یکی از قرائن لفظیه بسیار مهم محسوب می‌شود، گاهی به واسطه تقطیعی که از سوی روات اعمال می‌گردد، از بین می‌رود (خوبی، ۱۴۱۷، ۱۲۰). گاه برای راوی فقط بخشی از روایت از اهمیت ویژه برخوردار بوده یا اینکه بخشی از حدیث در حافظه‌اش به خوبی مانده است و به همین دلایل یا به هر دلیل دیگر فقط بخشی از روایت را نقل می‌کند. همین تقطیع، فهم درست از حدیث را دچار خدشه می‌کند.

۲/۳. نقل به معنا توسط راویان

در استنباطات فقهی یکی از مهم‌ترین عناصر فهم متون، به کارگیری مباحث لفظیه است؛ مثلاً در روایت معروف و مشهور «لا تنقض الیقین بالشک» تأملات و کنکاش‌های فراوان فقهی با محوریت بحث حول «ال» موجود در «الیقین» می‌شود. آیا به‌راستی آنچه امروزه به‌عنوان روایت در دست ماست گویای عین الفاظی است که از امام علیه السلام صادر شده است؟ تا بتوانیم با بررسی کوچک‌ترین بخش از این الفاظ، نتایج فقهی مرتبط را بر آن مترتب سازیم؟ بسیاری از مباحث گسترده باب استصحاب، نظر به همین موشکافی‌ها و ژرف‌نگری‌هایی صورت می‌پذیرد که کاملاً مبتنی بر این مبنا است که عین الفاظ به ما نقل داده شده باشد اما آنچه مورد تصریح فقها و اصولیان است، خلاف این مطلب است. ایشان تصریح دارند که در بخش زیادی از روایات، نقل به معنا صورت پذیرفته است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۱۶۹).

۲/۴. مسئله تقیه از حکام ستمگر در قول یا سلوک امام علیه السلام

همه اصولیان و حدیث‌شناسان به‌خوبی بر این امر واقفند که گاهی، امام معصوم علیه السلام عمداً خلاف حکم واقعی را بیان می‌کند؛ زیرا شرایطی بر او حاکم است که اجازه نمی‌دهد واقع را بیان کند. در این میان شاید راوی متوجه این مطلب

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها

۱۸۷

بشود شاید هم نشود؛ اگر متوجه شد شاید قرائن حاکی از تقیه‌ای بودن فضای صدور روایت را نقل کند شاید هم نقل نکند. اگر نقل نکند شاید دانشمند حدیث‌شناسی که به کنکاش اطراف حدیث مذکور پرداخته است، متوجه تقیه‌ای بودن متن مذکور بشود شاید هم نشود. البته احتمال راجح و قوی‌تر آن است که مجتهد، متوجه نشود؛ زیرا پی بردن به چنین امری متوقف بر وقوف کامل به شرایط خاص زمانی، قرائن حالیه و پاره‌ای امور دیگر است که معمولاً تحصیل آن‌ها ناممکن است؛ لذا جهت تشخیص تقیه‌ای بودن یک روایت، معمولاً از معیار معروف «موافقت با عامه» کمک می‌گیرند که آن‌هم فقط درجایی به کار می‌آید که پای یک روایت متعارض در میان باشد. تصور بفرمایید امام علیه السلام حدیثی را از باب تقیه صادر کرده باشد، از قضا پای هیچ روایت متعارضی هم در میان نباشد در اینجا دیگر از همین معیار هم نمی‌توان مدد گرفت. ما می‌مانیم و روایتی که امام علیه السلام عمداً خلاف واقع بیان کرده است و مجتهد برحسب آن حکمی شرعی را ارائه می‌نماید.

۲/۵. در نظر گرفتن شرایط مخاطب

جوابی که در پاسخ به پرسش یک مخاطب داده می‌شود؛ گاهی قاعده کلی است که در موارد مشابه هم قابل انطباق است و گاهی ناظر به شرایط خاصی است که متکلم از احوال پرسشگر می‌داند؛ به‌عنوان نمونه اگر مکلفی از یک عالم درباره شکسته یا تمام بودن نمازش پرسد چنانچه عالم، بر وضعیت و احوال شخصی مکلف واقف باشد مثلاً نسبت به شغل، وطن، کثیر السفر بودن و دیگر امور مرتبط با این مسئله آگاهی داشته باشد چه بسا پاسخی دهد که کاملاً ناظر به احوال شخصی همین مخاطب است و به‌منزله نسخه شخصی باشد که قابل تجویز برای دیگران نباشد. اتفاقاً وقوع چنین سؤال و جواب‌هایی اصلاً اندک نیست بلکه سهم آن بسیار قابل توجه است. از این رو اگر شخصی بگوید از امام علیه السلام فلان سؤال را کردم و امام علیه السلام فلان جواب را دادند، معلوم نمی‌شود که آیا جواب امام علیه السلام قاعده کلی بوده یا ناظر به شرایط خاص این راوی بوده است؛ لذا در موارد زیادی می‌بینیم که دو نفر، پرسش واحدی را از محضر امام علیه السلام می‌پرسند اما علی‌رغم آنکه پرسش‌ها عیناً یکی هستند

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۸۸

پاسخ امام علیه السلام متفاوت است؛ گاهی سؤال کننده در وضعیتی قرار گرفته و شرایطی دارد که حکم او با دیگران فرق می کند ولی او جواب مربوط به خودش را به صورت قضیه مطلقه از قول امام علیه السلام به دیگران انتقال می دهد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۱۷۰).

۲/۶. ایجاد تحریف و تغییر در کلام امام علیه السلام از سوی مغرضان

در طول تاریخ افرادی بودند که مغرضانه و از سر عناد و منافق گری به تحریف روایات می پرداختند کما اینکه این مطلب مورد تصریح رسول خدا صلی الله علیه و آله بوده است؛ آنجا که فرمودند: «كثرت علیّ الكذّابة» (کلینی، ۱۴۰۷، ۶۲)؛ به عنوان مثال از افرادی همچون مغیره بن سعید و أبو الخطاب نام برده شده که به خاطر دست کاری در احادیث و ترویج تحریف آن‌ها مورد نکوهش قرار گرفته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۱۷۰).

۲/۷. وجود احکام موقت حکومتی و ناظر بودن بسیاری از روایات به

شرایط و اقتضائات زمان و مکان

این مورد همانند آن روایتی است که در وجوب زکات استدر زمان امیر مؤمنان علیه السلام آمده بود ولی پس از آن زمان این حکم حکومتی پایان یافت. با توجه به مطالب مذکور، غیرقابل اعتماد و خطاپذیر بودن خبر واحد، امری غیرقابل انکار است. فقدان دلیل قطعی از آیات و روایات بر حجیت خبر واحد نیز جای تردید ندارد؛ چرا که هیچ دلیلی از آیات و روایات آورده نشده مگر اینکه توسط جمع کثیری از علماء مورد نقد و مناقشه واقع شده است. به نظر می رسد هرگز سیره عقلا نیز چنین روشی را برای اخذ معارف الهی تأیید نمی کند.

۳. نمونه‌ای از خطا در نقل حدیث

در اینجا از باب نمونه به یک مورد از خطاهایی که در نقل حدیث صورت گرفته است، اشاره می شود تا خطاپذیر بودن و غیرقابل اعتماد بودن این طریق، به خوبی آشکار گردد. شیخ انصاری در مقام استدلال بر عدم جواز بیع موقوفه به روایتی

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها

۱۸۹

از ابوعلی بن راشد تمسک می کند که وی به محضر امام رضا علیه السلام چنین عرض می کند: «جعلت فداك، اشتریت أرضاً إلى جنب ضیعتی بألفی درهم، فلما وقرت المال خیرت أن الأرض وقف. فقال لا يجوز شراء الوقوف ولا تدخل الغلة فی ملكك، ادفعها إلى من أوقفت علیه. قلت: لا أعرف لها رباً. قال تصدق بغلتها» (حر عاملی، بی تا، ۳۰۳/۱۳)؛ فدایت شوم، زمینی در کنار ملکم به ارزش دو هزار درهم خریداری نمودم. زمانی که مبلغ را پرداخت نمودم مطلع شدم که زمین، موقوفه است. امام علیه السلام فرمودند: خریداری کردن موقوفات، جایز نیست. درآمد آن را داخل ملک خود نکن بلکه آن را به ارباب وقف، پرداخت کن. گفتم آن ها را نمی شناسم. فرمودند: درآمدش را صدقه بده.

امام خمینی رحمته الله علیه ذیل این حدیث می نویسد:

«کتاب های حدیثی درباره الفاظ این حدیث، اختلافات بسیاری دارند؛ در برخی واژه «وفیت» در برخی واژه «وقرت» و در برخی واژه «وزنت» به کار رفته است. در برخی مصادر به جای کلمه «الوقوف» کلمه «الوقف» به کار رفته است. برخی منابع به جای «الی جنب ضیعتی» عبارت «الی جنبی» را به کار برده اند. گاهی به جای «الفی» کلمه «الف» به کار رفته است. همچنین به جای کلمه «ملکک» نیز کلمه «مالک» به ثبت رسیده است» (امام خمینی، بی تا، ۱۵۰).

ایشان پس از ذکر این همه اختلاف در نقل حدیث، می نویسد:

«لکن در هیچ مصدری نیافتم که به جای «و لَمَا وقرت المال»، عبارت «و لَمَا عمّرتها» ثبت شده باشد اما شیخ اعظم در کتاب تجارت خود، حدیث مذکور را با تعبیر «و لَمَا عمّرتها» نقل نموده است که به نظر می رسد اشتباه ایشان باشد. منشأ این اشتباه هم بعید است که از نساخ باشد بلکه بدان جهت است که در حال نوشتن حدیث، به حافظه خود اعتماد کرده است» (امام خمینی، بی تا، ۱۵۰).

عجیب آنکه برخی از محشّین به همین نقل شیخ اعظم، اعتماد کرده اند و به کتب حدیثی مراجعه نکرده اند و بر مبنای همین نقل، به اشکال و جواب پرداخته اند و گفته اند مورد روایت، تعمیر موقوفه خراب است و جای انصراف ندارد (امام خمینی، بی تا، ۱۵۰). ملاحظه می شود که شیخ انصاری با آن جایگاه وثیق و قابل اعتماد، چگونه

در نقل حدیث دچار خطا می‌شود. بگذریم از آن‌همه اختلافات عدیده‌ای که در نقل یک حدیث رخ داده است که هرکدام معنای حدیث را دچار تفاوت می‌کند. از همه عجیب‌تر اینکه ناقلین و شارحان و حاشیه‌نویسان پس از او نیز راوی همین نقل شده‌اند.

آیا باوجود چنین وضعیتی، بازهم اعتمادی به الفاظ روایاتی که برای ما نقل شده است، باقی می‌ماند؟ مجاهدت‌ها و واکاوی‌های علمی علما، مبتنی بر الفاظ روایت «لاتنقض الیقین بالشک» انبوهی از مسائل اصولی و فروع مختلف را ایجاد کرده است. مباحث بسیار و نتایج بی‌شماری که مبتنی بر وجود یا عدم «ال» در «الیقین» و «الشک» و امثال آن گردآمده است. آیا به‌راستی با این سهم بالای خطاپذیری که در اخبار آحاد وجود دارد چنین تبعات، استنتاج و استظهارهایی موجه به نظر می‌رسد؟ در همین نقلی که از شیخ انصاری ارائه نمودیم، می‌بینیم که ایشان با یک خطا چگونه محشّین و شراح را به خطا می‌کشاند تا آنجا که حول لفظ اشتباهی که شیخ اعظم بیان نموده است به مباحث گسترده پیرامون انصراف داشتن و نداشتن و یا قدر متیقّن‌گیری یا مخصص بودن مورد، پرداخته‌اند. امام خمینی پس از اشاره به اختلاف نسخه‌ها و اختلاف قرائت‌هایی که از نسخه واحد، صورت گرفته می‌نویسد: «گاهی یک لفظ با اختلافاتی نقل می‌شود که به اختلاف احکام می‌انجامد. این مطلب برای آنان که به کتب روایی مراجعه می‌کنند آشکار است (امام خمینی، بی‌تا، ۱۵۰).

۴. تبیین و تقویت دلیل انسداد

حال که حجیت خبر واحد از باب ظن خاص مورد خدشه قرار گرفت، لازم است از منظر ظن مطلق مورد بحث قرار گیرد؛ مبحث ظن مطلق در باب انسداد مورد بررسی قرار می‌گیرد، تبیین دلیل انسداد به وجه اختصار چنین است که باب علم و علمی در روزگار ما بسته است. علم اجمالی به وجود احکام واقعی بسیاری در شریعت داریم که امکان بی‌توجهی آن‌ها در مقام عمل نیست. امکان اینکه در تمام فروع، به اصول عملیه‌ای نظیر احتیاط یا براءت مراجعه شود، وجود ندارد. نتیجه آنکه

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها
۱۹۱

لازم است به مطلق ظن، جهت استکشاف حکم شرعی، اکتفا کنیم (مظفر، ۱۳۷۵، ۳۱). مهم‌ترین مقدمه دلیل انسداد، مقدمه اول آن است که می‌گوید باب علم و علمی در روزگار ما بسته است (مظفر، ۱۳۷۵، ۲۹). با اثبات عدم امکان تعبد به خبر واحد، ادعای انسداد باب علم و علمی ادعای درستی به نظر می‌رسد.

۵. تفصیل بین مقتضای ظن مطلق در احکام امضایی و احکام تأسیسی

از آنجا که در این پژوهش می‌کوشیم تا جایگاه خبر واحد را در معاملات بالمعنی الاخص بیابیم، لازم است به تبیین مقتضای ظن در احکام امضایی و تأسیسی و در ادامه به بیان مصادیقی از معاملات بالمعنی الاخص و کارکردشناسی خبر واحد در آن‌ها پردازیم.

«احکام تأسیسی» عمدتاً قوانینی توقیفی هستند که احکام و قوانین آن، متوقف بر بیان از ناحیه شارع است اما «احکام امضایی» غالباً قبل از نزول شریعت در بین اعراب آن زمان مرسوم بوده است (امام خمینی، ۱۴۲۰ ق، ۲۱۱) و عمدتاً اغراض اخروی در آن‌ها لحاظ نشده است بلکه دارای اغراض و حکمت‌های معین و مشخصی هستند (بحرانی، ۱۴۲۸، ۳۱۵) و عمده غرض اصلی آن‌ها تنظیم روابط اجتماعی است (نجفی، بی‌تا، ۱۷۰). شارع مقدس، معمولاً هر چه را مردم برای تنظیم روابط اجتماعی خویش برگزیده بودند، به رسمیت شناخته است. البته مهم‌ترین رسالت شریعت در این میان، ارائه مقاصد و قواعد کلی‌ای بود که چنانچه معامله‌ای با این مقاصد و قواعد، سازگاری نداشت نامشروع تلقی می‌شد یا اگر بخشی از آن معامله، ناسازگار بود همان بخش، جرح و تعدیل می‌شد (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴، ۵۱)؛ مقاصد و قواعدی مثل غرری نبودن، ضرری نبودن و امثال این‌ها، بیاناتی بوده که از ناحیه شارع در همین راستا ارائه گردیده است.

بدیهی است که با تغییر اجتماع، تنظیم‌کننده‌های روابط جمعی نیز می‌تواند تغییر کند. معقول نیست که غرض از قوانین ابواب معاملات، تنظیم روابط اجتماعی باشد اما با تغییر اجتماع، تغییر نکنند. اساساً شارع مقدس با ورود به اجتماع و مواجهه با نوع معاملات آدمیان، اقدام به برچیدن آن‌ها و ارائه نظام جدیدی در باب معاملات نکرد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۹۲

این خود گواه آن است که اساساً عمده احکام و قوانین معاملات، ارمغان شارع نیست؛ گویا شارع، اصلاً خود را در این حوزه دارای رسالت و وظیفه‌ای نمی‌دانسته است جز اینکه ضوابط و مقاصد کلی را ارائه کند و بکوشد چنانچه معامله‌ای با این مقاصد، ناسازگار بود حذف یا تعدیل نماید (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۴۷۵).

حال با این پرسش مواجه می‌شویم که وقتی چنین روشی را از شارع، سراغ داریم آیا می‌توان احتمال داد که اگر شارع، امروز بود ما را ملزم به استفاده از معاملاتی می‌نمود که در قرون گذشته جهت تنظیم روابط اجتماعی، مفید بوده است؟ آیا شارع می‌فرمود شما باید از همان معاملاتی جهت تنظیم روابط اجتماعی خود بهره‌گیرید که من هیچ نقشی در تشریح و جعل آن‌ها نداشتم؟ اگر نگوییم قطعاً جواب، منفی است حداقل باید بگوییم ظن به عدم بقاء آن احکام داریم. شارع، صرفاً مقاصد کلی در این ابواب را ارائه نموده است و از روش شارع چنین استنباط می‌شود که اگر امروز هم می‌بود دست به امضای تمام معاملاتی که بشر برای تنظیم روابط اجتماعی خویش جعل نموده است، می‌زد و فقط آن‌ها را ملزم به انطباق معاملات خویش با اغراض و مقاصد کلی می‌نمود.

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها

۱۹۳

نظر به این مطالب می‌گوییم احکام تأسیسی نظیر احکام ابواب عبادیات، اموری توقیفی هستند که عمدتاً به تنظیم روابط فرد با خالق خود پرداخته‌اند؛ از این رو قرار نیست با تغییر جوامع و اقتضائات آن‌ها دستخوش تغییر واقع شوند؛ پس می‌بایست حکم ما با مکلفین صدر اول، مشترک باشد. نهایتاً آماره معتبر و دلیل خاصی از ناحیه شارع، حجت قرار داده نشده است و لذا مجبوریم به مطلق ظنون جهت استکشاف احکام شرعی، تمسک کنیم. اخبار آحاد، اگر مفید ظن خاص نباشند مفید ظن مطلق هستند لذا تمسک به آن‌ها از باب ظن مطلق، صورت می‌پذیرد.

اما در باب احکام امضایی، نظیر اغلب قوانین ابواب معاملات، با نفی حجیت خبر واحد و لزوم مراجعه به مطلق ظنون، نظر به تغییر جوامع و اقتضائات آن‌ها، ظن به عدم بقاء احکام پیشین پیدا می‌کنیم؛ بنابراین امضای شارع ذیل یک قانون که در زمان خاصی متناسب با موقعیت جغرافیایی خاصی وضع شده است، اصلاً به معنای ابدی بودن آن امضا و تأیید برای تمام جوامع در تمام زمان‌ها و مکان‌ها نیست

بلکه قوانین مربوط به اداره اجتماع، با تغییر اجتماع و تغییر شرایط و اقتضائات و مصالح، تغییر پذیر خواهند بود. معاملات و قوانینی که برای تنظیم روابط اجتماعی وضع شده‌اند و نظر به تناسبی که با اجتماع خود داشته‌اند مورد امضای شارع قرار گرفته‌اند، نمی‌توانند محکوم به ابدیت باشند.

۶. واگذاری قانون گذاری از طرف شارع به بشر در معاملات و قراردادها

بر پایه آنچه گذشت، دانسته شد که تقنین در بسیاری از حوزه‌های پیشین به کارشناسان واگذار شده است. در اینجا می‌کوشیم به تبیین پاره‌ای آراء فقهی که از سوی فقهای نامدار ارائه شده و می‌تواند تأییدی بر این مدعا باشد پردازیم.

۶/۱. نظریه ثابت و متغیر نائینی

نائینی، قوانین مربوط به اداره جامعه را به دو قسم ثابت و متغیر می‌داند. ایشان وظایف مربوط به قسم دوم را تابع مصالح و اقتضائات زمان و مکان می‌داند که به واسطه تغییر زمان و مکان، قابل تغییر هستند و تعیین تکلیف درباره آن‌ها را بر عهده متصدیان امر می‌داند. ایشان غالب قوانین در حوزه اداره جامعه را که با عنوان «معظم سیاسات نوعیه» از آن‌ها یاد می‌کند، مربوط به قسم دوم می‌داند که وضع و جعل آن‌ها به عهده منتخبین و نخبگان جامعه است. وی معتقد است از آنجایی که قوانین دسته دوم، به حسب شرایط زمان و مکان، تغییر پذیرند، جاودانگی و ابدیت نخواهند داشت حتی اگر طبق دلیلی ثابت شود که معصومین علیهم‌السلام، قانونی در این قسم، جعل کرده‌اند اصلاً برای ما در این عصر، الزام آور نیست؛ چرا که معصوم علیهم‌السلام، حسب شرایط و مصالح آن زمان، حکم و قانونی را جعل کرده است و قوانین مربوط به این حوزه، با تغییر شرایط، تغییر می‌کند و محکوم به ابدیت و جاودانگی نیست (نائینی، ۱۴۲۴ ق، ۱۳۴ - ۱۳۳).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۹۴

۶/۲. منطقه الفراغ شهید صدر

تئوری مذکور، از وجود قلمروی فاقد حکم شرعی در دین خبر می‌دهد. شهید صدر که در کتاب «اقتصادنا» می‌کوشد برنامه اقتصادی اسلام را پویا و قابل اجرا

در شرایط مختلف و در زمان و مکان‌های مختلف معرفی کند با ارائه نظریه «منطقه الفراغ» درصدد تبیین این دیدگاه است که دین به حاکم اسلامی اجازه داده است تا در برخی مسائل اجتماعی، سیاسی، حقوقی و ... حسب شرایط و با در نظر گرفتن دو عنصر زمان و مکان به تدوین قوانین مورد نیاز جامعه دست بزند. به باور وی، قانون‌گذاری‌های پیامبر ﷺ نیز از دو حیث صورت می‌گرفته است: برخی را پیامبر اکرم ﷺ از آن حیث که شارع و مبلغ الاحکام بوده‌اند، تقنین نموده‌اند تا احکام ثابت و تغییرناپذیر الهی را بیان کند. برخی دیگر قوانینی بوده است که پیامبر ﷺ از آن جهت که حاکم و ولی امر جامعه بوده‌اند، جهت اداره جامعه و تنظیم امور اجتماعی وضع می‌کرده‌اند. دسته اول محکوم به ابدیت و جاودانگی است اما دسته دوم، حسب شرایط و اقتضات زمان و مکان، قابل تغییر است.

شهید صدر، احکام دسته دوم را دستوراتی مربوط به میدان‌های آزاد قانون‌گذاری که از آن به منطقه الفراغ تعبیر می‌شود می‌داند و برای آن اهمیت بسیاری در مکتب قانون‌گذاری اسلام قائل است. طبق این دیدگاه، امروزه هیچ الزامی جهت تبعیت از آن دسته قوانینی که پیامبر اکرم ﷺ از حیث حاکم بودن وضع کرده‌اند، وجود ندارد. ایشان ضمن تأکید بر ضرورت وجود منطقه الفراغ می‌نویسد: قوام مکتب اقتصادی اسلام، بدون در نظر گرفتن منطقه الفراغ، امکان ندارد. از نگاه او غفلت از وجود منطقه الفراغ و جایگاه بس ارزنده آن به معنای نادیده گرفتن عنصر پویای اسلام و تمرکز بر عناصر ساکن و غیر پویای اسلام است. از منظر شهید صدر، قوانین اقتصادی که رسول خدا ﷺ تنظیم و تقنین کرده‌اند، نوعاً در جهت پر کردن همین منطقه خالی از حکم است که طبیعتاً جاودانه هم نخواهند بود و اساساً جزء ثابت قوانین اقتصادی اسلام به شمار نمی‌روند. به باور ایشان، تنها خاصیت این دسته قوانین برای مسلمانان این روزگار، آن است که با دقت و مطالعه در قوانین و احکامی که پیامبر ﷺ برای جامعه خود وضع می‌کرده‌اند چراغی پیش روی ما روشن شود تا در پرتوی آن بتوانیم اهداف و مقاصد کلی و اساسی‌ای که مطلوب رسول الله ﷺ بوده است را کشف نماییم (صدر، ۱۴۱۷، ۳۸۱-۳۸۰).

در پایان، لازم است به دو پرسش که ممکن است متوجه بحث حاضر گردد،

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها
۱۹۵

اشاره نموده و پاسخ آن‌ها را بیان کنیم.

پرسش اول: یکی از پرسش‌هایی که ممکن است مطرح گردد، این است که چه بسا آنچه پیرامون خبر واحد و کارکردهای آن گفته شد به باب خبر متواتر نیز تسری یابد. به دیگر بیان، اگر قرار باشد با اصل قرار دادن عدم تأیید در احکام، کارکرد اخبار مفید ظن، تقلیل یابد، آیا همین عارضه نمی‌تواند گریبان اخبار متواتر را نیز بگیرد؟

دفع این شبهه، درگروی تأمل در خاستگاه اعتباری خبر واحد و خبر متواتر است. اعتبار یکی درگرو تأیید بناء عقلا و اعتبار دیگری به حکم عقل است؛ خبر واحد، از آنجا که مفید ظن است نیاز به جعل دارد تا اعتبار آن تمام گردد وگرنه به خودی خود، ذاتاً حجت نخواهد بود. مهم‌ترین پشتوانه آن، بناء عقلا است که بر پایه آنچه گذشت، پشتوانه بودنش با چالش مواجه گردید اما خبر متواتر، اعتبارش درگروی جعل حجیت از سوی غیر و لو شارع نیست. حجیت خبر متواتر نیاز به پشتوانه ندارد؛ چرا که مفید قطع است و قطع، ذاتاً حجت است. بله، اگر آنچه گذشت، پایه‌های افاده قطع از سوی خبر متواتر را متزلزل سازد به گونه‌ای که در برخی موارد، کارکرد قطع آور خود را از دست دهد، طبیعی است که در مقام اعتبار آن نتوان به مفید قطع بودنش تمسک کرد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳
۱۹۶

پرسش دوم: چگونه می‌توان مدعی شد که تمام معاملات عصر شارع، فاقد اعتبار و کارایی شده‌اند، حال آنکه پاره‌ای از این معاملات از قبیل مضاربه، از میزان دقیق و درستی برخوردارند؟

در مقام پاسخ به این پرسش، ذکر این نکته لازم است که هرگز مدعای این پژوهش، لزوم برچیدن تمام معاملات عصر شارع نیست. مدعا چیز دیگری است و آن اینکه لزوم ابدی انگاری معاملات در آن بخش‌هایی که مستند به اخبار ظنی هستند و مورد تأیید بنائات عقلانی نیستند و به اذعان کارشناسان خبره، کارکردهای خود را از دست داده‌اند با چالش مواجه است. این هرگز بدان معنا نیست که اگر قرارداد در عصر شارع بوده و همچنان واجد کارکردهای پیشین خود هست محکوم به بطلان و عدم مشروعیت باشد.

۷. تطبیق

در پایان به بیان برخی از مصادیق کاربردی جهت تطبیق مبحث ارائه شده در این مقاله می‌پردازیم تا روشن شود، اخباری که ناظر به شرایط و اقتضائات موجود صادر شده‌اند مفید ظن به بقاء نیستند.

۷/۱. اخبار باب تحجیر

تحجیر عبارت است از اینکه شخصی بر روی زمین، مرز قرار دهد و یا اطراف آن دیوار بکشد (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ۳/۲۱۹). مستفاد از مجموعه اخبار این باب، قاعده فقهی مشهوری است که می‌گوید: «من سبق إلی ما لم یسبقه إلیه مسلم فهو أحق به» (طوسی، ۱۳۸۷، ۲۶۸)؛ هرکسی که قبل از دیگر مسلمانان به سوی چیزی بشتابد نسبت به آن، حق و اولویت پیدا می‌کند. تحجیر، اقدامی بوده که جهت آباد کردن سرزمین‌ها توسط پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تأسیس یا امضا شده است. حال آنکه امروزه به هر فردی اجازه تملک و در اختیارگیری بر اساس این قاعده فقهی، داده نمی‌شود؛ چراکه اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی مقرر داشته است: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن و... در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید، تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند» و قانون‌گذار نیز در قوانین مربوطه، شرایط و ضوابط بهره‌برداری از هر یک را مشخص کرده است. این تبصره‌های قانونی، حکایت از آن دارد که چنین معاملاتی علی‌رغم آنکه همچنان واجد مستندات فقهی خود هستند لکن اجرایی نمودن آن‌ها با چالش‌های فراوانی مواجه است؛ لذا قانون‌گذار، چاره‌ای جز کنار نهادن آن‌ها ندیده است.

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها
۱۹۷

۷/۲. اخبار باب حیازت

مجموعه‌ای از اخبار در این باب وارد شده است که مستفاد از آن‌ها این قاعده فقهی است «من حاز شیئا ملكه»؛ چنانچه شخصی بر یکی از مباحات تسلط یابد، مالک می‌شود. در این مورد نیز همان گونه که در بالا گفته شد، امروزه امکان مالکیت بر اساس حیازت و این قاعده فقهی، مطابق اصل مذکور قانون اساسی و قوانین

مصوب مورد تأیید شورای نگهبان، وجود ندارد؛ به عنوان مثال بهره برداری و مالکیت معادن، مطابق قانون اصلاحی سال ۱۳۹۰ شمسی که در ۲۵ ماده تصویب شده است، امکان پذیر خواهد بود.

۳/۲. اخبار مربوط به بسیاری از عقود و ایقاعات اسلامی

امروزه با پدیده‌های نوظهوری نظیر بانک و دیگر سامانه‌های جدید الکترونیکی جهت انجام عملیات و تبادلات مالی مواجه هستیم. نظامات مذکور، نظامات پیچیده‌ای هستند که نظر به ساختار متفاوتی که دارند طبیعتاً الزامات و اقتضائات خاص خود را دارند؛ از این رو نیازمند تنظیم و تدوین قوانین و نیز ساختارسازی جهت انجام عملیات و کنش‌های مالی هستند. سیستم بانکی، به طور خاص، با توجه به حضور گسترده و تأثیرگذاری‌ای که در عرصه حیات بشر امروز و نظام اقتصادی دولت‌ها دارد همیشه در دستور کار فقها بوده و اسلامی کردن آن پیوسته مورد دغدغه بوده است. پرسش‌های مختلف فقهی پیرامون آن، پیوسته فقها را در مقام پاسخگویی قرار داده است و البته اختلاف بنیادین نظری بین دانشمندان فقه و اقتصاد، همیشه این بحث را به یکی از مباحث چالشی تبدیل نموده است. مشروعیت سودهای بانکی، جریمه‌های تأخیر، کارمزدها و امثال این عناوین پیوسته محل بحث بین فقها است؛ برخی فقها با توجه به روایاتی که حاکی از مشروعیت عقود و ایقاعات عصر معصوم علیه السلام نظیر مضاربه، جعاله، مشارکت، حواله، صلح و ... هستند، مشروعیت عملیات بانکی را در گروی اندراج آنها تحت یکی از عناوین معاملات مذکور می‌دانند (تبریزی، بی تا، ۴۷۸/۱) البته علی‌رغم آنکه مورد تأیید بسیاری از فقها قرار گرفته است (بهجت، ۱۴۲۸ ق، ۲۷۷/۳؛ منتظری، بی تا، ۲۶۲/۳) لکن عده‌ای دیگر از فقها و حقوقدانان به نقد جدی آن همت گمارده‌اند (امامی، بی تا، ۲۰۲/۲؛ مکارم شیرازی، بی تا، ۸۰)؛ زیرا این عقود اگرچه در قرون متمادی، اهدافی که مطلوب بشر و سازگار با اغراض شارع بوده را تأمین می‌کرده‌اند و امروزه نیز در بسیاری از موارد، همچنان بر مطلوبیت خود باقی هستند لکن در مواردی نیز کاملاً برای کارشناسان و متدینین، روشن است که این عملیات از کارکرد اصلی خود دور شده‌اند و چه بسا عکس

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۹۸

مطلوب را نتیجه می دهند و در نظاماتی نظیر نظام بانکی، گاهی نتایج نامطلوبی بر آن‌ها مترتب می شود که بر معاملات نامعتبری چون ربا مترتب می گردد؛ مثلاً بسیاری از سودهای کلان بانکی، جریمه های تأخیر و ... در قالب همین عقود، محکوم به مشروعیت می گردند.

حال، فارغ از تأسیسی یا امضایی بودن احکام مذکور، مسئله این است که اگر اخباری حاکی از آن باشند که این معاملات در عصر یا اعصاری مورد تأیید شارع بوده اند آیا بدان معناست که امروز هم حاکی از همین حکم شارع هستند؟ آیا اخبار مذکور که همان بیانات امضایی شارع ذیل معاملات عصر حضور هستند آیا به منزله بیان شارع جهت اجرای معاملات مذکور در عصر امروزه هم هستند؟ به عبارت دیگر آیا اخبار مذکور، مفید ظن به بقاء هستند؟ آیا بیانات مذکور، از حیث مولویت و شارعیت برای جمیع اعصار و امصار، صادر شده اند؟ در این عصر که وجود ابزار مدرن و پیشرفته، امکان تحجیر، احیاء، حیازت و امثال این‌ها را به گسترده ترین صورت، ممکن ساخته است آیا می توان با تمسک به اخبار این ابواب، برای این نهادها همچنان وجاهت شرعی و قانونی قائل شد؟

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها

۱۹۹

پاسخ ما مبتنی بر یافته های تحقیق، آن است که اساساً بیانات شارع که حاکی از امضای یک معامله در یک عصر متناسب با شرایط زمانی و سرزمینی خاص و اقتضانات آن است به معنای امضای ابدی و همیشگی نیست؛ بنابراین لزومی ندارد که فقیه، جهت تدوین قوانین بانکی به اخبار مذکور، مراجعه کند. بله، اگر روایات مذکور و قوانین مستخرج از آن همچنان برای نظام معاش بشر امروز نیز مفید بود، همچنان مورد عمل قرار می گیرند و گرنه محکوم به عدم جاودانگی خواهند بود.

نتیجه گیری

معاملات، اموری امضایی هستند که غرض اصلی از آن‌ها تنظیم روابط اجتماعی است. این امور، عمدتاً ناظر به نتیجه، وضع شده اند؛ لذا کارآمد و منتج بودن آن‌ها قابل فهم و بررسی است. برخلاف عبادیات که عمدتاً توقیفی و تعبدی هستند و غالباً علت حکم در آن‌ها مجهول است. نهایتاً در برخی ادله به حکمت برخی احکام،

اشاره شده است. امور امضایی، به تبع شرایط و مقتضیات، ممکن است در یک دوران، مورد امضاء واقع شوند و در روزگار دیگر مورد امضاء واقع نشوند. مطابق فقه رایج، معاملات از سه منبع قرآن، سنت و عقل، استنباط می‌شوند که در این بین، خبر واحد بیشترین نقش را ایفا می‌کند. حجیت خبر واحد که از ادله ظنی است، مشروط به وجود دلیل قطعی است. ثابت کردیم نه تنها تعبد به خبر واحد در شریعت، واقع نشده است بلکه اساساً تعبد به آن محذور عقلی دارد. پس از آنکه دست ما از دلیل علم‌آور و ظن خاص، تهی شد ناچار طبق دلیل انسداد، به مطلق ظن روی می‌آوریم. کسانی که دلیل انسداد را مطرح کرده‌اند، ظن مطلق را در هر دو عرصه عبادات و معاملات به کار بسته‌اند لکن طبق یافته‌های این تحقیق، تنها در عبادیات، می‌توان از اخبار آحاد، از آن حیث که مفید ظن مطلق هستند، کمک گرفت اما در حوزه معاملات، روایاتی که مبین قوانین عصری و مقطعی هستند و ناظر به شرایط و اقتضائات موجود، صادر شده‌اند و پاره‌ای از قوانین را حسب شرایط موجود، مورد امضا قرار داده‌اند، مفید ظن به بقاء حکم نیستند. احکام عبادی، احکام توقیفی و قضایای حقیقه هستند که ناظر به شرایط خارجی نیستند و اصل بر ابدی بودن آنها است؛ لذا تمسک به اخبار از باب افاده ظن، صورت پذیرفته است اما در حوزه معاملات که قضایای خارجی و احکام امضایی هستند و ناظر به شرایط و اقتضائات موجود، امضا شده‌اند، اصل بر عدم جاودانگی و نیز تغییر به حسب شرایط و اقتضائات زمان و مکان است؛ لذا اخبار این باب، مفید ظن به حکم نیستند؛ نتیجه آنکه در عرصه معاملات، قانون‌گذاری بر عهده کارشناسان گذاشته شده است و صرفاً انطباق آن‌ها با قواعد کلی که از ناحیه شارع ارائه شده نظیر غرری و ضرری نبودن، عادلانه بودن و ... لازم است. از این رو نمی‌توان بر پایه تمسک به اخبار آحاد، معاملات صحیح و مشروع را منحصر در معاملاتی دانست که مدلول اخبار آحاد است.

منابع

• قرآن کریم

• قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). **کفایة الأصول (طبع آل البيت)**. قم: بی نا.
۲. امام خمینی، سید روح الله موسوی. (۱۴۲۰ق). **الرسائل العشرة (للإمام الخميني)**. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۳. امام خمینی، سید روح الله. (بی تا). **کتاب البيع (للإمام الخميني)**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۴. امامی، سید حسن. (بی تا). **حقوق مدنی (امامی)**. تهران: انتشارات اسلامیه.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۶ق). **فرائد الأصول**. چاپ پنجم، قم: بی نا.
۶. بحرانی، محمد سند. (۱۴۲۸ق). **فقه المصارف و النقود**. قم: مکتبه فدک.
۷. بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۸ق). **استفتاءات (بهجت)**. قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت.
۸. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۰۳ق). **استفتاءات جدید (تبریزی)**. قم: بی نا.
۹. حر عاملی، محمد بن حسن. (بی تا). **وسائل الشیعه**. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۰. حسینی یار، حسن، سلطانی، عباسعلی، و علمی سولا، محمدرضا (۱۳۹۶). **حجیت خبر واحد در امور مهمه. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی**. ۹(۱۶)، ۱۷۶-۱۵۷.
۱۱. حسینی، سید عبدالرحیم، و ملیحی، سید مصطفی (۱۴۰۰). **نقش عقل در حجیت خبر واحد، مجله پژوهشنامه قرآن و حدیث**. ۱۵(۲۹)، ۸۱-۹۹.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). **مصباح الأصول (مباحث حجج و امارات - مکتبه الداوری)**. چاپ پنجم، قم: بی نا.
۱۳. سبحانی، جعفر. (۱۳۸۷ق). **الموجز فی أصول الفقه**. چاپ چهاردهم، قم: بی نا.
۱۴. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۷ق). **اقتصادنا**. قم: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان.
۱۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). **المبسوط فی فقه الإمامیه**. چاپ سوم، تهران: المکتبه المرثویه لإحياء الآثار الجعفرية.
۱۶. عراقی نجفی، عبد النبي. (بی تا). **الغوالی اللئالی فی فروع العلم الإجمالي**. قم: بی نا.
۱۷. فرع شیرازی، مصطفی، فخلعی، محمدتقی، و بکایی، منصوره (۱۳۹۸). **امکان سنجی فقهی - اصولی تبعیض در حجیت خبر. مجله جستارهای فقهی و اصولی**. ۵(۴)، ۲۹-۵۲.
۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۴۰۷ق). **الکافی (ط - الإسلامية)**. چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

عدم حجیت خبر واحد
در حصر معاملات و
قراردادها

۲۰۱

۱۹. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ ق). *شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام*. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۰. مظفر، محمدرضا. (۱۳۷۵). *أصول الفقه*. چاپ پنجم، قم: طبع اسماعیلیان.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ ق). *کتاب النکاح*. قم: انتشارات مدرسه امام علی علیه السلام.
۲۲. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ ق). *دائرة المعارف فقه مقارن*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر. (بی تا). *بررسی طرق فرار از ربا*. قم: بی تا.
۲۴. منتظری، حسین علی. (بی تا). *رساله استفتاءات (منتظری)*. قم: بی تا.
۲۵. موسوی اردبیلی، سید عبد‌الکریم. (۱۴۱۴ ق). *فقه الشركة و کتاب التأمین*. قم: منشورات مکتبه امیر المؤمنین - دار العلم مفید رحمه الله.
۲۶. نائینی، محمدحسین. (۱۳۵۲). *أجود التقريرات*. قم: بی تا.
۲۷. نائینی، محمدحسین. (۱۴۲۴ ق). *تنبيه الأمة و تنزيه الملة*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۸. نجفی، کاشف الغطاء، موسی. (بی تا). *منية الراغب في شرح بلغة الطالب*. بی جا: مؤسسه کاشف الغطاء.

References

- The Holy Qur'an
- 1. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1995/1416. *Farā'id al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
- 2. Al-Gharawī al-Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Nā'inī, Mīrḡā Nā'inī). 1973/1352. *Ajwad al-Taqrīrāt. Taqrīrāt al-Sayyid al-Khu'ī*. Qom: Maṭba'at al-'Irfān.
- 3. Al-Gharawī al-Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn (al-Muḥaqqiq al-Nā'inī, Mīrḡā Nā'inī). 2003/1424. *Tanbīh al-Ummat wa Tanzīh al-Millah*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi 'Ilmīyyi-yi Qom).
- 4. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā'ih al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. 2nd. Edited by 'Abd al-Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqqāl. Qom: Mu'assasat Ismā'īliyyān.
- 5. al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. n.d. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
- 6. Al-'Irāqī al-Najafī, 'Abd al-Nabī. n.d. *al-Ghawālī al-La'ālī fī Furū' al-'Ilm al-Ijmālī*. Qom.
- 7. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407. *al-*

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۲۰۲

- Kāfī*. 14th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
8. al-Kurāsānī, Muḥammad Kāzim (al-Ākhund al-Khurāsānī). 1988/1409. *Kifāyat al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Ḥyā' al-Turāth.
 9. al-Muntazirī al-Najaf Ābādī, Ḥusaynālī. n.d. *Risālat Istiftā'āt*. Qom.
 10. Al-Mūsawī al-Ardabīlī, Sayyid 'Abul al-Karīm. 1993/1414. *Fiqh al-Shirkat wa Kitāb al-Ta'mīn*. Qom: Manshūrāt Maktabat Amīr al-Mu'minīn.
 11. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2001/1420. *Al-Rasā'il al-'Asharah*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
 12. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Ṣayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2001/1420. *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī.
 13. al-Muzaffār, Muḥammad Riḍā. 1996/1375. *Uṣūl al-Fiqh*. 5th. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
 14. al-Najafī Kāshif al-Ghiṭā', Mūsā. n.d. *Munyat al-Rāghib fī Sharḥ Bulghat al-Ṭālib*. Najaf. Maṭba'at Kāshif al-Ghiṭā' al-'Āmma.
 15. al-Ṣadr, al-Sayyid Muḥammad Bāqir. 1996/1417. *Iqtiṣādunā*. 10th. Mashhad: Būstān-i Kitāb-i Qom (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi 'Ilmīyyi-yi Qom).
 16. al-Sanad al-Baḥrānī, Muḥammad. 2007/1428. *Fiqh al-Maṣā'if wa al-Nuqūd*. Qom: Intishārāt Fadak.
 17. al-Subḥānī al-Tabrīzī, Ja'far. 1966/1387. *al-Mūjaz fī Uṣūl al-Fiqh*. 14th. Qom: Maktabat al-Tawḥīd.
 18. Al-Tabrīzī, al-Mīrzā Jawād. n.d. *Istiftā'āt Jadīd*. Qom.
 19. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūt fī Fiqh al-Imāmīyya*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li Ḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyah.
 20. al-Wā'iz al-Husaynī al-Bihsūdī, al-Sayyid Muhammad Sarwar. 1996/1417. *Miṣbāḥ al-Uṣūl (Taqrīrāt Buḥūth al-Sayyid Abū al-Qāsim al-Mūsawī al-Khu'ī)*. 1st; 5th. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
 21. Bahjat Gīlānī Fūmanī, Muḥammad Taqī. *Istiftā'āt*. 2007/1428. Qom: Daftar-i Ḥaḍrat-i Āyat Allah (The office of the Author).
 22. Ḥusaynī Yār, Ḥassan; Sultānī, 'Abbās 'Alī; 'Ilmī Sūlā, Muḥammad Riḍā. 2017/1396. *Hujjīyat-i Khabar-i Wāḥid dar Umūr-i Muhimmah. Majalīh-yi Muṭālī'āt-i Fiqh wa Ḥuqūq-i Islāmī*. Spring & Summer 2017, 16, 161-176.
 23. Ḥusaynī, Sayyid 'Abd al-Raḥīm; Malīḥī, Sayyid Muṣṭafā. 2021/1400. *Naqsh-i 'Aql dar Hujjīyat-i Khabar-i Wāḥid*. Majalīh-yi Pazhūhishnāmīh-yi Qur'ān wa Ḥadīth. Fall & Winter 2021, 29, 81-99.
 24. Imāmī, Sayyid Ḥassan. n.d. *Ḥuqūq-i Madanī*. Vol. 6. Tehran: Intishārāt Islāmīyah.
 25. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2004/1425. *Kitāb al-Nikāḥ*. Qom: Madrasi-yi Imām 'Alī Ibn Abī Ṭālib.
 26. Makārim Shīrāzī, Nāṣir. 2006/1427. *Anwār al-Uṣūl. Dā'irat al-Ma'arīf Fiqh Muqāran*. Qom: Madrasi-yi Imām 'Alī Ibn Abī Ṭālib.

27. Makārim Shīrāzī, Nāšir. 2007/1428. *Anwār al-Uṣūl. Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh Muqāran*. Qom: Madrasi-yi Imām 'Ali Ibn Abī Ṭālib.
28. Makārim Shīrāzī, Nāšir. 2007/1428. *Barrasī-yi Turuq-i Farrār az Rubā*. Qom: Madrasi-yi Imām 'Ali Ibn Abī Ṭālib.
29. Shīrāzī, Muṣṭafā; Fakhla'ī, Muḥammad Taqī; Bakāyī, Manṣūrih. 2019/1398. *Imkān Sanjī-yi Fiqhī-Uṣūlī-yi Tab'īq dar Hujjyat-i Khabar*. Majalīh-yi Juṣṭarhā-yi Fiqhī wa Uṣūlī. Winter 2019, 17, 29-52.
30. Zānī'ī Sabzawārī, 'Alī. 2008/1430. *Kifāyat al-Uṣūl*. 6th. Qom.

Returning Criminals to Society in the Light of the Jurisprudential Mechanism of Shame ¹

Rahman Saboohi

Ph.d in criminology and criminal Law at Qom University; Qom, Iran,
saboohi.rahman@yahoo.com

Mohammadali Hajidehabadi 

Associate Professor of criminology and criminal Law at Qom University; Qom,
Iran; (Corresponding Author); dr-hajidehabadi@yahoo.com

Receiving Date: 2023-06-20; Approval Date: 2024/06/19

**Justārḥā-ye
Fiqlī va Uṣūlī**


Vol.10, No.34
Spring 2024

205

Abstract

Shame and modesty are one of the most important religious patterns of preventing sin and crime in Islamic teachings, which have been emphasized greatly. This religious model of prevention of crime in Islam is based on solid foundations such as emphasizing the human dignity of individuals, divine mercy, divine supervision, calling for the unity of the Islamic society around the axis of Oneness and Monotheism, cooperation and fanatical solidarity, and of course the spiritual dimension of shame. In the field of criminology, paying attention to shame and using it in order to rehabilitate and

1. *Hajidehabadi. M. ; (2024); " Returning Criminals to Society in the Light of the Jurisprudential Mechanism of Shame"* ; *Jostar_ Hay Fiqli va Usuli*; Vol: 10; No: 34; Page: 205-236;

10.22034/jrj.2024.66617.2664



This Article is distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 | <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

resocialize criminals, the main approach is the theory of accepting shame, which seeks to replace the shame of committing a criminal act instead of the shame of the criminal, in order to reform and socially accept criminality in society. The main question of this study is, what is the approach of Islamic penal jurisprudence to the shame of the re-acceptor? Using the descriptive-analytical method and library resources, this study tries to analyze the jurisprudential foundations and applications of this theory in Islamic jurisprudence and law. The findings of this study show that in addition to the above-mentioned foundations, the applications of pardon and forgiveness, repentance, hiding the crime, reconciliation between two people, restorative justice, and judge consolidation are in line with the policies of the theory of re-accepting shame in Islamic criminal jurisprudence.

Keywords: Shame, Re-accepting Shame, Reconciliation Between Two People, Restorative Justice, Stigmatizing.

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.10, No.34
Spring 2024

206

بازگشت مجرمان به جامعه در پرتو مکانیسم فقهی شرمساری^۱

رحمان صبوحي

دانش آموخته دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم؛ قم - ایران و قاضی تعزیرات حکومتی استان اصفهان.
(نویسنده مسئول). رایانامه: dr-hajidehabadi@yahoo.com

محمدعلی حاجی ده‌آبادی  ID

دانشیار گروه حقوق و جرم‌شناسی دانشگاه قم. قم - ایران. رایانامه: saboohi.rahman@yahoo.com



تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۳۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۳۰

چکیده

شرم و حیا یکی از مهم‌ترین الگوهای دینی پیشگیری از گناه و جرم در آموزه‌های اسلامی است که بر آن تأکید فراوانی شده است. این الگوی دینی پیشگیری از جرم در اسلام مبتنی بر مبانی مستحکمی همچون تأکید بر کرامت انسانی افراد، رحمت الهی، نظارت الهی، دعوت به اتحاد جامعه اسلامی حول محور وحدانیت و توحید، تعاون و عصبیت و البته بعد معنوی شرم است. در حوزه جرم‌شناسی نیز توجه به شرم و به کارگیری آن به منظور بازپروری و بازاجتماعی شدن مجرمین، رویکرد اصلی نظریه شرمساری بازپذیرکننده است که در پی جایگزین ساختن شرمساری از ارتکاب فعل مجرمانه به جای شرمساری از بزهکار، به منظور اصلاح و بازپذیری اجتماعی مجرم در جامعه است. پرسش اصلی این پژوهش آن است که رویکرد فقه جزایی اسلام به شرمساری بازپذیرنده چیست؟

۱. صبوحي، رحمان و حاجی ده‌آبادی، محمدعلی. (۱۴۰۳). بازگشت مجرمان به جامعه در پرتو مکانیسم فقهی شرمساری. فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی. ۱۰ (۳۴). صص: ۲۰۵-۲۳۶

این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای می‌کوشد تا مبانی فقهی و کاربست‌های این نظریه در فقه و حقوق اسلامی را مورد بررسی قرار دهد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که علاوه بر مبانی ذکرشده، کاربست‌های عفو و صفا، توبه، بزه‌پوشی، اصلاح ذات‌البین و عدالت ترمیمی و قاضی تحکیم همسو با سیاست‌های نظریه شرمساری بازپذیرکننده در فقه جزایی اسلام است.

کلیدواژه‌ها: شرم، شرمساری بازپذیرکننده، اصلاح ذات‌البین، شرم‌انگ زنده، عدالت ترمیمی، برجسب‌زنی.

مقدمه

حیاء و شرم یکی از مفاهیمی است که در منابع اسلامی به‌عنوان الگوی رفتاری بشر برای پیشگیری از جرم و انحراف بر آن تأکید شده است. به‌طور مثال در قرآن کریم و در داستان حضرت آدم علیه السلام و حوا، زمانی که این دو از میوه ممنوعه خوردند و حجاب و پوششی که تا آن زمان در مقابل یکدیگر داشتند برداشته شد و در مقابل یکدیگر برهنه شدند و جامه‌های ایشان فروریخت، ایشان به‌سبب این برهنگی جسمی، شرمسار شده و شروع به پوشاندن خود کردند. روایت این داستان در آیه ۱۲۱ از سوره طه این‌گونه بیان شده است: «پس هر دو [به‌سبب وسوسه شیطان] از میوه آن [درخت] خوردند، در نتیجه شرمگاهشان بر آنان پدیدار شد و شروع به چسباندن برگ‌های درختان بهشت بر [شرمگاه] خود کردند.» (طه/۱۲۱)

از این داستان می‌توان این‌گونه برداشت کرد که شرم و شرمساری یکی از احساسات فطری و مفاهیم اخلاقی است که از ابتدای خلقت در وجود انسان نهادینه شده است. از منظر منابع اسلامی حیاء و ایمان، دو امر قرین یکدیگر هستند که اگر یکی از آن‌ها از بین برود، دیگری هم از بین خواهد رفت (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۰۶/۲). شرم و حیاء به‌دلیل تأثیر شگرفی که در ایمان انسان‌ها دارد، در اسلام از جایگاه بالایی برخوردار است، بر اساس روایات نقل‌شده، ایمان و حیای همراه و ملازم یکدیگر و حتی رأس مکارم اخلاقی شناخته شده و نگه‌دارنده نفس از زشتی‌ها محسوب شده است (نراقی، ۱۳۷۷، ۱۰). این روایات که در این پژوهش به‌عنوان یکی از مبانی شرمساری بازپذیرکننده در فقه اسلامی بدان پرداخته خواهد شد، نشان

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۲۰۸

می‌دهد که شرم، هم فضیلتی دینی و هم عاملی بازدارنده برای پیشگیری از گناه و جرم است و به شکل‌گیری نظریات مبتنی بر شرم و حیاء در علوم نوینی همچون جرم‌شناسی و به تدریج و با پیشرفت علم و پیوند مفاهیم اخلاقی به سایر علوم، کمک بسیار کرد. سازوکار این پیوند از پاسخ به این پرسش به وجود آمد که جرم چیست و چگونه می‌توان آن را کنترل کرد؟ در پاسخ به این پرسش جرم‌شناسان معتقدند که جرم پدیده‌ای چندوجهی است که محصول عوامل و پدیده‌های نامطلوب سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی است. در یک سده اخیر مطالعات گسترده‌ای برای شناسایی و تبیین علل وقوع جرم، انجام شده است که نشان می‌دهد حوزه اجتماع و فرهنگ، یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های مؤثر بر وقوع جرایم است و جرم‌شناسان برای تبیین نقش آن‌ها در وقوع جرم، نظریات متعددی را مطرح کرده‌اند. یکی از این نظریات که در سه دهه اخیر توسط جان بریث‌ویت^۱ جرم‌شناس استرالیایی شکل گرفته، نظریه شرمساری بازپذیرکننده^۲ است که بر مبنای مفهوم شرم و چگونگی کاربست آن در مواجهه با جرم به وجود آمده است و مدعی است که در پی جبران عدم توفیق نظریه‌های پیشین جرم‌شناسی و ارائه راه‌حل نوینی برای تبیین جرم است. نظریه شرمساری بازپذیرکننده را می‌توان یک نظریه فرهنگ محور توصیف کرد که با مهم دانستن ساختارهای فرهنگی - اجتماعی، بر پذیرش مجرم در جامعه و بازگشت او یا به تعبیر بهتر، ادغام مجدد او در جامعه، تأکید دارد. به‌طور کلی این نظریه دو هدف عمده را دنبال می‌کند؛ نخست قالب‌ریزی برای طراحی مجدد یافته‌های جرم‌شناسی نظریه‌های پیشین همچون نظریه برجسب‌زنی^۳، کنترل^۴، فرصت‌های افتراقی^۵ و یادگیری اجتماعی^۶. دوم خلق یک نظریه جدید که بر دو

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرمساری
۲۰۹

1. John Braithwait
2. Reintegrative shaming
3. Labelling
4. Control
5. Differential situation
6. Social learning

انگاره (پارادایم) مهم تأکید دارد: نخست شرمساری انگ زنده^۱ و دوم شرمساری باز پذیرکننده.^۲ فرض این نظریه آن است که در شرمساری انگ زنده (برچسب زنده) فرد محکوم با طرد و انزوا از جامعه در مسیری نو از انحراف کشیده شده که بر اثر نوع واکنش اجتماعی منفی نسبت به او، توانایی بالقوه برای بازگشت به جرم را پیدا می‌کند و در انگاره شرمساری باز پذیرکننده اجتماعی، مجرم نه تنها از جامعه محلی و جامعه گسترده اطراف خود دور نمی‌شود بلکه با توسل به شیوه‌هایی همچون پذیرش اشتباه و تلاش برای جبران آن، توبه، عذر تقصیر و بازگشت به شرایط پیش از وقوع جرم، مقدمات ورود مجدد او به جامعه مهیا می‌شود.

این نظریه معتقد است که شرم انگ زنده محصول فرآیند کیفی برچسب زنده نظام حقوقی و کیفری است؛ زیرا که برچسب مجرمانه در جامعه منجر به طرد و انزوای انسان خطاکار شده و در نتیجه فرآیند باز پذیری وی را مختل می‌کند. در نظریه شرمساری باز پذیرکننده تفاوت اصلی میان شرم باز پذیرکننده و شرم انگ زنده در شدت و حدت شرم نیست بلکه در فرآیند و نتایج شرمساری است؛ در شرمساری باز پذیرکننده دوره زمانی شرم کوتاه و مقطعی است و با گذشت و بخشش مجرم به پایان می‌رسد و همچنین در بازه زمانی که شرم انجام می‌شود، اقداماتی برای حفظ علقه‌های اجتماعی و دوستی یا احترام صورت می‌گیرد (کلن و اگنو، ۲۰۱۱، ۲۵۸).^۳

بر مبنای پرهیز از این انگ و برچسب مجرمانه‌ای که این نظریه آن را مبنای تکرار جرم و انحراف در جامعه برای مجرم می‌داند، بریث‌ویت رویکردهای عدالت ترمیمی^۴ را به عنوان بدیل و جایگزین رسیدگی رسمی قضایی^۵ پذیرفته است و آن را به عنوان یک راه حل مناسب برای دوری از انگ و برچسب مجرمانه و در نتیجه باز پذیری مجرمین در جامعه می‌داند. در واقع این نظریه عدالت ترمیمی را سازوکار

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۲۱۰

1. Stigma shaming

2. Reintegration shaming

3. Cullen, Francis T & Robert Agnew

4. Restorative justice

5. Alternative of formal penal court

تحقق شرمساری بازپذیرکننده می‌داند. نظریه شرمساری بازپذیرکننده سه وجه بارز دارد که آن را از سایر نظریات جرم‌شناسی متمایز می‌سازد؛ نخست آنکه به کنترل اجتماعی، صبغه (رنگ و بوی) اخلاقی می‌بخشد و عنان کنترل جرم را به دست مردم و جامعه می‌بخشد؛ دوم آنکه برخلاف برخی از نظریات جرم‌شناسی که بیانی انفعالی از رفتار مجرمانه ارائه می‌دهند، شکل فعال‌تری از اراده مجرم را می‌پذیرد؛ سوم آنکه به صورت بندی فرآیندی از کنترل اجتماعی می‌پردازد که متکی بر سازوکارهای شرمساری و بازپذیری است و در بافت جوامع شرقی به شدت قابل رؤیت است. این سه ویژگی که در جامعه ایران در قالب مفاهیمی همچون شرم، حیاء، گناه و مفاهیمی از این دست دیده می‌شود، ارزش‌هایی است که در سیاست جنایی ایران دارای جایگاه خاصی است و همین جایگاه سبب می‌شود تا بتوان نظریه شرم بازپذیرکننده و به تبع آن راهبرد شرم بازپذیرکننده را به عنوان یک نظریه قابل اتکا برای مقابله با جرم در جامعه ایران تبیین نمایم.

شرمساری در اسلام و نظریه بریت‌ویت در یک نقطه از یکدیگر جدا می‌شوند، در نظریه بریت‌ویت شرم بازپذیرکننده مبتنی بر مفاهیم و الگوهای عینی و عمدتاً با نگاه به جامعه و محوریت آن، شرم از جامعه و مردم است و حال آنکه در آموزه‌های اسلامی شرمساری از مردم، پایه و اساس شرم از خداوند است و در برخی از روایات گفته شده است: «من لایستحیی من الناس ولا یخاف الله سبحانه» (تمیمی آمدی، ۱۳۸۵، ۹۸)؛ کسی که از مردم حیا نکند از خداوند نیز نمی‌ترسد. تأکید بر حضور خداوند و لزوم شرم از ایشان یکی از محل‌های نزاع و اختلاف میان شرمساری دینی و نظریه بریت‌ویت است. آیات متعددی از قرآن کریم وجود دارد که خداوند خود را ناظر بر انسان دانسته و او را از خطا و گناه بر حذر داشته است: ﴿هُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنْتُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ (حدید/۴) و از سوی دیگر تأکید بر آنکه در اسلام شرم و حیاء جزئی از دین محسوب می‌گردد: «إِنَّ الْحَيَاءَ مِنْ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ» که با عباراتی همچون؛ شرمساری از نشانه‌های ایمان است،^۱ آمده است و دلالت بر این موضوع دارد که

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرمساری

۲۱۱

۱. امام حسن علیه السلام: «لا حیاءَ لیمن لا دینَ لَهُ» (ر.ک: مجلسی دوم، ۱۴۰۳، ۱۱۱)

شرم، نقش مهمی در آموزه‌های دین اسلام دارد. این تأکید در اسلام همواره بر ارزش‌هایی همچون تقوا و ایمان، اخلاق، دوری از فعل قبیح و گناه استوار بوده است که نشان‌دهنده یک الگوی خودکنترلی رفتاری در جهت تطابق با هنجارهای شرعی و اخلاقی است و حال آنکه در نظریه شرمساری بازپذیرکننده بیش از هر چیز بر همبستگی اجتماعی به‌عنوان مهم‌ترین عامل شرمساری در جامعه تأکید شده است. از آنجا که احکام جزایی اسلام در راستای بازداری انسان از گناه و جرم و تهذیب اخلاقی او و نیز جبران خسارات وارده به مجنی‌علیه است، اهدافی که از مجازات‌ها و تدابیر مقرر در نظام کیفری اسلام قابل استنباط است و گاه بر آن تصریح شده است، بحث از شرمسازسازی بزهکاران به گونه‌ای که از گذشته خویش نادم گشته و مسیر صواب در پیش گرفته و عنصری مطلوب برای جامعه باشد از منظر فقهی جای واکاوی دارد. در همین راستا پرسش اصلی‌ای که این پژوهش بدان می‌پردازد آن است که نظام کیفری فقهی دارای چه عناصر و کارکردهایی در حوزه شرمساری بازپذیرکننده است؟ و چگونه می‌توان این ظرفیت را تقویت نمود؟ در راستای تبیین این پرسش ذکر این نکته مهم است که در نظریه شرمساری بازپذیرکننده، شرم مفهومی صرفاً زمینی و در تعامل با جامعه رخ می‌دهد اما نگاهی بر آموزه‌های اسلامی و به‌ویژه قرآنی نشان می‌دهد که شرمساری در فقه اسلامی علاوه بر جلوه‌های زمینی و اجتماعی خود، همراه با جلوه‌های معنوی و الهی است (شرم از خدا و پیامبر و امامان علیهم‌السلام و فرشتگان) است و این امر منجر به پیشگیری و بازدارندگی مضاعف از گناه و جرم می‌شود.

پژوهش‌های صورت گرفته در این حوزه عمدتاً رویکردی تحلیلی نسبت به این موضوع داشته‌اند؛ مانند رساله دکتری محمدرضا حسنی با عنوان «شرمساری بازپذیرکننده و بزهکاری؛ تحلیل جامعه‌شناختی نظریه شرمساری بریث‌ویت در بستر خانواده» (حسنی، ۱۳۸۴) او اشاره می‌کند که در این پژوهش، تلاش دارد تا به روش پیمایش و متغیرمحور، متغیرهای شرمساری بازپذیرکننده، تحلیل فشار، همالان بزهکار، تعلق و وابستگی، ارزش‌های اخلاقی و انتظار شرم در دانش‌آموزان شهر تبریز را بررسی کند. همچنین مقاله «شرمساری بازپذیرکننده به‌مثابه راهبرد فرهنگی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۲۱۲

در کنترل جرم» (علیوردی نیا و حسنی، ۱۳۹۳) که به بررسی دلالت‌های سیاسی و فرهنگی نظریه شرمساری بازپذیرکننده می‌پردازد و نیز می‌توان به مقاله «الگوی شرمسار کردن بزهکاران در سوره یوسف عَلَيْهِ السَّلَام» (قاسمی مقدم و قاسمی مقدم، ۱۳۹۸) اشاره نمود که به بررسی الگوهای شرمساری بازپذیرکننده در سوره یوسف عَلَيْهِ السَّلَام می‌پردازد.

نوآوری‌های این پژوهش نسبت به پژوهش‌های فوق‌الذکر را می‌توان نخست در تنقیح مبانی نظریه شرمساری بازپذیرکننده در آموزه‌های اسلامی و دوم انطباق رویکردهای حقوق اسلامی با عناصر ساختاری این نظریه دانست. بر این اساس پژوهش حاضر با طرح این پرسش که مبانی نظریه شرمساری بازپذیرکننده در فقه اسلامی چیست؟ و چه کاربست‌هایی در حقوق اسلامی دارد؟ در سه مبحث شکل گرفته است؛ در مبحث نخست مفاهیم شرم، حیاء و شرمساری مورد بررسی قرار گرفته و در مبحث دوم مبانی شرمساری بازپذیرکننده در آموزه‌های فقهی اسلامی و در مبحث سوم کاربست‌های منطبق با نظریه در فقه اسلامی مورد واکاوی قرار گرفته است.

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرمساری
۲۱۳

۱. ماهیت شرم و حیا

به‌منظور آشنایی با نظریه شرمساری بازپذیرکننده، لازم است نخست به شناخت مفاهیم شرم و حیاء بپردازیم. از این‌رو ابتدا به تعریف شرم و حیاء و مفهوم آن در آموزه‌های اسلامی و شرمساری بازپذیرکننده می‌پردازیم.

۱/۱. مفهوم شرم و حیاء در فقه اسلامی

حیا یکی از فضائل دینی است که بر اساس روایتی از پیامبر اسلام صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خوی دین است (متقی الهندی، ۱۴۰۱، ۱۱۹). حیاء در لغت از ماده «ح ی ی» آمده و برخی مفسرین برای آن دو معنا در نظر گرفته‌اند؛ «حیات» در مقابل مرگ و دیگری «حیاء» مخالف وقاحت (فراهیدی، ۱۴۰۰، ۳۱۸). حیاء معانی شرمساری و خجالت، توبه و حشمت (دهخدا، ۱۳۷۷، ۸۳۴) و عفت و عقیف نیز است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۴۲۹). حیاء در اصطلاح به تسلط بر نفس می‌گویند که موجب بازداشتن از عمل قبیح و

انزجار از عمل خلاف اخلاق از ترس افشا و برملا شدن است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴، ۱۸/۱۸۷). در این مفهوم، حیاء حالت درونی بازدارنده از عمل است؛ یعنی وقتی حیاء در انسان برانگیخته می‌شود، حالتی بازدارنده ایجاد می‌شود که مانع انجام عمل ناپسند می‌گردد (پسندیده، ۱۳۸۵، ۱۲-۱۱).

اگرچه از برخی روایاتی که از معصومین علیهم‌السلام رسیده است می‌توان دریافت که حیاء و شرم با یکدیگر مترادف است لیکن دو تفاوت اصلی باهم دارند: نخست آنکه حیاء هم عاملی بازدارنده است و هم وادارنده؛ یعنی هم انسان را از گناه و فعل و ترک فعل حرام بازمی‌دارد و هم انسان را به انجام کارهای پسندیده وادار می‌کند (پسندیده، ۱۳۸۵، ۱۷) لیکن در شرم تجربه‌ای از ضعف و خوار شدن وجود دارد. دوم آنکه حیاء مبتنی بر شناخت محدودیت‌های ذاتی و اجتناب‌ناپذیر در انسان است (ایزنیگ، ۱۹۴۹، ۸) که از سوی اشخاص ناظر بر اعمال انسان شکل می‌گیرد و از دیدگاه فقه اسلامی قرین با ایمان است که اگر یکی از آن‌ها از بین برود، دیگری هم از بین خواهد رفت (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۰۶).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۲۱۴

۲/۱. شرمساری بازپذیرکننده و شرمساری انگ‌زننده

در نظریه شرمساری بازپذیرکننده، شرمساری به‌عنوان عمل یا رفتاری تأدیبی یا انضباطی در نظر گرفته می‌شود که به معنای تمام فرآیندهای اجتماعی ابراز نارضایتی است که باهدف پشیمان ساختن شخصی است که توسط اشخاص آگاه به شرمساری، شرم‌منده یا محکوم می‌شوند (بریث‌ویت، ۱۳۹۶، ۱۳۲) و شرمساری بازپذیرکننده نیز فرآیندی از شرم است که در مقابل شرمساری انگ‌زننده قرار گرفته و به بازگشت مجرم به جامعه کمک می‌کند (جین‌بنت، ۱۹۹۶، ۳). بر اساس تعریف بریث‌ویت، شرمساری بازپذیرکننده شرمساری‌ای است که به دنبال تلاش برای ادغام دوباره بزهدکار در جامعه مطیع قانون یا شهروندانی قابل احترام از طریق ادای کلمات

۱. به‌طور مثال در روایتی از حضرت علی علیه‌السلام بیان شده است: «الْحَيَاءُ سَبَبٌ إِلَى كُلِّ حَمِيلٍ»؛ حیاء سبب همه زیبایی‌ها است (نهج‌البلاغه / خطبه ۱۳۸).

یا حرکاتی که بر بخشش یا لغو برجسب بزهکارانه فرد به عنوان منحرف صورت می گیرد (بریثویت، ۱۳۹۶، ۱۴۲-۱۴۳).

در مقابل شرمساری انگ زننده قرار دارد که بعد منفی شرم است. همان گونه که در نظریه برجسب زنی اعتقاد بر آن است که فرآیند انگ مجرمانه می تواند آثار منفی بر فرد خاطی بر جا بگذارد و فرد رفتار متناسب با شخصیتی که در نتیجه برجسب مجرمانه دریافت کرده است را به خود بگیرد (وایت و هینز، ۱۳۹۰، ۱۸۵)، نظریه بریثویت نیز معتقد است افرادی که به طور مداوم از جانب جامعه، خانواده و مدرسه با یک نوع شرمساری سرکوب می شوند، از جامعه خود طرد شده و آن ها را به یک خرده فرهنگ مجرمانه سوق می دهد؛ در نتیجه می توان شرم انگ زننده رفتاری تعریف کرد که در ارتباط فرد با جامعه و صاحبان قدرت که فرد را از جامعه دور کرده و سبب طرد او و در نهایت احتمال جذب شدن افراد را به خرده فرهنگ های انحرافی افزایش می دهد (بریثویت، ۱۳۹۶، ۱۰۳).

۲. مبانی شرمساری بازپذیرکننده در فقه و قرآن کریم

در قرآن کریم مفهوم حياء و شرمساری با الفاظی از مصادر «استحياء»، «یستحیی» بکار گرفته شده است؛ به گونه ای که دو مرتبه با عبارت سلبی «لا یستحیی» در آیات ۲۶ بقره^۱ و ۵۳ احزاب^۲ آمده است که در هر دو آیه این فعل به خداوند نسبت داده شده است؛ یعنی ترک برخی افعال توسط خداوند، به سبب حیا کردن را مردود شمرده است (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۶۵/۱). به نظر برخی مفسرین همچون فخر رازی بروز حالات نفسانی از قبیل حياء و غَضَب دارای مبدأ و مقصد است و انتقال از مبدأ به مقصد مستلزم تغییری در موجود شرم کننده است و تغییر نیز مختص جسم است و

۱. ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَسْتَحْيِي أَنْ يَضْرِبَ مَثَلًا مَا بَعُوضَةً فَمَا فَوْقَهَا فَأَمَّا الَّذِينَ آمَنُوا فَيَعْلَمُونَ أَنَّهُ الْحَقُّ مِنْ رَبِّهِمْ وَأَمَّا الَّذِينَ كَفَرُوا فَيَقُولُونَ مَاذَا أَرَادَ اللَّهُ بِهَذَا مَثَلًا يُضِلُّ بِهِ كَثِيرًا وَ مَا يَضِلُّ بِهِ إِلَّا الْفَاسِقِينَ﴾ (بقره / ۲۶)

۲. ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ إِلَى طَعَامٍ غَيْرِ نَاطِرٍ إِنْسَاءَ وَ لَكِنْ إِذَا دُعِيتُمْ فَادْخُلُوا فَإِذَا طَعِمْتُمْ فَانْتَشِرُوا وَ لَا مُسْتَأْنِسِينَ لِحَدِيثٍ إِنَّ ذَلِكُمْ كَانَ يُؤْذِي النَّبِيَّ فَيَسْتَحْيِي مِنْكُمْ وَ اللَّهُ لَا يَسْتَحْيِي مِنَ الْحَقِّ وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ذَلِكُمْ أَطْهَرُ لِقُلُوبِكُمْ وَ قُلُوبِهِنَّ وَ مَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَ لَا أَنْ تُنْكِحُوا زُرَّاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا إِنَّ ذَلِكُمْ كَانَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمًا﴾ (احزاب / ۵۳)

خداوند جسم نیست؛ پس انتساب این صفات به خداوند در واقع انتساب نتایج آن به ذات وی است (الرازی، بی تا، ۱۸/۱۸۲)؛ بنابراین می توان گفت که حیای خداوند به این معناست که وی از انجام دادن کار زشت منزّه است و شرم نکردن خداوند بدان معنا نیست که وی اهل حیا نیست و از انجام دادن کار ناپسند ابایی ندارد (میرسلیم، ۱۳۷۵، ۶۶۶۴/۱).

علاوه بر این در قرآن کریم قصص و داستان‌هایی همچون داستان مواجهه شدن موسی علیه السلام و دختران حضرت شعیب (قصص/۲۵) آمده است که در آن بر شرمساری به عنوان جلوه بازدارنده از خطا و گناه تأکید شده است اما یکی از داستان‌هایی که برخی پژوهشگران آن را مطابق با نظریه شرمساری باز پذیرکننده دانسته‌اند، داستان حضرت یوسف علیه السلام است؛ به موجب این داستان، تقبیح و سرزنش فعل برادران یوسف به جای شخصیت آن‌ها و عدم طرد شخصیت آن‌ها توسط پدرشان یعقوب علیه السلام، مواجهه سازی برادران با قبح سرقت توسط یوسف نبی علیه السلام از جمله آموزه‌هایی است که می تواند منطبق با الگوی شرمساری باز پذیرکننده تلقی گردد (قاسمی مقدم و قاسمی مقدم، ۱۳۹۸، ۱۴-۱۲).

با توجه به وجود این ابعاد شرمساری در فقه اسلامی و قرآن کریم، در ذیل به بررسی مهم ترین مبانی شرمساری باز پذیرکننده می پردازیم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۲۱۶

۲/۱. نظارت الهی

یکی از مبانی مهم شرمساری در اسلام، شرم از خداوند، پیامبر و معصومین علیهم السلام و همچنین شرم از خویشان است. از دیدگاه اسلامی، حیاء از خداوند بالاترین درجه حیا است (پسندیده، ۱۳۸۵، ۵۳) و روایت «أَفْضَلُ الْحَيَاءِ اسْتِحْيَاؤُكَ مِنَ اللَّهِ» (تمیمی آمدی، ۱۴۱۰، ۱/۲۵۷) بیانگر آن است که بهترین حیاء، حیاء از خداوند است. شرم از خداوند در دیدگاه اسلامی ناشی از درک به حضور او و نظارت بر اعمال انسان‌هاست؛ آن گونه که امام صادق علیه السلام می فرماید: «علمت ان الله مُطَّلِعٌ عَلَيَّ فَاسْتَحْيَيْتُ» (نوری، ۱۴۰۸، ۱۲/۱۷۲)؛ بدان خداوند آگاه است، پس شرم کن.

ذکر این نکته مهم است که ابعاد معنوی شرم در اسلام صرفاً ناظر بر خداوند نبوده

و شرم ناشی از نظارت پیامبر ﷺ و معصومین علیهم السلام و نیز فرشتگان جلوه‌هایی است که در شرمساری دینی وجود دارد (پسندیده، ۱۳۸۵، ۵۳). برخلاف نظریه بریث‌ویت که شرمساری را ناظر بر نظارت جامعه بر انسان می‌داند، در اسلام نظارت‌های دیگر نیز مورد تأکید قرار گرفته است. البته این سخن به معنای عدم توجه به شرم اجتماعی در اسلام نیست؛ زیرا که در اسلام کسی که از مردم حیاء و شرم نداشته باشد، از خداوند هم حیاء نمی‌کند (سیوطی، بی تا، ۶۵۴؛ تمیمی آمدی، ۱۴۱۰، ۱/ ۶۶۰) به گونه‌ای که می‌توان گفت: شرم از جامعه مقدمه شرم از خداوند است و زمانی حیا از خداوند شکل می‌گیرد که حیا از جامعه و مردم به وجود آمده باشد (شجاعی، بی تا، ۳۰۷).

۲٫۲. رحمت الهی

رحمت در لغت به معنای مهربانی است (عمید، ۱۳۸۹، ۵۰۷). برخی نیز آن را مهربانی همراه با احسان می‌دانند («الرَّحْمَةُ رِقَّةٌ تَقْتَضِي الْإِحْسَانَ») (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۳۴۷). برای رحمت یازده تعریف بکار گرفته شده است که یکی از این تعارف نعمت است (جمعی از نویسندگان، بی تا، ۱۱۰۰/۱). شیخ صدوق در کتاب «التوحید» در باب معنای رحمت بیان فرموده است: «معنى الرحمة النعمة والراحم المنعم كما قال الله عزَّ وجلَّ لرسوله ﷺ ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾» (صدوق، ۱۳۹۴، ۳۵۱)؛ رحمت نعمت است و راحم نعمت دهنده، همان گونه که خداوند می‌فرماید: تو را تنها به منظور رحمت بر دوعالم رسول کردیم.

یکی از این نعمت‌ها و رحمت‌های الهی که خداوند در قرآن به آن اشاره کرده است، بخشش از گناهان و بازگشت به او است ﴿قُلْ يَا عِبَادِيَ الَّذِينَ أَسْرَفُوا عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ لَا تَقْنَطُوا مِن رَّحْمَةِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا إِنَّهُ هُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ﴾ (زمر/۵۳). از همین رو است که می‌توان گفت شرم و حیاء در آموزه‌های اسلامی مبتنی بر رحمت الهی است و در متون اسلامی از شرم و حیاء در قبال خداوند سخن به میان آمده است؛ چراکه او منبع فیض و رحمت بر انسان‌ها است و حیات بشر و توان و استعداد او درگرو عنایت خداوند است و انسان با به کارگیری ناصواب استعداد خود در مسیر بزهکاری از آن‌همه لطف الهی ناسپاسی می‌کند حتی این توفیق به او داده می‌شود

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرمساری

۲۱۷

تا با توبه که جلوه‌ای از فیض و رحمت الهی است به‌سوی او بازگردد و خداوند نیز آن‌گونه که خود در کتاب قرآن فرموده است، بشر را مورد عفو و صفا قرار می‌دهد (سورا/۲۵).

۲/۳. کرامت انسانی

توجه به برچسب مجرمانه یکی از کانون‌های نظریه شرم بازپذیرکننده است (آکر، ۱۹۹۰، ۷۲۲) به‌گونه‌ای که عامل اصلی تکرار جرم در فرد را برچسب‌های می‌داند که منجر به طرد فرد از جامعه می‌شود و زمانی که شخص با برچسب منحرف، انگ می‌خورد، این‌گونه برایش تصور می‌شود که دیگران به وی به‌عنوان منحرف واکنش نشان داده‌اند و در نتیجه وی منزوی شده و به‌سوی خرده‌فرهنگ‌هایی جذب می‌شود که از انحراف وی حمایت کرده و در نتیجه هویت منحرف را درونی‌سازی^۱ و حس بی‌عدالتی را تجربه می‌کند و فقدان احترام به او ممکن است او را بیشتر به دنیای تبهاران سوق دهد به‌واسطه آنکه به‌سختی موجب دستیابی به یک زندگی به‌طور مشروع و قانونی می‌شود (بریث‌ویت، ۱۳۹۶، ۴۵).

این تأکید بر حفظ شخصیت و کرامت انسانی مبانی شکل‌گیری شرمساری بازپذیرکننده است، مفهومی که در آموزه‌های اسلامی نیز مورد توجه قرار گرفته است و حفظ کرامت انسان‌ها و تلاش برای حفظ شأن و جایگاه انسان همان نگاهی است که دین اسلام به بشر به‌عنوان اشرف مخلوقات وجود دارد. بر اساس آموزه‌های اسلامی ذات انسان با افعالی همچون جرم و فساد از بین نمی‌رود و فعل انسان از ذات او جداست و آنچه انسان را در معرض قضاوت قرار می‌دهد رفتار انسان است نه ذات او (ابن عربی، بی‌تا، ۱۶۷). این دیدگاه هم ریشه در نگاه قرآن به انسان دارد که معتقد است انسان مقام خلیفه الهی را داراست^۲ و هم مستند به احادیثی همچون حدیثی از رسول اکرم ﷺ است که می‌فرماید: «خداوند انسان را صورت خویش آفریده است»

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۲۱۸

1. Akers, Ronald

2. internalize

۳. ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً...﴾ (بقره / ۲)

(مازندرانی، ۱۳۸۲، ۱۶۱/۴)؛ بنابراین انسان نزد خداوند دارای چنان کرامت ذاتی‌ای است^۱ که افعال عرضی ناتوان از زایل نمودن آن است (رحیمی‌نژاد، ۱۳۸۷، ۳۹). از این رو می‌توان گفت که مهم‌ترین مبنای نظری تحقق شرم‌بازپذیرکننده در دین اسلام تأکید بر کرامت انسان‌ها است.

۲/۴. وحدانیت الهی به‌عنوان عامل هم‌بستگی جامعه

همان‌گونه که در مقدمه بیان شد مهم‌ترین مؤلفه‌های فرهنگی و اجتماعی در نظریه شرم‌ساری بازپذیرکننده، دو رکن به‌هم‌پیوستگی اجتماعی و اجتماع‌گرایی است. به‌هم‌پیوستگی و اجتماع‌گرایی در نظریه شرم‌ساری بازپذیرکننده، مدلی از وفاق و هم‌بستگی است که در آموزه‌های قرآنی حول محور وحدانیت الهی به‌شدت بر آن تأکید می‌شود. با این تفاوت که برخلاف نظریه شرم‌ساری که همبستگی بر پایه امور اجتماعی انسان‌ها شکل می‌گیرد، در قرآن بر پایه توحید و خداپرستی استوار است که امری فطری و تغییرناپذیر است، مبنای توحیدی هم‌بستگی اجتماعی که در نظریه بریث‌ویت بر آن تأکید شده است، در دین اسلام بر اموری فطری و تکوینی استوار است که مشترک میان همه ادیان و انسان‌هاست. تعابیر ویژه‌ای که در قرآن برای همبستگی میان انسان‌ها بکار گرفته شده است، همچون «الفت»، «برادری» و «امت واحده» (آل‌عمران/۱۰۳)^۲ حول چند محور مهم قرار دارد؛ نخست وحدانیت و ایمان به خداوند است که دلالت بر لزوم همبستگی و وابستگی افراد در جامعه اسلامی دارد: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَتَازَعُوا فَعْتَاسًا﴾ و تَذَهَبَ رِيحُكُمْ ﴿﴾ (انفال/۴۶)؛ خدا و رسول او را اطاعت کنید و درگیری و نزاع نکنید که سست می‌شوید و قدرتتان زایل می‌شود. صریح‌ترین آیه‌ای که در قرآن کریم به همبستگی اجتماعی اشاره دارد، آیه ۱۰۳ سوره آل‌عمران است که در آن بدون اشاره به ویژگی‌های قومی، نژادی و خونی انسان‌ها، طلب الفت و همبستگی نموده

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرم‌ساری
۲۱۹

۱. ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَا هُمَ فِي الْبُؤَىٰ وَالتَّخْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ﴾ (اسراء / ۷۰)

۲. ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا وَكُنْتُمْ عَلَىٰ شَفَا حُفْرَةٍ مِنَ النَّارِ فَأَنْقَذَكُمْ مِنْهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ﴾ (آل‌عمران/۱۰۳)

است و مفسرین در تفسیر این آیه و عبارت: ﴿اعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا﴾ (آل عمران/ ۱۰۳) بیان کرده‌اند که «مقصود از حبل‌الله دین خداست و علت این تسمیه آن است که دین واسطه بین خدا و مردم است چنانکه به قرآن مجید از آن جهت حبل گفته‌اند»^۱ (قرشی، ۱۴۱۲، ۷/ ۹۹). در روایتی از رسول خدا ﷺ نیز بیان شده است کتاب قرآن همان حبل‌الهی است که هر کس از آن تبعیت کند هدایت می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ۱/ ۲۴۲) و در آیات ۱۰۴ و ۱۰۵ سوره آل عمران^۲ از مسلمانان خواسته شده است تا با دعوت دیگران به اسلام، موجبات همبستگی را فراهم نمایند و در امت اسلامی قرار بگیرند.

دومین محور مورد اشاره به همبستگی اجتماعی تأکید بر خانواده محوری و ارتباط عاطفی فرزندان با والدین است. در آیات ۲۳ تا ۲۵ سوره اسراء با تأکید بر روابط عاطفی فرزندان و لزوم احترام آن‌ها به والدینشان، به عنوان یک ارزش اشاره شده است و این روابط را سبب استحکام و انسجام آن‌ها می‌داند.^۳ علامه طباطبایی رحمته‌الله علیه، نیز کم‌رنگ شدن این روابط را سبب متلاشی شدن بنیاد جامعه دانسته‌اند؛ چرا که با پیوند خانوادگی والدین و فرزندان به یکدیگر، یک ارزش اجتماعی شکل می‌گیرد که تداوم آن در نهایت به همبستگی اجتماعی در جامعه تبدیل می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ۹/ ۱۵۸-۱۵۹).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۲۲۰

۱. برخی از پژوهشگران در تفسیر این آیه بیان کرده‌اند که مقصود از «حبل‌الله» اجماع مسلمین نیست؛ چرا که تفسیر حبل‌الله به اجماع نیاز به دلیل قانع‌کننده و قطعی دارد و چنین دلیلی در دست نیست. نهی از تفرقه نیز نمی‌تواند دلیل حجیت اجماع و تفسیر حبل‌الله به اجماع باشد؛ زیرا خداوند از مؤمنان خواسته است که احکام الهی را بر خویش حاکم کنند و در مسیر خواست خداوند با یکدیگر وحدت داشته باشند و از خط شریعت خارج نشوند؛ بنابراین آنچه محور ملاک وحدت است، باز کتاب و سنت است و نفس اتفاق و اجتماع مردم بر امری از امور بدون این که پشتوانه‌ای از کتاب و سنت داشته باشد دارای ارزش نیست و حکمی را ثابت نمی‌کند و اجماع را در کنار کتاب و سنت به صورت دلیل مستقلی قرار نمی‌دهد (ر.ک. به: شاهرودی، محمد ابراهیم جنتانی، بی تا، ۱۹۴).

۲. ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ وَأُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (آل عمران/ ۱۰۵-۱۰۴).

۳. ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ وَا لَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا﴾ (اسراء/ ۲۳-۲۴).

۲/۵. تعاون و عصیبت به عنوان عامل همبستگی اجتماعی

همبستگی اجتماعی یکی از مباحثی است که در دیدگاه جامعه‌شناسان و اندیشمندان اسلامی مورد توجه قرار گرفته است. به طور مثال ابن خلدون به عنوان یکی از برجسته‌ترین جامعه‌شناسان متقدم اسلامی، با طرح همبستگی اجتماعی و وابستگی افراد به یکدیگر در قالب مفهومی به اسم عصیبت^۱ در کتاب «المقدمه» معتقد است که جوهره حیات جمعی را پدیده تعلق اجتماعی و روح یاری‌گری به یکدیگر تشکیل می‌دهد که این روح یاری‌گری و عصیبت، همان ایجاد همبستگی اجتماعی است و همچنین معتقد است که اگر همبستگی و وابستگی متقابل میان افراد وجود نداشته باشد ادامه حیات اجتماعی ممکن نیست (اسدی گویجی، ۱۳۹۱، ۴۳).

عصیبت در اندیشه ابن خلدون، شاه کلید رشد و توسعه شهری است به گونه‌ای که ابن خلدون از عصیبت به عنوان عامل غرور ملی، یکپارچگی اجتماعی، یاری‌گر انسان‌ها در جامعه شهری و هویت‌بخش ملی و تاریخی جوامع یاد می‌کند (نقی زاده، ۱۳۹۴، ۷۳) و برای آن کارکردهای متعددی را ذکر می‌کند که بسیاری از آن مفاهیم در حوزه شهرنشینی و اخلاق شهرنشینی است اما در حوزه این پژوهش می‌توان گفت که از دیدگاه ابن خلدون عصیبت دارای یک کارکرد کنترل اجتماعی است؛ به گونه‌ای که می‌تواند از یک سو منجر به اجرای عدالت غیررسمی از طریق تشکیل جوامع مدنی باشد و از سویی دیگر با بالا بردن احساس تعلق و یکپارچگی اجتماعی به تقویت روابط اجتماعی و ارتباطات اجتماعی در جامعه بیانجامد (نقی زاده، ۱۳۹۴، ۷۲-۷۳) و این همان دیدگاهی است که در نظریه شرم باز پذیرکننده از همبستگی و اجتماع‌گرایی به عنوان عامل اتحاد جامعه در برابر جرم وجود دارد و همان گونه که بریث‌ویت در کتاب خود ذکر کرده است (بریث‌ویت، ۱۳۹۶، ۸۳).

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرمساری
۲۲۱

۱. عصیبت از ریشه عصب به معنای ربط و پیوند است و در لغت به معنای شدت ارتباط و تعلق شخص به قوم و جماعت یا مرام و مسلک خود و تعصب و کوشش در حفظ و حمایت از آن است (ر.ک. به: عمید، ۱۳۸۹، ذیل عنوان عصیبت).

۳. کاربست‌های فقهی همسو با شرمساری بازپذیرکننده

کاربست‌های متعددی در فقه اسلامی وجود دارد که همسو با مبانی مذکور در آموزه‌های اسلامی است که در ذیل به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱/۳. توبه

خداوند در آیات بسیاری از قرآن کریم^۱ بر توبه و پشیمانی درونی افراد خطاکار تأکید نموده و توصیه کرده است که آن زمان که از گناه، نادم گشتید، به سوی من بازگردید (اسراء/۸). توبه به معنای ندامت و عزم به عدم تکرار فعل منجر به گناه کبیره است (شوشتری، ۱۴۲۹ق، ۱۰۷/۲). از این تعریف دو نکته استفاده می‌شود: نخست پشیمانی و ندامت در توبه و دوم عدم فعل و انجام گناه به خاطر قبح شرعی آن؛ بنابراین مجرد «عدم فعل و پشیمانی» توبه نیست بلکه ندامت باید به خاطر قبح شرعی عمل باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ۶۵۲/۲). در توبه چند رکن وجود دارد که سبب شرمساری بازپذیرکننده فرد گناهکار می‌گردد.

نخست: آنکه توبه سبب بازگشت فرد گناهکار به عدالت می‌گردد به گونه‌ای که بر اساس آموزه‌های دینی، یکی از آثار توبه بازگشت به عدالت است؛ چرا که ارتکاب گناه موجب زوال عدالت شخص می‌گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ۶۵۳/۲). به بیان دیگر توبه ناشی از احساس گناه در فرد است و برخی از فقها در تعریف توبه بر این موضوع تأکید کرده‌اند. به طور مثال جنید بغدادی در این خصوص بیان می‌کند: «توبه سه معنی دارد، اول ندامت، دوم عزم بر ترک معاونت، سوم خود را پاک کردن از مظالم و خصومت.» (حسینی، ۱۳۷۲، ۲۶). سیاست اجتماعی شرمساری بازپذیرکننده، برخلاف نظریه برجسب‌زنی که بازادغام اجتماعی را کم‌اهمیت می‌داند، بر تشریفات مذهبی توبه در بازگشت مجرم به جامعه بسیار اهمیت می‌دهد و رشد و پیشرفت آیین مذهبی سرزنش (گناه) و مراسم توبه و عفو را از جمله سازوکارهای کنترل ادغامی بزهکاران در جامعه می‌داند (بریث‌ویت، ۱۳۹۶، ۲۰۸-۲۰۹).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۲۲۲

۱. به طور مثال در آیات ۵۴ از سوره بقره، ۷۴ و ۱۱۹ سوره توبه، ۳، ۵۲، ۶۱ و ۹۰ سوره هود و آیات دیگری از قرآن کریم. بر توبه و بخشش توبه‌کاران از سوی خداوند تأکید شده است. مضافاً آنکه در آیات بسیاری از قرآن کریم بر استغفار و طلب بخشش نیز تأکید شده است.

به طور کلی می‌توان گفت که نظریه شرمساری باز پذیرکننده، فرهنگ‌هایی که مدل‌های پذیرش نقش تائب^۱ را می‌پذیرند فرهنگ موفق در زمینه شرمساری باز پذیرکننده می‌داند؛ زیرا که آیین مذهبی توبه، اعتراف، غسل تعمید و ... به عنوان مراسمی که از طریق آن گناهکار دوباره متولد می‌شود و از گناه‌های گذشته پاک می‌شود.

دوم: جهت‌گیری شارع مقدس در قرآن، همچنین اولیای دین در احادیث و روایات و سیره عملی آن‌ها، جملگی بر اصلاح بزهدکار از طریق غیر کیفری و غیر قضایی یا به تعبیر حقوق مدرن، کیفر زدایی و قضا زدایی است (ساریخانی و خاقانی اصفهانی، ۱۳۹۱، ۵۹) و این امر مستند به روایاتی است که مبتنی بر بزه‌پوشی از خطا و گناه است، همچون روایتی از پیامبر اسلام ﷺ که می‌فرمایند: «التوبة تجب ما قبلها» (طوسی، ۱۴۰۷، ۴۶۹/۵) و حکم تائب به‌سان کسی است که پاک و منزّه است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۲۴۹/۵). فقها نیز بیان کرده‌اند که «التوبة تجب ما قبلها من الکفر و المعاصی» (بجنوردی، ۱۴۰۱، ۴۷/۱-۱۱۷؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۲/۲۱).

سوم: توبه جلوه‌ای از نظارت شرعی و به‌ویژه نظارت خداوند بر انسان است. خداوند در آیه ۷۰ سوره فرقان می‌فرماید: ﴿إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَئِكَ يَبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ (فرقان/۷۰)؛ مگر کسی که توبه کند و ایمان آورد و عمل صالح انجام دهد که خداوند گناهان این گروه را به حسنات تبدیل می‌کند و خداوند آمرزنده و مهربان است.

از دیدگاه اسلامی، حیاء از خداوند بالاترین درجه حیاء است (انصاری، ۱۳۸۶ ق، ۲۱). خداوند در قرآن می‌فرماید: ﴿أَلَمْ يَعْلَم بِأَنَّ اللَّهَ يَرَى﴾ (علق/۱۴) و این نظارت، عالی‌ترین و فراگیرترین نظارت است؛ زیرا از دیدگاه قرآن، انسان هیچ‌گاه نمی‌تواند خطاهای خود را از خداوند پنهان کند.

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرمساری
۲۲۳

1. Repentant

۲/۳. عفو و صفح

یکی از تأکيدات فقهی به منظور پیشگیری از پیامدهای منفی برجسب مجرمانه عفو است. عفو در لغت به معنای از بین بردن چیزی است و در اصطلاح فقهی به معنای زایل کردن و دوری کردن از گناه است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۵۷۴). صفح نیز به معنای اغماض و نادیده گرفتن است (قرشی، ۱۴۱۲، ۱۳۱/۴). برخی از مفسرین صفح و عفو را به یک معنا تلقی نموده و آن‌ها را به معنای اغماض و چشم‌پوشی تفسیر کرده‌اند (طبرسی، بی‌تا، ۳۱۱/۱) و حال آنکه بنا بر تفسیری که برخی مفسرین داشته‌اند صفح بالاتر و والاتر از عفو است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۵۷۴). به تعبیر دیگر می‌توان گفت چون عفو، چشم‌پوشی و درگذشتن از مجازات کسی است که در حق انسان بدی کرده باشد و این گذشت ظاهری است اما صفح؛ عدم سرزنش زبانی آن شخص و فراموشی بدی‌های او و پاک کردن صفحه قلب از کینه به اوست (غفارزاده، ۱۳۹۳، ۱۹). و این مفهوم از صفح که نه تنها در مرحله عمل او را مجازات نکن بلکه حق سرزنش زبانی او را نیز نداری و حتی حق سرزنش قلبی و درونی را نیز نداری و باید به کلی بدی او را از صفحه وجود خود پاک کنی، گویا که او به تو بدی نکرده است، همان دوری از شرم و انگ مجرمانه‌ای است که در نظریه شرمساری باز پذیرکننده بر آن تأکید شده است

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳
۲۲۴

۳/۳. بزه پوشی

یکی دیگر از نهادهایی که در فقه اسلام باهدف بازاجتماعی شدن مجرمین و گناهکاران وجود دارد بزه پوشی است. این نهاد در جهت پرهیز از عوارض برجسب مجرمانه و اعطای فرصت به مجرمان برای بازگشت به زندگی شرافتمندانه اجتماعی استفاده می‌شود (میرخلیلی، ۱۳۹۹، ۲۷). بزه پوشی در واقع شیوه‌ای است که به موجب آن مقامات قضایی از تحقیق، تعقیب و ادامه دادرسی نسبت به یک جرم، منع شده و مرتکب و شهود نیز به عدم اقرار و شهادت تشویق می‌شوند (سلیمانی، ۱۳۹۷، ۶۱). مهم‌ترین اثر بزه پوشی در پیشگیری از انحراف ثانویه از طریق برجسب خوردن بزه‌کار است به گونه‌ای که برخی معتقدند بزه پوشی با جلوگیری از برجسب خوردن

بزهکار از تغییر تصور فرد از خود، تغییر تصور جامعه از فرد و خردانگاری بزه در نزد مرتکب و جامعه و در نتیجه از وقوع انحراف ثانویه پیشگیری می کند (جعفرپور صادق و عدالت جو، ۱۳۹۳، ۳۰). این موضوع در نظریه شرمساری باز پذیرکننده به شدت مورد تأکید قرار گرفته است؛ از دیدگاه نظریه شرمساری باز پذیرکننده عامل اصلی تکرار جرم در فرد بر چسب مجرمانه است، به گونه ای که وقتی شخص با برچسب منحرف انگ می خورد، برای وی این گونه تصور می شود که دیگران به وی به عنوان منحرف واکنش نشان داده و در نتیجه وی منزوی می شود و به سوی خرده فرهنگ هایی جذب می شود که از انحراف وی حمایت می کنند و در نتیجه هویت منحرف را درونی سازی و حس بی عدالتی را تجربه می کند و فقدان احترام به او ممکن است او را بیشتر به دنیای تبهکاران سوق دهد به واسطه آنکه به سختی موجب دستیابی به یک زندگی به طور مشروع و قانونی می شود؛ بنابراین، انحراف به یک سبک زندگی تبدیل می شود که تغییر دادن آن سخت است و به عنوان یک سبک زندگی قابل دفاع در چارچوب خرده فرهنگ منحرف منطقی و معقول به نظر می آید (بریثویت، ۱۳۹۶، ۴۵).

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرمساری
۲۲۵

بزه پوشی، مبانی مستحکمی در آموزه های اسلامی به ویژه قرآن کریم و سنت معصومین علیهم السلام دارد. خداوند در قرآن کریم به پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله سفارش کرده است که از خطای مردم درگذرد و از لغزش و خیانت ایشان صرف نظر کند (مانده / ۱۳). افزون بر این، به مردم سفارش کرده است که از تجسس، همز و لمز در امور دیگران و ایراد افترا و اتهام نسبت به یکدیگر بپرهیزند (حجرات / ۱۲). این توصیه های اخلاقی همواره در کلام معصومین علیهم السلام نیز به صراحت مورد اشاره قرار گرفته است. امام صادق علیه السلام در حدیثی می فرماید: «عدالت فرد را بر عیب پوشی و عفت نفس از حرام بشناسید و شناسایی وی به این اوصاف به وسیله اجتناب از معاصی کبیره ای است که خداوند متعال بیم کیفر آتش بر آنها داده است که تمام عیب های خویش را مستور کند تا بر مسلمین تجسس از لغزش ها و عیوب پنهان وی حرام شود و تزکیه شناساندنش به عدالت در میان مسلمین واجب گردد» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸۸/۱۸). همچنین حضرت علی علیه السلام در توصیه ای به محمد بن حنفیه بیان می کند که دوسوم از موجبات اصلاح جامعه را احسان و نیکوکاری و یک سوم آن را تغافل و

چشم‌پوشی از خطاها و لغزش‌های دیگران است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۰۲/۱۲). بعلاوه آنکه ایشان در سفارش‌های سیاسی خود به مالک اشتر او را از تجسس در امور مردم باز داشته است و همچنین به او سفارش می‌کند: اگر گناهی از آنان سر می‌زند آنان را ببخشای و بر آنان آسان گیر! آن‌گونه که دوست داری خدا تو را ببخشد (سید رضی، ۱۴۱۴، ۳۶۷-۳۶۸) و در ادامه بر وظیفه ستر عیوب مردم این‌گونه تأکید می‌کند: «مردم عیوبی دارند که رهبر امت در پنهان داشتن آن از همه سزاوارتر است؛ پس مبادا آنچه بر تو پنهان است، آشکار گردانی و آنچه هویدا است، پوشانی که داوری در آنچه از تو پنهان است، با خدای جهان است» (سید رضی، ۱۴۱۴، ۳۶۹)؛ بنابراین می‌توان گفت که این نهاد هم‌راستا با نظریه شرمساری بازپذیرکننده تلاش می‌کند تا با گذشت از خطای فرد و توصیه به توبه و پشیمانی راه را برای اصلاح فرد خاطی هموار کند.

۳/۴. اصلاح ذات‌البین و عدالت ترمیمی

از ابتدای شکل‌گیری نظریه شرمساری بازپذیرکننده، بریت‌ویت بر صلح و سازش اجتماعی و مشخصاً عدالت ترمیمی برای حل و فصل جرائم و اختلاف تأکید کرده است به‌گونه‌ای که می‌توان واضح‌ترین تلاش برای کاهش میزان وقوع جرم در نظریه شرمساری بازپذیرکننده را عدالت ترمیمی دانست (علی‌وردی‌نیا و حسنی، ۱۳۹۳، ۱۵). عدالت ترمیمی رویکرد جایگزین سیستم عدالت کیفری سنتی است و از طریق رویکردهایی همچون میانجی‌گری کیفری، نشست‌های گروهی-خانوادگی و حلقه‌های ترمیمی است (صباحی، ۱۳۹۴، ۵۴-۷۰). نظریه شرم بازپذیرکننده، شاهد و گواهی برای رویکردهای ترمیمی است که در آن به حمایت از مجرمین، تمرکز بر جرم و آثار آن به‌جای مجرمین می‌پردازد و هدف خود را جبران خسارت جرم به‌جای مجازات مجرمین می‌داند (Cullen & Wilcox, 2010, 113).

بریت‌ویت معتقد است که شرمساری از گذر برنامه‌های عدالت ترمیمی به جهت ماهیت گفتگو محوری آن از یک‌سو به کاهش حس انتقام و کینه در بزه‌دیدگان شده و از سوی دیگر در صورت موفقیت‌آمیز بودن جامعه‌پذیری بزهکار به کاهش میزان جرم در آینده منتج می‌گردد (حسنی، ۱۳۹۴، ۲۲۲). این موضوع در

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳
۲۲۶

برخی نهادهای صلح مدار حقوق اسلامی که برای هم بستگی اجتماعی و وفاق در جامعه تلاش می کنند، دیده می شود. اصلاح ذات البین به معنای آشتی دادن دو یا چند نفری که باهم کینه و دشمنی دارند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ۵۱۳/۱)، اصلاح ذات البین مستند به آیه شریفه ۱۱۴ از سوره نساء است که می فرماید: ﴿لَا خَيْرَ فِی کَثِیرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَیْنَ النَّاسِ﴾ (نساء/۱۱۴). مضاف بر آن، بر اساس روایاتی از پیامبر ﷺ آشتی بین مردم از نماز و روزه بالاتر است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۴۴۱/۱۸) و حتی در برخی از روایات اصلاح ذات البین فرعی از فروع نبوت است (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵، ۲۶۶/۱). هدف نهایی از اصلاح ذات البین آشتی و صلح میان افراد است؛ از این رو می توان اصلاح ذات البین را به عنوان نهادی معرفی نمود که بسیاری از مبانی و اصول عدالت ترمیمی را دارا است (نجفی ابرندآبادی و همکاران، ۱۳۸۷، ۲۰۹).

۵/۳. قاضی تحکیم

در فقه اسلامی نهادهایی وجود دارد که صرفاً به منظور صلح و برقراری آشتی و رفع منازعات و اختلافات از طریق مصالحه است و از جمله این نهادها در جامعه اسلامی قاضی تحکیم می باشد که در واقع نوعی نهاد صلح و سازش در اسلام است و تحکیم از ریشه حکمیت می آید و به معنای آن است که طرفین با یکدیگر حاضر به تراضی شده و صلح کنند (منتظری، بی تا، ۵۰۲/۲). قاضی تحکیم به شخصی گفته می شود که با رضایت طرفین برای قضاوت انتخاب گردیده و شرایط و صفات قاضی منصوب را داشته باشد (منتظری، ۱۴۰۹، ۴۳۴/۸). از منظر فقهی برخی از فقها مراجعه به قاضی تحکیم را در همه موارد جایز می دانند^۱ و بیان می کنند: «در این موارد تفاوتی نمی کند که قاضی تحکیم به اداره مال حکم کند یا به کیفر و عقوبت هایی از قبیل حبس، تأدیب، جریمه نقدی و غیره» (موسوی اردبیلی، ۱۳۶۵، ۱۷).

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرمساری
۲۲۷

۱. نکته لازم به ذکر آن است که برخی از فقها قضاوت تحکیمی در عصر غیبت را جایز ندانسته و تحقق آن را منوط به ظهور امام زمان دانسته اند (جهت مطالعه بیشتر؛ ر.ک. به: قماش، ۱۳۷۶).

نتیجه‌گیری

نظریه شرمساری بازپذیرکننده، نظریه‌ای تلفیقی و ترکیبی از چند نظریه جرم‌شناسی است که بیشترین تأکید را بر ساختارهای فرهنگی - اجتماعی برای مبارزه با جرم دارد، از این رو در این نظریه سازوکار (مکانیسم) های اجتماعی به‌عنوان مهم‌ترین ابزار کنترل اجتماعی محسوب شده است که می‌تواند به‌عنوان بستری برای مبارزه با جرم به کار گرفته شود. ظرفیت‌های اساسی که در آموزه‌های اسلامی برای کنترل اجتماعی جرم وجود دارد همچون نظارت الهی، رحمت الهی، تأکید بر وحدانیت الهی و تعاون و عصیبت به‌عنوان عامل وفاق اجتماعی و کرامت انسانی مهم‌ترین مبانی است که می‌توان بر اساس این نظریه در فقه اسلامی ذکر نمود.

نظام فقه‌جزایی و کیفری ترکیبی از شرمساری بازپذیرکننده و انگ زنده را در خود گنجانده است به گونه‌ای که در برخی موارد مانند تشهیر در جرائم حدی همچون قوادی، بر لزوم انگ زنی و برچسب مجرمانه تأکید دارد و در برخی موارد بر سازوکارهای شرمساری بازپذیرکننده همچون بزه‌پوشی در جرائم منافی عفت تأکید می‌کند. با این توضیح تفاوت مهمی که الگوی شرمساری در آموزه‌های اسلامی دارد تأکید بر جلوه معنوی شرمساری؛ یعنی شرم از نظارت خداوند، ملائکه و معصومین علیهم‌السلام است که در کنار شرم از خویشستن و جامعه سبب بازدارندگی علی‌حده از جرم و کج‌روی می‌گردد. علاوه بر این نهادهایی همچون بزه‌پوشی، عفو و صفح، توبه، قاضی تحکیم و اصلاح ذات‌البین نیز با توجه به دارا بودن ظرفیت‌های وفاق، هم‌بستگی اجتماعی و بازپذیری، از جمله نهادهای فقهی همسو با الگوی شرمساری در نظریه شرمساری بازپذیرکننده تلقی می‌گردند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۲۲۸

منابع

۱. ابن ابی‌جمهور، محمد بن علی. (۱۴۰۵ ق). *عوالی اللئالی العزیزیه*. قم: دار سید الشهداء للنشر.
۲. ابن خلدون، عبدالرحمان. (۱۳۸۸ ق). *مقدمه ابن خلدون*. ترجمه محمد پروین گنابادی، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.

۳. اسدی گویجی، علی اکبر، و شکوری، ابوالفضل (۱۳۹۱ق). عصیت ابن خلدون و سرمایه اجتماعی؛ تحلیلی بر ثبات سیاسی. نشریه پژوهش سیاست نظری، ۱۱(۲۶)، ۳۷-۶۲.
۴. انصاری، عبدالله بن محمد. (۱۳۸۶ق). منازل السائرین. چاپ دوم، بی جا: انتشارات موسسه چاپ و نشر مصطفی البابی و پسران.
۵. بجنوردی، سید محمد. (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه. چاپ سوم، تهران: انتشارات موسسه عروج.
۶. بریث ویت، جان. (۱۳۹۶). جرم، شرمساری و بازپذیرندگی. ترجمه رحمان صبحی و همکاران، بی جا: انتشارات مجد.
۷. پسندیده، عباس. (۱۳۸۵). پژوهشی در فرهنگ حیا. چاپ پنجم، قم: دارالحدیث.
۸. پسندیده، عباس. (۱۳۸۶). غنچه‌های شرم (نگاهی نو به مفهوم حیا). قم: موسسه علمی - فرهنگی دارالحدیث.
۹. تیممی آمدی، عبدالواحد. (۱۳۸۵). غرر الحکم و درر الکلم. چاپ دوم، قم: دارالحدیث.
۱۰. جمعی از پژوهشگران. (۱۳۹۴). فرهنگ‌نامه علوم قرآنی. بی جا: انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۱. جمعی از نویسندگان. (بی تا). دانشنامه امام‌هادی علیه السلام. بی جا: انتشارات پایگاه تخصصی عاشورا.
۱۲. حرّ عاملی، محمد. (۱۴۰۹ق). وسایل الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
۱۳. حسنی، محمدرضا. (۱۳۹۴). شرمساری بازپذیرکننده و بزهکاری؛ تحلیل جامعه‌شناختی نظریه شرمساری بازپذیرکننده «بریث ویت» در بستر خانواده. رساله دکتری دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه مازندران. رشته بررسی مسائل اجتماعی ایران؛ به راهنمایی دکتر اکبر علیوردی نیا.
۱۴. حسینی، سید علی (۱۳۷۲). «توبه و جایگاه بلند آن در عرفان». نشریه معرفت، ۶(۱)، ۲۷-۲۳.
۱۵. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغت‌نامه دهخدا. تهران: نشر گلستان
۱۶. الرازی، فخرالدین محمد. (بی تا). تفسیر الفخر الرازی. بی جا: انتشارات دارالفکر.
۱۷. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. مصحح صفوان عدنان داودی، لبنان: انتشارات دار العلم - الدار الشامیه.
۱۸. رحیمی نژاد، اسماعیل. (۱۳۸۷). کرامت انسانی در حقوق کیفری. بی جا: انتشارات میزان.
۱۹. ساریخانی، عادل، و خاقانی اصفهانی، مهدی (۱۳۹۱). «نقد عدالت کیفری ترمیمی در گفتمان جرم‌شناسی غربی از منظر سیاست جنایی قرآن کریم». پژوهش‌های زبان‌شناختی قرآن، ۱(۱)، ۴۹-۶۴.

بازگشت مجرمان به
جامعه در پرتو مکانیسم
فقهی شرمساری
۲۲۹

۲۰. سید رضی، محمد. (۱۴۱۴ ق). **نهج البلاغه**. قم: مؤسسه نهج البلاغه.
۲۱. سیوطی، عبدالرحمن. (بی تا). **الجامع الصغیر**. بیروت: انتشارات دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۲۲. شجاعی، محمد صادق. (بی تا). **در آمدی بر روانشناسی تنظیم رفتار بارویکرد اسلامی**. بی جا: انتشارات موسسه فرهنگی دارالحدیث.
۲۳. شوشتری، سید محمد حسن. (۱۴۲۹ ق). **دیدگاه‌های نودر حقوق**، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۲۴. صبوچی، رحمان. (۱۳۹۴ ش). **عدالت ترمیمی در نظام کیفری موضوعه ایران**. بی جا: انتشارات میزان.
۲۵. صدوق، محمد بن علی. (۱۳۹۴ ش). **التوحید**. چاپ سوم، اصفهان: انتشارات مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه.
۲۶. طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۴۱۷ ق). **تفسیر المیزان**. چاپ پنجم، قم: انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۷. طبرسی، فضل بن الحسن. (بی تا). **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**. ترجمه محمد بیستونی، مشهد مقدس: انتشارات آستان قدس رضوی.
۲۸. طریحی، فخر الدین. (۱۴۱۶ ق). **مجمع البحرین**. چاپ سوم، تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
۲۹. طوسی، ابو جعفر. (۱۴۰۷ ق). **الخلافا**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ ق). **تحریر الأحکام الشرعیة**. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۱. علی‌وردی نیا، اکبر، و حسنی، محمد رضا (۱۳۹۳). **شرمساری باز پذیر کننده به مثابه راهبرد فرهنگی در کنترل جرم**. **نشریه راهبرد اجتماعی فرهنگی**، شماره ۱۰، ۷-۳۸.
۳۲. عمید، حسن. (۱۳۸۹ ش). **فرهنگ فارسی عمید**. تهران: انتشارات رهیاب نوین هور.
۳۳. غفارزاده، علی (۱۳۹۳). **بررسی تفسیری آیات عفو و صفح از اهل کتاب**. **فصلنامه مطالعات تفسیری**، ۵ (۱۷)، ۷-۳۰.
۳۴. فراهیدی، خلیل. (۱۴۰۰ ق). **کتاب العین**. چاپ دوم، قم: هجرت.
۳۵. قاسمی مقدم، حسن، و جواد قاسمی مقدم (۱۳۹۸). **الگوی شرمسارکردن بزهکاران در سوره یوسف علیه السلام**. **نشریه قرآن، فقه و حقوق اسلامی**، ۵ (۱۰)، ۷-۳۲.
۳۶. قرشی، سید علی اکبر. (۱۴۱۲ ق). **قاموس قرآن**. چاپ ششم، تهران: انتشارات دارالکتب اسلامی.
۳۷. قماش، سعید (۱۳۷۶). **قاضی تحکیم یا سیاست خصوصی سازی قضاوت**. **نشریه فقه اهل بیت**، شماره ۱۰، ۲۳۹-۲۰۳.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ ق). **الکافی**. قم: انتشارات دارالکتب الإسلامية

جستارهای فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۲۳۰

۳۹. مازندرانی، محمد صالح. (۱۳۸۲ ق.). **شرح الکافی**. تهران: المكتبة الإسلامية.
۴۰. متقی الهندی. (۱۴۰۱ ق.). **کنز العمال**. بی‌جا: انتشارات مؤسسة الرسالة.
۴۱. مجلسی دوم، محمدباقر. (۱۴۰۳ ق.). **بحار الانوار**. چاپ دوم، بی‌جا: مؤسسة الوفاء.
۴۲. مجلسی اول، محمدتقی. (۱۴۰۶ ق.). **روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه**. چاپ دوم، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.
۴۳. مجلسی دوم، محمدباقر. (۱۴۰۴ ق.). **مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول**. چاپ دوم، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۴۴. منتظری، حسین علی. (۱۴۰۹ ق.). **مبانی فقهی حکومت اسلامی**. ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم: مؤسسه کیهان.
۴۵. منتظری، حسین علی. (بی‌تا). **رساله استفتاءات**. قم: بی‌نا.
۴۶. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۶۵). **قاضی تحکیم در نظام قضایی اسلام**. فصلنامه حق، ۸(۵)، ۱۴-۲۶.
۴۷. میرخلیلی، سید محمود (۱۳۹۹). **بزه پوشی در سیاست کیفری اسلام با تأکید بر آموزه‌های قرآنی**. **نشریه قرآن، فقه و حقوق اسلامی**، ۷(۱۳)، ۲۷-۵۴.
۴۸. میرسلیم، سید مصطفی. (۱۳۷۵). **دانشنامه جهان اسلام**. چاپ دوم، بی‌جا: انتشارات بنیاد دایره المعارف اسلامی.
۴۹. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و همکاران (۱۳۸۷). **اصلاح ذات‌البین و نظریه عدالت ترمیمی**. **نشریه مدرس علوم انسانی**، شماره ۵۸، ۲۲۰-۱۹۳.
۵۰. نراقی، احمد. (۱۳۷۷ ق.). **معراج السعاده**. تهران: انتشارات دهقان.
۵۱. نقی زاده، محمد، و محتشم امیری سعیده (۱۳۹۴). **عصیبت؛ مولفه‌ای اصلی در ایجاد حسّ تعلق و مطلوبیّت فضای زیستی از دیدگاه ابن خلدون**. **نشریه مطالعات شهر ایرانی اسلامی**، شماره ۱۹، ۶۵-۷۵.
۵۲. وایت، راب و فیونا هینز. (۱۳۹۰). **جرم و جرم‌شناسی**. ترجمه علی سلیمی، چاپ چهارم، قم: پژوهشکده حوزه و دانشگاه.
۵۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود و جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۶ ق.). **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)**. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۵۴. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۲۳ ق.). **موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)**. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

55. Cullen, Francis T & Pamela Wilcox (2010), *Encyclopedia of criminological theory*, first edited, pub: SAGE Publications

References

1. al-Iḥsā'ī, Ibn Abī Jumhūr. 1984/1405. *'Awāli al-Li'ālī al-'Azīzyya*. Qum: Dar Sayyid al-Shuhadā' li al-Nashr.
2. ibn Khaldūn, Abū Zayd 'Abd al-Raḥman ibn Muḥammad ibn Khaldūn. 2009/1388. *Muqadimah Ibn Khaldūn*. Translated by Muḥammad Parwīn Gunābādī. 12th. Tehran: Intishārāt 'Ilmī wa Farhangī.
3. Asadī Guwayjī, 'Alī Akbar & Shakūrī, Abulfaḍl. 2012/1391. *'Aṣabīyat-i Ibn Khaldūn wa Sarmāyi-hi Ijtīmā'ī: Taḥlīlī ba Thubāt-i Sīyāsī*. Nashrī-yi Pazhūhish-i Sīyāsāt-i Nazārī, Spring & Summer, No. 11.
4. Al-Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad ibn Mufaḍḍal. 1991/1412. *Mufradat Alfāz al-Qur'ān*. Beirut: Dār al-'Ilm- Dār al-Shāmīyah.
5. al-Majlisī, Muḥammad Taqī (al-Majlisī al-Awwal). 1983/1404. *Mir'āt al-'Uqūl*. Volume 8. 2nd. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
6. al-Majlisī, Muḥammad Taqī (al-Majlisī al-Awwal). 1985/1406. *Rawḍat al-Muttaqīn fī Sharḥ Man Lā Yaḥḍarūh al-Faqīh*. 2nd. Qom: Bunyād-i Farhang-i Islāmī-yi Kūshanpūr.
7. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-'Allama al-Majlisī). 1990/1410. *Bihār al-Anwār al-Jāmi'a li Durar Akhbār al-'Imma al-Aṭḥār*. Beirut: Mu'asassat al-Ṭab' wa al-Nashr.
8. Anṣārī, 'Abullāh ibn Muḥammad. 1965/1386. *Manāzil al-Sā'irīn*. 2nd. Tehran: Intishārāt Mu'assisih-yi Chāp wa Nashr Muṣṭafā al-Bābī wa Pīsarān.
9. Al-Bujnurdī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. 1980/1401. *Qavā'id-i Fiqhīyī*. Tehran: Intishārāt Mu'assisih-yi 'Urūj.
10. Braithwaite, John. 2017/1396. *Jurm-i Sharmsārī wa Bāzpažīrandīgī*. Translated by Raḥmān Ṣabūḥī and his Colleagues. Tehran: Intishārāt Majd.
11. No Name. 1936/1315. *Ḥayā' Chīst?* Faṣlnāmih-yi Mīhr, 4, 5.
12. Pasandīdīh, 'Abbās. 2006/1385. *Pazhūhish-i dar Farhang-i Ḥayā'*. 5th. Qom: Dār al-Ḥadīth.
13. Pasandīdīh, 'Abbās. 2007/1386. *Ghunchih-hāyi Sharm (Nigāhī Naw bih Maḥfūm-i Ḥayā'*. 1st. Qom: Mu'assisih-yi 'Ilmī-farhangī Dār al-Ḥadīth.
14. Al-Tamīmī al-Āmidī, 'Abd al-Wāhid ibn Muḥammad. 2006/1385. *Ghurarr al-Ḥikam wa Durarr al-Kalim*. 2nd. Qom: Dār al-Ḥadīth.
15. A Group of Researchers. 2015/1394. *Farhangnāmih-yi 'Ulūm-i Qur'ānī*. 1st. Intishārāt-i Pazhūhishgāh-i 'Ulūm wa Farhang-i Islāmī.
16. A Group of Writers. n.d. *Dānishnāmih-yi Imām al-Hādī ('A)*. Intishārāt-i Pāyigāh-i Takhaṣuṣī-yi Āshūrā.
17. Ḥasanī, Muḥammad Riḍā. 2015/1394. *Sharmsārī-yi Bāz Pazīr Kunandih wa Bizihkāri; Taḥlīl-i Jāmi'ih Shinākhtī-yi Nazārī-yih Sharmsārī Baz Pazīr Kunandih dar Baṣṭar-i Khāniwādih*. Doctoral dissertation in the field of studying social issues of Iran under the guidance of Dr. Akbar 'Alīwirdīnīyā, Faculty of Humanities and Social Sciences, Mazandaran University.

18. Ḥusaynī, Sayyid ‘Alī. 1993/1372. *Tawbih wa Jāyigāh-i Buland-i Ān dar ‘Irfān*. Nashrī-yih Ma‘rifāt, No. 6.
19. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-‘Allāma al-Ḥillī). 1999/1420. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar‘īyya ‘alā Maḍḥhab al-Imāmīyya*. Qom: Mu’assasat al-Imām al-Sādiq.
20. Dehkhudā, ‘Alī Akbar. 1998/1377. *Lughat Nāmi-yi Dihkhudā*. 19th. Tehran: Nashr-i Gulīstan.
21. Al-Rāzī al-Ṭabariṣtānī, Fakhr al-Dīn. n.d. *Al-Tafsīr al-Kabīr*. Beirut: Dār al-Fikr.
22. Raḥīmī Nizhād, Ismā‘īl. 2008/1387. *Kirāmat-i Insānī dar Ḥuqūq-i Kayfarī*. 1st. Intishārāt Mīzān.
23. Sārīkhānī, ‘Ādil; Khāqānī Iṣfihānī, Mahdī. 2012/1391. *Naqd-i ‘Idālat-i Kayfarī-yi Tarmīmī dar Guftimān-i Jurm Shināsī-yi Gharbī az Manzar-i Sīyasat-i Jināyī-yi Qur‘ān-i Karīm*. Pazhūhish-hāyi Zabān Shinākhtī-yi Qur‘ān. Spring and Summer, 1,1.
24. Al-Sīyūfī, ‘Abd al-Raḥmān ibn Abī Bakr. n.d. *al-Jāmi‘ al-Ṣaghīr min Aḥādīth al-Bashīr al-Nadhīr*. 2nd. Dār al-Fikr lil Ṭībā‘at wa al-Nashr wa al-Tawzī‘.
25. Al-Sharīf al-Raḍī, Muḥammad ibn Ḥusayn ibn Mūsā. 1993/1414. *Nahj al-Balāghah*. Qom: Dār al-Hijrat.
26. Research Group under the supervision of, al-Sayyid Maḥmūd al-Hāshimī al-Shāhrūdī. 2005/1426. *Farhan-i Fiqh-i Muṭābiq-i Maḍḥhab-i Ahl al-Bayt (‘A)*. Mu’assasat Dā‘irat al-Ma‘ārif al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍḥhab Ahl al-Bayt.
27. Shujā‘ī, Muḥammad Ṣādiq. n.d. *Dar Āmadī bar Rawānshināsī-yi Tanzīm-i Raftar bā Rūkard-i Islāmī*. Volume 1. Intishārāt Mu‘asissih-yi Farhnagī-yi Dār al-Ḥadīth.
28. Shūsharī, Sayyid Muḥammad Ḥasan Mar‘ashī. 2008/1429. *Dīdgāh-hāyi Naw dar Huqūq*. 2nd. Volume 2. Tehran: Nashr Mīzān.
29. Ṣabūḥī, Raḥmān. 2015/1394. *‘Idālat Tarmīmī dar Nizām-i Kayfarī-yi Mawḍū‘ih-yi Īrān*. Nashr Mīzān.
30. Ibn Bābiwayh al-Qommī, Muḥammad Ibn ‘Alī (al-Shaykh al-Ṣadūq). 2015/1394. *Al-Tawḥīd*. 3rd. Intishārāt-i Markaz-i Taḥqīqāt-i Rāyānih-yī Qā‘imīyi Iṣfahān.
31. al-Ṭabāṭabā‘ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-‘Allāma al-Ṭabāṭabā‘ī). 1996/1417. *al-Mīzān fī Tafsīr al-Qur‘ān*. Volume 9. 5th. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
32. Al-Ṭabarsī, Abū ‘Alī Faḍl ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭabarsī). n.d. *Majma‘ al-Bayān fī Tafsīr al-Qur‘ān*. Translated by Muḥammad Bīstūnī. Volume 1. Mashhad: Intishārāt Āstān-i Quds-i Razawī.
33. al-Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn. 2005/1426. *Majma‘ al-Baḥrayn*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyya li Iḥyā‘ al-Āthār al-Ja‘farīyya.
34. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Al-Khilāf*. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā‘at al-Mudarrisīn.
35. al-Ḥurr al-‘Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1988/1409. *Tafṣīl Wasā‘il al-Shī‘a ilā Taḥṣīl al-Masā‘il al-Sharī‘a*. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt li Iḥyā‘ a-lturāth.

36. 'Alīwirdī Nīyā, Aḥmad and his Colleagues. 2014/1393. *Dilālat-hāyi Sīyasī-yi Nazarīyih Braithwaite dar Mujāzāt-i Majrimīn*. Pazhūhish Nāmih-i Nazm wa Amnīyat-i Intizāmī, 26.
37. 'Alīwirdī Nīyā, Akbar; Ḥasanī Muḥammad Riḍā. 2014/1393. *Sharmsārī-yi Bāzpażīr Kunandih Rāhburdī Farhangī dar Kunturul-i Jurm*. Nashrī-yih Rāhburdī Ijtimā'ī Farhangī, No. 10.
38. 'Amīd, Ḥasan. 2010/1389. *Farhang-i Fārsī-yi 'Amīd*. Tehran: Intishārāt-i Rāh-i Rushd.
39. GhaffārZādih, 'Alī. 2014/1393. *Barrasī-yi Tafsīrī-yi Āyāt-i 'Afw wa Ṣafḥ az Ahl-i Kitāb*. Faṣlnāmih-yi Muṭālī'āt Tafsīrī.
40. Al-Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. 1989/1410. *Kitāb al-'Ayn*. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
41. Qāsīmī Moqadam, Ḥasan; Qāsīmī Moqadam, Jawād. 2019/1398. *Ulgū-yi Sharmsār Kardan-i Bizihkārān dar Sūrih-yi Yūsuf ('A)*.
42. Al-Qurshī, Sayyid 'Alī Akbar. 1991/1412. *Qāmūs Qur'an*. 6th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
43. Qumāshī, Sa'īd. 1997/1376. *Qāḍī-yi Tahkīm yā Sīyāsāt-i Khusūṣī Sāzī-yi Qiḍāwat*. Nashrīyih Fiqh Ahl al-Bayt., No. 10.
44. al-Kulaynī al-Rāzī, Muḥammad Ibn Ya'qūb (al-Shaykh al-Kulaynī). 1987/1407. *Uṣūl al-Kāfī*. Edited by 'Alī Akbar Ghaffārī and Muḥammad Ākhundī. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
45. Al-Māzandarānī, Muḥammad Ṣāliḥ ibn Aḥmad. 1951/1382. *Sharḥ al-Kāfī*. Tehran: al-Maktabat al-Islāmīyah.
46. Muttaqī Hindī, 'Alā' al-Dīn 'Alī ibn Ḥisām al-Dīn. 1980/1401. *Kanz al-'Ummal fī Sunnan al-Aqwāl wa al-Af'āl*. 5th. Beirut: Mu'assasat al-Risālah.
47. al-Majlisī, Muḥammad Bāqir (al-'Allama al-Majlisī). 1982/1403. *Biḥār al-Anwār al-Jāmi'a li Durar Akhbār al-'Imma al-Aṭḥār*. Volume 78. 2nd. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
48. Miṣbāḥ Yazdī, Muḥammad Taqī. 2009/1388. *Akhlākh dar Qur'an*. Qom: Imam Khomeini Education and Research Institute (RA).
49. al-Makārim al-Shīrāzī, Nāṣir. 1974/1352. *Tafsīr-i Namūnah*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmī.
50. Al-Mūsawī al-Ardabīlī, Sayyid 'Abul al-Karīm. 1986/1365. *Qāḍī-yi Tahkīm*. Faṣlnāmih-yi Ḥaqq., Winter, No. 8.
51. Mīr Khalīlī, Sayyid Maḥmūd. 2020/1399. *Bizih Pūshī dar Sīyāsāt-i Keyfarī-yi Islām bā Ta'kid ba Āzmūnhā-yi Qur'anī*. Nashrīyih-yi Qur'an, Fiqh wa Ḥuqūq-i Islāmī. Autumn and winter, 7, 11.
52. Mīr Salīm, Sayyid Muṣṭafā. 1996/1375. *Dānishnāmih-yi Jahān-i Islām*. 2nd. Intishārāt-i Bunyād-i Dā'irat al-Ma'ārif-i Islāmī.
53. Najaf Ābādī Muntazirī, Ḥusayn 'Alī. 1988/1409. *Mabānī-yi Fiqhī-yi Ḥukūmat-i*

- Islāmī*. Translated by Maḥmūd Ṣalawātī & Abulfāḍl Shakūrī. Volume 8. Qom: Mu'asissih-yi Keyhān.
54. Najaf Ābādī Muntazirī, Ḥusayn 'Alī. n.d. *Risālat Istīftū'āt*. 2nd. Qom.
 55. Najafī Abarandābādī, 'Alī Ḥusayn and his Colleagues. *Iṣlāḥ Dhāt al-Bayn wa Nazārīyah 'Idālat-i Tarmīmī*. Nashrīyah-yi Mudarris-i 'Ulūm-i Insānī, No. 58.
 56. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1998/1377. *Mi'rāj al-Sa'ādah*. 3rd. Tehran: Intishārāt Dihqān.
 57. Naqī Zādih, Muḥammad; Muḥtasham Amūrī. 2015/1394. *'Aṣabīyat; Mu'alifih-yi Aṣlī dar Ījād-i Ḥiss-i Ta'alluq wa Maṭlūbīyat-i Faḍā-yi Zisṭī az Dīdgāh-i Ibn Khaldūn*. Nashrīyah-yi Muṭālī'āt Shahr-i Īrānī Islāmī, No. 19.
 58. White, Robb; Haines, Fiona. 2011/1390. *Jurm wa Jurm Shināsī*. Translated by 'Alī Salīmī. 4th. Qom: Pazhūhishkadīh-yi Ḥawzih wa Dānīshgāh.
 59. al-Hāshimī al-Shāhrūdī, al-Sayyid Maḥmūd. 2002/1423. *Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍḥhab Ahl al-Bayt ('A)*. Volume 1. Mu'asissat Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Maḍḥhab Ahl al-Bayt ('A).
 60. Hāshimī Rafsanjānī, Akbar and some other researchers. n.d. *Farḥnag-i Qir'ān*.
 61. Akers, Ronald L. (1990), Reintegrative Shaming: A New General Theory of Crime? *Contemporary Sociology*, Vol. 19, No. 5.
 62. Best, Joel (1990): Crime, Shame And Reintegration by John Braithwaite Review, *Best Social Forces*, Vol. 69, No. 1, p.318.
 63. Braithwaite, John and Stephen Mugford(1994), Condition of Successful reintegration Ceremonies Dealing with Juvenile Offenders, *Brit.J. criminal. VOL.34 NO. 2* .
 64. Braithwaite, John and Toni Makkai (1994), reintegrative shaming and Compliance with regulatory standards, *Journal Article published in Criminology* volume, 32 issue.
 65. Cullen, Francis T & Pamela Wilcox (2010), *Encyclopedia of criminological theory*, first edited, pub: SAGE Publications.
 66. Cullen, Francis T & Robert Agnew (2011), *Criminological Theory Past to Present*, Oxford University Press.
 67. Jean Bennett, Katherine(1996), A Family Model of Shaming and Delinquency. A Partial Test of Braithwaite's Reintegrative Shaming Theory, A Dissertation The Faculty of the College of Criminal Justice Sam Houston State University.
 68. Harris, Nathan & (eds) (2004), *Emotional Dynamics in Restorative Conferences*, *Theoretical Criminology*, vol. 8.
 69. Hendrix, Gina Marie (2004), a test of reintegrative shaming theory's concepts of interdependence and expressed shame in restorative justice conferencing, a thesis Submitted to In partial fulfillment of the requirements for the degree of master of science, Michigan State University.
 70. Isenberg, Arnold (1949), *Natural Pride and Natural Shame*, *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 10, No. 1.
 71. Miller, Noah Patrick (2009), *Community Tolerance of Community-Based Reparative*

Boards in Vermont: A Closer Look at Community Members Tolerance of Offense Types, dissertation M.A, Faculty of the Graduate School of the University of Maryland.

72. Schaible, Lonnie M. & Lorine A. Hughes (2011), Crime, Shame, Reintegration, And Cross- National Homicide: A Partial Test of Reintegrative Shaming Theory, The Sociological Quarterly, vol. 52.
73. Watts, Rob(1996) John Braithwaite and Crime, Shame and Reintegration: Some Reflections on Theory and Criminology, Journal of Criminology, volume,29issue,2on.

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.10, No.34
Spring 2024

236



فصلية بحوث فقهية وأصولية المحكمة
السنة العاشرة، الرقم المسلسل الرابع والثلاثون؛ ربيع ١٤٠٣ شمسي - ١٤٤٦ قمري
ISSN: 2476-7565 ; EISSN: 2538-3361

مكتب الإعلام الإسلامي حوزة قم العلمية فرع خراسان رضوي
(مركز الآخوند الخراساني التخصصي)

المدير المسؤول: مجتبی إلهي الخراساني

رئيس التحرير: حسين ناصري مقدم

سكرتير التحرير والتنفيدي: السيد مصطفى إختراعي الطوسي

أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الهجاء):

مجتبی إلهي الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة خراسان العلمية وأستاذ المساعد بمركز الآخوند الخراساني التخصصي)
جواد أحمد البهادلي (أستاذ في الحوزة العلمية في النجف الاشرف وأستاذاً للشرعة الإسلامية، الدراسات الفقهية والأصولية، في جامعة الكوفة)

السيد فاضل الحسيني الميلاني (مدرس العلوم الإسلامية في المركز الإسلامي بمانجلا)

أبو القاسم علي دوست (أستاذ البحث الخارج وأستاذ بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي)

أحمد مبلغني (أستاذ البحث الخارج وأستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية)

السيد مصطفى محقق داماد (أستاذ البحث الخارج في حوزة قم العلمية وأستاذ في جامعة الشهيد بهشتي في طهران)

مهدي مهر يزي (أستاذ المشارك بجامعة آزاد الإسلامية)

حسين ناصري مقدم (أستاذ في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

إستناداً إلى ترخيص رقم ٣٣٧ بتاريخ ٢٨ / ٠١ / ١٣٩٨ شمسي من قبل مجلس إعطاء الرخص والمنح العلمية للمنشورات والدوريات الحوزوية، تم تمديد صلاحية فصلية بحوث فقهية وأصولية التي نالت مؤخراً على مرتبة العلمية المحكمة

مشهد المقدسة، تقاطع خسروي، زاوية شارع آيت الله واعظ طبسي، مكتب الإعلام الإسلامي فرع خراسان رضوي
الطابق الأول، مركز الآخوند الخراساني التخصصي، قسم شؤون المجالات

تقييم المنشورات العلمية حول نظرة الإمام الخميني عليه السلام في حجية سيرة العقلاء^١

أمين عظيمي^٢
سهراب مقدمي شهيداني^٣

ملخص

لا شك أن الإمام الخميني عليه السلام كان رائدًا في استخدام سيرة العقلاء كأحد العناصر الأساسية التي تُطوّر علم الفقه. لكن على الرغم من وجود الدراسات التي تناولت آراء الإمام الخميني عليه السلام الأصولية في هذه المسألة، إلا أنها خلصت إلى تفسيرات مختلفة. ويهدف هذا المقال إلى نقد وتحليل التفسيرات والتحليلات المقدمة، خاصة في منشورات مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني عليه السلام، وذلك في ركنين أساسيين: نوع الحجية ونطاق الحجية. يهدف هذا البحث إلى تقديم تبين جديد لرأي الإمام الخميني عليه السلام حول المجالين المذكورين في سيرة العقلاء، والذي يكون مصوّن من أي تفسير خارجي أو انتقائي. وقد تمّ استخدام بحث مكتبي لتحقيق ذلك

تشير نتائج هذه المقالة، التي اتبعت منهجًا وصفيًا تحليليًا، إلى ما يلي:

أولاً: فيما يتعلق بقضية البحث عن الحجية، إن للأمارات العقلانية حجية ذاتية،

بحوث فقهية وأصولية
السنة العاشرة
الرقم المسلسل الرابع والثلاثون
ربيع ١٤٠٣ شمسي: ١٤٤٦ قمري
٢٣٨

١. تاريخ الوصول: ١٤٤٤/١٠/٢٨ هـ.ق. تاريخ القبول: ١٤٤٥/٠٨/٢٣ هـ.ق.

٢. بكالوريوس من مؤسسة الإمام الخميني في قم. (الكاتب المسؤول)

٣. مدرس في حوزة قم العلمية ودكتوراه من جامعة المعارف الإسلامية بقم المقدسة.

بينما تحتاج السير غير الواقعية إلى حجية إمضائية، خلافاً للدراسات الأخرى حيث اختارت كل منها حجية ذاتية أو حجية إمضائية.

ثانياً: يرى الإمام الخميني عليه السلام أن حجية السير المستحدثة تخضع لشروط خاصة يصعب تحقيقها. وعليه، فإنَّ إسناده مطلق حجية هذه السير إلى الإمام الخميني عليه السلام أمر غير صحيح.

الكلمات المفتاحية: سيرة العقلاء، الإمام الخميني، حجية سيرة العقلاء، منشورات مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني.

ملخص

٢٣٩

أصالة العرف في موضوعات الأحكام الفقهية: منهج لاستنباط المسائل المستحدثة^١

محمد علي خادمي كوشا^٢
محمد حسين ملاميرزايي^٣
اكبر نجم^٤

ملخص

قد نجد اليوم مصاديق لعناوين موضوعات الأحكام الشرعية لا تمتلك نفس الخصائص العرفية لتلك المصاديق، كما هو الحال مع الدرهم والدينار القديمين في عصرنا الحالي. وفي المقابل، قد يحدث العكس أيضاً، حيث نجد سُكُوكاً تمتلك الخصائص العرفية للدرهم والدينار، لكنها لا تُعتبر مصاديقاً لتلك العناوين. ففي الاستنباط الفقهي لمثل هذه الحالات، هل الملاك في الحكم هو صدق عناوين الموضوعات وفق قاعدة "تبعية الأحكام للعناوين"، أم ماهيتها العرفية؟ إنَّ الإجابة على هذا السؤال قد تُفتح آفاقاً جديدة في مجال الاستنباط الفقهي للقضايا المستحدثة.

يؤكد هذا المقال على ضرورة الالتفات إلى الماهية العرفية قبل معانيها اللغوية عند

بحوثُ فقهيةٌ واصليةٌ
السنة العاشرة
الرقم المسلسل الرابع والثلاثون
ربيع ١٤٠٣ شمسي: ١٤٤٦ قمري
٢٤٠

١. تاريخ الوصول: ١٤٤٤/٠٦/٠٢ هـ.ق؛ تاريخ القبول: ١٤٤٤/٠٩/٠٤ هـ.ق.

٢. أستاذ مساعد ومدير قسم المعارف التابعة بالفقه بمعهد البحوث الفقهية والقانونية التابع للمعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية في قم. (الكاتب المسؤول)

٣. خريج السطح الرابع من حوزة قم العلمية.

٤. طلبة الحوزة العلمية وأستاذ السطوح العليا في حوزة قم العلمية.

استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة اللفظية. فالأصل هو اعتبار ماهية العرفية لهذه العناوين، والتي يجب الفحص عنها من خلال القرائن العرفية، وفي حال اليأس عن معرفة الماهية العرفية، يُمكن الرجوع إلى المعنى اللغوي للألفاظ. يعدّ أصل الماهية العرفية، الذي يشكّل الابتكار الرئيسي لهذا المقال، أداةً فعّالةً لوجوه ثلاثة:

أولاً: يُعيق التمسك بالمعنى اللغوي قبل فحص الماهية العرفية. وثانياً: يُمثّل معياراً لتحديد إرادة الماهية العرفية في حال الشكّ بين إرادة المعنى اللغوي والماهية العرفية، وثالثاً: يشكّل ضابطاً لقياس مدى تطبيق قاعدة "تبعية الأحكام للعناوين". تتجلى أهمية اعتبار أصل الماهية العرفية في استنباط الحكم للمسائل المستحدثة في تلك الحالات التي يفقد موضوعها الصديق العنواني، بينما يملك الماهية العرفية لموضوعات الأحكام.

على سبيل المثال، إذا كان ماهية الدرهم والدينار العرفية قابلة للإرادة في الأحكام الشرعية، فإن النقود والعملات الحالية التي لها ماهية الدرهم والدينار من وجهة نظر عرفية ستخضع لأحكام الدرهم والدينار.

بالمقابل، لا يمكن تطبيق الحكم السابق على الموضوعات التي تحمل اليوم صديق عناوين، بينما لا تملك ماهيتها العرفية السابقة، مثل الدرهم والدينار في العصر الحالي. ٢٤١

الكلمات المفتاحية: موضوع الحكم، الماهية العرفية، المسائل المستحدثة، قاعدة التبعية، الصديق العنواني.

الحفاظ على التراث الثقافي المادي غير الإسلامي من منظور الفقه الإمامي^١

مجتبى عرفانيان مقبلي^٢
مجتبى إلهي الخراساني^٣

ملخص

يُشكل جزء من التراث الثقافي الملموس في تاريخ إيران والدول الإسلامية الأخرى، نتاجاً لثقافة غير إسلامية وأحياناً في تناقض مع التعاليم الإسلامية، مثل: معبد جغازنبيل (مقام إلهة العيلاميين)، تمثال إلهة الخصوبة ونوس، تمثال بوذا (الأصنام) والأكواب الذهبية الأخمينية (ريتونات)

لذلك فإن الحفاظ على هذا التراث بشكل صحيح أصبح موضع تساؤل من قبل الفقهاء الإسلاميين، وبعض الفرق والتيارات المتطرفة في الدول الإسلامية تطالب بعدم الحفاظ عليه، مستدلين فيه بأدلة مثل حرمة الإضلال، ونشر المعتقدات الباطلة، والتعاون على الإثم والعدوان، كما يطالبون بعدم الاهتمام لهذا التراث، بل يحاولون اتخاذ إجراءات عملية لتدميره.

يهدف هذا البحث، باستخدام المنهج الوصفي التحليلي، إلى دراسة وتحليل أدلة المنع والجواز لحفظ الميراث الثقافي الملموس غير الإسلامي، وتحديد ما إذا كان

بحوثٌ فقهيةٌ واصوليةٌ
السنة العاشرة
الرقم المسلسل الرابع والثلاثون
ربيع ١٤٠٣ شمسي: ١٤٤٦ قمرى
٢٤٢

١. تاريخ الوصول: ١٤٤٥/٠٩/٠٢ هـ.ق: تاريخ القبول: ١٤٤٥/١٠/٢٣ هـ.ق.

٢. خريج السطح الرابع في حوزة مشهد العلمية.

٣. أستاذ البحث الخارج في حوزة خراسان العلمية. (الكاتب المسؤول)

حفظ هذا الميراث وأعماله المرتبطة به ممنوعاً أم جائزاً، أو راجحاً أو واجباً من الواضح جلياً أن في الحالة الأخيرة، تقع على عاتق الحكومة الإسلامية مسؤولية التخطيط ووضع القوانين اللازمة لحفظ هذه الآثار ونشرها، ناهيك عن التزامها بإنفاق أموال بيت المال لهذا الهدف.

تُشير نتائج البحث جلياً إلى افتقار أدلة منع حفظ الآثار القديمة إلى الوجهة العلمية. بل على العكس من ذلك، فإن العمومات والمطلقات والقواعد الفقهية والأدلة الصريحة الآمرة بالعبارة والاتعاظ من هذه الآثار تُثبت جوازها، بل رجحانها، بل تجعل الاهتمام بحفظها واجباً في بعض الحالات.

الكلمات المفتاحية: التراث الثقافي، التراث الملموس، التراث غير الإسلامي، ترويج ونشر الباطل، وهن الحق، العبرة، الفقه الإمامي.

ملخص

٢٤٣

تحديات الاستناد إلى وهن الدين في عملية الاستنباط الفقهي^١

محمد تقي فخلعي^٢

حسن حسيني يار^٣

علي رضا عابدي^٤

ملخص

وهن الدين، بمعنى الحكم أو السلوك الذي يُظهر الدين والمذهب بمظهر ضعيف وخفيف في نظر العرف، وهو من العناوين التي حظيت باهتمام جاد واستناد بعد الثورة الإسلامية في فتاوى الإمام الخميني عليه السلام أولاً، ثم أصبحت مبنياً ومرجعاً للعديد من الفتاوى المعاصرة في مختلف المسائل، بحيث يمكن اعتبار حرمة وهن الدين قاعدة فقهية. يتمتع مفهوم وهن الدين بالعنوان الثانوي ذا إمكانية طرحه كقاعدة فقهية، إلا أن عدم مراعاة الآثار المثيرة للجدل للاستناد على وهن الدين في عملية الاستنباط الفقهي، أدى إلى وجود شكوك حول استخدام وهن الدين في هذا المجال.

يسعى هذا البحث، ومستندا على المنهج الوصفي التحليلي، بيان التحديات التي تواجه قاعدة وهن الدين، مثل تعارض هذه القاعدة مع أصل ثبات الأحكام، أو تعارض ضرورة الصرامة في تنفيذ الأحكام الدينية باستخدام قاعدة وهن الدين، وكذلك التخصيص الأكثر الناتج عن تطبيق هذه القاعدة. وأن يثبت عدم تعارض قاعدة وهن الدين مع الموارد المذكورة من خلال تقديم أدلة علمية.

الكلمات المفتاحية: وهن الدين، قاعدة حرمة الوهن، القاعدة الاصطيادية، العنوان الأولي، العنوان الثانوي، عملية الاستنباط الفقهي.

بحوثٌ فقهيةٌ واصوليةٌ

السنة العاشرة

الرقم المسلسل الرابع والثلاثون

ربيع ١٤٠٣ شمسي: ١٤٤٦ قمري

٢٤٤

١. تاريخ الوصول: ١٤٤٤/١١/٢٣ هـ.ق: تاريخ القبول: ١٤٤٥/٠٨/٠٤ هـ.ق.

٢. أستاذ قسم الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة الفردوسي مشهد. (الكاتب المسؤول)

٣. طالب الدكتوراه في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة الفردوسي مشهد.

٤. أستاذ مشارك بقسم الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة الفردوسي مشهد.

دراسة جدوى بطلان «الشروط التعسفية» في ضوء مصادر الفقه الإمامي^١

مهدي مفتخري^٢

مجتبی زاهدیان^٣

السید محمد مهدي قبولي دُرأفشان^٤

ملخص

ملخص
٢٤٥

في العقود الأخيرة، تم استخدام عدد من المصطلحات الجديدة بشكل متزايد في الحقوق والقوانين في الدول العربية، والتي تشير جميعها إلى نوع من عدم العدالة والمساواة في العقد (سواء في جوهر العقد أو في شروطه). أحد هذه المفاهيم هو "الشروط التعسفي". أهم سمة للشروط التعسفية هي استغلال وسوء استخدام ضعف خارجي أو داخلي للطرف الضعيف. تناولت حقوق وقوانين إيران، متأخرةً وبشكل محدودٍ، الشروط القسرية أو غير العادلة. لم تُشر أيُّ من مصادر الفقه إلى الشرط التعسفي، لكن من الممكن تحليله على أساس تلك المصادر. هناك احتمالان لبطلان الشرط التعسفي أو وجوب تعديله: إتجاه الصحة وإتجاه البطلان.

١. تاريخ الوصول: ١٤٤٥/٠٧/٢٠ هـ. ق: تاريخ القبول: ١٤٤٥/١٠/٢٣ هـ. ق.

٢. طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مشهد: مشهد-إيران.

٣. أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مشهد: مشهد-إيران (الكاآب المسؤول)

٤. أستاذ مشارك في قسم القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة فردوسي مشهد: مشهد-إيران.

أما أدلة الاحتمال الأول فهي:
حرية العقود واعتبار العقود، وأصل الصحة وعدم اندراج الشرط التعسفي من بين الشروط الباطلة.
وأدلة الاحتمال الثاني فهي: الدخول في شروط المخالفة للكتاب والسنة. وقاعدة العدل والإنصاف، وحرمة اختلال النظام، والنهي عن بيع الغرر، والنهي عن أكل المال بالباطل.
وحدة المناط أو الملاك مع موضوعات مشابهة مثل البيع على البيع، والسوم على السوم، والتجش، وتلقي الركبان.
في حال القول ببطان الشرط التعسفي، يمكن الحكم بإمكانية فسخ أو تعديل العقد لصالح الطرف الضعيف.
الكلمات المفتاحية: الشرط التعسفي، الشروط التعسفية، التجش، تلقي الركبان، عقد الأذعان، حقوق وقوانين الدول العربية.

بحوثُ فقهيةٌ وأصوليةٌ
السنة العاشرة
الرقم المسلسل الرابع والثلاثون
ربيع ١٤٠٣ شمسي: ١٤٤٦ قمري
٢٤٤

حجية خبر الواحد في استنباط أحكام المعاملات والعقود؛ دراسة نقدية^١

محمد رضا كيخا^٢
حميد مؤذني بيستكاني^٣

ملخص:

يرى مشهور الأصوليين حجية خبر الواحد من باب الظن الخاص، والدليل على ذلك هو سيرة العقلاء. لكن البعض يرى حجية أخبار الآحاد من باب إفادة الظن مطلقاً وذلك بناء على دليل انسداد باب العلم والعلمي.

ملخص

٢٤٧

والسؤال الضروري هنا هل يتم تطبيق حجية خبر الواحد على حد سواء في مجالي العبادات والمعاملات؟

يوضح هذا المقال، المعد وفق المنهج الوصفي التحليلي، أنه مع إثبات أصل عدم أبدية أحكام المعاملات بالمعنى الأخص (أي: العقود والإيقاعات)، لا تنفيذ أخبار الآحاد في هذه الأبواب الظن بالبقاء؛ لذلك لا تكون حجة بناءً على دليل الانسداد أيضاً.

ومن هذا المنطلق، لا يعتبر خبر الواحد حجة في بابي المعاملات والعقود، لا من باب الدليل خاص ولا استناداً إلى دليل الانسداد. ونتيجة لذلك فإن التقنين في مجالي

١. تاريخ الوصول: ١٤٤٤/٠٤/٠٣ هـ.ق؛ تاريخ القبول: ١٤٤٥/٠٣/١٢ هـ.ق.

٢. أستاذ مشارك بقسم الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة سيستان وبلوشستان. (الكاتب المسؤول)

٣. طالب الدكتوراه في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة سيستان وبلوشستان.

المعاملات والعقود، وانطباقها مع المقاصد العامة للشريعة، من قبيل عدم الغرر وعدم الضرر، هو من مسؤولية الخبراء (الفقهاء).
لكن فائدة روايات الأبواب المذكورة تكمن في أنه يمكن أن تكون مؤشرا على موقف الشريعة وذوقها في وضع قوانين المجتمع.
ونتيجة لذلك، تفيد روايات الباب عدم حجية الأخبار الآحاد في حصر المعاملات في المعاملات المعاصرة للمعصوم وممضاته.
الكلمات المفتاحية: دليل الانسداد، العقود، فقه المعاملات، حجية خبر الواحد، المعاملات بالمعنى الأخص.

بحوثُ فقهيةٌ واصوليةٌ
السنة العاشرة
الرقم المسلسل الرابع والثلاثون
ربيع ١٤٠٣ شمسي: ١٤٤٦ قمري
٢٤٨

العودة بالمجرمين إلى المجتمع في ظل آية «العار التكاملي» الفقهية^١

رحمان صبحي^٢
محمد علي حاجي ده آبادي^٣

ملخص

يُعدّ العفة والحياء من أهمّ الركائز الدينية للوقاية من المعصية والجريمة في الإسلام والتي تؤكد على أهميتهما كثيراً.

ويرتكز هذا النموذج الديني للوقاية من الجريمة في الإسلام على أسس متينة مثل التأكيد على الكرامة الإنسانية للأفراد، والرحمة الإلهية، والإشراف الإلهي، والدعوة إلى وحدة المجتمع الإسلامي حول الوحدة والتوحيد، والتعاون والعصبيّة، وبالطبع البعد الروحي للعفة.

ملخص

٢٢٩

في مجال علم الجريمة، يُعدّ الاهتمام بالعار والخجل واستخدامه لإعادة تأهيل وإعادة دمج المجرمين هو النهج الرئيسي لنظرية "العار التكاملي". تسعى هذه النظرية إلى استبدال العار من ارتكاب الفعل الإجرامي بالعار والخجل من كونه مجرمًا، وذلك بهدف إصلاح المجرم وإعادة قبوله اجتماعيًا في المجتمع.

السؤال الرئيسي لهذه الدراسة هو: ما هو نهج الفقه الجنائي الإسلامي تجاه العار

١. تاريخ الوصول: ١٤٤٤/١٢/٠١ هـ. ق: تاريخ القبول: ١٤٤٥/١٢/١٢ هـ. ق.

٢. طالب الدكتوراه في القانون بجامعة القم: قم- إيران. (الكاتب المسؤول)

٣. أستاذ مشارك بقسم القانون بجامعة القم: قم- إيران.

التكاملي؟

تعتمد هذه المقالة على المنهج الوصفي التحليلي، وتستعين بالمصادر المكتبية، بهدف دراسة المباني الفقهية وتطبيقات هذه النظرية في الفقه والحقوق الإسلامية. تُشير نتائج البحث إلى أنّ هناك تطبيقات أخرى، بالإضافة إلى المباني المذكورة، تتوافق مع سياسات نظرية العار التكاملي في الفقه الجنائي الإسلامي، وتشمل هذه التطبيقات: العفو والصفح، والتوبة، وإخفاء الجريمة، وإصلاح ذات البين، والعدالة التصالحية، والقاضي المُحكّم.

الكلمات المفتاحية: العار، العار التكاملي، إصلاح ذات البين، العار الواصم، العدالة التصالحية، الوصم.

بحوثُ فقهيةٌ واصليةٌ

السنة العاشرة

الرقم المسلسل الرابع والثلاثون
ربيع ١٤٠٣ شمسي: ١٤٤٦ قمري

٢٥٠

Contents

- 7 Analyzing the Uṣūlī Published Works about Imām Khumaynī on Authenticity of the Custom of Rational Persons
Amin Azimi
Sohrab Moqaddami-Shahidani
- 37 Principality of Conventional Nature in Matters of Legal Rulings: A Method of Inferring the Newly Emerged Issues
Mohammad-Ali Khademi Koosha
Mohammad Hossean MollaMirzaee
Akbar Najm
- 67 Preservation of Non-Islamic Tangible Cultural Heritage from the Perspective of Imāmī Jurisprudence
Mojtaba Erfanian Moqbeli
Mojtaba Elahi-Khorasani
- 111 Challenges of Referring to Weakening Religion in the Process of Jurisprudential Inference
Mohammad-Taqi Fakhlaei
Hasan Hoseyniyar
Alireza Abedi sarasiya
- 139 Feasibility of Refutation of “Unfair Terms” Based on Imāmī Jurisprudence Sources
Mahdi Moftakhari
Mojtaba Zahedian
Sayyed Mohammad-Mahdi Qabouli-Dorafshan
- 177 The Invalidity of Khabar al-Wāḥid as Restricted to the Transactions and Contracts
Mohammad-Reza Kaykha
Hamid Moazzeni-Bistegani
- 205 Returning Criminals to Society in the Light of the Jurisprudential Mechanism of Shame
Rahman Saboohi
Mohammadali Hajidehabadi

Justārḥā-ye Fiqhī va Uṣūlī

The Iranian Journal of Islamic Law, Jurisprudence and Methodology

Vol.10 , No.34 , Spring 2024

ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

Concessionaire: Islamic Propagation Office of Qom Seminary

Khorāsān-e- Razavi Branch

Director: Mojtabā Elāhi Khorāsāni

Editor-in-Chief: Hossein Nāseri Moqadam

Director & Editorial Secretary: Sayid Mostafā Ekhterāee Tousi

Editorial Board:

Mojtabā Elāhi Khorāsāni (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Faculty Member of Akhūnd Khorāsāni Specialized Center)

Javad Ahmad Al- Bahadli (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor at the University of Kufā)

Seyyed Fadel Al Hosseini Milani (Professor at Islamic Research Center of England)
Abolqāsem Alidoust (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Ahmad Moballeghi (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of Islamic Denominations University)

Sayyed Mustafā Muhaqqiq Damad (Professor at Princeton University and Shahid Beheshti University)

Mahdi Mehrizi (Associate Professor of Islamic Azad University- Tehran Science and Research Branch)

Hossein Nāseri Moqadam (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

By the virtue of the license No.337 extended in 17 April 2019 from the Council for Granting Scientific Licenses to Seminary Journals, this journal is qualified for promoting to **Scientific-Research** rank.

Journal of Fiqhi and Usūli Research is indexed in: Noormags, ISC, Civilica, SID, Google Scholar, RICEST, Road, Magiran, and journals.dte.ir

Address: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e- Razavi Branch, Ayatollāh Khazali St. , Khosravi Crossroad, Mashhad, Iran.

P.O. Box: 9134683187

Telefax:+ 985132213325

E-mail: jostar.feqhi@gmail.com

Website: jostar-fiqh.maalem.ir